جامعة العقيد آكلي محند أولحاج

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

المصلحة كمعيار في فك الرابطة الزوجية وآثارها

ـ دراسة مقارنة بين الفقه وقانون الأسرة الجزائري ـ

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في القانون الخاص

تخصص: قانون الأسرة

من إعداد الطالب:

– شناف فريد

إشراف الأستاذ:

– د. غجاتي فؤاد

لجنة المناقشة

اسم ولقب الأستاذ	الجامعة	الصفة
د.بن قوية المختار	جامعة البويرة	رئيسا
د. غجاتي فؤاد	جامعة البويرة	مشرفا
أ. دياب جفال الياس	جامعة البويرة	ممتحنا

السنة الجامعية: 2022/2021

جامعة العقيد آكلي محند أولحاج

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

المصلحة كمعيار في فك الرابطة الزوجية وآثارها

ـ دراسة مقارنة بين الفقه وقانون الأسرة الجزائري ـ

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في القانون الخاص

تخصص: قانون الأسرة

من إعداد الطالب:

- شناف فريد

إشراف الأستاذ:

- د. غجاتي فؤاد

لجنة المناقشة

اسم ولقب الأستاذ	الجامعة	الصفة
	جامعة البويرة	**رئيسا**
د. غجاتي فؤاد	**جامعة البويرة**	**مشرفا**
	جامعة البويرة	**ممتحنا**

السنة الجامعية: 2022/2021

شكر وتقدير

الحمد لله الذي منحنا العزيمة والإرادة لإنجاز هذا العمل لنرى النور بعد

طول عناء واجتهاد والصلاة والسلام على رسول المحبة والمبعوث رحمة

العالمين محمد صلى الله عليه وسلم الذي قال:

"لا يشكر الله من لا يشكر الناس"

كما أتقدم بخالص الشكر إلى الأستاذ "غجاتي فؤاد" على تفضله مشرفا

على مذكرتي وعلى ارشاداته وتوجيهاته.

وإلى الأستاذ "كريم بركات".

وإلى كل أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية وخاصة قسم قانون الأسرة

بجامعة آكلي محند أولحاج

إهداء

إلى والدي ... أطال الله في عمرهما، واللذان لم يتوقفا عن الدعاء لي بالتوفيق والسداد.

إلى إخوتي وأخواتي وعلى رأسهم جمال الدين وعثمان اللذين ما فتؤو يشجعوني على المضي قدما.

إلى ابنتي الغالية "هاجر"

إلى روح حبيبي الشيخ "عثمان بن يوسف" رحمه الله وعائلته

إلى أخي وأستاذي بركات كريم.

إلى إخوتي في الله وأحبابي، محمد شوال، عادل، جلول، محمد بوتالي، أمين خيذر، حميد بوعزيز، رمام حسام، جابري محمد، سمير بوسبعين، توفيق، نسيم.

إلى زملائي أساتذة مدرسة قويدر أحمد بأولاد قفيفة.

إلى كل أصدقائي، أحبابي، زملائي المخلصين.

إلى زملائي في الدراسة، بوخلف محمد، شلابي عبد القادر، عادل سعدي محمود.

إلى كل من ساهم في تعليمي أساتذتي الكرام.

مقدمة

مقدمة:

بسم الله والحمد لله والصلام والسلام على رسول الله أما بعد.

من المعلوم بالضرورة أن الله تعالى أراد بشرائعه المختلفة جلب مصالح العباد ودفع المضار والمفاسد عنهم، فما من حكم شرعي إلا وفيه تحقيق مصلحة أو دفع مفسدة، أو هما معا.

وهذه المصالح التي قصدها الشارع متحققة في كل مجال من مجالات الشريعة: في العقيدة، وفي العبادات، والمعاملات بأنواعها المختلفة وفي الحدود والعقوبات.

فالمصلحة في العقيدة هداية الناس وإرشادهم إلى المنهج السوي الذي يتفق ومكانة الإنسان على هذه البسيطة وانقاذه من العقائد الفاسدة التي أدت به من قبل إلى الضلال والانحراف، كما أن العبادات ربطا للمسلم بالخالق – جلا وعلا – وفتحا لباب الاستعانة والمدد من الله –تبارك وتعالى– وهي تطبيق عملي لمقتضيات العقيدة الصحيحة وهذا ما جاء واضحا في قول الحق تبارك وتعالى: "**وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ" (56) مَا أُرِيدُ مِنْهُمْ مِنْ رِزْقٍ وَمَا أُرِيدُ أَنْ يُطْعِمُونِ (57) إِنَّ اللَّهَ هُوَ الرَّزَّاقُ ذُو الْقُوَّةِ الْمَتِينُ (58) (الذاريات 56 –58).**

وفي المعاملات المالية تهدف الشريعة إلى تحقيق مصالح الناس وإيجاد وسائل مشروعة لتبادل المنافع ودفع المضار بتحريم كل نوع من أنواع المعاملات التي تؤدي إلى الظلم كالغش والاحتكار والربا، وبيع الأشياء الضارة بالإنسان، وسائر التصرفات التي تدخل تحت القاعدة الكلية التي أشار إليها القرآن الكريم في قوله تعالى: "**وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ (188). (البقرة 188)**

وفي مشروعية النكاح وما يتعلق به تحقيق لمبدأ فطري في الإنسان أباحته الشريعة وجعلته سببا في التناسل والتكاثر.

وإذا كان الإسلام قد حافظ على كل مقومات الإنسان، فإنه قد شرع لذلك من الوسائل الزاجرة عن النيل من هذه المقومات، ولذلك شرع القصاص لتأمين الحياة البشرية وحفظ الأنفس والأرواح من أن تهدر بدون سبب بقول الله تعالى: "**وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ (179) (البقرة 179)**

كما شرع الحدود المختلفة التي تحفظ كيان المجتمع من أن تعبث به النفوس المريضة.

وإذا كانت الحياة البشرية لا تخلوا من مشاكل نتيجة لتضارب المصالح واختلاف وجهات النظر، فإن الشريعة قد وضعت كيفية التقاضي بين الناس ووضعت لذلك ضوابط محكمة حتى

يصل الحق إلى أصحابه ويتحقق بذلك العدل الذي من أجله أنزل الله تعالى كتبه، وأرسل رسله وأنبياءه، قال تعالى: "**لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ ۖ وَأَنزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَلِيَعْلَمَ اللَّهُ مَن يَنصُرُهُ وَرُسُلَهُ بِالْغَيْبِ ۚ إِنَّ اللَّهَ قَوِيٌّ عَزِيزٌ(25) (الحديد 25)**

وهكذا لو تتبعنا التشريعات الإسلامية في صورها المختلفة وجزئياتها المتعددة لوجدنا أن الله تعالى أراد من هذه التشريعات تحقيق مصالح الناس من جلب المصالح ودفع المضار.

والجزائر من بين البلدان المسلمة التي تأخذ بالشريعة الإسلامية كمصدر رسمي للقوانين بأنواعها.

وقد نص القانون المدني الجزائري في مادته الثانية (02) وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية.

أما ما نصت عليه المادة (222) من قانون الأسرة الجزائري كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وهنا خص المشرع الجزائري هذا النص بمصطلح أحكام الشريعة الإسلامية التي تنصب فقط على مجال الأسرة وهذه الأحكام تتمثل في المصادر التبعية والاحتياطية، المذاهب المختلفة والاجتهادات الفقهية المتعددة.

ولقد ثبت بالاستقراء أن الشريعة الإسلامية التي يستفاد منها الأحكام ترجع إلى أدلة أربعة وهي (الكتاب، السنة، الإجماع والقياس) أما الأدلة التي اختلف العلماء في الاستدلال بها فهي المصادر التبعية ولما كان من الأدلة الشرعية التي ذكرها الأصوليون المصالح المرسلة التي تزايد الاهتمام بها في العصر الحالي نظرا للمستجدات الحديثة والتطور العلمي الذي زادت وتيرته مؤخرا.

لذا وجبت العناية بهذه الأخيرة وتحقيقها علميا وعمليا لما لها من علاقة بمجالات الأسرة المختلفة ومدى تطرق المشرع الجزائري للمصلحة في العديد من المناسبات في الأحوال الشخصية، ومن أهم المسائل تأثرا بالمصالح المرسلة المسائل التي تأتي بعد تعثر العلاقة الزوجية واستحالة العشرة الزوجية والانتهاء بها إلى فك الرابطة الزوجية والآثار المترتبة عنها من نفقة وحضانة ومسكن لممارسة الحضانة، فأغلبيتها تقتضي مراعاة المصلحة فيها.

وبذلك تتحقق سمات هذه الشريعة في أنها تتسع لكل ما يجد من حوادث الزمن، عن طريق الاجتهاد فيما لا نص فيه، فالحاجة ماسة إلى التوسع في تطبيق نظرية المصالح المرسلة في

القانون وخاصة قانون الأسرة مما جعل الحاجة ماسة إلى البحث في الموضوع والتوسع فيه مع التحقيق والاهتمام والتطبيق على الأمور المستحدثة ومنه نطرح الإشكالية التالية:

ما مدى اعتبار المصلحة كمعيار في فك الرابطة الزوجية في ظل الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري؟

سبب اختياري لهذا الموضوع:

يرجع سبب اختياري لموضوع (المصلحة كمعيار في فك الرابطة الزوجية وآثارها –دراسة فقهية قانونية– إلى:

1- رغبتي الشخصية في معرفة مدى استعانة المشرع الجزائري لنظام المصلحة وأين أخفق في عدم الاستعانة بها.
2- الإشارة الطيبة لأستاذي المشرف للكتابة في هذا الموضوع.
3- عدم تناول موضوع المصالح المرسلة في الرسائل الجامعية لطلبة قانون الأسرة.
4- قلة الدراسات في هذا الموضوع مما يجعل صعوبة في إيجاد المادة العلمية وبدوره يعد اجتهاد من نوع خاص.
5- تضارب المصالح في العديد من الحالات وكيف رجح المشرع مصلحة على مصلحة وما أساسه في ذلك.
6- تعلق الموضوع بوجه من وجوه علم أصول الفقه، وجانب من جوانب القانون.
7- يبرز الشكل العملي الذي يوضح اختلاف المذاهب الفقهية في الكثير من الأحكام وأي هذه المذاهب أخذ بها المشرع الجزائري.
8- جد الكثير من المسائل واستحداث وسائل مختلفة في هذا العصر وهي تخدم مصالح العباد في بعض الأحيان، ولم تكن موجودة من قبل.

أهداف الدراسة:

1- تبيان دور قاضي شؤون الأسرة وكيف منح له المشرع الجزائري سلطة تقديرية واسعة وقائية وعلاجية لوقف أي ممارسة للحقوق الأسرية بقصد مخالف لمقصود الشارع أو بنية الإضرار مع انتفاء وجه المصلحة المطلوبة من استعمال الحق.

2- استثمار التراث الفقهي الكامن في علم القواعد الفقهية باعتبارها أحكاما كلية وأن السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في العديد من المسائل التي هي الميدان الخصب لتنزيل القواعد الفقهية عليها

3- تبيان المواضيع التي أسقط عليها المشرع الجزائري نظام المصلحة.

4- توضيح فكرة تغير الأحكام بتغير الزمان وبالتالي تتغير المصالح.

