



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان -

كلية الحقوق والعلوم السياسية



العنوان

السلطة التقديرية لقاضي شؤون
الأسرة
(دراسة مقارنة بين الشريعة
الإسلامية والقوانين الوضعية)

رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

إشراف الأستاذ الدكتور:

رايس محمد

إعداد الطالب:

شامي أحمد

أعضاء لجنة المناقشة:

أ. د. بن مرزوق عبد القادر أستاذ محاضر قسم أ جامعة تلمسان رئيساً

أ. د. رايس محمد أستاذ التعليم العالي جامعة تلمسان مشرفاً مقررأ

أ. د. قطاية بن يونس أستاذ محاضر قسم أ جامعة سيدي بلعباس مناقشأ

أ. د. عليان بوزيان أستاذ محاضر قسم أ جامعة تيارت مناقشأ

أ. د. بوسماحة الشيخ أستاذ محاضر قسم أ جامعة تيارت مناقشأ

السنة الجامعية:

2014/2013م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال تعالى

✍️ ➡️ 🔔 ◆ □]

↩️ ٥ ⚙️ ▪️ 6

7 ٨ ❄️ ↩️ 10 ١١

[🕶️ + 😊 = 🗝️ 🔒 ↙️

شكر و تقدير

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، نحمده سبحانه وتعالى ونشكره، ونتوب إليه ونستغفره، وأسأله التوفيق لكل ما يحب ويرضى.

والصلاة والسلام على خير أنبيائه، وسيد أصفيائه الذي أرسى دعائم المحبة بين الناس وبلغهم رسالة ربه التي قامت على نظام يؤمنون فيه على دمائهم، وأموالهم، وأعراضهم، وعلى آله وصحبه، ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين. وبعد.

بمناسبة إنجازي لرسالة الدكتوراه، لا يسعني إلا أن أتقدم بالشكر الجزيل لصاحب الفضل الأستاذ الدكتور ريس محمد، الذي شرفني بقبوله الإشراف على هذه الرسالة، وساندي بنصحه ويسر لي الله سبل البحث، وأضاء لي طريق البحث ورغبني فيه بعطف الوالد وتواضع العالم.

فكان خير معلم ونعم الأستاذ، فله مني جزيل الشكر ووافر التقدير والاحترام وجعله الله ذخرا لطلبة العلم وجزاه عني خير الجزاء.

كما لا يفوتني أن أتقدم بوافر الشكر والامتنان وعظيم التقدير للأساتذة الأفاضل، بن مرزق عبد القادر، قطاية بن يونس، عليان بوزيان، بوسماحة الشيخ، أعضاء لجنة مناقشة هذه الرسالة، لتفضّلهم بقبول مناقشتها رغم التزاماتهم العلمية و البيداغوجية و الخاصة.

اعترافا بجهودهم واحتراما لعلمهم وفكرهم.

إهداء

أهدي هذه الرسالة

إلى الحبيب المصطفى - صلى الله عليه وسلم - معلم الناس الخير إلى ورثة الأنبياء، السادة العلماء،
الذين خدموا الدين والعلم، وإلى كل محب لعلوم الشرع.

إلى روح والدتي الطاهرة

وإلى القدوة الحسنة الذي غرس في نفسي الطموح وحب الرفعة إلى والدي أطل الله في عمره.

وإلى زوجتي الكريمة، وابنتي نورهان رهف، وإلى إخوتي وجميع أفراد أسرتي.

وإلى الأستاذ الدكتور محمد كمال الدين إمام أستاذ بكلية الحقوق جامعة الاسكندرية، الانسان
والفقيه والمفكر اعترافا بفضله وتقديرا لأستاذيته وانتماء إلى مدرسته.

وإلى كل من قدم لي يد العون والمساعدة أهدي إليهم جميعا هذا الجهد المتواضع.

أحمد

قائمة أهم المختصرات

الجزء.	ج.
الصفحة.	ص.
الطبعة.	ط.
غرفة الأحوال الشخصية.	غ. أ. ش.
المجلة القضائية.	م. ق.
المجلة المحكمة العليا.	م. م. ع.
النشرة القضائية.	ن. ش.
قانون الأسرة الجزائري.	ق. أ.
مدونة الأسرة المغربية.	م. أ. م.
مدونة الأحوال الشخصية المغربية.	م. أ. ش.
القانون المدني الجزائري.	ق. م.
القانون المدني المصري.	ق. م. م.
القانون المدني الفرنسي.	ق. م. ف.
قانون العقوبات الجزائري.	ق. ع. ج.
قانون الالتزامات والعقود المغربي.	ق. إ. ع. م.
قانون الاجراءات المدنية والادارية.	ق. إ. م. إ.

مقدمة

مقدمة:

إن من سنن الله تعالى في خلقه أن جعل بعضهم بحاجة لبعض، لهذا لا بد من التعامل فيما بينهم، والذي نتأجه مسائل بعضها يعود عليهم فيها باليسر والرخاء، وبعضها يعود عليهم فيها بالنزاع والاختصاص، ولأن الأمر كذلك تحتم وجود جهة يرجع إليها في فصل الخصومات، وينظر إليها بعين الثقة والاطمئنان، تلك الجهة هي القضاء.

ولأن القضاة محط أنظار العباد، فإن من واجبهم السعي إلى تحقيق العدل وإنصاف المظلومين، والأخذ على يد الظالمين، وإلغائهم - القضاة - على تحقيق هذا الواجب الشرعي العظيم، بين لهم الشارع الحكيم المنهج القويم الذي يوصل إلى تلك الغاية وشرع لهم القضاء، وبين لهم أحكامه، وبين أن الناس كلهم سواء أمام القضاء.

وحتى يتسنى للقضاة إحقاق الحق وإنصاف المظلومين، مكنهم - القضاة - المشرع من تطبيق القانون، فجعل لهم مساحة كبيرة للتحرك فيها، خاصة في الأحوال والظروف التي تتطلب من القاضي أعمال النظر والتصرف لإنهاء الخصومة، فكانت السلطة التقديرية للقاضي، تلك المكنة التي حولها المشرع للقاضي، ليتصرف بموجبها في الأحوال التي لم ينص فيها على قانون، أو تلك التي يكون فيها النص القانوني غير قطعي في دلالاته ما يترك للقاضي فرصة التحرك في مساحة واسعة، فيعمل فكره ونظره، فيقدر ويقيس الأمور بأشباهاها، غايته في ذلك كله تحقيق مقصد المشرع من جهة، ومن جهة أخرى العمل على ما فيه صلاح الناس.

وتعد المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق وما يترتب عنهما من آثار بالغة الأهمية عند تقنين الأحكام المتعلقة بهما، والزواج بوصفه الأساس الذي يبدأ منه تكوين الأسرة التي تعد اللبنة الأساسية التي يقوم عليها بناء المجتمع، ولما كانت بعض الأحكام المتعلقة بهذه المسائل بطبيعتها لا تقبل الحسم التشريعي كونها عرضة للتغيير تبعاً لاختلاف الأشخاص والزمان والأعراف، فضلاً عن عدم استيعاب النص القانوني لجميع ما يتعلق بأحكام هذه المسائل، وما يطرأ عليها من مستجدات فقهية، كان من الضروري أن يُعطى للقاضي دورٌ إيجابي لحسم المنازعات المتعلقة بهذه المسائل، عن طريق الاجتهاد والتقدير الموضوعي، لإسقاط الحكم القانوني والشرعي المناسب لها.

وعلى الرغم من أن السلطة التقديرية للقاضي أصبحت من المسلمات المفروضة في مجال العمل القضائي، حيث اعترف كل من المشرع والقضاء والفقهاء بذلك، إلا أن هناك اتجاهات قضائية و فقهية حديثاً يدعو إلى الحد من استعمال قاضي الموضوع لسلطته التقديرية، لأن سلطة هذا الأخير أثناء مباشرته لولاية

القضاء ليست سلطة تقديرية، وإنما هي سلطة مقيدة بغاية العمل القضائي، كما أن إباحة استعمال هذه السلطة التقديرية سيؤدي إلى الكثير من التضارب في الأحكام، وعدم الاستقرار في العمل القضائي، ويفسح المجال واسعا لتحكم القضاة، مما يؤدي في النهاية إلى ميل ميزان العدل.

وقد رد أصحاب الاتجاه الذي يقر بالسلطة التقديرية للقاضي، أن الشرعية الشكلية قد فقدت مقومات وجودها، وأصبحت تشكل عبئا على العدالة، التي يجب أن تؤسس على عدالة موضوعية مناطها الضرورات، وليس مجرد عدالة شكلية، وهذا يحتم على القضاة أن يقوموا بتحقيق نوع من الموازنة بين مختلف القيم السائدة في المجتمع، وحماية للمصلحة العامة للجماعة.

فالسلطة التقديرية للقاضي لصيقة بممارسته لنشاطه القضائي أيا كان موضوع المنازعة، فهي عمل يقوم به القاضي بهدف تحقيق الغاية الموضوعية من القانون، ومن ثم تعد من صميم عمله، ومن الصعوبة أن نجد تعريفا واضحا دقيقا لهذه السلطة، لأنها لا تقوم على أساس موضوعي، فهي لا تختلف من حيث ممارستها من قاض إلى آخر فحسب، بل قد تختلف لدى نفس القاضي، باختلاف الظروف والأزمنة، وكل ما يمكن قوله أن السلطة التقديرية مكنة لمواجهة ظروف تطبيق القانون.

ومن هنا يمكن تعريف السلطة⁽¹⁾ التقديرية⁽²⁾ للقاضي من الناحية الفقهية أنها: "صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله، بالتفكير والتدبير بحسب النظر والمقايضة، لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحلها؛ ابتداء من قبول سماعها، إلى تهيئتها لإثبات صحتها من عدمها، إلى النطق بالحكم في النزاع المعروض عليه، واختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم، مع مراعاة أحوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى لأهميته وأثره في الحكم القضائي"⁽³⁾؛ أو هي الأمور المطلوبة من القاضي إعمال نظره وفكره فيها حسب ما

1 - فالسلطة اصطلاحا: لا تخرج عن القوة والتمكن من تنفيذ أحكام الله تعالى على وجه الإلزام، وذلك لقوله تعالى: (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما)، سورة النساء، الآية 65؛ فالقول بمنح القاضي سلطة ينبغي أن يعني منح القاضي ما تفيد كلفة السلطة من القوة والصلاحية، وأن يمكن من استعمالها على المضمون الصحيح، وأن ينفذ نتائجها ولو بالقوة، وأن تكون أحكامه الصادرة عن هذه السلطة لها من الحجية والنفوذ ما يجعلها مفيدة ومستقلة.

2 - أما التقدير اصطلاحا: تبين كمية الشيء، وهو من المعاني اللغوية، والتقدير تحديد كل مخلوق بحده الذي يوجد من حسن وقبح ونفع وضرر وغيرهما؛ وتقدير الله وجهان: الأول: بالحثم فيه أن يكون كذا إما وجوبا أو إمكانا، الثاني: بإعطائه القدرة عليه؛ والتقدير من الإنسان له وجهان هما: التفكير في الأمر بحسب نظر العقل وبناء العقل عليه، أما الوجه الثاني أن يكون بحسب التمني.

ومن هنا يمكن القول أن السلطة التقديرية تدل على القوة والصلاحية التي تمنح لمعين للقيام بتقدير أمر ما؛ بالتفكير فيه وتهيئته والتدبير فيه بحسب نظر العقل ومقايسته على أمور أخرى.

3 - وما يمكن قوله أن السلطة التقديرية ملازمة للسلطة القضائية، فأينما وجدت السلطة القضائية وجدت السلطة التقديرية، وأن قوام السلطة التقديرية النشاط الذهني والنظر العقلي؛ محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط

تمليه ظروف النازلة المعروضة أمامه اجتهادا وقضاء بما يرى في الأمور التي لم يرد فيها نص أو كانت النصوص ظنية تحتاج إلى الاجتهاد⁽¹⁾.

أما من الناحية القانونية فيمكن تعريفها بأنها: "النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في فهم الواقع المطروح عليه، واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية معينة يقدر أنها هي التي تحكم النزاع المطروح عليه"⁽²⁾؛ أو هي عملية يعمل القاضي فيها فكره وعقله، وتخضع لترجيحه وملاءمته، بحيث قد تختلف من قاض لآخر بالنسبة للواقعة الواحدة⁽³⁾؛ أو الوسيلة التي منحها المشرع للقاضي لإعمال إدراكه ووجدانه وقناعته في البحث عن الحقيقة وإحقاق الحق وتحقيق العدالة، وذلك بتقدير مناسبة إعمال قاعدة قانونية معينة على واقع معين، تلبية لضرورات المجتمع بابتداع الحلول المناسبة للقضايا المطروحة⁽⁴⁾.

وهناك من قال أنها مكنة قانونية تحول صاحب الاختصاص حرية تقدير ممارسة اختصاص إذا توفرت الشروط القانونية لذلك⁽⁵⁾.

وما دامت السلطة التقديرية للقاضي لصيقة بممارسته لنشاطه القضائي أيا كان موضوع المنازعة كما أشرنا، فقد ارتأينا تخصيص دراستنا لمجالات السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة وذلك لعدة اعتبارات، منها عظم شأن هذا الفرع من فروع القانون واتصاله الوثيق بكل فرد من أفراد المجتمع، فقد يستغني الفرد عن قانون العقوبات أو القانون التجاري مثلا طيلة حياته، إلا أنه لا يمكن له الاستغناء عن قانون الأسرة والخضوع لأحكامه، فكل فرد في المجتمع هو أب أو أم أو زوج وإن لم يكن كذلك فهو لا محالة ابن، فهذا القانون ينظم العلاقات الداخلية للأسرة ويرتب الحقوق والواجبات لأفرادها ويمس بجوهر الحياة الخاصة.

وبما أن قانون الأسرة كغيره من القوانين الوضعية، لا يخلو من الثغرات والغموض في مختلف نصوصه، فقد عمل المشرع الجزائري على منح سلطة تقديرية للقاضي تشمل مختلف المجالات التي يعالجها هذا

1 - أحمد الأمrani، السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة بين مقاصد الشرعية والقانون الوضعي، مطبعة دار القلم، الرباط، ط 01. 2011 م، ص 23.

2 - نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية "دراسة تحليلية وتطبيقية"، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2011 م، ص 93؛ محمد علي محمد علي العمري، السلطة التقديرية للقاضي في القضاء الإسلامي وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005 م، ص 18. 19.

3 - عبد العزيز خليل بدوي، الطعن بالنقض أمام المحاكم الإدارية العليا، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 01، 1970 م، ص 23.

4 - حسين عامل، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، مطبعة مصر، ط 01، 1960 م، ص 05.

5 - ما يتضح لنا من خلال هذه التعريفات أن السلطة التقديرية هي: أ - أن السلطة التقديرية للقاضي هي صلاحية ممنوحة للقاضي بموجب القانون أو الشرع؛ ب - أن قواها نشاط ذهني وعقلي يقوم به القاضي أثناء ممارسته للسلطة القضائية؛ ج - أن مصدر هذا النشاط الذهني هو الواقع والقانون معا.

القانون، وتغطي كافة موضوعاته، حيث منح له سلطة تقديرية في استنباط القاعدة القانونية، بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود النص القانوني، وذلك طبقاً لأحكام المادة 222 من ق - أ⁽¹⁾؛ دون تحديد المذهب الفقهي الذي يستند إليه القاضي، ما يعني إعطائه سلطة تقديرية واسعة في الأخذ بأي رأي يشاء، متبعاً في ذلك مسلك الرسول صلى الله عليه وسلم والصحابه من بعده رضوان الله عليهم، ومخالفاً التشريعات العربية والإسلامية التي سبقته، والتي تأثرت بالتقييد المذهبي للسلطة التقديرية للقاضي⁽²⁾.

كما أن الدور الذي يلعبه قاضي شؤون الأسرة، يختلف نوعاً ما عن الدور الذي يقوم به باقي القضاة كالذين ينظرون في القضايا التجارية أو الاجتماعية، فحل المشاكل الأسرية يختلف عن حل باقي المشاكل، لأن هذه الأخيرة مرتبطة بأمور شديدة الصلة بالمسائل النفسية والاجتماعية والدينية، وبالتالي فوظيفة القاضي هنا فيها جانب اجتماعي كبير، باعتبار أن إصلاح الأسرة هو إصلاح للمجتمع بأكمله، لأن الأسرة هي أصغر وحدة في النظام الاجتماعي.

وما تجدر الإشارة إليه أن معظم نصوص قانون الأسرة الجزائري جاءت مرنة، تسمح للقاضي بإيجاد الحل المناسب، باختلاف الظروف والملابسات، فقد فتحت الباب واسعاً أمام القاضي لإعمال سلطته التقديرية، وإيجاد العلاج المناسب لكل عارض قد يعترض استقرار الأسرة أو يهدد مصالح أفرادها.

ومن هنا يمكن قول بأن السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، هي صلاحية قانونية تحول لقاضي شؤون الأسرة إعمال نشاطه في فهم الواقع المطروح عليه، واستنباط العناصر التي تدخل في إطار قاعدة قانونية معينة، تكون صالحة التطبيق على النزاع المطروح، مع مراعاة أحوال المتقاضين، ويخضع القاضي بصدده ذلك للرقابة القضائية⁽³⁾.

1 - تنص المادة 222 من قانون الأسرة رقم 84 - 11 المؤرخ في 09/06/1984 م، الجريدة الرسمية رقم 24، المؤرخة في 12/06/1984؛ المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05 - 02، الصادر بتاريخ 27/02/2005؛ الجريدة الرسمية، رقم 15، الصادرة بتاريخ 27/02/2005، ص 19؛ بقولها: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

2 - كالتشريع المغربي الذي نصت المادة 400 من م - أ - م، المعدلة بالقانون رقم 70 - 03 الصادر بتاريخ 03/02/2004 م، الجريدة الرسمية رقم 5184، الصادرة بتاريخ 05/02/2004، ص 418؛ بقولها: "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعي فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف"؛ ونصت المادة 03 من قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصرية رقم 01 لسنة 2000 على: "تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنها نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة...".

3- فالسلطة التقديرية للقاضي أساسها النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي، وأنها جوهر العمل القضائي وهي ملازمة له، يمارسها في كل مراحل الدعوى؛ ومن هنا فإن السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة هي: "السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة هي المكنة القانونية لمواجهة ظروف تطبيق القانون قوامها النشاط الذهني وهي ملازمة للسلطة القضائية وجوهر العمل القضائي، وهذا ما يميزها عن غيرها من الأفكار المشابهة لها؛

فالمشرع الجزائري فتح لقاضي شؤون الأسرة بابا واسعا لإعمال سلطته التقديرية أثناء ممارسته عمله القضائي، وهو الأمر الذي نلمسه باستقراءنا لمختلف نصوص قانون الأسرة، حيث نجده خوله دورا إيجابيا فيما يتعلق بإنعقاد الزواج وانحلاله، كما منحه سلطة تقديرية في مجال آثار الزواج والطلاق، وسلطة تقديرية في تقدير حقوق الأولاد، ناهيك عن سلطته التقديرية أثناء ممارسته عمله الولائي، الذي يقصد به ما يقوم القاضي من أعمال غير فصل الخصومات وحسم النزاع، كمنح الترخيص بالزواج للقصر، والترخيص بتعدد الزوجات، كما خوله سلطة تقديرية في مسألة الصلح بين الزوجين إن أمكن، وذلك لأن المشرع الجزائري جعل الصلح بين الزوجين وجوبي للقاضي قبل الفصل في موضوع النزاع، كما أن القاضي في كثير من الأحيان يكون الأقدر من غيره في ذلك، بحكم خبرته وطريقة إقناعه لكلا الزوجين على فض النزاع بينهما¹⁽²⁾.

سنحاول الاقتصار في دراستنا هذه على معالجة دور القاضي في مسائل الزواج والطلاق، وآثارهما، دون غيرها من المسائل نظرا لأهمية هذا الموضوع، إضافة إلى أن معالجة السلطة التقديرية للقاضي في كل ما ورد في قانون الأسرة الجزائري، ومدونة الأسرة المغربية، وقانون الأحوال الشخصية المصري، يحتاج إلى مؤلفات، وحتى مسائل الزواج وانحلاله فقد تكلمنا على النقاط التي تبين لنا أن لسلطة القاضي التقديرية أثر بالغ فيها، وسنحاول أن نبين السبل التي يعتمد عليها القاضي في معالجة هذه النقاط وكيفية إعماله لسلطته التقديرية في ذلك بالاعتماد على ما ذهب إليه المحكمة العليا في قراراتها، وكذا ما ذهب إليه فقهاء القانون والفقهاء الإسلاميين.

إن الإشكالية التي يمكن أن نطرحها لمعالجة هذا الموضوع تتمثل فيما يلي: ماهي مجالات السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة التي منحها له كل من المشرع الجزائري والمغربي والمصري؟ وكيف يمارس قاضي شؤون الأسرة سلطته التقديرية لحل النزاعات المطروحة أمامه في مسائل الزواج والطلاق وآثارهما؟ وما هي حدود استخدام قاضي شؤون الأسرة لسلطته التقديرية؟ وما هي السبل التي يعتمد عليها في ذلك؟

اسمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم البواقي، 2010 - 2011 م، ص 59.

1- وذلك لأن السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة تكمن في سد الثغرات القانونية وتفادي القصور التشريعي، وكذا ملاءمة القواعد القانونية للواقع والمستجدات.

أما بالنسبة لأهمية موضوع بحثنا فإن اختيارنا لهذا الموضوع كان عن اقتناع وإصرار لما له أهمية كبيرة لعل أبرزها يرجع إلى غموض مصطلح السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، الذي يستعمل كمسئمة يفترض الجميع العلم بها، خاصة إذا تعلق الأمر باستعمال هذه السلطة في مجال شؤون الأسرة.

إضافة إلى اهتمامنا بالجوانب العملية للنصوص التشريعية ومحاولة الربط بين الجوانب النظرية والعملية لها - النصوص التشريعية - ، وجدنا من موضوع السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة مجالاً خصباً لهذا الربط.

إن اهتمامنا بهذا الموضوع ومحاولة دراستنا له أعاقته صعوبات جمة منها قلة المراجع والبحوث المتخصصة في هذا الموضوع، إضافة لذلك فقد وجدنا غموضاً في النصوص القانونية المتعلقة بمجالات السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة.

وبالرغم من الأهمية التي تكتسيها السلطة التقديرية للقاضي في العمل القضائي وبوجه خاص السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، فإننا لم نعثر - على حد علمنا - على دراسة سابقة بنفس هذا العنوان في الجزائر، إلا ما تناوله الباحث المغربي أحمد الأمrani في رسالته لدكتوراه سنة 2008 بعنوان (السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة بين المقاصد الشرعية والقانون الوضعي)، وهناك دراسات في جزء من جزئيات بحثنا كمذكرة ماجستير للطالبة اسمهان عفيف بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أم البواقي 2011 بعنوان (السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر)؛ ورسالة الدكتوراه للباحثة مسعودة نعيمة إلياس بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تلمسان 2012 بعنوان (التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق دراسة مقارنة)؛ رسالة الدكتوراه للباحثة حميدو زكية بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تلمسان 2005 بعنوان (مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة)، ورسالة الدكتوراه للباحث محفوظ بن صغير بكلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية جامعة باتنة 2009 بعنوان (الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري).

أما فيما يخص الدراسات العامة في موضوع بحثنا، فإننا قمنا بالإطلاع على كتاب الدكتور نبيل إسماعيل عمر 2011 بعنوان (السلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية دراسة تحليلية وتطبيقية)؛ ورسالة الدكتوراه في الفقه الإسلامي للباحث محمود محمد ناصر بركات جامعة دمشق سوريا 2004 بعنوان (السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الاسلامي؛ رسالة الدكتوراه للباحث محمد علي محمد علي العمري بكلية الدراسات العليا الجامعة الأردنية 2005 بعنوان (السلطة التقديرية للقاضي في القضاء الإسلامي وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية).

ولا شك أن الاستعانة بالمناهج المعتمدة علميا هي مسألة لا يمكن للباحث الاستغناء عنها إذا ما أراد إيصال أفكاره بسهولة إلى الآخرين، ودراسة مثل التي نقوم بها لا شك نعتمد فيها على أكثر من منهج، فعن طريق استخدامنا للمنهج الاستقرائي يمكن أن نلتبس مجالات السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الفقه الإسلامي، ليكون ذلك مؤيدا للبحث وداعما له، وذلك بإثبات السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التشريع الجزائري والمقارن.

كما سنعتمد في دراستنا للمنهج الجدلي باعتباره المنهج المناسب لهذه الدراسة لأنها تتعلق بمجال اجتهادي بحت، كان محل للجدل في الماضي ولا يزال كذلك، إضافة إلى أن هذا المنهج يعد الأشمل، لاحتوائه على كل أدوات المناهج الأخرى، ويساعد الباحث للوصول إلى الحقيقة التي تتضح من خلالها التطورات التي مر بها موضوع البحث، وما سيكون عليه في المستقبل؛ لذلك سنعتمد عليه كمنهج أساسي مع الاستعانة بمنهجي التأصيل والتحليل، وذلك بتأصيلنا في كل نازلة بالرجوع إلى الفقه الإسلامي، كما سنقوم بتحليل النصوص القانونية التي حول فيها المشرع الجزائري والمقارن السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة.

إضافة إلى ذلك سنستخدم المنهج المقارن، وذلك بالمقارنة بين مجالات السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التشريع ومقارنتها بالتشريعين المغربي والمصري، ومدى موافقة هته التشريعات للفقه الإسلامي.

انطلاقا من هنا، فقد حاولنا الإجابة على الإشكالية المطروحة بتطرقنا إلى دراسة مجالات السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، ومن هنا قمنا بتقسيم بحثنا إلى بابين؛ نتناول في الباب الأول السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة عند انعقاد الرابطة الزوجية وانحلالها، إذ سنحاول في هذا الباب البحث أولا في السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة عند انعقاد الرابطة الزوجية، وهذا ما سنتطرق إليه في الفصل الأول من هذا الباب، أما في الفصل الثاني نقوم بالبحث في السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة عند انحلال الرابطة الزوجية.

أما في الباب الثاني فإننا سنتناول فيه السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الآثار المترتبة على نشوء الرابطة الزوجية وانحلالها، وقد قسمنا هذا الباب إلى فصلين، نتطرق في الفصل الأول إلى السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الآثار المالية للزواج وانحلاله، أما في الفصل الثاني فنقوم بدراسة السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في النسب والحضانة.

الباب الأول

السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة عند
انعقاد الرابطة الزوجية وانحلالها

تناول كل من المشرعين الجزائري والمغربي والمصري مسألتى الزواج والطلاق في القوانين الأسرية، المستمدة أحكامهما من الشريعة الإسلامية، مراعين في ذلك مستجدات العصر وتطور المجتمع، محددين أحكاما وشروطا في عقد الزواج لا بد من توافرها بالنسبة للمقبلين عليه، ومخصصين له مقدمات تتفق مع عظمته وقداسته.

كما نظموا أحكام الطلاق في حالة عدم استقرار الحياة الزوجية بين الزوجين، ووضعوا له إجراءات عديدة لا بد من توافرها، كما منحوا للزوج حق فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة، كما أعطوا للزوجة الحق في طلب التطليق والخلع في حالة تضرر الزوجة، ومنحوا لكل من تضرر من فك الرابطة الزوجية، الحق في المطالبة بالتعويض.

من هنا فقد منح كل من المشرعين الجزائري والمغربي والمصري لقاضي شؤون الأسرة السلطة التقديرية في بعض مسائل الزواج والطلاق، وهذا ما سنتناوله من خلال الفصلين الآتيين:

الفصل الأول: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة عند انعقاد الرابطة الزوجية.

الفصل الثاني: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة عند انحلال الرابطة الزوجية.

الفصل الأول

السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة

عند انعقاد الرابطة الزوجية

إذا كان عقد الزواج يمتاز بالأهمية البالغة لما له من الآثار في حياة الزوج والزوجة على حد سواء، فإنه لا بد أن يكون كلا منهما على بصيرة وعلم بأمر الآخر، وطريق إلى ذلك كله هو الخطبة.

وقد أبحاث الشريعة الإسلامية، على غرار - التشريعات الوضعية- تراجع كل من الخاطب أو المخطوبة عن إتمام عقد الزواج، إذا لم يجد في الطرف الآخر ما يدعوه إلى ذلك، أو وجد ما ينفره منه، وهذا ما سمته بالعدول عن الخطبة؛ ويعتبر العدول عن الخطبة من بين الأفعال التي توجب التعويض للطرف المتضرر منها، وهنا يجوز لقاضي شؤون الأسرة التدخل لتقدير التعويض عن الضرر اللاحق بسبب العدول عن الخطبة.

كما منح كل من المشرعين الجزائري والمغربي والمصري لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية في الترخيص بالترشيد والإذن بزواج القصر، والترخيص بتعدد الزوجات؛ وهذا ما سنتطرق إليه من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: سلطة القاضي التقديرية في التعويض عن الضرر اللاحق بسبب العدول عن الخطبة.

المبحث الثاني: سلطة القاضي التقديرية في الإذن بتزويج القاصر.

المبحث الثالث: سلطة القاضي التقديرية في منح الترخيص بتعدد الزوجات.

المبحث الأول

سلطة القاضي التقديرية في التعويض عن الضرر اللاحق بسبب العدول عن الخطبة

لما كان عقد الزواج ميثاقاً غليظاً خطير الأثر، كونه مرتبطاً بذات الإنسان ومستقبل حياته الاجتماعية، ولأنه عقد من خصوصياته الديمومة، ولأنه متعلق بالأعراض ومرتبط بالشرف، توجب أن تسبقه مقدمات، تتمثل في الخطبة، والتي تمثل في تقاليد الجزائريين إجراء أولياً وتمهيدياً من الإجراءات التي يقوم بها الخاطب وأقاربه للاتصال بالمخطوبة أو وليها، بهدف التعرف على المخطوبة وأسرقتها من أجل معرفة طبائع وخصال كل عائلة وتبادل الرضا والقبول مع أسرة المخطوبة بشأن المصاهرة وإقامة علاقة طيبة قبل انعقاد الزواج. وقد تطول مدة الخطوبة أو تقصر، ويقع الفراق ويحدث العدول، فتترتب عليه آثار، قد تكون مادية أو معنوية أو أدبية يعاني منها أحد الطرفين أو كلاهما، وقد يكون أحدهما أو كلاهما قدّم للآخر هدايا ثمينة، توثيقاً للترابط وزيادة في التألف بينهما، وإظهار لحسن النية في بناء عائلة مستقبلاً.

والضرر الناتج عن فسخ الخطبة يعتبر واحداً من تلك الأضرار ذات التأثير الكبير في حياة الإنسان، خاصة أنه محاط بمجموعة من الاعتبارات التي تجعل له طبيعة متميزة ومضموناً خاصاً، وسبب ذلك أن العدول - في ذاته - لا يجوز أن يقتصر بما يمس حرية اختيار الإنسان لمن يرغب في الزواج منه، وذلك احتراماً لتلك الحرية التي تعد مدخلاً أساسياً لتكوين الأسرة على الأسس التي يقبلها، حتى تكون خلية سليمة فيه، ولا تتحول إلى بؤرة للفساد ومكمن للخطر الذي يهدد الاستقرار ويقوض الوجود، لهذا كان من المتفق عليه، أن العدول في ذاته لا يكون ضرراً يلزم التعويض، وإنما الذي يستحق التعويض هو ما قد يصاحب العدول من تصرفات يمكن أن تشكل بذاتها ضرراً مؤثراً على حياة الإنسان ومستقبل وجوده.

من هنا فقد منح المشرع الجزائري والمغربي والمصري لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية في تقدير التعويض سواء كان الضرر الناتج عن فسخ الخطبة مادياً أم معنوياً.

وأمام نقص البحوث المستقلة حول هذا الموضوع، سنحاول دراسة مسألة سلطة القاضي في مجال التعويض عن الضرر الناتج عن عدول أحد الخطيبين.

ولكن، قبل التكلم عن السلطة التقديرية للقاضي بالنسبة لمسألة التعويض عما قد ينشأ بسبب العدول عن الخطبة من أضرار مادية أو معنوية؛ لا بد لنا من معرفة موقف الفقه الإسلامي من ذلك؟ ثم بعد ذلك نتطرق لدور القاضي في التعويض عن هذه الأضرار؟

المطلب الأول

موقف الفقه الإسلامي من التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة

لا شك أن طرفي علاقة الخطبة قد يتضرران ضررا ماديا أو ضررا أدبيا (معنويا) ضررا بالغاً بالعدول عن خطبتها، كأن يفوت عليها الخاطب الأول، خطباً آخرين كانوا مستعدين لزواج بها، أو كأن تتوقف المخطوبة عن دراستها أو تستقيل من عملها طمعا في الزواج؛ كما أن الخاطب قد يكون أمضى وقتا معتبرا في إعداد المسكن أو لوازم الزفاف. ومن الأضرار المعنوية، وما تثيره الألسنة عن سبب العدول ونشر الشائعات بالتجريح والتشهير بسمعة المخطوبة، فما هو موقف الفقه الإسلامي والتشريعي في هذه الأضرار⁽¹⁾.

ولكن قبل ذلك لا بد لنا من معرفة ما المقصود بالضرر، فالضرر هو كل أذى يصيب الإنسان في جسمه أو ماله أو شرفه أو عواطفه، أو بمعنى آخر هو إخلال بمصلحة مشروعة للفرد سواء كانت مادية أم معنوية؛ وهو على نوعين⁽²⁾.

أ- **الضرر المادي**: كل أذى يمس الإنسان في جسمه، أو ذمته المالية منقصا منها أو مفوتا لمصالح مشروعة.

ب- **الضرر المعنوي**: المساس بمصلحة مشروعة غير مالية. أو هو المساس بمصلحة محمية من طرف القانون ذات طابع معنوي⁽³⁾.

أما التعويض أو الضمان في الاصطلاح الشرعي هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل⁽⁴⁾.

1 - مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، مطبعة جامعة دمشق، ط6، 06، 1962م، ج1، ص 60؛ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط6، 06، 2010م، ج1، ص 101.

2 - وقد عرّفه ابن العربي بأنه: "الأم الذي لا نفع يوازيه أو يربي عليه، وهو نقيض النفع"؛ وجاء في المنتقى: "الضرر هو مالك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة؛ ابن العربي، أحكام القرآن، تحقيق: علي محمد الجاوي، دار الفكر، القاهرة، ط03، 03، 1972م، ج1، ص 54؛ الباجي، المنتقى، دار الكتاب العربي، بيروت، ط01، 1332هـ، ج06، ص 40.

3 - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994م، ج02، ص 147.

4- الشيخ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، المطبعة الفنية الحديثة، مصر، ط1971م، ص 08.

من هنا سنتناول موقف الفقهاء في التعويض عن الضرر؛ سواء موقف الفقهاء القدامى والمعاصرين وذلك على النحو الآتي.

الفرع الأول

موقف الفقه الإسلامي القديم من التعويض عن الضرر

لم يتطرق الفقهاء القدامى لمبدأ التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة، ولعل ذلك راجع لأسباب متعددة منها:

أولاً- أن مثل هذه الأمور كانت تجري في عهود الفقهاء القدامى على نحوٍ من البساطة واليسر؛ لعدم استمرار الخطبة فترة طويلة، ولم يكن أحد الطرفين قد تكلف في معظم الأحوال ما يستحق التعويض من مال أو غيره، كما أن التعفف عن أخذ العوض في مثل هذه الأمور لم يكن ليفسح المجال لطلب التعويض القضائي⁽¹⁾.

ثانياً- إن كلا من طرفي الخطبة يعلم مسبقاً أن حق العدول مقرر له شرعاً، فكان لزاماً عليه أن يتوقع العدول من جانب الطرف الآخر في أي وقت، فلا يعتبر وقوعه مفاجأة له، وليس اعتداء على حق من حقوقه، وإذا كان الأمر على هذا النحو، فينبغي أن يترتب حتى تبين له حقيقة الأمر، ولا يتسرع في شراء جهاز البيت، أو الاستقالة من الوظيفة بالنسبة للمرأة للتفرغ لشؤون الأسرة قبل أن يبت في أمر العقد⁽²⁾.

ثالثاً- الحياة الاجتماعية المحافظة وتمسك الناس بدينهم لم يترك مجالاً للإضرار بالمخطوبة، فالإسلام لم يبح الاختلاط ولا الخلوة، إلا بضوابط شديدة تمنع وقوع انزلاقات أو انحرافات خطيرة على الخاطب أو المخطوبة، فهذه الأسباب وغيرها دفعت إلى عدم تطرق الأقدمين إلى مثل هذا الموضوع⁽³⁾.

رابعاً- أساس الزواج الرضا، ولو حكمنا بالتعويض نتيجة العدول عن الخطبة، لكان في ذلك إكراه ضمني على الزواج مع عدم الرغبة التامة فيه، وهذا لا يجوز في العقود مطلقاً، فكيف بها في عقد النكاح؟⁽⁴⁾.

1- محمد بلتاجي، دراسات في أحكام الأسرة، مكتبة الشباب، القاهرة، (د ط)، ط1990م، ص 215 - 216.

2- محمد فهيم الجندي، محاضرات في الأحوال الشخصية، مكتبة النصر، القاهرة، ط1998م، ص 30.

3- زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، منشورات جامعة قارونس، بنغازي، ليبيا، ط06، ص 79 - 80.

4- مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 63.

خامساً- التعويض لا يكون إلا لسبب من أسباب الالتزام، كالإخلال بعقد أو فعل ضار، والخطبة ليست عقدا بل هي مجرد وعد، والتكول عنه منهي عنه شرعا، ولكن ليس فيه أي جزاء.

لهذا كله لم يتعرض الفقهاء القدامى لهذا الموضوع، وخلافا لذلك فقد نالت هذه القضية اهتمام بعض الفقهاء والقانونيين المعاصرين، نظرا لتطور الحياة الاجتماعية وتأثيرها بالحضارة الغربية، وفساد الأخلاق، وضعف الوازع الديني، كل ذلك من شأنه أن يؤدي إلى الإضرار بالمخطوبة عند العدول، مما أوجب على فقهاء الشريعة ورجال القضاء التفكير في مبدأ التعويض، تطبيقا لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"⁽¹⁾، وعملا بنظرية عدم التعسف في استعمال الحق، فما هو رأي الفقه المعاصر في ذلك؟

الفرع الثاني

موقف الفقه الإسلامي المعاصر من التعويض عن الضرر

تضاربت آراء الفقهاء بالنسبة لمسألة التعويض عن الضرر في حالة العدول عن الخطبة؛ إلى ثلاثة آراء، ما بين مؤيد ومعارض لمبدأ عدم التعويض مطلقا، ورأي ثالث ذهب إلى القول بالتفصيل، ولكل وجهة نظره فيما ذهب إليه، وفيما يأتي بيان ذلك:

الرأي الأول- وجوب التعويض: أصحاب هذا الاتجاه يقولون بوجوب التعويض مطلقا، وممن تبني هذا المبدأ الشيخ محمود شلتوت⁽²⁾، إذا نال أحد الطرفين بسبب عدول الآخر عن الزواج ضرر؛ لأنه من المقرر في الشريعة أنه "لا ضرر ولا ضرار"، والضرر يزال وطريقة إزالته هو التعويض⁽³⁾.

ولأن الخطبة وإن لم تكن عقدا فهي ارتباط قد ينشأ عنه تصرفات يتحمل أحدهما بسببه مغارم مالية، وقد تكون قد تمت بمعرفة العادل أو برأيه، فالعدول بعد ذلك لا يخلو من تغيير، ولا تعارض عند صاحب هذا الرأي بين كون العدول حقا، وبين تعويض الضرر؛ لأن التعويض ليس عن العدول المجرد، ولكنه تعويض لضرر ناشئ عن العدول، بعد أخذ الأهبة والسير في الأسباب، فالظروف التي أحاطت

1- أخرجه الإمام مالك، الموطأ، كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، حديث رقم 2171، ج02، ص 290؛ والبيهقي، كتاب الصلح، باب لا

ضرر ولا ضرار، حديث رقم 11384، البيهقي، السنن الكبرى، ج06، ص 115.

2- مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 64.

3- محمد عبد الفتاح النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط 2002 م، ص 163.

بالعدول وللخاطب العادل دخل فيها، هي التي أوجدت الضرر ويزال الضرر بالتعويض، فليس التعويض لأنه استعمل حقا، ولكن لأنه استعمل في وقت ينزل فيه الضرر بغيره⁽¹⁾.

وقد سار على هذا النهج مصطفى السباعي حيث يقرر أن مبدأ التعويض مبدأ عادل تقره مبادئ الشريعة في أصلين شرعيين:

الأصل الأول: مبدأ إساءة استعمال الحق⁽²⁾، وهو مبدأ مستلم به في الفقه الإسلامي، وقد أصبح مستلما به اليوم في قوانين معظم البلاد العربية وفي أكثر قوانين العالم، ومن المعلوم في تاريخ هذه النظرية أن فقهاء الإسلام سبقوا إلى القول بها فقهاء الغرب الحديث بقرون.

الأصل الثاني: مبدأ الالتزام في الفقه المالكي، الذي يرى في بعض أقواله لزوم الوعد إذا ترتبت عليه آثار⁽³⁾؛ وعليه فإن الوعد إذا لزم منه ارتباط الموعد بعمل، ومثله ما إذا ارتبط بعقد أو قول كان سببه ذلك الوعد، ونشأ عن تخلف الواعد بتنفيذ وعده ضرر ما حكم عليه قضاء بتنفيذ ذلك الوعد، هذا هو المشهور المعتمد عليه في مذهب المالكية⁽⁴⁾.

الرأي الثاني - عدم التعويض: يؤيد أصحاب هذا الاتجاه مبدأ عدم التعويض عند العدول عن الخطبة، ومن ذهب إلى هذا الرأي الشيخ محمد بن حيت المطيعي⁽⁵⁾، حيث يقول في فتواه لأحد السائلين: "ومن ذلك يعلم أنه لا وجه أن يلزم من يمتنع عن العقد بعد الخطبة من الخاطب أو المخطوبة بتعويض؛ لأن كل واحد منهما لا يفوت على الآخر حقا حتى يلزم بالتعويض، بل بعد الخطبة لكل واحد منهما الحرية التامة شرعا في أن يتزوج بمن شاء⁽⁶⁾".

وبناء على هذا الاتجاه ليس لقاضي أن يحكم بالتعويض؛ لأن العدول حق للخاطب والمخطوبة بلا قيد ولا شرط، ولأن العادل بحكم القانون والفقه يسترد هداياه فكيف يغرم مالا، ولأن المقرر قانونا وفقها

1 - الشيخ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط02، 2005م، ص 36 وما بعدها.

2 - محمد عبد الفتاح النشار، المرجع السابق، ص 87 وما بعدها.

3- الوعد عند الإمام مالك فيه أربعة أقوال، أولها: أنه لا إزام فيه، ولا يقضي بمقتضاه بشيء؛ والثاني: أن الوعد ملزم ويقضى به في كل الأحوال؛ والثالث: أنه يجب الوفاء بالوعد الذي يكون سببا لأمر لا يستطيع من بذل له الوعد القيام به بدون تحقيق الوعد؛ الرابع: أنه يجب الوفاء إذا كان الوعد له سببا للتصرف، ودخل من بذل له الوعد في التصرف بسبب ذلك الوعد؛ الشيخ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 35.

4- مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 64 - 66.

5- أحد كبار علماء الأزهر الشريف.

6- محمد بن حيت المطيعي، مجلة المحاماة الشرعية، عدد 01، السنة 02، (د ت)، القاهرة، ص 44 - 45.

أنه لا ضمان في استعمال الحق، ولأن الذي وقع عليه الضرر من الطرفين يعلم أن الطرف الآخر له العدول في أي وقت شاء، فإن أقدم على عمل بناء على الخطبة ثم حصل عدول، فالضرر نتيجة لاغتراره، ولم يغرر به أحد، والضمنان عند التغيير، لا عند الاغترار؛ ولأنه لو حُمِّل العادل عن الخطبة مغارم لكان في ذلك بعض الإكراه على الزواج، ويجب أن يتوافر في عقد الزواج كامل الرضا، وكامل الحرية⁽¹⁾.

كما أنه من المقرر في الفقه الإسلامي "أن الجواز ينافي الضمان"؛ أي أن من يمارس حقاً مشروعاً له لا يكون مسؤولاً عما يترتب على ذلك من ضرر؛ لأن الجواز ينافي المسؤولية، وإنما تنشأ المسؤولية عن المجاوزة والاعتداء، والخاطب لا يعتبر معتدياً إذا استعمل حقه في العدول⁽²⁾.

الرأي الثالث - التعويض عن الضرر مع التفصيل فيه: ذهب فريق ثالث من الفقهاء إلى التفصيل في التعويض عن الضرر، ويمثل هذا الرأي المعتدل الشيخ محمد أبو زهرة من خلال قوله: "أن العدول عن الخطبة في ذاته لا يكون سبباً للتعويض؛ لأنه حق، والحق لا يترتب عليه تعويض قط، ولكن ربما يكون الخاطب قد تسبب في أضرار نزلت بالمخطوبة، لا بمجرد الخطبة والعدول، كأن يطلب نوعاً من الجهاز أو تطلب هي إعداد المسكن، ثم يكون العدول والضرر، فالضرر نزل بسبب عمل كان من الطرف الذي عدل غير مجرد الخطبة، فيعوض وإن لم يكن كذلك فلا يعوض.

وعلى هذا يكون الضرر قسمين: ضرر ينشأ وللخاطب دخل فيه غير مجرد الخطبة والعدول⁽³⁾، وضرر ينشأ عن مجرد الخطبة والعدول من غير عمل من جانب العادل، فالأول يعوض والثاني لا يعوض كما هو مقرر في قواعد الفقه الحنفي، إذ الأول كان فيه تغيير والتغيير يوجب الضمان، والثاني لم يكن فيه تغيير، بل اغترار ممن وقع الضرر عليه والاعترار لا يوجب الضمان⁽⁴⁾.

ولم يفرّق هنا بين نوعي الضرر المادي والأدبي، يظهر هذا واضحاً في اعتبار أن رأيه هذا مشابه للقرار الذي انتهت إليه محكمة النقض المصرية عام 1939 م، والتي تعتبر أنه "إذا لازمت الوعد بالزواج

1- الشيخ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 35 وما بعدها.

2- فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط01، 1994م، ج02، ص 541.

3- ويكون ذلك على أساس المسؤولية التصريحية؛ توفيق حسن فرج، الطبيعة القانونية للخطبة وأساس التعويض في حالة العدول عنها، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، السنة 11، 1961 - 1962م، ص 134.

4- الشيخ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 36 - 38.

والعدول عنه أفعال مستقلة عنهما استقلالاً بينا بحكم أنهما مجرد وعد بالزواج فعدول عنه، وتكون هذه الأفعال موجبة للتضمنين على من صدرت منه باعتبارها أفعالاً ضارة في ذاتها لا نتيجة عن العدول⁽¹⁾.

وقد عدل أبو زهرة عن هذا الرأي وقصر التعويض على الضرر المادي دون الأدبي حين العدول عن الخطبة، حيث قال: "إن التمسك بالآداب الإسلامية الخاصة بالخطبة يترتب عليه أن يقتصر النظر في الأضرار المادية؛ لأن الأضرار الأدبية التي تمس السمعة، وسببها الاستهواء والاستغواء⁽²⁾، ونحو ذلك لا محل له في الفقه الإسلامي"⁽³⁾.

أما عبد الرحمن الصابوني فيرى عدم التفريق بين الضرر المادي والضرر المعنوي، لأن المرء كما يتضرر مادياً يتضرر كذلك معنوياً، كما يرى أيضاً أن الإغواء الذي يوجب التعويض هو الذي يرافقه الغش والخديعة، فإذا كان يعلم المخطوبة وأقاربها فلا تعويض⁽⁴⁾؛ ومن ثم فالتعويض عن العدول يلازمه ثلاثة شروط مجتمعة لتقريره:

1- أن يثبت أن العدول لم يكن بسبب من المخطوبة.

2- أن العدول قد أضر بها مادياً أو معنوياً غير الاستهواء الجنسي.

3- أن الخاطب قد أكد رغبته في الزواج من المخطوبة، بما يستدل به عادة وعقلا على تأكيد خطبته وتصميمه على إجراء عقد الزواج⁽⁵⁾.

الترجيح: بعد عرض الاتجاهات الفقهية في مسألة التعويض عن الضرر عند العدول عن الخطبة، نرى أن الذي يتفق ومقاصد الشريعة في رفع الضرر هو الاتجاه الثالث القائل بالتعويض عن الضرر الناشئ عن العدول، بالقول أو الفعل الذي أوجب الضرر، لا مجرد العدول عن الخطبة، ومبرر التعويض في الشريعة الإسلامية.

1- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، (دط، دت)، ج1، ص 830.

2- وفي ذلك يعقب مصطفى السباعي بقوله: "غير أن الضرر الأدبي لا ينحصر في ذلك، بل كثير منه يقع في حالات مباحة، ومن أمثلتها أن تكون الفتاة في سنّ يكثر معها الخاطبون فتختار واحدا منهم، ثم تمتد الخطبة سنين - كما يقع كثيرا- ثم يعدل الخاطب عن الخطبة بعد أن فاتها عدد من الخاطبين الأكفاء قد يكونون أحسن مستقبلا وأعظم مكانة اجتماعية من خطيبها الذي عدل أخيرا"؛ مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 67.

3- الشيخ محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، (د ط، د ت)، ص 75.

4- عبد الرحمن الصابوني، الأحوال الشخصية، كلية الحقوق، جامعة حلب، سورية، ط1965م، ج1، ص 55.

5- مصطفى السباعي، المرجع نفسه، ص 68.

أنه إذا كان هناك تغيير أوجب الضرر المادي والمعنوي فإنه يستوجب الضمان طبقا للقاعدة الشرعية: " لا ضرر ولا ضرار"؛ وذلك للأسباب الآتية:

1- مراعاة هذا الاتجاه للتشريع الإسلامي كون الخطبة وعدا غير ملزم، ومن ثم جواز فسخها والرجوع عنها، وإن كان لغير مبرر.

2- أن هذا الاتجاه يعد أعدل الآراء وأوسطها، بين الذين يمنعون التعويض عن العدول مطلقا، سواء لحق المعدول عنه ضرر أم لا، وبين الذين يجوزون التعويض مطلقا عند وقوع الضرر سواء أكان العادل سببا فيه أم لا، وذلك بتقييده إلزام العادل بالتعويض عند كونه سببا حقيقيا في إلحاق الضرر بالمعدول عنه.

3- أن الأخذ بهذا الرأي فيه مراعاة لما تقتضيه المصلحة والقواعد الشرعية؛ لأن العادل الذي نشأ الضرر بسببه يصير مغررا للمعدول عنه، والتغيير يوجب الضمان، أما إذا لم يكن سببا في الضرر فلا يكون مغررا، ومن ثم لا يلزم التعويض.

المطلب الثاني

سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الضرر

سنتناول في هذا المطلب موقف المشرع الجزائري والمقارن من مسألة التعويض عن الضرر الناجم في حالة العدول عن الخطبة، ثم بعد ذلك نبين مجال تدخل القاضي في تقدير التعويض والضوابط التي تحكم التقدير.

الفرع الأول

تقدير التعويض عن الضرر في التشريع الجزائري والتشريع المقارن

كثيراً ما يصاحب عدول أحد الخطيبين عن الخطبة خيبة أمل لدى الطرف الآخر، وقد يُلحق به ذلك العدول ضرراً مادياً أو معنوياً حالاً ومباشراً، كما أنه قد يأتي نتيجة الظروف التي أحاطت بالخطبة بتدخل أو عدم تدخل الطرف الآخر.

ولقد عالج المشرع الجزائري مسألة التعويض عن الضرر الناجم عن العدول من خلال المادة 03/05 من ق- أ التي تنص: "إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو ضرر معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض"، نلاحظ أن موقف المشرع الجزائري في هذا الشأن جاء على إطلاقه دون تحديده للأضرار المادية والأضرار المعنوية، على أساس أن التعويض سببه إلحاق الضرر بالطرف الآخر وليس هو استعمال الحق في العدول في حد ذاته؛ لأن الخطبة لا تعدو أن تكون مجرد وعد غير ملزم بالزواج، وهو ما أكدته المادة 01/05 من نفس القانون بالنص على: "الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عنها".

ومنه نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ بمبدأ التعويض عند العدول عند الخطبة إذا نشأ عن ذلك ضرر مادي أو ضرر معنوي قائم على أساس المسؤولية التقصيرية، لا المسؤولية العقدية لأن الخطبة ليست بعقد⁽¹⁾.

وقد حسم المشرع الجزائري مسألة التعويض عن الضرر، وذلك بإقرار جواز الحكم به، إذا ظهرت للقاضي أسباب مقنعة، وهو ما انتهى إليه المشرع أيضاً في المادة 182 مكرر من ق- م⁽²⁾.

وهنا يشترط أن يكون هذا الضرر على صلة مباشرة وحالة مع ذلك الخطأ الذي ارتكبه الخاطب الذي عدل عن الخطوبة؛ أما إذا كان الضرر ناجماً عن فعل المتضرر نفسه، ففي هذه الحالة إما أن تنتفي المسؤولية كلياً عن العادل، أو توزع المسؤولية بين المخطوبين⁽³⁾؛ وهو ما قضت به المحكمة العليا في غرفتها

1- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، ج02، المرجع السابق، ص 23 - 24؛ على أساس نص المادة 05 من ق- أ، لأن المحكمة العليا سبق أن قررت عدم تطبيق المادة 124 من ق- م، بقولها: "كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض"؛ على قضايا الأحوال الشخصية؛ المحكمة العليا، غ، أ، ش، 22 / 02 / 2000م، ملف رقم 235456، م - ق، عدد 01، 2001، ص 281.

2- تنص المادة 182 مكرر من ق- م، بقولها: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة"؛ الأمر رقم 75 . 58 المؤرخ في 26 / 09 / 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية رقم 78، 1975، السنة 12؛ المعدل بالقانون رقم 05 - 10 المؤرخ في 20 / 06 / 2005 م، الجريدة الرسمية، رقم 44، بتاريخ 26 / 06 / 2005 م.

3 - C F (P H) Le tourneau, la responsabilité civile, n° 1481 ets, éd 2003, par (L) Cadiet, Cass. Civ 26/ 01/ 1982, Bull. Civ, 01, 41, (ph) Malaurie. et Aynes (L). Droit civil. La famille, Cujas, paris, 1987. p 60 et S; J) Carbonnier, Carbonnier J). La famille, Thémis, Paris, 1991, n° 08.

المدينة، بأن يكون الضرر محقق الوقوع، وأن لا يكون افتراضيا أو احتماليا⁽¹⁾؛ وعلى قضاة الموضوع تبيان الوسائل المعتمدة في تقدير التعويضات، والتي يستوجب أن تكون مناسبة للضرر الحاصل⁽²⁾.

كما أن مجرد الوعد لا يلزم الوفاء به، غير أن الوفاء به هو من مكارم الأخلاق عند المالكية⁽³⁾. علما أن الشريعة الإسلامية توجب الضمان، وتحرم كل ما فيه غرر؛ فإذا حدث ضرر بسبب العدول عن الخطبة، أو بدون سبب⁽⁴⁾، أو كان العدول بدون مبرر شرعي، وجب على من تسبب أن يضمن الفعل الضار بإزالته أو التعويض عنه⁽⁵⁾.

ومن الأضرار المعتبرة قانونا الاستهواء أو الاستغواء للتغريب بالطرف الآخر، والتماطل عن إتمام الزواج بالدخول⁽⁶⁾، وكذا العدول التعسفي بدون مبرر شرعي أو قانوني⁽⁷⁾، وعدول الخاطب عن الخطبة بعد مضي مضي زمن طويل على الخطبة، ومطالبة الطرف الآخر بمطالب معينة مما ينجر عنه الخسارة الواضحة؛ كما أن خيبة الأمل والمساس بسمعتها وكرامتها نتيجة مخالطته لها هي من الأضرار المعنوية⁽⁸⁾؛ دون نسيان ترك المخطوبة لوظيفتها أو دراستها بأمر من خاطبها، أو العدول بمجرد التهور أو الطيش وما ينجر عنه من سوء الحظ⁽⁹⁾.

1- أي بمعنى أنه الخسارة التي لحقت المدعى فعلا؛ المحكمة العليا، غ، م، 27 / 11 / 1985، ملف رقم 41783، م - ق، عدد 01، 1990، ص 43.

2- المحكمة العليا، غ، م، 24 / 05 / 1994، ملف رقم 109568، م - ق، عدد 01، 1997، ص 123.

3- الخطاب، مواهب الجليل، ج 04، ص 374.

4- أي تعسف المعتدي في استعمال حقه؛ د. محمد رياض، التعسف في استعمال الحق في ضوء المذهب المالكي، المطبعة الوطنية، مراكش، ط 02، 1992م، ص 117.

5- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، بيروت، ط 07، 1996م، ج 07، ص 430.

6- إن عدم إتمام الزواج بالدخول يلحق ضرراً معنوياً بالمخطوبة إذا طالت المدة، وكذا تفويت فرصة الزواج عليها؛ المحكمة العليا، غ، م، أ، ش، 15 / 11 / 2006، ملف رقم 372290، م - م - ع، عدد 01، 2007، ص 487.

7- كاستعمال الخديعة والغش؛ المحكمة العليا، غ، م، أ، ش، 30 / 12 / 1985، ملف رقم 39065، غير منشور، محكمة قسنطينة، 28 / 09 / 1981، ملف رقم 81 / 241، ن - ق، عدد 43، ص 115؛ نقلا عن: بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05 - 02 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة 1966 - 2006، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 03، 2007، ص 34.

8 - Cass, Civ, 2e, 02/ 07/ 1970, D, 1970, 178.

9 - Paris, 03/ 12/ 1976, D, 1978, 339.

وفي هذا الصدد، قد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها، وقررت فيه ضرورة دفع تعويضات للمخطوبة من جراء وفاة خطيبها في حادث مرور، على أساس تفويت فرصة الزواج، باعتبارها من الأضرار المعنوية الجديرة بالتعويض⁽¹⁾.

كما استقر اجتهاد المحكمة العليا على أنه يجوز للمخطوبة طلب التعويض، لوجود الضرر المعتبر شرعاً؛ وذلك لأنه وقع العدول بعد مضي زمن طويل عن الخطبة، أو وقع الطلاق قبل الدخول بدون سبب، فإنه يتوقع معه حدوث الضرر. وبالأخص المعنوي بتأخير مشروع الزواج وإثارة الألسنة، بالتشهير والتجريح، فيكون التعويض لا محالة، إذا كان العادل عن الخطبة هو المتسبب في الضرر.

كما أنه يجوز للمرأة العدول عن إتمام إجراءات الدخول (أي التطليق قبل البناء) شريطة تحميلها مسؤولية ذلك⁽²⁾.

أما فيما يخص تقدير الضرر فهو من اختصاص قضاة الموضوع (قاضي شؤون الأسرة)، وذلك بأن يتناسب مقدار التعويض وحجم الضرر الذي لحق بالمضروب. فلا يجوز الحكم بالتعويض عن العدول عن الخطبة بأكثر مما يدفعه المطلق، فيما لو تم العقد بينهما وطلق زوجته قبل الدخول، لأن الزوج إذا طلق زوجته قبل أن يدخل بها، يترتب عليه دفع نصف الصداق لزوجته طبقاً لأحكام المادة 16 من ق- أ.

ثم إن الخطبة بحكم طبيعتها، تفرض عدم إمكانية التعويض عن الأضرار العادية، لأن العدول عنها هو حق شرعي، وهو أمر أن ينبغي أن يكون في الحسبان ومتوقعاً من الخاطبين عند إبرامها. ومن الطبيعي أن ينجم عن العدول شيء من الآلام والمعاناة وشيء من إثارة الألسنة، بالتشهير والتجريح⁽³⁾.

أما فيما يخص عبء الإثبات فيقع على المدعي؛ ومن هنا يستوجب على قاضي شؤون الأسرة التأكد أولاً من قيام الخطبة، وذلك لأن إثبات الخطبة أو نفيها يخضع لتقديره.

وعلى الشخص الذي يطالب بالتعويض عن الضرر بسبب العدول عن الخطبة؛ ضرورة إثبات الخطبة أولاً بجميع الوسائل؛ وذلك تطبيقاً للقاعدة الفقهية: "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"، كالبينة أو القرائن أو الإقرار، وهو ما أقرته المحكمة العليا في قرار لها بقولها: "من المقرر قانوناً أن الإقرار

1- محكمة النقض الفرنسية، غ، ج، 05 / 01 / 1956، Dalouz، 1956، ص 216.

2- وذلك تطبيقاً لأحكام المادة 06/53 من ق- أ، خاصة إذا علمت الزوجة أن زوجها استعمل الطرق الاحتمالية لكي ترضى المخطوبة بالزواج؛ وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 07 / 02 / 2006، ملف رقم 389494، م- م- ع، عدد 02، 2007، ص 454.

3- عبد الله مبروك النجار، التعويض عن أضرار فسخ الخطبة، دار النهضة العربية، ط3، 03، 2010 م، ص 111.

القضائي هو اعتراف الشخص بواقعة قانونية مدعى بها عليه أمام القضاء، وهو حجة قاطعة على المقرر. ومن المقرر أيضا أنه إذا ترتب على العدول على الخطوبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض؛ ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقا للقانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن المجلس القضائي بإلغائه الحكم المستأنف، ورفضه الدعوى المتضمنة طلب تعويض من الطاعن على الضرر الذي أصيب به، بالرغم من إقرار المطعون ضدها بفسخ الخطوبة أمام القضاء يكونوا قد خالفوا القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه⁽¹⁾.

ومن ثم، يمكن إثبات الخطبة بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا الخطبة، أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود أن الطرفين مخطوبين⁽²⁾، أو الصور الفوتوغرافية المأخوذة بالأجهزة الحديثة (كالكاميرا، والهاتف النقال) والأجهزة الرقمية وغيرها. كما أن إقرار أحد الخطيبين بواقعة الخطبة المدعى بها عليه أمام القضاء، دليل قاطع على المقرر بقيام الخطبة⁽³⁾.

أما بالنسبة لمسألة التعويض عن العدول عن الخطبة؛ فأساسها الفعل الضار وليس العقد؛ فيجوز إثباته بجميع وسائل، لأنه واقعة قانونية، وسواء كان الضرر مادياً أو معنوياً، فالمرجع الجزائري يميز ذلك طبقاً لأحكام المادة 03/05 من ق - أ؛ إضافة إلى ذلك التعويض عن تفويت فرصة الزواج، إذا مضى زمن طويل على الخطبة، مما يسبب ضرراً للطرف الآخر، وهذا ما أقره إجتهد المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 15 / 11 / 2006 والمتعلق بتفويت فرصة الزواج على المعقود عليها في حالة الطلاق قبل الدخول بقولها: "قبول الطعن شكلاً وموضوعاً، ونقض وإبطال القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء البلدية بتاريخ 24 / 05 / 2004، جزئياً فيما يخص الصداق، وإحالة القضية وطرفيها لنفس المجلس للفصل فيها وفق القانون بتشكيكة غير التي فصلت فيها من قبل"⁽⁴⁾.

هذا، ويقع عبء الإثبات على الطرف المضرور، ويجب على قاضي شؤون الأسرة التحقيق في ادعاءات الطرفين، والنظر في جميع الأوجه والدفع لقبولها أو رفضها، ومناقشة الوثائق والأشياء المقدمة

1 - LEMOULAND; Aix - En - Provence, 27/ 06/ 1996, JCP, 1997, 01, 3996 .

2- المحكمة العليا، غ، أ، ش، 25 / 12 / 1998، ملف رقم 56097، م - ق، عدد 04، 1991، ص 102.

3- فقد حكمت المحكمة العليا، بأنه يجوز في مسألة إثبات أو عدم إثبات واقعة الزواج العربي سماع الشهود، لأول مرة على مستوى الاستئناف؛ فذلك يدخل في إطار مهام قضاة المجلس، متى رأوا أن ذلك يفيد الإجراءات المتخذة من قبلهم؛ المحكمة العليا، غ، أ، ش، 23 / 02 / 2005، ملف رقم 315403، م- م- ع، عدد 01، 2005، ص 275.

4- المحكمة العليا، غ، أ، ش، 25 / 12 / 1989، ملف رقم 56097، م - ق، عدد 04، 1991، ص 102.

وتكالييفها، وتحديد مسؤولية كل طرف⁽¹⁾. وكذا التحقق في حالة المطالبة بالتعويض، من أن الضرر المادي أو المعنوي الذي أصاب الطرف الآخر هو ضرر أكيد ترتب عن فعل الخطأ⁽²⁾.

وفي الأخير فإن تقدير التعويض هو مسألة موضوعية من اختصاص قضاة شؤون الأسرة، غير أنه يجب إخضاعه إلى ضوابط موضوعية، أي في أي إطار يدخل بعيداً عن كل تعسف أو مغالاة؛ وهذا يعني أنه لا يجوز التعويض عن الضرر المادي أو المعنوي إلا إذا بلغ حداً من الجسام، بحيث لا يمكن للشخص العادي أن يتحمل مثل ذلك الضرر الذي نجم عن العدول عن الخطية⁽³⁾.

أما في بالنسبة للمشرع المغربي فقد أخذ بالرأي الصائب الذي انتهت إليه محكمة النقض المصرية من خلال قرارها الصادر سنة 1939م، وقام بتقنين هذا من خلال أحكام المادة 07 من م-أ-م، والتي نصت على أنه: " مجرد العدول عن الخطية لا يترتب عنه تعويض، غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضرراً للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض".

من هنا يتضح لنا أن المشرع المغربي يميز بين مجرد إنهاء الخطية بالإرادة المنفردة، وهذه مسألة مشروعة لا تحتاج حتى إلى تبرير، لأنها من صميم النظام العام، وبين الأفعال والأقوال الضارة؛ التي قد تصاحب ذلك الإنهاء أو تسببه أو تأتي بعده، والتي متى أحدثت ضرراً للطرف الآخر. مما قد يترتب عنه قيام مسؤولية مدنية لمن صدرت عنه، طبقاً لأحكام الفصلين 77 و78 من ق-إ-ع-م⁽⁴⁾.

فإذا اتهم الخاطب للمخطوبة بما قد يمس الكرامة والشعور، كالطعن في العرض وفي الأخلاق، أو كأن يدفع الخاطب المخطوبة القيام بالنفقات باهضة قصد التهيء للزواج ثم يتخلى عنها، أو يخطف الرجل امرأة موظفة ثم تتخلى عن وظيفتها بطلب منه، فهنا يجوز للطرف المتضرر المطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق عن هذه التصرفات.

أما فيما يخص التشريع المصري فإنه يخلو من نص صريح، ينظم مسألة التعويض عن الضرر اللاحق عن العدول عن الخطية؛ إلا أن الفقه المصري قد تصدى لها بالبحث، خاصة بعد طرحها على القضاء أكثر

1- بلحاج العربي، تعليق على قرار المحكمة العليا الصادر عن: غ، أ، ش، بتاريخ 15/11/2006، ملف رقم 372290، والمتعلق بالتعويض عن تفويت فرصة الزواج في حالة الطلاق قبل الدخول، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، عدد 03، 2011، ص 285.

2- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ج 01، المرجع السابق، ص 110.

3- فإن الخطية بحكم طبيعتها تفرض عدم إمكانية التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية المألوفة، لأن التعويض شبه إكراه على الزواج، وهذا لا ينسجم مع مبادئ الرضا والحرية التي تقوم عليها الخطية؛ بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 111.

4- محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط 02، 2009 م، ج 01، ص 195.

من مرة، وقد حسمت محكمة النقض المصرية ذلك من خلال قرارها الصادر سنة 1939، خاصة بعد صدور أحكام متضاربة عن المحاكم الموضوع، وقضت من خلاله على ما يلي: "الخطبة ليست إلا تمهيداً لعقد الزواج، وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحداً من المتواعدين، فلكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء، وخصوصاً أنه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته، لما للزواج من الخطر في شؤون المجتمع، وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهتداً بالتعويض، ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه قد لازمتها أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالاً تاماً، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضرراً مادياً أو أدبياً بأحد المتواعدين، فإنها تكون مستوجبة للتضمنين على من وقعت منه، وذلك على أساس أنها هي في حد ذاتها بغض النظر عن العدول بمجرد أفعال ضارة موجبة للتضمنين..."⁽¹⁾.

وما يستنتج من خلال هذا القرار أن القضاء في مصر قد انتهى إلى تقرير المبادئ القانونية الآتية:

- 1- الخطبة ليست بعقد ملزم، وبالتالي لكل من الطرفين أن يضع حداً لها بإرادته المنفردة وحدها.
- 2- مجرد العدول عن الخطبة لا يعد سبباً موجباً للتعويض، لأن الأمر يتعلق برخصة منحها المشرع لكلا الخطيبين.
- 3- إذا صاحب العدول عن الخطبة أفعال أو أقوال ألحقت ضرراً مادياً أو معنوياً بأحد الخطيبين، جاز للخطاب المتضرر أن يرفع دعوى المطالبة بالتعويض، عما أصابه من ضرر، ضد الطرف الآخر الذي أضرب به.

وما انتهى إليه القضاء المصري يتفق مع روح الشريعة الإسلامية التي قررت أنه: "لا ضرر ولا ضرار" ولأن الضرر يزال شرعاً وهو ما يتفق قاعدة: "التسبب في الضرر يوجب الضمان"، فيكون التعويض

1- المحكمة النقض المصرية، نقض مدني صادر في 14/12/1939، طعن رقم 13 لسنة 09 ق، مجلة المحاماة، عدد 20، ص 392 - 760؛ نقلاً عن: عبد الله مبروك النجار، التعويض عن أضرار فسخ الخطبة، المرجع السابق، ص 65؛ ومن أهم القرارات الصادرة عن محكمة النقض في هذا الصدد: "يتعين للحكم بالتعويض بسبب العدول عن الخطبة أن تتوافر شرائط المسؤولية التقصيرية بأن يكون هذا العدول قد لازمته أفعال خاطئة في حد ذاتها، ومستقلة عنه استقلالاً تاماً ومنسوبة لأحد الطرفين، وأن ينتج عنها ضرر مادي أو أدبي للطرف الآخر، فإذا كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بالتعويض للمطعون عليها من فسخ الخطبة على ما ورد فيه من أن الطاعن أقدم على فسخ الخطبة لغير ما سبب سوى طمعه في مال والد خطيبته لرفضه أن يخض ابنته بنصيبها في ماله حال حياته، واعتبرت المحكمة عدول الطاعن لهذا السبب عدولاً طائشاً ليس له مسوغ يقتضيه وترتبت عليه الحكم للمطعون عليها بالتعويض، كان سبب العدول على هذا النحو لاصقاً بالعدول ذاته وبمجردا عن أي فعل خاطئ مستقل عنه، فإن الحاكم المطعون فيه يكون قد أخطأ في القانون إذا قضى للمطعون عليها بالتعويض...؛" نقلاً عن: محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ج 01، المرجع السابق، ص 193.

في الحقيقة ليس عن مجرد العدول عن الخطبة الذي هو حق مقرر لكل من الطرفين، وإنما عن الضرر الناشئ عن أفعال صاحبت العدول أو سبقتها؛ أي تترتب على صاحبه مسؤولية.

الفرع الثاني

تقدير القاضي للتعويض عند العدول عن الخطبة

إن مسألة التعويض عن الأضرار الناجمة عن العدول عن الخطبة من اختصاص قضاة الموضوع، وقاضي شؤون الأسرة باعتباره هو المختص بتقدير التعويض في هذه الحالة، فلا بد له بالرجوع إلى الأحكام العامة الواردة في القانون المدني، وإتباعه ضوابط معينة في تقدير التعويض؛ وهذا ما سيتم دراسته من خلال النقاط الآتية:

أولاً- التعويض عن الضرر المادي الناجم عن العدول عن الخطبة: يثير أمر التعويض من جهة وجوبه صعوبة ما، بحيث إقراره ثابتاً بنص قانوني ولكن ما يحتاج إلى البحث في هذه النقطة هو تقدير التعويض، وبيان مقداره في حالي الضرر المادي والضرر الأدبي، ذلك لأن المشرع لم يحدد قيمة التعويض عن الضرر في حالة العدول عن الخطبة، ولا كيفية حسابه، مما يتطلب من القاضي الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني.

1- إمكانية وكيفية التعويض عن الضرر المادي الناجم عن العدول عن الخطبة: من المتعارف عليه أنه يجوز للفتى والفتاة الراغبين في إبرام عقد زواج بينهما، سلوك طريق الخطبة تمهيداً لذلك، وغايتهما في ذلك أن يتعرف كل منهما على الآخر، وبناء على ما تحقق لهما من خلال تلك المعرفة، يمكنهما الإقدام على الزواج أو العدول عنه، وبذلك تكون الخطبة قد حققت الغاية المتوخاة منها.

وكثيراً ما يصاحب عدول أحد الطرفين عن الخطبة خيبة أمل لدى الطرف الآخر، وقد يلحق به ذلك العدول ضرراً مادياً أو ضرراً معنوياً، حالاً ومباشراً قد يأتي نتيجة الظروف التي أحاطت بالخطبة، بتدخل أو عدم تدخل الطرف الآخر.

وعلى هذا الأساس، وقع التساؤل من جانب الفقه حول إمكانية رفع دعوى التعويض من طرف المتضرر من الجانبين في إطار الأحكام العامة للمسؤولية المدنية التي تمنع كقاعدة الإضرار بالغير بدون وجه حق⁽¹⁾.

أ- إمكانية تعويض ضرر المادي الناجم عن العدول عن الخطبة: إن التعويض عن الضرر المادي قد يكون قانونيا أو إتفاقيا أو قضائيا، وباعتبار الخطبة ليست عقدا، وإنما مجرد وعد بالزواج؛ فبالتالي لا يمكن القول بأن التعويض يكون إتفاقيا، كذلك المشرع الجزائري لم يتناول في قانون الأسرة ما يحدد هذا التعويض ولا طريقة حسابه، مما يخرج من دائرة التعويض القانوني، إذ اكتفى بإقراره مبدأ التعويض عن العدول عن الخطبة، ولذلك فإنه يجوز التعويض القضائي الذي يعطي فيه السلطة التقديرية المطلقة للقاضي في تقديره وكيفية دفعه.

ولكي يجوز المطالبة بالتعويض لا بد من توفر شروط الآتية:

- أن لا يكون لمن عدل مبرر ينزع أفعاله صفة السلوك الخاطيء المعبر أساسا للتعويض، كأن يكتشف أحد الخطيبين وجود مانع من موانع الزواج كان مجهولا قبل الإقدام على الخطبة؛ أو يتوفى أحد الخطيبين فيصبح تنفيذ الزواج مستحيلا، ولا دخل لإرادة الطرف المتضرر في عدم تنفيذه⁽²⁾.

- أن يتعسف العادل في استعمال حقه، أي لا يكتفي بمجرد العدول عن الخطبة؛ بل يحدث أضرماً للطرف الآخر، كأن يرتكب أفعالا، أو أقوالاً من شأنها أن تلحق الضرر بالطرف الآخر، كالضرب أو السب أو الشتم أو الإهانة، أو التشهير أو تشويه السمعة؛ أو كأن يشترط أحدهما على الآخر أن يشتري تجهيزا معيناً ثم يعدل عن الخطبة بلا مبرر مسوغ، أو كأن يأمر بإجراء تصرف على وجهة معينة، وفجأة تنقلب الموازين رأساً على عقب، فيحدث ذلك ضرراً مادياً للمتصرف وفق ذلك الرأي⁽³⁾.

وقد ذهب البعض إلى القول بأن الخطبة مجرد وعد بالزواج، بل وهو وعد غير ملزم، وأن التعويض فيه إكراه ضمني، ولكن يرد على هذا القول بأن التعويض في حالة العدول عن الخطبة للضرر ليس إكراها

1- محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ج 01، المرجع السابق، ص 189 وما بعدها.

2- والمقصود بالطرف المتضرر هو الخاطب الباقي على قيد الحياة.

3- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، ط01، 2008م، ص 38.

على إتمام العقد، وإنما هو محاولة رفع الظلم عن الطرف المتضرر في هذه الحالة، خصوصاً مع وجوب النظر إلى أن ما قرر مهراً يرد في حالة العدول بغض النظر على الطرف الذي عدل⁽¹⁾.

ب- كيفية تعويض الضرر المادي الناجم عن العدول عن الخطبة: إن المشرع الجزائري لم يُبين كيفية تقدير التعويض عن الضرر المادي في حالة العدول عن الخطبة، ولكن بالرجوع إلى أحكام المادة 132 من ق-م، والتي تنص على أنه: "يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً، كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً، ويجوز في 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، وأن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير مشروع". ويقابل هذا النص المادة 171 من ق-م-م، التي تقر نفس المبدأ في شأن كيفية تقديم التعويض⁽²⁾.

يتضح لنا من خلال هذه النصوص أن التعويض القضائي بمعناه الواسع، إما أن يكون عينياً وهو التنفيذ العيني، وذلك بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، وإما أن يكون تعويضاً بمقابل، وهذا الأخير إما أن يكون نقدياً أو غير نقدي.

وفي مجال العدول عن الخطبة، فإن العادل إذا كان قد إستولى على مال من الطرف الآخر بسبب الخطبة، أو ما تولده من ضغط أدبي يجعل صاحبه في حرج من رفض طلب الآخر، فإن التعويض في هذه الحالة يكون عينياً، وذلك برد الحال إلى ما كانت عليه، وإرجاع ما استولى عليه الطرف الآخر⁽³⁾.

فلو كان المستولى عليه عقاراً أو منقولاً أو أي أموال عينية أخرى، فإنه يجب ردها، ويجوز إجبار من أخذها على الرد بطريق التهديد المالي، وهو ما يفهم من نص المادة 132 من ق-م السالفة الذكر؛ فالقاضي في هذه الحالة ليس ملزماً أن يحكم بالتنفيذ العيني، ولكن يتعين أن يقضي به إذا تحققت الشروط الآتية: - إذا كان التنفيذ العيني ممكناً، - وأن يطالب به الطرف المضرور.

1- عبير يحي شاكرا القدمومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، 2007 م، ص 83.

2- تنص المادة 171 من ق-م-م: "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.

يقدر التعويض بالنقد، ويجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناءً على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحال إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء أمر معين، متصل بالعمل غير المشروع على سبيل التعويض".

3- عبد الله مبروك النجار، التعويض عن أضرار فسخ الخطبة، المرجع السابق، ص 146 - 147.

أما إذا رأى القاضي أن التعويض العيني غير ممكن، قضى بالتعويض بمقابل نقدي، وهو التعويض الذي يغلب الحكم به في دعاوى التعويض عن العدول عن الخطبة. فإن كان الضرر المادي يمكن تقديره بالنقد، كما لو اشترط الخاطب على المخطوبة بأن تشتري تجهيزاً معيناً، أو تأجير قاعة الزفاف، ودفعت في مقابل ذلك مالا، ففي جميع هذه الحالات يتعذر فيها التنفيذ العيني، ولا يرى القاضي فيها سبيلاً إلا التعويض النقدي وهو ما أكدته المشرع الجزائري من خلال المادة 176 من ق - م، بقولها: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً، حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه"؛ كما نصت المادة 182 من نفس القانون، على أنه إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره وفقاً لما لحق المضرور (الدائن) من خسارة وما فاته من كسب. ويشتمل التعويض وفقاً للمادة 182 مكرر الضرر المعنوي (أو الأدبي) من آلام وكل مساس بالحريّة أو الشرف أو السمعة وغيرها.

فإذا عدل المتفاوض عن تنفيذ التزامه بالتفاوض عيناً، لم يكن أمام المتفاوض الآخر إلا المطالبة بالتنفيذ بمقابل، والذي يتمثل في تعويض نقدي عادل وشامل لكل ما لحقه من ضرر مادي أو ضرر معنوي من جراء العدول عن الخطبة. بحيث يشمل التعويض ما لحق المتضرر من خسارة وما فاته من كسب⁽¹⁾.

والأصل أن يكون التعويض النقدي مبلغاً معيناً، يعطى دفعة واحدة، ويجوز للقاضي أن يحكم بتعويض نقدي عن طريق التقسيط في حالة استحالة دفع التعويض دفعةً واحدة⁽²⁾.

2 - الضوابط التي تحكم تقدير تعويض الضرر المادي الناجم عن العدول عن الخطبة: إن الفقه القديم لم يتناول مسألة مبدأ التعويض عن الضرر الناجم في حالة العدول عن الخطبة، وذلك لقوة الوازع الديني؛ أو لعدم حدوث ذلك في عصرا القدماء، أو لأن الخطبة التي رسم الإسلام طريقها، وسلوك الطرفين

1- من المقرر قانوناً أن التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من ربح. المحكمة العليا، غ، م، القرار بتاريخ 27 / 11 / 1985، ملف رقم 41783؛ بأن يكون مناسباً للضرر الحاصل، القرار بتاريخ 24 / 05 / 1995، ملف رقم 109568؛ نقلاً عن: بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 2011 م، ص 203.

2- مسعودة نعمية إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2009 - 2010 م، ص 267.

أثائها لا يترتب على فسخها ضرر متى التزم الطرفان هذا السلوك، وإنما جاء الضرر نتيجة انحراف الناس في سلوكهم أثناء الخطبة تقليدا لغير المسلمين فيما يفعلون⁽¹⁾.

وما استقر عليه الفقه والقضاء هو التعويض عن الأضرار الناجمة في حالة العدول عن الخطبة، لا سيما منها الأضرار المادية التي أقر المشرع الجزائري التعويض عنها صراحة في القانون المدني، فهل يخضع ذلك للتقدير القاضي، أم هناك ضوابط تحكم تقدير هذا التعويض؟

إن المشرع الجزائري أعطى لكلا الطرفين حرية العدول عن الخطبة انطلاقا من مبدأ الرضائية في الزواج، وذلك من خلال أحكام المادة 02 / 05 من ق - أ، ولأن الأمر لا يعدو أن يكون وعدا بالزواج، والوعد في العقود ليست له قوة العقد إطلاقا في إلزام طرفيه بآثار العقد، وفي هذا يقول الإمام السيوطي: "وهل الخطبة ليست بعقد شرعي؟ وهل هو عقد جائز من الجانبين أم لا؟ والظاهر أن الخطبة ليست بعقد شرعي، وإن تخيل كونها عقدا، فليس بلازم بل جائز من الجانبين قطعاً"⁽²⁾. والاستثناء هو تقييد هذا الحق إذا ألحق ضررا بالطرف الآخر؛ فلا يجوز إنكار حق الخاطب في استعمال حقه في العدول⁽³⁾، غير أنه ملزم من الناحية الشرعية والقانونية بأن يستعمل هذا الحق عناية الرجل العادي والحريص؛ حتى لا يستعمل حقه للإضرار بمخطوبته أو يسبب له أضرارا، أو على الأقل بأن تكون الفائدة المرجوة من هذا العدول بما يتناسب وحجم الضرر اللاحق بمخطوبته، إذ أن جل الشرائع والتشريعات لا تجيزو عدولا طائشا لا يبرره مصوغ يقتضيه⁽⁴⁾.

فالتعويض في حالة العدول عن الخطبة ليس إلزاماً على إتمام العقد، وإنما هو محاولة لجبر الضرر الذي لحق بالطرف الآخر نتيجة التعسف في استعمال حق العدول؛ فالعدول عن الخطبة وإن كان حقا مشروعاً للطرفين إلا أنه قد يساء استعماله أحيانا، كأن يتم بدون مبرر مقبول، أو أن يلحق ضررا بالطرف الآخر عمدا؛ فهنا يستوجب المسؤولية عن هذه الأفعال وإلزامه بالتعويض عن الضرر، ومن هنا يجوز للقاضي أن يستنبط المعايير التي يعتمد عليها في واقعة التعسف في حالة العدول عن الخطبة والتي تتمثل فيما يلي:

- 1- محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة الجديدة، 1998م، ص 59.
- 2- الإمام السيوطي، الحاوي للفتاوى، ج 01، ص 178؛ نقلا عن: محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ج 01، المرجع السابق، ص 169.
- 3- بل إنه لا يجوز إلزام الطرفين قانونا بإتمام مشروع الزواج بالبناء؛ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ج 01، المرجع السابق، ص 85.
- 4- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، لبنان، بدون سنة الطبع، ص 828.

أ- معيار قصد الإضرار: وقصد الإضرار من العادل يظهر بقريضة تكليف الطرف الآخر التزامات، أو إدخاله في ارتباطات مع رغبته الكامنة في إنهاء الخطبة، أو البحث عن شريك آخر يفضل به أو جاه أو غيرها، فاستعمال حق الاستمرار في الخطبة أو العدول عنها يحكمه ضابط عدم الإضرار.

وتسري هذه القيود على المخطوبة أيضا عند إلزامها بالتعويض إن كان العدول منها، وثبت أن لا دخل للخاطب فيه، كأن يكون العدول من جانبها بعدما قامت بتغريم الخاطب وتكليفه؛ رغبة في مخاطب ثاني أفضل منه⁽¹⁾.

ب- معيار الضرر الفاحش: إن عبء الإثبات يقع على الطرف المدعي المطالب بالتعويض في حالة العدول عن الخطبة؛ خاصة إذا كان هذا الضرر ماديا، كتفويت فرصة الزواج، أو كأن تثبت المخطوبة أنها اشترت جهازا معيناً؛ أو دفعت مصاريف أجرة قاعة الزفاف، والتي لا يمكن استردادها في حالة العدول عن الخطبة؛ فالتعويض الذي يحكم به القاضي لا يكون إلا على أساس وجود ضرر وليس عن العدول في حد ذاته، خاصة أن المشرع الجزائري أعطى لكلا الطرفين حرية العدول عن الخطبة انطلاقاً من مبدأ الرضائية في الزواج.

وهذا ما ذهب إليه اجتهاد المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 25 / 12 / 1989 بقولها: "من المقرر قانوناً أن الإقرار القضائي هو اعتراف الشخص الواقعة قانونية مدعى بها عليه أمام القضاء، وهو حجة قاطعة على المقرر، ومن المقرر أيضاً أنه إذا ترتب على العدول على المخطوبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدئين يعد خرقاً للقانون"⁽²⁾.

كما ذهب القضاء المغربي في قرار صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش بقولها: "إن مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض، غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضرراً للآخر، فيمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض وفقاً للمادة 07 من م - أ - م.

حيث يكون تضرر المدعية من عدول المدعي عليه عن خطبتها ثابتاً وهو الضرر الحاصل من فقد مورد رزقها على المستوى المادي (التوقف عن العمل)، وعلى المستوى المعنوي فإن تضررها من عدول

1- عبير يحي شاكرا القدومي، المرجع السابق، ص 85.

2- المحكمة العليا، غ، أ، ش، ملف رقم 56097، الصادر بتاريخ 25 / 12 / 1989، م - ق، عدد 04، 1989، ص 102.

المدعى عليه عن خطبتها دون سبب ولمجرد أنه متزوج، ومرافقته لها بصفة دائمة ومستمرة علناً مما يشكل لها إحباطاً ويقلل من فرص تقدم الغير للمطالبة بزواجها⁽¹⁾.

وهو ما قرره محكمة النقض المصرية أيضاً بأنه يتعين للحكم بالتعويض عن الضرر المادي بسبب عن العدول عن الخطبة، أن تتوافر شرائط المسؤولية التقصيرية؛ بأن يكون هذا العدول قد لازمته أفعال خاطئة في ذاتها ومستقلة عنه استقلالاً تاماً؛ وذلك في قرارها الصادر 15 / 11 / 1962 بقولها: "يتعين للحكم بالتعويض بسبب العدول عن الخطبة أن تتوافر شرائط المسؤولية التقصيرية، بأن يكون هذا العدول قد لازمته أفعال خاطئة في ذاتها، ومستقلة عنه استقلالاً تاماً، ومنسوبة لأحد الطرفين، وأن ينتج عنه ضرر مادي أو أدبي للطرف الآخر"⁽²⁾.

وبالرجوع إلى آراء الفقه فقد اختلفت حول مدى تأثير الظروف الشخصية للمسؤول في تقرير التعويض، ولاسيما الظروف المالية، إذ ذهب رأي منه إلى أنه لهذه الظروف دورها في تقدير التعويض، ويجب على القاضي مراعاتها، كأن يكون المسؤول عن الضرر ميسراً أو معسراً⁽³⁾.

وأصحاب هذا الرأي يرون بأن مثل هذه الظروف ما كان ينبغي الاعتداد بها في هذا المجال، لأن التعويض يجب أن يكون بمقدار الضرر؛ إلا أن النص قد جاء عاماً، ومن ثم لا وجه لأن يقتصر على الظروف الخاصة بالمضروب. كما أن الاعتداد بظروف المسؤول يتفق مع ما كان القضاء يسير عليه من اعتداد بتلك الظروف.

بينما يرى رأي آخر إلى أن الظروف الشخصية التي تحيط بالمسؤول، لا تأخذ بعين الاعتبار عند تقدير التعويض؛ فإذا كان المسؤول ميسراً لم يكن هذا سبباً في أن يدفع تعويضاً أكثر، وإن كان معسراً لم يكن هذا سبباً في أن يدفع تعويضاً أقل. ولذلك فإن الطرف الذي يعدل عن الخطبة يدفع تعويضاً للطرف الآخر بقدر ما أحدث من ضرر فحسب، دون مراعاة لظروفه الشخصية؛ إذ أن العبرة في تقدير مدى الضرر بالظروف الشخصية التي تحيط بشخص المضروب، وليست تلك التي تحيط بظروف المسؤول⁽⁴⁾.

1- المحكمة الابتدائية بمراكش، حكم صادر بتاريخ 17 / 07 / 2009 (غير منشور)؛ نقلاً عن: محمد الشافعي، مدونة الأسرة في الاجتهاد القضائي

(حصيلة ست سنوات من التطبيق العملي 2004 - 2010)، المطبعة والوراقة الوطنية زنقة أبو عبيدة، مراكش، المغرب، ط 2011م، ص 16.

2- محكمة النقض المصرية، نقض مدني، في 15 / 11 / 1962م، طعن رقم 174 لسنة 67 ق السنة 33، ص 3073؛ نقلاً عن: سامح سيد محمد، الخطبة كمقدمة وتمهيد لعقد الزواج، دار الفكر العربي، 2000م، ص 156.

3- عبد الله مبروك النجار، التعويض عن أضرار فسخ الخطبة، المرجع السابق، ص 154.

4- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 01، المرجع السابق، ص 373.

والأصل أنه لا ينظر إلى جسامة الخطأ الذي صدر من المسؤول عند تقدير التعويض، فإذا تحققت المسؤولية، قدر التعويض بقدر جسامة الضرر، لا بقدر جسامة الخطأ، ومهما كان الخطأ يسيراً، فإن التعويض يجب أن يكون عن كل الضرر المباشر الذي أحدثه هذا الخطأ اليسير. ومهما كان الخطأ جسيماً فإن التعويض يجب ألا يزيد عن هذا الضرر المباشر الجسيم. لأننا بصدد تعويض مدني يراعى فيه مقدار الضرر، ولسنا بصدد عقوبة جنائية يعول فيها على جسامة الخطأ⁽¹⁾. ولهذا فإن استخدام المشرع في القانون المدني لعبارة الظروف الملازمة تعود على جسامة الضرر، وإذا استقر الأمر على أن التعويض يكون بحجم الضرر، فما هو الوقت الذي يقدر فيه التعويض؟ هل هو وقت وقوع الضرر، لأن مصدره هو العمل غير المشروع فيتحدد به، أو أن وقت تقديره يوم صدور الحكم به؟

إن الضرر المادي الناتج عن العدول عن الخطبة الذي يلحق بأحد الطرفين، يظل في مداه على ما هو عليه من يوم أن وقع الضرر إلى غاية صدور الحكم؛ ولا يمكن أن نتصور أن يتغير الضرر في تلك الفترة، فالنتائج المترتبة عن الفعل الضار تظل ثابتة لا تتغير، فهي لا تشتد أو تنقص مع مرور الزمن، وعليه فإن تقدير التعويض يكون من وقت وقوع الضرر⁽²⁾.

أما فيما يخص تقدير التعويض فهو مسألة موضوعية من اختصاص قضاة الموضوع⁽³⁾؛ وفي هذا يقول عبد الرحمن الصابوني بأنه: "يكون تقدير التعويض مقيداً بنصف المهر، لأنه لا يجوز الحكم بالتعويض على فسخ الخطوبة بأكثر مما يدفعه المطلق فيما لو تم العقد بينهما، وطلق زوجته قبل الدخول، لأن الزوج إذا طلق زوجته قبل أن يدخل بها، يترتب عليه دفع نصف المهر لها، وضرورة تحديد التعويض بما لا يتجاوز نصف المهر هو خشية التعسف في تقدير هذا التعويض"⁽⁴⁾.

لكن هذا الرأي لم يسلم من النقد، حيث رُدد عليه بأنه قد يكون المهر المدفوع مبالغاً فيه، وأن نصف المهر يجاوز بكثير حجم الضرر اللاحق بأحد الطرفين عند العدول، خصوصاً مع ما جرى به العمل في الوقت المعاصر في مجتمعاتنا العربية من مغالاة في المهور؛ هذا من جهة ومن جهة أخرى، فإن نصف المهر الذي يدفع في الطلاق قبل الدخول ليس تعويضاً بل هو حق للمطلقة.

1- عبد الله مبروك النجار، التعويض عن أضرار فسخ الخطبة، المرجع السابق، ص 152.

2- مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 271.

3- أي تخضع للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة.

4- عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، منشورات جامعة دمشق، 1994م، ج 02، ص 53.

ومن هنا فإن مسألة تقدير الضرر يرجع في الأساس إلى قاضي شؤون الأسرة من خلال إعمال سلطته التقديرية، وأن الإشكال في الحقيقة هو في إثبات وقوع الضرر في حد ذاته؛ وهذا ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا في قرارها الصادر في 16 / 03 / 1999 بقولها: " من المقرر قانوناً أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع"⁽¹⁾.

ثانياً- تعويض الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة: إن المقصود بالضرر المعنوي هو ذلك الضرر الذي لا يلحق ذمة الإنسان المالية، بل يلحق ذمته المعنوية؛ وهو أنواع، فمنه ما يمس الكيان الاجتماعي للشخص كخدش الشرف، ومنه ما يمس حقاً ثابتاً للإنسان كاسمه أو خصوصياته، ومنه ما يمس الشعور والعواطف كالألم الذي ينتاب الشخص لفقدان أحد أحبائه، ومنه ما يصيب الجسم وإن لم يؤثر في القدرة على العمل كتشويه الوجه أو تبريح الألم⁽²⁾.

ومن الأضرار المعنوية في حالة العدول عن الخطبة هي تلك الآلام التي تجرح الشعور والإحساس وتعرض الطرف الآخر للأقويل كالطعن في سمعته أو شرفه، فيكون في صورة شعور بالحزن، وضيق في الصدر، وانعدام الثقة والطمأنينة؛ وهذه المسألة لم يتطرق لها الفقهاء القدامى، لأنها لم تقع في عصرهم وإنما ظهرت حديثاً نتيجة انحراف الناس عن التعاليم الإسلامية؛ خاصة في سلوكياتهم أثناء الخطبة وتأثرهم بالظواهر المادية للمجتمعات الأوروبية⁽³⁾.

من هنا فقد جعل المشرع الجزائري التعويض عن الضرر في حالة العدول عن الخطبة واسعاً، ولم يبين ما إذا كان هذا الضرر مادياً أو معنوياً، ومن هنا فقد أعطى السلطة التقديرية واسعة لقاضي شؤون الأسرة؛ كما يجوز له الحكم بالتعويض عن الضرر المادي أو الضرر المعنوي؛ إذ أن مجرد العدول عن الخطبة قد يلحق أضراراً معنوية ولو من باب خدش الشعور، وما تلوكه الألسنة عن أسباب العدول، مما يؤدي سمعة المعدول عنه ويعرضه لكثير من الشائعات، والمساس بسمعته وكرامته⁽⁴⁾.

1- المحكمة العليا، غ، أ، ش، القرار بتاريخ 16 / 03 / 1999، ملف رقم 116865، م - ق، عدد خاص، 2001، ص 256.

2- جميل الشراوي، دروس في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ط 1986، ج 01، ص 484.

3- وفي هذا يقول عمر بن عبد العزيز - رضي الله عنه - " تحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من الفجور"؛ نقلاً عن: نصر سلمان، سعاد سطحي، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2002م، ص 41.

4- نصر سلمان، سعاد سطحي، المرجع نفسه، ص 46 - 47.

1- إمكانية وكيفية تعويض الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة: كما هو معلوم فإن للضرر المعنوي طبيعة خاصة؛ فهل يمكن أن يكون قابلاً للتعويض في مجال العدول عن الخطبة؟ وماهي طريقة دفع هذا التعويض؟ وماهي الضوابط التي تحكم تقدير هذا النوع من التعويض؟

أ- إمكانية تعويض الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة: إن ما قضت به المحكمة العليا من خلال قرارها الصادر في 23 / 04 / 1991 بقولها: "على العادل عن الخطبة بدفع تعويض للمخطوبة عن الأضرار المادية والمعنوية التي أصابتها من جراء فسخ الخطبة التي دامت 04 سنوات، لأن الثابت في القضية أن المدعى عجز عن إقامة الدليل أن له مسكن تأوي إليه زوجته عند الزواج، وهو حق ثابت شرعاً للزوجة وأن الضرر قد أصاب الزوجة نتيجة انتظارها 04 سنوات كخطيبة"⁽¹⁾.

وهو ما أخذت به محكمة النقض المصرية سابقاً في أحد قراراتها الصادر بتاريخ 14 / 12 / 1939 بقولها: "الخطبة ليست إلا تمهيداً لعقد الزواج، وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحداً من المتواعدين، فلكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء، خصوصاً وأنه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته، لما للزواج من الخطر في شؤون المجتمع، وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهتداً بالتعويض، ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه باعتبار أنهما مجرد وعد فعدول قد لازمتها أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالاً تاماً، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضرراً مادياً أو أدبياً بأحد المتواعدين، فإنها تكون مستوجبة التضمين على من وقعت منه، وذلك على أساس أنها هي في حد ذاتها، بغض النظر عن مجرد العدول، أفعال ضارة موجبة للتعويض"⁽²⁾.

من هنا يتضح أن مسألة التعويض عن الضرر المعنوي الناتج عن العدول عن الخطبة أمر لا بد منه؛ وذلك بموجب - أحكام القانون والاجتهادات القضائية - ، لكن المشكلة تكمن في إثبات الضرر المعنوي، إذ غالباً ما يكون التعويض في هذه الحالة مرتبطاً بآلام نفسية تلحق بالمعدول عنه أو المساس بشرفه وسمعته، وذلك لأن من شروط الزواج العلانية، ولهذا فمن شأن العدول عن الخطبة أن يترك آثاراً في نفسية المعدول عنه.

1- المحكمة العليا، غ، أ، ش، القرار بتاريخ 23 / 04 / 1991، ملف رقم 79999، م - ق، عدد 01، 1999، ص 54.

2- محكمة النقض المصرية، نقض مدني، 14 / 12 / 1939، طعن رقم 33 لسنة 09 ق، مجلة المحاماة، السنة 33 رقم 422، ص 705.

من هنا فإن القانون بقدر ما يسمح بالتعويض عن الضرر المادي، يجيز التعويض عن الضرر المعنوي، ولكن كيف يمكن أن يصيب العدول عن الخطبة سمعة وشرف الطرف المعدول عنه؟ وهل مجرد العدول عن الخطبة يترتب ضرراً معنوياً؟

ما استقر عليه القضاء الجزائري أنه يجيز التعويض عن الضرر المعنوي في حالة العدول عن الخطبة؛ وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 23 / 04 / 1991 واعتبرت أن فترة الخطبة الطويلة التي دامت 04 سنوات كافية لاعتبار العدول الذي يأتي إثر هذه الفترة تعسفياً، وأن انتظار المخطوبة لمدة أربع سنوات كاملة دون أن ينتهي انتظارها بالزواج يترك في نفسها آلاماً وأضراراً معنوية معتبرة.

وإن كان هناك جانب من الفقه يذهب إلى عكس ما ذهب إليه هذا الموقف القضائي، وحثهم في ذلك أن الخطبة مجرد وعد بالزواج، وأن العدول عنها أمر جائز شرعاً وقانوناً، ومن ثم فإن التراجع من أحد الخطيبين أمر مباح في ذاته. والحكمة من هذا التجويز تمكين الخطيبين من تفادي الارتباط بزواج فاشل؛ وإزالة الإكراه والضغط على الإرادة قبل انعقاد العقد.

من هذا المنطلق فمن يدعى حصول ضرر له من جراء العدول عن الخطبة، كان لا بد له أن يحتاط ويتدبر أمره؛ وذلك لأن عدول الطرف الآخر أمر جائز، كما أنه كان يستطيع قبل أن يقدم على ما قد يحصل له بسبب له ضرراً، أن يطلب من الطرف الآخر أن يحسم الأمر بالزواج أو بعدمه⁽¹⁾؛ إذ كان الاحتياط يوجب عليه أن يطلب فسخ الخطبة أو إبرام العقد، قبل الإقدام على أي عمل يترتب به حصول ضرر عليه، فإن لم يفعل فليتحمل وحده نتيجة عمله، ومغبة تقصيره، وعدم احتياطه⁽²⁾.

وكذلك ما يلاحظ على نص المادة 05 من ق- أ، أن المشرع الجزائري لم يجعل التعويض واجبا وإنما جعله جائزاً لأنه ليس معقولاً أن كل عدول عن الخطبة يصاحبه ضرر، وكقاعدة عامة أباح العدول، فهو حق الطرفين، لكنه جعل التعويض أمر جوازي فقط عند ترتب الضرر، وهذا ما يمكن القول معه بأنه مهما استتال أمد الخطبة فلا تعويض عن مجرد العدول⁽³⁾.

1- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، ط 01، 1984 م، ص 99.

2- محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، درا النهضة العربية، بيروت، 1983 م، ص 87.

3- مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 275.

ولكن ليست كل الأضرار المعنوية ناتجة عن ألم العدول أو طول فترة الخطبة، إذ من المتصور عمليا أن تكون الأضرار الأدبية التي لحقت بالمخطوبة بعد عدول الخاطب عن الخطبة ترجع بسببه هو، وما قام به من إثارة إشاعات حول تلك المخطوبة، كيدا منه لها، وتلويثا لسمعتها، لغرض ما في نفسه إضرارها بها⁽¹⁾.

أما بالنسبة للقضاء المصري فقد كان له موقف مخالف لما ذهب إليه القضاء الجزائري؛ حيث لا يُرتب مسؤولية عن العادل في حالة عدوله عن الخطبة بعد فترة معينة، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بتاريخ 15 / 11 / 1962 بقولها: "استطالة أمد الخطبة في الزواج والإحجام عن إتمامه ثم العدول عن الخطبة، كل ذلك أمور لا تفيد سوى العدول عن إتمام الخطبة ولا تعد أعمالا مستقلة بذاتها عن هذا العدول، ومجرد العدول عن الخطبة لا يعد سببا موجبا للتعويض مهما استطالت مدة الخطبة، إلا إذا اقترن هذا العدول بأفعال أخرى مستقلة عنه ألحقت ضررا بأحد الخاطبين"⁽²⁾.

ب- كيفية تعويض الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة: إن الضرر المعنوي هو الذي يصيب الشخص في مصلحة غير مالية، كالتشهير وتشويه السمعة، وهذا ما يجعل القاضي يجد صعوبة في كيفية تقدير التعويض عن الضرر المعنوي؛ بخلاف تقدير التعويض عن الضرر المادي، ومن هنا يجب على القاضي أن يبحث عن المعيار الذي يعتبر معه الفعل خطأ يستوجب تعويض العدول عن الخطبة، المتمثل في المعيار الموضوعي الذي يقدر فيه بمعيار السلوك المألوف للشخص العادي، إذا وجد في نفس الظروف وأدى هذا الانحراف إلى الإضرار بالطرف المعدول عنه كان مسؤولا عن تعويض هذا الضرر، كما أن القاضي يراعي في تقديره للتعويض شخص المضرور والمعيار المعتمد هنا هو المعيار الشخصي⁽³⁾.

وهذا ما يجعل التعويض عن الضرر المعنوي أمرا مختلفا، لأن التقدير فيه يختلف من شخص لآخر، ومن هنا فإن التعويض عن الضرر المعنوي يأخذ شكلين هما: التعويض العيني عن الضرر المعنوي، والتعويض بمقابل نقدي.

- التعويض العيني للضرر المعنوي: نصت المادة 132 / 2 من ق- م، بقولها: "يقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناء 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".

1- عبد الله مبروك النجار، التعويض عن أضرار فسخ الخطبة، المرجع السابق، ص 114.

2- محكمة النقض المصرية، جلسة 15 / 11 / 1962، الطعن رقم 474، لسنة 72، القضايا مجموعة مكتبة الفني، السنة 33، مدني العدد 03، ص 3037؛ نقلا عن: أنور العمروسي، أصول المرافعات الشرعية، دار الفكر الجامعي، ط 2001 م، ص 656.

3- عبد الله مبروك النجار، التعويض عن أضرار فسخ الخطبة، المرجع السابق، ص 114.

من هنا يستنتج أن محل الالتزام بهذا التعويض، قيام المدين به المسؤول عن الفعل الضار، بأداء شيء للدائن المضرور، يجبر به الضرر الذي لحقه بسبب الفعل الضار؛ ومن صور التعويض العيني للضرر المعنوي حق الرد، أو التصحيح على ما تنشره الصحف متضمنا ما ينطوي من مساس بحق من الحقوق المعنوية، كأن يكون العادل عن الخطبة قد صرح أنه اكتشف أن سلوكات المخطوبة غير مسؤولة، أو أن بها عيباً من العيوب الجنسية؛ أو غير ذلك مما قد يمس بشرفها وكرامتها، فيكون تعويض ذلك الضرر بنشر مقال أو تصريح يكذب الأول⁽¹⁾.

من هنا فقد وضع الفقه شروطاً للتعويض العيني، تتمثل هذه الشروط في أن يكون التعويض العيني ممكناً وملائماً وغير مرهق للمدين، والأهم من ذلك أن يطلب المضرور التعويض العيني⁽²⁾.

– **التعويض بمقابل للضرر المعنوي:** يعتبر التعويض بمقابل عن الضرر المعنوي هو أحد صور التعويض عنه؛ وغالباً ما يكون هو الأصل، والتعويض المقابل قد يكون بمقابل غير نقدي مما يمكن أن يقوم المدين بأدائه، ويندفع به الضرر، كأن ينشر اعتذاراً للمضرور في إحدى وسائل الإعلام أو الأمر بنشر الحكم بحذ ذاته.

غير أن التعويض النقدي هو أكثر طرق التعويض الملائمة لإصلاح الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة، والأصل في التعويض النقدي أن يكون مبلغاً معيناً من المال، يعطى دفعة واحدة للمضرور أو مبلغاً مقسماً، أو إيراداً مرتباً مدى الحياة.

ولذلك فإن التعويض النقدي أحد نوعي التعويض التي يجب أن يحكم القاضي به للمضرور من العدول، ذلك أن الضرر إذا لم يمكن جبره بما يزيل آثاره السيئة من نفوس الناس بالتعويض العيني، فإن التعويض بمقابل لهذا الضرر، خاصة إذا كان المقابل نقدياً، يمكن أن يجبره ويمسح من نفس المعتدي عليه أثر الألم الذي حل به⁽³⁾.

وربما يكون تقدير الضرر بالنقود في حالة الأضرار الناشئة عن العدول أمراً صعباً، باعتباره قد ينال من حق معنوي للمعتدى عليه، وهو ما يصعب تقديره بالمال، لكن هذا لا يمنع أن للتعويض بالمال أثر كبير

1- كأن يصرح ذلك لوسائل الإعلام.

2- عبد الله مبروك النجار، التعويض عن أضرار فسخ الخطبة، المرجع السابق، ص 140 - 141.

3- إذ لا يخفى على أحد مدى ما يحدثه المال في نفس من يتقرر له من جبر خاطره، وإرضاء نفسه.

في تخفيف ألم التعدي على شرف وكرامة الإنسان واعتباره، مع إمكان حصول التقدير التقريبي بين الضرر والتعويض التقديري⁽¹⁾.

2- الضوابط التي تحكم تقدير التعويض عن الضرر المعنوي في العدول عن الخطبة: في حالة عدم وجود نص تشريعي يقدر قيمة التعويض، أو عدم الاتفاق على مقدار التعويض، فإن الأصل العام يتمثل في أنه يجب أن يكون مقدار التعويض مساويا لقيمة الضرر الذي لحق بالمعدول عنه، بحيث لا ينقص عنه أو يزيد.

ولكن المساواة هنا تقريبية فقط، إذ أن الغرض من التعويض هو جبر الضرر كله، ومن المعروف أن الأضرار تختلف فيما بينها في تقديرها. فبالنسبة للأضرار المعنوية فإن القاضي يجد صعوبة كبيرة في تقدير التعويض عنها، إذ كيف يمكن للقاضي أن يصل إلى تقويم عادل للآلام النفسية التي حدثت نتيجة عدوان المسؤول عن ضرر العدول في الخطبة، مع حساب تأثير هذا العدوان وهذه الآلام على نفسية المتضرر، وانعكاساتها على حياته بصفة عامة ولذلك فإن التعويض في هذه الحالة هو تقريبي أو احتمالي ولا يمكن أن يصل إلى المساواة المطلقة بينه وبين الضرر⁽²⁾.

وهنا يجب على القاضي أن يكون تقديره كافياً لجبر خاطر الطرف المضرور، لما لحقه في شرفه وكرامته من آلام، بشرط أن يقترن هذا التقدير ببيان عناصر الضرر، أي أن يقدر التعويض بقيمة الضرر، كما آل إليه وقت الحكم بحسب ما إذا كان قد تفاقم أو تناقص، وبحسب ما يتكلف جبره في ذلك الوقت⁽³⁾.

وهناك ظروف تؤثر في تقدير التعويض عن الضرر المعنوي المترتب عن العدول عن الخطبة، وملايسات تصاحب حصول ذلك التقدير، وذلك رغم ما استقر عليه الفقه وما ينص عليه القانون من أن التعويض يجب أن يكون كاملاً، إلا أن القضاء وإعمالاً لسلطته التقديرية المطلقة في التقدير دون رقابة من

1- عبد الله مبروك النجار، المرجع نفسه، ص 144.

2- مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 278.

3- كما أنه لا يجوز أن يكون مقدار التعويض أقل من قيمة الضرر، فإنه لا يجوز أن يستفيد المضرور من العدول عن الخطبة من تعويض أكثر مما يلزم لجبر الضرر، أو ما يجعله في حال خير من الحال التي كان عليها قبله، لأن المقرر قانوناً وقضائياً هو عدم جواز إثراء المضرور على حساب المسؤول؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 01، المرجع السابق، ص 272؛ سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، 1971م، ج 02، ص 98.

المحكمة العليا عليه في ذلك، يتجه إلى جبر الضرر بتعويض عادل، وليس بتعويض كامل، وذلك من خلال النقاط الآتية:

أ- **الاعتداد بدرجة الخطأ:** من الأمور التي لا يمكن إغفالها في مجال تقدير التعويض عن مضار العدول درجة الخطأ، حيث يعتد بها في تقدير التعويض عن الضرر المعنوي، فإذا كان الخطأ بسيطاً فإن المحكمة تعتبره من عوامل التخفيف في تقدير التعويض⁽¹⁾.

إلا أن بعض الفقه ينكر هذا الاعتبار لأنه ينطوي على محاباة المسؤول على حساب المضرور بسبب عدم جسامة الخطأ، حيث يحرم من جزء من التعويض لسبب لا يد له فيه، ومع ذلك فإن الفقه في مجمله لا يملك إلا التسليم به، وخاصة في مجال التعويض عن الأضرار الأدبية الناجمة عن العدول عن الخطبة⁽²⁾؛ وفي هذا الشأن يقول أنور سلطان أنه: "إن كانت القاعدة القانونية عند تقدير التعويض هي عدم الاعتداد بجسامة الخطأ، لأن المسؤولية المدنية لا يقصد بها معاقبة المسؤول، بل تعويض المضرور، إلا أنه من الناحية العملية، ونزولاً عند مقتضيات العدالة، يأخذ القاضي في حسابه عند تقدير التعويض عن الضرر المعنوي درجة جسامة الخطأ الواقع من المسؤول"⁽³⁾؛ ولعل ذلك راجع إلى التطور الاجتماعي الذي حصل، والذي جعل من الخطأ اليسير أمراً لا يمكن إغفاله وتحاشيه.

ب- **الظروف الشخصية للمضرور من العدول:** لا بد على القاضي عند تقديره للتعويض عن الضرر المعنوي، أن لا يتجاهل الظروف الشخصية الاجتماعية المتعلقة بالطرف المضرور عند العدول عن الخطبة، وذلك تطبيقاً لأحكام المادة 131 من ق-م بقولها: "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين 182 و182 مكرر مع مراعاة الظروف الملازمة...".

من هنا فإنه يجب على القاضي مراعاة الظروف الشخصية للمعدول عنه؛ أي الظروف الاجتماعية والمهنية (كثقافته ومركزه الاجتماعي، ووظيفته)؛ وذلك حتى يكون اقتناعه باستحقاق المعدول عنه التعويض أو بعدم استحقاقه؛ فالضرر المعنوي الذي يصيب شخصاً عادياً، يختلف في مداه عن الشخص الذي يحتل مركزاً اجتماعياً أو أسرياً مرموقاً.

1- عبد الله مبروك النجار، التعويض عن أضرار فسخ الخطبة، المرجع السابق، ص 141.

2- عبد الله مبروك النجار، التعويض عن أضرار فسخ الخطبة، المرجع السابق، ص 147.

3- مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 278 وما بعدها.

ففي كل هذه الأحوال يجب على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار تلك العناصر الشخصية الخاصة بالمضروب، فيكون التقدير ذاتيا وواقعيا. ولهذا يجب عليه عند تقديره التعويض أن يراعي الحالة الاجتماعية والمهنية للمضروب⁽¹⁾.

ج- حسن النية: مسألة حسن النية أو سوءها ليس لها دخل في مبدأ تقدير التعويض؛ ومع ذلك فإنه بشأن تقدير التعويض عن الضرر المعنوي لا يمكن إغفال ذلك، وحسن النية هي مسألة موضوعية، ليس للمحكمة العليا رقابة على القاضي في شأنها، إذا يتمتع في تقديرها بالحرية المطلقة⁽²⁾.

إلا أن العدول لا ينطوي دائما على نية سيئة، فقد يكون العادل حسن النية وأن العدول كان أمرا لا بد منه، كما في حالة عدول الخاطب عن الوعد بالزواج لأن ظروف عمله كضابط في الشرطة أو في الدرك الوطني يتوجب عليهما الحصول على رخصة للزواج، وما دام أنهما لم يتمكنوا من الحصول على هذه الرخصة رغم طلبهما عدة مرات، وقبول طلبهما بالرفض، فبالتالي عدولهما مبرر لأنه ليس في مقدورهما إتمام إجراءات الزواج⁽³⁾.

فلتحديد هذا الضابط وجب فحص العدول باعتباره تصرف محض من حيث الطريقة التي وقع بها. هل تم بطريقة تلقائية، أم هناك أسباب دفعت إليه؟ ثم هل كان ينوي الخاطب الإضرار بالمخطوبة أم لا؟ أم أنه استعمل حقه المشروع من أجل تحقيق الغاية المرجوة منه؟ كل هذه الضوابط وغيرها هي التي تمكن القاضي من تحديد التصرف الموجب للتعويض عن الضرر المعنوي.

وفي الأخير يمكن القول بأن المشرع الجزائري يجيز المطالبة بالتعويض عن الضرر، إن وجدت أفعال مصاحبة للعدول أدت إلى حصول الضرر، وليس عن فعل العدول في حد ذاته؛ كما منح لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة، في مجال تقدير التعويض عن الضرر المادي والضرر المعنوي في حالة العدول عن الخطبة؛ إلا أنه لم يضع للقاضي معايير وضوابط يلدجاً إليها في حالة تقديره.

من هنا فإنه يجب على المشرع الجزائري، أن يضع بين يدي قاضي شؤون الأسرة، المعايير الموضوعية التي يعتمدها في تقدير التعويض، في حالة العدول عن الخطبة، وذلك لضمان حقوق الطرف المضروب هذا

1- فالضرر الذي يمس الطبيب أو الموثق أو نائب في البرلمان، يختلف عن الضرر الذي يمس موظفا بسيطا أو عاملا مهنيا يوميا؛ سعيد عبد السلام، التعويض عن ضرر النفس، مؤسسة شباب الجامعة، ط 1990م، ص 185.

2- عبد الله مبروك النجار، المرجع نفسه، ص 147.

3 - CF, J, CHAPPION, Droit des femes, Masson, Paris, 03éme édition, 1984, n° 72.

من جهة، ومن جهة أخرى فتح الباب واسعاً أمام المحكمة العليا لممارسة الرقابة⁽¹⁾؛ وهو نفس الشيء بالنسبة للمشرع المغربي والقضاء المصري.

أما فيما يخص الأساس القانوني الذي يعتمد عليه قاضي شؤون الأسرة فهو المادة 3 / 5 من ق- أ؛ التي مبنها التعسف في استعمال الحق.

1- أي أن رقابة المحكمة العليا لنشاط القاضي التقديري في مجال التعويض عن الضرر لا تنصب عن النشاط الذهني الذي قدر به، ولكن هذه الرقابة تكون على مصادر النشاط التقديري، فتشمل الرقابة على الوقائع من خلال إبراز القاضي لعناصر الضرر التي استند إليها في تقدير التعويض، وكذا على القانون من خلال رقابتها للتكييف القانوني الذي يقوم به القاضي.

كما تعتمد المحكمة العليا في رقابتها على النشاط التقديري للقاضي على وسائل تتمثل في أسباب الحكم القضائي التي توصل من خلالها إلى مدى صحة الاستدلال القضائي الذي قام به القاضي.

المبحث الثاني

سلطة القاضي التقديرية في الإذن بتزويج القاصر

يشترط في العاقد أهلية التصرف، وهذه الأهلية تختلف باختلاف العقود والتصرفات التي يباشرها الإنسان، فمن كان أهلاً لعقود المعاوضات، قد لا يكون أهلاً لعقود التبرعات، ومن يكون أهلاً للأخذ والتملك، قد لا يكون أهلاً للإعطاء والتمليك، فأهلية المتعاقدين من الشروط العامة لكل عقد.

والأهلية في اللغة: هي الصلاحية مطلقاً، يقال: فلان أهل لهذا العقد، إذا كان صالحاً للقيام به، أو لطلبه منه، أو لاستحقاقه له⁽¹⁾. أما في الاصطلاح فهي: صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله صالحاً، لثبوت الحقوق له ووجوب الالتزامات عليه وصحة التصرفات منه⁽²⁾؛ وعرفها د. محمد كمال الدين إمام بأنها: "صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلاً صالحاً للخطاب بالأحكام الشرعية"⁽³⁾.

وتنقسم الأهلية إلى قسمين؛ أهلية الوجوب: وهي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق، وتحمل الالتزامات، مما يجعلها مطابقة للشخصية القانونية، حيث تدور وجوداً وعدمًا مع الحياة لأنها تثبت لكل إنسان⁽⁴⁾.

وأهلية الأداء: وهي صلاحية الشخص لإبرام التصرفات القانونية، أي القدرة على التعبير بنفسه عن إرادته منتجا لآثاره القانونية في حقه وذمته⁽⁵⁾.

- 1- رمضان على الشرنباوي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، 2003 م، ص 73.
- 2- محمد على فهمي السرجاني، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المكتبة التوفيقية، القاهرة، ط1، 01، 1977م، ص 120.
- 3- محمد كمال الدين إمام، الفقه الإسلامي "قواعد الفقه ونظرياته العامة"، دار الجامعة الجديدة، ط 2007 م، ص 72.
- 4- أو هي صلاحية الشخص لوجوب الحقوق له وعليه، ومعنى آخر أهلية ثبوت الأحكام في الذمة، ويطلق البعض عليها الذمة نفسها، وتقوم هذه الأهلية على صلاحية لآثار الوجوب، وبالقدرة على أداء الحقوق الواجبة، فمن لم يكن قادراً شرعاً على تحمل أثر الوجوب، لا يكون أهلاً للوجوب عليه؛ د. حسين توفيق رضا، أهلية العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، ط2، 02، 2000 م، ص 23 - 24.
- 5- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 01، المرجع السابق، ص 265؛ وعرفها الأصوليون أنها صلاحية الإنسان لصدور القول والفعل منه على وجه يعتد به شرعاً، أو هي كون الإنسان معتبراً فاعله شرعاً.

فأهلية الأداء يلزم معها وجوب أداء الحقوق التي يتوجه بها الخطاب إلى صاحب هذه الأهلية وينشأ التكليف بمجرد تحقق مناطها، وما يكون للتكليف من سبب غير تصرف المكلف، كدخول الوقت للصلاة أو حلول وقت دفع الزكاة، فأهلية الأداء تقتصر على الحقوق المتعلقة بالأحكام التكليفية دون الأحكام الوضعية، كما تتميز من أهلية الوجوب بما في الأداء من خطاب وتكليف، بينما يقتصر الوجوب على ثبوت الحقوق للشخص أو عليه بغض نظر إلى ما ينشأ عنه هذا الثبوت من تكليف أو وضع. ومناطق أهلية الأداء هو العقل، التكليف يقتضي أن يعطيه المكلف بأن يقصد إلى امتثال مقتضاه، ولا يأتي هذا القصد إلا لمن يفهم التكليف، وهو الإنسان الذي اكتمل عقله؛ ومن هنا فإن الأهلية لا تثبت لغير

من الشروط الموضوعية التي تنص عليها مختلف القوانين المقارنة شرط الأهلية، ونظرا لأهمية عقد الزواج وما يترتب عليه من أعباء، فقد فرضت الدول سنًا لا يسوغ دونه الإقدام على الزواج، وروعي في تحديده الاعتبارات الخاصة بالنمو الطبيعي والأدبي في كل بلد من حيث الجنس، والبيئة الاجتماعية.

كما أن تحديد السنّ القانونية يختلف بالنسبة للرجل عن المرأة من بلد لآخر، ففي الجزائر وبمصدور قانون الأسرة رقم 84 - 11، كان ينص على أن سن أهلية الزواج للرجل 21 سنة، أما المرأة 18 سنة⁽¹⁾، أما بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05 - 02، فلا يختلف الأمر بين الرجل والمرأة في تحديد سن الزواج.

حيث تنص المادة 07 من ق- أ، على: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

وما تجدر ملاحظته بشأن تحديد سن الزواج فإن المشرع الجزائري قد ساوى بين الرجل والمرأة في سن أهلية الزواج من خلال أحكام المادة 07 من ذات القانون.

وأن الجديد في هذه المادة ما تضمنته الفقرة الأخيرة منها، والتي منحت للزوج القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد المدني صلاحية وأهلية التقاضي فقط فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من نفقة وإثبات النسب وحضانة وغيره.

كما يلاحظ أيضا على هذه المادة عدم بيانها للآثار القانونية المترتبة عن الزواج الحاصل قبل بلوغ الزوجين أو أحدهما السن القانونية، مع إغفالها للعقوبة التي تسلط على كل مخالف لمقتضاها؛ وكذا عدم تحديدها للحد الأدنى الذي لا يصح للقاضي أن ينزل دونه عند تقرير الإعفاء للزوجين أو أحدهما.

هذا وإن مسألة تحديد سن معينة للزواج في قانون الأسرة تطرح عدة إشكالات، منها السلطة التقديرية للقاضي في منح الإذن بزواج من لم يبلغ سن الزواج، وتزويج هؤلاء له مقاصد شرعية ملحوظة من قبل الله عز وجل؛ كما نجد المشرع الجزائري وضع شروطا عهد بتطبيقها إلى نظر القاضي وملكته الهادفة إلى

الإنسان من جماد وحيوان، ولا لغير العاقل من الإنسان كالصبي والمجنون، لأن هذه الكائنات لا تفهم الخطاب؛ حسين توفيق، المرجع السابق، ص 27 - 28.

1- نصت المادة 07 من ق- أ رقم 84 - 11، بقولها: "تكتمل أهلية الرجل بتمام 21 سنة، وللمرأة بتمام 18 سنة؛ وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة".

تحقيق العدل؛ وإهمال دور الأب في تقدير مصلحة ابنه وابنته، مما يتعارض وأحكام الفقه الإسلامي، الذي يعالج هذه الإشكالات، هذا بالنسبة لزواج الصغير والصغيرة .

وكذلك منح للقاضي سلطة تقديرية في منح الإذن بزواج السفیه والمجنون والمعته، وهذا ما سنتناوله من خلال المطالب الآتية.

المطلب الأول

نكاح ناقصي وفاقد الأهلية في الفقه الإسلامي

سنتناول في هذا المطلب إلى تزويج ناقصي الأهلية في (الفرع الأول)؛ ثم نبين تزويج فاقد الأهلية في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تزويج ناقصي الأهلية في الفقه الإسلامي

سنتطرق في هذا الفرع إلى تزويج الصغار في الفقه الإسلامي (أولاً)؛ ثم نتناول تزويج السفیه في الفقه الإسلامي (ثانياً).

أولاً- تزويج الصغار في الفقه الإسلامي: لا خلاف بين الفقهاء أن يكون كل من العاقدین أهلاً لمباشرة العقد، أي أن يكون المباشر لها متمتعاً بصلاحيات إصدارها، وفي ذلك يقول سبحانه وتعالى: [﴿ وَالصَّغِيرَاتُ الَّيْسُ بِنِكَاحٍ ﴾]⁽¹⁾، يعني القدرة على الوطاء، وقد جعل الله تعالى سن البلوغ وقتاً يكتمل فيه العقل الإنساني، وربط الشارع التكليف به لأنه أمر ظاهر منضبط يدرك بالحس، فمن بلغ الحلم ولم يظهر خلل في قواه العقلية صار مكلفاً، وقال صلى الله عليه وسلم: "رفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل"⁽²⁾،

1- سورة النساء، الآية 06.

2- صحيح البخاري، كتاب الطلاق - باب الطلاق في الإغلاق والإكراه والسكران والمجنون، الحديث رقم 5266؛ الإمام أحمد، مسند، باب مسند عائشة رضي الله عنها، ص 100.

وإن لم تظهر علامات البلوغ اعتبر الشخص بالغاً إذا وصل إلى نهاية سن البلوغ المعتادة، غير أن الفقهاء اختلفوا في السن التي يبني عليها الزواج بين الخامسة عشر والثامنة عشر⁽¹⁾.

والخلاف الواقع بين الفقهاء يخص تزويج الصغار ما دون البلوغ، من حيث جوازه وصحته ومن ثم نفاذه، ويمكن إيجاز أقوالهم فيما يلي:

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء من (الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة)⁽²⁾؛ إلى ثبوت الولاية على الصغير والصغيرة، ويجوز لوليها الشرعي تزويجها، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1- من الكتاب: دل على جواز تزويج الصغيرة قوله تعالى: [﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا زَوَّجْتُمُ الصِّغَارَ فَلْيَسِّرُوا لَهُم مَّا رَزَقْتُمُوهُم مِّن لَّدُنْكُمْ وَلَا تَجْعَلُوا لَهُم مَّا رَزَقْتُمُوهُم مِّن حَبْسٍ سَاحِقٍ ۗ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ لَّعَلَّهُمْ يَتَّقُونَ ۝﴾]⁽³⁾، فهذه الآية جعلت عدة اللاتي لم يحضن ثلاثة أشهر والصغيرة التي لا تحيض فعدتها ثلاثة أشهر، والعدة لا تكون إلا من طلاق في نكاح أو في فسخ النكاح، فدل ذلك على أن الصغيرة تزوج وتطلق وزواجها صحيح⁽⁴⁾.

2- من السنة: أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج السيدة عائشة رضي الله عنها وهي صغيرة، ولا دليل على خصوصية ذلك بالنبي صلى الله عليه وسلم، بل ورد ما يدل على عدم الخصوصية، وقد نقل عن عدد من الصحابة ما يدل على أن زواج الصغار كان جائزاً عندهم، فقد زوج علي - كرم الله وجهه - ابنته أم كلثوم وهي صغيرة من عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - ووجه الدلالة أن وقوع ذلك من الصحابة دليل على جوازه، ولو كان غير جائز لما فعلوه⁽⁵⁾.

ونوقش استدلالهم هذا بأن زواج النبي صلى الله عليه وسلم من السيدة عائشة - رضي الله عنها - في هذا السن المبكر خصوصية له وليس تشريعاً عاماً، كالموهوبة والزواج بأكثر من أربع⁽⁶⁾.

1- أحمد مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام أو المدخل الفقهي الإسلامي في ثوبه الجديد، مطبعة الألف بآء الأدبي، دمشق، ط 09، 1967 - 1968م، ج 02، ص 777.

2- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 02، ص 350؛ ابن رشد، بداية المجتهد في نهاية المتقصد، ج 02، ص 06؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج 03، ص 200 - 201؛ ابن قدامة، المغني، ج 09، ص 398.

3- سورة الطلاق، الآية 04.

4- ابن قدامة، المغني، ج 09، ص 398.

5- السرخسي، المبسوط، ج 04، ص 212؛ ابن قدامة، المغني، ج 09، ص 398 - 399.

6- ابن الحرم، المحلى، ج 09، ص 459.

وأجيب عن قولهم بأن في الحديث خصوصية للنبي صلى الله عليه وسلم، لذا لا يصح الاستدلال به، بأنه غير صحيح لقوله تعالى: [﴿لَا يَجْرِي عَلَيْكُمْ حُكْمُ الْمُشْرِكِينَ﴾ ⁽¹⁾]. حيث أن أفعاله صلى الله عليه وسلم خصال حسنة، لنا أن نتأسى بها ما دام لم يأت نص يقصرها ويخصه صلى الله عليه وسلم بها دون غيره من عامة المسلمين، قال ابن قدامة: "ومعلوم أنها- يعني عائشة- لم تكن في تلك الحال ممن يعتبر إذنها"⁽²⁾، ومن ثم صحة الاستدلال بهذا الحديث في جواز تزويج الولي لموليته الصغيرة لكونه تشريعا عاما.

3- من الإجماع: أجمع الصحابة والفقهاء الإسلاميين على جواز تزويج الولي لموليته الصغيرة وإجباره لها وإن كرهت الزواج؛ حيث جاء في المغني: "قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، أن إنكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز إذا زوجها من كفاء، ويجوز له تزويجها مع كراهيتها وامتناعها"⁽³⁾.

4- من الآثار: فقد استدلووا بما روي أن ابن عمر رضي الله عنهما زوج بنتا له صغيرة من عروة بن الزبير رضي الله عنهما.

وما روي أن عروة ابن الزبير رضي الله عنهما زوج ابن أخته لابن أخته وكانا صغيرين.

وما روي أن علي بن أبي طالب - كرم الله وجهه - زوج ابنته أم كلثوم وهي صغيرة إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

5- من المعقول: ما يرجحه العقل أن الزواج من جملة المصالح سواء في حق الذكر أو الأنثى لما اشتمل عليه من أغراض ومقاصد، الأمر الذي لا يتحقق إلا بين الأكفاء، ومعلوم أن الكفاء لا يتوفر في كل وقت، وإنما في وقت دون وقت، وعساه يتوفر في الصغر ويفوت بعد البلوغ والحلم، فوجب الاحتياط لمصلحة الصغيرة بتزويجها⁽⁴⁾.


1- سورة الأحزاب، الآية 21.

2- ابن قدامة، المغني، ج 09، ص 398.

3- ابن قدامة، المغني، ج 09، ص 398.

4- هو عبد الله بن شبرمة الكوفي أحد القضاة المشهورين، ولد سنة 92 هـ وتوفي سنة 144 هـ؛ الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج 06، ص 347؛ هو أبو عمرو عثمان بن مسلم بن هرمز البتي من أهل البصرة، توفي سنة 143 هـ، كان صاحب رأي وفقه، صدوق ثقة؛ الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج 06، ص 148؛ هو عبد الرحمن بن كيسان المعتزلي صاحب المقالات في الأصول، ومن تلامذته، إبراهيم بن إسماعيل بن علي؛ الزركلي، سير أعلام النبلاء، ج 03، ص 323.

الرأي الثاني: ذهب (ابن شبرمة وعثمان البتي وأبو بكر الأصبم)⁽¹⁾؛ إلى أنه لا ولاية لأحد في تزويج الصغير أو الصغيرة حتى يبلغا ويأذنا، وهم بذلك لا يفرقون بين الصغير والصغيرة، ولا يفرقون بين الأب وغيره من الأولياء، فزواج الصغار عندهم باطل لا يترتب عليه أي أثر⁽²⁾، ودليلهم في ذلك المنقول والمعقول:

1- من الكتاب: استدلووا من المنقول بقوله تعالى: [] ⁽³⁾. ووجه الدلالة أن الآية جعلت البلوغ علامة لانتهاء الصغر، فلو كان يصح الزواج في سن الصغر لما كان للآية معنى⁽⁴⁾.

2- من المعقول: أما من المعقول بقولهم لا فائدة للصغير من هذا العقد، إذ الزواج للمعاشرة والسكن والتناسل، وكل ذلك لا يترتب على زواج الصغار، بل قد يكون فيه إضرار بهم، وإجبار لهم على حياة أبدية دون التأكد من الانسجام بين الزوجين، فما وجه الحكمة في جواز هذا العقد، والولاية إنما شرعت لرعاية مصالح الصغار، ودفع الأذى عنهم⁽⁵⁾.

ونوقش هذا الاستدلال بأن كون العقد لا تظهر ثمراته إلا بعد الكبر، لم يمنع ثبوت الولاية المالية كشراء عقار لا يغل إلا بعد الكبر فإنه يجوز، مع أن ثمرات العقد لا تكون إلا بعد الكبر، والحاجة إلى النكاح ثابتة في الصغر؛ لأن الكفاءة لا يتوافر في كل وقت وعساه يتوافر في الصغر، ويفوت بعد بلوغ الحلم، فوجب الاحتياط والمحافظة على مصلحة الصغيرة، الأمر الداعي إلى صحة العقد وجوازه متى وجد⁽⁶⁾.

1- هو عبد الله بن شبرمة الكوفي أحد القضاة المشهورين، ولد سنة 92 هـ وتوفي سنة 144 هـ؛ الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج 06، ص 347؛ هو أبو عمرو عثمان بن مسلم بن هرمز البتي من أهل البصرة، توفي سنة 143 هـ، كان صاحب رأي وفقه، صدوق ثقة؛ الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج 06، ص 148؛ هو عبد الرحمن بن كيسان المعتزلي صاحب المقالات في الأصول، ومن تلامذته، إبراهيم بن إسماعيل بن علي؛ الزركلي، الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج 03، ص 323.

2- ابن حزم: المحلى، ج 09، ص 459.

3- سورة النساء، الآية 06.

4- العيني، البناية في شرح الهداية، ج 04، ص 597.

5- العيني، البناية في شرح الهداية، ج 04، ص 597؛ السرخسي، المبسوط، ج 04، ص 212.

6- الشيخ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 109.

ورد أصحاب هذا الرأي الاحتجاج بحديث عائشة، وزواجها من الرسول صلى الله عليه وسلم وهي صغيرة بأمرين:

1- أن هذا الزواج من خصوصية للنبي صلى الله عليه وسلم، ولا ينكر اختصاصه صلى الله عليه وسلم ببعض الأحكام، وقد اعترض ابن حزم على هذا الوجه من الاحتجاج.

2 - أن زواج النبي صلى الله عليه وسلم بالسيدة عائشة رضي الله عنها كان في مكة قبل الهجرة، وذلك قبل أن يتقرر استئذان الأبكار واستئثار الثيبات كما في الحديث المعروف، فلا يكون في زواج عائشة دليل للجمهور.

ويمكن ردّ هذا الاعتراض أن الحديث مقيد بالكبيرة، ولا يمتد حكمه للصغيرة، خاصة وأنه يعتبر الإذن، والصغيرة لا اعتبار لإذنها⁽¹⁾.

الترجيح: بعد عرض خلاف الفقهاء في حكم تزويج القاصر وأدلة كل رأي ومناقشتها وما أوجب عن بعض تلك المناقشات، يظهر لي - والله أعلم - بأن الراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء الذين يجيزون تزويج الصغير من قبل وليه إذا تمحضت مصلحته، وكذا مراعاة مصالح الصغير فيه، ودفعاً للمفاسد الظنية للعزوبة، قال عز الدين بن عبد السلام: "ومن تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح ودرء المفاسد حصل له من مجموع ذلك اعتقاد أو عرفان بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها... وأن هذه المفاسد لا يجوز قربانها، وإن لم يكن فيها نص ولا إجماع ولا قياس خاص"⁽²⁾؛ وزاد الحنابلة شرط مشاوررة القاضي⁽³⁾، وإذا تزوج الصغير بغير إذن وليه، فإن لهذا الأخير الحق في فسخ النكاح سواء كان قبل البناء أو بعده.

ثانياً - تزويج السفية في الفقه الإسلامي: يرى جمهور الفقهاء أن الصغير إذا كان محجوراً عليه لسفه يمنع من ماله، ولوليه سواء كان الولي أباً أو قاضياً أو وصياً أو مقدماً، أن يزوجه إذا علم حاجته إليه، لأنه نصب لمصلحته، وما دام الزواج يصون مصالح دينه وعرضه، فلا يجب على الولي أن يعارض أو يمانع⁽⁴⁾، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم: "السلطان ولي من لا ولي له"⁽⁵⁾.

1- ابن قدامة، المغني، ج 09، ص 407.

2- عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، أم القرى للطباعة والنشر (د. ت)، القاهرة، ط 01، 1999 م، ج 01، ص 05.

3- ابن قدامة، المغني، ج 09، ص 398.

4- الشريبي، مغني المحتاج، ج 03، ص 129؛ ابن قدامة، المغني، ج 09، ص 399 وما يليها.

5- ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، الحديث رقم 1870.

أما إذا بلغ الشخص الرشيد ثم طرأ عليه السفه، فإنه لا بد من إذن القاضي الذي له الحق في تزويجه، وأما وليه فليس له الأمر في شأنه بعد ذلك⁽¹⁾، فقال مالك وجميع أصحابه غير ابن القاسم: "إن فعل السفه وأمره كله جائز حتى يضرب الإمام على يده"⁽²⁾.

أما بخصوص تزويج السفه بغير إذن الولي؛ فقد اختلف الفقهاء كما يلي:
فالحنفية يجيزون نكاح السفه مطلقاً، وكذلك الظاهرية⁽³⁾؛ أما المالكية فنكاح السفه موقوف على إذن وليه إن شاء أمضاه، وإن شاء فسحبه، ويفرقون بين ذي الرأي العقل والدين وضعيف الرأي في العقل والدين؛ فإن لم يكن له ولي جاز إنكاحه اتفاقاً إن كان ذا رأي، ويفسخ إن كان ضعيف الرأي عندهم⁽⁴⁾.

أما الشافعية فقالوا بأن النكاح باطل إلا إذا أدى إلى المشقة والعنت⁽⁵⁾، فعندها يصح النكاح؛ وفي وفي هذا يقول الشريبي: "ولو نكح السفه المحجور عليه بلا إذن من وليه أو الحاكم عند امتناع الولي لغير مصلحة، فباطل كما لو عضله الولي وتعدرت مراجعة السلطان كما في البيع ونحوه؛ ويفرق بينهما"⁽⁶⁾.

أما بالنسبة للحنابلة فلهم رأيان في هذه المسألة: - إذا كان لحاجة يصح بلا إذن وليه⁽⁷⁾، بحيث يصح تزويج ولي السفه له بغير إذنه، فصحته من السفه إذاً بغير إذن وليه أولى⁽⁸⁾.

- أما إذا لم يكن بحاجة إليه؛ فلا يصح؛ لأنه تصرف يجب به المال، فلم يصح بغير إذن وليه كالشراء⁽⁹⁾. وفي هذا يقول البهوتي: "بأن احتاج إليه صح التزوج بغير إذنه؛ لأنه إذن مصلحة محضة والنكاح لم يشرع لقصد المال، وسواء احتاجه لمتعة أو لخدمة، ويتقيد السفه إذا تزوج بمهر المثل فلا يزيد عليه، لأن الزيادة تبرع وليس من أهله"⁽¹⁰⁾.

1- الشريبي، مغني المحتاج، ج 03، ص 129.

2- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 05، ص 21.

3- ابن الهمام، فتح القدير، ج 09، ص 266؛ الزيلعي، تبين الحقائق، ج 05، ص 193؛ ابن حزم، المحلى، ج 09، ص 46.

4- الخرشبي، شرح مختصر خليل للخرشي، ج 03، ص 189؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 02، ص 231؛ الصاوي، بلغة السالك، ج 02، ص 394.

5- العنت في اللغة: "الفساد والإثم والهلاك؛ ودخول المشقة على الإنسان، وأعنته غيره، ولقاء الشدة، والزن، والوهي، والانكسار واكتساب المأثم؛ البستاني، الوافي، عنت، ص 428.

6- الشريبي، مغني المحتاج، ج 04، ص 281.

7- البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج 02، ص 178؛ المرادوي، الانصاف، ج 05، ص 334.

8- البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج 02، ص 178.

9- المرادوي، الانصاف، ج 05، ص 334؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج 02، ص 178؛ البهوتي، كشف القناع، ج 03، ص 452.

10- البهوتي، كشف القناع، ج 03، ص 452 - 453.

الترجيح: بعد عرض آراء الفقهاء يظهر لنا بأن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه الحنابلة؛ وذلك لما يلي:

1- أن الحجر على السفية يكون لعدم حسن التصرف في المال كالتبذير والإسراف فيه ووضع الولي على السفية لكي يعينه على إدارة أمواله لكي لا تذهب من غير فائدة، والزواج عند الحاجة إليه يكون فيه الفائدة فجاز هذا التصرف.

2- أن الحجر على السفية لا يوجب خللاً في الأهلية، فهو ذو أهلية كاملة (الأداء)، وإن كان السفه عارضاً للأهلية يمتنع فيه السفية عن إدارة أمواله، ولا يمتنع عن أي تصرف في غير المال؛ فيكون تصرفه صحيحاً.

3- إذا لم يكن هناك حاجة للنكاح فلا يصح نكاحه، ولهذا نكون قد أجزنا النكاح بغير إذن الولي للضرورة فقط، وهذا ما يشير إليه أقوال الجمهور الفقهاء.

4 - تقييد السفية بمهر المثل، يكون حفظاً لحقه؛ فلا يغبن، وإن فعل يرد إلى مهر المثل.

5- النكاح لم يشرع لأجل المال؛ ولكن المال فيه تبع، والأصل في النكاح الحاجة والمصلحة المحضة، فلا يمنع أصل من أجل تبع.

6 - الولي في الحجر على السفية يكون اختصاصه في المال والحفاظ عليه من أي إسراف أو تبذير؛ ولا إسراف ولا تبذير في الزواج عند الحاجة إليه.

7- الولي صلاحيته واختصاصه المال والحفاظ عليه فلا يتعدى إلى غيره من الصلاحيات؛ فكان إذنه وعدمه سواء عند الحاجة.

الفرع الثاني

تزويج فاقد الأهلية في الفقه الإسلامي

إن فاقد الأهلية في الشريعة الإسلامية أو القانون الوضعي، يتمثلون في المجنون أو المعتوه؛ وستتناول في هذا الفرع تزويج المجنون في الفقه الإسلامي (أولاً)؛ ثم نبين تزويج المعتوه في الفقه الإسلامي (ثانياً).

أولاً- تزويج المجنون في الفقه الإسلامي: اختلف الفقهاء بثبوت الولاية في تزويج المجنون على رأيين:

الرأي الأول: اتفق جمهور الفقهاء (الحنفية، المالكية، الشافعية، الحنابلة)⁽¹⁾، على أن للولي تزويج المجنون إذا كان جنونه مطبقاً أصلياً⁽²⁾؛ والمجنون المطبق إن قصر زمن الجنون كيوم في سنة لم تنقل الولاية بل ينتظر إفاقة كالإغماء، وعند الحنفية قيل سنة وقيل أكثر وقيل شهر وعليه الفتوى⁽³⁾.

لكن جمهور الفقهاء اختلفوا في تعيين الولي في تزويج المجنون؛ فالحنفية قالوا بأن ذلك للولي مطلقاً؛ أي تشمل جميع الأولياء بشكل عام على ترتيب الأولياء المذكور عندهم⁽⁴⁾؛ أما المالكية فقالوا بأن يجوز للأب تزويج المجنون، وإلا فالحاكم أو الوصي عند عدم الأب⁽⁵⁾؛ أما الشافعية فقالوا بأن زواج المجنون للولي للولي بكونه الأب أو الجد عند عدم الأب، وإلا فذلك للحاكم⁽⁶⁾؛ وفي هذا يقول الشريبي: " يزوجه الأب الأب ثم الجد ثم السلطان دون سائر العصبات كولاية المال"⁽⁷⁾.

أما الحنابلة فقالوا للولي تزويج المجنون بكونه الأب أو الوصي، وإلا فذلك للحاكم⁽⁸⁾؛ وذلك لأن الإمام أحمد كان يشدد في المنع من زواج المرضى عقلياً، حتى وإن رضي الطرف الصحيح بذلك، حيث قال البهوتي: " وليس لولي صغيرة ولا صغير، ولا لولي مجنونة ولا مجنون تزويجهم معيياً يرد به النكاح، لأنه ناظر لهم بما فيه الحظ والمصلحة، ولا حظ لهم في هذا العقد، فلو خالف وفعل بأن زوجهم معيياً يرد به لم يصح

1- ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 03، ص 127؛ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 03، ص 66؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 02، ص 244 - 245؛ الصاوي، بلغة السالك، ج 02، ص 396؛ الشريبي، مغني المحتاج، ج 04، ص 264؛ الرملي، نهاية المحتاج، ج 06، ص 246؛ ابن قدامة، المغني، ج 07، ص 38 - 39؛ المرادوي، الانصاف، ج 08، ص 61.

2- أما إذا كان الجنون متقطعاً؛ قال زفر: " لا يكون للمولى عليه ولاية التزويج؛ لأنه تثبت له الولاية على نفسه عند بلوغه والنكاح يعقد للعمر، ولا تتحدد الحاجة إليه في كل وقت بخلاف المال فإن الحاجة إليه تتحدد في كل وقت، وخالفه فقهاء الحنفية، قال السرخسي: "ولكننا نقول بثبوت الولاية لعجز المولى عليه على النظر لنفسه والجنون الأصلي والعارض في هذا سواء؛ فربما لم يتفق له كفاءة في حال إفاقة حتى جن أوماتت زوجته بعدما جن، فنتحقق الحاجة في الجنون الطارئ، كما نتحقق في الجنون الأصلي؛" السرخسي، المبسوط، ج 04، ص 228؛ هذا عند الحنفية. أما عند المالكية فنتظر إفاقة؛ قال النفراوي: " وأما متقطع الجنون فنتظر إفاقة، ومعلوم أن الأب إنما يجبر المجنون الذي بلغ مجنوناً لأن ولايته باقية، وأما من بلغ عاقلاً رشيداً ثم طرأ جنونه فلا ولاية عليه وإنما ولايته للحاكم والذكر والانثى في ذلك سواء؛" النفراوي، الفواكه الدواني، ج 02، ص 09 - 10.

أما عند الشافعية لا يجيزون للولي تزويج من كان جنونه متقطعاً؛ قال الشريبي: " فإن تقطع جنونهما لم يزوجهما حتى يفيقا ويأذنا؛" الشريبي، مغني المحتاج، ج 04، ص 246؛ وعند الحنبلية لا يجوز تزويجه إلا بإذنه إن كان بالغاً قال الرحيباني: " ومن يخنق أحياناً لم يصح تزويجه إلا بإذنه إن كان بالغاً لأنه يمكن أن يتزوج لنفسه، فلم تثبت ولاية تزويجه لغيره كالعاقل؛" ابن قدامة، المغني، ج 07، ص 39.

3- ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 03، ص 132.

4- ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 03، ص 66؛ ابن الهمام، فتح القدير، ج 03، ص 285 - 286.

5- الصاوي، بلغة السالك، ج 02، ص 396؛ النفراوي، الفواكه الدواني، ج 02، ص 09.

6- الشريبي، مغني المحتاج، ج 04، ص 278؛ الرملي، نهاية المحتاج، ج 06، ص 246.

7- الشريبي، مغني المحتاج، ج 04، ص 278.

8- المرادوي، الانصاف، ج 08، ص 61؛ البهوتي، كشف القناع، ج 03، ص 446 - 447.

النكاح فيهن مع علمه، لأنه عقد لهم عقدا لا يجوز عقده، كما لو باع عقار محجورة لغير مصلحة، وإلا أي وإن لم يعلم الولي عيبه صح النكاح، كما لو اشترى لهم معييا لا يعلم عيبه، ويجب عليه الفسخ إذا علم...⁽¹⁾.

ووجه تعيين الأولياء لتزويج المجنون في المذكورين دون غيرهم بحسب ترتيب كل مذهب؛ راجع إلى أن من عداهم لا نظر لهم في مال المجانين ومصالحهم المتعلقة بهم.

الرأي الثاني: يرى الظاهرية بأن ثبوت الولاية للأب وحده في تزويج المجنونة الصغيرة فقط؛ أما المجنون الصغير والمجنون الكبير ذكراً كان أم أنثى، فلا ينكحهم أحد ولا تثبت الولاية لأحدٍ عليهم في التزويج⁽²⁾.

الترجيح: بعد عرض آراء الفقهاء فإننا نقول بأن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء بأن الولاية ثابتة في تزويج المجانين ذكورا وإنائاً صغاراً كانوا أم كباراً، عند وجود الضرورة أو ما يستدعي ذلك، (كحاجة المجنون إلى من يخدمه، أو تحقيق الإعفاف).

ثانياً- تزويج المعتوه في الفقه الإسلامي: اختلف الفقهاء في ثبوت ولاية تزويج المعتوه إلى عدة آراء⁽³⁾، بحسب ثبوت الولاية وترتيب الأولياء في كل مذهب.

فالحنفية قالوا بأنها تثبت ولاية التزويج للابن والأب والجد في تزويج المعتوه ذكراً كان أم أنثى، فقال الزيلعي: "وعلى هذا المعتوه والمعتوهة إذا زوجهما الأب والجد لا خيار لهما إذا أفاقا، وإذا زوجهما الابن فلا رواية فيه عن أبي حنيفة وينبغي أن لا يكون لهما الخيار، لأنه مقدم على الأب ولا خيار في الأب فهذا أولى"⁽⁴⁾؛ وقال البغدادي: "المعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمتلة الصبي يصير مأذوناً بإذن الأب والوصي والجد دون غيرهم"⁽⁵⁾.

1- البهوتي، كشاف القناع، ج 03، ص 454 وما بعدها.

2- ابن حزم، المحلى، ج 09، ص 38 - 46.

3- العتة في الإصطلاح هو آفة توجب خللا في العقل، فيصير صاحبه مختلط الكلام، فيشبه مرة كلامه المجانين، فالعتة ضعف في العقل ينشأ عنه ضعف في الوعي والإدراك؛ أحمد الأمrani، السلطة التقديرية، المرجع السابق، ص 58.

4- الزيلعي، تبين الحقائق، ج 02، ص 132.

5- البغدادي، غانم بن محمد البغدادي، غياث الدين (أبو يوسف)، فقيه حنفي، درس بالمستنصرية ببغداد، من آثاره؛ ملجأ القضاة عند تعارض البيانات، ووجمع الضمانات في الفروع الذي فرغ من تأليفه سنة، 1027 هـ؛ توفي 1030 هـ.

فالمعتوه مثل الصبي المميز؛ يأخذ حكمه وهو جواز تزويجه من قبل الولي (الأب، الجد، الابن)، دون أن يكون له الخيار ذكراً كان أو أنثى عندما يعقل، وغيرهم من الأولياء إن زوجه ذكراً كان أو أنثى فله الخيار في حال عقل وأفاق من العته؛ وهذا عند الحنفية.

أما المالكية لم يفرقوا بين المجنون والمعتوه فهو عندهم سواء، فتكون ولاية تزويج المعتوه للأب فإن غُدمَ فلوصي الأب أو الحاكم⁽¹⁾؛ وقال سحنون: "المعتوه والمجنون والمطبق في قول مالك واحد"⁽²⁾.

فلا يوجد تفريق بين المجنون والمعتوه عند المالكية وفي أن كلا منهما فاقداً للأهلية؛ فيجري حكم المجنون على المعتوه، وكذا في النكاح.

أما الشافعية فهم لا يفرقون بين الجنون والعته في الأحكام، فالمعتوه يأخذ حكم المجنون، فتشبت ولاية التزويج للمعتوه للأب أو الجد عند عدم الأب وإلا فذلك للحاكم⁽³⁾؛ فقال الشافعي: "والمعتوه والمجنون لا يفيق والمغمى عليه في أكثر من حال الحائض من أنهم لا يعقلون وفي أن الفرائض عنهم زائلة"⁽⁴⁾.

من هنا نجد أن الشافعية لا يفرقون بين المجنون والمعتوه في الأحكام، فالعته نوع من الجنون فيلحق به خاصة في النكاح باعتبار أن الإثنين فاقدا أهلية.

أما الحنابلة فقالوا بثبوت ولاية تزويج المعتوه للأب أو وصي الأب ثم الحاكم، إن احتاج المعتوه إلى النكاح بأن يكون أصلح له، كأن يكون عاجزاً أو ضعيفاً يحتاج إلى امرأة تخدمه⁽⁵⁾؛ فقال ابن قدامة: "أن المعتوه وهو زائل العقل بجنون مطبق ليس لغير الأب ووصيه تزويجه وهذا قول مالك"⁽⁶⁾.

وفي الأخير يمكن القول بأن الحنفية يجزون ولاية تزويج المعتوه للابن ثم الأب ثم الجد؛ أما الشافعية فيثبتون ولاية تزويج المعتوه للأب أو الجد عند عدم الأب وإلا فذلك للحاكم؛ أما المالكية والحنابلة فيجزون ولاية تزويج المعتوه للأب أو وصي الأب وإلا فالحاكم.

1- الصاوي، بلغة السالك، ج 02، ص 396.

2- سحنون، المدونة، ج 02، ص 79.

3- البجيرمي، حاشية البجيرمي على المنهج، ج 03، ص 345.

4- الشافعي، الأم، ج 01، ص 77.

5- المرادوي، الانصاف، ج 08، ص 86 - 87.

6- ابن قدامة، المغني، ج 07، ص 38.

من هنا فإن المالكية والحنابلة يتفقون بأن تكون ولاية تزويج المعتوه للأب أو وصي الأب أو الحاكم، أما الحنفية والشافعية يتفقون في الأب والجد، ويختلفون في الابن والحاكم.

الترجيح: بعد عرض آراء الفقهاء يتضح لنا أن ما ذهب إليه المالكية والحنابلة هو الرأي الراجح، وذلك لأن الأب هو أدري بإبنة المعتوه وحاجته للزواج، ومن ثم وصي الأب، وإلا فالحاكم أو القاضي.

المطلب الثاني

السلطة التقديرية للقاضي في تزويج القاصر

اعتبر المشرع الجزائري الزواج عقدا رضائيا يبني على إرادة حرة بين طرفيه، أي هو من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة⁽¹⁾، لما يترتب عليه من الالتزامات مادية والواجبات الاجتماعية الأسرية؛ بل لا بد أن تكون الإرادة صادرة من عقل يميز ما ينفعه وما يضره، وبلوغ ينم على استعداد نفسي طبيعي للوطء، حيث نصت المادة 04 من ق - أ على أنه: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب؛" كما نص على شروط صحة عقد الزواج من خلال أحكام المادة 09 مكرر من نفس القانون، ومن بين هذه الشروط أهلية الزوجين، حيث نصت المادة 07، بقولها: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة؛ وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

يكتسب الزوج القاصر أهلية الرجل التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

إن موقف المشرع الجزائري في تحديده لسن الزواج بـ 19 سنة بالنسبة للرجل والمرأة كان يرمي إلى بناء مؤسسة الزواج على أسس متينة، فبغض النظر عن البلوغ الجنسي الذي أصبح خصوصا في عصرنا الحالي غير كاف لإبرام عقد الزواج؛ لهذا وجب تنظيم السن الذي تتحقق من ورائه أهداف الزواج، وذلك لتحقيق سلامة الفرد والمجتمع، نظرا لما ثبت في الطب وعلم الاجتماع أن زواج الصغار يترتب عليه آثار غير مرغوب فيها، وتترتب عليه أضرار كثيرة على الجسم والنفس، ومن الناحية الاجتماعية صعوبة الحياة المعيشية الحالية، لأن الفتى أو الفتاة اللذان لم يبلغا سن الرشد القانوني لا يُقدِران عادة الرابطة الزوجية قدرها ولا

1- أي لم يشوهدا عيب من عيوب الإرادة كالصغير أو السفه أو المجنون أو المعتوه.

يحسنان في الغالب القيام بمتطلبات الأسرة التي تكون منهما، وحماية للفتاة من الحمل المبكر الذي له مخاطر عدة على صحة الأم والجنين.

ولئن كانت هذه هي القاعدة التي ارتضاها المشرع الجزائري والمغربي والمصري، فإن لكل قاعدة استثناء تتولى السلطة التقديرية للقاضي من حيث توفره على شروط الاجتهاد للفصل فيها، وذلك بمنح الترخيص بالزواج القصر (كالصغير والسفيه)؛ إضافة إلى ذلك منح الترخيص بالنسبة للمجنون والمعتوه؛ وهذا ما سنتطرق إليه من خلال الفروع الآتية.

الفرع الأول

سلطة القاضي في تزويج الصغير والسفيه

سنتناول في هذا الفرع سلطة القاضي في تزويج الصغير (أولا)؛ ثم نتطرق إلى سلطة القاضي من حيث السن الأدنى في حالة منح الترخيص (ثانيا).

أولا- سلطة القاضي في تزويج الصغير: الأصل في الزواج هو بلوغ الرجل والمرأة سن الزواج المنصوص عليها في المادة 07 من ق - أ (أي بتمام 19 سنة)، أي هو نفس سن الرشد القانوني⁽¹⁾؛ غير أن المشرع الجزائري أجاز للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، إذا تأكد من قدرة الطرفين على الزواج.

ومن هنا فإن المشرع الجزائري منح سلطة تقديرية واسعة لرئيس المحكمة باعتباره المكلف بالإذن بزواج الفتى والفتاة دون السن المسموح به قانونا ب 19 سنة، بقرار مسبب يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك.

والمصلحة يجب أن تكون أكيدة وأن تكون هي الدافع الأساسي لطلب الإذن بالزواج، وهو ما يجب على القاضي التأكد منه قبل منح الإذن.

ولأن المشرع لم يبين هذه المصلحة، فهي تستخلص بعد الاستماع إلى أبوي القاصر، وهو ما قضت به المحكمة العليا، في قرارها بقولها: " من المقرر قانونا أنه يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا"⁽²⁾. أو رأي الطبيب المختص أو إجراء بحث اجتماعي في الموضوع، أو من لقاء قد يتم

1- نصت المادة 40 من ق - م، بقولها: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية بمباشرة حقوق المدنية؛ و سن الرشد (19) سنة كاملة".

2- المحكمة العليا، غ، م، القرار بتاريخ 17 / 05 / 1998، ملف رقم 167835، م - ق، عدد 02، 1997، ص 77.

بين القاضي والقاصر أو القاصرة الراغبين في الزواج، ومن باب المصلحة القوة الجنسية الجارحة وحمل الفتاة عن طريق الشبهة أو اغتصابها وبالتالي طلب زواجها ممن تسبب في حملها أو ممن اغتصبها.

ولإثبات البلوغ وصلاحيه القاصر يأمر القاضي عرض المعني بالأمر على طبيب مختص، ليتأكد من بلوغه وضرره من تأخره في الزواج. فشهادة الطبيب هي أهم وسيلة يعتمد عليها القاضي لمنح الإذن بالزواج، ولهذا فإن جميع الملفات التي توقع من طرف القاضي في هذا الصدد تتضمن شهادة طبية من طبيب مختص⁽¹⁾، الشيء الذي يجعلها تحضى بالقبول، ولصعوبة إثبات القاضي المكلف بالزواج أن مراهقا قادر على ضبط نفسه وآخر غير قادر على ضبطها، خصوصا إذا كان الولي الشرعي رافضا لهذا الزواج، أو نجده في عدد كثير من الملفات يأخذ في منح الإذن بين الخبرة الطبية والبحث الاجتماعي، في إطار السلطة التقديرية الواسعة التي يتمتع بها في هذا المجال؛ أي أنه يستوجب على القاضي ربط الإذن بوقائع قابلة للإثبات القضائي، بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي، وكذا الاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي حسب مقتضيات الحال، ويعتبر ترخيص القاضي بالترشيد بالزواج بات وغير قابل للطعن، فهو عمل ولائي لا يقبل الطعن بأي وجه من الوجوه⁽²⁾.

من هنا فإن المشرع الجزائري اشترط لزواج القاصر موافقة الولي؛ وذلك طبقا لأحكام المادة 11/02 من ق - أ، بقولها: "دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون، يتولى زواج القاصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"⁽³⁾؛ فإذا امتنع الولي عن الموافقة، وأصر القاصر على الزواج؛ وتمسك كل طرف بموقفه، فالأمر يعود هنا للقاضي (أي رئيس المحكمة) الذي يقرر إما إعطاء الترخيص بالزواج أو عدمه، وذلك وفقا لما تأكد لديه عملياً من خلال أحكام المادتين 11/02 والمادة 90 من ق - أ⁽⁴⁾، وهنا يجب على القاضي التأكد من وجود الضرورة، والمصلحة الواضحة أو الثابتة

1- وهذا ما نصت عليه أحكام المادة 07 مكرر من ق - أ، المعدل بموجب أمر رقم 05 - 02، بقولها: "يجب على طالي الزواج أن يقدم وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوها من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

ويتعين على الموثق أو ضابط الحالة، أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهم بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج. ويؤشر بذلك في عقد الزواج".

2- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ج 01، المرجع السابق، ص 121؛ محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة المغربية، ج 01، المرجع السابق، ص 227.

3- وهو ما نصت عليه كذلك أحكام المادة 81 من ق - أ، بقولها: "من كان فاقدا الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقاً لأحكام هذا القانون". وكذلك ما نصت عليه أحكام المادة 83 من ذات القانون.

4- تنص المادة 90 من ق - أ، بقولها: "إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصاً تلقائياً أو بناء على طلب من له مصلحة".

للزوجين؛ والقدرة على تحمل تبعات الزواج المادية والمعنوية، وغير ذلك من المبررات التي يرى معها القاضي التخلي عن شرط السن الذي فرضه القانون طبقاً لأحكام المادة 01 / 07 من ق - أ.

أما بالنسبة لتخلف شرط الأهلية وانعدام الترخيص بالزواج، فإن المشرع الجزائري لم ينص صراحة ولا ضمناً عما يترتب من آثار على مخالفة سن أهلية الزواج، وعقد أي زواج قبل بلوغ السن المحددة، وذلك على عكس القانون رقم 63 / 224⁽¹⁾، الذي تناول هذه المسألة وحدد سن الزواج بـ 18 سنة للفتى و16 سنة للفتاة، ورتب آثاراً معينة في حالة مخالفة شروط الأهلية أو الترخيص⁽²⁾.

فإذا منح القاضي الترخيص بالترشيح للقاصر فإن هذا الأخير يكتسب أهلية التقاضي في كل ما له علاقة بالزواج وآثاره؛ أي أن المشرع يكسبه الأهلية في حدود ضيقة، والتي تتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات، على اعتبار أن الزواج فيه تكاليف والتزامات ومسؤوليات، كالنفقة والأولاد والمنازعات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية. فهنا يجوز للزوج القاصر المطالبة بحقوقه الزوجية وله صفة المدعي؛ كما أنه يجوز للزوجة القاصر أن تطالب بالخلع؛ فإذا وقع الخلع وجب عليها دفع بدل الخلع، لأن الأهلية في الزواج والطلاق تختلف عنها في العقود المدنية الأخرى؛ من حيث أنه يشترط فيها مطلق البلوغ لا غير؛ ومن ثم يستثنى من ذلك التصرفات المالية التي يشترط فيها بلوغ سن الرشد القانوني⁽³⁾.

أما في مدونة الأسرة المغربية فقد اشترط المشرع لصحة عقد الزواج أن يكون كل طرفيه، عاقلين بالغين سن الرشد والذي حددته المادة 19 من م - أ - م، بقولها: "تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشرة سنة شمسية".

1- القانون 63 - 224 الصادر بتاريخ 29 / 06 / 1963م.

2- حيث نص القانون 63 - 224 على مايلي: **المادة الأولى:** "ليس للرجل قبل بلوغه ثمان عشرة سنة كاملة ولا للمرأة قبل بلوغها ست عشرة سنة كاملة أن يعقد زواجهما، ومع ذلك فلرئيس المحكمة الكلية أن يمنح بناء على دوافع قوية بعد أخذ رأي مفوض الدولة الإذن بالإعفاء من شرط السن".

المادة الثانية: "يعاقب كل من ضابط الأحوال المدنية أو القاضي "المأذون" والزوجان وممثلوهما القانونيون ومن أسهم معهم الذين لم يراعوا السن بالحسب من خمسة عشر يوماً إلى ثلاثة أشهر، وبغرامة من أربع مائة إلى ألف فرنك جديد، أو بإحدى هاتين العقوبتين".

المادة الثالثة: "يبطل كل زواج لم يحصل فيه دخول تم عقده على خلاف ما تقضي به المادة الأولى، ويجوز الطعن فيه من قبل الزوجين أنفسهما أو من جانب كل ذي مصلحة أو من جانب السلطة العامة، فإن كان قد حصل فيه دخول لم يصح الطعن فيه إلا من جانب الزوج فحسب".

المادة الرابعة: "ومع هذا فإن الزواج المعقود من زوجين لم يبلغا السن المقررة، أو الذي لم يبلغ فيه أحدهما هذه السن لا يصح الطعن فيه في الحالتين الآتيتين: أ - إذا كان الزوجان قد بلغا السن القانونية. ب - إذا كانت الزوجة قد تبلغ السن وقد حملت".

3- أما إذا تعلق الأمر بالحقوق والتزامات المادية فإن رفع الدعوى يكون من قبل وليه أو مقدمه؛ وذلك طبقاً لأحكام المادة 437 من ق - أ - م - إ بقولها: "عندما يكون الزوج ناقص الأهلية، يقدم الطلب باسمه، من قبل وليه أو مقدمه، حسب الحالة؛ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ج 01، المرجع السابق، ص 122؛ يمكن للمحكمة بطلب من أحد الزوجين أو نائبه الشرعي، أن تحدد التكاليف المالية للزوج المعني وطريقة أدائها (المادة 02 / 22) من م - أ - م".

ورغم ذلك، فإنه لكل قاعد استثناء والمتمثل في تزويج من لم يبلغ سن الرشد، أي ترك الحصول على الإذن بالزواج بواسطة طلب يقدم إلى قاضي الأسرة في إطار مقتضيات المواد من 20 إلى 23 من م - أ - م، وذلك بتحويل الإذن لسلطة القاضي، بأن يأذن بزواج من لم يبلغ سن الرشد القانوني من الزوجين؛ وذلك بقرار معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة؛ وذلك بعد سماع أبوي القاصر أو نائبه الشرعي، والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي، فلا إثبات البلوغ وصلاحيه القاصر في الزواج يأمر القاضي المكلف بالزواج عرض المعني بالأمر على طبيب محلف، ليتأكد من بلوغه وضرره من تأخره في الزواج.

فشهادة الطبيب هي أهم وسيلة يعتمد عليها القاضي لمنح الترخيص بالزواج، لهذا فإن جميع الملفات التي توقع من طرف القاضي في هذا الصدد تتضمن شهادة طبية من طبيب محلف، الشيء الذي يجعلها تحضى بالقبول، ويمكن لمن يعنيه الأمر الاستفادة من المساعدة القضائية. ولصعوبة إثبات القاضي المكلف بالزواج أن مراهقا قادر على ضبط نفسه وآخر غير قادر على ضبطها خصوصا إذا كان الولي أو النائب الشرعي رافضا لهذا الزواج، فنجد القاضي يمنح الترخيص بالزواج إما بالشهادة الطبية أو بالبحث الاجتماعي⁽¹⁾؛ وهذا ما هو المعمول به في المحاكم المغربية؛ وهو ما قضت به محكمة الاستئناف بمراكش بالمملكة ورغم استصدار إذن الزواج من طرف قاضي الأسرة عن طريق تقديم طلب إليه، ولكن لا بد من موافقة نائبه الشرعي على هذا الزواج، إذ أن هذا الأخير يكون أدري بمصلحة من يوجد تحت نيابته من القاضي نفسه⁽²⁾.

وقد تتخذ هذه الموافقة عدة صور، في مقدمتها التوقيع مع القاصر على طلب الإذن بالزواج، وحضوره عملية إبرام العقد أمام العدليين، أو الإدلاء بوثيقة مكتوبة تعبر عن موافقته على الزواج.

ولكن من المتوقع أن يتقدم القاصر بطلب الإذن وحده ويمتنع نائبه الشرعي على هذا الطلب، إما تعنتاً منه وإما لسبب معقول، فكلمة الفصل تبقى لقاضي الأسرة المكلف بالزواج، الذي عليه أن يعلل الموقف الذي يتخذه في هذا الشأن⁽³⁾.

1- أحمد الأمrani، المرجع السابق، ص 63 - 64.

2- محكمة الاستئناف بمراكش، قرار بتاريخ 10 / 04 / 2005، مجلة الملف، عدد 11، 2007، ص 250؛ نقلاً عن: محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 30 - 31.

3- محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة المغربية، ج 01، المرجع السابق، ص 228.

أما بالنسبة لأهلية التقاضي للزوج القاصر فإن المشرع الجزائري نص على ذلك صراحة في المادة 02 /07 من ق- أ، بقولها: "... يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

ما يستنتج من نص هذه المادة أنه من لم يبلغ سن الرشد القانوني بعد، وأذن له قاضي شؤون الأسرة بالزواج، يصبح أهلاً لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات الناتجة عن هذا الزواج، وهو نفس الشيء الذي نص عليه المشرع المغربي في المادة 22 من م- أ- م⁽¹⁾.

أما التشريع المصري فقد ميز في البداية بين الجنسين من حيث سن الزواج، فقد نصت المادة رقم 02/ 367 من القانون رقم 78 لسنة 1931 المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، على أن لا يقل سن الزوجة عن 16 سنة، وألا يقل سن الزوج عن 18 سنة، فإذا كانت سن أحد الزوجين وقت العقد أقل من هذه السن المحددة فلا يجوز للموظف الرسمي المختص بمباشرة عقد الزواج أن يجريه رسمياً بينهما⁽²⁾.

كما نصت المادة 17 من قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية رقم 01 لسنة 2000 بقولها: "لا تقبل الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشر سنة ميلادية، أو كانت سن الزوج تقل عن ثماني عشر ميلادية وقت رفع الدعوى...".

وطبقاً للنصين السابقين فإن سن أهلية الزوج يجب ألا يقل عن 18 سنة، أما الزوجة فلا تقل عن 16 سنة؛ وبصدور القانون رقم 143 لسنة 1994 بشأن الأحوال المدنية ساوى المشرع المصري بين الزوجين من حيث أهلية الزواج، حيث نصت المادة 31 مكرر على: "لا يجوز توثيق عقد زواج لمن لم يبلغ من الجنسين ثماني عشر سنة ميلادية كاملة"⁽³⁾، ليضع بذلك سناً موحداً هو بلوغ سن 18 سنة لكلا الزوجين.

1- تنص المادة 22 من م- أ- م، بقولها: "يكتسب المتزوجان طبقاً للمادة 20 أعلاه، الأهلية المدنية في ممارسة حق التقاضي في كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات.

يمكن للمحكمة بطلب من أحد الزوجين أو نائبه الشرعي، أن تحدد التكاليف المالية للزوج المعني وطريقة أدائها".

2- رمضان على السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص 56 - 57.

3- والمضافة بمقتضى المادة 07 مكرر من القانون رقم 126 لسنة 2008 بتعديل بعض أحكام قانون الطفل رقم 12 لسنة 1996؛ جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، الزواج - الفرقة بين الزوجين - حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، مطابع السعدني 2008 م، ص 123.

أما بالنسبة لزواج القصر فإن المشرع المصري يأخذ بالقول الراجح لدى المذهب الحنفي؛ وذلك بثبوت الولاية على الصغير والصغيرة، ويجوز لوليها الشرعي تزويجهما.

ثانياً- سلطة القاضي من حيث السن الأدنى في حالة منح الترخيص: إن المشرع الجزائري لم يحدد من خلال أحكام المادة 07 من ق - أ؛ حداً للسن على لرئيس المحكمة في حالة ما إذا قرر منح الترخيص بالزواج أن لا ينزل عنه، بل ترك ذلك لسلطة القاضي التقديرية، ولأن القاضي أمام هذا الاستثناء، يجب عليه أعمال سلطته في أضيق الحدود بالتالي لا يمكنه أن ينزل عن 19 سنة إلا بسنة أو سنتين، واستثناء جداً أربعة سنوات، وهو نفس الشيء بالنسبة للمشرعين المغربي والمصري اللذان لم يحددا الحد الأدنى⁽¹⁾؛ وهو ما قضت به محكمة الاستئناف طنجة بالمملكة المغربية في قرارها بقولها: " طلب الإذن بزواج قاصر (14 سنة) - موافقة الولي وتقرير الخبرة الطبية - السلطة التقديرية للمحكمة... نعم.

إن أهلية الزواج تكتمل عند قيام السن الثامنة عشرة من عمر الذكر والأنثى على حد سواء، إلا أن المادة 20 من م - أ - م، أعطت لقاضي الأسرة إمكانية إعطاء الإذن بالزواج دون تمام سن 18 من عمر القاصر إذا كانت في ذلك مصلحة للقاصر وتوفرت الأسباب الداعية لذلك.

وإن كانت موافقة الولي وتقرير الخبرة الطبية الذي يؤكد إمكانية القاصر البيولوجية في الزواج، فإن البنت مازالت في سن مبكرة (14 سنة) وأن مصلحتها تقتضي عدم الزواج بها في مشاكل الحياة الزوجية حتى يكتمل نضجها وأن الإسراع في تزويجها قد يؤدي بها إلى ما لا تحمد عقباه، الأمر الذي يكون معه الحكم المستأنف الذي قضى برفض الطلب قد صادف الصواب فيما قضى به ويتعين تأييده"⁽²⁾.

وبالتالي كان على المشرع الجزائري أن يجعل حداً أدنى في حالة منح الترخيص على نحو ما هو في بعض التشريعات العربية مثل التشريع السوري الذي حدد الحد الأدنى لسن الزواج بـ 15 سنة للذكر و13 سنة للأنثى، طبقاً لأحكام المادة 1/18 من قانون الأحوال الشخصية السوري بقولها: " إذا ادعى المراهق البلوغ بعد إكماله الخامسة عشرة أو المراهقة بعد إكمالها الثالثة عشرة وطلبوا الزواج يأذن به القاضي إذا تبين له صدق دعواهما واحتمال جسميهما..."⁽³⁾.

1- إن المشرع المغربي لم يحدد لقاضي الأسرة حد السن الذي لا يكمنه أن ينزل عنه. وأمام هذا الاستثناء، فإنه لا يكمن أن ينزل عن سن 18 سنة إلا بسنة أو سنتين، واستثناء ثلاث سنوات؛ محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة المغربية، ج 01، المرجع السابق، ص 227.
2- قرار الصادر بتاريخ 09 يونيو 2005 م، محكمة الاستئناف بطنجة، غير منشور؛ نقلاً عن: محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 31.
3- قانون الأحوال الشخصية السوري، المرسوم التشريعي رقم 59 بتاريخ 07/09/1953 م.

وهذا يعني أن المشرع السوري قد أقر رأي عامة الفقهاء في جواز عقد البالغ والبالغة بعد التوثيق من وجود ذلك، وهذا يتعلق بمباشرة العقد منهما⁽¹⁾.

أما بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية الأردني جعل للقاضي من باب السلطة التقديرية، الإذن بالزواج من لم يكمل 18 سنة، شريطة أن يكمل 15 من العمر، وكان له مصلحة في هذا الزواج، ونصت المادة 05 من قانون الأحوال الشخصية الأردني: "يشترط في أهلية الزواج أن يكون الخاطب والمخطوبة عاقلين، وأن يكون كل منهما قد أتم الثامنة عشرة سنة شمسية، إلا أنه يجوز للقاضي أن يأذن بزواج من لم يتم منهما هذا السن إذا كان قد أكمل الخامسة عشرة من عمره، وكان في مثل هذا الزواج مصلحة تحدد أسسها بمقتضى تعليمات يصدرها قاضي القضاة لهذه الغاية"⁽²⁾.

فقد اشترطت هذه المادة سن الزواج للخطابين بثمانية عشرة سنة، وأوجبت الالتزام به، ولكن جعل القانون للقاضي سلطة تقديرية في الإذن لمن هو دون السن التي حددها إذا كان له مصلحة أم لا، ويقرر بناء على ذلك الموافقة على هذا الزواج أم لا.

الفرع الثاني

سلطة القاضي في تزويج المجنون والمعتوه والسفيه

أما فيما يخص زواج (المجنون والمعتوه والسفيه)، فإن المشرع الجزائري لم يتناول هذه المسألة، مما يستوجب علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً لأحكام المادة 222 من ق- أ؛ وقد اتفق الفقهاء على جواز تزويجه بشروط⁽³⁾، المجنون والمعتوه الذي يعتبر عديم التمييز، فاقد الحرية الاختيار والتعبير عن الإرادة؛ ولذلك فإن كل تصرف قانوني يقوم به المجنون أو المعتوه يقع منه باطلاً بطلاناً مطلقاً، حتى ولو تعلق الأمر بعقد الزواج طبقاً لأحكام المواد 81 و85 من ق- أ⁽⁴⁾، والمادة 42 من ق- م⁽⁵⁾.

1- محمد الحسن مصطفى البغا، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري الزواج والطلاق، مطبعة الروضة، منشورات جامعة دمشق، 2007م، ص 174.

2- هذه المادة معدلة للمادة 05 من قانون رقم 61 لسنة 1976م، والتي كان فيها سن الزواج بالنسبة للخطاب 16 سنة، أما المخطوبة 15 سنة.

3- الدردير، الشرح الكبير، ج 02، ص 245؛ الشريبي، مغني المحتاج، ج 03، ص 168؛ ابن قدامة، المغني، ج 07، ص 38.

4- نصت المادة 81 من ق- أ، بقولها: "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانوناً ولي، أو وصي أو مقدم طبقاً لأحكام هذا القانون"؛ كما نصت المادة 85 من ق- أ، بقولها: "تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه".

5- تنص المادة 42 من ق- م، بقولها: "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون؛ يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة".

من هنا فإنه يجوز استثناءً تزويج كل من المجنون والمعتوه والسفيه، إذا كان الزواج مفيداً كثيراً للعلاج من الأمراض العقلية والنفسية والعصبية، وذلك إن وجدت المصلحة التي تقتضي ذلك؛ ولكن بتوفر الشروط الآتية:

1- وجود تقرير من الطبيب الأمراض العقلية، يؤكد أن زواج المجنون أو المعتوه أو السفيه يساعد في شفائه عقلياً ونفسياً.

2- قبول الطرف الآخر بعد العلم بالإعاقة الذهنية، والقبول هنا لا بد أن يكون صريحاً وواضحاً، لا يشوبه غموض، صادر من طرف راشد.

3- أن يتم الزواج بإذن من القاضي بناء على طلب الولي وذلك طبقاً لأحكام المواد 81 و84 و87 من ق - أ، وذلك لأن مؤسسة الزواج مسؤولية والتزامات خطيرة من نفقة وسكن وحضانة وغيرها.

ومن هنا فإنه يجوز للقاضي إعطاء الترخيص بالزواج بالنسبة للمجنون والمعتوه والسفيه إذا توفرت هذه الشروط.

وبخلاف طلب الإذن بزواج من لم يبلغ سن الرشد القانوني، فإن المشرع لم يتناول مسألة الطعن في مقرر الاستجابة أو عدم الاستجابة لطلب الإذن بزواج المعتوه أو المجنون أو السفيه.

أما بالنسبة للمشرع المغربي، فقد قال بأن المصاب بالإعاقة الذهنية⁽¹⁾ يعد فاقد الإرادة التي تعتبر من الشروط الأساسية في العقود من أجل إبرامها، وكذا انعدام الاختيار الحر الذي هو أساس عقد الزواج، وهو ما أكدته المشرع المغربي على اشتراط العقل في عقد الزواج، وذلك من خلال أحكام المادة 19 من م - أ - م، بقولها: "تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشرة سنة شمسية".

يتضح لنا من خلال هذا النص أن شرط التمتع بالقوى العقلية أمر ضروري تقتضيه الصفة العقدية للزواج، إلا أن ميزته عن باقي العقود جعل المشرع المغربي يسمح للمصاب بإعاقة ذهنية، بإبرام عقد زواج وفقاً لشروط تنحصر في يد القاضي بصفة عامة، وتحت مراقبته بصفة استثنائية، وذلك من خلال أحكام المادة 23 من م - أ - م، حين قضت: "يأذن قاضي الأسرة المكلف بالزواج بزواج الشخص المصاب بإعاقة

1- فقد تناول المشرع المغربي ذلك من خلال أحكام المادة 213 من م - أ - م؛ حيث عرفت المادة 216 من نفس القانون المعتوه بأنه: "المعتوه هو الشخص المصاب بإعاقة ذهنية لا يستطيع معها التحكم في تفكيره وتصرفاته"؛ ونصت المادة 217/2 على عدم أهلية الأداء: " - المجنون وفاقد العقل".

ذهنية ذكرا أم أنثى بعد تقديم تقرير حول حالة الإعاقة من طرف طبيب خبير أو أكثر؛ يطلع القاضي الطرف الآخر على التقرير وينص على ذلك في محضر.

يجب أن يكون الطرف الآخر راشدا ويرضى صراحة في تعهد رسمي بعقد الزواج مع المصاب بالإعاقة".

من هنا يتضح لنا بأن هذا النص إستثناء لما نص عليه المشرع المغربي في المادة 19 من م- أ- م؛ حيث منح للقاضي سلطة تقديرية في منح الإذن بزواجهما بعد تحقق الشروط الآتية:

1- يجب أن يتم تقديم طلب الإذن بالزواج إلى قاضي الأسرة، لأنه وحده المختص بمنح الإذن.

2- يجب عرض المعني بالأمر على طبيب خبير مختص للتقرير بشأن إعاقته وبشأن تأثير زواجه على تلك الإعاقة، وقد يتعدد الخبراء المقررون بشأن ذلك، مع العلم أنه لا مانع يمنع من اعتماد خبرة تكميلية أو مضادة في الموضوع.

3- إخطار القاضي الطرف الآخر في عقد الزواج على التقرير الذي أنجزه الطبيب المختص، وينص على ذلك في محضر.

4- يجب أن يكون الطرف الآخر في عقد الزواج راشدا (أي كامل الأهلية)؛ أي غير مصاب بإعاقة ذهنية.

فإذا توفرت حل هذه الشروط، فإنه يجوز للقاضي منح الإذن بزواج المصاب بالإعاقة الذهنية حسب اطلاعه وتأكده من عدم وجود الغش أو التدليس.

وهكذا نجد أن الخبرة الطبية تعد الركيزة الأساسية التي يعتمد عليها القاضي في تقديره مدى استفادة المصاب بالإعاقة الذهنية من العلاقة الزوجية، وذلك بعد تقديم طلب الحصول على الإذن بالزواج من قبل وليه.

وبخلاف طلب الإذن بزواج من لم يبلغ سن الرشد القانوني، فإن المشرع لم يتطرق إلى مسألة الطعن في مقرر الاستجابة لطلب الإذن بزواج المعاق ذهنيا، والقاعدة هنا أن ما لا يمنعه القانون فهو يبيحه، إعمالا للأصل الذي يقضي بذلك⁽¹⁾.

1- محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ج 01، المرجع السابق، ص 232.

أما بالنسبة للسفيه، فعرفت المادة 215 من م - أ - م، السفيه بأنه: "السفيه هو المبذر الذي يصرف ماله فيما لا فائدة فيه، وفيما يعده العقلاء عبثاً بشكل يضر به أو بأسرته"؛ غير أنه لم يتناول مسألة تزويجه، ولتنظيمه يمكن الرجوع للمادة 400 من م - أ - م، التي تنص بقولها: "كل ما لم يرد به نص في المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي، والاجتهاد الذي يراع فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف".

فهنا يجب على القاضي الاستعانة ببعض فقهاء هذا المذهب وتطبيقه على النازلة، فنكاح السفيه موقوف على إذن وليه إن شاء أمضاه، وإن شاء فسحاه، ويفرقون بين ذي الرأي في العقل والدين، وضعيف الرأي في العقل والدين؛ فإن لم يكن له ولي جاز إنكاحه اتفاقاً إن كان ذا رأي، ويفسخ إن كان ضعيف الرأي عندهم.

غير أن الواقع العملي في مختلف المحاكم المغربية يثبت أن زواج السفيه غير موجود⁽¹⁾. أما بالنسبة للمشرع المصري فلم ينص على زواج المجنون والمعتوه السفيه؛ لكن بالرجوع إلى الفقه المعمول به في مصر، الذي يأخذ بالقول الراجح لدى المذهب الحنفي؛ والذي يميز تزويج المجنون والمعتوه ذكراً كان أم أنثى، بإذن وليه، كالإبن والأب والجد، أي بإذن جميع الأولياء بشكل عام على الترتيب المذكور عندهم.

إلا أن محكمة النقض المصرية ذهبت إلى اعتبار قول الجمهور، فأبطلت عبارة المجنون⁽²⁾، وقضت بأن عبارة المعتوه كعبارة المميز تتوقف على إجازة الولي الأقرب، فإن أجازها جازت وإلا ردت⁽³⁾.

أما فيما يخص ما أخذ به مشروع القانون العربي الموحد، فهو يأخذ بالقول الراجح لدى المذهب الحنبلي؛ وهو ما أكدته أحكام المادة 20 بقولها: " - يشترط في أهلية الزواج العقل والبلوغ، فيبطل زواج الصغير والصغيرة قبل البلوغ، وتزويج المجنون والمعتوه ذكراً كان أو أنثى مع مراعاة حكم الفقرة التالية.

- إذا ثبت بتقرير لجنة من الأطباء الأخصائيين أن زواج المجنون والمعتوه مفيد في شفائه فللمحكمة أن تأذن به".

من هنا نرى على المشرع المصري أن يتبع هذا المنهج الحمائي للأسرة والنسل.

1- أحمد الأمrani، المرجع السابق، ص 71.

2- نقض أحوال شخصية، الطعن رقم 64، لسنة 54، جلسة 28/04/1987؛ المجموعة المدنية، س 38، ص 640.

3- نقض أحوال شخصية، الطعن رقم 07، لسنة 39، جلسة 14/02/1973.

أما بخصوص زواج السفية، فإن المشرع المصري يأخذ بقول الحنفية، الذي يميز نكاح السفية مطلقاً. وفي الأخير نستخلص أن المشرع الجزائري، منح للقاضي سلطة تقديرية واسعة في مجال إعطاء الترخيص بالترشيد بالنسبة لزواج القاصر، بما تتطلبه المصلحة أو الضرورة، غير أنه لم يبين حدود هذه المصلحة ولم يقدر الضرورة بقدرها، كما أنه لم يحدد المعيار الذي يمكن إتباعه لتحديدتهما، وترك المجال في ذلك للقاضي وفقاً لسلطته التقديرية. وذلك لأن المصلحة أو الضرورة تتغير بتغير الزمان والمكان والظروف والأحوال؛ وهو نفس الشيء بالنسبة للمشرع المغربي؛ بخلاف نظيرهما المصري.

كما منح المشرعين الجزائري والمغربي والمصري سلطة للقاضي في منح الترخيص بالزواج بالنسبة للمجنون والمعتوه والسفيه، إذا كانت هناك مصلحة وضرورة.

المبحث الثالث

سلطة القاضي التقديرية في منح الترخيص بتعدد الزوجات

لقد نال موضوع التعدد قسطاً كبيراً من اهتمام المشرع من خلال التطرق إليه في أكثر من موضع في قانون الأسرة الجزائري، مسيراً بذلك اتجاه حركة التقنين في التشريعات العربية الحديثة إلى استخلاص بعض القواعد التي تنظم الأسرة من الشرائع الدينية والقوانين الوضعية الغربية في علاقات الأسرة وإصدار تشريع لها. ويصاحب هذه الحركة - بصدد تعدد الزوجات - ضجة فكرية تنادي بوضع قيود على تعدد الزوجات، غير تلك القيود التي حددتها الشريعة الإسلامية، كتقييد ترخيص التعدد بإذن القاضي، ووجود مبرر شرعي،

وإجازة التطلاق بسببه، وقد صدرت في قوانين بعض الدول العربية بعض هذه القيود، ومنها قانون الأسرة الجزائري.

إن هذه القيود التي تناولها المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 08 من ق - أ، بقولها: "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 موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية".

أما فيما يخص ما جاء به المشرع الجزائري في هذه المادة فقد ذكر في فقرتها الأولى ما يوافق الشريعة الإسلامية دون أي شك؛ أما الفقرة الثانية فقد اجتهد المشرع ورأى أن موافقة الزوجة الأولى أمر ضروري وإلزامي؛ لأنه حرص على المحافظة على الزوجة الأولى وحفظ أسرتها، فكثيرا ما تطلب الزوجة الأولى الطلاق لاكتشافها أنه قد تم الزواج بغيرها، مما يؤدي إلى هلاك الأسر وضياع الأطفال، وهذا ما يدل عليه الواقع المعاش. (ظلم زوجة الأب أو ظلم زوج الأم أو عدم كفاية النفقة أو عدم حماية الطفل في الشارع...)، فعلى رأي المشرع فإن موافقة الزوجة الأولى يؤدي إلى الحفاظ على الأسرة بكاملها.

أما فيما يخص الفقرة الثالثة ففرض ترخيص رئيس المحكمة، من أجل السماح بالتعدد وهو أمر معقول - في نظر دعاة منع التعدد - وذلك من أجل تنظيم تعدد الزوجات، ولم يأت بما يخالف الشريعة الإسلامية؛ فقد ذكر المشرع أنه لا يحصل على الترخيص إلا من توفرت فيه الشروط المطلوبة، ومتى أثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية. ويترتب على عدم الحصول على الترخيص المسبق للزواج الجديد الفسخ قبل الدخول طبقا للمادة 08 مكرر 01 من ق- أ، بقولها: "يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 08 أعلاه".

كما أنه يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة التدليس طبقا للمادة 08 مكرر من ق- أ على أنه: " في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطلاق".

وقوله أيضاً: [(1)] وقوله أيضاً: [(2)] ما يستشف من هاتان الآيتان أنهما تبيحان تعدد الزوجات حتى أربع كحدّ أقصى وعدم الزيادة على ذلك؛ وذلك مشروط بالعدل بين الزوجات، فأصبحت الإباحة مقيدة بعد أن كانت مطلقة في الجاهلية؛ قال الصابوني: " في قوله تعالى: (مثنى وثلاث ورباع) أي أنكحوا ما شئتم من النساء سواهن إن شاء أحدكم ثنتين وإن شاء ثلاثاً وإن شاء أربعاً" (3).

2- من السنة: ما أخرجه " الترمذي وابن ماجة " في سننهما وغيرهما أن " غيلان بن أمية الثقفي " قد أسلم وتحتة عشر نسوة، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: " اختر منهن أربعاً وفارق سائرهن" (4).

3- من الأثر: عن سعيد بن جبير قال: قال لي ابن عباس: " هل تزوجت؟ قلت لا، قال تزوج فإنّ خير هذه الأمة أكثرها نساء" (5).

فهذه الأحاديث والآثار قاطعة في الدلالة على أن التعدد كان مباحاً، وظل كذلك. وذهب جمهور الفقهاء إلى حرمة نكاح ما زاد على الأربع، وأنه إذا نكح مسلم خامسة، فالنكاح فاسد يفسخ قبل الدخول وبعده (6).

1- سورة النساء، الآية 03.

2- سورة النساء، الآية 129.

3- عبد الرحمان الصابوني، صفوة التفاسير، دار القرآن الكريم، بيروت، 1981م، ج 01، ص 259.

4- أخرجه الترمذي في "سننه". عن ابن عمر رضي الله عنهما، أبو عيسى، محمد بن عيسى بن سورة. المتوفى سنة 279هـ، تحقيق: أحمد شاكر وفؤاد عبد الباقي وعبد القادر حسونة. مراجعة وضبط وتصحيح: صدقي محمد جميل العطار. كتاب النكاح (9). باب: " ما جاء في الرجل يسلم وعنده عشرة نسوة". رقم (32)؛ دار الفكر، بيروت، لبنان، ط 1994م، ج 02، حديث رقم (1131)، ص 368. وأخرجه ابن ماجة في " سننه "، عن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما. أبو عبد الله، محمد بن يزيد القزويني. المتوفى سنة (275هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب النكاح (9)، باب: "الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة" رقم (40)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط 1975م، ج 01، حديث رقم 1953، ص 628.

5- الإمام أحمد، مسند، طبعة دار المعارف، حديث 2048، ج 03، ص 333.

6- الكاساني، بدائع الصنائع، ج 03، ص 563 وما بعدها، الكشناوي، أبوبكر بن حسن، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام مالك، عيسى البابي الحلبي، ط 02، ج 02، ص 83؛ الشريبي، مغني المحتاج، ج 03، ص 181 وما بعدها؛ ابن قدامة، الشرح الكبير على متن " المقنع"، ج 07، ص 499 - 607.

4- من المعقول: أما الدليل العقلي فليس ثم مبرر واحد يمكن القول أن الله عز وجل قد منع لأجله التعدد بعد إباحته، بل على العكس فكل المصلحة والخير فيه، وهذه المصلحة وهذا الخير هما مقصود الشريعة أصلاً؛ كما يقول ذلك ابن القيم "الشريعة مبنها وأساسها على مصالح العباد"⁽¹⁾.

وخلاصة القول فإن الله تعالى أباح لعباده تعدد الزوجات مثنى وثلاث ورباع، وذلك تيسيراً لهم ورفعاً للحرَج عن كاهلهم. واشترط عليهم العدل في معاملة زوجاتهم؛ وزيادة في هذا التيسير ورفع الحرَج اشترط العدل في الأمور الملموسة المادية فقط وعفا عما لا يمكن العدل فيه وهو المحبة وميل القلب.

ثانياً - التكييف الشرعي لحكم التعدد: المقصود بالتكييف الشرعي لحكم معين هو تحت أي نوع من أنواع الحكم الشرعي المعروفة لدينا يندرج هذا الحكم. هل هو واجب أم مندوب أم هو من قبيل المباح أم المكروه أم أنه محرم.

ولقد ذهب بعض أهل الظاهر⁽²⁾ إلى أن قوله تعالى: (فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع)، جاء على سبيل الوجوب ودليلهم في ذلك أن الفعل "فانكحوا" جاء بصيغة الأمر فهو إذن للوجوب.

أما الجمهور⁽³⁾، فقد ذهبوا إلى هذا الحكم مباح وليس من قبيل الواجب المفروض، وحثتهم في ذلك تتجلى في عدة أدلة:

1- إذا قيل أن المعروف أن صيغة الأمر تظل للوجوب حتى يقوم الدليل على غير ذلك، فالرد أن هذا الدليل في الآية قائم وموجود فعلاً وقاطع على أن الفعل "فانكحوا" ليس من قبيل الوجوب وهذا الدليل هو قوله تعالى: (فإن خفتن ألا تعدلوا فواحدة)؛ وعليه صار معلوماً أن قوله تعالى: (فانكحوا) وإذا كان مخرجه الإلزام إلا أنه جاء للإباحة لأنه إذا كان ملزماً واجباً ما أمر الله عز وجل بعدم إتيانه حين خوف عدم العدل⁽⁴⁾.

1- ابن القيم الجوزية، أعلام الموقعين، ص 04.

2- هذا الرأي ذكره محمد علي الصابوني، تفسير آيات الأحكام، طبعة دار الصابوني للنشر، ص 425.

3- الطبري، جامع البيان عن تأويل أي القرآن، ج 03، ص 2130؛ محمد علي الصابوني، المرجع نفسه، ص 425.

4- الطبري، جامع البيان عن تأويل أي القرآن، ج 03، ص 2130.

2- صيغة الأمر لا تأتي للوجوب فحسب، بل قد يأتي المتحدث بصيغة الأمر وهو يقصد إفهام المتحدث إليه غير الأمر؛ فقد تأتي صيغة الأمر للتنبيه والإرشاد أو للإباحة أو للدعاء أو للوعيد والتهديد أو للتعجيز وغير ذلك⁽¹⁾.

3- يدل أيضا على أن الفعل "فانكحوا" لم يأت على سبيل الوجوب، هو أن الله عز وجل قد خير عباده الراغبين في التعدد بين نكاح الاثنتين أو الثلاث أو الأربع، وإذا كان أمرا واجبا ما خيرهم على هذه الصورة بل يجيء الأمر ملزما لا سبيل فيه للتخيير، شأنه شأن الأوامر الإلهية⁽²⁾.

أما بالنسبة للصيغة التي جاء بها الفعل "فانكحوا" فإنها لم تأت للوجوب رغم خروجها مخرج الوجوب، ذلك أنه - بالإضافة للأدلة السابقة - فيبدو أن العرب في الجاهلية كانوا يعددون زوجاتهم بالفعل ولم يكونوا في حاجة إلى هذا الأمر، حيث كانوا يمارسونه فعلا، وما كانوا في حاجة إليه هو إعلامهم أنه ظل مباحا بشروط تنظمه.

ولكن في نفس الوقت فإن صيغة الأمر هنا قد تكون للنهي أيضا، وأقصد النهي عن تزوج أكثر من الأربع أو النهي عن تزوج غير ما طاب من النساء، وأدلتني على هذا القول:

1- إن لذلك أمثلة عديدة من القرآن الكريم، وذلك في مثل قوله تعالى: [﴿ ٣ ٤ ٥ ٦ ٧ ٨ ٩ ١٠ ١١ ١٢ ١٣ ١٤ ١٥ ١٦ ١٧ ١٨ ١٩ ٢٠ ٢١ ٢٢ ٢٣ ٢٤ ٢٥ ٢٦ ٢٧ ٢٨ ٢٩ ٣٠ ٣١ ٣٢ ٣٣ ٣٤ ٣٥ ٣٦ ٣٧ ٣٨ ٣٩ ٤٠ ٤١ ٤٢ ٤٣ ٤٤ ٤٥ ٤٦ ٤٧ ٤٨ ٤٩ ٥٠ ٥١ ٥٢ ٥٣ ٥٤ ٥٥ ٥٦ ٥٧ ٥٨ ٥٩ ٦٠ ٦١ ٦٢ ٦٣ ٦٤ ٦٥ ٦٦ ٦٧ ٦٨ ٦٩ ٧٠ ٧١ ٧٢ ٧٣ ٧٤ ٧٥ ٧٦ ٧٧ ٧٨ ٧٩ ٨٠ ٨١ ٨٢ ٨٣ ٨٤ ٨٥ ٨٦ ٨٧ ٨٨ ٨٩ ٩٠ ٩١ ٩٢ ٩٣ ٩٤ ٩٥ ٩٦ ٩٧ ٩٨ ٩٩ ١٠٠ ﴾]⁽³⁾، حيث خرجت صيغة الفعل مخرج الأمر إلا أن المقصود منها النهي عن أكل الناس من غير الطيب الحلال.

2- إن العرب قبل الإسلام كانوا يعددون زوجاتهم وكانوا يجمعون بين المرأة وأختها ويمارسون غير ذلك من صور الزواج المحرم، وأكثر ما كانوا في حاجة إليه - فعلا - هو تنظيم ممارستهم لفعل التعدد هذا، وذلك عن طريق النهي عن تزوج ما فوق الأربع، وكذا النهي عن التزوج إلا ممن تحل من النساء.

1- التهديد مثل (عملوا ما شئتم)، سورة فصلت، من الآية 40؛ والدعاء مثل (رب اغفر لي)، سورة نوح، الآية 28؛ والتعجيز مثل (فأتوا بسورة من

مثلها) البقرة الآية 23؛ فتحي عامر أحمد، المعاني الثانية في الأسلوب القرآني، رسالة دكتوراه، سنة 1969 م، ص 189.

2- محمد علي الصابوني، تفسير آيات الأحكام، المرجع السابق، ص 425.

3- سورة البقرة، الآية 168.

أما بالنسبة لممارسة فعل التعدد نفسه وحكمه؛ فإني أرى أن حكم تعدد الزوجات مثله في ذلك مثل حكم الزواج الأول قد يكون مندوبا أو مكروها أو واجبا أو مباحا في أحيان أخرى. والمعيار في ذلك هو الشخص نفسه.

فيكون التعدد مباحا إذا وجد الشخص القدرة المالية والجسمانية ولا يخشى عدم العدل ولكنه في الوقت نفسه لا يكتفي بزوجة واحدة ويتوق إلى غيرها ويخشى على نفسه الوقوع في المحرم، أو اكتفى بواحدة لكنه يتوق إلى الولد في حين تكون زوجته غير قادرة على الإنجاب.

ويكون التعدد مندوبا إذا كان الشخص لديه القدرة المالية، ويستطيع الإنفاق على أكثر من زوجة وفي الوقت نفسه لديه القدرة الجسمانية على ذلك، كما يجب أن يتأكد في نفسه عدم الميل إذا جمع الزوجات ويكون أمامه من الحالات ما يستدعي التزوج بغير زوجته كأن يكون هناك أرملة أو غير ذلك.

بل قد يكون التعدد واجبا إذ استطاع الرجل القيام بواجبات أكثر من زوجة، سواء على المستوى المادي أو المعنوي وتؤكد في نفسه القدرة على العدل بينهما أو بينهم وفي الوقت نفسه تاق للزواج الثاني وغلبت عليه شهوته لدرجة تأكد في نفسه الوقوع في المعصية إذا لم يتزوج، وذلك لأن من أكبر الموبقات اللجوء للحرام مع وجود الحلال وإتاحته.

وقد يكون التعدد مكروها إذا فقد الشخص القدرة المالية، أو فقد القدرة الجسمانية، أو فقدهما معا أو وجدتهما ولكن تأكد في نفسه عدم القدرة على العدل، وذلك لقوله تعالى: (فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة).

كما يكون التعدد محرما إذا كان الهدف الوحيد للزوج من ورائه هو الإضرار بزوجته، وذلك بإبقائها على ذمته رغما عنها، غيظاً لها وإضراراً بها لأن ذلك يخالف قوله تعالى: [...]
 ... [...]⁽¹⁾؛ وقوله أيضا: [...]
 ... [...]⁽²⁾.

الفرع الثاني

1- سورة البقرة، الآية 229.

2- سورة البقرة، الآية 231.

شروط التعدد والحكمة من تشريعه

سنتناول في هذا الفرع شروط تعدد الزوجات أولاً، ثم الحكمة من تشريعه ثانياً.

أولاً- شروط تعدد الزوجات: اتفق جمهور الفقهاء على أنه لا بد من توافر شروط معينة لإباحة التعدد، وهذه الشروط يمكن حصرها فيما يلي⁽¹⁾:

الشرط الأول: العدل بين الزوجات، وذلك قوله تعالى: [...]
 سبحانه تعالى: [...]؛ أي إن خفتم من تعداد النساء ألا تعدلوا بينهن كما قال الله
 أن لا تكثروا عيالكم⁽²⁾، ولكن الصحيح كما قال ابن كثير هو قول الجمهور أي لا تجوروا، يقال عال في
 الحكم إذا قسط وظلم وجار⁽³⁾.

وقد أرشدت السنة إلى وجوب العدل بين الزوجات وحذرت من الجور والظلم فعن أبي هريرة -
 رضي الله عنه- أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " من كانت له امرأتان فلم يعدل بينهما جاء يوم
 القيامة وشقه مائل"⁽⁴⁾.

والمقصود بالعدل هنا هو العدل الذي يستطيعه الإنسان ويقدر على تحقيقه، وهو التسوية بين
 الزوجات في المأكل والمشرب والملبس والمسكن والمبيت والمعاملة بما يليق بكل واحدة منهن. أما العدل في
 الأمور التي لا يستطيعها الإنسان، ولا يقدر عليها مثل المحبة والميل القلبي، فالزوج ليس مطالباً به؛ لأن هذا
 الأمر لا يندرج تحت الاختيار، وهو خارج عن إرادة الإنسان، والإنسان - بلا شك- لا يكلف إلا بما

1- النفراوى المالكي، الفواكه الدواني على رسالة لأبي زيد القيرواني، ج 02، ص 44.

2- مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، المرأة بين الفقه والقانون، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، ط 04، 1975 م، ص 98.

3- ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج 01، ص 451.

4- أبو داود، كتاب النكاح، باب في القسم بين النساء، حديث رقم 2133، سنن أبي داود، ج 02، ص 415؛ البيهقي، كتاب القسم والنشوز،
 باب الرجل لا يفارق التي رغب عنها ولا يعدل لها، بلفظ "وشقه ساقط، حديث رقم 14738؛ البيهقي، السنن الكبرى، ج 07، ص 485.

يقدر عليه⁽¹⁾؛ كما يظهر في قوله تعالى: [...]⁽²⁾؛ لذلك كان صلى الله عليه وسلم يقول: "اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك"⁽³⁾.

وبهذا وفق العلماء بين العدل المطلوب في آية إباحة التعدد وبين العدل المنفي في قوله تعالى: [...]⁽⁴⁾، فالعدل المنفي هنا هو العدل القلبي وبذلك تتلاقى الآيتان، ويكون العدل المطلوب في الآية الأولى غير المطلوب في الآية الثانية التي أكدت نفيه، فلو حمل العدل في الآيتين على معنى واحد لكان الجمع بينهما يدل على التحريم؛ لأن الآية الأولى اشترطت العدل، والثانية أخبرت بأنه لا يستطاع. ويحاول بعض الناس أن يتخذ من هذه الآية الكريمة دليلاً على تحريم التعدد، وهذا غير صحيح فشرعية الله لا يمكن أن تبيح الأمر في آية وتحرمه في آية أخرى⁽⁵⁾.

الشرط الثاني: عدم الزيادة على أربع، وذلك لقوله تعالى: [...]⁽⁶⁾، قال ابن كثير عند تفسيره لهذه الآية: "أي أنكحوا من شئتم من النساء إن شاء أحدكم اثنين وإن شاء ثلاثاً وإن شاء أربعاً، كما قال تعالى: [...]⁽⁷⁾، أي منهم من له جناحان، ومنهم من له ثلاثة أجنحة، ومنهم من له أربعة أجنحة ... والمقام هنا كما يقول ابن عباس - رضي الله عنهما - وجمهور الفقهاء هو مقام امتنان وإباحة، فلو كان يجوز للرجال الجمع بين أكثر من أربع زوجات لذكره الله عز وجل⁽⁷⁾.

1- محمد بن مسفر الطويل، تعدد الزوجات في الإسلام، دار أنصار السنة، القاهرة، ص 34.
 2- سورة البقرة، الآية 286.
 3- البيهقي، كتاب القسم والنشوز، باب ما جاء في قول الله عز وجل: "ولن تستطيعوا أن تعدلوا.." حديث رقم 14745؛ السنن الكبرى، ج 07، ص 487؛ أبو داود، كتاب النكاح، باب في القسم بين النساء، حديث رقم 2134؛ سنن أبي داود، ج 02، ص 415.
 4- سورة النساء، الآية 129.
 5- مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 99.
 6- سورة فاطر، الآية 01.
 7- محمد علي الصابوني، تفسير آيات الأحكام، المرجع السابق، ص 426؛ ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ص 451.

وقد ورد في السنة ما يؤكد هذا: "قد أسلم وتحتة عشر نسوة، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: "اختر منهن أربعاً وفارق سائرهن"⁽¹⁾.

كما نص الفقهاء على إباحة التعدد وعدم الزيادة على أربع، قال الكاساني: "أمره صلى الله عليه وسلم بمفارقة البواقي ولو كانت الزيادة على الأربع حلالاً لما أمره، فدل أنه منتهى العدد المشروع وهو الأربع"⁽²⁾.

وقال بن قدامة: "وإن أسلم وتحتة أكثر من أربع نسوة، أمسك منهن أربعاً وفارق سائرهن، سواء كان أمسك منهن أول من عقد عليها أو آخرهن"⁽³⁾، وقال الشيرازي: "ويجزم على الحر أن يتزوج بأكثر من أربع نسوة، لقوله تعالى: [...]"⁽⁴⁾.

الشرط الثالث: أما النفقة فهي أيضاً من أهم الشروط التي يجب أن تتوفر القدرة عليها قبل الإقبال على التعدد، وتشمل الطعام والشراب والكسوة والمسكن والأثاث اللازم له، ويجب أن تكون لدى الرجل الذي يقدم على الزواج قدرة الإنفاق المالي على الإنفاق على المرأة التي يتزوجها. وإذا لم يكن لديه من أسباب الرزق ما يمكنه من الإنفاق عليها فلا يجوز له شرعاً الإقدام على الزواج.

وهكذا الأمر بالنسبة للرجل الذي لا يستطيع أن ينفق على أكثر من زوجة واحدة، فإنه لا يحل له شرعاً أن يتزوج بأخرى، فالنفقة على الزوجة أو الزوجات واجبة بالإجماع⁽⁵⁾.

ومن هنا فلا خلاف بين الفقهاء في أنه يجب على الرجل القيام بكل ما يلزم زوجته أو زوجاته من طعام مناسب ولباس ومسكن مناسب وما يتبع ذلك من احتياجات.

ويمكن إجمال نظام التعدد بشروطه وقبوده في الشريعة الإسلامية في النقاط التالية⁽⁶⁾:

1- سبق تخرجه.

2- الكاساني، بدائع الصنائع، ج 02، ص 266.

3- ابن قدامة المقدسي، عمدة الفقه، مكتبة الطرفين، الطائف، السعودية، (دط، دت)، ص 92.

4- الشيرازي، المهذب، ج 02، ص 445.

5- ابن قدامة، المغني، ج 09، ص 348.

6- مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 97 - 98.

1- أن التعدد مشروط بالعدل بين الزوجات، ومن لم يكن متأكداً من قدرته على تحقيق العدل بين زوجاته، فإنه لا يجوز له أن يتزوج بأكثر من واحدة؛ ولو تزوج الرجل بأكثر من واحدة وهو واثق من عدم قدرته على العدل بينهن، فإن الزواج صحيح والرجل آثم.

2- العدل المشروط في الآية الأولى هو العدل المادي في المسكن والمأكل والمشرب والملبس والمبيت والمعاملة.

3- إباحة تعدد الزوجات حتى أربع كحد أقصى.

4- تضمنت الآية الأولى كذلك شرطاً آخر هو القدرة على الإنفاق على الزوجة الثانية وأولادها، كما يظهر في تفسير قوله تعالى: [... ﴿...﴾ ...]؛ أي لا تكثر عيالكم فتصبحوا غير قادرين على تأمين النفقة لهم، والأرجح أن العول هو الجور.

5- تفيد الآية الثانية أن العدل في الحب والميل القلبي بين النساء غير مستطاع، وأنه يجب على الزوج ألا ينصرف كلية عن زوجته فيذرهما كالمعلقة، فلا هي ذات زوج ولا هي مطلقة، بل عليه أن يعاملها بالحسنى حتى يكسب مودتها، وأن الله لا يؤاخذ على بعض الميل إلا إذا أفرط في الجفاء، ومال كل الميل عن الزوجة الأولى.

ثانياً- **الحكمة من تشريع التعدد:** لقد أخطأ من ذهب إلى أن تعدد الزوجات ليس إلا وسيلة لقضاء الشهوة واللذة فحسب، فهذا تصور ينم عن قصور إدراك قائله وعدم فهم للحكمة من وراء هذا التشريع، ذلك أن هناك أسباباً عديدة وأحكاماً جلييلة شرع من أجلها.

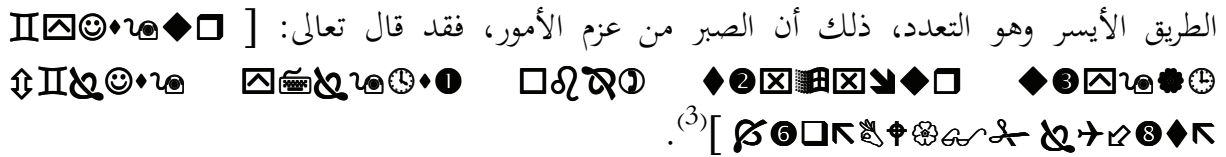
1- **عقم الزوجة:** إذا كانت الزوجة عاقراً فلا ينبغي حرمان الرجل من الذرية وإنجاب الولد لأن الحصول على الولد، قد يكون - لدى البعض - هو السبب الأول للنكاح. وقد ذكر الإمام الغزالي⁽¹⁾ أن فوائد النكاح أولها الولد، لأن التوصل له فيه قرينة من أربعة أوجه أولها إبقاء جنس الإنسان وثانيها طلب محبة الرسول في تكثير النسل كما أمر، وثالثها طلب التبرك بدعاء الولد الصالح كما جاء في الحديث أن العمل ينقطع بعد الموت إلا من ثلاث ومنها ولد صالح يدعو له، وأخيراً فيه طلب الشفاعة لموت الولد الصغير إذا مات قبله⁽²⁾.

1- أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، إحياء علوم الدين، مكتبة مصر، ط 1998 م، ج 03، ص 23.

2- ففي الحديث " إن الولد يجز بأبويه إلى الجنة " ذكره الإمام الغزالي، المرجع السابق، ص 23.

لكل ذلك فلا يجب أن يضيق الرجل على نفسه إذا كانت امرأته عاقرا، لأن الله عز وجل أعطى له الحل البديل عن تطليقها، وهذا الحل هو تزوجه بأخرى والجمع بينها وبين زوجته الأولى، لإشباع غريزة الأبوة داخله، وفي الوقت نفسه الإبقاء على زوجته الأولى والتي لا ذنب ولا مسؤولية لها عن عقمها. وفي هذا يقول المراغي عن مزايا التعدد "... أولا: أن يتزوج الرجل امرأة عاقرا وهو يود أن يكون له ولد، فمن مصلحةها أو مصلحةها معا أن تبقى زوجا له ويتزوج بغيرها، ولا سيما إذا كان ذا جاه وثروة كأن يكون ملكا أو أمير"⁽¹⁾، وقال الزحيلي في حكم التعدد: "... أولا: عقم الزوجة: الرجل بالفطرة يجب إنجاب الولد وأن تذهب ثروته ونتيجة جهوده لأولاده، فإذا كانت المرأة عاقرا لا تلد، فأيهما أولى: الطلاق أم التعدد؟ لا شك بأن الزواج من امرأة ثانية أخف ضررا على الزوجة الأولى بشرط صون كرامتها، وأداء حقوقها كاملة غير منقوصة"⁽²⁾، فإباحة التعدد في هذه الحالة تسائر المنطق والمصلحة الفردية والعامّة.

فالرجل الذي تكون امرأته عاقرا، ويقع في حيرة من أمره بين الرغبة في الولد من ناحية وإحساسه بالمسؤولية تجاه زوجته العاقرة من ناحية أخرى، أن الحل هو تزوجه بأخرى والجمع بينها وبين زوجته الأولى لإشباع غريزة الأبوة داخله، وفي الوقت نفسه الإبقاء على زوجته الأولى التي لا ذنب ولا مسؤولية لها عن عقمها.

هذا ورغم أن الإسلام أباح للرجل التزوج بأخرى إلا أنه لا يجبره على ذلك، بمعنى أن الرجل إذا كانت زوجته عاقرا واستطاع أن يصبر ويرتضى ذلك وكبح رغبته في الذرية فإن له ذلك، وإلا فيلجأ إلى الطريق الأيسر وهو التعدد، ذلك أن الصبر من عزم الأمور، فقد قال تعالى: []⁽³⁾.

2- مرض الزوجة: إن الزوجة قد تصاب بمرض مزمن أو مُعدٍ، بحيث يعجز معه الزوج عن معاشرتها معاشرة الزوج لزوجته، أو قد تكون غير قادرة على ممارسة واجباتها الشرعية بسبب طبي يمنعها من ذلك، أو قد تكون قادرة عليها لكن بما يتوافق قدرة الزوج ورغبته؛ وفي هذه الحالة ليس للرجل إلا خيارات ثلاث،

1- أحمد مصطفى المراغي، تفسير المراغي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج 02، ص 151.

2- وهبة الزحيلي، التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ط 1955 م، ج 04، ص 243.

3- سورة الشورى، الآية 43.

أولهما تطليق هذه الزوجة، وثانيهما التعدد وثالثهما الحياة في المشقة والحرج، فالسماح بتعدد الزوجات مع هذه المشكلة البيئية حل مقبول أسلم وأكرم من نبذ المريضة، ومن إكراه الرجل على العقم والمشقة⁽¹⁾.

3- الحالة الجنسية: قد تكون للرجل رغبة جامحة في الجماع بحيث لا يمكنه الصبر، أو كأن تكون الزوجة زمن حيضها طويلاً، وقد تبلغ سن اليأس، أو قد تصاب بالبرود الجنسي نتيجة لاستئصال الرحم: وفي هذا يقول السيد قطب: "ومن الحالات الواقعية ما نراه أحياناً من رغبة الزوج في أداء وظيفته الفطرية، ورغبة الزوجة عنها - لعائق من السن أو المرض - مع رغبة الزوجين كليهما في استدامة العشرة الزوجية وكراهية الانفصال، فكيف نواجه مثل هذه الحالات؟"⁽²⁾، ويقول الغزالي: "ومن الطباع ما تغلب عليه الشهوة بحيث لا تحصنه المرأة الواحدة فيستحب لصاحبها الزيادة على الواحدة إلى الأربع فإن يسر الله له مودة ورحمة، واطمأن قلبه بهن وإلا فيستحب له الاستبدال... مهما كان الباعث معلوماً فينبغي أن يكون العلاج بقدر العلة، فالمراد تسكين النفس في الكثرة والقلة... فإن الإنسان لو لم تكن له شهوة الوقع لتعذر عليه العيش في منزله وحده، إذ لو تكفل بجميع أشغال المنزل لضاع أكثر أوقاته ولم يتفرغ للعلم والعمل"⁽³⁾.

وفي الأخير نقول أن الأصل في التعدد الإباحة إلا أنه قد يكون مندوباً أو واجباً أو مكروهاً وقد يكون حراماً في أحيان أخرى.

عندما أبقى الإسلام على حكم التعدد، راعى تجنب السلبيات التي نتجت عن إباحته في المجتمعات التي مارسته قبل ظهور الإسلام، ولذلك قيده بقيود معينة تضمن عدم حصاد أي مساوئ من ورائه، وهي عدم الجمع بين المحارم والعدل، ولكن هذا العدل ليس مطلقاً، بل هو العدل في الأمور المادية الملموسة فقط كالنفقة والمبيت والمعاملة.

ورغم هذا الحرص من الشريعة الإسلامية في تقريرها لإباحة التعدد، إلا أن هذا الحكم وجد من ينال منه ويتهمه بأقصى الاتهامات، غير أنها كلها حجج واهية تنم عن عدم تدبر لهذا الحكم وعدم فهم للمقاصد الجليلة من وراء تشريعه

المطلب الثاني

1- عباس محمود العقاد، المرأة في القرآن الكريم، ص 70؛ راسم شحدة سدر، تعدد الزوجات بين الإسلام وخصومه، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط 01، 2010 م، ص 311 وما يليها.

2- السيد قطب، في ظلال القرآن، دار إحياء الكتب العربية، ط 01، ج 04، ص 580.

3- الإمام الغزالي، إحياء علوم الدين، ج 02، ص 33 وما بعدها.

سلطة القاضي في الإذن بتعدد الزوجات

سنتناول في هذا المطلب سلطة القاضي التقديرية في البلاد الغربية، وسلطة القاضي في البلاد العربية.

الفرع الأول

موقف البلاد الغربية من تعدد الزوجات

إن من الحقائق التي ينبغي إدراكها ومعرفتها في هذا الصدد، أنه لا يوجد حكم من أحكام الشريعة الإسلامية تعرّض للهجوم الظالم العنيف أكثر من شرع الله في مسألة تعدد الزوجات، والدليل على ذلك ما صرح به أحد المؤرخين الفرنسيين المعاصرين "غوستاف لوبون" بقوله: "ولا نذكر نظاماً أنحى الأوروبيون عليه باللائمة كمبدأ تعدد الزوجات، كما أننا لا نذكر نظاماً أخطأ الأوروبيون في إدراكه كذلك المبدأ، فيرى أكثر مؤرخي أوروبا أنّنا أن مبدأ تعدد الزوجات حجر الزاوية في الإسلام، وأنه سبب انتشار القرآن، وأنه علّة انحطاط الشرقيين...، ذلك مخالف للحق، وأرجو أن يثبت عند القارئ الذي يقرأ هذا الفصل، بعد أن يطرح عنه أوهام الأوروبية جانباً، أن مبدأ تعدد الزوجات الشرقي نظام طيّب، يرفع المستوى الأخلاقي في الأمم التي تقول به، ويزيد الأسرة ارتباطاً، ويمنح المرأة احتراماً وسعادة لا تراهما في أوروبا...، ولا أرى سبباً لجعل مبدأ تعدد الزوجات الشرعي عند الشرقيين أدنى مرتبة من مبدأ تعدد الزوجات السري عند الأوروبيين، مع أنني أبصر بالعكس، ما يجعله أسنى منه..."⁽¹⁾.

هذا القول يعني أن موقف المفكرين الغربيين من تعدد الزوجات متباين، فمنهم من يثني على تعدد الزوجات في الإسلام، ومنهم من يتناولون عليه ويعارضونه بالطعن والافتراء، وفي هذا يقول مصطفى السباعي: "يشنّ الغربيون المتعصبون من رجال الدين والاستشراق والاستعمار حملة قاسية على الإسلام والمسلمين بسبب تعدد الزوجات. ويتخذون منها دليلاً على اضطهاد الإسلام للمرأة، واستغلال المسلمين لها في إرضاء شهواتهم ونزواتهم"⁽²⁾.

أولاً- موقف المفكرين الغربيين من نظام تعدد الزوجات: ومن هنا يتضح لنا أنه هناك رأيان للمفكرين الغربيين تجاه تعدد الزوجات وهما كالآتي:

1- راسم شحدة سدر، المرجع السابق، ص 312.

2- مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه القانون، المرجع السابق، ص 71.

1- موقف المفكرين المؤيدين للتعدد: اختلفت مواقف المفكرين الأوروبيين من تعدد الزوجات في الإسلام، فعلى الرغم من المعارضة الطاعنة في التعدد، فقد ظهرت في المقابل آراء عقلاء الغربيين منذ أوائل القرن الماضي، والتي تطالب صراحة بالسماح للأوروبيين بتعدد الزوجات المسموح به في الشريعة الإسلامية، ذلك بعد تنبّهم إلى ما ينشأ من عدم تعدد الزوجات من تشرد النساء وانتشار الفاحشة وكثرة الأولاد غير الشرعيين.

ومن الأسباب التي دفعت المؤيدين إلى اتّخاذ هذا الموقف، الولايات المدمرة والمؤلمة التي عانت منها مجتمعاتهم الأوروبية، الناجمة عن منع تعدد الزوجات في قوانينهم الوضعية إحدى الأسباب لذلك، ويظهر هذا جلياً في إحدى الكتابات الإنجليزية بقولها: " لقد كثرت الشاردات من بناتنا، وعمّ البلاء وقل الباحثون عن أسباب ذلك...، والله درّ العالم الفاضل (تومس)، فإنه رأى الداء ووصف له الدواء... "، وهو الإباحة للرجل أن يتزوج بأكثر من واحدة.

وبهذه الوساطة يزول البلاء لا محالة، وتصبح بناتنا ربّات بيوت، فالبلاء في إجبار الأوروبي على الاكتفاء بامرأة واحدة، أي ظنّ وخرص يحيط بعدد الرجال المتزوجين الذين لهم أولاد غير شرعيين، أصبحوا كلاً وعاراً وعالة على المجتمع؟

فلو كان تعدد الزوجات مباحاً، لما حاق بأولئك الأولاد وأمهااتهم ما هم فيه من العذاب، ولسلم عرضهن وعرض أولادهن... إن إباحة تعدد الزوجات تجعل كل امرأة ربّة بيت وأم أولاد شرعيين"⁽¹⁾.

كما يعلن أحد الفلاسفة الألمان صراحة عن فساد قوانين الزواج الأوروبية باقتصارها على الزوجة الواحدة، مع إشارته إلى بعض ضرورات التعدد، حيث يقول: "إن قوانين الزواج في أوروبا فاسدة المبني بمساواتها المرأة بالرجل، فقد جعلتنا نقتصر على زوجة واحدة، فأفقدتنا نصف حقوقنا، وضاعفت علينا واجباتنا، على أنها ما دامت أباحت للمرأة حقوقاً مثل الرجل، كان من اللازم أن تمنحها عقلاً مثل عقله...! ولا تعدم امرأة من الأمم التي تجيز تعدد الزوجات زوجاً يتكفل بشؤونها، والمتزوجات عندنا نفر قليل، وغيرهن لا يُحصين عدداً، تراهن بغير كفيل، بين بكر من الطبقات العليا قد شاخت، وهي هائمة متحسرة؟! ومخلوقات ضعيفة من الطبقات السفلى، يتجشمن الصعاب، ويتحمّلن مشاق الأعمال، وربما ابتذلن فيعشن تعيسات متلبّسات بالخزي والعار.

1- راسم شحدة سدر، المرجع السابق، ص 312.

ففي مدينة "لندن" وحدها ثمانون ألف بنت عمومية⁽¹⁾، سُفك دم شرفهن على مذبحه الزواج ضحية الاقتصار على زوجة واحدة، ونتيجة تعنت السيدة الأوروبية وما تدعيه من أباطيل".

ومما يؤيد ذلك، ما نشرته إحدى الصحف اليومية في أحد أعدادها حيث تقول⁽²⁾: "وتقدر الحكومة البريطانية عدد النساء اللاتي تمتهن البغاء في البلاد بنحو (80) ألفاً، أكثر من نصفهن تحت الخامسة والعشرين من العمر".

أما آن لنا أن نعدّ بعد ذلك تعدد الزوجات حقيقة لنوع النساء بأسره. ويضيف الفيلسوف - نفسه - قائلاً: إذا رجعنا إلى أصول الأشياء، لا نجد ثمة سبباً يمنع الرجل من التزوج بثانية إذا أصيبت امرأته بمرض مزمن تألم منه، أو كانت ع - قيماً، أو على توالي السنين أصبحت عجوزاً، ولم تنجح "المورمون"⁽³⁾ في مقاصدها إلا بإبطال هذه الطريقة الفظيعة: طريقة الاقتصار على زوجة واحدة⁽⁴⁾.

ونشرت إحدى المجلات العربية ما صرحت به زعيمة "أني بيزانت"⁽⁵⁾ التيوصوفية العلمية في موقفها من تعدد الزوجات في الإسلام، حيث قالت: "ومتى وزنا الأمور بقسطاس العدل المستقيم، ظهر لنا أن تعدد الزوجات في الإسلام - الذي يحفظ ويحمي ويعزّي ويكسو النساء - الذي يسمح بأن يتخذ الرجل امرأة لمحض إشباع شهوته، ثم يقذف بها إلى الشارع متى قضى منها أوطاره، صرحوا بأن الأمرين قبيحان! ولكن لا تسمحوا للمسيحي أن يلوم أخاه المسلم بسبب أمر يشتركان في ارتكابه"⁽⁶⁾.

كما يرى بعض المفكرين الغربيين من بينهم الأستاذ "إهرنفيل"، والدكتور "لييون" بأن التعدد ضروري للمحافظة على النوع الإنساني، وأن القوانين الأوروبية سوف تجيز التعدد⁽⁷⁾.

1- كان هذا العدد من البنات العموميات في عهد "شوينهور"، وقد توفي عام 1860م، فكم عدد هؤلاء البنات في وقتنا الحالي.

2- صحيفة "القدس" يوم الإثنين 06/12/2004 م، عدد 12679، ص 32، عمود 06؛ نقلاً عن: راسم شحدة سدر، المرجع نفسه، ص 313.

3- فرقة من "البروتستانت" تبيح تعدد الزوجات وتمارسه فعلاً، ولها كنائسها المنتشرة في أوروبا وأمريكا؛ د. مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 77.

4- راسم شحدة سدر، المرجع السابق، ص 314.

5- في كتابها الأديان المنتشرة في الهند.

6- ويعقب مصطفى السباعي على ذلك، فيقول: "لا يسلم للكاتبه بأن تعدد الزوجات كالبغاء! وهذا ما لا يختلف فيه. بل إنها ذاتها فيما سبق تعترف بأن التعدد أشرف وأكرم للمرأة وأولادها من البغاء، فكيف يستويان في القبح؟ مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، المرجع نفسه، ص 229.

7- مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، المرجع نفسه ص 80.

2- موقف المفكرين المعارضين للتعدد: لا يرتقي أيّ تشريع وضعي مهما بلغ شأنه على وجه الأرض إلى تشريع الله - عز وجل - في إباحته لتعدد الزوجات؛ لأنه لا وجه للمقارنة أو الشبه بين تشريع الله الخالق - الذي شرع أحكامه لحكم عظيمة لا يدركها البعض، تلبية لمصالح العباد وضرورتهم التي لا يمكن الاستغناء عنها - وبين تشريع البشر المخلوقين، الذين لم يعتبر قانونهم الوضعي ضرورات الناس الطبيعية والاجتماعية في مسألة التعدد، وإنما الاعتبار لتعدد الخليلات غير الشرعي.

من هنا فلم يعرف الأوروبيون حقيقة أمر تعدد الزوجات في الإسلام، باستثناء القليل منهم، وهذا الأمر صرح به أحد المؤرخين الفرنسيين المعاصرين، حيث يقول: "لا يدرك المرء نظم أمة أجنبية إلا إذا تناسى قليلا مبادئ البيئة التي يعيش فيها، وفرض نفسه من أبناء تلك النظم من نوع مبدأ تعدد الزوجات، الذي لما تعلم حقيقة أمره إلا قليلا، فأسيء الحكم فيه"⁽¹⁾.

ولكنّ خطأ الأوروبيين في إدراك حقيقة شرع الله في تعدد الزوجات ليس مبرّرا لإصدار الحكم المسبق الذي يسيء لدين الإسلامي في التعدد الزوجات.

أما فيما يخص خصوم التعدد الحقيقيون، الذين يشنون الحملات دنيئة على تعدد الزوجات في الإسلام، ويثيرون الشبهات والافتراءات حول التعدد، هم المتعصبون من الرجال الدين والاستشراق والاستعمار.

كما صرح أحد المؤرخين الفرنسيين⁽²⁾ - الذي أعلن إسلامه - وهي أن العلة في بغض المسيحيين - الأوروبيين - للإسلام هو تعدد الزوجات.

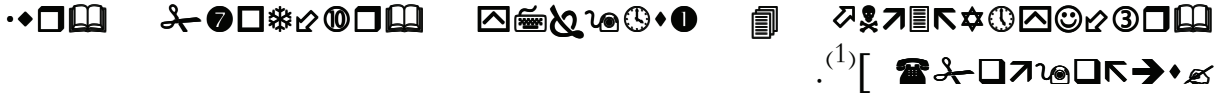
ولقد صرح أحد الرهبان الغربيين بشأن تعدد الزوجات، حيث يقول⁽³⁾: "يقول المسيحيون عادة: إن الطابع المميز للزواج الإسلامي هو أن بإمكان الزوج أن يتزوج من أربع نساء. وتعتمد هذه العادة على

آية غريبة في القرآن: [٥٠: ١٠]

1- راسم شحدة سدر، المرجع نفسه، ص 307؛ نقلا عن: لوبون " حضارة العرب"، ص 482.

2- المؤرخ الفرنسي "غوستاف لوبون".

3- الراهب الغربي "مونتجومري وات".



المسألة المهمة هي أن الآية لا تعيّن حدًا لتعدد الزوجات⁽²⁾، فالقرآن لا يقول للرجال الذين يملكون ستّ أو سبع نساء: "لن يكون لديك أكثر من أربع نساء". بل هو على العكس يشجع الرجال الذين ليس لديهم سوى امرأة واحدة أو اثنتين على الزواج حتى يبلغ الأربع. ليست القضية تحديد العادة القديمة، بل إدخال عادة جديدة.

لا عجب فيما يفصح عنه هذا الراهب من آية التعدد لا تعيّن حدًا لتعدد الزوجات؛ لأنه لا يفهم أصلا لغة القرآن، ولا لسانه العربي المبين.

وأما أحد الفلاسفة الإنجليز "سبنسر"، فقد رأى أنّ نظام الزوجة الواحدة هو ختام الأنظمة، وأن كل تغيير في هذه الأنظمة لا بدّ أن يؤدي إلى هذه النهاية⁽³⁾.

وذهب أحد علماء تاريخ "إدوارد وستر مارك" الزواج الغربيين بعد ذكره آراء المفكرين الغربيين المؤيدين والمعارضين للتعدد تعقبيا على ذلك - إلى ترجيح اتجاه وحدة الزوجة -، إذا سارت الأمور على النحو الذي أدّى إلى تقريره. وذلك بعد تساؤله: هل يكون الاكتفاء بالزوجة الواحدة ختام النظم ونظام المستقبل الوحيدة في الأزمنة المقبلة⁽⁴⁾.

وأما سبب جواز تعدد الزوجات في الإسلام، فيرجعه أحد المؤرخين الأمريكيين المعاصرين "ول وايريل ديورانت" إلى العرب كانوا أكثر شهوانية من كثير الشعوب الأخرى.

إن الآثار السلبية المدمرة التي تنتج من جرّاء منع تعدد الزوجات - وبخاصّة الأولاد غير الشرعيين - في المجتمعات الغربية، تثبت أيّ الشعوب أكثر شهوانية. ثم إن الشهوة غريزة طبيعية لدى بني البشر جميعا، بغض النظر عن شعوبهم وقبائلهم.

1- سورة النساء، الآية 03.

2- هكذا حسب ما ذكره الراهب، ولكن آية التعدد كافية في الردّ عليه.

3- مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 80.

4- هذا هو موقف الباحث الغربي الذي صرّح بأن تعدد الزوجات، باعتراف الكنيسة، وبقي إلى القرن السابع عشر، وكان يتكرّر كثيرا في الحالات التي لا تحصيها الكنيسة والدولة؛ مصطفى السباعي، المرجع نفسه، ص 79 - 80.

ويقَرّ المؤرخ - نفسه - أن المسيحية جعلت نظام الزوجة الواحدة في أوروبا - بدل تعدد الزوجات - هو النظام الذي يرتضيه القانون، وهو الصورة التي تظهر فيها العلاقة الجنسية، لكنّ نظام الزوجة الواحدة - شأنه شأن الكتابة ونظام الدولة - نظام صناعي نشأ والمدينة في وسطى مراحلها، وليس هو بالنظام الطبيعي الذي يتصل بالمدينة في أصول نشأتها.

الترجيح: بعد عرض الرأيان السابقان نرى رجاحة الرأي المؤيد لنظام التعدد، وذلك لأن الغربيين أنفسهم أصبحوا أكثر مرونة نحو تعدد الزوجات لما وجدوه من أنه يمارس عملياً في دولهم بشكل غير شرعي عن طريق تعدد الخليلات، ولما وجدوه ثانياً من أن هذه الإباحة لديهم هي سبب كل البلاء الذي عمّ بمجتمعاتهم فأصبحوا يعترفون بأهمية نظام تعدد الزوجات بل يطالبون حكوماتهم بإقراره.

ثانياً - موقف التشريعات الغربية من تعدد الزوجات: واجهت الدول الأجنبية تعدد الزوجات مواجهة عنيفة، ووجهت له عداءً شديداً، حيث إن بعض هذه الدول لم تكتف أنها منعت بل جعلت أحد أسباب بطلان عقد الزواج أن يكون الزوج مرتبطاً بزواج سابق، بل إنها أقرت عقوبات الجنائية قاسية على من يرتكبه.

ففي سويسرا نصت المادة 122/3 بمنع بطلان الزواج في حالة تعدد الزوجات إذا كان الزواج اللاحق قد عقد بحسن نية⁽¹⁾؛ أي أن القانون السويسري عكس كثير الدول الأوربية يبقى على الزواج الثاني صحيحاً طالما عقد بحسن نية.

وفي بريطانيا⁽²⁾ يقع الزواج باطلاً ولا يرتب أي أثر إذا كان أحد الزوجين لا يزال مرتبطاً بزواج سابق، كما أن القانون الإنجليزي قد أجاز الزواج المعقود خارج بريطانيا بشرط ألا يتنافى مع قواعد النظام العام في بريطانيا وعلى رأسها تحريم تعدد الزوجات.

وفي إيطاليا تنص المادة 86 من القانون رقم 16 لسنة 1942 أن من شروط عقد الزواج ألا يكون أحد الزوجين مرتبطاً بزواج ثانٍ⁽¹⁾.

1- وسبب ذلك أنه في الحرب العظمى كانت الزوجة تبلغ بوفاة زوجها فيعقد زواجها على آخر ويتبين نهاية الحرب أن زوجها كان معتقلاً بالأسر بتاريخ لاحق زواجها الثاني، عبد الله المراغي، الزواج والطلاق في كل الأديان، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، ط 1966م، ص 387؛ رحاب مصطفى كامل، تعدد الزوجات ومدى مشروعيتها تدخل الزوجة لمنع التعدد "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2009م، ص 224.

2- ومن المعلوم أن إنجلترا ليس لها قانون مكتوب بل ترجع في ذلك السوابق القضائية؛ جميل خانكي، الأحوال الشخصية للأجانب في مصر، المطبعة العصرية، 1950م، ص 189.

وفي الأرجنتين يعتبر الزواج الأول مانعاً من الزواج الثاني ولكل من الطرفين والنيابة وذي الشأن الطعن ببطلان الزواج الثاني، بل حتى إذا توفي الزوج تظل الزوجة الأولى الاعتراض على الزواج الثاني والدفع ببطلانه⁽²⁾.

وفي ألمانيا ينص القانون الألماني على بطلان الزواج إذا تم وكان أحد الزوجين يعيش مع الغير في رباط زوجي صحيح، وذلك هو نص المادة 326 من القانون المدني الألماني - على عكس القانون الأرجنتيني - على أنه لا تسمع دعوى البطلان بعد وفاة الزوج والزوجة الجديدة بمعنى أن الزواج الثاني رغم بطلانه فلا يمكن القول بهذا البطلان بعد وفاتهما بل يجب القول بصحته. كذلك فإن القانون الألماني يجعل للأولاد من الزواج الباطل الثاني "حق الإرث"، ويعتبرهم أولاداً شرعيين. كما ينص صراحة أنه لا يمكن التمسك ببطلان الزواج الثاني إلا إذا صدر حكم خاص بهذا البطلان حيث تنص المادة 326 من نفس القانون بقولها: "لا يجوز لأحد التذرع ببطلان الزواج طالما أنه لم يصدر حكم قضائي"، وعليه لا بد لانحلال الزواج الثاني من صدور حكم قضائي يستند عليه الانحلال⁽³⁾.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية من شروط صحة الزواج لديها ألا يكون أحد الزوجين مرتبطاً بزواج سابق. هذا بالنسبة إلى القانون العام. وهناك قوانين أخرى تخص كل ولاية على حدى ينص كل منها على هذا الشرط، فمثلاً ولاية "ألاباما" ينص قانونها على أنه يشترط ألا يكون الزوجان أو احدهما متزوجاً، إذا كان أحدهما قد تزوج وتم الطلاق فلا يجوز أن يعقد زواج جديد قبل انقضاء ستين يوماً من صدور حكم الطلاق، ومثل ذلك ولاية "كاليفورنيا" حيث تشترط ألا يكون أحد الزوجين مرتبطاً بعقد زواج سابق⁽⁴⁾.

وفي فرنسا لا يختلف الأمر؛ حيث تنص المادة 161 من ق - م - ف على هذا الشرط، كما جعل هذا القانون الإخلال بهذا الشرط من أوجه البطلان المطلق⁽⁵⁾. كما جعل هذا القانون عقاب مخالفة ذلك الحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة قدرها من ثلاثة إلى ثلاثمائة ألف فرنك.

هذا ولا يقتصر حظر التعدد على المواطن الفرنسي المقيم في فرنسا فحسب، بل أيضاً ينطبق على الفرنسي المقيم في بلد آخر حتى إذا كان هذا البلد يقر تعدد الزوجات، بل ينطبق الحظر أيضاً على الأجنبي

1- هذا القانون أدخلت عليه عدة تعديلات كان آخرها تعديل سنة 1945 م؛ رحاب مصطفى كامل، المرجع نفسه، ص 225.

2- رحاب مصطفى كامل، المرجع السابق، ص 225.

3- رحاب مصطفى كامل، المرجع نفسه، ص 225.

4- عبد الله المراغي، المرجع السابق، ص 411 - 412.

5- المادة 184 من ق - م - ف؛ والبطلان المطلق يعني عدم صحة تصحيح العقد نهائياً من ناحية أخرى يعني حق كل من الزوجين وأوليائهما والنيابة العامة التمسك به لأن حظر التعدد عندهم من قواعد النظام العام؛ رحاب مصطفى كامل، المرجع نفسه، ص 227.

الموجود على أرض فرنسا حتى إذا كان قانونه يبيح التعدد، وكل ما في الأمر بالنسبة إلى هذا الأخير أن الدعوى الجنائية لا ترفع ضده إذا كان زواجه الثاني قد تم خارج البلاد⁽¹⁾.

نخلص من ذلك إذن أن هذه الدول لا تعاقب ولا تمنع إلا التعدد الرسمي فقط، أما عملياً فتبيح المعاشرة الجنسية وتقرر وجود علاقات غير مشروعة، فهو بذلك نظام متبع فعلاً و متاح وميسر، بل تُسن له قوانين، وتجري من أجله التعديلات، وليس أدل على ما أقول من أن الغربيين أنفسهم قد اعترفوا أن التعدد متبع فعلاً لديهم، لكن في صورة غير شرعية، ومن ذلك ما ذهبت للقول به إحدى الكاتبات الغربيات وتدعى "آني بيزانت" حيث قالت: "إن فردية الزواج، أي نظام الزوجة الواحدة المتبع في دول الغرب ما هو إلا نظام ادعائي أو طريقة تصنعية فقط، فهناك تعدد عملي في الزوجات، ولكن من غير مسؤولية ودون تحمل تبعه ألا وهو اتخاذ المحظيات"⁽²⁾؛ كما ذهبت الباحثة الغربية "لادي مورجان" إلى ذلك كما جاء على لسان صاحب كتاب رحلة إلى الشرق حيث قال: "وتلاحظ لادي مورجان بحق أن تعدد الزوجات الذي لم يقره إلا محمد أقل انتشاراً في الشرق مما هو عليه في أوروبا حيث يمارس تحت أسماء أخرى"⁽³⁾.

الفرع الثاني

سلطة القاضي في الإذن بتعدد الزوجات في التشريعات العربية

سنتناول في هذا الفرع سلطة قاضي شؤون الأسرة في الإذن بتعدد الزوجات التشريعات الجزائرية (أولاً)، ثم نبين سلطة قاضي من ذلك في التشريع المغربي والمصري (ثانياً).

أولاً - سلطة القاضي في الإذن بتعدد الزوجات في التشريع الجزائري: إذا كان المشرع الجزائري وضع قيوداً غير القيود المنصوص عليها في المادة 08 من ق - أ، قبل تعديلها بموجب الأمر رقم 05 - 02⁽⁴⁾؛ وأبرز هذه القيود كما يلي:

1- رحاب مصطفى كامل، المرجع السابق، ص 228.

2- محمد علي محبوب، بحث حقوق المرأة وواجباتها في التشريع الإسلامي، دار الغد، بدون سنة الطبع، ص 96.

3- صاحب كتاب رحلة إلى الشرق هو الرحالة الفرنسي "جيرار دي نفال"؛ نقلاً عن: محمد بلتاجي، مكانة المرأة في القرآن والسنة النبوية، مكتبة الشباب، 1989م، ص 280.

4- نصت المادة 08 من ق - أ رقم 84 - 11، بقولها: "يسمح بالزواج بأكثر من واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت نية العدل ويتم ذلك بعد علم من الزوجة السابقة واللاحقة ولكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش والمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا".

1- دور القاضي في تقدير المبرر الشرعي: اشترط المشرع الجزائري على الزوج الذي يريد أن يتزوج بأكثر من واحدة أن يتوافر لديه المبرر الشرعي الذي دفعه إلى ذلك⁽¹⁾، لكنه لم يحدد ماهية المبرر الشرعي، وهذا ما نصت عليه المادة 01/08 من ق - أ، بقولها: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي...". وباستقراء هذه الفقرة نلاحظ أن المشرع لم يحدد أي معيار للتفريق بين المبرر الشرعي وغير الشرعي، والمقصود في نظرنا هو ما لا تستقر بغيره جوانب مادية أو معنوية من حياة الإنسان، ومن ذلك مثلا أن تكون الزوجة السابقة عاقرا، أو تنفر كثيرا من الاتصال الجنسي، أو ليست لها الرغبة مطلقا، أو تصاب بمرض عضال يقعدها في الفراش، أو تصير الزوجة طاعنة في السن خلافا للزوج، وغير قادرة على القيام بالالتزامات الزوجية⁽²⁾.

والزوج هو المكلف بإثبات المبرر الشرعي، والقاضي هو الذي يكيف هل هو مبرر شرعي أم لا⁽³⁾؟ مع الإشارة إلى وجوب التضييق ما أمكن في ذلك التكييف، لأننا أمام طابع الاستثناء الذي يجب عدم التوسع في تفسيره.

ومتى تعلق المبرر الشرعي بشخص الزوجة، فيجب استدعاؤها من جانب المحكمة قصد الإطلاع على حالتها والاستماع إليها.

وسواء قبل القاضي المبرر الشرعي الاستثنائي المدعى به أو رفضه، فيجب عليه أن يبرر موقفه سواء بالقبول أو بالرفض.

2- تقدير القاضي لتوفر نية العدل لدى الزوج والشروط الضرورية للحياة الزوجية: لقد اشترط المشرع الجزائري لمن يريد التزوج بأكثر من زوجة واحدة توفر نية العدل، دون تحديد المقصود به، ذلك أن النية أمر داخلي في نفس الإنسان ليس بإمكان القاضي الاطلاع والتأكد منه، ثم إن العدل بين الزوجات هو تصرف مادي يتعلق بالمسكن والنفقة والمبيت، ويظهر بعد قيام الحياة الزوجية وليس قبلها، ولا قبل إبرام عقد الزواج، مما يؤدي إلى القول بأن شرط توفر نية العدل كشرط مسبق لإبرام عقد الزواج شرط في غير

1- اشترط المبرر يؤدي إلى كثرة الطلاق والزواج العرفي، كما يفشل عند التطبيق، ذلك أن كثيرين ممن يرغبون في الزواج على زوجاتهم سيحجمون عن كشف المبرر الذي دفعهم إلى تعدد الزوجات، لما فيه من المساس بأسرهم وعندئذ يقدمون على طلاق زوجاتهم ليتزوجوا من جديد، الأمر الذي سيؤدي إلى كثرة الطلاق، وليس في هذا مصلحة للمجتمع، ولا للمرأة ولا للأولاد، لأن تعدد الزوجات أقل خطرا من الطلاق بلا شك؛ عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية، كلية الحقوق، أسبوط، مصر، ص 126.

2- محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ج 01، المرجع السابق، ص 291.

3- و القاضي المختص هو رئيس قسم شؤون الأسرة المخولة له صلاحيات قاضي الاستعجال، طبقا لأحكام المادة 425 من ق - إ - م - إ، رقم 08 - 09، المؤرخ في 2008/02/25 م، الجريدة الرسمية رقم 21، لسنة 2008 م، ص 03.

محله، ولا يسلم به كقيد على الزواج الثاني، لأن ما يشك في إثباته وتحققه لا يمكن جعله شرطا أو قيما هو جائر شرعا، وواقع فعلا.

أما بالنسبة للشروط الضرورية للحياة الزوجية، فيجب على من يطلب الإذن بالتعدد أن يثبت بحجة تقنع القاضي بأن له القدرة المالية الكافية لإعالة أسرته كاملتين.

والظاهر أن إثبات شرط القدرة على التكفل بأسرتين لا يطرح إشكالا كبيرا، لأنه يعتمد على الوضعية الاقتصادية للزوج الراغب في التعدد، ويتم هذا الإثبات بشهادة تثبت دخل الزوج أو رقم أعماله التجارية أو حجم ممتلكاته العقارية أو رصيده في البنك.

وأمر تقدير القدرة الكافية لإعالة أسرته متروك لتقدير القاضي، والذي يجب عليه أن يراعي ظروف الزمان والمكان أثناء ذلك التقدير⁽¹⁾.

3- إعلام الزوجة السابقة والزوجة اللاحقة: اشترط المشرع الجزائري على الزوج الذي يود الزواج بامرأة ثانية، أن يخطر كلا من الزوجة السابقة بأنه يرغب في الزواج، وإعلامها يتم عن طريق استدعائها من طرف القاضي المختص⁽²⁾، والاستدعاء يجب أن يكون شخصيا، فإذا توصلت شخصيا بالاستدعاء ولم تحضر أو امتنعت عن الحضور، يوجه إليها استدعاء آخر في أجل معقول من طرف مصلحة التبليغ بالمحكمة، تُشع - ر فيه بأنها إذا ما تغييت عن الحضور فسييت في طلب الزوج رغم ذلك الغياب⁽³⁾.

وفي حالة حضورها فإن القاضي ملزم بإجراء مقابلة بين الزوجين بشأن التعدد، وتجري تلك المقابلة في جلسة سرية بعيدا عن الحضور للاطلاع على موقف كل منهما عن التعدد.

أما إذا اختلف الطرفان، يجري القاضي محاولة للتوفيق والإصلاح بينهما بالكيفية التي يراها، بعد استقصاء الوقائع وتقديم البيانات المطلوبة فإما أن يعدل الزوج عن طلب الإذن بالتعدد، أو تسمح له الزوجة بذلك، أو يستمر الخلاف قائما بينهما⁽⁴⁾.

1- محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ج 01، المرجع السابق، ص 292.

2- إن النيابة العامة هي التي تقوم بإخطار الزوجة وذلك في حالة استمرار غيابها، لأنها تعتبر طرفا أصليا في جميع قضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون، طبقا لأحكام المادة 03 مكرر من ق - أ.

3- وهو نفس الشيء بالنسبة للزوجة اللاحقة؛ محمد الكشور، المرجع نفسه، ص 293.

4- محمد الكشور، المرجع نفسه، ص 294.

في حالة سماح الزوجة للزوج بالتعدد أو استمرار الخلاف بين الزوجين، للقاضي أن يأذن بالتعدد، إذا أثبت أن الشروط المنصوص عليها ضمن مقتضيات المادة 01/08 من ق - أ، والمتمثلة أساسا في وجود المبرر الشرعي وتوفر شروط ونية العدل.

كما أن اجتهاد المحكمة العليا في قرار لها الصادر بتاريخ 19 / 01 / 2005 أصر على رضا الزوجة بالتعدد بقولها: "لا يكفي، لرفض دعوى التطليق من أجل الضرر، علم الزوجة بزواج زوجها من امرأة أخرى، ويجب إثبات رضاها بهذا الزواج"⁽¹⁾.

يتضح لنا من هذا الاجتهاد أن عدم رضا الزوجة السابقة، والتي تزوج زوجها وهي في عصمته، لها الحق في طلب التطليق لمخالفة أحكام المادة 08 من ق-أ، ومسألة التطليق لتعدد الزوجات تخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

وقد أشارت المحكمة العليا إلى وجوب العدل بين الزوجات، والمساواة بين النساء في النفقة، كما أن إسكان الزوجة منفردة واجب لها كوجوب النفقة الشرعية، إذ أنه من اللازم على الزوج في حالة التعدد أن يوفر لكل زوجة مسكنا مستقلا مع أبناءها؛ وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 12 / 07 / 2006 بقولها: "اشتراط الزوجة الأولى توفير سكن منفرد لها للرجوع، لا يشكل حالة نشوز"⁽²⁾.

وما يمكن ملاحظته هنا، بأن العبرة قانونا هي بصلة الزوجية، لا بصفات الزوجة، إذ يجب على الزوج في حالة التعدد العدل بين زوجاته، مهما كانت الفوارق بين النساء، كما أنه يجب عليه أن يساوي بين زوجاته في المبيت، وهو ما سارت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 05 / 05 / 1986، من أن الزوج لم يقيم بواجباته الزوجية اتجاه المدعية في الطعن، بمضي معظم أوقاته مع الزوجة الثانية، وبالتالي فإن الزوج لم يطبق قاعدة المساواة بين زوجاته، ومخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية⁽³⁾.

كما يجب أن يكون الإذن بقبول التعدد أو رفضه مسببا، بحكم أنه يقبل الطعن فيه من ذوي المصلحة، والترخيص بالزواج الممنوح من طرف رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية هو عمل ولائي ينقلب

1- المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 19 / 01 / 2005، ملف رقم 334060، م - م - ع، عدد 01، 2005، ص 325 - 329.

2- المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 12 / 07 / 2006، ملف رقم 364855، م - م - ع، عدد 02، 2006، ص 469.

3- المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 05 / 05 / 1986، ملف رقم 41445، غير منشور؛ نقلا عن: بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ج 01، المرجع السابق، ص 194.

إلى عمل قضائي، ومن ثم يخضع للأحكام الإجرائية العامة طبقاً لأحكام المادة 102 وما يليها من ق - إ - م - (1).

إن الطعن، أو طلب المراجعة سيؤدي حتماً لا محالة إلى مدى مطابقة التعليل لأحكام القانون، ومن ثم صدور حكم معلل يبين أسباب رفض التعدد بصفة قانونية. فالمشرع الجزائري أعطى للقاضي سلطة تقديرية واسعة، دون أن يبين له المعايير التي يمكن أن يركز عليها في منح الترخيص بالتعدد.

ومن هنا فإنه يجوز للقاضي الاستعانة بالتحريات الضرورية للتأكد من القدرة المالية للراغب في التعدد على الإنفاق (كشهادة الأجر أو بيان الوضع الضريبي..)، ومقدرته أن يوفر لكل زوجة مسكناً مع أولادها، وكذا التأكد من الإمكانات اللازمة لتحقيق العدل والمساواة بين الزوجات⁽²⁾.

كما أن المشرع الجزائري لم يُهمل جانب المرأة التي يُطلبُ الإذن من أجل الزواج بها، حيث قرر إخطارها من طرف القاضي نفسه، بأن الزوج الذي سيتزوجها متزوج بغيرها وأنها راضية بهذا الوضع، مع تضمين ذلك في محضر رسمي.

ويترب على عدم الحصول على الترخيص المسبق للزواج الجديد الفسخ قبل الدخول طبقاً لأحكام المادة 08 مكرر 01 من قانون الأسرة⁽³⁾، وفي حالة التدليس أو الغش يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج، للمطالبة بالتطليق لضرر تعدد الزوجات، طبقاً لأحكام المادة 08 مكرر من ذات القانون⁽⁴⁾.

4- إخضاع هذه القيود لتقدير القضاء: إن تقييد التعدد بقيد رقابة القاضي على توفر الشروط المطلوبة قانوناً طبقاً لأحكام المادة 03/08 من ق - أ، التي تنص على أنه: " يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهما، وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية"، ليس له فائدة من الوجهة النظرية، ذلك لأن الذي يريد التعدد يكون مستعداً من الناحية المالية بما يتلاءم ووضعه الاجتماعي، وإن القانون يعتبر حال الزوج في النفقة. وأن الإشراف الوحيد المعقول والممكن للمحكمة في موضوع تعدد الزوجات، هو إشرافها ورقابتها على قيام الزوج بواجباته

1- في صورة ما إذا وقع الطعن فيه، ممن يهمله الأمر، وخاصة إذا جاء الترخيص بدون تعليل، أو بدون تأسيس طبقاً لأحكام المادة 102 من ق - إ - م - ؛ فإنه لا يحق للقاضي الامتناع عن الترخيص إذا استوفى الزوج شروط التعدد، من القدرة على الإنفاق، والعدل بين الزوجات.

2- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ج 01، المرجع السابق، ص 192.

3- نصت المادة 08 مكرر 01 من ق - أ على: " يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصاً من القاضي وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادة 08 أعلاه".

4- محكمة سيق، 28 / 10 / 1984، رقم 84/184، غير منشور؛ نقلاً عن: بلحاج العربي المرجع نفسه، ص 193.

الشرعية، تجاه نسائه جميعا من عدل وحسن معاملة، وهذه الرقابة القضائية لا تختص بحالة التعدد بل تشمل حالة تجاه نسائه جميعا من عدل وحسن معاملة، وهذه الرقابة القضائية لا تختص بحالة التعدد بل تشمل حالة الزوجة الواحدة⁽¹⁾.

من هنا فإن المشرع الجزائري لم يبلغ التعدد من خلال تنظيمه له، إنما ضيقه إلى أبعد الحدود من خلال الشروط التي وضعها له، وخاصة إثبات وجود المبرر الشرعي وتوفر شروط نية العدل، والإجراءات القضائية التي تعقب طلب الإذن بالتعدد.

أما بالنسبة لجزئية موافقة الزوجة، فإنه لا يوجد في الشريعة الإسلامية ما يلزم الزوج إخبار الزوجة الأولى بأنه سيقدم على الزواج بغيرها، فهو أمر لم يأمر به النبي صلى الله عليه وسلم ولم يفعله أحد من الصحابة.

أما بالنسبة إلى موافقة القاضي وإعطائه السلطة التقديرية في تسجيل الزواج الثاني من عدمه، فلم يبين القانون معايير رفض أو قبول القاضي لتسجيل عقد الزواج الثاني، وعلى ما يبدو لي أن المعيار هو التحقق من إقامة العدل بين الزوجتين، وغيرها من الشروط، خاصة التحقق من شرط موافقة الزوجة الأولى.

إن هذا الأمر يضيع جهد القاضي ووقته عبثاً، لأنه أمر غير مجدٍ، ولا يصل القاضي مهما بلغت فراسته ودقته في البحث إلى نتائج محققة من وراء هذا، كما أن ضرورة موافقة القاضي على الزواج الثاني يؤدي إلى تدخله في الأمور الشخصية لكل من الزوجين، وقد تكون - غالباً - أموراً تستحي منها المرأة.

كما أن مراقبة القاضي لهذه الشروط، وتأكده من توافرها في الحالة المعروضة عليه ليست من أحكام الشريعة الإسلامية، اللهم إلا شرط إقامة العدل بين الزوجين، وهذا لا يمكن إثباته مقدماً، وهو من ناحية ثانية أمر ديني، لا يرتب عدم توافره بطلان عقد الزواج الثاني إذا عقد ولا عدم استطاعة إبرامه إذا لم يعقد.

وبعد، فشرط ضرورة موافقة الزوجة الأولى، وإعطاء القاضي السلطة التقديرية في تسجيل الزواج الثاني، هذان الشرطان يؤديان إلى كثرة حالات الزنا والزواج العرفي، واللذان يؤديان بدورهما إلى كثرة الأولاد غير الشرعيين.

1- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009 م، ص 446.

كما أنه لا يتصور عملياً - من حيث المبدأ - أن يعدد الزوج طبقاً للتشريع الجزائري الحالي، أكثر من مرة واحدة، لأن وجود المبرر الشرعي يصعب تحقيقه أكثر من مرة واحدة.

ثانياً- سلطة قاضي شؤون الأسرة في الإذن بتعدد الزوجات في التشريعين المغربي والمصري:

بالنسبة للمشرع المغربي فقد قطع شوطاً بعيداً في تقييد التعدد لدرجة اقتراب به من المنع؛ وبالإستقراء المواد من 40 إلى 46 من م- أ- م؛ وبالرجوع إلى أحكام المادة 40 يتضح لنا أنه يمنع التعدد بكيفية مطلقة متى اشترطت الزوجة ذلك على زوجها⁽¹⁾.

أما فيما يخص شروط تعدد الزوجات فإن المشرع المغربي حددها بدقة، وتمثلت هذه الشروط فيما يلي:

1- طلب الإذن من القاضي: وذلك بأن يقدم الزوج الذي يريد الزواج بزوجة ثانية، أن يقدم طلباً للإذن له بذلك إلى قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية المختصة مكانياً للنظر في هذا الطلب.

2- إثبات المبرر الموضوعي الاستثنائي: بالرجوع إلى أحكام المادة 01 / 41 من م- أ- م، والتي تنص على: "لا تأذن المحكمة بالتعدد: - إذا لم يثبت لها المبرر الموضوعي الاستثنائي...".

إن المشرع المغربي لم يبين المقصود بالمبرر الموضوعي الاستثنائي، وهو نفس الشيء بالنسبة للمشرع الجزائري، وفي نظرنا يقصد به المبرر الشرعي والمتمثل في أن تكون الزوجة عاقراً، أو تنفر من الاتصال الجنسي، أو تصاب بمرض مزمن، أو أن تصبح كبيرة في السن خلافاً للزوج.

ومتى تعلق المبرر الموضوعي بشخص الزوجة، فيجب استدعاؤها من جانب المحكمة قصد الإطلاع على حالها ولاستماع إليها. وسواء قبلت المحكمة المبرر الموضوعي الاستثنائي أم رفضته، فيجب عليها أن تعلق موقفها هذا⁽²⁾؛ وهو ما أخذت به المحكمة الابتدائية بمكناس المغربية في حكمها الصادر بتاريخ 18 / 04 / 2006م، والذي جاء فيه: "معاناة المرأة من مشكل جنسي موافقتها على زواج زوجها بامرأة أخرى.

قدرة الزوج على إعالته أسرتين وضمنان جميع الحقوق، الإذن بالتعدد... نعم"⁽³⁾.

1- تنص المادة 40 من م - أ - م، على: "يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها".

2- محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ج 01، المرجع السابق، ص 291.

3- محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 80.

3- وجود الموارد الكافية لإعالة أسرتين: وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 41 المذكورة أعلاه بقولها: " - إذا لم تكن لطالبه الموارد الكافية لإعالة الأسرتين، وضمان جميع الحقوق من نفقة وإسكان ومساواة في جميع أوجه الحياة؛ وهو نفس الشرط الذي اشترطه المشرع الجزائري والمعبر عنه بتوفر جميع الشروط الضرورية للحياة الزوجية؛ وهو ما أخذت به المحكمة الابتدائية بالعرائش في حكمها الصادر بتاريخ 27 / 12 / 2004م، الذي جاء فيه: " عدم قدرة الزوجة على تحمل الأعباء المنزلية - موافقتها لزوجها على التعدد مع عدم رغبتها في تطبيق مسطرة الشقاق وتشبثها بالعلاقة الزوجية التي تربطها بالطالب.

توفر الزوج على دخل كاف لإعالة أسرتين- توفر السبب المبرر لتعدد...نعم. الإذن بالتعدد...نعم"⁽¹⁾.

أما بالنسبة للإجراءات فقد نصت عليها أحكام المواد 43 و44 من م - أ - م، وذلك باستدعاء الزوجة من الطرف القاضي، ثم بعد ذلك إجراء مناقشة بين الزوجين في غرفة المشورة.

أما بالنسبة للآثار القانونية لرفض الزوجة الأولى، فإذا تمسكت برفض السماح للزوج بالتعدد، وفشلت محاولات الصلح التي قامت بها المحكمة، وثبت لها تعذر استمرار العلاقة الزوجية فهناك طريقتين:

- إذا أصرت الزوجة على المطالبة بالتطليق سواء بصفة كتابية أو شفوية في محضر موقع، حددت المحكمة مبلغا لاستيفاء كافة حقوق الزوجة وأولادها، الملزم الزوج بالإفناق عليهم خلال أجل سبعة أيام، وتحت طائلة اعتبار عدم إيداع المبلغ تراجعاً عن الطلب، وتكون المحكمة ملزمة بإصدار حكمها بمجرد الإيداع، ويكون هذا الحكم غير قابل لأي طعن في جزئه القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية، بخلاف المستحقات فيمكن للطرفين أن يطعنا فيها.

- إذا لم تطلب الزوجة التطليق، فإن المحكمة تلقائياً تطبق مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد من 94 إلى 97 من م - أ - م⁽²⁾.

وكأخر إجراء يجب على المحكمة إشعار الزوجة المراد التزوج بها، وذلك من طرف القاضي المكلف بالزواج، بأن الزوج الراغب في الزواج منها مقترنا بغيرها، مشدداً على رضاها بهذا الزواج وتضمن ذلك في محرر رسمي⁽³⁾.

1- محمد الشافعي، المرجع نفسه، ص 42؛ نقلا عن: مجلة قضاء الأسرة، عدد 01 - 2005، ص 107.

2- أحمد الأمراني، المرجع السابق، ص 98.

3- أحمد الأمراني، المرجع نفسه، ص 99.

ما يلاحظ أن المشرع المغربي حذا حذو المشرع الجزائري في تقييد تعدد الزوجات، لكنه ضيقه إلى أبعد الحدود من خلال الشروط التي وضعها.

ومن الملاحظ أن طلب الإذن بالتعدد لا يؤول عملياً إلى التعدد، ولو مع الإذن به، ما دام أن الإجراءات قد تؤدي عملياً إلى تطليق الزوجة الأولى من زوجها بطلب منها، وحتى بغير ذلك الطلب عن طريق أعمال مسطرة الشقاق، المنصوص عليها ضمن المواد من 94 إلى 97 من م - أ - م.

أما بالنسبة للمشرع المصري، وبصدور القانون رقم 25 لسنة 1929م نصت المادة 11 مكرر 01 والمضافة بالمادة الأولى من القانون رقم 100 لسنة 1985م على ضرورة إقرار الزوج في وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية، فإذا كان متزوجاً فعلياً أن يبين ذلك في الإقرار واسم الزوجة أو الزوجات اللائي في عصمته أو مطلقته رجعيًا، ومحال إقامتهن، وعلى الموثق إخطارهن بالزواج الجديد بخطاب مسجل مقرون بعلم الوصول.

ويحدد المرسوم بعد ذلك عقاب مخالفة ذلك من الزوج، وهو الحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر وغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه أو إحدى العقوبتين، وتكون المخالفة بأن يدلي الزوج ببيان غير صحيح عن حالته الاجتماعية أو عن محل إقامة زوجته أو مطلقته، كما يعاقب الموثق إذا أحل بأي من الالتزامات التي فرضها عليه القانون، وذلك بغرامة لا تتجاوز خمسين جنيهًا ومدة لا تزيد عن شهر، كما يمكن الحكم بعزله أو وقفه عن عمله مدة لا تتجاوز سنة⁽¹⁾.

ولما ألغت المحكمة الدستورية العليا القرار بقانون 44 لسنة 1979، وذلك للقصور الدستوري الذي لحقه⁽²⁾، ثارت ثائرة بعض النساء في مصر لهذا الإلغاء، مما أدى إلى صدور قانون رقم 100 لسنة 1985م أخذاً أيضاً بنفس ما أخذ به القانون السابق من حق من تزوج عليها زوجها بغير رضاها أن تطلب التطليق لضرر تعدد الزوجات، وكذلك أخذاً بإلزام الزوج والمطلق (رجعيًا) بالإخبار بأسماء زوجاته أو

1- محمد سلام مذكور، أحكام الأسرة، دار النهضة العربية، 1969 م، ص 221.

2- وقد تم هذا الإلغاء بحكمها الصادر في الدعوى رقم 29 لسنة 1980م بتاريخ 04/05/1985م؛ وسبب ذلك أولاً: لما فيه من تقييد لحق الرجل في تعدد زوجاته وثانياً: صدور هذا القرار مخالفاً لحكم المادة 147 من الدستور التي تستلزم ضرورة حدوث أمر طارئ في غيبة مجلس الشعب يستوجب اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير حتى يحق لرئيس الجمهورية إصدار قرار له قوة القانون وذلك لم يحدث بخصوص هذا القرار = حيث لم تطرأ أي تغييرات تستدعي هذا التدخل؛ وهناك من اعترض على هذا الإلغاء حيث أنه - في نظره - لا يحمل أي تقييد للتعدد؛ كامل صالح البناء، التعليق على قانون الأحوال الشخصية الجديد، طبعة دار الكتب، 1982م، ص 12.

(مطلقاته) ومحال إقامتهن، وكذا أخذاً بإلزام الموثق بإخبار الزوجة السابقة بزواج زوجها عليها، وذلك بكتاب مقرون بعلم الوصول⁽¹⁾.

ولعل الهدف من ورائه هو علم الزوجة القديمة والجديدة بالزواج بغيرهما؛ فالإلزام الزوج بالإدلاء في وثيقة زواجه بحالته الاجتماعية وعمّا إذا كان متزوجاً من عدمه، واسم زوجته أو مطلقاته (رجعياً) وعنوانها، هذا الإلزام يضمن علم الزوجة الجديدة بزواج زوجها بزوجة سابقة؛ أما إلزام الموثق بإبلاغ الزوجة القديمة بزواج الزوج عليها، فهذا يضمن علم الزوجة القديمة بهذا الزواج الجديد.

أما تونس فهي البلد العربي الوحيد الذي حذا حذو الدول الغربية، فمنعت التعدد نهائياً، وقررت لمخالفة ذلك العقوبات الجنائية؛ ومما يدل على ذلك ما نصت عليه المادة 18 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: "تعدد الزوجات ممنوع الزوج بأكثر من واحدة يستوجب عقاباً بالسجن مدة عام وخطية قدرها مائة وأربعين ألف فرنك"⁽²⁾.

إذاً، لا يختلف موقف التشريع التونسي للأحوال الشخصية عن التشريع الفرنسي الوضعي من التعدد في شيء؛ لأن أحكامه القانونية مستمدة منه، وهو مما يتنافى مع حكم الله تعالى في إباحة التعدد.

ويعقب الباحث المعاصر "عبد الله علوان" على ذلك بقوله: "من المؤسف حقاً أن نسمع من بعض المسؤولين في الدول التي تنتمي إلى الإسلام، ومن بعض من ينتمين إلى جمعيات نسائية من النساء، الدعوة إلى إلغاء تعدد الزوجات، أو تقييده بقيود شديدة، تجعل الزواج بأكثر من واحدة ضرباً من المستحيل، لقد كان لهذه الدعوة صدى سيء بالغ الأثر في الأوساط الإسلامية، وأما في الأوساط التبشيرية والاستعمارية فكان لها صدى مستحب، وتأييد مطلق، حيث نُعتت هذه المحاولات بأنها خطوة تقدمية في سبيل تحرير المرأة.

هذا الذي تريد أن تفعله السلطة الحاكمة في بعض الدول، وتحاول أن تنتهج نهج بعض البلدان العربية، وتسعى لتحقيقه بعض الجمعيات النسائية في بلادنا ليس إلا لمجرد استرضاء للغربيين، أو للدول التي تنادي بدعوى التقدمية، إثباتاً لانسلاخهم من الإسلام، وتحرّهم من ريقه الدين والأخلاق، وهو في الوقت

1- لم يذكر هذا القانون مدة معينة لإخطار الموثق الزوجة الأولى بزواج زوجها عليها ولكن نظمه وزير العدل وحدد مدته بسبعة أيام من تاريخ الزواج الثاني؛ عبد الناصر توفيق العطار، الأسرة وقانون الأحوال الشخصية 100 لسنة 1985م، المؤسسة العربية الحديثة، 1986 م، ص 223.

2- رحاب مصطفى كامل، المرجع السابق، ص 243.

ذاته دليل تهاقت الشخصية، واحتقار الذات، والترامي على أقدام المتعصّبين الغربيين والماديّين الشرقيين، لاستجلاب عطفهم، واسترضاء مبشريهم وملاحدّتهم على حساب كرامتنا وديننا ومبادئ شريعتنا"⁽¹⁾.

وجاء في الدفاع عن هذا النص أنه جاء اعتماداً على ما ثبت طيلة القرون السابقة من عدم إمكان العدل بين النساء ويؤيد ذلك قوله تعالى: (ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم).

ومن هنا يمكن القول أن هذا الحكم لا علاقة له بالشريعة الإسلامية وأحكامها، حيث يتحدى صراحة نصاً قرآنياً ويعارضه ويبتل إعماله؛ ومتى كان للبشر أن يبتلوا حكماً شرعه الله ويعطلوا العمل به؟ إن أحداً من البشر لا يملك ذلك مهما بلغت سلطته أو حكمته لأنها في النهاية سلطة محدودة إلى جانب سلطة القوي العزيز، فكيف يسمح هؤلاء لأنفسهم أن يبتلوا حكماً شرعه الله تعالى بهذه الحكمة البالغة لأجل حكمة بالغة؟ وهل يوجد من البشر من هو أرحم بالعباد من خالفهم؟

أما بالنسبة لما قيل في تبرير هذا الحكم والدفاع عنه، فيجب عليهم الإطلاع على أبسط كتب الفقه والتفسير، لعلم أن مقصود الله عز وجل ليس كمقصودهم، وأن المراد باستحالة العدل هنا هو العدل في المحبة أي العدل المطلق وليس العدل المعقول، أما العدل في الأمور الأخرى ممكن، وأنه طالما شرع الله الإباحة وشرط لها العدل، فلا يمكن أن يقرر بعد ذلك استحالته، لأن ذلك تناقض يترفع عنه الله عز وجل.

وما زاد طين بلةً أن التشريع التونسي لم يعاقب على جريمة الزنا إلا في حالة الغضب فقط، أي عدم رضی المرأة به، ومن هنا يمكن للمتزوج بثانية الإفلات من حكم المادة - التي تعاقب المتزوج بثانية- أن يتفق مع هذه الزوجة الثانية على أنهما عشيقان وأنه يعاشرها سفاهاً.

وفي الأخير يمكن القول بأن المشرع الجزائري والمغربي منحا للقاضي سلطة تقديرية واسعة في منح الترخيص بالتعدد الزوجات، ولكن وضعاً للقاضي شروط يجب توفرها لكي يمنح القاضي المختص الترخيص بالتعدد؛ بخلاف المشرع المصري الذي لم يضع للقاضي شروط في منح الترخيص بالتعدد الزوجات.

1- مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 108 - 110.

الفصل الثاني

السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة

عند انحلال الرابطة الزوجية

يعد الزواج رابطة شرعية بين رجل وامرأة، شرعه الله سبحانه وتعالى لحكم سامية ومقاصد عظيمة، واعتبره عقداً مؤبداً إذا توفرت شروطه وأركانه، وطلب من الزوجين العمل على إدامة حبل المودة والرحمة الذي يربط بينهما، وتوعدهما بأشد العقاب إن هما نقضا الميثاق الغليظ الذي يربط بينهما من غير حاجة شرعية.

لكن مع هذه التوجيهات الربانية في حماية عقد الزواج من الانفراط، فإنه قد يحصل سبب أو عدة أسباب تدعو إلى الطلاق أو التطليق أو الخلع للخلاص من حياة زوجية لا تحتل، وذلك درءاً للمفاسد المحققة لبقاء علاقة زوجية مضطربة، وجلباً لمصالح موجوة من الطلاق أو التطليق أو الخلع.

ومن هنا فقد منح كل من المشرع الجزائري والمغربي والمصري للزوج أن يضع حداً للعلاقة الزوجية بإراته المنفردة، وسمحوا للزوجة كذلك أن تنهي هذه العلاقة عن طريق طلب التطليق من القاضي إذا أثبتت الضرر، كما أجازوا لها المطالبة بالخلع في حالة بغضها وكرهيتها لزوجها، فجعلوا قاضي شؤون الأسرة رقيباً أميناً على ذلك حتى لا يتعسف كل ذي حق في استعمال حقه، وذلك بتقدير التعويض عن الضرر في حالة الطلاق التعسفي للزوج والتطليق للضرر، وتقدير بدل الخلع في حالة عدم الاتفاق عليه بين الزوجين؛ وقبل ذلك لا بد للقاضي قبل الفصل في موضوع الدعوى أن يقوم بإجراءات الصلح بين الزوجين، وذلك لمحاولة إصلاح ذات البين بينهما، كما يجوز للقاضي الاستعانة بالمحكمين من أجل فض النزاع القائم بين الزوجين، وهذا ما سنتناوله من خلال المباحث الآتية:

المبحث الأول: دور القاضي في الصلح والتحكيم.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تقدير حالات التطليق والتعويض عنه.

المبحث الثالث: تقدير القاضي للطلاق التعسفي وبدل الخلع

المبحث الأول

دور القاضي في الصلح والتحكيم

إن إجراءات الصلح والتحكيم في مسائل الأحوال الشخصية أو الخصومات والنزاعات التي تنشأ بين الزوجين، هي من الإجراءات الأولية والهامة التي أوجب المشرع الجزائري على القاضي اللجوء إليها، قبل الشروع في بحث موضوع النزاع وإصدار حكم بشأنه، لا سيما إذا تعلق الأمر بالطلاق وهي إجراءات كان قد عرفها التشريع الإسلامي منذ مئات السنين، حيث رغب الشارع الحكيم في الصلح بين الزوجين، بل

فضله وخصه عن غيره من الأحكام الأخرى لقوله تعالى: [$\text{وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مِن قَبْلِ الْوَلَدِ فَحَدَّيْهُنَّ حَتَّىٰ يَضَعُوا حُدُودَهُنَّ لِمَا نَذَرْتُمْ لَهُنَّ فِي النِّكَاحِ وَأَسْرَأْتُمْ مِن بَعْدِ ذَلِكَ فَهِيَ كَالَّذِي فَرَغَ عَلَيْهَا إِلاَّ مَا نَفَخْتُمْ عَلَيْهَا ذَلِكَ جَلِيلٌ يُحْكِمُ لَكُمْ أَنفُسَكُمْ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ٤٠$] فهذه دعوى إلى

وجوب الإصلاح قصد التوفيق بين الزوجين وتقريب وجهات النظر بينهما بهدف تذليل الصعوبات، وهذا

من أجل إعادة الحياة الزوجية إلى طبيعتها، وفي ذلك يقول سبحانه وتعالى: [$\text{وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مِن قَبْلِ الْوَلَدِ فَحَدَّيْهُنَّ حَتَّىٰ يَضَعُوا حُدُودَهُنَّ لِمَا نَذَرْتُمْ لَهُنَّ فِي النِّكَاحِ وَأَسْرَأْتُمْ مِن بَعْدِ ذَلِكَ فَهِيَ كَالَّذِي فَرَغَ عَلَيْهَا إِلاَّ مَا نَفَخْتُمْ عَلَيْهَا ذَلِكَ جَلِيلٌ يُحْكِمُ لَكُمْ أَنفُسَكُمْ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ٤٠$] فإذا حدث شقاق بين

الزوجين أوجب الشارع الحكيم قبل حدوث الطلاق، وانفصام عرى الزوجية وحدث أبغض الحلال عند الله، اللجوء إلى إجراء الصلح وجعله كخطوة أولى لا مفر منها قبل أي حل آخر.

كما أعطى المشرع الجزائري لقاضي شؤون الأسرة - في إطار سلطته التقديرية - إجراءات الصلح في حالة الشقاق بين الزوجين من خلال أحكام المادة 49 من ق- أ، وانتداب الحكيم من خلال المادة 56 من نفس القانون؛ ولهذا يحسن بنا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نعالج في (المطلب الأول) إجراءات الصلح ومدى مساهمة القاضي في إصلاح ذات البين، أما في (المطلب الثاني) إجراءات التحكيم ومدى مساهمة الحكيم والقاضي في فض النزاع بين الزوجين.

1- سورة النساء، الآية 35.

2- سورة النساء، الآية 128.

المطلب الأول

إجراءات الصلح ومدى مساهمة القاضي في فض النزاع

إن الطرق البديلة لتسوية المنازعات ليست آلية جديدة، وإنما هي قديمة قدم الإنسانية لكن الجديد هو ضرورتها في وقت يحتاج إليها الجميع على مختلف المستويات والمجالات، هذه الضرورة أفرزتها المعضلة التي يواجهها القضاء منذ أمد بعيد في مختلف الأنظمة القضائية عبر العالم، تتمثل في تراكم أعداد هائلة من القضايا بسبب التأخير في إصدار الأحكام والبطء في حسم النزاعات؛ والجزائر بدورها أولت اهتماما كبيرا لهذه الوسائل حيث نظم المشرع بعضا منها في عدد من قوانينه، التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والصلح في قانون الأسرة... إلخ، وإذا كانت هذه المجالات خصبة لقيام النزاعات تتطلب أعمال هذه البدائل، فإن اللجوء للوسائل البديلة يزيد أهمية متى تعلق الأمر بالمنازعات الأسرية، نظرا لطبيعة العلاقة التي تربط بين مكونات الأسرة؛ كل هذا من أجل تحقيق الأهداف النبيلة التي سطرها المشرع في قانون الأسرة.

وتزداد أهمية اللجوء إلى تسوية النزاعات الأسرية عن طريق الصلح، كونها تكتسي طابعا خاصاً، وتتعلق بعلاقات ذات حساسية وخصوصية بين أفراد الأسرة خاصة بين الزوجين والأولاد، وتقتضي الكثير من الكتمان والسرية والحكمة والتروي في معالجة جوانب منها، لأنها تكون على درجة من التعقيد، وتتميز باختلاف طبائع الناس والتقاليد والمحيط الذي نشأ فيه أطرافها، بالإضافة إلى تداخل ما هو قانوني وما هو اجتماعي ونفسي النزاع.

وقد منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة تقديرية واسعة في إجراء محاولات الصلح بين الزوجين، من خلال أحكام المادة 49 من ق- أ، والمواد من 439 إلى 445 من ق- م- إ؛ وقبل أن نتكلم عن إجراءات الصلح ومدى مساهمة القاضي في حل النزاع، لا بد لنا أن نتعرض لتعريف الصلح ودليل مشروعيته والحكمة من مشروعيته وذلك كالآتي:

الفرع الأول

ماهية الصلح

سنتناول في هذا الفرع ماهية الصلح، وذلك بتعريف الصلح (أولاً)؛ ثم دليل مشروعيته (ثانياً)؛ وذلك من خلال النقاط الآتية:

أولاً - تعريف الصلح: 1- لغة: يقال صلح الشيء وصلح صلوحاً وصلحاً فهو صلح ونافع والاسم الصلح الذي هو ضد الفساد، إذ الصاد واللام والحاء أصل واحد يدل على خلاف الفساد، وهو الصلح.

وأصلح الشيء يُصلحه إصلاحاً: أي أزال الفساد الموجود فيه، وإرجاعه إلى طريقه الأصلي الصحيح والسليم، والصلح بين الزوجين أو الطرفين إزالة ما بينهما من فساد ونزاع وسوء فهم، وإرجاع العلاقة إلى ما كانت عليه من ود وتفاهم، وتعاون⁽¹⁾.

وفعل صلح وصلح كلاهما لازم لكونه من أفعال السجاياء الدالة على صفة موجودة في الموصوف⁽²⁾، ولعلّ في هذا إشارة إلى ما ينبغي أن يكون عليه القائم بالصلح، حيث لا يمكنه تحقيق الهدف من الصلح - وهو إزالة الخلاف والنزاع - إلا إذا كان صالحاً ومستقيماً في نفسه، وذلك لأن الله تعالى ربط تحقيق أو نجاح الحكّمين في مسعاها بوجود إرادة التي تقتضي النية والعزم والرغبة والمحبة في إصلاح ذات البين، والله تعالى أعلم ما في القلوب، ومطلع على سرائر الأمور، فيوفق من كان صالحاً ومريداً للإصلاح، ولا يوفق من يتظاهر بالصلاح والإصلاح، إذ التوفيق بيده وحده. وذلك لقوله تعالى: [... ﴿١٧٧﴾

﴿١٧٧﴾ ﴿١٧٨﴾ ﴿١٧٩﴾ ﴿١٨٠﴾ ﴿١٨١﴾ ﴿١٨٢﴾ ﴿١٨٣﴾ ﴿١٨٤﴾ ﴿١٨٥﴾ ﴿١٨٦﴾ ﴿١٨٧﴾ ﴿١٨٨﴾ ﴿١٨٩﴾ ﴿١٩٠﴾ ﴿١٩١﴾ ﴿١٩٢﴾ ﴿١٩٣﴾ ﴿١٩٤﴾ ﴿١٩٥﴾ ﴿١٩٦﴾ ﴿١٩٧﴾ ﴿١٩٨﴾ ﴿١٩٩﴾ ﴿٢٠٠﴾ ﴿٢٠١﴾ ﴿٢٠٢﴾ ﴿٢٠٣﴾ ﴿٢٠٤﴾ ﴿٢٠٥﴾ ﴿٢٠٦﴾ ﴿٢٠٧﴾ ﴿٢٠٨﴾ ﴿٢٠٩﴾ ﴿٢١٠﴾ ﴿٢١١﴾ ﴿٢١٢﴾ ﴿٢١٣﴾ ﴿٢١٤﴾ ﴿٢١٥﴾ ﴿٢١٦﴾ ﴿٢١٧﴾ ﴿٢١٨﴾ ﴿٢١٩﴾ ﴿٢٢٠﴾ ﴿٢٢١﴾ ﴿٢٢٢﴾ ﴿٢٢٣﴾ ﴿٢٢٤﴾ ﴿٢٢٥﴾ ﴿٢٢٦﴾ ﴿٢٢٧﴾ ﴿٢٢٨﴾ ﴿٢٢٩﴾ ﴿٢٣٠﴾ ﴿٢٣١﴾ ﴿٢٣٢﴾ ﴿٢٣٣﴾ ﴿٢٣٤﴾ ﴿٢٣٥﴾ ﴿٢٣٦﴾ ﴿٢٣٧﴾ ﴿٢٣٨﴾ ﴿٢٣٩﴾ ﴿٢٤٠﴾ ﴿٢٤١﴾ ﴿٢٤٢﴾ ﴿٢٤٣﴾ ﴿٢٤٤﴾ ﴿٢٤٥﴾ ﴿٢٤٦﴾ ﴿٢٤٧﴾ ﴿٢٤٨﴾ ﴿٢٤٩﴾ ﴿٢٥٠﴾ ﴿٢٥١﴾ ﴿٢٥٢﴾ ﴿٢٥٣﴾ ﴿٢٥٤﴾ ﴿٢٥٥﴾ ﴿٢٥٦﴾ ﴿٢٥٧﴾ ﴿٢٥٨﴾ ﴿٢٥٩﴾ ﴿٢٦٠﴾ ﴿٢٦١﴾ ﴿٢٦٢﴾ ﴿٢٦٣﴾ ﴿٢٦٤﴾ ﴿٢٦٥﴾ ﴿٢٦٦﴾ ﴿٢٦٧﴾ ﴿٢٦٨﴾ ﴿٢٦٩﴾ ﴿٢٧٠﴾ ﴿٢٧١﴾ ﴿٢٧٢﴾ ﴿٢٧٣﴾ ﴿٢٧٤﴾ ﴿٢٧٥﴾ ﴿٢٧٦﴾ ﴿٢٧٧﴾ ﴿٢٧٨﴾ ﴿٢٧٩﴾ ﴿٢٨٠﴾ ﴿٢٨١﴾ ﴿٢٨٢﴾ ﴿٢٨٣﴾ ﴿٢٨٤﴾ ﴿٢٨٥﴾ ﴿٢٨٦﴾ ﴿٢٨٧﴾ ﴿٢٨٨﴾ ﴿٢٨٩﴾ ﴿٢٩٠﴾ ﴿٢٩١﴾ ﴿٢٩٢﴾ ﴿٢٩٣﴾ ﴿٢٩٤﴾ ﴿٢٩٥﴾ ﴿٢٩٦﴾ ﴿٢٩٧﴾ ﴿٢٩٨﴾ ﴿٢٩٩﴾ ﴿٣٠٠﴾ ﴿٣٠١﴾ ﴿٣٠٢﴾ ﴿٣٠٣﴾ ﴿٣٠٤﴾ ﴿٣٠٥﴾ ﴿٣٠٦﴾ ﴿٣٠٧﴾ ﴿٣٠٨﴾ ﴿٣٠٩﴾ ﴿٣١٠﴾ ﴿٣١١﴾ ﴿٣١٢﴾ ﴿٣١٣﴾ ﴿٣١٤﴾ ﴿٣١٥﴾ ﴿٣١٦﴾ ﴿٣١٧﴾ ﴿٣١٨﴾ ﴿٣١٩﴾ ﴿٣٢٠﴾ ﴿٣٢١﴾ ﴿٣٢٢﴾ ﴿٣٢٣﴾ ﴿٣٢٤﴾ ﴿٣٢٥﴾ ﴿٣٢٦﴾ ﴿٣٢٧﴾ ﴿٣٢٨﴾ ﴿٣٢٩﴾ ﴿٣٣٠﴾ ﴿٣٣١﴾ ﴿٣٣٢﴾ ﴿٣٣٣﴾ ﴿٣٣٤﴾ ﴿٣٣٥﴾ ﴿٣٣٦﴾ ﴿٣٣٧﴾ ﴿٣٣٨﴾ ﴿٣٣٩﴾ ﴿٣٤٠﴾ ﴿٣٤١﴾ ﴿٣٤٢﴾ ﴿٣٤٣﴾ ﴿٣٤٤﴾ ﴿٣٤٥﴾ ﴿٣٤٦﴾ ﴿٣٤٧﴾ ﴿٣٤٨﴾ ﴿٣٤٩﴾ ﴿٣٥٠﴾ ﴿٣٥١﴾ ﴿٣٥٢﴾ ﴿٣٥٣﴾ ﴿٣٥٤﴾ ﴿٣٥٥﴾ ﴿٣٥٦﴾ ﴿٣٥٧﴾ ﴿٣٥٨﴾ ﴿٣٥٩﴾ ﴿٣٦٠﴾ ﴿٣٦١﴾ ﴿٣٦٢﴾ ﴿٣٦٣﴾ ﴿٣٦٤﴾ ﴿٣٦٥﴾ ﴿٣٦٦﴾ ﴿٣٦٧﴾ ﴿٣٦٨﴾ ﴿٣٦٩﴾ ﴿٣٧٠﴾ ﴿٣٧١﴾ ﴿٣٧٢﴾ ﴿٣٧٣﴾ ﴿٣٧٤﴾ ﴿٣٧٥﴾ ﴿٣٧٦﴾ ﴿٣٧٧﴾ ﴿٣٧٨﴾ ﴿٣٧٩﴾ ﴿٣٨٠﴾ ﴿٣٨١﴾ ﴿٣٨٢﴾ ﴿٣٨٣﴾ ﴿٣٨٤﴾ ﴿٣٨٥﴾ ﴿٣٨٦﴾ ﴿٣٨٧﴾ ﴿٣٨٨﴾ ﴿٣٨٩﴾ ﴿٣٩٠﴾ ﴿٣٩١﴾ ﴿٣٩٢﴾ ﴿٣٩٣﴾ ﴿٣٩٤﴾ ﴿٣٩٥﴾ ﴿٣٩٦﴾ ﴿٣٩٧﴾ ﴿٣٩٨﴾ ﴿٣٩٩﴾ ﴿٤٠٠﴾ ﴿٤٠١﴾ ﴿٤٠٢﴾ ﴿٤٠٣﴾ ﴿٤٠٤﴾ ﴿٤٠٥﴾ ﴿٤٠٦﴾ ﴿٤٠٧﴾ ﴿٤٠٨﴾ ﴿٤٠٩﴾ ﴿٤١٠﴾ ﴿٤١١﴾ ﴿٤١٢﴾ ﴿٤١٣﴾ ﴿٤١٤﴾ ﴿٤١٥﴾ ﴿٤١٦﴾ ﴿٤١٧﴾ ﴿٤١٨﴾ ﴿٤١٩﴾ ﴿٤٢٠﴾ ﴿٤٢١﴾ ﴿٤٢٢﴾ ﴿٤٢٣﴾ ﴿٤٢٤﴾ ﴿٤٢٥﴾ ﴿٤٢٦﴾ ﴿٤٢٧﴾ ﴿٤٢٨﴾ ﴿٤٢٩﴾ ﴿٤٣٠﴾ ﴿٤٣١﴾ ﴿٤٣٢﴾ ﴿٤٣٣﴾ ﴿٤٣٤﴾ ﴿٤٣٥﴾ ﴿٤٣٦﴾ ﴿٤٣٧﴾ ﴿٤٣٨﴾ ﴿٤٣٩﴾ ﴿٤٤٠﴾ ﴿٤٤١﴾ ﴿٤٤٢﴾ ﴿٤٤٣﴾ ﴿٤٤٤﴾ ﴿٤٤٥﴾ ﴿٤٤٦﴾ ﴿٤٤٧﴾ ﴿٤٤٨﴾ ﴿٤٤٩﴾ ﴿٤٥٠﴾ ﴿٤٥١﴾ ﴿٤٥٢﴾ ﴿٤٥٣﴾ ﴿٤٥٤﴾ ﴿٤٥٥﴾ ﴿٤٥٦﴾ ﴿٤٥٧﴾ ﴿٤٥٨﴾ ﴿٤٥٩﴾ ﴿٤٦٠﴾ ﴿٤٦١﴾ ﴿٤٦٢﴾ ﴿٤٦٣﴾ ﴿٤٦٤﴾ ﴿٤٦٥﴾ ﴿٤٦٦﴾ ﴿٤٦٧﴾ ﴿٤٦٨﴾ ﴿٤٦٩﴾ ﴿٤٧٠﴾ ﴿٤٧١﴾ ﴿٤٧٢﴾ ﴿٤٧٣﴾ ﴿٤٧٤﴾ ﴿٤٧٥﴾ ﴿٤٧٦﴾ ﴿٤٧٧﴾ ﴿٤٧٨﴾ ﴿٤٧٩﴾ ﴿٤٨٠﴾ ﴿٤٨١﴾ ﴿٤٨٢﴾ ﴿٤٨٣﴾ ﴿٤٨٤﴾ ﴿٤٨٥﴾ ﴿٤٨٦﴾ ﴿٤٨٧﴾ ﴿٤٨٨﴾ ﴿٤٨٩﴾ ﴿٤٩٠﴾ ﴿٤٩١﴾ ﴿٤٩٢﴾ ﴿٤٩٣﴾ ﴿٤٩٤﴾ ﴿٤٩٥﴾ ﴿٤٩٦﴾ ﴿٤٩٧﴾ ﴿٤٩٨﴾ ﴿٤٩٩﴾ ﴿٥٠٠﴾ ﴿٥٠١﴾ ﴿٥٠٢﴾ ﴿٥٠٣﴾ ﴿٥٠٤﴾ ﴿٥٠٥﴾ ﴿٥٠٦﴾ ﴿٥٠٧﴾ ﴿٥٠٨﴾ ﴿٥٠٩﴾ ﴿٥١٠﴾ ﴿٥١١﴾ ﴿٥١٢﴾ ﴿٥١٣﴾ ﴿٥١٤﴾ ﴿٥١٥﴾ ﴿٥١٦﴾ ﴿٥١٧﴾ ﴿٥١٨﴾ ﴿٥١٩﴾ ﴿٥٢٠﴾ ﴿٥٢١﴾ ﴿٥٢٢﴾ ﴿٥٢٣﴾ ﴿٥٢٤﴾ ﴿٥٢٥﴾ ﴿٥٢٦﴾ ﴿٥٢٧﴾ ﴿٥٢٨﴾ ﴿٥٢٩﴾ ﴿٥٣٠﴾ ﴿٥٣١﴾ ﴿٥٣٢﴾ ﴿٥٣٣﴾ ﴿٥٣٤﴾ ﴿٥٣٥﴾ ﴿٥٣٦﴾ ﴿٥٣٧﴾ ﴿٥٣٨﴾ ﴿٥٣٩﴾ ﴿٥٤٠﴾ ﴿٥٤١﴾ ﴿٥٤٢﴾ ﴿٥٤٣﴾ ﴿٥٤٤﴾ ﴿٥٤٥﴾ ﴿٥٤٦﴾ ﴿٥٤٧﴾ ﴿٥٤٨﴾ ﴿٥٤٩﴾ ﴿٥٥٠﴾ ﴿٥٥١﴾ ﴿٥٥٢﴾ ﴿٥٥٣﴾ ﴿٥٥٤﴾ ﴿٥٥٥﴾ ﴿٥٥٦﴾ ﴿٥٥٧﴾ ﴿٥٥٨﴾ ﴿٥٥٩﴾ ﴿٥٦٠﴾ ﴿٥٦١﴾ ﴿٥٦٢﴾ ﴿٥٦٣﴾ ﴿٥٦٤﴾ ﴿٥٦٥﴾ ﴿٥٦٦﴾ ﴿٥٦٧﴾ ﴿٥٦٨﴾ ﴿٥٦٩﴾ ﴿٥٧٠﴾ ﴿٥٧١﴾ ﴿٥٧٢﴾ ﴿٥٧٣﴾ ﴿٥٧٤﴾ ﴿٥٧٥﴾ ﴿٥٧٦﴾ ﴿٥٧٧﴾ ﴿٥٧٨﴾ ﴿٥٧٩﴾ ﴿٥٨٠﴾ ﴿٥٨١﴾ ﴿٥٨٢﴾ ﴿٥٨٣﴾ ﴿٥٨٤﴾ ﴿٥٨٥﴾ ﴿٥٨٦﴾ ﴿٥٨٧﴾ ﴿٥٨٨﴾ ﴿٥٨٩﴾ ﴿٥٩٠﴾ ﴿٥٩١﴾ ﴿٥٩٢﴾ ﴿٥٩٣﴾ ﴿٥٩٤﴾ ﴿٥٩٥﴾ ﴿٥٩٦﴾ ﴿٥٩٧﴾ ﴿٥٩٨﴾ ﴿٥٩٩﴾ ﴿٦٠٠﴾ ﴿٦٠١﴾ ﴿٦٠٢﴾ ﴿٦٠٣﴾ ﴿٦٠٤﴾ ﴿٦٠٥﴾ ﴿٦٠٦﴾ ﴿٦٠٧﴾ ﴿٦٠٨﴾ ﴿٦٠٩﴾ ﴿٦١٠﴾ ﴿٦١١﴾ ﴿٦١٢﴾ ﴿٦١٣﴾ ﴿٦١٤﴾ ﴿٦١٥﴾ ﴿٦١٦﴾ ﴿٦١٧﴾ ﴿٦١٨﴾ ﴿٦١٩﴾ ﴿٦٢٠﴾ ﴿٦٢١﴾ ﴿٦٢٢﴾ ﴿٦٢٣﴾ ﴿٦٢٤﴾ ﴿٦٢٥﴾ ﴿٦٢٦﴾ ﴿٦٢٧﴾ ﴿٦٢٨﴾ ﴿٦٢٩﴾ ﴿٦٣٠﴾ ﴿٦٣١﴾ ﴿٦٣٢﴾ ﴿٦٣٣﴾ ﴿٦٣٤﴾ ﴿٦٣٥﴾ ﴿٦٣٦﴾ ﴿٦٣٧﴾ ﴿٦٣٨﴾ ﴿٦٣٩﴾ ﴿٦٤٠﴾ ﴿٦٤١﴾ ﴿٦٤٢﴾ ﴿٦٤٣﴾ ﴿٦٤٤﴾ ﴿٦٤٥﴾ ﴿٦٤٦﴾ ﴿٦٤٧﴾ ﴿٦٤٨﴾ ﴿٦٤٩﴾ ﴿٦٥٠﴾ ﴿٦٥١﴾ ﴿٦٥٢﴾ ﴿٦٥٣﴾ ﴿٦٥٤﴾ ﴿٦٥٥﴾ ﴿٦٥٦﴾ ﴿٦٥٧﴾ ﴿٦٥٨﴾ ﴿٦٥٩﴾ ﴿٦٦٠﴾ ﴿٦٦١﴾ ﴿٦٦٢﴾ ﴿٦٦٣﴾ ﴿٦٦٤﴾ ﴿٦٦٥﴾ ﴿٦٦٦﴾ ﴿٦٦٧﴾ ﴿٦٦٨﴾ ﴿٦٦٩﴾ ﴿٦٧٠﴾ ﴿٦٧١﴾ ﴿٦٧٢﴾ ﴿٦٧٣﴾ ﴿٦٧٤﴾ ﴿٦٧٥﴾ ﴿٦٧٦﴾ ﴿٦٧٧﴾ ﴿٦٧٨﴾ ﴿٦٧٩﴾ ﴿٦٨٠﴾ ﴿٦٨١﴾ ﴿٦٨٢﴾ ﴿٦٨٣﴾ ﴿٦٨٤﴾ ﴿٦٨٥﴾ ﴿٦٨٦﴾ ﴿٦٨٧﴾ ﴿٦٨٨﴾ ﴿٦٨٩﴾ ﴿٦٩٠﴾ ﴿٦٩١﴾ ﴿٦٩٢﴾ ﴿٦٩٣﴾ ﴿٦٩٤﴾ ﴿٦٩٥﴾ ﴿٦٩٦﴾ ﴿٦٩٧﴾ ﴿٦٩٨﴾ ﴿٦٩٩﴾ ﴿٧٠٠﴾ ﴿٧٠١﴾ ﴿٧٠٢﴾ ﴿٧٠٣﴾ ﴿٧٠٤﴾ ﴿٧٠٥﴾ ﴿٧٠٦﴾ ﴿٧٠٧﴾ ﴿٧٠٨﴾ ﴿٧٠٩﴾ ﴿٧١٠﴾ ﴿٧١١﴾ ﴿٧١٢﴾ ﴿٧١٣﴾ ﴿٧١٤﴾ ﴿٧١٥﴾ ﴿٧١٦﴾ ﴿٧١٧﴾ ﴿٧١٨﴾ ﴿٧١٩﴾ ﴿٧٢٠﴾ ﴿٧٢١﴾ ﴿٧٢٢﴾ ﴿٧٢٣﴾ ﴿٧٢٤﴾ ﴿٧٢٥﴾ ﴿٧٢٦﴾ ﴿٧٢٧﴾ ﴿٧٢٨﴾ ﴿٧٢٩﴾ ﴿٧٣٠﴾ ﴿٧٣١﴾ ﴿٧٣٢﴾ ﴿٧٣٣﴾ ﴿٧٣٤﴾ ﴿٧٣٥﴾ ﴿٧٣٦﴾ ﴿٧٣٧﴾ ﴿٧٣٨﴾ ﴿٧٣٩﴾ ﴿٧٤٠﴾ ﴿٧٤١﴾ ﴿٧٤٢﴾ ﴿٧٤٣﴾ ﴿٧٤٤﴾ ﴿٧٤٥﴾ ﴿٧٤٦﴾ ﴿٧٤٧﴾ ﴿٧٤٨﴾ ﴿٧٤٩﴾ ﴿٧٥٠﴾ ﴿٧٥١﴾ ﴿٧٥٢﴾ ﴿٧٥٣﴾ ﴿٧٥٤﴾ ﴿٧٥٥﴾ ﴿٧٥٦﴾ ﴿٧٥٧﴾ ﴿٧٥٨﴾ ﴿٧٥٩﴾ ﴿٧٦٠﴾ ﴿٧٦١﴾ ﴿٧٦٢﴾ ﴿٧٦٣﴾ ﴿٧٦٤﴾ ﴿٧٦٥﴾ ﴿٧٦٦﴾ ﴿٧٦٧﴾ ﴿٧٦٨﴾ ﴿٧٦٩﴾ ﴿٧٧٠﴾ ﴿٧٧١﴾ ﴿٧٧٢﴾ ﴿٧٧٣﴾ ﴿٧٧٤﴾ ﴿٧٧٥﴾ ﴿٧٧٦﴾ ﴿٧٧٧﴾ ﴿٧٧٨﴾ ﴿٧٧٩﴾ ﴿٧٨٠﴾ ﴿٧٨١﴾ ﴿٧٨٢﴾ ﴿٧٨٣﴾ ﴿٧٨٤﴾ ﴿٧٨٥﴾ ﴿٧٨٦﴾ ﴿٧٨٧﴾ ﴿٧٨٨﴾ ﴿٧٨٩﴾ ﴿٧٩٠﴾ ﴿٧٩١﴾ ﴿٧٩٢﴾ ﴿٧٩٣﴾ ﴿٧٩٤﴾ ﴿٧٩٥﴾ ﴿٧٩٦﴾ ﴿٧٩٧﴾ ﴿٧٩٨﴾ ﴿٧٩٩﴾ ﴿٨٠٠﴾ ﴿٨٠١﴾ ﴿٨٠٢﴾ ﴿٨٠٣﴾ ﴿٨٠٤﴾ ﴿٨٠٥﴾ ﴿٨٠٦﴾ ﴿٨٠٧﴾ ﴿٨٠٨﴾ ﴿٨٠٩﴾ ﴿٨١٠﴾ ﴿٨١١﴾ ﴿٨١٢﴾ ﴿٨١٣﴾ ﴿٨١٤﴾ ﴿٨١٥﴾ ﴿٨١٦﴾ ﴿٨١٧﴾ ﴿٨١٨﴾ ﴿٨١٩﴾ ﴿٨٢٠﴾ ﴿٨٢١﴾ ﴿٨٢٢﴾ ﴿٨٢٣﴾ ﴿٨٢٤﴾ ﴿٨٢٥﴾ ﴿٨٢٦﴾ ﴿٨٢٧﴾ ﴿٨٢٨﴾ ﴿٨٢٩﴾ ﴿٨٣٠﴾ ﴿٨٣١﴾ ﴿٨٣٢﴾ ﴿٨٣٣﴾ ﴿٨٣٤﴾ ﴿٨٣٥﴾ ﴿٨٣٦﴾ ﴿٨٣٧﴾ ﴿٨٣٨﴾ ﴿٨٣٩﴾ ﴿٨٤٠﴾ ﴿٨٤١﴾ ﴿٨٤٢﴾ ﴿٨٤٣﴾ ﴿٨٤٤﴾ ﴿٨٤٥﴾ ﴿٨٤٦﴾ ﴿٨٤٧﴾ ﴿٨٤٨﴾ ﴿٨٤٩﴾ ﴿٨٥٠﴾ ﴿٨٥١﴾ ﴿٨٥٢﴾ ﴿٨٥٣﴾ ﴿٨٥٤﴾ ﴿٨٥٥﴾ ﴿٨٥٦﴾ ﴿٨٥٧﴾ ﴿٨٥٨﴾ ﴿٨٥٩﴾ ﴿٨٦٠﴾ ﴿٨٦١﴾ ﴿٨٦٢﴾ ﴿٨٦٣﴾ ﴿٨٦٤﴾ ﴿٨٦٥﴾ ﴿٨٦٦﴾ ﴿٨٦٧﴾ ﴿٨٦٨﴾ ﴿٨٦٩﴾ ﴿٨٧٠﴾ ﴿٨٧١﴾ ﴿٨٧٢﴾ ﴿٨٧٣﴾ ﴿٨٧٤﴾ ﴿٨٧٥﴾ ﴿٨٧٦﴾ ﴿٨٧٧﴾ ﴿٨٧٨﴾ ﴿٨٧٩﴾ ﴿٨٨٠﴾ ﴿٨٨١﴾ ﴿٨٨٢﴾ ﴿٨٨٣﴾ ﴿٨٨٤﴾ ﴿٨٨٥﴾ ﴿٨٨٦﴾ ﴿٨٨٧﴾ ﴿٨٨٨﴾ ﴿٨٨٩﴾ ﴿٨٩٠﴾ ﴿٨٩١﴾ ﴿٨٩٢﴾ ﴿٨٩٣﴾ ﴿٨٩٤﴾ ﴿٨٩٥﴾ ﴿٨٩٦﴾ ﴿٨٩٧﴾ ﴿٨٩٨﴾ ﴿٨٩٩﴾ ﴿٩٠٠﴾ ﴿٩٠١﴾ ﴿٩٠٢﴾ ﴿٩٠٣﴾ ﴿٩٠٤﴾ ﴿٩٠٥﴾ ﴿٩٠٦﴾ ﴿٩٠٧﴾ ﴿٩٠٨﴾ ﴿٩٠٩﴾ ﴿٩١٠﴾ ﴿٩١١﴾ ﴿٩١٢﴾ ﴿٩١٣﴾ ﴿٩١٤﴾ ﴿٩١٥﴾ ﴿٩١٦﴾ ﴿٩١٧﴾ ﴿٩١٨﴾ ﴿٩١٩﴾ ﴿٩٢٠﴾ ﴿٩٢١﴾ ﴿٩٢٢﴾ ﴿٩٢٣﴾ ﴿٩٢٤﴾ ﴿٩٢٥﴾ ﴿٩٢٦﴾ ﴿٩٢٧﴾ ﴿٩٢٨﴾ ﴿٩٢٩﴾ ﴿٩٣٠﴾ ﴿٩٣١﴾ ﴿٩٣٢﴾ ﴿٩٣٣﴾ ﴿٩٣٤﴾ ﴿٩٣٥﴾ ﴿٩٣٦﴾ ﴿٩٣٧﴾ ﴿٩٣٨﴾ ﴿٩٣٩﴾ ﴿٩٤٠﴾ ﴿٩٤١﴾ ﴿٩٤٢﴾ ﴿٩٤٣﴾ ﴿٩٤٤﴾ ﴿٩٤٥﴾ ﴿٩٤٦﴾ ﴿٩٤٧﴾ ﴿٩٤٨﴾ ﴿٩٤٩﴾ ﴿٩٥٠﴾ ﴿٩٥١﴾ ﴿٩٥٢﴾ ﴿٩٥٣﴾ ﴿٩٥٤﴾ ﴿٩٥٥﴾ ﴿٩٥٦﴾ ﴿٩٥٧﴾ ﴿٩٥٨﴾ ﴿٩٥٩﴾ ﴿٩٦٠﴾ ﴿٩٦١﴾ ﴿٩٦٢﴾ ﴿٩٦٣﴾ ﴿٩٦٤﴾ ﴿٩٦٥﴾ ﴿٩٦٦﴾ ﴿٩٦٧﴾ ﴿٩٦٨﴾ ﴿٩٦٩﴾ ﴿٩٧٠﴾ ﴿٩٧١﴾ ﴿٩٧٢﴾ ﴿٩٧٣﴾ ﴿٩٧٤﴾ ﴿٩٧٥﴾ ﴿٩٧٦﴾ ﴿٩٧٧﴾ ﴿٩٧٨﴾ ﴿٩٧٩﴾ ﴿٩٨٠﴾ ﴿٩٨١﴾ ﴿٩٨٢﴾ ﴿٩٨٣﴾ ﴿٩٨٤﴾ ﴿٩٨٥﴾ ﴿٩٨٦﴾ ﴿٩٨٧﴾ ﴿٩٨٨﴾ ﴿٩٨٩﴾ ﴿٩٩٠﴾ ﴿٩٩١﴾ ﴿٩٩٢﴾ ﴿٩٩٣﴾ ﴿٩٩٤﴾ ﴿٩٩٥﴾ ﴿٩٩٦﴾ ﴿٩٩٧﴾ ﴿٩٩٨﴾ ﴿٩٩٩﴾ ﴿١٠٠٠﴾

1- ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، ط01 (د ت ط)، ج 02، ص 516؛ ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1979م، ج 03، ص 303.

2- ابن عقيل، شرح ابن عقيل على ألفية ابن مالك، بيروت، لبنان، ط01، 1997م، ج 01، ص 271؛ حسين محمد نور الدين، الدليل إلى قواعد اللغة العربية، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، ط01، 1996م، ص 67.

هو اسم بمعنى المصالحة التي هي خلاف المخاصمة. واصله بمعنى الصلاح الذي هو بمعنى استقامة الحال⁽²⁾. أو هو إنهاء الخصومة فنقول صالحه وصالحا إذا صالحه وصافاه، ونقول صالحه على الشيء أي سلك معه مسلك المسالمة في الاتفاق وصلاح الشيء إذا زال عنه الفساد.

2- إصطلاحاً: لقد عرّف الفقهاء الصلح بتعاريف تشترك في معناها ومقصدها، والواضح أنها ترمي جميعها إلى رفع الخلاف وإزالة النزاع، وذلك بالتوفيق بين الخصمين. ومن هذه التعاريف ما يلي:

فالحنفية عرفوه أنه: "عقد لرفع المنازعة"⁽³⁾؛ أما المالكية فعرفوه أنه: "الانتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه"⁽⁴⁾؛ أما الشافعية: "هو العقد الذي تنقطع به خصومة المتخاصمين، أو عقدٌ يَحْصُلُ بِهِ ذَلِكَ"⁽⁵⁾؛ أما الحنابلة فعرفوه أنه: "معاقده يتوصّل بها إلى موافقةٍ بين مختلفين"⁽⁶⁾. ومعنى ذلك أنه، عقد يمكن به التوفيق بين مختلفين والإصلاح بينهما، بإزالة ما وقع بينهما من خلاف أو نزاع.

فغاية هذه التعاريف ومقصدها واحد، وهو رفع الخلاف وإزالة النزاع وقطع دابر الخصومة الواقعة بين الطرفين بطريقة تُرضيهما حفظاً للود وإبقاء للعلاقة الطيبة، "و العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني"⁽⁷⁾.

3- قانوناً: عرفه المشرع الجزائري من خلال المادة 459 من ق- م بأنه: "عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً، أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه".

1- سورة النساء، آية 35.

2- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، الصلح والإبراء، منشورات مكتبة النهضة بيروت، بغداد، ص 02.

3- العيني، البناية في شرح الهداية، ج 09، ص 03؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج 08، ص 423.

4- ابن عرفة الرصاع، شرح الحدود، ج 02، ص 421.

5- النووي، روضة الطالبين، ج 03، ص 427.

6- شرف الدين موسى المقدسي، الإقناع لطالب الاقتناع، تحقيق: عبد الله عبد المحسن التركي، بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات العربية الإسلامية، دار هجر، ط1، 01، 1997م، ج 02، ص 365.

7- أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، سورية، ط02، 1989م، ص 55.

أما المشرع المغربي فعرف في الفصل 1098 من ق- إ - ع - م، بقوله: "الصلح عقد بمقتضاه يحسم الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقعان قيامه، وذلك بتنازل كل منهما للآخر عن جزء مما يدعيه لنفسه أو بإعطائه مالاً معيناً أو حقاً".

وعرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة 1531 أنه: "عقد يرفع النزاع بالتراضي وينعقد بالإيجاب والقبول".

فإذا كان هذا هو شأن الصلح فإنه يتفق والتحكيم بأنهما عقدان بين متخصصين بقصد حل النزاع بالتراضي، ولذلك كل ما يجوز فيه الصلح يجوز فيه التحكيم، إلا أنهما يختلفان في أن التحكيم يتفق فيه الطرفان على المحكمين، أما الصلح فأطرافه هم الخصوم أنفسهم، كما أنه لا يشترط في التحكيم التنازل من الطرفين أو أحدهما، بخلاف الصلح الذي يشتمل غالباً على تنازلات، كما أن التحكيم نظام قضائي نظمه القانون، وتنطبق قواعده بمجرد عقد شرط التحكيم، ويلزم الأطراف بنتائجه وآثاره القانونية على خلاف الصلح، إذ هو نظام توفيقى يصل الأطراف فيه إلى نتيجة، ولا يلزم الأطراف إلا بعد الوصول إلى الحل وقبوله.

وخلاصة القول أنّ عقد الصلح يتم بين أطراف النزاع بإنهاء خلافاتهم بحيث يتنازل كل منهم عن حقه أو بعض حقه، أما التحكيم فإنه تعهد الطرفين بعرض خلافاتهم على من يقوم بحسمها بطريق القضاء، ثم إن عقد الصلح لا يقبل الطعن فيه، بينما حكم المحكم قد يتم الطعن فيه بطرق الطعن المقررة.

فالصلح فيه عنصران هما: وجود النزاع، والنزول عن ادعاءات متقابلة، أما التحكيم فلا يتضمن تنازلاً عن الحقوق في الغالب، فإن تمّ التنازل فهو بمثابة الصلح.

ثانياً- **مشروعية الصلح:** الصلح هو الدواء الناجع لإزالة الخلاف ورفع الخصومة، والسبيل الأمثل لحفظ العلاقات واستقرارها، وإدامة استمراريتها، على أسس المحبة والألفة والتعاون؛ فيه يُقطع دابر المنازعة، ويضع حداً للخصومة، ويعتبر وسيلة فعالة لزرع المودة والوئام بين أفراد المجتمع، ويحفظ العلاقات الأسرية والاجتماعية، ويُرسخ ثقافة الحوار والتسامح.

والأصل فيه الندب، فهو من حيث ذاته مندوب إليه لما فيه من إزالة الخلاف ورفع النزاع، ونشر المودة والتسامح، وقد يصبح واجبا إذا توقف عليه تحقيق مصلحة يقينية أو راجحة، كما قد يصبح حراما أو مكروهاً إذا كان يؤدِّي إلى مفسدة مؤكدة أو راجحة⁽¹⁾.

وقد ثبت مشروعية الصلح في كتاب الله وسنة نبيه وإجماع الصحابة.

1- من الكتاب: هناك آيات كثيرة تدعو إلى الصلح وتحث عليه، وتُبيِّن فضله وفوائده؛ إذ هو وسيلة ناجعة لتحقيق التآلف والتماسك، والوسائل لها أحكام المقاصد إيجابا وتحريما، ونذكر من هذه الآيات الدالة

على الصلح ما يلي: - قوله تعالى: [﴿وَإِن كُنْتُمْ فِي شَكٍّ مِنْ بَيْنِ أَيْدِيكُمْ أَوْ فِي شَكٍّ مِنْ خَلْفِكُمْ فَاصْلِحْ بَيْنَهُمَا إِنَّ الصَّلَاةَ وَالصَّدَقَاتِ وَالصَّلَاحَ كَانَتْ مِنْ أَعْيُنِ اللَّهِ وَلَئِنَّ عَظِيمًا لَكُنْتُمْ لَهُ غَافِقِينَ ﴾] . فهذه الآية تؤكد مشروعية الصلح بعبارة

النص، حيث نصت على أن الصلح خير، وكفى بالصلح عظمة، ومكانة، ومنزلة أن الله قد وصفه بالخيرية؛

وقوله تعالى أيضا: [﴿وَيَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَوَلَّى سِتْرًا فَلْيُتْلِ عَلَيْهِ ذِكْرًا لَئِن كُنْتُمْ عَلِيمِينَ ﴾] . فهذه الآية تؤكد مشروعية الصلح بعبارة النص، حيث نصت على أن الصلح خير، وكفى بالصلح عظمة، ومكانة، ومنزلة أن الله قد وصفه بالخيرية؛⁽²⁾

ففي هذه الآية بيان على أن من أفضل الأعمال الخيرية وأحبّها إلى الله تعالى الإصلاح بين الناس،

وذلك بإزالة الخلاف والخصام ورفع النزاع والشقاق، وحفظ المودة والألفة، والعلاقة الطيبة بينهم، فقولته

تعالى: [﴿... إِنَّ أَوْلَى النَّاسِ عُقُوبًا عَلَى مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ الَّذِينَ يَأْتِيكَ إِلَيْنَ فِي عُرْسٍ مُنْيَةٍ وَيُؤْتُونَكَ مِنْهَا حَتَّى يَمُوتُوا فَمَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ شَيْءٌ مِنْهَا وَتَلْظِقَ يَتْرُوبًا فَمَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ شَيْءٌ مِنْهَا ذَلِكَ يَتْلَقُ الْيَتَامَى وَالْيَتَامَى الْيَتَامَى وَالْيَتَامَى الْيَتَامَى ... ﴾] . وفي كل شيء يقع التداخي والاختلاف فيه بين المسلمين، وفي كل كلام يراد به وجه الله تعالى.

وقوله تعالى: [﴿... إِنَّ أَوْلَى النَّاسِ عُقُوبًا عَلَى مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ الَّذِينَ يَأْتِيكَ إِلَيْنَ فِي عُرْسٍ مُنْيَةٍ وَيُؤْتُونَكَ مِنْهَا حَتَّى يَمُوتُوا فَمَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ شَيْءٌ مِنْهَا وَتَلْظِقَ يَتْرُوبًا فَمَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ شَيْءٌ مِنْهَا ذَلِكَ يَتْلَقُ الْيَتَامَى وَالْيَتَامَى الْيَتَامَى ... ﴾] .

ف (المعروف) لفظ يعم الصدقة والإصلاح وغيرهما،

1- الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج 07، ص 03.
2- سورة النساء، الآية 128.
3- سورة النساء، الآية 114.

ولكن حُصِّت الصدقة والإصلاح بالذكر لما فيهما من فوائد جمة، من نشر المحبة بين الناس وتوطيد العلاقة الطيبة بينهم، بالصدقة، وحفظها من كل ما يُفسدها، وذلك بإزالة الخلاف والنزاع أو سوء التفاهم الذي قد يقع بينهم بالإصلاح⁽¹⁾.

2- من السنة النبوية: - ما رواه عمرو بن عوف أن الرسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما"⁽²⁾.

- وحديث أمِّ كلثوم بنت عُقبة أَخبرت أَنَّهَا سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يَقُولُ: "لَيْسَ الكَذَّابُ الَّذِي يُصَلِّحُ بَيْنَ النَّاسِ فَيَنْمِي (3) خَيْرًا، أَوْ يَقُولُ خَيْرًا"⁽⁴⁾.

لقد رفع صلى الله عليه وسلم في هذا الحديث الشريف الكذب عن من ينقل الكلام بين طرفين من أجل الإصلاح بينهما، لكونه يُخَبِّرُ كلاً منهما بما علمه من الخير، ويسكت عما علمه من الشر، وليس في هذا الخير شيءٌ من الكذب؛ إذ الكذب هو الإخبار بالشيء على خلاف حقيقته، وهو سكت عن ذلك⁽⁵⁾. " ولا ينسب لساكت قول"⁽⁶⁾.

1- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 07، ص 125؛ عبد الرحمن النعالي المالكي، تفسير الثعالبي المسمى بالجواهر الحسان في تفسير القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط01، 1997م، ج 02، ص 301.

2- أخرجه الترمذي في الجامع الكبير، بهذا اللفظ بزيادة الجملة الأولى وهي: "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما"، كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين المسلمين، رقم 1353، ج 03، ص 27؛ وأخرجه الحاكم في المستدرک عن كثير بن زيد عن الوليد بن رباح عن أبي هريرة، بلفظ (المسلمون على شروطهم على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما والصلح جائز بين المسلمين)، في كتاب البيوع، باب المسلمون والصلح جائز، ج 02، ص 49.

3- يُقال نَمِئْتُ حديث فلان، مخففا - أي بدون تشديد الميم- إلى فلان أُنمِيه نَمِيًا إذا بَلَغته على وجه الإصلاح وطلب الخير،... ونمى خيراً أي بَلَغ خيراً؛ ابن منظور، لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير وآخرون، دار المعارف، باب النون، ج 06، ص 4552.

4- الإمام البخاري، صحيح البخاري، تشرف بخدمته والعناية به: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، بيروت، لبنان، ط01، 1422هـ، كتاب الصلح، باب ليس الكاذب الذي يُصلح بين الناس، ج 03، ص 183، رقم الحديث: (2692).

5- ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تقديم وتحقيق وتعليق: عبد القادر شبيبة الحمد، ط01، 2001م، كتاب الصلح، باب ليس الكاذب الذي يُصلح بين الناس، ج 05، الحديث الرقم (2692) ص 353.

6- محمد الزرقا، شرح القاعد الفقهيّة، المرجع السابق، ص 337.

3- ومن الإجماع: فقد ثبت إجماع الصحابة والفقهاء المسلمون على مشروعية الصلح بين الخصوم؛ بالجملة لما فيه من الخير والفوائد التي لا تُحصى ولا تُعد، إذ به تزول العداوة والشقاق وبه يُقطع دابر الخصومة والنزاع وبه تستمر الألفة والتواصل بين الناس.

ثالثاً- الحكمة من مشروعية الصلح: إن الله عز وجل شرع الصلح لإزالة الفساد ونبدأ للفرقة باستئصال أسبابها المؤدية إليها من شقاق ونزاع وخلاف واقع أو محتمل الوقوع، ومن أجل حفظ المودة والألفة والعلاقة الطيبة بين المسلمين، حرم الله تعالى ونبيه صلى الله عليه وسلم الفرقة وكل الأسباب المؤدية إليها، وذلك مصداقاً لقوله تعالى: [﴿لَا يَجْرِمَنَّكُمْ شِقَاقَ الَّذِينَ بَدَأُوا شِقَاقَ بَعْضِهِم مُّبْرَأِينَ وَالَّذِينَ آمَنُوا لَأُخَافُوا السُّبْحَانَ كَمَا لَعَنُوا السُّبْحَانَ إِذْ عَلِمُوا مَا بَدَأُوا فَآمَنُوا﴾]⁽¹⁾؛ وقوله أيضاً: [﴿لَا يَجْرِمَنَّكُمْ شِقَاقَ الَّذِينَ بَدَأُوا شِقَاقَ بَعْضِهِم مُّبْرَأِينَ وَالَّذِينَ آمَنُوا لَأُخَافُوا السُّبْحَانَ كَمَا لَعَنُوا السُّبْحَانَ إِذْ عَلِمُوا مَا بَدَأُوا فَآمَنُوا﴾]⁽²⁾.

أمّا من السنة النبوية قوله صلى الله عليه وسلم قال: "إِيَّاكُمْ وَالظَّنَّ فَإِنَّ الظَّنَّ أَكْذَبُ الْحَدِيثِ، وَلَا تَحَسَّسُوا وَلَا تَحَسَّسُوا، وَلَا تَحَاسَدُوا وَلَا تَبَاغَضُوا، وَلَا تَدَابَرُوا، وَكُونُوا عِبَادَ اللَّهِ إِخْوَانًا"⁽³⁾؛ لقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث الشريف عن الأسباب المؤدية إلى الفرقة وذكر منها الظن الذي لا دليل له ويؤدي إلى إلحاق الضرر بالمظنون به، نهى أيضاً عن تتبع عورات الناس والتجسس عليهم والبحث عن أسرارهم، فهذه الصفات القبيحة تؤدي إلى العداوة والبغضاء والفرقة بين الناس، كما نهى عن التحاسد والتدابير المؤديان إلى الشقاق والخلاف والنزاع، ومقابل ذلك أمرهم بالأخوة التي لا تتحقق إلا باتخاذ أسبابها من محبة ورحمة وشفقة وتعاون، وعطف وحنان وتآلف فيما بينهم.

الفرع الثاني

إجراءات الصلح وسلطة القاضي في فض النزاع

إن قيام القاضي بمحاولة الصلح بين الزوجين من صميم النظام العام، على ما يتضح من الصياغة الآمرة التي استعملها المشرع طبقاً لأحكام المادة 49 ق- أ، والتي تنص على: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم

1- سورة آل عمران، الآية 103.

2- سورة الأنفال، الآية 46.

3- صحيح مسلم، باب النهي عن التحاسد، ج 08، ص 08؛ صحيح البخاري، كتاب الأدب، باب ما ينهي عن التحاسد.

بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (03) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين؛ تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة؛¹ وما أكدته المادة 439 من ق - إ - م - إ، بقولها: "محالات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية".

واضح من خلال نصوص المواد سالفة الذكر أن المشرع الجزائري يتجه نحو تقييد حق الزوج في الطلاق، وعليه فإننا نعتقد أمام هذا الإغفال أن إجراءات الصلح في دعاوى الزواج والطلاق واجبة، وعلى القاضي المختص بنظر موضوع الدعوى أن يستدعي الزوجين معاً إلى مكتبه بواسطة رئيس كتاب الضبط، وذلك بمجرد تسجيل الدعوى وطرحها عليه، وأن يعين لهما جلسة خاصة في تاريخ محدد، يسمع فيها مزاعم كل واحد منهما تجاه الآخر، ثم يحاول أن يصلح بينهما بإظهاره لمساوى النزاع ومضار الفرقة، وبيان محاسن الألفة والتفاهم والانسجام والتسامح المتبادل، من أجل ضمان حياة زوجية هادئة لصالحهما ولصالح أولادهما ولصالح استمرار علاقة القرابة والمصاهرة بين عائلي الزوجين؛ وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 15 / 11 / 2006 بقولها: "محاولة الصلح في دعوى الطلاق، تتم وجوبا أمام المحكمة فقط"⁽¹⁾؛ وهو ما أكدته في قرار آخر لها: "من المقرر قانوناً أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون، ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين، دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين قد أخطئوا في تطبيق القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون ضده"⁽²⁾.

كما أنه من صلاحيات قاضي شؤون الأسرة، الاستماع إلى كل زوج على انفراد ثم معاً؛ ومنه يمكن بناء على طلب الزوجين حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح؛ ويمكن للقاضي أن يجري عدة جلسات صلح متكررة وليست جلسة واحدة، وذلك حتى يحاول خلالها ثني أحد الطرفين أو إقناعهما بالرجوع عن التفكير في الطلاق، والعودة إلى حياة المودة والوئام ونبذ التشاجر والخصام، على شرط أن لا يتجاوز مدة محاولات الصلح ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى بالطلاق.

1- المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 15 / 11 / 2006، ملف رقم 372130، م - م - ع، عدد 02، 2006، ص 463.

2- المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 18 / 06 / 1991، ملف رقم 75141، م - ق، عدد 01، 1993، ص 65.

وهكذا، فإن للقاضي - وفي إطار سلطته التقديرية- أن يقوم بالإجراء الملائم لطبيعة كل نزاع على حدى؛ وإجراءات الصلح عمليا تجعلنا أمام فرضيتين هما؛ إما نجاح الصلح، وإما فشله:

1- نجاح الصلح: إذا نتج عن إجراءات الصلح التي باشرها القاضي في إطار حل النزاع القائم بين الزوجين، حرر به محضر من طرف أمين الضبط تحت إشراف القاضي، ومن ثم يمكن للزوجين الاستمرار في حياتهما الزوجية؛ والمحضر هو عبارة عن وثيقة رسمية لا يمكن الطعن فيها إلا بالزور، وهو عبارة عن سند تنفيذي، يمثّل الحكم القضائي في هذا الصدد؛ وهذا ما نصت عليه المادة 443 من ق- إ- م- إ، بقولها: "يثبت الصلح بين الزوجين بموجب محضر، يحرر في الحال من أمين الضبط تحت إشراف القاضي، يوقع المحضر من طرف القاضي وأمين الضبط والزوجين ويودع بأمانة الضبط؛ يعد محضر الصلح سندا تنفيذيا...".

ومن هنا فإن توصل القاضي للإصلاح بين الزوجين، عليه أن يثبت ذلك في محضر من طرف كاتب الضبط الذي يكون قد حضر جلسات محاولات الصلح يوقعه كل من القاضي وأمين الضبط والزوجين؛ لكي يصبح سندا تنفيذيا، يستعين به القاضي في حالة النزاع مرة أخرى.

2- فشل الصلح: إذا تعذر الإصلاح بين الزوجين، فعلى القاضي أن يحاول مرة ثانية إذا تبين له جدوى من محاولة الصلح، فإذا فشل مرة ثانية ورأى أن هناك إمكانية للوصول إلى إصلاح ذات البين فله الحق في إجراء محاولة صلح ثالثة ورابعة، لأن القانون خوله الحق في إجراء عدة محاولات للصلح قبل الطلاق، على أن لا يتجاوز ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، ويجب على الزوج رافع الدعوى حضور محاولات الصلح، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 14 / 01 / 2009 بقولها: "يجب على الزوج الطالب فك الرابطة الزوجية، حضور جلسة الصلح شخصيا، تحت طائلة رفض دعواه"⁽¹⁾؛ وتمثل سلطة القاضي التقديرية في حالة فشل في محاولة الصلح بين الزوجين فإنه يحرر محضرا بما توصل إليه، ويوقعه مع أمين الضبط والزوجين، ثم يحيل القاضي الملف إلى الجلسة لمناقشة موضوع الدعوى؛ وذلك طبقا لأحكام المادة 443 / 2 من ق- إ- م- م، بقولها: "...في حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له، يشرع في مناقشة موضوع الدعوى".

فإن تخلف الزوج الآخر عن حضور جلسات محاولات الصلح دون اعتذار فإنه ذلك يعني القاضي من الانتظار، ويعفيه من تجديد محاولات الصلح وتعتبر محاولات الصلح فاشلة وغير منتجة، فيحرر محضرا

1- المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 14 / 01 / 2009، ملف رقم 474956، م- م- ع، عدد 02، 2009، ص 271.

بفشلها، يشير فيه إلى تخلف الزوج الممتنع دون عذر، ذلك أنه عندما تفشل محاولاته ينتقل بالضرورة إلى الحكم بالطلاق إذا توفرت أسبابه، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 23 / 10 / 1997 حين قضت: " إن عدم حضور أحد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجرائها عدة مرات يجعل القاضي ملزماً بالفصل في الدعوى رغم عدم حضور أحدهما، لأن المادة 49 من قانون الأسرة تحدد مهلة إجراء الصلح بثلاثة أشهر"⁽¹⁾.

من هنا فإن فشل القاضي في مسعاه - أي الإصلاح بين الزوجين - يترتب عليه وجوب تحرير محضر بما توصل إليه من نتائج يلحق بملف الدعوى، وأن يحيل الطرفين إلى حضور الجلسة علانية، تنعقد ضمن الجلسات المقررة للمحكمة، وعندئذ يقع النقاش في الموضوع ثم يصدر القاضي حكمه وفقاً للإجراءات العادية.

وفي الأخير يمكن القول بأن المشرع الجزائري قد ألزم القاضي على إجراء محاولات الصلح بين الزوجين في مادة الطلاق، وهو أن يقوم القاضي باقناع الزوج طالب الطلاق للتراجع عن طلبه، كون محاولة الصلح تعد عنصراً من العناصر الشكلية لممارسة الحق الإرادي.

أما في التشريع المغربي فقد نص على إجراءات الصلح بين الزوجين في المادتين 81 و 82 من م- أ- م ؛ حيث تنص المادة 81 بقولها: " - تستدعي المحكمة الزوجين لمحاولة الإصلاح؛ - إذا توصل الزوج شخصياً بالاستدعاء ولم يحضر، اعتبر ذلك منه تراجعاً عن طلبه؛ - إذا توصلت الزوجة شخصياً بالاستدعاء ولم تحضر، ولم تقدم ملاحظات مكتوبة، أخطرتها المحكمة عن طريق النيابة العامة بأنها لم تحضر سيتم البت في الملف.

إذا تبين أن عنوان الزوجة مجهول، استعانت المحكمة بالنيابة العامة للوصول إلى الحقيقة، وإذا ثبت تحايل الزوج، طبقت عليه العقوبة المنصوص عليها في المادة 361 من القانون الجنائي بطلب من الزوجة".

ما يتضح لنا من خلال مقتضيات هذه المادة أن التوصل بالاستدعاء يجب أن يكون شخصياً للطرفين معاً⁽²⁾، وأن الزوجة إذا ما توصلت ولم تحضر وجب إخطارها مرة ثانية بواسطة النيابة العامة⁽¹⁾، وإذا ما قررت عدم الحضور وجب عليها أن تقدم ملاحظاتها بشأن ذلك إلى المحكمة بكيفية كتابية.

1- المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 23/10/1997، ملف رقم 174132، ن - ق، عدد 55، 1999، ص 179.
2- حياذا عن الفصل 38 من ق- م - م، الذي يسمح بتسليم الاستدعاء إلى المعني بالأمر شخصياً أو إلى أحد أقاربه أو خدمه أو لكل شخص آخر يسكن معه.

غير أنه متى اتضح أن الزوج قد استعمل وسائل احتيالية كي لا يمكن إعلام الزوجة بالاستدعاء، توبع طبقاً لمقتضيات الفصل 361 من القانون الجنائي⁽²⁾، بناءً على شكوى تتقدم بها الزوجة.

وعند حضور الطرفين، تجري المناقشات سرّاً داخل غرفة المشورة⁽³⁾، بما في ذلك الاستماع إلى الشهود ولمن ترى المحكمة فائدة في الاستماع إليه.

وللقاضي أن يقوم بكل الإجراءات، بما فيها انتداب حكمين أو مجلس العائلة⁽⁴⁾، أو من يراه مؤهلاً للإصلاح بين الزوجين، وفي حالة وجود أولاد، يقوم القاضي بمحاولتين للصلح لا بمحاولة وحدة، تفصل بينهما مدة لا تقل عن شهر (30 يوماً) طبقاً لأحكام المادة 82 من م - أ - م⁽⁵⁾.

- 1- وتستعين المحكمة بالنيابة العامة متى ظل عنوان الزوجة مجهولاً.
- 2- ينص الفصل 361 من مجموعة القانون الجنائي على: "من توصل، بغير حق، إلى تسلم إحدى الوثائق المشار إليها في الفصل السابق، أو حاول ذلك، إما عن طريق الإدلاء ببيانات غير صحيحة، وإما عن طريق انتحال اسم كاذب أو صفة كاذبة، وإما بتقديم معلومات أو شهادات أو إقرارات غير صحيحة، يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة من مائتين إلى ثلاثمائة درهم...".
- 3- غرفة المشورة: هو مكان موجود داخل المحكمة يتم التداول فيه بكيفية غير علنية، وأحياناً تجري مناقشة القضية أو سماع الشهود داخلها، متى قرر المشرع ذلك بكيفية صريحة كما فعل في الفقرة الأولى من المادة 82 من م - أ - م.
- 4- نصت المادة 2/251 من م - أ - م، بقولها: "يحدث مجلس العائلة تناط به مهمة مساعدة القضاء في اختصاصه المتعلقة بشؤون الأسرة ويحدد تكوينه ومهامه بمقتضى نص تنظيمي". من خلال المادة الأولى من مرسوم رقم 88 - 04 - 02 يبين أن مجلس العائلة يتكون من القاضي رئيساً، والأب والأم أو الوصي أو المقدم، أربعة أعضاء يعينهم الرئيس من بين الأقارب والأصهار بالتساوي من جهة الزوجين وإذا تعذر تشكيلهم أمكن تكوين مجلس العائلة من جهة واحدة.=
- = ويملك الرئيس سلطة في اختيار الأعضاء اللذين سيكونون مجلس العائلة الذي يشترط فيهم لزوماً أن يكونوا كامل الأهلية أما توفر باقي الشروط فهو أمر موكل للسلطة التقديرية للقاضي الذي يعينهم مراعيًا في ذلك درجة قرابتهم ومكان إقامتهم وسنهم وعلاقتهم بالأسرة. كما أن للرئيس الصلاحية في تغيير أي عضو من أعضاء مجلس العائلة عند الاقتضاء حسب المادة الثالثة من المرسوم.
- وعند اجتماع مجلس العائلة فإن كل ما يتمخض عنه من نتائج يجرى في محضر رسمي في سجل خاص من قبل كاتب الضبط الذي يحضر الاجتماع، ويوقع مباشرة عند انعقاد الاجتماع من طرف الرئيس والأعضاء، ويشار إلى امتناع هؤلاء عند الاقتضاء أو إلى وجود مانع من التوقيع. وتجدر الإشارة إلى أن مهام مجلس العائلة لا تعدو أن تكون مجرد مهام استشارية تصب في خانة خدمة مصلحة الأسرة وعو ماتنص عليه المادة السابعة من المرسوم، إضافة إلى إبداء الرأي في كل ماله علاقة بشؤون الأسرة، ومن نافلة القول أن مجلس العائلة يعد آلية مهمة في إطار مسطرة الصلح ويلعب دوراً مهماً لمساعدة القضاء في إيجاد الحلول وإبداء الرأي قصد إنقاذ الأسرة ولم شملها.
- 5- تنص المادة 82 من م - أ - م، على: "عند حضور الطرفين، تجري المناقشات بغرفة المشورة، بما في ذلك الاستماع إلى الشهود ولمن ترى المحكمة فائدة في الاستماع إليه. للمحكمة أن تقوم بكل الإجراءات، بما فيها انتداب حكمين أو مجلس العائلة، أو من تراه لإصلاح ذات البين، وفي حالة وجود أطفال تقوم المحكمة بمحاولتين للصلح تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً، إذا تم الإصلاح بين الزوجين حرر به محضر وتم الإشهاد به من طرف المحكمة".

وتجدر الإشارة إلى أن القاضي في هذه الحالة الأخيرة غير ملزم بالإجراءات المشار إليها ضمن مقتضيات المادة السالفة الذكر؛ وإنما له ذلك في إطار سلطته التقديرية، إذ قد توجد أمامه أوضاع لا ينفع فيها لا إجراء ولا غيره، وإن كان اتخاذ مثل هذا الموقف يحتاج إلى تعليل.

وإذا ما قرر القاضي القيام بالإجراءات أعلاه، له أن يختار منها ما يراه ملائماً لكل حالة على حدة، بل ويمكن أن يلجأ إلى إجراءات أخرى، لأن ما ورد ضمن المادة 82 من م - أ - م، إنما ورد على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر⁽¹⁾.

وهكذا، فإن على القاضي - وفي إطار سلطته التقديرية - أن يقوم بالإجراء الملائم لطبيعة كل نزاع على حدى؛ فإذا نتج عن الإجراءات التي باشرها القاضي في إطار الإصلاح بين الزوجين، حرر به محضر وتم الإشهاد به من جانب المحكمة، وهذا المحضر هو عبارة عن وثيقة رسمية لا يمكن الطعن فيها إلا إذا كانت مزورة، وهو عبارة عن سند تنفيذي يشبه الحكم القضائي.

أما في حالة عدم نجاح الإصلاح بين الزوجين، فإن القاضي يحدد للزوج مبلغاً نقدياً يودعه بكتابة الضبط بالمحكمة - قسم الأسرة - خلال مدة لا تتجاوز شهراً، ويمثل هذا المبلغ مستحقات الزوجة والأولاد الذين هو ملزم بالإفناق عليهم قانوناً، حسب مقتضيات المادة 83 من م - أ - م⁽²⁾؛ وهذا ما قضت به محكمة الاستئناف بأكادير المغربية بقولها: "الإذن الصادر عن المحكمة الابتدائية بإيداع المبلغ مستحقات الزوجة والأولاد؛ الطعن فيه... لا".

هذا الإذن لا يعدو أن يكون مجرد إجراء من الإجراءات المسطرية التي يتحتم على سلوكها في مسطرة الطلاق لترتب عنه الأثر القانوني المنصوص عليه في المادة 86 من م - أ - م، وهو في حد ذاته غير قابل للطعن سواء في إطار القواعد العامة أو في إطار مدونة الأسرة، ما دام المشرع قصر إمكانية الطعن فقط في القرار الصادر وفقاً للمادة 88 من م - أ - م⁽³⁾.

وفي الأخير يمكن القول بأن المشرعان المغربي والجزائري اتفقا على ضرورة إجراء الصلح بين الزوجين قبل الفصل في دعوى الطلاق، إلا أن هناك اختلافاً بسيطاً بين المشرعين، حيث أن المشرع الجزائري نص

1- محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط 02، 2009 م، ج 02، ص 61.

2- محمد الكشور، المرجع نفسه، ص 62.

3- محكمة الاستئناف بأكادير، قرار بتاريخ 18/03/2008م، مجلة قضاء الأسرة، عدد 04 / 05 / 2009م، ص 233؛ نقلاً عن: محمد

الشافعي، المرجع السابق، ص 73.

على إجراء عدة محاولات الصلح بين الزوجين، بخلاف نظيره المغربي الذي نص على إجراء محاولة الصلح مرة واحدة أو مرتين في حالة وجود أطفال.

أما في التشريع المصري فقد اعتمد على نظام الصلح من خلال المادة 18 من قانون رقم 01 لسنة 2000 الخاص بإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية بقولها: "تلتزم المحكمة في دعاوى الولاية على النفس بعرض الصلح على الخصوم، ويعد من تخلف عن حضور جلسة الصلح - مع علمه بما - بغير عذر مقبول رافضا له. وفي دعاوى الطلاق والتطليق لا يحكم بما إلا بعد أن تبذل المحكمة جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز عن ذلك، فإن كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما ولا تزيد على ستين يوما".

ما نراه أن المشرع المصري وضع التيسيرات بعرض الصلح على الخصوم، وذلك في دعاوى الولاية على النفس - دون الولاية على المال - وهو أمر وجوبي، وليس جوازيا للقاضي، وذلك مثل دعاوى المتعلقة بالحضانة أو الرؤية أو النفقة أو المهر أو الجهاز، وكذلك دعاوى الطلاق والتطليق والخلع، ويجب على القاضي أن يبذل الجهد في فض النزاع على وجه يرضي الطرفين، خاصة في دعاوى الطلاق والتطليق، وذلك إذا كان للزوجين ولد أو أكثر، فهنا يجب على القاضي عرض الصلح مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين (30) يوما ولا تزيد على ستين (60) يوما، بل يمكن للقاضي عرض الصلح أكثر من مرتين، كما أن المشرع المصري لم يبين الإجراءات الواجب إتباعها في عرض الصلح، وأعطى لمحكمة الأسرة عرض الصلح في أي مرحلة كانت بها الدعوى، واعتبر المشرع أن الخصم المتخلف عن جلسة الصلح رافضا له إذا كان تخلفه عن الحضور بدون عذر مقبول، وهذا يعتبر بمثابة رفض ضمني للصلح، وهنا يجب على القاضي أن يثبت بمحضر الجلسة ما يفيد ذلك وينتقل لنظر القضية تمهيدا لإصدار حكم فيها. أما إذا لم يعرض القاضي الصلح على الخصوم في منازعات الولاية على النفس فإن الحكم الصادر فيها يكون باطلا، وذلك لسيره على إجراءات باطلة⁽¹⁾.

فالمشرع المصري ألزم القاضي عرض الصلح وهو ما أكدته محكمة النقض في هذا الصدد بأن التزام القاضي بعرض الصلح مرتين في حالة وجود أبناء قبل الحكم بالطلاق أو التطليق وفقا للمادة 18 سالف الذكر، مخالفة ذلك، مؤداه مخالفة القانون، علة ذلك، السعي للإصلاح إجراء جوهرية لصيق بالنظام العام؛

1- أحمد عوض هندي، القانون الإجرائي في مسائل الأحوال الشخصية، مقصد التيسير الإجرائي، مقالة منشورة في دورة المقاصد الشرعية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2009م، ص 15 - 16.

أثره لمحكمة النقض أن تعرض له من تلقاء نفسها ما دامت عناصره تحت نظر محكمة الموضوع. قضاء المحكمة بالتطبيق دون التدخل بعرض الصلح على الزوجين رغم وجود أبناء؛ خطأ⁽¹⁾.

كما قضت محكمة النقض بأن الشرع قد أوجب في المادة 18 السالفة الذكر على المحكمة في دعاوى الطلاق أو التطلق أن تبذل جهداً في محاولة الصلح بين الزوجين فإذا كان لهما ولد، تلتزم بعرضه مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً ولا تزيد عن ستين يوماً إلا أنه لم يرسم طريقاً معيناً لبذل الجهد في محاولة الصلح، وكان عرض المحكمة الصلح على الطرفين وما بيديه كل منهما من قبوله أو رفضه ما يتضمن في طياته بذلاً لجهداً للحيلولة دون فصرى الزوجية⁽²⁾.

وبصدور قانون إنشاء محاكم الأسرة رقم 10 لسنة 2004 م، حيث ينص في مادته 05 على: " تنشأ بدائرة اختصاص كل محكمة جزئية مكتب - أو أكثر - لتسوية المنازعات الأسرية، تتبع وزارة العدل، ويضم عدداً كافياً من الأخصائيين القانونيين والاجتماعيين والنفسيين الذين يصدر بقواعد اختيارهم قرار من وزير العدل بعد التشاور مع الوزراء المعنيين.

ويرأس كل مكتب أحد ذوى الخبرة من القانونيين وغيرهم من المختصين في شؤون الأسرة المقيدين في جدول خاص يعد لذلك في وزارة العدل، ويصدر بقواعد وإجراءات وشروط القيد في هذا الجدول قرار من وزير العدل".

من هنا يتضح لنا أن المشرع المصري هو أول قانون عربي ينشئ محاكم الأسرة وينص على إنشاء مكاتب التسوية وذلك من أجل فض النزاعات الأسرية، وي طرح ملف القضية أمام مكاتب التسوية قبل عرضها أمام محكمة الأسرة.

وبالنسبة لمهمة مكاتب التسوية للمنازعات الأسرية تقوم بدور بذل مساعي التوفيق بين الأطراف المتنازعة بهدف الوصول إلى الصلح كلما أمكن؛ وذلك في مرحلة سابقة على التقاضي أي قبل اللجوء لمحاكم الأسرة، وتقوم هيئة المكتب بالاجتماع بأطراف النزاع وسماع أقوالهم وتتولى هيئة المكتب تبصرة الخصوم بجوانب النزاع المختلفة وآثار ذلك على الطرفين وما بينهما من أولاد؛ وتعمل بقدر المستطاع على

1- نقض 24 / 01 / 2004، المستحدث ومجموعة من المبادئ التي قررتها دوائر الأحوال الشخصية ودوائر طلبات رجال القضاء بمحكمة النقض، 01 / 10 / 2003 حتى سبتمبر 2004، ص 32؛ نقلا عن: عبد المنعم أحمد سلطان عيد، إتحاف المشرع في حل المنازعات الأسرية، مقالة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، عدد خاص، 2010، ص 493 - 494.

2- الطعن رقم 578 لسنة 75 ق - أحوال الشخصية، جلسة 18 / 06 / 2007؛ نقلا عن: عبد المنعم أحمد سلطان عيد، المرجع نفسه، ص 494.

تقريب وجهات النظر المتعارضة بهدف التوصل إلى تسوية النزاع صلحا بين الأطراف المتنازعة في مرحلة تسبق مرحلة التقاضي⁽¹⁾.

أما فيما يخص مدى إلزام الأطراف باللجوء إلى مكاتب تسوية منازعات الأسرة، فإن المشرع المصري لم يجعل ذلك رخصةً أو سلطة إختيارية لأطراف النزاع، بل أوجب على من يرغب في إقامة دعوى بشأن مسائل الأحوال الشخصية، التي تختص بها محاكم الأسرة، أن يقدم طلباً لتسوية النزاع إلى المكتب المختص.

وتقضي المحكمة بعدم قبول الدعوى التي ترفع ابتداءً إليها، دون تقديم طلب التسوية إلى مكتب تسوية المنازعات الأسرية المختصة لتولي مساعي التسوية بين أطرافها طبقاً لأحكام المادة 08 من القانون 10 لسنة 2004، إلا أن المشرع المصري لم يجعل الحكم بعدم قبول الدعوى وجوبياً يتعين على المحكمة أن تقضي به، بل خولها أن تأمر بإحالة الدعوى إلى المكتب المختص للقيام بمهام التسوية⁽²⁾.

إلا أنه ليست جميع دعاوى أو مسائل الأحوال الشخصية يتعين فيها التقدم بطلب التسوية أولاً كشرط لقبول الدعوى، وهو ما أكدته المادة 06 من القانون رقم 10 لسنة 2004، التي لا تجيز اللجوء إلى مكاتب التسوية في المنازعات التي لا يجوز فيها الصلح⁽³⁾، والدعاوى المستعجلة ومنازعات التنفيذ والأوامر الوقتية.

أما فيما يخص مقر مكاتب التسوية فإنها تنشأ بدائرة إختصاص كل محكمة جزئية مكتب أو أكثر لتسوية المنازعات الأسرية؛ ويتأثر كل مكتب واحد من ذوي الخبرة من القانونيين أو من غيرهم من المتخصصين في شؤون المقيدين في جدول خاص يعد لذلك في وزارة العدل ويصدر بقواعد الأسرة

1 - ولا شك أن إنشاء هذه المكاتب وقيامها بمحاولة تسوية النزاع صلحاً بين أطرافها، في مرحلة سابقة على اللجوء إلى محاكم الأسرة، من شأنه أن يكون عاملاً مساعداً للتخفيف عن كاهل محاكم الأسرة، بوضع حد للنزاعات الأسرية بإنائها صلحا بالتوفيق بين أطرافها، مما يقلل من اللجوء إلى المحاكم، وهذا يخفف بدوره العبء الملقى على القضاة، فضلاً عما تحققه مكاتب التسوية على الصعيد الاجتماعي برأب تصدع الأسرة، والمحافظة على الروابط الأسرية، والعمل على إستقرارها والتوفيق بين أطرافها.

2 - وهدف المشرع المصري من ذلك تيسير الإجراءات، وسرعة الفصل في هذه واختصار الوقت والتسهيل على المتقاضين، فإذا رأت المحكمة أن هذه الدعوى من الدعاوى التي يجوز فيها الصلح فلها أن تأمر بإحالتها إلى مكتب التسوية المختص أو تقضي بعدم القبول؛ فالإحالة إلى المكتب المختص بالتسوية مكنة للمحكمة حولها المشرع إياها؛ سحر عبد الستار، محكمة الأسرة، دار النهضة العربية، ط 02، 2007م، ص 126 - 127.

3 - فلا يجوز التصالح على الزواج بإحدى المحرمات نسباً أو مصاهرة أو رضاع، أو الصلح على تورات بين المسلم وغير المسلم لمخالفة ذلك للنظام العام؛ وأيضاً في الدعاوى المستعجلة، ومنازعات التنفيذ الجبري، والأوامر الوقتية.

وإجراءات وشروط القيد في هذا الجدول قرار من وزير العدل⁽¹⁾؛ وتشكل مكاتب التسوية من أخصائيين قانونيين، إجتماعيين والنفسيين⁽²⁾.

وفي الأخير، يمكن القول بأن نجاح الصلح كنظام بديل لتسوية الخلافات الأسرية، رهين بمدى الاستعداد الذي يمكن أن تبديه الأطراف المتنازعة في التفاوض والتصالح، وتسوية النزاع واستيعابهم لجدوى هذه العدالة اللينة، والسريعة والفعالة والتي لا تتطلب أية شكلية للحصول على رضی الطرفين.

وإنما المهم أن يكون هناك اتفاق على اللجوء لهذه الوسيلة من طرف المتنازعين؛ فهان تطبيقها مقبول ونجاح التجربة رهين بتوعية الفاعلين في الحقل القضائي والقانوني، والمجتمع المدني وتفهم الجهة التشريعية لهذه الثورة القضائية الإيجابية والفعالة، التي تهدف إلى الحفاظ على مصالح الأطراف من أجل صياغة الاتفاق في جو من التراضي والإقناع ودون أن يخلف النزاع رواسب

وبذلك فإنخاذ الحلول البديلة لفض النزاعات أصبح مطلباً ملحاً وممكناً لتلافي تراكم القضايا بمحاكمنا إذا توفرت النوايا الحسنة وتكاثفت الجهود على مختلف الواجهات.

المطلب الثاني

إجراءات التحكيم ومدى مساهمة الحكامين والقاضي في فض النزاع

إن العدل في قطع المنازعات والفصل فيها هو أساس القضاء الذي هو: "أجل العلوم قدراً وأعزها مكاناً وأشرفها ذكراً..."، ولذلك أصبح القضاء في الدولة هو صاحب الولاية العامة في القيام بالوظيفة

1 - المادة 05 من القانون رقم 10 لسنة 2004 ، المتعلق بإنشاء محاكم الأسرة.

2 - فقد نص المشرع المصري عن تشكيل هذه المكاتب من النوعيات الآتية: أ - الأخصائيين القانونيين والذين يصدر عنهم بقواعد اختيارهم قرار من وزير العدل؛ ب - الأخصائيين الاجتماعيين والنفسيين وهما في كلتا الحالتين ينص المشرع على وجود تقريرين اجتماعي ونفسي في كل دعوى، ويتم اختيارهم بعد التشاور مع وزير الصحة والشؤون الاجتماعية؛ ج - أن تصدر بقواعد وإجراءات وشروط القيد في هذه الجداول قرارات من وزير العدل.

القضائية، ولكن هذه الولاية لم تمنع الدولة من منع القضاء من نظر منازعات، معينة مع إعطاء الأفراد أو الهيئات مهمة الفصل في بعض المنازعات.

هذا الاستثناء هو التحكيم الذي أصبح يمثل دوراً وملموساً سواء على المستوى الوطني أو الدولي؛ هذا ما دعا المهتمين في الدول العربية والإسلامية إلى البحث في هذا الموضوع لحل مشكلة قضايا الأحوال الشخصية التي ترد إلى محاكم الأحوال الشخصية وتزدحم بها ساحات القضاء، فمنهم من يرى ضرورة حل هذه المشاكل بطريق آخر غير الوصول لساحات القضاء⁽¹⁾.

ف نجد أن دولة الإمارات العربية المتحدة قد أنشأت في محاكمها قسماً سمته التوجيه الأسري من مهامه عند عرض قضية على قسم الأحوال الشخصية لا تسجل في السجلات، بل يوجه الزوج أو الزوجة إلى شخص اسمه الموجه الأسري، الذي يتصل بالطرف الآخر لبحث المشكلة، حيث يناقش مع الزوجين هذه المشكلة ثم يقدم تقريراً للقاضي.

أما في مصر فقد أخذ المشرع منحى آخر حيث صدر القانون رقم 10 لسنة 2004 المتعلق بإنشاء محاكم الأسرة، والتي تلتزم بنظر الدعاوى المتعلقة بمنازعات الأحوال الشخصية. وما يهمنا في هذا السياق هو مكتب تسوية المنازعات الأسرية التابع لهذه المحاكم، والذي يتولى تقديم النصح والإرشاد لأطراف النزاع في محاولة لتسويته ودياً حفاظاً على كيان الأسرة، حيث إن تقديم طلب التسوية أمر ملزم بموجب المادة 09 من قانون محاكم الأسرة، فإذا تم الصلح حرر محضر بذلك، وإذا لم يتم الصلح يحرر محضر أيضاً، ويرسل إلى قلم كتاب محكمة الأسرة المختصة؛ وذلك للسير في الإجراءات القضائية.

أما في التشريع الجزائري، فقد نص على التحكيم للإصلاح بين الزوجين في حال تفاقم الخصام بينهما ما لم يثبت الضرر، طبقاً لأحكام المادة 56 من ق- أ، بقولها: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكيمين للتوفيق بينهما.

يعين القاضي الحكيمين، حكماً من أهل الزوج وحكما من الزوجة، وعلى هذين الحكيمين أن يقدموا تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين"؛ وهو ما أكدته عليه المادة 446 من ق- إ - م - إ، بقولها: "إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أي يعين حكيمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة".

1 - الشيخ حسن الجفري، كلمته في التقرير الصادر عن الندوة العلمية حول دور البحث الاجتماعي في محاكم الأحوال الشخصية، بيروت، سنة 2002م، ص 10.

ومنه لا بد من معرفة أساس التحكيم في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري والمقارن، وذلك على نحو الآتي:

الفرع الأول

ماهية التحكيم

سنتناول في هذا الفرع إلى تعريف التحكيم (أولاً)؛ ثم نبين بعد ذلك مشروعية التحكيم (ثانياً)؛ وفي الأخير نتطرق إلى أهمية التحكيم (ثالثاً).

أولاً - تعريف التحكيم: 1- لغة: مصدر حكم، يقال حَكَّمه في الأمر تحكيماً، أي أمره أن يحكم فاحتكم وتحكم، يعني جاز فيه حكمه، واستحكم فلان في مال فلان، إذا جاز فيه حكمه. وحكمت الرجل؛ أي فوضت الحكم إليه، ويقال: حكمته إلى حاكم؛ أي خاصمته إليه، ودعوته لحكمه. ومن اختاره الطرفان للتحاكم إليه يسمى حكماً، أو محكماً، أو حاكماً، ويسمى أطراف النزاع المحكم فيه، محتكماً أو محكماً بكسر الكاف وتشديدها⁽¹⁾.

كما يفيد المنع أيضاً، تقول: أحكمت فلانا أي منعته، وبه سمي الحاكم لأنه يمنع الظلم⁽²⁾.

ويطلق الحكم على من يختار للفصل بين المتنازعين. كما في قوله تعالى: [﴿وَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ مَا أَدَّبْتُم بِهِمْ أَنْ يَحْتَدُوا بِهَا شَذُوًّا كَثِيراً﴾]⁽³⁾

يتبين من التعريف اللغوي أنّ التّحكيم يفيد تفويض الأمر للغير، وكذلك رفع الأمر للحاكم للفصل في المنازعات بين المتخاصمين.

1 - البستاني، معجم وسيط اللغة العربية، مكتبة لبنان، ج 02، ص 223؛ أنيس إبراهيم، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، دار المعارف، مصر، ط02، 1973م، ص 190.
2 - ابن منظور، لسان العرب، ج 12، ص 141.
3 - سورة النساء، الآية 35.

2- اصطلاحاً: ذكر الفقهاء عدة تعاريف للتحكيم ولكنها تصب في قالب واحد ولا تخرج عن مضمون واحد؛ فقد جاء الحاوي الكبير: "إذا حكم خصمان رجلاً من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعا في بلد فيه قاض أو ليس فيه قاض جاز"⁽¹⁾، وقال ابن قدامة: "إذا تحاكم رجلان إلى رجل حكماه بينهما ورضياه وكان ممن يصلح للقضاء فحكم بينهما جاز"⁽²⁾.

وعرفه ابن نجيم بأنه: "تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما برضاهما"⁽³⁾. وعرفه محمد مذكور سلام: "بأنه اتفاق الخصوم على تولى رجل أو أكثر أهلاً في أن يفصل فيما تنازعا بحكم الشرع دون القاضي المولى"⁽⁴⁾؛ وعرفه مصطفى الزرقاء بأنه: "عقد بين طرفين متنازعين يجعلان فيه برضاهما شخصاً آخر حكماً بينهما للفصل في خصوماتهما بدلاً من القاضي"⁽⁵⁾.

وقد عرفته مجلة الأحكام العدلية: "بأنه عبارة عن اتخاذ الخصمين آخر حاكماً برضاهما، لفصل خصوماتهما ودعواهما، ويقال لذلك حكم ومحكم"⁽⁶⁾.

ويتضح من عبارات الفقهاء في اعتبار التحكيم بين طرفي الخصومة، وإحالة لطرف ثالث ليفصل فيما تنازعا عليه، أي أنها تولية خاصة في نزاع محدد.

وهذه العبارات أثارت الجدل حول طبيعة التحكيم في الشريعة الإسلامية حيث انقسمت الآراء إلى ثلاثة آراء وهي:

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى ترجيح الطبيعة القضائية للتحكيم، وسندهم في ذلك أن المحكم بمنزلة القاضي المولى، وحكمه بمنزلة حكم القاضي في التنفيذ، وأن حكم المحكم لا ينقض إلا بما يقض به حكم القاضي، وقد اشترطوا في المحكم ما يشترط في القاضي من صفات⁽⁷⁾.

الرأي الثاني: وذهب بعض المالكية إلى اعتبار المحكم وكياً بحيث عرفوا الوكالة بأنها: "تصح في كل أمر يقبل النيابة شرعاً وهو ما لا يتعين فيه المباشرة يوكل فيه". فتتفق الوكالة مع التحكيم في أن كلاهما من

1 - الماوردى، الحاوي الكبير، ج 16، ص 325.

2 - ابن قدامة، المغني، ج 07، ص 92.

3 - ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 07، ص 24.

4 - محمد مذكور سلام، القضاء في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 131.

5 - مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج 01، ص 619.

6 - علي حيدر، المرجع السابق، ص 02.

7 - السرخسي، المبسوط، ج 16، ص 111.

العقود الجائزة غير اللازمة، وأن كلاً منهما يقوم على الرضا، ويعتبران نوعاً من الولاية. ففي الوكالة لا يملك الوكيل مباشرة عمله إلا بإذن الموكل ورضاه، وفي حدود ما وكل به وفي النطاق الذي رسم له، وفي التحكيم لا تتعد له هذه الولاية إلا برضا المحكّمين عليه⁽¹⁾.

الرأي الثالث: وذهب بعض فقهاء الحنفية إلى إضعاف طابع مستقل للتحكيم أعطوه طبيعة مختلطة، فقالوا أن المحكم يشبه القاضي في عمله باستقلال عن إرادة الخصوم حتى ولو كانوا هم الذين اختاروه، ويشبه عمل الوكيل من جهة أخرى في كون إرادة الخصوم هي المنشأة لسلطة المحكم⁽²⁾.

من هنا يمكن تعريف التحكيم بين الزوجين في اصطلاح الفقهاء هو: "تولية الزوجين المتنازعين رجلين من أهلها للإصلاح بينهما والفصل في خصومتها".

ثانياً - مشروعية التحكيم: قبل البدء ببيان مشروعية التحكيم بين الزوجين فإن من المناسب بيان أقوال الفقهاء في التحكيم على وجه العموم، باعتبار أنّ التحكيم بين الزوجين فرع من الفروع التي يفعل فيها التحكيم، فذهب علماء الشافعية إلى أن التحكيم جائز في التشريع الإسلامي، فذكر الشريبي أنه لو حكّم خصمان رجلاً في غير حدّ من حدود الله تعالى جاز مطلقاً بشرط أهلية القضاء، وجاء في روضة الطالبين أن جمهور الفقهاء يجيزون التحكيم، ونقل الإمام الغزالي أنه يشترط في أمور أخرى، ومنها: عدم وجود قاض بالبلد، وقيل - عند الشافعية - يختص بمال دون قصاص، نكاح ونحوها... إلخ⁽³⁾.

وخلاصة القول أنّ المذهب الحنفي والمالكي والشافعي والظاهر عند الحنابلة، أجازوا تولية المحكّم، فحين يرى الشافعية في قول أنه لا يجوز؛ لما من الافتيات على الإمام ونوابه، وقد نقل الغزالي تقييده بعدم وجود قاضي البلد.

أما التحكيم في الشقاق بين الزوجين فقد اتفق الفقهاء على جوازه⁽⁴⁾، وقد ثبتت مشروعيته في كتاب الله عز وجل وفي السنة النبوية، كما يدل الإجماع والأثر على مشروعيته.