الدراسات السابقة للموضوع:

نظرا لقلة المراجع القانونية حول موضوع المصالح وصعوبة البحث في المراجع الفقهية لكونه مجال صعب ويتوجب التعمق فيه لاستيعابه ومع ذلك سأشير الى بعض الدراسات المتعلقة بالمضوع كالآتي:

- مدى اعتبار المصلحة المرسلة في قانون الأسرة القطري من إعداد شمة بنت علي عبد الله بو عيسى الكواري قدمت هذه الرسالة إستكمالا لمتطلبات كلية الشريعة والدراسات الإسلامية للحصول على درجة الماجستير في الفقه وأصوله، الباحثة كانت موفقة في هذه الدراسة الا أن الدراسة خالية من الوقائع المستجدة.
- المصالح المرسلة ضوابطها وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي – مسائل السياسة الشرعية أنموذجا – لسمية قرين، وهي عبارة عن رسالة قدمتها لنيل درجة الماجستير بجامعة الحاج لخضر بباتنة وهذه الدراسة كانت في القمة الا أنها حصرت التطبيقات في المجال السياسي فقط.
- حجية القواعد الفقهية ومدى إمكانية استثمارها في الاجتهاد القضائي دراسة تطبيقية على قانون الأسرة الجزائري من إعداد الدكتور عليان بوزيان أستاذ محاضر، جامعة ابن خلدون تيارت هي من أغنى المراجع من حيث المعلومات التي تكون معالجة من الجانب الفقهي والقانوني ولكن للأسف لم يتم التطرق فيها الى الوقائع المستجدة.

المناهج المقترحة للدراسة:

- **المنهج المقارن:** من خلال مقارنة الدراسة الأصولية والدراسة القانونية للمصلحة وتبيان موقف كل من الفقه والقانون في بعض المسائل الأسرية

- **المنهج الاستقرائي:** من خلال تتبع الجزئيات الموجودة في كتب فقهاء الشريعة والقانون، ونقلها، والاستدلال بها؛ لبيان صحة الاستنتاج وسلامة الفكرة.
- **المنهج التحليلي:** وهو ضروري بعد ما تم استقراءه بحيث يتم تحليل النصوص التشريعية المتعلقة بموضوع الدراسة.

للإجابة على الإشكالية قسمنا البحث إلى فصلين ،أما الفصل الأول فتناولنا فيه ماهية المصالح المرسلة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري وبدوره قسمناه إلى مبحثين المبحث الأول تناولنا فيه المصلحة في الفقه الإسلامي أما المبحث الثاني فتناولنا فيه مفهوم المصلحة في القانون، أما عن الفصل الثاني فتناولنا فيه إعمال مفهوم المصلحة في فك الرابطة الزوجية فقها و قانونا وبدوره قسمناه إلى مبحثين أما المبحث الأول فتناولنا فيه طرق فك الرابطة الزوجية أما المبحث الثاني فتناولنا فيه تطبيقات المصلحة المضيقة في فك الرابطة الزوجية و الأثار المترتبة عليها.

هيكل الدراسة:

الفصل الأول: ماهية المصلحة المرسلة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول: المصلحة في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني: مفهوم المصالح المرسلة في القانون

الفصل الثاني: إعمال مفهوم المصلحة في فك الرابطة الزوجية فقها وقانونا

المبحث الأول: طرق فك الرابطة الزوجية فقها وقانونا

المبحث الثاني: تطبيقات المصلحة المضيقة في فك الرابطة الزوجية والأثار المترتبة عليها

المصادر والمراجع المعتمدة:

لقد احتوى هذا البحث على كم هائل وغني ومتنوع من المصادر والمراجع والوثائق المختلفة والمتمثلة في القرآن الكريم برواية ورش عن نافع ، كتب السنة الأصلية والشارحة بحيث حاولنا الحصول على الأحاديث الصحيحة من أمهات الكتب المعتمدة في الحديث، ويكون تهميش الحديث كالتالي: حسب المنهجية المعتمدة في تخريج الحديث أما المراجع التي أخذنا منها الحديث فنكتفي بتهميش المرجع، مع كتابة اسم المؤلف والكتاب إذا عدنا للاستعانة به مجددا، إضافة

إلى كتب أصول الفقه، اعتمدنا أيضا على كتب القانون باتباع المنهجية الخاصة بالتهميش وأيضا بالنسبة لمذكرات الماستر وأطروحات الماجستير والدكتوراه، المقالات والنصوص القانونية، الاجتهادات القضائية.

قائمة المختصرات:

ج	جزء
د.ب.ن	دون بلد النشر
د.د.ن	دون دار النشر
د.ر.ط	دون رقم الطبعة
د.س.ن	دون سنة النشر
ص ص	الصفحة الصفحة
ص	الصفحة
ط	الطبعة
ع.خ	عدد خاص
غ.أ.ش	غرفة الأحوال الشخصية
ق.أ.ج	قانون الأسرة الجزائري
م.ع	المحكمة العليا
م.ق	مجلة قضائية

الفصل الأول

ماهية المصلحة المرسلة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

الفصل الأول

ماهية المصلحة المرسلة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة

إن كل حكم شرعي نزل لتأمين المصالح أ لدفع المفاسد أو لتحقيق الأمرين معا، فقد ورد القرآن الكريم بنصوصه قطعية الدلالة مبينة ذلك. وجلب المصالح للناس يكون في أمور دنياهم وهي كل ما فيه نفعهم وفائدتهم وصلاحهم وخيرهم، وكل ما يدفع الأذى والضرر، أما مصالحهم في أخراهم هي الفوز بالجنة والنجاة من النار ورضى الرحمان. وبما أنه للمصلحة مكانة هامة في الشرع الإسلامي أيضا لها مكانة في القانون بحيث أنها شرط من شروط رفع الدعوى، وفي هذا الفصل يتناول ماهية المصلحة في الفقه الإسلامي في المبحث الأول وماهية المصلحة واعتبارها في القانون في المبحث الثاني.

المبحث الأول

المصلحة في الفقه الإسلامي

سنتطرق في هذا المبحث إلى أنواع المصلحة بصفة عامة في الفقه الإسلامي في المطلب الأول والمصلحة المرسلة بصفة خاصة في الفقه الإسلام يفي المطلب الثاني وحجيتها وضوابط العمل بها وأدلة اعتبارها.

المطلب الأول

أنواع المصالح في الفقه الإسلامي

كان أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم في حياته المباركة إذا عرضت لهم مسألة جاؤوه فيجدون عنده الجواب الكافي الشافي. وبعد وفاته عليه الصلاة والسلام، لم يعد العلماء يجدون الأدلة الخاصة في النوازل التي تعرض لهم، فبدؤوا يجتهدون في استخراج الأصول والقواعد التي تُستمد منها الأحكام الشرعية في النوازل الحادثة والعصرية، منطلقهم اعتقادهم الجازم أن في كتاب الله وسنة رسوله الأحكام التي تحتاج إليها البشرية في كل زمان ومكان إلى قيام الساعة والوقوف بين يدي الملك الديّان.

أنزل الله شريعته الخالدة على نبيه محمد صلى الله عليه وسلم، وجعلها عامة للناس جميعًا، وجعلها مبنية على تحقيق مصالح العباد ودرء المفاسد عنهم في الدنيا والآخرة، فالشارع لا يأمر إلا بما مصلحته خالصة أو راجحة، ولا ينهى إلا عما مفسدته خالصة أو راجحة. وهذا الأصل شامل لجميع الشريعة لا يشذ عنه شيء من أحكامها.

فما أهملت هذه الشريعة مصلحة قط، إذ كل خير دلنا عليه النبي صلى الله عليه وسلم، وكل شر حذرنا منه، قال تعالى في القرآن بمنتهى البلاغة والبيان :﴿**الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا**﴾ [1]، وقال أيضاً :﴿ **مَا فَرَّطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ** ﴾[2]

[1] – سورة المائدة، الآية 03.

[2] – سورة الأنعام، الآية 38.

ونظرًا لكثرة استعمال البعض لهذا المصطلح مع عدم الإحاطة الكافية بمعناه وضوابطه كانت هذه السطور.

•أوجه التلازم بين المصلحة والشريعة:

وبيان ذلك في أمور أربعة بعضها مبني على بعض[1]:

الأمر الأول: أن هذه الشريعة مبنية على تحقيق مصالح العباد ودرء المفاسد عنهم في الدنيا والآخرة، فالشارع لا يأمر إلا بما مصلحته خالصة أو راجحة، ولا ينهى إلا عما مفسدته خالصة أو راجحة. وهذا الأصل شامل لجميع الشريعة لا يشذ عنه شيء من أحكامها.

الأمر الثاني :أن هذه الشريعة لم تهمل مصلحة قط، فما من خير إلا وقد حثنا عليه النبي صلى الله عليه وسلم، وما من شر إلا وحذرنا منه.

الأمر الثالث: إذا عُلم ذلك فلا يمكن أن يقع تعارض بين الشرع والمصلحة، إذ لا يتصور أن ينهى الشارع عما مصلحته راجحة أو خالصة، ولا أن يأمر بما مفسدته راجحة أو خالصة.

الأمر الرابع: إذا عُلم ذلك فمن ادعى وجود مصلحة لم يرد بها الشرع فأحد الأمرين لازم له:

إما أن الشرع دل على هذه المصلحة من حيث لا يعلم هذا المدعي.

وإما أن ما اعتقده مصلحة ليس بمصلحة، فإن بعض ما يراه الناس من الأعمال مقربًا إلى الله ولم يشرعه الله فإنه لابد أن يكون ضرره أعظم من نفعه، وإلا فلو كان نفعه أعظم لم يهمله الشارع.

الفرع الأول: تعريف المصلحة

المصلحة في اللغة :المصلحة ضد المفسدة، وهي واحدة المصالح[2]،"فالصاد واللام والحاء أصل واحد يدل على خلاف الفساد[3].

[1] ابن تيمية، مجموع الفتاوى، وزارة الشؤون الإسلامية والدعوة والإرشاد السعودية – مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية، 1425 – 2004، المجلد 11.

[2] – انظر: لسان العرب، لابن منظور2/ 517، مختار الصحاح، للرازي، دار المعارف، مصر ص187.

[3] – معجم مقاييس اللغة، لابن فارس 3/ 303.

وفي الاصطلاح :عرفها الغزالي بأنها :"المحافظة على مقصود الشرع.[1]"وقال: "ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعها مصلحة[2].

وعرفها الدكتور البوطي بأنها: "المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده، من حفظ دينهم، ونفوسهم، وعقولهم، ونسلهم، وأموالهم، طبق ترتيب معين فيما بينها[3].

فالغزالي عرف المصلحة بأسبابها، بينما لجأ البوطي في تعريفه إلى حقيقة المصلحة – وهي المنفعة– لا إلى أسبابها[4]لكن ابن تيمية ينتقد من حصر المصلحة بحفظ الأمور الخمسة، فيقول: "لكن بعض الناس يخص المصالح المرسلة بحفظ النفوس والأموال والأعراض والعقول والأديان، وليس كذلك، بل المصالح المرسلة في جلب المنافع وفي دفع المضار وما ذكروه من دفع المضار عن هذه الأمور الخمسة فهو أحد القسمين[5]"؛ لذا يعرف ابن تيمية المصلحة بـ "أن يرى المجتهد أن هذا الفعل يجلب منفعة راجحة؛ وليس في الشرع ما ينفيه[6].

وكلام ابن تيمية في عدم حصر المصلحة بحفظ هذه الأمور الخمسة صحيح؛ فالمصلحة تشتمل على المصلحة المعتبرة التي نص الشرع عليها، وتشتمل على المصلحة المرسلة التي لا يوجد نص عليها، وهي محققة لمقصوده، وحصر المصلحة بهذه الأمور الخمسة يخرج قسم المصلحة المرسلة؛ فالشرع نص على اعتبار هذه الأمور الخمسة، وهناك كثير من المصالح المرسلة التي لم ينص الشرع عليها، وهي محققة لمقصوده، وتعريف المصلحة لابد أن يشتمل على القسمين جميعًا، وتعريف ابن تيمية للمصلحة تعريف للوسيلة الموصلة إليها، وليس تعريفًا

---

[1] – أبو حامد محمد ابن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، ج1، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ص174.

[2] – يعقوب عبد الوهاب الباحسين، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية دراسة أصولية تأصيلية (دكتوراة) ط4، مكتبة الرشد، الرياض، 1422 هـ / 2001 م، ص245–246.

[3] – الغزالي، المستصفى، المرجع السابق، ص174.

[4] – محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الاسلامية، دكتوراه في أصول الشريعة الاسلامية، جامعة الأزهر، مؤسسة الرسالة، مصر، 1965، ص37.

[5] – ابن تيمية، مجموع الفتاوى، وزارة الشؤون الإسلامية والدعوة والإرشاد السعودية – مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية، 1425 – 2004، المجلد 11، ص351.

[6] – المرجع نفسه، ص ص342، 343

لها، فنظر المجتهد وسيلة للتعرف على المصلحة، ويمكن أن يتم تعريف المصلحة عن طريق الدمج بين تعريف البوطي، وتعريف ابن تيمية، فيكون تعريف المصلحة: هي المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده، في أمور دينهم ودنياهم، وليس في الشرع ما ينفيها.

الفرع الثاني: أقسام المصلحة

تنقسم المصلحة أقسامًا عدة باعتبارات مختلفة، ولهذا التقسيم تأثير في الموازنة بينها، وترجيح بعضها على بعض في حالة التعارض[1]، وهذه الأقسام كما يلي:

أولًا: تقسيم المصلحة من حيث اعتبار الشارع لها:

تنقسم المصلحة من حيث اعتبار الشارع لها ثلاثة أقسام:

1- **المصلحة المعتبرة** :وهي المصلحة التي شهد الشارع باعتبارها؛ كمصلحة الجهاد، ومصلحة قطع يد السارق، ومصلحة النظر إلى المخطوبة وغيرها.[2]

2- **المصلحة الملغاة** :وهي المصلحة التي شهد لها الشرع بالبطلان[3]؛ مثل مصلحة المرابي في زيادة ماله، فقد ألغاه الشارع، قال الله تعالى :﴿ **وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا** ﴾[4] ، والمصلحة الموجودة في الخمر والميسر، والتي ذكرها الله تعالى في قوله :﴿ **يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا** ﴾[5] ، ومع ذلك ألغى الشارع هذه المصلحة لوجود المفاسد الكبيرة في الخمر والميسر، قال الله تعالى :﴿ **يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ** ﴾ [6]، ومثل "قول بعض العلماء لبعض الملوك لما جامع في نهار رمضان: إن عليك صوم شهرين متتابعين، فلما أنكر عليه حيث لم يأمر بإعتاق رقبة مع اتساع ماله،

---

[1] – وليد الحسين ، اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي، دكتوراة ، دار التدمرية، السعودية ، 1430هـ 2009، ص285.

[2] – انظر: المستصفى، للغزالي، المرجع السابق، ص173،

[3] – المرجع نفسه، ص174.

[4] – سورة البقرة، الآية 275.

[5] – سورة البقرة، الآية 219.

[6]– سورة المائدة، الآية 90.

قال: لو أمرته بذلك لسهل عليه، واستحقر إعتاق رقبة في جنب قضاء شهوته، فكانت المصلحة في إيجاب الصوم لينزجر به[1]،

قال الشاطبي: "وهذه الفتيا باطلة[2]، قال الغزالي: "فهذا قول باطل ومخالف لنص الكتاب بالمصلحة[3]، وبطلان هذه الفتيا من جهة أن هذا العالم لم يبين للملك أن كفارة الجماع في رمضان لها ثلاثة مراتب؛ عتق رقبة،

أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستين مسكينًا، كما ورد بذلك النص،[4] بل ألزمه بنوع واحد من الكفارات، وهو صيام شهرين متتابعين؛ ليزجر الملك، وهذه المصلحة ملغاة لمخالفتها ما جاء به النص من التنوع في الكفارة، سواء كانت هذه الكفارة على الترتيب، أو على التخيير[5]،فضلًا على أن المصلحة التي رآها العالم في صوم الملك شهرين متتابعين تقابلها مصلحة أرجح منها، وهي اعتاق الرقبة، فهذه مصلحة متعدية النفع، وتلك قاصرة النفع على الملك؛ لذلك قدم النبي – صلى الله عليه وسلم –كفارة عتق الرقبة على كفارة صيام شهرين متتابعين، "وفتح هذا الباب يؤدي إلى تغيير جميع حدود الشرائع ونصوصها بسبب تغير الأحوال، ثم إذا عرف ذلك من

---

[1]– المستصفى، للغزالي، ص174.

[2]– أبي اسحاق الشاطبي، الاعتصام، امدقق: محمد رشيد رضا، الجزء الثاني، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، د س ن، ص610.

[3]– المستصفى، للغزالي، ص174.

[4]– والنص الذي ورد: عن أبي هريرة – رضي الله عنه –، قال:"جَاءَ رَجُلٌ إِلَى النَّبِيِّ – صلى الله عليه وسلم، فَقَالَ: هَلَكْتُ، يَا رَسُولَ اللهِ، قَالَ: «وَمَا أَهْلَكَكَ؟» قَالَ: وَقَعْتُ عَلَى امْرَأَتِي فِي رَمَضَانَ، قَالَ» :**هَلْ تَجِدُ مَا تُعْتِقُ رَقَبَةً؟** «قَالَ: لَا، قَالَ» :**فَهَلْ تَسْتَطِيعُ أَنْ تَصُومَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ؟** «قَالَ: لَا، قَالَ» :**فَهَلْ تَجِدُ مَا تُطْعِمُ سِتِّينَ مِسْكِينًا؟** «قَالَ: لَا، قَالَ: ثُمَّ جَلَسَ، فَأُتِيَ النَّبِيُّ – صلى الله عليه وسلم – بِعَرَقٍ فِيهِ تَمْرٌ، فَقَالَ» :**تَصَدَّقْ بِهَذَا** «قَالَ: أَفْقَرَ مِنَّا؟ فَمَا بَيْنَ لَابَتَيْهَا أَهْلُ بَيْتٍ أَحْوَجُ إِلَيْهِ مِنَّا، فَضَحِكَ النَّبِيُّ – صلى الله عليه وسلم –حَتَّى بَدَتْ أَنْيَابُهُ، ثُمَّ قَالَ» :**اذْهَبْ فَأَطْعِمْهُ أَهْلَكَ** "«رواه البخاري، كتاب الصيام، باب إذا جامع في رمضان ولم يكن له شيء فتصدق عليه، فليكفر، برقم1936، ومسلم، كتاب الصيام، باب باب تغليظ تحريم الجماع في نهار رمضان على الصائم، ووجوب الكفارة الكبرى فيه وبيانها، وأنها تجب على الموسر والمعسر وتثبت في ذمة المعسر حتى يستطيع، برقم1111.

[5] – الجمهور على إن الكفارة على الترتيب، وعند الإمام مالك على التخيير. انظر: ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد فارس و مسعد عبد الحميد السعدفي، ط 01، دار الكتب العلمية، لبنان، 1414هـ – 1994م ، ص140.

صنيع العلماء لم تحصل الثقة للملوك بفتواهم، وظنوا أن كل ما يفتون به فهو تحريف من جهتهم بالرأي[1].

3- **المصلحة المرسلة** :وهي المصلحة التي لم يشهد لها الشارع بالاعتبار، ولا بالإلغاء[2]، ولكنها محققة لمقصود الشارع[3]، مثل جمع القرآن في زمن الصحابة، فهذه مصلحة لم يرد فيها نص على اعتبارها أو إلغائها، وهي محققة لمقصود الشارع، فجمع القرآن حفظ للشريعة، وهي مقصودة للشارع.[4]

ولابد أن تكون المصلحة المرسلة مستندة إلى دليل قد اعتبره الشارع، غير أنه لا دليل يتناولها بخصوصها، وإنما يتناول الجنس البعيد لها.

ثانيًا: تقسيم المصلحة من حيث قوتها في ذاتها:

تنقسم المصلحة من حيث قوتها في ذاتها ثلاثة أقسام:

1- **المصلحة الضرورية:** هي المصلحة التي تتوقف عليها حياة الناس، بحيث لا يستقيم النظام باختلالها، فإذا اختلت تؤول حالة الأمة إلى فساد، وتكون حياة أشبه بحياة الأنعام، ولا تكون على الحالة التي أرادها الله من خلق الإنسان، وقد يفضي هذا الاختلال إلى اضمحلال الأمة بأن يقتل بعضهم بعضًا، أو بتسليط الأعداء عليها[5]يقول الشاطبي: "فأما الضرورية، فمعناها أنها لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهارج وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم، والرجوع بالخسران المبين[6]، ومثل الغزالي للمصلحة الضرورية بحفظ الضروريات الخمسة، قال: "وهذه الأصول الخمسة حفظها واقع في رتبة الضرورات، فهي أقوى المراتب في المصالح[7].

---

[1]- المستصفى، للغزالي، المرجع السابق، ص 174.

[2]- المرجع نفسه، ص174، الشاطبي، المرجع السابق، ص611.

[3]- انظر: ضوابط المصلحة، للبوطي، المرجع السابق، ص342.

[4]- وليد الحسن، المرجع السابق، ص، 285،

[5]- محمد الطاهر ابن عاشور، مقاصد الشريعة، تقديم: حاتم بوسمة، دار الكتاب المصري، القاهرة، 2011، ص300.

[6]- أبي اسحاق ابراهيم الشاطبي، الموافقات، ضبط أبو عبيدة مشهور ابن حسن آل سليمان، المجلد 02، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، د س ن، ص ص 17-18.

[7]- المستصفى، للغزالي، ص174.

2 – **المصلحة الحاجية:** هي المصلحة التي تحتاجها الأمة لاقتناء مصالحها، وانتظام أمورها على وجه حسن، بحيث لولا مراعاته لكانت في حالة غير منتظمة، لكنها لا تبلغ مرتبة المصلحة الضرورية[1]، قال الشاطبي: "وأما الحاجيات، فمعناها أنها مفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإذا لم تراع دخل على المكلفين– على الجملة– الحرج والمشقة، ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقع في المصالح العامة[2]"، ويُمثل لها بالبيوع، والإجارات، والقرض، والنكاح الشرعي، والرخص المخففة بالنسبة إلى لحوق المشقة بالمرض والسفر، وغيرها[3].

3– المصلحة التحسينية: هي المصلحة التي تكون من قبيل التحسين والتزيين والتيسير لحياة الناس، ورعاية أحسن المناهج في العادات والمعاملات[4]، قال ابن عاشور: " هي عندي ما كان بها كمال الأمة في نظامها حتى تعيش آمنة مطمئنة ولها بهجةُ منظر المجتمع في مرأى بقية الأمم، حتى تكون الأمة الإسلامية مرغوبًا في الاندماج فيها أو التقرب منها[5]، ومن أمثلتها: ستر العورة، والتقرب بنوافل العبادات، وآداب الأكل، وغيرها من مكارم الأخلاق[6].

ثالثا: تقسيم المصلحة من حيث الشمول:

تنقسم المصلحة من حيث شمولها ثلاثة أقسام:

1– **مصلحة عامة** :وهي المصلحة التي تتعلق بحق الخلق كافة؛ مثل حماية الدين، وحفظ القرآن من التلاشي العام.[7]

2– **مصلحة تتعلق بجماعات** :وهي المصلحة المتعلقة بحق جماعة من الأمة، وليس عامة لكل الأمة؛ كالمصالح المتعلقة ببلد معين، أو المصالح المتعلق بأصحاب مهنة معينة، كتأمين

[1] – ابن عاشور، المرجع السابق، ص306.

[2] – أبي اسحاق ابراهيم الشاطبي، الموافقات، ص21.

[3] – أبي اسحاق ابراهيم الشاطبي، الموافقات، ص ص 21–22، ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص ص306–307.

[4] – انظر: المستصفى، للغزالي، ص175.

[5] – أبي اسحاق ابراهيم الشاطبي، ص307.

[6] – المرجع نفسه، ص ص 22، 23.