1 - الزيلعي، تبين الحقائق شرح الكنز، ج 04، ص 193.

2 - الجصاص، أحكام القرآن، ج 02، ص 232.

3 - ابن الهمام، شرح فتح القدير، ص 315 وما بعدها؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 04، ص 136؛ الشريبي، مغني المحتاج، ج 06، ص 268؛ النووي، روضة الطالبين، ج 11، ص 121؛ البهوتي، كشف القناع، ج 06، ص 309.

4 - السرخسي، المبسوط، ج 21، ص 62؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 04، ص 136؛ الشريبي، مغني المحتاج، ج 06، ص 268؛ البهوتي، كشف القناع، ج 06، ص 309.

1- من الكتاب: إن الأدلة في القرآن الكريم على مشروعية التحكيم متعددة سواء بصفة عامة أو بصفة خاصة في منازعات الأحوال الشخصية.

أ- قوله تعالى: [﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَوَلَّيْتُمْ فَاذْكُرُوا الْوَعْدَ الَّذِي لَكُمْ وَتَلَاؤْتُمْ بِهِ وَكَانَ الْعَدْلُ أُقْرَبُ إِلَيْكُمْ أَن تَذَكَّرُوا ﴾]⁽¹⁾.

إن العناية الإلهية بالأسرة تتجسد لنا في هذه الآية الكريمة، فقد شرع الله التحكيم عند الخوف من وجود الشقاق بين الزوجين؛ وذلك لمحاولة إنقاذ كيان الأسرة، وبالتالي المحافظة على المجتمع؛ لأن الأسرة هي نواة المجتمع الذي لا يستقيم إلا باستقرار هذه النواة.

وجه الدلالة: إن الآية صريحة في مشروعية التحكيم في حالة وجود الشقاق بين الزوجين، فهي الوسيلة الأنجع لعلاج الصدع الذي يهدد كيان الأسرة، وقد قال القاضي أبو بكر بن العربي: "وهي من الآيات الأصول في الشريعة"، كما قال القرطبي: "إن هذه الآية دليل على إثبات التحكيم في حالة الشقاق بين الزوجين"⁽²⁾، ولما جاز التحكيم في حق الزوجين دل ذلك على جواز التحكيم في سائر الخصومات والدعاوى⁽³⁾. فكان الحكم من الحكمين بمنزلة حكم القاضي المقلد⁽⁴⁾.

وقال ابن عباس في هذه الآية: "هذا في الرجل والمرأة إذا تفسد الذي بينهما، أمر الله أن تبعثوا رجلاً صالحاً من أهل الرجل، ورجلاً مثله من أهل المرأة فينظران أيهما المسيء فإن كان الرجل هو المسيء حجبوا عنه امرأته وقسروه على النفقة، وإن كانت هي المسيئة قسروها على زوجها ومنعوا النفقة"⁽⁵⁾.

عليه نرى أن الفقهاء اتفقوا على وجوب التحكيم في حالة الشقاق بين الزوجين، بل ذهبوا إلى أكثر من ذلك حيث اعتبروا هذه الآية هي الأصل في مشروعية التحكيم بصفة عامة.

1 - سورة النساء، الآية 35.

2 - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 05، ص 179.

3 - الإمام حسام الدين عمر بن عبد العزيز بن مازة البخاري الحنفي، شرح أدب القاضي، الدار العربية للطباعة، بغداد، 1978م، ج 04، ص 58.

4 - الكاساني، بدائع الصنائع، ج 09، ص 408.

5 - الشوكاني، فتح القدير، ج 01، ص 463.

ب- قوله تعالى: [﴿وَالَّذِينَ يَتَّبِعُونَ الرَّسُولَ طَائِعِينَ مَلِكِينَ لَا يُغْنِي عَنْهُمْ كَثْرَتُ ثَرْوِهِمْ وَلَا يَضُرُّهُمْ فَقْرٌ وَلَا كَثْرَةٌ ۚ ذَٰلِكَ صِغَارُ الضَّالِّينَ ۚ﴾] قوله تعالى: [﴿وَالَّذِينَ يَتَّبِعُونَ الرَّسُولَ طَائِعِينَ مَلِكِينَ لَا يُغْنِي عَنْهُمْ كَثْرَتُ ثَرْوِهِمْ وَلَا يَضُرُّهُمْ فَقْرٌ وَلَا كَثْرَةٌ ۚ ذَٰلِكَ صِغَارُ الضَّالِّينَ ۚ﴾] (1).

وجه الدلالة: لقد أعطى الله سبحانه وتعالى الخيار لنبيه صلى الله عليه وسلم في التحكيم لأهل الكتاب إذا ما جاءوا محتكمين إليه، فله أن يحكم بينهم أو يعرض عنهم، وليس في الإعراض ضرراً عليه، وهذا دليل على أن حكام المسلمين مخيرون بين الأمرين في حال تحاكم أهل الكتاب إلينا، وأن هذا التحاكم هو تحاكم إلى الكتاب حيث إن الرسول في حكمه على الزانيين بإقامة الحد قد أخذ بما جاء بالتوراة أي أنه لم يحكم بعلمه (2).

ب- من السنة: ثبتت مشروعية التحكيم من السنة بأحاديث كثيرة منها:

1- روى مسلم عن بريدة: "أن رسول صلى الله عليه وسلم كان إذا أمر أميراً على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله ومن معه من المسلمين خيراً، ثم قال: وإذا حاصرت أهل حصن فأرادوك أن تنزلهم على حكم الله، فلا تنزلهم على حكم الله ولكن أنزلهم على حكمك، فإنك لا تدري أتصيب حكم الله فيهم أم لا" (3).

2- وما أخرجه بن الجوزي في التحقيق: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "من حكم اثنين تراضيا عليه فلم يعدل بينهم فهو ملعون" (4)، فعليه لعنة الله" (5).

وجه الدلالة: في الحديث دلالة على مشروعية التحكيم ولزوم العمل به شرعاً في حالة قبول الأطراف له، حيث ينتج عن عدم التزام العدل في الحكم إلى لعنة الله، وهذه دلالة صريحة على أهمية التحكيم.

1- سورة المائدة، الآية 42.

2- الطبري، جامع البيان عن تأويل آيات القرآن، ج 05، ص 242.

3- محمد بن حسن الشيباني، السير الكبير للشيباني، ج 02، ص 590.

4- ابن قدامة، المغني، ج 10، ص 94.

5- الحديث رواه أبوبكر، البهوتي، كشاف القناع، ج 06، ص 309.

ج- من الإجماع: لقد ثبت منذ عهد الصحابة رضي الله عنهم أنهم قد التجأوا إلى التحكيم كوسيلة لفض النزاعات، قال السرخسي: "والصحابه مجتمعون على جواز التحكيم"⁽¹⁾.

ويقول الزيلمي: "وهو جائز - يعني التحكيم - بالكتاب والسنة وإجماع الأمة"⁽²⁾. وقال الشيخ الشربيني: "ولو حكم خصمان رجلاً غير قاض (في غير حد الله) من مال أو غيره جاز مطلقاً على التفاصيل الآتية بشرط أهلية القضاء، ولا يشترط عدم القاضي لأنه وقع لجمع من كبار الصحابة ولم ينكره أحد، قال الماوردي: فكان إجماعاً"⁽³⁾.

د- من الأثر: ما وقع في عهد الصحابة رضي الله عنهم العديد من المنازعات في وقائع مختلفة قضت بالتحكيم، التي سنذكر بعض منها على سبيل الدلالة فيما يتعلق بالتحكيم في الشقاق بين الزوجين.

1- يروى أن عقيلاً تزوج فاطمة بنت عتبة فتخاصما فجمعت ثيابها ومضت إلى عثمان، فبعث حكماً من أهله عبد الله بن عباس وحكماً من أهلها معاوية، فقال ابن عباس: لأفرق بينهما، وقال معاوية: ما كنت لأفرق بين شيخين من بني عبد مناف، فلما بلغا الباب كانا قد غلقا الباب واصطلحا⁽⁴⁾.

2 - ما رواه الشعبي: أن امرأة نشزت على زوجها فاخصما إلى شريح، فقال: ابعثوا حكماً من أهلها، فنظر الحكمان في أمرها فرأيا أن يفرقا بينهما، فكره الرجل، فقال شريح: ففيم كان اليوم؟ وأجاز قول الحكامين⁽⁵⁾؛ وحكموا في الكثير من الوقائع. وهذه كلها أدلة قاطعة على مشروعية التحكيم.

ثالثاً- أهمية التحكيم: تكمن أهمية التحكيم في النقاط الآتية:

1- إن اللجوء إلى التحكيم تخليص المتخاصمين من إجراءات طويلة ومعقدة تتطلبها الإجراءات الشكلية في المحاكم، كما فيه تيسير على الناس حيث لا يتكبدون عناء الذهاب والإياب إلى المحاكم، وإنما يختصر كل ذلك بأيسر وأسهل الطرق عن طريق وجود محكم يرضى الجميع وقد تمّ اختياره من قبل المعنيين بالأمر المحتكم فيه.

1- السرخسي، المبسوط، ج 01، ص 62.

2- الزيلمي، تبين الحقائق، ج 04، ص 193.

3- الشربيني، مغني المحتاج، ج 04، ص 378.

4- ابن قدامة، المغني، ج 08، ص 169.

5- الطبري، جامع البيان عن تأويل آيات القرآن، ج 05، ص 74.

- 2- إنّ التحكيم يؤدي إلى تلافي الحقد بين المتخاصمين - الزوجين وأهلتهما - ؛ لأن حسم النزاع سيكون بعد التراجع بطيب خاطر بين الجانبين بواسطة أناس حائزين لثقتهم التامة.
- 3- اللجوء إلى القضاء تكون فيه المشاحنات التي تنشأ بين الخصوم، بعكس التحكيم الذي ربما يؤدي إلى نتيجة فيها محبة وعدم كره بين الجميع، إذا أتقن المحكم عمله.
- 4- إنّ التحكيم عادة هو هيئة فيها خبرة فنية من جهة موضوع النزاع، بحيث يشارك التجار في بحث النزاع التجاري، ويشارك الأطباء في بحث النزاع الطبي... إلخ، والتحكيم في النزاع والشقاق يشارك المختصون في الشؤون الأسرية، فلا يقتصر بحث النزاع على القضاة وحدهم بل يكون في التحكيم عادة إلى جانب القاضي رجل اختصاص في النزاع موضوع البحث.
- 5- إنّ التحكيم أياً كان شكله بقي خاضعاً لرقابة القضاء الذي يجب أن يعطي للحكم الصيغة التنفيذية ليصبح نافذاً.
- 6- إنّ الطبيعة القانونية للتحكيم تتمثل في كونه مزدوج الطبيعة، فهو قضاء من جهة وتعاقد من جهة أخرى، وعادة كل ما هو تعاقدى ليس قضائياً، وكل ما هو قضائي ليس تعاقدياً ولكن التحكيم يجمع الصفتين⁽¹⁾.
- 7- يستخدم الحكمان من الأساليب ما لا يستعمله القاضي للإصلاح بين المتخاصمين، ومن ذلك: أ - ترغيب المتخاصمين في فضائل فض النزاع؛ ب - ترهيبهما من عدم فضّ النزاع، وأنّ النزاع من تدخل الشيطان بينهما؛ ج - تذكيرهما بالآخرة وأحوالها وأهوالها، لدفعهم للتصالح ودفع الخصومة؛ د - استخدام وسائل التأثير عليهما بالاستعانة بأقاربهما، أو استخدام أولاد المتخاصمين للتأثير على نفسيتهما، وتذكيرهما بمستقبل أولادهما في حال استمرار الخصومة والنزاع، وفي حال حصول الطلاق.

الفرع الثاني

دور الحكّمين في الإصلاح بين الزوجين

لما كان الغرض من الحياة الزوجية إقامة أسرة مستقرة عنّي التشريع الإسلامي بيان ما يجب أن يكون إذا تصدع ائتلاف الزوجين، وهو بعث حكّمين من أهله وأهلها يبذلان غاية جهدهما في جمع الشتات

1- عامر علي رحيم، التحكيم بين الشريعة والقانون، ط 1987م، ص 44 - 46.

ثانياً- مدى سلطة الحكّمين في التفريق: إذا نزل الزوجان عند غرض الحكّمين، وتصالحا فيما بينهما فقد تحقق بهذا مقصد الحكّمين وغرض الشارع من قبل، عندها يأتّمناهما على بعضهما البعض، ويتركانهما على ذلك، أما إذا فشلا في مهمتهما فهل لهما أن يفرّقا أم أنّهما لا يملكان ذلك إلا بتوكيل من الزوجين؟ للإجابة عن هذا السؤال نستعرض أقوال الفقهاء في مدى سلطة الحكّمين في التفريق؟ وقد اختلف الفقهاء في حق الحكّمين في التفريق على رأيين:

الرأي الأول: على الحكّمين أن يسعيا في الإصلاح بين الزوجين، فإن قدرا على ذلك عملا به، وإن عجزا يجوز لهما أن يفرّقا دون توكيل من الزوجين أو أمر من القاضي، وممن قال بهذا القول عثمان وعلي وابن عباس ومعاوية من الصحابة رضوان الله عليهم، ومن التابعين النخعي والشعبي؛ وبه قال مالك: "وذلك أحسن ما سمعت من أهل العلم أن الحكّمين يجوز قولهما بين الرجل وامرأته في الفرقة والاجتماع"⁽¹⁾؛ ورواية عن الشافعية⁽²⁾، ورواية عن أحمد⁽³⁾.

فمن المالكية قال ابن الحاجب⁽⁴⁾: "وعليهما أن يصلحا، فإن لم يقدر، فإن كان المسيء الزوج فرّقا بينهما، وإن كانت الزوجة ائتمناه عليها، أو خالعا له بنظرهما وإن كانت منهما خالعا له لما يخفّ في نظرهما"⁽⁵⁾؛ وقال صاحب المنتقى: "ووجه نظر الحكّمين: أن ينظرا في أمرهما، فإن رأيا الإساءة من قبل الزوج فرّقا بينهما، وإن رأيا الإساءة من قبل المرأة تركاهما واستأمناه عليها وإن كان من قبلهما جميعا فرّقا على بعض ما أصدقها ولا يستوعب له"⁽⁶⁾.

وجاء في مغني المحتاج من الشافعية: "وفي قول: حكمان موليان من جهة الحاكم لتسميتهما في الآية حكّمين"⁽⁷⁾.

1- الباجي، المنتقى، ج 05، ص 404.

2- الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج 02، ص 488.

3- ابن قدامة، المغني، ج 10، ص 264.

4- ابن الحاجب: هو أبو عثمان بن أبي بكر المعروف بابن الحاجب المصري الدمشقي ثم الاسكندري كان أبوه حاجبا للملك عز الدين الصالح، توفي 646 هـ / 1044م).

5- ميارة، شرح ميارة على التحفة، ج 01، ص 196.

6- الباجي، المنتقى، ج 04، ص 114.

7- الشريبي، مغني المحتاج، ج 03، ص 261.

الرأي الثاني: لا يجوز لهما التفريق لكون الحكمين وكيلين عن الزوجين ولا يجوز لهما التفريق إلا بوكالة من الزوجين، لأن الطلاق إلى الزوج وبذل المال إلى الزوجة فلا يجوز إلا بإذنهما. فمهمتهما الإصلاح فحسب، وبه قال الحنفية والشافعية وفي رواية الثانية عن أحمد، والظاهرية⁽¹⁾.

وفي هذا يقول أبو بكر الجصاص: "قال أصحابنا ليس للحكمين أن يفرقا إلا برضا الزوجين، لأن الحاكم لا يملك ذلك فكيف يملكه الحكمان، والحكمين وكيلان لهما⁽²⁾؛ وقال ابن حزم: "وليس لهما أن يفرقا بين الزوجين لا يخلع ولا بغيره⁽³⁾".

واستدل أصحاب هذا الرأي بنفس الآية التي استدلت بها أصحاب الرأي الأول. قال الشافعي: في وجه الاستدلال بالآية: وذلك أن الله عز وجل إنما ذكر أنهما أن يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما ولم يذكر تفريقا⁽⁴⁾.

الترجيح: إن المقصد الأساسي من بعث الحكمين هو إعادة الصفاء والوفاق بين الزوجين فإن عجزا عن تحقيق ذلك فمن المصلحة أن لا يتركاها على ذلك من الخصام لما فيه من فساد بين يعود عليهما وعلى أولادهما بالضرر البالغ، فمن الأحسن أن تُحل هذه الرابطة عسى أن يهيء الله لكل منهما من تستقر معه نفسه وتطمئن إليه، وذلك لقوله تعالى: [﴿لَا يَجْرِمَنَّكُمْ شُرَاطِكُمْ لِيَسْتَوِيَا فِي الدِّينِ لَكُمُ الْمَوْتُ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنْكُمْ لَأَعْمَىٰ﴾]⁽⁵⁾.

وبعد عرض آراء الفقهاء في مدى سلطة الحكمين في التفريق يتضح لنا - والله أعلم - رجحان الرأي الثاني الذي لا يجيز للحكمين التفريق، وذلك لكونهما يعتبران مساعدين للقاضي، وليس هما القاضي نفسه الذي له السلطة التفريق.

الفرع الثالث

سلطة القاضي في تعيين الحكمين في التشريع الجزائري والمقارن

- 1- الجصاص، أحكام القرآن، ج 02، ص 191؛ الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج 02، ص 488؛ ابن قدامة، المغني، ج 07، ص 264؛ ابن حزم، المحلى، ج 10، ص 87.
- 2- الجصاص، أحكام القرآن، ج 02، ص 191.
- 3- ابن حزم، المحلى، ج 10، ص 87.
- 4- الشافعي، الأم، ج 05، ص 94.
- 5- سورة النساء، الآية 130.

لا يتصور أن يعرض نزاع على محكمين إلا باتفاق طرفي النزاع اتفاقاً واضحاً على اللجوء إليه، فتوافق إرادة الطرفين هو أساس التحكيم ومصدر سلطة المحكمين.

وعقد الزواج شأنه شأن باقي العقود، يترتب عليه التزامات على الطرفين؛ ومن المتصور أن تخضع المنازعات المتعلقة به للتحكيم، وإن كان له طابع خاص نظراً لطبيعة العقد المرتبطة به، وحيث إن التحكيم جائز شرعاً وقانوناً في منازعات الأحوال الشخصية.

فإذا عجز القاضي عن الصلح وهو المطلوب في كل دعاوى الطلاق والتطليق، فهو ملزم على انتداب الحكمين، وذلك لاتخاذ إجراءات التحكيم في الدعوى بين الزوجين، وهذا ما نصت عليه أحكام المادة 56 من ق-أ، بقولها: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما. يعين القاضي الحكمين، حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين".

ومن استقراء نص هذه المادة يتبين لنا أن المشرع لم يوضح بشكل دقيق كيفية تعيين الحكمين، وما إذا كانت إجراءات التحكيم يجب أن تكون بعد محاولات إجراءات الصلح أو أثناءها إلى غير ذلك من الإشكاليات.

إلا أن المشرع الجزائري بين ذلك من خلال المادة 446 من ق-أ - م-إ، بقولها: "إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة".

من هنا يتضح لنا أن التحكيم بين الزوجين أمر وجوبي وإلزامي في دعاوى الطلاق، والرجوع إلى بيت الزوجية، وذلك عند اتساع هوة الخصام والشقاق بينهما ما لم يثبت عن ذلك ضرر أثناء الخصومة.

وعليه فإذا توفر شرط تفاقم الخصام وشرط عدم ثبوت الضرر، فإنه يجب على القاضي قبل النظر في موضوع الدعوى ومباشرة الفصل فيها أن يعمل على إصلاح ذات البين، ذلك بتعيين حكمين؛ وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 25 / 12 / 1989 بقولها: "من المقرر قانوناً أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، وعند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق، وإذا اشتد الخصام بين الزوجين وعجزت الزوجة عن إثبات الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما. ومن ثم، فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون".

ولما كان ثابتاً - في قضية الحال - أن المجلس القضائي لما قضى بالطلاق دون مراعاة أحكام المواد التالية: 39 - 55 - 56 (ق- أ) يكون بقضائه كما فعل خالف القانون وتجاوز اختصاصه.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه⁽¹⁾.

بالنسبة لتعيين الحكّمين فالقاضي يعينهما سواء من تلقاء نفسه تطبيقاً للقانون أو بناءً على طلب الزوجين، ويجب عليه أن يراعي قرابتهما من الزوجين، إضافة إلى تأثيرهما عليهما، وقدرة كل منهما على حل النزاع، وهنا تتجسد سلطة القاضي في اختيار الحكّمين العدلين الذين يمكن لهما حل النزاع المطروح⁽²⁾.

أما فيما يخص مهمة الحكّمين فإنها محددة من القاضي، وتتحصر بتقصي أسباب الخلاف والوقوف على حقيقته ومعرفة الطرف المتضرر المظلوم، والطرف المتسبب في الضرر، وبتدارس الحكّمان الحلول الممكنة ويصلحان بينهما إن رأياً الخير والمصلحة في ذلك، لتعود الحياة الزوجية إلى الطبيعي، وتزول أسباب الخلاف والشقاق بتذكير كل منهما بواجبه تجاه الآخر، وتنبهه إلى موضع الخطأ الذي ينبغي اجتنابه، وتوضيحات من مجلس العائلة إن وجدوا. وهنا يجب أن يستخدم الحكّمان وجهتهما، وقوة شخصيتهما في التأثير على موقف الزوجين عليهما بشتى السبل لرفع الشقاق بينهما، وهذا ما نصت عليه أحكام المادة 447 من ق- م- إ، بقولها: "يطلع الحكّمان القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة".

فإذا توصل الحكّمان اللذان كانت مهمتهما التوفيقية والإصلاحية إلى إيجاد حل للنزاع، فعليهما أن يقدموا تقريراً مفصلاً إلى القاضي الذي عينهما في أجل لا يتعدى الشهرين؛ ويتضمن هذا التقرير النتائج والاقتراحات التي توصل إليها لحسم الخلاف؛ وهو ما أكدت عليه المادة 448 من ق- م- إ، بقولها: "إذا تم الصلح من طرف الحكّمين، يثبت ذلك في محضر، يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن".

كما أنه لا تتعدى أن تكون سلطة الحكّمين اللذين يعينهما القاضي مجرد تكليف بمهمة، فإذا فشلا في ذلك، فإن للقاضي إنهاء مهامهما تلقائياً، ويعيد القضية إلى الجلسة وبالتالي استمرار الخصومة، بعد أن يطلع الحكّمان القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة طبقاً لأحكام المادة 449

1- المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 25/12/1989، ملف رقم 75812، م- ق، عدد 03، 1991، ص 71.

2- ويشترط في الحكّمين الشروط الآتية: أ- أن لا يكون الحكم فاسقاً أو صيباً أو سفياً أو عبداً بمعنى أن يكونا صالحين للقضاء؛ ب- أن يكون الحكّمان من أهل الزوجين إن أمكن وتيسير ذلك للزوجين لأن الأهل أعرف الناس بأمور الزوجين أقرب إلى نفسيهما، فإن لم يتيسر ذلك اختار القاضي حكّمان من غير أهل الزوجين ممن لهم خبرة بمجالهما وقدرة على الإصلاح؛ ج- لا يجوز للزوجين الرجوع عن اختيار الحكّمين والعدول عن التحكيم طالما أنهما معنيان من طرف القاضي.

من ق- إ- م- إ، بقولها: "يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكّمين تلقائياً، إذا تبين له صعوبة تنفيذ المهمة، وفي هذه الحالة، يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة".

أما فيما يخص رقابة المحكمة العليا على قاضي شؤون الأسرة فيما يتعلق بالتحكيم، فتحدد حسب الطبيعة القانونية للتحكيم، كون أن التحكيم هو إجراء من إجراءات التحقيق التي يقوم بها القاضي للفصل في النزاع، شأنه شأن باقي الأدلة الخاصة بإجراءات التحقيق؛ فالأدلة لها جانب موضوعي - أي قواعد موضوعية تحكم الأدلة نفسها- ؛ وجانب إجرائي أي قواعد إجرائية تحكم كيفية تطبيق الأدلة، فكذاك التحكيم له جانب موضوعي، مما يستلزم أن هناك قاعدة موضوعية تحكم مبدأ التحكيم نفسه، وهي قاعدة وجوب تعيين الحكّمين عند انعدام الصلح، وعدم إثبات الضرر، أو تكرار الدعوى، وهو ما أكدته أحكام المادة 56 من ق- أ، والمادة 446 من ق- إ- م- إ، وإلى جانب هذه القاعدة الموضوعية، نجد قواعد إجرائية تحكم التحكيم بين هذه القواعد ووجوب أداء اليمين من طرف الحكّمين، وكذلك أن يكون الحكّمين من أقارب الزوجين ما أمكن وأن يذكر في سند تعيينها المهلة اللازمة لانجاز مهامهم وهذا تكريساً للمادة 440 من ق- إ- م- إ.

وعليه فإنه في حالة خرق قاضي شؤون الأسرة لمبدأ التحكيم، أي أن تكون هناك دعوى ثانية مرفوعة من أحد الزوجين بموضوع التفريق للضرر، ولم يثبت الضرر للمرة الثانية كذلك، وقام القاضي برفض الدعوى ثانية، فهنا يجوز للمحكمة العليا أن تمارس رقابتها على قاضي الموضوع، حيث تكون عن طريق مخالفة القاعدة جوهرية في الإجراء أو إغفال للأشكال الجوهرية طبقاً لأحكام المادة 358 من ق- إ- م- إ.

لكون أن القاعدة الموضوعية تقضي أنه في حالة عدم إثبات الضرر للمرة الثانية، فإنه يتم تعيين الحكّمين وجوباً من طرف القاضي، وعدم قيام بذلك يعتبر إغفالاً لقاعدة جوهرية في الإجراءات كأن يقوم القاضي بتعيين الحكّمين دون تحليفهما اليمين القانونية، أو يقوم بتعيين حكّمين من غير أهل الزوجين، مع وجود حكّمين من الأهل تتوافر فيهم الشروط القانونية للقيام بمهمة التحكيم، فإغفال القاضي الموضوع لإجراءات التعيين أو شروط المحكّمين يعتبر إغفالاً لقاعدة جوهرية في الإجراءات تؤدي إلى نقض الحكم⁽¹⁾.

أما في مدونة الأسرة المغربية فقد نصت المادة 82 من م- أ- م، بقولها: "عند حضور الطرفين، تجري مناقشات بغرفة المشورة، بما في ذلك الاستماع إلى الشهود ولمن ترى المحكمة فائدة في الاستماع إليه.

1- عبد الفتاح تقيّة، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، منشورات ثالثة، الجزائر، 2011م، ص 161 - 162.

وللمحكمة أن تقوم بكل الإجراءات، بما فيها انتداب حكمين أو مجلس العائلة، أو من تراه مؤهلاً لإصلاح ذات البين. وفي حالة وجود أولاد تقوم المحكمة بمحاولتين للصلح تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً؛ إذا تم الإصلاح بين الزوجين حرر به في محضر وتم الإشهاد به من طرف المحكمة".

وبالرجوع لأحكام المادتين 95 و96 من م-أ-م، فإنه يتضح لنا أن المشرع المغربي حول للقاضي صلاحيات واسعة للقيام بإصلاح ذات البين، بما فيها انتداب حكمين، إلا أنها لم تحدد الشروط الواجب توفرها في الحكمين، وهذا ما يستوجب أخذ الشروط التي وضعها الفقهاء في حقهما، والتي هي العدالة والرشد وأن يكونا ذا معرفة بأحكام النشوز، والقرابة غير الأكيدة.

وفي بداية الأمر بعد تعيين الحكمين وبعثهما إلى الزوجين للقيام بإجراء الصلح، هو تقصى الحقائق، والتعرف على أسباب الشقاق ودوافعه، بعد الإخلاص لله عز وجل في العمل سرا وعلانية، وذلك بالحكمة واللياقة وحسن القول والإقناع قصد الإصلاح بين الزوجين المتخاصمين.

ومن أجل الإحاطة بظروف الزوجين وحالتهم وواقعتهما وإحاطة شاملة وكافية تسمح بمعرفة أسباب الشقاق، يمكن للحكمين الاعتماد على إجراءات التحقيق، وخاصة المعاينة والأبحاث اللذين نظمها قانون المسطرة المدنية في الفصول 67 إلى 71 وما بعده.

فالحكمان يلتحقان بمنزل الزوجين، ويعقدان معهما عدة جلسات على انفراد يذكرهما بحقوق وواجبات كل منهما، وكذا بالعواقب الوخيمة لارتكاب أبغض الحلال عند الله، وللحكمين الاتصال بالأقارب والجيران والأصدقاء للاستماع إليهم حول أسباب الشقاق، ثم بعد ذلك يجتمعان للتشاور وتقرير ما يجب القيام به سالكين أيسر السبل لإصلاح ذات البين.

من هنا فإن توصلا الحكمان إلى الإصلاح بين الزوجين حررا تقريراً مفصلاً يضمنانه أسباب الخلاف والحلول المتفق عليها لإنهائه، وإذا فشلا وتعذر الإصلاح حررا تقريراً مفصلاً يضمنانه أسباب الخلاف والمتسبب فيه أو المسؤول عن الشقاق، ويقترحان على القاضي الحلول التي يراها مناسبة لحل النزاع القائم بين الزوجين.

و في الحاليتين معا يجب على الحكمين أن يدليا بتقريرهما في ثلاث نسخ موقعة منهما ومن الزوجين، ويرفعانها إلى القاضي الذي يسلم لكل واحد من الزوجين نسخة منه، وتحفظ الثالثة بالملف ويتم الإشهاد على ذلك من طرف المحكمة.

أما إذا اختلف الحكماء في مضمون التقرير، أو تحديد من المسؤول من الزوجين عن الشقاق أو سبب النزاع، ويتدخل القاضي لاتخاذ ما يراه مناسباً من إجراءات، وتدخله هذا يعتبر محاولة أخرى منه لإصلاح ذات البين، وإذا استعصى الإصلاح واستمر النزاع والشقاق بين الزوجين، يحرر القاضي محضراً بذلك، ويحكم بالطلاق أو التطليق وبالمستحقات، مراعيًا مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن يحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر⁽¹⁾.

ومن خلال استعراض مسطرة الحكمين يتضح لنا أن للقاضي سلطة تقديرية اتجاه الحكمين وتقريرهما، حيث لا ينفذ قرارهما إلا برضاه، وموافقته وإعطائه الصيغة التنفيذية، لأن سلطة الحكمين مستمدة من سلطة القاضي الذي بعثهما، ولأنه ملزم بتطبيق القانون في النزاع المعروض أمامه تحت طائلة البطلان.

ولكن من الناحية العملية تكاد هذه المسطرة شبه معطلة، وذلك راجع لسببين هما:

1- أن أغلب الحكمين - من عائلة الزوجين - ليس لهما تكوين ثقافي من شأنه أن يجعلهما قادرين على تحرير تقرير، يحددان فيه مسؤولية كل زوج في سبب الشقاق، كما يتهربان من تحمل المسؤولية في إعادة محاولات الصلح، مع العلم أن القاضي ليس له أية سلطة لإرغامهما على القيام بما كلفهما به مما يدفعه إلى استبداهما.

2- أن الزوجين يمتنعان في بعض الأحيان عن إشراك أقاربهما في حل مشاكلهما، مما يتعذر معه على القاضي تعيين أحد أقاربهما كحكمين، فيلجأ القاضي إلى استدعاء أبويهما اللذان يذكيان النزاع بدلا من مساعدة القاضي في تفعيل الإصلاح بين الزوجين.

أما فيما يخص مجلس العائلة فهو إحدى المؤسسات التي أناط بها المشرع المغربي للقيام بإجراء الصلح، حيث نص على ذلك في المادتين 82 و 251 من م-أ م⁽²⁾، ويتكون هذا المجلس من القاضي بصفته رئيساً، ومن الأب والأم أو الوصي أو المقدم، ثم أربعة أعضاء يعينهم رئيس المجلس العائلة من بين الأقارب أو الأصهار بالتساوي بين جهة جهة الأب وجهة الأم، أو جهة الزوج حسب الأحوال، وإذا تعذر توفرهم من الجهتين أمكن تكوينه من جهة واحد.

ويراعي القاضي عند اختيار هؤلاء الأعضاء درجة القرابة، وأمكان إقاماتهم، وأعمارهم ومؤهلاتهم وعلاقاتهم بالأسرة، ومدى استعداداتهم للعناية بشؤونها وحرصهم على مصلحتها، على أن يكون هؤلاء

1- أحمد الأمراني، المرجع السابق، ص 166-167.

2- المرسوم التطبيقي رقم 2/04/88، الصادر بتاريخ 14/07/2004، الخاص بتكوين مجلس العائلة وتحديد مهامه.

الأعضاء كاملي الأهلية، ويمكن للقاضي تغيير عضو من أعضاء المجلس عند الاقتضاء وفقا لسلطته التقديرية.

ويجتمع المجلس بطلب من الأم، أو القاصر، أو المحجور، أو بمبادرة من الرئيس، أو بناء على طلب أحد أعضائه الآخرين، كلما دعت الضرورة إلى ذلك، ويستدعي القاضي أعضاء المجلس قبل التاريخ المحدد للاجتماع، مع بيان موضوع الاجتماع، ويمكن لمن تعذر عليه الحضور أن ينيب عنه غيره من الأقارب أو الأصهار بإذن من القاضي.

أما فيما يخص مهام مجلس العائلة في التحكيم لإصلاح بين الزوجين، وحثهم على تجاوز الأخطاء المرتكبة، والتخلي بروح التسامح لرأب الصدع، والحفاظ على تماسك كيان أسرهم، رعايا لمصالحهم ومصالح أبنائهم، كما يبدي رأيه في كل ما له علاقة بشؤون الأسرة.

ورغم المهام الكثيرة لمجلس العائلة، فإنها تكتسي الطابع الاستشاري، حيث يستأنس بها القاضي أثناء تناوله للقضايا المعروضة عليه.

وفي الأخير يمكن القول أن المشرع المغربي أعطى سلطة تقديرية واسعة في اختيار أعضاء مجلس العائلة من جهة، وصرف النظر عن المجلس أو ما توصل إليه من جهة ثانية⁽¹⁾.

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد نصت المادة 06 من القانون رقم 25 لسنة 1929م المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985م على: "إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها، يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق، وحينئذ يطلقها طليقة بائنة إذا ثبت الضرر، وإذا عجز عن الإصلاح بينهما، فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكيمين، وقضى على الوجه المبين بالمواد 07، 08، 09، 10، 11".

وتمر إجراءات التحكيم في القانون المصري بعدة مراحل؛ تتمثل في اختيار الحكيمين وذلك طبقا لأحكام المادة السابعة من القانون السالف الذكر والتي تنص على أنه: "يشترط في الحكيمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن، وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما".

باستقراء هذه المادة يتضح لنا أن المشرع المصري بين لنا الشروط الواجب توافرها في الحكيمين؛ أما الخطوة التالية لاختيار الحكيمين فهي صدور قرار من المحكمة يبعث الحكيمين وذلك طبقا لأحكام المادة

1- لكن من الناحية العملية يتضح لنا أن مجلس العائلة معطل فيما يخص قضايا الطلاق والتطليق، وذلك لنفس الاعتبارات الواردة في مهمة الحكيمين.

08 من القانون نفسه⁽¹⁾، مشتملاً هذا القرار تحديد المهمة الموكولة لهما وهي التعرف على أسباب الشقاق، وبذل الجهد في الإصلاح على أية طريقة ممكنة (م 09 / 2) مع تحديد تاريخ بدء هذه المهمة وانتهائها بشرط ألا تتجاوز مدة (06) أشهر.

وهذا القرار يجب أن يخطر به الحكمان والخصمان، إذا لم يكن قد صدر في مواجهتهم، وحينها يكتفي بإخطار الحكّمين ما لم يكونا أو أحدهما حاضراً بالجلسة وقت النطق به⁽²⁾.

وجدير بالإشارة أن المحكمة لم تجعل مدة 06 أشهر نهائية بل إنه يجوز للمحكمة أن تمنح للحكّمين مهلة أخرى، في حالة عجز الحكّمين عن الصلح أو عجزهما عن تقديم تقريرهما للمحكمة، ويشترط في هذه المدة الإضافية أن لا تزيد عن 03 أشهر، فإن لم يقدموا تقريرهما اعتبرتهما المحكمة غير متفقين.

وإعطاء هذه المهلة جوازي للمحكمة ويخضع لتقديرها، فلها أن تقرر هذه المهلة للحكّمين من تلقاء نفسها إذا لم ينته الحكمان من مهمتهما خلال مدة 06 أشهر أو بناء على

طلب الحكّمين، ولها رفض طلبهما إذا تبين لها عدم جديته⁽³⁾.

كما أوجب القانون على المحكمة تحليف كل من الحكّمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة، ولو أغفلت المحكمة تحليف الحكّمين ترتب عليه البطلان، ومن ثم يكون الحكم المبني على التقرير باطلاً أيضاً، فإذا باشر الحكمان مأموريتهما ثم قدما تقريرهما قبل حلف اليمين، كان للمحكمة تحليفهما وإعادة بعثهما لأداء المأمورية من جديد، ويكون هذا تصحيحاً للإجراء الباطل، وهذا ما جاء في تقرير اللجنة

1- تنص المادة 08 من القانون رقم 100 لسنة 1985م، بقولها: " أ - يشتمل قرار بعث الحكّمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما على ألا يتجاوز ستة شهور وتخطر المحكمة الحكّمين والخصم بذلك وعليها تحليف كل من الحكّمين اليمين بأن يقوم بمهمتهما بعدل وأمانة.

ب- يجوز للمحكمة أن تعطي للحكّمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد على ثلاثة أشهر، فإن لم يقدموا تقريرهما اعتبرتهما غير متفقين".

2- كما أن القانون لم يحدد طريقة إخطار المحكمة للحكّمين والزوجين بقرار بعث الحكّمين، وترك للمحكمة هذه الطريقة بإعلان على يد محضر أو بخطاب مسجل بعلم الوصول، وفي حالة صدور قرار بعث الحكّمين في مواجهتهم جميعاً فإن هذه الإجراءات لا تتخذ؛ أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2004 م، ص 296.

3- و الميعاد المنصوص عليه في القانون لأداء الحكّمين مأموريتهما ميعاد تنظيمي لا يرتب على مخالفته ثمة بطلان، واستناداً لهذا فلو باشر الحكمان عملهما بعد انتهاء هذه المدة بناء على قرار من المحكمة وقدما تقريرهما فإن المحكمة تقضي بموجبه؛ محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء، ص 801؛ نقلاً عن: عائشة محمود جاسم الداودي، التحكيم في منازعات الأحوال الشخصية "دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الوضعي المصري والكويتي"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2005م، ص 397.

المشتركة بمجلس الشعب عن القرار بقانون 44 لسنة 1979م، وذلك استكمالاً لأحكام إجراءات التحكيم حتى ينتج آثاره في الإصلاح بين الزوجين.

كما أن القانون لم يحدد المكان الذي يعقد به مجلس التحكيم، مما يترتب عليه اتفاق الحكّمين على هذا المكان الذي قد يكون بيت أحدهما أو بيت أحد الزوجين أو أي مكان آخر يريانه مناسباً لأداء المهمة المنوطة بهما، ويجوز أن تتعدد الأماكن بتعدد الجلسات.

أما بشأن إخطار الزوجين بمكان وموعد مجلس التحكيم فقد نصت المادة 09 / 01 من نفس القانون على: " لا يؤثر في سير عمل الحكّمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم إخطاره".

بمعنى أن المشرع المصري قد أوجب على الحكّمين أن يخطرا الزوجين بمكان مجلس التحكيم، ويجوز للزوجي أيضاً تحديد هذا المكان بموافقة الحكّمين⁽¹⁾.

من خلال هذا النص أيضاً يجوز للزوجين الحضور بمجلس التحكيم بشخصهما أو بوكيل مفوض منهما.

أما إذا تخلف أحد الزوجين عن الحضور وحضر الآخر، فإن هذا لا يؤثر في سير عمل الحكّمين، لأن حضور الزوجين معاً مجلس التحكيم ليس شرطاً لصحة عمل الحكّمين، ولكن حضور أحدهما شرط لصحته؛ أما إذا تخلف الزوجان عن الحضور، ولم يرسلوا وكيلاً عنهما في ذلك، فإن عمل الحكّمين وما قد ينتهيان إليه من قرار يكون غير نافذ بالنسبة لهما؛ لأن التقرير يكون باطلاً ولا يجوز للقاضي إعماله، ليس للحكّمين في هذه الحالة طريق غير تأجيل جلسة التحكيم إلى جلسة أخرى⁽²⁾.

كما أوجب المشرع المصري في مادته 09 / 02 على الحكّمين أن يتعرفا على أسباب الشقاق بين الزوجين ومحاولة الإصلاح بينهما، ونزع الصدع الذي أصاب حياتهما الزوجية، وذلك بسماع أقوال المحيطين بالزوجين وفحص المستندات التي يقدمها الزوجان أو أحدهما.

1- وقد ترك القانون للحكّمين اختيار طريقة الإخطار، فقد يكون شفاهة أو كتابة بأن يكون بخطاب مسجل أو بخطاب بعلم الوصول أو بإخطار من أصل وصورة تسلم الصورة باليد إلى كل من الزوجين ويوقع على الأصل بما يفيد الاستلام، ويترتب على إغفال هذا الإجراء بطلان عمل الحكّمين والتقرير الذي يقدمانه؛ محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص 805.

2- عبد الحميد الشواربي، مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط 1996م، ص 78.

ولكل من الحكمين أن يخلو بالزوج الذي اختاره ويسأله عما يكره من زوجة، ويعمل على رد الزوج الآخر عما يفعله وذلك لإزالة أسباب الخلاف بينهما.

وحضور الزوجين أو أحدهما مجلس التحكيم لا يمنع الحكمان من أن ينفردا معاً في مجلس واحد ليقررا ما انتهيا إليه بشأن المهمة المسندة إليهما⁽¹⁾.

وعمل الحكمين في الأصل هو محاولة التوفيق بين الزوجين ما أمكن، والسعي لإعادة الحياة بينهما، لأن الطلاق ليس مقصوداً بحد ذاته، أما إذا عجز الحكمين عن التوفيق والإصلاح بين الزوجين كان لهما طريق آخر.

كما نصت المادة 11 من نفس القانون بأنه: "على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملاً على الأسباب التي بني عليها، فإن لم يتفقا بعثتهم مع ثالث له خبرة بالحال وقدرة على الإصلاح وحلفته اليمين المبينة في المادة 08".

و أوجب المشرع على الحكمين رفع تقريرهما مفصلاً مبيناً الأسباب التي استند عليها حتى تكون المحكمة على بينة من الأسباب التي تم الاستناد عليها، ولا يشترط شكل معين للتقرير، فيمكن ابدائه شفويًا أمام المحكمة وإثباته في محضر الجلسة.

وبصدور القانون رقم 01 لسنة 2000، فإن المشرع المصري قد جعل وجوب الالتجاء إلى التحكيم في بعض قضايا التطلاق من خلال أحكام المادة 19 بقولها: "في دعاوى التطلاق التي يوجب فيها القانون ندب حكمين، يجب على المحكمة أن تكلف كلا من الزوجين بتسمية حكم من أهله - قدر الإمكان- في الجلسة التالية على الأكثر، فإن تقاعس أيهما عن تعيين حكمه أو تخلف عن حضور هذه الجلسة عينت المحكمة حكماً عنه".

يتضح لنا أن المشرع المصري لم يوجب اللجوء إلى التحكيم في كافة دعاوى الأحوال الشخصية، بل أجاز ذلك فقط في دعاوى التطلاق دون غيرها من الدعاوى، بل أن الحاجة إليه لا تثور بصدد كافة دعاوى التطلاق وإنما بطائفة محددة منها: "دعاوى التطلاق التي يوجب فيها القانون ندب حكمين، وتنحصر هذه الدعاوى في:

1- أحمد نصر الجندي، التعليق على نصوص قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، القاهرة، ط 2001 م، ص 362.

1- دعاوى التطليق للضرر التي تكرر رفعها من الزوجة، بعد رفض دعواها الأولى مع عجزها عن إثبات ما تتضرر منه طبقاً لأحكام المادة 06 من قانون رقم 25 لسنة 1929 .

2- دعوى التطليق للضرر المقترنة بالاعتراض على إنذار الطاعة طبقاً للمادة 01 مكرر ثانياً من القانون 100 لسنة 1985.

3- دعوى التطليق للخلع للمادة 20 من القانون 01 لسنة 2000.

أما فيما يخص باقي دعاوى التطليق فإن المشرع لم يلزم أو حتى يجيز بشأنها التحكيم.

ومن ثم لا يجوز للقاضي اتخاذ إجراءات التحكيم بشأنها، وإن فعل فإن تقرير الحكّمين لا يقيد به في الحكم بناء عليه، وإنما يعتبر ورقة من أوراق الدعوى؛ وهو ما أكدته محكمة النقض على ذلك فقضت بتاريخ 18 / 12 / 2006 بأن المحكمة لا تكون ملزمة باتخاذ إجراءات التحكيم في دعوى التطليق للضرر، طبقاً للمادة 06 من القانون 25 لسنة 1929 إلا عندما تكرر الزوجة شكواها في طلب التطليق، ولم يثبت ما تشكو منه بعد الحكم برفض دعواها الأولى، وإلا فإن المحكمة لا تكون ملزمة باتخاذ هذه الإجراءات وإن هي فعلت، فإن تقرير المحكم لا يقيد بها في الحكم بمقتضاها، وإنما يعتبر ورقة من أوراق الدعوى التي تخضع لتقدير المحكمة في مجال الإثبات⁽¹⁾.

وما يمكن ملاحظته في هذا الصدد أن ندب حكّمين للصلح، يعتبر من قبيل الإجراءات التنظيمية التي لا تتعلق بالنظام العام، وهو ما أكدته محكمة النقض في قرار لها بتاريخ 18 / 06 / 2007 بقولها: "من المقرر أن إجراءات الإثبات التنظيمية والتي لم يضع المشرع ثمة جزاء معيناً على مخالفتها باعتبارها ليست من النظام العام"⁽²⁾.

أما فيما يخص تعيين المحكمين فقد نصت المادة 1 / 20 من القانون 01 لسنة 2000: "يجب على المحكمة أن تكلف كلاً من الزوجين بتسمية حكّمة في الجلسة التالية على الأكثر"؛ ما يعني لنا أنه لازم على كل خصم أن يعين حكّمه؛ وقد يمتنع أحد الخصمين أو كلاهما عن تعيين حكّمه أو يتراخى في ذلك، فالمشرع المصري أوجب على الزوجين بتسمية حكّمة في الجلسة التالية على الأكثر.

1- عبد المنعم أحمد سلطان عيد، المرجع السابق، ص 496.

2- محكمة النقض، قرار بتاريخ 18 / 06 / 2007، الطعن رقم 578 لسنة 75 ق.

ويشترط في الحكمين عدة شروط؛ منها أن يكونا من أهل الزوجين إن أمكن؛ العدالة؛ والذكورة؛
الفقه.

وكذلك يجب على المحكمة أن تعلم المحكمين بمهمتهما حتى يتمكنوا من القيام بالمهمة التي عُيِّنوا من أجلها، حتى يتمكنوا من البدء في أداء مهمتهما، خاصة وأنه يجب عليهما المثول في الجلسة التالية؛ ولا يشترط تحليف الحكمين على أداء اليمين قبل أدائهما لمأموريتهما، فيجوز للحكمين حلف اليمين بعد انتهاء المهمة، وهو ما أكدته محكمة النقض في قرار لها بقولها: "النص في المادة 19 من القانون 01 لسنة 2000 والواجب تطبيقها يدل على أن المشرع لم يوجب على المحكمة - كما كان عليه العمل قبل صدور هذه المادة - تحليف الحكمين اليمين قبل أدائهما لمأموريتهما بل قصد حلف اليمين فقط بعد انتهائها أو إحداها من أداء المأمورية المنوطة بهما".

أما بالنسبة لقوة إلزامية رأي المحكمين، فالمشرع المصري طبقاً لأحكام المادة 1/20 من القانون 01 لسنة 2000 والتي تنص على: "للمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمان أو بأقوال أيهما أو بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوى"؛ وهذا النص يخالف ما هو مقرر في المادة 10 من القانون 25 لسنة 1929 المعدلة والتي تقر بأنه إذا إتفق الحكمان على التطليق دون مساس بشيء من حقوق الزوجين أو ببدل أو بدونه فإنه على المحكمة إمضاء حكمها دون تعقيب، إذ يقتصر دور المحكمة على توثيق ما انتهى إليه الحكمان من رأي اتفقا عليه، بخلاف المادة 20 من القانون 01 لسنة 2000 التي لم تقيد القاضي بقرار الحكمان على أي وجه من الوجوه؛ فقد ينتهي الحكمان إلى التطليق ومع ذلك لا يأخذ القاضي برأيهما، وعندما يختلف الحكمان فاللقاضي أن يأخذ بأقوال أيهما⁽¹⁾.

فكل ما يهم أن حكم القاضي يجب أن يكون مبنياً على الثابت في أوراق الدعوى، وقد قضت محكمة النقض أن النص في الفقرة الأخيرة المادة 19 من القانون 01 لسنة 2000 بقولها: "أنه إذا لم تر المحكمة الأخذ بما انتهى إليه الحكمان أو بأقوال أيهما تعين عليها أن تستقي الإساءة بين الزوجين أو إساءة أحدهما إلى الآخر من الأوراق المطروحة عليها وأن تبين المصدر الذي استقت منه تلك الإساءة"⁽²⁾.

أما فيما يخص مدى وجوب التحكيم أمام محكمة الاستئناف فإن المشرع المصري من خلال أحكام المادة 20 من القانون 01 لسنة 2000، فإنه يسري أمام محكمة الأسرة وأمام محكمة الاستئناف، وليس

1 - عبد المنعم أحمد سلطان عيد، المرجع السابق، ص 501.

2- محكمة النقض، القرار بتاريخ 16/05/2005، المستحدث من 01/10/2004 حتى 30/09/2005، ص 51.

هناك شك في وجوب تطبيقه على الدعوى أمام محكمة أول درجة فهذا هو الأصل. وإذا تم استئناف الحكم الصادر منها فإن الدعوى تنتقل إلى الاستئناف بما سبق اتخاذه فيها من إجراءات تحكيم. ولذلك لن يكون في هذه الحالة محل لإعادة هذا الإجراء ثانية في الاستئناف ولكن يتوجب على محكمة الاستئناف اتخاذ إجراءات التحكيم أمامها لأول مرة وذلك في حالتين:

1- إذا أخطأت محكمة أول درجة فلم تتخذ إجراءات التحكيم رغم وجوبها أو لم تتخذها على نحو صحيح.

2- يتغير سبب دعوى التطلاق في الاستئناف أو يضاف إليه سبب جديد يجعل دعوى التطلاق الجديدة من حيث سببها وبافتراض قبول هذا السبب، من الدعاوى التي يوجب فيها القانون ندب حكّامين رغم أنها لم تكن كذلك أمام محكمة أول درجة⁽¹⁾.

وفي الأخير يمكن القول بأن المشرع المصري قد اهتم اهتماماً كبيراً لحل النزاعات بين الزوجين بالطرق الودية، من خلال إلزام الخصوم بضرورة اللجوء إلى مكاتب تسوية المنازعات الأسرية قبل اللجوء إلى القضاء، علماً تنهي النزاع بينهما في المرحلة الأولى وقبل عرض أسرار الأسرة على القضاء، فإذا فشلت هذه المكاتب في حسم النزاع القائم بين الزوجين، فإن المشرع المصري أيضاً حرص على كيان الأسرة، حيث ألزم القاضي بضرورة عرض الصلح على الزوجين قبل الفصل في النزاع وضرورة إحالة النزاع القائم بينهما إلى التحكيم في محاولة منه لفض النزاعات الأسرية.

المبحث الثاني

سلطة القاضي في تقدير حالات التطلاق والتعويض عنه

لقد أجاز المشرع الجزائري للزوجة طلب التطلاق بتوافر جملة من الأسباب طبقاً لأحكام المادة 53 من ق-أ، وقد صاغ المشرع نص هذه المادة انطلاقاً مما هو مقرر شرعاً، وذلك لعدة اعتبارات أهمها؛ أن الطلاق حق للزوج يملك إيقاعه بنفسه لأنه صاحب العصمة، إلا أن الشريعة الإسلامية راعت جانب الزوجة لرفع الحرج والضرر عنها حيث لا تملك مالا فتفتدي به نفسها، ففتحت لها باباً للخلاص - وإن لم يرض به الزوج - وأوجبت على القاضي الاستجابة لطلبها متى وجد السبب الذي يقتضي حالة الفرقة بين

1- عبد المنعم أحمد سلطان عيد، المرجع السابق، ص 502.

الزوجين، وفي هذا تكريس لمطلق العدالة الإلهية؛ كما أجاز لها الحق في التعويض في حالة إثبات الضرر، وذلك من خلال أحكام المادة 53 مكرر من ق- أ.

وتصنف الحالات التي ذكرها المشرع في المادة 53 من القانون السالف الذكر إلى صنفين: ما توافق فيه مع الفقه الإسلامي، وما اختص بها دونه؛ وهذا ما سنتناوله من خلال (المطلب الأول)؛ ثم نبين سلطة القاضي في تقدير التعويض في حالة التطليق في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

سلطة القاضي في تقدير حالات التطليق

إن الطلاق هو ملك للزوج دون الزوجة، غير أنه يمكن للزوجة إذا تضررت من إستمرار الحياة الزوجية أن ترفع أمرها للقاضي ليفرق بينها وبين زوجها؛ فقد جعل الإسلام الطلاق بيد الرجل الذي سعى إلى بناء الزوجية، وفي نفس الوقت شرع التطليق للأخذ لمن يلحقه الضرر من الزوجات إذا كانت الإساءة آتية من الزوج، حتى لا تقوم العلاقة الزوجية على الضرر والتنافر، ويكون التفريق هو خير من الإمساك مع الضرر؛ فإذا أثبتت الزوجة هذا الضرر أمام القاضي وجب عليه التفريق بينهما.

وقد تناول المشرع الجزائري الحالات التي يجوز فيها للزوجة أن تلجأ من خلالها إلى القاضي لطلب التطليق، وذلك طبقاً لنص المادة 53 من ق- أ، بقولها: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لأسباب التالية:

- 1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عاملة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80 من هذا القانون؛
- 2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج؛
- 3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر؛
- 4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، وتستحيل معه مواصلة العشرة والحياة الزوجية؛
- 5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة؛
- 6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 من التقنين؛
- 7- ارتكاب فاحشة مبينة؛
- 8- الشقاق المستمر بين الزوجين؛
- 9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج؛
- 10- كل ضرر معتبر شرعاً.

الفرع الأول

التفريق للأسباب المتعلقة بالتخلي عن الالتزامات الزوجية والعائلية

إن الحياة الزوجية يترتب عنها حقوق والتزامات زوجية متبادلة، وإخلال أحدهما بالتزاماته الزوجية يؤدي إلى الإضرار بكيان الأسرة ككل، فإذا كان الإخلال من طرف الزوجة، جاز للزوج تطليقها باعتبار العصمة بيده، أما إذا تخلى الزوج عن القيام بواجباته والتزاماته الزوجية دون سبب شرعي أو جدي، كامتناع الزوج عن نفقة زوجته؛ أو هجر الزوج لزوجته في المضجع مدة لا تطبقها؛ أو غيبته أو حبسه دون أن يترك مالا تنفق منه؛ فهنا هل يجوز للزوجة رفع أمرها للقاضي لطلب التطليق لدفع الضرر عما لحقها جراء إخلال الزوج بتلك الالتزامات؟ هذا ما سنتطرق إليه من خلال النقاط الآتية:

أولاً- التطليق لعدم الإنفاق: النفقة واجبة للزوجة على زوجها بعقد الزواج الصحيح، وتؤكد بشروط، وتقدر بحال الزوجين معا، ويراعي عند تقديرها ظروف البلد، ومما جرت به العادة، دون الإخلال من كفاية الزوجة بلا إسراف ولا تقتير.

وقد يمتنع الزوج عن تنفيذ التزامه بالإنفاق على زوجته تعسفا أو عجزا، فهل تجبر الزوجة على الإقامة مع زوجها أم لها أن تطلب التفريق؟ وكيف للقاضي أن يحكم في هذه المسألة؟ وما هو موقف المشرع الجزائري والمقارن في هذا الشأن؟

1- التفريق لعدم الإنفاق في الفقه الإسلامي: في هذه المسألة ثلاثة آراء مشهورة لأهل العلم.

الرأي الأول - لا يجوز التفريق لعدم الإنفاق: يرى الحنفية والظاهرية أنه ليس للزوجة أن تطلب التفريق من زوجها إذا ما أعسر بنفقتها، وإنما من حقها الاستدانة عليه، أو تنفق على نفسها إذا كان لها مال، على أن يكون هذا في ذمة الزوج يدفعه حين يساره، فإذا لم تجد من تستدين منه ولم يكن لها مال خرجت للعمل. وأما إذا لم تثبت عجزه عن الإنفاق فللقاضي أن يجسه بطلب من الزوجة لإجباره على الإنفاق⁽¹⁾.

وذهب ابن حزم - من الظاهرية - إلى أبعد من ذلك، بحيث يرى أنه إذا عجز الزوج عن النفقة وكانت زوجته غنيّة كلفت هي بالنفقة عليه، ولا ترجع عليه بشيء من ذلك أصبح موسرا⁽²⁾؛ واستدل أصحاب عدم جواز التفريق لعدم الإنفاق من القرآن والسنة والآثار⁽¹⁾:

1- حيث جاء في فتح القدير للكمال بن الهمام أن: "ولو امتنع عن الإنفاق عليها مع اليسر لم يفرقه، ويبيع الحاكم عليه ماله ويصرفه في نفقتها، فإن

لم يجد ماله يجسه حتى ينفق عليها ولا يفسخ"؛ فتح القدير، ج 03، ص 227 - 229.

2- ابن حزم، المحلى، ج 10، ص 92.

1- واستدل أصحاب هذا الرأي بما يلي: أ - من الكتاب: قوله تعالى: (لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاهما سيجعل الله بعد عسر يسراً)، سورة الطلاق، الآية 07؛ وقوله تعالى (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) سورة البقرة الآية 280.

وجه الدلالة: فهذه الآيات تشير إلى أمرين: - الإنفاق حال الإعسار غير واجب، وترك غير الواجب ليس إثماً يكون سبباً في التفريق بين الزوج وزوجته.

- إن الآيات القرآنية وضعت أصلاً عاماً في العلاقة بين الدائن والمدين أساسها الرفق بالمدين باعتباره الطرف الأضعف، وإمهال الدائن الغني مدينه الفقير حتى يرزقه الله واجب على كل دائن، وهو في حق الزوجة مع زوجها أولى بالرعاية لما بينهما من ميثاق غليظ. اعترض الجمهور على هذه الاستدلالات بأن الآية الأولى إنما تفيد سقوط الوجوب على الزوج، فهو أمر لا خلاف فيه، أما الفسخ فهو زائد عن ذلك، وللمرأة الحق فيه لتدفع الضرر عن نفسها، أما الآية الثانية فهي في الدين، وإذا جاز قياس النفقة على الدين، فإنها تحمل على النفقة الماضية، وهذا مما لا خلاف فيه من أنه ليس للزوجة أن تطلب الفرقة لأجلها، أما النفقة الحاضرة فقد دلت نصوص أخرى على أن الزوج إذا عجز عنها طلقت عليه زوجته إن هي طلبت ذلك.

2 - من السنة: دخل أبو بكر يستأذن على الله صلى الله عليه وسلم فوجد الناس جلوساً ببابه، لم يؤذن لأحد منهم، قال: فأذن له فدخل، ثم أقبل عمر فاستأذن فأذن له، فوجد النبي صلى الله عليه وسلم جالساً حوله نساؤه واجماً ساكناً، فقال لأقولن شيئاً أضحك النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: يا رسول الله لو رأيت بنت خارجة سألتني النفقة فقمتم إليها فوجأته عنقها، فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: "هن حولي كما ترى يسألني النفقة"، فقام عمر إلى حفصة يجأ عنقها، كلاهما يقول: تسألن رسول الله ما ليس عنده، فقلن: والله لا نسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً أبداً ليس عنده، ثم اعترهن شهراً أو تسعاً وعشرين؛ النووي، شرح صحيح مسلم، ج 10، ص 80 - 81.

وجه الدلالة: لو كان التفريق بين الزوجين بسبب الإعسار بالنفقة جائزاً لما ساء لأبي بكر وعمر - رضي الله عنهما - أن يضربا ابنتيهما؛ في حضرة الرسول صلى الله عليه وسلم لمطالبتهما بالنفقة التي لا يستطيع إنفاقها. واعترض على هذا الاستدلال بأن دلالة الحديث كالأية الأولى في سقوط الوجوب عنه صلى الله عليه وسلم، وليس في القصة ما يدل على أن أزواجه سألهن الطلاق أو الفسخ ولم يجبهن إليه، كيف وقد خيرهن - كما في سورة الأحزاب - بين البقاء معه وبين أن يسرحهن سراحاً جميلاً، فاخترن العيش معه رضوان الله عليهن. أما تأديب أبي بكر وعمر لابنتيهما فلما علم من حق تأديب الآباء للأبناء إذا أتوا ما لا ينبغي.

3- من الآثار: كما استدلو بواقع الصحابة رضي الله عنهم فكان أكثرهم على حاله من الفاقة والإعسار، ولو جاز ذلك لرفع إليه صلى الله عليه وسلم، ولو من امرأة واحدة وقد رفع إليه ما ضرورته دون ضرورة فقد النفقة من فقد النكاح، ومن الثابت أن هذا كان فيهم في غاية الندرة بالنسبة إلى الإعسار، فدل ذلك على عدم جواز عدم التفريق لهذا السبب.

= وأحجب عن الاستدلال بواقع الصحابة بأنه لا حجة فيما ذكر، إذ لم يؤثر عن النبي صلى الله عليه وسلم أن امرأة من زوجات الصحابة رفعت أمرها إليه وهو بين أظهرهم، وطلبت أن يفرق بينهما للفاقة والإعسار ولم يجبهها إليه، فنساء الصحابة من الرعي... الأول وما بعدهم صبروا على حياة الفاقة وعسر المعيشة، لأن مرادهن كان الآخرة.

ولذلك لما نوظر مالك، أدعت الناس يقولون: إذا لم ينفق الرجل على امرأته يفرق بينهما، فقيل له: قد كانت الصحابة رضي الله عنهم يعسرون ويحتاجون؛ فأجاب عن ذلك بقوله: "ليس الناس اليوم كذلك إنما تزوجته رجاء"؛ ابن حزم، المحلى، ج 09، ص 95.

كما استدلو أيضاً بما روى عبد الرزاق قال: "أخبرنا ابن جريح قال: سألت عطاء عن المرأة لا تجد عند الرجل ما يصلحها من النفقة قال ليس لها إلا ما وجد ليس لها أن يطلقها"؛ عبد الرزاق، المصنف، ج 07، ص 95.

4- من المعقول: الاستدلال بالمعقول من عدة أوجه: أ - في إلزام الزوج الفسخ بإبطال حقه بالكلية، وفي إلزام الاستدانة عليه تأخير حقه ديناً عليه، وإذا دار الأمر بينهما كان التأخير أولى؛ ابن همام، فتح القدير، ج 04، ص 315.

ب- المقصود بالزوج غير المال فكان المال زائداً. والعجز عن التبع لا يكون سبباً لرفع الأصل كما يقول "الإمام السرخسي".

ج- كما أن فوات النفقة هو فوات للمال، وهو أمر تابع في النكاح، أما فسخ الزواج بالإعسار، فيؤدي إلى فوات التناسل، وهو مقصود أصلي من الزواج، ولا يعقل ضياع المقصود الأصلي لتحقيق المقصود التبعي؛ المرغيباني، الهداية، ج 02، ص 322؛ محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة

الرأي الثاني - يجيز التفريق لعدم الإنفاق: يرى جمهور الفقهاء " المالكية، الشافعية، الحنابلة"⁽¹⁾، أنه يجب على القاضي أن يستجيب لطلب الزوجة في التفريق بينها وبين زوجها متى امتنع عن الإنفاق لعجزه عن ذلك أو ظلماً منه مع قدرته، وبهذا الرأي قال عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وأبو هريرة من الصحابة - رضي الله عنهم.

ويرى جمهور الفقهاء ثبوت حق الزوجة في طلب التفريق بسبب إعيار الزوج، فهي بالخيار: إما الإبقاء على الزوجية فتستدين لنفقتها أو تنفق من مالها إن كانت موسرة، على أن يتم بإذن القاضي وتكون نفقتها ديناً في ذمة الزوج إلى حين يساره، وإما أن تختار التفريق بينهما.

أما إذا لم يكن للزوج مال ظاهر، وادعى الإعسار ولم يثبت، أو لم يقل أنه معسر أو موسر ولكنه أصر على عدم الإنفاق، فعند المالكية قولان: القول الأول: له أن يطلقها في الحين، والقول الثاني: له أن يؤجل مدة يسجن فيها لعله يعود للإنفاق⁽²⁾.

الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الاسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007 م، ص 80.

1- الخطاب، مواهب الجليل، ج 05، 564 - 565؛ الشريبي، مغني المحتاج، ج 03، ص 442؛ ابن قدامة، المغني، ج 09، ص 230.
2- الخرشبي، شرح الخرشبي، ج 03، ص 336؛ الخطاب، مواهب الجليل، ج 05، 565؛ كما ذهب الشافعية إلى أنه لا تطلق عليه لإمكان حصول النفقة منه ولو بالإكراه، وحجتهم في ذلك أن التفريق لعدم الإنفاق ثبت قياساً على التفريق للغيب، فكما لا يصح التفريق إلا بثبوت الغيب، فكذلك لا تفريق إلا بتحقيق الإعسار، ولا ثبوت له في هذه الحالة، إذا فلا تفريق، أما الحنابلة فيرون أنه إذا تعذر دفع النفقة من مال الزوج بأن غيبه وصبر على الحبس ولم تجد الزوجة ما تأخذه واختارت فراقه طلق الحاكم بينهما، ولها ذلك إذا أعسر بنفقة المعسر؛ الشريبي، مغني المحتاج، ج 03، ص 442؛ ابن قدامة، المغني، ج 09، ص 243.

ولا شك أن العلة في التفريق لعدم الإنفاق هو الضرر اللاحق بالمرأة من جراء بقائها مع من لا ينفق عليها، فسواء كان الزوج عاجزاً عن النفقة أو ممتنعاً عن أدائها مع عدم إمكان أخذها منه ولو بالإكراه، فالتفريق ضروري ولا بد منه دفعا للضرر الواقع، ولا يجعل عليه بالتفريق = مجرد الامتناع، وإنما يؤجل مدة مع التهديد والسجن لعله يرجع لما امتنع عنه من الإنفاق، فإذا رجع زال موجب التفريق، وإن امتنع قضى بالتفريق؛ واستدل أصحاب جواز التفريق لعدم الإنفاق بما يأتي: أ - من الكتاب: - قوله تعالى: (الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان...); سورة البقرة، الآية 229؛ فأين الإمساك بالمعروف مع عدم القدرة على ما يقيم البدن به وتستمر الحياة. وقوله تعالى: (...ولا تمسكوهن ضرار لتعتدا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه)؛ سورة البقرة، الآية 231 .

وجه الدلالة: هنا في منع الأزواج من الإبقاء على الزوجات في وضع يلحق بهن الضرر، وعد ذلك عدواناً عليهن وظلماً لهن، ولا شك أن إمساك الرجل زوجته مع الامتناع عن الإنفاق عليها إضرار بالغ بها، فكان عليه أن يفارقها وترك إمساكها إذا عجز عن الإنفاق عليها.
ب - من السنة: ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "أفضل الصدقة ما ترك غني، اليد العليا خير من اليد السفلى، وأبدأ بمن تعول، تقول المرأة إتما أن تطعمني، وإما أن تطلقني، ويقول العبد أطعمني واستعملني ويقول الابن أطعمني إلى من تدعي!"؛ العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج 09، ص 500.

الرأي الثالث - لا يجوز التفريق لعدم الإنفاق إلا في حالتين: أ- قدرة الزوج على الإنفاق وامتناعه عنه، ولم تقدر الزوجة على أخذ كفايتها من ماله بنفسها، أو عن طريق الحاكم.

ب- إذا غرر الزوج بزوجته بأنه ذو مال، فتزوجته على ذلك، والحال أنه معدوم لا شيء له، وما سوى ذلك من حالات الإعسار التي تصيب الأزواج بعد يسارهم، فلا فرقة فيها. وفي هذا يقول ابن القيم من الخنابلة: "وإذا تزوجته عاملة بعسرتة، أو كان موسراً فأصابته جائحة فلا فسخ"⁽¹⁾؛ واستدل أصحاب هذا الرأي من القرآن والآثار والمعقول⁽²⁾.

الترجيح: بعد عرض آراء الفقهاء في هذه المسألة يظهر لنا بأن الرأي الراجح المميز لتفريق لعدم الإنفاق وذلك للأسباب التالية: - قوة الأدلة التي ساقها جمهور الفقهاء وصحة استدلالهم بها.

- ضعف أدلة الرأي المخالف وضعف الاستدلال بها.

- الأخذ بهذا الرأي فيه تحقيق للعدل والإنصاف للمرأة ورفع الظلم عنها، وعدم تركها للهلاك وحيوة التعب والمشقة، ووضع حد لمن يريد ظلم زوجته بعدم الإنفاق عليها مدعياً الإعسار.

- أما إذا قارنت الرأي الجمهور مع ما جاء به ابن القيم يظهر رجحان هذا الأخير وأقربه إلى تحقيق مقاصد الشريعة ولحرصه على مكارم الأخلاق. وذلك لأنه ليس بالضرورة أن كل زوجة أعسر زوجها عن الإنفاق ستطالب بالتفريق، لكنه سيمكّن الزوجة التي تعرف أن زوجها يظهر الإعسار للتهرب من نفقتها قاصداً إيذاءها والإضرار بها. في هذه الحالة وإذا طالبت الزوجة بالتفريق يُفَرَّق بينهما لرفع الظلم عنها ومعاقبة الزوج على إضراره.

أما إذا بحثنا عن عنصر الظلم وبتة الإضرار بالزوجة فإننا لا نجد لها في حالة إعسار الزوج لأن إعساره غالباً ما يكون لأسباب لا إرادية؛ لهذا كان سبب ما ذهب إليه ابن القيم رأياً وسطاً وموضوعياً؛ ورغم وجاهة رأيه، إلا أنني أرى، أنه وفي حالة إعسار الزوج يمكن للقاضي أن يحكم بالتفريق إذا طالبت الزوجة بذلك وأصرّت عليه، خاصة إذا مرّ زمن طويل على ذلك، لأنّ هذا الإعسار من شأنه إلحاق الضرر بالزوجة والأولاد والتي ترى أنّ التفريق قد يُخرجها من هذه الضائقة. وهذا لسبب موضوعي وهو أنّنا لا

1 - ابن القيم الجوزية، زاد المعاد، ج 04، ص 56.

2 - استدلت ابن القيم بأدلة الرأي الأول من الكتاب وواقع الصحابة، ومن المعقول بأن الله تعالى جعل العسر والبسر مطيبتين للعباد فيفتقر الرجل حيناً ويستغنى أخرى، والناس لم تزل تصيبهم الفاقة بعد اليسار، فلو كان من افتقر فسخت عليه زوجته لعم البلاء وتفاقم الشر، وفسخت الأنكحة، وأصبح بذلك الطلاق بيد أكثر النساء، ضف إلى ذلك أن الفقر ليس عارا في الشريعة الإسلامية، وإنما العار أن تتخلى الزوجة عن زوجها لأسباب المادية؛ ابن القيم، زاد المعاد، ج 04، ص 56 - 57.

نستطيع أن نجبر الزوجة على الصبر والاحتساب لله إذا كانت لا تقدر على ذلك أو لا تريده، فقد يفتنها هذا الأمر ونصل إلى عكس النتيجة المرجوة.

2- التفريق القاضي لعدم الإنفاق في التشريع الجزائري والمقارن: إن النفقة الزوج على زوجته واجب الشرعي، فإذا تجاهل الزوج أو قصر أو امتنع عن الإنفاق عليها، كان لها الحق في طلب التطليق، وقد أعطى المشرع الجزائري للزوجة هذا الحق أخذاً برأي الجمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) في جواز التفريق لعدم الإنفاق، مراعيًا بذلك مصلحة الزوجة ووضعا الحد لعدم القيام الزوج بمسؤولياته المالية وتهاونه في الإنفاق على زوجته. حيث جاء في المادة 53 / 01 من ق- أ، بقولها: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية: 1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون...".

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري أعطى للقاضي سلطة التفريق بين الزوجين بسبب عجز الزوج أو امتناعه عن النفقة، فإذا ثبت ذلك لدى القاضي، فإنه لا سلطة التقديرية له في ذلك، لأن من واجبه في هذه الحالة أن يوقع التفريق بناء على رغبة الزوجة، ويكون ذلك كما يلي:

1- التطليق الذي يوقعه القاضي في الحال دون إمهال الزوج؛ وحالاته كالاتي:

أ- في حالة امتناع الزوج المحكوم عليه بالنفقة، عن الإنفاق على زوجته وليس له مال، ولم يقل إنه معسر أو موسر.

ب- في حالة امتناع الزوج المحكوم عليه بالنفقة، عن الإنفاق على زوجته، مع أنه أقر بأنه موسر ولكنه مصر على عدم الإنفاق.

ج- في حالة ادعاء الزوج عجزه عن الإنفاق، ولم تثبت ذلك الزوجة لأن عبء الإثبات في هذه الحالة يقع على الزوجة عند رفعها دعوى التطليق لعدم الإنفاق على زوجها - باعتبارها مدعية- وأن تثبت عدم الإنفاق الذي تدعيه طبقا للقاعدة الفقهية التي تقضي بأن البينة تقع دائماً على المدعي؛ بكل الطرق الإثبات المقررة شرعا وقانونا، حتى ولو تمكن من إنكار ذلك، فللزوجة دفع تلك البينة بينة أخرى تثبت تغيير الزوج بها؛ أثناء عقد الزواج، كأن يتظاهر بالغنى فيظهر بأنه معسر.

2- أما الحالة التي يوقع فيها القاضي بعد إمهال الزوج؛ فهي فيما إذا أثبت الزوج عجزه عن الإنفاق، فإمهاله القاضي مهلة لا تتجاوز شهرين⁽¹⁾؛ وتمثل سلطة القاضي التقديرية هنا في تحديد المهلة بما يراه مناسباً وكافياً ضمن ما حدده القانون.

وبالرجوع إلى أحكام المادة 01 / 53 من ق- أ، نرى أن المشرع الجزائري لا يجيب على الزوجة في طلبها التفريق بينها وبين زوجها، إلا بعد أن ترفق دعوى أولى مطالبة من خلالها الزوج بالنفقة، وتقديماً ما يثبت ذلك في حالة إنكاره أو إقراره بالمدعى به عليه، وبعد استصدار الزوجة لحكم بوجوب النفقة، وامتنع الزوج عن تنفيذ هذا الحكم؛ فهنا يجوز للزوجة بعد ذلك رفع دعوى أخرى مطالبة التفريق، وهو ما يعني أن الحكم القضائي الممتنع تنفيذه من طرف الزوج بمثابة قاعدة إثبات موضوعية، تعفي من تقرر لمصلحته وهو الزوجة عن الإثبات، فينتقل عبء الإثبات إلى الطرف الآخر⁽²⁾.

وإن هذا لإجراء الذي انفرد به المشرع الجزائري كشرط للحكم للزوجة بطلب التفريق، يتعارض مع المبدأ العام لدعوى التطليق لعدم الإنفاق، وهو رفع الضرر الواقع على الزوجة من جراء امتناع الزوج عن الإنفاق قصداً أو لإعساره، حيث تتحمل الزوجة عبء إثبات عدم إنفاق زوجها عليها، وبعدها تستصدر حكماً قضائياً تلزم الزوج فيه بالإنفاق، وبعد مرور شهرين من صدور هذا الحكم يجوز لها رفع دعوى أخرى تطالب فيه التطليق لعدم الإنفاق.

وإذا كانت مقتضيات العدل تقتضي أن تقدر النفقة بحال الزوجين يسارا وإعسارا، وأخذ ظروف الزوج بعين الاعتبار، فإنها تقتضي أيضاً عدم إثقال عبء الزوجة بإجراءات قضائية طويلة ومعقدة.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد نظمها من خلال المادتين 102 و103 من م- أ- م، حيث جاء في المادة 102 أنه: "للزوجة طلب التطليق بسبب إخلال الزوج بالنفقة الحالة الواجبة عليه، وفق الحالات والأحكام الآتية:

1- إذا كان للزوج مال يمكن أخذ النفقة منه، قررت المحكمة طريقة تنفيذ نفقة الزوجة عليه ولا تستجيب لطلب التطليق.

1- إن المدة التي يجب على الزوجة انتظارها بعد الحكم بالنفقة على الزوج وامتناعه عن تنفيذه؟. فهناك من يرى أن المدة التي يجب على الزوجة انتظارها لكي تطلب التطليق هي شهرين قياساً على المدة التي وردت في المادة 333 من ق- ع- ج، والتي تعاقب من امتنع عما عن تنفيذ حكم النفقة لمدة تتجاوز شهرين.

2- محمد حجاري، نظام الإثبات في أحكام الأسرة دراسة فقهية قانونية مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المصري والجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، 2007 م، ص 398.

2- في حالة ثبوت العجز، تحدد المحكمة حسب الظروف، أجلا للزوج لا يتعدى ثلاثين يوما لينفق خلاله وإلا طلقت عليه، إلا في حالة ظرف قاهر أو استثنائي.

3- تطلق المحكمة الزوجة حالا، إذا امتنع لزوج عن الإنفاق ولم يثبت العجز".

يتضح لنا من خلال نص المادة سالفة الذكر أن المشرع المغربي تناول مسألة التطلق لعدم الانفاق من خلال ثلاث فرضيات:

ففي الحالة التي تطلب الزوجة فيها التفريق بينهما وكان للزوج مال ظاهر، فإن القاضي لا يستجيب لطلب التطلق، ولكنه يحكم بالنفقة ويحدد الكيفية التي يؤخذ بها المبلغ المحكوم به، ويتم ذلك عادة وفقا لمقتضيات القواعد العامة للحجز، أو أية طريقة أخرى يراها القاضي، ويحكم القاضي بالنفقة ولو أن الزوجة اقتصر في طلبها على الحكم بالتطلق وحده، وهذا طبقا لأحكام الفقرة الأولى.

كما يجب على الزوجة باعتبارها مدعية تحديد المدة التي لم ينفق فيها زوجها عليها، وأن تحدد المبلغ الذي هي دائنة به لزوجها، والمال الظاهر الذي سيؤخذ بمبلغ النفقة منه إذا لم يكشف الزوج عنه؛ كما يجوز للزوجة أن تستعين في ذلك بالنيابة العامة باعتبارها طرفا أصليا ومعنئيا بشؤون الأسرة، طبقا لأحكام المادة 03 من م - أ - م⁽¹⁾.

فهنا القاضي لا يحكم بالتطلق لعدم الإنفاق؛ بل يحكم بوجوب أخذ النفقة من مال الزوج؛ أما إذا رفعت الزوجة على زوجها دعوى التطلق لعدم الإنفاق، وأثبت الزوج عجزه على الإنفاق وإعساره، واقتنع القاضي بهذا الإثبات، أمهله القاضي أجلا للإنفاق وإلا طلقها عليه، بشرط أن لا تتعدى مدة 30 يوما، كما خول المشرع للقاضي - اعمالا لسلطته التقديرية - في تمديد الآجال إذا أثبت الزوج أن ظرفا قاهرا أو استثنائيا يمنعه من الإنفاق، وفي حالة مرور الآجال المحددة في الحالتين السابقتين ولم ينفق الزوج على زوجته، ففي هذه الحالة يحكم القاضي بينهما بتطلق.

وبخلاف الحالة السابقة، والتي يثبت فيها الزوج عجزه عن الإنفاق بكيفية يقتنع بها القاضي، وحيث يستفيد من مهلة ثلاثين يوما أو تمديد تلك المهلة في حالة ثبوت الظرف القاهر أو الاستثنائي، فإذا عجز عن إثبات عجزه عن الإنفاق، حكم القاضي بتطبيق زوجته منه في الحال، دون أن يمهله أي أجل آخر⁽²⁾.

1- محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة المغربية، ج 02، المرجع السابق، ص 151 - 152.

2- محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة المغربية، ج 02، المرجع السابق، ص 152.

أما بالنسبة لإثبات عدم الإنفاق فإن الزوجة هي المطالبة بإثبات ذلك؛ باعتبارها مدعية طبقاً للقاعدة الفقهية التي تقضي بأن البينة تقع دائماً على المدعي. غير أن الفقه المالكي - ولصعوبة الإثبات في هذه الحالة - قد وضع قرينة قانونية مفادها أن القول قول الزوج يمينه متى كانت الزوجة في حوزته، وأن القول قول الزوجة يمينها متى كانت في غير حوزته. وهو ما قضى به المجلس الأعلى في إحدى قراراته الذي تتضمن القواعد الثلاث الآتية: - القول قول الزوج الحاضر مدعي الإنفاق مع يمينه.

- موضوع تطبيق هذه القاعدة أن يكون الزوج حاضراً في البلد وأن تكون الزوجة في حوزته، أي تعيش معه في البيت الزوجية.

- سكنى الزوجة في البيت الذي ورثته في الوقت الذي يسكن فيه زوجها مع زوجته الثانية في بيت آخر دليل على أنها ليست في حوزته⁽¹⁾.

أما فيما يخص المشرع المصري، فقد نصت المادة 04 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 بقولها: "إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته؛ فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله، وإن لم يكن مال ظاهر ولم يقل أنه معسر أو موسر، ولكن أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال. وإن ادعى العجز فإن لم يثبت طلق عليه حالاً، وإن أثبت أمهله مدة لا تزيد على شهر فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك"⁽²⁾.

وباستقراءنا لنص المادة السالفة الذكر يتضح لنا أنه متى رفعت الزوجة دعواها بطلب التفريق لعدم الإنفاق وكان الزوج حاضراً، فينظر أولاً في ثبوت مسألة الإنفاق من عدمها.

1- حيث يسأل القاضي الزوج عن دعواها، فإن أقر بعدم الإنفاق حكم القاضي بذلك.

2- ينكر الزوج ذلك، فتكلف الزوجة إقامة البينة فإن أقامتها قضى لها بعدم الإنفاق، وأن لم تقمها حلف الزوج وسقط حق الزوجة في طلب التفريق.

1- قرار صادر بتاريخ 22 / 12 / 1992م، منشور بمجلة المحامي، العددان 25 و26، ص 205، نقلاً عن: محمد الكشيبور، المرجع نفسه، ص 154.

2- المادة 04 من القانون رقم 25 لسنة 1920م، الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985م.

3- أما إذا نكل الزوج عن حلف اليمين الموجهة إليه فيقضي عليه بالنكول، ويثبت بذلك عدم إنفاقه على الزوجة.

4- ومتى ثبت عدم الإنفاق بالوسائل المذكورة: الإقرار، البينة، النكول عن اليمين، فينظر:

أ- إن كان للزوج مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله.

ب- أما إن لم يكن له مال ظاهر ولم يدّع العسر أو اليسر، ولكنه أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال، أما إذا أثبت أمهله القاضي مدة لا تزيد على شهر، فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك.

وما تجدر الإشارة إليه أن القانون المصري أخذ برأي المالكية في الادعاء بالنفقة، فاعتبر الزوجة مدعية، ولا يحكم بامتناع الزوج عن الإنفاق إلا بحجة شرعية، هذا من جهة. ومن جهة أخرى في ادعاء الزوج للعسرة - متى ثبت عدم الإنفاق - وإنكارها من طرف الزوجة، فحمل الزوج عبء إثباتها هذا بالرغم من أن الأصل - وهو عدم اليسار - يشهد له، وذلك سدا للطريق أمام الزوج في إسقاط النفقة الواجبة.

أما إذا كان الزوج غائبا، وطبقا لأحكام المادة 05 من نفس القانون التي تنص على: "إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله وإن لم يكن له مال ظاهر اعذر إليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له أجلا فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للإنفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل.

فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه أو كان مجهول المحل أو كان مفقودا وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي.

وتسري أحكام هذه المادة على المسجون الذي يعسر بالنفقة".

فالملاحظ من خلال نص هذه المادة أنه يجب على القاضي أن يطلب من الزوجة إثبات غيبة زوجها، كما يأمرها بأن تحلف بأن زوجها لم يترك لها نفقة، وهذا إذا لم يكن له مال ظاهر، أما إن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله، وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر عليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له أجلا، فإن لم يرسل ما تنفقه منه زوجته على نفسها، أو أن يحضر للإنفاق عليها طلق عليه

القاضي بعد مضي الأجل؛ هذا إن كان غيبته قريبة، أما إن كانت بعيدة لا يسهل الوصول إليه، أو كان مجهول المحل وثبت أنه لا مال تنفق منه الزوجة على نفسها طلق عليه القاضي⁽¹⁾.

ثانياً- سلطة القاضي للتفريق للهجر في المضجع: نلاحظ أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 6/53 من ق- أ؛ خول للزوجة حق طلب التطليق لهجر زوجها للمضجع فوق أربعة أشهر من القاضي باعتبار أن القاضي صاحب الولاية العامة التي جعلها له الشرع، وبالتالي فليس في الأصل للزوج أن يستبد في معايشة زوجته، أو يمنعها حقاً مخلولاً لها من قبل الشرع، أو يضرها بما لا تحمل الإقامة معه، ذلك أنه للزوجة طلب التطليق منعا للضرر.

والمقصود بالهجر هو أن يدير الزوج ظهره لزوجته في الفراش، ولا يهتم الاهتمام المطلوب منه كزوج، فلا يعتبرها زوجة بجانبه وقد يغادر فراش الزوجية، ويتركها عن قصد ودون سبب شرعي، وذلك لمدة تزيد عن مدة أربعة أشهر.

أما إن كان الهجر لسبب مشروع ومبرر معقول كأن يكون بهدف التأديب من طرف الزوج فلا يجوز للزوجة طلب التطليق، بشرط أن يكون هذا الهجر متوفراً على الأوصاف التالية:

1- أن يكون الهجر تعبيراً عن غضب الزوج من سلوك زوجته وتصرفاتها التي تكون فاحشة وغير صائبة يستوجب الأمر تقويم سيرتها بالموعظة الحسنة، وذلك حتى تعود الزوجة إلى رشدها.

2- ألا يتجاوز الهجر أربعة أشهر ولو ليوم واحد حتى يتعذر تطبيق نص المادة 3/53 التي جاء فيها: "الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر"؛ وهي المدة القصوى التي ينفذ فيها صبر الزوجة على زوجها، وهذا ما أقرته حفصة بنت عمر بن الخطاب رضي الله عنهما عندما سأها عمر فقال: "أي بنية لم تصبر المرأة عن زوجها؟ فقالت شهراً أو اثنين وثلاثة في الرابع ينفذ الصبر..."، فجعل عمر بن الخطاب أقصى مدة لغياب الزوج عن زوجته أربع أشهر.

وتجدر الإشارة أنه إذا وقع الهجر المتعدد أي لعدة مرات، وفي أوقات مختلفة ومتفرقة، أو أنه وقع لعذر شرعي أو مرض مثل أن يكون هجر فراش الزوجة قد وقع بسبب وجود الزوج في المستشفى للعلاج، أو بسبب وجوده بمكان آخر من أجل الخدمة الوطنية، أو من أجل القيام بمهمة في إطار وظيفته أو عمله، وغير ذلك من مثل هذه الحالات، فهنا لا يسمح للزوجة بطلب التطليق، وذلك لأن الهجر في هذه

1 - محمد حجارى، المرجع السابق، ص 396.

الحالات كان بالمبرر الشرعي والأسباب معقولة ونية الإضرار غير موجودة، حتى ولو تجاوزت المدة أربعة أشهر، والقاضي لا يجوز له أن يصدر حكماً بتطليقها.

وفي حالة طلب الزوجة التطليق بينها وبين زوجها لهجره في مضجعها، فلا يجب على القاضي أن يحكم بالتطليق إلا إذا توفرت الشروط الآتية:

1- العنصر المادي والسلوك اللاشعري، المتمثل في الهجر الحقيقي دون سبب شرعي مقبول ومعقول، بحيث يهجر الزوجة ويترك فراش الزوجية ويدير ظهره لها، ولا يعاملها معاملة الأزواج، بل ينصرف عنها ويهمل وجودها بجانبه مما يضر ضرراً فاحشاً بها، وهو أمر ينزل على الكثير من النساء كالصاعقة خاصة اللواتي لا يقدرن على مفارقة أزواجهن لمدة طويلة.

2- ويتمثل في العنصر الزمني أي الهجر مدة أربعة أشهر متتالية متواصلة غير منقطعة، ولا يقع بين الشهر والآخر أي اتصال بين الزوجين⁽¹⁾، وبعد مضي مدة الأربعة أشهر يمكن للزوجة التفكير في رفع دعوى ضدها زوجها طالبة من القاضي التطليق⁽²⁾، وفي حالة مرور شهرين أو ثلاثة مثلاً وحدث اتصال بينهما، ثم عاد الزوج إلى الهجر مرة ثانية؛ فهنا لا يحق لها رفع دعوى التطليق لهذا السبب إلا ببلوغ المدة المحددة، أربعة أشهر، لأنها المدة التي يتأكد خلالها وبعدها تضرر الزوجة ونفاذ صبرها، عند فق - دان إحدى أقدم حقوقها الزوجية الأساسية والجوهرية وهي حق التمتع الجنسي، وللولد وحفظ النسل بالذرية، وذلك هو المقصود من الزواج.

3- ويتمثل في العنصر المعنوي، والمتمثل في نية الإضرار بالزوجة، وليس في نيته الإصلاح والتأديب الذي تعود فائدته على أحدهما أو عليهما وعلى حياة الزوجة مثلما هو الأمر في موضوع التأديب.

فالمقصود هو الهجر العمدي المقصود لذاته نكايته بالزوجة، وتعديماً لها، وليس له ما يبرره لا شرعاً ولا قانوناً.

ومعنى ذلك مثلما تقدم أن الزوج يهجر الفراش بسبب أدائه لمهمة في مكان بعيد، وقد يكون الهجر لمرض يعالجه في المستشفى أو لمرض أو ضعف جنسي، وكان يعالجه سرياً على زوجته لحاجة في نفسه، وفي

1- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ط 03، 1996م، ص 263.

2- ويقع عبء الإثبات على الزوجة، وذلك بكل طرق الإثبات طبقاً لأحكام المواد من 323 إلى غاية 350 من ق - م.

كل هذه الحالات على الزوج فقط أن يخبر عن سبب الامتناع عن معايشة زوجته ويرى القاضي أن العذر مقبول والمبرر معقول، تأمر الزوجة بالصبر حتى يزول السبب أو المرض⁽¹⁾.

أما إذا رأى القاضي أن الزوج مهمل لزوجته أمره بالعودة إليها، فإن لم يفعل وممرت الأربعة أشهر طلقها القاضي عليه لأنه ظلم للزوجة، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2009/02/11 بقولها: "يعد الهجر في المضجع، في حالة تعدد الزوجات، دليلا على انعدام نية العدل، يبرر طلب الزوجة المتضررة التطلاق"⁽²⁾.

هذه هي أهم الشروط التي يجب على القاضي التأكد من توفرها، حتى يتمكن من تطبيق القانون والشرع، إما إذا تخلف عنصر واحد، سواءً المادي أو الزمني أو المعنوي، ولم تجتمع العناصر الثلاثة لا يجوز للقاضي أن يحكم للزوجة بالتطلاق⁽³⁾.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد تناول ذلك من خلال أحكام المادة 6/98 من م-أ-م، بقولها: "للزوجة طلب التطلاق بناء على أحد الأسباب التالية: الإيلاء والهجر".

ومن هنا فإنه يتضح لنا أن المشرع المغربي يميز للزوجة أن تطلب التطلاق للهجر في المضجع أو للإيلاء، وهو نفس ما أخذ به المشرع الجزائري، لكن هناك اختلاف بسيط يكمن أن المشرع المغربي

تكلم عن التفريق بالإيلاء؛ وذلك من خلال أحكام المادة 112 من م-أ-م، بقولها: "إذا آلى الزوج من زوجته أو هجرها، فللزوجة أن ترفع أمرها لى المحكمة التي تؤجله أربعة أشهر، فإن لم يفى بعد الأجل طلقتها عليه المحكمة".

وبالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي، فإن الإيلاء لا يتحقق إلا بشروط الآتية:

1- أن يكون الزوج مسلما عاقلا وقادرا على إتيان زوجته، فإن كان مجنوناً أو معتوهاً أو مريضا مرضاً شديداً أو شخصاً هرمًا، لا يصح إيلاؤه.

2- أن تكون الزوجة في عصمة الرجل أو لم تنزل في عدتها منه من طلاق رجعي، فإن بانت منه لأي سبب كان فإن الإيلاء لا يصح.

1- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، ط 1986م، ص 285.

2- المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 2009/02/11، ملف رقم 480240، م - م - ع، عدد 01، 2009، ص 279.

3- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 265.

3- أن يحلف على تحريم زوجته عليه لمدة تزيد على أربعة أشهر ولو بيوم واحد عند المالكية، بخلاف الحنفية الذين يجعلونها أربعة أشهر لا غير⁽¹⁾.

4- أن يكون الإيلاء أو الهجر للإضرار قصدا بالزوجة.

فإذا توفرت هذه الشروط يجوز للزوجة أن ترفع أمرها للقاضي، وذلك بطلب التطليق للهجر والإيلاء تطبيقاً لأحكام المادتين 98 و112 من م-أ- م.

أما بالنسبة لمسألة إثبات الإيلاء، فإذا ادعى الزوج الوطاء مثلاً لكي يكسر الأجل الذي ضرب له، وتدعي الزوجة عدم الوطاء لكي تطلق منه، فالقول هنا قول الزوج بيمينه، ما لم تقم قرينة لصالح الزوجة، كأن تكون عذراء ويتأكد أنها لا زالت على حالها بعد انقضاء مدة الإيلاء، أو يكون الزوجان معزولين عن بعضهما، كما لو نشزت الزوجة مباشرة بعد إيلاء الزوج لها.

وما يمكن ملاحظته أن صعوبة الإثبات في مسألة الإيلاء هو الذي يفسر ندرة الأحكام والقرارات القضائية في هذا الموضوع⁽²⁾.

أما بالنسبة للمشرع المصري فلم ينص صراحة على التطليق للهجر في المضجع أو الإيلاء؛ وإنما يجوز للزوجة التي آلت منها زوجها ولم يفئ أن ترفع أمرها إلى القاضي طالبة التطليق للضرر عملاً بنص المادة 06 من قانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 والتي تنص على: "إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب التفريق؛ وحينئذ يطلقها القاضي طليقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكماً وقضى على الوجه المبين بالمواد 07 و08 و09 و10 و11".

ويقضي لها في ذلك على أساس الراجح من المذهب الحنفية لكون الإيلاء لم ينص على حكمه في القانون المصري؛ وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في قرار لها قضت بأنه: "مجرد ثبوت واقعة هجر الزوج لزوجته تكفي وحدها للحكم بالتفريق"⁽³⁾.

1- لكن الإجماع المتفق عليه هو أن الإيلاء لا يقع بأقل من أربعة أشهر.

2- محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ج 02، المرجع السابق، ص 229 - 230.

3- طعن رقم 51 لسنة 48، ق-أ- ش، جلسة 05 / 03 / 1980.

وفي الأخير يمكن القول بأن المشرعان الجزائري والمغربي قد أخذوا بهذا السبب للتطبيق دون بعض التشريعات العربية، ولكن ليس معنى ذلك إنكار هذا السبب في طلب الزوجة للتطبيق، إذ يمكن أن يندرج هذا السبب في الضرر المعتبر شرعاً، لأن التشريعات العربية أجازت للزوجة أن تطلب التطبيق إذا ما لحقها ضرر من زوجها يفسد العلاقات الزوجية وتستحيل معه استمرارها؛ كما يمكن أن نلاحظ أن المهر في المضجع المشار إليه في التشريع الجزائري كسبب من الأسباب التي تسمح للزوجة طلب التطبيق يتفق إلى حد كبير مع الإيلاء في الفقه الإسلامي.

ثالثاً- التفريق لضرر الغيبة والحبس: إن العلاقة بين الزوجين تبنى على أساس المودة والسكينة وحسن العشرة بينهما، وتتحقق هذه الأمور بتحقيق المساكنة بينهما والإقامة معاً في مسكن الزوجية، أما إذا غاب عن زوجته أو حبس مدة طويلة، انقلبت المودة والسكن وتعاسة وشقاء.

فإذا تضررت الزوجة من غياب زوجها عنها أو حبسه وخشيت على نفسها الفتنة والعنت؛ فهل يجوز لها رفع أمرها إلى القاضي طالبة التفريق بينها وبين زوجها الغائب أو المحبوس؟

1- التفريق لضرر الغيبة والحبس في الفقه الإسلامي: اختلف الفقهاء في ذلك إلى رأيين:

الرأي الأول: لا يجوز للزوجة أن تطلب من القاضي التفريق بينها وبين زوجها بسبب غيبته أو حبسه طالبت هذه الغيبة أو قصرت، بعذر كان أو بغير عذر، وإن تضررت بسبب ذلك، وهو قول الحنفية، والشافعية، والظاهرية⁽¹⁾؛ واستدل أصحاب هذا الرأي من السنة والآثار والمعقول⁽²⁾:

1- فالحنفية لم يتكلموا عن حكم التفريق للغيبة في باب الفرقة، بل في باب المفقود وأحكامه، فلم يجيزوا لزوجته طلب التفريق، وكذلك لا يجوز لزوجته الغائب؛ ونقل صاحب الشريبي عن الشافعي قوله: "أنه لا فسخ ما دام الزوج موسراً وإن غاب غيبة منقطعة"؛ وقال ابن حزم: "لا يجوز فسخ نكاح أحد بمغيبته ولا بإيجاب عدة ممن لا يصح موته، ولا أن يطلق أحد عن غيره"؛ الشريبي، مغني المحتاج، ج 03، ص 442؛ ابن حزم، المحلى، ج 09، ص 326 - 327؛ ابن همام، فتح القدير، ج 06، ص 137؛ النووي، روضة الطالبين، ج 07، ص 403.

2- واستدل أصحاب هذا الرأي: أ - من السنة: قوله صلى الله عليه وسلم: "امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها الخبر"؛ حديث ضعيف أخرجه البيهقي والدار قطني، وفي رواية أخرى بلفظ: "امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان"، قال ابن أبي حاتم في "كتاب العلل": سألت أبي عنه فقال: هذا حديث منكر وذكر العلماء أن رواته مجهولون أو متروكون؛ الصنعاني، سبل السلام، ج 02، ص 204؛ الزيعلي، نصب الرأية، ج 04، ص 382.

وجه الدلالة: - الحديث ينص صراحة على أن امرأة المفقود تبقى على ذمة زوجها ولا يجوز التفريق بينهما بسبب الفقد والغياب؛ ابن همام، فتح القدير، ج 06، ص 138.

ب- من الآثار: بقول علي - رضي الله عنه - في امرأة المفقود: هي امرأة ابتليت، فلتنصبر حتى يأتيها الخبر موت أو طلاق؛ ويقول قلابة وجابر بن زيد والشعبي والنخعي: أن ليس لها أن تتزوج حتى يتبين موته؛ عبد الرزاق، المصنف، ج 07، الحديث رقم (12378)، ص 67؛ الزيعلي، نصب الرأية، ج 03، ص 473.

الرأي الثاني: ذهب المالكية والحنابلة إلى أن غيبة أو حبس الزوج إذا طال، وتضررت بها الزوجة⁽¹⁾، يحق لها أن تطلب التفريق، وحتى ولو ترك لها ما تحتاج إليه من نفقة مدة غيبته؛ لأن إقامتها بعيداً عن زوجها مدة طويلة مع محافظتها على عفتها مما يتعذر على الطبيعة البشرية احتمالها، وهو ضرر بالغ يجب رفعه، وذلك بالتفريق بين الزوجين إن أبي الزوج أن يحضر إليها؛ وعللوا قولهم بأن الضرر يلحقها من ذلك، وأن الله سبحانه وتعالى نهي عن إمساك الزوجة للإضرار بها بقوله تعالى: [...] وبغيبية الزوج وحبسه يتأكد إلحاق الضرر بها؛ وأختلف أصحاب هذا الرأي في مدة الغيبة التي تجيز طلب التفريق وفي أسبابها⁽²⁾:

واختلفوا في المحبوس والأسير، فالمالكية لم يجيزوا طلب التفريق، فلا تتزوج حتى يعلم موته، أو تنتظر مدة التعمير⁽³⁾؛ ونقل ابن المنذر الإجماع على ذلك⁽⁴⁾، فخالفوا الحنابلة الذين أحقوه بالمفقود وضربوا ستة أشهر إذا كانت بدون عذر⁽⁵⁾؛ واستدل أصحاب هذا الرأي من الآثار والقياس⁽¹⁾:

وجه الدلالة: هذه الآثار المروية عن الصحابة والتابعين - رضي الله عنهم - تنص بصراحة على أن من غاب عنها زوجها أو فُقد لا تتزوج حتى تستبين موته؛ ابن همام، فتح القدير، ج 06، ص 137 - 138؛ ابن حزم، المحلى، ج 09، ص 322.

ج- **ومن المعقول:** حيث إن النكاح عرف بثبوته، والغيبية لا توجب الفرقة، والموت في حيز الاحتمال، فلا يُزال النكاح بالشك؛ ابن همام، فتح القدير، ج 06، ص 138.

1 - الخطاب، مواهب الجليل، ج 05، ص 496 - 497؛ البهوتي، كشاف القناع، ج 05، ص 495.

2 - فالمالكية يرون أن زوجة الغائب إذا تضررت من غيبة زوجها، فلها طلب التفريق بينهما، سواء كانت الغيبية بعذر أو بغير عذر، إذا مضى الدردير، على غيابه سنة كاملة على الأقل؛ وذلك خوفاً على الزوجة من وقوعها في فاحشة الرِّثا، واعتبروا السنة كافياً لادعاء ذلك. وفي ذلك قال الدردير: "الغائب لا بدّ من طول غيبته سنة فأكثر، ولا بد من الكتابة إليه إما أن يحضر أو ترحل امرأته إليه إن علم محلّه وأمكن، ولا بدّ من خوفها على نفسها ويعلم ذلك من جهتها"؛ الدردير، الشرح الكبير، ج 02، ص 431؛ الخطاب، مواهب الجليل، ج 05، ص 496 - 497.

أما الحنابلة فقسموا الغيبة إلى قسمين: أ- أن تكون غيبته منقطعة يعرف خبرة ويأتي كتابه، فهذا ليس لامرأته أن تتزوج في قول أهل العلم إلا أن يتعذر الإنفاق عليها من ماله، فلها أن تطلب فسخ النكاح فيفسخ نكاحه. =

= ب- أن يفقد وينقطع خبره ولا يعلم له مكانه، وهذا لا يخرج عن حالتين: - أن تكون غيبته ظاهرها الملاك، كالذي يُفقد من أهله ليلاً أو نهاراً، أو يخرج إلى الصلاة فلا يرجع، أو يفقد في المعركة، أو يركب البحر وتنكسر المركبة فيفقد البعض وبهلك البعض ولا يعلم له خبر، ففي هذه الحالة تترتب أربع سنين عند الإمام أحمد؛ - أن تكون ظاهر غيبته السلامة، كسفر التجارة وطلب العلم ونحو ذلك، فلا تزول الزوجية في هذه الحالة حتى يتم التيقن من موته؛ البهوتي، كشاف القناع، ج 05، ص 495.

3- علبش، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج 04، ص 324.

4- ابن المنذر، الإجماع، ص 41.

5- البهوتي، كشاف القناع، ج 05، ص 495؛ ابن قدامة، المغني، ج 07، ص 327.

الترجيح: بعد عرض لآراء الفقهاء في مدى ثبوت حق الزوجة في التفريق للغيبة الزوج أوجبسه، فإنه يتبين لي أن الراجح منها هو جواز التفريق للغيبة لما يلي:

أ- قوة الأدلة، التي أخذها بها القائلون بجواز التفريق وصحتها، بحيث لا تقوى أدلة القائلين بمنع التفريق على معارضتها.

ب- جاءت قواعد الشريعة الإسلامية لتحث على دفع الضرر ورفعها، مثل: الضرر يزال، ولا ضرر ولا ضرار وفي ترك الزوجة في عصمة زوجها الغائب سنين طويلة ضرر شديد، وخرج كبير ومشقة عظيمة.

1- استدلال أصحاب هذا الرأي: أ- من الآثار: - قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: أما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً ثم تحل. وجه الدلالة: جعل عمر رضي الله عنه عدة من غاب عنها زوجها أربع سنين قبل أن تحل للأزواج دليل على جواز التفريق؛ الإمام مالك، الموطأ، ج 02، الحديث رقم 52، ص 458.

- قضاء سيدنا عمر وعثمان وعبد الله بن الزبير رضي الله عنهم بالتفريق بين الغائب وزوجته كان بحضور من الصحابة، وانتشار هذه القضايا في الصحابة دون تكثير منهم دليل الإجماع؛ البهوتي، كشاف القناع، ج 05، ص 495؛ ابن قدامة، المغني، ج 07، ص 326 - 327.

ب- من القياس: قياس الغيبة على العنين بجامع فوات حقها في المعاشرة الزوجية؛ وقياس الغيبة على الإيلاء بجامع الخوف على نفسها من الضرر عليها؛ البهوتي، كشاف القناع، ج 05، ص 495، ابن قدامة، المغني، ج 07، ص 326 - 327.

مناقشة الأدلة: لم تسلم أدلة الفريقين من المآخذ والانتقادات، فقد نوقشت أدلة المانعين التفريق للغيبة بما يلي:

أ- الاستدلال بحديث امرأة المفقود أنها امرأته حتى يأتيها الخبر، فقد أجيب عنه بأنه لم يثبت ولم يذكره أصحاب السنن، وضعفه الفقهاء؛ الزيلعي، نصب الراية، ج 03، ص 482؛ الصنعاني، سبل السلام، ج 02، ص 304.

ب- الاستدلال بالأثر المروي عن علي كرم الله وجهه فيجاب على وجهين: الوجه الأول: ما ورد عن علي مرويه الحكم وحما وهو مرسل. الوجه الثاني: روي عنه مثل رواية عمر بن الخطاب رضي الله عنه التي يميز فيها التفريق للفقد والغيبة، وهي الرواية المستندة؛ ابن قدامة، المغني، ج 07، ص 327.

ج- واستدلهم بالمعقول وأن النكاح ثابت والغيبة لا توجب الفرقة، والموت في حيز الاحتمال فلا يُزال النكاح بالشك، فقد أجيب عنه بأن الظاهر في غيبته الهلاك وليس الشك؛ ابن قدامة، المغني، ج 07، ص 327.

أما بالنسبة لأدلة القائلين بجواز التفريق بين الزوجين لضرر الغيبة فقد نوقشت بما يلي:

أ- الاستدلال بالأثر المروي عن عمر رضي الله فيمن فقدت زوجها فلم تدر أين هو أنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً ثم تحل، فأجيب عنه بأن عمر رجع إلى قول علي كرم الله وجهه؛ ابن همام، فتح القدير، ج 06، ص 136.

ب- الاستدلال بالإجماع أجيب عنه بأن الاختلاف في التفريق للفقد والغيبة مشهور بين الصحابة والتابعين رضوان الله عليهم، أما الصحابة فعلي كرم الله وجهه خالف عمر رضي الله عنه، ولم يفرق بين الزوجة وزوجها للفقد والغيبة، ومن التابعين من تابع علياً في قوله كالحسن البصري وعطاء وابن شهاب الزهري والشعبي وعمر بن عبد العزيز؛ ابن حزم، المحلى، ج 09، ص 323 - 324.

ج - أما قياس الغيبة على العنين فأجيب عنه بأن العنة بعد ما استمرت سنة كانت طبيعة، والطبيعة لا تتحل ففات حقها على التأيد فيفرق بينهما بعد سنة دفعا للضرر عنها، بخلاف المفقود، فإن حقها مرجو قبل مضي أربع سنين وبعده، وعليه فإن عودة المفقود أرحى من زوال العنة بعد مضي السنة، فلا يُشرع في الغيبة ما يشرع في العنة. أما قياس الغيبة على الإيلاء فقد أجيب عنه بأن الإيلاء كان في الجاهلية طلاقاً معجلاً، = فاعتبر في الشرع مؤجلاً، ووقوع الطلاق به بعد انقضاء مدة الإيلاء لا يتوقف على تفريق القاضي، ولأن النكاح حق الزوج حال حياته، وله إبقاء حقه عليه، ولو مكثت الزوجة أن تتزوج كان فيه حكم بالموت ضرورة، لأن المرأة لا تحل لزوجين في حالة واحدة، فيجب قسمة ماله أيضاً، وهذا ممتنع ما لم يقم على موته دليل موجب؛ ابن همام، فتح القدير، ج 06، ص 138؛ السرخسي، المبسوط، ج 11، ص 354.

ج- أبحاث الشريعة الإسلامية للزوجة طلب التفريق لإعسار الزوج بالنفقة؛ رغم وجوده عندها، فإباحة طلبها التفريق لغيبته وبعده عنها أولى، لما من ضرر محقق بها.

د- الأصل في مشروعية الزواج تحقيق السكنية وإضفاء مشاعر المودة والرحمة في أجواء الأسرة وبالأخص بين الزوجين، فإذا غاب الزوج عن زوجته وتركها ليتجاذبها الخوف والوحشة؛ بدل المودة الرحمة، فلا أقل من مطالبتها بالفرقة لما أصابها من فتنة جراء هذه الغيبة.

2- دور القاضي في التفريق بين الزوجين للغيبة والحبس في التشريع الجزائري والمقارن: قد يغيب الزوج عن زوجته مدة الطويلة أو قصيرة، لعمل، أو دراسة، أو تجارة، أو حبس غير ذلك، فتضرر الزوجة من ذلك أشد الضرر، وتكون في تلك المدة التي غاب فيها عنها مثارا للشكوك والأوهام، وقد لا يكون معها في البيت من يؤنسها ويدفع عنها وحشة الانفراد، كما أنها قد تحشى على أخلاقها وعفتها على الانحراف والانخراط في ردهات الرذيلة والوقوع في الزنى⁽¹⁾.

ولذلك جعل القانون للزوجة أن تطلب من القاضي التفريق بينها وبين زوجها الغائب والمقصود بالغيبة هنا غيبة الزوج عن زوجته في بلد آخر، وتكون هذه الغيبة بصورة مستمرة، وليست غيبته عن مسكن الزوجية مع الإقامة مع الزوجة في بلد واحد، تسوغ طلب التطليق.

ومن الغيبة بعذر، غياب الزوج في مهمة علمية (أي دورة تكوينية) لا يكمن أن تكون الزوجة معه فيها، وكذا إذا أذنت الزوجة لزوجها بالسفر إلى الخارج البلاد، إلا إذا حصل ما يلغي هذا الإذن.

وعندما تطلب الزوجة من القاضي التفريق بينها وبين زوجها، لغيبته عنها وتضررها من تلك الغيبة التي طالت مدة سنة فأكثر، ينظر القاضي في صدق أقوالها ويتحقق من سبب الغيبة، إن كانت بعذر أم بدون عذر، فإذا كانت الغيبة بعذر، يقدر إذا كان العذر مقبولا أم غير مقبول وكون الزوج معروف محل إقامته.

ويتحقق القاضي أيضا من كون الضرر اللاحق بالزوجة محقق، وليس مجرد احتمال أو متوقع الحصول⁽²⁾، فالقانون لم يبين متى تكون الغيبة مقبولة ومتى لا تكون، وترك ذلك لتقدير القاضي والنظر فيه.

1- أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي (مع بيان قانون الأحوال الشخصية للقضاء في محاكم الكويت)، مكتبة الفلاح، ط 01، 1972م، ص 521.

2- أنور العمروسي، أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط 01، 2001 م، ج 02، ص 611.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري أعطى للقاضي السلطة التقديرية من خلال المادة 05/53 من ق - أ، بقولها: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب التالية: - الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة"؛ وعليه، فإن غاب الزوج عن زوجته غيبة طويلة، كان لها أن تطلب التطلق بينها وبينه، سواء كان في غياب معلوم الحال أو مجهول، لأنها تتضرر من الغيبة ضررا قد يدفعها إلى الإنحراف.

ما يتضح لنا من خلال هذه الفقرة أن المشرع الجزائري وضع شروطا لقبول طلب الزوجة بالتفريق بينها وبين زوجها تتمثل فيما يلي:

أ- أن تكون الغيبة أكثر من سنة كاملة، تبدأ من يوم غيبته إلى غاية يوم رفع الدعوى عليه، لأنه لا يجوز لها أن ترفع دعوى ضد زوجها الغائب لتطليقها إذا كانت مدة غيابه لا تزيد عن سنة. وهذا مستمد من الفقه المالكي الذي جعل الغيبة من سنة إلى ثلاثة سنوات⁽¹⁾؛ وعبء الإثبات يقع على عاتق الزوجة. وقد ذهب المشرع الجزائري في المادة 114 من ق- أ، إلى أنه: "يصدر الحكم بالفقدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له المصلحة، أو النيابة العامة"؛ وبعد صدور الحكم بالفقدان أو الغيبة فإنه وفقا لنص المادة 112 من ق- أ، يحق لزوج الغائب أو المفقود أن تطلب الطلاق بناء على المادة 5/53 من هذا القانون.

ب- أن يكون هذا الغياب بدون عذر مقبول، ودون سبب شرعي، إذ يكون بذلك متعمدا لإضرار بالزوجة، أما إذا كان الغياب لعذر مقبول كما لو كان الزوج غائبا لطلب العيش، أو لطلب العلم، أو لأداء الخدمة الوطنية مثلا، فلا يجوز المطالبة بالتطبيق.

ج- عدم الإنفاق عليها طول هذه المدة، أو لم يترك لها مالا تستطيع الإنفاق منه على نفسها وعن أولادها. فلو ترك لها مالا يمكنها أن تنفق منه، فلا يجوز لها طلب التطلق⁽²⁾.

من هنا فإن التطلق للغياب يقوم على أساس الضرر الواقع، وليس الضرر المتوقع فقط؛ كما يشترط قصد الزوج الاضرار بزوجه أو إيذائها بتعنت، لأنه غاب ولم يعلمها، فيجب على القاضي الحكم بالتطبيق في هذه الحالة معاقبة للزوج.

1- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري " الزواج و الطلاق " ج 01، المرجع السابق، ص 297.

2- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري " الزواج و الطلاق " ج 01، المرجع السابق، ص 298.

والغائب الذي يقصده المشرع الجزائري هنا، هو الذي نص عليه في المادة 110 من ق- أ، بقولها: "يعتبر كالمفقود، الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة وكيل لمدة سنة، وتسبب غيابه في ضرر للغير".

فالمشرع الجزائري حدد مفهوم الغائب، ومنح للزوجة الحق في طلب التطبيق للغياب من جراء الضرر الذي لحقها، إذا توفرت الشروط القانونية للغياب. أما إذا كان الغائب في مكان معروف، وأمکن الاتصال به ووصول الرسائل إليه، ضرب له القاضي أجلا وأعذر إليه بأن يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو نقلها إليه أو يطلقها؛ فإذا انقضى الأجل ولم يفعل، ولم يقدم عذرا مقبولا تأكد القاضي من استمرارها على طلب التفريق، ثم يحكم بينهما بتطبيقها.

ما سبق الحديث عنه كان عن غيبة الزوج عن زوجته، أما بالنسبة لما قد يتعرض له الزوج من الفقد، كأن يغيب الزوج عن زوجته بحيث لا يعرف مكانه، ولا يعرف إن كان حيا أم ميتا، وتتضرر الزوجة من تلك الغيبة، ففي هذه الحالة أجاز المشرع للزوجة أن تطلب التطبيق من زوجها، وجعل للقاضي سلطة تقديرية في إيقاعه من خلال المادة 112 من ق- أ، بقولها: "لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون".

يتضح لنا أنه وقبل الحكم بالطلاق، فإنه يجب على القاضي وإعمالا لسلطته التقديرية، أن يتحرى وبيحث في أي جهة يمكن أن يكون الزوج المفقود قد يكون فيها، حتى يصل القاضي بعد استنفاد كل الطرق الممكنة إلى الاقتناع بأنه لا أحد يعرف إن كان الزوج المفقود حيا أم ميتا.

كما أعطى المشرع للقاضي في حالة طلب الزوجة التفريق لفقد زوجها، أن ينظر في حال غيبة الزوج والجهة التي يغلب فيها الظن أنه فقد بها، فإذا كان قد فقد في جهة آمنة خالية من الكوارث، فللقاضي تأجيل طلب الزوجة مدة أربع سنين من تاريخ فقده، ومن الجدير بالذكر أن القاضي يقدر بعد التحري والتثبت إن كانت الجهة التي فقد فيها الزوج جهة آمنة أم غير آمنة ويغلب فيها الهلاك - كجهة تكثر فيها الحروب وحدوث الكوارث الطبيعية- وهذا طبقا لأحكام المادة 113 من ق- أ، التي تنص على: "يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات".

كما يتبين لنا أن المشرع جعل للقاضي سلطة تقديرية في الإجابة على طلب الزوجة في التفريق، بعد مضي أربع سنوات من فقده، بعد البحث والتحري فيما إذا كان الزوج فقداً في مكان يغلب على الظن

هلاكه فيها، كفقده في حالة حدوث الحرب، أو إثر غارة جوية أو زلزال، أو سقوط طائرة أو غرق سفينة ولم يخبر عن نجاة أحد لركاب. فهنا لا بد للقاضي بأن يحكم للزوجة بتطليقها من زوجها في هذه الحالة.

أما بالنسبة لحبس الزوج فقد أجاز المشرع الجزائري أن للزوجة الحق في طلب التفريق من خلال المادة 4/53 من ق-أ، بقولها: "... الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية"، فيشترط بموجب هذا النص للزوجة في طلب التفريق توفر الشروط الآتية:

1- يجب عليها قبل كل شيء أن تثبت بالطرق القانونية أن زوجها الذي تريد أن تنفصل عنه بالتطليق قد ارتكب جريمة ماسة بشرف الأسرة، وأنه قد صدر ضده حكما قضائيا حائزا لقوة الشيء المقضي فيه.

2- أن يستحيل مع ارتكاب الجريمة وصدور الحكم فيها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، لما ينتج من خلافات حادة وخصومات مستحكمة بين الزوجين، وتحول الحب والمودة بينهما إلى بغض وكرهية.

ما يتضح لنا أن المشرع الجزائري لم يحدد مدة الحبس ولا فيما إذا كان المحكوم به في شأن الجريمة مقيدا للحرية أم لا، فيكون النص عاما متضمنا جميع أنواع العقوبات، متى كانت الجريمة فيها مساس بشرف الأسرة واستحال معها دوام العشرة⁽¹⁾.

فالمشرع الجزائري منح للزوجة الحق في طلب التطليق في حالة إرتكاب الزوج لفاحشة مبينة، طبقا لأحكام المادة 7/53 من ق-أ؛ وهي حالة أو سبب من أسباب التطليق التي انفرد بها المشرع الجزائري دون سواه من التشريعات العربية، وإن كانت هذه الحالة يمكن أن تكون الفقرة الرابعة من المادة 53 من ق-أ، لأن الفاحشة جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، ومعاقب عليها قانونا بالحبس، والمقصود بالفاحشة هو فعل الزنا، مما يمس بالأمانة الزوجية وبكرامة الزوجة، وعليه فإذا تبين للزوجة أو ثبت لديها أن زوجها قد إرتكب فاحشة بهذا المعنى، وأنها لم تعد تطيق العيش معه، فإنه يجوز لها إذا رغبت في التطبيق بينها وبين زوجها أن ترفع أمرها إلى القاضي مطالبةً بتطليقها، كما يقع عليها عبء إثبات ذلك أمام القاضي؛ وذلك بتقديم الأدلة والحجج ما يكفي لإثبات فعل الفاحشة وجعل القاضي يقتنع بذلك⁽²⁾.

1- وهو نفس الشيء بالنسبة للفقرة السابعة من المادة 53 من ق-أ، بقولها: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية: - ارتكاب فاحشة مبينة...".

2- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 275.

وعرف د/ بلحاج العربي الفاحشة بأنها: "الخطأ المخل بالآداب، بصفة خطيرة أو جسيمة، في ضوء أحكام الفقه الاسلامي، والعرف والضمير الاجتماعي"⁽¹⁾.

وعليه نرى أنه على المشرع الجزائري إعادة النظر في الفقرة 07 من المادة 53 من ق-أ، وإدراجها ضمن أحكام الفقرة 04 من ذات القانون.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد نظم التطلق للغيبة ضمن مقتضيات المواد 104 و105 و106 من م-أ-م؛ فنصت المادة 104 على أنه: "إذا غاب عن زوجته مدة تزيد عن سنة، أمكن للزوجة طلب التطلق".

تتأكد المحكمة من هذه الغيبة ومدتها ومكانها بكل الوسائل. تبلغ المحكمة الزوج المعروف العنوان مقال الدعوى للجواب عنه، مع إشعاره بأنه في حالة ثبوت الغيبة، ستحكم المحكمة بالتطلق إذا لم يحضر للإقامة مع زوجته أو لم ينقلها إليه"⁽²⁾.

ما يتستنتج من خلال نص هذه المادة أن هناك إجراءات ممهدة للحكم بالتطلق للغيبة وهما:

1- في حالة التي يكون فيها عنوان الزوج الغائب معروفاً، ففي هذه الحالة يبلغه القاضي مقال دعوى زوجته للجواب عنه، مع إشعاره في ذات الوقت بأنه في حالة ثبوت غيبته سيحكم بتطلق زوجته منه، ما لم يحضر للإقامة مع زوجته من جديد أو ينقلها لكي تقيم معه بالمكان الذي يستقره.

2- أما في الحالة التي يكون فيها عنوان الزوج غير معروف، فيتخذ القاضي وبمساعدة من النيابة العامة، كل إجراء يراه مفيداً لتبليغ دعوى زوجته إليه، بما في ذلك ضرب أجل وتعيين قيم للبحث عنه والدفاع عن مصالحه أمام القضاء، فأن لم يحضر رغم كل ذلك حكم القاضي بتطلق زوجته منه"⁽³⁾.

وقبل هذا ولقبول دعوى التطلق للغيبة يجب على القاضي أن يتأكد من توفر شرطين أساسيين:

1- أن تكون هناك غيبة: ويقصد بالغيبة خروج الزوج من بيت الزوجية دون أن يرجع إليه. أي أن يكسر قاعدة المساكنة الشرعية بين الزوجين وما تستوجبه من معاشرة زوجية؛ والتي تعتبر واجبا جوهريا عليه، والغيبة واقعة مادية تثبت بكافة وسائل الإثبات المتاحة، بما في ذلك شهادة الشهود.

1- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري "الزواج والطلاق"، ج 01، المرجع السابق، ص 305.

2- كما نصت المادة 105 من م-أ-م، على: "إذا كان الغائب مجهول العنوان، اتخذت المحكمة بمساعدة النيابة العامة، ما تراه من إجراءات تساعد على تبليغ دعوى الزوجة إليه، بما في ذلك تعيين قيم عنه، فإن لم يحضر طلقها عليه".

3- محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ج 02، المرجع السابق، ص 162 - 163.

2- أن تزيد الغيبة عن سنة: فيجب أن تكون غيبة الزوج عن بيت الزوجية تفوق السنة، وإلا كانت الدعوى المرفوعة خلافا لهذا الشرط غير مقبولة من الناحية الإجرائية، ويجب على القاضي أن يتأكد من غيبته ومدة ومكانه بكل الوسائل الإثبات، حتى يكون حكمه بالتطليق أو برفضه مبنيا على أساس قانوني سليم⁽¹⁾.

فالزوجة هي المطالبة بإثبات هذه الغيبة بكل وسائل الإثبات، لأن الأمر يتعلق بوقائع مادية، وكثيرا ما تلجأ بعض الزوجات في هذا الصدد إلى الإثبات بواسطة اللغيف الذي يأخذ به القاضي عادة متى تحققت شروطه.

أما بالنسبة للتطليق لحبس الزوج فقد نصت المادة 106 من م- أ- م، بقولها: "إذا حكم الزوج المسجون بأكثر من ثلاث سنوات سجنا أو حبسا، جاز للزوجة أن تطلب التطليق بعد مرور سنة من اعتقاله، وفي جميع الأحوال يمكنها أن تطلب التطليق بعد سنتين من اعتقاله".

فالملاحظ أنه لقبول دعوى التطليق للسجن أو حبس لا بد من توافر شرطين هما:

1- أن يحكم على الزوج بالحبس أو بالسجن لمدة تفوق ثلاث سنوات.

2- أنه لا يمكن رفع الدعوى إلا بعد مرور سنة كاملة من اعتقاله، قياسا على الحكم المتعلق بطلب التطليق للغيبة.

كما يجب أن يكون الزوج في حالة اعتقال لا في حالة سراح، أما إذا كان في حالة سراح أو حكم عليه بعقوبة موقوفة التنفيذ أو حكم عليه ثم تم العفو عنه قبل إتمام السنة، فإن دعوى طلب التطليق تكون غير مقبولة في هذه الحالات.

وقد يتم اعتقال الزوج لأي سبب من الأسباب، غير أنه ظل دون محاكمة أو تطول محاكمته لاعتبارات كثيرة، فهنا يجوز للزوجة رفع دعوى التطليق لحبس زوجها بعد مرور سنتين من اعتقاله⁽²⁾.

وقد كان العمل جاريا في المحاكم المصرية على عدم التفريق بين الزوجين بسبب غيبة الزوج، حتى صدر القانون رقم 25 لسنة 1920م المعدل بقانون رقم 100 لسنة 1985م، فأجاز التطليق للغيبة

1- محمد الكشور، المرجع نفسه، ص 161.

2- محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ج 02، المرجع السابق، ص 165.

أخذاً بما ذهب إليه المالكية والحنابلة، فقد نصت المادة 12 على: "إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقاً بائناً إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه"⁽¹⁾.

فالملاحظ من خلال هذا النص أنه يجب على القاضي الحكم بالتطليق للغيبة إلا بعد تأكده من تحقق الشروط الآتية:

1- أن يغيب الزوج عن زوجته إلى بلد آخر غير الذي تقيم فيه، أما إذا كان الغياب إلى ذات البلد الذي تقيم فيه، فإنه لا يعتبر غياباً طبقاً لأحكام المادة 12، بل يعتبر هجراً للزوجة ويكون حكمه أن قصد به الإيذاء ما نص عليه في المادة 06 باعتبار أنه نوع آخر من الضرر.

2- أن تطول الغيبة مدة سنة فأكثر، فإن كانت مدة الغياب أقل من سنة - وإن تكرر الغياب - فلا يقبل القاضي من الزوجة طلب التطليق أخذاً بمذهب لإمام مالك؛ ومضي السنة إجراء جوهرى لقبول الدعوى، وإغفاله يؤدي إلى بطلان الحكم.

3- أن يكون الغياب بغير عذر مقبول، فإذا كان بعذر شرعي، كالسفر لطب العلم أو الغيبة للتجارة فهنا القاضي لا يحكم بالتطليق، وتقدير العذر موكول إلى القاضي.

4- أن تتضرر الزوجة من غيبة زوجها عنها بأن تخشى على نفسها الفتنة مثلاً، فتطلب التطليق، ذلك لأن الضرر هو سبب الدعوى فلا بد من ثبوته، ولأن التطليق حق للزوجة فلا بد من طلبه فلا يقضي به القاضي من تلقاء نفسه.

فإذا تقدمت الزوجة إلى القاضي بطلب التفريق وتأكد من توفر شروط السابقة، فإنه وإعمالاً للمادة 13 من القانون نفسه؛ فإن القاضي يضرب أجلاً إن أمكن وصول الرسائل إلى الزوج الغائب، ويعذره بأن يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إلى مكان وجوده.

فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً فرق القاضي بينهما بتطليقة بائنة؛ وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضي عليه بدون عذر ولا يضرب له أجلاً⁽¹⁾.

1 - كما نصت المادة 13 على: "إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلاً وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً فرق القاضي بينهما بتطليقه بائنة، وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضي بلا إعدار وضرب أجل".

أما بالنسبة للتطبيق لحبس زوج، فقد نصت المادة 14 من نفس القانون أنه: "لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية لمدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطبيق عليه بائناً للضرر كان له مال تستطيع الإنفاق منه".

يتضح لنا من خلال هذا النص أنه يجب على القاضي لقبول دعوى التطبيق لزوجة المحبوس تحقق الشروط الآتية:

1- أن يصدر حكم بحبس الزوج ثلاث سنوات فأكثر، وفي حالة تعدد العقوبات بحيث يصبح مجموعها ثلاث سنوات فأكثر، مع وحدة الحبس وتعدد الجرائم، فهنا يجوز التفريق بينهما، أما إذا كانت مدد العقوبات أقل من ثلاث سنوات، وتم تنفيذها متفرقة فلا تثبت للمرأة حق التفريق في هذه الحالة.

2- أن يصدر بالعقوبة حكم نهائي؛ ويعتبر الحكم نهائياً إذا حاز الحجية تحول دون نظر الدعوى من جديد، ويكون ذلك أحوال التالية:

أ- إذا لم يكن قابلاً للطعن بسبب طبيعته.

ب- إذا كان قد استنفذ كل طرق الطعن فيه الجائزة قانوناً.

ج- إذا كانت المواعيد المقررة للطعن انقضت دون الطعن فيه⁽²⁾.

3- أن تكون العقوبة مقيدة للحرية، فالعقوبات السالبة للحياة، والعقوبات المالية، والاعتقال، لا تجيز التطبيق لهذا السبب.

4- أن ينفذ الحكم على الزوج، وتمضي سنة على الأقل من تاريخ تنفيذ الحبس، قبل رفع دعوى التطبيق، حتى ولو ترك الزوج لزوجته مالا تستطيع الإنفاق منه على نفسها، وإنما اشترط المشرع المصري ذلك ليبيّن تطبيق الزوجة على زوجها على الضرر الواقع بالفعل لا على الضرر المتوقع حصوله في المستقبل.

الفرع الثاني

التفريق بين الزوجين للعيوب

1- أحمد إبراهيم بك وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون معلقاً عليه بأحكام محكمة النقض، ط 1994م، ص 413 - 414.

2- محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة، المرجع السابق، ص 109 - 110.

إن الأساس في تكوين الأسرة وبقائها هو المودة والرحمة وإحصان الزوجين، والمحافظة على الأنساب، ومبعث ذلك هو الشعور الذي يجعله الله تعالى في قلوب الزوجين بالسكن لبعضهما البعض، وقد يوجد ما يعكر صفو هذه العشرة فتفقد معه معاني الألفة، كأن يوجد بأحد الزوجين عيباً بدنياً كان أو عقلياً، وذلك عند أول لقائه بصاحبه، أو طراً ذلك عليه بعد فترة من العشرة، ويكون هذا العيب منفراً ومضراً بالطرف السليم، يجعل الحياة الزوجية غير مثمرة، لا استقرار فيها نتيجة عدم إنجاب النسل، وقد يطول هذا العيب، أو يصعب شفاؤه، أو يستحيل.

ولنا أن نتساءل إذا وجدت الزوجة بالزوج عيباً من العيوب وادعت بذلك أمام القضاء لطلب الفرقة، فما هي الحجج الشرعية المطلوبة للقضاء لها بما ادعته؟ وكيف راعى الفقه الإسلامي هذه المسألة؟ وما هي سلطة القاضي في تقدير ذلك في التشريع الجزائري والمقارن؟

أولاً- التفريق للعيوب في الفقه الإسلامي: اختلف الفقهاء في ثبوت حق التفريق بالعيوب لكل من الزوجين على ثلاثة آراء:

الرأي الأول- عدم جواز التفريق بالعيوب مطلقاً: ذهب إلى ذلك الظاهرية، ومن الصحابة علي بن أبي طالب، وابن مسعود، واختاره الشوكاني. واستدلوا من السنة والآثار والمعقول⁽¹⁾.

1- استدلت أصحاب هذا الرأي بما يلي: أ - من السنة: ما رواه الزهري عن عروة بن الزبير أن عائشة - رضي الله عنها - أخبرته: أن رفاة القرظي طلق امرأته، فتزوجت بعبد الرحمان بن الزبير. فجاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إني كنت تحت رفاة فطلقني آخر التطبيقات الثلاث وتزوجت عبد الرحمان بن الزبير. وإنه والله ما معه إلا مثل هذه الهدية، وأخذت هدية من جلبابها، فتبسم رسول الله وقال: "لعلك تريد أن ترجعي إلى رفاة؟. لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك"، العسيلة: كناية عن الجماع؛ رواه أحمد والنسائي، شوكاني، نيل الأوطار، ج 06، ص 355.

وجه الدلالة من الحديث: أن المرأة ذكرت لرسول الله صلى الله عليه وسلم أن زوجها لم يمكنه الدخول بها وشكت إليه ذلك وشبهت عضوه بمهدة الثوب لضعفه وعدم قدرته الوصول إليها، وهي تريد مفارقتها لذلك. ومع ذلك فرسول الله لم يثبت لها خيار التفريق ولم يؤجل لها، ولو لم يقع النكاح لازماً لأثبت حق التفريق.

ب- من الآثار: ما رواه شعبة عن أبي إسحاق السبيعي، قال: سمعت هانئ بن هانئ قال: رأيت امرأة جاءت إلى علي بن أبي طالب فقالت: هل لك في امرأة ليست بأبم ولا بذات بعل؟ قال: وجاء زوجها. فقال: لا تسأل عنها إلا مبيتها. فقال له علي: ألا تستطيع أن تصنع شيئاً. قال: لا. قال: ولا من السحر. قال: لا. قال له علي: هلكت وأهلك، أما أنا فلست مفزقاً بينكما، اتقي الله واصبري. وفي رواية أخرى: فإن الله تعالى لو شاء لا يتلاك بأشد من ذلك؛ ابن حزم، المحلى، ج 10، ص 59؛ البيهقي، السنن الكبرى، ج 01، ص 226 - 227.

وجه الدلالة من الآثار: دل الأثر على عدم جواز التفريق للجنة، رغم شكوى الزوجة وتصديق الزوج واعتراض على وجه الدلالة بأن هذه الرواية لم تثبت عن علي لضعف هانئ هانئ، ولأن المرأة في هذه الرواية - على فرض صحتها - لم يكن زوجها عتينا بل عجز بعد القدرة لضعف الكبر؛ ابن حزم، المحلى، ج 10، ص 227.

الرأي الثاني - جواز التفريق بالغيب في كل من الزوجين: ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة)، وجمهور الصحابة رضي الله عنهم⁽¹⁾؛ واستدل أصحاب هذا الرأي من السنة والآثار والإجماع والقياس⁽²⁾:

ج - من المعقول: استدلت ابن حزم لرأيه بعدم جواز التفريق للغيب بأن الأصل بقاء النكاح، فلا يزول إلا بدليل، وأن كل نكاح صح بكلمة الله تعالى وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، فقد أحل الله المنكوحه فيه لزوجها، وحرم بشرتها وفرجها على كل من سواه. فمن فرق بينهما بغير قرآن ولا سنة ثابتة، فقد دخل في زمرة الذين ذمهم الله تعالى في قوله: (فيتعلمون منهما ما يفرقون به بين المرء وزوجه)؛ سورة البقرة، الآية 102. ورتب على ذلك أنه إذا تم عقد النكاح صحيحاً فلا يجوز نقضه بسبب غيب في أحد الزوجين لم يشترط السلامة منه في عقد النكاح؛ ومن ثم، فالعاجز عن الوطاء لا يكلفه والتفريق بسببه تكليف بما لا يطاق، ويكون منقضاً لقوله تعالى: (لا يكلف الله نفساً إلا وسعها)؛ سورة البقرة، الآية 286؛ إلا أنه إذا اشترط الزوج في العقد السلامة من العيوب فالشرط صحيح ولازم، فإذا ظهر خلاف الشرط فهو نكاح مفسوخ مردود لا خيار له في إجازته لأن التي أدخلت عليه غير التي تزوج، ولأن السلامة غير المعيبة بلا شك.

1 - الخرشبي، شرح الخرشبي، ج 02، ص 730؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج 03، ص 203؛ ابن قدامة، المغني، ج 07، ص 597.

2 - واستدل أصحاب هذا الرأي أ - من السنة: ما رواه أحمد في مسنده، قال: حدثنا القاسم بن مالك المزني أبو جعفر قال: أخبرني جميل بن زيد قال: صحبت شيخاً من الأنصار ذكر أنه كانت له صبيحة، يقال له كعب بن زيد أو زيد بن كعب، فحدثني: "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بني غفار، فلما دخل عليها وضع ثوبه وقعد على الفراش. أبصر بكشحتها بياضاً، فأنحاز عن الفراش ثم قال: خذي عليك ثيابك ولم يأخذ مما أتاها شيئاً؛ وفي رواية أخرى "إلحقي بأهلك"؛ الكشح: ما بين الخاصرة إلى الضلع الخلفي. المصباح المنير، ج 02، ص 534؛ الشوكاني، نيل الأوطار، ج 06، ص 219 =

= وجه الدلالة: أن رسول الله رد المرأة التي تزوجها للبرص الواضح في جسدها، ويقاس في الرد ببقية العيوب على غيب البرص الوارد في النص بجماع العلة بينهما، كما يعطي حق التفريق للمرأة بعيوب الرجل قياساً على حق الرجل في رد زوجته المعيبة الوارد في نص الحديث.

وليس أدل على ذلك من جواز التفريق بالغيب من هذا النص الصريح في ذلك، ففي فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة وشرع متبع. واعترض على وجه الدلالة بتضعيف غير واحد من العلماء للحديث، فبطل الاستدلال به وعلى فرض صحته فهو مجمل، إذ قد يراد من قوله صلى الله عليه وسلم "إلحقي بأهلك" الطلاق لا الفسخ وهو من كنايات الطلاق؛ الشوكاني، نيل الأوطار، ج 06، ص 219؛ السرخسي، المبسوط، ج 05، ص 96.

ب - من الآثار: ما رواه مالك عن المسيب أن عمر بن الخطاب، قال: "أبما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص، فمسها، فلها صداقها كاملاً، وذلك لزوجها غرم على وليها". وفي لفظ آخر أنه قال: "أبما امرأة غر بها رجل بها جنون أو جذام أو برص فلها مهرها بما أصاب منها، وسداق الرجل على من غره"؛ عبد الله الكوفي العبسي، مصنف ابن أبي شيبة، تحقيق: سعيد محمد اللحام، بيروت، ط 01، 1979 م، ج 03، ص 310.

وجه الدلالة: أن في هذا الأثر ثبوت حق الخيار بعيوب الجنون والجذام والبرص، ويقاس عليها كل غيب ينفر عن الوطاء، ويتمتع بلوغ المقصود من النكاح.

ج- من الإجماع: ذكر الماوردي والإمام الشافعي - رضي الله عنه - إجماع الصحابة على ثبوت خيار الفسخ بعيوب العنة، منهم عمر بن الخطاب، عثمان بن عفان، وعبد الله بن مسعود، وسمرة بن جندب، ومعاوية بن أبي سفيان.

و يقول الشافعي في ذلك: أخبرنا سفيان بن عيينة عن معمر عن الزهري عن ابن المسيب عن عمر أنه أجل العنين سنة (قال): ولا أحفظ عن لقبته خلافاً في ذلك فإن جامع وإلا فرق بينهما.

كما حكى الماوردي: إجماع الفقهاء على التفريق بالعنة سوى داود الظاهري، ابن عيينة؛ ولطالما ثبت التفريق بإجماع الصحابة والفقهاء، فإنه يثبت التفريق بكل غيب منع الوطاء؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج 09، ص 368.

الرأي الثالث: جواز التفريق بعيوب الزوج فقط؛ وهو ما ذهب إليه الحنفية⁽¹⁾؛ واستدل الحنفية من الآثار والمعقول⁽²⁾:

الترجيح: بعد عرض لآراء فقهاء المذاهب الإسلامية في مدى ثبوت حق التفريق بالعيوب في أحد الزوجين، فإنه يتبين لي أن الراجح منها هو رأي جمهور الفقهاء القائل بثبوت حق التفريق لكل من الزوجين بالعيوب التي يجدها أحدهما بالآخر، وذلك لقوة أدلتهم، وقرنها من المنطق والمعقول، ولعدم وجاهة ما ورد عليها من اعتراضات.

ومما يؤيد ترجيح هذا القول هو ثبوت حق التفريق بالعيوب بالكتاب والسنة، وكذلك الإجماع والقياس والمصلحة. كما في قول الجمهور تحقيق لمقاصد الشريعة الضرورية بحفظ النفس، والنسل، والعرض بإحصان الزوجين وتحقيق السكنينة والمودة بينهما، وغير ذلك من المعاني السامية التي يحفظ بها الدين والعقل.

ثانياً- سلطة القاضي في التفريق للعيوب في التشريع الجزائري والمقارن: تناول المشرع الجزائري التفريق للعيوب من خلال أحكام المادة 2/53 من ق - أ، بقولها: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج"؛ ومن هنا فإن المشرع الجزائري لم يحدد إن كانت هذه العيوب جنسية أو غيرها في الزوج، ولكنه كان واضحاً بأن جعلها تمنع من تحقيق الهدف من الزواج، والمقصود بهذه العيوب، تلك الأمراض الجنسية التي من شأنها الحيلولة دون ممارسة العلاقات الجنسية، والتي لا يمكن المقام معها إلا بضرر؛ ذلك أنه من الأهداف التي شرع من أجلها الزواج هي التناسل، وإنجاب الأولاد، وتكوين

د- من القياس: وهو قياس التفريق بالعيوب على التفريق بالإيلاء إذا لم يحنث المولى في يمينه بعدم الجماع، وقد أخص له الشرع في الحنث بيمينه لأنه على معصية، فإذا لم يحنث وجب عليه الطلاق لعدم إضرار الزوجة... وكذلك الحال في التفريق بالعيوب لأنها تمنع الجماع. فعدم الوطاء مع العجز عنه أشد ضرراً من عدم الوطاء مع القدرة عليه، ولما كان للمرأة الفرقة في الإيلاء، يكون لها مع العيب من باب أولى؛ نوال محمد الشاكر، التفريق بين الزوجين للعيوب دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية وبعض القوانين العربية، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2001 م، ص 37.

1- الكاساني، بدائع الصنائع، ج 02، ص 327؛ السرخسي، المبسوط، ج 05، ص 95 - 96.

2 - استدل الحنفية على ثبوت حق التفريق للزوجة فقط بعيوب زوجها من الأثر بما روى عن ابن مسعود وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما أن الحرة لا ترد عن عيب، وأن النكاح لازم للزوج، إن شاء طلق وإن شاء أمسك، وأما حديث المرأة الغفارية فالمراد به خيار الطلاق؛ السرخسي، المبسوط، ج 05، ص 96 وما يليها.

ومن المعقول: أنه يثبت حق التفريق للمرأة دون الرجل لأنها انسدت عليها باب تحصيل المقصود من النكاح من جهته ومن جهة غيره، فكان لا بد من إزالة ظلم التعليق، وهذا لا يوجد في جانبه لأنه متمكن من تحصيل مقصوده من جهة غيرها، إما بملك النكاح، أو بالتخلص منها بالطلاق؛ فالمرأة التي لم يثبت لها خيار الفسخ لبقية معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة، فثبت لها الخيار لإزالة ظلم التعليق ودفع الضرر عنها؛ السرخسي، المبسوط، ج 05، ص 96 - 97.

أسرة أساسها المودة والرحمة، أو لا يمكن ذلك إلا بعد زمن طويل، ولا يمكن القيام معه إلا بضرر فلها أن تطلب من القاضي تطليقها منه، سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به، أم حدث بعد العقد⁽¹⁾.

وعليه فإذا اكتشفت الزوجة عيبا في زوجها لم يكن معلوما قبل الزواج، أو اطلعت على مرض حدث له بعد الزواج ومن شأنه الحيلولة دون ممارسة العلاقات الجنسية مثل الخصى والعنين، أو من شأنه الحيلولة دون إنجاب الأولاد مثل العقم، أو من شأنه دفع الزوجة إلى النفور من زوجها والإشمزاز من مرضه أو الخوف من أذاه وخطر تصرفاته مثل أمراض الجذام والبرص وغيرها من الأمراض الدائمة والمعدية، ومثل الجنون والصرع المتكرر المستمر فإن من حقها أن تدفع الضرر عن نفسها بتوجهها إلى القضاء من أجل وضع حد لحياتهما الزوجية، وطلب الحكم بتطليقها من زوجها المريض أو المعيب أو العليل⁽²⁾.

كما أن المشرع الجزائري لم يتكلم عن إثبات تلك العيوب بالاستعانة بالخبرة الطبية في ذلك، وبالرغم أن القضاء الجزائري يميز الاستعانة بأهل الخبرة الطبية لإثبات المرض الواقع بالزوج، واعتبار التقرير الطبي وشهادات الطبية وسيلة هامة لإنجاب الزوجة بدونها إلى طلبها بالتفريق.

من هنا تتمثل سلطة القاضي في التفريق للعيوب بالاستعانة بأهل الخبرة من أهل الطب، للوقوف على حقيقة العلة التي أصيب بها الزوج، إذا كانت مما يقبل الزوال والشفاء أم لا، فإذا لم تكن العلة مستحكمة، وكان يمكن البرء منها لم يجب القاضي الزوجة على طلبها، كالعنة فقد أعطاهم الفقهاء حكما مغايرا للعيوب الأخرى، فجعل من حق الزوجة - حتى لو بعد علمها بوجود هذا العيب - أن تطلب التفريق.

وكذلك تتمثل سلطة القاضي التقديرية في الاستعانة بالثقات من النساء دون الرجال، لإثبات صدق ادعاء الزوج من كذبه في إتيانه زوجته وانقضاء عنته.

الأمراض التي تمنع المعاشرة الزوجية أم من الأمراض المعدية أم المنفرة وهكذا، فينظر ويتحقق ويستعين بأهل الخبرة والاختصاص، ومن ثم يبيني على ذلك احتساب أو عدم احتساب فترة المرض من المهلة التي أعطيها الزوج.

1- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة " الزواج والطلاق"، ج 01، المرجع السابق، ص 280 - 281.

2- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 261.

أما بالنسبة لمسألة الإثبات فإنه يقع على عاتق الزوجة طالبة التطلق؛ ويتحقق ذلك بإقرار الزوج أو بالخبرة الطبية، وإن كان بقاءها بكرا لا يعني مطلقا عدم قدرة الزوج على إتيانها، لأن ذلك قد يكون لعدة فيها مانعة من الدخول كأن تكون بكارتها من النوع الذي لا يزال إلا بالتدخل الجراحي الطبي.

أما من الناحية القضائية فقد قرر المجلس الأعلى في القرار صادر له بتاريخ 19/11/1984 على أنه: "من المقرر فقها وقضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلمها وبعد انتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطبيق وعليه فإن القضاء بما يخالف هذه المبادئ يعد خرقا للشريعة الإسلامية، إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف لم يحترموا هذه القاعدة الشرعية، واعتبروا أن الفترة التي مكثت فيها الزوجة سابقا بسكن زوجها دون استطاعة هذا الأخير مباشرتها جنسيا تعد كافية لاثبات عجزه المستمر عن ذلك، والحال أن الاجتهاد القضائي استقر على أن السنة التي تمنح للزوج يبدأ مفعولها من يوم تاريخ تنفيذ الحكم القاضي بها، فإن هؤلاء القضاة خالفوا مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية فيما قضوا به، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على هذا الوجه المثار من الزوج الطاعن"⁽¹⁾.

ما يلاحظ أنه وإن كان المشرع الجزائري قد سكت عن إمهال الزوج مدة محددة، فإنه يظهر لنا من خلال هذا القرار أن قضاء المحكمة العليا قد أقر ذلك صراحة، مما يتنافى ذلك مع المذهب المالكي.

كما اعتبر قضاء المحكمة العليا أن العقم يميز للزوجة طلب التطلق للعيوب، وذلك في قرار لها بتاريخ 16/02/1999 حين قضت بأنه: "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلق لكل ضرر معتبر شرعا، ومتى تبين في قضية الحال، أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينجب أطفالا طيلة هذه المدة، مما أدى بالزوجة إلى أن تطلب التطلق لتضررها لعدم الإنجاب، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطبيق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون تطبيقا سليما ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"⁽²⁾.

1- المجلس الأعلى، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 19/11/1984، ملف رقم 34784، م - ق، عدد 03، 1989، ص 73.

2- المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 16/02/1999، ملف رقم 111571، إ - ق، عدد خاص، 2001، ص 199.

وفي دعوى قضائية اعتبرت إحدى المحاكم الابتدائية امتناع الزوج عن تنفيذ الحكم القاضي بعرضه على خبير مختص للكشف عنه والتأكد من ادعاء الزوجة عليه بالعقم، وتكذيبه لدعواها، اعتبرته دليلا على صحة دعوى الزوجة والحكم بالتطبيق على أساسه⁽¹⁾.

كما قررت المحكمة العليا بأن عيوب الفرج ليست كلها موجبة للتطبيق بمجرد الإدعاء بها، بل لا بد من معرفة مصيرها، ومدى قابلية العيب للعلاج، ولا يتم ذلك إلا بتقرير الخبرة الطبية، وفي هذه الحالة لا بد من ضرب أجل للمصاب للعلاج، فإن وقع الحكم عليه قبل معرفة ذلك، وضرب أجل للعلاج، فذلك مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية⁽²⁾.

يتضح من خلال هذا الحكم أن الفصل في دعوى التفريق بعيوب التناسلية - سواء كانت مانعة من الوطاء حسا أو معدية - إما في الحال أو بعد التأجيل للعلاج مرجعه إلى الخبرة الطبية فإذا قررت أن العيب - كالعنة والخصاء مثلا - يمكن زواله خلال مدة مناسبة يؤجل الزوج للعلاج، واستقر القضاء على التأجيل سنة كاملة⁽³⁾، أما إذا أثبتت الخبرة أن العيب مستحکم - كالجلب مثلا - لا يمكن البرء منه، أو يطول برؤه يفرق القاضي بين الزوجين في الحال إذا أصرت الزوجة على ذلك⁽⁴⁾.

من هنا فإنه أصبح على المشرع الجزائري النص على جواز الإستعانة بالخبرة الطبية في إثبات العيوب، على غرار بقية التشريعات العربية.

أما في التشريع المغربي فقد نظمت أحكام التفريق للعيوب المواد من 107 إلى 111 من م - أ - م، والملاحظ من هذه الشروط ما هو مشترك بين العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية، والأمراض الأخرى الخطيرة على الطرف الآخر أو على صحته، ومنها ما هو خاص بهذه الأمراض الأخيرة وحدها. والطبيب المختص هو المؤهل حاليا للكشف عن هذه العيوب.

1- حكم صادر عن محكمة بني صاف، قسم أحوال الشخصية، ماي 1993؛ نقلا عن: جمعي ليلي، التطبيق للضرر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة وهران، 1994 م، ص 88.

2- المجلس الأعلى، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 08 / 02 / 1982، ملف رقم 26697، ن - ق، عدد خاص، 1982، ص 254.

3- المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 19 / 11 / 1984، ملف رقم 34784، م - ق، عدد 03، 1989، ص 73.

4- أما بالنسبة للقانون المصري فقد سكت في المادة 09 عن بيان حكم التأجيل في هذه العيوب التي يرجى زوالها، وكذا تحديد المدة التي تكون فيها العلاج طويلا فيوجب التفريق، وهو ما يعني ترك السلطة التقديرية لقاضي الموضوع الذي له أن يقدرها حسب ظروف كل قضية على حدى وبما يظهر في تقرير الخبرة، وكان الأولى لو حسمت المسألة بتحديد المدة بما لا يزيد عن سنة مثلا إذا قرر الطبيب إمكان البرء من المرض؛ وهو ما تبناه المشرع المغربي من خلال المادة 107 من م - أ - م.

فنصت المادة 108 م - أ - م، على: "يشترط لقبول طلب أحد الزوجين إنهاء علاقة الزوجية للغيب: - ألا يكون الطالب عالماً بالغيب حين العقد؛ - ألا يصدر من طالب الفسخ ما يدل على الرضى بالغيب بعد العلم بتعذر الشفاء".

يتضح من مقتضى هذه المادة أنه يجب على القاضي لقبول دعوى التطليق التي ترفعها الزوجة لوجود عيب بالزوج أو رد الزوجة من طرف الزوج لوجود عيب بها، توفر شرطين الآتيين:

أ - **عدم العلم بالغيب قبل العقد أو أثناءه:** بالرجوع إلى أحكام الفصل 54 من م - أ - ش - م الملغاة، أنه إذا كانت الزوجة قبل العقد أو أثناء إبرامه عالمة بالغيب، فليس لها أن تطلب التطليق للغيب، لأنها بعلمها تكون راضية به.

أما المادة 108، فقد اشترط المشرع عدم العلم بالغيب أو بالمرض مشتركا بين الزوجين. فعلى الطرف الذي يدعي علم الطرف الآخر أن يثبت ما يدعيه بالبينة أو القرائن، لأن المسألة تتعلق بالواقع أساسا لا بالقانون.

ب - **ألا يصدر من طالب الفسخ ما يدل على الرضى بالغيب بعد العلم بتعذر الشفاء منه:** ففي حالة اكتشاف العيب أو المرض بعد إبرام عقد الزواج، وتم القبول والرضا به من طرف الطالب التفريق ولو بعد مرور سنة.

أما بالنسبة لشرط مرور سنة بخصوص الأمراض الخطيرة على حياة الزوج الآخر أو على صحته؛ والتي نصت عليه المادة 107/2 من م - أ - م، بقولها: "الأمراض الخطيرة على حياة الزوج أو على صحته التي لا يرجى الشفاء منها داخل سنة".

وشرط التأجيل للسنة هو الرأي الراجح لدى المذهب المالكي، فعن ابن الحاجب: "...و أما جنونه الحادث فيعزل سنة إن رجي برؤه ثم يفرق بينهما إن شاءت".

من هنا فإن مسألة البرء من عدمه داخل السنة هي من اختصاص الخبرة الطبية التي تبين إما شفاءه أم لا⁽¹⁾.

1- محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ج 02، المرجع السابق، ص 191 - 192.

كما أن العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية سواء كانت بالزوج أم بالزوجة تؤدي إلى إنهاء العلاقة الزوجية؛ فالزوجة التي أثبتت العيب بزوجها يجزُّ القاضي على التفريق بينهما إذا طلبت الزوجة ذلك، وهو ما جاء في قرار المجلس الأعلى بقوله: "العيب الجنسي بالزوج لا يمنع زوجته من الحمل منه. يثبت العيب الجنسي المؤدي إلى تطليق الزوجة من زوجها بواسطة الخبرة الطبية"⁽¹⁾.

وللزوج الذي أثبت العيب بزوجته أن يردها لذات السبب في الحال، مع الأخذ بعين الاعتبار قاعدة العلم بالعيب أو الرضى الصريح أو الضمني بالكيفية السابقة، والتي قد تعطل تطبيق القاعدة أعلاه.

بخلاف العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية التي ترتب آثارها في الحال، فالبنسبة للأمراض العقلية أو البدنية الخطيرة على حياة الزوج الآخر أو على صحته، فالقاضي لا يسمح بالتفريق أو بالرد إلا إذا تأكد أنه لا يرجى الشفاء منها داخل السنة، والقاضي يستعين هنا بشهادة صادرة من الخبراء أو من ذوي الاختصاص، أما إذا ثبت خلاف ذلك فالقاضي يقضي بإنهاء الرابطة الزوجية في الحال⁽²⁾.

أما في التشريع المصري فقد نصت المادة 09 من القانون رقم 25 لسنة 1920م المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985م بقولها: "للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل. ولا يمكنه المقام معه إلا بضرر كالجنون والجدام والبرص. سواء أكان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به. أم حدث بعد العقد ولم ترض به فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق".

كان العمل قبل صدور القانون رقم 25 لسنة 1920م بالتفريق للعيوب التناسلية في الرجل دون المرأة، والتي تتصل بقربان الرجل لأهله، وهي العنة والجلب والخصاء، وفقا للرأي الراجح في المذهب الحنفي، دون بقية المذاهب الفقهية التي أثبتت هذا الحق لكلا الزوجين، ثم جاء القانون المذكور متوسعا في نطاق العيوب التي يجوز فيها التفريق - إضافة لما هو موجود - حيث تشمل أنواعا من العيوب العقلية والمنفرة والمعدية، وسواء أكانت قبل الدخول أم بعده، متى توافر فيها وصفا ضابط التفريق، وهما: استحكام العيب، وعدم الشفاء منه بعد زمن طويل، وتضرر الزوجة من العيب.

1- المجلس الأعلى، قرار صادر بتاريخ 25 / 01 / 2006م، مجلة المناهج القانونية، العدد 09 - 10 / 2006، ص 199، نقلاً عن: محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 98.

2- محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ج 02، المرجع السابق، ص 193.

واشترط القانون للتفريق ألا تكون الزوجة عالمة بالعيب في زوجها قبل العقد، وألا ترضى به إذا حدث العيب بعد العقد، أو علمت به بعده، سواء كان ذلك صراحة أو دلالة، ولا يعد سكوت الزوجة مدة معينة وعدم لجوئها إلى رفع الدعوى رضا منها بالعيب دلالة.

ولما كانت معرفة أن العيب الذي تطلب الزوجة التفريق من أجله بالصفة التي جاء النص بها، من حيث مدى استحكامه ومدى الضرر الناجم عن الإقامة مع وجوده، وهذا لا يتيسر للقاضي، إلا بالاستعانة بأهل الخبرة؛ وهو ما نصت عليه المادة 11 بقولها: "يستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها".

وباستقراءنا لنص المادة السالفة الذكر، فإنه يجب على القاضي الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء في تقدير وجود العيب المستحکم، غير القابل للزوال أو القابل له بعد زمن طويل، بحيث تتضرر منه الزوجة، ومدى الضرر المتوقع من هذا العيب، ومدى إمكان الشفاء منه أو عدم إمكانه، وعن المدة التي يمكن الشفاء فيها.

من هنا فإن استعانة القاضي بأهل الخبرة وجوبي وليس جوازي، استثناء عن الأصل العام، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في قولها: "حق الزوجة في طلب التفريق للعيب المستحکم في الزوج، شرطه جواز الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام المرض ومدى الضرر"⁽¹⁾.

ذلك أن معرفة وجود العيب وتحققه واستحكامه، مما يتوقف على عمل أهل الاختصاص من الأطباء، لأنه وإن تم إثبات وجود العيب بوسائل الإثبات الأخرى من البيئات، إلا أن معرفة مدى الاستحكام وإمكان الزوال والشفاء، والضرر الذي قد يلحق بالزوجة، لا يتم إلا عن طريق الخبرة وقد لا يكون للزوجة المدعية لإثبات العيب سوى بالخبرة خاصة في العيوب الجنسية التي لا إطلاع لأحد عليها سواها⁽²⁾.

كما أن التطبيقات القضائية تؤكد أن العمل لا زال مستمرا بأحكام الفقه الحنفي في العيوب التناسلية للرجل، كما أن العمل جارٍ أيضاً في الاستعانة بالخبرة الطبية في بيان وجود هذه العيوب ومدى استحكامها أو قابليتها للشفاء، والإضرار بالزوجة وغير ذلك، واعتبارها مثل بقية الأدلة تخضع لسلطة

1 - الطعن رقم 08 لسنة 43 ق. جلسة 19/ 11 / 1975م. س 26 مجلة في مدني، ص 142؛ نقلاً عن: نوال محمد الشاكر، المرجع السابق، ص 355.

2 - نوال محمد الشاكر، المرجع نفسه، ص 355.

القاضي التقديرية، فله أن يعتد بها أو يرفضها، أو يرجح بينها؛ وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في قرار لها بقولها: "بثبوت العيب الموجب للتفريق على ما أورده الطبيب المنتدب في تقريره من أن الطاعن لم يباشر زوجته جنسياً عقب الزفاف، بسبب عدم قدرته على الانتصاب، وأنه بسبب ذلك عرض نفسه على كثير من الأطباء الذين باشروا علاجه بالعقاقير والهرمونات لمدة حوالي سنتين، ولكنه لم يبرأ من العنة، وعندما يئس من شفائه من مرض العنة توجه إلى أحد الجراحين أجرى له عملية جراحية تجميلية مستحدثة بمعرفته.. ويمكنه بواسطتها الإيلاج في الفرج وإزهاق المني به، وأنه يستطيع بذلك مباشرة الزوجة، إلا أن مواقعه لها لا تكون طبيعية محكمة لأنها لا تحقق ما شرع الله به النكاح من المتعة الجنسية الطبيعية المتبادلة التي تحقق للزوجين الراحة النفسية، وهو ما من شأنه أن يؤدي إلى إصابة الزوجة بآلام عضوية ونفسية وحالات عصبية، وبرود جنسي شديد، وكره أي محاولة اتصال بميئة مفزعة.. وكان مؤدى ذلك أن العملية الجراحية التي أجريت للطاعن وإن أصبح معها قادراً على إتيان زوجته بما ينفي عنه عيب العنة إلا أنها أصابته بعيب آخر من شأنه أن يجعل الوقاع شاذاً، لا يتحقق به أحد مقصدي النكاح.. فضلاً عن أنه يعرض الزوجة للإصابة بأمراض عصبية وجنسية أبان عنها الخبير المنتدب، وكان من شأن هذا التدخل الجراحي استقرار حالة العيب لدى الطاعن بما يجعله عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه، وينتفي موجب التأجيل الذي اشترطه الحنفية للحكم بالتطليق لعيب العنة، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد انتهى صحيحاً إلى ثبوت قيام العيب المستحكم الموجب للتفريق؛ لما كان ذلك وكان ما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون بشأن اعتداده بالتقرير الطبي الشرعي، ترجيحه على التقارير الطبية التي قدمها لا بعدو أن يكون جدلاً موضوعياً، فيما تستقل به محكمة الموضوع من سلطة الترجيح بين الأدلة"⁽¹⁾.

وفي قرار آخر لها بتاريخ 29 / 11 / 1985 قضت بأنه: "تقرير وجود العيب المستحكم بالزوج الذي لا يرجى زواله ولا يمكن البرء منه إلا بعد زمن طويل ويجول دون مباشرة العلاقة الزوجية بما تتضرر منه الزوجة، وهو مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض، متى كان قضاؤهم يقوم على أسباب سائغة، كان البيان من التقرير الطبي الشرعي الذي أخذه به الحكم المطعون فيه بأن عدم تعاون المطعون عليها معه في ممارسة العملية الجنسية سببت له الكثير من الضيق، وكان له أسوأ الأثر في نفسيته، وقد نتج عن ذلك تغير في قوة الانتصاب، كما أثبت التقرير في نتيجته أنه مع استمرار الشقاق والتنافر بين الزوجين، فليس من المحتمل أن تزول هذه العنة النفسية، وكان الحكم المطعون فيه يعقب على ذلك التقرير بقوله: "فإن قيام هذه الحالات بالزوج حتى الآن لاشك تضرر بالزوجة المستأنفة ضرراً بليغاً،

1 - محكمة النقض المصرية، طعن رقم 13 لسنة 50 ق - أ - ش، جلسة، 03 / 06 / 1981م.

وقد تسبب لها أضرار جراء هذه الحالة، فإن أضيف إلى ما تقدم أن ملازمة هذه الحالة عند الزوج، ولمدة طويلة وهي حوالي أربع سنوات دون أن يشفى أو تتحسن حاله، يؤدي إلى التعاسة، والضرر، وينتقي معه الغرض السامي من الحياة الزوجية من الرحمة والمودة⁽¹⁾.

ويستخلص من هذا القرار أن الطاعن مصاب بعنة نفسية لا يرجى زوالها، وهي حالة نفسية تمنع الزوج من وطء زوجته، وهي عيب يبيح لها طلب التطلق، لأنه لا يتحقق معه الهدف من الزواج، وهي من الأمور التي يبقى تقديرها لقضاة الموضوع، بناءً على خبرة طبية.

الفرع الثالث

التفريق بين الزوجين للضرر وصوره

قد تصطدم الحياة الزوجية بما يعكّر صفوها، فيغلب عليها الشقاق والخصام. مما يجعل أحد الطرفين أو كليهما لا يطيق البقاء مع الآخر، فيسعى إلى إنهاء العلاقة الزوجية بطلب التفريق من القاضي، أو بسبب مخالفة الزوج الشروط المتفق عليها في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، فيسبب لها ضرراً، أو قام الزوج بالزواج من امرأة أخرى وسبب للزوجة الأولى ضرراً، فهنا يجوز للزوجة المطالبة بالتفريق.

وهذه الحالات الثلاثة (التفريق لمخالفة الشروط؛ والتفريق للشقاق المستمر؛ والتفريق لتعدد الزوجات)؛ يجمعها عنصر الضرر، لذلك تم إلحاقها بالتطبيق للضرر، ويكون كل منها نوعاً من أنواع الضرر، أو صورة من صورته، وسنحاول التطرق لكل حالة على حدى، وذلك من خلال النقاط الآتية:

أولاً- التطلق لمخالفة الشروط المتفق عليها بين الزوجين: سنتطرق هنا لدور القاضي في التفريق لمخالفة الشروط المتفق عليها بين الزوجين، وقبل ذلك يجب علينا أن نبين الموقف الفقهي من ذلك.

1- الموقف الفقهي: إذا اشترطت الزوجة على زوجها في عقد النكاح ما فيه منفعة لها، ولا يخل بمقصود النكاح، ولا يجرمه الشارع لزمه الوفاء بالشرط؛ كأن تشترط عليه أن لا يخرجها من دارها، أو من بلدها، أو لا يسافر بها، أو لا يتزوج عليها، أو تشترط العمل خارج البيت، فإن لم يف به فلها طلب فسخ النكاح.

1 - محكمة النقض المصرية، أ، ش، جلسة 29 / 11 / 1985، طعن رقم 08 لسنة 43، مجموعة المكتب الفني، السنة 34، عدد 03، ص 272.

وروي ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وسعد بن أبي وقاص، وعمرو بن العاص، وبه قال شريح، وعمر بن عبد العزيز.

وقد اختلفت الآراء الفقهية في نظرهم للشروط بين مضيق وموسع، فالظاهرية لم يعتمدوا الشروط إلا ما نص عليه شرعا، أما جمهور الفقهاء أجازوا على الشروط التي تتفق مع مقتضى العقد ولا تنافيه وإلا فيبطل الشرط ويصح العقد⁽¹⁾.

1 - فجمهور الفقهاء يرون صحة العقد، وبطلان هذه الشروط، لأنها تنافي مقتضى العقد، كما أنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده، فلم يصح كما لو أسقط الشفيع شفيعته قبل البيع، وذلك لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد، فلا يضر الجهل به، فلم يبطله، كما لو شرط في العقد صداقا محرما، ولأن النكاح يصح مع الجهل بالعوض، فجاز أن ينعقد مع الشرط الفاسد، كالعناق. أما بعض المالكية فيرون أن هذا النوع من الشروط لا يجوز اشتراطه في عقد النكاح، وذلك لأنه سيفسد به النكاح إن شرط فيه، ثم اختلفوا في ذلك. فقيل يفسخ النكاح قبل الدخول وبعده. وقيل يفسخ النكاح قبل الدخول، ويثبت بعده بصدق المثل، ويسقط الشرط؛ ابن قدامة، المغني مع الشرح الكبير، ج 07، ص 450؛ البهوتي، كشاف القناع، ج 05، ص 98.

= أما الحنابلة وبعض المالكية فقد توسعوا في دائرة الشروط واعتبروها صحيحة إلا ما منعه الشارع الحكيم، وهم يقسمون الشروط إلى صحيحة وغير صحيحة، فأما غير الصحيحة فهي تلك التي ورد النهي عنها، كاشتراطها أن يطلق امرأته الأولى أي تطبيق الضرة أو أن تشتترط ألا يستمتع بها، ففي هذه الحالات يبقى عقد النكاح صحيحا، وتبطل هذه الشروط، لأنها الشروط تنافي مقتضى العقد، ومن المعلوم أن الشروط التي تنافي مقتضى العقد تبطل وحدها مع بقاء عقد النكاح صحيحا، أما الشروط الصحيحة فهي التي فيها منفعة لأحد الزوجين ولم يرد نهي عنها، ومنها ألا يسافر بها إلى مكان لا تريده أو ألا يتزوج عليها، وهذه الشروط واجبة الوفاء بها، فإذا لم يتحقق الوفاء بها فإفاد رضاه بالعقد، والرضا أمر لا بد منه في عقد النكاح، ولهذا قال الذي قضى عليه عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - بلزوم الشرط "إذن تطلقها" فلم يلتفت عمر إلى قوله هذا، بل قال: "مقاطع الحقوق عند الشروط، ولأنه شرط لازم في عقد فيثبت حق الفسخ بترك الوفاء به، كشرط تقديم الرهن والكفيل بالتمن في عقد البيع"؛ أي أنه يحق للطرف المتضرر فسخ النكاح، فإذا أن يكون الطرف المتضرر هو الزوج فيقوم بفسخ النكاح عن طريق الطلاق، وإما أن يكون الطرف المتضرر هي الزوجة فتقوم هي بطلب التطلق وذلك لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد النكاح؛ ابن قدامة، المغني ويليه الشرح الكبير، ج 07، ص 449.

أما الحنفية فيرون أن الشرط إذا كان لا يقتضيه العقد ولا ينافيه، ولم يتحقق مضمون الشرط، لم يكن لمن اشترطه الخيار في فسخ العقد، وذلك بأن تشتترط الزوجة على زوجها أن لا يتزوج عليها، أو أن لا ينتقل بها من دارها، ثم لم يف الزوج بهذه الشروط، لم يكن لها الخيار في فسخ النكاح من أجل فوات الشرط. وكذلك لو شرط الزوج في المرأة أن تكون بكرا، أو جميلة، ثم ظهرت على خلاف ذلك، لم يكن للزوج الخيار في فسخ العقد النكاح، ومن ثم فإن الشرط الباطل أو الفاسد يترتب عليه إلغاء الشرط وبقاء العقد صحيحا؛ وذلك لأن فوات الشرط يترتب عليه فوات الرضا بالعقد، وفوات الرضا بالعقد لا أثر له في عقد النكاح، ولهذا يصح النكاح ويكون لازما عم الإكراه، ومن هنا فإن الحنفية يرون أن الزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج 05، ص 169؛ علي محمد على قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة 2005 م، ص 114.

أما الشافعية فيفرقون بين ما إذا كانت الشروط التي تنافي مقتضى عقد النكاح لا تخل بمقصوده الأصلي، كأن تشتترط الزوجة على زوجها أن لا يتزوج عليها، أو لا يسافر بها، فهنا لا تأثر هذه الشروط على عقد النكاح، فيبقى العقد صحيحا ويبطل الشرط وحده، لأن فساد العوض لا يؤثر فيه، ففساد الشرط أولى. وبين ما إذا كانت هذه الشروط تخل بمقصوده الأصلي، كأن تشتترط عليه أن لا يطأها، أو شرط أن لا يقسم لها، أو لا ينفق عليها، فإن العقد يبطل، لأنه ينافي مقتضى عقد النكاح ومقصوده؛ وفي هذا يقول الغزالي في الوجيز: "ولا يفسد النكاح بشرط لا يخل بمقصوده، كشرط أن لا يتسرى عليها، أو لا يمنعها من الخروج، أو لا يجمع بينها وبين ضرتها في مسكن، أو لا يقسم لها، أو لا ينفق عليها،

الترجيح: بعد عرض آراء الفقهاء فإنني أميل إلى الرأي الذي يجيز طلب التطليق لمخالفة الشرط إذا كان هذا الشرط جائزا، ولا ينافي مقتضى العقد، وذلك لقول سيدنا عمر بن الخطاب بإلزام الشرط، وقوله " مقاطع الحقوق عند الشروط" ، فإنه يصح للطرف المتضرر طلب التطليق. وكذلك لقوله صلى الله وسلم: " أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج"⁽¹⁾، أما إذا كان شرط منافيا لمقتضى العقد، فإن العقد يبقى صحيحا ويبطل الشرط.

2- دور القاضي في التفريق لمخالفة الشروط: تناول المشرع الجزائري مسألة الاشتراط بين الزوجين من خلال أحكام المادة 19 من ق- أ، بقولها: " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أوفي عقدرسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

فالإشترط جائز في العقود بصفة عامة وذلك تطبيقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ولكن الأمر يختلف نوعا ما بالنسبة لعقد الزواج؛ وذلك نظرا لما لهذا العقد من خصوصية، وهذا صونا وضمانا لهذا العقد من أن يتعرض إلى شروط قد تتنافى مع مقتضى العقد نفسه أو تتعارض مع مقاصد المشرع، لكن ذلك لا يمنع الزوجين من أن يتبادلا أثناء إبرام عقد الزواج شروطا تتفق مع الآثار التي رتبها الشرع على

ويفسد بكل ما يخل بمقصوده، كشرط الطلاق، وترك الوطاء، إلا على وجه بعيد، وإذا لم يفسد بالشروط فسد الصداق، لأن المشروط، فيتعين الرجوع إلى مهر المثل؛ د.علي محمد علي قاسم، المرجع السابق، ص117؛ الشريبي، مغني المحتاج، ج 02، ص 226.

أما **المالكية** فيرون أن هذا النوع من الشروط مكروه، وهو المشهور عند المالكية، لكنه لا يفسد النكاح ولا يقتضي فسخه لا قبل الدخول ولا بعده، لأنه لا يخالف مقتضى العقد، وذلك لأنه يمكن للزوج أن يوفي به، وله أن لا يوفي به؛ عليش، فتح العلى المالك، ج 01، ص336.

وفي الأخير يمكن القول أن الفقهاء اتفقوا جميعا على أن الشرط الموافق لمقتضى العقد يلحق بأصل العقد، ولا أثر له عليه، ويجب الوفاء به، وإذا أحل أحد الزوجين بهذا الشرط جاز له طلب التطليق لمخالفة هذا الشرط.

كما اتفقوا على صحة العقد وبطلان الشرط المنافي لمقتضى العقد، إلا أنهم اختلفوا في مدى تأثر العقد بالشروط التي ليست من مقتضاته ومقاصده؛ **فالحنفية والمالكية** يرون أن هذه الشروط غير صحيحة، لانتبت لشارطها الخيار في فسخ العقد عند عدم الوفاء به، أما العقد فيبقى صحيحا، سواء اشترطت هذه الشروط قبل الدخول أو بعده. أما الشافعية فيفرقون بين ما إذا كانت هذه الشروط لا تخل بمقصود العقد، أو تخل بمقصوده، فإن كانت لا تخل بمقصوده، فإنها لا تؤثر في العقد، ويكون العقد صحيحا، وإن أحلت بمقصوده الأصلي، فإنه يؤثر فيه، ويبطل النكاح.

أما **الحنابلة** فيرون أن الشروط الصحيحة تثبت لصاحبها الحق في فسخ العقد، عند الإخلال بها، لأن صاحب الشرط لم يرض بالعقد إلا على أساس الوفاء بالشرط، فإذا لم يتحقق الوفاء به، فات رضاه بالعقد. وفي حالة الشروط المنافية لمقتضى العقد النكاح، فإنه يبطل الشرط ويبقى العقد صحيحا.

1 - الدرامي، سنن الدرامي، ج 02، ص 143؛ وقد روي عن عقبة بن عامر الجهني قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " إن أخف الشروط أن يوفي بها ما استحللتم به الفروج"، الامام ابن العربي، صحيح الترمذي، ج 05، ص 58.

الزواج، ولا تتنافى مع مقتضياته، وخاصة إذا كانت هذه الشروط تحقق منافع شرعية لأحد الزوجين أو تضمن له مصالح شخصية مستقبلية⁽¹⁾.

ولذلك يمكن أن تشترط الزوجة على زوجها أن تكمل دراستها، أو أن تبقى تمارس وظيفتها، أو يوفر لها سكنا منفردا خاصا بها، كما قد تشترط الزوجة على زوجها عند إبرام العقد ألا ينقلها من بلدها الذي تم به الزواج.

ومن الناحية الأخرى يمكن للزوج أن يشترط على الزوجة شروطا أيضا في عقد الزواج، ذلك أن المادة 19 من ق-أ، نصت على حق الزوجين في وضع الشروط التي يرونها ضرورية ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام قانون الأسرة.

فالإشتراط حق لكل من الزوجين، فإذا اشترطت الزوجة شروطا أدخل الزوج بإحدى هذه الشروط، فقد أجاز لها المشرع الجزائري أن تلجأ إلى القاضي طالبة التطليق على هذا الزوج؛ وما يمكن رؤيته أنه ليس بمجرد عدم تنفيذ الزوج لشروط المتفق عليه يكون سببا من أسباب التطليق، ولكن تبقى السلطة التقديرية للقاضي⁽²⁾.

أما على المستوى التطبيقي نجد قرار المجلس الأعلى في 03 / 03 / 1971 قضى بأنه: "حيث أنه من المقرر فقها وقضاءً جواز إشرط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها فائدة، بشرط أن لا تحلل حراما، وبشرط أن لا تناقض روح العقد، وحيث أن قضاة الموضوع إستنتجوا من الوقائع ومن الوثائق بما لهم من سلطة تقديرية، أن الزوج بإصراره على إخراج زوجته من بلدها يعتبر محلا بأحد الشروط التي تضمنها عقد الزواج التي إلتمزم بها، مما يترتب عليه فك العصمة، وعليه فإنهم لم يخالفوا أحكام الفقه الاسلامي، ويعتبر الوجه غير سديد"⁽³⁾.

وفي قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 20 / 02 / 1991 جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه يجوز طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، ولا سيما عند مخالفة شروط تعدد الزوجات أو التوقف عن النفقة، أو أي ضرر آخر ينتج عن بقاء العصمة الزوجية، ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن المجلس القضائي

1 - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار هومة، 2005 م، ص 167.

2 - شامي أحمد، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2009 م، ص 213.

3 - المجلس الأعلى، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 03 / 03 / 1971، ن - ق، عدد 02، 1972، ص 99.

عندما قضى بتطليق الزوجة بسبب بقائها مدة تقارب الخمس سنوات، لا هي متزوجة ولا هي مطلقة، باعتبارها خرجت من بيت الزوجية وأخذت كل أثاتها منه، واستحالت الحياة الزوجية فإن القضاة كما حكموا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض القرار⁽¹⁾.
ومن هنا فإن التشريع والقضاء الجزائري يميزان للزوجة طلب التطلاق لمخالفة الشروط المتفق عليها، وخول سلطة التقديرية لقاضي الموضوع في تقدير ذلك.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد نظم التطلاق بسبب الإحلال بشرط في عقد الزواج في المادتين 1/98 و 1/99 من م-أ- م، حيث تنص المادة 1/98 بقولها: "للزوجة طلب التطلاق للأسباب الآتية:- إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج..."; ونصت المادة 1/99 على: "يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزوج ضررا مبررا لطلب التطلاق...".

وما يمكن أن المشرع المغربي جعل الإحلال بشرط من الشروط التي اشترطها الزوجة على زوجها في عقد الزواج يعد ضررا مبررا لطلب التطلاق، والشروط التي قد تشترطها الزوجة على زوجها لا تقع على سبيل الحصر، ومنها أن تشترط عليه ألا يسكنها مع أحد من أهله، أو أن تستقبل من شاءت من أهلها المحارم في البيت، أو أن تخرج للعمل متى قررت ذلك، أو تمارس تجارة مشروعة لا تمس بالاحترام والعفة الواجبة على الزوجة.

غير أن الشرط الذي يعد الإحلال به ضررا مبيحا للتطلاق يجب أن يكون مشروعاً ومنسجماً مع أحكام المادتين 47 و 48 من م-أ- م.

والزوجة التي ترفع على زوجها دعوى التطلاق للإحلال بشرط مضمن في عقد الزواج، عليها أن تثبت الشرط أولاً، ثم تبين للقاضي بأن الزوج أحل بهذا الشرط، ثم يقوم القاضي بإصلاح بين الزوجين، فإن باءت محاولاته بالفشل، لا يكون للقاضي سوى الحكم بالتطلاق تطبيقاً لأحكام المادة 99 من م-أ- م⁽²⁾.

أما بالنسبة للمشرع المصري فلم يتطرق إلى حق الزوجة في طلب التطلاق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

1 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 20/02/1991، ملف رقم 75588، م - ق، عدد 04، 1993، ص 78.

2 - محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ج 02، المرجع السابق، ص 169.

وبالرجوع إلى المادة 11 مكرر من القانون رقم 100 لسنة 1985، والتي تنص على: "... ويجوز للزوجة التي تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي، يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ولو لم تكن قد اشترطت عليه في العقد ألا يتزوج عليها".

من خلال استقراء هذه المادة فإنه يجوز للزوجة طلب التطلق لتعدد الزوجات، سواء اشترطت ذلك في عقد الزواج أو لم تشتط، كما يجوز لها اشتراط كل الشروط التي لها منفعة لمصلحتها، بشرط أن لا تنافي مقتضى العقد ولا تكون مخالفا للشريعة الإسلامية.

وفي الأخير يمكن القول بأن المشرعين الجزائري والمغربي منحا لقاضي شؤون الأسرة سلطة التقديرية في التطلق لمخالفة الشروط المتفق عليها، سواء في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، وهو المعمول به في القضاء المصري.

ثانيا- التطلق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين: بين الشرع الإسلامي أن لكل من الزوجين حقا قبل الآخر يجب عليه رعايته، وأرشد أن أساس الزواج السكن والمودة والرحمة، ووجه الزوجين إلى مقاومة الخلافات بالموعظة الحسنة والتقويم السليم، فجعل للرجل أن يعظ زوجته بحيث إذا لم يجد معها الوعظ هجرها في المضجع، فإن لم يجد ذلك ضربها ضربا غير مبرح دونبغي ولا عدوان، كما وجه الشارع المرأة إلى استرضاء الزوج إذا شعرت منه نشوزا أو إغراضا، حتى يستقيم حاله، وإلا فإنها ترفع أمرها إلى القاضي فيعذره بما يرى أنه أنفع. ولا شك أن المقصود بالشقاق هو سوء العشرة بين الزوجين واستمرار التنافر بينهما، بسبب من الزوج أو من الزوجة، أو بسببهما معا⁽¹⁾، مما يلحق الضرر بأحدهما أو بكليهما؛ لأن الشقاق بحد ذاته يعتبر ضرا، ولذا فإذا دب الخلاف واتسع نطاق الشقاق فإن الشارع قد عالج ذلك بتوسيط حكم من أهله وحكما من أهلها ليدرسا سبب الشقاق وهما على قرب منهما وصلة بهما تمكنهما من تكشف الحقائق، لمحاولة إصلاح ذات البين وملافاة أسباب النزاع قبل أن يستفحل أمره، ويتعداهما إلى باقي الأسرة. بخلاف ما ذهب إليه المشرع الجزائري من عدم بعث الحكامين في حال الشقاق وثبوت الضرر أمام القاضي وفق ما جاء في الفقرة الأولى من المادة 1/56 من ق- أ: " إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكامين للتوفيق بينهما".