[7] – ابن عاشور مقاصد الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص313.

التجارة للتجار المسلمين في البلاد غير الإسلامية[1]وكالاحتكام للقضاء غير الشرعي في البلاد التي لا يوجد فيها قضاء شرعي.

3- **مصلحة خاصة:** هي المصلحة التي تخص فردًا معينًا[2]، كمصلحة فسخ بيع فيه غش لشخص، أو مصلحة تطليق امرأة من زوجها بسبب الضرر الواقع عليها.

تقديم المصالح العامة علي المصلحة الخاصة

إن الإسلام بتشريعاته السامية أرسى دعائم المجتمع بحفظ الحقوق العامة، والخاصة من التعدي بأي صورة من صور التعدي، فلا يجوز لأحد كائن من كان أن يتعدى، أو يستخدم سلطته في تحقيق مصالحه الخاصة البتة، وقد كانت سيرة نبينا محمد صلى الله عليه وآله وسلم، وصحابته الكرام، وسلف الأمة الصالح – رضي الله عنهم – زاخرة بالمواقف الناصعة، والمشرقة في المحافظة على المصالح العامة، وعدم استخدام المصالح الخاصة، بل جعلوا مصالحهم الخاصة مسخرة لخدمة المصالح العامة.

ومن الأمثلة التطبيقية في حياة رسولنا صلى الله عليه وآله وسلم ما جاء في الحديث الشريف: عن أم المؤمنين السيدة عائشة – رضي الله عنها – أن قريشاً أهمتهم المرأة المخزومية التي سرقت فقالوا من يكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم، ومن يجترئ عليه إلا أُسامة حِب رسول الله صلى الله عليه وسلم، فَكَلَّم رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: " أتشفع في حد من حدود الله "،ثم قام فخطب، قال: " يا أيها الناس إنما ضل من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق الشريف تركوه، وإذا سرق الضعيف فيهم أقاموا عليه الحد، وايم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها[3]."

والحديث الشريف يتضمن المحافظة على المصالح الخاصة، وتتمثل في عدم التعدي على حقوق الآخرين، وإيذائهم بسرقة أموالهم، كما يتضمن المحافظة على المصالح العامة بتطبيق الحق

[1] – ابن عاشور مقاصد الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص313.

[2] – المرجع نفسه، ص314.

[3] – البخاري، صحيح البخاري، باب كراهية الشفاعة في الحد إذا رفع إلى السلطان، حديث رقم: 6788، مسلم، صحيح مسلم، باب قطع السارق الشريف وغيره والنهي عن الشفاعة في الحدود، رقم: 1688).

العام، وهو إقامة حد السرقة على السارق، وفيه ردع لكل من تسوّل له نفسه التعدي على حقوق الآخرين سواء عامة، أو خاصة

وقد تضمن الحديث الشريف فوائد تربوية عظيمة جداً ترسم منهجاً واضحاً في المحافظة على المصالح العامة، والمصالح الخاصة على حد سواء، وسوف أشير إلى بعض هذه الفوائد المهمة ذات العلاقة بموضوعنا، ومنها:

الأولى: المحافظة على الحق العام بتطبيق شرع الله تعالى على كل من وجب عليه حد من حدود الله تعالى، وهذا من أهم وأعظم المصالح العامة التي تجب المحافظة عليها.

الثانية: قَسَم الرسول صلى الله عليه وآله وسلم، وهو الصادق المصدوق بقطع يد ابنته فاطمة الزهراء الشريفة – رضي الله عنها – فيما لو سرقت، وحاشاها – رضي الله عنها –، وهذا تأكيد منه صلى الله عليه وآله وسلم بأنه أول من يحافظ على المصالح العامة، وعدم محاباة من له صلة قرابة في تقديم المصالح العامة لصالحه دون غيره.

الثالثة: بيان الآثار السلبية لتفشي تقديم المصالح الخاصة على المصالح العامة، وأنها دليل الضلال، والهلاك للأمم في شؤون الحياة كلها: الاقتصادية، والسياسية، والتربوية، والاجتماعية، والثقافية، ... الخ، وهذا توجيه نبوي شريف بأن الأمم السابقة (ضلت) كما هي رواية البخاري، (وهلكت) كما هي رواية مسلم عند عدم المحافظة على المصالح العامة بإقامة العدل، والمساواة بين الجميع.

الرابعة: الاهتمام والعناية بشدة إنكار عدم المحافظة على المصالح العامة، وتسلط المصالح الخاصة، وكَشْف خيانة من يثبت تعديه على المصالح العامة ليكون أبلغ في الإنكار، وعبرة للغير.

الخامسة: السرعة في معالجة ذلك بالوسائل الممكنة، فقد قام الرسول صلى الله عليه وآله وسلم بإلقاء خطبة بليغة تحتوي على عبارات قصيرة، ولكن تحتوي معان واسعة ترسم وتوضح منهج الإسلام في قضية رعاية المصالح العامة، وعدم تسلط المصالح الخاصة عليها.

السادسة: وضع القوانين، والعقوبات اللازمة، والرادعة لكل من تسوّل له نفسه الاعتداء على حق المال العام.

السابعة: شدة غضب الرسول صلى الله عليه وآله وسلم، وإنكاره لأسامة – رضي الله عنه – في هذا الموضوع لأنه من الموضوعات المهمة التي لا تقبل المسامحة، أو التنازلات، لأنه سيترتب عليها فساد، وضلال، وهلاك للمجتمع.

الثامنة: تحذير الناس وتنبيههم إلى خطورة الشفاعة المفسدة (وليست الحسنة)، والتي يسعى لها بعض الناس دون إدراك ووعي في أنها تعدي على المصالح العامة، واهتزاز للموازين في العدل، والمساواة بين الناس، وأن هذه صفة من صفات الجاهلية، وأهل الضلال، ووضع الأمور في غير موضعها.

ومن الأمثلة المشرقة في حياة سلف الأمة، ما قام به الخليفة الراشد عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – في المحافظة الشديدة على المصالح العامة، فمن مواقفه المعروفة: إن ابنه عبد الله بن عمر – رضي الله عنه –: اشترى إبلاً وأرسلها إلى الحمى حتى سمنت، فدخل عمر السوق فرأى إبلاً سماناً فقال: لمن هذه الإبل؟ قيل: لعبد الله بن عمر، قال: فجعل يقول: يا عبد الله بن عمر بخ... بخ... ابن أمير المؤمنين، ما هذه الإبل؟ قال: قلت: إبل اشتريتها وبعثت بها إلى الحمى، أبتغي ما يبتغي المسلمون، قال: فقال: فيقولون: ارعوا إبل ابن أمير المؤمنين، اسقوا إبل ابن أمير المؤمنين، يا عبد الله بن عمر اغد إلى رأس مالك، واجعل باقيه في بيت مال المسلمين.[1]

موقف في غاية الورع، والزهد، والمحافظة على المصالح العامة، وعدم تقديم المصالح الخاصة عليها، وفي الحقيقة أن السيرة النبوية الشريفة، وسيرة الخلفاء الراشدين، وسلف الأمة الصالح زاخرة بهذه المواقف المضيئة، والمشرقة في سماء المجتمع المسلم، ولا شك أن هذا سر عظيم، ومفتاح أساس في المحافظة على المجتمع، وتطوره، والرقي به، فحينئذ نحن بحاجة ماسة جداً للعودة الصادقة إلى سيرة سلف الأمة، وتلمس أسرار نجاحها، وتفوقها حتى نستطيع أن نعيد للأمة مجدها وعزها.

[1] – البيهقي، السنن الكبرى، باب ما جاء في الحمى، حديث رقم: 12156، ابن عساكر، تاريخ دمشق، باب سيرة عمر بن الخطاب، ج 44، ص 327.

المطلب الثاني

المصلحة المرسلة

سأتناول في هذا المطلب مفهوم المصلحة المرسلة في الفقه الإسلامي في الفرع الأول وأقسام المصلحة المرسلة في الفرع الثاني وأدلة اعتبارها في الفرع الثالث وضوابط المصلحة في الفرع الرابع.

الفرع الأول: تعريف المصلحة المرسلة

المصلحة في اللسان العربي جاءت من الصلاح [1]؛ وهو دال على استقامة الشيء وكماله في ذاته، وانتفاء الفساد عنه[2]، وبهذا تستجلب المنافع، وتُستدفع المضار، قال الطاهر ابن عاشور: "أما المصلحة فهي كاسمها، شيء فيه صلاحٌ قوي، ولذلك اشتُقت لها صيغة المَفْعل، الدالة على اسم المكان؛ الذي يكثر فيه منه اشتقاقه[3].

وأشير هنا إلى أن المنفعة أو المصلحة اتخذت في عصرنا مذهبًا فلسفيًا في الأخلاق والسياسة[4]، شيده ورسم أصوله في العصر الحديث الفيلسوف الإنجليزي "جيرمي بنتام"، فمنذ أن وضع بنتام كتابه "أصول الشرائع" تبلور هذا المذهب في طوره الحديث[5].

وجعل" بتنام "المنفعة هي المعيار للحكم على الأشياء، وبقدر ما ينتجه الفعل من منفعة ولذة يكون خيرًا، وبقدر ضرره وإيلامه يكون شرًا، بغض النظر عما سوى ذلك من اعتبارات شرعية سماوية، وأخلاقية قويمة.

---

[1] – تهذيب اللغة (4/ 243).

[2] – ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ص512.

[3] – طاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة، المرجع السابق، ص302.

[4] – أشير إلى أن هذا المذهب له جذوره القديمة، فهو يُعد امتدادًا للفكرة اليونانية القديمة، المسماة بمبدأ "اللذة"، ابتداء من أرستبس، إلى العصر الهليني، إلى العصر الهليسنتي، كما ظهرت في أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين في الولايات المتحدة نظرية "البراجماتية"، على يد تشارلز برس، وسار على دربه وليم جيمس، وتبعه جون ديوي، حيث طورها إلى ما يسمى بمبدأ "الذرائع"، وهذه أيضًا لها استمدادها من نظرية المنفعة العامة. المرسلة في الفقه الإسلامي، عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ط 02 ، مؤسسة الرسالة ، لبنان 1982.ص 295

[5] – أصول الشرائع، لجيرمي بنتام، ترجمة أحمد أفندي فتحي زغلول، مصر، الناشر: هيئة قصور الثقافة المصرية.

وقد طغت فلسفة "المنفعة" على الأمم الغربية المعاصرة، واصطبغت نُظُمُها وأخلاقها بهذه الصبغة، والمنفعة التي يستحضرها الغرب في عامة شؤونه وإن كانت توفر شيئًا من لذة، وسدادًا من عيش، إلا أنه تكتنفها مفسدتان:

أولاهما:

أنها منفعة مادية، يغلب عليها البعد الاقتصادي، فهي لا تأبه بالمنافع التي تزكي العقول، وتصلح الأرواح، إلا بقدر ما تُفضي إليه من لذائذ حسية، ورفاهية جسدية حاضرة، أما ما وراء ذلك مما ينفع في الدار الآخرة فلا قيمة له لديهم، وهذا إرث ورثوه عن سلفهم من الأمم اليونانية والرومانية البائدة[1].

وهذا بالطبع يخالف ما جاءت به الشريعة من رعاية جانبي الإنسان الروحي والمادي، على أن تكون المنفعة المادية وسيلة، والغاية من كل ذلك تعبيده لله رب العالمين، كما قال تعالى :﴿ **وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ** ﴾ [2]

ثانيتهما:

العنصرية الضيقة، فالمنفعة التي يتحدثون عنها، هي ما كان نافعًا لهم، ولبني جنسهم خاصة، أما ما يتعدى إلى الشعوب الأخرى فلا .[3]

فهي إذن منفعة مؤسسة على الظلم والجور، بخلاف شريعة الإسلام التي جعلت الحكم بالقسط، والعدالة بين الناس من أعلى مقاصد الرسالة،﴿ **لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَلِيَعْلَمَ اللَّهُ مَنْ يَنْصُرُهُ وَرُسُلَهُ بِالْغَيْبِ إِنَّ اللَّهَ قَوِيٌّ عَزِيزٌ** ﴾ .[4]

وأقرب تعريف – عندي – يوضح بمعنى المصلحة المرسلة اصطلاحًا:

---

[1] – انظر: مقالة "الحضارة المعاصرة الوجه الآخر"، مجلة البيان، العدد (2)، صفر، 1417هـ.