1 - الشريبي، مغني المحتاج، ج 03، ص 342.

وكما هو معلوم شرعا أن الفرقة بسبب الشقاق المستمر قد تكون طلاقا على الوجه المشروع إذا كانت الإساءة من جانب الزوجة، كما يكون خلعا إذا كان الشقاق بسبب كرهها له⁽¹⁾، ويكون تطليقا من الحكمين إذا كان التشاجر بينهما وجهلت أحوالهما في التشاجر، ولم يعرف المحق من المبطل⁽²⁾. غير أن المشرع الجزائري جعل الحق للمرأة في طلب التطليق عند الشقاق المستمر بينها وبين زوجها، الأمر الذي قد تكون المرأة سببا في استفحاله واستمراره. ومنه فإذا كانت الشريعة قد عاجلت حالة الشقاق ببعث الحكمين قصد الإصلاح بين الزوجين والتوفيق بينهما، فإن المشرع الجزائري قد أجاز للزوجة طلب التطليق عند قيام الشقاق. وترك أمر تحديد هذا الشقاق وتكييفه التكييف الذي يؤدي إلى الوقوف بجانب الزوجة، والقضاء لها بطلبها التطليق على زوجها.

على أن التطليق إنما يكون بسبب الضرر الناشئ عن الشقاق أو سوء العشرة، والذي يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية كالهجر دون موجب شرعي والضرب والسب، والإكراه على محرم أو تعاطي لمحرّم⁽³⁾؛ وهذا ما أقرته المادة 53/8 من ق-أ، بقولها: "كل ضرر معتبر شرعا". ذلك أن الشقاق يعتبر صورة من صور الضرر المعتبر شرعا لما ينجم عنه من آلام نفسية ومعنوية - تلحق بأحد الزوجين أو بكليهما - قد تكون أشد وقعا من الضرر المادي.

من هنا لا بد لنا للوقوف على التطليق بسبب الشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري من خلال النقاط الآتية:

1- التطليق للشقاق في الفقه الإسلامي: أما بالنسبة لآراء الفقهاء في التفريق للشقاق بين الزوجين؛ فقد انقسموا إلى رأيين⁽⁴⁾:

- 1 - الدردير، الشرح الصغير، ج 01، ص 440.
- 2 - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 02، ص 98.
- 3 - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 45.
- 4 - قبل تكلم عن آراء الفقهاء في التطليق بسبب الشقاق، يجب علينا أن نسلط الضوء على مفهوم الشقاق. والشقاق كما عرفه وهبة الزحيلي على أنه: "هو النزاع الشديد بسبب الطعن في الكرامة، الذي يعرض الحياة الزوجية للاختيار والضيق؛ أو هو النزاع الشديد بين الزوجين، سواء أكان بسبب من أحد الزوجين أو بسببهما معا، أو بسبب أمر خارج عنهما. كما يمكن تعريفه بأنه: "الحالة التي يشكو منها أحد الزوجين للقاضي الخلاف وسوء معاشرته صاحبه لينظر في أمرهما إما أن يصلح وإما أن يفرق"؛ أو هو: "بأنه الخلاف العميق والمستمر بين الزوجين لدرجة يتعذر معها استمرار العلاقة الزوجية.

وقال الطبري: "وإن علمتم أيها الناس شقاق بينهما، وذلك بمشاققة كل واحد منهما لصاحبه، وهو إتيان ما يشق عليه من الأمور؛ فأما من المرأة فالنشوز، وتركها أداء حق الله عليها، الذي ألزمها الله لزوجها؛ وأما من الزوج فتركه إمساكها بالمعروف، أو تسريحها بإحسان"؛ الطبري، جامع البيان، ج 05، ص 70

الرأي الأول: يرى الحنفية والشافعية أن المرأة ليس لها الحق في طلب التطلق للشقاق أو للضرر مهما كان شديداً⁽¹⁾، لأن دفع الضرر عن الزوجة يمكن بغير الطلاق، عن طريق القاضي، وعلى القاضي أن يأمر الزوج بحسن المعاشرة والإحسان في المعاملة، والحكم على الرجل بالتأديب حتى يرجع عن الإضرار بها فإن لم يمتثل عاقبه تعزيراً بحسب ما يراه كافياً لجزره حتى يمسكها بالمعروف، وفي هذا يقول الشريبي: "فإن أساء خلقه وآذاها بضرب أو غيره بلا سبب نهاه - أي القاضي - عن ذلك ولا يعزره، فإن عاد إليه، وطلبت تعزيره من القاضي عزره بما يليق به لتعديه عليها"⁽²⁾؛ لكن لا يصل به ذلك إلى إيقاع الطلاق عليه⁽³⁾.

الرأي الثاني: يرى المالكية، والحنابلة، أنه يجوز التطلق للشقاق أو للضرر منعا للنزاع المستمر بين الزوجين وحتى لا تصبح الحياة الزوجية جحيماً، وبناء على ذلك ترفع المرأة أمرها للقاضي، فإن أثبت تعديه والضرر اللاحق بها وأثبتت صحة دعواها، كان لها أن تطلب منه تأديبه وجزره للكف عن إيذائها هذا إن اختارت البقاء معه⁽⁴⁾، أما إذا لم ترض البقاء معه وطالبت بالتطلق طلق القاضي بينهما، وإذا ادعت الضرر وعجزت عن إثباته رفضت دعواها، فإن كررت الادعاء والشكوى عين لها القاضي حكماً من أهلها وحكما من أهله يسعيان للإصلاح بينهما، فإن عجزا عن ذلك فأكثر فقهاء المالكية يجيزون طلاق الزوجة نظير مال تدفعه لزوجها، أما البقية فيجيزون تطلقها دون عوض، ومستندهم في ذلك الآية السابقة واعتبارهم الحكمين كالسلطان في التفريق أو الجمع، ولأن النكاح إنما شرع لمصلحة الزوجين ودفع الضرر عنهما، والبقاء على الزوجية مع التعنت وإساءة العشرة مجلبة لأضرار كثيرة، والضرر يجب أن يزال قدر الإمكان، وطريق إزالته أن يقوم القاضي بالتفريق بينهما، فالضرر عند المالكية هو كل ما لا يجوز شرعاً، ويثبت بالبنية التي يكفي فيها مجرد سماع الشاهد من بين النساء والرجال في أن الزوج يضار زوجته، كما يثبت أيضاً بالإقرار ومنهم من يعتمد فقط على قرائن الأحوال، وفي هذا يقول الخرشبي: "إذا ثبت بالبينة عند القاضي أن الزوج يضار زوجته وهي في عصمته ولو كان الضرر مرة واحدة، فالمشهور أنه يثبت للزوجة

1 - السرخسي، المبسوط، ج 05، ص 219؛ الشريبي، مغني المحتاج، ج 03، ص 260.

2 - الشريبي، مغني المحتاج، ج 03، ص 344.

3 - وحجتهم في ذلك قوله تعالى: (وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكما من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليماً خبيراً) سورة النساء، الآية 35، فبعث الحكمين هو للإصلاح، وليس لهما ولاية التفريق إلا بتفويض من الزوج وتوكيل من المرأة بقبول الخلع.

فالضرر الحاصل للزوجة بسبب الشقاق المستمر مع زوجها يمكن تداركه وإزالته بتعزير الزوج.

4 - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 02، ص 50؛ ابن قدامة، المغني، ج 08، ص 167.

الخيار، فإن شاءت أقامت على هذه الحالة وإن شاءت طلقت نفسها بطلقة واحدة بئنة... ومن الضرر قطع كلامه عنها وتحويل وجهه عنها وضربها ضرباً مؤلماً...⁽¹⁾.

الترجيح: بعد عرض أدلة كل فريق ومناقشتها، وربما استدل الفريقان بالنص الواحد، كاشتراكهما في الاستدلال بأية الصلح في سورة النساء، وذلك لاختلاف الفهم في النص ونهج كل منهما طريقاً في الاستدلال به. وأخلص إلى ترجيح الرأي الثاني الذي يجيز طلب التطلق بسبب الشقاق المستمر، وذلك لقوة أدلته وضعف أدلة المخالفين، فضلاً عن ذلك لا يجوز إجبار الزوجة أو الزوج على الاستمرار في الحياة الزوجية إذا كان أحد الزوجين أو كلاهما يضر بالآخر.

2- دور القاضي في التطلق للشقاق بين الزوجين: الأصل أن تكون الحياة بين الزوجين قائمة على

أساس من المودة والرحمة والطمأنينة، لقوله تعالى: [﴿لَا يَجْرِي عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ مِمَّا فَعَلُوا فِيهَا وَلَا يَتَّبِعُهُمْ الْبُغْضُ أُولَئِكَ أَصْحَابُ الْأَرْحَامِ الْمُحْصَنَاتِ وَالَّذِينَ فَطَرَ اللَّهُ لَهُمُ الْفُرُجَ الْفَاحِشَ فَمِمَّا فَعَلُوا فِيهَا فَاكْرَهَتْ أَلْسِنُكُمْ وَأَلْسِنُ الْأُخْرَىٰ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ عَشْوًا فَإِنَّهُ يُكْرَهُ عَنِ اللَّهِ وَاللَّهُ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ ﴾]⁽²⁾، ولكن ولما كان من المتوقع في بعض الأحيان وعند بعض الأزواج، أن لا تجري الحياة بينهما وفق هذا الأصل، بخاصة عندما تسود حياتهما البغضاء والشحناء، وعندما لا يجعل أحدهما الله رقيباً على أقواله وأفعاله، فقد شرع للزوجين أو للمتضرر منهما - من الاستمرار بتلك الحياة الجحيمة - أن يرفع أمره إلى القاضي لطلب التفريق للشقاق المستمر بينهما؛ وذلك طبقاً لأحكام المادة 53/8 من ق- أ والتي تنص: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب التالية: - الشقاق المستمر بين الزوجين...".

وقد راعى المشرع الجزائري هذا الأمر بدقة وعناية متوخياً ما فيه خير للزوجين من ندهما لصلح بينهما، طبقاً لأحكام المادة 49 من ق- أ⁽³⁾، ثم توسطت حكمين بينهما، إلى كل ما فيه رآب ذلك الصدع الذي اعتري حياتهما، حتى إذا كان الحل الأنسب بينهما هو الفرقة فيرفعا تقريراً إلى القاضي بذلك؛ يخطرانه

1 - الخرشى، الخرشى علي خليل، ج 03، ص 139؛ وفي هذا يقول الدردير: "وللزوجة التطلق على الزوج بالضرر وهو ما لا يجوز شرعاً كهجرها بلا موجب شرعي وضربها كذلك وسبها وسب أبيها كما " يا بنت الكلب ، يا بنت الكافر، يا بنت الملعون " كما يقع كثيرا من رعاغ الناس ويؤدب على ذلك زيادة على التطلق، ومتى شهدت البينة على الضرر فلها اختيار الفراق ولو لم تشهد البينة بتكرره؛ الدردير، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، ج 02، ص 345.

2 - سورة الروم، الآية 21.

3 - تنص المادة 49 من ق - أ، بقولها: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولات عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (03) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين. تسجل أحكام الطلاق وجوباً في

الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

بضرورة التفريق بينهما، وهو ما نصت عليه أحكام المادة 56 من ق- أ بقولها: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما. يعين القاضي الحكّمين، حكّما من أهل الزوج وحكّما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكّمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين"⁽¹⁾.

وتتمثل سلطة القاضي التقديرية هنا في أمرين هما: 1 - في بذل القاضي جهده في الإصلاح، وبذل الجهد يكون بعد أن يقف القاضي على أسباب النزاع والشقاق بين الزوجين، بعد ثبوت الدعوى، فيتدخل القاضي بأسلوبه ومعرفته بينهما، واعظا ومرشدا ومرغبا لهما في تجاوز هذه العقبة التي اعترضت طريق حياتهما.

ولما كان الزوج هو المتسبب في الإضرار في هذه الحالة، تناوله القاضي بتذكيره بما أوجبه الله عز وجل تجاه زوجته، وذلك بتلاوة عليه الآيات القرآنية التي تحث على عدم التهاون والتفريط في حق الزوجة، وكذا الأحاديث التي تحث على إكرام الزوجة وأن يستوصي بزوجته خيرا⁽²⁾.

2- تأجيل الدعوى مدة التي يراها مناسبة، فالمشروع وإن جعل لها حداً أعلى وقدرها بثلاثة أشهر، فترك الأمر للقاضي، يقدر المدة التي يراها كافية ليراجع الزوجان نفسيهما، وذلك من أجل الإصلاح بينهما، ويتجاوز تلك العقبة أو المحنة.

ومعلوم أن القاضي لا يؤجل الدعوى مدة طويلة ومبالغ بها، لأنه يعلم حال حياة الزوجين؛ فإذا حضرت الزوجة ولم يحضر الزوج أثناء الجلسات الصلح التي يجريها القاضي، ولم يتوصل إلى الصلح؛ فيجوز له رفع الأمر والاستعانة بالمحكّمين طبقاً لأحكام المادة 446 من ق- إ- م - إ، والتي تنص: "إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يعين حكّمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة".

فالمشروع قد جعل للقاضي اختيار الحكّمين العدلين - القادرين على الإصلاح، الفاهمين لظروف الزوجين - من أهل الخبرة ممن لهما القدرة على التوفيق والإصلاح، وذلك في حالة عدم تيسير تعيين حكّمين من أهلهما، كما يمكن للقاضي الاستعانة بأي شخص آخر للاستفادة منه لإصلاح ذات البين،

1 - وهو ما نصت عليه أحكام المادتين 448 و449 من ق - إ - م - إ.

2 - محمد أمين كامل، دعوى التفريق للشقاق والنزاع أمام محاكم الشرعية الأردنية، مطابع وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، الأردن، ط 01، 1995م، ص 141.

فإذا تم الصلح بين الزوجين يثبت ذلك في محضر، يصادق عليه القاضي، أما في حالة عدم نجاح محاولات الصلح والتحكيم، يجوز للقاضي إعادة القضية إلى الجلسة للفصل في القضية.

أما المشرع المغربي فقد أعطى أهمية كبيرة للتطبيق بسبب الشقاق من خلال مقتضيات المواد من 94 إلى 97 من م - أ - م؛ حيث نصت المادة 94 على: "إذا طلب أحد الزوجان أو أحدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يخاف منه الشقاق، وجب عليها أن تقوم بكل المحاولات لإصلاح ذات البين طبقاً لأحكام المادة 82 أعلاه".

ونصت المادة 97 من م - أ - م على: "في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق، تثبت المحكمة ذلك في محضر وتحكم بالتطبيق وبالمستحقات طبقاً للمواد 83 و84 و85 أعلاه، مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر. يفصل في دعوى الشقاق في أجل لا يتجاوز (06) ستة أشهر من تاريخ تقديم الطلب".

ما يستفاد من خلال نص هاتين المادتين أنه هناك ثلاث فرضيات:

1- أن يثبت من يرفع دعوى التطبيق بسبب الشقاق وجود شقاق في علاقته مع الزوج الآخر، أي أن الفجوة قد اتسعت كثيراً بين الزوجين لدرجة أنه صار من المستحيل التقريب بينهما، ومن ذلك أن يثبت كل منهما أن الزوج مصر على الإساءة إلى أهلها أو على غصب أموالها، أو يثبت هو أن الزوجة ترفض أن يحسن إلى أمه أو أن يستقبلها في بيته، أو تصر على الإساءة إلى أولاده من مطلقته أو زوجته المتوفاة عنه.

2- أن يترك استخلاص وجود الشقاق بين الزوجين للسلطة التقديرية للقاضي، والذي له أن يستنتج من عناصر النزاع، ومن أقوال الزوجين وإثباتاتهم، أثناء إجراء مسطرة الصلح بينهما. واستنتاج الذي يتوصل إليه القاضي يجب أن يكون معللاً.

3- بمجرد رفع دعوى الشقاق يطبق القاضي مسطرة الإصلاح المنصوص عليها ضمن المادة 82 من م - أ - م، وفي حالة فشل تلك المسطرة يحكم القاضي بالتطبيق بين الزوجين، وهو المستفاد من موقف قضاء الأسرة الذي يعتبر أن مجرد رفع دعوى التطبيق بسبب الشقاق، في حد ذاته، يؤدي آلياً إلى الفرقة بين الزوجين تطبيقاً للنصوص المشار إليه أعلاه، خاصة متى ظل المدعي متمسكاً بموقفه⁽¹⁾؛ وهو ما قضت به محكمة مراكش بقولها: "ظلت المدعية طيلة هذه المراحل - والمقصود مراحل الإصلاح - متمسكة بطلبها

1 - محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ج 02، المرجع السابق، ص 132 - 133.

الرامي إلى إنهاء الرابطة الزوجية عن طريق التطلق وتمسكها بطلبها هذا يجعل حالة الشقاق متوفرة وهو ما يبرر إنهاء الرابطة الزوجية استناداً للمادة 97 من م - أ - م ... ومن ثم يكون دفع المدعى عليه بعدم إثبات الضرر من طرف الزوجة هو دفع يفتقر إلى سند التبريري وأن من شأن مسأيرته أو الالتفات إليه إفراغ مدونة الأسرة من روحها⁽¹⁾. ونفس الشيء الذي أخذ به المجلس الأعلى للقضاء بالمملكة المغربية: "التطلق للشقاق - أداء التعويض.

إن إصرار الزوجة على الإقامة بالخارج وهو ما تستحيل معه المعاشرة الزوجية بين الزوجين يجعلها مسؤولة عن إنهاء العلاقة الزوجية في طلب التطلق للشقاق وتحمل أداء التعويض المحكوم به والمحدد حسب السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع في المبلغ المناسب طبقاً لمقتضيات المادة 97 من م - أ - م⁽²⁾.

أما في التشريع المصري فقد نصت المادة 06 من القانون رقم 25 لسنة 1920م المعدل بموجب القانون رقم 100 لسنة 1985م على: "إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلاقاً بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما، فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكيمين وقضى على الوجه المبين بالمواد 07، 08، 09، 10، 11".

باستقراءنا لنص هذه المادة فإنه يجوز للزوجة أن تطلب من القاضي التفريق بينها وبين زوجها، بسبب الضرر الذي لا يستطيع معه دوام العشرة بين مثيلاتها، وضابط عدم استطاعة دوام العشرة، وفضلاً عن خلوه من الأصل الفقهي الذي يقره ويستند إليه⁽³⁾؛ فهو ليس ذا جدوى لا للمرأة لا لمجتمع. أما بالنسبة للزوجة فلا يخدم مصلحتها ويجعل الإثبات أمراً متعذراً، إذ لم يجعل من أساس التطلق هو الضرر، وإنما لعدم استطاعة دوام العشرة، وهو ما يعني أن على الزوجة أن تثبت مع الضرر الوصف الذي عناه القانون وهو تعذر دوام العشرة بين أمثالهما، سيما وأن الوصف هو شرط قانوني يجب قيامه في الأوراق والوقائع المعروضة على القاضي حتى يستوفي الضرر شرطه القانوني، وعلى القاضي - وإعمالاً لسلطته

1 - قرار صادر بتاريخ 04 غشت 2005م، (غير منشور)، محكمة مراكش، نقلاً عن: محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ج 02، المرجع السابق، ص 134.

2 - قرار صادر بتاريخ 18/04/2007م، المجلس الأعلى، العدد 68 - 2008، ص 98؛ نقلاً عن: محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 80.

3 - الضابط العام الذي أوردته للضرر الزوجي، هو أن يكون بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين الزوجين، فهذا الضابط لا يعرفه المذهب المالكي مصدر النص المادة السادسة المتعلقة بالتطبيق لسوء العشرة، وإنما الفقه المالكي تكلم عن الحجر بلا موجب الشرعي، والضرب لغير سبب، أو الضرب المبرح وإن كان له ما يبرره، أو قطع كلامه عنها، أو شتمها، أو إكراهها على فعل محرم أو تولية وجهه عنها في الفراش؛ الخطاب، مواهب الجليل، ج 03، ص 17.

التقديرية - أن يجتهد أولاً في الإصلاح بينهما، والعمل على إزالة الخلاف، أما في حالة فشله، سار في الدعوى بالطرق الشرعية والقانونية، ويتعين على القاضي بيان ذلك في منطوق الحكم حتى يمكن لمحكمة النقض بسط رقابتها على وجود هذا الشرط أو عدمه⁽¹⁾.

أما بالنسبة للمجتمع⁽²⁾ فيؤدي العمل بهذا الضابط إلى إخراج بعض السلوكات من الأقوال والأفعال من دائرة الضرر، بدعوى أن ظروف الزوجين أو بيئتهما الاجتماعية ومكانتهما الثقافية - وغير ذلك من الاعتبارات الشخصية - لا ترى فيه بأساً⁽³⁾.

هذا ويشترط في الضرر طبقاً أحكام المادة 06 من القانون رقم 25 لسنة 1920 لما يلي:

1- أن يكون راجعاً إلى فعل الزوج وفي إمكانه إنزاله بزوجه أو إزالته عنها إذا شاء⁽⁴⁾.

2- أن يكون الضرر ناشئاً عن الشقاق والتنافر بين الزوجين بحيث لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما⁽⁵⁾.

ولا تتعدد بتعدد الدعوى صور سوء المعاملة التي تلقاها الزوجة من زوجها والتي تسوقها في صحيفة دعواها، حيث لا تعدو أن تكون بياناً لعناصر الضرر الموجب للتطبيق وتندرج فيه باعتباره الأساس في إقامتها⁽⁶⁾.

- 1 - أحمد نصر الجندي، التعليق على نصوص قانون إجراءات التقاضي، المرجع السابق، ص 346 - 385.
- 2 - حاول البعض إعطاء هذا الضابط تفسيراً اجتماعياً، فرب كلمة قاسية أشد إيلاماً على نفس زوجة وأكثر إضراراً من ضرب مبرح لزوجة أخرى، فيفرق فيما هو أدنى مما هو أعنف منه، في حين حاول البعض الآخر إعطاءه تفسيراً وقائياً، حتى لا يكون داعياً لإجراء المشاكسات من الزوجات على فصم عرى الزوجية بلا مبرر، أو مبرر لا يكون في العرف داعياً للتطبيق، إذ يقع في الحياة الزوجية ما يعد ضرراً في الملكية إلا أنه يستطيع معه دوام العشرة بين الزوجين ولا يعتبر ضرراً في نظر القانون؛ عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج 02، ص 104؛ أحمد نصر الجندي، التعليق على نصوص قانون إجراءات التقاضي، المرجع السابق، ص 338.
- 3 - فقد لا يعد شرب الخمر بذاته ضرراً يجيز للزوجة طلب التطبيق بأن كان السكر لا يظهر على الزوج ويوصف في المجتمع بأنه خفيف الظل، ولا ريب أن هذا القول رده إلى الجاهلية التي كانت ترى الخمر منزلة للهموم مثيرة للشجاعة؛ أحمد الغندور، المرجع السابق، ص 324.
- 4 - هذا قبل طلب الزوجة التطبيق من زوجها، أما بعد وقوع الضرر أو الأذى من الزوج على زوجته وطلبها التطبيق فإمكان إزالته، لا تمنع من التطبيق والاستمرار في نظر الدعوى إذا أصرت عليه الزوجة، فإذا صادف إضرار الزوج محلّه وحلّ بالزوجة آثاره، فزوال الضرر لا يمنع من التطبيق، لأن مناط التطبيق هو وقوع الضرر فعلاً؛ الطعن رقم 47 / 4 لسنة 30، ق - أ - ش، ص 920.
- 5 - ومن صور الضرر؛ عدم دخول الزوج بالزوجة وعدم تمكينها بالإستقرار في حياة زوجية، ولا يسوغ أن يتعلل بعدم العثور على مسكن مناسب، إذ هو أمر لا دخل للزوجة فيه، ومن واجب الزوج توفير المسكن المناسب، ولأن استطلته تنال من الزوجة وتصيبها بأبلغ الضرر ومن شأن ذلك أن يجعلها كالمعلقة، فلا هي ذات زوج ولا هي مطلقة؛ طعن رقم 65 لسنة 52 ق - أ - ش، جلسة 26 / 06 / 1984.
- 6 - الطعن رقم 62 لسنة 63 ق - أ - ش، جلسة 24 / 04 / 1997.

وفي الأخير نقول بأن المشرعين الجزائري والمغربي والمصري يجيزون للقاضي التفريق في حالة شقاق المستمر وسوء العشرة بين الزوجيين.

ثالثا - التطليق لتعدد الزوجات: إذا اشترطت الزوجة على زوجها بأن لا يتزوج عليها بالزوجة ثانية، وأقدم الزوج على ذلك، فإنه يجوز للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها لتعدد الزوجات وهذا ما تناوله المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 08 مكرر و 53/6 من ق - أ.

من هنا سنتناول موقف الشريعة الإسلامية من التطليق لتعدد الزوجات؛ ثم نبين سلطة القاضي في التطليق لتعدد الزوجات.

1- موقف الشريعة الإسلامية من التفريق لضرر تعدد الزوجات: التطليق لضرر تعدد الزوجات - كضرر خاص - مستقل عن التطليق للضرر مخالف للشريعة الإسلامية، ذلك أن التطليق للضرر هو تطليق لسوء عشرة الزوج لزوجته بسلوكه معها سلوكا مخالفا للشرع، لا لمجرد شعورها بالآلام نفسية من زواجه عليها؛ لأن هذا الزواج أمر غير مخالف للشرع، والتطليق للضرر نظام عادل، يقوم على أساس من الحق، وهو تسريح بإحسان فيه خشية لله عز وجل، لأنه يرفع الضرر عن الزوجة، كما يعطيها حقوقها كاملة، بسبب إضرار الزوج بها المتمثل في سلوكه معها مسلكا مخالفا للشرع⁽¹⁾، فإذا لم يكن الزوج مضرا بها، ولكن كرهته أو شعرت بالآلام نفسية من زواجه عليها رغم أنه قائم بحقوقها، ففي هذه الحالة لم يضيق الشرع عليها، ولم يجبرها على أن تعيش معه رغما عنها، وأعطاه الحق في طلب الخلع الذي هو نظام عادل، إذ يلزم الزوجة الكارهة بأن تدفع تعويضا لزوجها عما يلحقه من ضرر بسبب إنهائها العلاقة الزوجية معه دون تقصير منه، والتعويض هنا فضلا عن عدالته يحدّ من اندفاع الزوجة وراء عواطفها ورغبتها في هدم الحياة الزوجية⁽²⁾.

ولا يقال: أن الزوج هو الذي دفع زوجته إلى ذلك بزواجه عليها؛ لأن الزوج لم يخطئ بزواجه الجديد، بل هو حق مشروع له، وبغير استعمال الزوج لهذا الحق لا تتحقق مقاصد تعدد الزوجات الذي أحله الله لصالح النساء، ولصالح الرجال ولصالح المجتمع، وبالتالي فإن التطليق لهذا الضرر النفسي مخالف لنص القرآن في التسريح بإحسان.

1 - أفرت الشريعة الإسلامية للزوجة طلب التطليق للضرر الذي يلحقها من زوجها أيًا كان نوعه، إلا أنه ليس لها أن تطلب التطليق بسبب زواج زوجها من زوجة أخرى إلا إذا أثبتت الضرر المادي أو المعنوي، بحيث يكون من الجسامة ما يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما، وطلب التطليق في هذه الحالة هو تطليق للضرر، ومناطه وقوع الضرر فعلا؛ أحمد إبراهيم بك، المرجع السابق، ص 490.

2 - عبد الناصر توفيق العطار، الأسرة وقانون الأحوال الشخصية، المؤسسة العربية الحديثة، القاهرة، (د،د)، ص 249.

كما أن كون الزواج الثاني فيه مظنة الضرر لقوله تعالى: [...]⁽¹⁾ لا يعني أن تعطى الزوجة الحق في طلب التطليق لأي ضرر مادي أو معنوي أو نفسي؛ لأن الزواج الأول وكل زواج لا يخلو من ضرر، إذ أن الزواج قيد لكل من الزوج والزوجة يفرض على كل منهما واجبات معينة، والعدل مطلوب مع كل زوجة، سواء كان زوجها متزوجا بغيرها أم لم يكن معه سواها، ومن المستحيل أن يعدل الزوج مع زوجته الوحيدة في كل وقت، فكذلك العدل بين زوجاته غير مستطاع، كما في قوله تعالى: [...]⁽²⁾. وطالما كان الزوج يعدل بين زوجاته العدل المستطاع، فلا يحتاج عليه بقوله تعالى: [...]⁽³⁾، كما لا يحتاج عليه بقاعدة " لا ضرر ولا ضرار"⁽⁴⁾؛ لأن الضرر الذي يميز التفريق بين الزوجين ويستوجب الضمان ليس هو كل ضرر، وإنما هو إلحاق مفسدة بالزوجة بغير حق، أو سلوك من الزوج مخالف للشرع، والضرار كذلك هو أن يدخل الشخص الضرر بغير حق على من أضره⁽⁵⁾.

ويمكن القول بأن إعطاء الزوجة الحق في طلب التطليق لما أصابها من آلام نفسية بسبب جمع زوجها بينها وبين أخرى، هو دوران حول حق الرجل في تعدد الزوجات يستهدف تعطيله والحد منه، وهو ما يؤدي إلى ضرر عام ومفاسد أعظم من الضرر الذي يصيب زوجة يتزوج عليها زوجها؛ لأنه يؤدي إلى زيادة الفائض من النساء غير المتزوجات، فيزيد أزمة الزواج حدة، كما يؤدي إلى كثرة الزواج العرفي وكثرة وقوع الطلاق، وظهور الانحرافات الخلقية. كما لا يقاس الضرر بعواطف النساء، لأن الضرر العاطفي لا يتعلق به حكم شرعي، إذ الحكم الشرعي هو خطاب الله - عز وجل - المتعلق بأفعال المكلفين لا بعواطفهم أو أهوائهم⁽⁶⁾.

1 - سورة النساء، الآية 03.

2 - سورة النساء، الآية 129.

3 - سورة البقرة، الآية 231.

4 - محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، المرجع السابق، ص 165.

5 - عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 251.

6 - قال أنور العمروسي: "ولا يعد مجرد الزواج بأخرى في حد ذاته ضررا مفترضا يوجب للزوجة طلب التطليق، إذ أن من حق الزوج أن ينكح من الزوجات مثنى وثلاث ورباع، وما شرع الله حكما إلا لتحقيق مصالح العباد، وأن ما كان ثابتا بالنص هو المصلحة الحقيقية التي لا تبدل لها فإن العمل على

كما أن تزوج الصحابة على زوجاتهم دون أن يشترط عليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذ رضا زوجاتهم، ولم يعتبر الألم النفسي الذي يصيب الزوجة من تعدد الزوجات ضررا يميز الحكم لها بكافة حقوق المطلقة إذا رغبت في فراق زوجها، على الرغم من أن غيرة النساء موجودة في كل عصر. ومن المغالطة القول بأن الصحابة كانوا يعددون زوجاتهم بحكم البيئة والعرف، وقد تغير العرف الآن فيجب أن يتغير حكم تعدد الزوجات بتغيره، بل أنهم كانوا يعددون في الزوجات امتثالا لقوله صلى الله عليه وسلم: " وإن من سنتنا النكاح"، كما أن أحكام تعدد الزوجات والطلاق غير مبنية على العرف، وإنما هي مبنية على نصوص قرآنية في شريعة صالحة لكل زمان ومكان⁽¹⁾.

وفي الأخير يمكن القول بأن الشريعة الإسلامية تعترف بتفضيل الزواج بالزوجة واحدة، ولا تقضي بتحريم التعدد، فقد أجازته مع مراعاة نية العدل بين الزوجات.

2- دور القاضي في التفريق بين الزوجين لتعدد الزوجات: يجيز المشرع الجزائري الزواج بأكثر من زوجة واحدة، وذلك من خلال أحكام المادة 08 من ق- أ، بقولها: " يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية، متى وجد المبرر الشرعي، وتوفرت شروط ونية العدل. إذ يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة، والمرأة التي يقبل على الزواج بها، وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية، ويمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهم، وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية".

خلافها ليس إلا تعديا على حدود الله؛ موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000 م، ج 01، ص 603.

1 - وأما المفسد التي يراها المنادون بتقييد تعدد الزوجات في المشكلات التي تنشأ بين الزوجات والأولاد، فيمكن الحد منها عن طريق التربية الدينية الصحيحة؛ إن ما قد يحتاج إليه الرجل من تعدد الزوجات بالشروط والضوابط المذكورة آنفا، لا يخلد شيئا من مصلحة الأسرة ولا يدخل أي اضطراب في عمود النسب؛ وعن طريق الأخذ بما رسمه الإسلام من صلح بين الزوجين وبعث للحكمين، ثم إن المفسدة التي تسدها الذريعة يجب أن تكون مفسدة في نظر الشرع، لا مفسدة يتوهمها ولي الأمر بسلطته في تقييد المباح عملا بالسياسة الشرعية التي تعتمد على سدّ الذرائع؛ فقد قيد الإسلام التعدد بقيود تختص بالعدد والعدل وعدم الجمع بين المحارم كالجمع بين الأختين في عصمة رجل واحد، وكل قيد بعد ذلك ليس تقييدا للمباح وإنما هو توضيحي على حلال. كما أن التطلاق لتعدد الزوجات أو لضرر نفسي ناتج عنه يصيب الزوجة أمر مخالف للثابت في جميع المذاهب الإسلامية، فإذا كان المذهب المالكي قد أجاز التطلاق للضرر، فإن مراجعه صريحة في أن زواج الرجل بأخرى لا يعتبر ضررا؛ فقد جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: "ولها، أي للزوجة التطلاق على الزوج للضرر، وهو ما لا يجوز شرعا، كهجرها بلا موجب شرعي، وضررها كذلك، وسبها وسب أبيها... ويؤدب كذلك زيادة على التطلاق... لا، (أي ليس لها التطلاق) بمنعها من حمام وفرجة - أي نزهة - وتأديبها على ترك صلاة أو تسر أو تزوج عليها؛ ثم قال: "ومتى شهدت بينة بأصل الضرر فلها اختيار الفراق"، ج 02، ص 345؛ عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 261 - 264؛ البوطي: المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الرباني، ص 133.

من هنا يتضح لنا أن المشرع الجزائري قيد التعدد بوضع شروط موضوعية للتعدد: المبرر الشرعي وتوفر شروط نية العدل، وشروط إجرائية متمثلة في إلزام الزوج بإخبار الزوجة السابقة واللاحقة، وتقديم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة الذي يتأكد من موافقتهما، مع التحقق من إثبات الزوج للمبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية، وله السلطة التقديرية بقبول الطلب والترخيص بالزواج أو رفضه، ثم نص في المادة 08 مكرر من ق- أ، بقولها: " في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق". معنى ذلك أن الزوج إذا أضاف امرأة أخرى إلى عصمته دون أن يعلمها أنه متزوج بسواها؛ ودون أن يعلم زوجته الأولى بعزمه الزواج بأخرى، ولم ترضيا بالوضع الجديد، كان لكل منهما طلب التطليق⁽¹⁾؛ وهو ما أقرته المحكمة العليا في فرار لها بتاريخ 19/01/2005 بقولها: "لا يكفي، لرفض دعوى التطليق من أجل الضرر، علم الزوجة بزواج زوجها من امرأة أخرى، ويجب إثبات عدم رضاها بهذا الزواج"⁽²⁾.

كما أن المشرع الجزائري تبني ذلك من خلال المادة 53/6 من ق- أ، بقولها: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب: - مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه؛ وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 12/07/2006 والتي قضت بأنه: "عدم العدل بين الزوجات يشكل الضرر المعتبر شرعا، طبقا للفقرة 06 من المادة 53 من قانون الأسرة، ويبرر بالتالي حق الزوجة المتضررة في طلب التطليق"⁽³⁾.

وعليه يبدو أن المشرع قد أخرج من دائرة عموم الضرر المعتبر، حالة مخالفة أحكام المادة الثامنة، وجعلها سببا مستقلا من أسباب طلب التطليق من خلال نص المادة 53 في فقرتها السادسة من ق- أ.

ومنه فهل يعد مجرد عدم إخبار الزوجة السابقة واللاحقة - دون إلحاق الضرر المعتبر شرعا بإحدهما أو بهما معا - سببا كافيا لطلب التطليق، وما ينجم عن ذلك من آثار سلبية على الأسرة وبخاصة عند وجود الأولاد؟

1 - محمد حجاري، المرجع السابق، ص 449.

2 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 19/01/2005، ملف رقم 334060، م - م - ع، عدد 01، 2005، ص 325.

3 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 12/07/2006، ملف رقم 356997، م - م - ع، عدد 02، 2006، ص 441.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فلم يتناول صراحة التطليق لتعدد الزوجات وذلك أخذاً بالمذهب المالكي، ولكن بالرجوع إلى أحكام المادة 1/99 من م-أ-م، والتي تقر بأنه: "يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضرراً مبرراً لطلب التطليق...".

من هنا يتضح لنا أنه إذا اشترطت الزوجة على زوجها عدم التزوج عليها بامرأة أخرى، وأخل الزوج بهذا الشرط، فإنه يجوز للزوجة المطالبة بالتفريق بينها وبين زوجها لتعدد الزوجات ومخالفة الشروط المتفق عليها.

أما في التشريع المصري فقد نصت المادة 11 مكرر من القانون رقم 25 لسنة 1920م والمضافة بموجب القانون رقم 100 لسنة 1985م بقولها: "ويجوز للزوجة التي تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ولو لم تكن قد اشترطت عليه في العقد ألا يتزوج عليها.

فإذا عجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها طليقة بائنة ويسقط حق الزوجة في طلب التطليق لهذا السبب بمضي سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى، إلا إذا كانت قد رضيت بذلك صراحة أو ضمناً. ويتحدد حقها في طلب التطليق كلما تزوج بأخرى. وإذا كانت الزوجة الجديدة لم تعلم أنه متزوج بسواها ثم ظهر أنه متزوج فلها أن تطلب التطليق كذلك".

ما يتضح لنا من خلال نص هذه المادة أن اقتران الزوج بزوجة أخرى يعد مسوغاً يميز للزوجة التي في عصمته وقت الزواج الجديد أن تطلب من القاضي التطليق من زوجها، وعلى القاضي عند حكمه بالتفريق أن يتحقق من توفر الشروط الآتية:

- 1- أن يكون الزوج قد تزوج فعلاً بأخرى زواجا صحيحاً، لأن الزواج الفاسد أو الباطل لا يعطيها هذا الحق، ويكفي مجرد العقد الصحيح فلا يشترط فيه الدخول أو الخلوة
- 2- أن يترتب على الزواج بأخرى ضرر مادي أو معنوي للزوجة طالبة التطليق، وأن يكون ذلك الضرر الذي لحقها من الجسامة بحيث يتعذر معه دوام العشرة بينهما.
- 3- أن تتقدم بدعواها قبل مضي سنة من تاريخ علمها بالزواج الثاني، وإلا سقط حقها بمضي المدة.

وأعطى المشرع المصري طريقة للعلم هي الإخطار الذي يرسله الموثق للزوجة التي في عصمة الزوج يحظرها بالزواج الجديد، ويكون الإخطار بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول، فيثبت بذلك علمها بالزواج الجديد من تاريخ استلامها الكتاب⁽¹⁾.

أما الضرر الذي نصت عليه المادة السالفة الذكر فهو ضرر حقيقي، ويقع عبء إثباته على المرأة التي تدعيه، إلا أن التطبيق العملي يطرح الكثير من الصعوبات، أهمها كيفية تحديد الضرر المعنوي، لأنه حالة نفسية لا يمكن للغير الإحساس بها أو تقديرها، خاصة - وكما قيل بحق - أن الضرر النفسي لا يتعلق به حكم شرعي، فالحكم الشرعي متعلق بأفعال المكلفين لا بعواطفهم ولا بأهوائهم، وأن تحديد الضرر النفسي أو حصر صورته أمر يخالف الحقيقة، والأنسب ترك الأمر لتقدير القاضي؛ وللزوج إسقاط لضرر المفترض بإثبات رضا زوجته بزواجه الجديد.

ويتجدد هذا الحق للزوجة كلما تزوج الزوج بزوجة أخرى بذات الشروط السابقة، ونفس الحكم بالنسبة للزوجة الجديدة التي لم تكن تعلم أن زوجها متزوج بسواها، ثم ظهر بعد ذلك أنه متزوج ولا يسقط حق الزوجة الأولى في طلب التطليق لزواج زوجها بأخرى بموافقتها على الزواج الثاني، أو برضاها به، أو بعدم إقامتها الدعوى في الموعد المحدد، أو رفض دعواها بقبولها الصلح مع زوجها أو لأي أمر آخر، كل ذلك لا يسقط حق الزوجة الأولى إذا تزوج الزوج بزوجة جديدة، فالحق في طلب التطليق يتجدد مع كل زواج جديد ولكل الزوجات بلا استثناء حتى الزوجة الجديدة، ويشترط القانون توفر الشروط اللازمة لتوافرها في الحالة الأولى⁽²⁾؛ وإثبات الزواج الجديد يحتاج إلى مايلي:

1- أن تثبت الزوجة أن زوجها قد تزوج زواجا شرعياً صحيحاً فالعقد الفاسد لا يبيح طلب التفريق.

2- أن يثبت الزواج بأحد أمرين: أ- يثبت الزواج بالوثيقة الرسمية المستوفاة لشروط صحتها طبقاً للبلد الذي تم فيه الزواج، لأن الشروط تتبع قانون العقد.

ب- ويثبت الزواج أيضاً بالوثيقة العرفية عند إقرار الزوج به، ولا يثبت بها عند الإنكار لأن دعوى الزوجية في هذه الحالة لا تسمع أصلاً⁽³⁾.

1 - لم يذكر هذا القانون مدة معينة لإخطار الموثق الزوجة الأولى بزواج زوجها عليها ولكن نظمه وزير العدل وحدد مدته بسبعة أيام من تاريخ الزواج الثاني؛ محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة، المرجع السابق، ص 98.

2 - محمد كمال إمام، أحكام الأسرة، المرجع السابق، ص 99.

3 - جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 367 - 368.

أما بالنسبة للتطبيق للضرر فقد تناوله المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 53 / 10 من ق- أ، بقولها: "كل ضرر معتبر شرعا"، بحيث أن المشرع أعطى تسع حالات لطلب الزوجة للتطبيق في المادة 53 من قانون السالف الذكر، وكل هذه الحالات كما سبق التعرض لها تلحق ضررا بالزوجة، وتعيق إستمرار الحياة الزوجية بل وتجعلها مستحيلة أيضا.

كما أن المشرع الجزائري من خلال الفقرة العاشرة من المادة 53 من ذات القانون لم تنقيد بضرر محدد، وجعلت السلطة التقدير للقاضي في تقدير الضرر في هذا المجال وهي سلطة تقديرية وموضوعية مطلقة، لا يقيد بها أي قيد ولا يحدها أي حد، وهي مسألة وقائع لا رقابة للمحكمة العليا فيها.

أما من الناحية العملية فقد قضت المحكمة العليا في عدة قرارات لها بذلك؛ ومنها القرار الصادر في 23 / 01 / 1986 بقولها: "إن التعدي على الزوجة وإهانتها ومس كرامتها بصفة صيرت علاقتهما الزوجية أمرا مستحيلا هي أسباب كافية لتبرير تطليقها والمصادقة على الحكم المعاد، وعليه فالقرار لم يخالف قواعد الفقه فيما يتعلق بالطلاق وإثباته"⁽¹⁾.

كما قضت في قرار آخر لها بتاريخ 05 / 05 / 1986 بقولها: "إن تصريح الطاعن أمام الحاضرين بأنه لم يجد زوجته بكرا، ومع ذلك يحتفظ بها دليل على أنها لم تكن كذلك، وأن القصد هو تطليخ سمعتها، والظعن في شرفها لا غير، ومن ثم فالحكم بتطليقها هو الجزاء الشرعي في القضية عما أصابها من ضرر، وموافقة المجلس على الحكم هو ما تقرره القواعد الشرعية"⁽²⁾.

ومن هنا يجب على القاضي التحقق أولا من وجود الضرر وعلى الزوجة طالبة التتطبيق أن تثبت ذلك بكل وسائل الإثبات، وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 27 / 11 / 1989 حين قضت بأنه: "من المقرر شرعا وقانونا أنه عند الحكم بالتطبيق يتعين على القاضي تبيان نوع الضرر اللاحق بالزوجة، وذكر وسائل إثبات الضرر، فإذا ثبت الضرر للقاضي بشهادة الشهود، فلا بد من ذكرهم على الصفة التي يتطلبها القانون، ومن ثم يستوجب نقض القرار الذي إكتفى بذكر المادة 53 فقط، وذلك لعدم مراعاته للقواعد الشرعية في التتطبيق"⁽³⁾.

1 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 13 / 01 / 1986، ملف رقم 39025، غير منشور، نقلا عن: د. بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05 - 02 المرجع السابق، ص 266.

2 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 05 / 05 / 1986، ملف رقم 40429، ن - ق، عدد 44، 1988، ص 179.

3 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 27 / 11 / 1989، ملف رقم 54490؛ غير منشور، نقلا عن: د. بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 974.

فإذا كان الضرر الذي تدعيه الزوجة هو ضرب أو شتم الزوج لها أوجبت على القاضي التأكد من ذلك، ولا يكون ذلك بالشهادات الطبية فقط؛ بل بحكم جزائي يدين الزوج على جناحة الضرب، أو على الأقل بشهادة شهود حضروا واقعة الضرب أو الشتم، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها لها بتاريخ 23 / 01 / 2001 بقولها: "إن ضرب الزوجة المبرح يعتبر من الأضرار المعترية شرعا التي تستوجب التخليق دون اشتراط صدور حكم جزائي، حيث بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه، وإلى عريضة الطعن ووقائع الملف يثبت أن قاضي الموضوع عندما قضى بالتخليق للمطعون ضدها، تأكد لديه توفر الضرر المعتر شرعا، وذلك بإعتداء الطاعن على المطعون ضدها بالضرب والجرح العمدي، وذلك ما اعترف به الطاعن شخصا أمام المحكمة، وصرح نادما على ما وقع منه على شخص المطعون ضدها بالضرب والجرح العمدي، وفيما يخص نعيه على أن قاضي الموضوع رفض إرجاء الفصل في دعوى التخليق إلى حين صدور الحكم الجزائي ببراءته، فهذا الدفع غير ملزم به قاضي الموضوع، فهو دفع مردود، وعليه فالحكم محل الطعن جاء مسببا تسببا كافيا، الأمر الذي يجعل الوجه الوحيد غير مؤسس ويتعين رفضه، حيث مما تعين معه رفض الطعن"⁽¹⁾.

وقد سلك المشرع المغربي نفس المسلك من خلال أحكام المادة 2 / 98 من م - أ - م⁽²⁾؛ والمادة 2 / 99 من نفس القانون، بقولها: "يعتبر ضررا مبررا لطلب التخليق، كل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو محل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية".

من هنا فإن المشرع المغربي وضع صورا اعتبرها ضررا يبيح للزوجة طلب تخليقها من زوجها، وترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي، فيما يخص إلحاق الإساءة المادية أو المعنوية بالزوجة، بكيفية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في علاقتها مع زوجها الذي يضر بها؛ وهو ما قضت به محكمة فاس في قرار لها بتاريخ 23 / 05 / 2005 بقولها: "إقدام الزوج على ضرب وجرح زوجته يعتبر سلوكا مشينا يلحق الضرر المادي والمعنوي بها".

طلب الزوجة التخليق بناء على ذلك يبقى مؤسسا وتتعين الاستجابة له"⁽³⁾.

1 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 23 / 01 / 2001، ملف رقم 258555، م - ق، عدد 02، 2002، ص 419.

2 - تنص المادة 2 / 98 من م - أ - م، بقولها: "للزوجة طلب التخليق بناء على أحد الأسباب الآتية: - الضرر...".

3 - المحكمة الابتدائية بفاس، قسم قضاء الأسرة، حكم صادر بتاريخ 23 / 05 / 2005، مجلة المعيار، عدد 34، 2005، ص 295؛ نقلا عن: محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 91؛ قرار المجلس الأعلى، بتاريخ 21 / 07 / 1987، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 41، ص 132 وما بعدها.

نفس المسلك سلكه المشرع المصري من خلال أحكام المادة 06 من القانون 25 لسنة 1929 بقولها: "إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما، يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق، وحينئذ يطلقها القاضي طلقه بائنة إذا ثبت الضرر، وعجز عن الإصلاح بينهما، فإذا رفض الطلب تم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر، بعث القاضي حكيمين وقضى على الوجه المبين بالمواد 07؛ 08؛ 09؛ 10".

وعلى وجه العموم فإنه يجوز للزوجة التي تزعم أن زوجها قد قام بعمل تجاهها نتج عنه ضررها، سواء في معاملته لها، أو في إهانتها، أو في عدم القيام بواجباته نحوها، أن تقوم برفع دعوى أمام المحكمة لتطلب الحكم بتطبيقها دفعا للضرر الذي حل بها، وعليها هي بصفتها مدعية أن تثبت الضرر بكل الطرق القانونية الممكنة، وعلى القاضي أن يقدر بعناية وإهتمام ما تزعمه من ضرر، وإذا استطاعت أن تقنع القاضي بما لحقها من ضرر وأن تقدم بين يديه كل الأدلة المؤيدة لذلك، فإن القاضي سيحكم بتطبيقها من زوجها للضرر الحاصل⁽¹⁾.

كما عرف القضاء المصري تطبيقات للتطبيق على أساس الضرر المعترف شرعا، إذ جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية بتاريخ 20 / 02 / 1984 بقولها: "إذا كان الثابت أن الزوج قد بعث إلى زوجته خطابا مليئا بمختلف ألوان الشتائم وإتهمها فيه بالبرود الجنسي، وأنه إعترف في تحقيقات النيابة بمحتوى هذا الخطاب ووجه إليها أثناء التحقيق لفظا نابيا أثبتته المحقق بالحضر، فإن ذلك كله يكفي للقضاء بتطبيقها عليه"⁽²⁾.

وفي الأخير يمكن القول بأن كل من التشريع الجزائري والمغربي والمصري لم يحصر الضرر الذي يكون من أسباب طلب التطبيق، فالمشرع الجزائري إستعمل لفظ "الضرر المعترف شرعا"، وهو نفس الشيء بالنسبة للمشرع المغربي استعمل لفظ "الضرر"؛ أما المشرع المصري استعمل لفظ "بما لا يستطيع معه دوام العشرة"، وكل ذلك يدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي لشؤون الأسرة.

1 - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 170 - 171.

2 - محكمة النقض المصرية، مدني وأحوال شخصية، جلسة 20 / 02 / 1984؛ مجموعة المكتب الفني، لسنة 35، ص 479.

المطلب الثاني

التعويض عن الحكم بالتطليق

سنتطرق في هذا المطلب إلى إثبات الضرر في حالة التطليق (الفرع الأول)؛ ثم نبين سلطة القاضي في تقدير التعويض في حالة الحكم بالتطليق (الفرع الثاني).

الفرع الأول

إثبات الضرر في حالة التطليق

إن مسألة إثبات الضرر واستخلاصه وتقديره من أعقد ما تواجهه الزوجة في حالة رفعها لدعوى التطليق للضرر في التشريع الجزائري، لتعنت الذي كثيرا ما كانت تواجه به من طرف القضاء.

فالقاعدة أن على الزوجة التي ادعت الضرر ورفعت دعوى التطليق على زوجها في هذا المجال، يقع عليها عبء الإثبات الضرر الذي يلحقه بها الزوج، والذي يجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية معه؛ عملا بالمبدأ الشرعي " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"، ولها أن تعتمد في ذلك جميع وسائل الإثبات الشرعية والقانونية لأن الأمر يتعلق بإطار شرعي وبوقائع مادية.

أولا - وسائل إثبات الضرر: فيمكن أن يثبت الضرر بالوسائل الآتية:

1- الإقرار من الزوج على تعديه على زوجته.

2- الشهادة المعتادة، ويكفي شهادة رجل وامرأتان عدول وفقا للمذهب الحنفي، أو بشهادة رجلين عدلين، أو بشهادة رجل واحد مع يمين المدعية، في مذهب مالك⁽¹⁾.

والأصل في الشهادة أن يشهد الشاهد بالشيء قطعاً معاينة أو سماعاً، فهل يجوز إثبات الضرر الذي يجيز للزوجة طلب التفريق بمجرد سماع الفاشي؟

1 - الدردير، الشرح الكبير، ج 03، ص 312.

ما هو معمول به من ناحية قضائية في الجزائر، وإن كان يأخذ بقول المالكية في قبول شهادة السماع لإثبات الضرر، ولأن الشهرة لها موقعها ووزنها في التدليل على ما يحصل في الحياة الزوجية، سيما وقد قيدنا بمحيط الزوجين، والأمر في الأخير خاضع للسلطة التقديرية للقاضي⁽¹⁾.

والعبرة بمضمون الشهادة وفهم القاضي للواقع وليس بألفاظ أدائها، فسواء اتحدت الألفاظ أو اختلفت فيكفي لاكتمال الشهادة أن يكون المعنى واحد⁽²⁾؛ وذلك لأن العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.

ولا يشترط أن تكون موافقة الشهادة للدعوى تامة، بأن يكون ما شهد به الشهود هو عين ما ادعاه المدعي، بل تكفي الموافقة بطريق التضمن، حيث توافق الشهادة لبعض المدعى به، ولا مناص من أخذ القاضي بها والتعويل عليها في الحكم، باعتباره القدر الثابت في الدعوى بالبينة⁽³⁾.

كما لا يضر في قبول شهادة الشهود الاختلاف في الزمان والمكان، لأن ألفاظ السب والقذف والتشهير مما تعاد وتكرر باعتبارها قولاً محضاً⁽⁴⁾.

وفي المقابل لا يكفي في الشهادة - التي يتحقق بها النصاب المقرر - أن يشهدوا بواقعة دون بيان حقيقتها وكيفية حصولها، إذ لا يكتمل بها موضوع الشهادة، ومن ثم لا يستطيع القاضي أن يقف على حقيقة الواقعة، وهل تتحقق بها المضارة أم لا⁽⁵⁾.

وكما يثبت الضرر بالإقرار والشهادة يثبت أيضا بالقرائن، ويقصد بها ما يستنبطه القاضي من دلائل الحال وشواهد من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول، ولا يشترط تعدد القرائن لإثبات الضرر، بل يكفي

1 - محمد حجاري، المرجع السابق، ص 456؛ أما من الناحية الفقهية، فالمقرر في المذهب الحنفي أن الشهادة على التطبيق للضرر لا تصح بالتسامع، فمضى أجزيت استحسانا في بعض المسائل دفعا للحرص فلا تقبل في إثبات أو نفي وقائع الأضرار المبيحة للتطبيق الزوجة من زوجها.

أما عند المالكية فشهادة السماع تكتمل بما بينه شرعا في إثبات الضرر الموجب للفرقة، فمجرد السماع الفاشي بين الرجال والنساء في أن الزوج يضار زوجته تكفي، وصرحتها أن يقول: سمعنا سمعا فاشياً مستفيضا على ألسنة النساء والخدم والجيران؛ الخطاب، مواهب الجليل، ج 04، ص 33 - 35؛ القرافي، الفروق، ج 04، ص 104.

2 - فمن الصعب أن يُطلب من الشهود الاتحاد في شهادتهم لفظا ومعنى، وقد يكون ذلك من قبيل المستحيل، اللهم إلا إذا لقنوا الشهادة تلقينا جيدا.

3 - طعن رقم 33 لسنة 05، ق-أ - ش، جلسة 17/03/1981.

4 - طعن رقم 518 لسنة 66، ق-أ - ش، جلسة 17/02/2001؛ المستحدث من مبادئ محكمة النقض، ص 93.

5 - فإذا شهد أحد الشاهدين بتهجم الزوج على زوجته في حضوره حال وجوده في منزلها، إلا أنه لم يفصح عن كيفية حصول التهجم المشهود به، وما إذا كان قد تم بالقول أو بالفعل، بالشتيم أو الضرب، حتى يقف القاضي على حقيقة ما صدر من الطاعن تجاه المطعون ضدها ويقدر ما فيه من إساءة لها وتضرر أمثالها منه، فإن شهادته لا تتوفر بما نصاب الشهادة على المضارة التي شرع التفريق بين الزوجين بسببها.

في ذلك القرينة الواحدة التي يستمدّها القاضي من وقائع الدعوى وأوراقها وظروفها ويرجح ما يطمئن إليه فيها، ويستخلص ما يراه متفقاً مع واقع الدعوى ويرد ما عداه، ولا شأن لمحكمة العليا في ذلك، ومن ذلك محاضر الضبط التي تحرر بمعرفة الشرطة، وغيرها من محاضر جمع الاستدلالات، فالقاضي ليس ملزماً بالاستناد إلى ما يرد فيها، وقد يقبل بما ويعول على ما تضمنته أو يردّها جميعاً⁽¹⁾.

كما أن القضاء اعتبر بعض الظروف من جملة القرائن التي تدل على وقوع الضرر، وتجزئ من ثم للزوجة طلب التفريق، ومن ذلك مضي مدة أكثر من خمس سنوات على عقد الزواج ولم يحصل دخول، بل نشأ الخلاف بين الزوجين واستحكم عقب العقد مباشرة، وامتد الخلاف بينهما إلى ساحات المحاكم، من دعاوى طاعة ونفقة وغيرها، وقدرت هذا الحال ورأت أن الزوجة لن يكتب لها التوفيق على ما شرع الله للزواج من تواد ومودة، وأصبحت بذلك الحياة الزوجية مستحيلة بين الطرفين⁽²⁾.

ثانياً- ثبوت الضرر عن طريق وقائع معينة: إن مصدر الضرر الموجب للتفريق بين الزوجين، وقائع وأفعال مادية محضة، سواء كانت فعلاً أو امتناع عن فعل، وعلى مدعية الضرر إثبات تلك الوقائع بوسائل الإثبات الشرعية والقانونية المقررة؛ ومن هذه الوقائع محل الإثبات واقعة الهجر في المضجع، أو غياب الزوج أو حبسه، وغير ذلك من المستجدات والتي ترهق الزوجة أثناء الإثبات، فيزداد العبء ثقلاً عليها.

1- إثبات الهجر في المضجع: نصت المادة 53/3 من ق-أ، بأنه يجوز للزوجة طلب التطلق للهجر في المضجع بقولها: "الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر"، كما قضت محكمة النقض المصرية بأن: "بمجرد ثبوت واقعة هجر الزوج لزوجته تكفي وحدها للحكم بالتفريق"⁽³⁾؛ وأهم ما يميز واقعة الهجر أنها صعبة الإثبات باعتبارها من أسرار الزوجية.

1 - وقد صرح فقهاء المالكية بإثبات الضرر بالقرائن، ومن ذلك قول النفراوي: "للمرأة التطلق بالضرر الثابت ولو بقرائن الأحوال"؛ النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن زيد القيرواني، ج 02، ص 69.

2 - طعن رقم لسنة 48، ق - أ - ش، جلسة 22 / 03 / 1983؛ كما اعتبر أيضاً أن الخطابات التي استشهد بها الزوج على تبادل المحبة بينه وبين زوجته، والتي لم يكن من اللائق عرضها أثناء الخصومة مهما كان الحال بين الطرفين، إذ فيها مالا يصح ذكره في التقاضي من أسرار سيطلع عليها غير واحد لا محالة، واستنتجت المحكمة في الأخير على ثبوت تحقق الضرر الذي تدعيه الزوجة وحكمت لها بما ادعته.... فالواضح من خلال هذا الحكم أن القاضي قد اعتبر مجرد تقديم الخطابات من الزوج؛ وما في ذلك من إفشاء للأسرار الخاصة بين الزوجين يعد في ذاته إضرار بالزوجة وإساءة لها، وفي ذلك دليل على عدم مبالاته بالعلاقة الزوجية، وأن غرضه هو التشهير بالزوجة وإهانتها.

3 - طعن رقم 51 لسنة 48، ق - أ - ش، جلسة 05 / 03 / 1980.

وقد تتمكن الزوجة من حصول على شهود يشهدون لها بالقطع على واقعة الهجر، فتكتمل بذلك البيئة الشرعية المقررة لها⁽¹⁾، إلا أن ذلك يعد في القليل النادر. وتخفيفا على الزوجة في هذه الحالة كان لا بد من قبول شهادة السماع في إثبات واقعة الهجر والضرر بوجه عام، سيما إذا اشتهر بين الناس هجر الزوج لزوجته، أو إذا ما اقترن هجر الزوج في المضجع بالإهمال وتركه لمسكن الزوجية، لأن إثبات هذه الأخيرة أسهل من الأولى لرؤية الناس لها، أو بحكم جزائي يدينه بتهمة الإهمال العائلي؛ وهذا ما قضت المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 1984 / 11 / 19 بقولها: "إذا كان الثابت أن المطعون ضده أدين جزائيا من محكمة الجناح بتهمة الإهمال العائلي وحكم عليه غيايبا بسنة حسبا منفاة، فإن قضاة الاستئناف برفضهم طلب الطاعنة المتعلق بالتطبيق خرقوا أحكام هذا المبدأ الشرعي. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المشار المثار من الطاعنة في هذا الشأن"⁽²⁾.

وتبعاً لذلك، فالزوجة التي اقترن هجر زوجها لها في المضجع بتركه لمسكن الزوجية، أحسن من تلك التي هجرها زوجها فقط، خصوصا إذا استصدرت حكما جزائيا يدين الزوج على إهماله، وأيا كانت جريمة الإهمال العائلي باعتبارها سببا من أسباب التطلاق - متى توافرت أركانها - فإن إثباتها ليس سهلا، كما تتطلب إستنفاد الزوجة لإجراءات قانونية تبدأ من وقوع فعل الترك أو الإهمال حتى صدور حكم الإدانة ضد الزوج، واستصدار الحكم الجزائي ضده، ثم رفع دعوى التطلاق للهجر.

لذلك فعلى القاضي أن يراعي خصوصية هذه الواقعة وصعوبة إثباتها، ولا مناص من اعتماد القرائن القضائية من ظروف الزوجة وصولا للحقيقة ما أمكن؛ كما يمكن الرجوع إلى تقرير الحكامين فقد يرد فيه ما يثبت واقعة الهجر⁽³⁾.

2- إثبات الغياب: إن الغياب يمكن أن يكون إراديا أو غير إرادى، فالبنسبة للغياب الإرادى فهو الذي يكون لإرادة الزوج دخل فيه بخلاف الغياب الثانى، الذي يكون الزوج مكرها عليه، وإن ارتكب ما يوجب الغياب بنوعيه بخلاف الهجر - ظاهرة مرئية - يمكن إثباته عن طريق الشهود أو الرسائل التي بعث بها الزوج من مكان معلوم، والتي يمكن اعتبارها قرينة يستنتج منها حقيقة الغياب.

1 - وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 64 لسنة 57، ق - أ - ش، جلسة 28 / 03 / 1989؛ نقلا عن: محمد عزمى البكري، المرجع السابق، ص 361.

2 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 1984 / 11 / 19، ملف رقم 34791، م - ق، عدد 03، 1989، ص 76 .

3 - محمد حجاري، المرجع السابق، ص 467.

وقد اشترط المشرع الجزائري في دعوى التفريق لغيبة الزوج، أن تكون غيبته لأكثر من سنة بدون عذر، كما تثبت أنه لم يترك لها النفقة ولا أرسل بها إليها طوال هذه المدة، فجمع بذلك دعويين - التطليق لعدم الإنفاق والغياب - في دعوى واحدة، فيتعذر بذلك الإجابة عن طلبها إذا غاب الزوج عنها بعذر، ولم يترك لها نفقة، أو كان غيابه بلا عذر وترك لها نفقة تكفيها مدة غيابه، فالضرر هنا حاصل لعدم الإنفاق في الأولى، وللغياب في الثانية، ولا شك أن لجوء الزوجة إلى دعوى التطليق لعدم الإنفاق في الأولى يصبطدم بعقبة طول إجراءات التقاضي في اقتضاء حقها.

أما إثبات الغياب غير الإرادي بأن كان الزوج موجودا في السجن، فيشترط المشرع الجزائري للحكم بالتطليق للزوجة تقديم حكم قضائي نهائي على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة والتي تستحيل معها مواصلة العشرة بين الزوجين، فتم بذلك حذف حكم التطليق لحبس الزوج، والإبقاء على التطليق للحكم على الزوج عن الجريمة فقط⁽¹⁾. ويكفي بذلك أن تقدم الزوجة الحكم القضائي بإدانة الزوج، حتى وإن كانت العقوبة المحكوم بها عليه أقل من سنة، أو لم تكن مقيمة لحرته أصلا، كالعقوبات المالية، بل ولو صدر الحكم بوقف التنفيذ؛ كما أن المشرع الجزائري لم يحدد طبيعة الجريمة التي تمس بشرف الأسرة ونوعها ولعل المقصود هو جرائم الشرف كالاغتصاب والزنا ونحو ذلك، وهذا افتراض من عدة افتراضات تطرح في تفسير النص لغموضه، وهو ما يؤدي إلى فتح باب التقدير واسعا للقاضي في أن يقدر الوقائع وطبيعة الجريمة، وما إذا كان تستحيل معها استمرار العشرة أم لا، وتعريض للعلاقات الزوجية للتفكك، هذا إذا علمنا أن الضرر الذي يلحق الزوجة لحبس زوجها معياره موضوعي وعمام لجميع الزوجات، من غير اعتبار لظروف الزوجة أو ثقافتها أو وسطها الاجتماعي⁽²⁾.

ج- إثبات الضرر في تعدد الزوجات: إن المشرع الجزائري قد أعطى لكل من الزوجة السابقة واللاحقة طلب التطليق، فالأولى لعدم علمها بزواجه اللاحق أو عدم موافقتها على ذلك، الثانية بإخفائه عنها زواجه

1 - حيث نصت المادة 53 / 4 من ق - أ رقم 84 - 11، على: "الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية"؛ وكان مجلس قضاء مسيلة قد قضى في قرار له بتاريخ 17 / 05 / 1983 بقوله: "أن الزوجة أقامت دعوى شخصية بتاريخ 25 / 06 / 1980 ضد المدعى عليه تطلب الطلاق مصرحة بأنها تزوجت بالمدعى عليه في 31 / 08 / 1982 وتسجل زواجها، والذي لم يدم طويلا ارتكب زوجها جناية قتل، ومنذ ذلك الوقت وهو معتقل وحكم عليه بعشر سنوات سجن، وبناء على ذلك قضى المجلس أن طلب المدعية المستأنف عليها مبرر شرعا لوجود الضرر، وأن الشريعة الإسلامية تجيز للزوجة المتغيب عنها زوجها بسبب سجنه أن تطلب من القاضي التطليق عليه للضرر حسب مذهب مالك"؛ مجلس قضاء مسيلة، قرار بتاريخ 17 / 05 / 1983، ملف رقم 83 / 1983، ن - ق، عدد 01، 1986؛ نقلا عن: محمد حجري، المرجع السابق، ص 468.

2 - فالقانون صب كل اهتمامه على الجريمة، وكأنها هي سبب التطليق في حد ذاتها، في حين أن السبب الحقيقي هو الضرر الذي أصاب الزوجة نتيجة حبس زوجها، وغيابه عنها، وكان من نتيجة مسلك القانون ذلك أنه لم يشترط شيئا في مدة حبس الزوج، أو مضي مدة حبسه حسا فعليا.

بأخرى، وكلف الزوج بإثبات علم زوجته السابقة ورضاها، وعلم اللاحقة أنه متزوج بسواها، ويكفي الزوجتين ادعاء بعدم العلم أو الرضا، وهو ما عبرت عليه المادة 08 مكرر بالتدليس، ويستجاب لطلبها بالتطليق، وقد ينقذ الزوج حصوله على ترخيص من القاضي؛ وأنى له ذلك. يثبت فيه موافقتهما على العيش المشترك، وهذا لا شك ظلم فادح للزوج، والذي يجمع عليه الأمل النفسي من جراء هذا الطلاق - وربما يكون كارها له - والألم المادي بمطالبته النفقة والمتعة وغيرها من أعباء الطلاق المالية.

إن التطليق إنما يكون عن الضرر لا عن مجرد عدم العلم السابقة أو اللاحقة، أو عدم الرضا بذلك، والدعوى إنما تقام على أن ضررا منهيها عنه شرعا أصاب الزوجة بسلوك زوجها مسلكا مخالفا للشرع، ومن ثم لا يعتبر الزوج متجنبا على زوجته بزواجه بأخرى بل استعمل حقا حولته الشريعة إياه، ومتى طلبت الزوجة التطليق لذلك لا يجوز للقاضي أن يجيبها إليه. على أن يكون هذا الضرر حقيقيا لا متوهما، ثابتا لا مفترضا، مستقلا بعناصره عن واقعة الزواج اللاحق في ذاتها وليس مترتبا عليها، ويظهر ذلك في الغالب بمظاهر عدم العدل بين الزوجات، وقد يصعب إثبات ذلك سيما إذا كان الزوج محتاطا في تصرفاته، وقد يتيسر للزوجة إحضار شهود لهم صلة بها كالأقارب أو الجيران تنتفي عنهم التهمة، أو بقرائن يستنتجها القاضي من الوقائع المعروضة عليه، والتي تدل على تفضيل الزوجة الأخرى في المعاملة المادية وتضرر الزوجة من ذلك، أو ما تلقاه من سوء المعاملة، وغير ذلك من صور الأضرار⁽¹⁾.

أما في التشريع المصري فقد نصت المادة 11 / 2 مكرر من القانون رقم 25 لسنة 1929م أن الضرر في تعدد الزوجات ليس مفترضا، إنما هو ضرر واجب الإثبات، وعبء إثباته يقع على عاتق الزوجة بكافة طرق الإثبات الشرعية⁽²⁾، وعليها أن تثبت مع الضرر الوصف الذي قصده المشرع، وهو أنه يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما⁽³⁾.

ويتطلب بداية قبل أن تثبت الزوجة أن ضررا لحقها نتيجة زواج زوجها بأخرى أن تثبت صحة هذا الزواج شرعا - لأن العقد الفاسد لا يبيح طلب التطليق - قانونا، وذلك:

1 - محمد حجاري، المرجع السابق، ص 471.

2 - ومن ذلك ما استخلصه القاضي من أقوال شاهدي المطعون ضدها أن في زواج الطاعن بأخرى وإسكانها مع المطعون ضدها في مسكن الزوجية الخاص بها، إمعان في الكيد لها والإضرار ماديا ومعنويا بما سائغ؛ طعن رقم 129، لسنة 59، ق - أ - ش، جلسة 05 / 03 / 1991، نقلا عن: محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 408.

3 - أحمد نصر الجندي، التعليق على نصوص قانون إجراءات التقاضي، المرجع السابق، ص 385.

1- يثبت الزواج بالوثيقة الرسمية المستوفاة لشروط صحتها طبقاً للبلد الذي تم فيه الزواج، لأن الشروط تتبع قانون العقد.

2- يثبت الزواج بالوثيقة العرفية عند إقرار الزوج به، ولا يثبت بها عند الإنكار، لأن دعوى الزوجية في هذه الحالة لا تسمع أصلاً⁽¹⁾.

3- أن تطلب التظليق قبل مضي سنة من تاريخ علمها بالزواج الآخر.

ويسقط حق الزوجة في طلب التظليق بعد مرور سنة من علمها بالزواج الجديد، ولو أضر بها بعد ذلك ضرراً لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما، كما يسقط حقها في طلب التظليق إذا رضيت بزواجه الجديد صراحة أو ضمناً، ولو أضر زوجها بها بعد ذلك⁽²⁾؛ ويقع على الزوج عبء الإثبات ذلك الرضا والعلم بكافة طرق الإثبات الشرعية.

كما أعطى المشرع المصري للزوجة الحق في طلب التظليق لإخفاء زوجها عنها أنه متزوج بسواها، يقع عليها في هذه الحالة عبء إثبات إخفاء زوجها عنها زواجه السابق⁽³⁾.

ومن وسائل الإثبات المقررة في هذا الشأن التعهدات الكتابية من الزوجين، والموافقة على المعيشة المشتركة مع الزوجة الثانية، والمرسلات المتبادلة بين الزوجين تقطع في عباراتها برغبته في الاقتران بأخرى، وبيانات بخط الزوجة بعدم امتناعها من ذلك، أو يقطع فيها الزوج للزوجة الجديدة بعدم وجود أي رابطة زوجية له، إلى غير ذلك من صور الإثبات العرفية، وقد يستكمل ما قدم من خطابات بشهادة الشهود.

أما ما جاء في نص المادة السالفة الذكر من الضرر المعنوي الذي تدعيه الزوجة فإثباته متعذر أو يستحيل، إذا لا يشهده شاهد، ولا تقوم عليه حجة صادقة ومنضبطة، ويستبعد ما تدعيه الزوجة من ألم نفسي، ومجرد عدم إطاقتها الزواج عليها، أو أنها لا تستطيع أن تكون لها ضرة، أو تعييرها من زواج زوجها

1 - محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة، المرجع السابق، ص 99 - 100.

2 - ولا ريب أن سقوط حق الزوجة في طلب التظليق، ورفع الدعوى خلال سنة إذا لحقها ضرر من تاريخ علمها بالزواج الجديد أو برضاها صراحة أو ضمناً بالجمع بينهما وبين أخرى، ولو أضر الزوج بها بعد ذلك فيه ظلم للزوجة تأباه مبادئ الشريعة الإسلامية، فقد يتحصل الزوج على رضى الزوجة بأي وسيلة، أو في لحظة انسجام، ثم يذيقها بعد ذلك ألواناً من الظلم والعذاب قد تستمر طوال حياتها؛ عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 231.

3 - لا يلزم الزوج بأن يخبر زوجته بكل حلال يمارسه وهو؛ إذا أخفى عنها زواجه بأخرى - فإنه لا يخفي عنها سلوكاً شائناً أو علاقة غير شرعية، وإنما يخفي عنها حلالاً يمارسه مع زوجة أخرى فلا معنى للغش والخداع في هذا الباطن، وأغلب من يخفي عن زوجته زواجه بإمرأة أخرى يقصد أن تستمر علاقته بزوجاته في مودة ورحمة.

وقد يقال إن الزوجة الجديدة لو كانت تعلم حين العقد عليها بأمر الزواج السابق القائم لكان الأرجح ألا تقبل هذا الزواج، فيرد على ذلك هذا القول بأنه افتراض الضرر في تعدد الزوجات، وهو غير جائز شرعاً؛ عبد الناصر توفيق العطار، المرجع نفسه، ص 234.

بأخرى، سيما إذا المستوى الاجتماعي والثقافي للزوجة الأولى أحسن من الزوجة الثانية، أو إحساسها بالوحشة نتيجة ذلك، إلى غير ذلك من الصور، فهي مجرد انفعالات وانطباعات نفسية لا تخضع للإثبات ولا يبنى عليها حكم⁽¹⁾.

لذلك فعدم النص على الضرر بنوعيه المادي والمعنوي، والاكتفاء بلفظ الضرر، مما يكفي وحده لمواجهة الضرر الواقع على الزوجة، وترك الأمر في النهاية إلى القاضي للفصل فيه وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

د- الإثبات في دعوى التطلق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة: حول المشرع الجزائري للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا ارتكب فاحشة مبينة من خلال المادة 07 / 53 من ق- أ؛ والفاحشة المقصودة في النص هي الزنا، واشترط فيها الظهور للعيان، وهذا يعني الأخذ بشهادة الشهود المقررة شرعا، كما يمكن للزوجة إثباتها بأوراق رسمية كمحاضر الشرطة والدرك التي تثبت التهمة بإقرار الزوج أو تلبسه بها، ويغنيها عن ذلك كله إذا كان بيد الزوجة حكم قضائي يدين الزوج على ما اقترفه⁽²⁾.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد تناول مسألة إثبات الضرر من خلال أحكام المادة 1 / 100 من م- أ- م، بقولها: "تثبت وقائع الضرر بكل وسائل الإثبات بما فيها شهادة الشهود الذين تستمع إليهم المحكمة في غرفة المشورة...".

ومن هنا يتضح لنا أن المشرع المغربي فتح الباب على مصراعيه بخصوص إثبات الضرر المبرر للتطلق، حيث للزوجة - حسب ما تسمح به ظروف القضية - أن تستعين بالقواعد الموضوعية للإثبات، الواردة في قانون الالتزامات والعقود، ومن ذلك الإقرار والكتابة وشهادة الشهود والقرائن واليمين بنوعيهما، الحاسمة والمتنمة، أو تطلب تطبيق قواعد إجرائية كالتحقيق والخبرة، وذلك ما يستفاد من خلال المادة 55 من قانون المسطرة المدنية للقاضي أن يلجأ تلقائيا لإجراءات التحقيق.

وتكتفي الزوجة عادة بإثبات الواقعة أو الوقائع التي تتمسك بها، والتي تمثل بالنسبة لها ضررا، وعلى القاضي أن يكييفها التكييف القانوني الصحيح، وبالتالي التصريح في منطوق حكمها بأنها تكون ضررا بمفهوم المادة 100 أعلاه أو لا تكونه.

1 - محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة، المرجع السابق، ص 99.

2 - وقد قررت المحكمة العليا بأن الزنا لا يثبت إلا بإقرار مرتكبه أو بحكم جزائي أصبح نهائيا، أو بشهادة أربعة شهود يشاهدون في أن واحد مباشرة الزنا؛ قرار رقم 20841، بتاريخ 24 / 12 / 1979، ن - ق، 1981، ص 80.

ومن الطبيعي أنه لا يكفي أن تثبت الزوجة أن زوجها يسيء معاملتها، وإنما يجب أن يكون الضرر الذي مسها مما يجعلها غير قادرة على الاستمرار معه في الحياة الزوجية، ومن هنا فإن هذه المسألة موضوعية تندرج في إطار السلطة التقديرية للقاضي وغير خاضعة لرقابة المجلس الأعلى إلا من حيث التعليل⁽¹⁾.

كما بين المشرع المغربي إلى أنه متى تعلق الأمر بشهادة شهود، فإن القاضي يستمع إليهم في غرفة المشورة، أي بعيدا عن العلنية، حفاظا على أسرار الزوجين المتنازعين.

الفرع الثاني

سلطة القاضي في تقدير التعويض

إن جميع أسباب التطليق التي تعرض لها المشرع الجزائري أو المشرع المغربي أو المشرع المصري، والتي يمكن للزوجة إذا ما توافرت أن تطلب من القاضي تطليقها من زوجها؛ وبالتدقيق في هذه الأسباب، فكلها تعد نوعا من الضرر الذي يصيب الزوجة أثناء الحياة الزوجية والتي يستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية، وعلى القاضي أثناء نظر دعوى التطليق أن يتأكد أولا من وجود هذا الضرر، ولكن كيف يمكن للقاضي ذلك وما معيار الضرر؟ هل هو شخصي أو معنوي، وهل الحكم بالتعويض جائز في جميع دعاوى التطليق؟ وهل يشترك في ذلك المشرع الجزائري مع التشريعات الأخرى.

أولاً- التعويض عن الضرر في حالة التطليق في التشريع الجزائري والمقارن: إن المشرع الجزائري لم يتطرق لمسألة التعويض عن الضرر في حالة التطليق في القانون 84 - 11 إلا بعد تعديل القانون بموجب الأمر 05 - 02 في المادة 53 مكرر من ق - أ، بقولها: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

من هنا فإن المشرع الجزائري لم ينص على إمكانية التعويض في حالة الحكم بالتطليق، بل حدد حالات التطليق فقط في القانون رقم 84 - 11، وسكت عن مسألة التعويض؛ ولأجل ذلك تعارضت الأحكام القضائية بين ما يجيز التعويض ومن لا يجيزه في حالة الحكم بالتطليق.

فقد كان اجتهاد المحكمة العليا في السابق، أنه لا يجوز للزوجة طالبة التطليق الحصول على التعويض، وهو ما قرره في قرارها الصادر بتاريخ 1986 / 12 / 29 بقولها: "من القواعد المقررة شرعا أن

1 - محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة المغربية، ج 02، المرجع السابق، ص 176 - 177.

المتعة لمن طلقها زوجها وليست لمن طلقت نفسها بحكم، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للنصوص الشرعية في فرض المتعة، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الزوجة أقامت دعوى الطلاق، وإستجابت المحكمة لطلبها ووافق المجلس عليه، الذي يعد وحده عقاباً للزوج بسبب إهماله، فإن القضاء بالمتعة للمطلقة يعد مخالفاً للنصوص الشرعية، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار جزئياً فيما يخص المتعة"⁽¹⁾.

وفي قرار آخر للمحكمة العليا صادر بتاريخ 11 / 11 / 1988 قضت بأنه: "من المقرر شرعاً أن المتعة شرعت للمرأة التي يختار زوجها فراقها وليس للمرأة التي تختار فراق زوجها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقواعد الشرعية، لما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس بتأييدهم الحكم المستأنف فيه القاضي بتطبيق المطعون ضدها من الطاعن، والحكم بالمتعة يكونوا بقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية"⁽²⁾.

من هنا يتضح لنا أن قضاة المحكمة العليا كانوا يعتبرون أن التعويض أثرٌ من آثار الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، وأن الزوجة لو تضررت من إستمرار الحياة الزوجية فإنه يجوز لها أن تطلب الطلاق، وهذا الطلاق يعتبر تعويضاً لها في حد ذاته، وهو ما أقرته المحكمة العليا في قرار لها الصادر بتاريخ 01 / 10 / 1991 بقولها: "إن الطلاق بطلب من الزوجة يعتبر تطلقاً، يحكم لها به عند الإقتضاء دون تحميل الزوج أية مسؤولية داعية للتعويض"⁽³⁾.

إلا أن المحكمة العليا تراجعت عن هذا المبدأ، وأعتبرت أنه يجوز للزوجة طالبة الطلاق أن تطالب بالتعويض، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها لها بتاريخ 23 / 04 / 1996 على أنه: "من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة طلب الطلاق مع التعويض إستناداً على وجود ضرر معتبر شرعاً، ولما ثبت في قضية الحال أن القضية تتعلق بزواج تام الأركان، إلا أن الزوج تأخر عن الدخول بزوجه لمدة 05 سنوات، فإنه بذلك يعتبر تعسفاً في حقها ويبرر التعويض الممنوح لها، مما يتعين رفض الطعن"⁽⁴⁾.

وهو ما أكدته في قرار آخر لها بتاريخ 11 / 07 / 1998 حين قضت بأنه: "من المقرر قانوناً أنه يجوز تطلق الزوجة عند تضررها، ومن المقرر أيضاً أنه إذا تعسف الزوج في الطلاق يحكم للمطلقة بالتعويض

1 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 29 / 12 / 1986، ملف رقم 43860، م - ق، عدد 02، 1993، ص 41.

2 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 21 / 11 / 1988، ملف رقم 51614، م - ق، عدد 04، 1990، ص 67.

3 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 01 / 10 / 1991، ملف رقم 73992، ن - ق، عدد 47، 1995، ص 153.

4 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 23 / 12 / 1996، ملف رقم 335435، م - ق، عدد 01، 1998، ص 130.

عن الضرر اللاحق بها، ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة طلبت التطلاق لتضررها من ضرب الزوج وطردها وإهمالها مع أولادها وعدم الانفاق عليهم، الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التطلاق والتعويض معا لثبوت تضررها، فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بتطلاق الزوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن⁽¹⁾.

وهو نفس الشيء بالنسبة لها في قرارها بتاريخ 15 / 06 / 1999 بقولها: "من المستقر عليه أنه يجوز تطلاق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين بإعتباره ضررا شرعيا، ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة تضررت من طول مدة الخصام مع الزوج، وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة، مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بتطلاق الزوجة لطول الخصام وبتظلم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن"⁽²⁾.

وفي غياب نص تشريعي يميز الحكم بالتعويض في حالة التطلاق إستقر هذا المبدأ في القضاء الجزائري حتى صدور الأمر 05 - 02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة 84 / 11 والذي نص صراحة في المادة 53 مكرر من ق- أ على: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطلاق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"؛ وهو ما أخذ به المشرع المغربي من خلال أحكام المادة 101 من م- أ- م، بخلاف المشرع المصري الذي لم يتطرق إلى إعتبار التطلاق موجبا للتعويض، وهو نفس الشيء بالنسبة لتطبيقات القضائية.

ثانيا- الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في الحكم بالتعويض: لقد تناول المشرع الجزائري أسباب التطلاق من خلال أحكام المادة 53 من ق- أ؛ فإذا تحققت إحدى الأسباب يجوز للزوجة المطالبة بالتطلاق، إلا أن المشرع الجزائري لم يحدد لنا كيفية إثبات ذلك، إلا أنه وبالرجوع إلى ما سبق ذكره فإنها كلها تعتبر أسبابا تضرر فيها الزوجة من إستمرار الحياة الزوجية.

ومن هنا فإن المشرع الجزائري نص على التعويض في حالة التطلاق من خلال المادة 53 مكرر من ق- أ، بقولها: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطلاق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

1 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 11 / 07 / 1998، ملف رقم 222665، إ- ق، عدد خاص، 2002، ص 116.

2 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 15 / 06 / 1999، ملف رقم 226655، إ- ق، عدد خاص، 2002، ص 999.

والتعويض الذي تطالب به الزوجة في هذه الحالة، هل هو تعويض عن فك الرابطة الزوجية وألم فراق زوجها، أم هو تعويض عما أصابها من ضرر دفع بها إلى طلب فك الرابطة الزوجية بواسطة القاضي، لأن التطلاق الذي يوقعه القاضي هو طلاق منشئ ينشأ بطلب من الزوجة في حالة الضرر وأثبتت ذلك. إنما يوقعه نيابة عن الزوج الذي يمسك زوجته بغير معروف، ولا يعاشرها بإحسان⁽¹⁾.

فالمشعر الجزائري لم يبين لنا أي معيار أو ضابط للتمييز بين كون هذا السبب الصادر عن الزوج تجاه زوجته يشكل ضررا للزوجة أم لا، وهذا يعني أن تقييم السبب ومعرفة كونه ضارا أو غير ضار ينبغي أن يقيم من وجهة نظر إجتماعية وثقافية، لأن ما يعتبر ضارا وجارحا لزوجة ما، قد لا يكون كذلك لغيرها، لهذا فإن معيار الضرر هو معيار شخصي، وأن مهمة القاضي في التفريق بين الفعل الضار وغير الضار مهمة صعبة⁽²⁾.

ومن هنا فإن تفريق القاضي بينهما، والحكم بالتعويض لصالح الزوجة المطلقة يكون لإزالة الضرر والأذى الذي أصيبت به، فالتعويض هنا يكون عما لحق الزوجة من ضرر من طرف زوجها، وليس عن ألم فراق الزوج عند الحكم بالتطلاق لأنها هي من طلبت ذلك.

وبالرجوع إلى أسباب التطلاق في المادة 53 من ق-أ، نجد أن الأضرار الناجمة عنها قد تكون مادية أو معنوية، فالتطلاق لعدم الإنفاق يلحق أذى بالزوجة، كونها مسؤولة من زوجها الذي يفترض فيه النفقة طبقا لأحكام المادة 78 من ق-أ.

أما فيما يخص الفقرات من 02 إلى 09 من المادة 53 من ق-أ، فكلها أضرار معنوية لأنها تمس الزوجة في عاطفتها وكرامتها وشرفها، وبذلك يكون المشعر الجزائري قد وسع من دائرة الضرر المعنوي المعتبر أساسا لطلب الزوجة للتطلاق.

فمعيار الضرر الذي يترتب عليه إستحالة العشرة بين الزوجين، هو المعيار الشخصي، فهو يختلف باختلاف بيئة الزوجين وثقافتهما ووسطهما الإجتماعي، ففعل معين قد يكون أمرا ماديا عاديا في وسط معين، وقد يكون ضررا جسيما في وسط آخر، وتقدير ما إذا كان الضرر من شأنه إستحالة دوام العشرة بين

1 - مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 238.

2 - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 171.

أفعال الزوجية من الأمور الموضوعية، دون رقابة عليه من محكمة العليا، متى أقام قضاءه على أسباب سائغة⁽¹⁾.

وقد حددت محكمة النقض المصرية المقصود من عبارة أن تكون العشرة بين الزوجين مستحيلة بسبب الضرر، من أنه لا بد أن يصل الضرر إلى الحد الميؤوس منه، لأن الحياة الزوجية لا تكاد تخلو من زلة يسيء فيها أحد الزوجين إلى الآخر وأن يكون متعمدا من جانب الزوج⁽²⁾.

وهذا الضرر يختلف من حالة إلى أخرى من أسباب التطليق، ومتى ثبت فإنه يجوز للزوجة طلب التفريق ويكون معياره عاما وواحدا لجميع الزوجات، لا يتغير بتغير البيئة أو الثقافة أو الوسط الاجتماعي وليس له معيار شخصي، فإما أن يثبت الضرر أو لا يثبت، فإنه يعتد به من غير الإلتفات إلى مدى ثقافة الزوجة أو وسطها الاجتماعي، أما بالنسبة للشقاق بين الزوجين فالمعيار فيه شخصي يتوقف على مكانة الزوجة بين أمثالها.

فقد قضت محكمة إستئناف القاهرة في قرار لها بتاريخ 06 / 02 / 1986 حين قضت بأنه: "حيث أن إعتداء الزوج على الزوجة بالسب لا يعد بالنسبة لوسطها الاجتماعي ضررا يوجب التطليق"⁽³⁾.

ومن هنا فإن تقدير الأفعال الصادر من طرف الزوج إن كانت من قبيل الأضرار أو لا، تبقى من إختصاص قاضي شؤون الأسرة .

ثالثا- تقدير قاضي شؤون الأسرة للتعويض عن الضرر في حالة التطليق: إن المشرع الجزائري نص على جواز الحكم بالتعويض عن الضرر الناجم عن التطليق، غير أنه لم يبين للقاضي الأسس التي يستند إليها في تقدير التعويض كما لم يبين له حدًا أدنى أو أعلى للتعويض تاركا ذلك لاجتهاد القاضي الذي يقوم بذلك عن طريق أعمال نشاطه الذهني.

من هنا فإنه يجب علينا أن نبين أنه هل يجوز للقاضي إدماج عناصر الضرر عند تقدير التعويض؛ وما هو مقدار وطريقة واستحقاق التعويض.

1 - مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 240.

2 - محكمة النقض المصرية، جلسة 07 / 05 / 1991؛ نقلا عن: عبد الحميد الشواربي، مجموعة الأحوال الشخصية، ص 75.

3 - محكمة إستئناف القاهرة، جلسة 06 / 02 / 1986، قضية رقم 454، لسنة 202؛ نقلا عن: حسن الفكاهي وعبد المنعم حسني، المرجع السابق، ج 08، ص 427.

1- مدى سلطة القاضي في دمج عناصر الضرر عند تقدير التعويض في حالة التطبيق: إن المشرع الجزائري أجاز للزوجة الحق في طلب التطبيق وإمكانية التعويض إذا ألحق بها الزوج أي نوع من أنواع الإيذاء سواء بالقول أو الفعل الذي لا يمكن معه استمرار الحياة الزوجية.

وباعتبار أن الضرر مسألة موضوعية فإنه يجوز إثباته بكل الوسائل القانونية أو الشرعية، وأخضع تقدير مدى صحتها وحجيتها لقاضي شؤون الأسرة، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 18 / 05 / 1999 بقولها: "من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطبيق لكل ضرر معتبر شرعاً، كما أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع.

ومتى تبين - من قضية الحال - أن الزوجة متضررة من عدم الإنفاق والضرب الذي تعرضت له من طرف الزوج فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطبيق الزوجة لثبوت تضررها فإن تقديرهم كان سليماً وطبقوا صحيح القانون"⁽¹⁾؛ فالقاضي يعتمد في تقديره مدى قيام الضرر استناداً إلى معيارين أساسيين هما؛ المعيار الشخصي والمعياري الموضوعي، ولا بد للقاضي من بيان عناصر الضرر التي بموجبها يحكم بالتعويض وتقديره، ولا يستلزم هنا تقدير القاضي لكل عنصر على حدى وإنما يستطيع دمج كل هذه العناصر وتقدير تعويض إجمالي عنها مرة واحدة، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 20 / 06 / 2000 حين قضت بأنه: "من المستقر عليه قضاء أنه يمكن تعويض الزوجة الطالبة للطلاق في حالة تضررها فعلاً.

ومن الثابت - في قضية الحال - أن الطاعنة متضررة فعلاً بسبب تعرضها للضرب المبرح من طرف زوجها والذي أدى إلى سقوط حملها، وأن القرار المطعون فيه بقضائه بعدم استحقاق الطاعنة للتعويض لأنها هي التي طلبت الطلاق دون أن ينظر إلى الضرر اللاحق بها جراء الضرب مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً فيما يخص التعويض"⁽²⁾.

ما يمكن ملاحظته من خلال هذا القرار أنه ركز على ضرورة بيان الضرر من خلال بيان أن الزوجة الطاعنة قد تضررت فعلاً، فالضرر هو محقق وحال، كما أنه مس بمصلحة مادية ومعنوية للطاعنة جراء الاعتداء الذي كان من طرف الزوج فأدى إلى سقوط حملها، فهذه العناصر في مجملها تجعل من طلب التعويض مجاباً من طرف القاضي وعلى أساسها يتم تقدير التعويض الذي يمكن أن يكون بناء على كل

1 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 18 / 05 / 1999، ملف رقم 222134، إ - ق، عدد خاص، 2001، ص 126.

2 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 20 / 06 / 2000، ملف رقم 245159، إ - ق، عدد خاص، 2001، ص 259.

عنصر على حدى أو القيام بنشاط ذهني يدخل ضمنه كافة عناصر الضرر، ثم يقضي بتعويض إجمالي عن مختلف الأضرار التي أصيبت بها الزوجة.

2- مقدار وطريقة دفع التعويض: إن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يمنحو للزوجة المتضررة من زوجها الحق في التعويض، وإنما أجازوا لها إمكانية التطبيق.

أما من الناحية العملية فإن الاجتهاد القضائي استقر على أن مسألة تقدير مبلغ التعويض المحكوم به يستقل به قاضي شؤون الأسرة، وذلك مادام أنه لا يوجد نص يلزم القاضي بمعايير معينة أو مبلغ محدد يستند إليه في تقدير ذلك، فيكفي أن يكون تقديره مبينا على أسس ثابتة بأوراق الدعوى المعروضة أمامه التي تبين حجم الأضرار المادية والمعنوية التي تكون قد لحقت الزوجة، وذلك أن التعويض يقدر بمقدار الضرر وجودا وعدما.

من هنا فإنه يتضح لنا أن الأساس الذي يعتمد عليه القاضي في تقدير التعويض، هو حجم الضرر الحاصل على المضرور، ويستند القاضي في تقديره على المعيار الشخصي الذاتي، لأن الضرر يختلف من شخص لآخر.

وفي الأخير يمكن القول أن قاضي شؤون الأسرة له سلطة تقديرية واسعة في تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن التطبيق؛ وذلك لانعدام نص قانوني يبين للقاضي المعايير والضوابط القانونية التي يعتمد عليها في التقدير، والقاضي هنا يركز على نشاطه الذهني في تقدير ذلك، استنادا إلى عناصر الضرر التي له سلطة تقديرية في دمجها عند التقدير، أما بالنسبة للأسس التي يستند إليها في تقدير مقدار التعويض، فهي حجم الضرر ومدى جسامته، ويراعي في ذلك ظروف الطرف المضرور من خلال منحه تعويضا عادلا يجبر الضرر الحاصل دون الاعتداد بظروف الزوج المسؤول عن الضرر، ويعتمد في تقدير ذلك على المعيار الموضوعي، وكذا المعيار الشخصي لأن الضرر يختلف باختلاف الظروف والأشخاص.

المبحث الثالث

تقدير القاضي للطلاق التعسفي وبدل الخلع

الأسرة في شريعة الإسلام نظام محكم وميثاق معظّم، لا ضرر فيها ولا ضرار، والحقوق الزوجية فيها مكفولة، لذا كان من قواعد فقهاء أن: "الأصل في الأبدان الحرم، ويُحتاط فيها ما لا يحتاط في الأموال"؛ وما ذاك إلا لتحقيق مقصدٍ مهمٍ من مقاصد الشريعة الغراء هو حفظ النوع الإنساني بحفظ النسب من الاختلاط، ودوام الوُدِّ والتراحم بين الأفراد؛ ولا يكون ذلك إلا عن طريق حفظ الأسرة من إساءة استعمال الحقوق الزوجية الجعلية من الشارع بلا ظلم ولا اعتداء وفقا لمقاصد وضعها وحكمة شرّعها دفعا لمظاهر الشقاق المفضي للفراق ومفاسد الطلاق.

وقد أثبتت وقائع قضايا شؤون الأسرة أن حل المشاكل أمام المحاكم سببها الرئيسي والغالب، التعسف في استعمال الحقوق الشرعية، وسط تجاهل الكثير من أن هذه الحقوق مقيدة بقيد عام هو عدم التعسف في استعمالها؛ مما يتطلب من المشرع التدخل بوضع قيود ضابطة لاستعمال هذه الحقوق حتى لا تخرج عن مقاصد وضعها؛ بمنح قاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة وقائية وعلاجية لوقف أي ممارسة للحقوق الأسرية بقصد مخالف لمقصود الشارع، أو بنية الإضرار أو مع انتفاء وجه المصلحة المطلوبة من استعمال الحق.

من هنا فقد يتعسف الزوج في فك الرابطة الزوجية، ويسبب ضررا للزوجة؛ وقد تتعسف الزوجة في مخالعة زوجها دون رضاه، ففي هاتين الحالتين يجوز للقاضي التدخل إعمالا لسلطته التقديرية، الحكم بالتعويض للزوجة في حالة تضررها من الطلاق التعسفي؛ وكذلك يجوز للقاضي تقدير بدل الخلع في حالة عدم الإتفاق بين الزوجين على ذلك؛ وهو ما سنتناوله من خلال المطالب الآتية.

المطلب الأول

تقدير القاضي للطلاق التعسفي

عند تصميم الزوج على إيقاع الطلاق لا يمكن التحكم في إرادته ولو تبين للقاضي أنه ظلم زوجته وأولاده باستعمال هذا الطلاق؛ وكذلك الحال بالنسبة للزوجة عند استعمالها لحقها في الخلع، حتى ولو كان التعسف واضحا وجليا، ولا يملك القاضي سلطة مراقبة طلب فك الرابطة الزوجية إلا في حالة التطليق.

وليس للقاضي في هذه الأحوال سوى جبر الضرر المترتب عن الطلاق التعسفي، وتبرز سلطة القاضي هنا في الحكم بالتعويض للطرف المتضرر. ويعتبر التعويض الأثر الثابت في حالة وقوع الضرر من جراء الطلاق، سواء كان هذا الطلاق بطلب من الزوجة، أو من الزوج على حد سواء؛ ومن هنا سنتطرق إلى مفهوم الطلاق التعسفي في (الفرع الأول)؛ ثم نبين موقف الفقه الإسلامي من التعويض عن الضرر في حالة الطلاق التعسفي في (الفرع الثاني)؛ ثم نبين بعد ذلك سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي في التشريع الجزائري والمقارن في (الفرع الثالث).

الفرع الأول

مفهوم الطلاق التعسفي

سنتناول في هذا الفرع تعريف التعسف لغة؛ ثم بعد ذلك اصطلاحاً (أولاً)؛ ثم نعرف الطلاق التعسفي (ثانياً)؛ ومعايير التعسف على الطلاق (ثالثاً)؛ وذلك من خلال النقاط الآتية:

أولاً - تعريف التعسف: 1- التعسف لغة: التعسّف مأخوذة من الفعل الثلاثي "عَسَفَ"، فالعَسْفُ: السير على غير هدى، وركوب الأمر من غير تدبير، وركوب مفازةٍ بغير قصدٍ.

وعسف فلانٌ فلاناً: إذا ركبه بالظلم ولم ينصفه، ورجل عَسُوفٌ: إذا كان ظلوماً، ولم يقصد الحق⁽¹⁾، وعسف في الأمر: إذا فعله من غير روية. والعسف في الأصل: أن يأخذ المسافر على غير طريق ولا جادة ولا علم؛ فنقل إلى الظلم والجور⁽²⁾.

يتبين من خلال تلك التعريفات أن التعسف عند اللغويين يعني أمرين إما التخبط وإما الظلم، وكلاهما يحمل معنى الإساءة والإضرار، وهذا لبُّ التعسف عند أهل الاصطلاح.

2- التعسف اصطلاحاً: يظهر أن مصطلح التعسف من المصطلحات الحديثة التي لم يذكرها الفقهاء قديماً في مصنفاتهم، ولم يتطرقوا لها، كمنظرة متحققة ذات أركان وأسس، وإن كانوا قد تعرضوا لمسائل منها، وبنوا على أساسها أحكاماً⁽³⁾. ومن الأمثلة الكثيرة المعروضة في كتب الفقه، والدالة على أنهم قد فهموا النظرية

1 - أبو منصور محمد بن أحمد الأزهرى، تهذيب اللغة، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 2001م، ج 02، ص 64؛ أبو بكر محمد بن الحسن المعروف: "ابن دريد"، جمهرة اللغة، تحقيق: رمزي بعلبكي، دار العلم للملايين، بيروت، ط 1987م، ج 02، ص 840.

2 - ابن منظور، لسان العرب، ج 09، ص 245 - 246.

3 - عبيد زكي شاکر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، ط 1428هـ، ص 17.

وطبقوا أحكامها ما جاء في باب المعاملات كما في منع الاحتكار، وفي المناكحات كما في تزويج الفتاة من الكفو غير إذن الولي إن عضلها، وفي السياسات كما في منع عمر التزويج من الكتابيات⁽¹⁾.

3- مفهوم نظرية التعسف في استعمال الحق: إذا كان مصطلح الحق معروفا ومقررا في الدرس الأصولي باعتباره: "اختصاصا محجوزا شرعاً أو قانوناً لشخص معين على شيء أو شخص يستأثر به وحده، تحقيقاً لمصلحة مشروعة يحيطها القانون بالرعاية والحماية"، فإن مصطلح التعسف مستورد من استعمالات المعاصرين من رجال القانون، وانتقل إلى حقل الاصطلاح الشرعي ليجد له مؤيدات شرعية لمنعه، وهذا لا يعني أن نظرية التعسف في استعماله دخيلة على الفقه الإسلامي، بل إن هذه النظرية استوت على أصولها في التشريع الإسلامي منذ القدم وفي فقهه أيضاً تفسيراً وتطبيقاً وفي شتى مذاهبه على السواء، ولها معاييرها ومؤيدات تأصيلاً وتفريعاً وضبطاً ونظراً وعملاً⁽²⁾؛ يقول الدكتور حسن كيرة: "والشريعة الإسلامية مكنت لفكرة التعسف في استعمال وأعطتها أوسع تصور ممكن وصلت إليه الشرائع والمذاهب الفقهية الحديثة"⁽³⁾. وقد ذكر الشاطبي في الموافقات في كتاب المقاصد، تأصيلاً مهماً لأقسام استعمال الحق بالنظر إلى ما يؤول إليه من أضرار، حيث جعل هذه الأقسام ثمانية، وذكر لها تطبيقات كثيرة، تشكل نظرية متكاملة في المضارة في الحقوق، كما أسماها الشيخ أبو زهرة وهي إعادة صياغة لما أورده الشاطبي⁽⁴⁾.

ومن ثم فقد حاول الشيخ محمد أبو زهرة تعريفه بأنه: "استعمال الحق بشكل يؤدي إلى الإضرار بالغير إما لتجاوز حق الاستعمال المباح عادة، أو لترتب ضرر بالغير أكبر من منفعة صاحب الحق"⁽⁵⁾؛ فهو - رحمة الله عليه - يدخل في التعريف تجاوز حق الاستعمال المباح وهذا خلافاً لمن جاء بعده، حيث يرى الدريني بأن معنى التعسف محصور في ممارسة الحق المشروع على وجه يلحق الضرر بالغير أو يناقض قصد الشارع في التصرف المأذون فيه ولا يشمل التجاوز في حدوده. وقد ضرب لنا الدريني مثلاً للتفريق بين التعسف والمجاوزة، ما لو أوصى أحدٌ بأكثر من الثلث، فإنه يُعدُّ مجاوزاً حدود حقه الذي منحه إياه الشرع،

1 - عيبر زكي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 17.

2 - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، دار البشير، عمان، ط 02، 1998م، ص 08.

3 - حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 755.

4 - أسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان ابن تيمية، دمشق: 12 - 16 - 1380هـ، المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية، الموضوع الأول: التعسف في استعمال الحق تعبير يستعمله الآن القانونيون في من يتجاوز الاستعمال الشرعي لحقه إلى الإضرار بالغير، ولعل تعبير الشرعي المأثور الذي يقابله هو المضارة في الحقوق.

5 - الشيخ محمد أبو زهرة، التعسف في استعمال الحق، المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب، القاهرة، 1963م، ص 91.

وهو التصرف في حدود الثلث، ففعله غير مشروع في الأصل، لأنه لا يستند إلى حق، والتعسف فرع وجود الحق فهو إذاً متعدي، لا متعسف⁽¹⁾.

ومن هذا المنطلق فقد عرّف د/ فتحي الدريني التعسف في استعمال الحق بقوله: "هو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه بحسب الأصل". ومعنى هذا: أن يُمارَس الشخصُ فعلاً مشروعاً في الأصل بمقتضى حق شرعي ثبت له بعوضٍ أو بغير عوضٍ أو بمقتضى إباحةٍ مأذونٍ فيها شرعاً، على وجه يُلحق بغيره الإضرار، أو يخالف حكمة المشروعية⁽²⁾.

ذلك أن الاتجاه السائد في الفقه المعاصر يفرق بوضوح بين الخروج عن الحق، وبين التعسف في استعمال الحق، ويجعل كلا منهما صورة من صور الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية، فالخروج عن الحق هو خروج عن حدود الحق وتجاوز لسلطته، فهو خطأ من نوع خاص فيه خروج عن روح الحق وغايته الاجتماعية، أما التعسف في استعمال الحق، فهو انحراف في مباشرة سلطة من السلطات الداخلة في حدود الحق، أي أن صاحب الحق يعمل داخل نطاق حقه، ولكن يتعسف في استعماله⁽³⁾.

وعلى هذا يقصد بالتعسف ممارسة شخص ما فعلاً مشروعاً في الأصل بمقتضى حكم شرعي أو إباحة على وجه يلحق الإضرار بالغير أو يخالف حكمة المشروعية، أما الاعتداء أو التجاوز فإنه يفترض عملاً غير مشروع أصلاً، وبعبارة أخرى فإن للحق حدوداً شخصية ومادية على صاحب الحق الالتزام بها، فإذا ما خرج عن الحدود الشخصية عد متعسفاً، أما إذا تعدى الحدود المادية كان متجاوزاً في استعمال حقه. ذلك أن كل فعل من أفعال المكلفين يرتبط بحكم شرعي يناسبه، ومناقضة قصد الشارع إما أن تكون هي الغاية من إقدام المكلف على الفعل، وإما أن يفضي فعله إلى مفسدة وإن لم يتحقق قصد المناقضة.

وعليه يمكن تبني بعض التعاريف العلماء المعاصرين كتعريف د/مصطفى السباعي بأنه: "إساءة استعمال الحق، بحيث يؤدي إلى ضرر بالغير"⁽⁴⁾؛ فالتعسف هنا عمدي مقترن بسوء نية، فهو يريد أن يتخذ من وسيلة مشروعة غاية غير مشروعة، ولذلك ينبغي أن يُرد سوء قصده عليه وتكون مسؤوليته كاملة على

1 - فتحي الدريني، النظريات الفقهية، منشورات جامعة دمشق، ط 02، 2004 م، ص 130.

2 - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق، ص 84؛ وعرفه الشيخ أحمد فهمي أبو سنة بأنه: "استعمال الإنسان لحقه على وجه غير مشروع"؛ أحمد فهمي أبو سنة؛ نظرية التعسف في استعمال الحق؛ المركز العالمي للوسطية <http://www.wasatiaonline.net>

3 - العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير، كلية أصول الدين جامعة الجزائر، 2001 - 2002 م، ص 267.

4 - مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، ط 07، 1385هـ، ج 01، ص 272.

وما رواه ابن عمر أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: "أبغض الحلال إلى الله الطلاق"⁽¹⁾؛ ولفعل النبي - صلى الله عليه وسلم - حيث طلق زوجته حفصة - رضي الله عنها بنت عمر - رضي الله عنه - ثم راجعها⁽²⁾، ولما ثبت أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله عن ذلك، فقال رسول الله: "مُرهُ فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق النساء"⁽³⁾؛ وهو ما يترتب عليه اعتبار الطلاق حقاً شرعياً بيد الزوج يستعمله متى شاء بلا إذن قضائي ولا الرقابة عليه فيما يفعل؛ وبلا إلزام بالتعويض ودون أن تترتب عليه أية مسؤولية، طالما أنه استعمل حقاً منحه الله تعالى إياه، لأن الأصل في الطلاق الإباحة وهو حق الزوج، وليس من المشروع عقابه على أمر مشروع⁽⁴⁾.

غير أنه في جميع الأحوال، وبغض النظر عن كونه محظوراً أم مباحاً فإنه كما قال الإمام ابن تيمية: "ولولا أن الحاجة داعية إلى الطلاق لكان الدليل يقتضي تحريمه كما دلت عليه الآثار والأصول"⁽⁵⁾؛ وباعتباره وباعتباره حقاً مشروعاً يخضع مثل سائر الحقوق للقيود العام وهو عدم التعسف في استعماله بما يناقض مقصود الشارع أو بنية الإضرار؛ بحيث يصير مقيداً بالحاجة الضرورية فلا يسوغ إيقاع الطلاق بدون حاجة وبدون سبب إليه لما فيه من الإضرار بالغير بدون سبب⁽⁶⁾.

وسمي الطلاق تعسفياً كون الزوج صاحب الصلاحية في إيقاع الطلاق قد استخدم صلاحيته، على خلاف مقصد الشارع من إيقاع الطلاق، وهو إنهاء الرابطة الزوجية عند وجود سبب يبرر إنهاءها، فلا يجوز استخدام الطلاق وسيلة لإيذاء الزوجة.

وكانت نشأته مرتبطة بما قضت به محكمة مصر الكلية، في بتاريخ 20 يناير سنة 1926. ويتلخص موضوع الدعوى، في أن سيده تقدمت لمحكمة مصر مدعية أنها كانت تشتغل بمهنة التدريس، وتتقاضى مرتباً قدره 11 جنيهاً، فعرض عليها المدعى عليه الزواج، فترددت في قبول عرضه، لعلمها أنه يجب عليها قانوناً - سابقاً - عند قبوله تقديم استعفائها من مهنتها التي تزاولها، وأخيراً قبلت الزواج،

1 - رواه أبي داود، وابن ماجه في كتاب الطلاق.

2 - رواه النسائي في السنن الكبرى، وسنن أبي داود وسنن الدارمي كلهم في كتاب الطلاق، باب الرجعة، وسنن ابن ماجه، في كتاب الطلاق.

3 - صحيح البخاري، كتاب الطلاق، وصحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها وإنه لو خالف وقع.

4 - محفوظ بن صغير؛ المرجع السابق، ص 534.

5 - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج 32، ص 89.

6 - مجيد علي العبيدي، المرجع السابق، ص 07.

وقدمت الاستقالة، وفي شهر أكتوبر 1924، تم العقد بينهما ودخل بها. ولم يمض على هذا الزواج إلا مدة وجيزة، حيث طلقها المدعى عليه، في ديسمبر 1924 فرفعت المدعية دعوها، مطالبة المدعى عليه، بأن يدفع لها خمسة آلاف جنيه بصفة تعويض، لأن هذا الطلاق أضر بها مادياً وأدبياً، وأنه ليس للزوج بمقتضى الشريعة الغراء أن يُوقع هذا الطلاق إلا لضرورة ملحة، فإذا انتفت الضرورة كان الزوج في إيقاعه هذا الطلاق مخطئاً، بل آثماً، وما دام هناك ضررٌ وخطأٌ كان التعويض واجباً، وأنه وإن كان الطلاق حقاً مشروعاً إلا أنه من المبادئ المقررة قانوناً، أنه لا يجوز للشخص أن يسيء استعمال حقه - بحسب نظرية التعسف - وإلا كان ملزماً بالتعويض، لا سيما إذا لوحظ أن المدعى عليه غرر بالمدعية، وأوهمها أنها ستستعير عن حياتها المدرسية ب حياةٍ زوجيةٍ دائمة الرباط، وكان دفاع الزوج أن الطلاق حق مشروع في الشريعة وأنه ليس للزوجة المطلقة إلا مؤخر صداقها ونفقة عدتها. ولكن محكمة مصر الكلية رفضت هذا الدفاع، وقضت بإلزام المدعى عليه، بأن يدفع للمدعية مبلغ ألف جنيه، بصفة التعويض⁽¹⁾.

لأن في الطلاق التعسفي ضياع لمستقبل الزوجة وتفويت لفرص لها قد لا تعود، والقاضي منوط به إنصاف المظلومين وعليه معاقبة من لا يحسن أو يسيء التصرف سواء. فمن طلق زوجته وأصابها ضرر من جراء ذلك، ولم يكن هناك من سبب شرعي يدعو إليه فالطلاق تعسفي يجب فيه التعويض. وحتى لو افترضنا أن المطلقة لم تتعرض لأية آثار مادية كونها غنية أو عاملة فإنها بلا ريب ستعرض لنوع أقسى من الأضرار وهو الآثار المعنوية للطلاق، فإن للطلاق أثراً كبيراً على نفس المطلقة، خاصة إذا كان من غير سبب أو مبرر مقبول، ولم يكن بينها وبين زوجها من المشاكل ما يمكن أن يتوقع معه حدوث الطلاق وأهم هذه الآثار حالة اكتئاب وقلق نتيجة لنظرة المجتمع إلى المطلقة، وربما اتهامها من قبل المجتمع بأنها ما طلقت إلا لريية أو تهمه حرمانها من نعمة النكاح، وكسر قلبها بالفراق الذي لم تكن ترضاه. وربما يكون هذا زواجها الأول والأخير، وذلك لعدم رغبة الرجال بالزواج من المطلقة غالباً⁽²⁾.

أما من الناحية القانونية فإن جُل التشريعات العربية لم تضع تعريفاً للطلاق التعسفي، ولكنها أوردت بعض المعايير والأسس التي تقوم عليها، ونصت في ثنايا موادها القانونية، على شروط تحققه وكيفية التعويض عنه في حالة ثبوت تعسف الزوج. وهو ما تبناه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 52 من ق-أ، بقولها: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

1 - ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلي، المرجع السابق، ص 40.

2 - عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، دار النفائس، عمان، 1418هـ، ص 181.

بخلاف المشرع المصري الذي نص في مادته 18 مكرر من القانون 25 لسنة 1929 بقولها: " الزوجة المدخول بها في زواج صحيح، إذا طلقها زوجها دون رضاها، ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل، وبمراعاة حال المطلق يسرا أو عسرا، وظروف الطلاق ومدة الزوجية، ويجوز للقاضي أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط".

ثالثا- مدى انطباق معايير التعسف في استعمال الحق على حق الطلاق: لا يمكن الحكم على تصرف ما بالتعسف إلا إذا انطبقت عليه معايير نظرية التعسف في استعمال الحق؛ فحتى نحكم على المطلق بأنه مُتَعَسِّفٌ في استعمال حق الطلاق الذي جعله الله تعالى بيده، لابد من دراسة معايير التعسف على واقعة الطلاق. فإذا انطبقت هذه المعايير على تلك الحادثة كان الرجل متعسفاً بإيقاعه الطلاق ويحكم عليه بالتعويض وإلا فلا. وتمثل معايير التعسف في استعمال الحق في معيارين هما: المعيار الشخصي؛ والمعيار المادي.

1- تطبيق المعيار الشخصي على الطلاق التعسفي: يمكن تطبيق المعيار الشخصي على تعسف الرجل في استعماله حق الطلاق من خلال ما يلي:

أ- **تعهد قصد الإضرار:** فقد يكون هدف الرجل المطلق من إيقاع الطلاق قصد الإضرار بالزوجة، وقد يكون الدافع إلى ذلك الطلاق الانتقام والكرهية؛ أو أن يكون طبعه وفكره سويين. وفي ذلك يكون متعسفاً في إيقاعه⁽¹⁾.

ب- **استعمال الحق في غير الغرض الذي شرع من أجله:** وبيان ذلك أن الطلاق شرع ليكون حلاً للخلافات الزوجية المتحكمة؛ والتي لا يمكن معها استمرار الحياة الزوجية بين الزوجين، وفق المقاصد التي شرع من أجلها الزواج، أي أن الطلاق شرع إذا استحالت الحياة الزوجية⁽²⁾؛ فاستعمال الحق في إيقاع الطلاق لغير هذا السبب يكون تعسفاً.

2- تطبيق المعيار المادي على الطلاق التعسفي: ويكون ذلك من خلال الموازنة بين ما ينتج عن ذلك الفعل من مصالح وما ينتج عنه من مفساد، فقد يكون لدى الرجل سببٌ لإيقاع الطلاق؛ لكن هذا السبب لا يعتبر مبرراً كافياً، فإذا طلق الرجل زوجته للتخلص من ذلك السبب يكون قد ألحق بها أضراراً ومفاسد.

1 - تيسير رجب التميمي، الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 01، 2009 م، ص 93.

2 - تيسير رجب، المرجع نفسه، ص 93.

فالزوج في هذه الحالة يكون قد حقق مصلحة؛ ولكن هذه المصلحة لا تتناسب مع مقدار الضرر الذي لحقه بالزوجة، بالموازنة بين المصلحة والمفسدة نجد الرجل متعسفاً في استعمال حقه⁽¹⁾.

ويطبق هذا المعيار في الزوج الذي يطلق زوجته في مرض الموت؛ والذي سموه الفقهاء بالطلاق الفارّ، فقد أجمعوا على أنه لا يرثها لو توفيت قبله، أما إذا توفي قبلها فقد ذهب الحنفية إلى توريثها ما دامت في العدة⁽²⁾.

وما يمكن استخلاصه هو أن تطبيق معايير التعسف على الطلاق الذي يوقعه الزوج على زوجته دون سبب أو مبرر شرعي؛ تشير إلى اعتباره مخالفاً لقصد الشارع والغاية منه إيقاع الضرر بالزوجة، فإذا أوقع الزوج الطلاق على زوجته بهذا الوصف فإن طلاقه في هذه الحالة يعد تعسفياً، لأن الزوج المطلق تجاوز حقه الممنوح له، حيث إنه طلقها بهذه الطريقة المتجاوزة للأسس والمعايير الشرعية التي أرسى قواعدها وأسسها الإسلام؛ بدقة متناهية بعيدة عن الإجحاف بحق أيٍّ من الزوجين.

الفرع الثاني

التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي

لما كان المقرر في الشريعة الإسلامية أن الأصل في الطلاق الحظر، وأنه لا يباح إلا لحاجة ملحة، كان الطلاق التعسفي منهياً عنه نهياً باتاً، بل إن صاحبه آثم شرعاً، وذلك لتعسفه في استعمال الطلاق. مما يستوجب الحكم عليه بالتعويض، ذلك أن التعويض عن الضرر أمرٌ مقررٌ شرعاً وعقلاً، وقانوناً وعرفاً، جبراً للضرر، ورعاية للحقوق وزجراً للمعتدين، وتوفيراً للاستقرار، وتحقيقاً للعدل وقد دلت مصادر التشريع على مشروعية التعويض عن الأضرار؛ ورغم أهمية هذه المسألة لم يرد مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي في كتب الفقهاء القدامى، وإنما هو مصطلح جديد أخذت به قوانين الأحوال الشخصية العربية تبعاً للنظريات الفقهية ولرأي بعض الفقهاء بأن الأصل في الطلاق هو الحظر؛ ومن ثم تستحق المطلقة طلاقاً تعسفياً التعويض إذا كان طلاقها بدون سبب مشروع للأضرار العديدة التي تلحق بالمرأة نتيجة الطلاق، حيث ضياع مستقبلها وفقدان المأوى وقلة الرغبة بها زوجة في أسرة جديدة؛ ويجوز إطلاق التعسف والعنت

1 - فتحي الدريبي، نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق، ص 85.

2- والفقهاء في توريثهم زوجة المطلق طلاق الفرار إنما عاملوه وبنقيض قصده، فعندما طلق زوجته كان يقصد حرمانها من ميراثها لذلك فقد ورثوها؛ السرخسي، المبسوط، ج 06، ص 154 وما بعدها.

والمضارة بهذا التقييد على نوع خاص من الظلم، وهو الظلم الناشئ عن استعمال الحق أو التصرف فيه تصرفاً مخالفاً لمقصود الشارع من شرعه⁽¹⁾.

فخلافاً لقلّة من الفقهاء الذين يرون عدم مشروعية استحقاق المطلقة التعويض عن الطلاق التعسفي، كونه حق جائز للزوج يسوغ له إيقاعه ولأن الجواز الشرعي ينفي الضمان، لذلك متى وجدت هذه الحاجة، ووقع الطلاق على أساسها، فليس من الصواب فرض التعويض على الزوج المطلق. يرى غالبية العلماء المعاصرين وجوب التعويض في مقابل الضرر اللاحق بها من جراء تعسف الزوج في استعمال حقه بالطلاق؛ قياساً على الخلع فكما المرأة تدفع للزوج ما يتفقان عليه مقابل الخلع، فإن الزوج يلتزم بالتعويض مقابل الطلاق⁽²⁾.

كما قاسوا مشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي على مشروعية متعة المطلقة⁽³⁾ حيث قال ابن حزم، وأحمد في قول له بأنها واجبة لكل مطلقة؛ وقال مالك بأنها مستحبة لكل مطلقة؛ والجمهور على أن المتعة ليست واجبة في كل مطلقة؛ فأبو حنيفة يرى أنها واجبة على كل من طلق قبل الدخول ولم يفرض لها صداقاً مسمى، والشافعي يرى أنها واجبة لكل مطلقة إذا كان الفراق من قبله، إلا التي سمي لها وطلقت قبل الدخول، فلا متعة لها؛ وعلى هذا جمهور العلماء. وعليه يمكن تحصيل رأيين لدى العلماء المعاصرين في هذه المسألة على النحو الآتي:

أولاً - الرأي الأول: ذهب فريق من الفقهاء المعاصرين ومنهم: (وهبة الزحيلي؛ عبد الرحمان الصابوني؛ مصطفى السباعي؛ عبد الوهاب خلاف؛ عبد الفتاح عمرو؛ محمد عبده)⁽⁴⁾، وغيرهم إلى أنه إذا أوقع الزوج الطلاق دون سبب معقول وبمجرد تعنت منه كان متعسفاً في استعمال حقه وجزاء التعسف هنا هو التعويض المالي، وعللوا رأيهم بأن التعويض تخيف الإيحاء الذي أصاب الزوجة بالطلاق، وجبر بعض الأذى المادي والنفسي الذي أصابها بسببه؛ وقد استدلت أصحاب هذا الرأي بما يلي:

- 1 - عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، ط 02، 1968م، ج 01، ص 116.
- 2 - محفوظ بن صغير؛ المرجع السابق، ص 580.
- 3 - مجيد علي العبيدي؛ المرجع السابق، ص 27 وما بعدها.
- 4 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 07، المرجع السابق، ص 499؛ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، المرجع السابق، ج 01، ص 117؛ مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، ط 07، 1385هـ، ج 01، ص 276؛ عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، دار القلم، الكويت، ط 02، 1990م، ص 142.

- 1- إن الطلاق إنما أبيض حاجة، فمن أوقعه بغير حاجة إلى الخلاص فطلاقه واقع وهو آثم شرعاً، وإثمه دليل على أنه أساء استعمال حقه وإساءة استعمال الحق توجب التعويض لما يوقعه من ضرر بالمطلقة⁽¹⁾.
- 2- تطبيق مبدأ السياسة الشرعية العادلة؛ والتي تمنع ظلم الزوجة وتعرضها للفاقة والحرمان والبؤس؛ بسبب تعسف الزوج وتعنته في استعمال حقه في إيقاع الطلاق⁽²⁾.
- 3- قياس التعويض على المتعة المعطاة للمطلقة والتي أوجبها بعض الفقهاء واستحبها بعضهم ورغب فيها القرآن وجعلها بالمعروف، فيترك تقديرها للقاضي بحسب العرف⁽³⁾.
- 4- قياس التعويض عن الطلاق التعسفي على طلاق الفار، إذ إن الزوجة تُورث من الزوج لتعسفه في إيقاع الطلاق من حيث الزمان، فالظاهر أن حرمانها من الميراث هو الباعث على الطلاق وهو غير مشروع، والطلاق بدون سبب غير مشروع أيضاً، وحيث إن المريض مرض الموت لما طلق زوجته هروباً من ميراثها عوقب بتوريثها، فكذلك المطلق دون سبب أو حاجة عوقب بتعويضها عن الضرر الذي أوقعه بها⁽⁴⁾.
- 5- لأن في الطلاق التعسفي ضياعاً لمستقبل الزوجة وتفويتاً لفرص لها قد لا تعود، والقاضي منوط به إنصاف المظلومين، فعليه معاقبة من يسيء التصرف سواء كان ذلك في ماله أم في طلاقه. فمن طلق زوجته وأصابها ضرراً من جراء ذلك، أو لم يكن هناك سبب شرعي يدعو إليه، فالطلاق تعسفي يجب فيه التعويض⁽⁵⁾.
- 6- في التعويض زجر لمن يطلّق بغير سبب؛ كونه عبئاً مالياً يكلف به عند إيقاعه الطلاق؛ مما يدفعه إلى التفكير مراراً وإعادة النظر قبل إيقاعه⁽⁶⁾.
- 7- قياس التعويض على الخلع، فالخلع يجوز للزوج أن يأخذ من زوجته ما يتفقان عليه من مال مقابل طلاقها تعويضاً له، وكذلك يجوز للزوجة أن تأخذ التعويض من زوجها بسبب طلاقها⁽¹⁾.

1 - عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص 142.

2 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 07، المرجع السابق، ص 499؛ مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 267.

3 - وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص 499؛ مصطفى السباعي، المرجع نفسه، ص 267.

4 - مصطفى السباعي، المرجع نفسه، ص 265.

5 - عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، المرجع السابق، ص 119.

6 - مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، دار السلام، دار الوراق، ط 02، 2003م، ص 147.

ثانياً- الرأي الثاني: لا يجب التعويض للمطلقة عن الطلاق التعسفي؛ وهو قول (زكي الدين شعبان، ومحمد أبو زهرة، وعبد الكريم زيدان، ومحمد الزحيلي، وبدران أبو العينين، وعمر الأشقر، وإبراهيم عبد الرحمن إبراهيم)⁽²⁾. ويعلل أصحاب هذا الرأي رأيهم بأن المسؤولية المدنية تعاقدية مشتقة من العقد نفسه، ولم يؤثر عن الرسول الله صلى الله عليه وسلم أو الصحابة مطالبة المطلق إبداء أسباب الطلاق، فالتعويض عقوبة على أمر جائز وهذا مخالف للقاعدة الفقهية (الجواز ينافي الضمان)؛ ضف إلى ذلك أن إساءة الزوج استعمال حقه في الطلاق مسؤولية دينية لا تدخل تحت سلطان القضاء؛ وقد استدل هؤلاء بما يلي:

1- إن الطلاق حقٌّ مباحٌ للزوج في الشريعة الإسلامية لا يتقيد في استعماله بالحاجة، فمن طلق زوجته دون سبب ظاهر فقد استعمل حقه الشرعي، ولم تكن منه إساءة تستوجب مسؤولية عن الضرر الذي يلحق الزوجة بسبب الطلاق⁽³⁾.

2- إن الطلاق، وحتى لو قلنا إن الأصل فيه الحظر والمنع ولا يباح إيقاعه وإلا للحاجة، لكن هذه الحاجة قد تكون نفسية لا تجري عليها وسائل الإثبات، وقد تكون مما يتوجب ستره، بحيث لو عرض أما القضاء لأدى ذلك إلى التشهير بكرامة الزوجين⁽⁴⁾.

3- يصعب غالباً إثبات التعسف، مما يؤدي إلى تقاذف الزوجين، فيكون في ذلك من التشهير والحط بكرامة الزوجين وهو ما يتضاءل بجانبه أي اعتبار مادي⁽⁵⁾.

4- إلزام الزوج بالتعويض إرغاماً له، ولو بطريقة غير مباشرة على استمرار معيشة مشتركة لا تحقق المثل الأعلى الذي أقامه لنفسه، ومثل هذا الإرغام يخرج الزواج عما شرع له ويجعله علاقةً مفروضةً على إرادة الطرفين وليست قائمةً على التقدير المتبادل المبني على الرغبة المشتركة، ومثل هذه الحالة تأبأها كرامة الزوجين بلا شك⁽⁶⁾.

1 - محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، دار المكتبي، دمشق، 1418هـ، ص 38.

2 - زكي الدين شعبان، المرجع السابق، ص 381؛ الشيخ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 285؛ محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 60؛ تيسير رجب، المرجع السابق، ص 116.

3 - زكي الدين شعبان، المرجع نفسه، ص 380؛ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، المرجع السابق، ص 101.

4 - زكي الدين شعبان، المرجع نفسه، ص 381؛ الشيخ محمد أبو زهرة، المرجع نفسه، ص 285؛ عبد الرحمن الصابوني، المرجع نفسه، ص 104.

5 - زكي الدين شعبان، المرجع نفسه، ص 381.

6 - عبد الرحمن الصابوني، المرجع نفسه، ص 104.

5- إيجاب التعويض سيؤدي إلى تقاذف وتبادل التهم وكشف أسرار البيوت، كي يثبت كل واحد من الزوجين أن الإساءة ليست منه، وفي هذه الحالة فإن الضرر الأكبر سيعود على المرأة، هذا بالإضافة إلى نشر العداوة والبغضاء والتدابير بين الأسر⁽¹⁾.

6- إن الزوجة حين زواجها كانت تعلم أن الزوج يملك في كل لحظة أمر طلاقها، فهي تعرف النتائج المترتبة على عقد الزواج، لذا ليس لها أن تتطلب التعويض⁽²⁾.

7- التبعات المالية المترتبة على الطلاق كمؤخر الصداق ونفقة العدة والمتعة لمن تجب لها من المطلقات؛ تعتبر تعويضاً كافياً للزوجة عن الضرر الذي لحقها بسبب الطلاق⁽³⁾.

8- إن إيجاب التعويض عقوبة، والعقوبة لا تكون إلا على فعل محرم، ولذا فإنه يؤخذ من وجوب التعويض تحريم الطلاق الذي لم تبد له أسباب أمام القضاء، أو كان بدون سبب فعلاً، وهذا ما لم يرو عن أحد من سلف المسلمين، بل إن كثيراً من حوادث الطلاق التي رويت عن الصحابة ومن بعدهم لم يرو فيها تعليل الطلاق، أو مطالبة المطلق به⁽⁴⁾.

9- فرض التعويض على المطلق يفضي إلى منع الطلاق الذي لا ظلم فيه، كما لو أراد الزوج طلاق زوجته لرغبة أحاطت بها مؤثراً الستر عليها، وهذا يتنافى مع الحق⁽⁵⁾.

1 - الشيخ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 285؛ زكي الدين شعبان، المرجع السابق، ص 380.

2 - عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، المرجع السابق، ص 100.

3 - عبد الرحمن الصابوني، المرجع نفسه، ص 101.

4 - تيسير رجب، المرجع السابق، ص 118.

5 - عبد الرحمن الصابوني، المرجع نفسه، ص 101 وما بعدها؛ تيسير رجب، المرجع نفسه، ص 117؛ أما فيما يخص مناقشة أدلة الفريقين: لم تسلم أدلة الفريقين من الاعتراض، فقد نوقشت أدلة القائلين بالتعويض بما يلي: أ- قياسهم التعويض على الطلاق الفارّ فيجاب عنه بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الميراث حق للزوجة أصلاً والتعويض ليس كذلك، يضاف إلى ذلك أن توريث المطلقة في مرض الموت ليس من باب التعويض.

ب - قياسهم التعويض على المتعة غير صحيح، فالمتعة مقررة لكل مطلقة غنية أو فقيرة جبراً لوحشتها وتطبيهاً لخطاها، وهي من الفضل والإحسان ودوام العشرة، أما التعويض عن الطلاق التعسفي فليس من الفضل والإحسان ودوام العشرة بين الزوجين.

ج - قولهم أن طلاق التعسف فيه إساءة استعمال الحق يجاب عنه بأن الطلاق مشروع وهو حق للزوج، واستعمال الزوج لحقه لا يوجب التعويض وإلا لتعارض هذا مع كونه حقاً.

د - أما قولهم إن التعويض أخذ بمبدأ السياسة الشرعية فيجاب عنه بأن الزوج إذا طلق زوجته توجب عليه دفع مهرها وتوابعه كاملة؛ ويكون بذلك قد وقي ما عليه من التزام تجاهها، وكذلك فإن الشريعة الإسلامية لم تترك المرأة بلا معيل صغيرة كانت أو كبيرة، بل فرض نفقتها على أقاربها، ثم إنهما ربما تزوجت غيره فلا تبقى من غير معيل.

م - قياسهم التعويض على الخلع قياساً مع الفارق؛ حيث إن البذل في الخلع هو تعويض للزوج عما أنفقه عليها، من مهر، وبدل تكاليف الزواج، أما التعويض للزوجة فلا مقابل له من جهتها، فبدل الخلع ثمن تحرر الزوجة من عقد النكاح، بينما التعويض فهو تقييد للحرية. =

الترجيح: بعد عرض أدلة الفريقين ومناقشتها؛ فأنا نميل إلى ترجيح الرأي القائل بجواز التعويض عن الطلاق التعسفي، وذلك لما يلي:

1- لصحة الأدلة التي استدلوها بها؛ وضعف الوازع الديني وغياب التقوى عن تعاملات الناس، وتقصيرهم في الوفاء بالتزاماتهم؛

2- كثيراً ما يوقع الزوج الطلاق عن غير رغبة منه؛ بل إرضاء لأطراف خارجية أو انتقاماً منها.

= قولهم إن التعويض فيه زجر للأزواج عن الطلاق يجب عنه بأن الرادع يتحقق بالتربية والتوجيه وغرس العقيدة في النفوس، وإن سلمنا أن التعويض يزرع الأزواج فإنه يزرع الفقير الذي لا مال له؛ أما الغني فلا يزرعه التعويض؛ سامي صالح، التفريق بين الزوجين للضرر في الشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1986م، ص 29 - 32.

أما أدلة القائلين المانع من التعويض فقد نوقشت بما يلي: أ- الاستدلال بأن الطلاق حق مباح للزوج لا يتقيد في استعماله فيجاب عنه بأن الطلاق ليس حقاً مطلقاً للزوج؛ فقد رجح الفقهاء أن الأصل في الطلاق الحظر لا الإباحة، فيجب أن يكون مقيداً بمشروعيته؛ أي بالحكمة التي شرع من أجلها، فالشرع حظر الطلاق إذا كان من غير سبب، ولا معنى للحظر إذا كان للزوج أن يطلق كيفما شاء ومتى شاء.

ب - القول بان الطلاق يؤدي إلى تقاذف التهم بين الزوجين وكشف أسرار البيوت أمام لقضاء، يجب عنه بأنه ليس على عمومهم، فالقضاء يفرق بين العيوب الجنسية ولعدم الإنفاق ولغيبية الزوج عن زوجته وللضرر الواقع على الزوجة من زوجها، وما يذكر في ذلك من الأسباب هو بلا شك أعظم مما يذكر في الطلاق التعسفي.

ج - الاستدلال بأن التعويض عن الطلاق التعسفي ليس فيه نص شرعي لا في كتاب الله ولا سنة رسوله صلى الله عليه وسلم؛ فيعترض عليه بأنه ليس بالضرورة أن يكون كل شيء منصوصاً عليه، وإلا ففي ذلك إغلاق لباب الاجتهاد .

د - القول بأن التبعات المالية المترتبة على الطلاق تعدُّ تعويضاً للزوجة، يجب عنه بأن مؤخر الصداق هو حقها، والنفقة هي نظير احتباسها لزوجها. ثم إن للقاضي معاقبة من يسيء استعمال حق الطلاق بتعويض المطلقة.

م - قولهم بأن العقوبة المالية لم تشرع في الإسلام على الأمور المعنوية، فبرُدُّ على ذلك بأن الإسلام رتب المتعة على من يطلق زوجته، وهي المستند الشرعي الذي اتخذته الفقهاء في إيجاب التعويض عن الطلاق التعسفي للمطلقة.

ن - قولهم بأن إيجاب التعويض عقوبة تؤول إلى تحريم الطلاق مع أنه مباح، يُردُّ عليه بأن إلزام المطلق تعويض المطلقة ليس لأنه طلق زوجته، بل لأنه أساء استعمال حقه في الطلاق، فالتعويض يحكم به على الزوج الذي تعسف في طلاق زوجته فقط، أما من طلق لأسباب معتبرة فلا تعويض عليه.

هـ - الاستدلال بعلم الزوجة قدرة الزوج على إيقاع الطلاق عليها في أية لحظة، يجب عنه بأن الذي لا تعلمه أنه يتربها في حال فقر وفاقة، يضاف إلى ذلك أن التعويض الذي يحكم به القاضي نتيجة إساءة استعمال الحق في الطلاق ليس لكل مطلقة؛ وإنما للزوج الذي أساء استعمال حقه فطلقها تعسفاً فقط.

ر- الاستدلال بأن حكم التعويض يُفضي إلى الامتناع عن الطلاق الذي لا ظلم فيه؛ يرد عليه بأن التعويض لا يحكم به إلا في الطلاق التعسفي الذي أساء استعمال حقه فيه.

ز- القول بأن فرض التعويض فيه إلزام الزوج بالعيش مع زوجة لا ينسجم معها؛ فهو وإن كان صحيحاً إلا أن المصلحة والواجب ألا يترك الرجل مطلقة عرضة للفقر والحاجة؛ فإذا أراد الطلاق وكانت بحاجة إلى المساعدة لزم أن يعوّضها عن الطلاق؛ عبد الرحمن الصابوني، مدى الحرية الزوجين في

الطلاق، المرجع السابق، ص 101-104؛ تيسير رجب، المرجع السابق، ص 119 - 120.

وعند التحقيق في المسألة يلاحظ أنه إذا كانت المتعة مشروعة في حالة الطلاق غير التعسفي على خلاف بين الفقهاء في وجوبها أم استحبابها، دفعا لضرر متوقع؛ فإن تقرير التعويض في الطلاق التعسفي مع ما فيه من أضرار، وألم للفراق؛ وتفويت لنعمة المتعة الزوجية التي ربما تحرم منها مدى الحياة وسط تزايد مشكلة العنوسة؛ فإن تقرير التعويض يكون من باب أولى.

وعليه فإذا طلق الرجل زوجته دون سبب مقبول؛ فإنه يكون قد تسبب بإيقاع الضرر عليها بتعسفه في استعمال حقه، دون إبراز أسباب جدية تحت سلطة القاضي التقديرية، فإن الضرر يكون ثابتا ومفترضا ولا يمكن تداركه بالإزالة، فيتدارك عندئذ بالتعويض القضائي، وذلك جبرا للضرر، وتخفيفا من الألم الذي لحق بها بما يتناسب مع حالة الزوج المالية ودرجة التعسف⁽¹⁾.

الفرع الثالث

سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي

سنتناول في هذا الفرع الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي لاستحقاق التعويض، ثم نبين كيفية تحديد القاضي لمقدار التعويض، هل يتم ذلك بحجم الضرر اللاحق وفقا للقواعد العامة في الإثبات أم يتم ذلك بحسب وسع الزوج؟ وهل يخضع القاضي المصري والمغربي لنفس القيود في هذه المسألة؟ وفي الأخير نبين رقابة المحكمة العليا على قاضي شؤون الأسرة.

أولا- الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي في التشريع الجزائري:

لا تستحق المطلقة التعويض إلا إذا ثبتت مسؤولية الزوج عن الطلاق، وقد قضت المحكمة العليا في 27/ 01/ 1986 أنه: "من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج لها من طلاق غير مبرر، ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه، ولما كان الثابت في قضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا، فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص المتعة"⁽²⁾.

1 - عبد الرحمن الصابوني، مدى الحرية الزوجين في الطلاق، المرجع السابق، ص 109.

2 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 27/ 01/ 1986، ملف رقم 39731، م - ق، عدد 04، 1993، ص 61.

فالقضاء بالتعويض وفقاً لاجتهاد المحكمة العليا يستلزم إذن تحمل الزوج كافة المسؤولية، أي أن دوافع الطلاق كانت كلها من جانبه، فإذا كان جانب من المسؤولية يقع على عاتق الزوجة فقدت حقها في التعويض؛ فالضرر وفقاً لهذا القرار ثابت إذا كان الطلاق غير مبرر، ولا داعي لإثبات الزوجة تضررها من هذا الطلاق.

وكان لهذا المبدأ تطبيقات لدى بعض المحاكم، فإذا ما تبين للقاضي أن جانباً من الأسباب الدافعة إلى الطلاق، يتحملة الزوج وجانب آخر تتحملة الزوجة، فهنا يجوز للقاضي استبعاد طلبات الزوجة المتعلقة بالمتعة؛ وذلك لانعدام التعسف، ويتبع ذلك رفضاً لطلب التعويض.

فالطلاق شرع لرفع الضرر وليس بإلحاق الضرر للزوجة، والتعويض الذي يحكم به القاضي ليس لكل مطلقة، بل في حالة تعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق، ويصيب الزوجة ضرر من جراء ذلك، وتطبيقاً لنص المادة 52 من ق-أ⁽¹⁾، فإن الحكم بالتعويض مقيد بشرتين:

1- أن يثبت القاضي أن الطلاق، لم يكن لسبب جاد، كأن يكون لتفادي مشكلة ولا لدفع ضرر واقع من الزوجة، ولا لأي حكمة من الحكم التي شرع الطلاق من أجلها، وعندئذ يكون طلاقاً تعسفياً. وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 17/11/1998 بقولها: "من المقرر قانوناً أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون، ومتى تبين من قضية الحال، أن قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدها بالتعويض، دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف أو نشوز، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً"⁽²⁾.

من هنا يتضح لنا أن مسؤولية الزوج في استعمال حقه بالطلاق التعسفي هو الأساس القانوني الوحيد لاستحقاق المطلقة بالتعويض، في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، ومن ثم بإنعدام التعسف الذي يثبت بمشاركة الزوجة في المسؤولية في الطلاق، أو بوقوعه كلية على مسؤوليتها يجعلها تفقد هذا الحق ولو لم يتم الطلاق بالتراضي.

2- أن يلحق الزوجة ضرر حقيقي من جراء الطلاق، فإن كان الضرر الأدبي أو المعنوي غالباً ما يصاحب الطلاق، فإن الضرر المادي يحتاج إلى إثبات، كأن أوقفها عن وظيفتها أو دراستها وتزوجها ثم طلقها من

1 - تنص المادة 52 من ق - أ، بقولها: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق، حكم للمطلقة بالتعويض على الضرر اللاحق بها".

2 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 17/11/1998، ملف رقم 210451، إ - ق، عدد خاص، 2001، ص 252.

غير سبب. فيرتكز هذا الأساس على الموازنة بين ما يجنيه صاحب الحق من استعماله لحقه، وبين ما يصيب الغير من ضرر جراء هذا الاستعمال⁽¹⁾.

وما دام أن الطلاق بيد الزوج، فدور القاضي هنا يكون الكشف عن إرادة الزوج، وليس له السلطة في رفض هذه الرغبة أو الإرادة، وذلك لاعتبار أنها غير مبررة في حالة ما إذا لم يقدم الزوج أي سبب أو عذر لهذا الطلاق، أو في حالة عدم قدرته على إثبات ما يدعيه، أو لأنه فضل السكوت على التلويح والتجريح. فالقاضي هنا ملزم بأن يحكم للمطلقة بالتعويض المناسب؛ وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 15 / 06 / 1999 بقولها: "من المقرر قانوناً أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسيب ليس في محله، ومتى تبين من قضية الحال أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق، وذلك تجنباً للحرج، أو تخطياً لقواعد الإثبات، خلافاً للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج طبقوا صحيح القانون⁽²⁾.

ومن خلال هذا القرار فإن القاضي يخرج عن القواعد العامة في الإثبات التي تقضي بأن البيئة على من ادعى، وأن من يعجز عن إقامة البيئة على صحة دفعاته يخسر دعواه. إلا أنه في مسائل الطلاق فالقاضي يحكم بالطلاق بناء على إرادة الزوج، حتى ولو لم يقدم هذا الأخير البيئة، أو لم يفصح عن الأسباب التي دفعته إلى إيقاع الطلاق، سواء لعدم قدرته على إثباتها، أو لتجنب الحرج لأنها تدخل في صميم الأمور الشخصية بين الزوج والزوجة، ولا يمكن في هذه الحال أن يعاب على قرار القاضي بالطلاق بالقصور في التسيب لأنه مجرد كاشف لإرادة الزوج.

أما إذا اعتمد الزوج في إيقاع الطلاق على تقصير من طرف الزوجة، فعليه إثبات ما يدعيه، وللقاضي السلطة التقديرية في اتخاذ ما يراه مناسباً بشأن المسؤولية التي يحملها لهذا الزوج بالنظر إلى مواقف الأطراف ودفعاتهم.

وقد جاء في هذا الشأن قرار للمحكمة العليا في 23 / 05 / 2000 بقولها: "إن القرار الذي لا يكون مسبباً بما فيه الكفاية يكون مشوباً بالقصور في التسيب، ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده لم يشترط العذرية في عقد الزواج، فإن البناء بما يذهب كل دفع بعدم العذرية، وعليه فإن قضاة الموضوع

1 - فضيل سعد، المرجع السابق، ص 366.

2 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 15 / 06 / 1999، ملف رقم 223019، إ - ق، عدد خاص، 2001، ص 104.

بقضائهم بتحميل الطاعنة المسؤولية عن الطلاق وحرمانها من التعويض عرضوا قرارهم للقصور في التسبب"⁽¹⁾.

فإذا أقام الزوج دعوى الطلاق على أساس إخلال الزوجة بمسؤوليتها فيقع عليه إثبات ذلك في هذه الحال، ولما كان ثابتاً من خلال هذا القرار للمحكمة العليا أن الزوج أقدم على إيقاع الطلاق على أساس أنه اكتشف أنها غير عذراء بعد الدخول بها، مع أنه لم يشترط عذريتها عند إبرام عقد الزواج، ففي هذه الحالة عليه عيء إثبات أنها غير عذراء، إلا أن البناء بها يسقط هذا الدفع، وما دامت دفعاته غير مبررة ومعللة يتحمل وحده مسؤولية الطلاق، ويثبت لها الحق في التعويض مقابل ذلك.

ومن خلال ما سبق ذكره يتضح أن الأساس القانوني لاستحقاق المطلقة للتعويض هو التعسف في استعمال الحق في الطلاق وليس على أساس المسؤولية التقصيرية؛ وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2000 / 02 / 22 بأنه: "إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق"⁽²⁾. وذلك لأن التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية يقوم على أساس الخطأ الذي يلحق الضرر، وهذا ما لا يمكن أن يشمل التعويض المحكوم به في حالة الطلاق.

فالتعويض هنا يقوم على وجود حق، واستعمال هذا الحق قد يلحق ضرراً بالغير سواءً بقصد أو بغير قصد. فإذا كان الضرر اللاحق بالمطلقة يفوق المصلحة التي حققها المطلق كان ذلك تعسفاً من جانبه وثبت لها التعويض. فاستعمال الطلاق حتى ولو تضررت به الزوجة، لا يمكن أن يكون خطأ يرتب المسؤولية التقصيرية لأنه حق محول شرعاً وقانوناً للزوج.

ثانياً - الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي لتقدير التعويض عن الطلاق التعسفي في التشريعين المغربي والمصري:

سنتناول في هذه النقطة، الأساس القانوني لتقدير التعويض عن الطلاق التعسفي في التشريع المغربي والتشريع المصري.

1- بالنسبة للمشرع المغربي فقد أعطى للزوجة أحقية الحصول على التعويض في كل طلاق أو تطبيق ثبت أنه وقع بتعسف الزوج أو أضر بها، وهو ما ورد من خلال المادة 84 من م - أ - م، والتي تنص أنه:

1 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 2000 / 05 / 23، ملف رقم 141417، إ - ق، عدد خاص، 2001، ص 909.

2 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 2000 / 02 / 22، ملف رقم 335656، م - ق، عدد 01، 2000، ص 282.

تشمل مستحقات الزوجة: الصداق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة، والمتعة التي يراعي في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه.

تسكن الزوجة خلال العدة في بيت الزوجية، أو للضرورة في مسكن ملائم لها وللوضعية المادية للزوج، وإذا تعذر ذلك حددت المحكمة تكاليف السكن في مبلغ يودع كذلك ضمن المستحقات بكتابة ضبط المحكمة".

وجاء في دليل العملي لمدونة الأسرة المغربية بقولها: "عند الحكم بتعويض لفائدة أحد الزوجين تراعي المحكمة في تقديره مدى مسؤولية المتسبب منهما في الفراق"⁽¹⁾. كما جاء فيه أيضاً: "كلما حكمت المحكمة بالتطبيق أمكنها أن تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق لزوجة عنه طبقاً للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود.

والتعويض عن الضرر لا يدخل ضمن مستحقات الأخرى التي يحكم بها نتيجة الطلاق التعسفي، ولا يحكم القاضي بهذا التعويض تلقائياً، بل يتعين على المتضرر المطالبة به إما بمقال مكتوب أو بواسطة تصريح أمام المحكمة، وتقدير قيمة التعويض موكول إلى سلطة المحكمة، التي عليها أن تراعي في تحديدها مدى الضرر الحاصل وتأثيره على شخص المطلقة"⁽²⁾.

أما من الناحية العملية فإن القضاء المغربي كرس ذلك في عدة قرارات منع قرار المجلس الأعلى بتاريخ 28 / 11 / 2007 والذي قضى بأنه: "إن تعسف الزوج في إيقاع الطلاق ليس العنصر الوحيد في تقدير المتعة، وإنما يؤخذ بعين الاعتبار بقية العناصر الأخرى المنصوص عليها في المادة 84 والتي تدخل ضمن السلطة التقديرية للمحكمة التي لا معقب عليها إذا بنت قضائها على أسباب سائغة، مما يجعل الفرع من الوسيلة بدون جدوى"⁽³⁾.

1 - الدليل العملي لمدونة الأسرة المغربية، وزارة العدل، مطبعة فضالة الحمديّة، ط 2006 م، ص 72.

2 - الدليل العملي، المرجع نفسه، ص 75.

3 - المجلس الأعلى، قرار صادر بتاريخ 28 / 11 / 2007، غير منشور، نقلاً عن: محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 73 - 74.

وهناك قرار آخر صادر عن محكمة الإستئناف بالرباط بتاريخ 14 / 01 / 2009 والتي قضت بأنه: " حصول الضرر أساس الحكم بالتعويض في الطلاق... نعم؛ يكون حكم القاضي بعدم قبول طلب التعويض قد صادف الصواب. طالما أنه لا يوجد ما يفيد تضرر الزوجين من جراء الطلاق"⁽¹⁾.

وفي هذا المقام لا بد من الإشارة أن العمل القضائي أثبت أن الحكم بالطلاق التعسفي لا يصدر إلا بعد وضع الزوج لكافة مستحقات الزوجة، وأن عدم وضع المبالغ يعتبر تراجعاً منه إذا كان هو المدعي، رغم أن المدونة لم تشر في أية مادة من موادها على وضع الزوج لمستحقات التطليق قبل الحكم به، وإنما تداركته وزارة العدل في الأيام الدراسية التي نظمتها لفائدة القضاة المشرفين على أقسام قضاء الأسرة، لمناقشة الإشكاليات العلمية.

2- أما بالنسبة للمشرع المصري فتكلم عن التعويض في حالة الطلاق التعسفي طبقاً لأحكام المادة 18 مكرر من القانون 25 لسنة 1929 بقولها: " 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 أو عسراً، وظروف الطلاق ومدة الزوجية، ويجوز للقاضي أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط".

يتضح لنا أن المشرع المصري ربط التعويض بالطلاق التعسفي الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة، باستثناء التطليق والخلع اللذان يقعان بطلب من الزوجة وبرضاها؛ ولما كان الأصل في تشريع المتعة هو جبر خاطر المطلقة، فإن المشرع المصري وضع لإستحقاق المتعة شرطين أساسيين هما:

أ- أن تكون الزوجة مدخولاً بها بعقد زواج صحيح.

ب- أن يكون الطلاق بإرادة المطلق وبدون سبب وبدون رضا المطلقة.

الشرط الأول: نص المشرع المصري من خلال أحكام المادة 17 مكرر من نفس القانون شرطاً لاستحقاق المطلقة للتعويض، وذلك بأن تكون الزوجة مدخولاً بها بعقد زواج صحيح؛ وهو الزواج الذي يحضره شاهدان، وتكون فيه المرأة محلاً للزواج من الرجل المتقدم للزواج بها⁽²⁾.

1 - محكمة إستئناف الرباط قرار صادر بتاريخ 14 / 01 / 2009، مجلة المعيار، عدد 42، 2009 م، ص 278؛ نقلاً عن: محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 75.

2 - أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، المرجع السابق، ص 716.

لمذهب الحنفية - يضاف إلى الزوج، فكأنه طلقها بنفسه مما يستوي معه في شأن استحقاق المتعة أن يكون الطلاق من نفس الزوج أو من القاضي نيابة عنه نيابة شرعية"⁽¹⁾.

ما يمكن ملاحظته أن محكمة النقض المصرية سارت بخلاف ما أورده المشرع المصري، إذ أن الشريعة الإسلامية جعلت للرجل الحق في الطلاق وله أن يستقل بإيقاعه. فإذا حكم القاضي بتطليق الزوجة من زوجها، فإن هذا التطليق يضاف إلى الزوج كأنه طلقها بنفسه، مما يستوي معه في شأن استحقاق المتعة أن يكون الطلاق من الزوج أو من القاضي نيابة عنه.

إلا أن هذا القرار لا يغير ما جاءت به أحكام المادة 18 مكرر من القانون 25 لسنة 1929 باستحقاق الزوجة للمتعة، لأن المشرع جعل الطلاق ملك للزوج وحده دون سواه، سواء استعمل حقه هذا بنفسه، أو بمن ناب عنه نيابة شرعية مثل القاضي؛ كما أن لجوء الزوجة لطلب التطليق من القاضي بسبب ضرر من زوجها، وثبت هذا الضرر فيه إكراه لها على طلب التطليق لتدفع هذا الضرر عنها بما لا يتوافر به الرضا بالطلاق. وللزوج المطلق أن يدفع استحقاق مطلقته للمتعة عليه بأحد السببين:

1- رضا الزوجة بالطلاق الواقع عليها صراحة أو ضمناً، بأن يتفقا معا على إيقاع الطلاق، أو حضرته أمام المأذون ووافقت عليه، أو تخالعت معه .

2- أن يكون سبب الطلاق من قبلها، وسبب الطلاق الذي من قبل الزوجة هو الذي من أجله وقع الطلاق؛ ويجوز للزوج المطلق إثبات عكس ذلك بكافة طرق الإثبات"⁽²⁾.

كما استقر القضاء المصري على أن المطلقة غيايبا تستحق المتعة، لأن وقوعه غيايبا قرينة على عدم رضاها ولا علمها به، وهذا ما قضت به المحكمة النقض في قرارها بتاريخ 15 / 01 / 1991 بقولها: "إن القضاء بفرض المتعة للمطعون ضدها على ما استخلصه الحكم من أن إيقاع الطلاق غيايبا قرينة على أن هذا الطلاق وقع بدون رضاها، ولا بسبب من قبلها، وعدم إقامة الطاعن الدليل على عكس ما تدعيه المطعون ضدها يترتب عنه عكس ما استخلصه الحكم"⁽³⁾.

1 - محكمة النقض المصرية، قرار بتاريخ 28 / 01 / 1997، الطعن رقم 74 لسنة 63؛ نقلا عن: أنور العمروسي، أصول المرافعات الشرعية، المرجع السابق، ص 638.

2 - أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، المرجع السابق، ص 733.

3 - محكمة النقض المصرية، أحوال الشخصية، قرار بتاريخ 15 / 01 / 1991، الطعن رقم 89 لسنة 57، مجموعة المكتب الفني، السنة 42، ص 224؛ نقلا عن: أحمد إبراهيم بك، المرجع السابق، ص 711.

وتجدر الإشارة إلى أن الطلاق الغيبي ليس معناه أن الزوج دائماً هو الظالم، ولا سبب للزوجة فيه، وإنما قد يكون لها يد في سبب الطلاق حتى وإن تم بدون رضاها أو علمها، إلا أنها هي التي دفعت الزوج إلى طلاقها، ولذلك فهي لا تستحق المتعة في هذه الحالة. وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في قرارها بتاريخ 17 / 04 / 1990 بأنه: "لمحكمة الموضوع سلطتها في الأخذ بالقرائن بشرط أن تؤدي إلى ما انتهت إليه، فتمسك الطاعن بأن طلاقه للمطعون ضدها كان بسبب من قبلها وطلبه إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك، وإقامة الحكم قضائه للمطعون ضدها بالمتعة على مجرد وقوع الطلاق غيباً لا يكفي وحده لحمل قضائها مما يتعين نقض الحكم المطعون فيه"⁽¹⁾؛ من هنا فإنه يجب على قاضي الموضوع أن يتحرى في طلبات الخصوم وقرائنهم، فإن قدم الزوج طالب الطلاق ما يثبت أن الطلاق كان بسبب من الزوجة وهو ما دفعه إليه، فلا بد من فحص تلك القرائن وتحري تلك الأسباب؛ أما إذا حكم القاضي باستحقاقها للمتعة فقط لأن الزوج هو من قام برفع دعوى الطلاق كان حكمه باطلاً. وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في قرار آخر لها بقولها: "من المقرر قضاء أنه وإن كان لا تثريب على محكمة الموضوع أن تأخذ في معرض الإثبات بالقرائن، إلا أن ذلك مشروط بأن تكون القرائن التي عولت عليها تؤدي إلى ما انتهت إليه، وكان الثابت من الأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بأن طلاقه للمطعون ضدها كان بسبب من قبلها، وقدم للتدليل على ذلك مستندات، وإذا لم تحقق محكمة الاستئناف في دفاع الطاعن ولم تتعرض لمستنداته المقدمة ودلالاتها، وأقامت قضاءها باستحقاق المطعون عليها للمتعة على مجرد وقوع الطلاق غيباً، وهو ما لا يكفي وحده لحمل قضائها، مما يعيب الحكم المطعون فيه بالقصور ويتعين نقضه"⁽²⁾.

ما يتضح لنا مما سبق أنه لا خلاف بين المشرع الجزائري ونظيره المغربي والمصري في اعتبار الطلاق التعسفي موجبا للتعويض، ولكن يقع الخلاف في شروط استحقاق التعويض من حالة لأخرى، إذ أن المشرعين الجزائري والمغربي لم يضعوا شروطاً لأخذ التعويض في حالة الطلاق التعسفي، بخلاف المشرع المصري الذي وضع له شروطاً خاصة؛ ولا يقتصر الخلاف على ذلك بل يمتد إلى تقدير هذا التعويض.

1 - محكمة النقض المصرية، أحوال الشخصية، قرار بتاريخ 17 / 04 / 1990، مجموعة المكتب الفني، السنة 41، ص 1000؛ نقلاً عن: أحمد إبراهيم بك، المرجع السابق، ص 811.

2 - محكمة النقض المصرية، أحوال شخصية، قرار بتاريخ 29 / 12 / 1987، مجموعة المكتب الفني، لسنة 38، ص 1000؛ نقلاً عن: أحمد إبراهيم بك، المرجع نفسه، ص 822.

ثالثاً- **تقدير القاضي للتعويض عن الطلاق التعسفي:** أما بالنسبة لتقدير وتحديد قيمة التعويض في حالة الطلاق التعسفي فإن المشرعين الجزائري والمغربي لم يتطرقا لذلك من خلال أحكام قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية؛ إذ إستقر المشرعان على مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي، ولكن لم يحددوا قيمة هذا التعويض، ولم يحددوا حتى أدنى أو أقصى قيمة له؛ وذلك بخلاف ما ذهب إليه المشرع المصري حيث نصت المادة 18 مكرر من القانون 25 لسنة 1920 بقولها: "الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية، ويجوز أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط".

يتضح لنا من خلال أحكام هذه المادة أن المشرع المصري حدد القيمة الدنيا للتعويض بنفقة سنتين؛ إلا أنه ترك حده الأقصى لتقدير القاضي بحسب ما يراه له من ظروف الطلاق ومدة الزوجية ومدى أحقية الزوج في إستعماله لحق الطلاق أو إساءة إستعماله له. كما أعطى للقاضي السلطة التقديرية في تقدير المتعة للمطلقة دفعة واحدة أو الترخيص للمطلق سدادها على أقساط⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر في 16 / 02 / 1993 إلى أنه: "العبرة في تحديد طلبات الخصم هي بما يطلب الحكم له به، وطلب المطعون ضدها الحكم بفرض متعة لها طبقا للقانون دون تحديدها بمبلغ معين أو مدة معينة والقضاء لها بمتعة تقدر بنفقة خمس سنوات صحيح، لا ينال من ذلك إشارتها بصحيفة إفتتاح الدعوى إلى مطالبتها وديا للطاعن بمتعة مقدارها نفقة سنتين قبل رفع دعواها"⁽²⁾.

كما قضت محكمة النقض في قرار آخر لها بتاريخ 11 / 04 / 2001 إلى أنه: "لما كان النص في المادة 18 مكررا من القانون رقم 25 لسنة 1929 والمضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 ، مفاده أن تقدير المتعة وتقسيم سدادها محكوم به يدخل في سلطة محكمة الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك طالما لم ينزل الحكم بها عن الحد الأدنى في تقديرها بنفقة سنتين على الأقل، ولما كان ذلك، وكان

1 - أحمد إبراهيم بك، المرجع السابق، ص 807.

2 - محكمة النقض المصرية، أحوال شخصية، قرار بتاريخ 16 / 02 / 1993، الطعن رقم 34 لسنة 44، مجموعة المكتب الفني، ص 617.

الحكم المطعون فيه فيما قضى به من متعة للطاعنة وتقسيم سدادها قد إلتزم صحيح النص المشار إليه فإن النعي لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا لا تجوز إثارته أمام هذه المحكمة⁽¹⁾.

فالملاحظ أن القضاء المصري سار على نفس نهج المشرع، إذ جعل للقاضي سلطة واسعة في تقدير التعويض عن الطلاق ولا رقابة عليه من محكمة النقض في ذلك لأنها مسألة واقع تدخل ضمن سلطته التقديرية، ولكن بشرط أن لا تقل عن الحد الأدنى له والمحدد قانونا بنفقة سنتين ويدخل في هذا التقدير الإعتبارات التي نص عليها المشرع المصري في المادة 18 مكرر 25 لسنة 1929، وهي حال الزوج عسرا أو يسرا، وظروف الطلاق، ومدة الزوجية.

وإن كان المشرع المصري قد وضع إعتبارا للظروف المعيشية للزوج، فإنه قد جعل من ظروف الطلاق ومدة الحياة الزوجية معيارا لذلك، وهو معيار مشترك بين الزوجين؛ وحسنا فعل المشرع المصري عندما جعل لمدة الزوجية إعتبارا عند تقدير التعويض إلا أنه لم يشر إلى أن هذا التعويض يرتفع مع طول مدة الحياة الزوجية أو ينقص، لأننا نجد في حالات كثيرة أن الطلاق الذي يأتي بعد حياة زوجية قصيرة قد يكون له وقع وألم نفسي كبير لدى المرأة المطلقة، يمنعها من تكرار الزواج بعد ذلك. فهل هذا ما قصده المشرع المصري أم العكس.

وأمام هذه الاختلافات التشريعية بشأن تقدير التعويض، كان للمشرع الجزائري موقف مغاير إذ أنه أجاز ذلك لقاضي شؤون الأسرة بموجب ما له من سلطة تقديرية، ولم يحدد له لاحدا أقصى ولا أدنى؛ وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 18 / 06 / 1991 بأنه: "من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل"⁽²⁾؛ وفي قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 12 / 07 / 2006 قضت بأنه: "تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص بها قضاة الموضوع دون غيرهم"⁽³⁾.

فالقاضي عندما يحكم بالتعويض عن الضرر المترتب عن الطلاق التعسفي يستلزم عليه أن يبين الأسباب التي دفعته لرفع قيمة التعويض، لاسيما إذا حكم بغير ما هو مألوف، كأن تكون مثلا الحياة

1 - محكمة النقض المصرية، أحوال شخصية، قرار بتاريخ 11 / 04 / 2001، الطعن رقم 166، لسنة 65؛ نقلا عن: أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 635.

2 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 18 / 06 / 1991، ملف رقم 75099، م - ق، عدد 01، 1999، ص 65.

3 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 12 / 07 / 2006، ملف رقم 368660، م - م - ع، عدد 02، 2006، ص 483.

الزوجية قد طالت لفترة تجاوزت سنين عديدة⁽¹⁾. أما إذا حكم القاضي بتعويض معين سواء قل مقداره أو زاد فإنه رغم ما له من سلطة تقديرية فهو مجبر على تسبب ذلك وإلا كان قراره معيبا للقصور في التسبب.

فتقدير التعويض المستحق للمطلقة هو من صلاحيات القاضي الذي يفصل في قضية الطلاق، وهو يخضع لسلطته التقديرية ولا يمكن تقييده أو حصره، وعلى القاضي أن يأخذ بعين الإعتبار بعض المعطيات وهي مرتب الزوج وظروف المعيشة، وحتى عدد سنوات الحياة الزوجية التي قضياها معا⁽²⁾.

كما يجب أن يراعي القاضي في تقدير التعويض عن تعسف الزوج في الطلاق جسامه الضرر الذي أصاب المطلقة وكذا إرتفاع الأسعار وتغييرها، وهي مسألة متروكة لتقدير قاضي الموضوع. ولذلك فإن إقرار مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري يعتبر وسيلة ناجعة في الحد من الطلاق.

والحقيقة أن المشرعين الجزائري والمغربي حسنا ما فعلا عندما لم يقيدا التعويض وتركوا لقاضي شؤون الأسرة الحكم بما يراه كفيلا لجبر الضرر، ذلك أن الأوضاع والآثار قد تختلف من حالة طلاق إلى أخرى؛ كما أن القانون إذا حدد قيمة التعويض فإن مراجعته تحتاج إلى إجراءات وتعديلات قانونية، عكس الأحكام القضائية التي تتماشى والواقع المعاش.

رابعا- رقابة المحكمة العليا على قاضي شؤون الأسرة: أما فيما يخص رقابة المحكمة العليا لقاضي شؤون الأسرة في تقدير التعويض بالنسبة للطلاق التعسفي، ومادم هذا داخلا ضمن نطاق سلطة قاضي الموضوع؛ فهذا لا يعني أن القاضي لا يخضع لرقابة المحكمة العليا، إذ يجب على القاضي أن يبين في حكمه عناصر وشروط الضرر الذي يقضي من أجله بالتعويض، وذلك حتى يتسنى للمحكمة العليا مراقبة صحة تطبيق القانون. ومن جهة أخرى رقابة مدى أخذ القاضي لعناصر تقدير التعويض.

وباعتبار أن الضرر هو مناط تقدير التعويض، فلا بد أن يتناسب هذا التعويض مع الضرر الحاصل، ولا يتبين مدى هذا التناسب إلا بعد تحديد العناصر والشروط الواجب توافرها في الضرر حتى يكون مستحقا للتعويض.

1 - عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 282.

2 - مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 304.

ولئن كان التثبت من وقوع الضرر ومداه مسألة واقعية يستقل بها قضاة الموضوع، فإن تعيين هذا الضرر في الحكم وذكر العناصر المكونة له قانونا، والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض، يعتبر من المسائل القانونية التي تهيمن عليها المحكمة العليا. لأن هذا التعيين هو من قبيل التكييف القانوني للواقع⁽¹⁾.

ويعتبر استيفاء الضرر للشروط الواجب توفرها لاستحقاق التعويض مسألة قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا، من هذا كون الضرر ماسا بحق أو مصلحة مشروعة، وتكييفه بأنه ضرر محقق حال أو مستقبل أو بأنه احتمالي، ووصفه بأنه ضرر مادي أو ضرر معنوي؛ وهذا ما قضى به المجلس الأعلى في قراره بتاريخ 02 / 04 / 1984 بأنه: "من المقرر شرعا أن تقدير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تسببه، وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من الشريعة الإسلامية، إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبريرهم لما حكموا به على الإشارة إلى حالي الطرفين وطبقتهما الاجتماعية، دون اعتبار لحالة وطبقة كل منهما، وغناهما أو فقرهما، أو غنى أحدهما أو فقر الآخر، ودون اعتبار كذلك لمقدار ما يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية، لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به، خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غير ما هو مألوف، ودون الاستناد إلى أية قاعدة شرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مبلغ المتعة دون إحالة"⁽²⁾.

فالقضاء بالتعويض عن الضرر المترتب عن الطلاق يستلزم أن يبين القاضي الأسباب التي دفعته لرفع قيمة التعويض. لاسيما إذا حكم بغير ما هو مناسب، كأن تكون مثلا الحياة الزوجية قد طالت لفترة تجاوزت عدة سنين؛ وحكم القاضي بتعويض معين سواء كان قليلا أو كثيرا، فإنه رغم ما يملكه من سلطة تقديرية فهو مجبر على تسبيب ذلك، وإلا كان قراره معيبا للقصور في التسبيب. وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار آخر لها بقولها: "من المستقر عليه قضاء، أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها. ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس برفعهم لمبالغ المتعة

1 - د. سليمان مرقص، المرجع السابق، ص 184.

2 - المجلس الأعلى، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 02 / 04 / 1984، ملف رقم 99779، م - ق، عدد 02، 1989، ص 61.

والتعويض والنفقة المحكوم بها في محكمة أول درجة، دون أن يبينوا أسباب ذلك شابوا قرارهم بالقصور في التسبيب"⁽¹⁾.

إلا أن الملاحظ في الواقع العملي أن القضاة لا يحددون عناصر الضرر، ولا شروطه في أحكامهم، فلا يبينون نوع الضرر إذا ما كان ماديا أو معنويا، مباشرا أو غير مباشر، محققا أو احتماليا، متوقعا أو غير متوقع، إذ قضت محكمة تغنيف بمجلس قضاء معسكر بموجب القرار الصادر بتاريخ 29 / 03 / 2009: "فك الرابطة الزوجية بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، وذلك بتعسف منه بين المدعي والمدعى عليها.

وأمر ضابط الحالة المدنية لبلدية الحشم بتسجيل الطلاق بسجلات الحالة المدنية والتأشير به على هامش عقدي ميلادهما وعقد زواجهما؛ إلزام المدعي بأن يدفع لمطلقته المبالغ التالية:

- مبلغ 70000 دج تعويض عن الطلاق التعسفي؛ ومبلغ 20000 دج نفقة عدة؛ ومبلغ 3000 نفقة إهمال تسري شهريا ابتداء من تاريخ 11 / 11 / 2008 إلى غاية النطق بالحكم؛ وإلزام المدعي بأن يمكن المدعى عليها من أغراضها"⁽²⁾.

ما يتضح لنا أن الطلاق الواقع تعسفيا، لأن الزوج قرر على الطلاق، والزوجة تمسكت بالرجوع خلال مراحل النزاع، دون أن تحدد هذه الأحكام طبيعة الضرر اللاحق بالمطلقة ولا عناصره؛ وكأن القاضي خلال فترة زمنية يلتزم بتقدير التعويض بنفس المقدار، أو على الأقل بمبالغ متقاربة، وهذا إن كان يسري على اعتبارات تقدير القاضي للنفقة التي يراعي القاضي في تقديرها حال الطرفين وظروف المعاش، فهو لا يصدق على التعويض الذي لا يقضي به القاضي إلا بعد أن يحدد نوع الأضرار اللاحقة بالمطلقة، ومن ثم مقدار التعويض المناسب لجبرخاطرها، وإلا كان حكم القاضي عرضة للنقض فتمارس المحكمة العليا رقابتها عليه في هذا الشأن، ليس في مقدار التعويض وإنما في تحديد نوع الضرر المستحق للتعويض وحجمه.

وفي هذا السياق نقضت الغرفة المدنية بالمحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 28 / 03 / 2000 بقولها: "وحيث يتبين من القرار المطعون فيه أنه لم يحدد نوعية التعويض المقضي به، هل هو عن الضرر

1 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 18 / 06 / 1991، ملف رقم 75099، م - ق، عدد 01، 1999، ص 65.

2 - محكمة تغنيف، مجلس قضاء معسكر، ق، ش، أ، قرار بتاريخ 29 / 03 / 2009، رقم الجدول 09 / 0118، رقم الفهرس، 09 / 0643، ص

المادي أم عن الضرر المعنوي، ومعلوم أنه لا يجوز دمجهما معاً، الأمر الذي يشكل قصوراً في التسبب، ينجر عنه النقص⁽¹⁾.

وقياساً على ذلك فإن الحكم الصادر عن قاضي شؤون الأسرة بمنح تعويض عن الطلاق التعسفي، يجب أن يكون مسبباً تسببياً كافياً، يحدد فيه القاضي نوع الضرر، هل هو مادي أو معنوي، مباشر أو غير مباشر.

وفي الأخير يمكن القول بأن تقدير قاضي شؤون الأسرة، يكون بناءً على معيار شخصي، يتحرى من خلاله الأسباب والدوافع الجدية التي دفعت الزوج إلى توقيع الطلاق، ومدى ضلوع الزوجة فيه؛ أي يتمثل في النية أو الباعث؛ وآخر موضوعي يتمثل في الموازنة بين الحقوق والظروف التي أحاطت باستعمال الحق، فإذا ثبت تعسف الزوج وجب على القاضي أن يحكم بالتعويض؛ ومبلغ التعويض غير محدد سواء في الضرر المادي أو المعنوي، وهو متروك للسلطة التقديرية للقاضي، وليس بالاستناد إلى حالة الزوج غنياً كان أم فقيراً، وإنما مقدار التعويض يكون على حساب الضرر اللاحق بالزوجة، ولا يمكن تحديد مبلغ معين لكل مطلقة تعسفاً، لأن الضرر يختلف من مطلقة إلى أخرى.

أما فيما يخص أساس التعويض فهو مسؤولية الزوج على الطلاق طبقاً لأحكام المادة 52 من ق-أ والمادة 124 مكرر من ق-م⁽²⁾، والتعسف في استعمال الحق استناداً للقاعدة الفقهية "لا ضرر ولا ضرار"، وليس بناءً على أحكام المادة 124 من ق-م.

كما يجب على المشرعين الجزائري والمغربي والمصري؛ ضرورة توسيع السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، في مجال منع لتعسف في استعمال الحقوق الزوجية عموماً والطلاق خصوصاً، نظراً لخطورته وكثرة الحالات المعروضة منه أمام قضاة ومحاكم شؤون الأسرة، فغالبها يتعلق بموضوع التعسف في استعمال الحق خاصة إذا كان بدون مبرر شرعي أو قانوني.

إلا أن استعمال الرجل لهذا الحق يختلف في طبيعته عن نظرية الحق في القانون المدني وفق المادة 124 مكرر التي موضوعها أن صاحب الحق المخول له قانوناً إذا ما استعمله في حدود ما ذكر في هذه المادة يكون متعسفاً في استعمال الحق، وبالتالي يُحمّل المتعسف مسؤولية تعسفه ويلزم بالتعويض. فمسألة

1 - المحكمة العليا، غ، م، قرار بتاريخ 28/03/2000، م - ق، عدد خاص، 2003، ص 627.

2 - تنص المادة 124 مكرر من ق. م، بقولها: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما 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".

الإثبات في وجود التعسف تقع على الطرف المتضرر، فإذا ما استعمل الشخص حقه القانوني في إحداث أثر قانوني، فالأصل أنه لا يلام على استعماله لهذا الحق إلا إذا ثبت أنه متعسف فيه للإضرار بالغير، وعلى المتضرر إثبات التعسف سعياً وراء تعويضه، ولا يلزم من استعمال حقه بإثبات مبررات استعماله لهذا الحق وفقاً للمادة 124 مكرر.

ويكمن الاختلاف بين حق الزوج في استعماله الحق في الطلاق وبين الحق في القانون المدني في مسألة الإثبات، أن الزوج يعدّ بصفة آلية متعسفاً في استعمال الحق تجاه الزوجة إلا إذا أثبت هو عكس ذلك. إذ أنه من طبيعة خاصة لأن مصدره العصمة الزوجية المستمدة أساساً من الشريعة الإسلامية، وأن تعويض الزوجة في حال الطلاق لا ينطلق من المادتين 124 و124 مكرر من ق-م، وإنما مصدره مسؤولية الزوج في الطلاق كونه صاحب العصمة الزوجية شرعاً.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 22 / 02 / 2000 جاء فيه ما يلي: "إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق"، وفي تأكيدها على هذا المبدأ جاء في القرار: "لكن وحيث 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 المادتين 41 و124 من ق-م.

وبالتالي فلما كان مبلغ التعويض والنفقة المحكوم بهما لا تدخل تحت الأضرار المنصوص عليها في هاتين المادتين فإن قضاة الاستئناف لم يخالفوا القانون، وأن قرارهم يكون سليماً، غير أنه تجدر الإشارة إلى أن الطاعنة إن كان قد لحقها ضرر ناتج عن التعسف بمفهوم المادة 41 من ق-م، أو لحقها ضرر ناتج عن المسؤولية التقصيرية طبقاً لمقتضيات المادة 124 من ق-م فعليها أن تثبت الضرر المذكور في دعوى مستقلة وتطلب التعويض مقابل ذلك"⁽¹⁾.

وفي ذلك تأكيد على أن الحق الأصيل المخول للزوج في إيقاع الطلاق من طبيعة خاصة يختلف عن الحق المنصوص عليه في القانون المدني.

1 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، القرار بتاريخ 22 / 02 / 2000، ملف رقم 235367، م - ق، عدد 01، 2001، ص 275.

المطلب الثاني

تقدير القاضي لبدل الخلع

سنتناول في هذا المطلب دور القاضي في إيقاع الخلع من وجهة نظر الفقه الإسلامي؛ ثم سنتطرق إلى ذلك بالنسبة للمشرع الجزائري والمقارن؛ ثم نبين بعد ذلك دور القاضي في تقدير الخلع.

الفرع الأول

موقف الفقهاء من اشتراط دور القاضي في مسألة الخلع

إذا كان في نظر الإسلام أن يقع الخلع بالتراضي بين الزوجين؛ وذلك لأن الكثير من الفقهاء يرون بأن الخلع عبارة عن عقد. والعقد يقوم على التراضي فهل يشترط الفقهاء دور للقاضي في مسألة الخلع سواء كان هذا الدور على سبيل الرقابة؛ أم أن الدور أكبر من ذلك كأن يشترط لصحة الخلع ضرورة الإتيان به أمام القاضي، ولو حدث في غيبته لا يصح؟

أولاً- مدى احتياج الخلع لدور القاضي عند الفقهاء: يختلف موقف الفقهاء في هذه المسألة وتنوعت آراؤهم على النحو التالي:

الرأي الأول: ذهب إليه جماعة من التابعين من بينهم سعيد بن جبير والحسن البصري ومحمد ابن سيرين⁽¹⁾؛ وخلاصة قولهم أن الخلع لا يجوز إلاً أمام القاضي بعد بعث الحكّمين وفشلهما؛ وبالتالي لا يصح الخلع عندهم بإرادة الزوج والزوجة بل يلزم أن يترافعا إلى الحاكم وهو الذي يقضي بوقوع الخلع.

وقد ذكر الجصاص قول سعيد بن جبير: "لا يكون الخلع حتى يعظها وإلا ارتفعا إلى السلطان فيبعث حكما من أهله وحكما من أهلها فيرويان ما يسمعان إلى السلطان فإن رأى بعد ذلك أن يفرق فرق وإن رأى أن يجمع جمع"⁽²⁾.

كما ذكر ابن حجر في شرحه لصحيح البخاري ما قاله الحسن البصري ومحمد بن سيرين: "لا يجوز الخلع دون السلطان" وأن أبا عبيد اختار هذا القول⁽³⁾.

1 - ابن حجر، فتح الباري، ج 09، ص 491.

2 - الجصاص، أحكام القرآن، ج 01، ص 395؛ ابن حزم، المحلى، ج 10، ص 237.

3 - ابن حجر، فتح الباري، ج 09 ص 397.

أدلة أصحاب هذا الرأي: 1- من الكتاب: قوله تعالى: [﴿لَا يَحِلُّ لَهَا أَنْ تَلْبَسَ الْحُلَّةَ الَّتِي لَهَا﴾]⁽¹⁾؛ وقوله أيضاً: [...]⁽²⁾.

وجه الدلالة: فقد جعل الله الخوف في الآية الأولى لغير الزوجين بقوله فإن خفتم وأسنده إلى الحكام والولاية وليس إلى الزوجين، ولو كان لهما لقال تعالى: (فإن خافا)، وهذا يدل على أن المراد بالخطاب الولاية وإن الخلع لا يكون إلا عندهم وبواسطتهم؛ ويقوّي ذلك قراءة حمزة " إلا أن يُخافاً" بضم أوله على البناء للمجهول⁽³⁾.

كذا في الآية الثانية أيضاً يدل على نفس المراد في الآية الأولى؛ ومنطوق الآية الكريمة ينص على أن الخلع مشروط بحوف الأئمة والحكام؛ إذ هم المخاطبون بقوله تعالى: (فإن خفتم) وهو فرع الترافع إليهم⁽⁴⁾.

2- من السنة: - أمر النبي صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس بأن يقبل الحديقة ويطلقها تطلقاً، وقالوا إن أمره صلى الله عليه وسلم كالحكم فيلزم من ذلك ألا يقع الخلع إلا عند القاضي.

كما ذهبوا إلى أن الظاهر من بعض روايات حديث ثابت بن قيس أن النبي صلى الله عليه وسلم استمع إلى شكوى امرأته بصفته قاضياً فسعى إلى تنفيذ المخالعة التي ثبت مشروعيتها بالكتاب الله عز وجل لقوله تعالى: (فلا جناح عليهما فيما افتدت به)؛ فقد سأل النبي صلى الله عليه وسلم المرأة إن كان لديها المكنة لإعادة الحديقة إليه وهو مهرها المقدم إليها فلما أظهرت موافقتها، طلب النبي ثابت أن يقبل الحديقة ويفارق زوجته، ومن هنا فتصرف النبي صلى الله عليه وسلم تصرف قضائي⁽⁵⁾.

وذكروا أنه يفهم من رواية الدار قطنى عن أبي الزبير كما ذكر الشوكاني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وافقها دون موافقة ثابت، ولما وصل الأمر إلى ثابت أعلن قبوله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم.

1 - سورة النساء، الآية 35.

2 - سورة البقرة، الآية 229.

3 - ابن حجر، فتح الباري، ج 09، ص 491.

4 - ابن همام، فتح القدير، ج 04، ص 192-193.

5 - ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ج 02، ص 737.

2 - جاءت الربيع بنت معوذ بن عفراء هي وعمها إلى عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، فأخبرته أنها اختلعت من زوجها في زمان عثمان بن عفان، فبلغ ذلك عثمان بن عفان فلم ينكره، وقال عبد الله بن عمر عدتها عدة المطلقة⁽¹⁾.

3- الخلع معاوضة لا يحتاج إلى القاضي بل يقوم على اتفاق أطرافه: فقد ذهب الكثير من الفقهاء إلى تكييف الخلع على أنه عقد معاوضة فهو كالبيع؛ وإن كُيِّفَ على أنه فسخ بالتراضي كان كالإقالة، وكل من البيع والإقالة لا يحتاج إلى حكم حاكم⁽²⁾.

4- واستدلوا بقياس الخلع على والطلاق؛ حيث يوقعه الزوج دون حاجة إلى حاكم؛ وفي ذلك يقول الإمام السيوطي بمناسبة بيانه لأنواع الفرق من حيث احتياجها إلى حضور القاضي من عدمه: "وأما لا يحتاج (أي إلى الحاكم) أصلاً فالطلاق والخلع"⁽³⁾.

الترجيح: بعد عرض آراء الفقهاء يتضح لنا بأن الراجح هو الرأي الثاني أي رأي القائلين بعدم احتياج الخلع إلى سلطة القاضي، وعلى صحة وقوعه بالتراضي بين الزوجين؛ وذلك لقوة أدلتهم واستنادهم إلى فعل كبار الصحابة الذين يجيزون الخلع بتراضي الزوجين دون حكم القاضي.

من هنا فإنه يمكن القول بأن الخلع لا يحتاج إلى إذن القاضي أي أنه لا يستطيع أن يمنع الخلع إذا اتفق الزوجان عليه الزوجان، لأن الزواج هو عقد رضائي بين الزوجين دون الحاجة لإذن القاضي، وكذلك الفراق بينهما فإنه يتم بتراضي الطرفين ولا يحتاج لإذن القاضي أيضاً.

1 - ابن همام، فتح القدير، ج 04، ص 193.

2 - ابن همام، فتح القدير، ج 04، ص 193.

3 - السيوطي، الأشباه والنظائر، طبعة الحلبي، ج 01، ص 179؛ وناقش أصحاب الرأي الثاني لأدلة الرأي الأول بما يلي: أ - أن ما استدلوا به من القرآن جرى مجرى الغالب، وأن ذلك ليس خطاباً للحكام وحدهم بل يشمل ولي المرأة أيضاً. ويؤكد القرطبي هذا المعنى بقوله لا يمكن قصر الخطاب على الحكام فإن الرجل إذا خالع امرأته فإنما ينفذ ما تراضيا عليه ولا يجبره السلطان على ذلك؛ القرطبي، تفسير القرطبي، ج 03، ص 945.

ب - إن ما استدلوا به من السنة في واقعة امرأة ثابت بن قيس يرد عليه.. أن الواقعة لم تعرض على النبي بصدد شجار وخلاف بين الزوجين.. يستلزم حكماً مفصلاً - وإنما ذهبت للنبي صلى الله عليه وسلم لعرض الأمر سائلة النبي المشورة والنصيحة والرأي بدليل أنها امتدحت زوجها للنبي صلى الله عليه وسلم بقولها كما ورد في كثير من الروايات؛ "ما أعتب عليه في خلق ولا دين"، وأمر النبي صلى الله عليه وسلم لثابت بقبول العوض وهو الحديقة ليس حكماً أو فضلاً وإنما هو أمر إرشاد وإصلاح؛ وقد ورد أن ثابتاً سأل النبي صلى الله عليه وسلم لما قال له اقبل الحديقة مستفسراً منه، وهل يطيب لي ذلك يا رسول الله أي هل يجلي لي أن اقبلها..

فهل يسأل من حكم عليه بأمر ملزم ونهائي من النبي صلى الله عليه وسلم عن مدى شرعية العوض المترتب على الحكم وحله له، ولمن يوجه السؤال أنه للنبي صلى الله عليه وسلم المشرع متلقى الوحي.. وهذا دليل على أننا بصدد توجيه لا حكم وإلا لما جاز لنا أن يسأل هذا السؤال للنبي صلى الله عليه وسلم.

ثانيا- مدى احتياج الخلع لدور القاضي في التشريع الجزائري والمقارن: إذا كان الأصل في التطبيق بالخلع هو جواز انعقاده دون الحاجة إلى إذن القاضي فإن هناك بعض الحالات تستلزم تدخل القاضي لإيقاعه؛ وذلك في حالة رفض الزوج للخلع، وحالات تخلف بعض الشروط أو الأوصاف الواجب توفرها لإيقاع الخلع؛ وللوقوف على هذه الحالات التي تستدعي اللجوء إلى القاضي.

فإذا طلبت الزوجة من زوجها الخلع ورفض الزوج ذلك؛ ففي المسألة رأين، أحدهما يعطي للقاضي سلطة إيقاع الخلع دون موافقة الزوج، والآخر لا يمنحه ذلك؛ وسيأتي تبيان ذلك على النحو الآتي:

1- سلطة القاضي في إيقاع الخلع دون رضا الزوج: وهذا الرأي هو الذي أخذ به المشرع الجزائري من خلال المادة 54 من ق - أ، بقولها: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي..."; وبذلك يكون المشرع الجزائري قد تبني الاتجاه القائل باعتبار سلطة القاضي في إيقاع الخلع على الزوج في حالة رفضه وامتناعه عن إجابة زوجته لطلبها؛ وذلك بموجب الأمر 05-02، بخلاف القانون رقم 84-11 والتي تنص مادته 54 من ق- أ، بقولها: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه..."، هذا ما جعل بعض الشراح الأخذ برأي ألا خلع بدون إرادة الزوج، وحاولوا شرح المادة 54 على أساس أن الخلع عقد وبالتالي تبنيوا ما جاء من تفصيل في الخلع كيمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة. وفي هذا يقول د/ بلحاج العربي: "إذا اتفق الزوج مع زوجته أن تدفع له مبلغا من المال لقاء طلاقها، فقبلت وتم ذلك بإيجاب وقبول سمي هذا مخالعة، ومن هنا فإن التكييف القانوني للخلع أنه كالطلاق على المال، يعتبر يمينا في جانب الزوج، لأنه علق طلاقها على شرط قبولها المال، ويعتبر معاوضة لها شبيهة بالتبرع من جانب الزوجة التي تدفع له مبلغا من المال مقابل تخليص نفسها من الرابطة الزوجية"⁽¹⁾.

وقد تضاربت الاجتهادات القضائية حول سلطة القاضي في إيقاع الخلع، فمنهم من يستلزم رضا الزوج كشرط إيقاع الخلع، ومنهم من يرى أنه يتم بمجرد عرض الزوجة مقابل الخلع بدون هذا الرضى، وقد انقسم قضاء المحكمة العليا في هذه المسألة إلى اتجاهين:

أ- الاتجاه الذي يشترط رضا الزوج لصحة الخلع: هذا الاتجاه يشترط موافقة الزوج بالخلع حتى يكون صحيحا وقد وجد تطبيقه في عدة قرارات صادرة عن المحكمة العليا أهمها، القرار الصادر بتاريخ 1988/11/21 والذي جاء فيه: "من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي، وأنه ليس

1 - بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة " الزواج والطلاق"، ج 01، المرجع السابق، ص 263 - 264.

للقاضي سلطة مخالفة الزوجين دون رضا الزوج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً لأحكام الفقه.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن المطعون ضدها طلبت التطليق، ولما لم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبول من هذا الأخير، فإن القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد خرقاً للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع، ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالة⁽¹⁾.

والقرار الصادر بتاريخ 1991/04/23 بقوله: "من المقرر شرعاً وقانوناً أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الخلع وخطأً في تطبيق القانون.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قاضي الموضوع فرض على الزوج (الطاعن) الخلع وقضى به بالرغم من أنه لا يتدخل إلا في حالة عدم الإتفاق على مبلغ الخلع يكون بقضائه كما فعل أخطأً في تطبيق القانون؛ ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه"⁽²⁾.

ب- الاتجاه الذي لا يشترط رضی الزوج بالخلع: هذا الاتجاه لا يشترط موافقة الزوج لصحة الخلع بل يكفي عرض الزوجة مقابل الخلع وقد وجد تطبيقه كذلك في عدة قرارات للمحكمة العليا أهمها، القرار الصادر بتاريخ 1992/07/21 الذي قضى بأنه: "من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم إن المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرف على نوع المال وقدره وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على ألا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعاً، وعليه فإن قضاة الموضوع - في قضية الحال - لما قضوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك رفض الطعن"⁽³⁾.

والقرار الصادر بتاريخ 1999/03/16 بقوله: "الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج

1 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 1988/11/21، ملف رقم 51728، م - ق، عدد 03، 1990، ص 72.

2 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 1991/04/23، ملف رقم 73885، م - ق، عدد 02، 1993، ص 55.

3 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 1992/07/21، ملف رقم 83603، إ - ق، عدد خاص، 2001، ص 134.

مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه، ومن ثمة فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن⁽¹⁾.

إن سكوت المشرع الجزائري في القانون رقم 84 - 11، وعدم استقرار الاجتهاد القضائي في مسألة اشتراط رضی الزوج، فإننا نرى أن الخلع هو حق للزوجة ولا يشترط فيه رضا الزوج أخذا بالمذهب المالكي، وقد صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 1996/07/30 بقولها: "من المقرر قانونا وشرعا أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء، وليس عقداً رضائياً بين الزوجين"⁽²⁾، وبالتالي وجب استجابة القاضي لطلب الزوجة إذا أصرت على الخلع، وتعد إعادة الوفاق بين الطرفين، ويبقى دوره فقط في تقدير بدل الخلع عند عدم الاتفاق عليه من قبل المتخالفين.

وقد سائر القضاء الجزائري الاتجاه القائل برضا الزوج لصحة الخلع، لكن الرأي تغير بعدها بتغيير العديد من الظروف، حيث نصت المادة 54 المعدلة بموجب الأمر رقم 05 - 02 بقولها: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي".

وفي ذلك تأثير واضح للمذهب المالكي في اعتبار الخلع حقا أصيلا للزوجة، يقابل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، يمكن لها اللجوء إليه إن شاءت إذا ما تبين لها أن مواصلة الحياة الزوجية ضرب من المحال، وبذلك فلا حاجة لمجلس عقد ولا أي إيجاب الزوجة في مخالعتها ولا أي قبول من الزوج⁽³⁾، وذلك تتويجا لاجتهادات المحكمة العليا منذ سنة 1992، والتي صبت جلها في خيانة الخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجية وهو حق للزوجة تستعمله وقت ما شاءت وليس مجرد رخصة حبيسة التزكية والموافقة من الزوج.

2- ليس للقاضي في إيقاع الخلع دون رضا الزوج: هذا الرأي هو قول أكثر فقهاء الشريعة الإسلامية، واختيار بعض شراح قانون الأسرة الجزائري قبل تعديل؛ ومن أقوالهم: "وأن الخلع لا يتم دون إرادة الزوج، وليس حقا لها تطلبه متى شاءت وتطلق به متى شاءت بإرادتها"⁽⁴⁾؛ وأيضا: "لذلك يبقى القول بأن الخلع هو رخصة منحت للزوجة تستعملها عندما تضيق الحياة الزوجية هو القول السليم، ولا يجوز للقاضي أن يقضي به دون رضا الزوج، لا من تلقاء نفسه ولا بمجرد طلبه من الزوجة مرفوقا بعرض مبلغ من المال"⁽⁵⁾.

1 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 1999/03/16، ملف رقم 216239، إ - ق، عدد خاص، 2001، ص 138.

2 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 1996/07/30، ملف رقم 141262، م - ق، عدد 01، 1998، ص 121.

3 - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 02، ص 68.

4 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة "الزواج والطلاق"، المرجع السابق، ج 01، ص 267.

5 - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 256.

فالخلع شرع أساسا لمصلحة الزوجة في صورة رخصة تمكنها من طلب التطليق من زوج أصبحت تبغضه وتكرهه، واستحالة المعاشرة معه، ولم يمنحه الفقه الإسلامي في صورة حق من حقوق الزوجية مقابل حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة.

من هنا، فلا يجب الخلط بين الخلع كرخصة للزوجة، إذ تخصم الزوجان وحصلت المشاققة ولم يتمكننا من اقامة حدود الله، وبين التطليق أو الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة للأسباب المذكورة في المادة 53 من ق-أ، فالخلع كعقد ثنائي الطرف، أو اتفاق بين الزوج والزوجة لا يتم بالإيجاب والقبول، ويشترط فيه ما يشترط في الطلاق من شروط وأركان، وأن الخلع لا يتم دون إرادة الزوج، ليس حقا لها تطلبه متى شاءت، وتطلق به متى شاءت بإرادتها المنفردة، وهو ما قضى به المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 12 / 03 / 1969 بقوله: "ليس الخلع في القانون إلا طلاقا صادرا عن إرادة الزوج المنفردة يحصل مقابل أداء الزوجة له تعويضا يقدر باتفاق الطرفين؛ غير أن عرض الزوجة الخلع لا يخولها أي حق ولا أثر له على إبقاء روابط الزوجية إذا لم يرض الزوج به، ولا يمكن اعتبار كطلب مقدم إلى القضاة ويكون عليهم الفصل فيه، ومن ثم فإن هذا الوجه غير مبرر"⁽¹⁾؛ والقرار الصادر بتاريخ 19 / 02 / 1969 بقوله: "من المقرر شرعا وقانونا بأن الخلع هو طلاق بإرادة الزوج المنفردة مقابل مال تدفعه له الزوجة يتم الاتفاق عليه، ومن ثم فإنه لا يجوز للقاضي الحكم به دون رضا الزوج"⁽²⁾.

ما يتضح لنا من خلال هذه القرارات أنه ليس للقاضي من إيقاع الطلاق بالخلع إلا برضا الزوج.

في الأخير يمكن القول بأنه يجوز للقاضي إيقاع الخلع دون رضا الزوج، إعمالاً لسلطته التقديرية، وذلك لأنه إذا كرهت الزوجة زوجها وبغضته، وخافت أن لا تقيم حدود الله، فإنه يجوز للقاضي أن يحكم للزوجة بالخلع مقابل مال تدفعه لزوجها، وذلك مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم: "أقبل الحديقة وطلقها تطليقة".

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد تناول مسألة الخلع في المواد (115 - 120) من م-أ-م؛ حيث نصت المادة 115 على أنه: "للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا لأحكام المادة 114 أعلاه".

1 - المجلس الأعلى، غ، ق، م، قرار بتاريخ 12 / 03 / 1969، م - أ، ج 01، ص 170؛ نقلا عن: بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05 - 02، المرجع السابق، ص 286.

2 - المجلس الأعلى، غ، ق، خ، قرار بتاريخ 19 / 02 / 1969، ن-ش، 1969، ص 266؛ نقلا عن: بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 286.

يتضح أن المشرع المغربي أجاز للزوجين أن يتفقا على الطلاق بالخلع، موضوعه الأساسي خلاص الزوجة من زوجيتها نظير بدل تدفعه إليه؛ غير أنه يجب أن يأذن به القاضي، طبقا لنص المادة 114 / 2 من م - أ - م، بقولها: "عند وقوع هذا الاتفاق يقدم الطرفان أو أحدهما طلب التطبيق للمحكمة مرفقا للإذن بتوثيقه.

تحاول المحكمة الإصلاح بينهما ما أمكن، فإن تعذر الإصلاح، أذنت بالإشهاد على الطلاق وتوثيقه".

من هنا فلا بد لإيقاع الطلاق بالخلع أن يتوفر على الشروط الآتية:

1- يجب أن يصدر من زوج يصح طلاقه شرعا، وهو الذي توفرت له أهلية أداء كاملة، إذ لا يصح طلاق الصغير والمجنون والمعتهو مقابل بدل يأخذه من الزوجة.

2- يجب أن تكون الزوجة محلا للطلاق، أي تكون في زواج صحيح أو في عدة من طلاق رجعي.

3- يجب أن تكون الزوجة عاقلة راشدة، فإن كانت مجنونة أو معتوهة أو سفيهة، بطل التزامها بأداء بدل الخلع، ووقع الطلاق بائنا، وإذا كانت الزوجة عاقلة ولكنها لم تبلغ سن الرشد، نتج عن الخلع طلاق بائن كذلك، غير أن الزوجة لا تلتزم بأداء بدل الخلع إلا بموافقة نائبها الشرعي، طبقا لأحكام المادة 116 من م - أ - م.

أخيرا يمكن القول بأن المشرع المغربي يميز الخلع بتراضي الزوجين، شريطة إجازة القاضي الموضوع.

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد تبنى رأي جمهور الفقهاء وهو أنه يجوز للزوجين الاتفاق على الخلع دون اللجوء القاضي - ودون اشتراط لصحة الخلع أن يقع أمامه أو منه - وهو ما أكدته أحكام المادة 20 من القانون رقم 01 لسنة 2000، بقولها: "للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها حكمت المحكمة بتطبيقها عليه، ولا تحكم المحكمة بالتطبيق للخلع، إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين وندبها لحكمين لموالاته مساعي الصلح بينهما، خلال مدة لا تتجاوز ثلاث أشهر وعلى الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة 18، والفقرتين الأولى والثانية من المادة 19 من هذا القانون. وبعد أن تقرر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية

بينهما وتخشى أن لا يقيم حدود الله بسبب هذا البغض، ولا يصح أن يكون مقابل خلع إسقاط حضانة الصغار أو نفقتهم أو أي حق من حقوقهم، ويقع بالخلع في جميع الأحوال طلاق بائن.

ويكون الحكم - في جميع الأحوال - غير قابل للطعن عليه بأي طريقة من طرق الطعن".

من هنا فإن المشرع المصري، يقر بأن الأصل في الخلع أن يتم بتراضي الزوجين، فإن تم على هذا النحو فلا دخل للقاضي في إيقاعه، ولا أثر لوقوعه بعيدا عنه على صحته؛ وفي حالة تعسف الزوج ورفضه الخلع بالتراضي، ورفعت الزوجة الأمر للقاضي فليس أمام القاضي خيار، سوى إيقاع الصلح بينهما.

إذا فشل الزوجان بإيقاع الخلع بالتراضي بينهما، فإن الزوجة تتقدم إلى محكمة الأسرة التابعة لها تطلب الخلع، ويقوم مكتب تسوية المنازعات الأسرية بمحاولة للصلح بين الزوجين، فيعقد هيئة المكتب بالاجتماع بأطراف النزاع، وبعد سماع أقوالهم تقوم بتبصيرهم وتبدي للطرفين النصح والإرشاد، في محاولة لتسوية الأمر ودياً، حفاظاً على كيان الأسرة⁽¹⁾.

وقد حدد المشرع المصري مدة لمكتب تسوية المنازعات في المادة 08 من قانون محكمة الأسرة رقم 10 لسنة 2004، على أنه يجب أن تنتهي التسوية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب، ولا يجوز تجاوز هذه المدة إلا باتفاق الخصوم، فإذا تم الصلح يتولى رئيس مكتب تسوية المنازعات الأسرية إثباته، في محضر يوقعه أطراف النزاع، ويلحق بمحضر الجلسة التي تم فيها، وتكون له قوة السندات واجبة التنفيذ وينتهي به النزاع في إطار ما تم الصلح فيه.

وإذا لم تسفر محاولات الصلح عن تسوية النزاع ودياً في جميع عناصره أو بعضها، وأجبر الطالب على استكمال السير فيه، يحرر محضراً بما تم منها وتوقع من أطراف النزاع أو الحاضرين عنهم، ويرفق به تقارير الأخصائيين، وتقرير من رئيس المكتب، ترفع جميعها إلى قلم كتاب محكمة الأسرة المختصة، التي ترفع إليها الدعوى وذلك في موعد 07 أيام من تاريخ طلب أي من أطراف النزاع، وذلك للسير في الإجراءات القضائية⁽²⁾.

1 - المادة 62 من قانون محاكم الأسرة رقم 10 لسنة 2004.

2 - محمد نجيب عوضين المغربي، دور القاضي في إيقاعه وسلطته في تكييف دعواه، مجلة القانون والإقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2009، عدد 81، ص 115 - 116.

من هنا فإن المشرع المصري أجاز للقاضي أن يحكم للزوجة الكارهة لزوجها بالخلع في حالة رفضه لمخالعة زوجته، مقابل رد ما بذل لها من مهر أو مال بهدف الزواج، ويملك القاضي هذه الصلاحية بمقتضى سلطته التقديرية التي يتمتع بها، والتي تشمل التفريق بين الزوجين.

كما أن المادة 20 / 2 من قانون رقم 01 لسنة 2000، تقرر بأنه إذا قررت الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها، وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما، أن يقع الخلع بطلقة بائنة، ويكون هذا الحكم في جميع الأحوال غير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن.

الفرع الثاني

دور القاضي في تقدير بدل الخلع

سنتناول في هذا الفرع تقدير بدل الخلع في الفقه الإسلامي (أولاً)؛ ثم نبين سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع في التشريع الجزائري والمقارن (ثانياً).

أولاً- تقدير بدل الخلع في الفقه الإسلامي: اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد مقدار بدل الخلع إلى ثلاثة آراء:

الرأي الأول: لا يجوز للزوج أن يأخذ مما أعطها، فإن خالعه على أن يأخذ أكثر مما أعطها وقع الخلع بقدر ما أعطها وبطل فيما زاد على ذلك، وهذا ما ذهب إليه عطاء وعمرو بن شعيب والزهري وطاووس والحسن البصري وأبو بكر من الحنبلية والأوزاعي والشعبي وغيرهم⁽¹⁾؛ واستدل أصحاب هذا الرأي بما يلي:

1- قوله تعالى: [﴿لَا يَجُوزُ لِلزَّوْجِ أَنْ يَأْخُذَ بِمَا أُعْطِيَهَا، فَإِنْ خَالَعَهَا عَلَى أَنْ يَأْخُذَ أَكْثَرَ مِمَّا أُعْطِيَهَا وَقَعَ الْخُلْعُ بِقَدْرِ مَا أُعْطِيَهَا وَبَطُلَ فِي مَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ، وَهَذَا مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ عَطَاءٌ وَعَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ وَالزَّهْرِيُّ وَطَاوُوسٌ وَالْحَسَنُ الْبَصْرِيُّ وَأَبُو بَكْرٍ مِنَ الْهَنْبَلِيَّةِ وَالْأَوْزَاعِيُّ وَالشَّعْبِيُّ وَغَيْرُهُمْ⁽¹⁾؛ وَاسْتَدَلَّ أَصْحَابُ هَذَا الرَّأْيِ بِمَا يَلِي:

ووجه الدلالة: الآية صريحة في نهي الرجل عن الأخذ من مهر الزوجة⁽³⁾.

1 - ابن حزم، المحلى، ج 09، ص 519 - 529؛ ابن قدامة، المغني، ج 07، ص 37.

2 - سورة النساء، الآية 20.

3 - ابن الهمام، فتح القدير، ج 04، ص 194.

2- ما روي أن ثابت بن قيس كانت عنده زينب بنت عبد الله ابن أبي بن سلول، وكان أصدقها حديقة فكرهته، فقال صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته التي أعطاك؟ قالت: نعم وزيادة، فقال صلى الله عليه وسلم: "أما الزيادة فلا ولكن حديقته"، فقالت: نعم، " فأخذها له وخلى سبيلها"، فلما بلغ ذلك ثابت بن قيس - رضي الله عنه - قال: قد قبلت قضاء رسول الله صلى الله عليه⁽¹⁾.

وجه الدلالة: لو كان أخذ الزائد عن الصداق جائزاً لما حدّد رسول الله صلى الله عليه وسلم المال الذي دفعه إليها صداقاً وأمرها برده له دون زيادة⁽²⁾.

3- واستدلوا عقلاً بأن العوض بدلٌ في مقابلة فسخ، فلم يزد على قدره في ابتداء العقد، كالعوض في الإقالة⁽³⁾.

الرأي الثاني: يتحدد مقدار العوض بما يتراضيا عليه دون النظر لما أعطاهما الزوج من مهر أو غيره، وهذا قول الجمهور من المالكية والشافعية والظاهرية، وبه قال عمر وابن عباس وعثمان وإبراهيم النخعي، وغيرهم؛ وذهب الحنابلة إلى أنه لا يستحب أن يكون العوض أكثر ولكن إذا تراضيا على شيء صح⁽⁴⁾؛ واستدل أصحاب هذا الرأي لصحة قولهم بما يلي:

1 - البيهقي، السنن الكبرى، ج 11، الحديث رقم 15219، ص 180 - 181.

2 - ابن الهمام، فتح القدير، ج 04، ص 195.

3 - ابن قدامة، المغني، ج 07، ص 37؛ ونوقشت أدلة القائلين بعدم الجواز الأخذ أكثر مما أعطاهما بما يلي:

أ - الاستدلال بقوله تعالى: [﴿وَالَّذِينَ يَتَّبِعُونَ عِزَّةَ اللَّهِ وَالرَّسُولَ لَأَجْرِهِمْ لَا يَرْتَدُّ إِلَيْهِمْ طَرْفَ عُيُنِهِمْ أَذْهَبُوا بِهَا عَمَّالَهُمْ وَالَّذِينَ لَا أُعْطُوا الصَّدَاقَ مِنْ نِسَائِهِمْ وَلَوْ كَانَ مِنْ عِزَّةِ اللَّهِ وَلِرَسُولِهِ لَا يَأْخُذُ اللَّهُ بَلْغَمَهُمْ لِيَتَّخِذَ اللَّهُ سَبِيلَهُ لِيُذْهِبَ عَنْهُمُ الذُّنُوبَ الَّتِي كَانُوا يَعْمَلُونَ وَالَّذِينَ يَتَّقُونَ أَجْرَهُمْ لَا يَرْتَدُّ إِلَيْهِمْ طَرْفَ عُيُنِهِمْ أَذْهَبُوا بِهَا عَمَّالَهُمْ وَالَّذِينَ لَا أُعْطُوا الصَّدَاقَ مِنْ نِسَائِهِمْ وَلَوْ كَانَ مِنْ عِزَّةِ اللَّهِ وَلِرَسُولِهِ لَا يَأْخُذُ اللَّهُ بَلْغَمَهُمْ لِيَتَّخِذَ اللَّهُ سَبِيلَهُ لِيُذْهِبَ عَنْهُمُ الذُّنُوبَ الَّتِي كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾]، فقد أوجب عنه بأن النهي في الآية إذا كان النشوز من الزوج وحده، فلا يجوز له أن يأخذ منها لأنه من العضل الذي نهي عنه الله تعالى في قوله: (... ولا تعضلوهنّ لتذهبوا ببعض ما آتيتموهنّ..) أما إذا كان النشوز منها فلا مانع من الأخذ مع الزيادة؛ ابن الهمام، فتح القدير، ج 04، ص 193 - 194؛ الجصاص، أحكام القرآن، ج 01، ص 536 - 537.

ب - الاستدلال بالحديث الذي أمر فيه صلى الله عليه وسلم زينب بنت أبي بن سلول برد الصداق دون الزيادة أوجب عنه بأنه مرسل ولا حجة فيه، فيسقط القول به؛ ابن حزم، المحلى، ج 09، ص 520.

ج - الاستدلال بأن الخلع بدلٌ في مقابلة فسخ فلا يجوز بأكثر مما وقع كما لا تجوز الإقالة بأكثر من الثمن، أوجب عنه بأنه لا خلاف أن الخلع ليس بمنزلة الإقالة، لأنه لو خالعهما على أقل مما أعطاهما جاز بالاتفاق، والإقالة غير جائزة بأقل من الثمن، ولا خلاف أيضاً في جواز الخلع يغير شيء؛ الجصاص، أحكام القرآن، ج 01، ص 538.

4 - ابن قدامة، المغني، ج 07، ص 37 - 38؛ ابن حزم، المحلى، ج 09، ص 520؛ ابن الهمام، فتح القدير، ج 04، ص 193 - 194؛ الشرييني، مغني المحتاج، ج 03، ص 351.

1- قوله تعالى: [...]
 أكثر⁽²⁾.

2- روي أن الربيع بنت معوذ بن عفراء قالت: كان لي زوج يُقَالُ الخير عليّ إذا حضر ويحرمني إذا غاب، فكانت مني زلة يوماً فقلت له: أختلع منك بكل شيء أملكه، فقال: نعم، ففعلتُ، فخاصم عمي معاذ بن عفراء إلى عثمان فأجاز الخلع وأمره بأخذ عقاص رأسي فما دونه⁽³⁾.
 وجه الدلالة: أن عثمان - رضي الله عنه - أباح أخذ الزيادة على المهر⁽⁴⁾.

3- روي أن عمر بن الخطاب أخذ امرأة ناشراً فوعظها فلم تقبل بخير، فحبسها في بيت كثير الزيل ثلاثة أيام ثم أخرجها، فقال: كيف رأيت؟ فقالت: يا أمير المؤمنين؛ لا والله ما وجدت راحة إلا هذه الثلاث، فقال عمر: اخلعها ويحك من قرطها⁽⁵⁾.
 وجه الدلالة: أن عمر أجاز أخذ كل شيء حتى القرط⁽⁶⁾.

4- ما روي أن مولاة لابن عمر اختلعت من كل شيء إلا من درعها، فلم يعب عليها⁽⁷⁾.

وجه الدلالة: أجاز ابن عمر الخلع بكل شيء، زاد على المهر أو نقص عنه⁽⁸⁾.

1 - سورة البقرة، الآية 229.

2 - القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج 02، ص 869 - 870.

3 - عبد الرزاق، المصنف، ج 06، الحديث رقم (11894)، ص 385.

4 - ابن حزم، المحلى، ج 09، ص 520. ابن القيم، زاد المعاد، ج 03، ص 52.

5 - عبد الرزاق، المصنف، ج 06، الحديث رقم (11895)، ص 385.

6 - ابن الهمام، فتح القدير، ج 04، ص 195.

7 - عبد الرزاق، المصنف، ج 06، الحديث رقم (11896)، ص 385.

8 - ابن حزم، المحلى، ج 09، ص 520؛ - ونوقشت أدلة القائلين بجواز الأخذ أكثر مما أعطاه بما يلي:

أ - الاستدلال بعموم قوله تعالى: [...]

الرأي الثالث: التفصيل بناء على نشوز الزوجة أو الزوج؛ وهو قول الحنفية فعندهم لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته شيئاً إذا كان هو المتسبب في إجراء المخالعة، لعدم إيفاء الزوجة حقوقها وإذا كانت هي المتسببة لإجراء المخالعة لنشوزها وعدم قيامها بحق الزوج فيجوز للزوج أن يأخذ منها بقدر ما أعطها لا أكثر⁽¹⁾.

واستدلوا بقوله تعالى: [﴿لَا يَجْرِمَنَّكَ شُرَاطُكَ بِهِمْ وَإِنَّكَ لَفِي عَيْنِهِمْ خَالٍ﴾]⁽²⁾؛ فهي لا تفصل بين ما أعطها وبين الزيادة عليه، ولا بين النشوز منه أو منها؛ وأما وجه الكراهة إذا كان النشوز منها، فترجع إلى ما روي في اختلاع زوجة ثابت منه، وقد جاء في هذه الرواية نهي الرسول صلى عليه وسلم عن الزيادة. وكان النشوز منها، فكان هذا النهي نفيًا لإباحة أخذ ما زاد على ما أعطها، فكان مكروهاً. وهو يدل أيضاً على كراهة العوض والزيادة إذا كان النشوز من الزوج⁽³⁾.

الترجيح: بعد عرض أدلة كل فريق ومناقشتها أرجح أن زيادة بدل الخلع عن المهر جائز لما يلي:

1- قوة الأدلة الرأي الذي يميز أخذ الزيادة عن المهر وصحة الاستدلال بها؛ ضف إلى ذلك ضعف أدلة القائلين بعدم الجواز الزيادة على المهر.

2- فضّل الله سبحانه وتعالى في مسألتي الخلع والطلاق بصورة واضحة، والآية التي ساقوها للدلالة على قولهم ليست موضوع نزاع، لأن الجميع متفق على منع أخذ الرجل مهر زوجته أو الزيادة إذا كان النشوز منه.

[...، سورة البقرة، الآية 229؛ أوجب عنه بأنه يعارض قوله تعالى: (وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتهم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً (...))، الذي لا يميز الأخذ من المهر شيئاً بل يمنعه؛ ابن الهمام، فتح القدير، ج 04، ص 194؛ الجصاص، أحكام القرآن، ج 01، ص 536.
 ب - الاستدلال بالأثار الواردة عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعبد الله بن عمر - رضي الله عنهم - ، أوجب عنها من وجهين:
 - أنها مروية عن الصحابة - رضي الله عنهم - وهي مخالفة ومعارضة لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هو الأولى بالإتيان.
 - أنها معارضة لقوله تعالى: (... فلا تأخذوا منه شيئاً...)، فلا يجوز الاستدلال بها؛ ابن الهمام، فتح القدير، ج 04، ص 195.

1 - المرغيباني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج 02، ص 14.
 2 - سورة البقرة، الآية 229.
 3 - المرغيباني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج 02، ص 14.

ثانيا- سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع في التشريع الجزائري والمقارن: لقد أجاز فقهاء الشريعة الإسلامية أن كل ما صح أن يكون صداقا صح أن يكون مقابل في الخلع؛ وهو أهم شرط من شروط المخالعة، لأن الخلع طلاق بعوض، ومقابل الخلع هو ما تلتزم به الزوجة لزوجها في مقابل طلاقها؛ والأصل في بدل الخلع أن يتفقا عليه الزوجان، أو أن يكون بإيجاب من أحدهما وقبول الآخر؛ أما إذا لم يتفقا الطرفان على بدل الخلع فهنا يثور الإشكال؟

فالمشعر الجزائري تناول ذلك من خلال المادة 2/54 من ق- أ، بقولها: " إذ لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

من هنا فإن المشعر الجزائري لم يبين لنا ما يصح أن يكون بدلا للخلع وشروطه مما يتعين معه الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي، لاسيما المذهب المالكي؛ باعتباره استعمل مصطلح "مال" ليعبر به عن بدل الخلع، والمال يمكن أن يكون من النقود والأوراق المالية المعروفة والمتداولة وكذا كل الأشياء التي يمكن تقويمها نقدا أو عينا، ولهذا يمكن أن يكون بدل الخلع الذي تدفعه الزوجة هو مؤجل صداقها أو نفقة عدتها المقررة شرعا وقانونا، ولكنه لا يجوز للزوجة التنازل عن حضانتها أولادها للزوج مقابل طلاقها خلعاً، لأن الحضانة هي حق للمحضون، وليس للزوجة حق الغير بدلا للخلع للحصول على طلاقها من زوجها الذي لم تعد ترغب في العيش معه. وفي جميع الأحوال يجب أن يكون مقابل الخلع معلوما ومتفقا عليه بين الزوجين.

أما إذا اتفقا على الطلاق بالخلع ولم يحصل اتفاقهما على المقدار المالي المقابل للخلع فإنه يجوز للقاضي أن يتدخل لحسم الخلاف القائم بين الزوجين، حول المبلغ المطلوب أدائه فيحكم بالطلاق خلعاً مقابل مال لا يتجاوز قيمته قيمة المهر الذي يقدم عادة لمثل الزوجة وقت صدور الحكم بالطلاق على أساس الخلع حسب أعراف كل منطقة.

وقد كرس الاجتهاد القضائي الجزائري سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع من خلال عدة قرارات، منها قرار المجلس الأعلى سابقا المؤرخ في 1968/05/22، والذي جاء فيه: " من المقرر شرعا أنه إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع وليس على مبلغه، فلقضاة الموضوع السلطة المطلقة لتحديده بناء على الصداق المعجل، وما يثبت لهم من الظلم، وينتج عن الخلع بمجرد قبوله فسخ الزواج دون حاجة إلى اشتراط أدائه

فورا، إذ تمكن فوق ذلك تأجيل دفعه، كما يسوغ أن يكون شيئا غير موجود وقت الاتفاق"⁽¹⁾. وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1985/04/22 بقولها: "من المقرر فقهاً أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره، فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع، باعتباره أن ذلك يعتبر اتفاقاً على مبدأ الطلاق بالخلع، ومن ثم يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق. وتأكيداً لهذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها، واشترط الزوج خلعا قدره 50 ألف دج، رغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع وطلبهما له معا"⁽²⁾.

فالملاحظ أن الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا أعطى سلطة تقديرية واسعة لقضاة الموضوع في تقدير بدل الخلع، وهو نفس الشيء بالنسبة للمشرع الجزائري إلا أن هذا الأخير قيده بأن لا يتجاوز مقدار بدل الخلع مهر المثل وقت صدور الحكم؛ وذلك مع مراعاة عدم التعسف والمغالاة في المبالغ التي تمت المخالعة بها؛ ويتولى القاضي تحديد وتقدير مقابل الخلع مراعيًا في ذلك مبلغ الصداق الذي تم دفعه من طرف الزوج وفترة الزواج وأسباب طلب الخلع، والحالة المادية للزوجة لأنها هي المطالبة بدفع المقابل، علماً أن هذه العناصر للاستئناس فقط، وإذا كانت الزوجة قاصر فعلى القاضي أن يراعي مصلحتها عند تقدير بدل الخلع.

كما أنه يجب على القاضي عند تقديره لبدل الخلع أن ينطق به عند صدور الحكم بالطلاق وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 11 / 10 / 2006: "لا يمكن القضاء بحفظ بدل الخلع، والقاضي ملزم بالحكم به عند النطق بالطلاق خلعاً، سواء اتفق الطرفان عليه أم اختلفا"⁽³⁾.

أما بالنسبة للأساس القانوني الذي يعتمد عليه القاضي لاستحقاق التعويض عند الحكم بالخلع أن الزوجة في طلبها للخلع تستعمل حقاً خالصاً لها يقابل حق الزوج في إيقاع الطلاق، إذ لا يملك القاضي رفض طلبها، وينحصر دور القاضي في تقدير بدل الخلع فقط؛ وهو ما يستنتج من خلال نص المادة 54 من ق- أ.

1 - المجلس الأعلى، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 1968/05/22، ن - ش، عدد 01، 1968، ص 111؛ نقلاً عن: بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05 - 02، المرجع السابق، ص 286.

2 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 1985/04/22، ملف رقم 36709، م - ق، عدد 01، 1989، ص 92.

3 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 2006/10/11، ملف رقم 365244، م - م - ع، عدد 01، 2007، ص 467.

وطالما أن الخلع حق للمرأة وأن هذا الحق يخضع لمشيئتها وإرادتها، ينبغي إذن التعرض لبحث ضوابط استعمال هذا الحق، إذ المقرر أن الحق، أي حق كان، دائما محدود بما ليس فيه مساسا بالغير، بإساءة استعماله أو التعسف فيه، وهي ضوابط أخلاقية في المقام الأول، وإن كفل لها القانون الحماية الواجبة، وبناء عليه فإنه يتعين البحث حول كيفية استخدام الزوجة لحقها في طلب الخلع، ومدى اتفاهه وسلوك الزوجة السوية في مثل هذه الحالة⁽¹⁾.

فالمشرع الجزائري قد جعل الخلع من قبيل الحقوق المقررة للمرأة، فإذا ما كرهت زوجها ونفرت منه ووجدت استحالة في مواصلة الحياة الزوجية استعملت حقها فيه، وليس للقاضي الخيار في رفض طلبها إذا ما استوفت دعواها شروطها الإجرائية.

وفي هذه الحالة أليس من المتصور أن تتعسف الزوجة في استعمال هذا الحق؟ وإذا توافرت عناصر هذا التعسف ألا يرتب ذلك مسؤوليتها في مواجهة الزوج بتعويضه عن الأضرار المعنوية والمادية التي أصابته؟ وهل يعتبر إلزام الزوجة بدفع بدل الخلع المساوي لقيمة مهر المثل وقت الحكم تعويضا حقيقيا لما أصاب الزوج من ضرر؟

و مادام أن الزوج له الحق في أن يوقع الطلاق بإرادته المنفردة ولا يعتبر حكم القاضي منشأ للطلاق، بل كاشفا لإرادة الزوج، وأنه يحق للزوج أن لا يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق، بما أن المشرع جعل العصمة بيد الزوج، فالزوج يفصح عن إرادته في الطلاق، أي فك الرابطة الزوجية، إذ لم يقيد المشرع بأي شرط أو التزام، فما على القاضي إلا الإستجابة لذلك ويصدر حكمه بالطلاق.

على أن الطلاق الذي يوقعه الزوج بدون مبرر شرعي يسمح للزوجة بطلب التعويض عن الضرر اللاحق بها، فالزوج استعمل حقا خالصا له، ولكنه تعسف فيه، فهذا التعويض يكون على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق؛ وقد نصت المادة 24 مكرر من ق- م، وصف الخطأ للتعسف في استعمال الحق إلا إذا اتخذ ثلاث حالات وهي:

1- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

2- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنظر إلى الضرر اللاحق بالغير.

1 - أحمد حسام النجار، الخلع ومشكلاته العملية والمنازعات المتعلقة به وإجراءاته العملية وأحكامه، دار الكتب القانونية، القاهرة، ط 2004 م، ص

3- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة .

وحتى إذا أقدم الزوج على طلب الطلاق ولم يتمكن من تبريره فهو طلاق تعسفي؛ وقد استقر الاجتهاد القضائي على أن الطلاق غير المبرر هو طلاق تعسفي. وقياسا على ذلك فإنه على الزوجة المخالعة كذلك أن تبرر أسباب لجوئها إلى طلب الخلع، وأن استعمالها لحقها في الخلع يجب أن يكون موافقا لنص المادة 124 مكرر من ق- م.

فمن الناحية الطبيعية أن الزوجة شأنها في ذلك شأن غيرها يمكن أن تتعسف في استعمال حق الخلع، كما لو كان الزوج رجلا صالحا، وقائما بواجباته الزوجية والأسرية على الوجه الشرعي والقانوني، ثم تَعَمَدُ الزوجة إلى استعمال حقها في الخلع، فتوقعه رغم تمسكه بها، وامتناله للصلح معها رغم تعنتها لأسباب ودوافع ذاتية لا ترجع إليه.

من هنا تعتبر الزوجة قد تعسفت في استعمال حقها، وانخرقت عن مقصده؛ ومن ثم ألا يرتب ذلك مسؤوليتها قبل زوجها التي تلزمها بتعويض زوجها من جراء هذا التعسف؟ أليس في ذلك الرأي ما يشكل ضابطا موضوعيا وقانونيا وأخلاقيا وشرعيا لاستعمال هذا الحق؟

ولعل في ترتيب مسؤولية المختلعة قبل زوجها مالا يتعارض مع الشرع أو المنطق أو العقل، وذلك لتوافر العلة المبتغاة وهي ضبط استعمال هذا الحق تفاعلا مع معطيات الواقع غير المتناهية ببسط هذه القاعدة فيما يتضمنه من رقابة أخلاقية اجتماعية وقانونية، لضبط إيقاع هذا الحق إذا ما أسيء استعماله. ولا شك أن في هذا المسلك ما يقبله العقل ويقره المنطق، ذلك أنه على هذا النحو إنما نعتبره من قبيل المصالح المرسله التي عرضت بصدور هذا التشريع⁽¹⁾.

إن هذه المسؤولية تجد أساسها في القواعد القانونية المقررة والتي تطرقنا إليها في استحقاق الزوجة للتعويض عند الطلاق التعسفي؛ وكما أن إساءة استعمال الطلاق يقابله تعويض، فإنه من المنطقي أن إساءة استعمال الخلع يقابله كذلك التزام بتعويض الزوج عما لحقه من ضرر. وقد أعطى المشرع الجزائري للقاضي سلطة في تقدير بدل الخلع في حالة عدم الاتفاق بما لا يتجاوز صدادق المثل وقت الحكم، فهل يعتبر صدادق المثل كافيا لجبر الضرر اللاحق بالزوج عند الحكم بالخلع؟ وهل يحق له المطالبة بتعويض يتجاوز هذه القيمة.

1 - أحمد حسام النجار، المرجع السابق، ص 61 - 62.

إن المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 54 من ق- أ؛ لم ينص للزوج الحق في التعويض في حالة إساءة استعمال الزوجة لحق الخلع، إذ أن صداق المثل قد لا يكون كافيا لجبر الضرر اللاحق بالزوج. فإن ادعى الزوج أنه قد تضرر من استعمال الزوجة لحقها في الخلع يقع عليه عبء إثبات هذا الضرر، فيلتزم بإثبات عناصر هذا التعسف؛ ويرخص له في ذلك باستعمال كافة طرق الإثبات القانونية المقررة، فعليه مثلا أن يثبت أن الزوجة قد انحرفت عن المسار المألوف للزوجة العادية، إذ أنه لم يدفعها إلى طلب الخلع بإساءة عشرتها، أو أنها إنما لجأت لإتباع هذا السلوك أنانية منها، ولدوافع ذاتية فقط.

وللزوجة في مقابل ذلك نفي ما تقدم به الزوج وإثبات دوافعها الحقيقية وراء طلب الخلع، وللقاضي الناظر في الدعوى بما له من سلطة تقديرية أن يقضي بأن الزوجة متعسفة في طلب الخلع، وبالتالي تلتزم بتعويض الزوج عما لحقه من ضرر؛ وإما أن الزوجة قد إستعملت حقها في حدود ما وضع له، وأنها قد حققت منه فائدة مشروعته، وأن الزوج لم يلحقه ضرر وبالتالي لا يلزمها بالتعويض.

من هنا فإن المشرع الجزائري لا يعتبر بدل الخلع تعويضا، ذلك لأنه قد جعل التعويض عن كل خلع يقضي به القاضي سواء كان للزوجة أسبابا ودوافعا كافية، أو كان طلبها للخلع بغير مبرر شرعي وقانوني، وهذا ما يتنافى مع القواعد العامة في المسؤولية عن تعويض الضرر؛ كما أنه قد حدد هذا التعويض بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل، إلا أنه يمكن أن يلحق بالزوج ضرر معنوي لا يتناسب مع هذه القيمة التي حددها المشرع الجزائري طبقا لأحكام المادة 54 من ق- أ.

أما من الناحية العملية فقد قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1992 /07/21 بأنه: "من 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.

إن المادة المذكور من (ق- أ) تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال، دون تحديد نوعه كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره، وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم، دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة، لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا.

وعليه فإن قضاة الموضوع - في قضية الحال - لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون؛ ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن⁽¹⁾.

ما يستخلص من هذا القرار أنه جعل بدل الخلع لا يتجاوز قيمة صداق المثل كتعويض للزوج عند استعمال الزوجة حقها في الخلع منعا للابتزاز والتعسف، ومن جهة أخرى يمكن أن لا يتناسب وحجم الضرر اللاحق بالزوج، بل أن القاضي إذا لم يكن له سلطة في أن يقضي بتعويض أكثر من ذلك فإنه لا يدخل في تفاصيل طلب الزوجة للخلع، ولا يبحث في الأسباب والدوافع التي جعلتها تقيم هذه الدعوى؛ لأن استحقاق الزوج لهذا المبلغ هو في كل حالة خلع سواء كان للزوجة أسباب ودوافع أو لم يكن لها. ويقضي به القاضي سواء كان مناسبا للضرر اللاحق بالزوج أو لا يتناسب معه وقد يكون في ذلك إجحاف بحق الزوج في جبر الضرر اللاحق به.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد تناول مسألة الخلع من خلال أحكام المواد من (115، 120) من م- أ- م؛ حيث نصت المادة 115 على: "للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا لأحكام المادة 114 أعلاه".

ما نلاحظه من خلال هذه المادة أنه يمكن للزوجين أن يتفقا على الطلاق بواسطة الخلع نظير عوض تدفعه الزوجة لزوجها إذا كرهت العيش مع زوجها، بخلاف القانون الجزائري الذي نص في مادته 54 من ق- أ، على أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها دون موافقة زوجها.

أما بالنسبة لبدل الخلع فإن المشرع المغربي نص على ذلك من خلال أحكام المادة 118 من م- أ- م، بقولها: "كل ما صح الالتزام به شرعا، صلح أن يكون بدلا في الخلع، دون تعسف ولا مغالاة".

ومن هنا فإن بدل الخلع لا يصح أن يكون عبارة عن شيء أو حق أو عمل محرم، وإلا وقع الطلاق بائنا مع سقوط بدل الخلع؛ ويصح أن يكون بدل الخلع عبارة عن منقول أو عقار، مؤجلا أو معجلا، ملكا أو منفعة، ويصح أن يكون عبارة عن إبراء من دين كالنفقة أو أجره الحضانة أو أجره الرضاع، أو القيام بعمل مشروع. والمهم هو أن يدخل في دائرة التعامل ويقوم بالنقود، إذا لم يكن هو عبارة عن نقود؛ ولكن يشترط عدم التعسف وعدم المغالاة في بدل الخلع، أي أن يتم تحديد البديل بالمعروف.

1 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 21 / 07 / 1992، ملف رقم 83603، إ- ق، عدد خاص، 2001، ص 134.

أما في حالة عدم الاتفاق على مقابل الخلع فإن المشرع المغربي تناول ذلك من خلال أحكام المادة 120 من م-أ-م، بقولها: "إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع واختلفا في المقابل، رفع الأمر إلى المحكمة بمحاولة الصلح بينهما، وإذا تعذر الصلح، حكمت المحكمة بنفاذ الخلع بعد تقدير مقابله، مراعية في ذلك مبلغ الصداق، وفترة الزواج، وأسباب طلب الخلع، والحالة المادية للزوجة...".

ما يتضح لنا من خلال هذه المادة أنه إذا تم الاتفاق على مبدأ الخلع، اختلفا الطرفين حول بدل الخلع، فإن القاضي وبعد رفع طلب إليه يحاول الإصلاح بينهما، فإن توفيق فذلك هو المطلوب شرعا وقانونا، وإن تعذر ذلك الإصلاح، فيحكم بينهما بنفاذ الخلع بعد تقدير مقابله، وفي إطار سلطته التقديرية، مستنداً في ذلك على مبلغ الصداق، وفترة الزواج، وأسباب طلب الخلع، والحالة المادية للزوجة لأنها هي المطالبة بدفع بدل الخلع، علماً بأن هذه العناصر يعتمد عليها القاضي للاستئناس فقط.

كما يجب على القاضي عند تقديره لبدل الخلع أن لا يتعسف ولا يغالي في تقديره طبقاً لأحكام المادة 118 م-أ-م.

بالنسبة للأساس القانوني الذي يعتمد عليه القاضي في تقدير بدل الخلع فيجب عليه أن يأخذ بنص المادتين 118 و120 م-أ-م.

بالنسبة للمشرع المصري فقد نصت المادة 20 من القانون رقم 01 لسنة 2000 بقولها: "للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه، وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها، وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية والشرعية، وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها حكمت المحكمة بتطبيقها عليه".

إن المشرع المصري يميز للزوجة أن تفتدي نفسها بأن ترد لزوجها ما قبضته من المهر بإجراءات العرض والایداع أمام المحكمة أو بوساطة محضر وأن تتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية من مؤخر صداق ونفقة متعة ونفقة العدة، والمقصود بالمهر الذي تلتزم به المرأة برده وإيداعه في خزانة المحكمة هنا، هو المهر الحقيقي وليس المسمى صورياً، ويجوز للزوج بأن يدفع بصورية المهر ويطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات المهر الحقيقي الذي قبضته الزوجة بالطرق المقبولة قانوناً.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه: "لما كانت المطعون ضدها قد أقامت الدعوى بطلب التطلاق على الطاعن خلعاً، لبغضها الحياة الزوجية معه، وخشيها ألا تقيم حدود الله ولم تقدم الدليل على

وجود مانع لديها من الاحتباس لحقه استيفاء للمقاصد الشرعية من عقد الزواج، ومن ثم فإنها لا تستحق النفقة عليه من تاريخ إقامتها دعواها وتصريحها بالتنازل عن حقوقها المالية الشرعية قبله، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا نفقة زوجية عن المدة من تاريخ رفع الدعوى حتى صدور الحكم بتطليقها عليه خلعا، فإنه يكون معيباً بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه"⁽¹⁾.

فالتنازل يشمل كافة حقوق المرأة المالية الشرعية من مؤخر صداق، ومتجمد نفقة زوجية لم تقبضها بعد ونفقة عدتها وحقتها في متعتها، ولكن لا يشمل التنازل الشبكة وهدايا الخطبة لأنها حقوق مترتبة على الخطبة وليس على الزواج أو التطليق"⁽²⁾.

أما إذا اتفق الزوجان على أن بدل الخلع يكون حضانة الصغار، فإن المشرع المصري لا يجيز أن يكون بدل الخلع اسقاط حضانة الصغار أو نفقتهم أو أي حق من حقوقهم، وهو ما قضت به محكمة القاهرة الابتدائية في قرارها بتاريخ 18 / 03 / 1956 بقولها: "إذا إحتلعت المرأة عن زوجها على أن تترك ولدها عند الزوج، فالخلع جائز، والشرط باطل إذ أن الأم تكون أحق بالولد فإن كون الولد عندها أنفع له"⁽³⁾.

من هنا فلا يقضي القاضي في دعوى الخلع إلا بعد التحقق الشروط التالية:

1- قيام الزوجة قبل رفع دعواها بطلب الخلع بتقديم الطلب إلى مكتب تسوية المنازعات الأسرية طبقاً لأحكام المادة 09 من قانون 10 لسنة 2004 وذلك من خلال المحضر المثبت فيه عدم التوصل إلى تسوية ودية للنزاع مع زوجها.

2- قيام القاضي ببذل مساعي الصلح بين الطرفين وعدم النجاح في ذلك.

3- الاستعانة بحكمين لموالاته مساعي الصلح وعدم التوصل إلى الصلح بين الطرفين.

4- اصرار الزوجة على طلب الخلع بأن تقر صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها، وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما.

1 - الطعن رقم 670 لسنة 74 ق أحوال الشخصية جلسة 19 / 12 / 2007؛ نقلا عن: سحر عبد الستار إمام، ضمانات حقوق المرأة الاجرائية في قوانين الأحوال الشخصية المصرية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2012م، ص 75 - 76.

2 - ولا يشمل التنازل أيضا أعيان الجهاز التي تمتلكها الزوجة بموجب عقد الزواج، إذ تخرج عن نطاق الحقوق المالية الشرعية واجبة التنازل، ولا يمتد التنازل كذلك إلى العقارات أو الأموال السائلة التي تملكها الزوجة؛ سحر عبد الستار إمام، المرجع نفسه، ص 78.

3 - محكمة القاهرة الابتدائية، قرار بتاريخ 18 / 03 / 1956؛ نقلا عن: أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق، المرجع السابق، ص 996.

فإذا تحقق القاضي من توفر هذه الضوابط، فإنه يقضي بتطليق المرأة خلعا شريطة أن تتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية، وأن ترد عليه مقدم الصداق الذي أعطاه لها؛ فسلطة القاضي في دعوى الخلع مقيدة، بمعنى أنه يتثبت من توافر شروط دعوى الخلع، ومرورها بالمراحل المبينة في القانون، فلا يملك القاضي سلطة تقديرية في بحث ما إذا كان هناك ضرر ألم بالمرأة من عدمه، لأنه لا يشترط لقبول دعوى الخلع أن يكون هناك ثمة ضرر لحق بالزوجة دفعها لطلب التطليق خلعا، بل أنه يتم بمجرد إقرار الزوجة صراحة بغضها لزوجها، واستحالة استمرار الحياة الزوجية معه دون بيان أسباب هذا البغض، فيكفي إصرارها على الخلع، ورفضها لمحاولات الصلح التي قام بها القاضي والحكمان من قبل، ويقضي القاضي بتطليق الزوجة خلعا دون حاجة لموافقة الزوج فالخلع لا يتوقف على رضى الزوج.

من هنا يمكن القول بأن المشرع المصري يميز للزوجة أن تفتدي نفسها، بأن تتنازل لزوجها عن جميع حقوقها المالية والشرعية، وأن ترد له ما قبضته من الصداق.

وفي الأخير فإن المشرع الجزائري قد جعل بدل الخلع غير متجاوز صداق المثل، وهو نفس الشيء بالنسبة للمشرع المغربي الذي جعل بدل الخلع، كل ما صح الالتزام به شرعا دون تعسف ولا مغالاة طبقا لأحكام المادة 118 من م - أ - م، أما بالنسبة للمشرع المصري فإنه جعل بدل الخلع تنازل الزوجة عن جميع حقوقها المالية والشرعية، وأن ترد له الصداق الذي قدمه لها طبقا لأحكام المادة 20 من القانون رقم 01 لسنة 2000.

الباب الثاني

السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة

في الآثار المترتبة على نشوء الرابطة الزوجية و انحلالها

إن للزواج والطلاق آثار كبيرة، فهناك ما يمس الزوجين، كالنفقة الزوجية و نفقة العدة و النزاع حول متاع البيت، وهناك ما تتعدى الزوجين، وتنتقل إلى الأولاد والمتمثل في النسب و حضانة الصغار، فكل من المشرع الجزائري والمغربي والمصري منحوا لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية في هذه المسائل، وهذا ما سنتناوله من خلال الفصلين الآتيين:

الفصل الأول: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الآثار المالية للزواج وانحلاله.

الفصل الثاني: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في النسب والحضانة.

الفصل الأول

السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة

في الآثار المالية للزواج وانحلاله

عقد الزواج كغيره من العقود ينتج آثاراً قانونية تترتب بمجرد انعقاده، وآثار عقد الزواج ليست من طبيعة واحدة، و التي من آثارها تمس طرفيه تتمثل في الحقوق والواجبات الزوجية، فهناك حقوق وواجبات مادية معنوية، وما يهمننا في دراستنا هته الحقوق والواجبات المالية، المتمثلة في نفقة الزوجية ونفقة الأولاد، وذلك باعتبارهما أنهما يخضعان لتقدير القاضي في حالة النزاع حول مقدار النفقة.

وكذلك نفس الشيء بالنسبة للآثار المالية التي يحكم بها القاضي بعد الحكم بالفرقة بين الزوجين، والمتمثلة في نفقة العدة والمتعة و أجره الرضاع.

كما أنه يجوز للقاضي التدخل وفض النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في حالة النزاع حول متاع البيت، وهذا ما سنتطرق إليه من خلال المباحث الآتية:

المبحث الأول: الآثار المالية الناتجة عن الزواج وتقدير القاضي لها.

المبحث الثاني: الآثار المالية الناتجة عن انحلال الزواج وتقدير القاضي لها.

المبحث الثالث: مجال تدخل القاضي في النزاع حول متاع البيت.

المبحث الأول

الآثار المالية الناتجة عن الزواج وتقدير القاضي لها

من بين الآثار المالية المترتبة على عقد الزواج النفقة، و ما دام أن من قوامه الرجل على أسرته وأهل بيته، الإنفاق عليهم، ورعاية شؤونهم، والاهتمام بمصالحهم، وهو وحده المطالب شرعا بأن يوفر لزوجته و أولاده نفقة تسد حاجاتهم، ولا يحتاجون بعدها لأحد.

وحتى تكون نفقة الزوجة واجبة على زوجها، فقد قيّدت بمجموعة من الشروط كوجود عقد زواج صحيح، مع عدم نشوزها، وخروجها من البيت بلا إذن ولا رغبة منه.

وقد أُلزم الزوج شرعا بالإنفاق على زوجته، لأجل احتباسها، لأنها بزواجها به، قد أوقفت نفسها عليه، لخدمته وقضاء شؤونه دون غيره، لا يشاركه في ذلك غريب، ولا يزاحمه فيها قريب.

أما فيما يخص فرض النفقة للزوجة فيكون بإحدى وسيلتين؛ الأولى في حالة تراضي الزوجين على النفقة المقدرة، وهنا لا يثور أي إشكال؛ أما في حالة عدم التراضي بين الزوجين على مقدار النفقة، فالقاضي هو الذي يقوم بتقديرها.

من هنا تبرز سلطة القاضي التقديرية في تقدير النفقة، وهذا ما سنتطرق إليه من خلال هذا المبحث، و قبل ذلك لا بد لنا أن نتناول النفقة الزوجية في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري والمقارن في (المطلب الأول)، ثم نبين سلطة القاضي في تقدير النفقة الزوجية في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

النفقة الزوجية في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري والمقارن

من المعلوم أن الزوجة بمقتضى عقد الزواج الصحيح تصبح مقصورة على زوجها، ومحبوسة لحقه، وتلتزم بطاعته وبالقرار في بيته، وتدير شؤون منزله وحضانة وتربية الأولاد، وعليه مقابل ذلك أن يقوم بكفائتها والإنفاق عليها ما بقيت الزوجية قائمة بينهما ولم يوجد نشوز أو سبب يمنع من النفقة.

ومن هنا سنتناول في هذا المطلب ماهية النفقة في (الفرع الأول)؛ ثم نتطرق لعناصر النفقة في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

ماهية النفقة

أولاً: تعريف النفقة: 1- لغة: - " نفق" النون والفاء أصلان صحيحان؛ يدل أحدهما على انقطاع شيء ذهابه، والأخر على إخفاء شيء وإغماضه⁽¹⁾؛ نفقت الدابة تنفق نُفُوقاً، أي ماتت⁽²⁾. وَنَفَقَ البيع يَنْفُقُ بالضم نفاقاً: راج. ونفقت السلعة تنفق نفاقاً، بالفتح: غلت وزغب فيها⁽³⁾؛ وأنفق الرجل إذا افتقر وذهب ماله⁽⁴⁾؛ ومنه قوله تعالى: [...] ومنه قوله تعالى: [...]⁽⁵⁾.

والتَّفَاق بالكسر: فعل المنافق، وهو الدخول في الإسلام والخروج عنه من آخر، وقد نافق منافقة ونفاقاً⁽⁶⁾. والنفقة: ما أنفق، والجمع نفاق؛ وخلاصة القول التي تجمع الفعل نفق هو الإخفاء والانقطاع. النفقة في اللغة بمعنى الإخراج والذهاب، يقال نفقت الدابة إذا خرجت من ملك صاحبها بالبيع، والمصدر النفوق كالدخول، والنفقة اسم مصدر وجمعها نفقات.

2- إصطلاحاً: تعددت تعريفات الفقهاء للنفقة فعرفها الحنفية بأنها: "الإدراج على الشيء بما يقوم به بقاؤه"⁽⁷⁾؛ أو هي: "هي طعام والكسوة والسكن"⁽⁸⁾؛ أما المالكية فقالوا بأنها: "هي ما به قوام معتاد لحال

1 - أحمد فارس بن زكريا بن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة (نفق)، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الجليل، بيروت، ط 01، 1991م، ج 05، ص 454.

2 - الخليل بن أحمد الفراهيدي، العين، مادة (نفق)، تحقيق: مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، مؤسسة دار الهجرة، ط 02، 1409هـ، ج 05، ص 177.

3 - ابن منظور، لسان العرب، مادة (نفق)، دار إحياء التراث العربي، ط 01، 1405هـ، ج 10، ص 357.

4 - فخر الدين الطريحي، مجمع البحرين، مادة (نفق)، تحقيق: السيد أحمد الحسيني، مكتب نشر الثقافة الإسلامية، ط 02، ج 04، ص 354.

5 - سورة الإسراء، الآية 100.

6 - محمد المرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، مكتبة الحياة، بيروت، لبنان، ج 07، ص 79.

7 - ابن همام، شرح فتح القدير، ج 04، ص 378.

8 - ابن العابدین، حاشية ابن عابدين، ج 05، ص 278.

لحال الآدمي دون سرف"⁽¹⁾؛ أما الشافعية فقالوا بأن النفقة هي: " قدر الكفاية، وهو ما يستقل به دون ما شيع"⁽²⁾؛ أو هي: " ما تشمل الطعام و الكسوة والسكنى"⁽³⁾.

أما الحنابلة فالنفقة عندهم هي: " كفاية من يمونه خبزاً، وأدماً، و مسكناً وتوابعها"⁽⁴⁾.

وعرّفها الفقهاء المعاصرين بأنها: " ما تحتاج إليه الزوجة في معيشتها من طعام وشراب ومسكن وخدمة ونحو ذلك، مما يلزم توفره لها حسبما اعتاده الناس وجرى به العرف الصحيح. وهي حق ثابت للزوجة على زوجها، باعتبارها من الآثار المترتبة على عقد الزواج الصحيح، مقابل احتباسها وتفرغها للزوج، وعدم انشغالها بأي أمر آخر إلا برضاه وموافقته، باستثناء التكاليف والواجبات الشرعية"⁽⁵⁾؛ أو هي: " ما يصرفه الزوج على زوجته، وأولاده، وأقاربه، من طعام وكسوة وعلاج، وكل ما يلزم للمعيشة بحسب المتعارف بين الناس وحسب وسع الزوج"⁽⁶⁾؛ أو هي كل ما تحتاج إليه الزوجة لإقامة حايتهها.

أما بالنسبة للحديث عن أسباب النفقة يستلزم ذكر أقسامها، فالنفقة في الشريعة الإسلامية قسمان: نفقة تجب للإنسان على نفسه، وهي مقدمة على نفقة غيره⁽⁷⁾.

ونفقة تجب على الإنسان لغيره، وأسباب وجوبها ثلاثة: النكاح، والقراة، والملك، وقد حصر الفقهاء أسباب النفقات الواجبة لشخص على غيره في الأمور الثلاثة⁽⁸⁾.

ما يهمنا في بحثنا هو النفقة الزوجية التي معناها إنفاق الزوج على زوجته، غنية كانت الزوجة أو فقيرة، مسلمة أو غير مسلمة⁽⁹⁾، فهي حق أصيل من حقوقها على زوجها بسبب انحباسها لحق الزوج الثابت بالنكاح.

1 - الخرشى، الخرشى على مختصر سيدي خليل، ج 04، ص 183.

2 - النووي، روضة الطالبين، ج 09، ص 85.

3 - الشريبي، مغني المحتاج، ج 03، ص 426.

4 - البهوتي، كشاف القناع، ج 05، ص 459.

5 - عبد العزيز رمضان سمك، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م، ص 251.

6 - أما بالنسبة للمشرع الجزائري لم يعرف النفقة غير أنه حدد ما يعتبر من مشتملاتها؛ د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 340.

7 - عبد الله بن الشيخ الحسن الكوهجي، زاد المحتاج شرح المنهاج، تحقيق: عبد الله بن إبراهيم الانصاي، دار إحياء التراث الإسلامي، قطر، ط 02، ج 03، ص 563.

8 - ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 05، ص 278؛ البهوتي، كشاف القناع، ج 05، ص 460.

9 - ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 05، ص 278.

ثانياً- حكم النفقة الزوجية: النفقة الزوجية حق للزوجة على زوجها، سواء أكانت الزوجة غنية أو فقيرة، مسلمة أم غير مسلمة؛ زفت إليه أم لم تزف، وسواء أكان الزوج غنياً أو فقيراً، مريضاً أم صحيحاً، حاضراً أم غائباً أم محبوساً، لأن استحقاقها للنفقة ثابت لها باعتبارها زوجة، وقد ثبت وجوب نفقة الزوجة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

1- من الكتاب: قوله تعالى: [...] والمراد بالمولود له الزوج والضمير في قوله رزقهن رزقهن عائد على الزوجات؛ وقوله أيضاً: [...]⁽¹⁾، والمراد بالمولود له الزوج والضمير في قوله رزقهن رزقهن عائد على الزوجات؛ وقوله أيضاً: [...]⁽²⁾.

2- من السنة النبوية: قوله صلى الله عليه وسلم في حديث حجة الوداع عن جابر قال: "ألا واستوصوا بالنساء خيراً فإنما هن عوان عندكم، أخذتموهن بأمانة الله فاستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"⁽³⁾.

وقوله صلى الله عليه وسلم لهند بنت عتبة: "خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف"⁽⁴⁾.

3- من الإجماع: اتفق المجتهدون من عصره صلى الله عليه وسلم إلى عصرنا هذا على أن النفقة للزوجة واجبة على زوجها ولم يخالف أحد، واتفقوا أيضاً على أنه إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته من غير مسوغ شرعي كان ظالماً وفرض القاضي نفقتها عليه إذا رفعت دعوتها إليه.

كما أن إجماع الفقهاء والمجتهدين قد انعقد بعد وفاته حتى وقتنا الحاضر على أن يقوم الزوج بالإنفاق على زوجته؛ وفي هذا يقول ابن قدامة: "وأما الإجماع، فاتفق أهل العلم على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن، إذا كانوا بالغين إلا الناشئ"⁽¹⁾.

1 - سورة البقرة، الآية 233.

2 - سورة الطلاق، الآية 07.

3 - الترمذي، سنن الترمذي، باب ومن سورة التوبة، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع بالرياض، الحديث رقم 3087، ص 692.

4 - البخاري، كتاب النفقات، باب: إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها من معروف، ج 05، الحديث رقم 5049، ص 5052.

4- من المعقول: من القواعد المقررة في النفقة أن من حبس لحق غيره فنفقته واجبة عليه، فالقاضي، والمفتي، والوالي، وغيرهم هؤلاء من العاملين في الدولة نفقاتهم تجب في بيت المال، لأنهم حبسوا أنفسهم عن طلب الرزق لمنفعة الدولة، فحق عليها أن تقدم لهم ما يكفيهم وأهلهم بالمعروف، ولقد حبست الزوجة نفسها للقيام على البيت ورعاية شؤونه، فحق لها النفقة جزاء الاحتباس⁽²⁾.

من المعقول أيضا أن المرأة محبوسة على الزوج بمقتضى عقد الزواج فهي ممنوعة من التصرف والاكتساب لتفرغها لحقه فكان عليه أن ينفق عليها، وعليه كفايتها لأن العقل يقتضي الغنم بالغرم والخراج بالضمان فالنفقة جزاء الاحتباس فمن احتبس لمنفعة غيره وجبت نفقته في مال الغير؛ كما أن نفقة الزوجة تجب على زوجها لأمرين هما:

أ- استمتاع الزوج بزوجه وأنها تبذل نفسها له، وتترك أهلها ومن ينفقون عليها لتعيش في كنفه وتحت رعايته، وتعاونه في إقامة بيت وإنشاء أسرة.

ب- إن الزوجة تحتبس من أجل زوجها وتقتصر عليه، فهو وحده المسؤول عنها، كما أنها من أجل هذا تلتزم بالقرار في بيته جلّ وقتها أو كله حسب مشيئته ورغبته، لأن ذلك حقه عليها وله أن يجبرها على ذلك.

ثالثا- شروط وجوب النفقة الزوجية: شروط استحقاق النفقة الزوجية تختلف بحسب حالها إذا كان مدخولا بها أم لا.

1- الزوجة المدخول بها: يجب على الزوج البالغ الموسر أن ينفق على زوجته التي دخل بها، ومكنته من نفسها، سواء كانت صغيرة أم كبيرة، صحيحة أم مريضة.

ولا يسقط النفقة حيض ولا نفاس، ولا صوم ولا حج، ولا مغيب إن غابت عنه بإذنه، ولا اختلاف الدين، فلا يسقطها شيء غير النشوز.

2- الزوجة غير المدخول بها: فلا تجب لها النفقة إلا بالشروط الآتية:

أ- إذا دعت الزوج للدخول بها.

1 - ابن قدامة، المغني، ج 09، ص 230.

2 - الشيخ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 231.

ب- إذا كانت الزوجة تطيق الوطاء.

ج- إذا كان الزوج بالغاً.

د- إذا كان الزوج موسراً بالنفقة على قدر حاله.

هـ- ألا يكون أحدهما مشرفاً على الموت عند الدعوة إلى الدخول، وإلا فلا نفقة⁽¹⁾.

رابعاً- مستقطات النفقة: تسقط النفقة إذا كان العقد باطلاً أو فاسداً، حتى ولو بعد الاحتباس؛ لأن العقد واجب الفسخ، فيكون التسليم بعده غير مشروع، كما تسقط النفقة إذا كانت الزوجة صغيرة غير صالحة للمعايشة الزوجية؛ لأن احتباسها وعدمه سواء، أما حالة مرض الزوجة بعد الانتقال إلى بيت الزوجية، فالنفقة واجبة لها على زوجها ما لم تكن ناشراً⁽²⁾.

الفرع الثاني

عناصر النفقة

سنطرق في هذا الفرع إلى عناصر النفقة في الفقه الإسلامي (أولاً)؛ ثم نبين عناصر النفقة في التشريع الجزائري والمقارن (ثانياً).

أولاً- عناصر النفقة في الفقه الإسلامي: اتفق جمهور الفقهاء حول عناصر النفقة؛ فالحنفية قالوا بأنها تتكون من الخبز و الأدم والملبس والمسكن والخدام ويشيرون إلى الإعفاف؛ فقد جاء في بدائع الصنائع للكاساني: "وأما بيان مقدار الواجب من هذه النفقة فنفقة الأقارب مقدرة بالكفاية بلا خوف لأنها تجب للحاجة فتقدر بقدر الحاجة وكل من وجبت عليه نفقة غيره يجب عليه المأكل والمشرب والملبس والسكنى والرضاع أن كان رضيعاً، لأن وجوبها الكفاية والكفاية تتعلق بهذه الأشياء وما من للمنفقين عليه خدام يحتاج إلى خدمته تفرض له أيضاً لأن ذلك من جملة الكفاية"⁽³⁾؛ واستدل الحنفية بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لهند بنت عتبة: "خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف"، فقدر نفقتها ونفقة ولدها بالكفاية.

1 - الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج 04، ص 256.

2 - وقد ذكر الفقهاء حالات أخرى لا تجب فيها النفقة من أهمها: نشوز الزوجة أو حبسها أو سفرها بغير زوجها، أو عملها بغير رضا الزوج أو بسبب ردتها؛ عبد العزيز رمضان سمك، المرجع السابق، ص 255 وما بعدها؛ محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 507.

3 - الكسائي، بدائع الصنائع، ج 05، ص 2246.

أما المالكية فقالوا بأن النفقة التي تجب للمرأة على زوجها هي أربعة عناصر: "الطعام والشراب والكسوة والمسكن، فإذا أعطاهما هذه الأربعة فقد خرج إليها من نفقتها، فإن تفضل بعد ذلك فهو مأجور، فأما هذه الأربعة فلا بد منها لأن بها إقامة المهجة"⁽¹⁾.

أما الحنابلة فقالوا إنها تتكون من الطعام والكسوة والسكن والخدم واعفاف من تجب له النفقة؛ وفي هذا يقول ابن قدامة: "فإن احتاج إلى خادم فعليه خدمته كما قلنا في الزوجة لأن ذلك من تمام كفايته"⁽²⁾.

أما الشافعية فقالوا بأنه يجب على الزوج النفقة بالاتفاق، وهي خمسة أشياء: "الطعام والإدام والكسوة والسكنى وآلة التنظيف كالمشط والدهن والخادم إن كانت ممن تخدم"⁽³⁾؛ ونفقة الزينة، ونفقة العلاج وقع خلاف كبير، بل غالب كلامهم أن هذين النوعين من النفقة لا يلزمانه.

من هنا فإن نفقة علاج الزوجة المريضة غير الناشز والمحتبسة في بيت الزوجية، لم يختلف الفقهاء فيها، وإنما وقع الخلاف بينهم في تعيين ما تشمله النفقة، فجعلها جمهور الفقهاء في الطعام والملبس والمسكن، أما الشيعة الزيدية أضافوا نفقة العلاج الزوجة إذا مرضت، وإلى رأيهم ذهب أغلب الفقهاء المعاصرين، وذلك كما يلي:

الرأي الأول: يرى جمهور الفقهاء أنه لا يجب على الزوج في النفقة على زوجته إلا الطعام والكسوة والسكن؛ حيث جاء في الفتاوى الهندية: "والنفقة الواجبة؛ المأكل والملبوس والسكنى"، وقال أيضا: "وأما الطبيب فلا يجب... ولا يجب الدواء للمرض ولا أجره الطبيب"⁽⁴⁾، فلا يجب على الزوج غير هذه العناصر من النفقة، وفي هذا قال الكاساني بأن الزوجة: "لو مرضت في الحضر كانت المداواة عليها لا على الزوج"⁽⁵⁾، وقال الخطاب: "وأما أجره الطبيب والحجامة... فعليها"⁽⁶⁾؛ وقال الشافعي أن الزوج: "لا يكلف غير الطعام العام ببلده الذي يقتاتة مثلها ومن الكسوة والأدم بقدر ذلك"⁽⁷⁾، وجاء في الحاوي الكبير: "ليس على رجل أن يضحي لامرأته، ولا يؤدي عنها أجر طبيب، ولا حجام"⁽⁸⁾، وبرّر الشيرازي قول

1 - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 11، ص 253.

2 - ابن قدامة، المغني، ج 07، ص 595.

3 - الغزالي، الوسيط، ج 06، ص 203.

4 - الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج 01، ص 571.

5 - الكسائي، بدائع الصنائع، ج 05، ص 2244 وما يليها.

6 - الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج 04، ص 184.

7 - الشافعي، الأم، ج 06، ص 229.

8 - الماوردي، الحاوي الكبير في مذهب الإمام الشافعي، ج 11، ص 435.

الشافعية بعدم استحقاق الزوجة الدواء للمرض ولأجرة الطبيب بقوله: "وأما الأدوية وأجرة الطبيب والحجام فلا تجب عليه لأنه ليس من النفقة الثابتة، وإنما يحتاج إليه لعارض، وأنه يراد لإصلاح الجسم، فلا يلزم المستأجر إصلاح ما أنهدم من الدار"⁽¹⁾؛ وقال ابن قدامة: "لا يجب عليه شراء الأدوية، ولا أجرة الطبيب، لأنه يراد لإصلاح الجسم فلا يلزمه... وتجب عليه كسوتها بإجماع أهل العلم"⁽²⁾.

من هنا يتضح لنا أن جمهور الفقهاء يرون بأن الزوج لا يلزمه لزوجته غير الطعام والكسوة والمسكن، وهو ما أخذ به الشيخ محمد أبو زهرة، بقوله: "فوجب التمكين يكون بأن يعد لها النفقة بأنواعها الثلاثة، فيقدم لها الطعام الذي تحتاج إليه، والكسوة التي تليق بها، ويعد المسكن الذي تسكنه، والأصل في الوجوب هو هذا التمكين"⁽³⁾.

واستدل أصحاب هذا الرأي لأقوالهم من الكتاب بقوله تعالى: [... ﴿٥٠﴾ ﴿٤٩﴾ ﴿٤٨﴾ ﴿٤٧﴾ ﴿٤٦﴾ ﴿٤٥﴾ ﴿٤٤﴾ ﴿٤٣﴾ ﴿٤٢﴾ ﴿٤١﴾ ﴿٤٠﴾ ﴿٣٩﴾ ﴿٣٨﴾ ﴿٣٧﴾ ﴿٣٦﴾ ﴿٣٥﴾ ﴿٣٤﴾ ﴿٣٣﴾ ﴿٣٢﴾ ﴿٣١﴾ ﴿٣٠﴾ ﴿٢٩﴾ ﴿٢٨﴾ ﴿٢٧﴾ ﴿٢٦﴾ ﴿٢٥﴾ ﴿٢٤﴾ ﴿٢٣﴾ ﴿٢٢﴾ ﴿٢١﴾ ﴿٢٠﴾ ﴿١٩﴾ ﴿١٨﴾ ﴿١٧﴾ ﴿١٦﴾ ﴿١٥﴾ ﴿١٤﴾ ﴿١٣﴾ ﴿١٢﴾ ﴿١١﴾ ﴿١٠﴾ ﴿٩﴾ ﴿٨﴾ ﴿٧﴾ ﴿٦﴾ ﴿٥﴾ ﴿٤﴾ ﴿٣﴾ ﴿٢﴾ ﴿١﴾]⁽⁴⁾؛ احتج بها الشافعي على أن الزوج لا يكلف غير الطعام العام ببلد الزوج الذي يقتاته مثلها من النساء، ومن الكس - وة والأدم بقدر ذلك؛ وق - وله تعالى: [... ﴿٥٠﴾ ﴿٤٩﴾ ﴿٤٨﴾ ﴿٤٧﴾ ﴿٤٦﴾ ﴿٤٥﴾ ﴿٤٤﴾ ﴿٤٣﴾ ﴿٤٢﴾ ﴿٤١﴾ ﴿٤٠﴾ ﴿٣٩﴾ ﴿٣٨﴾ ﴿٣٧﴾ ﴿٣٦﴾ ﴿٣٥﴾ ﴿٣٤﴾ ﴿٣٣﴾ ﴿٣٢﴾ ﴿٣١﴾ ﴿٣٠﴾ ﴿٢٩﴾ ﴿٢٨﴾ ﴿٢٧﴾ ﴿٢٦﴾ ﴿٢٥﴾ ﴿٢٤﴾ ﴿٢٣﴾ ﴿٢٢﴾ ﴿٢١﴾ ﴿٢٠﴾ ﴿١٩﴾ ﴿١٨﴾ ﴿١٧﴾ ﴿١٦﴾ ﴿١٥﴾ ﴿١٤﴾ ﴿١٣﴾ ﴿١٢﴾ ﴿١١﴾ ﴿١٠﴾ ﴿٩﴾ ﴿٨﴾ ﴿٧﴾ ﴿٦﴾ ﴿٥﴾ ﴿٤﴾ ﴿٣﴾ ﴿٢﴾ ﴿١﴾]⁽⁵⁾، احتجوا بها لإيجاب سكنى الزوجة على قدرة استطاعة زوجها، وفي هذا يقول ابن قدامة بأنه: "إذا وجبت السكنى للمطلقة، فالتى في صلب النكاح أولى".

أما من السنّة: فقولته صلى الله عليه وسلم: "ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"⁽⁶⁾، فالحديث فالحديث هنا يفيد وجوب إنفاق الزوج على زوجته بالمعروف، وذكر أن النفقة فيه محصورة في الرزق والكسوة لأنهما تتجددان، كما ورد تأكيد ذلك في جواب النبي صلى الله عليه وسلم لمن سأله عن حق الزوجة، فقال صلى الله عليه وسلم: "أن تطعمها إذا طعمت، وتكسوها إذا اكتسيت"⁽⁷⁾.

1 - الشيرازي، المهذب، ج 03، ص 151 - 152.
 2 - ابن قدامة، المغني، ج 07، ص 594 وما يليها.
 3 - الشيخ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 238.
 4 - سورة الأحزاب، الآية 50.
 5 - سورة الطلاق، الآية 06.
 6 - البيهقي، كتاب القسم والنشوز، باب حق المرأة على الرجل، الحديث رقم 14724؛ ابن حجر، فتح الباري، ج 12، ص 254.
 7 - أبو داود، كتاب النكاح، باب في حق المرأة على زوجها، الحديث رقم 2142؛ سنن أبي داود، ج 02، ص 418 - 419.

الرأي الثاني: يرى بعض فقهاء الشيعة الزيدية بأن الدواء لمرض قلما يخلو منه الناس وتكثر الحاجة إليه دخل في عموم النفقة؛ أما إذا كان للأمراض قليلة الحدوث والصعبة التي تحتاج إلى أموال كثيرة لم تدخل في عموم النفقة الواجبة على الزوج.

ولعل مذهب الشيعة الزيدية القاضي بتقرير نفقة العلاج والدواء هو الأجدد بالاعتبار، وقد أحسن الشوكاني إذ سوغ نفقة العلاج بالقياس على الطعام والإدام ونحوهما مما يحفظ صحتها، قال: "وأما إيجاب الدواء فوجهه: أن وجوب النفقة عليه هي لحفظ صحتها، الدواء من جملة ما يحفظ به صحتها"⁽¹⁾؛ والذي يستقيم مع مقاصد الشرع ومحاسن العشرة أن نفقة العلاج واجبة على الزوج إن كان موسراً، وتسقط إن كان معسراً بصرف النظر إلى صعوبة العلاج أو يسره، فإذا كان وجوب إطعامها للإبقاء على حياتها، فحاجتها إلى العلاج أشد من حاجتها إلى الطعام والشراب؛ وهو رأي د/ يوسف القرضاوي، واستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم: "خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف"⁽²⁾؛ فظاهره أن ذلك غير مختص بمجرد الطعام والشراب، بل يعم جميع ما يحتاج إليه الإنسان، فيدخل تحته الكماليات التي قد صارت بالاستمرار عليها مألوفة، بحيث يحصل التعذر بمفارقتها، أو التضجر أو التكدر، ويختلف ذلك باختلاف الأشخاص والأزمات والأمكنة، والأحوال بما فيه الأدوية ونحوها؛ ولعل جمهور الفقهاء لم يذكروا نفقات العلاج و التطبيب ضمن ما يجب للزوجة على زوجها؛ لأن المداواة لم تكن في عصرهم حاجة أساسية، فلا يحتاج الإنسان غالباً إلى العلاج؛ لأنه يلتزم قواعد الصحة والوقاية، فاجتهاد الفقهاء مبني على عرف قائم في عصرهم⁽³⁾.

وهو ما أفتى به الشيخ مأمون مفتي الديار المصرية - وشيخ الجامع الأزهر - بأن: "مصاريف علاج الزوجة من أجرة طبيب ومداواة تكون على الزوج ولو كانت موسرة، وفي تأسيسه لفتواه - رحمه الله - أن المعروف في المذاهب الثلاثة أن مصاريف العلاج لا تجب على الزوج، إلا أن صاحب منح الجليل نقل عن ابن عبد الحكيم من فقهاء المالكية: أن على الزوج أجرة الطبيب والمداواة، وقال: "وهو رأي وجيه نرى الأخذ والإفتاء به"⁽⁴⁾.

1 - وهو ما أخذ به ابن عبد الحكم من المالكية الذي قال عليه أجرة الطبيب إن احتاجت إليه، الشوكاني، السيل الجرار، ج 02، ص 448.

2 - سبق تخريجه.

3 - الحاج موسى حسن موسى، القضاء الشرعي السني تنظيمه واختصاصه، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 01، 2008م، ص 177.

4 - فتاوى الأزهر، ج 01، ص 333؛ نقلاً عن: أحمد بنحيت الغزالي، عبد الحليم محمد منصور علي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط 01، 2009 م، ص 201.

الترجيح: بعد عرض آراء الفقه الإسلامي حول نفقة العلاج يتضح لنا أن الرأي الراجح هو الرأي الذي يجوب نفقة علاج الزوجة على زوجها، وذلك لقوة أدلتهم، وذلك لأن العلاج أصبح من النفقات الضرورية في وقتنا الحاضر، ولأن الفقهاء لم يتناولوا مسألة نفقة علاج الزوجة إذ لم تكن في عصرهم حاجة أساسية.

ثم إن الشريعة الإسلامية قد تركت أمر تقدير النفقة إلى العرف السائد، وقد تعارف الناس وسلوكوا على أن الرجل كما ينفق من أجل إطعام زوجته وإسكانها وكسوتها، فإنه ينفق من أجل علاجها ومدواتها؛ وما من شك أن العرف ينكر على الزوج القادر عدم تطيب الزوجة إذا احتاجت إلى العلاج؛ وهذا ما قال به د/ سعيد رمضان البوطي بقوله: "مسألة نفقة العلاج الطبي على الزوجة كمسألة خدمتها المنزلية تابعة للعرف الساري في تلك البلدة"⁽¹⁾.

ثانياً - عناصر النفقة في التشريع الجزائري والمقارن: بالنسبة للمشرع الجزائري فقد تناول مسألة النفقة من خلال أحكام المواد من 74 إلى 80 من ق- أ؛ وبالرجوع إلى أحكام المادة 78 من ق- أ والتي تنص: "تشمل النفقة الغذاء، والكسوة، والعلاج، والسكن وأجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

فالملاحظ من خلال هذه المادة⁽²⁾، أن عناصر النفقة الزوجية وردت على سبيل المثال لا الحصر، بدليل أن المشرع الجزائري قرر أنه يمكن أن يضاف إليها كل شيء يعتبر ضرورياً في عرف الناس وعاداتهم، بما في ذلك المستحجات التي تطرأ على المعيشة والنفقات بصفة عامة، كمصاريف المدرسة وتعليم الأولاد، مع مراعاة مقتضيات توفير السكن أو دفع بدل الإيجار باعتبارهما من مشتملات النفقة.

كما ذكر المشرع الجزائري صراحة من خلال هذه المادة على أن تطيب الزوجة وعلاجها مما يجب على الزوج؛ لأن ضرورته أكثر من الطعام والشراب والزينة، ومعلوم أن الإنفاق على أحد لا يكون إلا لدفع ضرر عنه. وأي ضرر يصيب الزوجة أكبر من أن تمرض مرضاً قد يكون سببه كثرة اشتغالها في بيتها أو يصيبها أثناء حملها أو بعد ولادتها، فلا يمكن دفعه بالطعام والكسوة، وإنما دفعه بالدرجة الأولى بالعلاج، وهذا مما تقره الأحكام الكلية للشريعة الإسلامية، والأعراف الصحيحة⁽³⁾، وهو ما أكدته المحكمة العليا أن مصاريف العلاج إذا مرض أحد أفراد الأسرة تدخل ضمن مشمولات النفقة طبقاً لأحكام المادة 78 من

1 - موقع الدكتور محمد رمضان سعيد البوطي على شبكة الأنترنت؛ نقلا عن: محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 510.

2 - وتشمل النفقة الطعام والشراب والغذاء، واللباس والكسوة، والمسكن الصالح أو أجرته حسب يسار الزوج، والعلاج القدر المعروف، والضروريات في العرف والعادة.

3 - محمد مصطفى شليبي، أحكام الأسرة، المرجع السابق، ص 444 - 445.

ق- أ، ومن ثم يتحمل الزوج مصاريف علاج الزوجة⁽¹⁾؛ حيث جاء في قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 10/02/1986 بقولها: "من المتفق عليه فقها وقضاء أن الحكم بنفقة الزوجة المريضة مدة سنة يتوقف تحديد أجل العلاج، ويتوقف كذلك على ضرورة بقائها في بيت الزوجية ولو حكما. وللقضاء بما يخالف ذلك، استوجب نقض القرار الذي بعد أن صرح بالتطبيق بطلب من الزوجة بسبب مرضها بدفع نفقة لها لمدة سنة"⁽²⁾.

ومما يدخل أيضاً في الكسوة الواجبة على الزوج، الزينة وأدواتها التي تتضرر المرأة بتركها، مثل الكحل والحناء والدهن والمكياج وغيرها، مما تقتضيه العشرة الزوجية بالمعروف، وبما جرى به عرف الناس؛ وقال بعض المالكية: "ليس عليه أجرة الزينة والماشطة، إلا إذا اشترطتها الزوجة في عقد النكاح"⁽³⁾.

ولقد أضاف المشرع الجزائري أن ما يعتبر من الضروريات في العرف يدخل ضمن النفقة الزوجية، وذلك في إطار مستوى العام للحياة الاجتماعية في حدود قدرة الزوج، بلا إسراف ولا تقصير، وفي حالة النزاع حول النفقة الزوجية يجب على القاضي أن يراعي كل هذه العناصر المجتمعة، ولا ينسى أن يدخلها في اعتباره عندما يقرر الحكم بالمبلغ المناسب للنفقة المطلوبة⁽⁴⁾.

أما بالنسبة لتوفير الخادم للزوجة فهو مشروط عند المالكية بشرطين وهما: أن يكون الزوج قادراً مادياً على ذلك، وأن تكون الزوجة ممن يخدم أمثالها؛ فإن كانت من قوم يخدمون أنفسهم بأنفسهم، فلا يلزم الزوج بإحضار خادم لها⁽⁵⁾.

أما بالنسبة للمشرع المغربي، فقد نص على عناصر النفقة من خلال أحكام المادة 189/1 م - أ- م، بقولها: "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، وما يعتبر من الضروريات والتعليم للأولاد، مع مراعاة أحكام المادة 168 أعلاه".

من هنا يتضح لنا من خلال هذه المادة أن مشتملات النفقة في التشريع المغربي تتمثل في الغذاء، والعلاج، والكسوة، وتعليم الأولاد، وما يعتبر من الضروريات حسب ظروف الزمان والمكان.

1 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 15/11/2006، ملف رقم 372292، م - م - ع، عدد 01، 2007، ص 493.

2 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 10/02/1986، ملف رقم 39394، م - ق، عدد 01، 1989، ص 111.

3 - الدسوقي، حاشية الدسوقي على شرح الكبير، ج 02، ص 510.

4 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ج 01، المرجع السابق، ص 347.

5 - الدسوقي، حاشية الدسوقي على شرح الكبير، ج 02، ص 510 - 511.

والظاهر أن هذه العناصر قد وردت على سبيل المثال لا الحصر، بدليل أن المشرع المغربي أقر بأنه أن يضاف إليها ما يعتبر من الضروريات في عرف الناس وعاداتهم، مع الإشارة إلى أن ما يعتبر من الضروريات من مسائل الواقع التي تخضع لتقدير قاضي الموضوع، مع العلم بأن المشرع المغربي يتجه نحو اعتبار واجب أو توسعة الأعياد عنصرا من عناصر النفقة.

فإن امتنع الزوج عن الإنفاق، جاز للزوجة أن ترفع دعوى بذلك إلى القاضي الذي عليه أن يقدر مبلغا أو يحكم به، إضافة إلى أن المشرع المغربي حول لها رفع دعوى التطليق لعدم الإنفاق⁽¹⁾.

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد نصت المادة 01 من القانون رقم 25 لسنة 1925 المستبدلة بالقانون رقم 10 لسنة 1985 على أنه: "تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكماً حتى موسرة أو مختلفة معه في الدين؛ ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة؛ وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضي به الشرع...".

فالملاحظ لنا من خلال هذه المادة أن عناصر النفقة تتمثل في النفقة الغذاء والكسوة والمسكن و مصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضي به الشرع.

أما بالنسبة للنفقة الطعام فيجب على الزوج أن يوفر لها ما يكفيها من أصناف الطعام والشراب بحسب الشرع والعرف؛ أما الكسوة فالواجب أن للزوجة كسوتين في السنة واحدة في صيفا والأخرى شتاء، إلا إذا ثبت عدم كفايتهما فعندئذ يجب غيرها.

ومما يدخل ضمن مشتملات نفقة الزوجة، أن يهيء الزوج لزوجته مسكنا شرعيا أي يهيئه إعدادا لائقا، ويدعوها إليه، وحتى يكون المسكن مسكنا شرعيا صالحا لإقامة الزوجة فيه فإنه يجب أن تتوفر فيه عدة شروط وهي:

1- أن يكون المسكن ملائما لحال الزوج المالية والاجتماعية، سواء أكان مسكنا مستقلا أم شقة أو غرفة في مسكن.

2- أن يكون المسكن خاليا من سكنى الغير حتى ولو كان هذا الغير من أهل الزوج، فلا يحق للزوج إسكان أحد من أهله أو أولاده الكبار من زوجة أخرى مع زوجته بدون رضاها.

1 - محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ج 01، المرجع السابق، 447 وما بعدها.

3- أن يكون المسكن مشتملا على ما يلزم للسكنى من أثاث وفرش وأدوات منزلية، وأن يكون مشتملا على المرافق الضرورية كالمطبخ والحمام.

4- أن يكون في مكان تآمن فيه الزوجة على نفسها ومالها، فلا يجوز أن يكون في مكان مقطوع أي مكان ليس فيه جيران، أو مكان مخيف.

فإذا توفرت هذه الشروط في المسكن الشرعي، كان المسكن مسكنا شرعيا ويجب على الزوجة أن تقيم فيه، فإذا امتنعت بدون مبرر شرعي كانت ناشزة وتسقط نفقتها.

أما فيما يخص نفقة الخدم فإنها تجب على زوجها إن كان موسراً، وكانت زوجته ممن لا يخدمون أنفسهم في بيوت آبائهن، لأن نفقة الخادم من مكملات نفقة الزوجية، أما إذا كانت الزوجة ممن يخدمون أنفسهم فلا تجب على زوجها.

و بالنسبة لمصاريف العلاج الزوجة فإنها في المذهب الحنفي المعمول به في مصر لا تجب على الزوج، إلا أن المشرع المصري عدل عن مذهب الحنفية وأخذ بمذهب الشيعة الزيدية، من أن ثمن نفقة مصاريف علاج الزوجة يعد من قبيل النفقة الواجبة على الزوج، وذلك من خلال أحكام المادة 01 من قانون السالف الذكر⁽¹⁾.

المطلب الثاني

سلطة القاضي في تقدير النفقة الزوجية

سنتطرق في هذا المطلب إلى تقدير النفقة الزوجية في الفقه الإسلامي في (الفرع الأول)؛ ثم نبين بعد ذلك تقدير القاضي للنفقة الزوجية في التشريع الجزائري والمقارن في (الفرع الثاني).

1 - جابر عبد الهادي، المرجع السابق، ص 361 - 362.

الفرع الأول

تقدير النفقة الزوجية في الفقه الإسلامي

تتعدد الآيات الكريمة الحاثية على إنفاق الزوج على زوجته وعلى أولاده، غير أنها تتضمن كلها عنصرا يشير إلى عدم تكليف الرجل بما لا يطيق، وبعبارة أخرى إلى تكليف في الإنفاق بما هو في مقدوره ووسعته، فما هو وسع الرجل في الشريعة الإسلامية؟

يقول الله وسبحانه وتعالى: [$\text{وَمَا يَكْفِيكَ اللَّهُ شَيْئًا مِمَّا كَسَبَتْ يَدَاكَ إِنَّ أَكْمَلَ أُفْقَادِكُمْ إِلَيْهِمْ سَعِيدٌ لِمَا كَسَبَتْ يَدَاكَ إِنَّ أَكْمَلَ أُفْقَادِكُمْ إِلَيْهِمْ سَعِيدٌ$]⁽¹⁾، قال القرطبي: (لينفق أي لينفق الزوج على زوجته وعلى ولده الصغير على قدر وسعه حتى يوسع عليهما إذا كان موسعا عليه، ومن كان فقيرا فعلى قدر ذلك⁽²⁾)، ويقول

الله سبحانه وتعالى: [$\text{وَمَا يَكْفِيكَ اللَّهُ شَيْئًا مِمَّا كَسَبَتْ يَدَاكَ إِنَّ أَكْمَلَ أُفْقَادِكُمْ إِلَيْهِمْ سَعِيدٌ لِمَا كَسَبَتْ يَدَاكَ إِنَّ أَكْمَلَ أُفْقَادِكُمْ إِلَيْهِمْ سَعِيدٌ$]⁽³⁾، يقول الشوكاني: " والمراد بالرزق هنا: الطعام الكافي المتعارف به بين الناس، والمراد بالكسوة: ما يتعارفون به أيضا...؛ وقوله: (لا تكلف نفس إلا وسعها)، هو: تقييد لقوله (بالمعروف) أي: هذه النفقة، والكسوة الواجبتان على الأب بما يتعارفه الناس لا يكلف منها إلا ما يدخل تحت وسعه وطاقته لا ما يشق عليه، ويعجز عنه، وقيل: المراد: تكلف المرأة الصبر على التقدير في الأجرة، و لا يكلف الزوج ما هو إسراف، بل يراعي القصد"⁽⁴⁾.

1 - سورة الطلاق، الآية 07.

2 - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 11، ص 254 وما بعدها.

3 - سورة البقرة، الآية 233.

4 - الشوكاني، فتح القدير، ج 01، ص 218.

وأكد ابن عاشور أن الآية تتضمن أصليين عظيمين يعتبران كليتين في الشريعة الإسلامية، وأصولاً عظيمة للتشريع ونظام الاجتماع، وهما نفي الإضرار، ونفي التكليف بما لا يطاق، في تحديد مقدار النفقة⁽¹⁾؛ أما بالنسبة للفقهاء في تقدير النفقة الزوجية فهناك رأيان هما:

الرأي الأول: يرى جمهور فقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أن نفقة الزوجة تقدر بحال الزوجين كفاية، ومما جرت به العادة، مع مراعاة ظروف الحال التي تفرض فيه من الوفرة والنقص، والغلاء و الرخص، وطبيعة الأشخاص الذين تفرض لهم⁽²⁾.

قال الخرشي من المالكية: "تجب النفقة للزوجة بحسب العادة هذا في غير المرضع وأما هي فليست كغيرها فيزيد لها ما تستعين به على رضاعها لشدة احتياجها لذلك"⁽³⁾؛ وقال السرخسي: "ثم ليس في النفقة تقدير عندنا... فإن المقصود الكفاية وذلك مما تختلف فيه طباع الناس وأحوالهم من الشباب والهرم، ويختلف باختلاف الأوقات أيضاً، ففي التقدير بمقدار إضرار بأحدهما"⁽⁴⁾؛ وقال ابن قدامة: "والنفقة مقدرة بالكفاية وتختلف باختلاف من تجب له النفقة في مقدارها"⁽⁵⁾؛ وقال ابن العربي: "هذا يفيد أن النفقة ليست مقدرة شرعاً، وإنما تتقدر بحسب الحالة من المنفق عليه، فتقدر بالاجتهاد على مجرى العادة: وينظر المفتي إلى قدر حاجة المنفق عليه ثم ينظر إلى حالة المنفق، فإن احتملت الحالة الحاجة أمضاها عليه وإن قصرت حالته على حالة المنفق عليه ردها إلى قدر احتمال حالة"⁽⁶⁾.

واستدلوا بما يلي: 1- من الكتاب: بقوله تعالى: []

وحاجة المنفق عليه إن موسعاً عليه يوسع، وإن معسراً فعلى قدر ذلك؛ وفي هذا قال الطاهر بن عاشور: "ولم يختلف العلماء في أن النفقات لا تتحدد بمقادير معينة لاختلاف أحوال الناس والأزمان والبلاد، وإنما

1 - الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، دار سحنون للنشر والتوزيع، تونس، ط 1997م، ج 02، ص 412.

2 - السرخسي، المبسوط، ج 05، ص 182؛ الخرشي، شرح الخرشي على المختصر، ج 03، ص 324؛ ابن قدامة، المغني، ج 09، ص 565.

3 - الخرشي، شرح الخرشي، ج 03، ص 324.

4 - السرخسي، المبسوط، ج 05، ص 182.

5 - ابن قدامة، المغني، ج 09، ص 565.

6 - ابن العربي، أحكام القرآن، ج 04، ص 1841.

7 - سورة الطلاق، الآية 07.

اختلفوا في التوسع في الإنفاق في مال الموسر هل يقضي عليه بالتوسعة على من ينفق هو عليه، ولا أحسب الخلاف في ذلك إلا اختلافاً في أحوال الناس وعوائدهم ولا بد من اعتبار حل المنفق عليه ومعتاده، كالزوجة العالية القدر وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم: "خذ ما يكفيك وولدك بالمعروف".

2- من السنة: قوله صلى الله عليه وسلم لهند بنت عتبة: "خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف"⁽¹⁾؛ فأمرها بأخذ ما يكفيها من غير تقدير، وردّ الاجتهاد في ذلك إليها، ومن المعلوم أنّ كفايتها لا ينحصر في المدين بحيث لا يزيد عنهما ولا ينقص، ولأن قوله سبحانه وتعالى: [...]
 وقال النبي صلى الله عليه وسلم: "ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف". وإيجاب أقل الكفاية من الرزق ترك للمعروف، وإيجاب قدر الكفاية وإن كان أقل من مدّ أو رطلٍ خبز إنفاق بالمعروف، فيكون ذلك هو الواجب بالكتاب والسنة⁽²⁾.

الرأي الثاني: أما الشافعية فقالوا بأن نفقة الزوجة مقدرة بحال الزوج، فعلى الزوج الموسر في كل يوم مدان وعلى المعسر مدّ وعلى المتوسط مد ونصف⁽³⁾، ويعرف ذلك بالعرف، أو الموسر من يزيد دخله على نفقاته، وبعكسه المعسر، والمتوسط من تساوى لديه الدخل والنفقات؛ فجاء في المجموع: "نفقة الزوجة مقدرة بحال الزوج لا بحال الزوجة... وهي مقدرة غير معتبرة بكفايتها"⁽⁴⁾.

واستدلوا بمايلي: 1- من الكتاب: قوله تعالى: [...]
 وعلى المعسر نفقة الإعسار، إلا أنّها لم تبين المقدار على وجه التحديد فوجب تقديره بالاجتهاد.

ويرد عليه: أن هذه الآية حجة عليهم؛ لأن فيها أمر صاحب السعة بالإنفاق على قدر سعته، مطلقاً عن التقدير به تقييد المطلق فلا يجوز إلا بدليل.

1 - سبق تحريجه.

2 - ابن قدامة، المغني، ج 09، ص 565.

3 - عبد الحميد الشرواني، حواشي الشرواني على تحفة المنهاج بشرح زاد المحتاج، طبعة دار الفكر، بيروت، ج 03، ص 563.

4 - النووي، المجموع، ج 17، ص 91.

2- من السنة: قوله صلى الله عليه وسلم: "ألا واستوصوا بالنساء خيراً فإنما هن عوان عندكم، أخذتموهن بأمانة الله فاستحللتم فروجهن بكلمة الله، وهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"؛ كما استدلو بقوله صلى الله عليه وسلم: "خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف"⁽¹⁾، والمعروف عند الناس يسار الزوج وإعساره، ولم يقل خذي ما يكفيك بإطلاق.

الترجيح: بعد عرض أدلة كل فريق وما أورده من حجج مختلفة، يظهر لنا بأن الرأي الراجح هو رأي الجمهور (المالكية، والحنفية، والحنابلة) القائل بأن نفقة الزوجة تقدر بحال الزوجين كفاية، ومما جرت به العادة؛ وذلك لقوة أدلتهم وضعف أدلة الرأي الثاني الذي يقدر النفقة بالمدود؛ أي أن النفقة لا تقدر بقدر معين، وإنما هي بحسب الكفاية، وذلك لما يلي:

1- إن الأدلة التي أوجب الله تعالى بها النفقة جاءت مطلقة غير مقيدة بالتقدير، وإذا ورد اللفظ في نص تشريعي مطلقاً غير مقيد، ولم يرد اللفظ نفسه مقيداً في نص تشريعي آخر، أو لم يقدّم دليل على تقييده نصاً أو دلالة، فإنه يعمل بهذا اللفظ على إطلاقه كما ورد، دون تغيير أو تأويل⁽²⁾.

2- إن كثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان، إذ لو بقيت بعض الأحكام على ما كانت عليه للزم منه المشقة بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير⁽³⁾؛ والنفقة من الأحكام التي تختلف باختلاف الأزمان، ومما يختلف فيه طباع الناس وأحوالهم، بمعنى أن النفقة تكون حسب أعراف الناس، وهذا ما أقرّ به أصحاب القول بالتقدير بقولهم: "وإنه لم يقدرها فيه بالكفاية فقط بل بحسب العرف"، والقول بتقدير النفقة، قد يترتب عليه الضرر والمشقة لكل من الزوج والزوجة.

3- اعتراف بعض فقهاء الشافعية بصحة قول الجمهور بتقدير نفقة الزوجة بكفايتها. وفي هذا يقول الأذري: "لا أعرف لإمامنا رضي الله عنه سلفاً في التقدير بالأمداد، ولولا الأدب لقلت الصواب أنها بالمعروف تأسياً واتباعاً"⁽⁴⁾.

وما يرجح أيضاً رأي الجمهور هو أقوال المفسرين الذين استنتجوا أن النفقة الواجبة على الأب لولده يراعى فيها يسر الأب وعسره من جهة، وعادات الناس وأعرافهم في الطعام والكسوة والسكنى وباقي

1 - سبقا تخريجهما.

2 - محمد فتحي الدبري، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 03، 1997م، ص 523.

3 - الشيخ محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار المعارف، ص 217.

4 - هو أحمد بن حمدان بن أحمد بن عبد الواحد أبو العباس شهاب الدين الأذري، فقيه شافعي ولد بأذرعات بالشام، له شرحين على المنهاج، أحدهما بعنوان غنية المحتاج، والثاني قوت المحتاج، (توفي 783هـ / 1318م)؛ الزركلي، الأعلام، ج 01، ص 119.

مشمولات النفقة، بنفقة الأم على ولدها، وكل ما هو ضروري للولد، فقد اتفق الفقهاء على أن النفقة تشمل الكسوة والطعام والسكنى والتعليم والعلاج، وبذلك فإن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير نفقة الأولاد الواجبة على أبيهم، وأكد أبوزيد الحائك على أن تقدير النفقة: "مكول إلى اجتهاد القاضي... غير أنه يتبع فيه الأعراف بحسب ما تقتضيه حالة البلد، وحال الرجل المنفق وسن المنفق عليه"⁽¹⁾.

الفرع الثاني

تقدير القاضي للنفقة الزوجية في التشريع الجزائري والمقارن

سنتناول في هذا الفرع تقدير القاضي للنفقة الزوجية في التشريع الجزائري (أولا)؛ ثم نبين بعد ذلك تقدير القاضي للنفقة الزوجية في التشريع المغربي والمصري.

أولا- تقدير القاضي للنفقة الزوجية في التشريع الجزائري: إن المشرع الجزائري تناول عناصر النفقة من خلال أحكام المادة 78 من ق-أ، و بهذا يجب على قاضي شؤون الأسرة الذي يحكم بالنفقة للزوجة⁽²⁾، أن يضع عناصر النفقة في حسابان المتمثلة في الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وذلك عندما يقدر المبلغ المناسب للنفقة المطلوبة.

و لقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما نص على أنه يدخل في النفقة ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة وفي إطار المستوى العام للحياة الإجتماعية في حدود طاقة الزوج بلا إسراف ولا تقتير، وذلك أن ما اعتبره المشرع من الضروريات في العرف والعادة يتغير حسب الزمان والمكان وأحوال الناس، لأن ظروف الحياة في تغيير مستمر، فقد يصبح ما لم يكن مطلوبا في وقت لازما في وقت لاحق، وما يعتبر من الضروريات في منطقة معينة هو من الكماليات في منطقة أخرى، وهذا ما يبرز لنا السلطة الواسعة التي منحها المشرع الجزائري للقاضي في تقدير النفقة على حسب عادات وأعراف المنطقة وكذا حالة الأطراف من عسر أو يسر.

1 - الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج 02، ص 357.

2 - دعاوى المتعلقة بالنفقة تكون أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أو مسكن الدائن بالنفقة، طبقا لأحكام المادة 426 / 5 من ق - إ - م - إ، والتي تنص على: "تكون المحكمة مختصة إقليميا: - في موضوع النفقة الغذائية بموطن الدائن بها".

كما منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير النفقة من خلال أحكام المادة 79 من ق- أ بقولها: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين، وظروف المعاش، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

وعلى هذا الأساس، فإن تقدير النفقة هو مسألة تقديرية من اختصاص قضاة الموضوع، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 15 / 12 / 1998 بقولها: "ولكن وحيث أن القرار المنتقد قد أجاب الطاعن بأن المبالغ المحكوم بها غير مبالغ فيها، إضافة إلى أن تقدير التعويضات والنفقة ترجع لقضاة الموضوع، وعليه فالوجه غير مؤسس"⁽¹⁾؛ انطلاقاً من الوثائق والمستندات التي تحدد الوضعية المالية للزوج، تبعاً لحال الزوجين يسراً أو عسراً⁽²⁾، وظروف المعيشة زماناً ومكاناً⁽³⁾، وعليه مراعاة ظروف المعيشة وغلاء الأسعار من يوم الطلب، على أن لا تقل على حد الكفاية، تبعاً للمستجدات التي تطرأ على المعيشة بصفة عامة كمصاريف المدرسة وتعليم الأولاد و أجرة السكن، ولا يعفى الوالد من توفير السكن، أو دفع بدل الإيجار، باعتبارهما من مشمولات النفقة، حتى ولو كان للحاضنة سكن⁽⁴⁾.

ويجب على القاضي عند تقديره للنفقة أن يحددها من تاريخ رفع الدعوى القضائية، وأن يسار الزوجة لا يسقط حقها وحق أولادها في النفقة دون مبرر شرعي. كما أنه تجوز المطالبة بزيادتها تبعاً لتغير حال الزوج و الأسعار في الأسواق وظروف المعيشة، غير أنه لا تسمع دعوى الزيادة قبل مضي سنة على فرضها إلا في حالات الاستثنائية، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 23 / 04 / 1996 على أنه: "من المقرر قانوناً أنه لا يجوز للقاضي مراجعة النفقة بعد مضي سنة من الحكم ولا يجوز الطعن بحجية الشيء المقضي فيه في النفقة تبعاً للمستجدات التي تطرأ على المعيشة والنفقات بصفة عامة"⁽⁵⁾؛ ويتبين من هذا القرار أن هذه المدة معقولة حيث أن الأسعار لا تتغير في أقل من مدة سنة حتى وإن كان هناك تغيير فإنه لا يكون تغيراً كبيراً.

1 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 15 / 12 / 1998، ملف رقم 214290، إ - ق، عدد خاص، 2001، ص 195.

2 - وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار بتاريخ 09 / 02 / 1987 بقوله: "من المقرر فقها و قضاء أن النفقة المستحقة للزوجة يعتمد على حال الزوجين يسراً أو عسراً، ثم حال مستوى المعيشة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقواعد الشرعية...". المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 09 / 02 / 1987، ملف رقم 44630، م - ق، عدد 03، 1990، ص 55.

3 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 16 / 01 / 1989، ملف رقم 51715، م - ق، عدد 02، 1992، ص 55.

4 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ج 01، المرجع السابق، ص 348 - 349.

5 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 23 / 04 / 1996، ملف رقم 136604، م - ق، عدد 02، 1997، ص 89.

وقد استقر اجتهاد المحكمة العليا على أن تقدير النفقة هو أمر موكول لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها⁽¹⁾، وذكر الوثائق والمستندات الإثباتية المعتمد عليها لتحديد الوضعية المالية والإقتصادية للزوج؛ وأنه حتى يتمكن القاضي من أعمال سلطته التقديرية وتبريرها، يجب عليه أن يراعي في تقدير النفقة أمران هما: حال الزوج ووضعه المالي، ومستوى الأسعار والوضع الاقتصادي زمانا ومكانا.

ومن سلطته التقديرية أيضا الزيادة في النفقة المفروضة، كما لو طلبت الزوجة ذلك، ورأى القاضي أن ظروف طارئة، وطوارئ استثنائية، كارتفاع حاد في الأسعار، يستدعي تلك الزيادة، كما له أيضا إنقاص تلك النفقة، عند الطلب، إذا ثبت له أن ظرف الزوج المالي قد تغير للأسوأ، مما يجعله غير قادر على دفع النفقة المقررة سابقا، على أن لا تقل عن الحد الأدنى، وتتمثل سلطة القاضي التقديرية في قبول طلب تعديل النفقة، والقاضي يكون حريصاً على مصلحة الزوجة بأن لا يقل قدر النفقة عن الحد الأدنى الكافي للقيام بالأمور الضرورية، كما كان حريصاً على مصلحة الزوج في الإنقاص من قدر النفقة مراعاة لحاله وظرفه.

وتطبيقاً لهذا، قررت المحكمة العليا بأن عدم الاطلاع على الوضعية المادية والاجتماعية للزوج، وعلى مرتبه الشهري، وإغفال ذكر المستندات التي اعتمد عليها قاضي الموضوع في تقدير مبلغ النفقة، كل ذلك يجعل القرار يستوجب النقض؛ وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 18 / 06 / 1991 بقولها: "من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع السلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاة بما يخاف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل"⁽²⁾؛ وعلى هذا الأساس ذهب الفقه إلى أنه يراعى في تقدير النفقة حال الزوج عسراً ويسراً، وما هو متوسط بينهما، أي الأيسر والأسهل للزوج في دفع النفقة، بقطع النظر عن حالة الزوجة غنية أو فقيرة، وكذا تزايد الأسعار في كل ما يتعلق بمشمولات النفقة، و الوقوف على خصوصية المكان، على ألا تقل عن حد الكفاية⁽³⁾.

أما بالنسبة لتاريخ استحقاق النفقة فقد ورد من خلال نص المادة 80 من ق- أ على أنه: "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى".

1 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 13 / 03 / 2002، ملف رقم 276760، م - ق، عدد 01، 2004، ص 274.

2 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 18 / 06 / 1991، ملف رقم 75029، م - ق، عدد 02، 1994، ص 65.

3 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ج 01، المرجع السابق، ص 350؛ بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 146.

وعليه، فإن تاريخ استحقاق النفقة تبدأ من تاريخ رفع الدعوى إلى غاية تاريخ صدور الحكم، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 16 / 04 / 1990 بقولها: "من المقرر أنه ليس بالضرورة أن يكون تاريخ سريان النفقات في جميع الأحوال من يوم رفع الدعوى إذ يجوز للقاضي أن يحكم بما بآثر رجعي من يوم خروج الزوجة من بيت الزوجية"⁽¹⁾؛ ولا يجوز للقاضي أن يحكم بنفقة لما قبل رفع الدعوى، ولا لما بعد صدور الحكم إلا في الحالة التي يتضمن فيها الحكم القضاء بالطلاق، واسناد حق الحضانة إلى المطلقة⁽²⁾.

كما يجب على قاضي شؤون الأسرة الفصل في دعوى النفقة بشكل استعجالي⁽³⁾، لارتباطها بالطعام والشراب والكسوة والسكن، حفاظا على مصالح الزوجة والأولاد، بأن تتبع فيها الإجراءات المستعجلة فيها يتعلق بالمواعيد وسرعة الفصل فيها، وذلك طبقا لأحكام المادة 57 مكرر من ق-أ، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 19 / 01 / 2005 بقولها: "قاضي الاستعجال مختص، للحكم للزوجة وللأبناء بنفقة، قبل الفصل في الدعوى، من حيث الموضوع"⁽⁴⁾.

ولقد أجاز المشرع الجزائري أن يقدر القاضي النفقة الزوجية قبل سنة عن رفع الدعوى، وذلك تقديراً للظروف التي تكون فيها المرأة والتي أخرجتها عن رفع الدعوى لكي تفتح فرصة لزوجها لمراجعة نفسه؛ غير أن المشرع الجزائري منع القاضي بأن يحكم بالنفقة بمدة أكثر من سنة قبل رفع الدعوى، وأن لا يُراجع حكمه قبل مرور سنة على الحكم طبقا لأحكام المادة 79 من ق-أ⁽⁵⁾، ولكن قبل الحكم بالنفقة من طرف القاضي يجب على الزوجة أن تثبت بأن زوجها لم ينفق عليها خلال مدة سنة قبل رفع الدعوى، فإذا انعدمت البينة تعذر القول بالإشهاد بإدعاء الزوجة ذلك؛ كما أنه ليس بالضرورة أن يكون تاريخ سريان النفقات في جميع الأحوال من يوم رفع الدعوى، إذ يجوز للقاضي أن يحكم بآثر رجعي من يوم خروج الزوجة من بيت الزوجية، فإنه يجوز للقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى.

- 1 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 16 / 04 / 1990، ملف رقم 59967، غير منشور؛ نقلا عن: بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05 - 02، ج 01، المرجع السابق، ص 440.
- 2 - كما يجوز للقاضي أن يحكم بنفقة مؤقتة للزوجة أو للأولاد بموجب حكم تمهيدي أثناء إجراءات المرافعة، ثم يفصل القاضي فيها بصفة نهائية مع الفصل في موضوع النزاع؛ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ج 01، المرجع السابق، ص 350.
- 3 - وهو ما نصت عليه أحكام المادة 1/425 من ق - إ - م - إ، بقولها: "يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال...".؛ حيث كان قبل تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08 - 09 رئيس المحكمة هو الذي يقوم بإصدار التدابير الاستعجالية.
- 4 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 19 / 01 / 2005، ملف رقم 333042، م - م - ع، عدد 01، 2005، ص 321.
- 5 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 25 / 11 / 1989، ملف رقم 57506، م - م - ق، عدد 03، 1991، ص 65.

فالأصل في وجوب النفقة أن تثبت بمجرد امتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته، ولو امتد ذلك لسنوات؛ إلا أن المشرع الجزائري منع القاضي من الحكم بالنفقة لمدة سنة سابقة على الإدعاء، حتى لا يترك مجالا لإرهاق الزوجة لزوجها، إذ تترك مطالبته بالنفقة سنوات كثيرة، ثم تطالبه بها مرة واحدة في الضيق والحرج⁽¹⁾.

أما بالنسبة لمسقطات النفقة على الزوج، فإذا تحققت شروط وجوب النفقة استحققتها الزوجة لها ولأولادها بالتراضي أو بالتقاضي، ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء، كما تجوز المقاصة، فإذا كان للزوج دين ثابت على زوجته جاز أن يطلب منها إسقاط ما يقابل دينه من النفقة المفروضة، فالنفقة الزوجة واجبة على زوجها بتوفر عقد صحيح طبقا لأحكام المادة 74 من ق-أ، ولا بد أن تكون الزوجة صالحة للمعايشة الزوجية لتحقيق أغراض الزواج، فإذا فقد شرط من هذه الشروط فلا تستحق النفقة، وذلك ما يظهر في الزوجات الآتية:

- المعقود عليها بعقد فاسد، وكذلك المدخول بها بناء على شبهة بغير عقد، فهاتان لا نفقة لهما لفقدان إحدى الشروط الأساسية لوجوب النفقة وهو عقد الزواج الصحيح، وكذا انعدام الاحتباس المشروع.
- الزوجة المريضة قبل أن يدخل بها، وعلى عكسها من ذلك الزوجة المريضة تستحق النفقة مع بقائها في بيت الزوجية.
- الزوجة الناشئة وهي التي خرجت عن طاعة زوجها بدون مبرر شرعي، والتي خرجت من بيت زوجها بلا إذنه وبغير وجه شرعي، وبالتالي فقد فوتت حق الاحتباس على الزوج، وعلى العموم فإن سقوط النفقة على الزوجة الناشئة لا يكون إلا بعد تقدير القاضي وفقا لما يتمتع به من سلطة تقديرية في تقرير النشوز من عدمه، وبعد تبليغها بالحكم النهائي القاضي برجعها لبيت الزوجية، وثبوت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم؛ وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 12 / 11 / 2008 على أنه: "يبقى التزام الزوج بالإنفاق على زوجته، المقيمة عند أهلها، قائما، مادام لم يثبت نشوزها بحكم قضائي"⁽²⁾.

وفي الأخير يمكن القول بأن المشرع الجزائري منح للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير نفقة الزوجة، وذلك من خلال عبارة - وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة -؛ إلا أن المشرع وضع

1 - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 148.

2 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 12 / 11 / 2008، ملف رقم 466390، م - م - ع، عدد 02، 2008، ص 317.

للقاضي شروطاً يجب عليه مراعاتها في تقديره للنفقة، والمتمثلة في حال الزوجين، وظروف المعاش، وألا يراجع تقديره إلا بعد مضي سنة من تاريخ تقدير للنفقة.

وكما يلاحظ فإن المشرع الجزائري لم يمنح للقاضي الاستعانة برأي أهل الخبرة، كما أخذ به المشرع المغربي من خلال المادة 190 من م - أ - م.

ثانياً- تقدير القاضي للنفقة الزوجية في التشريع المغربي والمصري: بخصوص المشرع المغربي، فإذا كانت القاعدة في الفقه الإسلامي عموماً هي أن النفقة تقدر بالاعتماد على الوضعية المادية للزوج، وذلك مصدقاً لقوله تعالى: (لينفق ذو سعة من سعته).

فتقدير النفقة الزوجية جعلها المشرع المغربي تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، حيث يكون على القاضي تحقيق التوازن بين الطرفين، عن طريق ضمان العيش للزوجة، والحفاظ على مصدر عيش الزوج، ومن هنا يجب على القاضي إتباع المعايير والأسس في تقديره للنفقة، وكذلك معرفة حدود سلطته التقديرية الممنوحة له.

وبالرجوع إلى أحكام المادة 189 / 2 من م - أ - م، بقولها: "يراعي القاضي كل ذلك، التوسط ودخل الملمزم بالنفقة، وحال مستحقها، ومستوى الأسعار والأعراف والعادات السائدة في الوسط الذي تفرض فيه النفقة".

فما يمكن ملاحظته أن المشرع المغربي لم يعتبر حال الزوج وحال الزوجة فقط، بل أضاف إلى التقدير عناصر أخرى مثل مستوى الأسعار المتغيرة زماناً ومكاناً، وما يقتضيه العرف والعادة، توجه قاضي الموضوع وهو بصدد أعمال سلطته التقديرية في ذلك التقدير، إعمالاً للمادة 189 من م - أ - م؛ وهو ما قضى به المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 12 / 10 / 2005 على أنه: "... إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه، في إطار سلطتها التقديرية، ومن خلال ما استخلصته من وثائق الملف، حددت النفقة المحكوم بها معتبرة في هذا التحديد دخل الملمزم بالنفقة وظروف مستحقها ومستواهم المعيشي وعاداتهم الاستهلاكية والتوسط، فجاء قرارها وفق مقتضيات المادتين 189 و 190 من مدونة الأسرة..."⁽¹⁾.

1 - المجلس الأعلى، غ، أ، ش، القرار بتاريخ 12 / 10 / 2005، القرار رقم 463، الملف الشرعي رقم 370 / 02 / 01 / 2005، قرار غير منشور؛ نقلاً عن: محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ج 01، المرجع السابق، ص 457.

و ما يمكن ملاحظته من خلال أحكام المادة 2/189 السالفة الذكر، فإنها ألزمت القاضي اتباع معايير في تقديره للنفقة الزوجية تتمثل فيمايلي:

أ- دخل الملمزم بالنفقة: إن دخل الملمزم بالنفقة يعتبر أهم عنصر في تقدير النفقة، إذ يتعين أن يكون ذلك التقدير على أساس الدخل الذي حصل عليه الزوج، من مرتب أو أجرة أو أرباح، كما أنه يجوز للقاضي الاستعانة بخبير للتأكد من الوضعية المالية للزوج.

ولكن مع ذلك تبقى مسألة عبء إثبات يسر أو عسر المحكوم عليه بالنفقة تثير بعض المشاكل من حيث المكلف بالإثبات؛ و هنا نعتقد أن عبء الإثبات يقع على المدعي⁽¹⁾؛ وبالمثل إذا أثبت المدعى عليه ضَعْفَ دخله فإن القاضي يستجيب لطلبه ويخفض من المبلغ المحكوم به، ل يبقى المعيار الأساس هو قدرة الملمزم المالية على أداء النفقة، والتي يجب إثباتها من طرف مدعيها بكافة طرق الإثبات⁽²⁾.

ب- حال مستحقيها: والمقصود بها هنا حال الزوجة أي الوضعية المعيشية والتعليمية التي كانت عليها قبل الزواج.

ج- حالة الأسعار: بالنسبة لحالة الأسعار فهي في تزايد مستمر وارتفاع دائم؛ ولا يحدث انخفاض الأسعار أبدا بل يزداد ارتفاعا؛ و لذلك من الناحية العملية لا يتصور النقص في النفقة بعلة انخفاض الأسعار، بل ترتفع فقط بمضي الوقت بموازاة ارتفاع الأسعار⁽³⁾.

د- التوسط: يمكن القول بأن اعتبار التوسط من طرف القاضي هو الكفيل بتنفيذ ما قدر من نفقة، ذلك أن إقبال كاهل الملمزم بمبالغ باهضة لن يمكن المنفق عليه من التوصل بها، خاصة وأن الملمزم بالنفقة يكون قد شرع في تأسيس أسرة جديدة وله التزامات أخرى مما يقتضي تطبيق القاعدة الشرعية " لا ضرر ولا ضرار ".

هـ- الوسط المكاني: والمقصود بذلك الأعراف والعادات السائدة في الوسط الذي تفرض فيه النفقة الزوجية، ذلك أن النفقة تختلف ما بين المدينة و البادية؛ وبين المدينة الصغيرة والكبيرة، ومن ثم فالقاضي ملزم بمراعاة هذا المعيار بعناية شديدة.

1 - أي أن عبء الإثبات يقع على كاهل الزوجة، وذلك طبقا للقواعد العامة للإثبات.

2 - نبيلة بوشفرة، المرجع السابق، ص 05.

3 - اجماط محمد الصغير والعبودي عبيد الله، أسس تقدير نفقة الزوجة، مجلة المحقق القضائي، 1991، عدد 24، ص 60.

من هنا فإن عمل القاضي يكون سهلاً إذا اتبع المعايير السابقة، لكن الأمر يصعب كثيراً في حالة عدم وجود تلك المعايير، خاصة ما يتعلق بدخول الزوج أو المزم بالنفقة، وذلك إما بسبب عدم إدلاء الزوج بما يثبت وضعيته و حالته المادية.

بالرجوع إلى أحكام المادة 190 من م- أ- م، نجد أن قاضي شؤون الأسرة هو المكلف بتقدير النفقة، إذ يعتمد القاضي في تقديره على مجموعة من العناصر والمعايير السابقة الذكر، إذ تعد بمثابة قيود على سلطته التقديرية، وهذا ما أكده المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 03 / 04 / 1990 حين قضى بأنه: "قضاة الموضوع لهم الصلاحية في تحديد قدر النفقة بعد أن تتوفر لهم العناصر الراجعة إلى اعتبار الأسعار وعادة أهل البلد وحال الطرفين كما أنهم غير مجبرين بالأخذ بالقدر المطالب به، إذ بوسعهم الحكم بأقل منه أو أكثر"⁽¹⁾.

من هنا يتضح لنا أنه إذا انعدمت تلك المعايير أو العناصر، فإن سلطة القاضي تكون واسعة، أما في حالة توفرها؛ فإن القاضي ملزم في قراراته وأحكامه بتسبيب و إبراز المعيار الذي استند عليه لإصدار حكمه، إذ يكون محل رقابة من طرف المجلس الأعلى.

وفي الواقع يبقى تقدير النفقة مسألة مرتبطة بالواقع أشد ارتباطاً، وهي مسألة موضوعية، بيد أن هذا لا يعني أن سلطة القاضي مطلقة في هذا الإطار، وإنما هي سلطة مقيدة، وذلك بإتباع المعايير المنصوص عليها في المادة 189 و 190 من م- أ- م.

وحتى يصل القاضي إلى تقدير عادل، فيجب عليه أن يعتمد على تصريحات الطرفين وحججهما، كما يجوز له أن يستعين بخبراء من أجل تقدير النفقة وهو ما نصت عليه أحكام المادة 190 / 1 من م- أ- م، بقولها: "تعتمد المحكمة في تقدير النفقة على تصريحات الطرفين وحججهما، مراعية أحكام المادتين 85 و 189 أعلاه، ولها أن تستعين بالخبراء في ذلك".

من هنا يجوز للقاضي أن يحيل الأمر إلى أهل الخبرة الذين يعينهم، وهنا تتمثل سلطة القاضي التقديرية في تقدير النفقة، وتقدير الواجب من النفقة على قدر الكفاية بالمعروف مرده إلى تقدير الخبراء الذين يعينهم القاضي، وبالتالي تعتبر سلطتهم في تقدير النفقة امتداداً لسلطة القاضي التقديرية، لأن

1 - المجلس الأعلى المغربي، قرار رقم 526 صادر بتاريخ 03 / 04 / 1990، في ملف رقم 88 / 7236؛ نقلاً عن: اجاط محمد الصغير، المرجع السابق، ص 64.

عملهما كما أسلفت بإذن القاضي، وبالتالي يقومون بتقدير النفقة آخذين بعين الاعتبار حال الزوج من اليسر والعسر وغلاء الأسعار و المعيشة والعلاج والدواء.

ويلجأ القاضي من - خلال الخبراء - إلى التحري و السؤال وهو ما يعرف بشهادة الاستكشاف، في تقدير النفقة بحسب حال الزوج، في حال عدم تراضي الزوجين، وكذا عندما يفوض الطرفان القاضي في تقديرها، أو في حالة اختلاف الطرفين في مقدار دخل الزوج أو في الأعباء العائلية، ولا يلزم في شهادة الاستكشاف، تخليف الشهود اليمين، بل يكفي مجرد الإخبار بما يوثق به.

وهو ما أقره المجلس الأعلى في قرار لها بتاريخ 25 / 01 / 2006 بقوله: " لا يجوز للمحكمة العدول عن الخبرة التي أمرت بها وأديت أتعابها ثم تجدد النفقة بدون بحث في وضعية المزمم بها"⁽¹⁾؛ وجاء في قرار آخر للمجلس الأعلى: "... إن إجراء البحث من شأن السلطة التقديرية للمحكمة التي لها أن تستغني عنه إذا وجدت في ملف العناصر الكافية للبت في النازلة..."⁽²⁾.

ويجب على القاضي الفصل في الدعاوى المتعلقة بالنفقة في أجل أقصاه 30 يوما، وهو عبارة عن أجل تحفيزي قصد الإسراع بإصدار حكم النفقة نظرا لطابعها المعيشي، وهو ما أكدته المادة 190 / 2 من م - أ - م، بقولها: " ويتعين البت في القضايا المتعلقة بالنفقة في أجل شهر واحد"؛ وهو ما أكدته أحكام المادة 179 مكرر من ق - م - م، بقولها: " يبت في طلبات النفقة باستعجال..."

هذه المقتضيات التي تجعل من البت في طلبات النفقة يتم باستعجال، مع تنفيذ الأوامر والأحكام بغض النظر عن كل طعن، بل أكثر من ذلك، فإن الحكم الصادر في دعوى النفقة المؤقتة ينفذ قبل التسجيل وبمجرد الإدلاء بنسخة منه، الشيء الذي يفيد أن أهم خاصية للحكم القاضي بالنفقة هو شموله بالنفاذ المعجل بقوة القانون، إذ يجب على القاضي القضاء به في الأحكام الصادرة في قضايا النفقة ولو لم يطلبه الخصوم.

وتجدر الإشارة إلى أن الحكم الصادر في دعوى النفقة - وخلافا للقواعد العامة الإجرائية - لا يستنفذ أثره كله بمجرد تنفيذه، وإنما يستمر في ترتيب ذلك الأثر في المستقبل بالنسبة للنفقات التي لم تؤد

1 - المجلس الأعلى، غ، أ، ش، القرار بتاريخ 25 / 01 / 2006، ج 01، الرباط 2007، ص 183؛ نقلا عن: محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 180.

2 - المجلس الأعلى، غ، أ، ش، القرار بتاريخ 12 / 10 / 2005، القرار رقم 456، الملف الشرعي رقم 233 / 02 / 01 / 2005، قرار غير منشور، نقلا عن: محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ج 01، المرجع السابق، ص 457.

ولم تكن محل طلب، وهو ما يفهم من خلال أحكام المادة 191 / 2 من م - أ - م، بقولها: "الحكم الصادر بتقدير النفقة، يبقى ساري المفعول إلى أن يصدر حكم آخر يجل محله، أو يسقط حق المحكوم له في النفقة".

والظاهر من خلال هذا النص أن المشرع المغربي نص على ذلك كردة فعل منطقية ضد المتاعب الكبرى التي تتعرض لها الزوجة أو المطلقة، بسبب أن الحكم القضائي كان تنفيذه قاصرا على مضمونة وحده والمرتبط بفترة زمنية سابقة على الحكم، أو على الأقل مرتبطة بوقت صدوره.

وتطبيقا لأحكام المادة 189 من م - أ - م، قرر المجلس الأعلى أن: "الزوج الذي يرفع إلى القاضي ملتمسا يطلب منه فيه مراعاة حالته المادية ونسبة أجرته وما هو ملزم به من نفقات أخرى، يجب أن يكون له رد من طرف القاضي وإلا كان حكمه معرضا للنقض"⁽¹⁾.

وفي قرار آخر قرر المجلس الأعلى بأن: "... قضاة الموضوع لهم صلاحية في تحديد النفقة بعد أن تتوفر لهم العناصر الراجعة إلى اعتبار الأسعار وعادة أهل البلد وحال الطرفين كما أنهم غير مجبرين بالأخذ بالقدر المطالب به إذ بوسعهم الحكم بأقل منه أو أكثر.."⁽²⁾.

ولأن الوضعية المادية للزوج غير مستقرة غالبا، إذ من المحتمل جدا أن تتحسن، كما أنه من المحتمل أن تسوء، فليس هناك ما يمنع كلاً من الزوج والزوجة من أن يطلبوا من القاضي إعادة النظر في التقدير الذي سبق له أن قرره، بعد مرور سنة إلا في الأحوال الإستثنائية، وهو ما نصت عليه المادة 192 من م - أ - م، بقولها: "لا يقبل الزيادة في النفقة المتفق عليها، أو المقررة قضائيا أو التخفيض منها، قبل مضي سنة، إلا في ظروف استثنائية".

من هنا يتضح لنا من خلال هذه المادة، أنه يعاد النظر في تقدير مبلغ النفقة سواء سبق تحديده عن طريق القاضي أو عن طريق الاتفاق؛ فقد قرر المجلس الأعلى في هذا الصدد: "طبقا لأحكام المادة 192 من م - أ - م، يجوز مراجعة النفقة المفروضة رضاء أو قضاء و المحكمة لها استجابات لطلب رفع نفقة بنت "

1 - المجلس الأعلى، غ، أ، ش، القرار بتاريخ 22 / 04 / 1968، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 04، ص 72؛ نقلا عن: محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ج 01، المرجع السابق، ص 458.

2 - المجلس الأعلى، غ، أ، ش، القرار بتاريخ 12 / 04 / 1990، منشور بمجلة الإشعاع، عدد 05، ص 185؛ نقلا عن: محمد الكشور، المرجع نفسه، ص 459.

ن" المحددة في عقد الخلع باتفاق الطرفين والتي مضى على تحديدها أكثر من سنة، فإنها يكون قد جعلت لقضائها أساسا صحيحا .." (1).

ومن الناحية الإجرائية، فإن مسألة تقدير النفقة تعد من المسائل الواقعية التي تدخل في إطار السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، علما بأن هذا الأخير يجب عليه أن يبين من خلال حكمه الأسانيد المعتمد عليها في ذلك التقدير، وإلا عرض حكمه للنقض (2).

ولأن للنفقة طابعا معيشيا فقد تقرر، في انتظار الفصل في الدعوى؛ أن يحكم القاضي بنفقة مؤقتة خلال شهر من طلبها مع اعتبار صحة الطلب والحجج التي يمكن الاعتماد عليها، و أن تنفيذها يكون بقوة القانون وقبل التسجيل، وبمجرد الإدلاء بنسخة الحكم.

أما بالنسبة لسقوط النفقة الزوجية فإنها تسقط بوفاة الزوج، أو بالإبراء، أو بخروج الزوجة من بيت الزوجية بدون عذر ولا موافقة الزوج (3).

وفي الأخير يمكن القول بأن المشرع المغربي قد منح للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقديره للنفقة، لكن قيده باتباعه المعايير و العناصر متمثلة في دخل الملمزم بالنفقة، و حال مستحقيها، وحالة الأسعار، التوسط، والوسط المكاني؛ كما منح للقاضي سلطة تقديرية للإستعانة بالخبراء في هذا المجال.

أما بالنسبة للمشرع المصري فإنه يعتمد على كيفية تقدير واستيفاء نفقة الزوجة على طريقتين:

1- طريقة التمكين: وهي أن يقوم الزوج من تلقاء نفسه بالإئناق على زوجته فعلا، فيقوم من غير طلب منه بتوفير كل ما يلزم للمعيشة من طعام وشراب وكسوة ومسكن وخدمة وما إلى ذلك حسب العرف والعادة في منزل الزوجية، ثم تأخذ الزوجة منه ما يكفيها، أو أن يعطيها الزوج مال تنفق على نفسها كل فترة حسب العرف والعادة.

2- طريقة التملك: وهو يقدر مقدرا من المال يكفي لطعامها وكسوتها وسكنها، وتعطى ذلك المقدار كل شهر أو كل أسبوع على حسب اتفاقهما، أو على حسب العرف الذي يسير عليه حكم القضاء بها، وتقدر النفقة في هذه الحال على حسب الأحوال غلاء ورخصا، وتختلف باختلاف المكان والزمان، وإذا

1 - المجلس الأعلى، غ، أ، ش، القرار بتاريخ 18/04/2007، قرار شرعي منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 68، ص 94 وما بعدها.

2 - ونفس الشيء بالنسبة لقاضي الإستئناف في درجة الثانية، فيجب عليه أن يبرر حكمه بالأسانيد المعتمد عليها.

3 - محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ج 01، المرجع السابق، ص 475 - 476.

قدر مقدار بفرض القضاء أو بتراضيهما، ثم حالت الأحوال فبتين أنه أقل من كفايتها، فلها طلب الزيادة، كما أن له أن يطلب نقض المفروض إذا تغيرت الأحوال عن وقت الفرض، وصار أكثر من الواجب عليه⁽¹⁾.

أما بالنسبة لأساس تقدير القاضي للنفقة فيجب عليه أن يراعي في تقديره عدة أمور:

أ- حالة الزوج المالية يسارا و إعسارا وتوسطا، بقطع النظر عن كون الزوجة غنية أو فقيرة، فإذا كان الزوج موسرا قدر للزوجة نفقة الموسرين، وإن كان معسرا قدر لها نفقة المعسرين، وإن كان الزوج متوسط الحال قدر لها نفقة الوسط بين اليسار والإعسار، وفي الحالات الثلاث سواء أكانت الزوجة غنية أو فقيرة، فالمعتبر في تقدير النفقة حال الزوج، وليس حال الزوج.

وإذا كان ينبغي مراعاة حالة الزوج عند تقديرها النفقة فإنه يجب مراعاة التغيير الطارئ بعد تقديرها على حالة الزوج، فإذا تغيرت حالة الزوج من اليسر إلى العسر أو بالعكس قدرت النفقة حسب واقع حال الزوج، وتكون المطالبة ممن يلحقه الضرر من التغيير الطارئ للزوجة أن تطلب زيادة النفقة إذا ما تغيرت حالة الزوج من العسر إلى اليسر، وللزوج أن يطلب تخفيض النفقة إذا ما تغيرت حالته من اليسر إلى العسر، وعلى الطالب أن يثبت صحة دعواه حتى يتم تعديل التقدير السابق؛ وهذا ما نصت عليه أحكام المادة 16 من القانون 25 لسنة 1929 المعدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على: "تقدر النفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسراً أو عسراً على ألا تقل النفقة في حالة العسر عن القدر الذي يفى بحاجتها الضرورية".

حيث جاء في المذكرة الإيضاحية أن المناط أصلاً في تقدير النفقة هو حال الزوج المالية في اليسر والعسر وهذا أمر نسبي غاية الأمر أن النفقة إذا كانت عن مدة ماضية على تاريخ الحكم وتغيرت حال الزوج كان التقدير على قدر حالة وقت الاستحقاق لا وقت القضاء⁽²⁾.

هذا إذا كان قد حدث تغير في الحالة المالية؛ والقدر الذي يفى بحاجتها الضرورية هو ما يعبر عنه في العرف القضائي بنفقة الفقراء⁽³⁾، لا أن يكون فوق طاقته لأن المعيار ذلك هو قوله تعالى: [

☎ 📞 📠 📡 📢 📣 📤 📥 📦 📧 📨 📩 📪 📫 📬 📭 📮 📯 📰 📱 📲 📳 📴 📵 📶 📷 📸 📹 📺 📻 📼 📽 📾 📿 📰 📱 📲 📳 📴 📵 📶 📷 📸 📹 📺 📻 📼 📽 📾 📿

1 - الشيخ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 238 - 239.

2 - ويعتبر الحكم الصادر بالنفقة مصاحباً لحال المحكوم عليه يسراً أو عسراً حتى يقوم الدليل على تبدل الظروف التي اقتضت فرضها؛ نقض الطعن رقم 215، لسنة 69 ق - جلسة 28 / 02 / 2000.

3 - أشرف مصطفى كمال، قوانين الأحوال الشخصية معلقاً على نصوصها، نادي القضاة، ط 06، بدون سنة النشر، ص 589.

فإذا ثبت للقاضي أن الزوج معسر غير قادر على أداء النفقة وطلبت الزوجة حبسه، فلا يجيبها القاضي لطلبها ولا يحكم بحبسه متى ثبت للقاضي إعساره، لأنه يكون مماطلا في دفع النفقة لعدم قدرته على أدائها، وبالتالي لا يعد امتناعه ظلما حتى يعاقب بالحبس، وعندئذ يحق للزوجة أن تستأذن القاضي في الاستدانة على الزوج وعليه الأذن لها، فإن لم تجد من تستدين منه أمر القاضي من تجب عليه نفقتها من أقرارها لو كانت غير متزوجة كأبيها أو أخيها بإعطائها ما فرضه القاضي لها من النفقة، ويكون ذلك دينا في ذمة الزوج يطالب به إذا أيسر، فإذا امتنع قريباها عن إعطائها مع قدرته على ذلك جاز للقاضي بعد إنذاره أن يحبسه.

و إذن القاضي بالاستدانة هو الذي يعطي الحق لصاحب الدين في أن يرجع بدينه على الزوج أو الزوجة، وبدون هذا الإذن بالاستدانة لا يكون لصاحب الدين أن يرجع على الزوجة وهي ترجع على الزوج، كما أن هذا الإذن هو الذي يجعل النفقة المستدانة لا تسقط بموت أحد الزوجين⁽¹⁾.

أما إذا ثبت للقاضي بأن الزوج موسرٌ وأن له مالا ظاهرا، يأمر القاضي بالبيع من ماله جبرا ما يكفي للنفقة على الزوجة، وإن لم يكن له مال ظاهر مع ثبوت يساره أنذره القاضي، فإن لم يستجب وطلبت الزوجة بحبسه حبسه القاضي عقوبة له لإمتناعه على الإنفاق عليها؛ ويشترط لحبس الزوج مايلي:

1- إذا قدرت النفقة ومضى على تقديرها فترة دون أن يقوم الزوج بأدائها فتكون دينا في ذمته.

2- أن تثبت الزوجة قدرة زوجها على أداء النفقة وامتنع عن ذلك⁽²⁾.

ولكن بصدور القانون رقم 01 لسنة 2000 المتعلق بإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية من خلال أحكام مواده من 71 - 77، يمكن القول بأن الاستدانة من شخص قريب أو غير قريب، وحبس الزوج في دين النفقة، وطلاق القاضي للمرأة لعدم الإنفاق عليها، أصبح لا جدوى له، لأن

1 - وهو قول الراجح لدى المذهب الحنفي.

2 - ولا يحبس الزوج أكثر من مرة في نفقة حبس بسبب امتناعه عن أدائها، وإنما يتجدد الحبس بتجدد النفقة وتجدد الامتناع؛ والحبس لا يمنع القاضي من بيع ظهر من ماله جبرا ليوفي للزوجة نفقتها، لأن الحبس ليس عوضا عن النفقة وإنما هو وسيلة لحمل الزوج على الإنفاق على زوجته؛ وإذا أدى الزوج المحبوس ما فرض عليه من النفقة أو أحضر كفيلا به فإن القاضي يأمر بإطلاق سراحه، أما فيما يخص مدة الحبس فهي من سلطة القاضي التقديرية، لإختلاف المدة باختلاف الناس.

ولكن المشرع المصري نص من خلال أحكام المادة 04 من القانون رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 بقولها: "إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله فإن لم يكن له مال ظاهر ولم يقل إنه معسر أو موسر ولكن أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال وإن ادعى العجز فإن لم يثبت طلق عليه حالا وأن أثبتته أمهله مدة لا تزيد على شهر، فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك.."

المشرع المصري منح للزوجة الحق بمجرد صدور الحكم بالنفقة أن تأخذها من بنك ناصر الاجتماعي، ثم يرجع البنك بعد ذلك على الزوج بالطرق القانونية.

حيث نصت المادة 72 من القانون السالف الذكر بقولها: "على بنك ناصر الاجتماعي أداء النفقات والأجور وما في حكمها مما يحكم به للزوجة أو المطلقة أو أولاد أو الوالدين، وذلك وفقاً للقواعد والاجراءات التي يصدر بها قرار من وزير العدل بعد موافقة وزير التأمينات".

من هنا يمكن القول أن المشرع المصري يهدف إلى تيسير سبل الحصول على النفقة المحكوم بها للزوجة أو المطلقة أو لأولادها منه بعيداً عن التنفيذ وفقاً للإجراءات العادية لتنفيذ الأحكام، ودرءاً للمشقة عن المرأة، وتجنباً للمصاريف الباهظة التي يتكبدها من صدر الحكم لصالحه من أجل تنفيذه⁽¹⁾، فالمشرع فرض التزاماً قانونياً على عاتق بنك ناصر الاجتماعي، حيث أناط به أداء ما يحكم به من نفقات أو أجور وما في حكمها لطائفة محددة من مستحقي النفقة.

وبالتالي يمكن للزوجة المحكوم لها بالنفقة التقدم لبنك ناصر الاجتماعي لتستوفي منه حقها، على أن يقوم البنك بالحلول محلها بعد ذلك والرجوع على المدين لاستيفاء ما قام بأدائه.

وحتى يضمن المشرع قيام بنك ناصر بأداء هذه الالتزامات دون التقييد بإمكانات البنك والمبالغ المخصصة فيه لهذا الغرض، أنشأ صندوق تأمين الأسرة بموجب القانون رقم 11 لسنة 2004، ومن بين أهدافه ضمان تنفيذ الأحكام الصادرة بتقرير نفقة للزوجة أو المطلقة أو الأولاد، إذ يقوم بنك ناصر بأداء النفقات والأجور وما في حكمها من حصيلة موارد الصندوق، على أن تؤول إلى الصندوق المبالغ التي يتم إيداعها أو تحصيلها من المدين وفقاً لأحكام المواد 71، 72، 73 من القانون 01 لسنة 2000.

وعلى هذا يلتزم بنك ناصر بموجب المادة 72 بأداء النفقة المحكوم بها للزوجة دون التقييد بمبالغ معينة على أن يحل محل المحكوم لها استفاء ما قام بأدائه من المدين⁽²⁾.

1 - ولذا تبنى المشرع طريقاً يمكن الزوجة أو المطلقة من الحصول على النفقة المحكوم بها على وجه السرعة بعيداً عن التعقيدات التي تؤدي إلى تعثر التنفيذ.

2 - سحر عبد الستار إمام، ضمانات حقوق المرأة الاجرائية في قوانين الأحوال الشخصية المصرية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012م، ص 113 - 114.

وحتى يتسنى لبنك ناصر القيام بأداء النفقة المقررة للزوجة، لا بد من أن يقدم طلبا من المحكوم لها أو وكيلها الخاص أو النائب القانوني، على أن يرفق بهذا الطلب مستندات، من بينها الصورة التنفيذية للحكم الصادر بالنفقة معلنة إعلانا قانونيا⁽¹⁾.

أي أن التزام بنك ناصر بأداء النفقة المقررة لا بد أن يكون بناء على حكم قضائي سواء كان حكما منهيًا للخصومة أو حكما مؤقتًا لتقرير النفقة⁽²⁾؛ وهو ما نصت عليه أحكام المادة 72 من القانون 01 لسنة 2000 التي توجب على بنك ناصر الاجتماعي استيفاء ما قام بأدائه من المدين من الجهة التابع لها عمله أو التي يعمل بها أن يقدم طلبا مرفقا به صورة طبق الأصل من الصورة التنفيذية للحكم وما يفيد تمام الإعلان، حتى تقوم هذه الجهة بخصم المبالغ في الحدود التي يجوز الحجز عليها.

كما نصت المادة 01 من قرار وزير العدل رقم 2722 لسنة 2004 بشأن قواعد وإجراءات تنفيذ الأحكام الصادرة بالنفقات والأجور وما في حكمها على أن يتولى بنك ناصر الاجتماعي أداء النفقات والأجور وما في حكمها، مما يحكم به للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الوالدين، وذلك من حصيلة موارد صندوق تأمين الأسرة المنشأ بالقانون رقم 11 لسنة 2004، بما في ذلك النفقات المؤقتة الصادر بتقريرها أحكاما مؤقتة.

أما فيما يخص إجبار الزوج الملزم بالنفقة، وتطبيقا لذلك نص المشرع المصري على وسائل إجبار يمكن من خلالها إكراه المدين (الزوج أو مطلق) على أداء من حكم به من نفقة في حالة مماطلته في الوفاء رغم قدرته على ذلك، وتمثل هذه الوسائل فيما يلي:

1- منع الزوج الممتنع عن أداء النفقة من السفر: حيث أنه يجوز للزوجة في حالة امتناع الزوج عن سداد النفقة المحكوم بها عليه، أن تلجأ إلى رئيس محكمة الأسرة ليصدر أمرا على عريضة بمنعه من السفر، بعد سماع كل من الزوجين طبقا لأحكام المادة 01/ 5 من القانون 01 لسنة 2000 بقولها: " المنازعات حول السفر إلى الخارج بعد سماع أقوال ذوي الشأن".

1 - المادة 02 من القرار رقم 2722 لسنة 2004 المنشور بالجريدة الرسمية رقم 130 الصادر بتاريخ 13 / 07 / 2004 بقولها: " أ - الصورة التنفيذية للحكم الصادر بالنفقة معلنة إعلانا قانونيا صحيحا؛ ب - تفويض البنك مباشرة الإجراءات القانونية اللازمة لاستفاء المحكوم به من النفقة = أو الأجر أو ما في حكمها والمصروفات؛ ج - البيانات الخاصة بمحل إقامة المحكوم عليه ومقر عمله وإن تعدد؛ د - أية بيانات تعين على التعرف على ممتلكات المحكوم عليه الثابتة أو المنقولة في مصر أو خارجها".

2 - وذلك طبقا لأحكام المادة 10 من القانون رقم 01 لسنة 2000 للمحكمة أثناء سير الدعوى أن تصدر أحكاما مرقطة واجبة النفاذ بشأن الرؤية أو بتقرير نفقة وقتية أو تعديل ما عساها تكون قد قررت من نفقة بالزيادة أو النقصان.

2- **حبس المدين المماطل:** حيث أجاز المشرع المصري على سبيل الاستثناء نظام الاكراه البدني عن طريق الحبس للوفاء ببعض الديون، منها حبس المدين المماطل الممتنع عن تنفيذ الحكم الصادر بالنفقة أو الأجور مثل أجره الحضانة أو الرضاع أو المسكن رغم قدرته على الوفاء، طبقاً لأحكام المادة 76 مكرر من القانون 01 لسنة 2000.

من هنا يمكن القول بأن المشرع المصري خول للقاضي سلطة تقديرية في تقدير النفقة، لكن بمراعاة حال الزوج يسراً أو عسراً، وحال الأسعار ارتفاعاً وانخفاضاً، كما منح للزوجة الحق في أخذ نفقتها المحكوم بها، من الطرف القاضي على طريق بنك ناصر الاجتماعي.

وفي الأخير يمكن القول بأن المشرعين الجزائري والمغربي والمصري منحوا للقاضي سلطة تقديرية في تقدير النفقة لكن بمراعاة حال الزوجين وظروف المعاش زماناً ومكاناً، على أن لا تقل عن القدر الذي يفى بحاجتها الضرورية.

المبحث الثاني

الآثار المالية الناتجة عن انحلال الزواج وتقدير القاضي لها

سنتناول في هذا المبحث سلطة القاضي في تقدير الآثار المالية الناتجة عن انحلال الرابطة الزوجية، حيث نتطرق إلى سلطة القاضي في تقدير نفقة المتعة في (المطلب الأول)، ثم نبين بعد ذلك سلطة القاضي في تقدير نفقة العدة وأجرة الرضاعة في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

سلطة القاضي في تقدير نفقة المتعة

وقوع الطلاق بين الزوجين قد يسبب أضراراً للمطلقة، والطلاق مهما كانت أسبابه، ولو كانت المطلقة هي المتسببة فيه، غالباً ما تُصاحبه آلام نفسية تعاني منها الزوجة المطلقة.

وجبرا لخاطر المطلقة، وتخفيفاً لوحشتها، فُرض لها مبلغ من المال إن على سبيل التطوع والاستحباب، أو على وجه التحميم والإلزام، يدفعه الزوج لها بعد طلاقها، والذي يسمى بالمتعة وعند البعض التعويض، فما حقيقة المتعة؟ وهل تكون واجبة على الزوج تجاه مطلقة أو مستحبة فقط؟ وما وصف المطلقة التي تستحقها، وما هو المقدار التي تستحقه؟ وكيف يقدر القاضي ذلك؟

ومن هنا سنتطرق في هذا المطلب إلى مفهوم المتعة في (الفرع الأول)، ثم نبين متعة الطلاق في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري والمقارن في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم المتعة

سنتناول في هذا الفرع تعريف المتعة (أولا)؛ ثم نبين بعد ذلك مشروعية المتعة (ثانيا)؛ وفي الأخير نبين العلاقة بين متعة الطلاق والتعويض عن الطلاق التعسفي (ثالثا).

أولاً- تعريف المتعة:1- لغة: من الفعل مَتَعَ، والمتاع هو السلعة وهو أيضا المنفعة وما تمتعت به، وقد تمتع به أي انتفع⁽¹⁾. والمتعة بضم الميم وكسرهما من التمتع، وهي مشتقة من المتاع، وهو ما يستمتع به، والمتاع السلعة، وهي أيضا المنفعة وما تمتعت به، ويقال: قد تمتع به أي انتفع، قال تعالى: [...]
 تمتع به أي انتفع⁽¹⁾. والمتعة بضم الميم وكسرهما من التمتع، وهي مشتقة من المتاع، وهو ما يستمتع به، والمتاع السلعة، وهي أيضا المنفعة وما تمتعت به، ويقال: قد تمتع به أي انتفع، قال تعالى: [...]
 تمتع به أي انتفع⁽²⁾؛ و تمتع بكذا واستمتع به بمعنى، والاسم المتعة، ومنه مُتَعَّة الحَجِّ، لأنها انتفاع، وأمتعته الله بكذا ومَتَّعَهُ تَمْتِيعاً بمعنى⁽³⁾.

وكذلك هي اسم من التمتع والاستمتاع، والمتاع: السلعة والمنفعة، وكل شيء ينتفع به ويتبلغ به ويتزود ويأتي الفناء عليه في الدنيا. ومتعة المرأة ما وصلت به بعد الطلاق، مما تنتفع به⁽⁴⁾.

2- إصطلاحا: فعرفها المالكية: " ما يعطيه الزوج لمن طلقها زيادة على الصداق لجبر خاطرها المنكسر بألم الفراق"؛ وعرفها ابن عرفة: " هي ما يؤمر الزوج الزوجة لطلاقه إياها"⁽⁵⁾.

أما الشافعية فقالوا: " مال يجب على الزوج دفعه لامرأته لمفارقة في الحياة بطلاق وما في معناه بشروط". وعرفها النووي: " اسم للمال الذي يدفعه الرجل إلى امرأته لمفارقتها إياها"⁽¹⁾.

1 - الرازي، مختار الصحاح، ج 01، 256.

2 - سورة الرعد، الآية 17.

3 - الجوهرى، الصحاح، دار الملايين، بيروت، ج 03، ص 1282.

4 - ابن منظور، لسان العرب، مادة (متع)، ج 10، ص 204 - 206؛ القاموس المحيط، مادة (متع)، ج 03، ص 86.

5 - الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 02، ص 425؛ المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج 05، ص 411.

وأما عند المعاصرين فقد عرفها البعض بأنها: " ما يعطيه الزوج لزوجته بعد حصول الفرقة بينهما من الثياب أو ما يقوم مقامها"؛ أو هي: " التعويض الذي يلزم به الزوج لزوجته بعد طلاقه لها جبرا لوحشة الفراق"⁽²⁾.

ومن هنا يمكن لنا القول بأن المتعة هي ما يبذله الزوج لمطلقاته عند فراقه لها من مال أو مما هو متقوم بمال لتطيب نفسها، ويعوضها عن ألم الفراق.

ويعلل بعض الفقهاء تشريع المتعة بأنها تعويض مالي، واجب لها في مقابل اختصاص الرجل بإيقاع الطلاق، فهي تعويض عما فات عليها من الطمأنينة على نظام حياتها في كنف الزوج، حيث يطلقها بإرادته المنفردة.

ثانيا- مشروعية المتعة: تثبت مشروعية المتعة بالأدلة التالية:

1- من الكتاب: - قوله تعالى: [﴿لَا جُنَاحَ عَلَى الْمَرْءِ أَنْ يَفْرُقَ بَيْنَ يَدَيْهِمَا إِذَا اتَّفَقَا عَلَيْهِمَا فِي الْوَجْهِ وَالْمَالِ وَالْمَتْعَةِ﴾]⁽³⁾؛ وجه الدلالة: يتمثل في قوله تعالى " حقا " يدل على الوجوب؛ وقوله أيضا (... على المتقين) تأكيداً لهذا الوجوب، ثم إن الله - عز وجل - جعل المتعة لهن؛ وأضاف الحق إليهن بلام الملك، وما كان للإنسان فهو ملكه وله المطالبة به⁽⁴⁾.

- وقوله تعالى: [﴿وَالْمَرْءُ عَلَى الْمَرْءِ فِي الْوَجْهِ وَالْمَالِ وَالْمَتْعَةِ كَذَلِكَ هَدَى اللَّهُ الْبَشَرَ فِي شَرَاهِمْ﴾]⁽⁵⁾؛ وجه الدلالة: يتمثل في قوله تعالى " كذَلِكَ هَدَى اللَّهُ الْبَشَرَ فِي شَرَاهِمْ "؛ وقوله أيضا (... على المتقين) تأكيداً لهذا الوجوب، ثم إن الله - عز وجل - جعل المتعة لهن؛ وأضاف الحق إليهن بلام الملك، وما كان للإنسان فهو ملكه وله المطالبة به⁽⁴⁾.

1 - الشريبي، مغني المحتاج، ج 03، ص 317؛ النووي، روضة الطالبين، ج 06، ص 303.
 2 - بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن لأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، ط 1967م، ص 212؛ مصطفى شليبي، أحكام الأسرة، المرجع السابق، ص 408 - 409.
 3 - سورة البقرة، الآية 241.
 4 - الجصاص، أحكام القرآن، ج 01، ص 585.

﴿سورة البقرة﴾ [١]؛ وجه الدلالة: لا إثم على من طلق زوجته قبل الدخول سواء فرض لها مهراً أو لم يفرض؛ وعليه أن يعطيها شيئاً يكون متاعاً لها⁽²⁾.

2- من السنة: قال أبو أسيد - رضي الله عنه - خرجنا مع النبي صلى الله عليه وسلم فانطلقنا إلى حائط يقال له الشوط؛ حتى انتهينا إلى حائطين فجلسنا بينهما، فقال صلى الله عليه وسلم: اجلسوا ههنا، ودخل وقد أتى بالجنونية، فأنزلت في بيت نخل في بيت أميمة بنت النعمان بن شراحبيل **وعها** دايتها حاضنة لها، فلما دخل عليها النبي صلى الله عليه وسلم قال: "هي نفسك لي"، قالت: وهل تحب الملكة نفسها للسوقة؟ قال: فأهوى بيده يضع يده عليها لتسكن، فقالت: أعوذ بالله منك، فقال: "قد عدت بمعاذ، ثم خرج علينا فقال: يا أسيد اكسها رازقين وألحقها بأهلها"⁽³⁾.

وجه الدلالة: أن الرسول صلى الله عليه وسلم كسى الجونية التي طلقها رازقين؛ وقد أعطاهما ذلك متعة لها⁽⁴⁾.

3- من الآثار: قال الزهري: "متعتان؛ إحداهما يقضي بها السلطان والأخرى حق على المتقين؛ من طلق قبل أن يفرض ويدخل فإنه يؤخذ بالمتعة لأنه لا صداق عليه، ومن طلق بعد ما يدخل ويفرض فالمتعة حق عليه". وقال أبو قلابة: "لكل مطلقة متعة"⁽⁵⁾.

ثالثاً- العلاقة بين متعة الطلاق والتعويض عن الطلاق التعسفي: إن العلاقة بين المتعة والتعويض هي أن كلاً منهما يجب للمرأة المطلقة على زوجها بعد الطلاق لها عن الضرر الذي أصابها، فهما يشتركان في علة واحدة وهي رفع الضرر، وذلك يكون بدفع المال إليها إما عن طريق المتعة كما قررت الشريعة الإسلامية؛ أو عن طريق التعويض كما قرره القانون. وفي هذا يقول د/ محمد الزحيلي: "متعة الطلاق هي الصورة الشرعية، والعلاج الفقهي لتعويض المرأة عن الطلاق، والتخفيف عما أصابها من أضرار مادية ومعنوية، وأن هذه المتعة شاملة لكل مطلقة، وخاصة إذا أخذنا بأوسع المذاهب في هذا الموضوع، وأنها واجبة قضاء يلزمه القاضي بها"⁽⁶⁾. ويقول د/ محمد بن أحمد الصالح: "إن القول بوجود متعة الطلاق، ردًا على الجمعيات

1 - سورة البقرة، الآية 236.

2 - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 03، ص 132.

3 - صحيح البخاري، ج 03، الحديث رقم 5255، ص 387.

4 - ابن حجر، فتح الباري، ج 09، ص 446.

5 - عبد الرزاق، المصنف، ج 07، ص 53.

6 - محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، المرجع السابق، ص 87.

النسائية التي ملأت الدنيا صراخًا وعويلًا، مطالبة ولاة الأمور بسن تشريع يوجب على الزوج تعويض المرأة عن الضرر الذي يصيبها بسبب الطلاق"⁽¹⁾.

ومن قوليهما يتضح أنهما يتفقان على أن المتعة والتعويض هما تعويض عن الضرر الذي يصيب المطلقة جراء طلاقها، سواء كان الضرر ماديًا أو معنويًا.

قد يشتهه الحق المالي للمطلقة بين المتعة والتعويض، وهو ما يلاحظ من خلال ما جاءت به بعض الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا التي لم تفرق في ذلك، ولذلك لا بد من بيان أوجه الشبه والاختلاف بين المتعة والتعويض، وذلك بإيجاز فيما يلي:

1- أوجه الشبه بين المتعة والتعويض: هناك نقاط تتفق فيها المتعة مع التعويض عن الطلاق التعسفي يمكن ذكرها فيما يلي:

أ - إن كلا من المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي يجبان بعد الطلاق البائن، الذي يزيل الحل بين الزوجين، لذلك فالمطلقة رجعيًا لا تستحق المتعة ولا التعويض إلا بعد انقضاء العدة.

ب - إن كلا من المتعة والتعويض غير مقدرين بقدر محدود، بل إن أمرهما متروك للقاضي، يُقدَّرهما حسب الظروف وحسب حال الزوج .

ج - إن كلا من المتعة والتعويض وجبا جبرًا لخاطر المرأة وتخفيفًا لها عن آلامها، وتعويضًا لها عما أصابها من ضرر بإيقاع الطلاق عليها.

د - اختلف الفقهاء ورجال القانون في بيان الحد الأعلى والأدنى لكل من المتعة والتعويض.

هـ - إن كلا من المتعة والتعويض لا يؤثران على الحقوق الزوجية للمرأة كالمهر والنفقة.

و- إن كلا من المتعة والتعويض لا تجبان إذا كانت الفرقة من قبل الزوجة، أما إذا كانت من قبل الزوج فتجب المتعة لكل مطلقة إذا أخذنا بالرأي القائل بوجوب المتعة لكل مطلقة، ويجب التعويض إذا كانت الفرقة من قبل الرجل إذا كان طلاقه تعسفيًا.

2- أوجه الاختلاف بين المتعة والتعويض: تختلف المتعة عن التعويض في النقاط الآتية:

1 - إبراهيم بسما حسين لافي، إجراءات الدعوى في الطلاق التعسفي، مذكرة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن، 2009م، ص 129.

أ - إن المتعة ثبتت بنصوص صريحة واضحة الدلالة من القرآن الكريم والسنة النبوية والأثر عن الصحابة والتابعين، أما التعويض فهو أمر اجتهادي مختلف فيه، استند القائلون به على نظرية التعسف، والتي بنيت مشروعيته على أدلة من القرآن والسنة.

ب - إن المتعة تجب في جميع حالات الفرقة سواء كانت طلاقاً أم فسخاً، وسواء أكان الطلاق من الزوج أم من القاضي، أما التعويض فإنه يجب في حالة الطلاق التعسفي؛ والتطبيق للضرر.

ج - تجب المتعة بمجرد الطلاق لكُلِّ مطلقة، عند الأخذ بأوسع المذاهب التي توجب المتعة لكل مطلقة، بينما التعويض لا يجب إلا إذا كان الطلاق تعسفياً.

د - إن المتعة تجب للمطلقة بمجرد الطلاق من غير أن يبدي المطلق الأسباب التي دفعته للطلاق، أما التعويض فإنه يجب إذا لم يكن هناك سبب مشروع للطلاق، ولذلك أباحته القوانين للمطلق أن يدافع عن نفسه، فيذكر الأسباب التي دفعته للطلاق، فإن كانت أسباباً معتبرة لم يحكم بالتعويض.

هـ - إن المتعة لا تجب إذا كانت الفرقة من قبل الزوجة (عن طريق الخلع)، أما التعويض عن الفرقة إذا كانت من قبل الزوجة وألحقت الضرر بالزوج، فقد أوجب بعض الفقهاء التعويض عليها لزوجها.

الفرع الثاني

متعة الطلاق في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري والمقارن

سنتاول في هذا الفرع حكم متعة الطلاق في الفقه الإسلامي (أولاً)؛ ثم نبين موقف المشرع الجزائري والمقارن من ذلك (ثانياً).

أولاً- حكم متعة الطلاق في الفقه الإسلامي: اختلف الفقهاء في حكم متعة الطلاق إلى ثلاثة آراء كمايلي:

الرأي الأول: تجب المتعة للمطلقة قبل الدخول وقبل الفرض، وهو رأي الحنفية والمشهور عند الحنابلة، وإليه ذهب ابن عمر وابن عباس، والزهري والنخعي والنووي⁽¹⁾؛ واستدل أصحاب هذا الرأي بالأدلة الآتية:

1- وقوله تعالى:] [

1 - السرخسي، المبسوط، ج 06، ص 62؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج 03، ص 521؛ ابن قدامة، المغني، ج 06، ص 504 - 505.

4- من المعقول: بأن المتعة واجبة لأنها بدل الواجب وهو نصف مهر المثل؛ وبدل الواجب لأنه يقوم مقامه عند عدمه، كالتيتمم جُعل بدلاً عن الوضوء؛ والوضوء واجب، فكذلك التيمم واجب، وهذا قول محمد قياساً على الرهن بمهر المثل؛ يكون رهناً بالمتعة عنده حتى إذا هلك تملك المتعة.

واستدلوا أيضاً بأن الطلاق قبل الدخول وقبل التسمية هو طلاق في نكاح يقتضي عوضاً؛ كما لو سمي مهرًا، وأداء الواجب من الإحسان فلا تعارض بينهما، أي أن المتعة هي العوض في النكاح، وفي رواية عن الإمام أحمد أن لها نصف مهر مثلها، لأنه صحيح يوجب مهر المثل بعد الدخول، فيوجب نصفه بالطلاق قبل الدخول⁽¹⁾.

الرأي الثاني: المتعة مندوبة، وهو قول المالكية؛ ورواية عن الإمام أحمد⁽²⁾؛ واستدلوا على صحة قولهم بالأدلة التالية:

1- الأصل في الأمر الوجوب، لكنه صرف إلى الندب بقوله تعالى: (حقاً على المحسنين)؛ وقوله: (على المتقين)، لأن الواجبات لا تنقيد بهما⁽³⁾.

2- لو كانت المتعة واجبة لأطلقها على الخلق أجمعين ولم يخصها بالمتقين والمحسنين⁽⁴⁾.

3- واستدلوا ببعض الآثار عن القاضي شريح، منها: كان شريح يقول في متاع المطلقة: " لا تأب أن تكون من المتقين"؛ وقال شريح للذي دخل بها: " إن كنت من المتقين فمتع"⁽⁵⁾.

الرأي الثالث: وجوب المتعة لكل مطلقة سمي لها مهر أو لم يسم ، وسواء طلقت قبل الدخول أو بعده، وهو رأي الحنبلية في رواية عن الإمام أحمد؛ وابن حزم الظاهري والطبري، وروي عن علي بن أبي طالب؛ وهو رأي الحسن وسعيد بن جبير وأبي ثور⁽⁶⁾. واستدلوا بالأدلة الآتية:

1- قوله تعالى: [قوله تعالى:]

1 - ابن قدامة، المغني، ج 06، 405.

2 - البهوتي، كشف القناع، ج 05، ص 176.

3 - تيسير رجب التميمي، المرجع السابق، ص 106.

4 - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 03، ص 132.

5 - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 03، ص 132؛ الطبري، جامع البيان، ج 02، ص 534.

6 - ابن قدامة، المغني، ج 06، ص 505؛ ابن حزم، المحلى، ج 10، ص 03؛ ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج 06، ص 224.

[⁽¹⁾؛ وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَّوqُوهُنَّ فِيمَا ارْتَبَقْتُمْ مِنْهُنَّ مَا اسْتَبَقْتُمْ مِنْهُنَّ ذَلِكَ عَلَى الَّذِينَ طَلَّقُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ تَبَاقُؤِهِمْ ذَلِكَ فَضْلُ اللَّهِ عِندَهُ يُحِبُّ اللَّهُ الْبَارِعِينَ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا إِذَا طَلَّقُوا نِسَاءً مِنْ قَبْلِ تَبَاقُؤِهِمْ فَطَّوqُوهُنَّ فِي مَا رَتَبْتُمْ مِنْهُنَّ مَا اسْتَبَقْتُمْ مِنْهُنَّ ذَلِكَ عَلَى الَّذِينَ طَلَّقُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ تَبَاقُؤِهِمْ ذَلِكَ فَضْلُ اللَّهِ عِندَهُ يُحِبُّ اللَّهُ الْبَارِعِينَ﴾]

[⁽²⁾. وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَّوqُوهُنَّ فِيمَا ارْتَبَقْتُمْ مِنْهُنَّ مَا اسْتَبَقْتُمْ مِنْهُنَّ ذَلِكَ عَلَى الَّذِينَ طَلَّقُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ تَبَاقُؤِهِمْ ذَلِكَ فَضْلُ اللَّهِ عِندَهُ يُحِبُّ اللَّهُ الْبَارِعِينَ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا إِذَا طَلَّقُوا نِسَاءً مِنْ قَبْلِ تَبَاقُؤِهِمْ فَطَّوqُوهُنَّ فِي مَا رَتَبْتُمْ مِنْهُنَّ مَا اسْتَبَقْتُمْ مِنْهُنَّ ذَلِكَ عَلَى الَّذِينَ طَلَّقُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ تَبَاقُؤِهِمْ ذَلِكَ فَضْلُ اللَّهِ عِندَهُ يُحِبُّ اللَّهُ الْبَارِعِينَ﴾]

[⁽³⁾؛ وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَّوqُوهُنَّ فِيمَا ارْتَبَقْتُمْ مِنْهُنَّ مَا اسْتَبَقْتُمْ مِنْهُنَّ ذَلِكَ عَلَى الَّذِينَ طَلَّقُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ تَبَاقُؤِهِمْ ذَلِكَ فَضْلُ اللَّهِ عِندَهُ يُحِبُّ اللَّهُ الْبَارِعِينَ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا إِذَا طَلَّقُوا نِسَاءً مِنْ قَبْلِ تَبَاقُؤِهِمْ فَطَّوqُوهُنَّ فِي مَا رَتَبْتُمْ مِنْهُنَّ مَا اسْتَبَقْتُمْ مِنْهُنَّ ذَلِكَ عَلَى الَّذِينَ طَلَّقُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ تَبَاقُؤِهِمْ ذَلِكَ فَضْلُ اللَّهِ عِندَهُ يُحِبُّ اللَّهُ الْبَارِعِينَ﴾]

وجه الدلالة: جعل الله - عز وجل - المتعة لكل مطلقة، ولم يخص بها مطلقة دون أخرى، وذلك لأنه أوجبها على الموسر والمقتد⁽⁴⁾.

2- من الآثار: - قال سعيد بن جبير في آية (وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين)؛ لكل مطلقة متاع بالمعروف حقاً على المتقين.

- وقال الزهري: " لكل مطلقة متعة"⁽⁵⁾.

من هنا فإن كل هذه الآثار تدل على وجوب المتعة لكل مطلقة، سمي لها مهر أم لم يسم، دخل بها أم لم يدخل بها.

الترجيح: بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم فإننا نميل إلى الرأي الذي يميز المتعة لكل مطلقة؛ وذلك لقوة أدلتهم؛ كما أن المتعة واجبة للمطلق تجاه مطلقتها، سواء أكان الطلاق قبل الدخول أم بعده، سمي لها صداق أم لم يسم لها، لأن معنى الإيجاش متحقق في الكل، كما لا تجب المتعة إذا كان سبب الطلاق من جهتها، كالمختلة والمخيرة، لأن الفراق وقع برضاها، أو كان وقوع الطلاق من الزوج بسببها، كأن تكون سيئة الخلق صعبة المزاج، فيلجأ الزوج إلى الطلاق ضرورة.

1 - سورة البقرة، الآية 241.

2 - سورة الأحزاب، الآية 28.

3 - سورة الأحزاب، الآية 49.

4 - الطبري، جامع البيان، ج 02، ص 432.

5 - الطبري، جامع البيان، ج 02، ص 432؛ ابن حزم، المحلى، ج 10، ص 08.

والملاحظ أن المتعة تتأكد في الطلاق التعسفي، أو الطلاق بدون سبب مسوغ، لوجود معنى الإيجاش فيه حتما.

فوجود المتعة يحقق مصالح مهمة للأمة، منها الحفاظ على سمعة الزوجة المطلقة ورفع التهمة، وخاصة إذا كانت المتعة حسنة، وترك حبل المودة موصولا بينهما، وهو سبيل إلى تفكير الزوج في إرجاع زوجته إلى عصمته من جديد.

كما أن الله عز وجل جعل لتشريع المتعة عدة مقاصد تحققها، كالتسريح بإحسان، وتطيب خاطر المطلقة، واعتراف المطلق بمشاركته في الطلاق، ورفع التوهم الذي يتبادر إلى الناس بعدم صلاحية المطلقة للزواج، وفي هذا يقول د/ وهبة الزحيلي: "والحكمة في المتعة: جبر وحشة الطلاق، والتعويض عما لحق المرأة من أذى وسوء سمعة، فيكون ذلك سبيلا لرفع معنويات المرأة المطلقة، ودفع الشبهات والريبة عنها، وتوفير حسن الصيت وطيب الشهرة لها، حتى لا تتضرر باحتمال إعراض الخطاب عليها، وتعكير صفو المستقبل المنتظر حولها"⁽¹⁾.

ثانيا- موقف المشرع الجزائري والمقارن:

1- موقف المشرع الجزائري: لم ينص المشرع الجزائري صراحة على نفقة المتعة لجبر خاطر الزوجة بعد الطلاق الذي يوقعه الزوج؛ ولكن بالرجوع لأحكام المادة 222 من ق-أ، و التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية؛ فقد ثار نقاش فقهي حاد عن طبيعة المتعة، من حيث هل أن المتعة جبر لخاطر المطلقة بعد الطلاق الذي يوقعه الزوج، أم هي تعويض عن طلاق تعسفي؟

إن التعويض عن الضرر يلزمه عنصر الخطأ كما أنه يقدر وفقا للقواعد العامة بحسب الضرر الناجم عن الخطأ أو التجاوز، في حين أن تقدير المتعة يكون حسب يسر المطلق وحال المطلقة.

ومن الناحية العملية فهناك تضارب في الإجتهاادات القضائية بالنسبة للمحكمة العليا؛ حيث قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 07 / 04 / 1986 بقولها: "من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة، وفي أي إطار تدخل،

1 - وهبة الزحيلي، التفسير المنير، ج 02، ص 382؛ نقلا عن: رشيد العمري، الاجتهاد المبني على السياسة الشرعية وتطبيقها في الأحوال الشخصية، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2010 م، ص 577.

والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي"⁽¹⁾.

ما يتضح لنا من خلال هذا القرار أنه منح المطلقة متعة وتعويض في آن واحد. وذلك على أساس أن المطلقة تستحق التعويض عن الطلاق التعسفي، وتستحق نفقة متعة كغيرها من النفقات من عدة وإهمال وفقا لمبادئ الشريعة الإسلامية؛ لكن إلى أي مدى يمكن الأخذ بعين الاعتبار هذا القرار القضائي؟

بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي، وما جاء في تعريف للمتعة، فإنها تمنح للمطلقة عند الطلاق لجبر خاطرها، وبمفهوم المخالفة فإن الزوجة التي تختار فراق زوجها لا تستحق المتعة، وهو نفس الأساس القانوني لإستحقاق المطلقة طلاقا تعسفيا للتعويض؛ فمعنى ذلك لو جمعت المتعة والتعويض في آن واحد، تكون المطلقة قد أخذت تعويضين عن نفس الضرر.

وفي قرار آخر للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 27 / 03 / 1989 بقولها: "من المقرر قانونا أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفا زوجته ونتج عن ذلك ضرر لمطلقتها، فإن كل زوجة بادرت إلى إقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها وحكم لها به، فالحكم غير شرعي، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد فهما خاطئا للقانون. و لما كان الثابت في قضية الحال أن الزوجة هي التي طلبت التطليق فإن قضاة المجلس الذين وافقوا على الحكم الابتدائي وتعديلا له برفع مبلغ التعويض ونفقة العدة، ونفقة الإهمال بالرغم من تصريح الحكم الابتدائي بأن الزوجة رفضت الرجوع فإنهم بقضائهم كما فعلوا فهموا المادة 52 فهما خاطئا، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا في جانب التعويض والسكن ونفقة الإهمال"⁽²⁾.

فالملاحظ لنا أن أساس الحكم بالتعويض هو نفسه أساس إستحقاق المتعة، فكيف يمكن القاضي الحكم بهما معا و في آن واحد.

وهذا ما يعني إختصاص قاضي شؤون الأسرة بإلزام الزوج على دفع مبلغ مالي معين إلى مطلقتها، تعويضا عما أصابها من ضرر كلما كان الطلاق تعسفيا؛ مع العلم أن مصطلح المتعة أضيق مما هي عليه التعويض في القوانين الوضعية، وذلك أن المتعة خصصت لجبر خاطر الزوجة المطلقة، ويراعى القاضي في تقديرها الحالة المادية لكل من المطلق والمطلقة، وباعتبار أن التعويض يجوز إستعماله لجبر أي ضرر عن أي

1 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 07 / 04 / 1986، ملف رقم 61560، م - ق، عدد 02، 1991، ص 69.

2 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 27 / 03 / 1989، ملف رقم 50117، م - ق، عدد 01، 1991، ص 56.

فعل غير مشروع، ويراعي القاضي في تقديره مقدار الخسارة وفوات الكسب، ولا يجوز أن يحكم بما يتجاوز مقدار الضرر أو بما يقل عنه⁽¹⁾.