[2] – سورة الذاريات، الآية 56.

[3] – هذا في غالب الأحوال، وقد يشذ بعضهم عن هذه أحيانًا.

[4] – سورة الحديد، الآية 25.

ما قاله الإمام الغزالي رحمه الله "المحافظة على مقصود الشريعة"، ثم بين مراده بمقصود الشارع بأن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم [1]وتسمى بالاستصلاح وبالمناسب المرسل.

الفرع الثاني: أقسام المصلحة المرسلة

أولاً: تنقسم المصلحة المرسلة باعتبار الأصل الذي تعود عليه بالحفظ إلى خمسة أقسام:

1- مصلحة تعود إلى حفظ الدين.
2- مصلحة تعود إلى حفظ النفس.
3- مصلحة تعود إلى حفظ العقل.
4- مصلحة تعود إلى حفظ النسب.
5- مصلحة تعود إلى حفظ المال.

وهذه الأمور الخمسة تسمى:

"بالضروريات الخمس، وبمقاصد الشريعة، وهي الأمور التي عُرف من الشارع الالتفات إليها في جميع أحكامه، ويستحيل أن يفوتها في شيء من أحكامه، بل جميع التكاليف الشرعية تدور حولها بالحفظ والصيانة.

والدليل على ذلك: هو الاستقراء التام الحاصل بتتبع نصوص الكتاب والسنة وقرائن الأحوال وتفاريق الأمارات.[2]

ثانيًا: تنقسم المصلحة المرسلة أيضًا إلى ثلاثة أقسام، وذلك باعتبار قوته[3]:

القسم الأول:

المصلحة الضرورية، وتسمى درء المفاسد، وهي: ما كانت المصلحة فيها في محل الضرورة بحيث يترتب على تفويت هذه المصلحة تفويت شيء من الضروريات أو كلها، وهذه أعلى المصالح، وذلك كتحريم القتل، ووجوب القصاص.

---

[1] – انظر: المستصفى، المرجع السابق، ص 86.

[2] – انظر: روضة الناظر (1/ 414 – 415)،

[3] – محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الشنقيطي، مذكرة في أصول الفقه، الطبعة 1، دار البصيرة، مصر. 1989، ص169.

القسم الثاني:

المصلحة الحاجية، وتسمى جلب المصالح، وهي: ما كانت المصلحة فيها في محل الحاجة لا الضرورة فيحصل بتحقيق هذه المصلحة التسهيل وتحصيل المنافع، ولا يترتب على فواتها فواتُ شيء من الضروريات، وذلك كالإجارة والمساقاة.

القسم الثالث:

المصلحة التحسينية، وتسمى التتميمات، وهي: ما ليس ضروريًا ولا حاجيًا، ولكنها من باب الجري على مكارم الأخلاق واتباع أحسن المناهج، وذلك كتحريم النجاسات.

الفرع الثالث: أدلة اعتبار المصلحة

جلب المصالح ودرء المفاسد أصل متفق عليه بين العلماء، لكنهم اختلفوا في المصلحة المرسلة. فمن رأى أنها من باب جلب المصالح ودرء المفاسد اعتبرها دليلاً واحتج بها، ومن رأى أنها ليست من هذا الباب، بل رأي أن المصلحة المرسلة من باب وضع الشرع بالرأي وإثبات الأحكام بالعقل والهوى قال: إنها ليست من الأدلة الشرعية وأنه لا يجوز الاحتجاج بها ولا الالتفات إليها.[1]

الفريق الأول: المثبتون لحجية المصلحة المرسلة:

اعتبار المصلحة عندهم هو الأساس الذي بنيت عليه الشريعة، يقول ابن القيم: "فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها؛ فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث؛ فليست من الشريعة"[2].

وأدلة اعتبار الشريعة الإسلامية للمصلحة كثيرة، منها:

الدليل الأول :قول الله تعالى :﴿ **وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ** ﴾[3]

---

[1] – ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، ص 443.

[2] – ابن القيم الجوزية، أحكام أهل الذمة، تحقيق: أبو براء يوسف البكري وأبو أحمد شاكر الغازوري، ط01، رمادي للنشر، السعودية 1418 هـ – 1997، ص 111.

[3] – سورة الأنبياء، الآية 107

وجه الدلالة من الآية :أنه لو لم تكن الشريعة التي بعث الله نبيه – صلى الله عليه وسلم – بها مبنية على المصلحة، لم يكن إرسال الرسول – صلى الله عليه وسلم – رحمة، بل نقمة عليهم؛ إذ لو أرسله بحكم لا مصلحة لهم فيها، لكان تكليفًا بلا فائدة، ومشقةً تخالف الرحمة التي أرسل بها الرسول – صلى الله عليه وسلم –؛ فتعقل المعنى، ومعرفة أنه بني على مصلحة أقرب إلى الانقياد والقبول[1].

الدليل الثاني :من خلال استقراء الشريعة وجد الكثير من الأدلة المعللة بما هو أصلح للعباد، ففي ختام آية فرض الوضوء، قال تعالى :﴿ **مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ** ﴾ [2] ، وفرَض الله الصلاة، وعلل ﴿ **إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ** ﴾.[3]

وفرض الله الصيام، وفي ختام الآية قال:﴿ **لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ** ﴾[4] ، إلى جانب الكثير من الآيات التي يثبت بمجموعها على دليل الاستقراء أن الشريعة مبنية على تحقيق مصالح العباد، آتية بإسعادهم في حياتهم الدنيا، وحياتهم الأخرى[5].

الدليل الثالث :أن المجتهدين من الصحابة – رضي الله عنهم – عملوا أمورًا لمجرد تحقق المصلحة، دون تقدم شاهد بالاعتبار، من ذلك قول عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – لأبي بكر – رضي الله عنه – لما اقترح عليه جمع القرآن: "هُوَ وَاللَّهِ خَيْرٌ[6]، وكذلك قال أبو بكر – رضي الله عنه – لزيد عندما أمره بجمع القرآن: "هُوَ وَاللَّهِ خَيْرٌ[7]"، وقال علي بن أبي طالب – رضي الله عنه – لما أمر بتضمين الصناع: "لَا يَصْلُحُ لِلنَّاسِ إِلَّا ذَاكَ[8]"، وغيرها كثير، فتبين من

---

[1] – عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، الجزء الاول: دار عالم الكتب، مصر، د س ن، المحقق: علي محمد عوض، ص 329.

[2] – سورة المائدة، الآية 6.

[3] – سورة العنكبوت، الآية 45

[4] – سورة البقرة، الآية 183

[5] – البوطي، ضوابط المصلحة، المرجع السابق، ص89.

[6] – رواه البخاري، كتاب التفسير، باب قوله: ﴿لَقَدْ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مِنْ أَنْفُسِكُمْ عَزِيزٌ عَلَيْهِ مَا عَنِتُّمْ حَرِيصٌ عَلَيْكُمْ بِالْمُؤْمِنِينَ رَءُوفٌ رَحِيمٌ ﴾ [التوبة: 128]، برقم 4679.

[7] – المرجع السابق.

[8] – كتاب الإجارة، باب ما جاء في تضمين الأجراء، برقم 11666. والأثر منقطع، قال أحمد: منقطع بين أبي جعفر وعلي، وقال الشافعي: لا يثبت عند أهل الحديث. انظر: معرفة السنن والآثار، للبيهقي 8/ 338.

ذلك أن المتقرر عندهم – رضي الله عنهم – بناء الشريعة على المصلحة، وأنه متى وجدت المصلحة فثم شرع الله، ودينه[1].

الدليل الرابع :أن من قواعد الشريعة الكبرى، قاعدة: "لا ضرر ولا ضرار[2]، المستندة إلى الحديث الذي رواه ابن ماجه، عن ابن عباس رضي الله عنهما، قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم» :- **لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ**[3]، وهذا الحديث وإن لم يصح فإن الأمة مجمعة على معناه المستفاد من أدلة كثيرة، فإذا نفى الشرع الضرر، لزم منه إثبات المصلحة؛ لأنهما نقيضان لا واسطة بينهما[4]

الدليل الخامس: أن الأصول محصورة، والوقائع غير محصورة[5] و"نعلم قطعًا أنه لا تخلو واقعة عن حكم الله تعالى معزو إلى شريعة محمد– صلى الله عليه وسلم، فلابد أن تبنى هذه الوقائع على تحقيق المصلحة للناس فيما يتوافق مع مقاصد الشريعة، وأهدافها الكلية؛ كي يتحقق خلود الشريعة، وصلاحيتها الدائمة لكل زمان ومكان[6].

هذه هي أبرز الأدلة في اعتبار الشريعة الإسلامية للمصلحة، وقد اتفق العلماء على اعتبارها، قال القرافي[7]: وإذا افتقدت المذاهب وجدتهم إذا قاسوا وجمعوا وفرقوا بين المسألتين لا

---

[1] – ابن القيم الجوزيه، الطرق الحكمية، المرجع السابق، 1/ 31.

[2] – انظر: الأشباه والنظائر، للسيوطي، ص7، ابن نجيم، البحر الرائق، تحقيق: زكريا عميرات، ط01، دار الكتب العلمية، لبنان 1418هـ– 1997.، ص72

[3] – كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، برقم 2341. والحديث ضعيف؛ فقد جاء عند ابن ماجه وأحمد من طريق جابر الجعفي عن عكرمة عن ابن عباس، وجابر الجعفي ترك الأئمة حديثة، واتهمه بعضهم بالكذب، وجاء الحديث عند ابن ماجة وأحمد أيضًا من طريق إسحاق بن يحيى بن الوليد عن عبادة بن الصامت، وإسحاق لم يدرك عبادة بن الصامت. وقال ابن عبد البر عن هذا الحديث: "إن هذا الحديث لا يستند من وجه صحيح" وقال ابن رجب: "وقال خالد بن سعد الأندلسي الحافظ: لم يصح حديث: «لا ضرر ولا ضرار» مسندا". انظر: تهذيب الكمال، للمزي 2/ 493، 4/ 465، ميزان الاعتدال، للذهبي 1/ 204، 380، تهذيب التهذيب، لابن حجر 1/ 256، التمهيد، لابن عبد البر 20/ 158، جامع العلوم والحكم، لابن رجب 2/ 208.

[4] – الطوفي، رسالة المصلحة، الطبعة الأولى، الدار المصرية اللبنانية، 1993، ص238.

[5] – الغزالي، المنخول، المرجع السابق، ص457.

[6] . وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط 02 ، دار الفكر ، سوريا 1405 هـ – 1985 م.ص 43.

[7]– هو أحمد بن إدريس القرافي المالكي، كان إماماً في الفقه والأصول، من مصنفاته: "الفروق"، و"الذخيرة" في الفقه وهو من أجل كتب المالكية، توفي سنة 684 هـ. انظر: الديباج المذهب، لابن فرحون، ص 62. معجم المؤلفين، لعمر بن عبد الغني 1/ 158.