وما يتضح لنا من خلال القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا بخصوص التعويض أنه يحكم بالمتعة لكل مطلقة طلاقا تعسفيا - أي غير مبرر - ويحكم بالتعويض بدعوى مستقلة عن الضرر الذي لحق المطلقة، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 22 / 02 / 2000 بقولها: "إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق، لكن وحيث أن التعويض والنفقة المحكوم بهما هي ناتجة عن مدى تحمل الزوج مسؤولية الطلاق وتقدر 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 المادتين 124 و 41 من ق - م⁽²⁾".

وبالتالي فلما كان مبلغ التعويض والنفقة المحكوم بهما لا تدخل تحت الأضرار المنصوص عليها في هاتين المادتين فإن قضاة الاستئناف لم يخالفوا القانون، وأن قرارهم يكون سليما، غير أنه تجدر الإشارة إلى أن الطاعنة إن كان قد لحقها ضرر ناتج عن التعسف بمفهوم المادة 41 من ق - م أو لحقها ضرر ناتج عن المسؤولية التقصيرية طبقا لمقتضيات المادة 124 فعليها أن تثبت الضرر المذكور في دعوى مستقلة وتطلب التعويض مقابل ذلك⁽³⁾".

وعليه يمكن القول بأن ما ذهب إليه القضاء الجزائري يعتبر رأيا اجتهاديا وسطا بين إيجاب المتعة شرعا، وتقرير الحق في التعويض قانونا، وهذا لا يستقيم لاختلاف موجب كل من المتعة والتعويض، فإن اتحدا في الحكمة فقد اختلفا في السبب، ومن ثم يكون لكل منهما حكمه الخاص.

2- موقف المشرع المغربي والمصري: بالنسبة للمشرع المغربي؛ فقد ثار نقاش حاد حول طبيعة المتعة من حيث أنها شرعت لجبر خاطر المرأة بعد الطلاق الذي يوقعه الزوج؛ أم هي تعويض عن طلاق تعسفي.

1 - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 109 - 110.

2 - المادة 41 ملغاة بالقانون 05 - 10 المؤرخ في 20 / 06 / 2005 والمتعلق بالقانون المدني، والتي حلت مكانها المادة 124 مكرر من نفس القانون.

3 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 22 / 02 / 2000، ملف رقم 235367، م - ق، عدد 01، 2001، ص 275.

وبالرجوع لأحكام المادة 1/84 من م-أ- م، بقولها: "تشمل مستحقات الزوجة: الصداق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة، والمتعة التي يراعي في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه..."

ما يتضح لنا أن المشرع المغربي جعل المتعة واجبة على الزوج، وعلى القاضي أن يراعي عند تقديرها يسر الرجل وحال الزوجة، لكن إذا كان الطلاق تعسفياً وبدون مبرر فإن المتعة تتحول إلى تعويض يجبر الضرر الذي قد يحصل للزوجة نتيجة هذا الطلاق الجائر.

القول بأن الأمر يتعلق بالتعويض يحتاج إلى وقفة، ذلك أن التعويض يلزمه عنصر الخطأ؛ كما أنه يقدر وفقاً للقواعد العامة بحسب الضرر الناجم عن الخطأ أو التجاوز، في حين أن تقدير المتعة يكون حسب يسر المطلق وحال المطلقة.

من هنا كان لا بد للمشرع المغربي أن يفرق بين المتعة و الطلاق التعسفي، وأن يبين صراحة على الحكم بالتعويض عن الضرر اللاحق بالمطلقة في جميع الحالات التي تثبت فيها أن الزوج قد تعسف في استعمال حقه في الطلاق، سواء كان الضرر اللاحق بالمطلقة مادياً أو معنوياً.

أما فيما يخص المشرع المصري فقد نص صراحة على أن المتعة تعتبر من آثار الطلاق وذلك من خلال المادة 18 مكرر من القانون رقم 100 لسنة 1985 بقولها: "الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها و لا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل؛ وبمراعاة حال المطلق يسراً أو عسراً و ظروف الطلاق ومدة الزوجية، ويجوز أن يرخص للمطلق بسداد هذه المتعة على أقساط".

ما يتضح لنا أن المشرع المصري أخذ بالقول الراجح لدى المذهب الشافعي الذي يجيز أخذ الزوجة المطلقة المتعة، ولما كان الأصل في تشريع المتعة هو جبر خاطر المطلقة وكانت مواساتها من المروءة التي

تطلبتها الشريعة الإسلامية وكان من أسس تقديرها قوله تعالى: [...] .

وعلى هذا وضع نص المادة 18 مكرر بمراعاة ضوابط أقوال الفقهاء الشافعية، وللقاضي أن ينظر في تقديرها إلى ظروف الطلاق، وإلى إساءة استعمال هذا الحق ووضعه في موضعه، ولا تقل في تقديرها عن نفقة سنتين وتخفيفاً على المطلق أجاز المشرع الترخيص له في سداد جملة المقررة للمتعة على أقساط.

وعلى ذلك يمكن القول بأن الحكمة من تشريع المتعة هي جبر خاطر المطلقة ومواساتها ومعونتها على مواجهه تبعات الطلاق⁽¹⁾، ولا يعد على ما شاع به القول جزاء على إساءة استعمال لحقه في الطلاق⁽²⁾؛ وقد اشترط المشرع المصري شروطاً لاستحقاق المتعة تتمثل فيما يلي:

أ- أن تكون الزوجة مدخولاً بها في زواج صحيح، فلا تجب المتعة للمخطوبة كما لا تجب لمن كان زواجها فاسداً أو باطلاً ثم طلقت كمن تزوجت معتمها أو أحد محارمها، ويجب أن تكون الزوجة مدخولاً بها حقيقة أو مختلى بها دون دخول قياساً.

واشترط المشرع لاستحقاق المتعة الدخول الحقيقي إنما هو شرط لجواز التقاضي بها إما احتساب مقدار مبلغ المتعة فإنه يكون عن مدة الزوجية بصرف النظر عن تاريخ الدخول، وعلى ذلك فإذا تم العقد وتراخى الدخول إلى وقت لاحق احتسب مبلغ المتعة من يوم العقد وليس من يوم الدخول، أي أن الدخول ما هو إلا شرط للمطالبة القضائية والاستحقاق وليس عنصراً من عناصر التقدير.

ب- أن يقع الطلاق بين الزوجين أي كان نوعه رجعياً أو بائناً أو بحكم القاضي (التطليق)؛ عدا الخلع لتنازل الزوجة عن حقوقها الشرعية فيه، فتستحق المطلقة المتعة أي كان نوع الطلاق باعتبار أن العبرة في استحقاقها هي بالطلاق ذاته باعتباره الواقعة القانونية المنشئة للالتزام الزوج بها، وعلى ذلك فليس بلازم ثبوت انقضاء فترة العدة قبل رفع الدعوى بالمتعة فللمطلقة رجعياً إقامة الدعوى بها فور إيقاع الطلاق، وتستحق المتعة حتى ولو أعادها المطلق إلى عصمته، وقضى أن المتعة إستحقاق المطلقة لها سواء كان الطلاق من الزوج أو من القاضي نيابة عنه⁽³⁾.

ج- أن يكون الطلاق قد وقع بغير رضا صريح أو ضمني من الزوجة⁽⁴⁾، واستخلاص توافر رضا الزوجة من عدمه مسألة موضوعية يستقل بها قاضي الموضوع.

1 - حكم محكمة النقض، الطعن رقم 06 لسنة 63، ق - جلسة 10 / 03 / 1997.

2 - والمتعة - بالمعنى السابق - هي أحد الحقوق المالية الثلاثة التي تجب للزوجة على زوجها؛ أولها المهر الذي يجب مقابل استيفاء الزوج ما يقتضيه عقد الزواج من منافع الزوجية، وثانيهما النفقة التي تجب لها نظير احتباسها لمصلحة الزوج، وثالثها المتعة والتي تجب لها جبراً وترفيهاً وتخفيفاً لما يصيبها من أسف وحسرة ووحشة بسبب استعمال الزوج لحقه.

3 - طعن رقم، 177 لسنة 59، ق أحوال شخصية جلسة، 24 / 03 / 1992؛ نقلاً عن: حاتم صبحي الأرنؤوطي، دعاوى النفس أمام محكمة الأسرة، دار الكتب القانونية، 2009 م، ص 538 - 539.

4 - نقض الطعن، رقم 529، لسنة 64، ق - جلسة 20 / 06 / 2000.

د- يجب ألا يكون الطلاق بسبب يرجع للزوجة؛ أو هي المتسببة بأفعالها الإيجابية أو السلبية في وقع الطلاق، فقد يؤدي سوء سلوكها مع زوجها وعدم صوتها عرضه وماله و أولاده، وعصيانها أوامره أو إهمالها واجباتها نحوه أو نحو أولادها منه، هو الذي دفع زوجها لتطليقها، فلو ثبت أنها هي السبب في الطلاق فلا متعة لها وبعد الطلاق غيبا وبمحكم القاضي لسبب لا يرجع للزوجة، وعلى الزوج إن ادعى العكس أن يثبت ما يدعيه⁽¹⁾.

من هنا فإذا توفرت كل هذه الشروط جار للقاضي أن يحكم للزوجة المطلقة بالمتعة، كأثر من آثار انحلال الرابطة الزوجية.

الفرع الثالث

تحديد القاضي لمقدار المتعة

سنتطرق في هذا الفرع إلى تحديد مقدار المتعة في الفقه الإسلامي (أولا)؛ ثم نبين تحديد القاضي لمقدار المتعة في التشريع الجزائري والمقارن.

أولا - تحديد مقدار المتعة في الفقه الإسلامي: اختلف الفقهاء في تحديد مقدار المتعة، كما اختلفوا في أصل وجوبها: - فالحنفية يرون أن الحد الأدنى للمتعة ثلاثة أثواب، درع وخمار وملحفة، على أن لا تقل؛ قيمتها عن خمسة دراهم، وأما أعلاها فنصف مهر المثل⁽²⁾.

أما المالكية، فالمتعة غير مقدرة عندهم، وليس لها حد معروف في أكثرها وأدناها، قال مالك: "ليس لها حد لا في قليل ولا في كثير، ولا أرى يقضي بها، وهي من الحقّ عليه، ولا يعدى فيها السلطان، وإنما هو شيء إن أطاع به أداه، وإن أبي لم يجبر على ذلك"⁽³⁾.

أما الشافعية فمقدار المتعة عندهم، ما يترضى عليه الزوجان، واستحبوا أن لا تنقص عن ثلاثين درهماً أو ما في قيمته، وأن لا تبلغ نصف مهر المثل. ويقول النووي: "أن أدنى المتعة المستحبة ثلاثون درهماً، وأعلاه خادم، وأوسطه ثوب"⁽⁴⁾.

1 - أي ادعى أن سوء فعل زوجته هو السبب الذي أدى به لتطليقها أن يثبت ما يدعيه وله ذلك حتى لو كان تطليقه غيباً أو بحكم القاضي. طعن رقم نقض في الطعن رقم 117 لسنة 59، ق جلسة 1992 / 03 / 24؛ نقلا عن: حاتم صبحي الأرنؤوطي، المرجع السابق، 539 - 540.

2 - والدرع هو ما تلبسه المرأة فرق القميص، والملحفة ما تلتحف به من رأسها إلى قدمها؛ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 03، ص 110 - 111.

3 - الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج 05، ص 335.

وأما القدر الواجب في المتعة، ففيه وجهان: منهم من قال: هو ما يقع عليه اسم مال، كما يجري ذلك في المهر، ومنهم من قال، وهو المذهب أنه لا يجري ما يقع عليه اسم المتعة، بل ذلك إلى الحاكم وتقديره باجتهاده، لقوله تعالى: [... ﴿٧﴾ ﴿٨﴾ ﴿٩﴾ ﴿١٠﴾ ﴿١١﴾ ﴿١٢﴾ ﴿١٣﴾ ﴿١٤﴾ ﴿١٥﴾ ﴿١٦﴾ ﴿١٧﴾ ﴿١٨﴾ ﴿١٩﴾ ﴿٢٠﴾ ﴿٢١﴾ ﴿٢٢﴾ ﴿٢٣﴾ ﴿٢٤﴾ ﴿٢٥﴾ ﴿٢٦﴾ ﴿٢٧﴾ ﴿٢٨﴾ ﴿٢٩﴾ ﴿٣٠﴾ ﴿٣١﴾ ﴿٣٢﴾ ﴿٣٣﴾ ﴿٣٤﴾ ﴿٣٥﴾ ﴿٣٦﴾ ﴿٣٧﴾ ﴿٣٨﴾ ﴿٣٩﴾ ﴿٤٠﴾ ﴿٤١﴾ ﴿٤٢﴾ ﴿٤٣﴾ ﴿٤٤﴾ ﴿٤٥﴾ ﴿٤٦﴾ ﴿٤٧﴾ ﴿٤٨﴾ ﴿٤٩﴾ ﴿٥٠﴾ ﴿٥١﴾ ﴿٥٢﴾ ﴿٥٣﴾ ﴿٥٤﴾ ﴿٥٥﴾ ﴿٥٦﴾ ﴿٥٧﴾ ﴿٥٨﴾ ﴿٥٩﴾ ﴿٦٠﴾ ﴿٦١﴾ ﴿٦٢﴾ ﴿٦٣﴾ ﴿٦٤﴾ ﴿٦٥﴾ ﴿٦٦﴾ ﴿٦٧﴾ ﴿٦٨﴾ ﴿٦٩﴾ ﴿٧٠﴾ ﴿٧١﴾ ﴿٧٢﴾ ﴿٧٣﴾ ﴿٧٤﴾ ﴿٧٥﴾ ﴿٧٦﴾ ﴿٧٧﴾ ﴿٧٨﴾ ﴿٧٩﴾ ﴿٨٠﴾ ﴿٨١﴾ ﴿٨٢﴾ ﴿٨٣﴾ ﴿٨٤﴾ ﴿٨٥﴾ ﴿٨٦﴾ ﴿٨٧﴾ ﴿٨٨﴾ ﴿٨٩﴾ ﴿٩٠﴾ ﴿٩١﴾ ﴿٩٢﴾ ﴿٩٣﴾ ﴿٩٤﴾ ﴿٩٥﴾ ﴿٩٦﴾ ﴿٩٧﴾ ﴿٩٨﴾ ﴿٩٩﴾ ﴿١٠٠﴾] ، فلو كان الواجب ما يقع عليه الاسم لما خالف بينهما، ويخالف المهر فإن ذلك بتراضيهما.

وهل الاعتبار بحال الزوج أو حال الزوجة؟ أحدهما: الاعتبار بحال الزوج لقوله تعالى: [... ﴿٧﴾ ﴿٨﴾ ﴿٩﴾ ﴿١٠﴾ ﴿١١﴾ ﴿١٢﴾ ﴿١٣﴾ ﴿١٤﴾ ﴿١٥﴾ ﴿١٦﴾ ﴿١٧﴾ ﴿١٨﴾ ﴿١٩﴾ ﴿٢٠﴾ ﴿٢١﴾ ﴿٢٢﴾ ﴿٢٣﴾ ﴿٢٤﴾ ﴿٢٥﴾ ﴿٢٦﴾ ﴿٢٧﴾ ﴿٢٨﴾ ﴿٢٩﴾ ﴿٣٠﴾ ﴿٣١﴾ ﴿٣٢﴾ ﴿٣٣﴾ ﴿٣٤﴾ ﴿٣٥﴾ ﴿٣٦﴾ ﴿٣٧﴾ ﴿٣٨﴾ ﴿٣٩﴾ ﴿٤٠﴾ ﴿٤١﴾ ﴿٤٢﴾ ﴿٤٣﴾ ﴿٤٤﴾ ﴿٤٥﴾ ﴿٤٦﴾ ﴿٤٧﴾ ﴿٤٨﴾ ﴿٤٩﴾ ﴿٥٠﴾ ﴿٥١﴾ ﴿٥٢﴾ ﴿٥٣﴾ ﴿٥٤﴾ ﴿٥٥﴾ ﴿٥٦﴾ ﴿٥٧﴾ ﴿٥٨﴾ ﴿٥٩﴾ ﴿٦٠﴾ ﴿٦١﴾ ﴿٦٢﴾ ﴿٦٣﴾ ﴿٦٤﴾ ﴿٦٥﴾ ﴿٦٦﴾ ﴿٦٧﴾ ﴿٦٨﴾ ﴿٦٩﴾ ﴿٧٠﴾ ﴿٧١﴾ ﴿٧٢﴾ ﴿٧٣﴾ ﴿٧٤﴾ ﴿٧٥﴾ ﴿٧٦﴾ ﴿٧٧﴾ ﴿٧٨﴾ ﴿٧٩﴾ ﴿٨٠﴾ ﴿٨١﴾ ﴿٨٢﴾ ﴿٨٣﴾ ﴿٨٤﴾ ﴿٨٥﴾ ﴿٨٦﴾ ﴿٨٧﴾ ﴿٨٨﴾ ﴿٨٩﴾ ﴿٩٠﴾ ﴿٩١﴾ ﴿٩٢﴾ ﴿٩٣﴾ ﴿٩٤﴾ ﴿٩٥﴾ ﴿٩٦﴾ ﴿٩٧﴾ ﴿٩٨﴾ ﴿٩٩﴾ ﴿١٠٠﴾] ؛ وثانيها الاعتبار بحال الزوجة، لأن المتعة بدل عن المهر بدليل أنه لو كان هناك مهر لم تجب لها متعة، والمهر معتبر بحالها فكذلك المتعة⁽²⁾.

واختار بعض الشافعية اعتبار حالهما، قال في فتح العين: "فإن تنازعا، قدرها القاضي بقدر حالهما من يساره وإعساره ونسبها وصفتها"⁽³⁾.

وأما الحنابلة فقد اختلفت الروايات عن أحمد، فقد روي أعلاها خادما، وأدناها كسوة تصح الصلاة بها، وهو المشهور عندهم⁽⁴⁾، وقيل: هي مقدرة بما يصادق نصف مهر المثل، لأنها بدل عنه فتقدرت به. وقد ضعفت هذه الرواية، وقالوا: ولا تليق هذه الرواية بمذهب أحمد، لأنه تنتفي فائدة اعتبار الموسع والمقتر⁽⁵⁾.

وقيل: يرجع في تقديرها إلى الحاكم، وذلك لأنه لم يرد الشرع بتقديرها، وهي مما يحتاج إلى الاجتهاد، فوجب الرجوع فيها إلى الحاكم كسائر المجتهادات.

ومتى تراضيا في المتعة على شيء، اتبع ما تراضيا عليه إذا كانا من أهل التراضي، إذا لحق لهما لا يعدوهما، وإن تنازعا رجع الأمر إلى الحاكم، فيعتبر حال الزوج، فيجعل على الموسع قدر سعته، وعلى المقتر قدره.

1 - النووي، إعانة الطالبين، ج 03، ص 406.
 2 - النووي، المجموع، ج 16، ص 391.
 3 - المليباري الهندي، فتح المعين لشرح فرة العين بمهمات الدين، ج 03، ص 406.
 4 - الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخزقي، ج 02، ص 432.
 5 - الزركشي، شرح الزركشي، ج 02، ص 432.

الترجيح: بعد عرض آراء الفقهاء والذين اتفقوا على أن المتعة تقدر بناء على العرف، ومن هنا كان الاختلاف بينهم اختلاف زمان ومكان لا اختلاف حجة وبرهان، فالمصلحة تقتضي أن يترك أمر تقديرها لاجتهاد الحاكم أو القاضي؛ والأصح هو عدم تحديد الحد أدنى ولا أعلى، وإنما يترك أمر ذلك إلى اجتهاد القاضي، مراعيًا حالة الزوج من يسار وإعسار، وحالة الزوجة، فكما أن أمر تحديد النفقة يحسم فيه القاضي، فأمر المتعة أولى؛ كما أن الشارع الحكيم قد قيد أمر المتعة بشرطين:

1- اعتبار حال الزوج.

2- أن تقدر بالمعروف، والمعروف موقوف على عادات الناس، والعادات تختلف وتتغير باختلاف الزمان والمكان.

ثانياً- تحديد القاضي لمقدار المتعة في التشريع الجزائري والمقارن: إن المشرع الجزائري لم يتناول مسألة تحديد نفقة المتعة، ولكن بالرجوع لأحكام المادة 222 من ق - أ، التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية؛ فالشارع الحكيم لم يحدد قدرا معيناً للمتعة، بل ترك أمر تقديرها للعرف وحسب حال الزوج المطلق والزوجة المطلقة من غنى وفقر، وذلك مصداقاً لقوله تعالى:

﴿...﴾
 ﴿...﴾
 ﴿...﴾

ومن هنا فالمشرع الجزائري تناول المتعة من قبيل التعويض، وبالمقابل فإنه من الناحية العملية، هناك بعض الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا، التي تجيز للقضاة منح المتعة للمطلقة، وإن اختلفوا في المقدار أنهم اتفقوا بأن يعطي الزوج للزوجة المتعة حسب السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 18 / 06 / 1991 بقولها: "من المستقر على قضاء أن تحديد مبالغ المتعة، والتعويض، ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة المجلس برفعهم لمبالغ المتعة والتعويض والنفقة المحكوم بها في محكمة أول درجة، دون أن يبينوا أسباب ذلك شابوا قرارهم بالقصور في التعليل"⁽¹⁾؛ وهو ما أكدته في قرار لها بتاريخ 21 / 05 / 1991 حين قضت: "إن تحديد نفقات العدة والمتعة والنفقة الغذائية للزوجة

1 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 18 / 06 / 1991، ملف رقم 75029، م - ق، عدد 02، 1994، ص 65.

المطلقة وأولادها المحضونين، وحق الحاضنة في السكن، تخضع لسلطة قضاة الموضوع التي حولها لهم القانون، ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك"⁽¹⁾.

وعليه فكل مطلقة تستحق نفقة المتعة من مال زوجها، ويجب على مطلقها أن يتحمل نفقة المتعة، وعلى القاضي أن يحكم بها ويجددتها إجمالياً، ويشير إليها في نفس الحكم الذي يقضي فيه بالطلاق، فيدفعها المطلق لمطلقته، وفقاً لقواعد إجراءات التنفيذ، إما بصفة رضائية أو بصفة جبرية.

وعليه فإنه يجب على القاضي في هذه الحالة أن يراعي حال كل من الزوج والزوجة، وهذا على أساس مراعاة حال الزوج المالية وتغير الأسعار في الأسواق وظروف المعيشة، ومدة الحياة الزوجية، وأسباب الطلاق، عند تقديره لنفقة المتعة؛ وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 27 / 01 / 1986 حين قضت: "من المقرر شرعاً و قضاءً أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه.

ولما كان ثابتاً - في قضية الحال - أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معاً، فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة.

ومتى كان كذلك استوجب النقض جزئياً فيما يخص المتعة"⁽²⁾.

وهو ما أكدته في قرار لها بتاريخ 29 / 12 / 1986 بقولها: "من القواعد المقررة شرعاً أن المتعة لمن طلقها زوجها وليست لما طلقت نفسها بحكم، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للنصوص الشرعية في فرض المتعة.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الزوجة أقامت دعوى التطليق واستجابت المحكمة لطلبها ووافق المجلس عليه الذي يعد وحده عقاباً للزوج بسبب إهماله، فإن القضاء بالمتعة للمطلقة يعد مخالفاً للنصوص الشرعية؛ ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئياً فيما يخص المتعة"⁽³⁾.

وعليه يمكن القول بأن ما ذهب إليه القضاء الجزائري يعتبر رأياً صواباً عندما حول للقاضي سلطة تقديرية في تقدير نفقة المتعة.

1 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 21 / 05 / 1991، ملف رقم 72602، ن - ق، عدد 47، 1995، ص 149.

2 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 27 / 01 / 1986، ملف رقم 39731، م - ق، عدد 04، 1993، ص 61.

3 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 29 / 12 / 1986، ملف رقم 43860، م - ق، عدد 02، 1993، ص 41.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد تناول ذلك من خلال أحكام المادة 84 من م - أ؛ و الذي ترك أمر تقدير المتعة لقاضي شؤون الأسرة، لكن لم يعطي له سلطة تقديرية واسعة، بل وضع له شروطا وضوابط يجب عليه مراعاتها، وتمثل هذه الضوابط فيمايلي:

1- فترة الزواج: فهنا يجب على القاضي أن ينظر في المدة التي استغرقتها الحياة الزوجية بين الطرفين، أي أنه كلما كانت المدة الزوجية طويلة، كلما كان احتمال الزيادة في مبلغ المتعة قائما؛ والعكس صحيح.

2 - الحالة المالية للزوج: أي يراعي القاضي هنا حال الزوج، فإذا كان الزوج غنيا كان مبلغ المتعة مرتفعا، وكلما كان الزوج فقيرا كان مبلغ المتعة معتبرا؛ أي بما هو متعارف عليه في المجتمع المغربي؛ وذلك مصداقا لقوله تعالى: [...].

3- أسباب الطلاق: هنا القاضي يتحري في أسباب الطلاق؛ وذلك من خلال تبيان ما إذا كان الطلاق من جهة الزوج؛ ومدى تعسفه في توقيعه، ومدى ثراء الزوج، ومساهمة الزوجة في ذلك، وحالتها الصحية إلى غير ذلك من العناصر التي تساعد على تحديد مبلغ المتعة تحديدا عادلا.

وفي الواقع إعمال المشرع المغربي لهذه المعايير فيه استجابة لمطالب الفقه المنادي بالرقعي بالمتعة إلى مستوى التعويض الحقيقي، خاصة وأنه راعى مدة الزوجية و الأضرار التي تمكن أن تلحق بالمرأة وغيرها، وأكثر من هذا فالطلاق جعل تحت مراقبة القضاء؛ وهذه المراقبة التي تمكن القاضي عبر سلطته التقديرية، من تقييم مدى تعسف الزوج في إيقاعه للطلاق، فيقدر إثر ذلك المتعة المستحقة.

من هنا فإن المشرع المغربي ما زال متشبثا باصطلاح المتعة، دون التعويض بالرغم من أن بعض الفقه يرى بأنه ليس هناك مانع شرعي أو قانوني من حرمان المطلقة من التعويض إلى جانب حقها في المتعة متى كان الزوج متعسفا في إيقاع الطلاق⁽¹⁾؛ وهذا ما قضى به المجلس الأعلى للقضاء في قرار له الصادر بتاريخ 03 /12 /2008 على أنه: " يجب عدم الخلط بين الحق في المتعة والسكن خلال العدة كمستحقات

1 - إدريس الفاحوري، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفق آخر تعديلات، دار النشر الجسور، وجدة، ط 06، 1999 - 2000 م، ص 285.

للزوجة عن الطلاق أو التطليق ومن بين حقها في التعويض عن الضرر في حالة التطليق للضرر، لأن كل منهما مستقل عن الآخر والحكم بأحدهما لا يمنع من الحكم بالآخر... نعم"⁽¹⁾.

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد تكلم على مسألة تحديد المتعة من خلال المادة 18 مكرر من القانون رقم 100 لسنة 1985، والذي حول سلطة تقديرية لقاضي الأحوال الشخصية بتقديرها، ولكن يجب على القاضي مراعاة المعايير والضوابط التالية:

1- يجب على القاضي عند تقديره لمبلغ نفقة المتعة أن لا ينزلها عن نفقة سنتين كحد أدنى؛ إلا أن للقاضي أن يحكم بما يجاوز هذه المدة بالنظر إلى حالة المطلق المالية والاجتماعية، وظروف الطلاق⁽²⁾، ومدة الزوجية، كما يجوز أن تفرض المتعة لمدى حياة المطلقة وخاصة أن مفهوم نص المادة يتسع لذلك⁽³⁾.

2- يدخل كذلك في تقدير نفقة المتعة ظروف وملابسات الطلاق ومدة الحياة الزوجية⁽⁴⁾؛ إلا أنه يجدر التنويه إلى أنه وكما يمكن أن يعد قصر مدة الزوجية سببا داعيا لضالة المبلغ المحكوم به على سبيل المتعة، فإنه يمكن أن يعد أيضا في نفس الوقت سببا لزيادة هذا المبلغ - بمراعاة ظروف الطلاق - كما أن الزواج الذي لم يستمر سوى بضعة أسابيع أدعى إلى زيادة المبلغ المحكوم به كمتعة، لعمق الألم النفسي الذي سيخلفه الطلاق السريع في نفسية المطلقة ووضعها بين أهلها.

3- إن تقدير نفقة المتعة يتم بمراعاة حال وظروف المطلق يسرا وعسرا.

4- جواز ترخيص القاضي للمطلق في سداد نفقة المتعة المحكوم بها على أقساط بناء على طلب من هذا الأخير؛ وللقاضي مطلق السلطة في قبول هذا الطلب أو رفضه، وهو يعمل في ذلك سلطته في تقدير مدى يسار الزوج لإجابة طلبه أو رفضه، دون أن يكون ملزماً بتسبب القبول أو تسبب الرفض كونه محض

1 - المجلس الأعلى، قرار صار بتاريخ 03 / 12 / 2008، مجلة الملف، 2009، عدد 14، ص 269؛ نقلا عن: محمد الشافعي، المرجع السابق، 73.

2 - والمقصود بعبارة ظروف الطلاق الواردة بالنص وجوب أن يدخل القاضي في تقديرها عند الحكم في دعوى المتعة الأسباب الشخصية التي دفعت الزوج إلى إيقاع الطلاق ومدى تعسف الزوج في استخدام هذا الحق بحيث يتعين على القاضي زياد المبلغ المحكوم به كمتعة كلما تكشف لها من بحث ظروف الطلاق تعسف الزوج في استخدام هذا الحق.

3 - الحكم الصادر في القضية رقم 1809 لسنة 1981، أحوال نفس كلي جنوب القاهرة، وفيه حكمت المحكمة بفرض متعة للمدعية مدى حياتها وتأييد هذا الحكم استئنافيا برقم 197 لسنة 05 قضائية؛ الحكم الصادر في الاستئناف، رقم 26 لسنة 102 قضائية، جلسة بتاريخ 08 / 05 / 1986؛ نقلا عن: أشرف مصطفى كمال، المرجع السابق، ص 637.

4 - ويرى جانب من الفقه المصري أن إعمال هذه المعايير يعمل به في تقدير سنوات المتعة وليس في تقدير النفقة التي تكون مقدرة بموجب حكم حائز لحجية الأمر المقضي به.

سلطة جوازية لا يلزم بتسببها؛ كما يجوز طلب التقسيط عند التنفيذ بناء على قرار يصدر من قاضي التنفيذ المختص⁽¹⁾.

وقد أثارَت المادة 18 مكرر خلافا في العمل حول مدى حجية الحكم الصادر بالنفقة بالنسبة لدعوى المتعة، ومدى وجوب أو جواز الاستناد أو التمسك بما ورد بحكم النفقة واتخاذَه أساسا لتقدير المتعة المستحقة على المطلق، وذلك باعتبار أن المشرع وردت صياغته متضمنة عبارة "... متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل .."، وقد تفرعت أحكام المحاكم في تفسير هذا النص إلى ثلاث اتجاهات؛ اعتبر إحداها أنه يستوي للقضاء بالمتعة صدور أو عدم صدور الحكم للمطلقة بالنفقة وذهب إلى تقدير يسار المطلق لتحديد مقدار المتعة المستحقة بإتخاذ إجراءات الإثبات المعتادة، مع الاسترشاد بحكم النفقة أن وجد لا فرق بين ما إذا كان ابتدائيا أو نهائيا، بينما ذهب اتجاه آخر إلى اعتبار أن صدور حكم قضائي بتحديد نفقة المطلقة يعد مسألة أولية، يتعين الفصل فيها لزوم الفصل في دعوى المتعة اعمالا لحكم 129 مرافعات، وذهبت تلك الأحكام في سبيل تطبيق هذا النظر إلى وقف دعوى المتعة، إلى حين الفصل في دعوى النفقة بحكم نهائي، إذا ما تبين أن هذه الدعوى الأخيرة مطروحة على القضاء بين الخصمين.

بينما ذهب اتجاه ثالث إلى القول بعدم قبول دعوى المتعة لرفعها قبل الأوان إذا ما تبين عدم قيام المدعية بالمتعة بسبق رفع الدعوى بالنفقة.

من هنا يمكننا القول بأن هذه المشكلة يتعين النظر إليها من خلال قوة الأمر المقضي للأحكام القضائية، ذلك أنه من المقرر أن الحكم إذا ما صار نهائيا غير قابل للطعن، اكتسب قوة الأمر المقضي باعتبار أنه قد أضحى في مرتبة يعد معها عنوانا للحقيقة القانونية⁽²⁾ إلى أن يطرأ عليه ثمة تعديل فيما يتعلق بالأحكام الصادرة في مسائل الأحوال الشخصية باعتبارها ذات حجية مؤقتة، وإذا كان من المقرر أن كل حكم حائز قوة الأمر المقضي يكون بطبيعته حائزا لحجية الأمر المقضي، فإن مقتضى ذلك أن هذا الحكم يكون واجب الاحترام من الكافة، ولا يجوز القضاء على خلافه في أي نزاع يكون هذا الحكم يكون مستند لأي من الخصوم فيه، إلا أنه لما كان من المقرر في ذات الوقت أن الحجية التي تثبت للأحكام الصادرة بالنفقات هي بطبيعتها حجية مؤقتة، لأنها مما يقبل التغيير والتبديل ويرد عليها الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف، كما يرد عليها الإسقاط بسبب تغير دواعيها، إلا أن هذه الحجية المؤقتة تظل باقية طالما أن دواعي النفقة وظروف الحكم بها لم تتغير مما يعتبر معه الحكم الذي ينكر هذه الحجية مخالفا للقانون يجوز

1 - أشرف مصطفى كمال، المرجع السابق، ص 638 - 639.

2 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ط 1982م، المجلد الأول، ج 02، ص 816.

الطعن فيه بطريق النقض طبقاً لأحكام المادة 426 مرفعات⁽¹⁾، وعلى ذلك يمكن القول أنه يتعين عند نظر دعوى المتعة التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون هناك حكم صادر للمدعية بالنفقة، فيتعين في هذه الحالة اتخاذه أساساً لتقدير المتعة، وهنا يجب التفريق بين حالتين؛ الأولى أن لا يكون هذا الحكم قد اكتسب قوة الأمر المقضي، أي لم يصبح نهائياً، فيتعين على قاضي المتعة تأجيل نظر الدعوى إلى حين صدور الحكم الصادر بالنفقة نهائياً منعاً لتناقض الأحكام، وفي هذه الحالة وجب تقدير المتعة استناداً إلى المبلغ المحكوم به كنفقة في حق المطلق واسترشاداً بعناصر التقدير الأخرى⁽²⁾، إلا أنه إذا ادعى أحد من طرفي دعوى المتعة تغيير الحالة المالية للمطلق كان على القاضي اتخاذ إجراءات الإثبات في هذا الخصوص والقضاء بمبلغ المتعة على ضوء ما يسفر عنه الإثبات، باعتبار أن دواعي الحكم بالنفقة وظروفه يكون قد ثبتت تغييرها في هذه الحالة، مما تسقط معه حجية الحكم الصادر بالنفقة فيقوم القاضي المتعة بإعادة تقدير النفقة كوسيلة لتحديد ما تقضي به كمعنة⁽³⁾، والثانية أن يكون حكم النفقة قد اكتسب قوة الأمر المقضي بأن أصبح نهائياً، فتعين على القاضي في هذه الحالة القضاء بما قضى به الحكم المذكور من نفقة، واتخاذه أساساً لتحديد مقدار المتعة المقضى بها، مع الاستعانة بعناصر التقدير الأخرى الواردة بالنص، وذلك إذا ادعى أيضاً أحد طرفي الدعوى تغيير الحالة المالية للمطلق، حيث يتعين الوقوف على ما آل إليه حال المطلق بعد صدور النفقة يسراً أو عسراً والقضاء بالمتعة على ضوء الحالة المالية الثابتة المدعي عليه في تاريخ استحقاق المتعة⁽⁴⁾.

الحالة الثانية: وفيها لا يكون هناك حكم بالنفقة للمطلقة إما لعدم حصولها على حكم بالنفقة أو لغير ذلك من الأسباب، وفي هذه الحالة يتعين على القاضي المختص بدعوى المتعة اتخاذ إجراءات إثبات درجة يسار المطلق توصلًا إلى تحديد مقدار ما كانت تستحقه المطلقة من نفقة يتخذه القاضي فقط. أساساً لتقدير المتعة المستحقة دون أن يكون لهذا القضاء حجية في خصوص استحقاق المطلقة للنفقة على المطلق⁽⁵⁾.

1 - نقض القرار، أحوال الشخصية، جلسة 27 / 10 / 1960، ص 540.

2 - نقض الطعن، رقم 204، لسنة 62، ق - جلسة 25 / 03 / 1996.

3 - وفي ذلك قالت محكمة النقض في الطعن، رقم 345 لسنة 64، ق - جلسة 28 / 06 / 1999؛ أن تعديل محكمة الاستئناف لمقدار المتعة المحكوم بها ابتدائياً على قائله عدم تقيده، بحكم النفقة الصادر لصالح المطلقة دون بيان ما إذا كانت ظروف المطلق المالية تغيرت بعد هذا الحكم خطأ وقصور.

4 - نقض الطعن، رقم 28، لسنة 69، ق - جلسة 17 / 01 / 2000.

5 - نقض الطعن، أحوال الشخصية، س 15، جلسة 16 / 12 / 1954، ص 315.

لذلك يمكننا القول بأن الأحكام التي تذهب إلى الحكم بعدم قبول دعوى المتعة لرفعها قبل الحصول على حكم بالنفقة تنطوي على قضاء معيب، حيث جعلت حصول المطلقة على حكم بالنفقة من أسباب استحقاق المتعة، وليس من وسائل تقديرها، باعتبار أن هذه الأحكام تذهب إلى رفض دعوى المتعة، إلى حين الحصول على حكم بالنفقة، بحجة رفعها قبل الأوان، الذي تراه تلك الأحكام أن يكون تاليا لرفع دعوى النفقة أو الحصول على حكم نهائي بها؛ و هنا نخلص إلى مايلي:

1- أنه في حالة صدور حكم نهائي بالنفقة تعين على قاضي المتعة اتخاذه أساسا لتقدير المتعة المستحقة للمطلقة، مع عدم إغفال عناصر التقدير الأخرى.

2- في حالة وجود دعوى نفقة مطروحة على القضاء، تعين على قاضي المتعة تأجيل دعوى المتعة إلى حين الفصل نهائيا في دعوى النفقة، وذلك تحسبا لعدم تناقض الأحكام ليس إلا إحتراما لقوة الأمر المقضي لحكم النفقة.

3- في حالة عدم وجود دعوى أو حكم بالنفقة تعين على قاضي المتعة اتخاذ إجراءات إثبات يسار المطلق والقضاء بالمتعة استنادا إلى ذلك.

4- المتعة لا تعتبر من النفقات⁽¹⁾، ذلك أن النفقة تعد الحق المالي الثاني الذي يجب للزوجة على زوجها، أما المتعة تشكل حقا ثالثا من هذه الحقوق، فالنفقة إنما تكون مقابل الاحتباس الثابت للزوج على الزوجة، فحين أن المتعة هي مقابل الطلاق المستبد به، والنفقة تفرض لتعيش بها الزوجة، أما المتعة تفرض لجبر خاطر المطلقة على سبيل التعويض لها، والنفقة تختص بها المحاكم الجزئية، أما الاختصاص بدعوى المتعة فينعتد بالمحاكم الابتدائية، والنفقة قد تفرض للزوجة أو المطلقة، أما المتعة لا تفرض إلا للمطلقة وبشروط.

وفي الأخير يمكن بأن المشرعين المغربي و المصري منحا لقاضي الموضوع سلطة تقديرية واسعة في تقدير نفقة المتعة؛ لكن وضعها قيودا على القاضي يجب اتباعها، فالمشرع المغربي ألزم القاضي النظر إلى عناصر تقدير نفقة المتعة المتمثلة في فترة الزواج، والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق.

أما المشرع المصري ألزم القاضي عند تقديره للمتعة، أن تقدر بنفقة سنتين على الأقل، كما يجب عليه أن يراعي حال الزوجين يسرا وعسرا، ومدة الزوجية، وأسباب الطلاق.

1 - نقض الطعن، أحوال الشخصية، جلسة 26 / 05 / 1987، الطعن رقم 40، لسنة 45 ق.

ب- من السنة: عن أسماء بنت يزيد بن السكن الأنصارية رضي الله عنها: "أنها طلقت على عهد رسول صلى الله عليه وسلم ولم يكن للمطلقة عدة، فأنزل الله عز وجل حين طُلقت أسماء العدة للطلاق فكانت أول من أنزلت فيها العدة للمطلقات"⁽¹⁾.

ورواه البخاري أن سبيعة الأسلمية سئلت: "كيف أفتاها النبي صلى الله عليه وسلم؟ فقالت: أفتاني إذا وضعت أن أنكح"⁽²⁾. أي إذا وضعت حملها.

ج- من الإجماع: فقد أجمعت الأمة على وجوب العدة على الزوجة المتوفى عنها والمطلقة، وانقضاء عدتها بمضي وقتها لو دون علمها⁽³⁾.

4- الحكمة من مشروعية نفقة العدة: إن الله سبحانه وتعالى كَرَّمَ المرأةَ أعظم تكريم سواءً كانت أمًا أو أختًا أو زوجة، وكفل لها ضمان حقوقها، ومن بين هذه الحقوق التي كفلها لها النفقة، فقد أوجبها للزوجة على زوجها، بل وللمطلقة على مطلقها⁽⁴⁾.

فقد جعل الله عز وجل العدة على المطلقة ومنعها من الزواج في هذه الفترة حتى تنقضي؛ ولكنه تعالى لم يتركها دون أن يضمن لها مؤونة طعامها وشرابها ومسكنها وملبسها، فأوجب على المطلق الإنفاق عليها لأنه هو الذي بيده عقدة النكاح وهو المتسبب في الطلاق، ولأن العدة حق من حقوق الله و الزوج، فهي ممنوعة من الزواج حتى تنقضي العدة صيانة لعرضه.

وفي هذا يقول الكاساني: "المرأة محبوسة بحبس النكاح حقًا للزوج ممنوعة من الاكتساب بحقه فكان نفع حبسها عائداً إليه، فكأن كفايتها عليه، كقوله صلى الله عليه وسلم: "الخراج بالضمان"⁽⁵⁾ ولأنها إذا كانت محبوسة بحبسه ممنوعة من الخروج للكسب بحقه فلو لم يكن كفايتها عليه لهلكت، كالقاضي جُعِلَ له رزق في بيت مال المسلمين لحقهم، لأنه محبوس لجهتهم ممنوع من الكسب فجعلت نفقته في مالهم وهو بيت المال"⁽⁶⁾.

1 - أخرجه أبو داود، كتاب الطلاق، باب في عدة المطلقة، ج 02، الحديث رقم 2281، ص 285.

2 - البخاري، كتاب الطلاق، باب الكحل للحادة، ج 03، الحديث رقم 5025، ص 1917.

3 - ابن المنذر، الإجماع، مؤسسة الكتب الثقافية، ص 94 - 95.

4 - ساجدة عفيف، المرجع السابق، ص 156.

5 - الحاكم، المستدرک على الصحيحين، ج 02، الحديث رقم 2176، ص 18.

6 - الكاساني، بدائع الصنائع، ج 04، ص 16.

ثانياً - نفقة العدة في الفقه الإسلامي: إذا طلق الزوج زوجته طلاقاً رجعياً، فقد اتفق الفقهاء على أن نفقتها تجب لها كاملة على مطلقها خلال مدة العدة، سواء كانت حاملاً، أو غير حامل لقيام الزوجية بينهما حكماً؛ وذلك لقوله تعالى: [...]⁽¹⁾؛ ولقوله صلى الله عليه وسلم: "إنما النفقة والسكن للمرأة إذا كان لزوجها عليها رجعة"⁽²⁾؛ وقال الشوكاني في هذا الحديث: "والحديث يدل بمنطوقه على وجوب النفقة، والسكن على الزوج للمطلقة رجعياً وهو مجمع عليه"⁽³⁾، كما قال ابن رشد: "اتفقوا على أن للمتعدة الرجعية النفقة والسكن وكذا الحامل"⁽⁴⁾؛ وقال البهوتي: "ويجب عليه نفقة المطلقة الرجعية وكسوتها وسكنها وسكنها كالزوجة"⁽⁵⁾.

وقد أثبت ابن حزم الظاهري حق المطلقة رجعياً في النفقة والسكن بقوله: "وأما كل مطلقة للذي طلقها عليها الرجعة - مادامت في العدة - فلا يحل لها الخروج من بيتها الذي كانت فيه إذ طلقها، ولها عليه النفقة والكسوة"⁽⁶⁾.

أما بالنسبة لنفقة المعتدة من طلاق بائن؛ فهنا ثار خلاف فقهي بين الفقهاء في وجوب النفقة والسكن للمطلقة بائناً.

فالحنفية يجيزون لها حق نفقة العدة والسكن، لقوله تعالى: [...]⁽⁷⁾؛ وترك النفقة من أكبر الأضرار، ولأنها محسوبة في العدة لحق الزوج الزوج ممنوعة عن الخروج لا تقدر على اكتساب النفقة، فلو لم تكن نفقتها على الزوج ولا مال لها لهلكت أو ضاق عليها وعسر وهذا لا يجوز، فلذلك يلزمه سكنها ونفقتها، وهو قول عمر بن الخطاب و عائشة أم المؤمنين رضي الله عنهما؛ وابن مسعود، وابن شبرمة، والثوري⁽⁸⁾، ويقول السرخسي: "وإذا كانت الزوجة

1 - سورة البقرة، الآية 228.

2 - مسلم، صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب في نفقة المبتوتة.

3 - الشوكاني، نيل الأوطار، ج 06، ص 305.

4 - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 02، ص 94.

5 - البهوتي، كشف القناع، ج 03، ص 301.

6 - ابن حزم، المحلى، ج 04، ص 74.

7 - سورة الطلاق، الآية 06.

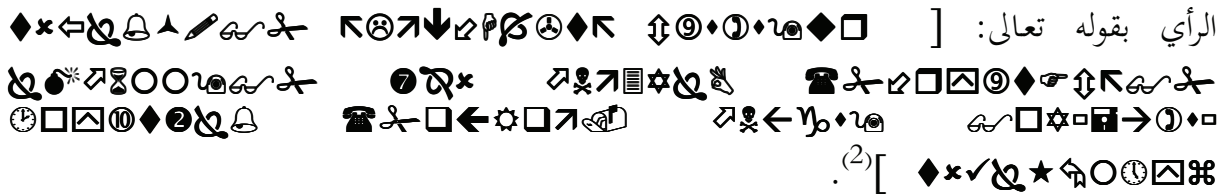
8 - الكاساني، بدائع الصنائع، ج 04، ص 304؛ الحصاص، أحكام القرآن، ج 03، ص 211.

الترجيح: بالنسبة لنفقة وسكن المعتدة من الطلاق البائن؛ وبعد عرض آراء الفقهاء يظهر لنا أن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه الحنفية؛ الذين يرون للمطلقة الحق في النفقة والسكنى، وذلك لقوة الأدلة التي استندوا إليها؛ كما أن المطلقة في فترة العدة تكون محبوسة لحق الزوج ولا تقدر على اكتساب نفقتها.

ثالثاً- الأساس في تقدير نفقة العدة: إن مسألة تقدير نفقة العدة في حالة اتحاد حال الزوجين يساراً أو إعساراً، لن يختلف تقدير النفقة بين القائلين باعتماد حال الزوج أو حال الزوجة كأساس للتقدير.

ولكن قد يختلف حال الزوج المطلق وحال الزوجة، فيكون أحدهما موسراً والآخر معسراً، فهنا يختلف الفقهاء في ذلك على رأيين:

الرأي الأول: ذهب الحنفية في قول والشافعية إلى اعتبار حال الزوج المطلق فقط⁽¹⁾؛ واستدل أصحاب هذا

الرأي بقوله تعالى: []

الرأي الثاني: ذهب الحنفية في قول آخر والمالكية والحنابلة إلى أنها معتبرة بحال الزوجين معاً يساراً وإعساراً فيؤخذ الوسط بينهما⁽³⁾. واستدل أصحاب هذا الرأي بالجمع بين الآية السابقة وبين ماورد في

الصحيحين من حديث هند "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"⁽⁴⁾.

الترجيح: بعد عرض أدلة الفريقين يظهر لنا بأن الرأي الراجح هو الرأي الذي يعتبر حال الزوج وحال الزوجة في تقدير نفقة العدة؛ وذلك لأن الآية الكريمة دلت على اعتبار حال الزوج، أما الحديث الشريف دل على اعتبار حال الزوجة، فيعتبر حالهما معاً جمعاً بين الأدلة، والجمع بين الأدلة أولى من إهمال بعضها، كما أنه يجب مراعاة أوسط ما ينفقه الناس في مجتمعهم ومن هم في مستواهم ومراعاة أن لا تقل النفقة عن الحد الأدنى الذي لا يمكن العيش الكريم دونه .

1 - السرخسي، المبسوط، ج 05، ص 182؛ الزيعلي، تبين الحقائق، ج 03، ص 51؛ النووي، روضة الطالبين، ج 09، ص 40.

2 - سورة البقرة، الآية 65.

3 - ابن الهمام، فتح القدير، ج 04، ص 392؛ ابن رشد، بداية المجتهد، ج 02، ص 41؛ القرافي، الذخيرة، ج 04، ص 466؛ ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج 02، ص 276.

4 - البخاري، صحيح البخاري، كتاب النفقات، ج 05، الحديث رقم 5049، ص 2052.

رابعاً- نفقة العدة في التشريع الجزائري والمقارن: إن المشرع الجزائري تناول مسألة نفقة العدة من خلال المادة 61 من ق - أ، بقولها: " لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من مسكن الزوجية مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها، إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة أثناء العدة".

ما يتضح لنا من خلال استقراء هذه المادة أن المشرع الجزائري منح لكل مطلقة أو متوفى عنها زوجها الحق في النفقة من مال زوجها طيلة مدة عدتها، وذلك يعتبر من مبادئ العدل على أساس أن المعتدة في هذه الفترة تكون محتبسة عن الزواج بأمر الشرع ولمصلحة النظام ولاستبراء رحمها، وعلى القاضي أن يحكم بها وتحديدتها إجمالاً أو شهرياً، ويشير إليها في نفس الحكم الذي يقضي فيه بالطلاق فيدفعه المطلق إلى مطلقته، وفقاً لقواعد إجراءات التنفيذ إما بصفة رضائية أو بطريقة جبرية.

من هنا فإن نفقة العدة واجبة على المطلق تجاه مطلقته؛ وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها الصادر بتاريخ 22 / 10 / 1984 بقولها: " متى كان من المقرر شرعاً أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية"⁽¹⁾.

وحق نفقة العدة ربطه المشرع الجزائري بمكوث الزوجة في بيت الزوجية؛ أي أن هذا الحق يسقط إذا تركت المطلقة بيت الزوجية ولم تقضي العدة فيه دون مبرر شرعي، وعلى القاضي أن يحكم بنفقة العدة سواء طلبتها الزوجة أو لم تطلبها، ولأن النفقة هي حق ثابت شرعاً من الحقوق الزوجية ولا تسقط إلا إذا أسقطها الشارع في بعض الأحوال المحددة شرعاً، أو تنازلت عنها الزوجة صراحة.

أما بالنسبة لتحديد مقدار نفقة العدة فإن مسألة تحديدها من اختصاص قاضي الموضوع وهو ما أخذت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 18 / 06 / 1991 والذي جاء فيه ما يلي: " من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعدُّ قصوراً في التعليل..."⁽²⁾.

وما يمكن ملاحظته في هذا الصدد أنه يجب على القاضي عند تقديره أن يراعي حالة وظروف كل من الزوج والزوجة، وفي كل الأحوال فإن القاضي يهتم اهتماماً خاصاً ما تعلق بالعدة من حيث مبدأ مواعيدها، وآجالها حين يمنح نفقة العدة، وفي هذا الخصوص هناك إشكال يطرح نفسه، وهو أن هناك من

1 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 22 / 10 / 1984، ملف رقم 34327، م - ق، عدد 03، 1989، ص 69.

2 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 18 / 06 / 1991، ملف رقم 75029، م - ق، عدد 02، 1994، ص 65.

النساء من يعتدن بثلاثة أشهر، وأخريات من يعتدن عدة وضع الحمل، وهي فترة قد تكون أقل من ثلاثة أشهر، كما قد تكون أكثر من ثلاثة أشهر، قد تصل إلى عشرة أشهر، وقد تكون عدة الطلاق ثم تتحول إلى عدة الوفاة.

وعليه فإنه يجب على القاضي أن يدرس هذه الوضعية حالة بحالة مما يتطلب منه أن يأخذ بعض الأمور الأساسية، فمثلا إذا كانت الزوجة حاملا وقت الطلاق فإنه باعتمادها على شهادة طبية يمكن أن تعرف الفترة المتبقية لوضع الحمل التي هي فترة للعدة، مما يتطلب على القاضي، تقدير النفقة المستحقة لتلك الفترة، إذ ليس من العدل أن تلتزم المطلقة الأمل إلى أن تعتد إلى غاية وضع حملها، في حين أن المطلق لا يلزم بالإفناق عليها خلال تلك الفترة، علما بأن المشرع يمنحها حق البقاء في مسكن الزوجية إلى غاية انقضاء عدتها، ولا تحرم من ذلك إلا في حالة ارتكابها لفاحشة مبينة؛ تطبيقا لنص المادة 61 من ق- أ.

وما تجدر الإشارة إليه أن الأحكام القضائية الصادرة من مختلف الجهات القضائية نلاحظ فيها ما تعلق بالفصل في نفقة العدة، أنهم لا يوضحون فيها فترة العدة المقررة شرعا وقانونا، ومنه أيضا المبلغ المحكوم به هو نفسه تقريبا لكل المطلقات، مما يتطلب رقابة المحكمة العليا على هذه القرارات؛ فالتى تعتد بثلاثة أشهر، ليست كالتى تعتد عدة وضع الحمل.

وفي الأخير يمكن القول بأن المشرع الجزائري يتفق مع رأي الحنفية الذين يميزون للمطلقة الحق في النفقة والسكنى، سواء كانت المطلقة معتدة من طلاق، أو تفريق، أو فسخ.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد أخذ برأي المالكية والشافعية، من خلال أحكام المادة 196/2 من م-أ-م، بقولها: "المطلقة طلاقا بائنا إذا كانت كانت حاملا تستمر نفقتها إلى أن تضع حملها، وإذا لم تكن حاملا يستمر حقها في السكنى فقط إلى أن تنتهي عدتها".

ولكن بالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 196 من م-أ-م؛ نجد أن المطلقة رجعيًا تستفيد من حقها في السكنى والنفقة ما لم تعثرها حالات سقوط نفقة العدة⁽¹⁾.

1 - إذا كانت القاعدة تقضي باستحقاق المطلقة لنفقة العدة طيلة فترة العدة فإنه هناك حالات تسقط فيها هذه النفقة؛ وتمثل هذه الحالات فيما يلي: أ - مغادرة بيت العدة: إن المطلقة طلاقا رجعيًا يستمر حقها في النفقة ما دامت كذلك؛ أما المطلقة طلاقا بائنا فإنها تبقى محتفظة بالحق في السكن إلى حين انتهاء عدتها.

غير أن هذا الحق مقيد ببقاء الزوجة في البيت الذي تعتد فيه إلى حين انتهاء عدتها؛ أما إذا خرجت منه وانتقلت إلى غيره بدون مبرر شرعي فإن نفقتها تسقط عن زوجها فلا يبقى مطالبًا بالنفقة كلها في الطلاق الرجعي، ولا بأجرة المسكن في الطلاق البائن ذلك أن بقاء الزوجة إلا إذا كان

أما بالنسبة لتقدير نفقة المطلقة فقد جعلها المشرع المغربي تخضع للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، حيث يكون على القاضي تحقيق التوازن بين طرفي المعادلة، عن طريق ضمان العيش للدائن، والحفاظ على مصدر عيش المدين، ومن هنا يجب على القاضي إتباع المعايير والأسس في تقديره لنفقة العدة، وكذلك معرفة حدود سلطته التقديرية الممنوحة له.

1- معايير تقدير النفقة المعتدة: بالرجوع إلى أحكام المادة 189 من م - أ - م، التي تنص على: "يراعي في تقدير كل ذلك التوسط ودخل الملزم بالنفقة، وحال مستحقها ومستوى الأسعار والأعراف والعادات السائدة في الوسط الذي تفرض فيه النفقة".

من هنا تتمثل المعايير التي يتبعها القاضي في تقديره لنفقة المعتدة كمايلي:

أ- التوسط: يمكن القول بأن اعتبار التوسط من طرف القاضي هو الكفيل بتنفيذ ما قدر من نفقة، ذلك أن إثقال كاهل الملزم بمبالغ باهضة لن يمكن المنفق عليه من التوصل إليها، خاصة وأن الملزم بالنفقة يكون قد شرع في تأسيس أسرة جديدة وله التزامات أخرى مما يقتضي تطبيق القاعدة الشرعية " لا ضرر ولا ضرار".

ب- دخل الملزم بالنفقة: إن دخل الملزم بالنفقة يعتبر أهم عنصر في تقدير النفقة، إذ يتعين أن يكون ذلك التقدير على أساس المدخول الذي حصل عليه المكلف بهذه النفقة، من مرتب أو أجر أو أرباح، كما أنه يجوز للقاضي الاستعانة بخبير للتأكد من الوضعية المالية للزوج.

ولكن مع ذلك تبقى مسألة عبء إثبات يسر أو عسر المحكوم عليه بالنفقة تثير بعض المشاكل من حيث المكلف بالإثبات؛ ولكن هنا نعتقد أن عبء الإثبات يقع على المدعي، وهذا ما أقرته بعض المحاكم المغربية كقرار محكمة إستئناف طنجة بقولها: "وحيث إن المستأنف لم يدل للمحكمة بما يثبت دخله حتى يمكنها أن تبسط رقابتها وتقدر ما إذا كان المبلغ المحكوم به كنفقة للبت هدى مناسبا أو غير مناسب

هناك من يقره الشرع، إلا أن المشرع المغربي أقر للمطلقة النفقة وأسقط عنها الحق في السكنى فقط؛ طبقا للمادة 196 من م - أ - م؛ بالرغم من إجماع الفقه الإسلامي بكل مذاهبه أن الزوجة الناشر تسقط نفقتها، وأخذ بموقف ابن حزم الظاهري الذي يرى بأن نفقة الناشر لا تسقط عن زوجها.

ب - وفاة الزوج: المتوفي عنها زوجها لا تستحق نفقة العدة إذا توفي الزوج وهي في عصمته سواء كانت حاملا أو غير حامل، ولكن لها السكنى، وهو قول المالكية، إذا كانت في منزل مملوك للمتوفي ومثلها المطلقة رجعا إذا مات عنها وهي في العدة، أما المطلقة طلاقا بائنا حاملا أو غير حامل، فإذا مات عنها وهي في العدة فإن لها حق السكنى مطلقا سواء كانت في ملكه أو في منزل مستأجر. =

ج - تسقط النفقة إذا كانت عوضا في الخلع: لأن كل ما صح الالتزام به شرعا صلح أن يكون بدلا في الخلع دون تعسف ولا مغالاة، إذ يعتبر هذا نوعا من أنواع الإبراء ومن حق الزوجة أن تبرئ ذمة زوجها من نفقتها لكن شريطة أن تكون متمتعة بأهلية التبرع.

لوضعيته المادية الأمر الذي يجعل ادعاءه بكونه مجرد مياوم بدخل يومي قدره 30 درهما يفتقر للإثبات وبالتالي يستدعي عدم الأخذ به"⁽¹⁾.

فإن كان هذا القرار يهم نفقة الأولاد فإن هذا لا يمنع من تطبيق فلسفته الإثباتية حتى على نفقة الزوجة المطلقة، خاصة حينما يكون دخل الزوج غير معروف.

وبالمثل إذا أثبت المدعي عليه ضَعْفَ دخله فإن القاضي يستجيب لطلبه ويخفض من المبلغ المحكوم به، ليبقى المعيار الأساس هو قدرة الملتزم المالية على أداء النفقة، والتي يجب إثباتها من طرف مدعيها بكافة طرق الإثبات⁽²⁾.

ج- حال مستحقيها: والمقصود بها هنا حال المطلقة وكذا حال الأطفال أي الوضعية المعيشية والتعليمية التي كانوا عليها قبل الطلاق.

من هنا فإن المشرع المغربي أخذ بقول المالكية إضافة إلى اعتبارهم ليسر أو عسر الزوج في تقدير النفقة فإنهم يعتدون أيضا بأحوال الزوجة؛ فالمشرع ترك أمر تقديرها للقاضي، الذي يجب عليه أن يراعي يسر الزوج، وذلك من خلال المستندات الإثباتية⁽³⁾.

د- حالة الأسعار: بالنسبة لحالة الأسعار في المجتمع المغربي فهي في تزايد مستمر وارتفاع مطرد؛ ولا يحدث انخفاض الأسعار أبدا بل يزداد ارتفاعا؛ لذلك من الناحية العملية لا يتصور النقص في النفقة بعلة انخفاض الأسعار بل ترتفع فقط بمضي الوقت بموازاة ارتفاع الأسعار⁽⁴⁾.

م- الوسط المكاني: وهو ما عبر عنه المشرع المغربي بالأعراف والعادات السائدة في الوسط الذي تفرض فيه النفقة، ذلك أن النفقة تختلف ما بين البادية والمدينة؛ وبين المدينة الصغيرة والكبيرة، ومن ثم فالقاضي ملزم بمراعاة هذا المعيار بعناية شديدة.

من هنا فإن عمل القاضي يكون سهلا إذا اتبع المعايير السابقة، لكن الأمر يصعب كثيرا في حالة عدم وجود تلك المعايير، خاصة ما يتعلق بدخل الزوج أو الملتزم بالنفقة، وذلك إما بسبب عدم إدلاء الزوج بما يثبت وضعيته و حالته المادية.

1 - نبيلة بوشفرة، المرجع السابق، ص 05.

2 - نبيلة بوشفرة، المرجع السابق ص 05.

3 - محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة أحكام الزواج، مطبعة النجاح الجديدة، 2004م، ص 287.

4 - اجباط محمد الصغير والعبودي عبيد الله، أسس تقدير نفقة الزوجة، مجلة الملحق القضائي، 1991، عدد 24، ص 60.

2- حدود السلطة التقديرية للقاضي: بالرجوع إلى أحكام المادة 190 من م - أ - م، نجد أن قاضي شؤون الأسرة هو المكلف بتقدير النفقة، إنه في سبيل حسن التقدير يعتمد القاضي على مجموعة من العناصر والمعايير، إذ تعد هذه العناصر بمثابة قيود على السلطة التقديرية للقاضي، وهذا ما تؤكدته عدة قرارات للمجلس الأعلى بقولها في قرارها: "قضاة الموضوع لهم الصلاحية في تحديد قدر النفقة بعد أن تتوفر لهم العناصر الراجعة إلى اعتبار الأسعار وعادة أهل البلد وحال الطرفين كما أنهم غير مجبرين بالأخذ بالقدر المطالب به، إذ بوسعهم الحكم بأقل منه أو أكثر"⁽¹⁾.

وجاء في قرار آخر لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء: "إن النفقة تخضع في تقديرها لسلطة القضاء، غير أن هذه السلطة قد جعل لها المشرع سببا يحفظها من طغيان هذه السلطة مدا جزرا..."⁽²⁾.

فإذا انعدمت تلك المعايير فإن سلطة القاضي تكون مطلقة، أما في حالة توفرها؛ فإن القاضي ملزم في قراراته وأحكامه بتسيب و إبراز المعيار الذي استند عليه لإصدار حكمه، إذ يكون محل رقابة من طرف المجلس الأعلى.

وفي الواقع يبقى تقدير النفقة مسألة مرتبطة بالواقع أشد ارتباطاً، وهي مسألة موضوعية بيد أن هذا لا يعني أن سلطة القاضي مطلقة في هذا الإطار، وإنما هي سلطة تحددها المعايير المنصوص عليها في المادة 189 و 190 من م - أ - م، مع ضرورة أخذ القاضي لدفعات الطرفين معاً.

أما بالنسبة للتشريع المصري فقد نصت المادة 02 من القانون رقم 25 لسنة 1920 المعدل بموجب القانون رقم 100 لسنة 1985 بقولها: "المطلقة التي تستحق النفقة تعتبر ديناً كما في المادة السابقة من تاريخ الطلاق"⁽³⁾.

من هنا يتبين لنا أن المشرع المصري أجاز للمطلقة أن تأخذ نفقة العدة؛ والمطلقة التي تستحق نفقة العدة هي المطلقة رجعياً أو بائناً بينونة صغرى أو كبرى، أو المطلقة بحكم القاضي أو المفسوخ عقدها بحكم القاضي لسبب ليس من قبلها والمطلقة بإرادتها عندما تكون العصمة بيدها ما لم تكن مبرئة أو متنازلة أو متصالحة أو سبق أن تقاضت فرض نفقة عدتها.

1 - قرار رقم 526 صادر بتاريخ 03 / 04 / 1990، في ملف رقم 7236 / 88؛ نقلا عن: اجماط محمد الصغير، المرجع السابق، ص 64.

2 - قرار رقم 314 صادر بتاريخ 28 / 02 / 1990، ملف شرعي رقم 1094 / 89؛ منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 64 - 65، ص 173 وما بعدها.

3 - المقصود بالمادة السابقة طبقاً لنص هذه المادة هي المادة الأولى من نفس القانون والتي تنص: "تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد إذا سلمت نفسها إليه ولو حكما حتى ولو كانت موسرة أو مختلفة معه في الدين".

ولا تستحق نفقة العدة للمعتدة من وفاة حتى ولو تحولت عدتها من عدة وفاة إلى عدة ذات حمل كونها وإن كانت معتدة إلا أنها ليست مطلقة؛ وكذا المعتدة من زواج قضى بإبطاله لتخلف ركن الرضا؛ وكذلك المطلقة قبل الدخول.

ولما كانت المطلقة تترىص بنفسها مدة وجوبية بعد طلاقها من زوجها للتأكد من خلوها من الحمل قبل أن يحق لها الزواج بآخر؛ فهنا المطلقة حبيسة مطلقها فتستحق نفقة العدة؛ وتبدأ مدة العدة من تاريخ إيقاع الطلاق فلو حضرت مجلس الطلاق بدأت عدتها من تاريخ إيقاعه عليها كما هو ثابت في إشهاد طلاقها وليس من تاريخ توثيقه الذي يثبت في أعلى إشهاد الطلاق؛ أما إذا لم تحضر مجلس الطلاق بأن طلقها زوجها أمام المأذون في غيبتها فبداية إستحقاقها نفقة عدتها تستلزم التفريق بين أمرين:

1- أن يكون الزوج حسن النية لم يعتمد إخفاء طلاقه لزوجته، وهنا يبدأ إستحقاق نفقة العدة من تاريخ إيقاعه حتى لو تأخر المأذون أو أهمل أو أخطأ في إخطار المطلقة بوقوع الطلاق.

2 - أن يكون الزوج سيء النية متعمد إخفاء طلاقه لزوجته لسبب أو لآخر، وهنا تبقى المطلقة زوجة حكما بشأن نفقة عدتها، فلا تستحقها إلا من تاريخ علمها بالطلاق، ولها إثبات حصول الطلاق وتاريخ حصوله وتاريخ علمها به، وإثبات سوء نية المطلق في تأخير إخطارها به بكافة طرق الإثبات لكون ذلك من الوقائع المادية.

أما فيما يخص بداية إستحقاق المطلقة لنفقة العدة من تاريخ صدور الحكم بالتطليق، فلو صدر من محكمة الأسرة ابتدائياً اعتدت الزوجة من تاريخ صدوره، بشرط صيروته نهائياً بتأييده إستئنافياً أو بفوات ميعاد إستئنافه دون أن يستأنف بحسب الأحوال، وإذا قضى بالتطليق أمام محكمة الأسرة، وإستئناف الزوجة لهذا الحكم والقضاء في الإستئناف بإلغاء حكم محكمة الأسرة والقضاء مجدداً بالتطليق، فيبدأ احتساب العدة من تاريخ صدور الحكم الإستئنافي دون توقف على شرط آخر، فالقاعدة أن الحكم الذي أنشأ الطلاق تبدأ العدة معه.

أما بالنسبة للحد الأقصى لمدة المطالبة بنفقة العدة؛ فإنه لا يثور إشكال في حالة المعتدات بالأشهر والحوامل لكون ميعاد إنتهاء العدة، وبالتالي إنتهاء إستحقاق نفقة العدة محدد بالشهور الثلاث أو وضع الحمل تنقضي العدة ويتوقف إستحقاق نفقة العدة؛ لكن الإشكالية تظهر في حال من تعدد بالحيضات حيث أنه أمر لا يعلم من جهتها إذ القول قولها بيمينها، فهي إن أدته على إنتهاء عدتها بأجل معين إنتهى قبل صدور الحكم في الدعوى فلا إشكالية في ذلك، ويحكم القاضي بإستحقاقها لنفقة العدة خلال المدة

التي قررت أنها رأت خلالها دم الحيض ثلاث مرات؛ لكن يحصل أحيانا في العمل أن تقرر المطلقة لدى توجيه القاضي يمين الاستظهار لها لمعرفة مدة عدتها، يحصل أن تقرر أنها رأت دم الحيض مرتين فقط ولم تأتئها الثالثة حتى تاريخه ولما كان القول قولها فإنه يقضي لها بتفقة عدة من تاريخ طلاقها وحتى تنقضي عدتها شرعا دون تحديد لأجل الإنتهاء فهل تستمر في تقاضي نفقة العدة دون حد أقصى؟

ومن هنا فقد حدد المشرع المصري أقصى مدة للمطالبة بنفقة العدة بسنة ميلادية تبدأ من تاريخ الطلاق؛ وذلك من خلال أحكام المادة 23 من القانون رقم 25 لسنة 1929.

وتشمل نفقة العدة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقتضي به الشرع بحسبان قيام إحتباس المطلقة لمنفعة مطلقها طالما كانت خلال عدتها منه.

أما بالنسبة لتقدير نفقة العدة فإنها تقدر بحسب حال المطلق الملزم بها يسرا أو عسرا، أي أن النفقة تقدر بحسب حال المطلق المالية أي دخله الشهري وظروفه الاجتماعية أي من يعولهم ومن هو ملزم بتفقتهم، وهو ملزم بإثبات حالته الاجتماعية إن كان موظفا عاما أو تحري مثبت لدخله إن كان من ذوي الدخل الحر؛ أو يثبت الدخل بشهادة الشهود في حالة تعذر إثباته، ويجب مراعاة أن قدر المبلغ الذي يحكم به كنفقة الزوجية يجب أن يكون كافيا لها دون زيادة أو نقصان، وقد جرى عمل بعض المحاكم المصرية على تخصيص نسبة معينة من الدخل لقدر نفقة العدة⁽¹⁾.

من هنا يمكننا القول بأن النفقة عموما ليست ميراثا مستحقا بنسبة معينة من الدخل، بل يقضى لها بما يلزمها في حدود دخل المطلق المدعى عليه، حتى يترك له المجال ليتزوج بأخرى إن أراد، أو أن ينفق على الملزم بنفقتهم سواء كانوا فروعهم أو أصوله أو أقاربه، مع ملاحظة أن نفقة العدة حتى إن قضى فيها بأكثر من المتعارف عليه فإنها إلى انتهاء بإنتهاء العدة، فالضرر في الزيادة عن العرف ليس به ضرر كبير للمطلق.

وعليه يلاحظ بأن نفقة العدة كنفقة الزوجية تثبت دينا بمجرد الامتناع مع الوجوب، وإذا صارت دينا لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء على حسب المعمول به بالقانون رقم 25 لسنة 1920.

1 - حاتم صبحي الأوناؤوطي، المرجع السابق، ص 60 - 61.

وفي الأخير يمكن القول بأن المشرعين المغربي والمصري قد منحا للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير نفقة العدة، بشرط مراعاة حال الطرفين يسراً وعسراً، وظروف المعيشة زمانا ومكانا، وحالة الأسعار؛ بخلاف المشرع الجزائري الذي يميلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً لأحكام المادة 222 من ق - أ.

الفرع الثاني

سلطة القاضي في تقدير أجره الرضاع

سنطرق في هذا الفرع إلى تعريف الرضاع (أولاً)، ثم نبين أجره الرضاع في الفقه الإسلامي (ثانياً)؛ وبعد ذلك نتناول أجره الرضاع في التشريع الجزائري والمقارن (ثالثاً).

أولاً- تعريف الرضاع: 1 - لغة: رضع رضاعاً، وأرضعت المرأة فهي مرضع وهو مرضع⁽¹⁾؛ أو هو رضع يرضع رضعاً، ورضاعة، إذا امتص الثدي، يقال: صبي راضع، وامرأة مرضع ومرضعة، إذا كان لها ولد ترضعه، ويجمع فعل رضع على مرضع، ومنه قوله تعالى: [﴿لَا يَحِلُّ لَكَ الرِّضَاعُ عَلَىٰ مَرْضَعٍ مَا يَلْبَسُ الْمُتَّوِّعُونَ بِاللَّحْيَةِ وَالرِّضَاعُ عَلَىٰ طَبَقٍ مِّنْ نَّجَسٍ أَوْ فَخْرٍ أَوْ أَمْنٍ مِّنْ جَنَاحٍ بِغَيْرِ رَضَاعٍ﴾]⁽²⁾؛ كما يقال: استرضع ولده، إذا طلب إرضاعه⁽³⁾.

والرضاع هو الرضاع الذي يحرم رضاع الصبي لأنه يشبعه ويغذيه ويسكن جوعته، والمرأضة: أن يرضع الطفل أمه وفي بطنها ولد، قال: ويقال لذلك الولد الذي في بطنها مرضع، ويجيء نحيلاً ضاويماً سيء الغذاء، وراضع فلان ابنهن أي دفعه إلى الطئر.

2- إصطلاحاً: هو وصول لبن إلى الجوف⁽⁴⁾؛ وقال جرجاني: "الرضاع هو مص الرضيع من ثدي آدمي في مدة الرضاع"⁽⁵⁾.

3- المقاصد الشرعية للرضاع: إن للرضاع مقاصد أصلية و أخرى تبعية، وذلك مصداقاً لقوله تعالى: [﴿لَا يَحِلُّ لَكَ الرِّضَاعُ عَلَىٰ مَرْضَعٍ مَا يَلْبَسُ الْمُتَّوِّعُونَ بِاللَّحْيَةِ وَالرِّضَاعُ عَلَىٰ طَبَقٍ مِّنْ نَّجَسٍ أَوْ فَخْرٍ أَوْ أَمْنٍ مِّنْ جَنَاحٍ بِغَيْرِ رَضَاعٍ﴾]

1 - محمد بن بكر الرازي، مختار الصحاح، المطبعة الأميرية، القاهرة، بدون سنة الطبع، ص 164؛ الشيرازي، القاموس المحيط، ص 650.
 2 - سورة الفصص، الآية 12.
 3 - الزمخشري، أساس البلاغة، فصل الرأ مع الضاد.
 4 - الدردير، شرح الكبير، ج 02، ص 502.
 5 - ابن عرفة، شرح حدود، ص 316.

﴿... [1]، وهو ما يؤكد الطاهر بن عاشور في معرض تفسير الآية على أن أمر الإرضاع مهم، لأن به حياة النسل، ولأن تنظيم أمره من أهم شؤون أحكام الأسرة، ونبه إلى ارتباط الرضاع بكلية حفظ النفس⁽²⁾، لأن الرضاعة تحفظ الولد من الهلاك، وإلتقاهم لثدي أمه هو الطريقة الوحيدة الكفيلة بتغذيته وتحصينه من الأمراض، وهذا الأمر ثابت وظاهر ومطرد لهذا حدد الشارع الحكيم مدة الرضاعة، منعا للإضرار بالمولود، بفظامه لسبب من الأسباب قبل انتهاء الحولين، أو بامتناع الأم عن إرضاعه، أو منع الأب للأم من القيام بذلك، قال ولي الله الدهلوي: "ولما كان من الناس من يستعجل الفطام، وربما يكون ذلك ضارا بالولد، حد الله له حدا تغلب السلامة عنده وهو حولان كاملان"⁽³⁾.

ولرضاعة الأم لولدها مقاصد تبعية تتمثل في الإشباع العاطفي من المودة والحنان لكل من الرضيع والأم وبه تتحقق الحياة المتوازنة للنشء، لذا أكد ابن عاشور على أحقية الوالدات في إرضاع أبنائهن عما سواهن، وترغيبهن في إثارة مشاعر الأمومة والحنان والشفقة لديهن، رفعا لما تعارف عليه الناس من أن تربية الطفل وتنشئته على الأخلاق الفاضلة تبدأ في السنة السادسة، أو السابعة من عمره وهذا غير سليم، فإن تربية وغرس الصفات الحميدة في نفسه يبدأ في أو يوم من ولادته⁽⁴⁾.

ثانيا- أجره الرضاع في الفقه الإسلامي: لقد اختلف الفقهاء في إثبات أجره الرضاع للأم لاختلافهم في

حكم إرضاعها لولدها، وسبب الاختلاف راجع إلى تفسير الأمر في قوله تعالى: [

﴿... [5]، فحمل الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة الأمر على الندب والإرشاد، فلم يوجبوا على

الأم إرضاعا زوجة كانت أو مطلقة، معتبرين الرضاع حقا لها ولا يجبر أحد على استيفاء حقه إلا إذا وجد

ما يستدعي الإجماع⁽⁶⁾، لذلك قالوا بإستحقاقها الأجره، مستدلين على ذلك بقوله تعالى: [...

﴿... [5]، فحمل الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة الأمر على الندب والإرشاد، فلم يوجبوا على

الأم إرضاعا زوجة كانت أو مطلقة، معتبرين الرضاع حقا لها ولا يجبر أحد على استيفاء حقه إلا إذا وجد

1 - سورة البقرة، الآية 233.

2 - الطاهر بن عاشور، التحوير والتنوير، ج 02، المرجع السابق، ص 408.

3 - أحمد الأمري، المرجع السابق، ص 197.

4 - الماوردى، كتاب الرضاع، ص 03.

5 - سورة البقرة، الآية 233.

6 - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 02، ص 698.

طلب إرضاعه بأجرة مثلها فهي أحق به سواء كانت في حال الزوجية أو بعدها، وسواء وجد الأب مرضعة أو لم يجد⁽²⁾، ويقول الشيرازي: "أن الرضاع عمل يجوز أخذ الأجرة عليه بعد البينونة، فجاز أخذ الأجرة عليه قبل البينونة، فإن طلبت أجرة المثل على الرضاع، ولم يكن للأب من يرضعه بدون أجرة كانت الأم أحق به"⁽³⁾؛ لكن الحنفية استثنوا الأم التي تحقق تعين إرضاعها، حيث يقول ابن عابدين: "لا يستأجر الأب أمه ولو من مال الصغير ... أو معتدة رجعيًا وجاز في البائن"⁽⁴⁾.

وحمل الملكية والظاهرية الأمر على الوجوب، فالزموا الأم بإرضاع ولدها إذا كانت زوجة أو مطلقة رجعيًا وخصوا الأجرة بالمطلقة بائنا، وفي هذا يقول القرطبي: "لأن المطلقة لا تستحق الكسوة إذا لم تكن رجعية بل تستحق الأجرة ... وقيل الآية عامة في المطلقات اللواتي لهن أولاد وفي الزوجات. ولأظهر أنها في الزوجات في حال بقاء النكاح، لأنهن المستحقات للنفقة والكسوة... وأما المطلقة طلاق بينونة فلا رضاع عليها، والرضاع على الزوج إلا أن تشاء هي، فهي أحق بأجرة المثل"⁽⁵⁾؛ وجاء في المدونة: "عليها رضاع ولدها على ما أحببت أو كرهت، إلا أن تكون امرأة ذات شرف وغنى مثلها لا تكلف مؤنة الصبيان في غناها وقدرها، فلا أرى أن تكلف ذلك، وأرى رضاعه على أبيه"⁽⁶⁾؛ غير أن الطاهر بن عاشور اعتبر قوله تعالى: [وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ...]؛ ليس المراد منها تشريع وجوب الإرضاع على الأمهات، بل المقصود تحديد مدة الإرضاع، وواجبات المرضع على الأب⁽⁷⁾، وأن قوله تعالى: [... فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ] مخصصة لقوله تعالى: [وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ...]، وأن قوله: (لكم) يدل على أن: "أن إرضاع الولد بعد الفراق حق على الأب وحده لأنه كالإنفاق والأم ترضع ولدها في العصمة تبعاً لإنفاق أبيه عليها ... فلما انقطع إنفاق الأب عليها بالبينونة تمحضت إقامة غذاء ابنه عليه"، مسبباً ذلك بكون إرضاع الأمهات أبنائهن أمر يرجع إلى عرف الناس المعترف في الشرع، إذ العرف كالشرط، وقد كان ذلك عرفاً من قبل الإسلام وتقرر في الإسلام، وأنكر ما نسب إلى الإمام مالك في تخصيص عموم الوالدات بغير ذوات القدر بقوله: (وكنا نتابعهم على ذلك ولكني الآن لا

1 - سورة الطلاق، الآية 06.

2 - ابن قدامة، المغني، ج 07، ص 422.

3 - الشيرازي، المهذب في فقه الشافعي، ج 02، ص 226.

4 - ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 04، ص 11.

5 - القرطبي، جامع لأحكام القرآن، ج 03، ص 106.

6 - الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج 03، ص 1094.

7 - الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، ج 02، المرجع السابق، ص 419.

أرى ذلك متجها ولا أرى مالكا عمد إلى التخصيص أصلا، لأن الآية غير مسوقة لإيجاب الإرضاع، كما تقدم⁽¹⁾.

أما فيما يخص أجره الرضاع فقد أسندها الشارع الحكيم إلى السلطة التقديرية للقاضي، بشرط إعمال مقصدين عامين معتبرين في تحديد مقدار النفقة الواجبة على والد المولود للأم المرضعة، متمثلين في نفي الإضرار، وفي نفي التكليف بما لا يطاق، وذلك لقوله تعالى: [...]

وَأُولَادَهُمْ وَأَوْلَادُ الْمَوْلُودِ لَهُ يَرْزُقُهُمْ وَإِلَى الْوَالِدَاتِ يَرْزُقُنَّهُنَّ وَأُولَادُهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِمَّ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ] (2).

ثالثا- أجره الرضاع في التشريع الجزائري والمقارن: إن المشرع الجزائري، لم يتناول مسألة أجره الرضاع، ولكن بالرجوع لأحكام المادة 39/2 من ق- أ رقم 84 - 11 الملغاة، والتي تنص على: " يجب على الزوجة: - إرضاع الأولاد عند إستطاعة وتربيتهم".

من هنا يتضح لنا بأن المشرع الجزائري منح للزوج حقا على الزوجة في ارضاع أولادها، مقرونا بواجب التربية السليمة للأولاد، وذلك لقوله تعالى: [وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِمَّ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ] .

وعليه، يذهب الفقه المالكي إلى أنه يجوز للقاضي أن يتدخل لانزاح الزوجة الممتنعة عن ارضاع أولادها إلى جانب كونها آثمة أمام الله؛ غير أنه لا يمكن إجبارها من القاضي إلا عند الاستطاعة، أي أن تكون قادرة على ذلك، وأن يتعين عليها الرضاع لعدم وجود المصدر البديل لحليبها، أو أن رضيعها يرفض ثدي امرأة أخرى غيرها.

ومتى الزمها القاضي، ولم تمثل وهلك رضيعها بسبب فعل الامتناع، كانت جانية وعوقبت طبقا لأحكام القانون العقوبات، ويعاقب الزوج كذلك متى تماون في عدم اخبار القاضي بالوضعية في الوقت المناسب، والمرأة حال الرضاع والولادة، إما أن تكون حال زوجية قائمة، و إما أن تكون مطلقة؛ فإذا كانت حال زوجية قائمة، فإن العرف والقانون يلزمانها على ارضاع ولدها ولا تأخذ اجرا طبقا لأحكام المادة 39/2 من ق - أ الملغاة، وهذا سواء كانت زوجيتها قائمة أو كانت في عدتها من طلاق رجعي.

1 - الطاهر بن عاشور، المرجع نفسه، ص 419.

2 - سورة البقرة، الآية 233.

أما إذا كانت المرأة مطلقة طلاقاً بائناً، فلا وجوب عليها في إرضاع طفلها، وقد أوجب الله سبحانه وتعالى أجره الرضاع لمن أرضعت الولد على أبيه.

ولكن بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05 - 02، فإن المشرع الجزائري لم ينص على ذلك، ولكن بالرجوع إلى أحكام المادة 222 من ق-أ، والتي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فالقاضي هنا يأخذ بما هو معمول به في الفقه المالكي، كما أشرنا سابقاً.

كما أوجب المشرع الجزائري على الزوجين أن يُسَاهِمَا ويسهرا على تربية أولادهما، ويكون هذا عن طريق العناية والرعاية، والتهديب والتوجيه، والمساهمة في تنمية الاستعدادات الخلقية والفكرية والروحية على أسس النظم والتقاليد والقيم والمبادئ السامية؛ كما أن تربية الولد تقتضي تعليمه والسهر على حمايته وحفظه في الصحة والخلق⁽¹⁾.

أما فيما يخص مدة استحقاق أجره الرضاع، فقد اتفق الفقهاء هي سنتان فقط، فمتى أتم الرضيع حولين كاملين، لم يكن للمرضع لها الحق في المطالبة بأجره الرضاع، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 23 / 04 / 1991 بقولها: "من المقرر شرعاً أن مدة الرضاعة الكاملة هي عامين فقط، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بإنعدام الأساس القانوني غير وجيه يستوجب رفضه..."⁽²⁾.

من هنا فإن المشرع الجزائري يحيل القاضي بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً لأحكام المادة 222 من ق-أ، والتي تخول له سلطة تقديرية في تقدير أجره الرضاع، بشرط أن لا تتجاوز مدة أجره الرضاع سنتين.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد تناول ذلك من خلال المادة 4 / 54 من م-أ-م، بقولها: "إرضاع الأم لأولادها عند الاستطاعة".

فالموضح هنا، أنه من الواجبات الملقاة على عاتق الأم إرضاع أولادها عند الاستطاعة، مما يفيد ضمناً أن ذلك الحق يسقط بعدم الاستطاعة إذ القاعدة أنه لا تكليف بما فوق الطاقة؛ فالأم تستحق أجره

1 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري "الزواج والطلاق"، ج 01، المرجع السابق، ص 167.

2 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 23 / 04 / 1991، ملف رقم 71727، م - ق، عدد 02، 1993، ص 47.

الرضاع بعد انتهاء الزوجية و العدة أو في عدة الوفاة، وذلك مصدقا لقوله تعالى: (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن). ولا تستحقها في حالة الزوجية والعدة من طلاق رجعي⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى أحكام المادة 1/167 من م-أ-م، والتي تفيد أن أجره الحضانه ومصاريفها على المكلف بنفقة المحضون وهي غير أجره الرضاعة والنفقة، وهو ما أكده المشرع المغربي من خلال أحكام المادة 201 من م-أ-م، والتي نصت على: "أجره رضاع الولد على المكلف بنفقته".

وحتى تستحق الأم هذه الأجره يجب أن يتم الإرضاع في فترة الحولين الأولين من عمر الرضيع، فإن أرضعت الأم الطفل بعد ذلك فإنها لا تستحق الأجره ويبقى للزوجه عندئذ الحق في أجره النفقة والحضانه في حالة استحقاقهما.

من هنا نخلص بأن الأم تستحق أجره الرضاع بمجرد حصول الوفاة أو الطلاق البائن أو انتهاء العدة من الطلاق الرجعي، إن هي أرضعت طفلها داخل الحولين، أما إذا كانت المرصعة غير الأم فإنها تستحق أجره الرضاع كلما أرضعت طفلا داخل الحولين وثبت ذلك.

أما بالنسبة لمقدار أجره الرضاع، فقد ألزم المشرع المغربي أب المحضون بأداء أجره الرضاع، دون توضيحه لكيفية تقدير هذه الأجره، مما يبرر استخدام القاضي لسلطته التقديرية، ما لم يتفق الطرفان على مقدارها، فالقاضي حال رفع النزاع إليه، وعدم وجود أجر متعارف إليه، يعتمد إلى تفعيل سلطته التقديرية مراعيًا في ذلك كون الأجره، و إنما هي مقابل للالتزام بعمل، خلافا لما هو عليه الأمر بالنسبة لتقدير مبلغ النفقة، إذ أن معايير تقدير النفقة لا تصلح دائما لتقدير أجره الرضاع، فلا يمكن مثلا اعتبار حال الزوجين كأساس، لأن المرصع قد لا تكون هي الزوجه؛ وعموما تبقى قضايا طلب أجره الرضاع قليلة إن لم نقل منعدمة من الناحية العملية.

وفي الأخير يمكن القول بأن المشرع المغربي حول السلطة التقديرية للقاضي في تقدير أجره الرضاعة.

أما بالنسبة للمشرع المصري فلم ينص على ذلك، وإنما يأخذ بالقول الراجح لدى المذهب الحنفي الذي يلزم الأب بذلك، فلقد نصت المادة 03 من قانون 01 لسنة 2000 بقولها: "تصدر الأحكام طبقا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنها نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الامام أبي حنيفة".

1 - محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ج 01، المرجع السابق، ص 427 وما بعدها.

و تجب أجرة الرضاعة على الأب لأنه هو الملزم بالنفقة على الصغير، وتكون الأجرة واجبة على من تجب عليه النفقة طبقاً للمذهب الحنفي، لكن يلزم الأب بالنفقة على الصغير، إذا لم يكن للصغير مال، فإن كان له مال، فالأصل أن نفقة الإنسان في ماله، صغيراً كان أو كبيراً.

والأجرة الرضاع التي تستحقها الأم هي أجرة المثل وتقديرها متروك لسلطة القاضي التقديرية؛ ومن هنا فإن تقدير أجرة الرضاعة يختلف عن تقدير النفقة، وذلك لأن النفقة يجب أن تغطي حاجة طالبها في حدود يسار من ستفرض عليه، أما الأجر فهو مقابل القيام بعمل ولا صلة له بحاجة مستحقها، ولما كانت القائمة بالرضاعة هي أم الرضيع أو إحدى قريباته أو غيرها، فالمعنى ليس أجر مقابل وإنما مجرد تقدير أدبي للعمل الذي يؤدي وليس تقديراً مادياً، لا سيما تعزز تقدير هذا المقابل بقواعد مادية لكونه يغير سائر الأعمال التي من الممكن أن تخضع لقواعد في تقدير أجرها، وعليه فيجب أن يكون في تقديره صفة الرمزية وليس المقابل بالمعنى الضيق، مع الأخذ في الاعتبار حال الأب الملزم به يسراً أو عسراً وظروفه الاجتماعية.

أما فيما يخص مدة استحقاق أجرة الرضاع فهي ستان فقط، فمتى أتم الرضيع حولين كاملين، لم يكن للأم الحق في المطالبة بأجرة الرضاع؛ وفي حال استحقاق الأم أجرة يجوز الإتفاق عليها، والمصالحة عنها، بأن يأخذ عنها عوضاً، وقد تكون جزءاً من بدل الخلع.

وعلى ذلك لا تجوز المصالحة عنها، إذا كانت الزوجية قائمة بين الأب والأم أو معتدة من طلاقه الرجعي، أو معتدة من طلاقه البائن عند من لا يجعل لها أجرة رضاعة، وتجاوز المصالحة عنها إذا كانت أجنبية عن الأب بالاتفاق، أو كانت في عدة طلاقه البائن عند من يجعل لها أجرة رضاعة.

والأم أولى بإرضاع ولدها، إلا إذا وجدت متبرعة أو من ترضعه بأقل مما تطالب به الأم، ولو كان أجرة المثل، فإنه لا يلزم الأب بتقديم أجرة مع وجود متبرعة، وذلك لأن طلب أجرة كبيرة مع وجود من ترضى بالأقل، فيه مضارة للزوج.

ويلاحظ أنه في كل مرة تستحق الأم فيه أجرة الرضاع، فإنها تستحقها دون توقف على قضاء القاضي، وبدون حاجة إلى عقد، وتكون أجرة الإرضاع ديناً صحيحاً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء، لأنها أجرة في إجارة فهي كسائر الإجازات؛ حتى ولو ماتت الأم قبل أن تأخذ الأجرة التي تستحقها، فلورثتها مطالبة الأب بها، وإذا ماتت فالأجرة دين عليه تأخذها الأم أو ورثتها من تركته.

وفي الأخير يمكن القول بأن المشرعين الجزائري والمصري وإن لم يتناولوا مسألة أجره الرضاع، بخلاف المشرع المغربي، إلا أنهم منحوا للقاضي سلطة تقديرية في تقدير أجره الرضاة، بشرط أن لا تتجاوز مدة سنتين.

المبحث الثالث

مجال تدخل القاضي في النزاع حول متاع البيت

يترتب على عقد الزواج حقوق وواجبات متبادلة ما بين الزوجين فضلا عن حقوق مشتركة بينهما، ومنها التزام الزوج بالإنفاق على زوجته، ووجوب طاعتها له ومعاشرتها لبعضهما بالمعروف... إلخ، والنتيجة الطبيعية لعقد الزواج والأثر المباشر له هي المساكنة المشتركة بين الزوجين في بيت واحد، ما يترتب على ذلك وضع يد كل واحد منهما على أموال الآخر واستعمالها، ويكون ذلك من باب الإباحة والتسامح فيما بينهما، أو بناء على الإلزام الشرعي والقانوني القاضي بإلزام الزوج بإعداد المسكن الشرعي بشروطه كافة.

ويعتبر النزاع حول متاع البيت من الآثار المهمة لانحلال الرابطة الزوجية وقد عالجها المشرع الجزائري من خلال نص المادة 73 من ق - أ، بقولها: "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في الأشياء المعتادة للنساء فقط، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين بالنسبة للأشياء المعتادة للرجال فقط.

وبالنسبة للأشياء المشتركة في الاستعمال فإنها تقسم بينهما مع يمين كل واحد منهما".

من هنا سنتطرق إلى مجال تدخل القاضي في النزاع حول متاع البيت؛ وإعمال سلطته التقديرية في التشريع الجزائري والمقارن.

وقبل ذلك يجب علينا أن نتطرق إلى التعريف بالجهاز وأثاث بيت الزوجية، ثم بعد ذلك نبين موقف الفقه الإسلامي من ذلك، وفي الأخير نبين موقف المشرع الجزائري والمقارن.

المطلب الأول

تجهيز بيت الزوجية في الفقه الإسلامي

من الطبيعي أن المعيشة المشتركة بين الزوجين تستلزم توفير وسائل العيش اللازمة من أثاث وأدوات منزلية، كما أن الزوجة غالباً ما تساهم في تكوين متاع البيت عبر الجهاز أو الشوار أو شراء بعض اللوازم مما يفرض حين الانفصال أن تأخذ نصيبها من المتاع المنزلي، وهنا تبرز سلطة القاضي في تقدير ما هو للرجال و ما هو للنساء، وما هو مشترك بينهما، وقبل ذلك لا بد لنا أن نتطرق إلى تعريف الجهاز و أثاث البيت الزوجية في (الفرع الأول)؛ ثم نبين موقف الفقه الاسلامي في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التعريف بالجهاز وأثاث البيت الزوجية

سنتناول في هذا الفرع تعريف الجهاز والأثاث والمتاع (أولاً)؛ ثم الجهاز وأثاث بيت الزوجية في الفقه الإسلامي (ثانياً).

أولاً- تعريف الجهاز والأثاث والمتاع:

1- الجهاز والأثاث والمتاع لغة: إن لكلمات الجهاز والأثاث والمتاع معاني كثيرة منها ما يخص بحثنا ومنها ليس كذلك وسنركز على المعاني التي تفيد في التفريق بين الجهاز وأثاث بيت الزوجية على النحو التالي:

أ- **الجهاز لغة:** جهاز: تأتي بمعنى الشراء والاقتناء. والجهاز: هو متاع البيت وجهزت فلانا تكلفت جهاز سفره. وجهاز البيت: متاعه⁽¹⁾. وجهزه: هيأه وأعدّه. وجهاز الميت أعد ما يلزمه. وجهاز العروس: أعد لها جهازها. وتجهز للسفر: أخذ لوازمه. والجهاز: للميت أو للمسافر أو للعروس ما يحتاج إليه. وقيل للجهاز: جهاز العروس: أي ما تحتاج إليه في وجهتها، وقد تجهزت وجهزتها أنا⁽²⁾.

ب- **الأثاث لغة:** الأثاث بمعنى الكثير من المال. وقيل كثرة المال؛ وقيل الكثرة والعظم من كل شيء؛ وشعر أثيث: أي غزير طويل؛ وقال الفراء: الأثاث لا واحد لها؛ ولو جمعت الأثاث، لقلت ثلاثة أنه، وأثت كثيرة. **والأثاث:** أنواع المتاع من متاع لبيت ونحوه؛ وتأثت الرجل: أصاب خيراً⁽³⁾.

وجاء في مختار الصحاح أن الأثاث متاع البيت⁽⁴⁾؛ وأثت يؤثث: تأثيث البيت: زينه بالأثاث. أعد، يعد: إعداد الشيء هيأه وجهزه⁽⁵⁾.

ج- **المتاع لغة:** المتاع: ما كان لباس، أو حشو لفرش أو دثار؛ وقيل المتاع هو كل ما ينتفع به من الحوائج كالطعام وأثاث البيت والأدوات والسلع؛ وقيل المتاع في اللغة: هو كل ما ينتفع به من عروض الدنيا كثيرها وقليلها سوى الفضة والذهب وعرفا كل ما يلبسه الناس ويسطه⁽⁶⁾.

2- **الجهاز والأثاث والمتاع شرعا:** وردت كلمات الجهاز والأثاث والمتاع في القرآن الكريم في مواضع مختلفة منها معناها وحسب سياق الآية الكريمة وردت فيها؛ وهي كالاتي:

أ- **الجهاز شرعا:** قال تعالى:] ﴿ ٢٠٠ ٢٠١ ٢٠٢ ٢٠٣ ٢٠٤ ٢٠٥ ٢٠٦ ٢٠٧ ٢٠٨ ٢٠٩ ٢١٠ ٢١١ ٢١٢ ٢١٣ ٢١٤ ٢١٥ ٢١٦ ٢١٧ ٢١٨ ٢١٩ ٢٢٠ ٢٢١ ٢٢٢ ٢٢٣ ٢٢٤ ٢٢٥ ٢٢٦ ٢٢٧ ٢٢٨ ٢٢٩ ٢٣٠ ٢٣١ ٢٣٢ ٢٣٣ ٢٣٤ ٢٣٥ ٢٣٦ ٢٣٧ ٢٣٨ ٢٣٩ ٢٤٠ ٢٤١ ٢٤٢ ٢٤٣ ٢٤٤ ٢٤٥ ٢٤٦ ٢٤٧ ٢٤٨ ٢٤٩ ٢٥٠ ٢٥١ ٢٥٢ ٢٥٣ ٢٥٤ ٢٥٥ ٢٥٦ ٢٥٧ ٢٥٨ ٢٥٩ ٢٦٠ ٢٦١ ٢٦٢ ٢٦٣ ٢٦٤ ٢٦٥ ٢٦٦ ٢٦٧ ٢٦٨ ٢٦٩ ٢٧٠ ٢٧١ ٢٧٢ ٢٧٣ ٢٧٤ ٢٧٥ ٢٧٦ ٢٧٧ ٢٧٨ ٢٧٩ ٢٨٠ ٢٨١ ٢٨٢ ٢٨٣ ٢٨٤ ٢٨٥ ٢٨٦ ٢٨٧ ٢٨٨ ٢٨٩ ٢٩٠ ٢٩١ ٢٩٢ ٢٩٣ ٢٩٤ ٢٩٥ ٢٩٦ ٢٩٧ ٢٩٨ ٢٩٩ ٣٠٠ ٣٠١ ٣٠٢ ٣٠٣ ٣٠٤ ٣٠٥ ٣٠٦ ٣٠٧ ٣٠٨ ٣٠٩ ٣١٠ ٣١١ ٣١٢ ٣١٣ ٣١٤ ٣١٥ ٣١٦ ٣١٧ ٣١٨ ٣١٩ ٣٢٠ ٣٢١ ٣٢٢ ٣٢٣ ٣٢٤ ٣٢٥ ٣٢٦ ٣٢٧ ٣٢٨ ٣٢٩ ٣٣٠ ٣٣١ ٣٣٢ ٣٣٣ ٣٣٤ ٣٣٥ ٣٣٦ ٣٣٧ ٣٣٨ ٣٣٩ ٣٤٠ ٣٤١ ٣٤٢ ٣٤٣ ٣٤٤ ٣٤٥ ٣٤٦ ٣٤٧ ٣٤٨ ٣٤٩ ٣٥٠ ٣٥١ ٣٥٢ ٣٥٣ ٣٥٤ ٣٥٥ ٣٥٦ ٣٥٧ ٣٥٨ ٣٥٩ ٣٦٠ ٣٦١ ٣٦٢ ٣٦٣ ٣٦٤ ٣٦٥ ٣٦٦ ٣٦٧ ٣٦٨ ٣٦٩ ٣٧٠ ٣٧١ ٣٧٢ ٣٧٣ ٣٧٤ ٣٧٥ ٣٧٦ ٣٧٧ ٣٧٨ ٣٧٩ ٣٨٠ ٣٨١ ٣٨٢ ٣٨٣ ٣٨٤ ٣٨٥ ٣٨٦ ٣٨٧ ٣٨٨ ٣٨٩ ٣٩٠ ٣٩١ ٣٩٢ ٣٩٣ ٣٩٤ ٣٩٥ ٣٩٦ ٣٩٧ ٣٩٨ ٣٩٩ ٤٠٠ ٤٠١ ٤٠٢ ٤٠٣ ٤٠٤ ٤٠٥ ٤٠٦ ٤٠٧ ٤٠٨ ٤٠٩ ٤١٠ ٤١١ ٤١٢ ٤١٣ ٤١٤ ٤١٥ ٤١٦ ٤١٧ ٤١٨ ٤١٩ ٤٢٠ ٤٢١ ٤٢٢ ٤٢٣ ٤٢٤ ٤٢٥ ٤٢٦ ٤٢٧ ٤٢٨ ٤٢٩ ٤٣٠ ٤٣١ ٤٣٢ ٤٣٣ ٤٣٤ ٤٣٥ ٤٣٦ ٤٣٧ ٤٣٨ ٤٣٩ ٤٤٠ ٤٤١ ٤٤٢ ٤٤٣ ٤٤٤ ٤٤٥ ٤٤٦ ٤٤٧ ٤٤٨ ٤٤٩ ٤٥٠ ٤٥١ ٤٥٢ ٤٥٣ ٤٥٤ ٤٥٥ ٤٥٦ ٤٥٧ ٤٥٨ ٤٥٩ ٤٦٠ ٤٦١ ٤٦٢ ٤٦٣ ٤٦٤ ٤٦٥ ٤٦٦ ٤٦٧ ٤٦٨ ٤٦٩ ٤٧٠ ٤٧١ ٤٧٢ ٤٧٣ ٤٧٤ ٤٧٥ ٤٧٦ ٤٧٧ ٤٧٨ ٤٧٩ ٤٨٠ ٤٨١ ٤٨٢ ٤٨٣ ٤٨٤ ٤٨٥ ٤٨٦ ٤٨٧ ٤٨٨ ٤٨٩ ٤٩٠ ٤٩١ ٤٩٢ ٤٩٣ ٤٩٤ ٤٩٥ ٤٩٦ ٤٩٧ ٤٩٨ ٤٩٩ ٥٠٠ ٥٠١ ٥٠٢ ٥٠٣ ٥٠٤ ٥٠٥ ٥٠٦ ٥٠٧ ٥٠٨ ٥٠٩ ٥١٠ ٥١١ ٥١٢ ٥١٣ ٥١٤ ٥١٥ ٥١٦ ٥١٧ ٥١٨ ٥١٩ ٥٢٠ ٥٢١ ٥٢٢ ٥٢٣ ٥٢٤ ٥٢٥ ٥٢٦ ٥٢٧ ٥٢٨ ٥٢٩ ٥٣٠ ٥٣١ ٥٣٢ ٥٣٣ ٥٣٤ ٥٣٥ ٥٣٦ ٥٣٧ ٥٣٨ ٥٣٩ ٥٤٠ ٥٤١ ٥٤٢ ٥٤٣ ٥٤٤ ٥٤٥ ٥٤٦ ٥٤٧ ٥٤٨ ٥٤٩ ٥٥٠ ٥٥١ ٥٥٢ ٥٥٣ ٥٥٤ ٥٥٥ ٥٥٦ ٥٥٧ ٥٥٨ ٥٥٩ ٥٦٠ ٥٦١ ٥٦٢ ٥٦٣ ٥٦٤ ٥٦٥ ٥٦٦ ٥٦٧ ٥٦٨ ٥٦٩ ٥٧٠ ٥٧١ ٥٧٢ ٥٧٣ ٥٧٤ ٥٧٥ ٥٧٦ ٥٧٧ ٥٧٨ ٥٧٩ ٥٨٠ ٥٨١ ٥٨٢ ٥٨٣ ٥٨٤ ٥٨٥ ٥٨٦ ٥٨٧ ٥٨٨ ٥٨٩ ٥٩٠ ٥٩١ ٥٩٢ ٥٩٣ ٥٩٤ ٥٩٥ ٥٩٦ ٥٩٧ ٥٩٨ ٥٩٩ ٦٠٠ ٦٠١ ٦٠٢ ٦٠٣ ٦٠٤ ٦٠٥ ٦٠٦ ٦٠٧ ٦٠٨ ٦٠٩ ٦١٠ ٦١١ ٦١٢ ٦١٣ ٦١٤ ٦١٥ ٦١٦ ٦١٧ ٦١٨ ٦١٩ ٦٢٠ ٦٢١ ٦٢٢ ٦٢٣ ٦٢٤ ٦٢٥ ٦٢٦ ٦٢٧ ٦٢٨ ٦٢٩ ٦٣٠ ٦٣١ ٦٣٢ ٦٣٣ ٦٣٤ ٦٣٥ ٦٣٦ ٦٣٧ ٦٣٨ ٦٣٩ ٦٤٠ ٦٤١ ٦٤٢ ٦٤٣ ٦٤٤ ٦٤٥ ٦٤٦ ٦٤٧ ٦٤٨ ٦٤٩ ٦٥٠ ٦٥١ ٦٥٢ ٦٥٣ ٦٥٤ ٦٥٥ ٦٥٦ ٦٥٧ ٦٥٨ ٦٥٩ ٦٦٠ ٦٦١ ٦٦٢ ٦٦٣ ٦٦٤ ٦٦٥ ٦٦٦ ٦٦٧ ٦٦٨ ٦٦٩ ٦٧٠ ٦٧١ ٦٧٢ ٦٧٣ ٦٧٤ ٦٧٥ ٦٧٦ ٦٧٧ ٦٧٨ ٦٧٩ ٦٨٠ ٦٨١ ٦٨٢ ٦٨٣ ٦٨٤ ٦٨٥ ٦٨٦ ٦٨٧ ٦٨٨ ٦٨٩ ٦٩٠ ٦٩١ ٦٩٢ ٦٩٣ ٦٩٤ ٦٩٥ ٦٩٦ ٦٩٧ ٦٩٨ ٦٩٩ ٧٠٠ ٧٠١ ٧٠٢ ٧٠٣ ٧٠٤ ٧٠٥ ٧٠٦ ٧٠٧ ٧٠٨ ٧٠٩ ٧١٠ ٧١١ ٧١٢ ٧١٣ ٧١٤ ٧١٥ ٧١٦ ٧١٧ ٧١٨ ٧١٩ ٧٢٠ ٧٢١ ٧٢٢ ٧٢٣ ٧٢٤ ٧٢٥ ٧٢٦ ٧٢٧ ٧٢٨ ٧٢٩ ٧٣٠ ٧٣١ ٧٣٢ ٧٣٣ ٧٣٤ ٧٣٥ ٧٣٦ ٧٣٧ ٧٣٨ ٧٣٩ ٧٤٠ ٧٤١ ٧٤٢ ٧٤٣ ٧٤٤ ٧٤٥ ٧٤٦ ٧٤٧ ٧٤٨ ٧٤٩ ٧٥٠ ٧٥١ ٧٥٢ ٧٥٣ ٧٥٤ ٧٥٥ ٧٥٦ ٧٥٧ ٧٥٨ ٧٥٩ ٧٦٠ ٧٦١ ٧٦٢ ٧٦٣ ٧٦٤ ٧٦٥ ٧٦٦ ٧٦٧ ٧٦٨ ٧٦٩ ٧٧٠ ٧٧١ ٧٧٢ ٧٧٣ ٧٧٤ ٧٧٥ ٧٧٦ ٧٧٧ ٧٧٨ ٧٧٩ ٧٨٠ ٧٨١ ٧٨٢ ٧٨٣ ٧٨٤ ٧٨٥ ٧٨٦ ٧٨٧ ٧٨٨ ٧٨٩ ٧٩٠ ٧٩١ ٧٩٢ ٧٩٣ ٧٩٤ ٧٩٥ ٧٩٦ ٧٩٧ ٧٩٨ ٧٩٩ ٨٠٠ ٨٠١ ٨٠٢ ٨٠٣ ٨٠٤ ٨٠٥ ٨٠٦ ٨٠٧ ٨٠٨ ٨٠٩ ٨١٠ ٨١١ ٨١٢ ٨١٣ ٨١٤ ٨١٥ ٨١٦ ٨١٧ ٨١٨ ٨١٩ ٨٢٠ ٨٢١ ٨٢٢ ٨٢٣ ٨٢٤ ٨٢٥ ٨٢٦ ٨٢٧ ٨٢٨ ٨٢٩ ٨٣٠ ٨٣١ ٨٣٢ ٨٣٣ ٨٣٤ ٨٣٥ ٨٣٦ ٨٣٧ ٨٣٨ ٨٣٩ ٨٤٠ ٨٤١ ٨٤٢ ٨٤٣ ٨٤٤ ٨٤٥ ٨٤٦ ٨٤٧ ٨٤٨ ٨٤٩ ٨٥٠ ٨٥١ ٨٥٢ ٨٥٣ ٨٥٤ ٨٥٥ ٨٥٦ ٨٥٧ ٨٥٨ ٨٥٩ ٨٦٠ ٨٦١ ٨٦٢ ٨٦٣ ٨٦٤ ٨٦٥ ٨٦٦ ٨٦٧ ٨٦٨ ٨٦٩ ٨٧٠ ٨٧١ ٨٧٢ ٨٧٣ ٨٧٤ ٨٧٥ ٨٧٦ ٨٧٧ ٨٧٨ ٨٧٩ ٨٨٠ ٨٨١ ٨٨٢ ٨٨٣ ٨٨٤ ٨٨٥ ٨٨٦ ٨٨٧ ٨٨٨ ٨٨٩ ٨٩٠ ٨٩١ ٨٩٢ ٨٩٣ ٨٩٤ ٨٩٥ ٨٩٦ ٨٩٧ ٨٩٨ ٨٩٩ ٩٠٠ ٩٠١ ٩٠٢ ٩٠٣ ٩٠٤ ٩٠٥ ٩٠٦ ٩٠٧ ٩٠٨ ٩٠٩ ٩١٠ ٩١١ ٩١٢ ٩١٣ ٩١٤ ٩١٥ ٩١٦ ٩١٧ ٩١٨ ٩١٩ ٩٢٠ ٩٢١ ٩٢٢ ٩٢٣ ٩٢٤ ٩٢٥ ٩٢٦ ٩٢٧ ٩٢٨ ٩٢٩ ٩٣٠ ٩٣١ ٩٣٢ ٩٣٣ ٩٣٤ ٩٣٥ ٩٣٦ ٩٣٧ ٩٣٨ ٩٣٩ ٩٤٠ ٩٤١ ٩٤٢ ٩٤٣ ٩٤٤ ٩٤٥ ٩٤٦ ٩٤٧ ٩٤٨ ٩٤٩ ٩٥٠ ٩٥١ ٩٥٢ ٩٥٣ ٩٥٤ ٩٥٥ ٩٥٦ ٩٥٧ ٩٥٨ ٩٥٩ ٩٦٠ ٩٦١ ٩٦٢ ٩٦٣ ٩٦٤ ٩٦٥ ٩٦٦ ٩٦٧ ٩٦٨ ٩٦٩ ٩٧٠ ٩٧١ ٩٧٢ ٩٧٣ ٩٧٤ ٩٧٥ ٩٧٦ ٩٧٧ ٩٧٨ ٩٧٩ ٩٨٠ ٩٨١ ٩٨٢ ٩٨٣ ٩٨٤ ٩٨٥ ٩٨٦ ٩٨٧ ٩٨٨ ٩٨٩ ٩٩٠ ٩٩١ ٩٩٢ ٩٩٣ ٩٩٤ ٩٩٥ ٩٩٦ ٩٩٧ ٩٩٨ ٩٩٩ ١٠٠٠ ١٠٠١ ١٠٠٢ ١٠٠٣ ١٠٠٤ ١٠٠٥ ١٠٠٦ ١٠٠٧ ١٠٠٨ ١٠٠٩ ١٠١٠ ١٠١١ ١٠١٢ ١٠١٣ ١٠١٤ ١٠١٥ ١٠١٦ ١٠١٧ ١٠١٨ ١٠١٩ ١٠٢٠ ١٠٢١ ١٠٢٢ ١٠٢٣ ١٠٢٤ ١٠٢٥ ١٠٢٦ ١٠٢٧ ١٠٢٨ ١٠٢٩ ١٠٣٠ ١٠٣١ ١٠٣٢ ١٠٣٣ ١٠٣٤ ١٠٣٥ ١٠٣٦ ١٠٣٧ ١٠٣٨ ١٠٣٩ ١٠٤٠ ١٠٤١ ١٠٤٢ ١٠٤٣ ١٠٤٤ ١٠٤٥ ١٠٤٦ ١٠٤٧ ١٠٤٨ ١٠٤٩ ١٠٥٠ ١٠٥١ ١٠٥٢ ١٠٥٣ ١٠٥٤ ١٠٥٥ ١٠٥٦ ١٠٥٧ ١٠٥٨ ١٠٥٩ ١٠٦٠ ١٠٦١ ١٠٦٢ ١٠٦٣ ١٠٦٤ ١٠٦٥ ١٠٦٦ ١٠٦٧ ١٠٦٨ ١٠٦٩ ١٠٧٠ ١٠٧١ ١٠٧٢ ١٠٧٣ ١٠٧٤ ١٠٧٥ ١٠٧٦ ١٠٧٧ ١٠٧٨ ١٠٧٩ ١٠٨٠ ١٠٨١ ١٠٨٢ ١٠٨٣ ١٠٨٤ ١٠٨٥ ١٠٨٦ ١٠٨٧ ١٠٨٨ ١٠٨٩ ١٠٩٠ ١٠٩١ ١٠٩٢ ١٠٩٣ ١٠٩٤ ١٠٩٥ ١٠٩٦ ١٠٩٧ ١٠٩٨ ١٠٩٩ ١١٠٠ ١١٠١ ١١٠٢ ١١٠٣ ١١٠٤ ١١٠٥ ١١٠٦ ١١٠٧ ١١٠٨ ١١٠٩ ١١١٠ ١١١١ ١١١٢ ١١١٣ ١١١٤ ١١١٥ ١١١٦ ١١١٧ ١١١٨ ١١١٩ ١١٢٠ ١١٢١ ١١٢٢ ١١٢٣ ١١٢٤ ١١٢٥ ١١٢٦ ١١٢٧ ١١٢٨ ١١٢٩ ١١٣٠ ١١٣١ ١١٣٢ ١١٣٣ ١١٣٤ ١١٣٥ ١١٣٦ ١١٣٧ ١١٣٨ ١١٣٩ ١١٤٠ ١١٤١ ١١٤٢ ١١٤٣ ١١٤٤ ١١٤٥ ١١٤٦ ١١٤٧ ١١٤٨ ١١٤٩ ١١٥٠ ١١٥١ ١١٥٢ ١١٥٣ ١١٥٤ ١١٥٥ ١١٥٦ ١١٥٧ ١١٥٨ ١١٥٩ ١١٦٠ ١١٦١ ١١٦٢ ١١٦٣ ١١٦٤ ١١٦٥ ١١٦٦ ١١٦٧ ١١٦٨ ١١٦٩ ١١٧٠ ١١٧١ ١١٧٢ ١١٧٣ ١١٧٤ ١١٧٥ ١١٧٦ ١١٧٧ ١١٧٨ ١١٧٩ ١١٨٠ ١١٨١ ١١٨٢ ١١٨٣ ١١٨٤ ١١٨٥ ١١٨٦ ١١٨٧ ١١٨٨ ١١٨٩ ١١٩٠ ١١٩١ ١١٩٢ ١١٩٣ ١١٩٤ ١١٩٥ ١١٩٦ ١١٩٧ ١١٩٨ ١١٩٩ ١٢٠٠ ١٢٠١ ١٢٠٢ ١٢٠٣ ١٢٠٤ ١٢٠٥ ١٢٠٦ ١٢٠٧ ١٢٠٨ ١٢٠٩ ١٢١٠ ١٢١١ ١٢١٢ ١٢١٣ ١٢١٤ ١٢١٥ ١٢١٦ ١٢١٧ ١٢١٨ ١٢١٩ ١٢٢٠ ١٢٢١ ١٢٢٢ ١٢٢٣ ١٢٢٤ ١٢٢٥ ١٢٢٦ ١٢٢٧ ١٢٢٨ ١٢٢٩ ١٢٣٠ ١٢٣١ ١٢٣٢ ١٢٣٣ ١٢٣٤ ١٢٣٥ ١٢٣٦ ١٢٣٧ ١٢٣٨ ١٢٣٩ ١٢٤٠ ١٢٤١ ١٢٤٢ ١٢٤٣ ١٢٤٤ ١٢٤٥ ١٢٤٦ ١٢٤٧ ١٢٤٨ ١٢٤٩ ١٢٥٠ ١٢٥١ ١٢٥٢ ١٢٥٣ ١٢٥٤ ١٢٥٥ ١٢٥٦ ١٢٥٧ ١٢٥٨ ١٢٥٩ ١٢٦٠ ١٢٦١ ١٢٦٢ ١٢٦٣ ١٢٦٤ ١٢٦٥ ١٢٦٦ ١٢٦٧ ١٢٦٨ ١٢٦٩ ١٢٧٠ ١٢٧١ ١٢٧٢ ١٢٧٣ ١٢٧٤ ١٢٧٥ ١٢٧٦ ١٢٧٧ ١٢٧٨ ١٢٧٩ ١٢٨٠ ١٢٨١ ١٢٨٢ ١٢٨٣ ١٢٨٤ ١٢٨٥ ١٢٨٦ ١٢٨٧ ١٢٨٨ ١٢٨٩ ١٢٩٠ ١٢٩١ ١٢٩٢ ١٢٩٣ ١٢٩٤ ١٢٩٥ ١٢٩٦ ١٢٩٧ ١٢٩٨ ١٢٩٩ ١٣٠٠ ١٣٠١ ١٣٠٢ ١٣٠٣ ١٣٠٤ ١٣٠٥ ١٣٠٦ ١٣٠٧ ١٣٠٨ ١٣٠٩ ١٣١٠ ١٣١١ ١٣١٢ ١٣١٣ ١٣١٤ ١٣١٥ ١٣١٦ ١٣١٧ ١٣١٨ ١٣١٩ ١٣٢٠ ١٣٢١ ١٣٢٢ ١٣٢٣ ١٣٢٤ ١٣٢٥ ١٣٢٦ ١٣٢٧ ١٣٢٨ ١٣٢٩ ١٣٣٠ ١٣٣١ ١٣٣٢ ١٣٣٣ ١٣٣٤ ١٣٣٥ ١٣٣٦ ١٣٣٧ ١٣٣٨ ١٣٣٩ ١٣٤٠ ١٣٤١ ١٣٤٢ ١٣٤٣ ١٣٤٤ ١٣٤٥ ١٣٤٦ ١٣٤٧ ١٣٤٨ ١٣٤٩ ١٣٥٠ ١٣٥١ ١٣٥٢ ١٣٥٣ ١٣٥٤ ١٣٥٥ ١٣٥٦ ١٣٥٧ ١٣٥٨ ١٣٥٩ ١٣٦٠ ١٣٦١ ١٣٦٢ ١٣٦٣ ١٣٦٤ ١٣٦٥ ١٣٦٦ ١٣٦٧ ١٣٦٨ ١٣٦٩ ١٣٧٠ ١٣٧١ ١٣٧٢ ١٣٧٣ ١٣٧٤ ١٣٧٥ ١٣٧٦ ١٣٧٧ ١٣٧٨ ١٣٧٩ ١٣٨٠ ١٣٨١ ١٣٨٢ ١٣٨٣ ١٣٨٤ ١٣٨٥ ١٣٨٦ ١٣٨٧ ١٣٨٨ ١٣٨٩ ١٣٩٠ ١٣٩١ ١٣٩٢ ١٣٩٣ ١٣٩٤ ١٣٩٥ ١٣٩٦ ١٣٩٧ ١٣٩٨ ١٣٩٩ ١٤٠٠ ١٤٠١ ١٤٠٢ ١٤٠٣ ١٤٠٤ ١٤٠٥ ١٤٠٦ ١٤٠٧ ١٤٠٨ ١٤٠٩ ١٤١٠ ١٤١١ ١٤١٢ ١٤١٣ ١٤١٤ ١٤١٥ ١٤١٦ ١٤١٧ ١٤١٨ ١٤١٩ ١٤٢٠ ١٤٢١ ١٤٢٢ ١٤٢٣ ١٤٢٤ ١٤٢٥ ١٤٢٦ ١٤٢٧ ١٤٢٨ ١٤٢٩ ١٤٣٠ ١٤٣١ ١٤٣٢ ١٤٣٣ ١٤٣٤ ١٤٣٥ ١٤٣٦ ١٤٣٧ ١٤٣٨ ١٤٣٩ ١٤٤٠ ١٤٤١ ١٤٤٢ ١٤٤٣ ١٤٤٤ ١٤٤٥ ١٤٤٦ ١٤٤٧ ١٤٤٨ ١٤٤٩ ١٤٥٠ ١٤٥١ ١٤٥٢ ١٤٥٣ ١٤٥٤ ١٤٥٥ ١٤٥٦ ١٤٥٧ ١٤٥٨ ١٤٥٩ ١٤٦٠ ١٤٦١ ١٤٦٢ ١٤٦٣ ١٤٦٤ ١٤٦٥ ١٤٦٦ ١٤٦٧ ١٤٦٨ ١٤٦٩ ١٤٧٠ ١٤٧١ ١٤٧٢ ١٤٧٣ ١٤٧٤ ١٤٧٥ ١٤٧٦ ١٤٧٧ ١٤٧٨ ١٤٧٩ ١٤٨٠ ١٤٨١ ١٤٨٢ ١٤٨٣ ١٤٨٤ ١٤٨٥ ١٤٨٦ ١٤٨٧ ١٤٨٨ ١٤٨٩ ١٤٩٠ ١٤٩١ ١٤٩٢ ١٤٩٣ ١٤٩٤ ١٤٩٥ ١٤٩٦ ١٤٩٧ ١٤٩٨ ١٤٩٩ ١٥٠٠ ١٥٠١ ١٥٠٢ ١٥٠٣ ١٥٠٤ ١٥٠٥ ١٥٠٦ ١٥٠٧ ١٥٠٨ ١٥٠٩ ١٥١٠ ١٥١١ ١٥١٢ ١٥١٣ ١٥١٤ ١٥١٥ ١٥١٦ ١٥١٧ ١٥١٨ ١٥١٩ ١٥٢٠ ١٥٢١ ١٥٢٢ ١٥٢٣ ١٥٢٤ ١٥٢٥ ١٥٢٦ ١٥٢٧ ١٥٢٨ ١٥٢٩ ١٥٣٠ ١٥٣١ ١٥٣٢ ١٥٣٣ ١٥٣٤ ١٥٣٥ ١٥٣٦ ١٥٣٧ ١٥٣٨ ١٥٣٩ ١٥٤٠ ١٥٤١ ١٥٤٢ ١٥٤٣ ١٥٤٤ ١٥٤٥ ١٥٤٦ ١٥٤٧ ١٥٤٨ ١٥٤٩ ١٥٥٠ ١٥٥١ ١٥٥٢ ١٥٥٣ ١٥٥٤ ١٥٥٥ ١٥٥٦ ١٥٥٧ ١٥٥٨ ١٥٥٩ ١٥٦٠ ١٥٦١ ١٥٦٢ ١٥٦٣ ١٥٦٤ ١٥٦٥ ١٥٦٦ ١٥٦٧ ١٥٦٨ ١٥٦٩ ١٥٧٠ ١٥٧١ ١٥٧٢ ١٥٧٣ ١٥٧٤ ١٥٧٥ ١٥٧٦ ١٥٧٧ ١٥٧٨ ١٥٧٩ ١٥٨٠ ١٥٨١ ١٥٨٢ ١٥٨٣ ١٥٨٤ ١٥٨٥ ١٥٨٦ ١٥٨٧ ١٥٨٨ ١٥٨٩ ١٥٩٠ ١٥٩١ ١٥٩٢ ١٥٩٣ ١٥٩٤ ١٥٩٥ ١٥٩٦ ١٥٩٧ ١٥٩٨ ١٥٩٩ ١٦٠٠ ١٦٠١ ١٦٠٢ ١٦٠٣ ١٦٠٤ ١٦٠٥ ١٦٠٦ ١٦٠٧ ١٦٠٨ ١٦٠٩ ١٦١٠ ١٦١١ ١٦١٢ ١٦١٣ ١٦١٤ ١٦١٥ ١٦١٦ ١٦١٧ ١٦١٨ ١٦١٩ ١٦٢٠ ١٦٢١ ١٦٢٢ ١٦٢٣ ١٦٢٤ ١٦٢٥ ١٦٢٦ ١٦٢٧ ١٦٢٨ ١٦٢٩ ١٦٣٠ ١٦٣١ ١٦٣٢ ١٦٣٣ ١٦٣٤ ١٦٣٥ ١٦٣٦ ١٦٣٧ ١٦٣٨ ١٦٣٩ ١٦٤٠ ١٦٤١ ١٦٤٢ ١٦٤٣ ١٦٤٤ ١٦٤٥ ١٦٤٦ ١٦٤٧ ١٦٤٨ ١٦٤٩ ١٦٥٠ ١٦٥١ ١٦٥٢ ١٦٥٣ ١٦٥٤ ١٦٥٥ ١٦٥٦ ١٦٥٧ ١٦٥٨ ١٦٥٩ ١٦٦٠ ١٦٦١ ١٦٦٢ ١٦٦

﴿ وَبِذَلِكَ نَجْعَلُ لَهُ سُلْطَةً عَلَىٰ الْأَسْرَةِ ﴾ [سورة النحل: ١٧].^(١) وقال تعالى: ﴿ وَبِذَلِكَ نَجْعَلُ لَهُ سُلْطَةً عَلَىٰ الْأَسْرَةِ ﴾ [سورة النحل: ١٧].^(٢)

معنى قوله تعالى في هاتين الآيتين الكريمتين جهزهم بما يحتاجون إليه من الطعام والقوت والبضائع الأخرى. والجهاز - بفتح الجيم وكسرهما- ما يحتاج إليه المسافر، وأوله ما سافر لأجله من الأحمال. والتجهيز: اعطاء الجهاز^(٣).

ب- الأثاث شرعا: وردت كلمة الأثاث في سورة النحل فقال تعالى: ﴿ وَبِذَلِكَ نَجْعَلُ لَهُ سُلْطَةً عَلَىٰ الْأَسْرَةِ ﴾ [سورة النحل: ١٧].^(٤)

وجاء في زبدة التفسير في شرح قوله تعالى: [... وَمِنْ أَصْوَابِهَا وَأَوْبَارِهَا وَأَشْعَارِهَا أَثَاثًا ...]، الأصواف للغنم والأوبار للإبل والأشعار للمعز؛ والأثاث: متاع البيت، والمتاع ما يفرش في المنازل ويتزين به^(٥).

ج- المتاع شرعا: إن لفظ المتاع والتمتع والاستمتاع والتمتع وردت في كتابه العزيز في مواضع عديدة وإن اختلفت راجعة إلى أصل واحد؛ قال الأزهرى: فأما المتاع في الأصل فكل شيء ينتفع به والفناء يأتي عليه في الدنيا.

فجاء في سورة يوسف قوله تعالى: ﴿ وَبِذَلِكَ نَجْعَلُ لَهُ سُلْطَةً عَلَىٰ الْأَسْرَةِ ﴾ [سورة يوسف: ١٧].^(٦)

1 - سورة يوسف، الآية 59.
 2 - سورة يوسف، الآية 70.
 3 - الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، ج 03، المرجع السابق، ص 11 - 12.
 4 - سورة النحل، الآية 80.
 5 - محمد علي خلف وحنفي ناصف ونصر العادلي ومصطفى عناني وأحمد الأسكندري، زبدة التفسير من فتح القدير، المطبعة الأميرية، مصر، 1337هـ، ص 356.

و جاء في تفسير التحرير والتنوير في تفسير هذه الآية أن المتاع ما ينتفع به؛ والمراد به هنا ثقلهم من الثياب والآنية والزاد⁽²⁾.

ثانياً- الجهاز وأثاث بيت الزوجية في الفقه الإسلامي: لقد بحث الفقهاء المسلمون الجهاز وأثاث بيت الزوجية في مواضع مختلفة من هذه المواضع النفقة، والصدقات، والاختلاف في متاع البيت، والمسكن الشرعي، فقد جاء في البحر الرائق: "ويجعل لها ما تنام عليه مثل الفراش ومضربه ومرقعه في الشتاء ولحافاً تغطي به"⁽³⁾؛ كما قال الدردير: "الجهاز أو الشّوار: هو متاع البيت من فراش وغطاء ولباس وغيره". و عرف أيضاً بأنه: "كل ما ينتفع به في بيت الزوجية، مما يشمل الجهاز الأساسي وأدوات المرافق وغيرها"⁽⁴⁾.

أما د/ عبد الرحمان الجزيري فعرفه على أنه: "يجب عليه أن يحضر لها الغريال والمنخل، والماعون الذي تعجن فيه، وكذا يجب عليه أن يحضر لها آلة الطبخ ومغرفة وملاعق ونحو ذلك"⁽⁵⁾.

أما الفقهاء المعاصرون فقد عرفوا الجهاز بتعاريف متقاربة، فعرفه د/ محمد مصطفى شلبي بأنه: "ما يعد به بيت الزوجية من أثاث وأدوات منزلية عند زفاف الزوجة إلى زوجها؛ فالجهاز يشمل الفرش والبسط والأدوات المنزلية كالتلفاز والثلاجة وغيرها من الأدوات التي يحتاجها الزوجان للمعيشة المشتركة بينهما"⁽⁶⁾. أما الأستاذ بدران أبو العينين فعرفه: بأنه ما يحتاج إليه الزوجان عند زفاف الزوجة إلى زوجها من الأثاث والأدوات اللازمة لأعداد بيت الزوجية⁽⁷⁾.

يتضح مما سبق أن كلمة المتاع أعم من كلمة الأثاث وكلمة الأثاث أعم وأشمل من كلمة الجهاز.

فالمقصود بالمتاع: كل ما يتمتع وينتفع به فيشمل جميع نعم الله وسبحانه وتعالى التي لا تعد ولا تحصى، ومنها التمتع بالحيوانات والأموال وأثاث وأدوات البيت وغيرها.

1 - سورة يوسف، الآية 17؛ يقول الله سبحانه وتعالى مخبراً عن ادعاء أخوة يوسف بعدما ألقوه فير غيابة الجب أنهم زعموا (إنا ذهبنا نستبق) إي نترامى (وتركتنا يوسف عند متاعنا) إي ثيابنا وأمتعتانا (فأكله الذئب).

2 - الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، ج 03، المرجع السابق، ص 236.

3 - ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 04، ص 193.

4 - الدردير، الشرح الكبير، ج 02، ص 511؛ ابن العربي، أحكام القرآن، ج 01، ص 338.

5 - عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، قسم الأحوال الشخصية، دار الكتب العلمية، لبنان، 1988م، ج 04، ص 556.

6 - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص 430.

7 - بدران أبو العينين، الزواج والطلاق في الإسلام، المرجع السابق، ص 226.

أما الأثاث: فيقصد بها اسم جمع للأدوات والأواني التي تستخدم في الدار كالفرش والبسط والثلاجة والتلفاز وغيرها.

أما الجهاز: فيقصد به ما يتجهز به الشخص لمناسبة معينة كجهاز الميت أي ما يحتاج إليه من مستلزمات للدفن، وجهاز المسافر أي ما يحتاج إليه في الطريق من واسطة نقل وأمتعة وطعام. أما جهاز العروس: أي ما تحتاج إليه في وجهتها من ملابس وحلي ومصوغات وأدوات زينة بمناسبة زفافها.

أما في العرف المغربي فالجهاز يسمى الشوار وهو: " ما تأتي به الزوجة عادة ليلة زفافها - أو قبله أو بعده - من أفرشة وأغطية وأوان إلى البيت ليكون جزءاً من متاع البيت"⁽¹⁾.

من هنا يتضح لنا أن هناك فرق بين جهاز العروس وجهاز بيت الزوجية، فجهاز بيت الزوجية: هو الأثاث والأدوات التي تعد بمناسبة الزواج لاستقبال الحياة الزوجية وما تتطلبه من مستلزمات.

والمقصود بمتاع البيت كل ما يوجد داخل بيت الزوجية مما ينتفع به عادة، ويسهل عملية التساكن الشرعي الواجب بين الزوجين، ومن ذلك مثلاً؛ أدوات المطبخ والأفرشة والأغطية والملابس وأدوات التجميل...إلخ.

والظاهر أن العادات والأعراف تميز ما يدخل في الجهاز وما يدخل في متاع البيت، وهي عادات وأعراف يجب على القاضي أن ينتبه إليها للفصل في النزاعات التي تطرح أمامه بهذا الخصوص، إذ القاعدة أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

الفرع الثاني

الجهاز وأثاث بيت الزوجية في الفقه الإسلامي

من الطبيعي أن المعيشة المشتركة بين الزوجين تستلزم توفير وسائل العيش اللازمة من أثاث وأدوات منزلية، وقد اختلف الفقهاء المسلمون فيمن يقع على عاتقه إعداد وتأثيث بيت الزوجية وسنجد أن للعرف أثراً كبيراً في تجهيز بيت الزوجية، ثم نبين بعد ذلك موقف الفقه الإسلامي في حالة التنازع حول متاع، وتنازع الزوجين في الأشياء المشتركة، وذلك من خلال النقاط الآتية.

أولاً- تجهيز البيت الزوجية في الفقه الإسلامي: اختلفت آراء الفقهاء المسلمون فيمن يقع على عاتقه تأثيث وإعداد بيت الزوجية بين الزوجين إلى رأيين:

1 - محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ج 02، المرجع السابق، ص 489.

الرأي الأول- تأثيث بيت الزوجية واجب على الزوج: يرى جمهور الفقهاء الحنفية و الشافعية والحنابلة وابن حزم الظاهري أن تأثيث وإعداد بيت الزوجية وتجهيزه واجب على الزوج؛ واستدلوا على ذلك أن الزوج ملزم بالنفقة بكل أنواعها من ملابس ومطعم ومسكن⁽¹⁾، هذا من جهة ومن جهة أخرى، فإنه لا يوجد دليل من الكتاب والسنة يوجب تجهيز بيت الزوجية على الزوجة، ولا يثبت حق من حقوق الزواج من غير دليل⁽²⁾.

حيث استدل أصحاب هذا الرأي على أن الزوج ملزم بإعداد وتأثيث بيت الزوجية لكونها من النفقة الواجبة، فقد ثبت هذا الإلزام بالكتاب والسنة والإجماع والقياس.

1 - من الكتاب: قوله تعالى: [...] من الكتاب: قوله تعالى: [...] وقوله أيضا: [...]⁽³⁾؛ وقوله أيضا: [...]⁽⁴⁾، فالآية الكريمة أوجبت على الأزواج إسكان المطلقات من حيث سكنوا حسب قدرتهم وطاقتهم، فإذا وجب إسكان المطلقة فإسكان الزوجة أولى بالوجوب.

2- من السنة: فقد وردت عدة أحاديث تفيد وجوبها: منها ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في حجة الوداع: " فاتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بكلمة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن ألا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضرباً غير مبرح ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"⁽⁵⁾، ومنها البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها أن هنداً زوجة أبي سفيان قالت: يارسول الله: إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال: " خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف"⁽⁶⁾.

1 - ابن نجيم، البحر الرائق، ج 03، ص194؛ ابن حزم ، المحلى، ج 09، ص507.

2 - إن النفقة بكل أنواعها تجب على الزوج، والمهر ليس عوض الجهاز، لأنه عطاء ونحلة كما سماه القرآن الكريم، فهو ملك خالص لها وهو حقها على الزوج بمقتضى أحكام الزواج، وليس ثمة من مصادر الشريعة ما يجعل المتاع حقا على الزوجة؛ الشيخ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص225.

3 - سورة البقرة، الآية 233.

4 - سورة الطلاق، الآية 06.

5 - رواه مسلم، الإمام أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط01، 1956م، ص889.

6 - سبق تحريجه.

3- من الإجماع: فقد أجمع علماء الأمة في كل العصور على وجوب نفقة الزوجة على زوجها، ولا نفقة للزوج على زوجته مهما كانت الأحوال، وخالف في ذلك ابن حزم الظاهري فعندهم تجب النفقة للزوج المعسر على زوجته الغنية باعتبارها وارثه⁽¹⁾.

4- من القياس: وذلك لأن الزوجة محبوسة لحق زوجها فهو يمنعها من الاكتساب فلا بد من أن ينفق عليها، لأن من كان محبوساً بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه⁽²⁾.

الرأي الثاني: - تأثيث بيت الزوجية واجب على الزوجة: يرى المالكية أن تأثيث بيت الزوجية واجب على الزوجة بمقدار ما تقضيه من المهر، فالزوجة ملزمة بتجهيز بيت الزوجية بجهاز يناسب مثلها مثل زوجها؛ فقد جاء في مختصر الخليل: "ولزمها التجهيز على العادة بما قبضته"⁽³⁾، أي أن الزوجة يلزمها التجهيز على العادة في جهاز مثلها بما قبضته من مهرها، إن سبق القبض قبل البناء، ولو كان العرف شراء خادم أو منزل لزمها ذلك⁽⁴⁾؛ و قال ابن حبيب: وبذلك مضت السنة، وقد جهز النبي صلى الله عليه وسلم فاطمة في خميل وقربة ووسادة آدم حشوها ليف الإذخر⁽⁵⁾، فإن كان الصّدّاق لا يكفي لذلك أو كانت الزوجة غير حديثة عهد بالبناء، بأن مضت مدة طويلة على زواجها، بأن صارت شورتها أي متاع البيت، غير صالح، فعلى الزوج أن يوفر لها الضروري منه، الذي لا يستغنى عنه كالفرش والغطاء والسرير⁽⁶⁾.

فذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن المهر يدفع للزوجة كمقابل لأعدادها وتأثيثها بيت الزوجية حسبما يجري به العرف، ولذا يختلف مقداره من زوجة إلى أخرى بقدر ما يطلب الزوج عادة من جهاز، ومن هنا قرروا بأنه لا يجوز للزوجة أن تنفق من مهرها شيئاً على نفسها و لا تقضي به ديناً عليها إلا إذا كانت محتاجة للنفقة فإنها تنفق منه وتكتسي الشيء القليل بالمعروف⁽⁷⁾، ومن هنا يحق للزوج الانتفاع بالأثاث والأدوات التي تجلبها الزوجة لتجهيز بيت الزوجية، فيجوز له استعماله وإذا منعه الزوجة من استعمال هذا الحق فله مقاضاتها ويقضي له بذلك، و ليس للزوجة بيع جهازها إلا بعد مضي أربع سنين

1 - قيس عبد الوهاب الحياي، ملكية أثاث بيت الزوجية، دار الحامد للنشر والتوزيع، ط01، 2008 م، ص62.

2 - ابن نجيم، البحر الرائق، ج 04، ص188.

3 - خليل بن إسحاق المالكي الجندي، المختصر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط01، 1995م، ص112.

4 - الدردير، حاشية الشرح لكبير، ج 02، ص321.

5 - الخميل والخميلة، القطيفة ذات الأهداب، والإذخر حشيشة طيبة الرائحة تسقف بها البيوت فوق الخشب، وتستخدم في تطيب الموتى.

6 - المواق، التاج والإكليل شرح مختصر خليل، ج 04، ص138.

7 - محمد مصطفى شليبي، أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص431.

فإذا هلك الجهاز فإن الزوج لا يلزم ببده، إلا الغطاء والفرش لأن الزوج ملزم بالإنفاق على زوجته وأولاده، فإذا جدد شيئاً من جهازها وطلقها لا يقضى لها بأخذه، أما إذا لم تقبضه وجهزت بيت الزوجية من مالها الخاص، فللزوج الانتفاع به حتى يبلى ولكن ليس له منعها من بيعه وإن كان له الحجر عليها في التبرع بما زاد على الثلث⁽¹⁾.

واستدل أصحاب هذا الرأي بمجموعة من الأدلة منها كما يلي: قوله تعالى: [



].⁽²⁾

ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم: "تنكح المرأة لأربع، لحسبها ومالها وجمالها ودينها فأظفر بذات الدين تربت يداك"⁽³⁾.

ما يستدل من هذا الحديث أن الزواج من المرأة الغنية فيه إشارة إلى أنها ملزمة بتجهيز وتأثيث بيت الزوجية في حدود ما تقبض من مهرها المعجل.

واستدلوا بأن العرف جرى في جميع العصور والأمصار على أن الزوجة هي التي تعد بيت الزوجية وتجهزه بما يحتاج إليه، وأن الزوج يقوم بدفع الصداق لهذا الغرض⁽⁴⁾.

الترجيح: بعد استعراضنا لرأي كل من الفريقين نرى أن لكل فريق حجته وأدلتها، وما يتضح لنا أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء بأن إعداد بيت الزوجية وتجهيزه واجب على الزوج باعتبار أن الزوج ملزم بالنفقة بكل مشتملاتها ومن ضمنها السكنى ولوازمها، إلا أنه يمكن للعرف أن يؤثر أثراً كبيراً في هذه المسألة؛ فلكل بلد

1 - عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 559.

2 - سورة النساء، الآية 34.

3 - رواه مسلم، المرجع السابق، ص 1086.

4 - بدران أبو العينين، الزواج والطلاق في الإسلام، المرجع السابق، ص 228؛ ورد أصحاب الرأي الأول على هذه الحجج بأن الآية الكريمة ليست فيها أية إشارة إلى وجوب تأثيث بيت الزوجية على الزوجة في حدود مهرها المعجل، وإنما فيها أنه قائم عليها يسكنها وله عليها القوامة، فعلى الزوجة طاعة زوجها في كل أمر ما لم يخالف أمر الله عز وجل.

وردوا أيضاً على أن الحديث بأنه كالدليل الأول لا يوجد فيه إشارة على إلزام الزوجة بتجهيز بيت الزوجية، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يحث على أن تنكح المرأة لمالها بل إنما أورد ذلك إخباراً عن فعل الناس وفي الحديث نفسه الحث على الزواج بذات الدين، فعن عبد الله بن عمرو بن العاص قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا تزوجوا النساء لحسنهن فلعن حسنهن يريدن ولا تزوجوهن لأموالهن فلعن أموالهن يطغيهين ولكن تزوجوهن على الدين، ولأمة سوداء خرماء ذات دين أفضل"؛ رواه ابن ماجه، سنن ابن ماجه، دار إحياء الكتاب العربي، عيسى البابي الحلبي وشركاؤه، ج 01، ص 597.

عرفه فإذا كان العرف يلزم الزوجة بإعداد وتأثيث بيت الزوجية أو جرى الاتفاق على ذلك، فليس هنالك مانع شرعي من تطبيق هذا العرف، وذلك تطبيقاً للقاعدة العرفية: "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"⁽¹⁾؛ خاصة وأن هذا الرأي يتفق والعرف الجاري في الجزائر بإلزام الزوج بإعداد بيت الزوجية وتجهيزه.

ثانياً- النزاع حول متاع البيت في الفقه الإسلامي: قد يقع خلاف بين الزوجين سواء في حالة الاجتماع، أو الافتراق، بشأن تملك شيء من متاع البيت وكان الشيء مما يملكه الرجال غالباً، أو النساء غالباً وشهد العرف بذلك، فماذا يكون للنساء من هذا المتاع. وماذا يكون للرجال؟ ففي هذه المسألة رأيان مشهوران للفقهاء.

الرأي الأول: إذا اختلف الزوجان في متاع موضوع في البيت الذي كنا يسكنان فيه حال قيام الزوجية، أو بعدما وقعت الفرقة بفعل من الزوج أو من الزوجة، ولا بينة لهما، فإنهما يحلفان، فإن حلفا جميعاً، فالمتاع بينهما نصفان، وهذا مأخذ به الشافعي وابن حزم وسفيان الثوري.

فقد قال الشافعي: "إذا اختلف الرجل والمرأة في متاع البيت الذي هما فيه ساكنان، وقد افترقا أو لم يفترقا أو ماتا أو مات أحدهما، فاختلف ورثتهما أو ورثة أحدهما بعد موته، فذلك كله سواء. والمتاع إذا كان ساكني البيت في أيديهما معاً، فالظاهر أنه في أيديهما كما تكون الدار في أيديهما أو في يد رجلين، فيحلف كل واحد منهما لصاحبه على دعواه، فإن حلفا جميعاً فالمتاع بينهما نصفان، لأن الرجل قد يملك متاع النساء بالشراء والميراث وغير ذلك، والمرأة قد تملك متاع الرجال بالشراء والميراث وغير ذلك، فلما كان هذا ممكناً وكان المتاع في أيديهما، لم يجوز أن يحكم فيه إلا بهذا، لكنونة الشيء في أيديهما"⁽²⁾.

وحجة هذا القول: أن الرجل قد يملك متاع النساء بالشراء والميراث، وغير ذلك، كما أن المرأة قد تملك متاع الرجال بالشراء والميراث وغير ذلك؛ ولا ينكر ملك المرأة للسلاح، ولا ملك الرجل للحلي.

كما علل الشافعي قوله: "فالقياص الذي لا يعذر أحد عندي بالغفلة عنه، أن هذا المتاع في أيديهما معاً، فيحلف كل منهما لصاحبه على دعواه، فإن حلفا جميعاً فهو بينهما نصفين. ولأنه في أيديهما، فجعل بينهما، كما لو تدعيا البيت التي يسكنان فيها"⁽³⁾.

1 - أحمد مصطفى الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، ط 1989 م، ص 72.

2 - الشافعي، الأم، ج 05، ص 95؛ النووي، روضة الطالبين، ج 12، ص 92.

3 - الشيرازي، المهذب، ج 02، ص 317.

أي أن الزوجين تساويا في ثبوت يدهما على الشيء المدعي، مع عدم البينة من كليهما، فلم يقدم أحدهما على صاحبه.

الرأي الثاني: إذا اختلف الزوجان في متاع البيت فاختصما، فما يصلح للرجال كالسلاح والعمامة والقلنسوة والقميص والقباء والسراويل والفرس ونحوه، فهو للرجل، وما يصلح للنساء عادة كالدرع، والخمار، والمغازل، والحلي، والحريز، والصندوق وما أشبه ذلك، فهو للزوجة، وهذا ما أخذ به الحنفية والمالكية و الحنابلة⁽¹⁾.

فقد نقل الجصاص عن أبي حنيفة ومحمد قولهما في متاع البت، إذا اختلف فيه الرجل، والمرأة، أن يكون للرجل فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما كان للرجل، والمرأة فهو للرجل، فحكموا فيه بظاهر هيئة المتاع⁽²⁾.

وقال المرغناني: "إذا اختلف الزوجان في متاع البيت، فما يصلح للرجال فهو للرجل كعمامة، لأن الظاهر شاهد له؛ وما يصلح للنساء فهو للمرأة لشهادة الظاهر لها، وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل، لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لأنه يعارضه ظاهر أقوى منه، ولا فرق بين ما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعد أو ما وقعت الفرقة"⁽³⁾.

وقال الدردير من المالكية: "إن تنازع الزوجان قبل البناء أو بعده في متاع البيت، أي الكائن فيه، فللمرأة المعتاد للنساء فقط بيمين، كالحلي وما يناسبها من الملابس ونحوها، إن لم يكن في حوز الرجل الخاص به، ولم تكن فقيرة معروفة به، وإلا فلا يقبل قولها فيما زاد على صداقها"⁽⁴⁾.

وقال ابن قدامة: "وإذا تنازع الزوجان في متاع البيت حال الزوجية أو بعد الفرقة أو تنازع ورثتها بعد موتها أو أحدهما وورثه الآخر ولا بينة لهما، حكم بما يصلح للرجال من ثيابهم و عمائمهم وسلاحهم ونحو

1 - حمد قدرى باشا وشرحه لمحمد زيد الإيبي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، تحقيق: محمد أحمد سراج، و علي جمعة محمد، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، ط 02، 2009 م، ص 298 - 300؛ وقد اشترط المالكية شرطان هما: أ- أن لا يكون المتاع للنساء في حوز الرجل الخاص به كصندوقه وخزائنه عليها بعلق؛ ب- أن لا تكون المرأة معروفة بالفقر، وإلا فلا يقبل قولها إلا بمقدار صداقها، وما زاد على صداق مثلها فالقول للزوج بيمينه؛ الدردير، الشرح الكبير، ج 02، ص 336؛ ابن قدامة، المغني، ج 07، ص 225.

2 - الجصاص، أحكام القرآن، ج 03، ص 221.

3 - المرغناني، الهداية شرح البداية، ج 03، ص 166.

4 - الدردير، الشرح الكبير، ج 02، ص 336.

ذلك للرجل، وما يصلح للنساء من ثيابهن ومقانعهن وحليهن ومغازلهن ونحو ذلك للمرأة⁽¹⁾؛ واستدل الجمهور بمايلي:

1- عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "متاع النساء للنساء، ومتاع الرجال للرجال"⁽²⁾.

2- قالوا إن الظاهر شاهد بهذا الحكم، والاستعمال بمثابة اليد الحسية، فيحكم لكل منهما بما جرت العادة باستعماله إياه.

واختار ابن تيمية هذا الرأي، فقال: "جعل النبي صلى الله عليه وسلم اليمين على المدعي عليه إذا لم يكن مع المدعي حجة ترجح جانبه، ولهذا قال جمهور الفقهاء في الزوجين إذا تنازعا في متاع البيت، فإنه يحكم لكل منهما بما جرت العادة باستعماله إياه، فيحكم للمرأة بمتاع النساء، وللرجل بمتاع الرجال، وإن كانت اليد الحسية منهما ثابتة على هذا؛ لأنه يعلم بالعادة أن كلا منهما يتصرف في متاع جنسه"⁽³⁾.

كما قال ابن القيم في هذا أيضا: "إذا تنازع الزوجان في متاع البيت، حكم للرجل بما يصلح له، وللمرأة بما يصلح لها، ولم ينازع في ذلك إلا الشافعي، فإنه قسم عمامه الرجل وثيابه بينه وبين المرأة، وكذلك قسم خف المرأة وحلقها ومغزها بينها وبين الرجل، أما الجمهور - كمالك و أحمد وأبي حنيفة - فإنهم نظروا إلى القرائن الظاهرة، والظن الغالب الملتحق بالقطع في اختصاص كل واحد منهما بما يصلح له، ورأوا أن الدعوى تترجح بما هو دون ذلك بكثير، كاليد، والبراءة، والنكول، واليمين المدروسة، والشاهد واليمين"⁽⁴⁾.

الترجيح: بعد عرض ما تقدم من أقوال الفقهاء في اختلاف الزوجين في ملكية متاع البيت، فإننا نرى بأن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء هو الراجح، وذلك في اختصاص كل من الزوجين بما يصلح له من متاع البيت، فالقول قول من يدل الحال على صدقه، ولا عبرة باليد الحسية، لأنهما مشتركان في الحياة، فيصير

1 - ابن قدامة، الكافي في فقه ابن حنبل، ج 04، ص 505.

2 - سعيد بن منصور في سننه رقم 1429.

3 - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج 34، ص 81 - 82.

4 - وهكذا نجد ابن القيم يحكم بغلبة الظن المستفاد من العادة المشاهدة، وهي من القرائن الظاهرة التي يحكم بها للمدعي مع يمينه، كما لو تنازع خياط ونجار في آلات صناعتهم، حكم للنجار بالآلات النجارة، وللخياط بأدوات الخياطة؛ وهذا الظن الغالب له قوة قريبة من القطع باختصاص كل شخص بما هو صالح له؛ ابن القيم، إغائة اللفهان من مصاديد الشيطان، ج 02، ص 66.

وجودها كعدمها، فأدوات الزينة والخياطة للزوجة بلا شك، وملابس الرجال للزوج بلا شك، وأدوات عمله وكتب دراسته، فكل ذلك يشهد له الظاهر.

وأما ما كان من أثاث فإنه يرجع فيه إلى العرف؛ فإن كانت الزوجة اشترته من مهرها، فهو ملك لها، والعرف في الجزائر مثلا أن يبذل المهر، فتشتري به الزوجة أكثر أثاث البيت، وقد تزيد على ما بذله، مما يدفعه لها أبوها، فهذا ملكها الخاص؛ وقد قال محمد ابن سيرين في هذا الشأن: "أن رجلا ادعى متاع البيت، فجاء أربع نسوة، فشهدن فقلن، دفعت إليه الصداق فجهزها به، فقضى شريح عليه بالمتاع"⁽¹⁾.

والحكم هنا أن الزوجة إن دفعت الصداق إلى زوجها، فجهزها به، فإنه يقضي عليه بالمتاع إن تنازعا فيه؛ فقد ثبت حقها بالشهادة، إذ أن الصداق حقها، وليس حقا للزوج ولا غير الزوج، فكان لها ما اشترى بالمهر من متاع. وسماحها للزوج باستعماله لا يعني هبته أو التنازل عنه⁽²⁾.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن البينة مقدمة على غيرها، فإذا ادعى الزوج أو الزوجة شيئا ولو كان مما يختص الطرف الآخر، وأقام على ذلك البينة، حكم له به، فإذا ادعى الزوج أن حلي زوجته من غير صداقها ملكا له، وأقام على ذلك البينة، قضى له بها، وهذا قول الجمهور؛ فقد جاء في المدونة: "أرأيت ما كان في البيت من متاع الرجال أقامت المرأة البينة أنها اشترته، قال: مالك هو لها"⁽³⁾. فمن أقام بينة فيما يعرف للآخر أنه له، قضى به⁽⁴⁾.

وقال ابن عبد البر: "وإذا اختلف الرجل والمرأة في متاع البيت بعد الطلاق أو اختلف أحدهما مع ورثة صاحبه بعد الوفاة، فالقول فيما يكون للنساء قول المرأة مع يمينها، وفيما يكون للرجال قول الرجل مع يمينه، إلا أن يأتي أحدهما ببينة، فيحكم له بها ويحلف الحالف منهما على البت"⁽⁵⁾؛ وقال النووي: "ولو اختلف الزوجان في متاع البيت، فإن كان لأحدهما بينة قضى بها"⁽⁶⁾.

1 - عبد الرزاق، مصنف، ج 04، رقم 225، ص 164.

2 - وأما أن الزوج لا يبذل مهرا، ويجعل بعض الأثاث مهرا لها مقدما، فهذا يصير ملكاً لها أيضا؛ وقد اعتاد بعض الأولياء كتابة قائمة بهذا الأثاث، يقر الزوج فيه بملكية الزوجة أو وليها للمنقولات، حذرا من أن يدعي الزوج أنه بذل المهر نقدا، واشترى الأثاث من ماله، فلا تتمكن المرأة من إثبات حقها عند النزاع.

3 - الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج 04، ص 267.

4 - الخطاب، مواهب الجليل، ج 03، ص 539.

5 - ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، ج 01، ص 482.

6 - النووي، روضة الطالبين، ج 12، ص 92.

فالبينة مقدمة على شهادة الظاهر، لذا وجب المصير إليها، فما هو من خصائص الرجال، وجب القضاء به لهم، أخذًا بالظاهر وشهادة الأصل، فإذا قامت بينة أنه ملك للزوجة، وجب الحكم لها به.

ثالثاً- تنازع الزوجين في الأشياء المشتركة: لقد سبق القول بأن جمهور الفقهاء رأوا بأن الزوجين إذا اختلفا في متاع البيت، فإن كان لأحدهما بينة على تملك شيء ما حكم له به، سواء مما يملكه الرجال في الغالب، أو مما تملكه النساء، أو كان مما يجوز للرجال والنساء تملكه.

و الظاهر من خلال أقوال الفقهاء في هذه المسألة مبنية على أساس العرف العادة، فقال الخطاب: "فما جرت العادة أنه للنساء حكم به للمرأة وما جرت به العادة أنه لرجال حكم به للزوج"⁽¹⁾.

أما بالنسبة للأشياء المشتركة، أي أن حظ الرجل والمرأة فيها سواء، كالفرش و الأدوات المنزلية والأواني، فقد اختلف الفقهاء فيمن الأحق بها عند البينة، هل الزوج أو الزوجة، أم هي بينهما مناصفة.

الرأي الأول: يرى الشافعيه والحنابلة وهو قول عند المالكية⁽²⁾، وزفر و الذي وهو مروى عن عبد الله بن مسعود⁽³⁾، إلى أن المتاع المشترك الذي يصلح للاستعمال المشترك بين الرجل المرأة والرجل، يقسم بينهما نصفين بعد أداء اليمين، وهذا عند غياب البينة.

فقال النووي: وإن لم يكن لأحد الزوجين بينة، فما اختص أحدهما باليد عليه حسا أو حكما بأن كان في ملكه، فالقول قوله فيه بيمينه، وما كان في يدهما حسا أو في البيت الذي يسكنانه فلكل واحد تحليف الآخر، فإن حلفا جعل بينهما⁽⁴⁾؛ كما قال الشافعي: "وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت يسكنانه يسكنانه قبل أن يتفرقا، أو بعدما تفرقا، كان البيت للمرأة أو الرجل، أو بعد ما يموتان، واختلفت في ذلك ورثتهما بعد موتهما، أو ورثة الميت منهما والباقي كان الزوج أو الزوجة فسواء ذلك كله. فمن أقام البينة على شيء من ذلك، فهو له. ومن لم يقيم بينة، فالقياس الذي لا يعذر أحد عندي بالغفلة عنه، أن هذا المتاع في أيديهما معاً، فهو بينهما نصفين⁽⁵⁾، فجعل بينهما، كما لو تداعيا الدار التي يسكنان فيها"⁽⁶⁾.

1 - الخطاب، مواهب الجليل، ج 03، ص 328.

2 - ابن رشد الجدد، البيان التحصيل، ج 05، ص 444.

3 - ميارة الفاسي، شرح ميارة على التحفة، ج 01، ص 306.

4 - النووي، روضة الطالبين، ج 12، ص 92.

5 - الشرواني، حواشي الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج 05، ص 376.

6 - الشيرازي، المهذب، ج 02، ص 317.

أي أن الزوجين تساويا في ثبوت يدهما على الشيء المدعى، مع عدم البينة من كليهما، فلم يقدم أحدهما على صاحبه.

الرأي الثاني: أما بالنسبة للحنفية والمالكية، فإن الأشياء ذات الاستعمال المشترك، والتي يمكن أن تكون من نصيب الرجل كما يمكن أن تكون للمرأة، يحكم بها للرجل، لأن الأصل أن كل ما في البيت له، فهو صاحب اليد، والزوجة مدعية خلاف الأصل، فيقضي بأن كل ما في البيت من أشياء مشتركة، ملك للزوج مع اليمين.

وقال المرغناني: " ما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل، لأن المرأة في يدها في يد الزوج، والقول في الدعاوي لصاحب اليد، بخلاف ما يختص بها، لأنه يعارضه ظاهر أقوى منه"⁽¹⁾.

وعلل الحنفية رأيهم، بأن المرأة وما في يدها في يد الزوج، والقول لصاحب اليد في الدعاوي، بخلاف ما يختص بالمرأة، لأن ظاهره يقابله ظاهر آخر من جهتها، والشاهد العربي، فيتعرضان، فترجح بالاستعمال من جهتها"⁽²⁾.

وقال أبو يوسف: " إلى أن الزوجة تستحق من المتاع المشترك، قدر جهازها أو صداقها، لا تتجاوزها، والباقي يكون للزوج مع يمينه"⁽³⁾.

وقال مالك: ما كان يعرف أنه يكون للرجال والنساء، فهو للرجل، مع يمينه، لأن البيت بيت الرجل"⁽⁴⁾، ويده أقوى من يد المرأة"⁽⁵⁾؛ ويقول ابن رشد: " لم يختلف قول مالك وابن القاسم في أن القول قول الزوج، إذا اختلفا في متاع البيت، وهو مما يكون للرجال والنساء"⁽⁶⁾.

الترجيح: بعد عرض آراء الفقهاء، يتضح لنا بأن الرأي الراجح هو الرأي الأول (الشافعية والحنابلة وهو قول عند المالكية)؛ الذي يري بأن الأمتعة المشتركة التي يصلح استعمالها لكلا الزوجين، أن تقسم بينهما بتساوي بعد أداء اليمين؛ وهو ما أخذ به المشرع الجزائري طبقاً لأحكام المادة 73 من ق- أ.

1 - المرغناني، الهداية شرح البداية، ج 03، ص 166.

2 - الزيعلي، تبيين الحقائق، ج 04، ص 312.

3 - محمد بن الحسن الشيباني، الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير، طبعة عالم الكتاب، بيروت، ج 01، ص 339.

4 - الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج 04، ص 267.

5 - ابن رشد الجد، البيان التحصيل، ج 05، ص 445.

6 - ابن رشد الجد، البيان التحصيل، ج 13، ص 403؛ الخطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ج 03، ص 539.

المطلب الثاني

مجال تدخل القاضي في النزاع حول متاع البيت

سنتطرق في هذا المطلب إلى سلطة القاضي في النزاع حول متاع البيت في التشريع الجزائري في (الفرع الأول)، ثم نبين بعد ذلك سلطة القاضي في النزاع حول متاع البيت في التشريع في المقارن في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

سلطة القاضي في النزاع حول متاع البيت في التشريع الجزائري

لم يتكلم المشرع الجزائري على الجهاز ولم يتطرق على أحكامه، غير أن الظاهر من خلال قراءة المادة 14 من ق-أ، نجد أنها لا توجب على الزوجة متاعا ولا جهازا، بل تقرر أن الصداق حق للزوجة تتصرف فيه كما تشاء وفق مصلحتها، وبالتالي لا يجوز لأي كان أن يرغمها في تجهيز البيت وتأثيثه من مالها التي قبضته كمهر لها، جاء في المادة 14 من ق-أ: "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا، وهو ملك تتصرف فيه كما تشاء".

فالواقع أن المرأة قد تسهم مع زوجها في شراء أثاث ومتاع البيت، خاصة إذا كانت تعمل خارج البيت، فغالبا ما يكون له دور فعال في النهوض بحاجيات البيت المختلفة ومستلزماته، ولا أحد يستطيع إنكار مساهمة الزوجة في ملكية كثير من أغراض البيت ومتاعه⁽¹⁾.

وفيما يتعلق بملكية الزوجين لأثاث البيت الزوجية والتي تعد من أهم العوامل المؤدية إلى حدوث المشاكل والنفور والقطيعة بين الزوجين، ومن ثم الطلاق والفرقة بينهما وأخيرا اللجوء إلى القاضي

للفصل بينهما حول ملكية أثاث بيت الزوجية، فإن المشرع الجزائري عالج هذه المسألة بنص المادة 73 من ق-أ؛ والتي تطرح مجموعة من الإشكالات على القاضي عند تطبيقها وفيها مجال واسع لإعمال سلطته التقديرية، بقولها: "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة

1 - ومن هنا يعد النزاع حول أثاث بيت الزوجية من أعقد المسائل المثارة في المحاكم، وذلك كأثر من آثار الطلاق، و أكثر غموضا، وتعقيدا وأشهدا خصاما بين المطلقين، وعليه فالمسألة هنا مسألة إثبات، طبقا لأحكام المادة 323 من ق-م، باستطاعة الزوجة أن تقدم للقاضي أي دليل يثبت وجود أمتعتها ببيت الزوجية فالقول قولها، إلا إذا عارضها المطلق فهنا عليها تأدية اليمين لوضع حد للنزاع.

أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال. والمشاركات بينهما يقتسمانها مع اليمين".

من خلال نص هذه المادة يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد وضع قاعدة عقلانية يعتمد عليها القاضي في النزاعات القائمة بين الزوجين حول متاع البيت، وحتى يفصل القاضي في ذلك، ينبغي مراعاة النقاط التالية:

أ- **التأكد من وجود الأمتعة:** ففي حالة رفع الدعوى أمام القاضي، فيجب التأكد من وجود الأمتعة ومشاهدتها سواء كانت في بيت الزوجية أو في مكان آخر؛ فإذا كانت الأمتعة محل إنكار من الطرف الآخر تطبق القاعدة الفقهية: "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"⁽¹⁾، فإذا أنكر الطرف الآخر وجود الأمتعة أصلا فإنه يؤدي اليمين، وتسمى يمين النفي، وحتى يستفيد المدعي عليه أن يثبت ذلك بالبينة، وقد يعترف المدعي عليه أن المدعي قد تسلم تلك الأمتعة المذكورة، ففي هذه الحالة يصبح هو المطالب بإقامة الدليل على صحة كلامه؛ وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 16 / 03 / 1999 بقولها: "من المقرر قانونا أنه في حالة إنكار وجود المتاع المطالب به عند أحد الزوجين تطبق القاعدة العامة في الإثبات " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر".

ومتى تبين - في قضية الحال - أن المدعي عليه أنكر وجود الأمتعة المطالب بها، فإن قضاة الموضوع لما قضوا برفض الدعوى في الحال دون تطبيق القاعد العامة في الإثبات بتوجيه اليمين للمدعي عليه خالفوا القانون وعرضوا قرارهم لإنعدام الأساس القانوني؛ ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"⁽²⁾.

ب- **حالة وجود البينة أو الدليل:** إن وجود الدليل أو البينة على تملك الأمتعة، لا يثير أي إشكال، فإذا قَدَّم أحد الزوجين الدليل على تملك شيئا من الأشياء، فإنه يقضي له بذلك، فلا بد من معرفة أن الشيء الخاص بالمرأة لا مانع من أن يتملكه الرجل إذا أقام على ذلك البينة، ولو كان من لوازمها، فإن جاء بالبينة على أنّ ذلك له انتهى النزاع لصالحه.

فقد يشتري الرجل للمرأة طاقما ذهبيا بقيمة نقدية مرتفعة، فعلى الرغم من أنّ الحلي من لوازم المرأة ومما تختص به عن الرجل، فما دام أنه قدم الدليل على ملكه، فله الحق في استرداده.

1 - أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، المرجع السابق، ص 369.

2 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 16 / 03 / 1999، ملف رقم 216836، إ - ق، عدد خاص، 2001، ص 245.

أما بالنسبة للمرأة، فإذا أقامت البيّنة على تملك شيء، يختص به الرجال وهو من لوازمهم، فلها الحق في أخذه ما دام أنها أقامت الدليل على ذلك؛ وهذا ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 05 / 05 / 1986 أنه: "من المعروف فقها حول اختلاف الزوجين في متاع البيت أن ما يخص النساء للنساء، ومن ثم فاليمين في هذه الحالة قررها الشارع وجعلها على من يسانده العرف، والزوجة أثبتت بفاتورة أنها اشترت جهاز تلفزيون وأن الزوج أعترف بأن الخزانة ذات ثلاثة أبواب هي للزوجة، وكانت اليمين عليها لكون موضوع النزاع خاص بالنساء مما يستوجب رد هذا الوجه" (1).

وعند غياب البيّنة أو الدليل من كل طرف فإنّ اليمين هي الفاصلة في مثل هذا النزاع طبقاً للمادة 73 من ق-أ، فما هو معتاد للنساء ومتعلق بهنّ، فإنه من حق النساء مع اليمين، واليمين التي تقدمها المرأة هي يمين تكميلية، فالأمتعة الخاصة بالنساء تعتبر شاهداً عرفياً وحجة لها. وما معتاد للرجال ومتعلق بهم. فهو ملك للرجال مع اليمين.

أما الأمتعة المشتركة بينهما فإنهما يقتسمانه مع اليمين، وهو ما يتفق ومذهب الشافعية والحنابلة؛ وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 21 / 04 / 1998 بقولها: "من المقرر قانوناً أن المشتركات بين الزوجين في الأمتعة يقتسمانهما مع اليمين.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن القرار المنتقد لما أيد الحكم القاضي على الطاعنة بأداء اليمين بشأن الأمتعة باستثناء جهاز التلفزة والمقياس الذهبي والراديو لأنها لم تقدم بشأنها أي دليل رغم أنها تعتبر من الأمتعة المشتركة قد خالف أحكام المادة 73 / 2 من ق-أ؛ ومما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً" (2).

وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار آخر لها بتاريخ 13 / 03 / 2002 حين قضت: "يتقاسم الزوجان، في حالة النزاع، الأثاث المشترك بينهما مع توجيه اليمين" (3).

وفي ضوء ذلك فقد قررت المحكمة العليا مبادئ هامة في الإثبات، كاعتبارها توجيه اليمين للمطعون ضده من طرف قاضي الاستئناف بعد نكوله عن تأديتها أمام قاضي درجة أولى خطأ تطبيق القانون (1)،

1 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ، 05 / 05 / 1986، ملف رقم 41437، غير منشور؛ بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05 - 02، المرجع السابق، ص 402.

2 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 21 / 04 / 1998، ملف رقم 189245، إ - ق، عدد خاص، 2001، ص 242.

3 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 13 / 03 / 2002، ملف رقم 277411، م - م - ع، عدد 02، 2004، ص 359.

وأن الدفع المتعلق بعدم تأدية اليمين لا يعد طلباً جديداً، بل هو دفع يثار في أي درجة من درجات التقاضي⁽²⁾، كما يجب على قضاة الموضوع أن يردوا على طلب اليمين المعروض من طرف والمقبول من الطرف المقابل في النزاع، وذلك من خلال القرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 30/12/1985 بقولها: "من المقرر قانوناً أنه يجب على قضاة الموضوع أن يردوا على طلب اليمين، المعروض من طرف والمقبول من الطرف المقابل في النزاع"⁽³⁾.

أما فيما يخص تحديد قيمة الأشياء المتنازع عليها بين الزوجين فهناك رأيان:

الرأي الأول: يرى أن للقاضي سلطة في تحديد ذلك ولا يجوز له أن يحول سلطته إلى أي شخص آخر، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 11/04/1988 بقولها: "من المقرر قانوناً أنه إذا اختلف الزوجان حول قيمة الأمتعة، فللقاضي سلطة في تحديد ذلك، ولا يجوز له تحويل سلطته إلى شخص آخر، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن المجلس القضائي لما ترك الأمر بيد المنفذ لتحديد قيمة مبلغ الأمتعة يكون قد تخلى عن عمل يخصه وحده، وبقضائه كما فعل خالف القانون.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً فيما يخص الأمتعة"⁽⁴⁾.

1 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، 14/04/1992، ملف رقم 81850، إ - ق، عدد خاص، 2001، ص 230؛ حين قضت: "من المقرر قانوناً أن الناكل عن اليمين خاسر دعواه.

و متى تبين - في قضية الحال- أن المطعون ضدها وجه لها القاضي الأول تأدية اليمين تطبيقاً للمادة 73 من ق- أ، على تركها أثاتها ومصوغها في بيت الزوجية، غير أنها امتنعت عن تأديتها، وعليه فإن القرار المنتقد لما سمح للمطعون ضدها بتأدية اليمين التي وجهت لها سابقاً ونكلت عنها، أخطأ في تطبيق القانون؛ ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئياً فيما يخص الأثاث والمصوغ".

2 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، القرار بتاريخ 19/07/1994، ملف رقم 109595، إ - ق، عدد خاص، 2001، ص 236؛ حين قضت: "من المقرر قانوناً أن الدفع المتعلق بعدم تأدية اليمين بشأن الأثاث لا يعتبر طلباً جديداً، بل هو دفع يثار في أي درجة من درجات التقاضي. =

ومن ثم فإن القرار المنتقد عندما اعتبر توجيه اليمين التي أثارها الطاعن طلباً جديداً يكون قد خطأ في تطبيق القانون؛ مما يستوجب نقض القرار جزئياً فيما يتعلق بالأثاث".

3 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 30/12/1985، ملف رقم 39294، غير منشور؛ نقلاً عن؛ بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05 - 02، المرجع السابق، ص 399.

4 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، القرار الصادر بتاريخ 11/04/1988، ملف رقم 49302، م - ق، عدد 02، 1992، ص 40.

الرأي الثاني: أما الاتجاه الثاني يرى بأن هذه المسألة تعود لأهل الخبرة والفنيين، وهو ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 18 / 05 / 1999 والذي جاء فيه: "تقييم مبالغ المتاع مسألة فنية ترجع إلى أهل الخبرة من الصناعات والتجار وليس إلى القضاة.

إن القرار المنتقد مشوب بانعدام الأساس القانوني لما أيد الحكم المستأنف القاضي بدفع مبالغ مالية مقابل متاع المطعون ضدها، لأن تقدير المتاع مسألة فنية يتولاها أهل الخبرة من صناعات وتجار خاصة عندما تكون المبالغ المطلوبة مرتفعة وليس القضاة؛ مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه⁽¹⁾.

الترجيح: بعد استعراض آراء المحكمة العليا في هذه المسألة، يتضح لي أن الراجح منها هو الرأي الثاني، وذلك لأن تحديد قيمة المتاع خاصة عندما تكون المبالغ المطلوبة مرتفعة، مهمة لا بد من اللجوء إلى أهل الخبرة (كالصناعات والتجار)، ولا تكفي السلطة التقديرية للقاضي وحدها لتقييمها. من هنا فإن القضاء الجزائري يجيز للقاضي الإستعانة بأهل الخبرة في حالة نزاع الزوجين حول متاع البيت، خاصة إذا كان قيمة المتاع مرتفعة.

الفرع الثاني

مجال تدخل القاضي في النزاع حول متاع البيت في التشريع المقارن

سنتطرق في هذا الفرع إلى موقف المشرع المغربي من تدخل القاضي في النزاع حول متاع لبيت (أولاً)؛ ثم نبين موقف المشرع المصري من ذلك (ثانياً).

أولاً- موقف المشرع المغربي من تدخل القاضي في النزاع حول متاع لبيت: بالنسبة للفقهاء المغربي فقد اعتمد في مسألة النزاع حول متاع البيت على قاعدتين أساسيتين؛ تتمثل في أعمال البينة و أعمال القرينة.

فقد اعتمد الفقهاء المغربي على أعمال البينة هنا، وذلك باللجوء إلى القاعدة الفقهية "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"؛ أي أنه على كل من يدعي من الزوجين ملكية شيء ما داخل بيت الزوجية، فعليه أن يثبت ملكية هذا الشيء بكافة وسائل لإثبات الشرعية، كالكتابة وشهادة الشهود وإقرار الطرف الآخر والنكول عن اليمين.

1 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، 18 / 05 / 1999، ملف رقم 222651، إ - ق، عدد خاص، 2001، ص 248.

فقد تثبت الزوجة ملكية أثاث المنزل ولكنها قد لا تستطيع إثبات أن الزوج قد استحوز عليه، حيث لا يحكم لها بشيء، وفي هذا الشأن صدر قرار عن المجلس الأعلى بتاريخ 26 / 12 / 2007: "... إن المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه لما عللت قرارها فيما يخص أثاث المنزل بأن الطرفين معا يزعم كل واحد منهما تملكه بمفرده لها وأنه لا يوجد في الملف ما يفيد تواجد الأثاث أصلا في منزل الزوجية ومن استحوز عليه من الطرفين خاصة أنه وبعد عودة المطلقة إلى بيت الزوجية كان خاليا إلا بعض الأثاث.."⁽¹⁾.

أما بخصوص إعمال القرينة فقد وضع الفقهاء قرينة مفادها أن ما للرجال عادة يأخذه الزوج، كأدوات حرفته أو أدوات الحلاقة والكتب المدرسية إن كان الزوج رجل علم، وأن ما للنساء عادة تأخذه الزوجة، و ذلك كملابس النساء أو أدوات الزينة كالحلي أو غيره، مع الإقرار بأن المسألة نسبية تختلف زمانا ومكانا.

أما إذا كانت هناك أشياء يشترك فيها الرجال والنساء عادة في تملكها وفي استعمالها، بحيث لا يستأثر بها في الواقع العملي الرجال وحدهم أو النساء وحدهن، فإنهما يخلفان معا ويقتسمانها.

أما فيما يخص المشرع المغربي فتناول مسألة النزاع حول متاع البيت من خلال أحكام المادة 34 من م - أ - م، بقولها: "كل ما أتت به الزوجة من جهاز وشوار يعتبر ملكا لها. إذا وقع نزاع في باقي الأمتعة فالفصل فيه يخضع للقواعد العامة للإثبات.

غير أنه إذا لم يكن لدى أي منهما بينة، فالقول للزوج بيمينه في المعتاد للرجال، والقول للزوجة بيمينها في المعتاد للنساء، أما المعتاد للرجال والنساء معا فيحلف كل منهما ويقتسمانه، ما لم يرفض أحدهما اليمين ويحلف الآخر فيحكم له".

ما يتضح لنا من خلال هذه المادة أن المشرع المغربي حد حذو نظيره الجزائري؛ حيث وضع عدة أحكام يعتمد عليها القاضي في النزاعات القائمة بين الزوجين حول متاع البيت، وحتى يفصل القاضي في ذلك، ينبغي مراعاة النقاط الآتية:

1 - المجلس الأعلى، القرار الشرعي بتاريخ 26 / 12 / 2007، عدد 666، عدد 270 / 02 / 01 / 2007، غير منشور؛ نقلا عن: محمد الكشيور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ج 02، المرجع السابق، ص 494.

1- أن كل ما أتت به الزوجة إلى بيت الزوجية كجهاز أو شوار، فهو ملك خالص لها، وبالتالي لا يمكن للزوج أن يرازعها فيه، إلا إذا أثبت أنها تنازلت له عنه، مع العلم أن التنازل يجب أن يكون صريحا ويجب تفسيره تفسيراً ضيقاً⁽¹⁾.

2- إذا ثار نزاع حول الأمتعة الأخرى الموجودة داخل بيت الزوجية، فإنه يرجع في ذلك للقواعد العامة في الإثبات⁽²⁾.

3- أما إذا لم يوجد للزوجين وسيلة لإثبات ملكيته للمتنازع فيه، فهنا تطبق قرينة التي تقضي بأن ما هو معتاد للرجال يأخذه الزوج بيمينه، وأن ما هو معتاد للنساء تأخذه الزوجة بيمينها، وأن ما هو للرجال وللنساء فيحلفان معا ويتقسمانه.

أما فيما يخص النزاع حول متاع البيت فقد قرر المجلس الأعلى مايلي: "وحيث يستخلص مما تقدم أن الجهازين المذكورين (جهاز تلفاز و آلة تبريد) لا يختص أحد الزوجين عادة بملكيتها التي لم تثبت لأحدهما مما يستدعي تلقائياً تطبيق الفصل 39 من مدونة الأحوال الشخصية الذي ينص على أن المتاع المعتاد للرجال والنساء معا يحلف كل منهما ويقسمانه.." ⁽³⁾.

من هنا ما يمكن ملاحظته من هذا القرار من جهة أولى، أن إعتبار الشيء من المعتاد للرجال أو من المعتاد للنساء أو مما يشترك في تملكه الرجال والنساء عادة مسألة موضوع، تختلف باختلاف ظروف المكان والزمان، وما قرره المجلس الأعلى يدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي.

ومن جهة ثانية، فإن ما قرره المجلس الأعلى تتوقف على صحته كون المرأة من ذوات الدخل، أما إذا كانت ماكثة في البيت لا تمارس أي نشاط أو عمل خارج البيت تستفيد منه، ولم يكن لها أي مورد مادي، فإنه في مثل هذه الحالة تقوم القرينة لصالح الزوج فيمتلك الشيء المتنازع عليه بيمينه.

ومن القواعد التي قررها المجلس الأعلى في هذا الصدد أن ما ضمن بعقد الزواج أنه متاع في ملكية الزوجة فهو لها يجب أن تسترده في حالة الطلاق، أما ما زاد على ما في العقد وضمن بمقال الدعوى فيجب

1 - نص الفصل 467 من ق - إ - ع - م على: "التنازل على الحق يجب أن يكون له مفهوم ضيق، ولا يكون له إلا المدى الذي يظهر بوضوح من الألفاظ المستعملة من أجزائه، ولا يسوغ التوسع فيه عن طريق التأويل والعقود التي تنور الشك حول مدلولها لا تصلح أساساً لاستنتاج التنازل منها".

2 - ومن المعلوم أن قواعد الإثبات منها ما هو موضوعي، وهي تلك المضمنة في قانون الالتزامات والعقود؛ ومنها ما هو شكلي أو إجرائي، وهي تلك المضمنة في قانون المسطرة المدنية.

3 - المجلس الأعلى، قرار رقم 128 صادر في 08 / 02 / 1982، ملف رقم 90754؛ نقلاً عن: محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ج 02، المرجع السابق، 500.

عليها - أي الزوجة - أن تقيم البيئة على ملكيتها له⁽¹⁾، و إلا ردت دعوها بشأنه، ما لم يكن هناك إقرار من الزوج تستفيد منه.

فإن ادعاء الزوج أن الزوجة قد أخذت أغراضها المضمنة بعقد شوارها من بيت الزوجية فيه اعتراف الزوج بوجود الشوار، ويجب عليه إثبات ما يدعيه، و إذا ما أنكرت الزوجة ما ادعاه الزوج دون إثبات فلا يحكم لها إلا بعد تأديتها ليمين الإنكار؛ وهو ما قضى به المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 28 / 07 / 2004 على أنه: "حقاً، لقد صح ما نعتة الوسيلة على القرار المطعون فيه، ذلك أن الطاعن يدعى أن المطلوبة في النقض قد أخذت أمتعتها المذكورة برسم شوارها عدد... فهو مدع بأنها أخذت حوائجها و لا بيئة له على ذلك، وهي مدعى عليها فعليها إذن يمين الإنكار التي طلبها المدعي بأنها لم تأخذ حوائجها مع أعمال قاعدة النكول لقول: (والمدعي عليه باليمين في عجز مدع عن التبيين)؛ وبما أن المحكمة مصدرة القرار لم تحكم بيمين الإنكار رغم طلب الطاعن لهذه اليمين واستمرار المطلوبة في إنكارها أخذها حوائجها فإنها تكون قد أخطأت في تطبيق الفقه والقانون في هذا الشأن..."⁽²⁾.