يطلبون شاهداً بالاعتبار لذلك المعنى الذي به جمعوا وفرقوا، بل يكتفون بمطلق المناسبة[1]، وهذا هو المصلحة المرسلة، فهي حينئذ في جميع المذاهب"، وقال أيضًا: "إن المصلحة المرسلة في جميع المذاهب عند التحقيق[2]"، وقال الطوفي[3]: "أجمع العلماء، إلا من لا يعتد به من جامدي الظاهرية، على تعليل الأحكام بالمصالح ودرء المفاسد، وأشدهم في ذلك مالك حيث قال بالمصلحة المرسلة، وفي الحقيقة لم يختص بها، بل الجميع قائلون بها، غير أنه قال بها أكثر منهم[4]"

وقد اشتهر عن الإمام الشافعي ومذهبه إنكار اعتبار المصلحة في التشريع، إلا أن المحققين في المذهب، بينوا أن الشافعي لا ينكر اعتبار المصلحة في التشريع، لكنه ينكر البعد فيها، والإفراط، واتباع الأهواء باسم المصلحة، وبينوا أنه لا وجه للخلاف في اعتبارها، قال الجويني: "وذهب الشافعي ومعظم أصحاب أبي حنيفة رضي الله عنهما إلى اعتماد الاستدلال[5]،وإن لم يستند إلى حكم متفق عليه في أصل، ولكنه لا يستجيز النأي والبعد

والإفراط، وإنما يسوغ تعليق الأحكام بمصالح يراها شبيهة بالمصالح المعتبرة وفاقًا وبالمصالح المستندة إلى أحكام ثابتة الأصول قارة في الشريعة.

وقال الغزالي: "وإذا فسرنا المصلحة بالمحافظة على مقصود الشرع فلا وجه للخلاف في اتباعها، بل يجب القطع بكونها حجة.[6]

---

[1]– المناسب عبارة عن وصف ظاهر منضبط يلزم من ترتيب الحكم على وفقه حصول ما يصلح أن يكون مقصودًا من شرع ذلك الحكم" الإحكام في أصول الأحكام، للآمدي 3/ 270.

[2]– المرجع السابق، ص446.

[3]– هو سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم، أبو الربيع، نجم الدين، الطوفي، حنبلي المذهب، عالم أصولي، ولد عام 657هـ، وله عدة تصانيف، منها: "شرح مختصر الروضة"، و"التعيين في شرح الأربعين"، توفي عام716هـ. انظر: الأعلام، للزركلي 3/ 127–128، المصلحة في التشريع، لمصطفى زيد، ص81–105

[4]– الطوفي، المرجع السابق، ص244.

[5]– وقد عرّف الجويني الاستدلال بأنه: "معنى مشعر بالحكم مناسب له فيما يقتضيه الفكر العقلي من غير وجدان أصل متفق عليه والتعليل المنصوب جار فيه". البرهان، للجويني 2/ 161.

[6] – الغزالي، المستصفى، المرجع السابق، ص179.

وقال الزركشي[1]:" فإن العلماء في جميع المذاهب يكتفون بمطلق المناسبة، ولا معنى للمصلحة المرسلة إلا ذلك[2]

وفي ثنايا كتب المذاهب الفقهية الكثير من الفروع التي بنى علماء المذاهب فتاواهم على تحقيق المصلحة.[3]

وبعدما تبين ذلك، فلا ينبغي التردد في صحة الاستناد إلى المصلحة[4]، واعتبارها في التشريع، فإن المصلحة هي "أخصب الطرق التشريعية فيما لا نص فيه[5]، وفيها المتسع للفقيه في تدبير أمور الأمة عند نوازلها، ونوائبها إذا التبست عليه المسالك.[6]

الفريق الثاني: المنكرون لحجية المصلحة المرسلة

وهم فريقان: فريق نفاة القياس، وهؤلاء لا يقولون بعلل أو تعليل، ولا بقياس ولا استحسان ولا استصلاح، ويرون أن ما نص عليه الله في كتابه وعلى لسان رسوله كفيل بتحقيق مصالح الناس، وما سكت عنه فهو على البراءة الأصلية التي خلق الله عليها الأشياء، كما أن العقول لا يمكنها إدراك العلل التي تبنى عليها الأحكام، مما يبطل الاستدلال بجميع الأدلة العقلية بما فيها المصالح المرسلة.

أما الفريق الثاني فهم المثبتون للقياس، وهم لا ينكرون تعليل الأحكام ومع ذلك لا يقولون بحجية المصالح المرسلة، ودليلهم على ذلك ما يلي :

---

[1] – هو محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي الشافعي، عنى بالفقه والأصول والحديث، جمع في الأصول كتابا سماه البحر في ثلاثة أسفار، وشرح علوم الحديث لابن الصلاح، وجمع الجوامع للسبكى، توفي سنة 794هـ.انظر: طبقات الشافعية، لابن قاضي شهبة 3/ 167، شذرات الذهب، لابن العماد 8/ 572.

[2] – شمس الدين الشربيني، مغني المحتاج، تحقيق: محمد خليل عيتاني، الجزء الثالث، ط01، دار المعرفة، لبنان 1418 هـ-1997 م، ص 249.

[3] – مصطفى زيد، المصلحة في التشريع، ص56-75، المصالح المرسلة وأثرها في المعاملات، لعبد العزيز العمار، ص138-152.فقد ذكرا كثيرًا من الأمثلة لفتاوى علماء المذاهب التي بُنيت على المصلحة.

[4] – لابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، المرجع السابق'، ص309.

[5] – عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، المرجع السابق، ص85.

[6] – انظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، لابن عاشور، ص315.

1/ لقد شرع الله كل ما يكفل تحقيق مصالح الناس إما من خلال كتابه أو سنة نبيه، أو بما هدى إليه أهل الاجتهاد والعلم، فلم يختلفوا فيها، وما تنازعوا فيه أرشدهم أن يردوه إلى الله ورسولهّ عن طريق القياس، وذا حصل كمال الدين وتمام النعمة، مصداقا لقوله تعالىَ ﴿**الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا**﴾ [1]

وأجيب على هذه الشبهة: بأنه حتى وإن راعت الشريعة مصالح العباد وشرعت من الأحكام ما يوصل إليها، لكنها لم تنص على جميع جزئيات المصالح إلى اية الدنيا[2]، بل نصت على بعضها فقط، ودلت بمجموع أحكامها ومبادئها على أن المصلحة هي مقصود الشارع، وغرضه من جميعّ الأحكام، وعدم تنصيص الشريعة على جميع المصالح لا يقدح في كمالها، بل إن ذلك من محاسنها لأنه يدل على صلاحها لتكون عامة لكل الناس في كل زمان، ذلك أن المصالح الجزئية تتغير بتغير الزمان والمكان والأحوال.[3] .

ورد أيضا بأن القائلين بالاستصلاح لا ينكرون وفاء الشريعة بحاجات الناس وإن أنكروا وفاء النصوص ا، لأم يعتبرون العقول من وسائل إدراكها، واهتداء العقول إليها إنما هو داية الله عز وجل لها، ومن ثم. كان دورها هو دور الكاشف فقط لا المنشئ.

ومن أدلة المنكرين أيضا: أن القول بالمصالح المرسلة واعتمادها كدليل من بين الأدلة يفتح الباب أمام أصحاب الأهواء، والشهوات من الفقهاء والحكام يتصرفون وفق أهوائهم، مما يؤدي إلى إهدار قداسة الشريعة فيقع الخلط والتخليط في أحكام الشريعة، ويتجرأ الجهال على تشريع الأحكام، ين اضطراب عظيم وكثيرّ إنه من جهة المصالح حصل في أمر الد وفي هذا قال ابن تيمية _رحمه الله_

"من الأمراء رأوا مصلحة فاستعملوها بناء على هذا الأصل، وقد يكون هناك منها ما هو محضور في الشرع لم يعلموه. " ..

... وأجيب على هذه الشبهة بأن هذه الحجة ربما تصدق في حالة ما إذا كانت المصلحة المرسلة التي تؤسس عليها الأحكام دون قيد أو شرط، ومن جهة فإن العمل بالمصالح هو مهمة

[1] – سورة المائدة، الآية 03.

[2] – عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، لبنان 1987 ، ص 238.

[3] – انظر: عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، المرجع السابق، ص 94.

العلماء واتهدين، وإذا تجرأ الجهال فإن أهل العلم يكتشفون جهالتهم، ثم إن الحذر من تجرأ الجهال لا يعنيّ بسبب المتطفلين على تعطيل دليل مهم في استنباط الأحكام، لعطل الاجتهاد الشرعي جملة وإلا الاجتهاد أو على الفتيا .

3/من حجج المنكرين للمصالح المرسلة أيضا؛ ما ذكره الآمدي في الأحكام أنه لم يقم دليل شرعي على اعتبارها ولا على إلغائها، فهي مصلحة مترددة بين الاعتبار والإلغاء وتحتمل كلا منهما، ولا يوجد دليل يرجح اعتبارها على إلغائها، فهو ترجيح من غير مرجح.[1]

وأجيب بأن رعاية المصلحة واعتبارها هو الأصل، وإلغاء المصلحة هو الاستثناء، فإلحاق المصالح المسكوت عنها بالمصالح المعتبرة أولى من الحاقها بالمصالح الملغاة.

الترجيح بين الفريقين:

قال الشيخ الشنقيطي: "فالحاصل أن الصحابة رضى الله عنهم كانوا يتعلقون بالمصالح المرسلة التي لم يدل دليل على إلغائها، ولم تعارضها مفسدة راجحة أو مساوية.

وأن جميع المذاهب يتعلق أهلها بالمصالح المرسلة، وإن زعموا التباعد منها.

ومن تتبع وقائع الصحابة وفروع المذاهب علم صحة ذلك.

ولكن التحقيق أن العمل بالمصلحة المرسلة أمر يجب فيه التحفظ وغاية الحذر حتى يتحقق صحة المصلحة وعدم معارضتها لمصلحة أرجح منها، أو مفسدة أرجح منها أو مساوية لها، وعدم تأديتها إلى مفسدة في ثاني حال[2].

وبذلك يتبين أن الخلاف في الاحتجاج بالمصلحة المرسلة خلاف لفظي؛ لأن الجميع متفق على أن تحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المفاسد وتقليلها أصل شرعي ثابت إلا أن الخلاف وقع في تسمية العمل بهذا الأصل والالتفات إلى تحقيقه – فيما لم يرد باعتباره أو إلغائه دليل خاص – مصلحة مرسلة[3].

---

[1] – لآمدي، الأحكام في أصول الأحكام ، المرجع السابق، ص142.

[2] – المصالح المرسلة للشنقيطي (21). وانظر: مذكرة الشنقيطي (170).

[3] – انظر: روضة الناظر ص 415، ومجموع الفتاوى ص343، وقواعد الأصول ص ر78.

فبعضهم يسمي ذلك مصلحة مرسلة، وبعضهم يسمي ذلك قياسًا[1]، أو عمومًا، أو اجتهادًا، أو عملاً بمقاصد الشريعة.

ومما يقرر كون الخلاف لفظيًا أن المثبتين للمصلحة المرسلة إنما يقولون بها وفق ضوابط محددة، وهذه هي المسألة الرابعة.

الفرع الرابع: ضوابط المصلحة

المصلحة هي أوسع الطرق، وهذا الاتساع فيها قد يغري أهل الأهواء بالدخول عن طريقها إلى تحقيق رغباتهم مستدلين بتحقيق المصلحة، منادين بها، لذلك لابد للمصلحة من ضوابط تضبطها، وقد ذكر العلماء ضوابط للمصلحة، وهي:

1- أن تكون المصلحة موافقة لمقصود الشارع، بأن تكون من جنس المصالح التي جاء بها، وليست غريبة عنها[2]
2- أن ترجع إلى حفظ أمر ضروري، ورفع حرج لازم في الدين[3]، قال الغزالي:"أما الواقع من المناسبات في رتبة الضرورات أو الحاجات-كما فصلناها- فالذي نراه فيها: أنه يجوز الاستمساك بها، إن كان ملائمًا لتصرفات الشرع[4]
3- أن تكون مصلحة حقيقية لا مصلحة وهمية؛ فالوهمية هي التي يُتخيل فيها منفعة وهي عند التأمل مضرة، وذلك لخفاء الضرر فيها.[5]
4- عدم تفويتها مصلحة أهم منها، وذلك بالنظر لها من حيث قوتها، وبالنظر لها من حيث شمولها، فلا تقدم المصلحة الحاجية على المصلحة الضرورية، ولا تقدم المصلحة التحسينية على المصلحة الحاجية، ولا تقدم المصلحة الخاصة بأفراد على المصلحة المتعلقة

[1] – الفرق بين القياس والمصلحة المرسلة أن القياس يرجع إلى أصل معين بخلاف المصلحة فإنها لا ترجع إلى أصل معين، بل إلى أصل كلي. انظر: شرح الكوكب المنير (4/ 170).