ثانياً - موقف المشرع المصري من تدخل القاضي في النزاع حول متاع البيت: بالنسبة للمشرع المصري فإن مسؤولية تجهيز مسكن الزوجية تقع على عاتق الزوج، وليس على عاتق الزوجة ولا على عاتق أبيها؛ وسواء قام الزوج بتجهيز مسكن الزوجية أو فعلت ذلك الزوجة أو أبوها فالجهاز ملك للزوجة وحدها، ولا حق للزوج في شيء منه وله فقط الانتفاع به بإذنها ولو اغتصب شيء منه حال قيام الزوجية أو بعدها فلها مطالبة به أو بقيمته⁽³⁾.

وفي غالب الأحيان عند وقوع الطلاق بين الزوجين، ينتكر الزوج لزوجته، وينكر الأشياء التي جاءت بها الزوجة، فنتج عن ذلك مشاكل عديدة بين الزوجين؛ فظهرت الحاجة إلى تدوين تلك المنقولات في قائمة يوقع عليها الزوج.

1 - المجلس الأعلى، قرار صادر بتاريخ 29 / 09 / 1987، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 41، ص 139 وما بعدها.

2 - المجلس الأعلى، قرار صادر بتاريخ 28 / 07 / 2004، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 62، ص 119.

3 - أشرف مصطفى كمال، قوانين الأحوال الشخصية معلقاً على نصوصها، ط 07، 2007م، ص 774.

والعمل في المحاكم المصرية يسير على أنه إذا وجدت قائمة بالمنقولات موقع عليها من الزوج، فالعبرة بما هو ثابت بها، ويعتبر أمانة في ذمة الزوج، يلتزم برده عند طلبه، لكونه هالكا أو مستهلكا تعين ردّ قيمته، وإلا كان غاصبا لتلك المنقولات⁽¹⁾.

وفي حالة عدم تحرير قائمة المنقولات بين الزوجين، فكان العرف السائد في مصر أنّ جميع المنقولات الموجودة في بيت الزوجية ملك للزوجة، إلا إذا أثبت الزوج أنه اشتراها من ماله الخاص، أو كان مما يختص بالرجال، كملابس الرجال وأدوات حرفته.

من هنا فإن الجاري في القضاء المصري في دعاوى الجهاز والخلاف بين الأب وابنته بشأنه، وكذا دعاوى متاع البيت والخلاف بين الزوجين أو ورثتهما في ملكيته هو العمل بقول الحنفية، أما ما يصلح للزوجين معا من متاع المتنازع فيه، فالعمل بأرجح الأقوال في المذهب، فيكون القول للزوجة أو ورثتها فيما يجهز به أمثالها عادة وفيما زاد على ذلك فالقول للزوج.

وما تجدر الإشارة إليه أن ملكية الزوجة لجهاز الزوجية ومتاع البيت سواء أعدته من مالها الخاص أو من صداقها المقبوض، أو وهبه لها أبوها، وما جرى به العرف على صلاحية الشيء المتنازع فيه لأي من الزوجين ما هي إلا قرائن بسيطة - استقر عليها العرف - تقرر لمصلحة من يدعيها ووافقت دعواه، فيجوز إثبات عكسها بكافة طرق الإثبات الشرعية، بما فيها شهادة الشهود و الأدلة الخطية⁽²⁾.

فهنا يمكننا القول بأن المشرع المصري منح لقاضي الموضوع سلطة تقديرية في تقرير ما يراه مناسبا في هذا الشأن، اعتمادا على ما يطمئن إليه وجدانه من أوراق الدعوى المعروضة عليه.

كما أن المشرع المصري ألزم المأذون قبل التوثيق عقد الزواج أن يبصر الزوجين بما يجوز الاتفاق عليه من شروط خاصة، ومنها الاتفاق على من تكون ملكية المنقولات الزوجية، فإذا وجد هذا الاتفاق كان ملزما، ومن يدعي عكسه فعليه إقامة الدليل على ما يدعيه، وذلك طبقا للقانون رقم 01 لسنة 2000⁽³⁾.

1 - فإذا هلك أو استهلك جزءا من تلك المنقولات نتيجة تعدي الزوج أو تقصيره لزمّت القيمة مع تعويض الزوجة عما أصابها من ضرر مادي أو معنوي نتيجة هلاك منقولاتها. وأما إذا كان الهلاك من غير تقصيري أو تعدي أو إهمال، كأفة سماوية أو حريق، فهلاكه على الزوجة، ولا يلزم الزوج بالردّ.

2 - حجازي محمد، المرجع السابق، ص 642.

3 - حسن حسنين، أحكام الأسرة الإسلامية فقها وقضاء، دار الأفاق العربية، القاهرة، ط 01، 2001 م، ص 192 - 193.

وفي الأخير يجب على القاضي سواء الجزائري أو المغربي أو المصري، عند تكليفه أحد الزوجين بأداء اليمين أن يراعي شخصية كل منهما، وظروف وملابسة كل قضية، واستنباط قرائن أخرى كالحالة المادية لهما، وعمل الزوجة، وقرب العهد بالزواج والتي تمكن أن تعزز قناعة القاضي في موضوع النزاع، ذلك لأن اليمين إذا كانت تؤتي نتائجها فيما مضى فإنها لم تعد كذلك اليوم، وذلك بعد اندفاع المجتمع نحو الماديات وضعف الوازع الديني وانعدام التربية الأخلاقية داخل الأسرة.

الفصل الثاني

السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة
في النسب والحضانة

إن الطبيعة الإنسانية منذ الأزل تفرض على البشر علاقات اجتماعية لم يشأ المولى تركها ليد الطبيعة تحكمها، فتولت أحكام شرعية سماوية تنظمها في إطار ديني محكم لا يمكن أن يتوارد على أذنها الشك فيه، وأعلى هذه العلاقات هي بناء الأسرة؛ لذا فإن الشرع وكذا التشريعات الوضعية خصت تلك العلاقات بعناية بالغة منذ أول لبنة. وهكذا، تشكل الأسرة اللبنة الأولى لأساس بناء المجتمع وإذا نظم هذا الأساس وبني على أسس وقواعد سليمة ومبادئ وقيم رفيعة ظل هذا البناء شامخاً متماسكاً لا تؤثر فيه عوامل التعرية، يحمي كل من يأوي بداخله من كل تيارات متطرفة والسلوك الشاذ والمنحرف عن الطريق المستقيم.

ومن هنا فإن العناية بتقوية الأسرة تعد من أهم ما ينبغي على واضعي القانون رعايتها وأخذ الطريق إليها، ولا يكون ذلك إلا بوضع نصوص قانونية منسجمة، تضمن بقاءها ونموها وتقديس أصلها المتمثل في الزواج الذي يكتسي أهمية اجتماعية بالغة باعتباره يقي المجتمع من الظواهر والآفات الخطيرة ويهدف إلى صيانة المجتمع والفرد من الوقوع في الرذائل والمنكرات ويصونه من عواقب هذه الأمراض الاجتماعية، وذلك

بقوله تعالى: [﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا زَوَاجَكُمْ إِذَا رَكِبْتُمُ الْمَوْتِ وَأَنتُمْ بَاطِنُونَ أُولَٰئِكَ هُمُ الْمُفْسِدُونَ﴾]⁽¹⁾.

ولما كان الولد في هذه الحياة هو عماد المستقبل أولاه الشارع الحكيم عناية كبيرة، وخصته الشريعة الاسلامية باهتمام كبير، ابتداء من الزواج كوسيلة لإنجاب الأولاد، فإذا ما ولد الولد حافظت عليه من الذل وحضنته من الضياع و أبعده عن العار، فأثبتت له النسب من والديه، كما خولت الشريعة الاسلامية للطفل حق رعاية وضمان تربيته والقيام بكل شؤونه، وذلك من خلال حضنته.

من هنا يجوز للقاضي التدخل في مجال إثبات النسب ونفيه، وكذلك في تقديره لمصلحة المحضون، وهو ما سنتناوله من خلال المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: سلطة القاضي في ثبوت النسب ونفيه

المبحث الثاني: مجال تدخل القاضي في الحضانة

المبحث الأول

سلطة القاضي في ثبوت النسب ونفيه

مما جاءت به الشريعة الإسلامية محافظة عليه، ومتشوفة إلى تحصيله الأنساب، فتمتيع الولد بنسب ينتمي إليه وبأصل يحتمي به، يعتبر من مقاصد الشريعة الإسلامية، ومن أجله شُرِّعَ النكاح وحُرِّمَ الزنا والسفاح، ومن تثبيته وَسَّعَتِ الشريعة الإسلامية في وسائل الإثبات، بل فسرت الشبهات في باب النسب لمصلحة الولد، جريا وراء تصحيح نسبه، وجعلت الشريعة الناس مصدقين في أنسابهم، وأن الإقرار في باب النسب يتعدى، مع أن الأصل في الإقرار أنه حجة قاصرة على صاحبها.

ومن توسيع الشريعة الإسلامية في إثبات النسب، أن جعلته يثبت بالفراش الصحيح، وبالنكاح بالشبهة، وبالإقرار، والبينة، وربما كان بالقيافة والقرعة عند البعض، وإذا كانت بعض وسائل إثبات النسب ظنية، لا ترقى إلى درجة القطع واليقين، فإن العلم الحديث قد عجل بظهور وسيلة جديدة، ألحقها البعض بالوسائل القطعية الذي لا يدخلها شك في إمكانية إلحاق نسب شخص بأبيه أو نفيه عنه، وهي البصمة الوراثية.

وقد كان لموضوع البصمة الوراثية التي أحدثت جدلاً ونقاشات حادة في مجال إثبات ونفي النسب، اهتمام كبير لعلماء الشريعة الإسلامية، خصوصا وأنه كان محل خلاف حول موقف الشريعة الإسلامية منه.

وقد عرفت قواعد النسب في الكثير من التشريعات المقارنة، وخاصة منها الدول الإسلامية، تطورا كبيرا بفعل اعتمادها على نتائج البصمة الوراثية، التي تسمح بتوفير نتائج قطعية وحاسمة، في حالة حصول نزاع أو خلاف في هذا المجال.

وقد أقر المشرع بإمكانية الاعتراف بالبصمة الوراثية أمام القضاء الجزائري، في الكثير من المجالات، منذ مدة طويلة، ومنها الأخذ بالخبرة الطبية في مجال قانون الأسرة منذ صدوره، وفي عدة قواعد غير قواعد إثبات ونفي النسب، التي أورد سند اللجوء إليها فقط ابتداء من التعديل بموجب الأمر 05 - 02 لسنة 2005 م؛ طبقا لأحكام المادة 40 من ق- أ.

وإذا كان المشرع الجزائري يعتبر الخبرة القضائية طبقا للقواعد العامة بالنسبة للقاضي، من المسائل التي تخضع لسلطته التقديرية باعتبارها سلطة مطلقة له، فيها أن يأخذ بتقرير الخبراء كلياً أو جزئياً، كما له الحكم من دونها، فهل تخضع مسألة تقدير الخبرة العلمية في مسألة النسب إثباتا ونفيا للقواعد العامة من


جهة؟ وهل يمكن اللجوء إليها في جميع حالات إثبات ونفي النسب، وهل القاضي ملزم باعتمادها، بمجرد طلبها من أحد الأطراف أو من تلقاء نفسه، وما هي سلطات القاضي في هذا المجال؟ وقبل ذلك لا بد لنا من معرفة هل أخذ الفقه الإسلامي بهذه التقنية أم لم يأخذ بها؟.

المطلب الأول

النسب والبصمة الوراثية

لما كان موضوع دراستنا معرفة سلطة القاضي للأخذ بالبصمة الوراثية، وحجيتها في إثبات النسب، وما موقعها من طرق إثبات النسب الشرعية أو التقليدية، وأثرها في اللعان عند نفي الولد من الزوج، كان من الضرورة التعرف على حقيقة النسب ووسائل إثباته لمقارنتها بالبصمة الوراثية.

1- **تعريف النسب في اللغة:** هو القرابة، وقيل هو في الآباء خاصة، واستنسب وانتسب، ذكر نسبه، وانتسب إلى أبيه أي اعترى إليه⁽¹⁾.

2- **اصطلاحاً:** للنسب مفهومه اللغوي؛ فهو القرابة، وهي الاتصال بين فردين بالاشتراك في ولادة قريبة أو بعيدة⁽²⁾، ومن ذلك قوله تعالى: [...]  ⁽³⁾.

وعرّفه البعض بأنه: "صلة الشخص بغيره على أساس القرابة القائمة على صلة الدم"⁽⁴⁾؛ وقيل بأنه: "عبارة عن صلة الإنسان بمن ينتهي إليه الآباء والأجداد..."⁽⁵⁾؛ فما يمكن إستنتاجه من خلال هذه التعاريف:

أ - أنه يكون من قبل الأم والأب.

ب- لا يكون إلا ثمة للمخالطة المشروعة بين الذكر والأنثى من زواج شرعي صحيح.

1- محمد الدين الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار إحياء التراث العربي، ط 2000م، ص 229.

2 - محمود محمد حسن، النسب وأحكامه في الشريعة الإسلامية وفي قانون الكويتي، مطبعة الفجر الكويتية، ط 1999م، ص 372.

3 - سورة الفرقان، الآية 54.

4 - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 03، 2000 م، ج 09، ص 315.

5 - أحمد فراج حسين، الولاية على النفس، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، 1972م، ص 310.

الفرع الأول

طرق إثبات النسب

يثبت النسب الشرعي بأحد الوسائل حددها الفقهاء فيما يلي:

أولاً: الزواج الصحيح: متى كان الزواج الشرعي صحيحاً، وأمك - ن المعاشرة بين الزوجين، وتحققت الولادة بين أقل مدة الحمل، وهي ستة أشهر، وأقصاها مع وقوع اختلاف الفقهي في ذلك، فقد حددها المشرع الجزائري بعشرة أشهر، فإن النسب صحيح ولا يجوز أن ينفيه أو أن يتبرأ منه، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"⁽¹⁾ و الفراش هو الزواج الصحيح، وقيل هو الزوجة، وهي كون أمُّ الولد حين حبلت به زوجة حقيقة أو حكماً⁽²⁾؛ فهنا لا بد من توفر الشروط الآتية:

1- إمكانية المعاشرة (الوطء) بين الزوجين.

2 - ولادة الولد بين أدنى مدة للحمل وأقصاها.

3 - عدم نفي الولد بالطرق المشروعة.

فإذا توفرت جل هذه الشروط يثبت النسب، إلا أن ينفيه، ولا يقبل نفيه إلا بشرطين:

أ - التعجيل إلى نفيه بأن ينفيه وقت الولادة أو علمه بالحمل، أو في أيام التهاني المعتادة، فإن سكت عن نفيه في هذه الأوقات اعتبر سكوته إقراراً، وذلك لما قد روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، أنه قال: "إذا أقر الرجل بولده طرفة عين، فليس له أن ينفيه"⁽³⁾؛ وإلا فتسقط دعواه .

ب- أن يلاعن الزوج زوجته، لأن بنفيه الولد، يكون قد اتهمها بالزنا، وهي ترميه بأنه قد قذفها؛ فمدة اللعان حسب استقرار اجتهاد المحكمة العليا هي أسبوع من يوم رؤية الزنا أو العلم بالحمل⁽⁴⁾.

1 - مسلم، باب الولد للفراش وتوحي الشبهات، ج 04، الحديث رقم 3286، ص 171.

2 - عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص 177.

3 - البيهقي، السنن الكبرى، ج 07، ص 421.

4 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 25 / 12 / 2002، ملف رقم 296020، م - ق، عدد 01، 2004، ص 289.

ثانيا- الزواج الفاسد: يعرف النكاح الفاسد بأنه الذي فقد شرطا أو أكثر من شروط الصحة، كأن يعتقد النكاح من غير شهود أو بغير ولي، أو نكاح المعتدة، أو اقترن العقد بمدة معينة، و اختلف الفقهاء في أنواع النكاح الفاسد، فمنها مجمع على فساده وغير مجمع على فساده.

ومن المقرر أن النكاح الفاسد لا اعتبار له، ولا تترتب على العقد نفسه آثار، وإنما الآثار تترتب على الدخول ومن أبرز تلك الآثار ثبوت النسب بسبب الفراش، والفقهاء وإن كانوا متفقين على ثبوت النسب في النكاح الفاسد إلا أنهم اختلفوا في احتساب المدة فيه، فهل يثبت من وقت انعقاد العقد المشوب بالفساد، أو من وقت الدخول الحقيقي؟

أما الشيخان أبو حنيفة وأبو يوسف اتجها إلى اعتبار المدة من وقت العقد، كما هو المتبع في النكاح الصحيح قياسا عليه احتياطا للنسب، ولأن أكثر صور النكاح الفاسد لا يكون سبب الفساد فيها ظاهرا معروفا وقت العقد⁽¹⁾.

أما بالنسبة للجمهور الفقهاء فقد احتسبها من وقت الدخول لا العقد⁽²⁾، وهو قول محمد بن الحسن من الحنفية، وهو المفتى به، لعدم صحة القياس المذكور، ولأن العقد الفاسد لا يحل به للمرأة أن تمكن زوجها من نفسها و لا تصير به المرأة فراشا، ومن ثم لا يعد بمجرد سبب ثبوت النسب وإنما يتحقق ذلك بالدخول الحقيقي، وهو ما نرجحه.

من هنا فالنكاح الفاسد تثبت له بعض الآثار، منها ثبوت النسب، مع وجوب التفرقة، وذلك بشرطين هما:

1- الدخول الحقيقي.

2- أن يمضي على الزواج أدنى مدّة الحمل، وهي ستة أشهر.

والمشرع الجزائري لا يفرق بين الزواج الصحيح والفاسد، من حيث ثبوت نسب الأولاد الذين حملت بهم من هذا الدخول (م 34 و 40 من ق- أ)؛ فكلاهما فيه إلحاق الولد بأبيه إذا جاءت به أمه لستة أشهر

1 - ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 03، ص 516؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج 03، ص 171.

2 - ابن قدامة، المغني، ج 09، ص 149؛ ابن حزم، المحلى، ج 10، ص 36؛ الامام مالك، المدونة الكبرى، ج 02، ص 448.

فأكثر من تاريخ الدخول، ولمدة أقصاها عشرة أشهر من تاريخ التفريق أو الانفصال بين الزوجين (م 42 و 43 من ق-أ⁽¹⁾).

ثالثا- الوطء بشبهة: الوطء بشبهة أن يتصل الرجل بامرأة اتصالاً جنسياً غير مبني على عقد زواج صحيح أو فاسد أو ملك يمين، بل يكون مبنيّاً على شبهة عنده تفيد الحل والمشروعية مع أنه في الحقيقة ليس كذلك. والوطء بشبهة مسقط للحد وتنزل به وصف الجريمة، وتثبت به حرمة المصاهرة، وهو وطء اعتقد الواطئ حله فلحق به النسب كالوطء في النكاح الفاسد، وفارق وطء الزنا في أنه لا يعتقد الحل فيه.

فإذا عقد رجل على امرأة دون أن يراها وزفت إليه امرأة أخرى ودخل بها، وهو يعتقد أنها زوجته، فإنه يعتبر وطئاً بشبهة يثبت به النسب، وهذا إذا ولدته المرأة بين أقل مدة الحمل وأكثرها، لتأكد تولده حينئذ من ذلك الوطء؛ أما إذا أتت به قبل مضي أقل مدة للحمل من تاريخ المخالطة، فلا يثبت به النسب إلا إذا ادعاه، ويحمل الأمر هنا على أنه قد اتصل بها قبل ذلك على شبهة أخرى⁽²⁾؛ والشبهة في عقد الزواج تظهر بأشكال مختلفة :

1- كالشبهة في الحكم: كما لو جهل الزوج حكماً من أحكام الزواج، كالزواج في العدة، الزواج بالخامسة.

2- شبهة في العقد: كالعقد على امرأة وبعد الدخول تبين أنها من المحرمات.

3- شبهة في الفعل: كما لو دخل شخص على امرأة ظناً منه أنها زوجته، ثم تبين له أنها غير زوجته.

فالملاحظ هنا أن المشرع الجزائري اعتبر أن النكاح الشبهة وسيلة من وسائل اثبات النسب من خلال أحكام المادة 40 من ق-أ .

رابعا- الإقرار: الإقرار في اللغة هو إثبات الشيء، أما في الإصطلاح فهو إخبار الإنسان بحق عليه لآخر. والأصل في الإقرار أنه حجة قاصرة على المقر، ولا تتعداه إلى غيره، ولا تثبت به الأحكام على الآخرين، ولا تكون متعدية بمجرد الإقرار، لأن الإقرار هو الإخبار عن فعل الإنسان نفسه، وأما الإخبار عن فعل الغير فهو شهادة.

1 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ج 01، المرجع السابق، ص 381.

2 - ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 02، ص 607.

ولما كان موضوع النَّسَب حساسا، قبل الفقهاء هذا التعدي، مع أنه على خلاف الأصل، فأصبح الإقرار حجة تثبت على الغير، ويثبت بها النسب⁽¹⁾، والإقرار في النسب نوعان:

1- الإقرار بالبنوة والأبوة والأمومة: كأن يقول شخص هذا إبنى أو هذا أبى، أو هذه أمى، فنسبه يثبت بشروط الآتية: أ- أن يكون الإقرار لشخص مجهول النَّسَب؛ ب- أن يكون من النوع الذي يصدقه العقل والعادة؛ ج - أن يصدق المقر له على هذا الإقرار إذا كان بالغاً، وإلا سقط.

2- الإقرار بغير البنوة والأبوة والأمومة، أو المحمول على الغير: فالشروط السابقة معتبرة هنا أيضا، ويضاف إليها شرط آخر، وهو أن يوافق المحمول له، المحمول عليه بالنَّسَب، على هذا الإقرار؛ ففي قوله: هذا أخي فلا بد أن يصدقه الأب كذلك⁽²⁾؛ ويضيف الفقهاء شرطين آخرين:

أ- هو أن لا يدعي المقرُّ، أن ابنه من الزنا.

ب- أن يصدقه المقر له، فإن كذبه كان الإقرار باطلا، ولا يشترط التصديق في المجنون والصغير.

وهذا ما تبناه المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 45 من ق - أ، من أن المقر بالنسب في غير البنوة، والأبوة والأمومة، لا يسري على غير المقر، إلا بموافقة وتصديق المحمول عليه الأمر .

خامسا- البيّنة: ثبوت النسب بالبيّنة، والتي يقصد بها كل حجة أو دليل يؤكد وجود واقعة وجودا حقيقيا بواسطة السمع أو البصر أو غيرهما، وهي من وسائل الإثبات المنصوص عليها في المواد من (150 - 163 ق- إ- م- ل) .

والمراد بالبيّنة هي شهادة رجلين عدلين، أو رجل وامرأتين، فشهادة الشهود في إثبات النسب أمر كاشف له، وهي أقوى من الإقرار به، سواء تعلق بثبوت الزوجية الصحيحة أو بإثبات النسب بعد الوطء بشبهة؛ وكذلك يجوز الأخذ بالشهادة التسماع عند بعض الفقهاء من طرف جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب؛ كما أن الشهادة بالشهرة جائزة وذلك إذا سمع الشاهد من الناس أن فلان ابن فلان، جاز أن يشهد، حتى ولو لم يعاين الولادة على فراشه⁽³⁾.

1 - عبد الفتاح عمرو، المرجع السابق، ص 133.

2 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ج 01، المرجع السابق، ص 389.

3 - بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 389.

فإذا ادعت المرأة أنها حملت من زوجها، ووضعت في غيابه مثلاً، فأنكر الزوج واقعة الولادة في ذاتها، أو اعترف بالولادة وأنكر الولد نفسه، فإنه يجوز إثبات الولادة عن طريق شهادة قابلة، أو الطبيب، أو الممرضات⁽¹⁾.

سادساً- **القيافة**: القيافة من أقدم الطرق التي عرفتتها الشريعة الإسلامية لمعرفة الأثر والشبه، وهي لغة من قاف يقوف قيافة بمعنى تتبع أثره ليعرفه، والقائف هو الذي يعرف الآثار ويتبعها، والجمع القافة.

فالقائف هو من يلحق النسب بغيره عند الاشتباه بما خصه الله تعالى من علم ذلك⁽²⁾؛ أو هم قوم يعرفون الأنساب بالشبه ولا يختص ذلك بقبيلة معينة، بل من عُرف منه المعرفة بذلك وتكررت منه الإصابة فهو قائف⁽³⁾؛ وقد اختلف الفقهاء في ثبوت النسب بالقيافة على الرأيين:

الرأي الأول: لا يصح الحكم بالقيافة في إثبات النسب، وهو مذهب الحنفية⁽⁴⁾؛ واستدل الحنفية بعدم جواز الأخذ بالقيافة في إثبات النسب بما يلي:

1- من الكتاب: قوله تعالى: () ﴿...﴾ من الكتاب: قوله تعالى: ﴿...﴾

وجه الدلالة: أن الله تعالى نهي عن اتباع الحدس والظن، وهو في اللغة اتباع الأثر، وبه سميت القيافة⁽⁶⁾.

ويمكن أن يرد عن هذه الدلالة بأن الحكم في الدين بمجرد الظن جائز بإجماع الأمة في صور كثيرة منها العمل بالفتوى، والشهادة عمل بالظن، كما أن جميع الأعمال المعتبرة في الدنيا من المعاملات والاعتماد على صداقة الأصدقاء والأعداء كلها مظنونة، وبناء الأمر على تلك الظنون جائز⁽⁷⁾.

1 - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 190.

2 - الشريبي، مغني المحتاج، ج 04، ص 488.

3 - ابن قدامة، المغني مع الشرح الكبير، ج 08، ص 107.

4 - الكاساني، بدائع الصنائع، ج 08، ص 3967، السرخسي، المبسوط، ج 07، ص 83.

5 - سورة الإسراء، الآية 36.

6 - ابن العربي، عارضة الأحوذى بشرح سنن الترمذي، ج 06، ص 329.

7 - الرازي، تفسير الكبير، ج 20، ص 208.

2- من السنة: أ - قوله صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"⁽¹⁾.

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل كل جنس الولد لصاحب الفراش بثبوت سببه، ولا يرجع عمل القائف إلى شيء من ذلك، وإنما يرجع إلى معرفة التخلق من الماء وهو لا يثبت به النسب، وحتى لو تيقنا من هذا التخلف ولا فراش، فإن النسب لا يثبت⁽²⁾.

ويرد عليه بأن الحديث المذكور إنما يكون حجة إذا علم الفراش، فالحكم به مقدم قطعاً، وإنما يعمل بالقيافة عند عدمه⁽³⁾.

ب - وقوله صلى الله عليه وسلم في قصة المتلاعنين: "أبصروها فإن جاءت به أبيض سبطاً شيء العينين فهو للال بن أمية، وإن جاءت به أكحل جعداً حمش الساقين فهو لشريك بن سمحاء، فجاءت به أكحل جعداً حمش الساقين"⁽⁴⁾.

وجه الدلالة: لو كان قول القائف معتبراً شرعاً لرجع إليه في اللعان بنفي الولد، ولم ينف لولد بالجهل⁽⁵⁾.

3- من الإجماع: ما ذكره الزيعلي وغيره في ردهم على الشافعي بجواز إلحاق الولد بأكثر من اثنين، ما كتبه عمر رضي الله إلى شريح: لبسا فلبس عليهما، ولو بينا لبين لهما، هو ابنتهما يرثهما ويرثانه، وهو للباقي منهما، وكان بمحضر من الصحابة، ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر، فيكون إجماعاً⁽⁶⁾.

ويرد عن ذلك بأنه قد ثبت عمل عمر بالقيافة ولا يعارضه المروى عنه قصة شريح لحفائهما وعدم التأكد من ثبوتها، ولو صحت لكان حكم عمر بنسبة الولد للمتنازعين جميعاً بعد تساوي الأدلة والقرائن والشبه والقيافة.

1 - أخرجه البخاري، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش حرة كانت أو أمة، ج 06، الحديث رقم 2368، ص 248؛ وأخرجه مسلم، كتاب الرضاع، ج 02، الحديث رقم 1457، ص 1081.

2 - السرخسي، المبسوط، ج 17، ص 80.

3 - الصنعاني، سبل السلام، ج 04، ص 1494.

4 - صحيح المسلم بشرح النووي، كتاب اللعان، ج 05، ص 382.

5 - السرخسي، المبسوط، ج 17، ص 83؛ واعترض على هذا الاستدلال بأنه منع إعمال الشبه لقيام مانع اللعان، وهو من تقدم أقوى الدليلين على أضعفهما، ولهذا قال صلى الله عليه وسلم: "لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن"؛ ابن قدامة، المغني، ج 06، ص 396.

وحيث اعتبرنا الشبه في لحوق النسب، فإنما ذلك إذا لم يقاومه سبب أقوى منه، ولهذا لا يعتبر مع الفراش، بل يحكم الولد للفراش، وإن كان الشبه لغير صاحبه؛ الشوكاني، نيل الأوطار، ج 04، ص 12.

6 - الزيعلي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج 03، ص 105.

4- من المعقول: أنه لو أثرت القيافة والشبه في نتاج الآدمي لأثرت في نتاج الحيوان، ولا نعلم بذلك قائلًا.

واعترض على هذا بأن الشارع يتشوف إلى ثبوت الأنساب ما أمكن، ولا يحكم بانقطاع النسب إلا حيث يتعذر إثباته، ولهذا ثبت بالفراش وبالدهوى وبالأنساب التي لا يثبت بمثلها نتاج الحيوان، كما أن المقصود من نتاج الحيوان هو المال المجرد بخلاف دعوى النسب، ومعلوم أن يباح بالبذل، والنسب بخلاف ذلك، إلى غير ذلك الفروق بين النتاجين.

قالوا: لو كانت القيافة طريقًا شرعيًا لما عدل عنها داود وسليمان صلوات الله وسلامه عليهما في قصة الولد الذي ادعته المرأتان، بل حكم به داود للكبرى، وحكم به سليمان للصغرى كالقرينة التي استدلت بها من شفقتها عليه بإقرارها به للكبرى، ولم يختبر قيافة.

وأجيب عن هذا الاستدلال بأن داود وسليمان لم يعتبروا القيافة إما أن لا يكون ذلك شريعة لهما وهو الظاهر، وإما أن تكون مشروعة مطلقًا، ولكن أشكل على نبي الله أمر الشبه بحيث لم يظهر لهما، أو قد يشبه الأمر على القائف، وعلى كل فلا حجة في القصة على إبطال حكم القيافة في شريعتنا⁽¹⁾.

الرأي الثاني: اعتبار الحكم بالقيافة في إثبات النسب عند الاشتباه والتنازع وعدم توفر الدليل الأقوى منها، أو عند تعارض الأدلة الأقوى منها؛ ذهب إلى هذا المالكية، والشافعية، والحنابلة⁽²⁾، ومن الصحابة عمر ابن الخطاب وعلى بن أبي طالب وابن عباس وأنس بن مالك، ولا يخالف لهم من الصحابة والتابعين؛ واستدلوا بما يلي:

1- من السنة: أ- عن عروة بن الزبير أن أم سلمة قالت لرسول الله صلى الله وسلم يا رسول الله، المرأة ترى في منامها مثل ما يرى الرجل، أتغتسل؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: نعم فلتغتسل، فقالت لها عائشة: أف لك، وهل ترى ذلك المرأة؟ قالت: فالتفت إلينا النبي صلى الله عليه وسلم، قال: تربت يمينك، ومن أين يكون الشبه⁽³⁾.

1 - السرخسي، المبسوط، ج 17، ص 73؛ الشوكاني، نيل الأوطار، ج 04، ص 12.

2 - القرافي، الفروق، ج 04، ص 191؛ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج 03، ص 319؛ الشرييني، مغني المحتاج، ج 08، ص 351؛ ابن قدامة، المغني، ج 06، ص 395؛ البهوتي، كشف القناع، ج 05، ص 423.

3 - الإمام مالك، موطأ، باب المرأة ترى في منامها ما يرى الرجل، حديث رقم 81.

ووجه الدلالة: من هذا أن المنى يوجب الشبه، والشبه مناط شرعي فيكون دليل النسب وإلا لما كان للإخبار فائدة يعتد بها⁽¹⁾.

ب - ما قاله النبي صلى الله عليه وسلم في قصة المتلاعنين: " إن جاءت به أكحل العينين سابغ الأليتين...؛ الدال على اعتبار الشبه في لحوق النسب"⁽²⁾.

2- من الإجماع: أ- ما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يليط أولاد الجاهلية بمن استلاطهم، أي بمن ادعاهم في الإسلام، وقوله للغلام - بعد أن حكم القائف باشتراكهما فيه - وقال أيهما شئت⁽³⁾؛ وكان ذلك بمحض من الصحابة من غير إنكار منهم، فهو كالإجماع⁽⁴⁾.

ب - عن ابن سيرين قال: اختصم إلي أبي موسى الأشعري في ولد ادعاه دهقان ورجل من العرب، فدعا القافة، فنظروا إليه، فقالوا ابنه. فقالوا للعربي: أنت أحب إلينا من هذا العليج، ولكن ليس بابنك، فخل عنه، فإنه ابنه. كما روي عن ابن عباس وأنس رضي الله عنهما قد استقافا.

وروى قابوس بن أبي ظبيان عن أبيه عن علي رضي الله: "أن رجلين وقعا على امرأة في طهر واحد، فجاءت بولد فدعا له علي رضي الله عنه القافة، وجعله ابنهما جميعاً يرثهما ويرثانه؛ وهذه قضايا وغيرها في مظنة الشهرة، فيكون إجماعاً كما يقول ابن القيم⁽⁵⁾.

3- من المعقول: - إن إثبات النسب بالقيافة يستند إلى أصول الشريعة الإسلامية وقواعدها العامة، لأن القول بها حكم يوجب للنفس سكونا، والعقل يرجح قبول الولد لمن أشبهه الشبه البين، والشارع متشوف إلى اتصال الأنساب وحفظها، فوجب اعتبار القيافة من أدلة إثبات النسب⁽⁶⁾.

واعترض الحنفية على هذا الاستدلال بأن القيافة لو كانت علماً لأمكن اكتسابه كسائر العلوم والخبرات، بل هو حرز وتخمين لا يجوز، كالإعتماد على النجوم وعلى علم الرمل وغير ذلك من أنواع الحرز والتخمين⁽¹⁾.

1 - الشوكاني، نيل الأوطار، ج 07، ص 82؛ القرافي، الفروق، ج 04، ص 194.

2 - القرافي، الفروق، ج 04، ص 193.

3 - البيهقي، السنن الكبرى، ج 10، ص 444.

4 - ابن رشد، بداية المجتهد، ج 02، ص 301؛ الصنعاني، سبل السلام، ج 04، ص 1439.

5 - ابن القيم، الطرق الحكمية، ج 01، ص 282.

6 - ابن القيم، الطرق الحكمية، ج 01، ص 282.

الترجيح: بعد عرض أدلة كل فريق، وما ورد عليها من اعتراضات، يظهر لي أن الرأي الراجح هو قول جمهور الفقهاء المالكية، والشافعية، والحنابلة، بجواز الأخذ بالقيافة في ثبوت النسب، وذلك لقوة أدلتهم ولصحة الأحاديث التي إستدلوا بها، فضلاً عن وجاهة الأدلة الأخرى، وضعف أدلة المعارضين وعدم سلامتها أما ردود جمهور الفقهاء. ومن الصعب أن ينكروا القول بالقيافة ويجعلونها من باب الحدس والتخمين.

الفرع الثاني

البصمة الوراثية كوسيلة لإثبات النسب

إن التطور العلمي المتنامي على مرور الأزمنة فتح للناس أبواباً عديدة وكشف عن حقائق مجهولة لم تكن لهم على بال، ولعل أهم اكتشاف في علم الأحياء هو البصمة الوراثية؛ ونظراً لحداثة هذا الاكتشاف وما نتج عنه من عدم وضوح في الرؤية، سواء من حيث مشروعية استخدامه في إثبات النسب، أو منزلة البصمة الوراثية بين طرق الإثبات الشرعية.

وإذا كان استعمال البصمة الوراثية في مجال الطب الشرعي والقضايا الجنائية لا يثير إشكالا من الناحية الشرعية، فإن الإعتماد عليها في مجال النسب قد يفتح عنه اختلاف واضح في مشروعية ونطاق الاستفادة منه، فصار موضوع بحث ودراسة من قبل المجامع الفقهية، وكان موضعاً للنقاش في عدة مؤتمرات، وذلك لما للنسب من خصوصية في الشريعة الإسلامية .

وستتناول في هذا الفرع تعريف البصمة الوراثية، وخصائصها، وضوابط إجراء تحليل البصمة الوراثية، وحالات استخدامها في إثبات النسب، والتكليف الفقهي للبصمة الوراثية، ومنزلتها من أدلة إثبات النسب، و دلالة البصمة الوراثية على نفي النسب، وذلك من خلال النقاط الآتية :

أولاً- تعريف البصمة الوراثية: للوقوف على حقيقة البصمة الوراثية، يتعين علينا أولاً معرفة مدلول كلمة البصمة حتى نعلم المعنى المركب منها الوراثية؛ أما البصمة مشتقة من البُصْم، وهو فوت ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر، يقال ما فارقتك شبرا، ولا فتراً، ولا عتباً، ولا رتباً، ولا بصماً. ورجلٌ ذو بَصْم أي غليظ البصم⁽²⁾.

1 - السرخسي، المبسوط، ج 17، ص 83؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج 03، ص 455.

2 - ابن المنظور، لسان العرب، ج 12، ص 50.

وبصم بصمًا، إذا ختم بطرف إصبعه. والبصمة أثر الختم بالإصبع⁽¹⁾. وتوسع في هذا المعنى حتى صارت الكلمة تستخدم في الأثر المنطبع من شيء ما على شيء آخر مما يتميز به صاحبه عن غيره⁽²⁾.

أما الوراثة فهي من الوراثة وهي من مصدر ورث وهو الانتقال، وعلم الوراثة هو العلم الذي يبحث في انتقال صفات الكائن الحي من جيل لآخر، وتفسير الظواهر المتعلقة بطريق هذا الانتقال⁽³⁾؛ وعلى ذلك يكون المقصود بالبصمة الوراثة العلامة أو الأثر أو الصفة المنتقلة من الأصول إلى الفروع⁽⁴⁾.

إصطلاحاً: البصمة الوراثة هي المادة الوراثة الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية، كما أنها وسيلة من وسائل التعرف على شخص ما، ويطلق عليه اختصاراً DNA.

كما عرّفها البعض بأنها: "الصفات الوراثة التي تنتقل من الأصول إلى الفروع، والتي من شأنها تحديد شخصية كل فرد عن طريق تحليل جزء من حامض الدنا الذي تحتوي عليه خلايا جسده"⁽⁵⁾.

أما في الإصطلاح العلمي: "هي التركيب الوراثي الناتج عن فحص الحمض النووي لعدد واحد أو أكثر من أنظمة الدلالات الوراثة"⁽⁶⁾؛ أو: "هي ما يتوارثه الأبناء عن آبائهم من صفات تحدد هويتهم بدقة وتميزهم عن غيرهم. فهي الجينات الوراثة التي تدل على هوية كل إنسان بعينه، والتي تتحكم في صفات الشخص، والتي يختص بها دون سواه، وهي الوسيلة التي تمتاز بالدقة في التحقيق من النسب البيولوجي، والتحقق من الشخصية"⁽⁷⁾.

- 1 - المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، دار المعارف، مصر، ط02، 1973م، مادة بصم، ج 01، ص 60.
- 2 - ناصر عبد الميمان، البصمة الوراثة وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 18، يناير 2003م، ص 176.
- 3 - المعجم الوسيط، مادة وراث، ج 02، ص 1024.
- 4 - حجاري محمد، المرجع السابق، ص 532.
- 5 - أبو الوفا محمد إبراهيم، مدى حجية البصمة الوراثة في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي وفي الفقه الإسلامي، بحث مقدم لمؤتمر "الهندسة الوراثة بين الشريعة والقانون"، من 05 - 07 ماي 2002م، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، ج 02، ص 685.
- 6 - محمد الكشور، البنية والنسب في مدونة الأسرة دراسة قانونية وشرعية مقارنة، مطبعة النجاح الجديدة، دار البيضاء، ط 2007م، ص 190.
- 7 - حسني محمود عبد الدايم، البصمة الوراثة ومدى حجيتها في الإثبات دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر العربي، ط 01، 2008م، ص 683؛ المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 16، مكة المكرمة، 2002م.

وعرّفها د/ سعد الدين هلالي بأنها: "تعيين هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من حمض الدنا المتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسمه"⁽¹⁾.

من هنا يتضح لنا أن البصمة الوراثية هي للدلالة على هوية الشخص انطلاقاً من عينة حمض نووي موجود في خلايا جسمه، تنتقل من الأصول إلى الفروع؛ ووسيلة تحقيق ذلك بتحليل المادة الوراثية والصفات الوراثية بأجهزة ذات تقنية عالية .

ثانياً- خصائص البصمة الوراثية: تتلخص أهم الخصائص فيما يلي:

1 - إنفراد كل شخص ببصمة لا يشاركه فيها شخص آخر في العالم إلا في حالة التوائم المتماثلة، فهي أدق وسيلة علمية تم اكتشافها لحد الآن في تحديد هوية الشخص وإثبات أو نفي الأبوة أو الأمومة بنسبة لا تقل عن 99 % وقد تصل إلى 100% في حالة النفي متى تمت بمعايير وضوابط معينة.

2- يمكن قراءة البصمات الوراثية والمقارنة بينها بسهولة ويسر - متى روعيت ظروف السلامة والحفظ - ولا تحتاج في الغالب إلى معرفة فائقة أو دقة التأمل، كما تتوافق البصمات باختلاف العينات من أعضاء الجسم.

3- قدرة الحمض لتحمل أسوأ الظروف كارتفاع الحرارة والرطوبة والتلوثات البيئية، فلا يفقد ماهيته ولو مضى عليه وقت طويل.

4- إمكانية الإحتفاظ في الكمبيوتر أو في وسائل الحفظ المختلفة، واستحضارها كلما دعت الحاجة لذلك.

ثالثاً- ضوابط إجراء تحليل البصمة الوراثية: لضمان سلامة نتائج البصمة الوراثية، ذكر الفقهاء المختصون بعض الضوابط لا بد من توافرها؛ وهي كالاتي:

1- أن تكون مختبرات التحاليل تابعة للدولة وتحت رقابتها وإشرافها، ومنع القطاع الخاص من إجراء عمليات الفحص والمتاجرة فيها، وأن لا تكون هذه المخابر للربح .

1 - سعد الدين مسعد هلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية دراسة فقهية مقارنة، مجلس النشر العلمي، لجنة التأليف والتعريف والنشر، جامعة الكويت، ط01، 2001م، ص 35.

2- أن يكون إجراء تحليل البصمة الوراثية تحت إشراف القضاء بانتدابه لأهل الخبرة، سداً لباب التلاعب وعدم ترك ذلك لإختيارات الأشخاص، ويكون ذلك في مختبرات متخصصة ومعتمدة وموثوق بها، لضمان صحة النتائج وحيادها، على أن تؤخذ الإحتياطات اللازمة وسرية المعلومات الطبية الوراثية، لتعاملها في الجينات البشرية، وهو ما أشارت إليه المادة 40 / 2 من ق- أ، من أنه يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب؛ ويمكن للنيابة العامة أيضاً طلب اللجوء إلى تحليل البصمة الوراثية في قضايا التنزع على النسب طبقاً 03 مكرر من ق- أ⁽¹⁾.

3- أن تكون هذه المختبرات والمعامل الفنية مزودة بالتقنيات والمواصفات العلمية والمعملية المعتبرة محلياً وعالمياً.

4- أن يكون جميع القائمين على العمل في المختبرات الخاصة بتحليل البصمة الوراثية، سواء كانوا من خبراء البصمة الوراثية، أو من المساعدين لهم في أعمالهم المخبرية، ممن تتوفر فيهم أهلية قبول الشهادة، كما في القائف، إضافة إلى معرفتهم وخبرتهم في مجال تخصصهم الدقيق في المختبر.

5- توثيق كل خطوة من خطوات تحليل البصمة الوراثية بدءاً من نقل العينات إلى إجراء الفحوصات المخبرية المتعددة، وانتهاءً بظهور النتائج؛ حرصاً على سلامة تلك العينات وضماناً لصحة نتائجها، مع حفظها للرجوع إليها عند الحاجة⁽²⁾.

6- إجراء التحاليل بطرق متعددة، ومن عينات مختلفة لإمكان المقارنة، ضماناً لصحة النتائج قدر الإمكان.

فإذا توفرت هذه الضوابط والشروط في خبراء البصمة الوراثية وفي المختبرات ومعامل تحليل البصمة الوراثية، فإنه لا مجال للتردد فيما يظهر في مشروعية العمل بالبصمة الوراثية واعتبارها طريقاً من طرق المعتبرة لإثبات النسب كالقيافة، إن لم تكن أولى منها⁽³⁾.

رابعا- حالات استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب: تتمثل حالات استخدام البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب فيما يلي :

1 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ج 01، المرجع السابق، ص 398.

2 - رشيد عمري، المرجع السابق، ص 394.

3 - علي محي الدين القره داغي؛ علي يوسف الحمدي، فقه القضايا الطبية المعاصرة، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط03، 2008م، ص 363.

- 1- مجهول النسب واللقيط الذي يتنازع فيه أكثر من شخص للاستلحاق به، فهنا يمكن استعمال البصمة الوراثية لترجيح أحدهم على الآخر .
- 2- تستعمل البصمة الوراثية للإثبات والنفي في حالات ادعاء القرابة بغرض الإرث بعد وفاة شخص الموروث .
- 3- في حالة تبادل المواليد في المستشفيات، حيث يحدث الخلط واللبس، وحينئذ تعرض الحالات المشتبه فيها على البصمة الوراثية لإعادة المياه إلى مجاريها الطبيعية فتثبت نسبة كل مولود إلى والديه⁽¹⁾.
- 4- تستعمل البصمة الوراثية لمنع الوصول إلى اللعان، حينما يشك الزوج في نسب ولده شكاً كبيراً لأي سبب كان، حينئذ تعرض المحكمة المرأة و الرجل اللجوء إلى استخدام البصمة الوراثية فإذا كانت النتيجة ايجابية ينتهي أمر الشك، أما إذا كانت سلبية فلا ينتفي النسب إلا باللعان .
- 5- انتفاء الأدلة أو تعارضها، أو كان التنازع في الوطاء بشبهة من رجلين لامرأة، وقد ذكر الفقهاء صوراً كثيرة مثل هذين النوعين، فتكون البصمة الوراثية مرجحاً لعدم وجود ما يرجح سواها⁽²⁾.
- 6- التحقق من شخصية مدعي الانتساب إلى شخص آخر لا يقره ولا ينكره، مثال فقدان الأطفال أو ضياع لأي سبب من الأسباب، فيعجز ذووه من إيجادهم، وقد يظهر الشخص بعد سنوات وتغيرت ملامحه وشكله بالكلية فيدعي نسبه إلى عائلة ما، أو يكون المدعون كثيراً ولا بينة لهم، فيشتبه الأمر، فتكون البصمة الوراثية هي الوسيلة المناسبة للتحقق من النسب⁽³⁾.
- 7- حالات ضياع الأطفال واختلاطهم، بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب وتعذر معرفة أهلهم، أو وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحرب والمفقودين، فالبصمة الوراثية تمكننا عن طريق أخذ عينات من الجثث وتحليلها، ومعرفة الأنماط الجينية لها، ثم الاستدلال على تلك الجثث من ذويهم بمقارنة الأنماط الجينية للأقارب وتلك الجثث؛

1 - علي محي الدين القره داغي، د. علي يوسف المحمدي، المرجع السابق، ص 365.

2 - محمد حجاري، المرجع السابق، ص 542.

3 - عبد الهادي الحسين الشبيلي، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب نظرة شرعية، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، عدد 35 مارس 2003 م، ص 390.

خامساً- التكييف الفقهي للبصمة الوراثية: تعتبر مسألة البصمة الوراثية ومدى الاحتجاج بها في إثبات النسب من القضايا المستجدة التي اختلف فيها فقهاء العصر إلى رأيين، رأي يجيز إثبات النسب بها، ورأي آخر لا يجيز ذلك.

الرأي الأول- الرأي الذي يجيز إثبات النسب بالبصمة الوراثية: ذهب فريق من الفقهاء المعاصرين⁽¹⁾، إلى القول بجواز إثبات النسب بالبصمة الوراثية وذلك تخريجاً على مذهب جمهور الفقهاء القائلين بجواز اللجوء إلى القیافة عند النزاع على النسب أو عند تعارض البيّنات أو تساوي الأدلة في ذلك⁽²⁾.

واستدل أصحاب هذا الرأي بأن البصمة الوراثية تفوق جميع الطرق الظنية في إثبات النسب (القیافة، الشهادة) من حيث درجة الوصول إلى الحقيقة، وذلك لاستنادها على ضوابط علمية (المورثات الجينية).

وبما أن البصمة الوراثية تؤدي إلى إظهار الحقيقة بصفة قطعية وجازمة، فإنه يمكن القول أن هذه تقنية تعتبر بيئة صالحة لإثبات النسب، ولو منعنا العمل بها فإننا نكون بذلك قد حرّمنا المكلفين من

1 - ناصر عبد الميمان، ج 02، ص 612؛ وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، ج 02، ص 513؛ وهذا الرأي هو ما أخذ به دار الإفتاء المصرية ودار الإفتاء التونسية ومجمع الفقه برابطة العالم الإسلامي في قراره السابع في دورته السادسة عشر المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة 21 - 1422/10/26 هـ، وكذا الندوة الفقهية المنبثقة عن المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في دورتها الحادية عشرة بالكويت بتاريخ 1998/10/03.

2 - إن مدى تماشي فكرة الأخذ بالبصمة الوراثية كدليل في مجال إثبات أو نفي النسب مع مبادئ الشريعة الإسلامية كان معروفاً في الفقه الإسلامي بأسلوب القیافة وذلك بالنظر إلى وجود الشبه بين الشخصين لمعرفة ابنيهما نسبة في البنوة أم لا؛ وقد وجد في الفقه الإسلامي اتجاهان بشأن الأخذ بالقیافة في مجال إثبات النسب، فيتشدد القائلون بالأخذ بها وهم جمهور الفقهاء ويؤكدون أن القیافة علم صحيح يجب القضاء به في الأنساب، لأنها لو كانت غير ذلك، لما أقر بها الرسول صلى الله عليه وسلم.

أما الحنفية فيعارضون الأخذ بأقوال القائف في مجال النسب واستدلوا في قولهم هذا بأن علم القیافة يقوم على مجرد الشبه المبني على الظن والتفكير، والشبه قد يقع بين الأجانب وينتفي عن الأقارب، فيقولون أنه لا يدل على ثبوت النسب بالاعتماد على قول القائف، والواقع أنه بفحص موقف فقهاء الحنفية فإننا نلاحظ السبب الذي دفعهم لرفض الأخذ بالقیافة في مجال النسب، هو أنها تقوم على شيء من الحدس والتفكير بالاستدلال واليقين.

أما في دنيا الناس في أيامنا هذه فأسلوب القیافة قد تطور وأصبح موضوعاً لدراسات دقيقة واسعة النطاق هذا وإن العلوم الطبية الحديثة في مجال البصمة الوراثية أفادت بأنها دليل نفي أو إثبات النسب.

من هنا يتضح لنا أن فقهاء الحنفية لم يروا الاعتماد على القیافة في إثبات النسب، حيث لم تكن العلوم قد توصلت بعد إلى أن لكل شخص مميزات وراثية لا يشترك فيها مع غيره، فهذا الأسلوب العام الحديث يعتبر وسيلة إثبات يصح الاعتماد عليها، وما كان ليرفضها فقهاء الحنفية لو كانت تحت أيديهم الحقائق العلمية التي في زماننا، فهي أوثق في عصرنا للتعرف على حقيقة النسب نفيًا أو إثباتًا من أسلوب القیافة.

وخلاصة القول أن الأخذ بالبصمة الوراثية لا يعد خروجاً عن أحكام الشريعة الإسلامية؛ لمزيد من التفصيل انظر، سعد الدين مسعد هاللي، المرجع السابق، ص 102؛ محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، عدد 02، صادرة من مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ط 1996 م، ص 297.

3- من الآثار: نقل عن بعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنهم اعتبروا إثبات النسب بالشبه بقول القائف، فقد روى مالك عن سليمان يسار، أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يلط⁽¹⁾ أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام، فأتى رجلان إلى عمر رضي الله عنهما يدعي ولد امرأة، فدعا قائفاً، فنظر إليه القائف، فقال لقد اشتركا فيه جميعاً. فقال عمر: لقد ذهب بك بصرك المذاهب، وقام فضربه بالدره، ثم دعا المرأة، فقال: أخبريني خبرك، فقالت: كان هذا - لأحد الرجلين - يأتيها في إبل لأهلها فلا يفارقها حتى يظن أنه قد استمر بها حمل، ثم ينصرف عنها، فأهرقت عليه دماً، ثم خلف عليها هذا - تعني الرجل الآخر - فلا أدري من أيهما؟ فكبر القائف، فقال عمر للغلام: فيإلى أيهما شئت فانتسب⁽²⁾.

يقول ابن قدامه: "ولأن عمر قضى به بحضرة الصحابة، فلم ينكره منكر، فكان إجماعاً". ويقول الكاساني: "... ولم ينقل أنه أنكر عليه - أي على عمر - منكر، فيكون إجماعاً"⁽³⁾.

4- من القياس: استدلو من القياس بما يلي: - يجوز إثبات النسب بالبصمة الوراثية قياساً على إثباته بالقيافة، بجامع الاعتماد على الصفات المتشابهة بين الآباء والأبناء في كل، وهو قياس جلي أو قياس أولوي، الحكم فيه في الفرع (البصمة الوراثية) أولى من الأصل (القيافة) وذلك نظراً لاعتماد القيافة على الشبه الظاهر في الأعضاء، كالأرجل، وفيها كثير من الظن الغالب، بينما تعتمد البصمة الوراثية اعتماداً كلياً على بينة الخلية الجسمية الخفية، وهي تكون من أي خلية في الجسم ونتائجها تكون قطعية لكونها مبنية على الحس والواقع؛ وفي هذا يقول الشريبي: "ولو أحقه قائف بالأشباه الظاهرة، وآخر بالأشباه الخفية، كالخلق وتشاكل الأعضاء، فالتالي أولى من الأول، لأن فيه زيادة حذق وبصيرة"⁽⁴⁾.

وعليه يمكن أن تكون البصمة الوراثية أولى من القيافة في مجال إثبات النسب.

1 - لأط الشيء بالشيء - لو: لصق به. المعجم الوجيز، حرف اللام، ص 568.

2 - الصنعاني، سبل السلام، ج 04، ص 1493.

3 - الكاساني، بدائع الصنائع، ج 06، ص 244.

4 - الشريبي، مغني المحتاج، ج 04، ص 491.

أ - يجوز إثبات النسب بالبصمة الوراثية قياساً على الخبرة⁽¹⁾ التي أجاز الفقهاء العمل بها في العبادات والمعاملات والنكاح⁽²⁾ بجامع الاعتماد على رأي أهل الخبرة والمعرفة.

ب - اتفق الفقهاء على جواز إثبات الشخصية بوسائل مستحدثة كبصمة الأصابع وتوقيع الخطوط والصور الشمسية، ولم ينكر ذلك أحد من أهل العلم والفقهاء، فصارت بذلك نوعاً من الإجماع العملي الذي تثبت به الأحكام الشرعية، نظيره ما قاله فقهاء الحنفية في عقد الاستصناع⁽³⁾ بأنه ثبت بالإجماع العملي من الأمة، فيصبح إثبات النسب بالبصمة الوراثية قياساً عليها، بجامع عدم التشابه والتطابق؛ بل إن البصمة الوراثية أقوى منها في الإثبات، وذلك لاحتمال تعرض تلك الوسائل للتزوير والتلف بمرور الزمن، خلافاً للبصمة الوراثية القائمة على الثبات وعدم التأثير بعوامل الزمن وحالات الطقس، كما أنها غير قابلة للتزوير، فكان قياسها على بصمة الأصابع والخطوط والصور الشمسية ومن باب القياس الجلي⁽⁴⁾.

5- من المعقول: واستدل بحجية البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب بالمعقول بما يلي: أن أصول الشرع وقواعده يقتضي اعتبار الشبه في حقوق النسب، والشارع متشوف إلى اتصال الأنساب وعدم انقطاعها، ولهذا اكتفى في ثبوتها بأدنى الأسباب من شهادة المرأة الواحدة على الولادة، والدعوى المجردة مع الإمكان، وظاهر الفراش، فلا يستبعد أن يكون الشبه - الذي تقوم عليه البصمة الوراثية - الخالي عن سبب مقاوم له كافياً في ثبوته⁽⁵⁾.

1 - **الخبير هو:** كل شخص له دراية خاصة بمسألة من المسائل، وقد يستدعي التحقيق فحص مسألة يستلزم فحصها كفاية فنية أو علمية خاصة لا يشعر المحقق بتوافرها في نفسه، فيمكنه أن يستشير فيها خبيراً، كما احتاج الأمر إلى فحص سبب الوفاة في جريمة قتل أو تحليل مادة طعام في جريمة تسمم، أو غير ذلك؛ د. رمزي رياض عوض، نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي دراسة فقهية مقارنة، دار النهضة العربية، ط 1997م، ص 30 وما يليها.

2 - ومن أمثلة ذلك في العبادات: تعيين جهة القبلة في الصلاة وهلال شهر رمضان. أما في المعاملات: كمعرفة عيوب الثياب، وحرص الثمار، وتقويم المتلفات والجوائح. أما في النكاح: كمعرفة عيوب الزوج والزوجة في النكاح.

3 - الاستصناع هو: عقد وارد على العمل والعين في الذمة، ملزم للطرفين إذا توافرت الأركان والشروط، وهي بيان جنس المستصنع، ونوعه، وقدره، وأوصافه المطلوبة، وأن يحدد فيه الأجل. (انظر: قرارات مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمر السابع بجدة في المملكة العربية السعودية في الفترة ما بين 07 إلى 12 ذي القعدة 1412هـ، المرافق لشهر مايو 1992م).

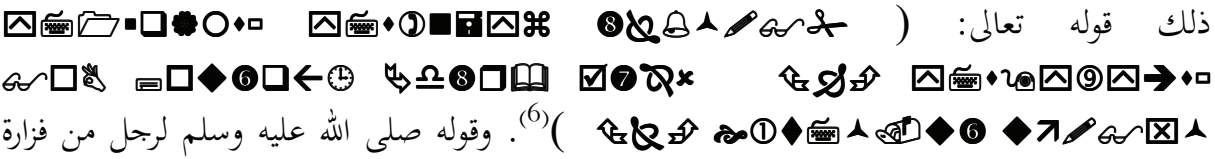
4 - محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 01، 2001م، ص 264.

5 - الشربيني، مغني المحتاج، ج 04، ص 489؛ ابن القيم الجوزية، زاد المعاد، ج 05، ص 419؛ الأزهرى، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، ج 02، ص 139.

6- أن البصمة الوراثية يمكن أن تؤكد بيقين إثبات النسب أو نفيه بنسبة 100% والخطأ فيها ضئيل جداً، إن لم يكن مستحيلاً⁽¹⁾.

أما احتمال الخطأ والتشكيك في نتائج البصمة الوراثية فوارد ما دام هناك تدخل من البشر⁽²⁾.

الرأي الثاني:- الرأي الذي لا يجيز إثبات النسب بالبصمة الوراثية: إن البصمة الوراثية إن كانت قطعية الدلالة على مضمونها، فإنه يجوز الحكم بها لنفي النسب دون إثبات من الأب، لأن تطابق الجينات الوراثية بين الابن وأبيه، قد ينتج عن علاقة غير مشروعة (سفاح) وبالتالي لا تكون دليلاً لإثبات النسب. أما إذا لم تكن قطعية الدلالة، فلا يجوز الأخذ بها في إثبات النسب ولا في نفيه⁽³⁾، وهذا الرأي هو الذي ذهبت إليه وزارة الأوقاف الكويتية وبعض العلماء المعاصرين⁽⁴⁾.

فالقول عند هؤلاء هو عدم اعتبار البصمة الوراثية وسيلة لإثبات النسب، والظاهر أنهم تأثروا بما ذهب إليه فقهاء الحنفية من عدم جواز إثبات النسب بالقيافة، لأن الشرع حصر دليل النسب في الفراش، وغاية القيافة إثبات المخلوقية من الماء لا إثبات الفراش، فلا تكون حجة في إثبات النسب⁽⁵⁾، ودليلهم في ذلك قوله تعالى: () وقوله صلى الله عليه وسلم لرجل من فزارة عندما أخبره بأن زوجته ولدت له غلاماً اسود، فقال له: "هل لك من إبل" قال الرجل نعم، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "فما ألوانها"؟ قال: حمر. "فهل فيها من أورك" قال: نعم إن فيها لورق. قال: "فأني لها ذلك"؟ قال: عسى أن يكون نزعة عرق، قال: "وهذا عسى أن يكون نزعة عرق"⁽⁷⁾.

1 - سعد الدين مسعد هلاي، المرجع السابق، ص 273؛ واعترض على هذا الاستدلال بان النظريات العلمية من طيبة وغيرها مهما بلغت من الدقة والقطع بصحتها في نظر المختصين، إلا أنها تظل محل شك ونظر، لما علم بالاستقراء للواقع أن بعضها التي كان يجرم الأطباء بقطعتها أصبحت ضرباً من الخيال؛ عمر السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية، ص 27.

2 - وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، ج 02، ص 513؛ عمر السبيل، المرجع السابق، ص 27.

3 - حسني محمود عبد الدائم، المرجع السابق، ص 724.

4 - ومنهم أحمد حجي الكردي، و الشيخ عبد المنيع، قوليهما في أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية، ج 01، ص 512 - 526.

5 - السرخسي، المبسوط، ج 17، ص 70.

6 - سورة الانفطار، الآيتان 07 - 08.

7 - صحيح البخاري، المرجع السابق، ج 06، حديث رقم 6884، ص 2667.

ففي الآيتين الكريمتين أن الله عز وجل خلق الإنسان وركب شكله على الصورة التي يريدتها سبحانه وتعالى وليست على قاعدة التشابه بين الولد وأصوله ولو كان الإنسان يشبه أباه باطراد، لكان الناس كلهم على شبه صورة أبيهم آدم عليه السلام⁽¹⁾.

أما في الحديث الشريف أن النبي صلى الله عليه وسلم قد ألغى الشبه الذي تقوم عليه البصمة الوراثية في الحاق النسب، ولو كان الشبه دليل إثبات للنسب لما اثبتته الرسول صلى الله عليه وسلم مع انتفائه.

ومن أدلة هذا الرأي أن البصمة الوراثية ليست من الأدلة الشرعية القطعية، وإنما هي قرينة - من القرائن - وتخضع لتقدير القاضي بل أن القائمين عليها لم يصلوا فيها على درجة اليقين، فلا ينبغي ان تبني عليها أحكام بالحل والحرمة⁽²⁾.

واعترض على هذا الاستدلال بعدم وجود مانع لاستخدام هذه الوسيلة التي تلقتها الأمة بالقبول لدقة نتائجها، ولو منعنا العمل بها، لكنا قد حجرنا على المكلفين في إثبات دعاواهم بوسيلة علمية مؤكدة النتائج وهو أمر يتنافى مع مقاصد الشريعة الإسلامية⁽³⁾.

ومن الأدلة أيضاً أن القيافة تعتمد على الشبه، وهو أمر مدرك بالحس، فإن حصل بالمشاهدة فلا حاجة إلى القائف "البصمة الوراثية" وإن لم يحصل بالمشاهدة، لم يقبل إثبات النسب بها، لأنها تدعي أمراً غير مشاهد ولا يدرك بالحس. كما يرون أن العمل بالقيافة يؤول على مجرد الشبه، والشبه قد يقع بين الأجانب الذين لا تربطهم صلة قرابة، وقد ينتفي الشبه بين الأقارب. ولما كانت البصمة الوراثية تعتمد على الشبه في إثبات النسب، فإنه يسقط الاستدلال بها تبعاً لذلك .

كما أن نتيجة البصمة الوراثية قد لا تكون دقيقة، أو غير قطعية، ومن ثم فلا يصح الأخذ بها كالوسيلة لإثبات النسب لأنها وسيلة ظنية، وأنها ليست من البيانات الشرعية⁽⁴⁾.

الترجيح: وفي الأخير يمكن القول إنه رغم أن ما استدل به المانعون لاستخدام البصمة الوراثية كوسيلة في إثبات النسب، إلا أنني أميل مع رأي الجمهور وبطلان رأي مخالفهم، وذلك لأن أصحاب الرسول صلى الله

1 - أنور محمود دبور، إثبات النسب بطريق القيافة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة العربية بالقاهرة، عام 1985م، ص 40.

2 - وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية، المرجع السابق، ص 513، 529؛ عمر السبيل، المرجع السابق، ص 27.

3 - ناصر عبد الله الميمان، المرجع السابق، ص 214.

4 - حسني محمود عبد الدائم، المرجع السابق، ص 730 - 732.

عليه وسلم اعتبروا إثبات النسب بالشبه بقول القائف، فإذا كانت القيافة تعتمد على الشبه، فالبصمة الوراثية تفوق جميع الطرق الظنية في إثبات النسب مثل القيافة من حيث درجة الوصول إلى الحقيقة. وفي هذا يقول د/ سعد الدين مسعد هلالى: "وجاءت البصمة الوراثية بالمشاهدة الحقيقية للصفات الوراثية القطعية، دون ما كشف للعوورة، أو مشاهدة لعملية الجماع بين الزوجين، ودون ما تشكك في ذم الشهود أو المقرين أو القافة لأن الأمر يرجع إلى كشف آلي مطبوع مسجل عليه صورة واقعية حقيقية للصفات الوراثية للإنسان، والتي تتطابق في نصفها مع الأم الحقيقية، ونصفها الآخر مع الأب الطبيعي، فهل بعد ذلك يجوز أن نلتجىء لأدلة الظن ونترك دليل القطع؟"

إن وسائل إثبات النسب أموراً تعبدية حتى نتحرج من تأخيرها بعد ظهور نعمة الله تعالى بالبصمة الوراثية، ولن نهملها في الحقيقة لأنها حيلة المقل، فإذا لم تيسر الإمكانيات لتعميم البصمة الوراثية فليس أمامنا بد من الاستمرار في تلك الوسائل الشرعية المعروفة"⁽¹⁾.

كما أوصت ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري بالكويت بخصوص البصمة الوراثية بأنها: "لا ترى حرجاً شرعياً في الاستفادة من هذه الوسيلة بوجه عام في إثبات النسب المجهول نسبه بناء على طلب الأطراف المعنية مباشرة بالأمر، فهي ترقى إلى مستوى القرائن القطعية التي يأخذ بها جمهور الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية"⁽²⁾.

سادساً - منزلة البصمة الوراثية من أدلة النسب: إن الشريعة الإسلامية لا تمنع بالأخذ بالمكتشفات العلمية الحديثة، على غرار البصمة الوراثية التي تعتبر تحديداً علمياً قد مس حياة الفرد والجماعة على السواء، وذلك مادامت أنها لا تخالف مقاصد الشريعة الإسلامية.

وقد سبق وأن قلنا وسائل الإثبات النسب عند الفقهاء، وهي الفراش، والبينة والإقرار والقيافة، فإذا كانت هذه الأدلة لا تفيد في الدلالة على النسب إلا الظن، وكانت البصمة الوراثية تفيد القطع واليقين في الدلالة على نسب شخص إلى أبيه أو نفيه عنه، فما منزلة البصمة الوراثية من هذه الأدلة، وقد اختلف فقهاء في هذه المسألة على النحو الآتي:

1 - سعد الدين مسعد هلالى، المرجع السابق، ص 315، 316.

2 - علي محي الدين القره داغي؛ علي يوسف الحمدي، المرجع السابق، ص 357 - 358.

الرأي الأول: البصمة الوراثية تصلح أن تكون مانعاً من قبول طرق أثبات النسب التقليدية، فإذا ما تعارض دليل من أدلة الإثبات التقليدية مع البصمة الوراثية، كان هذا دليلاً على عدم صحة التمسك بوسيلة الإثبات تلك، فيكون مانعاً من الأخذ؛ وهو رأي بعض فقهاء العصر⁽¹⁾ على غرار د/ سعد الدين مسعد هلاللي؛ وذلك بقوله: "والبصمة الوراثية تعد في نظري حكماً حسياً، لكونها مشاهد حقيقية، يجب ألا يعارضها سائر الأدلة، فهي في حكم الشرط للأخذ بالأدلة المعروفة - الفراش والبينة والإقرار - إذا كان الأمر يتعلق بتحديد الهوية"⁽²⁾.

والبصمة الوراثية عنده تدور بين أن تكون سبباً وشرطاً ومانعاً، وأن أدلة إثبات النسب ظنية، وقد اشترطت الشريعة لقبولها ألا يعارضها الحس والعقل، و استدل بذلك بنصوص الفقهاء في الدلالة على ذلك:

1- الفقهاء قالوا بقبول الإقرار بنسب مجهول النسب بشرط أن يصدقه العقل، فلا يقبل إقرار بسنن ولد مثله في السن، أو أقل منه بسنة أو سنتين.

ومن هنا قال: إن البصمة تمثل شرطا لقبول الفراش والبينة والإقرار، كالدليل الحسي وتكون مانعاً شرعياً من قبول كل ما وضع له شرط موافقة الحس في تحديد الهوية الشخصية إذا تعارضت البصمة معه⁽³⁾.

2- ادعاء النسب بالفراش الشرعي مردود إذا لم يصدقه الحس، كما لو أن المرأة أتت بالولد في مدة أقل من ستة أشهر من يوم زواجها، أو أتت به والزوج صغير غير بالغ، فإن الولد لا ينسب إلى الزوج اتفاقاً ولا عبرة بدليل الفراش⁽⁴⁾.

الرأي الثاني: وهو قول الجمهور من فقهاء العصر، وهو أن البصمة الوراثية ترقى إلى مستوى القيافة، وتقدم عليها أدلة إثبات النسب المعروفة في الشريعة الإسلامية، فتثبت الأبوة بالفراش الذي هو العلاقة الزوجية، كما تثبت الأمومة بالولادة المشهودة أو المقر بها، كما تثبت بالإقرار والبينة، وهذه هي الأدلة الرائدة على

1 - ومنهم الفقهاء الذين حضروا ندوة: "مدى حجية استخدام البصمة الوراثية لإثبات البنوة"، والتي انعقدت بالكويت في 1421هـ - .

2 - سعد الدين مسعد هلاللي، المرجع السابق، ص 239.

3 - سعد الدين مسعد هلاللي، المرجع نفسه، ص 229 - 334.

4 - سعد الدين مسعد هلاللي، المرجع نفسه، ص 229.

بقية الأدلة الأخرى، فإذا وجدت كلها أو بعضها كانت مقدمة على البصمة الوراثية، ولا يصار إلى البصمة إلا عند التنازع، لأن لها حكم القيافة⁽¹⁾؛ و استدلوها بما يلي:

1- الطرق الشرعية، الفراش والبينة والإقرار، هي وسائل للإثبات قام على اعتبارها والأخذ بها، نصوص الكتاب والسنة والإجماع، فلا يجوز أن نقدم عليها البصمة الوراثية، لأن ذلك يؤدي إلى تعطيل العمل بالنصوص الشرعية، وهدم أمر مجمع عليه بين كل الأمة.

ويرد عليه: بأن العمل بالكتاب والسنة والإجماع والتي تلقتها الأمة بالقبول، مصالح ومنافع جاءت لتحافظ عليها وترعاها، والعمل بالبصمة الوراثية، جاءت لتؤكد تلك المصالح لا لينفيها ويهدمها، فإذا ألغي العمل بها في موطن أو واقعة خاصة، فهو عمل بجوهر ما جاءت به تلك الأدلة في هذا الباب، والبصمة تراعي كل انزلاق قد يقع أثناء تطبيق تلك النصوص⁽²⁾.

2- العمل بالبصمة الوراثية، كأساس لإثبات النسب، فيه كشف للمستور وفيه تنقيب عن دخائل الناس، وفيه من الفاسد والمخاطر ما لا تحمد عقباه، وخاصة عند وقوع الزوجة في غلط.

ويرد عليه: العمل بالبصمة الوراثية محمي بشروط منها، السرية التامة عند إجراء الاختبارات، كما أنها لا تستعمل إلا عند الضرورة.

3- الأخذ بالبصمة الوراثية هو قياسها على القيافة، فغاية الأمر أن تأخذ حكمها وتنزل منزلتها.

ويرد عليه: بأنه لا يسلم أن البصمة تقاس على القيافة، إذ أن القيافة لا تفيد إلا الظن، بخلاف البصمة الوراثية التي تفيد اليقين والقطع .

4- إن الشارع يتشوف إلى إثبات النسب بأدنى الأسباب، ولا ينفي إلا بأقوى الأدلة، وفي العمل بالبصمة الوراثية مقابل وسائل الإثبات التقليدية تفويت للعمل بهذه القاعدة.

1 - وهبة الزحيلي، قضايا الفقه والفكر المعاصر، دار الفكر، دمشق، ط1، 01، 2006م، ص 430.

2 - رشيد عمري، المرجع السابق، ص 400.

ويرد عليه: بأن الأنساب يتشوف إليها عند وقوع شبهة أو التباس في النسب، وأما عند القطع بنفي النسب فلا إلحاق، فابن الزنا لا ينسب إلى أبيه عند الإقرار به، ولا يقال يلحق به تشوفا إلى تمتيع الطفل بنسب يحتمى به⁽¹⁾.

الترجيح: إن جمهور الفقهاء يقدمون وسائل إثبات النسب الشرعية والمستندة في أصلها إلى الكتاب والسنة والإجماع؛ وذلك لأنهم جعلوها من باب التعبد، لذا أغلقوا الباب أما تقديم البصمة الوراثية ولو كانت أقوى من غيرها، كما أنهم جعلوا البصمة الوراثية في منزلة القيافة، ومعلوم أن القيافة متأخرة عن الفراش والبينة والإقرار، وأنه معمول بها في قضايا التنازع على النسب.

كما لا يخفى وجاهة الرأي الأول، وأن نتيجة البصمة الوراثية لا تعلق عليها أي نتيجة مهما كانت، فهي تنفيذ القطع واليقين، عكس بقية وسائل الإثبات الأخرى المبينة على غلبة الظن فقط.

من هنا يتضح لي رجحان رأي الجمهور، ونعمل بوسائل الإثبات الشرعية المعروفة كأصل العام؛ أما في حالة الجحود والتنازع في نسب الولد، سواء بين الزوجين أو غيرهما من الأقارب، فحينئذ يجوز للقاضي أن يأمر للأخذ بالبصمة الوراثية كعنصر قطعي في المسألة لتثبت من نسب الولد.

كما أنه لا يجوز أن نتوسع للأخذ بالبصمة الوراثية ولا نستعملها إلا عند الضرورة، ونعود إلى طرق إثبات النسب التقليدية.

سابعاً - دلالة البصمة الوراثية على نفي النسب: اهتمت الشريعة الإسلامية بإثبات النسب ووضعت له شروطاً وضوابط شرعية، متى توافرت ثبت بها النسب فلا ينفك، كما لم يقل اهتمامها بنفيه أيضاً حيث جعلت للزوج مخرجاً متى خشي أن يلحق به من ليس من صلبه، ولم يكن ذلك على الإطلاق، بل وضعت له شروطاً وضوابط شرعية متى اختل أحدها لم يكن للنفي معنى، فكان للنفي طريق واحداً فقط، وهو اللعان.

وإذا كان اللعان هو الوسيلة الوحيدة في نفي الزوج ولده عن نفسه، فالداعي إلى ذلك أمور متعددة، وهذا لا يعني أن سبب اللعان حق وصواب، فقد ينفي الزوج ولده للفارق الكبير في الشبه بينهما، وقد يكون مجرد الشك أو اتهام لزوجته وهي بريئة .

1 - سعد الدين مسعد هلال، المرجع السابق، ص 77 - 78.

ويعتبر اللعان أحد الطرق المشروعة لنفي النسب، طبقاً لأحكام المادة 41 من ق- أ، باعتباره الوسيلة الشرعية الوحيدة التي قال بها فقهاء الشريعة الإسلامية، فهل يصح نفي النسب بالطرق العلمية إذا جاءت النتائج تؤكد ذلك ويكتفي بها، أم لا بد من إجراء اللعان أيضاً؟ وأمام عدم ورود نص صريح في قانون الأسرة فلا بد من تطبيق المادة 222 من ق- أ، التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد بشأنه نص، وبالرجوع إلى الفقهاء المعاصرين نجد هناك رأيين في مسألة نفي النسب بالطرق العلمية دون اللعان.

الرأي الأول: يجوز الاستغناء عن اللعان بنتيجة البصمة الوراثية، وذلك إذا تيقن الزوج أن زوجته لم تحمل منه، لأنه استبرأها ولم يمسه بعد ذلك وظهر بها حمل، وحينئذ ينظر إلى الوضع، ثم يلجأ إلى البصمة الوراثية فإن أثبتت بأنه ليس منه؛ فهنا يجوز الاستغناء عن اللعان، وهذا ما ذهب إليه الشيخ يوسف القرضاوي والشيخ عبد الله محمد عبد الله والمختار السلامي وسعد الدين مسعد هلالى⁽¹⁾.

غير أن سعد الدين مسعد هلالى يرى أن من حق الزوجة المطالبة باللعان لنفي الحد عنها، لاحتمال أن يكون حملها بسبب وطء بشبهة؛ استدلت أصحاب هذا الرأي بما يلي:

1 - قوله تعالى: () ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَزَوَّجْتُمْ فَلَا تَكُنُوا كَمَا كُنُوا قَبْلَ ذَلِكَ لَا يَتْرِكُ الْوَالِدُ وَالْوَالِدَاتُ مَا أَرَسْنَ وَإِذَا تَزَوَّجْتُمْ فَلَا تَكُنُوا كَمَا كُنْتُمْ قَبْلَ ذَلِكَ لَا يَتْرِكُ الْوَالِدُ وَالْوَالِدَاتُ مَا أَرَسْنَ وَإِذَا تَزَوَّجْتُمْ فَلَا تَكُنُوا كَمَا كُنْتُمْ قَبْلَ ذَلِكَ﴾⁽²⁾، اشترطت عدم وجود الدليل الشرعي لدى الزوج حتى يمكن اللعان، مما يدل على أن الزوج إذا كان له دليل قاطع يشهد على أن الولد ليس منه فلا يلاعن.

واعترض بأن في لفظة الآية ما يضعف هذا الاستدلال: "ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم". ولا يمكن اعتبار البصمة الوراثية من الشهداء.

وقد رد بأن القرينة القاطعة تقوم مقام الشهادة في ثبوت الحد، كما هو رأي طائفة من الفقهاء⁽³⁾؛ وبالتالي لو اعتبرنا البصمة قرينة فإنها تكون مؤيدة لدعوى الزوج⁽¹⁾.

1 - سعد الدين مسعد هلالى، المرجع السابق، ص 351 - 352.

2 - سورة النور، الآية 06.

3 - ابن القيم، زاد المعاد، ج 05، ص 105.

2 - إن ما يبلغه إختبار البصمة الوراثية من وجود علاقة نسبة بين الابن وأبيه، كما يقرره أهل الاختصاص يقيني وقطعي، وهو أقوى من الشهادة التي لا تبلغ أن تتجاوز الظن بالصدق.

الرأي الثاني: الذي لا يجيز الاكتفاء بنتيجة البصمة الوراثية عن اللعان في نفي النسب، فضلا أن تتقدم عليه، وهو رأي أغلب الفقهاء المعاصرين.

حيث يقول الزحيلي: ".. وأما نفي النسب، كنفي نسب ولد من زوجته، بأيمان اللعان الخمسة المعروفة، فيقدم في شرعنا على غيره كالقيافة والبصمة الوراثية، لأن هذين الطريقتين لا يلجأ إليهما إلا عند الحيرة أو جهالة النسب، فإن حسم الأمر بطريق شرعي صحيح، فلا حاجة لغيره"؛ ويقول علي محي الدين القره داغي: " لو فتح هذا الباب - نفي النسب بالبصمة الوراثية - لأدى ذلك إلى حالات خطيرة من حيث استسهال هذا اللجوء، والتساهل في نفي النسب الذي يعتبر الحفاظ عليه من الضروريات.." (2)؛ من الأدلة التي استدلت بها هذا الفريق ما يأتي:

1 - البصمة الوراثية مقيسة على القيافة، فتأخذ حكمها، والقيافة تعتمد على الشبه، وقد أهدر النبي صلى الله عليه وسلم الشبه مقابل اللعان. وقال: " لولا الأيمان لكان لي معها شأن" (3). فاللعان سبب أقوى من الشبه، قاطع للنسب.

2 - اللعان تترتب عليه آثار، غير انتفاء الولد ودرء الحد، بخلاف البصمة الوراثية التي تنفي أو تثبت الولد فقط.

3 - اللعان حكم شرعي ثابت بالكتاب والسنة والإجماع، وله صفة تعبدية في إقامته، فلا يجوز إلغاؤه وإحلال البصمة الوراثية محله، كما لا يجوز أن مساواته وسيلة أخرى مهما كانت دقيقة.

4 - الشريعة الإسلامية شددت في اللعان ووضعت له شروطا وضوابط، لا يقدم عليه بشكل عبثي، كالرغبة في قذف الزوجة، أو نفي الولد، بل لا يلجأ إليه إلا عند الضرورة، وبذلك يقع الستر في الأعراس.

1 - بورقة سفيان بن عمر، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته، دراسة فقهية تحليلية، كنوز إشبيلية، الرياض، ط1، 01، 2007 م، ص 377.

2 - علي محي الدين القره داغي، علي يوسف الحمدي، المرجع السابق، ص 356؛ بورقة سفيان بن عمر، المرجع السابق، ص 372.

3 - البيهقي، السنن الكبرى، باب: الزوج يقذف امرأته، ج 07، الحديث رقم 15686، ص 394.

ويرى البعض أنه يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في تقليل نسبة اللعان، واعتمدها كقرينة، فإنه يحسن الاستعانة بها كقرينة قد تحمل الزوج على العدول عن اللعان فيما إذا أثبتت التحليل أن الولد من صلبه، وهذه مصلحة شرعية يتشوف إليها الشارع، لما فيها من درء مفسد اللعان⁽¹⁾.

الترجيح: بعد عرض أدلة كل رأي، يظهر لنا أن لكل رأي جانب من الصواب فنتائج البصمة الوراثية قطعية لا يمكن الإعراض عنها ولا تجاهلها، واللعان حكم شرعي ثابت بالقرآن والسنة النبوية والإجماع، وعليه يمكن لنا قول بأن نجتمع بين الرأيين، حيث تكون البصمة الوراثية كقرينة قوية يمكن الاستفادة منها في حالات نفي النسب، إلا أنها لا تحل محل اللعان في نفي النسب، فللقاضي وإعمالا لسلطته التقديرية أن يأمر الزوجين والطفل المتنازع في شرعية نسبه، إلى إجراء اختبارات البصمة الوراثية للتأكد من صحة دعوى الزوج من عدمها، وهذا إما استجابة لطلب واتفق الخصمين معا أو بطلب من الزوجة وحدها، أو من طرف القاضي.

المطلب الثاني

لجوء القاضي إلى البصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه

سنتناول في هذا المطلب لجوء القاضي إلى البصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه لدى المشرع الجزائري في (الفرع الأول)؛ ثم نبين موقف المشرع المغربي والمصري في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

لجوء القاضي إلى البصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه في التشريع الجزائري

إن المشرع الجزائري لم ينص في قانون الأسرة رقم 84 - 11 نسا خاصا بالبصمة الوراثية واكتفى بما هو متعارف عليه في الفقه الإسلامي كوسائل لإثبات النسب حيث نصت المادة 40 منه: " يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون."

1 - رشيد العمري، المرجع السابق، ص 407.

إلا أنه في تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05 - 02 أضاف البصمة الوراثية كوسيلة لإثبات النسب، وذلك طبقاً لأحكام المادة 40 / 02 بقولها: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب."

من هنا فإن المشرع الجزائري يميز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، وكان الاقتراح بتحديد الطرق العلمية القاطعة تمييزاً لها عن الطرق العلمية الظنية كفحص فصيلة الدم، فهي لا ترقى بالشك إلى اليقين. والمقصود تحديداً بالطرق العلمية القاطعة هي فحص الحمض النووي للبصمة الوراثية، مع أن النص جوازي في توجيهه القاضي لإثبات النسب بهذه الطريقة العلمية.

ويتضمن ذلك أمرين، أحدهما أن إجراء خبرة التحاليل البيولوجية تتم بإشراف القاضي وتوجيهه، ولا معنى لشهادات الخبرة المقدمة من طرف الخصوم، وثانيها أن البصمة الوراثية قرينة كسائر القرائن تخضع لسلطة القاضي التقديرية مثلها مثل بقية الأدلة الفنية، ومعنى هذا أنه لا يمكن أن تقدم تلك الطريقة العلمية بأي حال من الأحوال على الأدلة الشرعية لثبوت النسب، من فراش زوجية صحيح أو فاسد أو إقرار أو بينة⁽¹⁾.

ويتضح هذا القصد من النص المادة 40 من ق-أ، في إبقائه لتلك الطرق في الفقرة الأولى للمادة، ولو كان القصد اعتبار الطريقة العلمية دليلاً شرعياً قائماً بذاته لتم إدراجه ضمن الأدلة الشرعية في الفقرة معاً، وهو ما يعني أن المشرع الجزائري يعتبرها دليلاً مساعداً وإحتياطياً يستعين به القاضي في حال فقدان الطرق الشرعية، كما هو الحال في مجهول النسب أو اللقيط أو تعارض الأدلة الشرعية.

وتعتبر الخبرة القضائية - طبقاً للقواعد العامة - بالنسبة للقاضي من المسائل التي تخضع لسلطته التقديرية، فله أن يصادق على تقرير الخبرة كما له الحكم من دونها، فهل تخضع مسألة تقدير البصمة الوراثية لإثبات النسب ونفيه للقواعد العامة؟ وما مدى سلطة القاضي في تقدير قيمتها القانونية فيما يخص إثبات النسب؟

من هنا فإن المشرع الجزائري أجاز لقاضي شؤون الأسرة اللجوء إلى استعمال الطرق العلمية في منازعات إثبات النسب أو نفيه، وذلك طبقاً لأحكام المادة 40 / 2 من ق-أ؛ وما يعاب على المشرع

1 - محمد حجاري، المرجع السابق، ص 559.

الجزائري أنه جاء بنص عام، حيث لم يوضح للقاضي لا كيفية اللجوء إلى الطرق العلمية ولا نطاق سلطته تجاهها.

وبما أن هذه الطرق تدخل ضمن المسائل التقنية، التي لا يمكن للقاضي الفصل فيها إلا بالاستعانة بأهل الخبرة المتخصصين في مجال البيولوجيا، للتوصل إلى نتائج علمية دقيقة.

من هنا فإن القاضي يلجأ للقواعد العامة للبت في مثل هذه المسائل التقنية إلى الخبرة القضائية، التي يستصدر من خلالها حكما تحضيريا قبل الفصل في النزاع بتعيين خبير مختص، يوكل له مهام اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات نسب الولد لأبيه أو نفيه، بتحديد المهام المنوطة إليه بدقة متناهية، ثم يمنحه أجلا محددًا لإعداد تقرير عن ذلك وتقديمه إلى القاضي⁽¹⁾.

وفي هذه الحالة متى أمر القاضي بإجراء خبرة البصمة الوراثية، سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم⁽²⁾، للكشف عن حقيقة النسب معقب عليه، لا بدعوى خرق القانون ولا بتجاوزه سلطته التقديرية، وله في الأخير أن يأخذ بما جاء في تقرير البصمة الوراثية أو يستبعده⁽³⁾، ولا معقب عليه في ذلك متى كان حكمه قائماً على أسباب سائغة. كما أنه له السلطة الكاملة في قبول أو رفض طلب أحد المتداعيين ندب خبير البصمة الوراثية متى كان في الأدلة القائمة في الدعوى ما يكفي لتكوين قناعته والفصل في الموضوع، وذلك عملاً بالمبدأ المستقر عليه قضاء أن محكمة الموضوع هي صاحبة السلطة الأولى والأخيرة في تقدير الأدلة والأخذ بها، ولا رقابة عليها في ذلك من المحكمة العليا.

وما تجدر الإشارة إليه في هذا المجال هو أن أمر تعيين خبير أو طلبه من أحد أو بعض الخصوم يمكن ويجوز ممارسته خلال أي مرحلة من مراحل إجراءات الدعوى حتى ولو أمام جهة الاستئناف، وإذا كان طلب تعيين الخبير مقدماً من بعض أو أحد الخصوم، فإن قاضي شؤون الأسرة غير ملزم بالاستجابة لهذا الطلب خاصة إذا رأى أنه بإمكانه أن يصل إلى الحقيقة بنفسه، اعتماداً على الأدلة المعروضة أمامه

1 - نصت المادة 128 من ق- إ- م - إ، بقولها: " يجب أن يتضمن الحكم الأمر بإجراء الخبرة ما يأتي: أ- عرض الأسباب التي بررت اللجوء إلى الخبرة، وعند الاقتضاء تبرير تعيين عدة خبراء؛ ب- بيان اسم ولقب عنوان الخبير أو الخبراء المعيّنين مع تحديد التخصص؛ ج- تحديد مهمة الخبير تحديداً دقيقاً؛ د- تحديد أجل إيداع تقرير الخبرة بأمانة الضبط".

2 - نصت المادة 126 من ق- إ- م - إ، بقولها: " يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم، تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات المختلفة".

3 - غير أنه يجب على القاضي تسبب إستبعاد نتائج الخبرة وهذا ما نصت عليه المادة 2/144 من ق- إ- م - إ، بقولها: " القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبب استبعاد نتائج الخبرة".

ودون الحاجة إلى الاستعانة بأي خبير، ويجب عليه فقط إذا قضى برفض الطلب أن يسبب رفضه بأسباب مبررة ومقبولة⁽¹⁾؛ وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 12 / 05 / 2011⁽²⁾، حيث يستنتج من ملف القضية أنه بتاريخ 18 / 09 / 2006 أقام المدعي (ب - أ) دعوى أمام محكمة غريس طالبا إسقاط نسب البنت عنه والحاقها بوالدها، كونها ولدت قبل الدخول وبعد إبرام عقد الزواج بشهر، فيما أجابت المدعى عليها طالبة إجراء التحقيق مؤكدة أن المدعي هو من قام بتسجيل البنت باسمه والتتمت رفض الدعوى واحتياطيا إجراء التحاليل، وهي الدعوى التي صدر بشأنها الحكم المؤرخ في 09 / 12 / 2006، القاضي بإسقاط نسب البنت (م - ن) عن المدعي اعتمادا على أنها ولدت بعد شهر من إبرام الزواج، وإثر استئناف المدعى عليها وتأكيدها على تعرضها للاغتصاب من المستأنف عليه، الذي حاول التهرب من المتابعة الجزائية بإبرامه لعقد الزواج وإقراره بالحمل ومطالبته المستأنف عليه بتأييد الحكم المستأنف، أصدر المجلس القرار المؤرخ في 28 / 03 / 2007 القاضي بتأييد الحكم وهو القرار المطعون فيه بالنقض".

حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة الموضوع اسقطوا نسب البنت عن المطعون ضده، اعتمادا على أن البنت ولدت بعد شهر و ثلاثة أيام من انعقاد الزواج واستنتجوا من ذلك أنه كان نتيجة علاقة غير شرعية.

وبالرجوع إلى أحكام المادة 40 من ق-أ، فإن النسب فكما يثبت بالزواج الصحيح فإنه يثبت بالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة، وبالتالي فإنه كان على قضاة الموضوع التحقق مما دفعت به الطاعنة، من أن المطعون ضده هو من قام بتسجيل البنت باسمه بعد تعرضها للاغتصاب منه، وإبرامه لعقد الزواج وفقا لنص المادة المذكور أعلاه، فضلا على أنه في حالة ثبوت أن المطعون ضده هو من قام بالتصريح لدى ضابط الحالة المدنية، وهو موظف عمومي بمقتضى وظيفته بتسجيل البنت باسمه في سجلات الحالة المدنية، فإن ذلك يعد إقرارا منه بنسب البنت طبقا لنص المادة 40 المشار إليها، وأن المقرر شرعا أن الإقرار بالبنوة المجرد والذي ليس فيه تحميل النسب على الغير، يثبت به النسب متى كان إقرارا مباشرا فيه تحميل النسب على النفس وأن الإقرار بذلك يعد حجة في ثبوت النسب متى كان إقرارا مباشرا فيه تحميل النسب على النفس وأن الإقرار بذلك يعد حجة في ثبوت النسب من المقرر، ولو ثبت بطريق آخر خلاف ذلك من حق البنت

1 - إبراهيم حسيني، أثر الدم والبصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه "دراسة مقارنة"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة معسكر، 2012 - 2013 م، ص 180.

2 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، القرار بتاريخ 12 / 05 / 2011، ملف رقم 617374، م - م - ع، عدد 01، 2012، ص 294.

في النسب، ولا يصدق المقر في التراجع عنه والمطالبة بإسقاطه مما يجعل الوجه سديداً ويتعين معه نقض القرار.

ما يتضح لنا من خلال هذه القضية أن الطاعنة قدمت طلبا احتياطيا بإجراء التحاليل، وهو الطلب الذي رفضه قضاة الموضوع، كما أن قضاة المحكمة العليا لم يستندوا على الخبرة العلمية، وإنما اعتمدوا على الإقرار في نقضهم لقرار المجلس؛ وهو ما يؤكد أن القضاة استعملوا سلطتهم التقديرية في عدم قبولهم لطلب إجراء التحاليل.

من هنا فإن تقرير خبرة البصمة الوراثية مجرد قرينة يخضع تقديرها إلى قضاة الموضوع، وإنزالها هذه المنزلة يرجع لسببين:

أولاً- السبب الشرعي: حيث يصطدم إجراء البصمة الوراثية في قضايا النسب بحصن منيع تقوم عليه أغلب أحكام النسب، الذي لا يقوى عليه إلا اللعان، ومتى ثبت الفراش للرجل، فكل ما ولد قبل ارتفاعه لحق نسب الولد بصاحبه، ولم يراع أمر الشبه مطلقاً ولو كان بينا.

وهذا ما لم ينتف الولد باللعان، وهي القاعدة التي يخصص بها عموم الولد للفراش، فنصوص الشرع والإجماع تكاد تشل حركة البصمة الوراثية، إذ لا اجتهاد مع النص، فاللعان والفراش أمران توقيفان وتبعديان يتعبد القاضي فيهما بميثتها وطريقة إقامتهما، فلا يجوز من ثم إلغاؤهما ولا إحلال غيرهما محلها، أو قياس أي وسيلة حديثة عليهما مهما بلغت من الدقة واليقين في نظر أهل الاختصاص⁽¹⁾.

وحيث أن الأدلة هي الإقرار والشهادة واليمين والمستندات الخطية، وما سوى ذلك فهي قرائن قد تكون ظنية أو قاطعة، ومن ذلك شهادة أهل الخبرة وتقارير الكشف والمعاينة للكشف عن أمور فنية يجملها القاضي - بحكم طبيعتها ومهنته - يكشف بها عن صحة أمور مدعى بها، وتبعاً لذلك اعتبر القضاء والمشرع الجزائري الطرق العلمية قرينة يستعان بها على إثبات النسب.

ثانياً- السبب العملي والمهني: إن إجراء تحاليل البصمة الوراثية كسائر الخبرات الطبية تتم بعيداً عن القاضي فلا يشاهد ولا يعلم المشرف عليها، وبالتالي تفتقر إلى صفة التأثير في نفسية القاضي فضلاً عن

1 - محمد حجاري، المرجع السابق، 560.

الأمر لا يعدو مجرد ورقة مطبوعة آليا تحمل رموزا ومصطلحات علمية⁽¹⁾، تجعلها لا تتجاوز في الغالب حد الظن، ولا ترقى لمرتبة القطع واليقين، لأنها مجرد استنباط لواقعة معينة يظل يشوبها الظن، وهذا بخلاف فراش الزوجية القائم، والشهادة، والإقرار واليمين، فهي أدلة مشاهدة للعيان ومسموعة تتصل بالقاضي اتصالا مباشرا وتحاكي ضميره ووجدانه، وتضفي على نفسه الطمأنينة لاتصالها بأدلة شرعية.

ومن بين السلبيات التي تقلل من أهمية تقنية البصمة الوراثية، ما يكون له تأثير في نفسية القاضي وفي تكوين قناعته، فاحتمال الخطأ والتشكيك في النتائج وارد، وذلك من خلال تلوث العينة المشتبه فيها، أو المراد فحصها بعينات أخرى تحت الفحص في نفس الوقت، إما نتيجة عدم تغيير القفازات بعد جمع أو فحص كل عينة، أو نتيجة فحوص مختلفة على طاولة واحدة في نفس المعمل، مما يؤدي إلى الإختلاط بين العينات، أو تلوثها بالكائنات الحية الدقيقة.

كما يحدث الخطأ أيضا نتيجة عيوب في الطريقة أو الإحصاء، أو نقص المعدات في المعمل، كما يضيف أهل الإختصاص أنه يصعب التأكد من النتائج في حالة التقارب العائلي⁽²⁾، وغير ذلك من الأخطاء البشرية والمعملية التي قد تؤثر على نتيجة البصمة الوراثية، وهو ما يولد الشك لدى القاضي، واختصر أهل الإختصاص ذلك في التعبير بأن: "الأصل في البصمة الوراثية القطع غير أن الظروف المحيطة بها أهدرت من قيمتها"⁽³⁾.

وهل للقاضي أن يذهب إلى مختبر الفحوص ويدقق في كفاءة الأجهزة، وما مدى معرفته وإحاطته بالأمور العلمية وطرق الفحص؟ فلا علاقة قائمة بين القاضي ومختبرات الفحص والعاملين فيها.

والأمر لا يتوقف عند مسائل فنية، بل قد يقع التشكيك من طرف الدفاع بالقصور في جوانب إجرائية، بأن يكون الشخص الذي قام بأخذ العينة ليس نفسه الذي يشهد بذلك أما القاضي، وغير ذلك من أساليب تشكيك الدفاع⁽⁴⁾.

1 - خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2003م، ص 94.

2 - إبراهيم صادق الجندي، المقدم حسين حسن الحصري، الفحص الجيني ودوره في قضايا النزاع على النسب وتحديد الجنس، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين البصمة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2002 م، ص 154 - 155.

3 - خليفة الكعبي، المرجع نفسه، ص 208.

4 - إبراهيم صادق الجندي، المقدم حسين حسن الحصري، المرجع نفسه، ص 169.

فكل هذه الأسباب التي تجعل الشك يتسرب إلى القاضي، وهو ما يجعله يتحفظ ويتردد في قبول البصمة الوراثية وإنزالها إلى منزلة القرائن .

كما أن المشرع الجزائري وضع شروطاً للقاضي للإستخدام البصمة الوراثية كوسيلة من وسائل إثبات النسب تتمثل فيما يلي:

1- يجوز إستعمال البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في قضايا التنازع على النسب، بشرط ثبوت الفراش، باعتبارها من الأدلة الشرعية والقانونية لثبوت النسب كالإقرار والبينة...، فلا يجوز تقديم البصمة الوراثية على الطرق الشرعية التي نص المشرع الجزائري لثبوت النسب بها طبقاً لأحكام المادة 1 / 40 من ق- أ، حتى لا يؤدي ذلك إلى إهمال النصوص الشرعية والقانونية⁽¹⁾.

2 - لا يجوز أخذ الجينات لإجراء تحليل البصمة الوراثية إلا بالقدر المسموح للعملية، كما أنه لا يجوز التلاعب بالجينات والجينوم البشري بالبيع أو التجارة أو الغش أو غير ذلك..؛ لأنه تترتب على ذلك المسؤولية المدنية، وكذا المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، الناشئة عن إستخدام الهندسة الوراثية، سواء في التجارب أم في الإستعمال نفسه، بما في ذلك إستخدام البصمة الوراثية والتحليل البيولوجي للجينات البشرية في مجال الطب الشرعي⁽²⁾.

3 - إن تقرير خبرة البصمة الوراثية، هو تقرير خبرة طبية فنية، إذ يتمتع القاضي وفقاً لسلطته التقديرية بتقدير نتائج خبرة ومحتواها، بما في ذلك الأدلة الفنية، والأخذ فيه بما هو مجدٍ وترك منه ما يعارض الصواب وهو ما يستقل به قضاة الموضوع، فالقاضي غير ملزم برأي الخبير.

4- لا يجوز استخدام البصمة الوراثية لغرض التأكد من الأنساب الثابتة بالزواج الصحيح؛ لما قد يترتب عليه من سوء العشرة الزوجية وتفكك العلاقات الأسرية والاجتماعية، وذلك طبقاً لأحكام المادة 1 / 40 من ق- أ؛ وهو ما قرره المحكمة العليا في قرارها: "يمكن طبقاً للمادة 40 من قانون الأسرة، لإثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية (الحمض النووي)، ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي (المادة 41 من نفس القانون)، وبين إلحاق النسب، في حالة العلاقة غير الشرعية"⁽³⁾.

1 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ج 01، المرجع السابق، ص 398.

2 - نزية الصادق المهدي، المسؤولية المدنية الناشئة عن إستخدام الهندسة الوراثية، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ماي 2002 م، ج 03، ص 389.

3 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 05 / 03 / 2006، ملف رقم 355180، م - م - ع، عدد 01، 2006، ص 469.

5- لا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان، كما أنه لا يجوز الاستغناء بها عن اللعان؛ لأن الطريق الشرعي والقانوني لنفي النسب الثابت هو اللعان، طبقاً لأحكام المادة 41 من ق-م-أ. أما بالنسبة للمشرع الفرنسي الذي يميز اللجوء إلى البصمة الوراثية، ولكن في نطاق دعوى قضائية، كإجراء من إجراءات البحث والتحري أو التحقيق أو لأغراض طبية أو لأغراض البحث العلمي، كما هو الحال في دعوى تهدف إما لإثبات النسب أو نفيه (م 11/16 من ق-م-أ؛ وقد ميز المشرع الفرنسي الحالات التي يجوز الرجوع فيها إلى تحليل البصمة الوراثية البيولوجية، في بعض الحالات كالولادة تحت إسم مجهول، أو حق الأم في عدم الإفصاح عن هويتها عند الولادة، أو الإنجاب الذي يقتضي تدخل شخص ثالث (التلقيح الإصطناعي)، والتبني طبقاً لأحكام المادة 20 /311 من ق-م-أ، وكذلك الطفل الذي يعيش في كنف عائلة ما ويعامل معاملة الإبن، دون معارضة أحد، يكتسب حيازة تلك الحالة تمنحه الحق في النسب الشرعي، تكفي لإثبات النسب وتمنع التشكيك فيه باللجوء إلى تحليل البصمة الوراثية (م 320 من ق-م-أ)⁽¹⁾.

والجدير بالإشارة هنا، قضية الطفلة الجزائرية " صفية "، الناتجة عن زواج مختلط بين جزائرية حاملاً وفرنسي، والمتنازع حول نسبها ما بين الأب الجزائري وعائلة والدتها، والأب الفرنسي " جاك شاربوك".

فإنه كان على القاضي الوطني التعامل بالمثل مع القضاء الفرنسي (الذي أخضع الدبلوماسي الجزائري " حسني " إلى تحليل البصمة الوراثية، رغم رفضه لها)؛ بينما بقي الفرنسي متمسكاً بموقفه الرفض للحضوع لهذه التحاليل الطبية، الشيء الذي يعرقل مسار العدالة الموقرة، وهو في حد ذاته دليل قاطع على أنه ليس أباً بيولوجياً للطفلة الجزائرية المشار إليها. في حين أن تقرير علمي صدر عن الأمن الولائي للجزائر العاصمة، كشف أن هناك تشابه في البصمات واللغاب ما بين الطفلة " صفية " ووالدها الجزائري، كما أن الأب الفرنسي المزعوم لم ينجب خلال 20 سنة مع زوجته الأولى؛ ويضاف إلى هذا تحايله على العدالة الجزائرية، بزعمه اعتناق الإسلام وتغيير اسمه، في حين أن وثيقة وزارة الشؤون الدينية تثبت أنه لم يدخل الإسلام⁽²⁾.

1 - CF. (J) Rubellin devichi, commentaire de la loi du 08/ 01/ 1993, J.C.P, 1993, 1, N° 3659, p 15; (A) Bénabent, Droit Civil, la famille, N° 636 et s, N° 700 et s; et s. (G) Nicolau, L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation, p. u. f, Bordeaux, 1991, p 50 et s.

2 - بلحاج العربي، شرح قانون الأسرة، ج 01، المرجع السابق، ص 401؛ نقلاً عن جريدة الشروق ليوم 25 /03 /2009، ص 07؛ و 20 /04 /2009، ص 03.

أما بالنسبة لمسألة نفي النسب كان على المشرع الجزائري تطبيق ذلك في كلتا الحالتين، سواء تعلق الأمر بإثبات النسب أو بنفيه؛ وذلك طبقا للمادة 2/40 من ق- أ، مادام أنه أخذ بالبصمة الوراثية في إثبات النسب، كان يستحسن الاعتماد عليها في جميع الحالات تنازع النسب إيجابا أو سلبا، لتحقيق العدالة الحقيقية بصورة أوسع نطاقا؛ لأن نتيجة البصمة الوراثية يقينية قطعية، لا تكاد تخطف في التحقق من الولادة الطبيعية، وهو ما يهدف إليه الشارع بإظهار الحقيقة والعدالة وإنصاف الولد ورعايته⁽¹⁾.

من هنا فإن الأخذ بالبصمة الوراثية، يكون في حالة اللجوء إلى إجراء اللعان لنفي النسب طبقا لأحكام المادة 41 من ق- أ، وهنا يجوز للقاضي أن يطبق اللعان وفقا للنصوص الشرعية والقانونية لتفريق بين الزوجين⁽²⁾، كما يجوز له أن يأمر بإجراء اختبارات البصمة الوراثية للوصول إلى حقيقة نسب الولد⁽³⁾.

فاللعان وسيلة لنفي النسب لانعدام الشهود، وليس ثمة شاهد إلا الزوج فقط، أما إذا كان مع الزوج بينة تثبت ما يدعيه، كالبصمة الوراثية تشهد لقوله أو تنفيه، فليس هناك موجب للعان، ذلك أن البصمة الوراثية تقوم بالشهادة، كما أن نتائجها قطعية، لكونها مبنية على الصفات الوراثية العلمية البيولوجية بين الآباء والأبناء، مما يؤدي إلى معرفة الأب الحقيقي إلى حد بعيد.

وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 05 / 03 / 2006 بقولها: "أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب المولود (ص- م) للمطعون ضده بإعتبار أب له، كما أثبتته الخبرة العلمية DNA، من أن الطفل المذكور هو ابن المطعون ضده ومن صلبه، بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة. فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه وهو الطاعن، ولا أن تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 من ق- أ، بين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه"⁽⁴⁾.

1 - بلحاج العربي، شرح قانون الأسرة، ج 01، المرجع السابق، ص 401 - 402.

2 - وهو ما أكدت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 15 / 10 / 2009 بقولها: "بحول رفع دعوى اللعان دون التذرع بالطرق العلمية لإثبات النسب". المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 15 / 10 / 2009، ملف رقم 605592، م - م - ع، عدد 01، 2010، ص 245.

3 - فاللعان كإجراء لنفي النسب (م 41 من ق- أ)، لا يتعارض مع اللجوء إلى الأدلة العلمية في سبيل الوصول إلى الحقيقة، فإن الأخذ بها يحقق مقصد الشارع في حفظ الأنساب من الضياع، ويحمي الأسرة من التشرذم.

4 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، القرار بتاريخ 05 / 03 / 2006، ملف رقم 355180، م - م - ع، عدد 01، 2006، ص 469.

من هنا يتضح لنا أن المحكمة العليا في هذا القرار عندما اعترفت بدور الخبرة العلمية الطبية، وبالقوة الثبوتية لهذه الوسيلة في إثبات النسب، بحيث تعطي نتائج ترتقي إلى درجة الجزم - التأكيد - لا تدع مجالاً للشك حول هوية والدي الصغير المتنازع عليه .

في الأخير يمكن القول بأن المشرع الجزائري يجيز للقاضي الاستعانة بالبصمة الوراثية كوسيلة من وسائل إثبات النسب ونفيه، سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم، وذلك من خلال سلطته التقديرية، وله أن يأخذ بما جاء في تقرير البصمة الوراثية أو يستبعده؛ غير أنه ينبغي عليه تسبب استبعاد نتائج الخبرة.

الفرع الثاني

لجوء القاضي إلى البصمة الوراثية في التشريع المغربي والمصري

سنتناول في هذا الفرع موقف المشرع المغربي (أولاً)؛ ثم بعد ذلك نبين موقف المشرع المصري (ثانياً).

أولاً- لجوء القاضي إلى البصمة الوراثية في التشريع المغربي: لم يعد المشرع المغربي يحيل الإثبات عموماً وإثبات النسب ونفيه على وجه الخصوص إلى أحكام الفقه الإسلامي أو البيئة الشرعية، وهو ما نص عليه المشرع المغربي من خلال أحكام المادة 153 من م- أ- م بقولها: "يثبت الفراش بما تثبت به الزوجية؛ يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان، أو بواسطة خبرة تفيد القطع بشرطين: - إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه؛ - صدور أمر قضائي بهذه الخبرة."

كما نصت المادة 158 من م- أ- م على أنه: "يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب، أو بشهادة عدلين، أو بيينة السماع، وبكل الوسائل المقررة شرعاً بما في ذلك الخبرة القضائية."

ما يتضح لنا من خلال هذه المواد أن المشرع المغربي لم يشر إلى مصطلح البصمة الوراثية، وإنما أشار إلى الخبرة الطبية، وهي باب الكل الذي يتضمن الجزء. وقد استقرت الممارسة القضائية على أن المقصود بالخبرة هو ما يتعلق بتلك البصمة الوراثية؛ كما أنه وضع شروطاً للجوء إلى استخدام البصمة الوراثية:

1- أن يكون الولد لاحقاً شرعاً بالأب: والمقصود هنا أن من شروط النفي عن طريق الخبرة الطبية أن يكون الولد موضوع النفي لاحقاً شرعاً بالأب؛ أما إذا ثبت اختلال شروط الفراش المنصوص عليها في المادة

154 من م - أ - م، فإن الولد في هذه الحالة يكون غير لاحق بالزوج بقوة الشرع، بحيث لا نحتاج في هذه الحالة للعان أو للخبرة الطبية من أجل نفي نسبه عنه، ما لم يتعلق الأمر بحالات استثنائية يثبت فيها النسب خارج العلاقة الزوجية المستندة إلى فراش صحيح، ومن ذلك مثلا حالة الاتصال بشبهة وحالة الزواج الباطل أو الفاسد؛ وهو ما أخذ به المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 13 / 04 / 2005 بقوله: "... لما كانت مقتضيات الفصل 154 من مدونة الأسرة تنص على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر من تاريخ العقد، وكان البين من أوراق الملف أن الطالبة وضعت حملها بتاريخ 16 / 12 / 2000 ولأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد المبرم 20 / 10 / 2000، فإن المحكمة لما اعتبرت أن الولد بـ ... غير لاحق بنسب المطلوب في النقص الذي ينفيه عنه تكون قد طبقت الفصل المحتج به تطبيقا صحيحا ولم تكن في حاجة إلى إجراء خبرة طبية في هذا الشأن.."⁽¹⁾.

وفي حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش، طلبت المدعية من هذه الأخيرة الحكم لها بإثبات نسب ابنها من شخص عينته لكون الحمل ثم أثناء الخطوبة، وطلبت من المحكمة الاستعانة بالخبرة الطبية. وقد تأكد للمحكمة أن الطرفين قد أدينا بجرمة الفساد مع اعتراف المدعية بأن الحمل كان في ذلك الإطار - أي الفساد - ومن ثمة تم رفض دعواها لعدم تحقق الشروط المنصوص عليها ضمن المادة 156 من مدونة الأسرة"⁽²⁾.

2- لا نفي للنسب بدون دعوى: إن نفي النسب لا يتم إلا بحكم قضائي؛ وهو ما نصت عليه أحكام المادة 151 من م - أ - م، وتخضع دعوى إثبات النسب ونفيه مبدئيا للقواعد العامة الواردة في قانون المسطرة المدنية، ما لم تتعارض مع الأحكام الخاصة التي وردت ضمن المساطر المتعلقة بالأحوال الشخصية، وهو ما تم النص عليه صراحة في الفصل 179 من ذلك القانون.

وبخلاف أغلب النزاعات التي تدور بين شخصين، مدعي ومدعى عليه ففي إثبات النسب أو نفيه لا بد من إبراز شخص ثالث هو الولد الذي يجب أن ينص منطوق الحكم على هويته كاملة دفعا لأي لبس قد يؤدي إلى صعوبة في التنفيذ.

1 - المجلس الأعلى، القرار عدد 213 الصادر في 13 / 04 / 2005، الملف الشرعي عدد 356 / 02 / 01 / 2004، مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 64 - 65، ص 159.

2 - حكم الصادر عن محكمة مراكش، الصادر بتاريخ 22 / 05 / 2006، الملف عدد 2063 / 08 / 05؛ نقلا عن: محمد الكشور، البنية والنسب، المرجع السابق، ص 204.

ولأن المشرع المغربي متشوف للحقوق الأنساب، كان على المشرع أن يحدد مدة تقادم دعوى نفي النسب بواسطة الخبرة الطبية؛ كما أن الحكم الصادر في دعوى النسب إثباتا أو نفيًا، يقبل الاستئناف والطعن بالنقض.

3- إدلاء الزوج بدلائل قوية على ادعائه: لا يمكن السماح بنفي النسب بكيفية تهدم قاعدة الولد للفراس إلا إذا كانت هنالك دلائل قوية على ادعاءات المدعي، والذي عليه أن يثبت تلك الدلائل أمام قاضي الموضوع، بكيفية يقنع بها القاضي بوجهة نظره.

ولم يحدد المشرع المغربي المقصود بالدلائل القوية، ويبقى تحديد ذلك داخلا في إطار السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، و يعد من الدلائل القوية أن يدلي الزوج بالأمر مثلا - لنفي النسب - بشواهد طبية تثبت عقمه، أو بمحاضر للشرطة القضائية تفيد أن زوجته تتعاطى بكيفية اعتيادية الخيانة الزوجية⁽¹⁾.

وعليه، ففي غياب إثبات الدلائل القوية، يمتنع اللجوء مطلقا إلى الخبرة الطبية لنفي النسب المستند إلى فراس صحيح⁽²⁾.

ونؤكد، أن فكرة الدلائل القوية هذه مسألة واقع لا مسألة قانون، وإن كانت تحتاج إلى تعليل منضبط، دفعا لأي تعسف قد يمارس من جانب قضاة الموضوع، في هذا المجال.

وتجدر الإشارة إلى أن المجلس الأعلى قد استقر على أن الأب، متى أقر بالنسب، لا يمكنه فيما بعد نفي ذلك النسب بأية وسيلة كانت، ولو تمسك بدلائل جد قوية على ادعائه⁽³⁾.

4- صدور أمر قضائي بالخبرة: لا بد من أمر من صدور المحكمة المختصة بإجراء الخبرة من جهة مختصة، إذ من غير المقبول مثلا أن تقبل من الزوجين خبرة طبية اتفافية لم يسبق للمحكمة أن أمرت بها، أو خبرة صادرة عن جهة مختصة، وهذه مسألة قانون لا واقع، تخضع لرقابة المجلس الأعلى.

1 - أو يتأكد أن الغير قد اتصل بما عن طريق الشبهة، أو يتضح للقاضي أن أقل مدة الحمل أو أقصاها غير مضبوطة؛ محمد الكشور، البنوة والنسب، المرجع السابق، ص 207.

2 - قرار المجلس الأعلى (ش)، القرار الصادر بتاريخ 02 / 05 / 2002، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 62، ص 102.

3 - وفي الأخير يجب أن يؤدي الخبراء اليمين القانونية المنصوص عليها في إطار الفصل 59 من ق - م - م؛ في ظروف ملائمة.

ومن الطبيعي أن الأمر الصادر من المحكمة بإجراء خبرة طبية يجب أن يسبقه التأكد من وجود الدلائل القوية، التي تسمح به طبقاً لأحكام المادة 153 من م- أ- م.

ولا يكفي نفي النسب عن طريق الخبرة الطبية التي تتم بحكم تمهيدي، وإنما يجب أن يصدر بذلك النفي حكم بات في موضوع النزاع على ما أكدته صراحة المادة 153 أعلاه، بالاعتماد على تقرير الخبرة الطبية وهو حكم كاشف غير منشئ.

ومن المشاكل القانونية التي تثار في هذا الصدد أن أحد طرفي النزاع قد يرفض الحضور لإجراء الخبرة الطبية عليه، وبدون عذر مقبول، و حسب وجهة نظرنا هذه قرينة تفند ما يتزعمه، وهو ما يستفاد من قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 18 / 01 / 2006، وهو الموقف الذي تأخذ به محاكم الموضوع كذلك⁽¹⁾.

ونقول أن الخبرة مسألة اقتضتها السياسة القضائية، ومن ثمة يمكن للأطراف مجتمعين أو منفردين طلب اللجوء إليها، وللمحكمة أن تلجأ لها تلقائياً حسب ما يتضح صراحة من الفصل 59 من ق- م- م.

5- قطعية الخبرة الطبية: يجب أن تفيد الخبرة الطبية القضائية القطع، وهو ما أكدته مجامع الفقه الإسلامي التي سلمت بنتائج البصمة الوراثية، مع العلم أن الخلل قد يأتي من جانب الخطأ الإنساني أو عدم جاهزية المختبر، ومن هنا ليس هناك ما يمنع اللجوء إلى خبرة تكميلية أو مضادة.

ولأن الخبرة الطبية قاطعة من حيث نتيجتها العلمية، فإنه يجوز للقاضي أن الاستعانة بها كلما لازمه الشك وهو يُعمل وسائل الإثبات الأخرى، بشأن إثبات النسب، خاصة شهادة الشهود، وهو ما قضى به المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 02 / 01 / 2008 بقوله: "... حيث إن موضوع الدعوى إنما يتعلق بإثبات النسب وتسجيل الطفل في الحالة المدنية للطاعن وأن تقويم الحجج المستدل بها هو ما تستقل به المحكمة في إطار سلطتها التقديرية، طالما كان قضاؤها معللاً قانونياً، والبين من وثائق الملف، وخصوصاً الموجب عدد ... وتاريخ ... توثيق كرسيف المستدل به طرف المطلوبة والذي شهد شهوده بأن الطالب والمطلوبة كانا يتعاشران معاشرة الأزواج منذ سنة 1997 بولي وصادق قدره ... إلى أن ازداد ابنهما (م ...) في 30 ماي 2000، واستمرت العلاقة إلى غاية 2001، وأن سند علمهم في ذلك المخالطة

1 - حيث جاء في القرار لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء على أنه: "... عدم حضور المستأنف لدى الجهة المكلفة بإنجاز الخبرة الجينية المأمور بها رغم استدعائه ودون إدلائه بأي عذر مقبول يعتبر إقراراً منه بنسب الابن...". قرار الصادر بتاريخ 29 / 05 / 2006، قرار عدد 1177، م - ع، 2003 / 1698.

والمجاورة، وبعضهم بالاستماع إلى هؤلاء الشهود والمطلوبة في جلسة البحث التي تخلف عنها الطالب على الرغم من توصله وتكليف نائبه بإحضاره دون جدوى، وثبت لها من خلال ما ذكر، ومن الخبرة الجينية التي أمرت بها، أن العلاقة كانت قائمة بين الطرفين، وأن الابن المذكور هو نتيجة هذه العلاقة، وبذلك فإنها لما قضت بإلحاق الإبن المذكور بنسب الطالب استنادا على ما ذكر واستبعدت ما أثاره الطالب بشأن العلاقة الزوجية التي ادعى بأنها كانت قائمة بين المطلوبة والمدعو (م- ق) ... لعدم إثباتها بالبينة الشرعية، ولكون (م- ق) ... قد صرح بأنه إنما ساعد المطلوبة بطلب من الطاعن في الحصول على أوراق الإقامة ولم تكن له معها أي علاقة تخالف الشرع الإسلامي..⁽¹⁾.

وفي الأخير يمكن القول بأن المشرع المغربي منح لقاضي شؤون الأسرة سلطة التقديرية للاستعانة بالبصمة الوراثية في مجال إثبات النسب، لكن مع توفر الشروط المذكورة أعلاه .

ثانيا: لجوء القاضي إلى البصمة الوراثية في التشريع المصري: أما بالنسبة للمشرع المصري فلم يكن مقصده في تنظيمه لدعوى النسب حصر أدلة إثباته في الشهادة والإقرار وغيرها من الأدلة الشرعية وفقا للراجح لدى المذهب الحنفي، وإنما أجاز العمل في هذا المذهب - وغيره - بالقرائن والقضاء بها أمر دلت بصحته نصوص فقهاءه، ومن ذلك القضاء بالنكول واعتباره في الأحكام، وذلك ليس إلا رجوعا إلى مجرد القرينة الظاهرة، والقضاء بأقوال أهل المعرفة والخبرة، والبصمة الوراثية لا تعدو إلا قرينة من تلك القرائن ورأي خبير في مسألة فنية، لذلك فإن العمل بأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة في مسائل الأحوال الشخصية فيما لم يرد بشأنه نص، هو في المسائل الإجرائية والشروط المتعلقة بذات الدليل⁽²⁾.

من هنا فإن عدم تطرق المشرع المصري ليس فيه ما يمنع من الاستعانة بالبصمة الوراثية لإثبات النسب بعد وفاة المورث واعتراض الورثة، وهو ما نصت عليه أحكام المادة 07 من قانون 01 لسنة 2000 بقولها: " لا تقبل عند الإنكار دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة المورث إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاءه أو أدلة قطعية جازمة تدل على صحة هذا الإدعاء"؛ وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية فقد أمرت بالإحالة على المختص فنيا بتحليل فصائل الدم - وهي المعطيات العلمية المتاحة في ذلك الوقت - متى طلب الدفاع ذلك، ولم تر مانعا من

1 - المجلس الأعلى، قرار بتاريخ 02 / 01 / 2008، قرار شرعي تحت عدد 06، الملف الشرعي رقم 591 / 02 / 01 / 2006؛ قرار غير منشور، نقلا عن: محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ج 02، المرجع السابق، ص 414.
2 - المادة 03 من قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية رقم 01 لسنة 2000.

تمسك الخصوم أمامها بضرورة هذا الفحص كدليل نفي قاطع للبنوة⁽¹⁾؛ واعتبرت رفض مثل هذا الطلب من جانب محكمة الموضوع إخلالاً بحق الدفاع⁽²⁾.

واحتكم القضاء المصري إلى البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في قضية العقيم التي تتلخص فيما يلي:

- 1- بتاريخ 18 / 07 / 1996 تم زواج المدعى بالمدعى عليها والدخول بها.
- 2- بتاريخ 14 / 07 / 1997 تم طلاق الزوجة، ولسوء إخلاقها أقام على إثرها المطلق دعوى باتهامها بالزنى في نيابة قسم إمبابة قضية رقم 1600 لسنة 1997 بتاريخ 06 / 08 / 1997 - 95 جنح بندر إمبابة.
- 3 - بتاريخ 29 / 07 / 1997 رفع الزوج دعوى ضد مطلقاته يطلب فيها الحكم بانتفاء نسب الجنين الذي تحمله المدعى عليها في أحشائها إلى المدعى لعدم قدرته على الإنجاب، وإلزامها بعدم قيده باسم المدعي، وقدم كإثبات لدعواه صورة ضوئية من تقرير طبيب شرعي تفيد عقمه منذ سنة 1990، وأنه لا توجد لديه حيوانات منوية، مما يعني على عدم قدرته على الإنجاب .
- 4 - بتاريخ 05 / 10 / 1997 قدم المدعي أصل شهادة الميلاد للطفل وصورة ضوئية هي إنذار بعدم استخراج شهادة الميلاد للطفل.
- 5- بتاريخ 18 / 10 / 1999 قررت المحكمة في جلستها إجراء تحاليل البنوة، وجاء تقرير البصمة الوراثية يفيد استحالة أن يكون المدعي والد الطفل، أي استحالة نسب الولد لأبيه المدعي.
- 6- بتاريخ 02 / 11 / 2000 قدم المدعي إعلاناً بتعديل طلباته إلى إنكار نسبة الطفل إلى المدعي وعدم الإعتداد بشهادة الميلاد.

1 - طعن رقم 03 لسنة 46 ق، أحوال الشخصية، جلسة في 01 / 03 / 1978.

2 - حيث قضت بأنه متى كانت الحقائق العلمية المسلم بها في الطب الشرعي الحديث تفيد أن تحليل فصائل الدم قد تقطع نتيجته في نفي نسب الطفل عند المنازعة فيه، وإن كان من غير اللازم أن تقطع في ثبوته... وما تمسك به الطاعن في خصوص دعواه من أن الطفل لا يمكن نسبته إليه ولو بدليل محتمل، محتمكا إلى الخبرة الفنية التي لا تستطيع المحكمة أن تشق طريقها فيها إلا بمعونة ذويها. فقد كان متعيناً على المحكمة أن تحقق هذا الدفاع الجوهري عن طريق المختص فنياً، أما وهي لم تفعل اكتفاء بما قالته من أنه ليس من اللازم أن تتحد فصائل دماء الأصول والفروع، فإنها بذلك تكون قد أحلت نفسها محل الخبير الفني، ومن ثم يكون حكمها معيباً بالإخلال بحق الدفاع، مما يتعين معه نقضه. الطعن رقم 1217 لسنة 38 ق - أ - ش، جلسة 21 / 10 / 1968.

أما الزوجة فقد قدمت في دعواها شهادات طبية تفيد تردد الزوج على العيادة لمتابعة الحمل.

فحكمت المحكمة بعد ذكر المحكمة شروط الملاعنة وما قام به الزوج من إنكار نسب الطفل إليه قبل الولادة، وعدم الإعتداد بشهادة الميلاد وشطبها من سجلات مكتب الصحة، كما قام بلعان المدعى عليها باتهامها بالزنى، وفي المقابل لم تقدم المدعى عليها ما يفيد الإقرار بالولد على وجه القطع واليقين.

فلهذه الأسباب حكمت المحكمة في جلسة 2001 / 03 / 31 بإنكار نسب الطفل إلى المدعي وعدم الإعتداد بشهادة الميلاد، وإلزام مكتب الصحة كفر طهرمس بشطب الشهادة من السجلات، واعتبارها كأن لم تكن مع إلزام المدعى عليها بالمصاريف⁽¹⁾.

لم تقبل المدعى عليها هذا الحكم، فأقامت دعوى استئناف في محكمة استئناف القاهرة، وقضت المحكمة برفض الحكم الابتدائي وتأييد استئناف الطاعنة، معللة حكمها بما يلي:

أن وضع المولود بمرور أكثر من ستة أشهر من وقت الزواج والبناء بالزوجة، وكان الزوج ممن يولد من مثله عادة، وأمكن الاتصال بين الزوجين، ومن ثم ثبت نسب الولد ولا يستطيع الزوج أن ينفيه إلا باللعان.

ومن شروط اللعان - كما ذكرت المحكمة - أن يكون كل من الزوجين أهلاً لللعان عند إبتداء الحمل وليس عند ولادته، ولما لم يتخذ المستأنف ضده إجراءات الملاعنة طبقاً للقرار شرعاً، ولا ينال من ذلك إقامته لدعوى ضد المستأنفة واتهامها بالزنى، فإنها أقيمت بعد الطلاق الحاصل في 14 / 07 / 1997، فلا تتوافر فيها شروط اللعان، إضافة إلى أن المستأنفة كانت وقت طلاقها في الشهر السابع تقريباً من حملها، ومن العلم أن الحمل في هذه الفترة يكون ظاهراً. ولما كان المستأنف ضده قد سكت عن مظاهر الحمل رغم ظهوره، وهو ما يعد إقراراً ضمناً منه بأن الجنين من صلبه، فليس له أن ينفيه بعد ذلك، لا سيما وأن المستأنف ضدها قدمت مستندات أمام محكمة أول درجة، من بينها صورتين فوتوغرافيتين لها والمستأنف ضده يداعب الصغير، ولم يطعن المستأنف ضده عليها، وهو ما يعد قرينة على إقراره بنسب الولد إليه.

منطوق الحكم: حكمت المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى وألزمت المستأنف ضده بالمصروفات عن الدرجتين⁽¹⁾.

1 - حكم محكمة الجيزة الابتدائية للأحوال الشخصية، الدائرة الأولى، القاهرة، جلسة 31 / 03 / 2001، دعوى رقم 510 سنة 1997.

و هنا يتضح لنا بأن حكم محكمة الاستئناف في غاية الوضوح بتأصيله المسألة فقهاً وقضاءً، حيث لم يبادر الزوج بنفي الحمل خلال أجاله الشرعية، وهي أجال ضيقة جداً، كما نص ذلك الفقهاء، لاسيما وأن الزوجة في شهرها السابع، وهو زمن يكون الحمل فيه ظاهراً وهو ما اعتبرتة المحكمة إقراراً منه بالحمل، وعليه فالوجه الذي استندت عليه محكمة الاستئناف مؤسس؛ كما استندت الطاعنة على حجة أخرى تتمثل في صورتين فوتوغرافيتين يظهر فيهما الزوج وهو يداعب الطفل، ما يمكن اعتباره قرينة على علم الزوج بالولد ورضاه به.

وفي المقابل لم تعتبر المحكمة العقم ولو توردته حتى في حيثياتها إذ لا اعتبار له بوجود الفراش.

والمستبع لوقائع القضية يلاحظ الارتباك الكبير الذي حصل للزوج، فجعله يقيم دعاوى مختلفة لم تكن أي منها مؤسسة تأسيساً صحيحاً؛ فقد رفع دعوى يطالب فيها بالحكم بنفي الولد، ثم أقام بعدها بثمانية أيام دعوى يتهم فيها زوجته بالزنى، وفي هذه الحالة فقد ذكر الفقهاء أنه: "إذا قذف امرأته بالزنى وله بينة تسهد بزناها، فهو مخير بين لعانها وبين إقامة البينة، لأنهما بينتان فكانت له الخيرة في إقامة أيتهما شاء لأن كل واحدة منهما يحصل بها ما لا يحصل بالأخرى، فإنه يحصل باللعان نفي النسب الباطل، ولا يحصل ذلك بالبينة، ويحصل بالبينة ثبوت زناها، وإقامة الحد عليها، ولا يحصل باللعان"⁽²⁾؛ وذكروا فرضين :

1- إذا لاعنها ونفي ولدها، ثم أراد إقامة البينة، فله ذلك، فإن أقامها ثبت اللعان وموجب البينة.

2- إذا أقام البينة أولاً ثبت الزنا وموجبه، ولم ينتف عنه الولد، وإن أراد لعانها بعد ذلك وكان بينهما ولد فله أن يلاعن.

والملاحظ في القضية موضوع الحكم عدم ثبوت أي من الفرضين على حال المدعي، فهو لم يقيم بينة اتهامه زوجته بالزنا، ولم يسارع في اللعان.

والواضح أنه لما عجز عن نفي الولد باللعان لتأخره عن المدة المحددة له شرعاً، لجأ إلى اتهام الزوجة بالزنى لعله يظفر بإدانتها، وحيث أنه لم يقيم بينة الزنا تشهد على ادعاءاته، اهتدى في الأخير - بعد ورود تقرير البصمة الوراثية ما يفيد استحالة أبوته للطفل - إلى تقديم إعلان بتعديل طلباته إلى إنكار نسبة الطفل

1 - حكم محكمة استئناف القاهرة - الدائرة 48 - أحوال الشخصية، جلسة 28 / 05 / 2002، استئناف رقم 118 / 476 قضائية؛ نقلا عن: خليفة الكعبي، المرجع السابق، ص 62 وما بعدها.

2 - الكاساني، بدائع الصنائع، ج 05، ص 3140؛ ابن قدامة، المغني، ج 09، ص 25.

إليه، حيث لم تسعفه طرق النفي المشروعة. ومحكمة الاستئناف قد وفقت في ذلك ولا مطعن لحكمها من أي وجه، لأن المقرر فقها: "متى سقط اللعان بوجه ما، أو ثبت النسب بالإقرار أو بطريق الحكم لم ينتف نسبه أبداً"⁽¹⁾.

أما بالنسبة لتقرير البصمة الوراثية فإن المحكمة الابتدائية لم تكن موفقة في ذلك الإجراء، لأنه لا يتفق ومعاني الشرع في وجوب الستر وعدم تتبع عورات الناس الذين ظاهريهم العدالة والسلامة من العيوب، حيث جاء تقرير البصمة الوراثية فاضحاً للزوجة في اتهامها بالزنى، وفتح للزوج والناس أبواباً للظن السيء، فلا يجوز بأي حال استخدام البصمة الوراثية وإن دلت نتائجها عن انتفاء النسب بين الزوج والمولود على فراشه، فالولد للفراش، ومتى ثبت فلا ينتفي عنه إلا باللعان؛ وإذا لم يبادر الزوج - في قضية الحال - إلى الملاعنة الشرعية، فلا مجال أمامه لإجراء تحاليل البصمة، وهو ما حمل محكمة الاستئناف على رفض الحكم الابتدائي وتأييد استئناف الطاعنة، ولم تكلف نفسها عناء التعقيب على تقرير البصمة الوراثية، وحققت بذلك مقصداً جليلاً من مقاصد الشرع في دعاوى النسب، وهو تشوفه لاتصال الأنساب والمحافظة عليها.

ومن هنا يتضح لنا من خلال هذه القضية موقف القضاء المصري بالنسبة للبصمة الوراثية فيما إذا وجد فراش الزوجية، حيث لم يأخذ بالبصمة الوراثية إزاء فراش الزوجية⁽²⁾.

أما موقف القضاء المصري في حالة التنازع على مجهول النسب ونحوها من الحالات التي يجوز فيها الاستفادة من البصمة الوراثية، فقد عرضت على القضاء المصري قضية تتعلق بنفي النسب طفلة، تم اللعان بين الزوجين بناء على طلب من الزوج؛ وبعد ذلك أجابت المحكمة الزوجة في طلبها بإحالة الطفلة على الطب الشرعي الذي أثبت عن طريق البصمة الوراثية نسب البنت من الزوج الملاحن، وأما هذا التضارب، عرضت المحكمة القضية على دار الإفتاء المصرية فقررت هذه الأخيرة ما يلي:

1- يفرق بين الزوجين المتلاعنين بحيث لا يجتمعان أبداً.

1 - ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 03، ص 493.

2 - ومع ذلك فإن القضاء المصري اعتمد بالبصمة الوراثية في مسائل إثبات النسب، ووجد لها تطبيقات عديدة، ومن ذلك ما جاء في حكم محكمة الزقازيق الكلية للأحوال الشخصية في الدعوى رقم 944 بتاريخ 28/06/1997 بقولها: "لما كان من المقرر قانوناً أن رأي الخبير لا يخرج عن كونه عنصراً من عناصر الإثبات لمحكمة الموضوع تقديره دون معقب عليها في ذلك، وكان الثابت من تقرير الطب الشرعي الذي تظمن إليه المحكمة أن الطفل المتنازع على بنوته هو ثمرة معاشرته جنسية للمدعية والمدعي عليه، فإن المحكمة تقضي بثبوت نسب الطفل المدعي عليه... ويضاف إلى طرق إثبات النسب سبب رابع، وهو تحليل مقابل الأنسجة وبالأخص الحمض النووي DNA، على أن يلاحظ أن النسب الذي يثبت هو النسب الطبيعي دون النسب الشرعي، ولا تلازم بين النسبين...؛ نقلاً عن: حسيني عبد الدائم، المرجع السابق، ص 746.

2- يثبت نسب الطفلة إلى والدها الملاعن⁽¹⁾.

وهكذا، فإن القضاء المصري وفق بين وسيلتي اللعان والخبرة الطبية في نفس الحكم القضائي؛ حيث فرق بين الزوجين المتلاعنين، كما أثبت نسب البنت عن طريق نتائج البصمة الوراثية .

وفي الأخير يمكن القول بأن القضاء الجزائري والمغربي والمصري منحوا للقاضي سلطة تقديرية للاستعانة بالخبرة الطبية (البصمة الوراثية)، وذلك لأن لجوء القاضي إلى الخبرة في مجال إثبات النسب، يكون إما من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب أحد الخصوم، مع أنه غير ملزم بأخذ رأي الخبير، لأنه رأي استشاري في الأصل، غير أنه ينبغي على القاضي تسبب استبعاد الخبرة.

كما أنهم اعتبروا أن البصمة الوراثية لا تقوى على معارضة الأدلة الشرعية والقانونية لإثبات النسب، ولا تحل محلها، والمتثلة في الفراش والإقرار والبيئة، ولا يصح تقديم البصمة الوراثية على اللعان ولا تحل محله في مسألة نفي النسب، غير أنه يجوز الاستعانة بها كقرينة للتقليل من حالات اللعان.

1 - أحداث القضية رقم 635 لسنة 1995 شمال القاهرة: حيث تدور أحداثها كمايلي: أ - بتاريخ 10 / 02 / 1994 عقد الزواج؛ ب - تاريخ الدخول بالزوجة 17 / 10 / 1994، ثم تبين له - حسب ادعائه - أن الزوجة ليست بكرًا.

أقوال الزوج: أ- إنه من تاريخ دخولي على الزوجة حتى أواخر ديسمبر 1994 وأنا أرى متاعب صحية تتناوب زوجتي وهي تدعي بأنها مجرد آلام بالبطن، حتى فوجئت بأنها حامل في أواخر الشهر السابع ولم يبق الوضع سوى شهر ونصف على وجه التحديد.
ب- كيف ترف إلي في 17 / 10 / 1994 ومنذ ثلاثة أشهر فقط وهي حامل في شهرها السابع، فهذا الحمل إذن ليس مني، وأنا أطالب بنفيه لتأكيدي وبقيني أنه حال دخولي عليها كانت تحمل هذا الحمل في أحشائها من شخص آخر غيري؛ ج- شهادة ميلاد البنت المطلوب نفي نسبها 19 / 03 / 1995.

أقوال الزوجة: قالت الزوجة إن المدعي زوجها دخل بها في تاريخ العقد أي في 10 / 02 / 1994 وليس في 17 / 10 / 1994 كما يدعي وهذا الحمل منه وقدمت شهادة الميلاد للمحكمة.

شهادة الشهود: أشهدت الزوجة شاهدين بأن عقد القران والدخلة في تاريخ 10 / 02 / 1994 وأن أحد الشهود قام بتوصيل العروسين إلى منزل الزوجية، وأن المدعي كان يقيم فيه ويتردد على المدعي عليها منذ أن عقد عليها؛ أما شهود الزوج فقالوا: إننا حضرنا حفل الزفاف وشهدنا المنقولات، ولا نعلم ما إذا كان المدعي دخل بزوجه أم لا ولم نعلم بإيجاب الطفلة إلا خارج جلسة المحكمة الآن. =
حكم المحكمة: بعد عدة جلسات قامت المحكمة بتوجيه يمين اللعان بين الزوجين، وقاما بتأديته أمام المحكمة بجلسة 11 / 05 / 1998، ثم أجابت المحكمة طلب الزوجة بإحالة الطفلة للطب الشرعي لإجراء البصمة الوراثية للتأكد من نسب الطفلة بتاريخ الجلسة 27 / 07 / 1998.

رأي الطب الشرعي: وكان تحريه في 19 / 04 / 2001، حيث جاء فيه: " بأنه بعد إجراء الفحوصات الطبية على الطفلة ب؛ ونتائج التحاليل الطبية الخاصة بفصائل الدم الرئيسية والفرعية وتحاليل الحامض النووي (D N A)، يمكن القول بأن الطفلة ب هي ثمرة زواج المدعي والد الطفلة". وبتاريخ 30 / 04 / 2001 قررت المحكمة عرض القضية على دار الإفتاء المصرية. قرار دار الإفتاء المصرية في القضية رقم 635 لسنة 1995: وبعد مقدمات عن أسباب ثبوت النسب التي هي الفراش والإقرار والبيئة، وبعد عرض أقوال الفقهاء في مسألة أحل مدة الحمل وأكثره واستعراض النصوص الشرعية الخاصة باللعان من الكتاب والسنة، وانتهت دار الإفتاء المصرية إلى مايلي:
أ - يفرق بين الزوجين المتلاعنين ولا يجتمعان أبدا؛ ب - يثبت نسب الطفلة ب المولودة بتاريخ 19 / 03 / 1995 إلى والدها المدعي.

المبحث الثاني

مجال تدخل القاضي في الحضانة

لما كان المحضون بأصل خلقته ضعيفاً، يحتاج إلى من يحميه، وينهض بشؤونه وحاجاته، المادية والمعنوية، ألزم الشارع الحكيم الأبوين بحضانة الصغير وتربيته، حتى لا يكون عرضة للضياع والهلاك، فالحضانة والرعاية ليست لازمة على الأبوين حصراً، بل قد تصير واجبة على المجتمع، عند فقد الأبوين و الأقربين، أو عند الإخلال بشروط الحضانة، وحضانة الطفل واجبة على الأم باعتبارها الأقدر والأكفاً على رعايته، والأرعى لمصلحه، بل هي حق واجب لها لا ينازعها فيه أحد.

وإذا كانت الحضانة تنتقل من الأم إلى غيرها، كأُمها، أو حالة المحضون، وجدته وغيرهن، فهل هذا الترتيب ملزم لا يجوز تعديده إلى غيره، فهنا يتدخل القاضي وذلك من أجل مراعاة مصلحة المحضون، فيختار له الأصلح، كما يجوز للقاضي تحديد ضوابط ومعايير مصلحة المحضون، المتمثلة في المعيار المادي والمعنوي، و معيار استماع المحضون وتحري لمصلحته، و للقاضي السلطة التقديرية في تمديد الحضانة واعتبار عمل المطلقة الحاضنة سبباً من أسباب سقوط حقها في الحضانة، وقبل ذلك لا بد لنا أن نتطرق لماهية الحضانة، وهذا ما سنتناوله من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول

ماهية الحضانة

سنتطرق في هذا المطلب ماهية الحضانة إلى التعريف بالحضانة في (الفرع أول)، ثم بعد ذلك استحقاق الحضانة و دليل مشروعيتها في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف الحضانة

نتناول في هذا الفرع تعريف الحضانة لغة (أولاً)؛ ثم تعريف الحضانة شرعاً (ثانياً)، ثم تعريف الحضانة قانوناً (ثالثاً).

أولاً- لغة: من الحظن وهو الجنب أو الصدر، وتأتي بمعنى الضم، حظن الطائر بيضه أي ضمه إليه وحضنت الأم ولدها أي ضمته إليها وقامت بتربيته⁽¹⁾.

والحضانة من الحظن، وهو ما دون الإبط إلى الكشح، وقيل هو الصدر والعضدان وما بينهما، والجمع أحضان، ومنه الاحتضان، وهو احتمالك الشيء وجعله في حضنك، كما تحضن المرأة ولدها فتحمله في شقيها، والحضانة مصدر الحاضن والحاضنة، وحضن الصبي يحضنه حضناً: جعله في حضنه ورباه، والحاضن والحاضنة الموكلان بالصبي يحفظانه ويربانه، وحضان جمع حاضن، لأن المرابي والكافل يضم الطفل إلى حضنه⁽²⁾.

ثانياً- شرعاً: لقد وردت عدة تعاريف فقهية للحضانة منها ما جاء في حاشية ابن عابدين من أن: " الحضانة هي تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره في سن معينة ممن له الحق في الحضانة"⁽³⁾؛ أو هي: " تربية الطفل وكل من لا يستقل بفعل ما يصلحه ورعايته والقيام بجميع شئونه من تدبير طعامه وملبسه ونومه والاهتمام بنظافته ممن له حق تربيته شرعاً"⁽⁴⁾.

1 - مختار الصحاح، ج 01، ص60.

2 - ابن منظور، لسان العرب، مادة حظن، ج 13، ص122 - 123.

3 - ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 02، ص 560.

4 - ابن نجيم، البحر الرائق، ج 04، ص179.

أما المالكية فعرفوها على أنها: " حفظ الولد في بيته، وزهابه ومجيئه والقيام بمصالحه، أي طعامه ولباسه وتنظيف جسمه وموضعه"⁽¹⁾. وقيل هي: " صيانة العاجز والقيام بمصالحه"⁽²⁾.

وعرفها الشافعية بقولهم: " هي حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عمّا يؤذيه، لعدم تمييزه كطفل وكبير مجنون وتربيته، أي تنمية المحضون بما يصلحه بتعهده بطعامه وشرابه ونحو ذلك"⁽³⁾.

وعرفها الحنابلة على أنها: " حفظ صغير ومجنون ومعتوه عما يضره وتربيتهم بعمل مصالحهم كغسل رأس الطفل وبدنه، وثيابه ودهنه، وتكحيله، وربطه في المهد وتحريكه لينام ونحوه"⁽⁴⁾.

من هنا فإن الحضانة هي التزام الطفل بتربيته والقيام بحفظه وإصلاحه في سن معينة ممن له الحق في الحضانة؛ ووقايته مما يؤذيه ويضره وتربيته جسميا ونفسيا وعقليا، كي يقوم على النهوض بتبعات الحياة والإطلاع بمسئوليته، والحضانة بالنسبة للصغير أو الصغيرة واجبة لأن الإهمال فيها يعرض الطفل للهلاك والضياع، ومن ثم فالحضانة واجبة له منعا من الهلاك⁽⁵⁾.

والملاحظ أن كل هذه التعاريف تدور حول حماية الطفل وصيانتها ورعايته بما يحتاجه من منافع، وما يدفع عنه من مضار، ويلحق بالطفل المجنون ولو كان كبير السن، وكذا العاجز لمرض ونحوه.

ثالثا- قانونا: نقتصر في التعريف القانون للحضانة على المشرعين الجزائري والمغربي، بحكم أن المشرع المصري لم يضع تعريف لها.

فالمشرع الجزائري عرف الحضانة طبقا لأحكام المادة 62 من ق- أ، بقولها: " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

أما المشرع المغربي فعرفها في المادة 1/163 من م- أ- م، بأنها: " حفظ الولد مما قد يضره قدر المستطاع والقيام بتربيته ومصالحه".

1 - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 02، ص 526؛ الخطاب، مواهب الجليل، ج 04، ص 214.

2 - ابن الطاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج 04، ص 288.

3 - الشريبي، مغني المحتاج، ج 03، ص 452.

4 - البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، ج 05، ص 496.

5 - أحمد إبراهيم عطية، نفقة وحضانة الصغار أمام محكمة الأسرة، دار الفكر القانوني، طنطا، ط 01، 2008 م، ص 124.

الفرع الثاني

استحقاق الحضانة و دليل مشروعيتها

نتناول في هذا الفرع دليل مشرعية الحضانة (أولاً)، ثم نبين بعد ذلك استحقاق الحضانة (ثانياً).

أولاً- دليل مشروعية الحضانة: إن النصوص الشرعية أعطت الأولوية لحضانة الصغير إلى الأم من السنة والإجماع.

1 - من السنة: فقد قضى رسول صلى الله عليه وسلم في حضانة خمسة قضايا: جاءته امرأة فقالت: يا رسول إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثدي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينزعه مني. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " أنت أحق به ما لم تنكحي"⁽¹⁾.

2 - من الإجماع: يروى أن عمر بن الخطاب كان قد طلق امرأته من الأنصار بعد أن أعقب منها ولده عاصماً، فرآه في الطريق وأخذه فذهبت جدته أم أمه وراءه، وتنازعا بين يدي أبي بكر الصديق فأعطاه إياه، وقال لعمر الفاروق: " ريجها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك"⁽²⁾.

فهذا الحكم الصادر عن الخليفة الأول لرسول الله صلى الله عليه وسلم حضره عدد من الصحابة ولم ينكره عليه أحد منهم فكان ذلك إجماعاً على أن الأم أولى برعاية ولدها من غيره ولو كان الأب.

3- أما من ناحية المنطق والمعقول: لقد أثبتت الدراسات بأن الأم أكثر إمداداً للمحزون بالحب والعطف والطمأنينة، وهي قواعد أساسية لنشأته نشأة سليمة مما يتلقاه الطفل من تربية منذ ولادته حتى بلوغه سن السابعة يؤثر بشكل واضح في تشكيل جوانب شخصيته سواء النفسية أو الخلقية أو الاجتماعية طيلة سنوات عمره⁽³⁾.

ثانياً- استحقاق الحضانة: تعتبر الحضانة شرعاً من فروض الكفايات، فلا يجوز أن يترك المحزون مهملاً، من غير رعاية ولا حماية، فيصبح عرضة للهلاك والضياع، فيصيبه الضرر والنقص المادي والمعنوي في جسمه

1 - ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج 04، ص 360 - 361.

2 - الشيخ أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 405.

3 - خيرة العراي، الحضانة عند المشرع الجزائري وفي الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران، 2002 م، ص 202.

ونفسه، ولا تكون الحضانة فرض عين إلا الأب وحده، أو الأم في سنين الرضاع إذا تعيّن، فتجبر على ذلك.

ولا شك أن وجود المحضون في جو أسري مترابط، وبين أبوين يمدّانه بالعطف والحنان، ويكفلان له التنشئة القويمة والكريمة يتعاونان في تربيته وتهذيبه، كلما قصر أحدهما، أكمل ثانيهما النقص، ولكن إذا تعرضت الحياة الزوجية للإهتزاز ووقع الطلاق، فإن حق الطفل في الحضانة والرعاية يستمر، ولا يسقط لشدة حاجته إلى الخدمة والرعاية. فيتولى أمره من هو أولى بها والأجدر والأقدر على رعاية المحضون والقيام بشؤونهم ومصالحهم⁽¹⁾.

فالحضانة حق مشترك للولد والحاضن معاً إلا أن حق المحضون أقوى؛ لشدة حاجته إلى رعاية النساء وعدم استغنائه عنهن، ولقد ذهب الفقهاء إلى أن النساء أولى بالحضانة من الرجال، سواء أكان المحضون ذكراً أم أنثى، وكان الأصل فيها النساء، لأنهن أشفق وأرفق وأهدى إلى تربية الصغار.

وقال ابن نجيم: "وحقّ الحضانة جعل إلى النساء، لأنهنّ أبصر وأقوم على حفظ الصّبيان من الرجال، لزيادة شفقتهم وملازمتهم للبيوت"⁽²⁾.

وهذا ما أقره الشافعية حيث يقول الشريبي: "الحضانة نوع ولاية وسلطنة، ولكن الإناث أليق بها، لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية وأصبر على القيام بها وأشد ملازمة للأطفال"⁽³⁾.

وإذا لم يوجد من النساء للقيام بحضانة الصغير، تنتقل الحضانة إلى الرجال - بشروط محددة - حتى لا يترك المحضون عرضة للضياع والهلاك، وهم أيضاً يرتبون على حسب الأولوية والأصلحية للمحضون.

والشريعة تتشوف في أحكامها إلى ضمان الرعاية السوية والقويمة لحياة الطفل من كل الجوانب المادية والنفسية، لحاجته الملحة لذلك، إذ ليس في مقدوره أن يوفر ذلك لنفسه، لعجزه وضعفه الفطري، ومن هنا جعل الشارع الحضانة حقاً للمحضون، لا يجوز أن يترك بدونها.

1 - داودي عبد القادر، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، ط 2010م، ص 204.

2 - ابن نجيم، البحر الرائق، ج 04، ص 180.

3 - الشريبي، مغني المحتاج، ج 03، ص 452.

و لما كان بعض الحاضنين أقوم وأجدر من البعض الآخر، وهم أصلح لتربية المحضون من غيرهم، أصبحت الحضانة حقّهم، ولا يجوز نزعها منهم أو التنازل عنها إلا استثناء أو لظروف خاصة، وهذا ما تطرق إليه الفقهاء عند كلامهم على الحضانة، هل هي حقّ للمحضون على الحاضن، أو حقّ للحاضن على المحضون.

والظاهر أنه وقع اختلاف في تحديد حقّ الحضانة، هل هي للطفل المحضون أو للشخص الحاضن.

فالحنفية لهم في ذلك قولان، حيث يقول ابن عابدين: "واختلف في الحضانة هل هي حقّ الحاضنة أو حقّ المحضون، فقبل بالأول، فلا تجبر إذا امتنعت ورجحه غير واحد، وقيل بالثاني فتجبر، وهو الأولى في الإفتاء. وقول من قال إنها حقّ الحاضنة فلا تجبر، محمول على ما إذا لم تتعين لها، لأن المحضون حينئذ لا يضيع حقّه لوجود من يحضنه غيرها، ومن قال إنها حقّ المحضون فتجبر، محمول على ما إذا تعينت، لعدم من يحضنه غيرها"⁽¹⁾.

وقال ابن نجيم: "وظاهر كلامهم أن الأم إذا امتنعت، وعرض على من دونها من الحاضنات فامتنعت، أجبرت الأم من دونها"⁽²⁾.

وهذا الخلاف أيضا قائم في المذهب المالكي، قال الدردير: "وإذا أسقطت الحاضنة حقّها منها، لغير عذر بعد وجوبها، ثم أرادت العود لها، فلا تعود بناء على أنها حقّ للحاضن، وهو المشهور، وقيل تعود بناء على أنها حقّ للمحضون"⁽³⁾.

وعند الشافعية لا تثبت الحضانة لفاسق، لأنه لا يوفي الحضانة حقّها، ولأن الحضانة إنما جعلت لحظ للولد في حضانة الفاسق، لأنه ينشأ على طريقته ولا تثبت لكافر على مسلم. وقال الشرييني: "وظاهر كلامهم عدم إجبار الأمّ - على الحضانة - عند الامتناع"⁽⁴⁾.

وكلامهم في عدم إجبار الأمّ عند الامتناع عن حضانة طفلها، مقيد بما إذا لم تجب النفقة عليها للولد المحضون، فإن وجبت النفقة عليها، كأن لم يكن له أب ولا مال أجبرت، فكلّ من وجبت عليه النفقة وامتنع من الحضانة أجبر عليها⁽¹⁾.

1 - ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 03، ص 558 - 560.

2 - ابن نجيم، البحر الرائق، ح 04، ص 180.

3 - الدردير، الشرح الكبير، ج 02، ص 552.

4 - الشرييني، الإقناع في ألفاظ أبي شعاع، ج 02، ص 492.

فالحضانة حقّ للولد المحضون من جهة، وحقّ للأمّ الحاضنة من جهة أخرى، لذا لا تجبر عليها إلا إذا تعينت، ففي هذه الحالة تصبح الحضانة حقّاً للولد، ومن هنا قالوا: لا حضانة لفاسق باعتبار الحضانة لحظ الولد.

وقد ذهب الحنابلة إلى أن الأمّ لا تجبر على الحضانة إذا امتنعت، وعللوا ذلك بعدم وجوبها عليها؛ فقال البهوتي: "ولو امتنعت الأمّ من حضانتها لم تجبر عليها، لأنها غير واجبة عليها"⁽²⁾.

ومن هنا يمكن القول أن الحضانة غير واجبة على الأمّ، أي أنها حقّ لها وليست حقّاً عليها إذا لم تتعين، فإذا لم يوجد من يحضنه، تجبر على ذلك، يفهم من كلامهم أن الأمّ إذا امتنعت عنها، تنتقل إلى حاضنة أخرى كالجدّة والخالة.

الترجيح: الأصل أن الحضانة شرعت لمصلحة المحضون، وذلك للعناية به ورعايته، فمن كان قادراً على أدائها فهو أحقّ بها، ولا شك أن الأمّ هي الأولى بها، والأقدر على ذلك، وخاصة إذا كانت متفرغة لذلك، بأن لا تكون متزوجة برجل غير أب المحضون، فحينئذ يكون اهتمامها منصباً على ولدها، بل جعل كمال المرأة في حسن تربيتها ورعايتها لأولادها، فهي تفيض حناناً وعاطفة على صغيرها، فينشأ في دفعها، وبمكث في كنفها، وجعل الشارع الحضانة حقّاً للحاضنة على محضونها، وخاصة إذا كانت أمّاً له، فلا ينازعها في حضانة طفلها أحد، ما لم تتزوج أو تتخلف عنها شروط الحضانة.

وليس معنى جعل الحضانة حقّاً للحاضن على المحضون، أن تهدر حقوقه وتهمل مصالحه حفاظاً على حقوق الحاضن، بل حقّ الحاضن في رعاية المحضون على حقّ الطفل أصالة، فحقوق ومصالح المحضون محفوظة بالقصد الأول، ثم تأتي مصالح الحاضن بالتبع، ومن هنا جاء وجوب إلزام الأمّ بالحضانة إذا تعينت ولم يوجد غيرها، فحقّ الحاضن مراعى ما لم يتناف مع حقّ المحضون.

من هنا يمكن القول أن الحضانة هي حقّ للمحضون على الحاضن، كما هي حقّ للحاضن على المحضون؛ وفي هذا يقول ابن القيم: "والصحيح أن الحضانة حقّ لها، وعليها إذا احتاج الطفل إليها، ولم

1 - الشريبي، مغني المحتاج، ج 03، ص 456.

2 - البهوتي، كشاف القناع، ج 05، ص 496.

يوجد غيرها، وإن اتفقت هي وولي الطفل على نقلها إليه جاز، والمقصود أن في قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "أنت أحقّ به ما لم تنكحي"، دليلاً على أن الحضانة حقّ لها"⁽¹⁾.

فالحضانة إذا تتعلق بما ثلاثة حقوق (حقّ الحاضنة، وحقّ المحضون، وحقّ المجتمع)، فإن أمكن التوفيق بين هذه الحقوق، وجب المصير إليه، وإن تعارضت، قدم حقّ المحضون على غيره، لأنه هو المقصود بتشريع حقّ الحضانة.

المطلب الثاني

سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون

إن سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير مصلحة المحضون، تتمثل في تحديد ضوابط ومعايير مصلحة المحضون⁽²⁾، وذلك من خلال المعيار المعنوي والروحي، والمعيار المادي، ومعيار استماع المحضون لتحري مصلحته، وهذا ماستتناول من خلال الفروع الآتية:

1 - ابن القيم، زاد المعاد، ج 05، ص 452.

2 - إذا كانت قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي قاعدة جديدة بالنسبة لمختلف التشريعات العربية، فإنها بالنسبة للشريعة الإسلامية تعتبر قديمة وكان العمل سار بها في عهد رسول صلى الله عليه وسلم، و تبعه في ذلك الصحابة.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يتناول ذلك، ولكن بالرجوع إلى المادة 222 من ق - أ، التي تحلينا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وهذا دون تقييد بمذهب معين أي أنه أخذ بالرجوع إلى جميع المذاهب من أجل ترجيح من يصدقه الدليل الشرعي وتستقر معه المصلحة، وما يتضح من خلال نصوص قانون الأسرة، أن المشرع الجزائري يأخذ بقاعدة مصلحة المحضون لكنه لم يضع لها تعريفا عاما؛ ويمكن إرجاع صعوبة عدم وضع تعريف لقاعدة مصلحة المحضون لكونها تتعلق بمادة وثيقة الصلة بالحياة، والحياة مشكلة من ملامح وذاتيات لا يمكن وضعها في إطار محدد مسبقا. وبالرغم من عدم وجود تعريف لمصلحة المحضون، إلا أن هناك مميزات تنفرد بها يمكن إبرازها فيما يلي:

أ - إن قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي ذاتية وشخصية بمعنى تتعلق بكل طفل على حدى، وعلى هذا أساس ينظر القاضي إلى حالة طفل بمنظار يخصه ويحدد مصلحته؛ فما يصلح لطفل حديث الولادة لا يصلح بالضرورة إلى الطفل البالغ السابعة أو الثامنة من العمر.

ب - قاعدة مراعاة مصلحة المحضون ليست قاعدة ثابتة بل هي قابلة للتغير، فما كان يصلح للمحضون في وقت معين لا يصلح له في وقت آخر. وعلى هذا الأساس وضع المشرع حالات من خلالها يمكن إسقاط الحضانة على الحاضن من أجل مراعاة مصلحة المحضون في حين يحكم هذه القاعدة عنصرين أساسيين: - تغليب المصلحة المعنوية على المصلحة المادية؛ - تحقيق الأمن والاستقرار النفسي والعاطفي للطفل؛ وهذه العناصر هي التي احتكمت إليها المحكمة العليا في عدة قرارات لها من القرار الصادر بتاريخ 18 / 02 / 1997 بقولها: "من المستقر عليه قضاء أن

الفرع الأول

ضوابط معايير مصلحة المحضون

إن سكوت المشرع الجزائري، وعجز الفقهاء عن تقديم تعريف دقيق لمصلحة المحضون، لم يحل دون اقتراح بعض المعايير والضوابط التي يستعين بها القاضي في تقديرها؛ ولا شك أن ذلك يقرب حكم القاضي إلى الموضوعية والعدالة، ويبعد تخوف البعض من تعسفه بسبب السلطة التقديرية المطلقة الممنوح له في مسائل الحضانة.

كما أن الفقه الإسلامي قد تكلم على سبل تحقيق مصلحة المحضون، ولجأ في ذلك إلى تنظيم أحكام الحضانة من شروط، وأصحاب الحق فيها، وأجرتها، ومكان ممارستها، وحالات إسقاطها، وجعل منها معايير التقدير مصلحة المحضون يتأكد منها القاضي لإسناد الحضانة أو إسقاطها⁽¹⁾.

أما في التشريعات الجزائرية والمغربية والمصرية، فليس ثمة نصوص من قبيل هذا المعنى؛ ولذلك يعمل عند تحديد معايير مصلحة المحضون بالقاعدة العامة الواردة في النصوص التشريعية التي جاءت بها قوانين الأسرة، و المتمثلة في معيارين أساسيين هما:

أولاً- يشمل المعيار المعنوي والروحي، وعنته النصوص التشريعية بتعليم الولد وتربيته الدينية وحفظه خلقاً؛ **ثانياً-** يتمثل في المعيار المادي، وذلك بالسهر على حماية الولد ورعايته مادياً.

أولاً- المعيار المعنوي والروحي: أول ما يعتمد عليه القاضي لكشف موقع مصلحة المحضون هو العنصر المعنوي والروحي الذي يشكل حجر زاوية تلك المصلحة؛ ولا شك أن معظم الفقهاء لا يعترضون على العنصر المعنوي والروحي، بل و يؤكدونه متبعين في ذلك المتخصصين في علم النفس. وليس للقضاء، في هذا الموضوع، إلا أن يصغوا إلى علماء النفس لكي يسد ثغرات سكوت القانون.

الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون اعتماداً على تقدير المرشدة الإجتماعية التي تؤكد ذلك، فإن قضاة الموضوع إعمالاً لسلطانهم التقديرية فقد طبقوا القانون؛ "الحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 18/07/1997، ملف رقم 153640، م - ق، عدد 01، 1997، ص 39.

ومن هنا يتضح لنا بأن القضاء الجزائري متمسك بقاعدة مراعاة مصلحة المحضون دون الخروج عن قواعد أحكام الشريعة الإسلامية.

1 - علي غرار ابن الهمام و الزيعلي و ابن رشد و ابن قدامة؛ محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص 751.

من هنا فلا بد لنا من الاستعانة والاعتماد على النتائج الطبية، منها النفسية والعامية، لتوضيح أهمية العنصر النفسي والروحي في حياة المحضون.

أكد أن الحنان والعطف اللذين يمنحاهما الوالدان لأبناهما والأم على وجه الخصوص⁽¹⁾، لا بديل لهما؛ فهذين العنصرين مهمين في تكوين بنية الطفل العقلية والجسمية. ولهذا، يحرص علماء النفس والأطباء أشد الحرص على توفيرهما للطفل خاصة في حياته الأولى؛ فإذا فقد الطفل أمه وهو رضيع، ترك هذا الحرمان آثارا سيئة على نموه الجسمي والعقلي والعاطفي والاجتماعي⁽²⁾؛ وهذا ما يستتبط من خلال القواعد الفقهية والنصوص القانونية في ترتيب الحواضن وتقديم النساء على الرجال، لأنهن الأكثر قدرة على إحاطته بال العناية الروحية.

والجدير بالملاحظة هنا هو كون هذه الحالات التي تكلم عنها علماء النفس تزداد تفاقما كلما كان المحضون في سن صغيرة والتي حددت عندهم بسنتين إلى اثني عشرة سنة؛ وصعوبة حالة هؤلاء الأطفال، تفسر من الناحية المنطقية من جهة، بحرمانهم وفقدانهم للمواد الضرورية لنموهم نمو سليما، ولتغطية متطلباتهم الأساسية في الحياة؛ ومن جهة أخرى، تتكون لدى الكثير منهم عقدا نفسية، يعانون منها في حياتهم المستقبلية⁽³⁾.

و تكمن أهمية هذا المعيار في درء المخاطر عن المجتمع ككل؛ فالحرمان العاطفي يؤثر على سلوك المحضون ويؤدي به إلى الانحراف والجروح ووقوفه ضد المجتمع الذي يعيش فيه.

1 - وقد ركز الطب على هذا الدور في حياة الطفل، بحيث يرى أن التعلق بالأم مرتبط من جهة الأم بالحاجة الغذائية، ومن جهة أخرى مرتبط بعوامل أخرى.

2 - حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغربية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2005 م، ص 107.

3 - أما من جانب الطب العام، فإن هذا الأخير كان ولا يزال الطفل محل اهتمامه، وقد علق أحد الأطباء حل الكثير من المسائل المتعلقة بالأطفال إذا كان الطب العام والمتخصص على دراية كافية بالنمو الفكري والعاطفي للطفل العادي. وفوق هذا وذاك، يدمج الأطباء الحب والحنان من بين الحاجات الأساسية للطفل أثناء نموه ويؤكدون على فعالية دور الأم في هذه المرحلة.

وبالفعل أجمع أيضا، أطباء الأمراض العقلية على أن الطفل خلال حياته الأولى، في حاجة ملحة إلى أمه أو امرأة تمدده بالحنان والعطف. نموه وتوازنه النفسي وتكوينه الخلقي لا يتحققوا بصفة كاملة إلا بين يدي أمومية؛ مصطفى الخشاب، دراسات في الإجتماع العائلي، دار النهضة العربية، بيروت، 1981م، ص 234؛ حميدو زكية، المرجع السابق، ص 108.

كما يؤكد الباحثون الاجتماعيون وهم في صدد الحديث عن جرائم الأحداث أن الأطفال هم دائما الضحايا في الطلاق، وبالتالي لا يوجد أطفال مذنبون، مؤكدين في ذلك أن اختلال توازن الأسرة يؤدي حتما إلى اضطراب تنشئة الطفل بطريقة صالحة.

وفي هذا يقول أحد باحثي علم الإجرام بأن من بين العوامل التي تؤثر بصفة مباشرة أو غير مباشرة على الإجرام هي الأسرة⁽¹⁾، بمعنى أن الظروف الأسرية لها، كما قلنا، تأثير كبير على حياة الطفل الحاضرة، والمستقبلية على الخصوص؛ وقد سبق هؤلاء العلماء والباحثين في إخبارنا ما للمحيط الأسري من تأثير على الطفل، وفي هذا يقول النبي - صلى الله عليه وسلم - بحديثه: "كل مولود يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه، أو ينصرانه، أو يمجسانه، كما تنتج البهيمة بهيمة جمعاء، هل تحسبون فيها من جدعاء؟"⁽²⁾.

فالطفل، تفسيراً لهذا الحديث، يخلق نقياً صافياً، ولكن البيئة الفاسدة هي التي تلوث فطرته وتفسد خلقه، ولا سيما أبواه، إذ لهما الدور الكبير في إصلاحه، أو فساده، فهما سبب من أسباب استقامته أو اعوجاجه؛ لذلك يقتضي الأمر على الحاضن أن يهتم بالمحضون أحسن اهتمام ويعوضه قدر الإمكان الجو العائلي الذي فقده بأن يراعيه ويعتني به ويحسن معاملته⁽³⁾.

وسدا لجنوح الأحداث، وحماية لهؤلاء من الانحراف، تعاقب التشريعات الجنائية⁽⁴⁾، أحد الأبوين الذي يعرض صحة أولاده أو أمنهم أو خلقهم لخطر جسيم بأن يسئ معاملتهم أو يكون مثلاً سيئاً لهم للاعتياد على السكر أو سوء السلوك أو بأن يهمل رعايتهم أو لا يقوم بالإشراف الضروري عليهم، و ذلك سواء قد قضي بإسقاط سلطته الأبوية عليهم أم لم يقض بإسقاطها.

وفي الأخير يجب على القاضي أن يراعي مصلحة المحضون، وذلك بأن يختار للمحضون الحاضن الذي يهيئ له الإستقرار الروحي و الأمن.

ثانياً- المعيار المادي: إذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية يرجحون المصلحة المعنوية على المادية، فإن ذلك، لا يعني أنهم ينكرون أهمية المصلحة المادية؛ وذلك لأن العنصر المادي في حضانة الطفل تتطلب حتما تغطية حاجاته الضرورية وهي تكاليف لا بد منها.

1 - حميدو زكية، المرجع نفسه، ص 108.

2 - الإمام أبي عبد الله محمد البخاري الجعفي، صحيح البخاري، باب "إذا أسلم الصبي"، دار الفكر، المجلد الأول، ج 02، ص 97.

3 - حميدو زكية، المرجع السابق، ص 109.

4 - كالتشريع الجزائري والمغربي والمصري.

وعليه، فإذا ما وفر العنصر المادي للمحزون من مأكل وملبس ومسكن، وغير ذلك مما يحتاجه، يجعل المحزون يحس براحة تساهم في إحياء معنوياته المتمثلة في الشعور بالحماية والأمن؛ و هو ما أقره البعض عند قولهم: "الأسرة تحتاج إلى دخل اقتصادي ملائم يسمح لها بإشباع حاجاتها الأساسية من مسكن ومأكل وملبس، كما تحتاج إلى تدبير ما يلزمها من خدمات صحية"⁽¹⁾.

من هنا فإن أهم النقاط التي تثار في تحديد المصلحة المادية للمحزون تتمثل نفقة المحزون، و أجره الحضانة، وأجره الرضاع، و السكن.

1- نفقة المحزون: من بين الحقوق التي تقرها التشريعات للمحزون على وجه الخصوص حقه في الإنفاق عليه مادام لم يبلغ سن الرشد أو كان غير قادر على الكسب لصغر أو لعجز أو لدراسة؛ وتطبيقا لذلك، لم يغفل المشرعون الجزائري والمصري وتحديد مشتملات النفقة، فقد نص عليها المشرع الجزائري طبقا لأحكام المادة 78 من ق-أ، و المشرع المغربي في المادة 189 من م-أ-م، والمشرع المصري في المادة 01 من قانون رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985؛ وقد اتفقت هذه القوانين على اعتبار الغذاء والكسوة إحدى مشتملاتها، فالحاجة إلى القوت لا تحتاج إلى عناء إثبات، إذ لا يمكن للمرء أن يعيش بمعزل عن الطعام والشراب وهو ضروري لإقامة البنية؛ وأما الكسوة فهي معافاة للجسم، ووقاية الجسد من برد الشتاء وحرارة الصيف، وهو أيضا ستر للعورة⁽²⁾.

كما تناول المشرع الجزائري والمصري العلاج من مشتملات النفقة بعد العنصرين السابقين، بخلاف المشرع المصري الذي منح المرتبة الثالثة للسكن ويليها مصاريف العلاج⁽³⁾.

أما فيما يخص السكن فالمشرع الجزائري و المصري يعتبرانه من مشتملاتها⁽⁴⁾، وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 21 / 07 / 1998 حين قضت: "أجرة مسكن الحضانة تعتبر عنصرا من عناصر

1 - محمود حسن، الأسرة ومشكلاته، دار النهضة العربية، بيروت، 1967م، ص 52.

2 - أحمد محمد بختيت، إسكان المحزون في الفقه الإسلامي والتقنيات العربية (المشكلة وتطورات في الحل)، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 01، 2001 م، ص 35 - 37.

3 - نصت المادة 78 من ق-أ، بقولها: "تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن وأجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"؛ و نصت المادة 189 من م-أ-م، بقولها: "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، وما يعتبر من الضروريات..."; ونصت المادة 01 / 2 من القانون رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 بقولها: " - وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك بما يقتضي به الشرع".

4 - بحيث يعتبر المشرع المصري أن أجره السكن أو المسكن من عناصر نفقة الصغير على أبيه شرعا، فهي لا تدخل ضمن الأجر التي تستحق للحاضنة نظير قيامها بعمل محدد هو إسكان الصغير.

النفقة، ومنها فإنها من التزامات الأب تجاه أولاده المحضون، إلا أن تقديرها يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع ولا رقابة عليهم في ذلك"⁽¹⁾؛ بخلاف المشرع المغربي الذي جعل تقدير سكن المحضون مستقلا عن النفقة، وذلك من خلال أحكام المادة 1/168 من م - أ - م، بقولها: "تعتبر تكاليف سكني المحضون مستقلة في تقديرها عن النفقة و أجره الحضانة وغيرهما".

أما من الناحية الفقهية، فيعتبر الفقهاء السكن من مشتقات النفقة، حيث اعتمد ابن الهمام عند تعريفه للنفقة على حديث قال فيه الرسول - صلى الله عليه وسلم - ردا على سؤال هشام: "أثما الطعام والكسوة والسكن؟" وهذا ما ذهب إليه (ابن عابدين وابن نجيم)⁽²⁾.

كما ذهب الفقه الحديث إلى نفس الرأي؛ إذ عرفها د/ وهبة الزحيلي بأنها: "شرعا كفاية من يمونه من الطعام والكسوة والسكن؛ وعرف الطعام بأنه، والطعام يشمل الخبز والأدم والشرب؛ والكسوة: السترة والغطاء؛ والسكن يشمل البيت ومتاعه ومرافقه من ثمن الماء ودهن؛ المصباح وآلة التنظيف والخدمة ونحوها بحسب العرف"؛ كما عرفها د/ عبد الرحمان الجزيري بأنها: "إخراج الشخص مؤنة من تجب عليه نفقته من خبز وأدم وكسوة ومسكن وما تابع ذلك من ثمن كراء ودهن ومصباح ونحو ذلك"⁽³⁾.

من هنا فإن كل التعاريف تتفق على أن السكن يدخل ضمن مشمولات النفقة وهو عنصر من عناصرها في حالة انفصال الأبوين خلال مرحلة الحضانة؛ وذلك لأنهم اعتبروا أن الإنفاق ليس مقصورا على ما ينفقه الأب من ماله للمطعم والمشرب والملبس فقط، بل اعتبرت إيواء المحضون نوعا من النفقة حتى يبعد الطفل من أن يكون مشردا أو متسولا؛ فالمسكن إلى جانب المأكل والملبس يدخل ضمن الحاجات الضرورية للإنسان مهما تطورت المراحل العمرية و قطعه منها مضر بنفس المحضون ونفسيته، وقيامها بالنفقة، أوجبها المشرعون الجزائري و المغربي والمصري في مال المحتاج إليها إن كان له مال، أو في مال أبيه إن لم يكن له مال أو لم يكفيه.

ولا يستحق الصغير أجر مسكن إذا ما كان يقيم صحبة أبويه بمسكن الأب، فإذا أقامت الأم في هذه الدعوى بطلب نفقة شاملة حكم لها بنفقة مأكل وملبس فقط دون أجر المسكن.

ويستحق الصغير أجر المسكن سواء كان يقيم لدى الحاضنة بملكها الخاص أو بأجر لأن أجره مسكن الصغير على أبيه شرعا، عملا بعموم

المادة 18/3 مكرر ثانيا.

1 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، بتاريخ 21/07/1998، ملف رقم 197739، ن - ق، عدد 56، 1999، ص 37.

2 - ابن الهمام، فتح القدير، ج، 03، ص 344 - 345؛ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 03، ص 562؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج 04، ص 194.

3 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج 07، ص 765 وما بعدها؛ عبد الرحمان الجزيري، ج 04، المرجع السابق، ص 553.

ونظرا لأهمية السكن في حياة كل إنسان والمحضون خصوصا، حيث يعتبر إسكانه مظهرا من مظاهر رعايته و وسيلة لكرامته ومصدرا لسلامته، فهو وجه للحفاظ على مصلحته⁽¹⁾.

2- أجرة الحضانة: لما كانت الحضانة خدمة للمحضون والقيام بشؤون حياته من طعام وشراب ولباس وتربيته، فهي عمل مشروع يمكن الإعتياض عنه بالمال؛ هذا العمل الذي تقوم به الحاضنة من رعاية وحفظ وصيانة للمحضون خلال فترة الحضانة تستحق به أجرا؛ يسمى أجرة الحضانة؛ وهي تختلف عن نفقة المحضون⁽²⁾، فهذه الأخيرة تسدد لتغطية حاجيات المحضون؛ أما الأجرة فهي تقدم للحاضنة عوضا لخدمتها إذا طالبت بها؛ وهذا ما نص عليه المشرع المغربي طبقا لأحكام المادة 1/167 من م- أ- م، بقولها: "أجرة الحضانة ومصاريفها على المكلف بنفقة المحضون وهي غير أجرة الرضاعة والنفقة"؛ وهو ما أكده قرار للمجلس الأعلى جاء فيه: "حيث ثبت صحة ما عابه الطاعن على القرار في الشق المتعلق باستمرار أداء أجرة الحضانة إلى ما بعد تجاوز سن استحقاقها إذ أن البنت مريم تبلغ من العمر 23 سنة والابن يوسف 19 سنة وهما طالبان بالجامعة بالخارج وأن المحكمة لما قضت على الطاعن باستمرار أجرة الحضانة عليهما رغم هذه السن تكون قد بنت على غير أساس، مما يتعين معه نقضه في هذا الجزء المتعلق بأجرة الحضانة.

وحيث إنه بخصوص الشق المتعلق بتقدير النفقة، فإن المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه ولما لها من سلطة تقديرية في تحديد مقدار النفقة قد راعت دخل الملزم بها وحال مستحقها ومستوى الأسعار، مما يكون معه قرارها فيما يخص تحديد النفقة مرتكزا على أساس..."⁽³⁾.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يعالج أجرة الحضانة بنصوص صريحة، بخلاف المشرع المغربي في مادته 2/167 من م- أ- م، بقولها: "لا تستحق الأم أجرة الحضانة في حالة قيام العلاقة الزوجية، أو في عدة من طلاق رجعي".

وهذا الموقف السلبي للمشرع الجزائري بصدده هذه المسألة لا يجعلنا نتغاضى عما ورد بنص المادة 222 من ق- أ، والتي تحيل في كل ما لم يرد فيه نص إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

ولقد اختلف الفقهاء في إثبات أجرة الحضانة للأم أو غير الأم؛ فإذا كانت الحاضنة هي غير الأم، فهنا اتفق الفقهاء على أن لها أجر الحضانة، أما إذا كانت الحاضنة هي الأم فهذه الحالة لها أهميتها في

1 - حميدو زكية، المرجع السابق، ص 124.

2 - محمد مصطفى شليبي، أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص 767.

3 - مجلة قضاء المجلس الأعلى، قرار شرعي بتاريخ 01/11/2007، العدد 68، ص 66 وما بعدها.

الجانب القانوني أكثر من العملي القضائي، لأنه نادرا ما تطلب الأمهات أجره على العناية بأولادهن وحوالها نار الخلاف.

فالمالكية اعتبروا الحضانة حقاً للأم فلم يفرضوا لها أجرا لأنها تقوم بواجباتها تجاه ولدها، وفي هذا يقول ابن رشد: "لأنه لا يستقيم أن يكون من حقه أن يكلفه ويؤويه إلى نفسه ويجب بذلك له حق"⁽¹⁾، وقال النفراوي: "ولا تستحق شيئاً لأجل حضانتها، إلا أن تكون أم المحضون وهي فقيرة والمحضون موسر، وإلا وجب لها أجر الحضانة تستحق النفقة من ماله من حيث فقرها ولو لم تحضنه"⁽²⁾.

أما الحنفية فألزموا الأم بالحضانة دون الأجرة، إذا كانت زوجة أو معتدة، و لها طلب أجره الحضانة إذا كانت المطلقة بائنا، وفي هذا الشأن يقول ابن عابدين: "وتستحق الحاضنة أجره الحضانة إذا لم تكن منكوحة ولا معتدة لأبيه، وهي غير أجره إرضاعه ونفقتة"⁽³⁾.

أما الشافعية والحنابلة فقد أوجبوا للأم أجره الحضانة مقابل حضانة أولادها في جميع الحالات، وهذه الأجرة تؤخذ من مال المحضون إن كان له مال، وإلا من مال أبيه أو من تلزمه نفقتة عند عدمه، أما ما أنفقتة الأم على ولدها لأجل حضانتها فلها الرجوع به على أبيه لاختصاص الأب وحده بنفقة ابنه، وقال ابن قدامة: "ومتى بذلت الأم إرضاعه متبرعة أو بأجرة مثلها فهي أحق به سواء وجد الأب متبرعة برضاعه أو لم يجد... لأنها أحق بحضانتها"⁽⁴⁾.

من هنا فإن المشرع المغربي أخذ برأي الحنفية طبقاً لأحكام المادة 167 من م - أ - م، وهو نفس الشيء بالنسبة للمشرع المصري الذي يأخذ بالقول الراجح للمذهب الحنفي فيما لم يرد به النص، وعناية وبمصلحة المحضون، نرى بأنه يجب إعطاء الأم الحاضنة أجره على حضانتها، هو الرأي الراجح، وذلك لما فيه من تشجيع على القيام بهذه المهمة على الوجه الأحسن؛ لأن العدالة تملّي أن كل عمل يجازى بأجره؛ وأن عدم الوفاء بهذا المقابل المادي خاصة إذا كان الشخص في حاجة إليه قد يدفعه إلى الإحجام عن هذا العمل والتنصل من تبعاته، وفي هذا ضرر بالمحضون والحضانة قررت لنفع المحضون لا لضرره.

1 - ابن رشد، المقدمات الممهّدات، ج 01، ص 570.

2 - النفراوي، الفواكه الدواني، ج 02، ص 67.

3 - ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 04، ص 03.

4 - ابن قدامة، المغني، ج 07، ص 420 وما بعدها.

أما فيما يخص مقدار أجره الحضانة، فقد أسندها الشارع الحكيم إلى السلطة التقديرية للقاضي، بشرط إعمال مقصدين عامين معتبرين في تحديد مقدار النفقة الواجبة على أب المولود للأم المرضع، متمثلين في نفي الإضرار، وفي التكليف بما لا يطاق.

3- أجره الرضاع: إن المشرع الجزائري، كما سبق الذكر، لم يُشِرْ إلى أجره الرضاع، وإنما كان يشير، إلى أحد واجبات الزوجة نحو زوجها وهو إرضاع الأولاد عند استطاعتها⁽¹⁾.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فتكلم عن أجره الرضاع في موضوع النفقة، من خلال المادة 201 من م - أ - م، بقولها: "أجره رضاع الولد على المكلف بنفقته".

والرضاع هو مص الرضيع من ثدي آدمي في مدة الرضاع⁽²⁾؛ فهو إذن، خدمة غذائية بحته تقدم للمحضون؛ ولما كانت كذلك، فكل امرأة تقدمها يمكن تأجيرها عليها، سواء أكانت المرضعة هي الأم أم غيرها.