[2] الشاطبي، الاعتصام، ص627، المصالح المرسلة وأثرها في المعاملات، لعبد العزيز العمار، ص119.

[3] – انظر: الاعتصام، الشاطبي، ص632.

[4] – للغزالي، شفاء الغليل، المرجع السابق، ص99.

[5] – عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ص76، أنظر: ابن عاشور، مقاصد الشريعة، المرجع السابق، ص315.

بجماعات، ولا تقدم المصلحة المتعلقة بجماعات على المصلحة العامة لكل الأمة[1]، قال ابن القيم:" وقاعدة الشرع والقدر تحصيل أعلى المصلحتين وإن فات أدناهما[2].

وقد ذكر بعض العلماء من ضوابط المصلحة ألا تعارض الشرع[3]، وقد سبق بيان أن ما يعارض الشرع لا يدخل في مفهوم المصلحة، فلا داعي لوضعه من الضوابط.

ولابد أن يضاف إلى هذه الضوابط أن يكون المقرر لهذه المصلحة هم العلماء، فالعلماء هم الذين يعرفون موافقة المصلحة لمقاصد الشارع، وهم الذين يميزون المصلحة الحقيقة من المصلحة الوهمية، ويدركون مآلات الأمور، وهم الذين يميزون بين المصالح فلا يقدمون المصلحة على مصلحة أهم منها، وهم أهل الذكر في معرفة المصالح الذين أمر الله بسؤالهم، قال الله تعالى : ﴿ **فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ** ﴾[4].

5- ألا تكون المصلحة مصادمة لنص أو إجماع.[5]

6- أن تعود على مقاصد الشريعة بالحفظ والصيانة.[6]

7- ألا تكون المصلحة في الأحكام التي لا تتغير، كوجوب الواجبات، وتحريم المحرمات، والحدود، والمقدرات الشرعية، ويدخل في ذلك الأحكام المنصوص عليها، والمجمع عليها، وما لا يجوز فيه الاجتهاد

8- ألا تعارضها مصلحة أرجح منها أو مساوية لها، وألا يستلزم من العمل بها مفسدة أرجح منها أو مساوية لها[7]

قال ابن القيم" :فالأعمال إما أن تشتمل على مصلحة خالصة أو راجحة، وإما أن تشتمل على مفسدة خالصة أو راجحة، وإما أن تستوي مصلحتها ومفسدتها.

---

[1] – البوطي، ضوابط المصلحة، المرجع السابق، ص ص260-266.

[2] – ابن القيم، إعلام الموقعين، المرجع السابق،ص217.

[3] – عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، المرجع السابق، ص76.

[4] – سورة النحل، الآية 43.

[5] – الشنقيطي، المصالح المرسلة، المرجع السابق، ص21.

[6] – ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، ص 343.

[7] – الشنقيطي، المصالح المرسلة، المرجع السابق، ص21.

فهذه أقسام خمسة: منها أربعة تأتي بها الشرائع.

فتأتي بما مصلحته خالصة أو راجحة آمرة به أو مقتضية له.

وما مفسدته خالصة أو راجحة فحكمها فيه النهي عنه وطلب إعدامه.

فتأتي بتحصيل المصلحة الخالصة والراجحة أو تكميلها بحسب الإمكان، وتعطيل المفسدة الخالصة أو الراجحة أو تقليلها بحسب الإمكان.

فمدار الشرائع والديانات على هذه الأقسام الأربعة.[1]

[1] – وقد ذكر ابن القيم في هذا المقام مسألتين: الأولى: في وجود المصلحة الخالصة والمفسدة الخالصة، انتهى فيها إلى قوله: "وفصل الخطاب في المسألة إذا أريد بالمصلحة الخالصة أنها في نفسها خالصة من المفسدة لا يشوبها مفسدة فلا ريب في وجودها، وإن أريد بها المصلحة التي لا يشوبها مشقة ولا أذى في طريقها والوسيلة إليها ولا في ذاتها فليست موجودة بهذا الاعتبار. والمسألة الثانية: في وجود ما تساوت مصلحته ومفسدته، اختار فيها عدم وجود هذا القسم في الشريعة وإن حصره التقسيم، ذلك لأن الشيء إما أن يكون حصوله أولى بالفاعل وهو راجح المصلحة، وإما أن يكون عدمه أولى به وهو راجح المفسدة.

المبحث الثاني

مفهوم المصالح المرسلة عند شراح القانون

سنتطرق في هذا المبحث لمفهوم المصلحة من ناحية القانون حيث نتطرق لمدلول المصالح في المطلب الأول وأحكام المصلحة قانونا في المطلب الثاني بحيث نتناول المنفعة والهدف في الفرع الأول والموافقة بينهما في الفرع الثاني.

المطلب الأول

مدلول المصالح المرسلة عند شراح القانون

تناولنا في هذا المطلب التعريف القانوني للمصلحة وأثر المصلحة في الدعوى كشرط من شروط رفع الدعوى.

الفرع الأول: التعريف الموضوعي للمصلحة

أولا: تعريف المصلحة على الأساس المادي والأدبي

عرفت بكونها عنصر من عناصر الحق بقولهم: الحق مصلحة مادية أو أدبية يحميها القانون، وعرفت من جهة أخرى أنها كل شيء يشبع حاجة الإنسان بدئا من حق الإنسان في الحياة و سلامة بدنه وكل منفعة مادية أو أدبية ،فقيل في ذلك أنها العلاقة بين الشخص وماله وقيل أنها كل شيء يشبع حاجة مادية أو معنوية لشخص ما، فالحاجة المادية تتمثل في حماية المصلحة في الحياة و مصلحة السلامة البدنية ومصلحة حماية أعضاء الجسم للسير وفق المجرى الطبيعي، أما الحاجة المعنوية فتتمثل في حماية مصلحة الشرف والاعتبار في الجرائم الماسة بحرية الإنسان وحرمته[1].

[1] – عبد الحكم فودة، الدفع بانتفاء الصفة والمصلحة في المنازعات المدنية، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2007، ص53

ثانيا: تعريف المصلحة باعتبار المنفعة أو الفائدة

كما تعرف المصلحة بأنها منفعة أو فائدة التي تعود للمدعي من الحكم له بما طلبه، وهذا لا يعني الحكم لصالحه فقد يحكم بغير صالحه ورغم ذلك المصلحة متوفرة، لأن مسألة القبول سابقة على الفصل في مضوع الدعوى.[1]

وفي دعوى التطليق نقصد بالمصلحة أن يكون الهدف من إقامة الدعوى من الزوجة هو الحصول على حكم حماية مصلحة مشروعة، وشرعية اقرارها هو التطليق، وإلا لن تقبل الدعوى.[2]

إن ممارسة الدعوى تقتضي في المدعي والمدعى عليه توافر المصلحة، كما تفرض المقولة الشهيرة (لا دعوى بدون مصلحة) أي أن من يمارس الدعوى يمكنه إثبات جنيه لفائدة من ورائها

والمصلحة هي: المنفعة التي تعود على المدعي في الالتجاء إلى القضاء، ويجب أن تكون المصلحة مستندة إلى حق أو مركز قانوني وأن تكون شخصية وأن تكون قائمة وحالة أو محتملة و يقرها القانون، إذن فالمصلحة هي الغاية والهدف الذي من أجله رفعت الدعوى والقاضي عند النظر في الدعوى أول ما يتعرض له البحث عن شروط رفع الدعوى من صفة ومصلحة لدى المدعي رافع الدعوى وكذا لدى المدعى عليه[3]

ثالثا: تعريف المصلحة على أساس الهدف

كما يمكن القول بأنها: الهدف المتوخى من طرح النزاع أمام العدالة، والأمر شتان أن تكونهذه المصلحة حالة أي قائمة (قبل طرح النزاع أو أثناء طرحه) أو محتملة أي يمكن أن تتحقق إثر المطالبة القضائية، أن هذه الأخيرة يجب أن تكون قانونية، بمعنى مشروعة يحميها القانون، ولا شيء غير ذلك، وبمعنى أدق ألا يطالب شخص من القضاء حماية حق لا يقره القانون[4]

---

[1] – محمد أمين حميدي، شروط رفع الدعوى وأجالها في تقديم المستندات، مداخلة في اطار شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية، مجلس قضاء شلف، محكمة عين الدفلى، 2009، ص08.

[2] – عبد العزيز سعد . الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري . الطبعة الثانية . دار البحث . قسنطينة، 1989، ص 329.

[3] –ذيب عبد السلام، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ترجمة للمحاكمة العادلة، موفم للنشر، طبعة ثالثة، الجزائر 66.، ص، 2012

[4] –دلاندة يوسف، المرجع السابق، ص 22

الفرع الثاني: التعريف الإجرائي للمصلحة

وشرط المصلحة نصت عليه المادة 13 الفقرة الأولى من ق إ م إ، حيث نجد أنها تنص على أنه لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يحميها القانون، ومن محاولة شرح هذا النص نستنتج أن المصلحة هي الفائدة أو المنفعة التي يحصل عليها المدعي من إقامة دعواه أمام القضاء، ولهذا فإن القانون قد اشترط لقبول الدعوى أن تكون للمدعى مصلحة قائمة وحالة، أو على الأقل محتملة، وأنها مصلحة يحميها القانون، ونستنتج من جهة أخرى أن انعدام المصلحة لا يمكن أن يثيره القاضي من تلقاء نفسه لأنه ليس من النظام العام ،باعتبار أنه شرع لمصلحة المدعى عليه الذي إذا رغب في الدفع بانعدام المصلحة أن يثير دفعه قبل أي مناقشة أو دفاع في الموضوع.

أما القول بكون المصلحة قائمة ويحميها القانون فذلك يعني أنها مصلحة مشروعة، ذلك أن القانون لا يحمي المصلحة المخالفة للنظام العام و الآداب العامة، وأما القول بأنها مصلحة محتملة فذلك يعني أنها مصلحة تهدف إلى منع وقوع الضرر في المستقبل أما المقصود من المصلحة في الطلاق فهو أن يكون الهدف من إقامة الدعوى من الزوج ضد الزوجة أو العكس للحصول على مصلحة شرعية من الطلاق و إقرارها ، لذلك فإنه لابد للمدعي أن يبين بصفة دقيقة طلبه الرامي إلى الطلاق، مع تحديد وذكر الأسباب التي حالت دون استمرار العشرة الزوجية بين الطرفين، لأن عدم توفر شرط المصلحة يؤدي حتما إلى عدم قبول الدعوى.[1]

ومثاله كأن تكون الزوجة طالبة الخلع غير قادرة على مواصلة الحياة الزوجية، أي استحالة مواصلة العلاقة الزوجية بين الزوجين، أو لعدم قدرة الزوجة على تلبية حقوق الزوج الشرعية ، ففي هذه الحالة فإنه من مصلحة الزوجة ، وكذلك الزوج فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع.