ولكن، السؤال الذي يطرح نفسه هو ما إذا طلبت الأم بأجره الرضاع، فهل ستفضل على المتبرعة؟ إن الرضاع لا يقف عند التغذية المادية فحسب، وإنما يتعداها إلى التغذية الروحية؛ والأم في إرضاع ابنها أرحم وأحنى من غيرها، ولبنها أمراً من لبن غيرها⁽³⁾، فهو أفضل غذاء له؛ ومن هنا، فإن مصلحة المحضون أن يرضع من أمه إذا كانت قادرة على ذلك وطلبها أجره لا يجب أن يحول دون إرضاعها لابنها المحضون.

ولم تفرق المادة 201 من م - أ - م، بين المرضعة الأم والمرضعة غير الأم، فإحياء للطفل تجب الأجره للأم والمرضعة على السواء؛ وحفاظاً على مال المحضون، تقع أجره الرضاع على أبيه .

وكخلاصة لمسألة النفقة من حيث مضمولاتها ومن جانبها القانوني، نقول، أن القصور التشريعي في حق المحضون في سكن المطلق ظهر بجلاء في التشريع الجزائري، خلافاً لما هو عليه في التشريع المغربي.

1 - نصت المادة 39 الملغاة من ق - أ رقم 84 - 11، بقولها: "يجب على الزوجة: - إرضاع الأولاد عند استطاعة وتربيتهم".

2 - الجرجاني، التعريفات، ص 123؛ نقلاً عن: أحمد الأمrani، المرجع السابق، ص 197.

3 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 07، المرجع السابق، ص 703.

4 - حق المحضون في السكن: السكن مشتق من فعل " سكن " أي قر وانقطع عن الحركة، وتسكن: اطمأن ووقر، والسكينة تعني الوقار والطمأنينة والمهابة؛ والمسكن والسكينة مشتقان من أصل واحد، فإن لم يكن مسكن لن تكون سكينه، ووقع الاضطراب والحياة الدنيئة وقد يؤديان إلى ضياع ليس له بعد ذلك دواء يعالجه.

فالمقصود بمسكن الحضانة قد لا يكون مسكن الزوجية، وذلك في حالة توفير الأب مسكن لم يكن محلا لإقامة الزوجين المشتركة بغرض حضانة الصغير به، وفي هذه الحالة يسمى مسكن حضانة، ومسكن الحضانة إذا لم يكن مسكن الزوجية فإنه ينبغي أن يكون مسكنا مستقلا ومستوفيا المرافق الشرعية؛ على خلاف مسكن الزوجية والذي لا يشترط فيه جميع الأحوال أن يكون مستقلا وبه جميع المرافق الشرعية، باعتبار أن الزوجة قد قبلت الإقامة فيه⁽¹⁾.

وقد عرفت محكمة النقض المصرية مسكن الحضانة بأنها حسب الأصل هو ذلك المسكن الذي يعده لإقامة مطلقته فيه فترة حضانتها لأولاده منها، فإذا لم يتم المطلق بإعداد المسكن المناسب فإن مسكن الزوجية الذي استأجره الزوج للإقامة فيه مع زوجته قبل حصول الطلاق بينهما هو مسكن الحضانة، ويحق لمطلقته الحاضنة أن تستقل بالإقامة فيه معه مع صغيرها من مطلقها فترة الحضانة مادام أن الزوجين كانت يقيمان فيه قبل حصول الطلاق بينهما⁽²⁾.

ومن هنا سنتناول حق المحضون في السكن في الفقه الإسلامي؛ ثم نبين حق المحضون في السكن في التشريع الجزائري والمقارن.

أ- حق المحضون في السكن في الفقه الإسلامي: إن الحضانة شرعت لمصلحة الصغير، للقيام بشؤونه إلا أن حاجته للسكنى لا تقل أهمية عن حاجته إلى الحضانة، إذ بالسكنى تحفظ نفسه، وبالحضانة ترعى شؤونه.

ومن البديهي أن المحضون لا يسكن وحده، وإنما يسكن برفقة من له الحق في الحضانة، فلذلك لا بد من معرفة حكم سكن الحضانة الذي يأوي كل من الحاضنة والمحضون، وعلى من تكون أجرة سكنهما.

1 - ويعرفه معوض عبد التواب بأنه: "السكن الذي يعده المطلق لإقامة مطلقته فيه فترة حضانتها لأولاده منها"؛ معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط 07، 1997م، ج 03، ص 1018.

2 - أحمد إبراهيم عطية، المرجع السابق، ص 211 - 212.

واختلفت آراء الفقهاء في مسألة سكن الحضانة وأجرته كمايلي:

الرأي الأول - أجره السكن في الحضانة غير واجبة: وهو قول عند الحنفية والشافعية؛ وفي هذا يقول ابن عابدين أنه: " لا تجب في الحضانة أجره المسكن الذي تحضن فيه الصبي"⁽¹⁾، ونقل ابن عابدين كذلك أن في النهر اختيار هذا القول، بمعنى أن ما في النهر هو ما في التفاريق في عدم وجوب أجره المسكن، فقبل في النهر: " وينبغي ترجيحه إذ وجوب الأجر لا يستلزم وجوب المسكن بخلاف النفقة"⁽²⁾.

وردّ ابن عابدين على هذا القول بما يلي⁽³⁾: صاحب النهر ليس من أهل الترجيح، وتعليقه - لعدم وجوب أجره المسكن - ضعيف، والقول بوجوب أجره المسكن ليس مبنياً على وجوب الأجره على الحضانة بل على وجوب نفقة الولد، لأن الحاضنة قد تكون لا مسكن لها أصلاً، وإنما تسكن عند غيرها، فكيف نقول بإلزامها بأجره مسكن لتحضن فيه الولد؟.

وقال ابن حجر الهيتمي: " سئل عن الأم الحاضنة إذا طلبت أجره المسكن الذي تحضن فيه أولادها هل يجب على الأب استئجار المسكن أو لا؟ وهل تسقط حضانتها إذا لم يكن لها مسكن أم لا ؟ وهل يدخل في مؤونة الحضانة أجره المسكن أم لا؟ فأجاب بقوله: الأم الحاضنة إن كانت في عصمة الزوج الأب فالإسكان عليه وإلا فليس لها إلا أجره الحضانة، فتستأجر منها مسكناً إن شاءت، ولا تسقط حضانتها بعدم ملكها أو نحوه لمسكن..."⁽⁴⁾.

ويتضح لنا من هذا القول أن الحاضنة إذا كانت زوجة لأب الصغير فالزوج الأب مكلف بإسكانها، تسكن حيث يسكن هو وهذا أمر طبيعي، أما إذا كانت تسكن مع غيرها أو كانت معتدة من زوجها وكان الأولاد في حضانتها، فإن أجره مسكن الحضانة يكون داخلاً ضمن أجره الحضانة التي تأخذها؛ لأن الحاضنة صارت أجنبية عن الزوج فهو غير مكلف بإسكانها، أما سكن ولده فهي مستأجرة بأجر للقيام بالحضانة والحفظ وهو ما يقتضي أن تكون في مكان يأويها وولدها وليس لها سوى أجره الحضانة، وعليها

1 - ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 05، ص 261؛ ابن عابدين، مجموعة الرسائل ابن عابدين، ج 01، ص 268.

2 - ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 05، ص 261.

3 - ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 05، ص 261.

4 - الهيتمي، الفتاوى الكبرى، ج 04، ص 216.

أن تتدبر أمرها بما يحفظ الولد ولو بأجر الحضانة فقط، وأما قوله بعدم سقوط حضانتها فلأنها لا تُعدم موضعاً تسكن فيه، ولو كان داراً للمساكين⁽¹⁾.

الرأي الثاني - أجرة السكن في الحضانة واجبة: إن لم يكن للحاضنة مسكن تمسك فيه الصغير: وهو قول عند الحنفية، وبه أخذ الشيعة الإمامية⁽²⁾، فقد جاء في رسائل ابن عابدين نقلاً عن شرح النقابة عن البحر المحيط: "سئل أبو حفص عمّن له إمساك الولد وليس مسكن مع الولد، هل على الأب سكنها وسكني ولدها؟ قال: نعم سكنهما جميعاً؛ وعدّه نجم الأئمة البخاري هو المختار، فقال: "المختار أن عليه السكني في الحضانة"⁽³⁾.

وقال ابن عابدين: إن ابن الشحنة اعتمد هذا القول؛ وقال أيضاً: "والحاصل أن الأوجه لزومه لما قلنا، لكن هذا إنما يظهر لو لم يكن لها مسكن، أما لو كان لها مسكن يمكنها أن تحضن فيه الولد ويسكن تبعاً لها فلا، لعدم احتياجه إليه..."⁽⁴⁾.

الرأي الثالث - السكني من نفقة الحضانة: وهو قول عند الشافعية، الحنابلة⁽⁵⁾؛ حيث قال الشريبي: "أن الحضانة من جملة الكفاية"⁽⁶⁾؛ وقال الماوردي: "أن السكني تبع للنفقة"⁽⁷⁾؛ وقال الرملي: "ومؤونها على علي من تلزمه النفقة... فإن احتاج الولد الذكر والأنثى للخدمة فعلى الوالد إخدامه بلائق به عرفاً"⁽⁸⁾.

وما يتضح لنا من خلال أقوال الفقهاء جعلوا سكني الحضانة من ضمن النفقة الواجبة للولد، كما أنهم فسروا معنى المؤونة، وضمن هذا التفسير الخدمة، ولا يمكن أن يتصور أن الخدمة أولى من السكن الذي يلجأ إليه الولد ويحميه⁽⁹⁾.

1 - محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، ط 01، 2002 م، ص 202.

2 - ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 05، ص 261؛ ابن عابدين، مجموعة الرسائل ابن عابدين، ج 01، ص 268.

3 - ابن عابدين، مجموعة الرسائل ابن عابدين، ج 01، ص 268.

4 - ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 05، ص 262.

5 - الشريبي، مغني المحتاج، ج 03، ص 452؛ الكوهجي، زاد المحتاج، ج 03، ص 603؛ البهوتي، كشاف القناع، ج 05، ص 496.

6 - الشريبي، مغني المحتاج، ج 03، ص 452.

7 - الماوردي، الحاوي الكبير، ج 11، ص 511.

8 - الرملي، نهاية المحتاج، ج 07، ص 225.

9 - محمد عليوي ناصر، المرجع السابق، ص 203.

الرأي الرابع: أجرة المسكن في الحضانة واجبة، من غير اشتراط أن يكون للحاضنة مسكن أم لا: وهو قول جماعة من الحنفية، وبه أخذ المالكية⁽¹⁾؛ ونقل ابن عابدين ما في البحر والخزانة عن التفاريق أنه: "لا تجب في الحضانة أجرة المسكن الذي تحضن فيه الصبي وقال آخرون تجب إن كان للصبي مال، و إلا فعلى من تجب عليه نفقته"⁽²⁾.

وأما المالكية فقد قالوا بوجوب سكن الحضانة، إلا أنهم فرّقوا بين الحاضنة والمحضون، واختلفوا فيما يخص الحاضنة من المسكن على أن تكون أجرته⁽³⁾.

الترجيح: بعد عرض آراء الفقهاء في مسألة أجرة مسكن الحضانة، نوى لزوم أجرة المسكن في حال عدم وجوده للحاضنة يمكنها أن تحضن المحضون فيه، وهو قول الحنفية والشيعة الإمامية، لأن القول بوجوب المسكن ليس مبيناً على وجوب الأجر على الحضانة، بل على وجوب نفقة الولد، ونفقة الولد للحاجة والمواساة، أما لو كان لها مسكن يمكنها أن تمسك فيه الولد، ويسكن تبعاً لها فلا حاجة لفرض أجرة مسكن، لعدم احتياجه إليه.

ب- حق المحضون في السكن في التشريع الجزائري والمقارن: إن القوانين الأسرية بشأن حق المحضون في السكن قد اختلفت، بحيث نجد المشرع الجزائري نص في مادته 72 من ق- أ، رقم 84- 11 بقولها: "نفقة المحضون وسكنه من ماله إذا كان له مال، وإلا فعلى والده أن يهئ له سكناً وان تعذر فعليه أجرته".

يلاحظ من هذه المادة أن نفقة المحضون من ملابس ومأكل وعلاج ومسكن... الخ وفقاً للمادة 78 من ق- أ تجب على المحضون أصلاً إذا كان له مال⁽⁴⁾.

وفي الحقيقة أن نص المادة 72 من القانون السالف الذكر، لم تتكلم عن النفقة في حالة عدم وجود مال خاص به، وهنا فالنفقة تكون على الأب بداهة لأنه هو المسؤول عنه؛ وإنما تكلم عن توفير السكن أو أجرته في حال التعذر ولم يتكلم عما إذا كانت أجرة السكن تعني السكن المستقل الذي يأوي المحضونين مع أهمهم، أم يتضمن النص أيضاً ما لو كانت تسكن عند والديها؟ فهل يجب عليه دفع الأجرة أم لا؟

1 - ابن عابدين، مجموعة الرسائل ابن عابدين، ج 01، ص 268؛ الدردير، الشرح الصغير، ج 02، ص 765.

2 - ابن عابدين، مجموعة الرسائل ابن عابدين، ج 01، ص 268.

3 - الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 02، ص 533.

4 - وذلك كأن يكون وارثاً أو يكون موهوباً أو موصى له بأموال من قبل الأقارب.

وبالنظر إلى النص نجد أنه يشير إلى أنه في حالة عجز الزوج عن توفير مسكن يجب عليه دفع الأجرة باستئجار مسكن لممارسة الحضانة، أو يدفع بدل الإيجار في حال سكن الأم الحاضنة عند أهلها.

ويبدو أن هذا هو الوضع الأفضل للأم خصوصاً إذا لم يكن لها دخل خاص تنفق على نفسها منه لأن توفير السكن المستقل، وإن كان يحقق منفعة للصغار فقد تكون النفقة لا تغطي مطالبهم ومطالب الزوجة لأن الأب غير مسئول من الناحية القانونية على نفقتها.

غير أنه في مسألة السكن نجد تعارضاً كبيراً بين الإطلاق والتقييد في المادتين 52 و 72 من ق-أ، رقم 84 - 11، إذ نجد المادة 52 تنص على: "وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل ايوائها يضمن حقها في السكن مع مضمونها حسب وسع الزوج؛ ويستثنى من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيداً تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها؛ ومن ثم فإن استحقاق حق السكن لممارسة الحضانة كان معلقاً على شروط واقفة هي:

- عدم وجود ولي للزوجة يقبل إيوائها.

- أن يكون للحاضنة مضمونان بصفة الجمع تبعاً لنص القانون، وكان النص أن تفقد المطلقة حقها في السكن بزواجها أو ثبوت انحرافها بينما السكن ليس حقاً للمطلقة، بل هو حق للمحزون وأن الشرط المسقط للحق في السكن ما كان ينبغي ربطه في النص القديم بالمطلقة دون غيرها من الحواضن، وكان الانحراف ممنوعاً في حقها جائزاً لغيرها من الحاضنات، فكان الأولى أن تكون الصيغة في النص الأول لنص المادة 52 من ق-أ، رقم 84 - 11: "تفقد الحاضنة حقها في السكن وليست "تفقد المطلقة"، يكون السقوط حال الانحراف شاملاً للمطلقة أو لغيرها من الحواضن⁽¹⁾.

في حين نجد المادة 72 من قانون 84 - 11 تقرر خلافاً لنص المادة 52 من نفس القانون، مما أدى إلى تضارب الاجتهادات القضائية لأن المادة 52 تقيد المادة 72 التي هي عمومية في لفظها ومعناها وللاجتهاد القضائي عذره في التناقض الذي كان سائداً لأن النصوص القانونية نفسها متعارضة على ما سبق بيانه.

1 - بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية، ص 128 .

ولذلك كان لابد من إعادة صياغة نص المادة 72 بصورة أفضل تشير إلى وجوب النفقة على الأب وكذلك توفير المسكن المستقل، فإن تعذر يكون عليه دفع بدل الإيجار للحاضنة إذا قامت هي بتوفير المسكن عند عجز الزوج، حتى ولو كان المسكن مع أBOيها ما لم يضر ذلك بمصلحة المحضون.

هذا ما تبناه المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 72 من ق- أ، المعدل بموجب الأمر رقم 05 - 02، فحسم المسألة تناقض الاجتهادات، حيث نصت على أنه: " في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".

وبهذا فإن المشرع الجزائري رفع تماما التعارض الذي كان قائما بين المادتين 52 و72 من قانون رقم 84 - 11، فلم تعد المادة 52 المعدلة تشترط عدد للمحضونين ولا عدم وجود ولي يقبل إيواء الحاضنة، لأن نفقة المحضون وسكنه تقع شرعا على عاتق أبيه وليست على عاتق جده لأمه، وهو موقف كل المذاهب الفقهية، وما يتوافق أيضا مع المادة 72 المعدلة بموجب الأمر رقم 05 - 02.

كما يتضح لنا أنه لإمكانية تطبيق هذه المادة تطبيقا سليما وإمكانية الحكم للمطلقة الحاضنة بسكن مناسب تُقيم فيه هي ومحضونها يجب توافر الشروط الآتية :

- أن تكون الحاضنة هي المطلقة وهي أم المحضون، ذلك أنه لو كان من أسند إليها القاضي حق الحضانة هي الجدة أو الخالة مثلا لكان من الممكن نقل المحضون مسكن الجدة أو الخالة لتمارس فيه حق الحضانة ولا يحتاج الأمر إلى توفير سكن للحاضنة.

- أن يصدر حكم قضائي نهائي بطلاقها يتضمن إسناد حق الحضانة إليها بغض النظر عن كون المحضون واحداً أو أكثر.

- أن يكون للأب مسكن ملائم يمكن أن يمنحه لمطلقته لتمارس فيه حق حضانة ولده أو أولاده، أما إذا لم يكن له مسكن يوفره للحاضنة فعليه دفع بدل الإيجار، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2002/07/31 حين قضت: " لا يعفى الوالد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار باعتبارهما من مشمولات النفقة حتى ولو كان للحاضنة سكن"⁽¹⁾.

1 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 2002/07/31، ملف رقم 288072، م - ق، عدد 01، 2004، ص 285.

أما فيما 2 /72 من ق- أ، والتي نصت على أن تبقى الحاضنة في بيت الزوجية إلى غاية تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن، حيث إنه لا يمكن تصور قيام نزاع بين الزوجة وزوجها يصل إلى حد الطلاق وأن الزوجة مازالت في مسكن الزوجية إلى غاية صدور حكم الطلاق أو الحكم المتعلق بمسكن الحاضنة، وحسب رأينا أن هذا يكاد يكون في حكم المستحيل، وذلك لأن الزوجة إما أن تكون قد خرجت أو أخرجت من بيت الزوجية، وذلك لأن كلا الزوجين أو أحدهما لم يطق الجلوس أو الإقامة مع الزوج الآخر أثناء فترة النزاع هذا من جهة، ومن جهة ثانية يمكن للمرء أن يلاحظ أنه إذا كانت الفقرة الأخيرة من المادة 52 من قانون رقم 84 - 11، تنص على أن المطلقة تفقد حقها في السكن متى ثبت زواجها بزواج آخر وثبت انحرافها، فإن المادة 72 أغفلت عمدا على ما يظهر أن تنص على أسباب سقوط حق المطلقة الحاضنة في المسكن أو بدل إيجاره دون أي مبرر.

من هنا يمكن القول بأن الحاضنة تفقد حقها في السكن مع محضونها إذا ثبت أنها تزوجت من جديد وانتقلت مع زوجها إلى مسكن الزوجية الجديد أو ثبت أنها حولت مكان الحضانة إلى مكان " للقمار أو الدعارة"⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة أن هناك بعض الملاحظات بشأن ما ورد في المادة 2 /72 التي نصت على: "وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن"، فهي كالاتي:

- إن النصوص الفقهية الواردة في هذه المسألة، وخاصة المذهب الحنفي والمالكي، صريحة في الكلام عن الحاضنة التي ليس لها مسكن، وهي التي على الأب سكنها هي ومحضونها، أما المشرع الجزائري فلم يقيد حق الحاضنة في الاستقلال بمسكن الزوجية بهذا القيد المهم، إنما أطلق القول بأنه للمطلقة الحاضنة هذا الحق، ولم يفرق - كما ذهب إلى ذلك الفقهاء - مع أن هذا التفريق مهم جدا في الحالات التي يكون للمطلقة مسكن آخر غير مسكن مطلقها، حيث يعني ذلك الزوج من الخروج من مسكنه الذي قد لا يكون في استطاعته الحصول على غيره.

- أغفل المشرع الحالات التي يكون فيها المحضون ذا مال يمكن معه استئجار منزل الحضانة له ولحاضنته، ذلك أن نفقة الصغير إنما تجب على الأب إذا لم يكن للصغير مال، أما إذا كان فالأصل أن نفقة الإنسان في ماله صغيرا كان أو كبيرا؛ ومما لا شك فيه أن المطلقة لا حق لها بذاتها في مسكن الزوجية بعد انتهاء

1 - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق ص 146.

الصلة بينها وبين الزوج، وإنما يأتي حقها في مسكن الزوجية باعتباره من نفقة المحضون على أبيه، فإذا كان للمحضون نفسه مال فنفقته أصلا من هذا المال، ولا حق له أو لحاضنته عندئذ في مسكن الزوجية السابقة، وهنا كان الأولى بالمشرع إبقاء المادة 72 من قانون رقم 84 - 11، على ما كانت عليه، وهو الأمر الذي عليه جمهور الفقهاء.

- لا يمكن تصور بقاء المطلقة في بيت مطلقها بعد صدور حكم الطلاق، إذ أصبحت بذلك أجنبية عليه، فكيف يعقل بقاؤها في بيت واحد إلى غاية تنفيذ الحكم المتعلق بالسكن الذي عادة ما تطول مدة تنفيذه؛ ولا تسمى حينئذ بيت الزوجية؛ لأن الزوجية لم تعد قائمة، بل تسمى بيت مطلقها؛ وهو ما قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 15 / 06 / 1999 على: "للحاضنة الحق في البقاء في مسكن الزوجية متى ثبت للزوج مسكنا آخر وهذا نظرا لمصلحة المحضونين.

ولما كان ثابتا - في قضية الحال - أن المطعون ضدها تمارس حضانة الأولاد في المسكن المتنازع عليه منذ 11 سنة، أي من تاريخ صدور الحكم بالطلاق، وأن محضر إثبات حالة يثبت أن الطاعن يملك سكنا آخر؛ وعليه فإن القضاة بقضائهم برفض دعوى الطاعن لعدم التأسيس وحق الزوجة في البقاء في مسكن الزوجية نظرا لمصلحة الأولاد المحضونين الأربعة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون؛ ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"⁽¹⁾.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد تناول مسألة مسكن الحضانة طبقا لأحكام المادة 168 من م - أ - م، بقولها: "تعتبر تكاليف سكنى المحضون مستقلة في تقديرها عن النفقة وأجرة الحضانة وغيرهما.

يجب على الأب أن يهيء لأولاده محلا لسكنائهم، أو أن يؤدي المبلغ الذي تقدره المحكمة لكرائه مراعية في ذلك أحكام المادة 191 بعده.

لا يفرغ المحضون بيت الزوجية، إلا بعد تنفيذ الأب للحكم الخاص بسكنى المحضون.

على المحكمة أن تحدد في حكمها الإجراءات الكفيلة بضمان استمرار تنفيذ هذا الحكم من قبل الأب المحكوم عليه".

1 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، القرار بتاريخ 15 / 06 / 1999، ملف رقم 223834، إ - ق، عدد خاص، 2001، ص 225.

ما يمكن استخلاصه من هذا النص، أن المشرع المغربي لا يعتبر السكنى عنصرا من عناصر النفقة، وإنما هي التزام مستقل بذاته يثقل كاهل أب المحضون؛ كما يجب على القاضي أن لا يخلط في حكمه بين أجرة الحضانة ومقابل النفقة وأجرة الرضاع والالتزام بإسكان المحضون مع أبيه، وعلى القاضي أن يحدد في حكمه الإجراءات الكفيلة بضمان استمرار تنفيذ الحكم القاضي بالسكنى.

كما لا يجوز للأب أن يفرغ المحضون وأمه من محل السكنى إلا إذا نفذ الحكم الخاص بسكنى المحضون⁽¹⁾.

وما ينبغي ملاحظته أيضا هو أن المشرع المغربي لم يتوقف عند التزام الأب بتوفير مسكن للمحضون فحسب، وإنما أوجب أن يكون ذلك المسكن لائقا وهذا ما نستخلصه من المادة 171 من ذات القانون⁽²⁾.

كما أن المشرع المغربي اعتمد على فتح باب إجتهد القضاء على مصراعيه⁽³⁾، ويوسع من سلطته باعتباره الأدرى بظروف كل قضية؛ وليس للقاضي هنا إلا أن يلجأ لأحكام المادة 2/189 من م-أ- م التي تحدد معايير تقدير النفقة؛ والسكن أيضا الذي يراعي فيه دخل الملمزم بالنفقة، حال مستحقها أي مراعاة الوضعية المعيشية والتعليمية للأولاد قبل الطلاق طبقا لأحكام المادة 85 من م-أ- م، مستوى الأسعار، الأعراف والعادات السائدة في الوسط الذي تفرض فيه النفقة. كما يجوز للقاضي الاستعانة بالخبرة.

وحرصا من المشرع المغربي على مصلحة المحضون أن يظل المحضون في بيت الزوجية السابق إلى حين تنفيذ الأب حكم المتعلق بسكن المحضون؛ وهذا ماجاءت به المادة 3/168 من م-أ- م السابقة الذكر.

ولكن هناك إشكال مطروح يتمثل في سؤالين هما: إذا حكم القاضي للأم بحضانة ولدها أو أولادها، فهل يجوز لها أن تبقى في محل والد محضونها وهي أجنبية عنه؟ وإذا فرضنا أنها تغادر مسكن الزوجية السابق، وهي حاضنة، فستنتقل الحضانة في هذه الحالة من الأم إلى الأب أي ستتحول الحضانة في هذه الحالة من قانونية إلى فعلية؟

1 - محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ج 02، المرجع السابق، ص 477.

2 - تنص المادة 171 من م-أ- م، بقولها: "... مع جعل توفير سكن لائق للمحضون من واجبات النفقة".

3 - وذلك بالرغم من عدم دقة المصطلح الوارد في المدونة، إذ هو معرض لتفسيرات فقهية وقضائية، إلا أن لا تثريب على المشرع، لأنه يريد خدمة مصلحة المحضون، فهو يعكس انشغال المشرع بتحسين الظروف الإيوائية للمحضون قدر الإمكان حتى لا يقع ضحية تهديد جسدي أو نفسي.

وفي الحقيقة، إن المشرع أوجب على القاضي أن يفصل في النفقة بما فيها السكن في خلال أجل أقصاه شهر⁽¹⁾؛ وبمعنى آخر، أن المشرع اعتبر سكن المحضون من القضايا التي لا تختمل الانتظار، أي أمرا استعجاليا، لكن حتى أثناء هاته الفقرة يتوجب اقتراح حل وهو إما اعتراف المشرع بالحضانة الفعلية للإبقاء على هذه الفقرة كما هي. وإما دعوة الأب إلى مغادرة محله ليبقى المحضون مع حاضنته في انتظار تنفيذ توفير مسكن آخر؛ هذا إن لم يتعين عليه المغادرة نهائيا - أي خلال كل مدة ممارسة الحضانة - إذا تقرر للمحضون السكن مع حاضنته في بيت والده إذا كان هذا أصلا له. وهنا يجب تعديلها بما يدل على ذلك.

وإذا كان القاضي يتمتع بسلطات كبيرة في هذا المجال، إلا أن المسؤوليات التي تقع على عاتقه أثقل. فواجب القاضي، بعد احترام الإجراءات الواردة في المادة 168 من م - أ - م، ليس ضمان تنفيذ حكمه وإنما أكثر من ذلك، وهو ضمان استمرار تنفيذ حكمه من قبل الأب المدين، وهذا قد تم تأكيده والإصرار عليه في المادة 1/191 من م - أ - م⁽²⁾.

وبهذين النصين (أي المادتين 01/168 و 01/191 من م - أ - م) يتطلب أن يكون القاضي ذا خبرة كبيرة في مسائل الأحوال الشخصية وعلى الأخص في مسائل الطلاق، وعلى دراية كافية بالنصوص القانونية؛ وفي هذا، لا يسعنا إلا أن نقول أن ضمان استمرار تنفيذ الحكم من قبل الأب المدين، فضلا عن وسيلة الاقتطاع من منيع الربيع أو الأجر هو إخضاع كل إخلال بالمادة 168 للنصوص الجزائية الخاصة بهذا الموضوع، إن وجدت، والحرص على تطبيقها وتنفيذها.

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد نصت المادة 18 مكرر ثالثا من القانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 بقولها: "على الزوج المطلق أن يهيء لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب، فإذا لم يفعل خلال مدة العدة، استمروا في شغل مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق مدة الحضانة.

1 - طبقا لأحكام المادة 2/190 من م - أ - م، والتي تنص على: "يتعين البت في القضايا المتعلقة بالنفقة في أجل أقصاه شهر واحد"؛ وهو نفس الشيء بالنسبة للمشرع الجزائري الذي نص في مادته 57 مكرر من ق-أ، على: "يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن".

2 - نصت المادة 1/191 من م - أ - م، بقولها: "تحدد المحكمة وسائل تنفيذ الحكم بالنفقة، وتكاليف السكن على أموال المحكوم عليه، أو اقتطاع النفقة من منيع الربيع أو الأجر الذي يتقاضاه، وتقرر عند الاقتضاء الضمانات الكفيلة باستمرار أداء النفقة".

وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر كان من حق الزوج المطلق أن يستقل به إذا هيا لهم المسكن المستقل المناسب بعد انقضاء مدة العدة.

ويخير القاضي الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها.

فإذا انتهت مدة الحضانة فللمطلق أن يعود للمسكن مع أولاده إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانوناً.

وللنيابة العامة أن تصدر قراراً فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية المشار إليه حتى تفصل المحكمة فيها".

وبالرجوع إلى نص المادة 18 مكرراً ثانياً من نفس القانون، فإن الأصل في نفقة الصغير تكون من أمواله، فإن لم يكن له مال استحققت نفقته من أبيه، ونفقة المحضون المستحقة على أبيه تشمل المأكل والملبس والمسكن فإن أثبت الأب أن لأولاده أموالاً خاصة بهم ارتفع عنه الالتزام بنفقة مسكنهم.

و قد أشار المشرع المصري من خلال القانون رقم 100 لسنة 1985 إلى أبعد من ذلك، حيث جعل التزام الأب بسكنى أولاده ينصب على مسكن الزوجية ذاته، وعرفت محكمة النقض المقصود بمسكن الزوجية بأنه: "المكان الذي كان يقيم فيه الزوجان وأولادهما إقامة معتادة وقت حدوث الطلاق"⁽¹⁾.

كما فرق المشرع المصري بين مسكن الزوجية المؤجر وغير المؤجر؛ فإذا كان المسكن مؤجراً طبقاً للمادة 18 مكرر ثالثاً وكان الزوج مستأجراً له تعين عليه بعد الطلاق خلال فترة العدة⁽²⁾؛ ويشترط في المسكن أن يكون مستقلاً، ومناسباً اجتماعياً للحاضنة والمحضون، كما لا يكون بعيداً عن عمل الحاضنة أو مدرسة المحضون.

1 - الطعن رقم 2874 لسنة 57 ق - جلسة 22 / 12 / 1993؛ نقلاً عن: سامح السيد محمد، المشكلات العملية في قوانين الأحوال الشخصية في مصر والدول العربية، دار أبو مجد للطباعة بالهرم، القاهرة، ط 01، 2010 م، ص 136.

2 - مدة العدة قد تكون ثلاثة أشهر، وقد تكون حتى تضع المطلقة حملها إن كانت الحاضنة المطلقة حاملاً، وانقضاء العدة يرجع لقول الزوجة، بيمينها.

أما بالنسبة لتهيئة مسكن الحضانة، فيرى البعض أنه في حالة عدم تهيئته خلال مدة العدة استمر الصغار والحاضنة - المطلقة - في مسكن الزوجية، حتى انتهاء مدة الحضانة، أما إذا هيئه خلال مدة العدة انتقل المحضونان والحاضنة إلى المسكن الجديد.

وفي حال كانت الزوجة المطلقة هي المستأجرة، يتعين على الزوج المطلق أن يخرج من مسكن الزوجية بمجرد انتهاء العدة.

أما إذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر، سواء كان المسكن مملوكاً للمطلق أو غير مملوك له كأن كان له عليه حق انتفاع، أو يقيم فيه على سبيل التسامح أو موهوباً له أو موصى له به؛ فهنا يجوز للمطلق مشاركة صغاره والمطلقة الحاضنة مسكن الزوجية خلال فترة العدة ثم عليه تركه بعد انقضائها، و أباح المشرع - بنص المادة 18 مكرراً ثالثاً - للمطلق العودة إلى مسكن الزوجية غير المؤجر في أي وقت إذا ما وفر لمطلقاته وصغارها مسكناً آخر للحضانة؛ ولا يكون ذلك إلا في حالة الطلاق⁽¹⁾.

أما إذا كان مسكن الزوجية مشتركاً للزوجين ملكاً أو تأجيراً، فهنا يتعين على الزوج المطلق أن يخرج من مسكن الزوجية بمجرد انتهاء العدة؛ حيث قضت محكمة النقض بأنه: "إذا اتفقت الزوجة قبل إيقاع الطلاق على أنها تستحق أجر مسكن بدلاً من الاستقلال بمسكن الزوجية لاستخدامه كمسكن حضانة يكون اتفاقاً ملزماً لها لا يجوز لها التحلل منه بعد إيقاع الطلاق".

من هنا يمكن القول بأن المشرع المصري من خلال أحكام المادة 18 مكرر ثالثاً، نص على خمسة أحكام رئيسية هي:

- تهيئة المطلق لصغاره من مطلقته و لحضانتهم المسكن المستقل المناسب، بدلا من استمرارهم دونه في شغل مسكن الزوجية.

- استمرار الحاضنة وصغار المطلق في شغل مسكن الزوجية دون المطلق، إذا لم يهيء لهم المطلق المسكن المستقل المناسب.

1 - فلا يتخلى عن مسكنه أو تهيئته مسكن آخر للصغار والحاضنة متى انتهى عقد زواجه بغير طلاق كالفسخ، أو البطلان، أو انتهاء العقد بموت الزوجة.

- تخير القاضي الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها⁽¹⁾.

- استرداد المطلق مسكن الحضانة بعد انتهاء مدة الحضانة.

- إصدار النيابة العامة قرارات مؤقتة فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية.

أما بالنسبة للآثار القانونية المترتبة على عدم تنفيذ الأب لحكم مسكن الحضانة، فهنا يطبق القاضي أحكام المادة 293 من قانون العقوبات المعدلة بالقانون 29 لسنة 1982، بالإضافة إلى نص المادة 76 مكرر من القانون رقم 01 لسنة 2000⁽²⁾.

وفي الأخير يمكن القول بأن التشريعات المدروسة تنص على وجوب تهيئية الأب لمسكن لممارسة الحاضنة، وهي بذلك ليست مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية التي توجب كذلك وجوب النفقة للأولاد والتي تشمل "طعاما - كسوة - علاجاً - وسكناً".

الفرع الثاني

معيار الاستماع للمحضون لتحري مصلحته

1 - أما بالنسبة لكيفية تقدير أجرة مسكن الحضانة، فهي تقدر بمثل ما تقدر به نفقته فإذا كان الملمزم بأجر مسكن الحضانة هو الأب، فإنه يقدر بحسب يساره و إذا كان الملمزم به غير الأب يقدر بحسب كفاية الصغير في حدود يسار الملمزم بالنفقة؛ وهو ما نصت عليه أحكام المادة 3 / 18 مكرر ثانيا من القانون رقم 100 لسنة 1985 بقولها: "ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش في المستوى اللائق بأمتثالهم".

أما فيما يخص تاريخ استحقاق أجرة مسكن الحضانة، فإذا كان الأب هو الملمزم بنفقة الصغير فإنه يلزم بأجر مسكن حضانته من تاريخ الامتناع لا من تاريخ الحكم، وهو نفس الشيء بالنسبة للنفقة، أما إذا كان الملمزم بأجرة مسكن الحضانة غير الأب، فإنه يستحق من تاريخ الحكم. 2 - تنص المادة 76 من القانون رقم 01 لسنة 2000، بقولها: "إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم النهائي الصادر في دعاوى النفقات والأجور وما في حكمها جاز للمحكوم له أن يرفع الأمر إلى المحكمة التي أصدرت الحكم أو التي يجري التنفيذ بدائرتها، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بأداء ما حكم به و أمرته بالأداء ولم يمتثل بحسبه مدة لا تزيد على ثلاثين يوماً. فإذا أدى المحكوم عليه ما حكم به أو أحضر كفيلاً يقبله الصادر لصالحه الحكم، فإنه يخلى سبيله، وذلك كله دون إحلال بحق المحكوم له في التنفيذ بالطرق العادية.

ولا يجوز في الأحوال التي تطبق فيها هذه المادة السير في الإجراءات المنصوص عليها في المادة 293 من قانون العقوبات ما لم يكن المحكوم له قد استنفذ الإجراءات المشار إليها في الفقرة الأولى.

و إذا نفذ بالإكراه البدني على شخص وفقاً لحكم هذه المادة، ثم حكمت عليه بسبب الواقعة ذاتها بعقوبة الحبس طبقاً للمادة 293 من قانون العقوبات، استنزلت مدة الإكراه البدني الأولى من مدة الحبس المحكوم بها، فإذا حكم عليه بغرامة خفضت عند التنفيذ بمقدار خمسة جنيهاً عن كل يوم من أيام الإكراه البدني الذي سبق إنفاذه عليه".

إذا كانت مصلحة المحضون هي جوهر الحضانة، فإنه ينبغي دراسة واقتراح كل ما يمكن أن يساعد على تحقيقها؛ ولهذا، لا غرابة في محاولة إعطاء للمحضون فرصة الإسهام في تحقيق مصلحته بنفسه. ومما لا شك فيه أن وضع هذا النظام له فائدة من الناحية العملية، فالطفل إنسان يحس ويرغب ويفضل، ولكنه إنسان ضعيف يفتقر إلى بعد النظر، يحتاج إلى توجيه؛ بمعنى، هل استدعاء رأيه في مادة الحضانة ضروري ومفيد؟ هل نأخذ برأيه أم نتركه؟ و متى تكون إرادته محل استماع؟

أولاً- موقف الفقه من تخبير المحضون لحاضنه: ظهرت مسألة تخبير المحضون لحاضنه في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم، حيث جاءت امرأة إلى الرسول الكريم، فقالت: "يا رسول الله، إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عنبه⁽¹⁾، وقد نفعني؛" فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "هذا أبوك وهذه أمك؛ فخذ بيد أيهما شئت؛ فأخذ بيد أمه فانطلقت به"⁽²⁾؛ وقد قضى بذلك سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه الذي خير؛ غلاما بين أبويه، وعلي كرم الله وجهه الذي خير صبيا بين أمه وعمه⁽³⁾.

من هنا ما يمكن ملاحظته هو أن هذا الحديث النبوي يعتبر بمثابة انطلاقة لفكرة استماع و التحري مصلحة المحضون، ومصدر اجتهاد الفقه الإسلامي ومنع استقاء القوانين الوضعية؛ إلا أن هذه المسألة لم يجمع عليها الفقه، فاختلقت الآراء فيها كمايلي:

الرأي الأول: أنه لا خيار للمحضون في هذه المسألة، ويعني بذلك أنه إذا بلغ المحضون السن التي يجب فيها أن ينزع من الأم، فإنه ينزع منها ويأخذه الأب، دون أخذ رأي الصغير ذكرا كان أم أنثى؛ وهو قول الحنفية⁽⁴⁾.

استدل الحنفية أن الصغير غير رشيد لا يعرف مصلحته، فلا يعتبر اختياره كسائر تصرفاته؛ وأنه قاصر العقل لا ينظر إلى بعيد بل يقف عند العاجل من تحصيل اللهو واللعب، فيميل إلى من عنده اللعب والراحة؛ واتباع المحضون في هذا الميل لا يتحقق معه مقصود الشارع من النظر إلى الصغير، ورعاية شؤونه الحققة، والأخذ بيده إلى مراقي الفلاح.

1 - فالمقصود ببئر أبي عنبه، هو بئر بعيدة عن المدينة المنورة نحو الميل، حوالي 1852 متر.

2 - رواه أحمد و أبو داود و الأربعة وصححه الترمذي؛ نقلا عن: السيد سابق، فقه السنة، المكتبة العربية، صيدا بيروت، ج 02، ص 359.

3 - السيد سابق، المرجع نفسه، ص 359.

4 - عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء " النسب، الرضاع، الحضانة، نفقة الأولاد"، دار الفكر العربي، ط 1976 م، ص 316.

كما استدلووا بأن الحديث يجوز أن يكون حكاية حال، فلا يمكن الاحتجاج به؛ كما أن الحديث لم يذكر حصول الفرقة بين الزوجين والظاهر من خلال الحديث أن الزوجية كانت قائمة، و يدل على ذلك قولها: "إن زوجي يريد.."، ولو لم تكن الزوجية قائمة لما قالت ذلك⁽¹⁾.

الرأي الثاني: يرى بمقتضاه أن المحضون له أن يخير بين أبويه، فإن اختار أحدهما كان له ذلك؛ وله بعد اختيار أحدهما أن يتحول للآخر وإن تكرر منه ذلك؛ وهو قول الشافعية⁽²⁾؛ واستدل الشافعية بما جاء عن الرسول صلى الله عليه وسلم في الحديث المذكور.

الرأي الثالث: فيرى بأنه يجب التفرقة بين الذكر والأنثى في هذه المسألة؛ لكن إذا كان أنصار هذا الرأي قد تمسكوا بهذه التفرقة إلا أنهم اختلفوا فيما بينهم وانقسموا إلى فريقين فريق يقول أن الذكر إذا بلغ سن 07 سنين، يخير بين البقاء مع الحاضنة أو تركه إلى أبيه؛ أما الأنثى فتسلم إلى الأب من غير تخيير، وهو قول الحنابلة⁽³⁾، وذلك تطبيقاً للحديث سالف الذكر، الذي منح حق التخيير للفتى دون الفتاة لاختلاف طبيعتهما؛ وفريق آخر يقول أن الأم أحق بالصغير حتى يثغر؛ أما الصغيرة، فإنها تخيير، وهو ما ذهب إليه المالكية⁽⁴⁾.

الترجيح: بعد عرض آراء الفقهاء، فإننا نميل إلى الرأي الذي يراعي مصلحة المحضون، كما لا يمكن ترك كل الآراء، وإنما نقترح حلاً وسطاً؛ فلا ننكر أن مصلحة المحضون تقضي هنا بأن يحظى المحضون بكل الضمانات الممكنة، غير أن ذلك لا يمكن أن يكون بناء على التفرقة الوهمية بين الجنسين، بل بمبادئ صريحة تضع الأمور في نصابها؛ ومن ثم، فإننا لا نفرق بين الذكر والأنثى، ونعطي حق الخيار لأحدهما دون الثاني كما فعله الحنابلة ومالك. و لا نقول كذلك بعدم الخيار مطلقاً كما جاء به الحنفية، ولا نأخذ بتخيير الولد مطلقاً، فالأرجح أن نغلب ما تدعو إليه مصلحة المحضون.

وفي هذا يقول ابن قيم الجوزية الذي حاول الاهتمام بمصلحة المحضون قبل الالتفات إلى حق الحاضن؛ بحيث يرى بأن الأم إذا كانت تترك الولد في الكتاب وتعلمه القرآن وهو يؤثر اللعب وأبوه يمكنه

1 - عبد العزيز عامر، المرجع نفسه، ص 318.

2 - الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 06، ص 274؛ د. عبد الرحمان الجزيري، ج 04، المرجع السابق، ص 524.

3 - ابن القيم، زاد المعاد، ج 04، ص 135.

4 - الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 02، ص 486.

من ذلك، فإنها أحق به بلا تخير؛ وكذلك العكس، أي أن الأحق به من يراعي مصلحته في دينه وترتيبه الخلقية⁽¹⁾.

ثانياً - موقف المشرعون الجزائري والمقارن من تخيير المحضون لحاضنه: إن مسألة تخيير المحضون لحاضنه تناولها المشرعون الجزائري و المغربي والمصري لا يكون - التخير - إلا بعد بلوغ المحضون سنّاً معينة أي بعد انتهاء مدة الحضانة، وهو ما أخذ به المشرع المغربي سابقاً طبقاً للفصل 102 من م - أ - ش - م الملغاة⁽²⁾؛ ثم عدل عن ذلك في المادة 166 من م - أ - م، وجعل تخيير المحضون لحاضنه حال قيام الحضانة.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فإنه أغفل الكلام عن وضعية المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة؛ وللعلم، فبعد انتهاء مدة الحضانة، يفقد الولد صفة المحضون⁽³⁾. ولذلك، فإن إقرار تخيير (المحضون) أو استماعه لدى المشرع الجزائري، فإن ذلك يحصل أثناء مدة الحضانة التي يكون فيها للنزاع على المحضون محلاً.

و بالرجوع إلى أحكام المادة 64 من ق - أ، والتي تنص على أصحاب الحق في الحضانة وترتيبهم لا تبدو مؤيدة لاستماع المحضون وأخذ رأيه في حاضنه، لأن مراعاة مصلحة المحضون التي نص عليها المشرع في هذه المادة فرض تحقيقها من بين الأشخاص المذكورة، وهؤلاء محددین قانوناً يختارهم القاضي لا المحضون.

وهو نفس الشيء بالنسبة للمشرع المصري من خلال أحكام المادة 20 من القانون رقم 100 لسنة 1985 المعدل بالقانون رقم 04 لسنة 2005⁽⁴⁾؛ والمشرع المغربي، وذلك من خلال أحكام المادة 166 من م - أ - م، لأنها لا تمتع المحضون إلا بحقوق خيالية، فهي تقصر الاستماع والتخير على والدي

1 - ابن القيم، زاد المعاد، ج 04، ص 138؛ عبد الله مبروك النجار، التحديد الفقهي لسن حضانة الأم لطفلها " دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 01، 2002 - 2003 م، ص 30 وما يليها.

2 - نص الفصل 102 من م - أ - ش - م، الملغاة بقولها: "تمتد الحضانة حتى يبلغ الذكر 12 سنة، والأنثى 15 سنة، ويخير المحضون بعد ذلك في الإقامة مع من يشاء من أبيه أو أمه أو غيرهما من أقاربه المنصوص عليهم في الفصل 99".

3 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة " الزواج والطلاق"، ج 01، المرجع السابق، ص 393؛ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 299؛ وفي هذا يقول عبد العزيز سعد: "من حق كل واحد من الفتى أو الفتاة بعد نهاية الحضانة أن يختار الإقامة في مسكن أحد الوالدين الذي يستأنس إليه ويشعر بأن مصلحته في جانبه. ولكن يبقى دائما من حق الإشراف على حياتهما ومراقبة تصرفاتهما وضمان ما يجب ضمانه لتأمين مستقبلهما وحسن ترتيبهما بما في ذلك حق تزويجهما في الوقت المناسب ووفقا للشروط التي يقرها القانون".

4 - تنص المادة 20 من القانون رقم 04 لسنة 2005 بقولها: "ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير أو الصغيرة سن الخامسة عشرة ويخير القاضي الصغير أو الصغيرة بعد بلوغ هذه السن في البقاء في يد الحاضنة دون أجر الحضانة وذلك حتى يبلغ الصغير سن الرشد وحتى تتزوج الصغيرة...".

المحزون؛ ودليل قولنا أن الفقرة الثالثة من ذات المادة التي تبدو أنها منحت المحزون الحق المطلق في اختيار الحواضن، ليست كذلك في شيء، لأن عند عدم وجود والدي المحزون يختار هذا الأخير أحد أقاربه المنصوص عليهم في المادة 171 من م - أ - م، أي، سيخير بين أم الأم والأقارب؛ وهذه الفئة الأخيرة يحددها القاضي حتى ينتقي منها الأصلح؛ و الاختيار سيقوم به القاضي لا المحزون، بدليل المادة 166/2 و 171 من م - أ - م، وكل ذلك يخضع لرقابة القاضي، هذا إن لم نقل للنائب الشرعي الذي يتوجب موافقته على اختيار المحزون إن أتيح له ذلك، وبهذا يمكن القول بأن المشرع المغربي فتح باب أخذ رأي المحزون من جهة، ومن جهة أخرى أغلقها ليث القاضي وفق مصلحته الخاصة.

وهو ما أكد القضاء الجزائري من خلال قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 21 /10 /1970، حين قضى بأنه: "سماع الأولاد المحزونين والنظر في اختيارهم أحد الوالدين هو وجه غير سديد لأن الشرع يعطي الحضانة للأم بطريق الأولوية، كما أنه ليس هناك نص يلزم سماع الأولاد في هذا الموضوع"⁽¹⁾.

بالإضافة إلى ذلك، أن التخيير الذي يقره المشرع الجزائري يعد طريقة لإسقاط الحضانة من شخص وإسنادها إلى آخر؛ بينما الأمر يختلف في الفقه الإسلامي، فالتخيير فيه يثير مسألة أخرى تتعلق بالسلطة الأبوية لا الحضانة؛ ومن هنا يمكن إبداء بعض الملاحظات:

إن المشرع الجزائري جعل مدة انتهاء الحضانة أطول بكثير مما جعلها الفقه الإسلامي؛ إلى جانب ذلك، فإن المجال الذي يمكن أن تطرح فيه مسألة التخيير بالنسبة للذكر لدى المشرع الجزائري، هو نص المادة 65 من ق - أ - م، التي تنهي حضائته ببلوغه 10 سنوات، مع أنها تعطي، أمر تمديد الحضانة للقاضي حسب ما تتطلبه مصلحة المحزون وتحت شروط معينة. وهكذا لا يمكن للمحزون تمديد حضائته بنفسه، وبالتالي لا يمكن أن يختار البقاء مع حاضنته أو ذهابه مع أبيه؛ وهو ما أكدته المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 11 /01 /1982 حين قضى: "من المقرر أن رغبة المحزون لا تؤخذ بعين الاعتبار في تعيين الحاضن"⁽²⁾.

فالملاحظ هنا أن القضاء الجزائري يبدو هو الآخر حاسماً في عدم الإقرار بتخيير المحزون، كما أن هذا القرار يكشف عن احتمال وهو أن التخيير إذا طرح، فإنه يطرح بصدد إسناد الحضانة أي في تعيين الحاضن واختياره، ومن ثم، يكون التخيير أثناء مدة الحضانة ولا بعدها كما يراه الفقه الإسلامي.

1 - المجلس الأعلى، غ، ق، خ، القرار بتاريخ 21 /10 /1970، ن - ق، عدد 01، 1972، ص 58.

2 - المجلس الأعلى، غ، أ، ش، القرار بتاريخ 11 /01 /1982، ملف رقم 26503، ن - ق، عدد خاص، 1982، ص 236.

ولكن، استماع المحضون لن يلتبس إلا إذا صرحت مصلحته الاستماع إليه؛ ويكون هذا الإجراء بأمر من القاضي كون الاستماع داخلاً في إطار سلطته التقديرية في الأمر بإجراء تحقيق؛ لا سيما تحقيق اجتماعي أو خبرة موضوعها تحليل طبي نفسي للمحضون، الذي يتمثل دوره في فكّ حديث المحضون والتعرف عما إذا كان تفضيله لأحد الأشخاص يناسب حقيقة شعوره.

من هنا، فللقاضي إما أن يبعد تصريحات المحضون إذا تبين له أنها تعكس رأي أحد الأطراف، بل وقد يتردد القاضي في الاستماع إلى المحضون لكونهم مشوشين بفعل النزاع بين الأبوين؛ أو أن يأخذ بها إذا لم يشك في صحتها. ويشترط هنا أن تكون إرادة المحضون بأكملها حرة وواعية لا غموض فيها؛ ولكن، حتى في هذه الحالة، فالقاضي غير مقيد على الإطلاق بإدعاءات المحضون، وإنما سماعه يؤخذ على سبيل الاستثناس لأنه لا يقدم سوى رأي، فهذا الأخير يعتبر فقط عنصراً للتقدير كبقية العناصر الأخرى⁽¹⁾.

وهنا فالسؤال المطروح يتعلق بالسن التي يجوز فيها الاستماع إلى المحضون، بمعنى أحر، ابتداء من أي سن يستطيع المحضون إصدار رأي معقول وجدي؟

فلقد أجاب عن ذلك المشرع المغربي من خلال أحكام المادة 166 من م- أ- م، والذي جعله 15 سنة.

و هكذا تبرز أمامنا فكرة التخيير والاستماع إلى المحضون التي منحها القضاء اهتماماً بارزاً؛ وكل هذا يؤكد أن القضاء الجزائري تارة يأخذ برأي المحضون، وتارة يرفضها، وهذا بلا شك ليس راجعاً إلى تغير مزاجه، وإنما حسب ظروف كل قضية وحسب ما تقتضيه مصلحة المحضون.

1 - CF. J. Bonnard, La garde du mineur et son sentiment personnel, R.T.D.Civ., 1991, n°1. pp, 60 - 61; H. Fulchiron et Gouttenoire - Cornut A, Réformes législatives et permanence des pratiques: à propos de la généralisation de l' exercice en commun de l' autorité parentale par la loi du 08/ 01/ 1993, D., 1997, chr , p, 368; H. Parcheminal., Le juge aux affaires familiales et la protection de L'intérêt de l' enfant, Rev. Dr. San. Soc., 1994, n°2, , p, 210

ولما كان منع هذا الاستماع من الظهور مستحيلا، فمن اللازم إذن أن نبحث عن حل له حتى نستطيع أن نجنب المحضون النتائج الوخيمة المترتبة على الرفض القطعي، وحتى نخول للقاضي عاملا آخر يساعده في تقدير مصلحة المحضون⁽¹⁾، أي في معرفة ما هو الأصلح للمحضون.

ومن ثم، يمكن القول أنه لا يوجد في الاستماع إلى المحضون ما ينفي كليا مصلحته، إذ يمكن أن يؤخذ برأيه كما يمكن أن نستبعده؛ فمسألة الترك للمحضون اختيار حاضنه ليست بمطلقة ولا بمقيدة، بل تظل مصلحة المحضون هي الموجه، وهذه لا يقدرها إلا القاضي؛ وفي هذا قضى المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 11 / 01 / 1982 بقوله: "في الحضانة، لا يؤخذ بعين الاعتبار إرادة الطفل وإنما مصلحته، فإذا أكد المجلس القضائي على الوجه المتعلق برغبة الأولاد، فإنه قد استعمل سلطته التقديرية، و إذا سلط الضوء على رغبة الأولاد، فإنه فقط لتعزيز حججه لا لتأسيس قراره"⁽²⁾.

فهنا، إذا رأى القاضي أن اختيار المحضون فيه فعلا مصلحة له، حكم له به، وإذا رأى انتفاء مصلحته مع المخير أبقى الحضانة للحاضن الأول؛ ومع ذلك فإن القاضي يأخذ برأي المحضون للإستعانة و الكشف عن مصلحة المحضون.

وفي الأخير، ينبغي أن يخضع استماع المحضون إلى عدة شروط، منها أن يكون استماع المحضون جوازيا بالنسبة للقاضي؛ وأن يكون استماعه للضرورة أمام القاضي وبمكتبه دون حضور المعنيين حتى يجنب الانحياز الناتج عن تأثير ضار أو مناورة أو ضغط؛ وكما ينبغي أن يكون التخيير من بين أصحاب الحق في الحضانة؛ وأن يكون المحضون مميزا، والقاضي هو الذي يقدر مدى قدرة تمييز المحضون؛ وزيادة على ذلك،

1 - Le critère de L' organisation de la garde après le divorce est L' intérêt de L' enfant, dès Lors, avant toute décision, il appartiendra au juge de découvrir ce que requiert cet intérêt... Cependant, étant donné le role essentiel que cette notion joue en matière de garde après divorce, et afin que l'intérêt du mineur puisse être reconnu avec une plus grande certitude, le législateur a organisé... une mesure d'instruction spécifique par laquelle la juge obtiendra une meilleure connaissance de la situation familiale, et des informations concrètes sur ce requiert l' intérêt de l' enfant;... c'est l' enquête sociale, La nécessité de recourir à des investigations sociale, après divorce, est apparue avec la disparition, au profit de la notion essentielle, mais insaisissable et fluctuante, d' intérêt de l' enfant, des critères précis et objectif". Cf. Th. Gare, L' enquête sociale dans la désunion des parents, aspects juridiques, R.T.D.Civ., 1986, n° 4, p. 692.

2 - المجلس الأعلى، غ، أ، ش، القرار بتاريخ 11 / 01 / 1982، ملف رقم 26503، ن - ق، عدد خاص، 1982، ص 236.

أن يؤخذ رأي المحضون على سبيل الاسترشاد لأن مصلحته هي الموجه، وللقاضي السلطة التقديرية المطلقة في الأخذ برأيه أو تركه، حيث إذا كان اختياره يتماشى ومصلحته حكم له بما خير، وإلا يحكم القاضي بما يراه أصحاً للمحضون، والتي يدخل في إطارها حق الزيارة.

الفرع الثالث

تقدير القاضي لمصلحة المحضون

سنتناول في هذا الفرع، سلطة القاضي في ترتيب الحواضن (أولاً)؛ ثم نبين بعد ذلك سلطة القاضي في تمديد الحضانة (ثانياً)؛ وبعد ذلك سلطة القاضي في اعتبار عمل المطلقة الحاضنة سبباً من أسباب سقوط حقها في الحضانة، ومراعاة مصلحة المحضون (ثالثاً).

أولاً- سلطة القاضي في ترتيب الحواضن: خالف المشرع الجزائري في تعديله لقانون الأسرة بموجب الأمر 05 - 02 الترتيب الذي كان قد وضعه لأصحاب الحق في الحضانة بعد الأم، وذلك بمقتضى المادة 64 من ق - أ، بقولها: " الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب، ثم الخالة ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

من خلال هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري أبقى على حق الحضانة للأم وقدم الأب على الجدة لأم والخالة في استحقاقه لحضانة ابنه، هذا التغيير الذي يطرح السؤال التالي، هل المشرع الجزائري خالف في ذلك أحكام الشريعة؟ أو بمعنى آخر هل الشريعة أوجبت تقديم أم الأم و بعدها الخالة على الأب؟ أم أن المسألة محل خلاف والفيصل فيها هو حكم القاضي وفقاً لمصلحة المحضون؟

بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة بعد الأم، من المسائل التي لم يتحقق لها الإجماع، ومن ثم فالمشرع الجزائري في تعديله الأخير لقانون الأسرة يكون قد أخذ في هذه المسألة بالرأي الذي يقدم الأب على سائر النسوة بعد الأم، لأن تقديم الأم على الأب حسب هذا

الرأي كان بسبب الأمومة لا بسبب الأنوثة وفي ذلك يقول "عبد العزيز عامر": قال "ابن القيم": "إن هذا يدل على تقديم جهة الأبوة وقال تأييدا لترجيح جهة الأبوة في الحضانة، إن أصول الشرع وقواعده شاهدة على تقديم جهة الأب على جهة الأم وذلك في الميراث وولاية النكاح وغير ذلك، ولم يعهد في الشرع تقديم قرابة الأم على قرابة الأب في حكم من الأحكام"⁽¹⁾، فأحق الناس بحضانة الطفل من الرجال هو الأب، كون هذا الأب يتحمل مسئولية كبيرة في واجب الحضانة خاصة وأنه هو من يتحمل عبء النفقة فليس من المعقول أن يكون هو المنفق وغيره أولى بحضانة ابنه، إضافة إلى ذلك أن هذا الابن هو نتاج علاقة زوجية بين الأب والأم، فهو ابن مشترك بينهما فالأب أكثر حرصا على مصلحة ابنه وأقدر على توجيهه بسبب صلة الأبوة.

ومن ذلك كله يمكن القول بأن المشرع الجزائري لم يخرج في مادته 64 من ق- أ، على أحكام الشريعة الإسلامية لأن الحضانة حق للطفل المحضون وحق للحاضن أيضا مع مراعاة مصلحة المحضون، أي هي حق مشترك جعله المشرع مرتبنا بالنظام العام مما يجعل مراعاة مصلحة المحضون مقدمة على كل اعتبار آخر.

إن ظاهر النص يوحي بأن المشرع قد جانب الصواب بإسناد حضانة المحضون إلى الأب الذي سيدفع به حتما إلى زوجته للقيام بشؤونه، متقدما بذلك على أم الأم والخالة، وهن بدون أدنى شك أحن على الصغير من زوجة أبيه، إلا أن هذه المخاوف يمكن للقاضي أن يجد منها بل يقضي عليها متى رأى أن مصلحة المحضون لا تتحقق مع أبيه، لأن القاضي ملزم بإسناد الحضانة لمن يراه أجدر بالقيام بأعبائها حماية لمصلحة المحضون.

كما أن المشرع لم يجعل ترتيب مستحقي الحضانة وجوبيا على القاضي يتقيد ولا يملك الحياد عنه، بل جعله موجها له فحسب، فمتى رأى أن مصلحة المحضون تقتضي تجاوز الأب إلى أم الأم أو الخالة قضى بذلك استجابة لنص المادة 64 من نفس القانون، الذي يلزمه بمراعاة مصلحة المحضون دائما، وهو ما ذهب إليه قضاء المحكمة العليا في أحد قراراتها والذي جاء فيه: "من المقرر قانونا وشرعا بأن الحضانة يراعى في إسنادها توفر مصلحة المحضون وهذه يقدرها قضاة الموضوع"⁽²⁾.

1 - بن داود عبد القادر، المرجع السابق، ص 171.

2 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، القرار بتاريخ 18/06/1991، ملف رقم 75171؛ غير منشور؛ نقلا عن: بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05 - 02، المرجع السابق، ص 354.

إن تقدير مصلحة المحضون يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، فجعل الأب في الدرجة الثانية بعد الأم وتفضيله على غيره لا يمثل خروجاً على أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك بما للأب من دور في تربية المحضون، وهو ما أدركته المحكمة العليا في أحد قراراتها بتاريخ 18/06/1991 بقولها: "من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون، ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون واعتماداً على تقرير المرشدة الاجتماعية، التي تؤكد ذلك، فإن قضاء الموضوع إعمالاً لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا صحيح القانون"⁽¹⁾؛ وهو ما جاء في قرار لها بتاريخ 10/02/2011 حين قضت: "تراعى مصلحة المحضون، عند إسناد الحضانة، وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من ق-أ؛ يخضع تقدير مصلحة المحضون، للسلطة التقديرية لقضاء الموضوع"⁽²⁾.

وفي الأخير يمكن القول بأن التغيير الذي اعتمده المشرع الجزائري في ترتيب مستحقي الحضانة لا يثير صعوبة كبيرة طالما أن مصلحة المحضون هي التي توجه القاضي، وتحتم عليه اختيار الحاضن الأكثر تحقيقاً لهذه المصلحة، فللقاضي الخروج على هذا الترتيب كلما دعت لذلك مصلحة المحضون.

أما في التشريع المغربي فقد نصت المادة 171 من م-أ-م، على: "تحول الحضانة للأم، ثم للأب، ثم لأم الأم، فإن تعذر ذلك، فللمحكمة أن تقرر بناء على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون، إسناد الحضانة لأحد الأقارب أكثر أهلية، مع جعل توفير سكن لائق للمحضون من واجبات النفقة".

يتضح لنا أن المشرع المغربي أعطى أولوية لمستحقي الحضانة للوالدين أي الأم ثم يليها الأب ثم بعد ذلك الأم الأم، فإذا انعدم وجود هؤلاء، فللمحكمة أن تعين من هو أصلح لهذه المهمة، وهو نفس الشيء الذي أخذ به المشرع الجزائري.

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد نصت المادة 20 من القانون رقم 25 لسنة 1929 على: "ويثبت الحق في الحضانة للأم ثم للمحارم من النساء مقدماً فيه من يدلى بالأب ومعتبراً فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب التالي: الأم، فأم الأم وان علت، فأم الأب وان علت، فالأخوات الشقيقات، فالأخوات لأم فالأخوات لأب، فبنت الأخت الشقيقة فبنت الأخت لأم، فالخالات بالترتيب المذكور، فعمات الأم بالترتيب المذكور، فعمات الأب بالترتيب المذكور، فإذا لم توجد من هؤلاء النساء انتقل الحق

1 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، القرار بتاريخ 18/06/1991، ملف رقم 39203، م - ق، عدد 01، 1997، ص 39.

2 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، القرار بتاريخ 10/03/2011، ملف رقم 613469، م-م - ع، عدد 01، 2012، ص 285.

في الحضانة إلى العصابات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق في الإرث مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الأخوة.

فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء انتقل الحق في الحضانة إلى محارم الصغير من الرجال غير العصابات على الترتيب التالي: الجد لأم ثم الأخ لأم ثم ابن الأخ لأم ثم العم ثم الخال الشقيق فالخال لأب فالخال لأب فالخال لأم".

كما نص في القانون رقم 100 لسنة 1985 في مادته 20 على: "ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثني عشرة سنة، ويجوز للقاضي بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج في يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضي ذلك".

فالملاحظ لنا أن المشرع المصري أعطى الأولوية لحضانة الصغير للنساء حتى بلوغه سن العاشرة، والأثني سن اثني عشرة سنة، ثم بعد هذه السن الأولوية تكون للرجال وإذا رأى القاضي أن مصلحة المحضون تقتضي إبقائه عند أمه أو من يليها في ترتيب الحواضن لكن دون استحقاق الحاضنة أجر الحضانة. من هنا يمكن القول أن المشرع المصري أخذ هذا الحكم من المذهب المالكي، وهو بذلك مخالف للمشرع الجزائري الذي أعطى الأولوية للحضانة بعد الأم للأب بعدما كانت لأم الأم ثم الخالة.

وأخيرا يمكن القول بأن المشرعين الجزائري و المغربي اتفقا على أن يكون الأب في المرتبة الثانية من مستحقي الحضانة بعد الأم، بخلاف المشرع المصري الذي يعطي الأولوية للنساء.

ثانيا- سلطة القاضي في تمديد الحضانة: أما فيما يخص تمديد الحضانة حسب مقتضيات مصلحة المحضون؛ فقد سجل بعض الفقه أن مدة حضانة الولد من أشد المسائل إثارة من جانب الأوساط النسائية، كما أنها من أكثرها جدلا بين الفقهاء، من جهة؛ والمصلحين الاجتماعيين من جهة أخرى⁽¹⁾.

ونظرا لأهمية هذا الموضوع، رأى المشرع الجزائري إمكانية تمديد الحضانة إلى سن التمييز، أي 16 سنة، وذلك بطلب من الحاضنة؛ وخص هذا الحكم الذكر دون الأنثى التي لم يتكلم عن تمديد حضانتها إلى ما بعد 19 سنة، وذلك بحجة أن مدة حضانة الفتاة، حسب رأينا، طويلة مقارنة مع مدة حضانة

1 - حميدو زكية، المرجع السابق، ص 62.

الفتى؛ إذ أن هذا الأخير قد لا يستغني عن حاضنته وهو في سن 10 سنوات، ولا يزال يحتاج إلى عناية نسوية من حيث العطف والتربية حتى وإن كان قد تعلم القيام ببعض مصالحه بمفرده، وإن كانت هذه العناية ليست بنفس الدرجة التي هو بحاجة إليها في سن أقل منها؛ فمصلحة المحضون يجب أن يقدرها القاضي على هذا الأساس.

وإذا كان المشرع الجزائري سطر الحد الأقصى لتمديد حضانة الذكر، فإن رأياً فضل أن يترك هذا الأمر لتقدير القاضي، غير أن القاضي سلطته غير مطلقة، بل مقيدة بالشروط القانونية التالية:

1 - أن يكون الحد الأقصى للتمديد 16 سنة، إذ يمكن للقاضي أيضاً أن يمدد مدة الحضانة إلى سن أقل من 16 سنة حسب ما تتطلبه مصلحة المحضون؛ ونلاحظ هنا أن المشرع قد اختار هذه السن على أساس أنها السن المعدل التي يبلغ فيها الذكور غالباً، وفيها يقلد الرجال ويتبع سلوكهم ويركن إلى الاحتكاك بهم أكثر.

2 - أن تكون الحاضنة الأم، أما غيرها فلا يجوز لها طلب تمديد الحضانة مهما كانت الحجة التي تستند عليها.

3 - أن تكون هذه الأم الحاضنة غير متزوجة؛ وعلى سبيل المقارنة، نرى أن المشرع لم يأخذ هنا بالتفرقة التي جاء بها في إسقاط حق الحاضنة إذا تزوجت بغير قريب محرم⁽¹⁾؛ بينما يرى فريق من الفقه بأن الحاضنة لا يسقط حقها في طلب تمديد الحضانة إذا تزوجت بقريب محرم حقاً، إن الانسجام بين النصوص التشريعية يقضي الأخذ بالاستثناء الوارد في المادة 66 من ق - أ، ولكننا نعتقد أن هذا الحل لا سند له بل ويصعب تبريره، بدليل نص المادة 65 من ق - أ؛ ومن ثم، يجب أخذ النص كما هو وتعميم المسألة حتى إذا تزوجت بقريب محرم.

4 - أن يكون طلب تمديد الحضانة خلال سنة من نهاية العشر سنوات⁽²⁾؛ فإذا انقضت المدة دون أن يكون للأم عذر في تأخرها سقط حقها في المطالبة بالتمديد.

1 - تنص المادة 66 من ق - أ، بقولها: "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، و بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".

2 - فضيل سعد، المرجع السابق، ص 377 - 379.

وهنا تبرز سلطة القاضي إذا ما وضعت، ويجب أن لا توضع إلا بقصد التحقق من استيفاء الشروط السالفة الذكر؛ فإذا تحققت هذه الشروط في الطالب فلا مانع إطلاقاً من القضاء له بتمديد مدة الحضانة، إذا رأى القاضي في ذلك مصلحة للمحضون.

ومن ناحية أخرى، فإن المادة 65/2 من ق-أ، تجلب انتباهه، إذ نص المشرع فيها: "على أن يراعى في الحكم بانتهاؤها مصلحة المحضون"؛ إن إدراج المشرع هذه العبارة في فقرة منفصلة يعني أنها تتعلق وترتبط بالفقرة التي تعلوها؛ وبعبارة أخرى، فالقاضي عندما يحكم بانتهاء الحضانة يراعى فيها مصلحة المحضون، فإذا رأى أن مصلحة المحضون تنادي بانتهاؤها حكم بذلك، وإذا صرحت بإبقائه مع حاضنته قضى بذلك أيضاً، وهذا سواء تعلق الأمر بالفتى أو الفتاة.

لكن فحوى المادة يدل على أن الفقرة الثانية منها تطبق على الذكر دون الأنثى، وذلك للسبب التالي: إن بفضل طلب التمديد، يتمكن القاضي من رعاية مصلحة المحضون، وهذا الطلب لا ينطبق إلا على الذكر؛ فانتهاء مدة حضانة البنت يكون بقوة القانون، وبالتالي لن يتاح للقاضي المجال للتحقق من حضور مصلحة المحضون الفتاة أو غيابها؛ وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 04/01/2006 بقولها: "تنقضي حضانة البنت، بقوة القانون، ببلوغها سن الزواج، دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها"⁽¹⁾.

ولذلك كان يجب على المشرع إدخال هذه الفقرة ضمن الفقرة الأولى، ومن ثم، تصبح صياغة المادة كما يلي: "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج؛ وللقاضي أن يمدد الحضانة للذكر إذا رأى مصلحة له إلى 16 سنة، إذا كانت الحاضنة أمّاً لم تتزوج ثانية".

وتطبيقاً لاقتران ذلك التمديد بمصلحة المحضون، قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 03/07/2002 بقولها: "حيث أنه فعلاً ثبت أن الأم منذ الحكم لها بالحضانة لم تمارسها وأن المحضون بقي يعيش عند والده ولما بلغ 10 سنوات طلب الوالد بالحضانة فحكم القاضي الأول له بالحضانة مراعاة لمصلحة المحضون باعتباره تعود على الحياة والعيش مع والده طبقاً للمادة 64 من ق-أ، وهو حكم سليم وأن تمديد الحضانة إلى 16 سنة هو استثناء إذا كانت في الحضانة مصلحة ولما انعدمت المصلحة في

1 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، القرار بتاريخ 04/01/2006، ملف رقم 347914، م - م - ع، عدد 01، 2006، ص 449.

تمديدها فإن قضاة الاستئناف يكونون قد أخطأوا في قرارهم القاضي بإلغاء الحكم المستأنف مما يتعين معه نقضه وإبطاله وبدون إحالة طبقا للمادة 269 من قانون الإجراءات المدنية...⁽¹⁾.

وما يمكن ملاحظته على هذا القرار هو أنه يحتوي على نوع من الخلط بين ما هو حضانة وما هو ولاية، لأن المادة 65 من ق-أ، تنص صراحة على تمديد الحضانة للأم الحاضنة فقط ولا للأب الحاضن، لأن هذا الأخير يتمتع بالسلطة الأبوية، ومن ثم فهو بدون حاجة إلى استصدار حكم يقضي له بالحضانة بعد بلوغ الطفل المحضون 10 سنوات، أي بعد نهاية حضائته؛ وهو ما أقرته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 10 / 02 / 2011 بقولها: "لا تنتهي الحضانة إلا بموجب حكم قضائي؛ الحاضنة غير ملزمة بالمطالبة قضائيا بالتمديد، في حالة تجاوز سن المحضون 10 سنوات"⁽²⁾.

ولهذا، نشير في خضم هذه التساؤلات أن المشرع لم يبين لنا، في باب الحضانة، مصير المحضون بعد انتهاء حضائته؛ ولا شك أن هذا ليس بعيب، وإنما البحث عن الإجابة يكون في المواد المتعلقة بالولاية وكذلك في المادة 222 من ق-أ، التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تقر في هذه الحالة إما ضم المحضون إلى الرجال ويقدم الأب عليهم، وإما ترك الخيار له في البقاء مع حاضنته أو الالتحاق بأبيه.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد تناول هذه المسألة من خلال أحكام المادة 166 من م-أ-م بقولها: "تستمر الحضانة إلى بلوغ سن الرشد القانوني للذكر والأنثى على حد سواء.

بعد انتهاء العلاقة الزوجية، يحق للمحضون الذي أتم الخامسة عشرة سنة، أن يختار من يحضنه من أبيه أو أمه.

في حالة عدم وجودهما، يمكنه اختيار أحد أقاربه المنصوص عليهم في المادة 171 وما بعده، شريطة أن لا يتعارض ذلك مع مصلحته، و أن يوافق نائبه الشرعي؛ وفي حالة عدم الموافقة، يرفع الأمر إلى القاضي ليبت وفق مصلحة القاصر".

من خلال هذه المادة يتضح أن مدة حضانة الصغار في حالة قيام الزوجية هي بلوغ الذكر والأنثى سن الرشد القانوني لكلا الجنسين؛ وهو ما قضى به المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 27 / 06 / 2007 بقوله: "لما كانت الحاضنة تستمر إلى حين بلوغ سن الرشد بالنسبة للأبناء ذكورا و إناثا، ولما كان سن

1 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، القرار بتاريخ 03 / 07 / 2002، ملف رقم 274207، م - م - ق، عدد 01، 2004، ص 270.

2 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، القرار بتاريخ 10 / 02 / 2011، ملف رقم 599850، م - م - ع، عدد 01، 2012، ص 281.

الرشد محمدا حسب المادة 209 من م- أ- م، في 18 سنة شمسية كاملة، فإن المحكمة لما عللت قرارها برفض طلب إفراغ المطلوبة من المحل بعللة أنها حاضنة والحال أن أصغر بنات الطاعن يفوق عمرها 18 سنة تكون قد عللت قرارها تعليلا ناقصا⁽¹⁾.

أما في حالة انحلال الرابطة الزوجية، فإنه عند بلوغ المحضون ذكرا كان أم أنثى سن 15 سنة فالاختيار ممنوح للمحضون سواء كانت أمه أو أبوه؛ أما فيما حالة عدم وجود الأبوين يمكن للمحضون اختيار أحد أقاربه، بشرط ألا يتعارض ذلك مع مصلحة المحضون، وأن يوافق عليه نائبه الشرعي.

أما في حالة عدم موافقة النائب الشرعي على ذلك، فهنا يتدخل القاضي لإسناد حضانة الصغير إلى أحد أصحاب الحق في الحضانة، وذلك وفقا لمصلحة المحضون.

من هنا فإن المشرع المغربي منح للمحضون سلطة الاختيار الحاضن، كما خول للقاضي سلطة تقديرية واسعة في اختيار الحاضن في حالة عدم موافقة نائبه الشرعي.

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد نصت أحكام المادة 20 من القانون رقم 100 لسنة 1985 على أن: "ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثني عشرة سنة، ويجوز للقاضي بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة، والصغيرة حتى تتزوج في يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضي ذلك".

فالملاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع المصري جعل انتهاء حق النساء في الحضانة للصغير ببلوغ سن عشرة سنوات، ويجوز للقاضي أن يأذن ببقائه في يد الحاضنة إذا رأى مصلحته في ذلك إلى خمس عشرة سنة، وأن تنتهي حضانة الصغيرة لبلوغها اثني عشرة سنة، إلا إذا رأى القاضي مصلحتها في البقاء في يد الحاضنة فله إبقاؤها حتى تتزوج.

ولكن هذه المادة عدلت بموجب القانون رقم 04 لسنة 2005 والتي تنص على: "ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير أو الصغيرة سن الخامسة عشرة ويخير القاضي الصغير أو الصغيرة بعد بلوغ هذه السن في البقاء في يد الحاضنة دون أجر الحضانة وذلك حتى يبلغ الصغير سن الرشد وحتى تتزوج الصغيرة...".

1 - المجلس الأعلى، قرار بتاريخ 27 / 06 / 2007، التقرير السنوي للمجلس الأعلى لسنة 2007، الرباط 2009، ص 138؛ نقلا عن: محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 149.

من خلال هذا النص يظهر لنا بأن المشرع المصري يخير الصغير بعد سن 15 سنة إلى غاية سن الرشد بين البقاء في يد الحاضنة أو الانضمام إلى الحاضن من الرجال بإعتبار أن سن الرشد بالنسبة للصغير السن الذي ينتهي معه فترة الحضانة⁽¹⁾.

أما فيما يخص الصغيرة، فإنه يستمر تخيير الصغيرة بين البقاء في يد الحاضنة أو الانضمام إلى الحاضن من الرجال من بعد بلوغ 15 سنة حتى تاريخ انتهاء الحضانة بالنسبة لها بالزواج، والمقصود بزواج الصغيرة هو الدخول في كنف الزوج وليس بإنعقاد عقد الزواج وإنما بتمام تنفيذه بالدخول الحقيقي.

من هنا فإن إختيار الصغير والصغيرة بعد إنتهاء الحضانة غير ملزم للقاضي، وإن لم يتعرض المشرع لهذه المسألة، إلا أنه من المستقر عليه فقها⁽²⁾، أن اختيار الصغير أو الصغيرة غير ملزم للقاضي، فله رغم إختيارها البقاء في يد الحضانة من النساء، أن يغلب مصلحة الصغير وينهي حضانتها لدى الحاضنة ويضم الصغير أو الصغيرة إلى الأب أو صاحب الحق الضم⁽³⁾.

ثالثاً- سلطة القاضي في اعتبار عمل المطلقة الحاضنة سبباً من أسباب سقوط حقها في الحضانة:
سنتطرق في هذه المسألة إلى موقف الفقه من عمل المطلقة الحاضنة، ثم نبين سلطة القاضي من ذلك في التشريع الجزائري والمقارن.

1- موقف الفقه: إن العمل المقصود في موضوعنا هو النشاط الذي يبعد الحاضنة عن رعاية مصلحة الطفل أتم الرعاية والصيانة، ومن هنا فإننا لا نخشى بصدد التطرق إلى عمل المرأة ومدى فعاليته في إسقاط الحضانة، أن نقول أن مصلحة المحضون تجدد نطاقها الواسع وامتدادها في هذه المسألة، بل تبرز أكثر من أي مسألة من مسائل الحضانة.

ويوجد في هذا الشأن اتجاهان مختلفان⁽⁴⁾، وأن أساس هذا الخلاف بين الفقهاء يتجلى في مضمون العمل أو نوعية العمل الذي تسمح به الشريعة الإسلامية للمرأة، حاضنة كانت أم غير حاضنة، وإن كان

1 - فالمقصود بسن الرشد في هذه المادة بلوغ الصغير 21 سنة طبقاً لأحكام المادة 44 من ق-م-م.

2 - وهو ما قضى به عمر وعلي وشريح، وهو قول الشافعية والحنابلة فإن اختارهما، أو لم يختار واحد منهما، قدم أحدهما بالقرعة؛ وذلك مصداقاً لما رواه أبي هريرة رضي الله عنه، جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت يا رسول الله، إن زوجي يريد أن يذهب بابي وقد سقاني من بئر أبي عنبه، وقد نفعني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " هذا أبوك وهذه أمك، فخذ بيد أبيهما شئت؛ فأخذ بيد أمه فانطلقت به".

3 - أحمد إبراهيم عطية، المرجع السابق، ص 171.

4 - الواقع أنه لا خلاف بين الفقهاء وعلماء الشريعة في أن المرأة مكلفة بالأمر المعروف والنهي عن المنكر مثلها مثل الرجال تمام ذلك لقوله تعالى: " والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ويقيمون الصلاة ويؤتون الزكاة ويطيعون الله ورسوله، أولئك سيرحمهم

اتفاقهم ينصب على أن الواجب يدعونا إلى اعتبار " بناء الأسرة " الوظيفة الأساسية للمرأة لكي تتمكن من أداء دورها في تربية الأطفال والعناية بهم عناية تامة.

وعليه يذهب أنصار الاتجاه الأول إلى القول، أن دور المرأة الأساسي هو رعاية الأسرة والأطفال ولا يحق لها الخروج للعمل إلا في حالة الضرورة القصوى التي تقدر بقدرها لما في ذلك من إخلال بواجبها الجوهري ودورها الطبيعي في الحياة⁽¹⁾.

غير أن الاتجاه الثاني يرى خلافا للرأي الأول، إلى القول أن للمرأة أن تعمل خارج المنزل، ولها أن تقوم بالأعمال التي تتفق مع طبيعتها ولكن دون إخلال بواجباتها الأساسية⁽²⁾.

ويرى الإمام "محمد عبده" أن توضع هذه المساواة في التطبيق بمقتضى العرف الذي يتحدد بدرجة التطور التي وصلها المجتمع الذي يعيش فيه المسلمون⁽³⁾؛ وفي هذا يقول أبو الوليد بن رشد: " يجب على النساء أن يقمن بخدمة المجتمع والدولة قيام الرجال"⁽⁴⁾.

من هنا يمكننا أن نقرر أنه ليس من الممكن إغفال مسألة عمل المرأة ولا صرف النظر عنها، لأن خروج المرأة اليوم، إلى المجتمع لعملها لم يعد دخيلا عليه، بل ضروريا في مشاركتها في التنمية، وهذا الأمر إذا كان ينطبق على المرأة بصفة عامة، فإنه بالأحرى ينطبق على المطلقة الحاضنة العاملة أيضا.

الله إن الله عزير حكيم" (سورة التوبة الآية 71). كما أنه لا خلاف بين الفقهاء في أن المرأة تتاب على العمل الصالح الذي تؤديه، وذلك لقوله تعالى "ومن يعمل من الصالحات من ذكر أو أنثى وهو مؤمن فأولئك يدخلون الجنة ولا يظلمون نفيرا" سورة النساء، الآية 124؛ وقوله تعالى: " فاستجاب لهم ربهم أي لا أضيع عمل عامل منكم من ذكر أو أنثى بعضكم من بعض" (سورة آل عمران، الآية 195). =

كما أن للمرأة الحق في أن تنال أجر عملها كما ينال الرجل أجر عمله، وذلك لقوله تعالى " للرجال نصيب مما اكتسبوا، وللنساء نصيب مما اكتسبن" (سورة النساء، الآية 32)؛ أمينة فؤاد، مهنة المرأة والوظيفة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة 1984م، ص 52، 53.

1 - وفي هذا يقول محمد قطب: "...إن المرأة ينبغي أن تكون أنثى. وينبغي أن تتفرغ لوظيفتها الطبيعية الأولى.. الهامة.. الخطيرة.. المقدسة. ولا تفتن عنها بأية وظيفة أخرى قد تستطيعها، وقد تتقنها، وقد تبذ فيها الرجال... إلخ، ولكنها ليست وظيفتها وليس من صالحها هي - كامرأة- أن تستبدل بها وظيفتها، كما أنه ليس من مصلحة النوع البشري أن تحتل وظائف الجنسين فيه، أو أن يختل كذلك تركيبهما العضوي، فوق اختلال تركيبهما النفسي والعصبي"؛ محمد قطب، التطور والثبات في حياة البشر، دار الشروق، بيروت، 1974 م، ص 211.

2 - عبد الحكيم العميلي، حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية، مجلة السياسة الدولية، عدد 39، 1975 م، ص 120 وما بعدها؛ الإمام محمد شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، ص 156.

3 - محمد عمارة، الإسلام والمرأة في رأي الإمام محمد عبده، تحقيق ودراسة، دار القاهرة للدراسة العربية، 1975 م، ص 15.

4 - حميدو زكية، عمل المطلقة الحاضنة كسبب مسقط للحضانة بين الفراغ التشريعي والواقع الاجتماعي، "مقالة"؛ قانون الأسرة والتطورات العلمية، مخبر القانون والتكنولوجيا الحديث 2007 م؛ نقلا عن: الوليد ابن رشد، ص 120.

2- سلطة القاضي في اعتبار عمل المطلقة الحاضنة سببا من أسباب سقوط حقها في الحضانة في التشريع الجزائري والمقارن: بالرجوع إلى أحكام المادة 67 من ق- أ رقم 84 - 11، والتي تنص على: "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المرعية شرعا في المادة 62 أعلاه، غير أنه يجب مراعاة مصلحة المحضون في الحكم المتعلق بالفقرة أعلاه".

يتضح لنا من خلال هذه المادة أن الحضانة قد تسقط لاختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من ق- أ، أي الإخلال بواجبات الحضانة سواء تعلقت بأهلية الحاضن العقل، الأمانة، والقدرة... الخ، أم اتصلت بالالتزامات المتعلقة بالحضانة أي التربية والرعاية الصحية والخلقية، ويمكن للمحكمة أن تحكم بسقوط حقه في هذه الحضانة، إذ ما طلب منها أحد المستحقين من إحدى الدرجات الأخرى الحضانة، ولكن يجب على المحكمة عند تطبيق أحكام هذه المادة أن تبقى دائما تراعي مصلحة المحضون في حالة بقاءه مع حاضنته الأولى وبين الفوائد التي يمكن أن تعود عليه في حالة إسقاط حق حضانته على هذا الحاضن وإسنادها إلى غيره⁽¹⁾.

لكن قد يصعب على القاضي تقدير هذه المصلحة كونها شيئا معنويا لا يمكن إثباتها بسهولة، مما قد يوقع القاضي في التناسب عند تقديرها، فهناك أسباب قد يدفع بها من له مصلحة في طلب إسقاط الحضانة عن الحاضن وهي غير منصوص عليها في قانون 84 - 11، من بينها سقوط الحضانة بسبب عمل المرأة الحاضنة، فالاجتهادات القضائية اعتبرت عمل المرأة ليس بسبب لإسقاط الحضانة عنها⁽²⁾، رغم عدم وجود النص القانوني، ونظرا لوجود هذا الفراغ القانوني وحساسية هذا الموضوع، ولأن مصلحة المحضون هي من النظام العام. فقد تدخل المشرع الجزائري من خلال تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05 - 02، والذي تناول مسألة عمل الحاضنة من خلال أحكام المادة 67 من ق- أ، التي نصت على أنه: "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه؛ ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة؛ غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون".

ما نراه أن الفقرة الأولى من هذه المادة أنها واضحة لا تحتاج إلى تعليق ولا إلى شرح أكثر مما أسلفناه، لكن الفقرة الثانية هي التي تثير جدلا محتمدا، ونقاشا ساخنا تقتضي الوقوف عندها وعرض دواعيها.

1 - عبد العزيز سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 01، المرجع السابق، ص 301.

2 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 1984/04/02، ملف رقم 32594، م - ق، عدد 01، 1989، ص 77.

الواقع أن أحكام الفقرة الثانية تتعلق بحالة أصبحت ظاهرة هي وليدة الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا كما أسلفنا الذكر، وذلك لأن الآباء صاروا يطالبون الزوجات الحواضن بإسقاط الحضانة عنهن كلما علموا أن المطلقة أو غيرها من الحواضن لها عمل خارج البيت، ولكن الأب أيضا مطالب بالنفقة والخروج للعمل، فليس من الحق والعدل أن يؤخذ الولد من أمه أو الجدة بسبب العمل خارج البيت، فالأب لا يؤدي للحاضنة أجره الحضانة في التشريع الجزائري، رغم ثبوت هذا الحق شرعا عند جميع المذاهب الفقهية، وإذا كانت الحاضنة هي المطلقة فالأب ينفق على ولده لا على طليقته، إذن فيحق لها واقعا من هذا الوجه أن تعمل وتكتسب لتعيش بشرف، ولا عبرة حينئذ بطلب الأب إسقاط حضانة الحاضنة بسبب العمل، إلا إذا تبين للقاضي بعد خبرة اجتماعية فردية وجماعية يعينها بحكم تمهيدي أن مصلحة المحضون في خطر مادي أو معنوي، أو أنه مهمل هنا فقط يكون للقاضي على أساس معيار مصلحة المحضون والمرتبطة دوما بالنظام العام، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري من خلال المادة 3/67 من ق-أ، بقولها: "غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون"؛ و بهذا فإن عمل المرأة يجب أن ننظر إليه على ضوء مصلحة المحضون⁽¹⁾؛ وعليه، فإذا استطاعت الحاضنة التوفيق بين عملها في الخارج وعملها كحاضنة بعدم ترك الصغير ضائعا، فإن هذا لا يسقط حقها في الحضانة. والحق، فسبب الضياع الذي يتعرض إليه المحضون يرجع إلى خروج الحاضنة خروجاً يتسم بالكثرة التي تفوت على الصغير مصلحته في حضانة الحاضنة له⁽²⁾.

ومن الناحية العملية، فكثرة خروج الحاضنة ووقته يقدره القاضي فيما إذا كان يعطل فعلا ممارسة الحضانة؛ أما إذا كان نادرا لا يتضرر منه المحضون، لا مجال لإسقاط الحضانة عنها؛ ومع ذلك فقد اعتبر القضاء أن عمل الحاضنة الماس بمصلحة المحضون يثبت عدم جدارتها في ممارسة الحضانة، وهو ما قضى به المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 29/05/1969 حين قضى: "من المقرر شرعا وقضاء أن ابتعاد الأم عن أولادها المحضون وانشغالها بوظيفتها الشطر الأعظم من النهار لا تؤدي إلى سقوط الحضانة عنها وإنما إلى عدم جدارتها في ممارستها فقط⁽³⁾".

والواقع، إزاء هذا الحل الذي لا يستطيع أن يقف على قدميه في الوقت المعاصر، يحق لنا أن نتساءل: كيف تكون الحاضنة غير جديرة بالحضانة وفي نفس الوقت لا تسقط عنها الحضانة؟ ما هو

1 - عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري "الطلاق وآثاره"، منشورات جامعة دمشق، ط 08، 2000 - 2001 م، ج 02، ص 232.

2 - عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 243.

3 - المجلس الأعلى، غ، ق، خ، قرار بتاريخ 29/05/1969، ن - ق، عدد 04، 1970، ص 50.

الفرق بين إسقاط الحضانة وعدم القدرة على ممارسة الحق؟ وهل الشرع يبقي الحضانة لشخص غير جدير بها؟ فما فائدة القواعد التي وضعها إذن؟ أليست معيارا لإثبات الجدارة أو نفيها؟ وكيف لا يكون انشغال المرأة عن المحضون طيلة النهار غير معرض المحضون للضياع؟ فأين مصلحة المحضون التي يجب على القاضي مراعاتها؟

فكان على القاضي أن يتخذ موقفا غير هذا، ويبحث عن التسيب الصحيح لعدم إسقاط الحضانة إذا لاحظ أن مصلحة المحضون بعيدة عن الخطر في القضية المعروضة عليه؛ و يجب أن تكون هناك جدية في إسقاط الحضانة وإثباتها، لأن مصلحة المحضون وضعت لجدية أمر الصغير.

ومهما يكن من أمر، فإننا نجد في منح القاضي لسلطة واسعة في تقدير مصلحة المحضون أمرا ضروريا، فقد تكون هناك حاضنة موظفة ولا تمنعها وظيفتها الاهتمام بصغيرها؛ ومعنى ذلك، أن هناك وظائف تتلائم و طبيعة المرأة لكونها كذلك، من جهة، ولا تعطل مصلحة المحضون، من جهة أخرى، كالتعليم أو التطبيب.

من هنا، فإنه يجب على القاضي النظر إلى نوع الوظيفة أو العمل التي تضطلع بها، من حيث إذا كان يشغلها كل الوقت عن المحضون، ومن حيث مساهمة هذه الوظيفة في تحقيق مصلحة المحضون؛ كأن تكون الحاضنة معلمة وتستغل تعليمها في إعانة المحضون في دراسته وتراقب واجباته المدرسية؛ أو أن تكون طبيبة تدرك ما يضر بالمحضون وتحفظ صحته من حيث مأكله وملبسه إلى غير ذلك⁽¹⁾.

و مادامت هذه الوظائف مشروعة، والحاضنة لا تتخلى عن المحضون وقتا كبيرا إلى حد حرمانه الحنان والرعاية والتربية، وأن الحاضنة ماهرة في تدبر أمره، بحيث توفق بين عملها خارج البيت وعملها فيه، فإن حقها في الحضانة لا يسقط إذا ما توافرت فيها الشروط الأخرى؛ وذلك لأن الظروف قد تغيرت، وعمل المرأة خارج البيت أصبح شيئا عاديا وهذا له اعتبار، فالمرأة العاملة تساهم في تحقيق مصلحة المحضون عن طريق توفير الحماية المادية له التي لا ننكر أنها تقف بجانب الحماية المعنوية، لا سيما إذا لم يكن للمحضون مورد آخر غير نفقة والده صاحب الدخل الضعيف.

أما من الناحية العملية فقد أحسنت المحكمة العليا في موقفها الأخير بما تتضمن هذه المسألة في صورتها القديمة من تعصب يحمل في طياته الخطر، كل الخطر على الأمهات، فاتجهت إلى محاولة تبيان المبدأ

1 - حميدو زكية، المرجع السابق، ص 448.

العام الذي تخضع له هذه المسألة؛ فذهبت في قرارها الصادر بتاريخ 30 / 07 / 2002 بقولها: " من المستقر عليه قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة. ومن ثم، فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الوالدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة أخطأوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسيب وانعدام الأساس القانوني مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"⁽¹⁾.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار آخر لها بتاريخ 23 / 10 / 2002 حين قضت بأنه: " إن الحكم برفض دعوى الزوج الرامية إلى إسقاط الحضانة عن الأم لكونها عاملة مع تمسك هذه الأخيرة بحقها في حضانة يعتبر تطبيقا سليما للقانون"⁽²⁾.

أما عن عمل المرأة كأصل عام، فمن المقرر شرعا وقانونا أنه من حق المرأة أن تعمل، إلا إذا أثبت الزوج إثباتا قاطعا للشك باليقين أن الزوجة أحلت بواجباتها الأسرية وعرضت أطفالها للخطر، فمن هنا يمكن للزوج منعها من العمل طبقا لمبدأ تسرب الخطر إلى الحياة الأسرية والأطفال، ويضمن لها بالمقابل نفقتها ونفقة أولادها تبعا للأصل المتبع.

وما يتضح لنا كذلك أن المشرع الجزائري أصر على عمل الحاضنة، وأن عملها لا يشكل سببا من أسباب سقوط حق الحضانة كمبدأ عام، والاستثناء من هذا المبدأ يجوز الحكم بإسقاط حق الحاضنة على العاملة إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية وغيرها مما يخل بمصلحة المحضون.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فلم ينص صراحة على عمل المطلقة الحاضنة، ولكن القضاء المغربي لا يختلف عن ما ذهب إليه المحكمة العليا الجزائرية فيما يتعلق بتطور تطبيق المبدأ الخاص بعمل الحاضنة، حيث قضى المجلس الأعلى المغربي في قرار له بتاريخ 22 / 09 / 1980 نقض بمقتضاه القرار الصادر في 07 / 02 / 1980 عن محكمة الاستئناف بطنجة والمؤيد لحكم المحكمة الابتدائية بطنجة القاضي بسقوط

1 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 2002/07/30، ملف رقم 274207، م - ق، عدد 01، 2004، ص 270؛ وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 18 / 07 / 2000، إلى أن عمل المرأة، وإن كان مؤسسا لدواعي المطعون ضده، إلا أنه لا يعد من مسقطات الحضانة، ومن ثم يقتضي الأمر نقض القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء سطيف بتاريخ 22 / 09 / 1999، والقاضي بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة بسبب العمل دون أي سبب آخر، إذ أن عمل الحاضنة لا يمنعها من ممارسة الحضانة وكما أنه لا يوجد أي نص يقضي بالمنع من الحضانة عند العمل؛ المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 2000 / 07 / 18، ملف رقم 245156، م - ق، عدد خاص، 2001، ص 188 - 190.

2 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 2002/10/23، ملف رقم 295996، ن - ق، عدد 57، 2006، ص 219.

حضانة الأم عن ولديها، كون أنها لم تعد أهلا لحضانتها لانحلالها الخلقي لتعاطيها للتجارة والأسفار، حين قال: "وحيث لم تقم الحجة فيما يتعلق بالسبب الأول وأن الفصل 98 من م - أ - ش، الذي يحدد شروط الأهلية للحضانة على سبيل الحصر لا ينص على أن التعاطي للتجارة يعتبر من موانع الحضانة"؛ ويضيف قائلا "وحيث أن الكتاب الثالث من مدونة الأحوال الشخصية الذي وردت في بابه الثالث مقتضيات التي تطبق فيما يتعلق بالحضانة لا يشمل فصلا يحيل على الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك فيما لم يشمل الكتاب المذكور خلافا لما هو الشأن بالنسبة لباقي كتب نفس المدونة⁽¹⁾".

من هنا نلاحظ أن هذا القرار الصادر قبل تعديل مدونة الأسرة المغربية، قد فرق بين النص الواضح من جهة والنص الغامض من جهة أخرى؛ فالنص الواضح، في ظل هذا القضاء، هو الذي يجب العمل به دون الرجوع إلى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من المذهب المالكي؛ إذ أن لجوء القاضي في القرار المطعون فيه إلى أقوال الفقهاء لا يصح أن يحمل على الاجتهاد مادام هناك نص يقنن بما يكفي من الدقة والوضوح أحكام الحضانة. ومن ثم فالعدول عن تطبيق الفصل 98 من م - أ - ش - م، والاتجاء إلى أقوال الفقهاء يتعارض مع ما قرره المشرع المغربي في المدونة نفسها في فصلها 297 م - أ - ش - م، من أن لا يرجع إلى الفقه المالكي إلا فيما لا تشملته المدونة.

وقد أكد المجلس الأعلى في الأخذ بهذا المبدأ في قرار آخر له بتاريخ 14 / 10 / 1981، بشأن قضية تتمثل وقائعها في أن الزوج طلب إسقاط الحضانة عن مطلقته اعتمادا على آراء فقهية⁽²⁾، لم تتضمنها نصوص م - أ - ش - م، فقضى برفض الرجوع إلى المذهب المالكي معللا موقفه بقوله: "حيث أن الكتاب

1 - حيث قضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف و بنت قرارها على أن فقهاء المذهب عرفوا الحضانة الشرعية بأنها كفالة المحضون وتربيته والقيام بأموره وجعلوا لها شروط منها الصيانة وقالوا بصدد الصيانة أنه لا حضانة لغير الصائن ولو كان عنده من يضمن، وعلى أن تعاطي التجارة التي هي مهنة المستأنفة في النازلة سيصرفها قطعاً إلى الانشغال بمهام المهنة والاعتماد في صيانة المحضونين على الغير من الخدم والمساعدين والحال أن الفقه المعمول به في المذهب هو أنه لا حضانة لغير الصائن الذي لا يتفرغ لمباشرة هذه الصيانة شخصيا ولو وجد عنده من ينوب عنه في الحضانة نص على ذلك الشيخ التسولي وغيره من الفقهاء في باب الحضانة من شرحه على نظام البهجة وعلى أن اعتماد الحكم المستأنف على ما قرت به الحاضنة من أنها تعمل في التجارة وكونه موجها كافيًا لعدم أهليتها لحضانة الولدين هو اعتماد سليم وما قضى به الحكم المستأنف من سقوط حضانة الحاضنة وتسليم المحضونين إلى والدهما هو صحيح في منبناه من الوجهة الفقهية...؛ المجلس الأعلى المغربي، القرار بتاريخ 22 / 09 / 1980، قرار رقم 327، ملف اجتماعي رقم 83177، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 27، 1980، ص 146.

2 - علما أن الفصول السابقة من 105 إلى 108 من م - أ - ش - م، ذكرت مسقطات الحضانة عن الأم، وليس من بينها تعاطي التجارة من قبل المرأة، وهذا ما رجحه المذهب المالكي؛ سيدي أحمد بن محمد الدردير، متن أقرب المسالك في الفقه على مذهب الإمام مالك، مطبعة الشهيد الحسيني، ص 126.

الثالث من م - أ - ش، المتعلق والمخصص بابه الثالث للحضانة لم يحتتم كغيره من كتب المدونة بالتنصيص على أن ما لم يشملته يرجع فيه إلى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك مما يجب معه تطبيق ما ورد فيه دون الالتجاء إلى مراجع فقهية غيره...⁽¹⁾.

ولقد سنحت الفرصة أمام المجلس الأعلى المغربي في الدعاوى التي تعرض فيها لهذا النوع من القرارات أن يوضح طبيعة العمل غير المسقط لحضانة الأم العاملة، حيث قضى في قراره الصادر بتاريخ 1975/02/10 حين قضى بأنه: "حيث إن الحاضنة إذا زاولت وظيفة من الوظائف الإدارية أو التعليمية التي لا تستغرق إلا جزءا من يومها لا يقوم بها مانع يمنعها من القيام بشؤون المحضون وأن القول بخلاف ذلك هذا إدعاء لا تصدقه حالات الناس اليومية..."⁽²⁾.

ما يتضح لنا من هذا القرار أنه لم يوضح مدى نفاذ إسقاط الحضانة في مواجهة الأم العاملة، بل ما يمكن فهمه أن بقاء الحاضنة خارج البيت طيلة اليوم يسقط حقها في الحضانة، ومن هنا يمكن القول أن قضاء المجلس الأعلى المغربي يميز لمستحقي الحضانة التمسك بعمل الحاضنة المتواصل طيلة اليوم كسبب من أسباب إسقاط الحضانة.

وفي هذا يذهب د/ محمد الكشور إلى عدم جواز إسقاط الحضانة بسبب عمل المرأة إلا إذا ثبت فعليا أن الطفل المحضون يتضرر من ذلك⁽³⁾، كما لو جعلت الحاضنة المحضون يشتغل إلى جانبها مهملا دراسته، أو تهمله إهمالا يضر به، وهذا التوجه هو الذي سار فيه المجلس الأعلى حيث جاء في أحد قراراته أن المشرع: "... لا ينص على أن تعاطي التجارة يعتبر من موانع..."⁽⁴⁾.

وفي الأخير يمكن القول بأن المحضون إذا تضرر من نشاط الحاضنة يمكن من خلاله طلب إسقاط الحضانة عنها طبقا لأحكام المادتين 163 و 173 م - أ - م، لا للممارسة التجارة و إنما للضرر المترتب عليها.

1 - المجلس الأعلى المغربي، قرار بتاريخ 14 / 10 / 1981، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 30، ص 97 وما يليها.

2 - المجلس الأعلى المغربي، قرار بتاريخ 10 / 02 / 1975، ملف اجتماعي رقم 31 / 418؛ قرار غير منشور؛ نقلا عن: محمد كشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ج 02، المرجع السابق، ص 468.

3 - ومن هنا يرى محمد الكشور بأنه: "يبدو أن المجلس الأعلى قد قرر من خلال موقفه السابق حماية المرأة أكثر مما حماها الفقه المالكي نفسه".

4 - المجلس الأعلى المغربي، قرار بتاريخ 22 / 09 / 1982، مجلة القضاء المجلس الأعلى، عدد 27، ص 145 وما بعدها.

أما فيما يخص المشرع المصري فلم يتناول مسألة عمل الحاضنة، ولكن بالرجوع إلى القضاء، فقد قضت محكمة أسيوط الشرعية في حكمها الصادر في 17 / 09 / 1962 بقولها: "مجرد كون الحاضنة تقوم بحرفة أو عمل لا يسقط الحضانة، إذ المناط في سقوط حق الحضانة هو تعرض الصغير للضياع، والفساد، والإهمال، كما حرر في رد المحتار، والفتاوى المهديّة"⁽¹⁾.

غير أن محكمة جنوب القاهرة الابتدائية قد أسقطت في حكمه الصادر في 17 / 01 / 1985 الحضانة عن الأم لاحترافها، وذلك حين قضت: "ولما كان ما تقدم و كان الثابت لهذه المحكمة من اطلاعها على ورقات الدعوى الماثلة وما قدم من مستندات وما استبان لهذه المحكمة من مناقشة البنت... فيها أن البنت المذكورة من المواليد 15 / 06 / 1971 ومن ثم تكون قد بلغت أقصى سن الحضانة المقررة قانونا و أن والدتها، المستأنف عليها، محترفة لعمل مساعدة طبيب بعيادة خاصة يجعلها تترك منزلها وابنتها المذكورة طوال النهار ولوقت متأخر من الليل، وإثما بذلك منصرفه عن شؤون البنت المذكورة من حيث تربيتهما التربية الحسنة وتقومها ورعايتها على النحو الذي تقتضيه مصلحتها ومنفعتهم... ومن ثم فإن المستأنف عليها، بهذه المثابة، لا تكون أهلا لحضانة البنت لفقدتها أهم شرط من الشروط الواجب توافرها في الحضانة ألا وهو شرط القدرة على تربية الصغيرة"⁽²⁾.

ما يتضح لنا مما تقدم، أنه فإذا كنا لا نستطيع وضع حدا لتزايد تشغيل النساء، وعلى الرغم من ذلك ننظر إلى مهمة المرأة الأساسية في "أمومتها"، وأردنا التوفيق بين هذين الفرضين المتعارضين، فإنه يجب أن نعمل ما بوسعنا من أجل تجنب الأضرار الصحية والأخطار الاجتماعية.

وأهم من ذلك كله ألا نهمل الأسرة وبالتالي النسل بأجمعه؛ ولذلك يجب على القاضي أن يراعي ما تحتمه عليه ضرورات مصلحة المحضون، ليس بسبب عمل الحاضنة كعمل فقط، بل يقتضي الأمر عليه أن يبحث عما إذا كان عملها يتنافى ويتعارض مع مصلحة المحضون أم لا؛ وبمعنى آخر، ينبغي عليه أن يبحث عما إذا كانت الحاضنة بسبب عملها ستضيع حق المحضون في الصيانة وعدم الإهمال، لأن المدار في ذلك ترك المحضون ضائعا، علما أن هذا الأخير في حكم الأمانة عندها، ومضيع الأمانة لا يستأمن، وهذه هي علة سقوط الحق في الحضانة.

1 - محكمة أسيوط الشرعية، 17 / 09 / 1962، رقم 12256، مجلد السنة 20، ص 89؛ نقلا عن: أحمد محمد علي داود، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999 م، ج 01، ص 502.

2 - محكمة جنوب القاهرة الابتدائية، 17 / 01 / 1985، قضية رقم 557 لسنة 1983؛ نقلا عن: مورييس صادق، قضايا النفقة والحضانة والطاعة معلقا عليها بأحدث أحكام القضاء في مصر الدول العربية، دار الكتاب الذهبي، القاهرة، 1999 م، ص 56.

و خلاصة الكلام، أنه إذا كانت الحاضنة، أمًا أو غيرها، مع عملها المشروع تعتبر مأمونة على المحضون صائنة له من الضياع والإهمال؛ لأنها تخرج بعض الوقت فقط، ومدة خروجها يوجد من يحمي المحضون، ويحافظ عليه لا ننزع الحضانة منها، لأن ذلك لا يتنافى ومصصلحة المحضون، العمود الفكري لإسناد الحضانة أو إسقاطها ولو بالتنازل عنها صراحة.

في الأخير يمكن القول بأن المشرع الجزائري يعتبر عمل الحاضنة ليس سببا من أسباب سقوط الحضانة، إلا إذا أضر بمصلحة المحضون، بخلاف الموقف السلبي لكل من المشرعين المغربي والمصري اللذين لم يتطرقا لذلك.

أما بالنسبة لمراعاة القاضي مصلحة المحضون فالمشرعون الجزائري والمغربي والمصري جعلوا قاعدة مصلحة المحضون هي الأسمى وفق كل اعتبار غير أن مراعاة هذه المصلحة مُنحت للقاضي الذي له كامل الصلاحيات للوصول إلى ما هو أصلح للمحضون، كما أن هذه السلطة تختلف نسبة تقديرها من قضية إلى أخرى، حيث أن لكل قضية ظروفها المحيطة بها مما قد يؤثر على قناعة القاضي في تقدير مصلحة المحضون، ومن أمثلة ذلك ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 21 / 05 / 1996 حين قضت: "من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون.

ولما كان ثابتا - في قضية الحال - أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون واعتماد على تقدير المرشدة الاجتماعية، التي تؤكد ذلك، فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون⁽¹⁾.

وفي قضية أخرى اعتبرت المحكمة العليا أن إسناد الحضانة للأب بعد وفاة الأم كون مصلحة المحضون تقتضي ذلك يعد تطبيقا صحيحا للقانون مؤسسين ذلك على كون الحضانة أثر من آثار الطلاق، وليست من آثار الوفاة، وأن مصلحة البنت المحضونة تكمن في البقاء ببيت والدها الذي أعاد الزواج بإمرأة ثانية قبلت أن ترعاها وتربيتها مبينين أن الطاعنة مسنة وتسكن رفقة أولادها غير أهل للقيام بالحضانة حسب مقتضيات المادة 2 / 62 من ق- أ⁽²⁾.

1 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، القرار بتاريخ 21 / 05 / 1996، ملف رقم 134951، م - ق، عدد 02، 1997، ص 86 - 88.

2 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، القرار بتاريخ 12 / 02 / 2001، ملف رقم 256629، م - ق، عدد 02، 2002، ص 422 - 423.

ومن هنا يجوز للقاضي إجراء التحقيق والمعينة⁽¹⁾، وذلك الانتقال إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة للمعينة ومعرفة الظروف المحيطة بذلك الوسط الذي يعيش فيه، كذلك مدى قرب المسكن من المدرسة وبعده، وهذه كلها يدخلها القاضي في الحساب عند تقديره إسناد الحضانة إلى أحد مستحقيها؛ كما يجوز له الاستماع إلى أحد أفراد الأسرة⁽²⁾.

وعليه يمكن القول أن قوام الحضانة تحقيق مصلحة المحضون، وعلى الرغم من السلطة التقديرية المطلقة لقضاة الموضوع في إصدار الأحكام المتعلقة بالحضانة، إلا أنه يصعب عليه في بعض الحالات اختيار الحكم الصائب، وهذا لما يصادفه من مشاكل تعترض سلطته التقديرية لأنه مجرد من كل الوسائل الضرورية التي تساعد على تحقيق مصلحة المحضون الملقاة على عاتقه⁽³⁾.

وفي الأخير يمكن القول بأن المشرعين الجزائري والمغربي والمصري، عند تناولهم لمسألة الحضانة، يرون بأنها قائمة على معيار أساسي وهو مصلحة المحضون، وهذا المعيار الذي تطرقوا إليه في جميع النصوص المتعلقة بالحضانة تقريبا، إلا أنهم لم يبينوا ذلك، ولم يحدده بدقة، إذ أن مصلحة المحضون عامة تقبل

1 - وذلك بأنه يجوز للقاضي الاستماع إلى كل أطراف النزاع سواء الأب أو الأم وتحديد أيهما أصلح لمراعاة مصلحة المحضون، كما له في ذلك الاعتماد على الوثائق المقدمة من كلا الطرفين والموازنة بينهما في الإثبات حتى يستطيع تكوين قناعته فيما هو أصلح للمحضون، للقاضي أيضا الاعتماد على نص المادة 425 من ق-إ-م-إ، بقولها: "يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة للقاضي الاستعجال، ويجوز له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون، أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة..."; وهذا بأن يطلب حضور أحد الأطراف أو إجراء تحقيق أو تقديم وثيقة، وكما يجوز للقاضي الاعتماد على تقرير المرشدة الاجتماعية حتى منح الحضانة إلى الأب مراعيًا في ذلك مصلحة المحضون؛ وهو ما أقرته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 05/17/2006 بقولها: "يسند القاضي الحضانة بعد وفاة الأبوين، مستعينا بمرشد اجتماعية، إلى من يستحقها حسب مصلحة المحضون"; المحكمة العليا، غ، أ، ش، القرار بتاريخ 05/17/2006، م-م-ع، عدد 02، 2007، ص 437.

2 - وذلك بأنه يجوز للقاضي أن يطلب حضور أقارب الخصوم أو أصدانهم أو زوج أحد الخصوم بالإضافة إلى إحوه وأحوات وأبناء عمومة الخصوم، وكل هذا من أجل جمع أكبر قدر من المعلومات التي بما يستطيع ترجيح رأيه، وهذا عملا بأحكام المادة 463 من ق-إ-م-إ، في حين أنه لا يتم سماع شهادة الأبناء المحضونين لأنهم لا يستطيعون تقدير ما هو أصلح لهم، بالإضافة إلى أنه قد تدلي شهادتهم بنوع من الخوف أو تحت تأثير الضغط، وهذا بدوره قد يؤثر على الاختيار الموفق.

كما أنه لو أخذ القاضي برأي الطفل أو اختياره، فإن الطفل عادة يختار من يساعده على اللعب وعدم الاكتراث، وفي هذا الشأن صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 21/10/1982 نقض القرار الصادر عن مجلس قضاء قسنطينة، والذي اعتمد على رفض المحضونين الالتحاق بأبهما وعلى رغبتهما في البقاء مع جدتهما لأبيهما، فاعتبرت المحكمة العليا هذا الموقف مخالفا لقواعد الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الوضعي.

3 - صالح بوغراة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط 01، 2012، م، ص 160 - 161.

التوسيع والتضييق حسب ظروف كل قضية معروضة على القاضي، مما يجعل القاضي في وضع حرج، فهو ملزم من جهة بالبحث عن مصلحة المحضون حتى يسند الحضانة للأكفء والأحق بها، ومن جهة أخرى يجد نفسه مجرّدا من الوسائل التي تمكنه من البحث والتحقق من توافر المصلحة.

الخاتمة



الخاتمة

بعد العرض التفصيلي و تحليل معطيات بحثنا والذي مكننا من استعراض موقف المشرع الجزائري والمغربي والمصري، من السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، وذلك في فض النزاع المطروح أمامه بما له من سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال، فالحلول القضائية إن كانت تعبر عن إرادة المشرع، إلا أن للطابع الشخصي والقدرات الذهنية للقاضي نصيب فيها، إضافة إلى مرونة جل نصوص قوانين الأحوال الشخصية في هاته التشريعات، والمستوحاة من أحكام الشريعة الإسلامية، كما أنها منحت للقاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود النص القانوني في التشريع الجزائري، أما في التشريع المغربي فيرجع القاضي إلى المذهب المالكي في حالة عدم وجود النص، بينما يرجع القاضي إلى المذهب الحنفي في التشريع المصري.

وعليه، ورغم أننا سوف لن نعيد التذكير بكل المسائل التي تناولناها في هذا البحث، مع كثرة هذه المسائل وتنوعها، إذ نترك القارئ الرجوع إليها في ثنايا البحث، حتى لا يصير عملنا في الخاتمة إعادة سرد لكل ما قمنا به، في شكل قد يغني القارئ عن الرجوع إلى هذه المسائل، فيحرم بذلك من ما نراه تفصيلا جد مهما يحسن به الرجوع إليها، إلا أنه مع ذلك سنقوم بالإجابة عن الإشكاليات التي طرحناها في مقدمة البحث من خلال دراسة فقهية قانونية مقارنة، خلصنا إلى جملة النتائج، نستعرضها على النحو التالي:

1 - السلطة التقديرية هي صلاحية القاضي للقيام بعمله بالتفكير والتدبر بحسب النظر، وذلك بتطبيق القانون في النزاع المعروض أمامه في جميع مراحلها.

كما أن الغاية من تشريع السلطة التقديرية للقاضي وهو تحقيق مقصد المشرع والشارع الحكيم، من تشريع القضاء ابتداء، وهو فض النزاع بين الناس وإحقاق العدل و إعطاء كل ذي حق حقه.

2 - يتضح لنا بأن السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة تكون في الأحوال التي تفتقر النازلة فيها إلى نص قانوني، أو يكون ظنيا في معناه، أو سكت المشرع عن أمور يفهم من سكوته أنه تركه للسلطة التقديرية للقاضي.

3 - إذا اقتنع القاضي بوجود ضرر في حالة العدول عن الخطبة أو وقوعه على أحد الطرفين، وجب عليه السعي لإزالته، لأن الضرر يزال، و إن كان قديما، لأن الضرر لا يكون قديما، وإزالة الضرر المادي أو المعنوي في حالة العدول يتحقق بالتعويض الذي يأتي فيه جبر الضرر وترميم آثاره.

4 - استقلال القضاء لا يعني انعدام الرقابة على القاضي في أعماله و أحكامه، من طرف المحكمة العليا، وذلك بتصفح أحكام القاضي ومراقبته للإطمئنان على سير عمله؛ فالمحكمة العليا إذا كانت لا تراقب

النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في تقديره لاستحالة ذلك عملا، فهي على العكس تراقب مادة النشاط من واقع القانون، أي تراقب المصادر التي يستمد منها القاضي مادة نشاطه الذهني التقديرية.

كما أن القاضي لا سلطان عليه إلا من جهة الشرع، فتكون رقابة المحكمة العليا مثلا للتأكد من عمل القاضي على تطبيق القانون، واتباعه للقواعد والإجراءات المقررة في العمل القضائي.

5 - للقاضي أن يختار من آراء الفقهاء المتعددة في وقت تقدير التعويض في حالة الطلاق التعسفي أو التطلق، ما يراه ملائما للمصلحة أكثر ومحققا لمقاصد الشارع والمشرع، من جبر الضرر الواقع مع عدم ظلم الزوج، وتدقيق كل حادثة وما يحيط بها من ملابسات وقرائن.

كما أقرّ بأن المتعة تغني عن التعويض في الطلاق التعسفي، وتكون تعويضا عن الضرر، لأن فراق الزوجة لزوجها، فتجب في كل طلاق أوقعه الزوج بإرادته المنفردة، وفي كل فرقة حصلت من جهة الزوج، ولا تجب في الفرقة التي تكون بسبب من الزوجة كردتها أو حبسها، أو ارتكابها لفاحشة.

ومن هنا يجب على المشرع الجزائري التفريق بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي، وهذا لا يستقيم لاختلاف موجب كل من المتعة والتعويض، فإن اتحد في الحكمة فقد اختلفا في السبب، ومن ثم لكل منهما حكمه الخاص.

6 - منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن التطلق؛ وذلك لانعدام النص القانوني الذي يبين للقاضي المعايير والضوابط القانونية التي يعتمد عليها في التقدير التعويض، كما أن القاضي هنا يستند لنشاطه الذهني في تقدير ذلك، استنادا إلى عناصر الضرر التي له سلطة تقديرية في دمجها عند التقدير، أما بالنسبة للأسس التي يستند عليها في تقدير مقدار التعويض هو حجم الضرر ومدى جسامته، ويراعي في ذلك ظروف الطرف المضروب من خلال منحه تعويضا ملائما يجبر الضرر الحاصل دون الاعتداد بظروف الزوج المسؤول عن الضرر، ويعتمد في تقدير ذلك على المعيار الموضوعي، وكذا المعيار الشخصي لأن الضرر يختلف باختلاف الظروف والأشخاص؛ وهو نفس الشيء بالنسبة للمشرع المغربي والمصري.

من هنا يجب على المشرع الجزائري النص على أحكام الإثبات الموضوعية في دعاوى التفريق القضائي، ومن ذلك وجوب الاستعانة بالخبرة الطبية في إثبات العيوب الموجبة للتفريق.

7 - ألزم المشرع الجزائري قاضي شؤون الأسرة على إجراء عدة محاولات للصلح بين الزوجين، قبل الفصل في دعوى الطلاق أو التطلق أو الخلع، طبقا لأحكام المادتين 49 من ق-أ، والمادة 439 من ق-إ-م، وهو نفس الشيء بالنسبة للمشرع المغربي، بخلاف المشرع المصري الذي ألزم الخصوم بضرورة اللجوء

إلى مكاتب تسوية المنازعات الأسرية قبل اللجوء إلى القاضي، عليها تنهي النزاع بينهما في مرحلة الأولى وقبل عرض أسرار الأسرة على القضاء، فإذا فشلت هذه المكاتب في حسم النزاع القائم بين الزوجين، فقد حرص المشرع المصري أيضا على كيان الأسرة، حيث ألزم القاضي بضرورة عرض الصلح على الزوجين قبل الفصل في النزاع وضرورة إحالة النزاع القائم بينهما إلى التحكيم في محاولة منه لفض النزاعات الأسرية.

كما أن المشرع الجزائري جعل مهمة الحكّمين عند استحكام الشقاق تقتصر على الإصلاح والتوفيق بين الزوجين، وأن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين طبقا لأحكام المادتين 56 من ق-أ، والمادة 446 من ق-أ؛ غير أن المقرر في الفقه المالكي - الذي أخذت به معظم التشريعات العربية - أنه إذا عجز الحكّمان عن الصلح بين الزوجين حكما بالتفريق بينهما بطلقة بائنة لا رجعة للزوج عليها إذا كانت الإساءة منه، أما إذا كانت الإساءة كلها من الزوجة فللحكّمين أن يحكما بالتفريق نظير بدل مناسب تلزم به الزوجة؛ أما إذا كانت الإساءة مشتركة بين الزوجين فللحكّمين أن يقترحا - عند العجز عن الإصلاح - التفريق دون بدل أو يبدل يتناسب مع نسبة الإساءة التي وقعت منها، وكل ذلك متفق مع المذهب المالكي الذي ينص على أنه لا ينبغي للحكّمين أن يأخذا من الزوج شيئا ويطلقا عليه.

8 - يقدر القاضي نفقة الزوجة من طعام وكسوة وعلاج بحسب اجتهاده عند عدم تراضي الزوجين على النفقة، إذ لا تقدير للنفقة من جهة الشرع، وكذلك يقدر النفقة للأولاد والأقارب بالمعروف، ويراعي القاضي في جميع ذلك العرف والزمان و المكان.

كما خول المشرع الجزائري للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير نفقة العدة، بشرط مراعاة حال الطرفين يسراً وعسراً، وظروف المعيشة زمانا ومكانا، وحالة الأسعار، وهو نفس الشيء بالنسبة للمشرع الجزائري والمغربي.

9 - وسع المشرع الجزائري من دائرة السلطة التقديرية للقاضي في كثير من الحالات فيما يخص عقد الزواج، منها الترخيص بالزواج للقاصر وفق ما تقتضيه الضرورة وتتطلبه المصلحة طبقا لأحكام المادة 07 من ق-أ، وكذا الترخيص بتعدد الزوجات طبقا لأحكام المادة 08 من ق-أ، وهو نفس الشيء بالنسبة للمشرعين المغربي والمصري، كما جعل المشرع الجزائري تخلف هذا الشرط - الترخيص بالتعدد - سببا قانونيا لفسخ عقد الزواج قبل الدخول طبقا لأحكام المادة 08 مكرر 1 من ق-أ.

10 - إن المشرع الجزائري منح للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير بدل الخلع في حالة عدم إتفاق الطرفين على ذلك؛ بشرط ألا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم؛ وهو نفس الشيء بالنسبة

للمشرع المغربي، بخلاف المشرع المصري فإنه جعل بدل الخلع تنازل الزوجة عن جميع حقوقها المالية والشرعية، وأن ترد له الصداق الذي قدمه لها.

11 - يجب على القاضي عند تكليفه أحد الزوجين بأداء اليمين في النزاع حول متاع البيت، أن يراعي شخصية كل منهما، وظروف وملابسات كل قضية، واستنباط قرائن أخرى كالحالة المادية لهما، وعمل الزوجة، وقرب العهد بالزواج، والتي تمكن أن تعزز قناعة القاضي في موضوع النزاع، وذلك سواء بالنسبة للقاضي الجزائري أو المغربي أو المصري

12 - للقاضي أن يستعين بالقرائن الحديثة كتحليل الدم أو البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب أو نفيه، مع الأخذ بعين الاعتبار بأن القاضي غير ملزم برأي الخبير، لأنه رأي استشاري في الأصل، غير أنه ينبغي على القاضي تسبب استبعاد الخبرة؛ سواء بالنسبة للمشرع الجزائري أو المغربي أو المصري.

13 - من خلال هذه الدراسة اتضح لنا أن الحضانة قائمة على معيار أساسي وهو مصلحة المحضون، وهذا المعيار - الذي تطرق إليه المشرعون الجزائري والمغربي والمصري - في جميع النصوص المتعلقة بالحضانة تقريبا، إلا أنهم لم يوضحوا ذلك، ولم يحددوه بدقة، إذ أن مصلحة المحضون عامة تقبل التوسيع والتضييق حسب ظروف كل قضية معروضة على القاضي، مما يجعل القاضي في وضع حرج، فهو ملزم من جهة بالبحث عن مصلحة المحضون حتى يسند الحضانة للأكفء والأحقق بها، ومن جهة أخرى، يجد نفسه مجردا من الوسائل التي تمكنه من البحث والتحقق من توافر المصلحة؛ ويجوز للقاضي الإستعانة بتقرير المرشدة الإجتماعية، وذلك من أجل مصلحة المحضون.

كما أصّر المشرع الجزائري على أن عمل الحضانة لا يشكل سببا من أسباب سقوط الحق في الحضانة كمبدأ عام، والاستثناء من هذا المبدأ يجوز للقاضي الحكم بإسقاط حق الحضانة على العاملة إذا كان عملها يجرم المحضون من الرعاية والعناية، وغيرها مما يخل بمصلحة المحضون؛ بخلاف المشرعان المغربي والمصري اللذين لم ينصا على ذلك.

14 - يجب على المشرع الجزائري، أن يضع بين يدي قاضي شؤون الأسرة، المعايير الموضوعية والضوابط التي يعتمد عليها في تقدير التعويض، وذلك بتحديد أسس تقدير التعويض في حالة العدول عن الخطبة، أو في حالة التعويض عن الطلاق التعسفي، كما هو الحال في القانون المدني، وذلك لضمان حقوق المتخاصمين من جهة، ولفتح الباب واسعا لرقابة المحكمة العليا عليه في ذلك من جهة أخرى؛ وذلك بتقييد سلطة القاضي في مجال تقدير التعويض من خلال تحديد الحد الأدنى من التعويض في حالات كل من العدول عن الخطبة والطلاق التعسفي والتطبيق، لا يتجاوزها القاضي، وهو نفس الشيء بالنسبة للمشرع المغربي والمصري.

15 - يجب على المشرع الجزائري إعادة النظر بالنسبة للفقرة الثالثة من المادة 05 من ق - أ، وذلك بإلزام القاضي بالحكم بالتعويض إذا ثبت لديه الضرر، وهذا تكريسا لاجتهادات المحكمة العليا، و إعادة صياغتها كمايلي: " إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين حكم القاضي بالتعويض."

16 - يجب على المشرع الجزائري النص على إمكانية تعويض الزوج عن الضرر اللاحق به في حالة مخالفة الزوجة للشروط المتفق عليها في عقد الزواج، أو وجود عيب بها دون علمه، أو الحكم عليها لارتكابها جريمة تمس بشرف الأسرة، أو لارتكابها لفاحشة مبينة.

17 - بالرغم من تنظيم قانون الاجراءات المدنية والإدارية رقم 08 - 09 لإجراءات التقاضي في قضايا شؤون الأسرة من المواد 423 حتى 499 من ق - إ - م - إ، إلا أنه لا بد من إصدار قانون إجراءات تقاضي في مادة الأحوال الشخصية كما هو الشأن في التشريع المصري ليكون بمثابة قانون مرافعات خاص بمنازعات خاصة.

18 - يجب على المشرع الجزائري إصدار قانون خاص بإنشاء صندوق النفقة للزوجة والأولاد والأقارب، كما هو الشأن في التشريع المغربي " صندوق التكافل العائلي"، و التشريع المصري " صندوق تأمين الأسرة، وبنك ناصر الاجتماعي".

كما يجب على المشرع الجزائري إحالة قاضي شؤون الأسرة في حالة عدم وجود النص القانوني إلى مذهب معين من مذاهب الشريعة الإسلامية لتسهيل المهمة على القاضي، وذلك لعدم تضارب الأحكام القضائية، كما هو الشأن في التشريعين المغربي والمصري.

وفي الأخير يجب الإشارة إلى أن هذه الدراسة ما هي إلا محاولة بسيطة ومتواضعة، حاولت من خلالها تلمس السلطة التقديرية للقاضي، والتعرف على معالمها و ضوابطها ومجالاتها، ومن ثم تطبيقها في مجال الأحوال الشخصية، والتي فيها مجال رحب، لتجديد النظر، ولا أدعي أنني طرقت الموضوع في كل جزئياته، ولا عاجلته من جميع جوانبه، بل تبقى كثير من المسائل قابلة للدرس والبحث، منها سلطة القاضي التقديرية في مجال حرية الاشرطاط بين الزوجين، وسلطة القاضي في تقدير نشوز الزوجة، وغيرها. كما أن هذا الجهد المتواضع من مقلّ يرجو إقالة عثرته وتعويض نقصه وتفريطه بالنصح والتقويم والتوجيه والتشجيع، راجيا من الله جل وعلا أن يكرمنا بالعلم والتقوى وأن يسدد خطانا ويهدينا سواء السبيل ويزيننا بأخلاق المتعلمين ويسخرنا لخدمتهم، والحمد لله رب العالمين.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا . القرآن الكريم.

ثانيا . السنة النبوية الشريفة:

- 1- ابن ماجة، سنن ابن ماجة، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط 1975م.
- 2- ابن ماجة، سنن ابن ماجة، دار إحياء الكتاب العربي، عيسى البابي الحلبي وشركاؤه.
- 3- ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تقديم وتحقيق وتعليق: عبد القادر شيبه الحمد، ط01، 2001م، ج 05.
- 4- أبو داود، سنن أبي داود، الجامع الصحيح، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة الحلبي، مصر، ط 1968، 02م.
- 5- الإمام البخاري، صحيح البخاري، تشرف بخدمته والعناية به: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، بيروت، لبنان، ط01، 1422هـ.
- 6- الإمام أبي عبد الله محمد البخاري الجعفي، صحيح البخاري، دار الفكر.
- 7- الإمام أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط01، 1956م.
- 8- البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 03، 2003م.
- 9- الترميذي، سنن الترميذي، تحقيق: أحمد شاکر وفؤاد عبد الباقي وعبد القادر حسونة دار الفكر، بيروت، لبنان، ط1994م.

ثالثا. المراجع اللغة العربية:

- 1- ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت لبنان ط01 (د ت ط)، ج 02.
- 2- ابن منظور، لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير وآخرون، دار المعارف، ج 06.
- 3- أبو منصور محمد بن أحمد الأزهرى، تهذيب اللغة، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2001 م.
- 4- أبو بكر محمد بن الحسن المعروف: " ابن دريد"، جمهرة اللغة، تحقيق: رمزي منير بعلبكي، دار العلم للملايين، بيروت، ط1987 م.
- 5- الحسن أحمد بن فارس، مجمل اللغة، معهد المخطوطات العربية المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، الكويت، ط01، 1985 م.
- 6- الخليل بن أحمد الفراهيدي، العين، تحقيق: مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، مؤسسة دار الهجرة، ط02، 1409 هـ.
- 7- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، دار المعارف، مصر، ط02، 1973 م.
- 8- بن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1979 م؛ وطبعة، دار الجليل، بيروت، لبنان، ط01، 1991 م.
- 10- حسين محمد نور الدين، الدليل إلى قواعد اللغة العربية، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، ط01، 1996 م.
- 11- حسين يوسف موسى وعبد الفتاح الصعيدي، الإفصاح في فقه اللغة، دار الفكر العربي، مطبعة مدني، مصر، ط02، 1964 م، ج 01.
- 12- فخر الدين الطريحي، مجمع البحرين، تحقيق: السيد أحمد الحسيني، مكتب نشر الثقافة الإسلامية، ط02.

13- علي بن هادله وبلحسن البليش والجيلاني بن الحاج يحيى، القاموس الجديد للطلاب، الشركة التونسية للتوزيع، تونس، بدون سنة الطبع.

14- محمد بن بكر الرازي، مختار الصحاح، المطبعة الأميرية، القاهرة، بدون سنة الطبع.

15- مجد الدين الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار إحياء التراث العربي، ط 2000 م.

رابعاً. المراجع الفقهية:

I. المراجع الفقهية القديمة:

1- الإمام أحمد، مسند، طبعة دار المعارف، سنة 1949 م.

2- أحمد العيني، البناية في شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط 02، 1990م، ج 09.

3- أحمد النفراوى المالكي، الفواكه الدواني على رسالة لأبي زيد القيرواني، مطبعة الحلبي، مصر، ط 1955 م.

4- أحمد مصطفى المراغي، تفسير المراغي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

5- ابن العربي "الخصائص"، أحكام القرآن، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار الفكر، القاهرة، ط 03، 1972م؛ وطبعة دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1986 م؛ وطبعة دار الكتب العلمية، ط 01، 1994 م.

6- ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، راجعه وقدمه وعلق عليه، طه عبد الرؤوف، مكتبة الكليات الأزهرية.

7- ابن القيم الجوزية، زاد المعاد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 05، 1987م.

8- ابن القيم، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق: نايف ابن أحمد الحندر، المطبوعات المجمع، جدة، بدون سنة طبع.

- 9- ابن القيم الجوزية، إغاثة اللفهان من مصايد الشيطان، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار الجيل للطباعة، مصر، (دط، دت).
- 10- ابن المنذر، الإجماع، مؤسسة الكتب الثقافية.
- 11- ابن الهمام، شرح فتح القدير، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر 1316 هـ.
- 12- ابن الهمام، شرح فتح القدير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- 13- ابن أبي شيبة، أبو بكر عبد الله بن محمد الكوفي، المصنف في الأحاديث والآثار " مصنف ابن أبي شيبة"، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، 1409 هـ.
- 14- ابن تيمية، مجموع الفتاوى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 01، 1987 م.
- 15- ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- 16- ابن جزي المالكي، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، تحقيق: عبد الرحمن حسن محمود، دار الفكر، القاهرة، ط 01، 1985 م.
- 17- ابن حجر الهيتمي، حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، دار إحياء التراث العربي.
- 18- ابن حزم، المحلى، تحقيق: محمد منير الدمشقي، دار الطباعة المنيرية، القاهرة، ط 01، 1929 م؛ وطبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- 19- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: خالد العطار، دار الفكر، بيروت، ط 1995 م.
- 20- ابن رشد الجند، البيان التحصيل، تحقيق: محمد حاجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، ط 02، 1988 م.

- 21- ابن رشد الجد، المقدمات الممهديات، مطبعة السعادة، القاهرة، (درط، دت ط).
- 22- ابن عابدين، رد المختار على در المختار، المطبعة الأميرية بولاق 1323هـ.
- 23- ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ط 2000م.
24. ابن عابدين، محمد بن عمر، مجموعة الرسائل ابن عابدين، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- 25- ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1407 هـ.
- 26- ابن عقيل، شرح ابن عقيل على ألفية ابن مالك، بيروت، لبنان، ط01، 1997م.
- 27- ابن قدامة، المغني ويليهِ الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان.
- 28- ابن قدامة ، الشرح الكبير على متن " المقنع" ، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- 29- ابن قدامة، المغني، على مختصر أبي القاسم عمر بن حسين عبد الله بن أحمد الخرقى، مكتبة زهران خلف الأزهر، مكتبة الكليات الأزهرية.
- 30- ابن قدامه المقدسي، عمدة الفقه، مكتبة الطرفين، الطائف،السعودية، (دط،دت).
- 31- ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام المجل أحمد بن حنبل، طبعة المكتب الاسلامي، بيروت.
- 32- ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت.
- 33- أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، إحياء علوم الدين، مكتبة مصر، ط 1998 م.
- 34- الأزهرى، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة.
- 35- الباجي، المنتقى، دار الكتاب العربي، بيروت، ط01، 1332هـ.
- 36- البجيرمي، حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب، طبعة المكتبة الإسلامية.
- 37- البهوتي، شرح منتهي الإرادات، طبعة عالم الكتب، ط1، 1414هـ، 1993 م.

- 38- البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، دار الكتب العلمية، بيروت.
- 39- الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 01، 1995م.
- 40- الخرشى، الشرح الكبير للدردير، مع حاشية الدسوقي، طبعة مصطفى الباي الحلبي.
- 41- الخرشى، الخرشى على مختصر سيدي خليل، دار صادر، بيروت، لبنان.
- 42- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية.
- 43- الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك، دار الفكر، بيروت.
- 44- الدردير، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، طبعة مصطفى الباي الحلبي.
- 45- الذهبي، سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة، سوريا، ط 09، 1993 م.
- 46- الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق: محمد أبو الأجنان والطاهر المعمورى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 01، 1993 م.
- 47- الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1993 م.
- 48- الزيعلى، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الأميرية؛ و دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط 02، 1313 هـ.
- 49- الزيعلي، نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الأملعي في تخريج الزيعلي، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، بيروت، لبنان؛ و دار الثقافة الاسلامية، جدة، السعودية، ط 01، 1997 م.
- 50- الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقى، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 2002 م.

- 51- السرخسي، المبسوط، تحقيق أبي عبد الله محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان.
- 52- الشافعي، الأم، تحقيق: فوزي عبد المطلب، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، ط 01، 2001 م.
- 53- الشربيني، الإقناع في ألفاظ أبي شجاع، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات، طبعة دار الفكر، بيروت، 1415هـ.
- 54- الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان؛ وطبعة دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط 01، 1997 م.
- 55- الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ضبط وتصحيح: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 01، 1995 م؛ و طبعة دار الفكر، بيروت.
- 56- الشوكاني، نيل الأوطار، دار الجيل، بيروت، لبنان، 1973 م.
- 57- الشوكاني، فتح القدير، مطبعة الحلبي، مصر، 1964 م؛ و طبعة دار الفكر، بيروت، لبنان.
- 58- الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، تحقيق: محمود ابراهيم زايد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1405 هـ.
- 59- الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، طبعة دار الزهراء للطباعة والنشر.
- 60- الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، تحقيق: محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1415 هـ.
- 61- الطبري، جامع البيان عن تأويل أي القرآن، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1984م؛ وطبعة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 01، 2000 م؛ و مطبعة دار السلام للطباعة والنشر، ط02، 2007 م.
- 62- العيني، البناية في شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط 02، 1990 م.

- 63- العدوي، الخوشي على مختصر سيدي خليل، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- 64- القرافي، الذخيرة، تحقيق: محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط 01، 1994م.
- 65- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق عبد الرزاق المهدي، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، ط5، 2003 م.
- 66- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بإشراف مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط 01؛ وطبعة دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط 1982م.
- 67- الكشناوي، أبوبكر بن حسن، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام مالك، عيسى البابي الحلبي، ط 02.
- 68- المرغيباني، الهداية شرح بداية المبتدي، المكتبة الإسلامية، بيروت، بدون سنة الطبع.
- 69- الماوردي، الحاوي الكبير في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 01، 1994م.
- 70- المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- 71- المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 01، 1995 م.
- 72- الملياري الهندي، فتح المعين لشرح قرّة العين بمهمات الدين، دار الفكر، بيروت.
- 73- النووي، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط 1997 م.
- 74- النووي، روضة الطالبين، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط 1405هـ.
- 75- النووي، روضة الطالبين، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية، طبعة خاصة، 2003 م.

- 76- الهيثمي، الفتاوى الكبرى الفقهية، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط 1983 م.
- 77- الإمام حسام الدين عمر بن عبد العزيز بن مازة البخاري الحنفي، شرح أدب القاضي، الدار العربية للطباعة، بغداد، 1978 م.
- 78- حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية، الدار العربية للموسوعات، ط 1987 م.
- 79- خليل بن إسحاق المالكي الجندي، المختصر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 01، 1995 م.
- 80- شرف الدين موسى المقدسي، الإقناع لطالب الاقتناع، تحقيق: عبد الله عبد المحسن التركي، بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات العربية الإسلامية، دار هجر، ط 01، 1997 م.
- 81- عبد الحميد الشرواني، حواشي الشرواني على تحفة المنهاج بشرح زاد المحتاج، طبعة دار الفكر، بيروت.
- 82- عبد الرحمان الثعالبي المالكي، تفسير الثعالبي المسمى بالجواهر الحسان في تفسير القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط 01، 1997 م.
- 83- عبد السلام بن سعيد التنوخي: سحنون، المدونة، طبعة دار صادر، بيروت، لبنان.
- 84- عبد الله بن الشيخ الحسن الكوهجي، زاد المحتاج شرح المنهاج، تحقيق: عبد الله بن إبراهيم الانصاي، دار إحياء التراث الإسلامي، قطر، ط 02.
- 85- عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط 1989 م.
- 86- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، الكتاب الشركات والوكالة، منشورات مكتبة النهضة بيروت، بغداد.
- 87- الإمام مالك، الموطأ، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط 02، 1997 م.

- 88- الإمام مالك، المدونة الكبرى، دار صادر، بيروت، لبنان.
- 89- محمد بن الحسن الشيباني، الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير، طبعة عالم الكتاب، بيروت.
- 90- محمد علي خلف وحنفي ناصف ونصر العادلي ومصطفى عناني وأحمد الأسكندري، زبدة التفسير من فتح القدير، المطبعة الأميرية، مصر، 1337هـ.
- 91- أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي، ميارة: شرح ميارة الفاسي على تحفة الأحكام، تحقيق: عبد اللطيف حسن عبد الرحمان، دار الكتب العلمية، ط 2000 م.
- 92- الشيخ نظام، وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، دار صادر، بيروت، لبنان.
- II. المراجع الفقهية الحديثة:**
- 1- أحمد مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام أو المدخل الفقهي الإسلامي في ثوبه الجديد، مطبعة الألف بء الأدبي، دمشق، ط 09، 1967 - 1968 م، ج 02.
- 2- أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، سورية، ط 02، 1989 م.
- 3- الحاج موسى حسن موسى، القضاء الشرعي السني تنظيمه واختصاصه، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 01، 2008 م.
- 4 - السيد سابق، فقه السنة، المكتبة العربية، صيدا بيروت.
- 5- السيد قطب، في ظلال القرآن، دار إحياء الكتب العربية، ط 01، ج 04.
- 6- الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، دار سحنون للنشر والتوزيع، تونس، ط 1997 م، ج 02.
- 7- رمضان علي الشرنباصي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، 2003 م.
- 8- الشيخ علي الحنيف، الضمان في الفقه الإسلامي، المطبعة الفنية الحديثة، مصر، ط 1971 م.

- 9 - علي محي الدين القره داغي؛ علي يوسف المحمدي، فقه القضايا الطبية المعاصرة، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط03، 2008 م.
- 10- عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، أم القرى للطباعة والنشر (د. ت)، القاهرة، ط 01، 1999 م، ج 01.
- 11- عبد الرحمان الصابوني، صفوة التفاسير، دار القرآن الكريم، بيروت، 1981م، ج 01.
- 12- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 03، 2000 م.
- 13- فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط01، 1994م.
- 14- فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، و نظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 1984 م.
- 15- فتحي الدريني، النظريات الفقهية، منشورات جامعة دمشق، ط 02، 2004 م.
- 16- محمد فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 03، 1997م.
- 17- محمد بلتاجي، مكانة المرأة في القرآن والسنة النبوية، مكتبة الشباب، 1989م.
- 18- محمد رياض، التعسف في استعمال الحق في ضوء المذهب المالكي، المطبعة الوطنية، مراكش، ط 02، 1992م.
- 19- محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 01، 2001م.
- 20- محمد علي الصابوني، تفسير آيات الأحكام، طبعة دار الصابوني للنشر.

- 21- محمد على فهمى السرجاني، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المكتبة التوفيقية، القاهرة، ط01، 1977م.
- 22- محمد عمارة، الإسلام والمرأة في رأي الإمام محمد عبده، تحقيق ودراسة، دار القاهرة للدراسة العربية، 1975 م.
- 23- محمد كمال الدين إمام، الفقه الإسلامي، قواعد الفقه ونظرياته العامة، دار الجامعة الجديدة، ط 2007 م.
- 24- محمد مذكور سلام، القضاء في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة الطبع.
- 25- مصطفى الخشاب، دراسات في الإجتماع العائلي، دار النهضة العربية، بيروت، 1981م.
- 26- مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، دار السلام، دار الوراق، ط 02 ، 2003 م.
- 27- محمد قطب، التطور والثبات في حياة البشر، دار الشروق، بيروت، 1974 م.
- 28- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، بيروت، ط07، 1996م، ج07.
- 29- وهبة الزحيلي، التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ط 1955 م، ج 04.
- 30- وهبة الزحيلي، قضايا الفقه والفكر المعاصر، دار الفكر، دمشق، ط01، 2006 م.

خامسا . المراجع الخاصة بالأحوال الشخصية:

- 1- أحمد الأمrani، السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة بين مقاصد الشرعية والقانون الوضعي، مطبعة دار القلم، الرباط، ط 01، 2011 م.
- 2- أحمد إبراهيم بك وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون معلقا عليه بأحكام محكمة النقض، ط 1994 م.

- 3 - أحمد إبراهيم عطية، نفقة وحضانة الصغار أمام محكمة الأسرة، دار الفكر القانوني، طنطا، ط 01، 2008 م.
- 4- أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي (مع بيان قانون الأحوال الشخصية للقضاء في محاكم الكويت، مكتبة الفلاح، ط 01، 1972 م.
- 5- أحمد بخت الغزالي، د. عبد الحليم محمد منصور علي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط 01، 2009 م.
- 6- أحمد حسام النجار، الخلع ومشكلاته العملية والمنازعات المتعلقة به وإجراءاته العملية وأحكامه، دار الكتب القانونية، القاهرة، ط 2004 م.
- 7- أحمد محمد بخت، إسكان المحضون في الفقه الإسلامي والتقنيات العربية (المشكلة وتطورات في الحل)، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 01، 2001 م.
- 8- أحمد محمد علي داود، القرارات الاستثنائية في الأحوال الشخصية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999 م.
- 9- أشرف مصطفى كمال، قوانين الأحوال الشخصية معلقا على نصوصها، نادي القضاة، ط 06، بدون سنة النشر.
- 10- أشرف مصطفى كمال، قوانين الأحوال الشخصية معلقا على نصوصها، ط 07، 2007 م.
- 11- أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2004 م.
- 12- أحمد نصر الجندي، التعليق على نصوص قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، القاهرة، ط 2001 م.
- 14- إدريس الفاخوري، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفق آخر تعديلات، دار النشر الجسور، وجدة، ط 06، 1999 - 2000 م.

- 15- أنور العمروسي، أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط 2001 م.
- 16- أنور محمود دبور، إثبات النسب بطريق القيافة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة العربية بالقاهرة، عام 1985م.
- 17- القدومي، عبير زكي شاكر، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، ط 1428هـ.
- 18- الدليل العملي لمدونة الأسرة المغربية، وزارة العدل، مطبعة فضالة المحمدية، ط 2006 م.
- 19- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن لأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، ط 1967م.
- 20- بدران أبو العينين، الزواج والطلاق في الإسلام فقه مقارن بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، بدون سنة الطبع.
- 21- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، ط 01، 2008 م.
- 22- بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية.
- 23- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 06، 2010م، ج 01 .
- 24- بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05 - 02 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة (1966 - 2006)، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 03، 2007 م.
- 25- بورقعة سفيان بن عمر، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته، دراسة فقهية تحليلية، كنوز إشبيلية، الرياض، ط 01، 2007 م.

- 26- تيسير رجب التميمي، الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 01، 2009 م.
- 27- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، الزواج- الفرقة بين الزوجين- حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، مطابع السعدني 2008م.
- 28- حسن حسانين، أحكام الأسرة الإسلامية فقها وقضاء، دار الأفاق العربية، القاهرة، ط 01، 2001 م.
- 29- حاتم صبحي الأرنؤوطي، دعاوى النفس أمام محكمة الأسرة، دار الكتب القانونية، 2009 م.
- 30- حسني محمود عبد الدايم، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر العربي، ط 01، 2008 م.
- 31- داودي عبد القادر، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، ط 2010 م.
- 32- راسم شحدة سدر، تعدد الزوجات بين الإسلام وخصومه، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط 01، 2010 م.
- 33- زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، منشورات جامعة قار يونس، بنغازي، ليبيا، ط 06.
- 34- سامح سيد محمد، الخطبة كمقدمة وتمهيد لعقد الزواج، دار الفكر العربي، 2000 م.
- 35- سامح السيد محمد، المشكلات العملية في قوانين الأحوال الشخصية في مصر والدول العربية، دار أبو مجد للطباعة بالهرم، القاهرة، ط 01، 2010 م.
- 36- سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية دراسة فقهية مقارنة، مجلس النشر العلمي، لجنة التأليف والتعريف والنشر، جامعة الكويت، ط 01، 2001 م.

- 37- سحر عبد الستار، محكمة الأسرة، دار النهضة العربية، ط 02، 2007 م.
- 38- سحر عبد الستار إمام، ضمانات حقوق المرأة الاجرائية في قوانين الأحوال الشخصية المصرية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2012 م.
- 39- صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط 01، 2012 م.
- 40- عبد الحميد الشواربي، مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط 1996 م.
- 41- عبد الرحمن الصابوني، الأحوال الشخصية، كلية الحقوق، جامعة حلب، سورية، ط 1965 م، ج 01.
- 42- عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري " الزواج وآثاره"، منشورات جامعة دمشق، ط 08، 1997 - 1998 م.
- 43- عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري " الطلاق وآثاره"، منشورات جامعة دمشق، ط 08، 2000 - 2001 م.
- 44- عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، ط 02، 1968 م، ج 01.
- 45- عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، قسم الأحوال الشخصية، دار الكتب العلمية، لبنان، 1988 م؛ و مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط 01، 2005 م.
- 46- عبد العزيز رمضان سمك، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006 م.
- 47- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث قسنطينة، ط 01، 1986 م؛ و طبعة دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ط 03، 1996 م.

- 48- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، 2005 م.
- 49- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، ط 01، 1984 م.
- 50- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء " النسب، الرضاع، الحضانة، نفقة الأولاد"، دار الفكر العربي، ط 1976 م.
- 51- عبد الناصر توفيق العطار، الأسرة وقانون الأحوال الشخصية 100 لسنة 1985م، المؤسسة العربية الحديثة، القاهرة، 1986 م.
- 52- عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية، كلية الحقوق، أسيوط، مصر.
- 53- عبد الله مبروك النجار، التعويض عن أضرار فسخ الخطبة، دار النهضة العربية، ط 03، 2010 م.
- 54- عبد الله مبروك النجار، التحديد الفقهي لسن حضانة الأم لطفلها " دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 01، 2002 - 2003 م.
- 55- عبد الله المراغي، الزواج والطلاق في كل الأديان، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، ط 1966 م.
- 56- عبد الفتاح تقيّة، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، منشورات ثالة، الجزائر، 2011 م.
- 57- عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، دار النفائس، عمان، 1418 هـ.
- 58- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، دار القلم، الكويت، ط 02، 1990 م.
- 59 - عبير يحيى شاکر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، 2007 م.

- 60 - علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة 2005 م.
- 61- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، ط 1986م.
- 62- قيس عبد الوهاب الحياي، ملكية أثار بيت الزوجية، دار الحامد للنشر والتوزيع، ط01، 2008 م.
- 63 - الشيخ محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، (د ط، د ت).
- 64 - الشيخ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط02، 2005م.
- 65 - محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة أحكام الزواج، مطبعة النجاح الجديدة، 2004 م.
- 66 - محمد أمين كامل، دعوى التفريق للشقاق والنزاع أمام محاكم الشرعية الأردنية، مطابع وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، الأردن، ط 01، 1995م.
- 67 - محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، دار المكتبي، دمشق، 1418هـ.
- 68 - محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط 02، 2009 م، ج 01، ج 02.
- 69 - محمد الكشور، البنية والنسب في مدونة الأسرة دراسة قانونية وشرعية مقارنة، مطبعة النجاح الجديدة، دار البيضاء، ط 2007 م.
- 70 - محمد الشافعي، مدونة الأسرة في الاجتهاد القضائي " حصيلة ست سنوات من التطبيق العملي 2004 - 2010"، المطبعة والوراقة الوطنية زنقة أبو عبيدة، مراكش، المغرب، ط 2011 م.
- 71 - محمد الحسن مصطفى البغا، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري الزواج والطلاق، مطبعة الروضة، منشورات جامعة دمشق، 2007 م.

- 72 - محمد بلتاجي، دراسات في أحكام الأسرة، مكتبة الشباب، القاهرة، (د ط)، ط1990م.
- 73 - محمد سلام مذكور، أحكام الأسرة، دار النهضة العربية، 1969 م.
- 74 - محمد عليوي ناصر، الحضارة بين الشريعة والقانون، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، ط 01، 2002 م.
- 75 - محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة الجديدة، 1998م.
- 76 - محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الاسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007 م.
- 77 - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ط 04، 1983م.
- 78 - محمود محمد حسن، النسب وأحكامه في الشريعة الإسلامية وفي قانون الكويتي، مطبعة الفجر الكويتية، ط 1999 م.
- 79 - محمد فهمم الجندي، محاضرات في الأحوال الشخصية، مكتبة النصر، القاهرة، ط1998م.
- 80 - محمد قدرى باشا وشرحه لمحمد زيد الإياني، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، تحقيق: محمد أحمد سراج، و علي جمعة محمد، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، ط 02، 2009 م.
- 81 - محمد علي محجوب، بحث حقوق المرأة وواجباتها في التشريع الإسلامي، دار الغد، بدون سنة الطبع.
- 81 - محمود حسن، الأسرة ومشكلاته، دار النهضة العربية، بيروت، 1967م.

- 83 - مصطفى إبراهيم الزلي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق، مطبعة العاني، بغداد؛ ط 01، 1984م.
- 84 - مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، ط 07، 1385هـ، ج 01.
- 85 - مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، مطبعة جامعة دمشق، ط 06، 1962م.
- 86 - معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط 07، 1997 م.
- 87 - موريس صادق، قضايا النفقة والحضانة والطاعة معلقا عليها بأحدث أحكام القضاء في مصر الدول العربية، دار الكتاب الذهبي، القاهرة، 1999 م.
- 88 - نصر سلمان، سعاد سطحي، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2002 م.
- 89 - نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية " دراسة تحليلية وتطبيقية"، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2011 م.
90. كامل صالح البناء، التعليق على قانون الأحوال الشخصية الجديد، طبعة دار الكتب، 1982م.

سادسا. المراجع القانونية:

- 1 - أمينة فؤاد، مهنة المرأة والوظيفة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة 1984 م.
- 2 - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994م، ج 02 .

- 3 - بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 2011 م.
- 4 - جميل الشرفاوي، دروس في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ط 1986م، ج 01.
- 5 - حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- 6 - حسين عامل، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، مطبعة مصر، ط 01، 1960 م.
- 7 - حسين توفيق رضا، أهلية العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، ط 02، 2000 م.
- 8 - رمزي رياض عوض، نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي دراسة فقهية مقارنة، دار النهضة العربية، ط 1997م.
- 9 - سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، 1971م.
- 10 - سعيد عبد السلام، التعويض عن ضرر النفس، مؤسسة شباب الجامعة، ط 1990م.
- 11 - عامر علي رحيم، التحكيم بين الشريعة والقانون، ط 1987م.
- 12 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، (دط، دت).
- 13 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، لبنان، بدون سنة الطبع.
- 14 - عبد العزيز خليل بدوي، الطعن بالنقض أمام المحاكم الإدارية العليا، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 01، 1970 م.
- 15 - محمد عبد الفتاح النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط 2002 م.

سابعاً. الرسائل والمذكرات العلمية:

- 1- إبراهيم بسما حسين لافي، إجراءات الدعوى في الطلاق التعسفي، مذكرة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن، 2009 م.
- 2- إبراهيم حسيني، أثر الدم والبصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه " دراسة مقارنة"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة معسكر، 2012 - 2013 م.
- 3- أحمد فراج حسين، الولاية على النفس، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، 1972 م.
- 4- اسمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم البواقي، 2010 - 2011 م.
- 5- العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير، كلية أصول الدين جامعة الجزائر، 2001 - 2002 م.
- 6- جمعي ليلي، التطليق للضرر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة وهران، 1994 م.
- 7- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2005 م.
- 8- خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2003 م.
- 9- خيرة العرابي، الحضانة عند المشرع الجزائري وفي الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران، 2002 م.
- 10- رحاب مصطفى كامل، تعدد الزوجات ومدى مشروعيتها تدخل الزوجة لمنع التعدد " دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2009 م.

- 11- رشيد عمري، الاجتهاد المبني على السياسة الشرعية وتطبيقاتها في الأحوال الشخصية، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2010 م.
- 12- ساجدة عفيف، الطلاق التعسفي و التعويض عنه بين الشريعة والقانون الأردني، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات وجامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2011 م.
- 13- سامي صالح ، التفريق بين الزوجين للضرر في الشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1986م.
- 14- شامي أحمد، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2009 م.
- 15- عائشة محمود جاسم الداودي ، التحكيم في منازعات الأحوال الشخصية (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الوضعي المصري والكويتي)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2005 م.
- 16- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009 م.
- 17- محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط 01، 2007 م.
- 18- محمد حجاري، نظام الاثبات في أحكام الأسرة دراسة فقهية قانونية مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المصري والجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، 2007 م.
- 19- محمد علي محمد علي العمري، السلطة التقديرية للقاضي في القضاء الإسلامي وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005 م.
- 20- مسعودة نعمية إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق . دراسة مقارنة .، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2010 م.

21- نوال محمد الشاكر، التفريق بين الزوجين للعيوب دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية وبعض القوانين العربية، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2001 م.

22- نبيلة بوشفرة، الحقوق المالية للمرأة والطفل بعد الطلاق، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة فاس، المملكة المغربية، 2005 - 2006 م.

ثامنا . المقالات :

1- إبراهيم صادق الجندي، المقدم حسين حسن الحصري، الفحص الجيني ودوره في قضايا التنازع على النسب وتحديد الجنس، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين البصمة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2002 م.

2- أبو الوفا محمد إبراهيم، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي وفي الفقه الإسلامي، بحث مقدم لمؤتمر " الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون"، من 05 - 07 ماي 2002 م، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات.

3- أحمد عوض هندي، القانون الإجرائي في مسائل الأحوال الشخصية، مقصد التيسير الإجرائي، مقالة منشورة في دورة المقاصد الشريعة، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2009 م.

4- امحاط محمد الصغير والعبدوني عبيد الله، أسس تقدير نفقة الزوجة، مجلة الملحق القضائي، 1991م.

5- بلحاج العربي، تعليق على قرار المحكمة العليا الصادر عن غ، أ، ش، بتاريخ 11/15/2006، والمتعلق بالتعويض عن تفويت فرصة الزواج في حالة الطلاق قبل الدخول، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، عدد 03، 2011 م.

6- توفيق حسن فرج، الطبيعة القانونية للخطبة وأساس التعويض في حالة العدول عنها، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، السنة 11، 1961 - 1962 م.

- 7- حميدو زكية، عمل المطلقة الحاضنة كسبب مسقط للحضانة بين الفراغ التشريعي والواقع الاجتماعي، (مقالة) قانون الأسرة والتطورات العلمية، مخبر القانون والتكنولوجيا الحديث 2007 م.
- 8- الشيخ حسن الجفري، كلمته في التقرير الصادر عن الندوة العلمية حول دور البحث الاجتماعي في محاكم الأحوال الشخصية، بيروت، سنة 2002 م.
- 9- عبد المنعم أحمد سلطان عيد، إتجاه المشرع في حل المنازعات الأسرية، مقالة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، عدد خاص، 2010 م.
- 10- عبد الهادي الحسين الشبيلي، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب نظرة شرعية، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، عدد 35 مارس 2003 م.
- 11- عبد الحكيم العميلي، حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية، مجلة السياسة الدولية، عدد 39، 1975 م.
- 12- محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، عدد 02، صادرة من مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ط 1996 م.
- 13- محمد بنحيت المطيعي، مجلة المحاماة الشرعية، عدد 01، السنة 02، (د ت)، القاهرة.
- 14- محمد نجيب عوضين المغربي، دور القاضي في إيقاعه وسلطته في تكييف دعواه، مجلة القانون والإقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2009، عدد 81.
- 15- ناصر عبد الميمان، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 18، يناير 2003 م.
- 16- نزية الصادق المهدي، المسؤولية المدنية الناشئة عن استخدام الهندسة الوراثية، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ماي 2002 م.

تاسعا . الأوامر والقوانين:

I . الأوامر والقوانين الجزائرية:

1- الأمر 66 - 154 المؤرخ في 08 /06 /1966، المتضمن قانون الاجراءات المدنية، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية رقم 47، المؤرخة في 09 /06 /1966؛ المعدل بالقانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 /02 /2008، الجريدة الرسمية رقم 21، المؤرخة في 23 /04 /2008.

2- الأمر 66 - 156 المؤرخ في 08 /06 /1966 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية رقم 49، المؤرخة في 11 /06 /1966.

3- الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 26 /09 /1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 78، المؤرخة في 30 /09 /1975؛ المعدل والمتمم بالقانون رقم 88 - 14 المؤرخ في 03 /05 /1988، الجريدة الرسمية رقم 18، المؤرخة في 04 /05 /1988؛ وبالقانون رقم 05 - 10 المؤرخ في 20 /06 /2005، الجريدة الرسمية رقم 44، المؤرخة في 26 /06 /2005؛ وبالقانون رقم 07 - 05 المؤرخ في 13 /05 /2007، الجريدة الرسمية رقم 31، المؤرخة في 13 /05 /2007.

4- القانون الأسرة رقم 84 - 11 المؤرخ 09 /06 /1984، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية رقم 24، المؤرخة في 12 /06 /1984؛ المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 - 02 المؤرخ في 27 /02 /2005، الجريدة الرسمية رقم 15، المؤرخة في 27 /02 /2005؛ والمصادق عليه بالقانون رقم 05 - 09 المؤرخ 04 /05 /2005، الجريدة الرسمية رقم 43 المؤرخة في 22 /06 /2005.

II . الأوامر والقوانين الأجنبية:

1- القانون رقم 25 لسنة 1920، المتعلق بقانون الأحوال الشخصية المصري " النفقة "، المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985.

2- القانون رقم 25 لسنة 1929، المتعلق بقانون الأحوال الشخصية المصري " الطلاق"، المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985.

3- قانون تنظيم بعض أوضاع واجراءات التقاضي في مسائل الاحوال الشخصية، الصادر بالقانون رقم 01 لسنة 2000.

4- قانون رقم 10 لسنة 2004، المتعلق بإنشاء محاكم الأسرة.

5- قانون رقم 11 لسنة 2004، المتعلق بإنشاء صندوق نظام تأمين الأسرة.

6- مدونة الأسرة المغربية، المعدلة بالقانون رقم 70 - 03 الصادر بتاريخ 03 /02 /2004 م، الجريدة الرسمية رقم 5184، الصادرة بتاريخ 05 /02 /2004.

عاشرا . المراجع بالفرنسية:

1. Bénabent (A), la famille, ed. Litec., Paris, 11éd. 2003.
2. Bonnard (J.), La garde du mineur et son sentiment personnel, R.T.D.Civ., 1991, n°1.
3. Carbonnier (J) . La famille, Thémis, Paris, 1991.
4. CHAPPION (J.), Droit des femmes, Masson, Paris, 3éme édition, 1984.
5. Fulchiron (H.) et Gouttenoire - Cornut (A.), Réformes législatives et permanence des pratiques: à propos de la généralisation de l' exercice en commun de l' autorité parentale par la loi du 08/ 01/ 1993, D., 1997, chr.
6. Garé (Th.), L' enquête sociale dans la désunion des parents, aspects juridiques, R.T.D.Civ., 1986, n° 4.
7. Le tourneau (P.),Droit de la responsabilité civile, Dalloz, Paris, éd 2002, par (L.) Cadie
8. Malaurie (ph.) et Aynes (L.), Droit civil. La famille, Cujas, paris, 1987.
9. Nicolau (G.), L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation, p. u. f, Bordeaux, 1991.
- 10.Parcheminal (H.), Le juge aux affaires familiales et la protection de L'intérèt de l' enfant, Rev. Dr. San. Soc., 1994, n°2.
11. Rubellin devichi (J.), Une importante réforme en droit de la famille, commentaire de la loi du 08/ 01/ 1993, J.C.P, 1993, 1, N° 3659.

إحدى عشر: مراجع شبكة الأنترنت:

1 - يوسف حميتو؛ صلة مبدأ اعتبار المآل بنظرية التعسف في استعمال الحق في فتاوى مالكية الغرب الإسلامي؛ <http://www.feqhweb.com>.

2 - أحمد فهمي أبو سنة؛ نظرية التعسف في استعمال الحق؛ المركز العالمي للوسطية؛ <http://www.wasatiaonline.net>.

الفهرس

الباب الأول: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة عند انعقاد الرابطة الزوجية وانحلالها

الفصل الأول: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة عند انعقاد الرابطة الزوجية

المبحث الأول: سلطة القاضي التقديرية في التعويض عن الضرر اللاحق بسبب العدول

05 عن الخطبة.....
06 المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي من التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة.....
07 الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي القديم من التعويض عن الضرر.....
08 الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي المعاصر من التعويض عن الضرر.....
12 المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الضرر.....
13 الفرع الأول: تقدير التعويض عن الضرر في التشريع الجزائري والتشريع المقارن.....
19 الفرع الثاني: تقدير القاضي للتعويض عند العدول عن الخطبة.....
19 أولاً- التعويض عن الضرر المادي الناجم عن العدول عن الخطبة.....
27 ثانيا- تعويض الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة.....
35 المبحث الثاني: سلطة القاضي التقديرية في الإذن بتزويج القاصر.....
37 المطلب الأول: نكاح ناقصي وفاقدي الأهلية في الفقه الإسلامي.....
37 الفرع الأول: تزويج ناقصي الأهلية في الفقه الإسلامي.....
37 أولاً- تزويج الصغار في الفقه الإسلامي.....
41 ثانيا - تزويج السفية في الفقه الإسلامي.....
43 الفرع الثاني: تزويج فاقد الأهلية في الفقه الإسلامي.....
43 أولاً- تزويج المجنون في الفقه الإسلامي.....
45 ثانيا - تزويج المعتوه في الفقه الإسلامي.....
47 المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في تزويج القاصر.....
48 الفرع الأول: سلطة القاضي في تزويج الصغير والسفيه.....
48 أولاً- سلطة القاضي في تزويج الصغير.....
53 ثانيا- سلطة القاضي من حيث السن الأدنى في حالة منح الترخيص.....
54 الفرع الثاني: سلطة القاضي في تزويج المجنون والمعتوه والسفيه.....
59 المبحث الثالث: سلطة القاضي التقديرية في منح الترخيص بتعدد الزوجات.....

60	المطلب الأول: تعدد الزوجات في الفقه الإسلامي.....
60	الفرع الأول: مشروعية والتكييف الشرعي لحكم تعدد الزوجات.....
61	أولاً- مشروعية تعدد الزوجات.....
62	ثانياً- التكييف الشرعي لحكم التعدد.....
65	الفرع الثاني: شروط التعدد والحكمة من تشريعه.....
65	أولاً- شروط تعدد الزوجات.....
86	ثانياً- الحكمة من تشريع التعدد.....
71	المطلب الثاني: سلطة القاضي في الإذن بتعدد الزوجات.....
71	الفرع الأول: موقف البلاد الغربية من تعدد الزوجات.....
72	أولاً- موقف المفكرين الغربيين من نظام تعدد الزوجات.....
76	ثانياً- موقف التشريعات الغربية من تعدد الزوجات.....
78	الفرع الثاني: سلطة القاضي في الإذن بتعدد الزوجات في التشريعات العربية.....
78	أولاً- سلطة القاضي في الإذن بتعدد الزوجات في التشريع الجزائري.....
	ثانياً- سلطة قاضي شؤون الأسرة في الإذن بتعدد الزوجات في التشريعين
84	المصري.....
	المغربي.....
	الفصل الثاني: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة عند انحلال الرابطة الزوجية
92	المبحث الأول: دور القاضي في الصلح والتحكيم.....
93	المطلب الأول: إجراءات الصلح ومدى مساهمة القاضي في فض النزاع.....
94	الفرع الأول: ماهية الصلح.....
94	أولاً- تعريف الصلح.....
96	ثانياً- مشروعية الصلح.....
98	ثالثاً- الحكمة من مشروعية الصلح.....
99	الفرع الثاني: إجراءات الصلح وسلطة القاضي في فض النزاع.....
108	المطلب الثاني: إجراءات التحكيم ومدى مساهمة الحكّمين والقاضي في فض النزاع.....
109	الفرع الأول: ماهية التحكيم.....
109	أولاً - تعريف التحكيم.....
111	ثانياً- مشروعية التحكيم.....

114	ثالثا- أهمية التحكيم: تكمن أهمية التحكيم في النقاط الآتية.
115	الفرع الثاني: دور الحكّمين في الإصلاح بين الزوجين.
116	أولا- مهمّة الحكّمين.
116	ثانيا- مدى سلطة الحكّمين في التفريق.
119	الفرع الثالث: سلطة القاضي في تعيين الحكّمين في التشريع الجزائري والمقارن.
132	المبحث الثاني: سلطة القاضي في تقدير حالات التطليق والتعويض عنه.
132	المطلب الأول: سلطة القاضي في تقدير حالات التطليق.
133	الفرع الأول: التفريق للأسباب المتعلقة بالتخلي عن الالتزامات الزوجية والعائلية.
133	أولا- التطليق لعدم الإنفاق.
142	ثانيا- سلطة القاضي لتفريق للهجر في المضجع.
146	ثالثا- التفريق لضرر الغيبة والحبس.
157	الفرع الثاني: التفريق بين الزوجين للعيوب.
157	أولا - التفريق للعيوب في الفقه الإسلامي.
160	ثانيا- سلطة القاضي في التفريق للعيوب في التشريع الجزائري والمقارن.
168	الفرع الثالث: التفريق بين الزوجين للضرر وصوره.
168	أولا- التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها بين الزوجين.
173	ثانيا- التطليق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين.
181	ثالثا- التطليق لتعدد الزوجات.
190	المطلب الثاني: التعويض عن الحكم بالتطليق.
190	الفرع الأول: إثبات الضرر حالة التطليق.
190	أولا- وسائل إثبات الضرر.
192	ثانيا- ثبوت الضرر عن طريق وقائع معينة.
198	الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير التعويض.
198	أولا- التعويض عن الضرر في حالة التطليق في التشريع الجزائري والمقارن.
200	ثانيا- الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في الحكم بالتعويض.
202	ثالثا- تقدير قاضي شؤون الأسرة للتعويض عن الضرر في حالة التطليق.
205	المبحث الثالث: تقدير القاضي للطلاق التعسفي وبدل الخلع.
205	المطلب الأول: تقدير القاضي للطلاق التعسفي.

206 الفرع الأول: مفهوم الطلاق التعسفي.
206 أولاً- تعريف التعسف.
209 ثانياً- تعريف الطلاق التعسفي.
213 ثالثاً- مدى انطباق معايير التعسف في استعمال الحق على حق الطلاق.
214 الفرع الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي.
220 الفرع الثالث: سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي.
	أولاً- الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي
220 في التشريع الجزائري.
	ثانياً- الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي لتقدير التعويض عن الطلاق التعسفي
223 في التشريعين المغربي والمصري.
229 ثالثاً- تقدير القاضي للتعويض عن الطلاق التعسفي.
231 رابعاً- رقابة المحكمة العليا على قاضي شؤون الأسرة.
236 المطلب الثاني: تقدير القاضي لبدل الخلع.
236 الفرع الأول: موقف الفقهاء من اشتراط دور القاضي في مسألة الخلع.
236 أولاً- مدى احتياج الخلع لدور القاضي عند الفقهاء.
239 ثانياً- مدى احتياج الخلع لدور القاضي في التشريع الجزائري والمقارن.
246 الفرع الثاني: دور القاضي في تقدير بدل الخلع.
246 أولاً- تقدير بدل الخلع في الفقه الإسلامي.
250 ثانياً- سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع في التشريع الجزائري المقارن.
	الباب الثاني: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الآثار المترتبة على نشوء
	الرابطة الزوجية وانحلالها
	الفصل الأول: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الآثار المالية للزواج وانحلاله
263 المبحث الأول: الآثار المالية الناتجة عن الزواج وتقدير القاضي لها.
263 المطلب الأول: النفقة الزوجية في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري والمقارن.
264 الفرع الأول: ماهية النفقة.
264 أولاً: تعريف النفقة.
265 ثانياً- حكم النفقة الزوجية.

267 ثالثا- شروط وجوب النفقة الزوجية.
268 رابعا- مسقطات النفقة.
268 الفرع الثاني: عناصر النفقة.
268 أولا- عناصر النفقة في الفقه الإسلامي.
272 ثانيا- عناصر النفقة في التشريع الجزائري والمقارن.
275 المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير النفقة الزوجية.
276 الفرع الأول: تقدير النفقة الزوجية في الفقه الإسلامي.
280 الفرع الثاني: تقدير القاضي للنفقة الزوجية في التشريع الجزائري والمقارن.
280 أولا- تقدير القاضي للنفقة الزوجية في التشريع الجزائري.
285 ثانيا- تقدير القاضي للنفقة الزوجية في التشريع المغربي والمصري.
296 المبحث الثاني: الآثار المالية الناتجة عن انحلال الزواج وتقدير القاضي لها.
296 المطلب الأول: سلطة القاضي في تقدير نفقة المتعة.
297 الفرع الأول: مفهوم المتعة.
297 أولا- تعريف المتعة.
298 ثانيا- مشروعية المتعة.
299 ثالثا- العلاقة بين متعة الطلاق والتعويض عن الطلاق التعسفي.
301 الفرع الثاني: متعة الطلاق في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري والمقارن.
301 أولا- حكم متعة الطلاق في الفقه الإسلامي.
304 ثانيا- موقف المشرع الجزائري والمقارن.
309 الفرع الثالث: تحديد القاضي لمقدار المتعة.
309 أولا- تحديد مقدار المتعة في الفقه الإسلامي.
311 ثانيا- تحديد القاضي لمقدار المتعة في التشريع الجزائري والمقارن.
318 المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير نفقة العدة و أجره الرضاع.
118 الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير نفقة العدة.
318 أولا- تعريف العدة.
321 ثانيا- نفقة العدة في الفقه الإسلامي.
323 ثالثا- الأساس في تقدير نفقة العدة.
323 رابعا- نفقة العدة في التشريع الجزائري والمقارن.

331	الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير أجرة الرضاع.....
331	أولا - تعريف الرضاع.....
332	ثانيا- أجرة الرضاع في الفقه الإسلامي.....
334	ثالثا- أجرة الرضاع في التشريع الجزائري والمقارن.....
338	المبحث الثالث: مجال تدخل القاضي في النزاع حول متاع البيت.....
339	المطلب الأول: تجهيز بيت الزوجية في الفقه الإسلامي.....
339	الفرع الأول: التعريف بالجهاز وأثاث البيت الزوجية.....
339	أولا - تعريف الجهاز والأثاث والمتاع.....
341	ثانيا- الجهاز وأثاث بيت الزوجية في الفقه الإسلامي.....
343	الفرع الثاني: الجهاز وأثاث بيت الزوجية في الفقه الإسلامي.....
343	أولا- تجهيز البيت الزوجية في الفقه الإسلامي.....
347	ثانيا-النزاع حول متاع البيت في الفقه الإسلامي.....
351	ثالثا- تنازع الزوجين في الأشياء المشتركة.....
353	المطلب الثاني: مجال تدخل القاضي في النزاع حول متاع البيت.....
353	الفرع الأول: سلطة القاضي في النزاع حول متاع البيت في التشريع الجزائري.....
357	الفرع الثاني: مجال تدخل القاضي في النزاع حول متاع البيت في التشريع المقارن.....
357	أولا- موقف المشرع المغربي من تدخل القاضي في النزاع حول متاع البيت.....
360	ثانيا- موقف المشرع المصري من تدخل القاضي في النزاع حول متاع البيت.....
الفصل الثاني: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في النسب والحضانة	
364	المبحث الأول: سلطة القاضي في ثبوت النسب ونفيه.....
365	المطلب الأول: النسب والبصمة الوراثية.....
366	الفرع الأول: طرق إثبات النسب.....
366	أولا: الزواج الصحيح.....
367	ثانيا - الزواج الفاسد.....
368	ثالثا - الوطاء بشبهة.....
368	رابعا- الإقرار.....
369	خامسا- البيّنة.....
370	

374	سادسا- القيافة.....
374	الفرع الثاني: البصمة الوراثية كوسيلة لإثبات النسب.....
376	أولا- تعريف البصمة الوراثية.....
376	ثانيا- خصائص البصمة الوراثية.....
377	ثالثا - ضوابط إجراء تحليل البصمة الوراثية.....
379	رابعا- حالات استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب.....
385	خامساً- التكييف الفقهي للبصمة الوراثية.....
388	سادساً- منزلة البصمة الوراثية من أدلة النسب.....
391	سابعاً- دلالة البصمة الوراثية على نفي النسب.....
391	المطلب الثاني: لجوء القاضي إلى البصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه.....
394	الفرع الأول: لجوء القاضي إلى البصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه في التشريع الجزائري.....
395	أولا - السبب الشرعي.....
399	ثانيا- السبب العملي والمهني.....
399	الفرع الثاني: لجوء القاضي إلى البصمة الوراثية في التشريع المغربي والمصري.....
404	أولا- لجوء القاضي إلى البصمة الوراثية في التشريع المغربي.....
410	ثانيا: لجوء القاضي إلى البصمة الوراثية في التشريع المصري.....
410	المبحث الثاني: مجال تدخل القاضي في الحضانة.....
410	المطلب الأول: ماهية الحضانة.....
411	الفرع الأول: تعريف الحضانة.....
411	أولا- لغة.....
412	ثانيا: شرعا.....
412	ثالثا: قانونا.....
412	الفرع الثاني: استحقاق الحضانة و دليل مشروعيتها.....
413	أولا- دليل مشروعية الحضانة.....
417	ثانيا- استحقاق الحضانة.....
417	المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون.....
418	الفرع الأول: ضوابط معايير مصلحة المحضون.....
420	أولا- المعيار المعنوي والروحي.....

438 ثانيا- المعيار المادي
438 الفرع الثاني: معيار الاستماع للمحضون لتحري مصلحته
440 أولا- موقف الفقه من تحيير المحضون لحاضنه
445 ثانيا- موقف المشرعون الجزائري والمقارن من تحيير المحضون لحاضنه
445 الفرع الثالث: تقدير القاضي لمصلحة المحضون
448 أولا- سلطة القاضي في ترتيب الحواضن
453 ثانيا- سلطة القاضي في تمديد الحضانه
464 ثالثا- سلطة القاضي في اعتبار عمل المطلقة الحضانه سببا من أسباب سقوط حقها في الحضانه.....
471 الخاتمة
500 قائمة المراجع
 الفهرس

ملخص البحث:

تناولت هذه الرسالة السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة؛ إذ سمح بموجبها التشريع الجزائري على غرار بعض التشريعات المقارنة للقاضي بأن يجتهد رأيه، في حالة انعدام النص القانوني الخاص أو غموضه، بحثا عن حل عادل للنزاع المعروض عليه.

وذلك بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، خاصة بالنسبة لمسألتين الزواج والطلاق وآثارهما، دون تحديد المذهب الفقهي الذي يستند إليه. مما يعني منحه سلطة تقديرية واسعة خلافا لبعض التشريعات العربية والإسلامية التي عمدت إلى التقييد المذهبي لسلطة تقدير القاضي.

الكلمات المفتاحية:

السلطة التقديرية، قاضي شؤون الأسرة، تقدير التعويض، بدل الخلع، مصلحة المحضون.

Abstract:

The present dissertation deals with discretionary power of the family affairs judge, as allowed whereby the Algerian legislation along the lines of the legislation comparatively to the judge that strives hard, in the case of the lack of specific legal text or ambiguity in search of a fair solution to the dispute confronted to.

Along with reference to the principles of the Islamic law in accordance with article 222 of the Algerian family law, particularly with regard to marriage and divorce and their impacts, without specifying the jurisprudence doctrine on which it should be founded. This means he is granted a broad discretionary power unlike some Arab and Islamic legislations which deliberately restricted the doctrinal authority of the judge's discretion.

Keywords:

Discretionary power, the family affairs judge, estimating compensation, instead of divorce khula, child's interest.

Résumé:

La présente thèse porte sur le pouvoir discrétionnaire du juge aux affaires familiales, comme le permet la législation algérienne à l'instar de la législation relativement à la juge qui s'ingénie, dans le cas de l'absence de texte ou d'ambiguïté juridique spécifique à la recherche d'un solution équitable au différend confronté à.

Avec référence aux principes de la loi islamique, conformément à l'article 222 de la loi de la famille algérien, notamment en matière de mariage et de divorce et de leurs impacts, sans préciser la doctrine de la jurisprudence à laquelle elle doit être fondée. Cela signifie qu'il lui est accordé un large pouvoir discrétionnaire contrairement à certaines législations arabes et islamiques qui restreignent délibérément l'autorité doctrinale de la discrétion du juge.

Mots-clés:

Pouvoir discrétionnaire, le juge aux affaires familiales, estimation de la rémunération, à la place de divorce khula, intérêt de l'enfant.