كذلك في حالة رفع الزوجة دعوى التطليق بسبب إهمال الزوج وعدم اهتمامه بالأسرة وبالتالي خوفا من الزوجة على مصلحة الأولاد ومصلحتها، فإنها ترفع دعوى التطليق من أجل

[1] – عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 60

حماية أولادها من وقوع ضرر محتمل بهم، وفي كل هذه الدعاوى فإن الحكم فيها يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي في تقدير مدى توفر المصلحة من عدمه[1]

كذلك يتم رفع الدعوى من طرف الولي في حالة ما إذا كانت الزوجة ناقصة الأهلية، وأبرمت عقد الزواج بترخيص من المحكمة فالولي في هذه الحالة، يرفع الدعوى نيابة عن ابنته ولمصلحتها وليس لمصلحته الشخصية.

المطلب الثاني

عناصر المصلحة قانونا

تتمثل عناصر المصلحة عند فقهاء القانون في ثلاثة عناصر المنفعة والهدف تناولناها في الفرع الأول أما العنصر الثالث المتمثل في الموافقة بينهما تناولناه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: المنفعة والهدف

أولا: المنفعة

عرفت المنفعة بأنها اللذة أو ما كان وسيلة إليها أو دفع الألم أو ما كان وسيلة إليه، أو اللذة تحصيلا وإبقاء، فالمراد بالتحصيل جلب لذة والمراد بالإبقاء الحفاظ عليها بدفع المضرة وأسبابها[2].

ثانيا: الهدف

هو بالمعنى القانوني الغاية التي يسعى المشرع إلى تحقيقها من وضع القواعد القانونية[3].

الفرع الثاني: الموافقة بين المنفعة والهدف

أي وجود حالة إنسجام بين المنفعة والهدف، فمتى وافقت المنفعة الهدف وجدت المصلحة لذلك عرفها فقهاء القانون (المصلحة) حالة الموافقة بين المنفعة والهدف.

---

[1] – طاهير وفاء وآخرون، إجراءات التقاضي في دعوى الطلاق، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الأسرة، جامعة جيجل ، 2016–2017 ، ص 28

[2] – محفوظ بن صغير، التشريع المصلحي بين النظرية والتطبيق، مجلة البحوث والدراسات، معهد العلوم القانونية والادارية، المركز الجامعي بالوادي، العدد 04، يناير 2007، ص41.

[3] – عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص54.

وهناك تعريف أراد صاحبه من خلاله أن يرجح ويجمع بين الأقوال فقال: المصلحة هي تقدير الشيء بوضعية معينة فهي عملية عقلية تتناول الشيء من خلال تقييم النفع وصلاحيته لإشباع الحاجة، فهي حكم صاحب المصلحة على الشيء بوصفه بأنه سيكون مفيدا إشباع حاجته، وما يعد مصلحة في زمان ومكان معين قد لا يعد في زمان ومكان أخر، فهي منوطة بالشخص الذي يقدر حاجته وهو الذي يحددها[1].

المطلب الثالث

شروط المصلحة في القانون

تناولنا في هذا المطلب شروط المصلحة المعتبرة قانونا.

للمصلحة عدة شروط في القانون حتى تعتبر المصلحة قانونية وهي:

1- **استنادا المصلحة إلى الحق:** لذلك عرفت المصلحة بعلاقتها بالحق على أنها: الحق مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون لصاحبها، فالمصلحة تكون قانونية إذا قامت على حق يقر به القانون أو نشأت عن وضع أو حالة شرعية، وبذلك تحظى هذه المصلحة بحماية المشرع فيسبغ عليها حمايته.
2- **اقتران المصلحة بالحماية القانونية:** المصلحة القانونية هي تلك التي تستند الى حق معين او الى مركز قانوني يتمتع بحماية المشرع بحيث تتصل المصلحة بحق أو بمركز قانوني معين تكون تلك المصلحة القانونية[2].

والحماية القانونية تمثل ركنا من اركان الحق بما فيه الحق للشخص إذا لم تكن هناك حماية تجعل من صاحب الحق يتمتع بحقه دون تجاوز او اعتداء من الغير، وان الدعوى هي الجانب الشكلي بوصفها الوسيلة لصون الحق، لان لكل حق غاية او هدف، وهذه الغاية لا تتم الا مع وجود الدعوى القضائية او حماية القانون

[1] – بشير الصياح، مروى الخريشة، طبيعة شرط المصلحة في دعوى الإلغاء، رسالة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الإسراء، فلسطين، ص06.

[2] – عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية (القانون رقم 08-09، ط2، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009، ص38.

3- **أن تكون المصلحة مشروعة:** تكون المصلحة مشروعة إذا قامت على حق يقره القانون او تنبعث على حالة مشروعة، ومتى اتصفت بهذه الخاصية ترعى برعاية المشرع تستحق الحماية، وإذا كانت بهذه الخاصية غير موجودة كان باب القضاء موصدا بوجه صاحبها.

4- **أن تكون المصلحة قادرة على اشباع حاجات معينة:** وهذه الحاجات قد تكون مادية أو معنوية، وإذا كانت الغريزة هي التي تولد الحاجة فإن الشعور بهذه الحاجة هو الذي يحرك الرغبة والإرادة الى النزوع الى إشباعها.

بشرط ان تكون هذه الحاجات لا تتعارض مع النظام العام او الآداب العامة، وأنه لا يجوز استعمال الحق لمجرد الإضرار أو لمعارضة عامة أو تحقيق مصلحة خاصة لا تتناسب مع مصلحة الغير.[1]

5- **اقتران المصلحة بالذاتية:** ان ينفرد بها الشخص دون غيره، فهي حق يستأثر به على قيم وأشياء تكفل له التسلط والاقتضاء.

6- **منع وقوع اعتداء:** بمعنى أن يكون هناك خطر دائم قائم من شأنه المساس بالمصلحة محل الحماية القانونية، سواء كان الخطر حالا أو محتملا كما الحال في الشروع.

[1] – عمر زودة، الاجراءات المدنية والادارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، دار انكلوبيديا، ط2، الجزائر، 2015، ص66.

ملخص الفصل الأول

لقد تضمن هذا الفصل تأصيل المصلحة المرسلة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري بحيث أن المصلحة هي المنفعة عند أغلب الفقهاء في الشريعة الإسلامية و أنها منفعة أو فائدة و أنها عنصر من عناصر الحق عند فقهاء القانون كما أنها شرط من شروط الدعوى إذ لا دعوى إلا بصفة ومصلحة ولهذا حاولنا ربط المصلحة بمسألة فك الرابطة الزوجية لمعرفة مدى اعتبار المصلحة فيها وكيف تناولها الفقه الإسلامي وكيف اعتبرها المشرع الجزائري والقضاء في الجانب النظري وما قابله في الجانب الإجرائي على خلاف الفقه الإسلامي الذي أسهب في الجانب النظري وبشكل جلي.

الفصل الثاني

إعمال مفهوم المصلحة في فك الرابطة الزوجية فقها وقانونا

الفصل الثاني

إعمال مفهوم المصلحة في فك الرابطة الزوجية فقها وقانونا

إن أحكام الشريعة الإسلامية كلها قائمة على جلب المصالح ودرء المفاسد كما انها شرط من شروط رفع الدعوى فهي الضابط الضامن لجدية الدعوى وبقائها تحت سلطة القانون وفي هذا الصدد يتناول هذا الفصل المصلحة ومراعاتها في فك الرابطة الزوجية في المبحث الأول وتطبيقات المصلحة المضيقة في فك الرابطة الزوجية وأيضا مراعاة المصلحة في الأثار المترتبة عن فك الرابطة الزوجية من حضانة ونفقة وتأمين مسكن للممارسة الحضانة.

المبحث الأول

طرق فك الرابطة الزوجية فقها وقانونا

تناولنا في هذا المبحث طرق فك الرابطة الزوجية فقها وقانونا بإرادة الزوج المنفردة والتطليق والخلع.

المطلب الأول

الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

أولت الشريعة الإسلامية للزواج أهمية كبيرة بالنظر لدوره في تكوين الأسرة بصفتها اللبنة والدعامة الأساسية لبناء مجتمع قوي ومتماسك، حيث حدد الشارع الحكيم القواعد الصحيحة التي تبنى عليها العلاقة الزوجية الدائمة والمستمرة باعتبار ذلك هو الأصل والغاية المنشودة من تشريع الزواج، ومن ذلك قوله تبارك وتعالى: "**وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي خَالِقٌ بَشَرًا مِّن صَلْصَالٍ مِّنْ حَمَإٍ مَّسْنُونٍ (28)**"[1].

وإذا كان ديمومة العلاقة الزوجية واستمرارها هو الأصل والغاية المنشودة، فإن إقرار الشارع الحكيم للطلاق جاء كاستثناء وضرورة لا يلجأ لها إلا بصفتها آخر الحلول الممكنة، رفعا للضرر على الزوجين، وذلك مصداقا لقوله تعالي: "**وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ ۚ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ ۚ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۚ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ ۚ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم ۚ مِّن بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۗ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ ۚ فَإِن كَانُوا أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ۚ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ ۚ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ ۗ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ (12)**"[2].

ويختلف تشريع أحكام الطلاق بين حالات الطلاق بغرادة الزوج والتطليق بطلب الزوجة والخلع، بحي سنتناول من خلال هذا المطلب المصلحة في إقرار الطلاق بغرادة الزوج المنفردة وذلك لكونه مالكا للعصمة الزوجية.

---

[1]– الآية 128، من سورة الحجرات.

[2]– الآية 12، من سورة النساء.

الفرع الأول: مفهوم الطلاق وأنواعه وشروطه

يقول الحق تبارك وتعالى: "**يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ۖ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ ۖ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا (1)**"[1]، فالطلاق هو حل العصمة المنعقدة بين الزوجين بألفاظ مخصوصة، ويكون له أقسام وشروط بحيث يتم انحلال الرابطة الزوجية بطرق عادية.

أولا: مفهوم الطلاق

للطلاق تعريفات مختلفة ومتعددة فقها وقانونا، وهو ما سنتطرق لها فيما يلي بالتعرض للتعريف الطلاق لغة واصطلاحا ثم قانونا.

1- الطلاق لغة: هو حل الوثاق، ويشتق من الإطلاق وهو الإرسال و الترك، ويقال فلان طلق اليد بالخير أي: كثير البذل، وأطلق الرجل من حبسه أي فك او حل أسره[2].

2- الطلاق اصطلاحا: هو حل الرابطة الزوجية الصحيحة من جانب الزوج بلفظ مخصوص أو ما يقوم مقامه في الحال أو المآل، واللفظ المخصوص هو ما كان صريحا في الطلاق أو كناية عنه مما يحتاج إلى نية، والذي يقوم مقامه هو الكتابة والإشارة، والذي يحلها في الحال هو الطلاق البائن، والذي يحلها في المآل هو الطلاق الرجعي[3]، كما سيلي بيانه.

2-1 تعريفات بعض الفقهاء للطلاق:

- **تعريف الأحناف:** هو رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح ويتحقق بكل لفظ معترفا به شرعا.

- **تعريف المالكية:** هو صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته، أو هو إزلة القيد وإرسال العصمة لأن الزوجة تزول عن الزوج.

- **تعريف الحنابلة:** هو حل قيد النكاح أو بعضه، وبعض قيد النكاح إذا طلقها طلقة واحدة رجعية.

---

[1]- الآية:01، من سورة الطلاق.

[2]- حسين بن عودة العوايشة، الموسوعة الفقهية الميسرة، فقه الكتاب والسنة المطهرة، المكتبة الإسلامية، دار ابن حزم، بيروت- لبنان، ط 1، ج5، 2004، ص 241.

[3]- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري، دار الجامعة، بيروت-لبنان، 1982، ط4، ص:491.

- **تعريف الشافعية:** هو حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه.[1]

3- الطلاق في القانون:

تنص المادة 47 من ق.أ.ج على أنه "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة "[2]، وعرف المشرع الجزائري الطلاق في المادة 48 من ق.أ.ج المعدل بموجب القانون 05-02، بأنه حل عقد الزواج ويتم باردة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يختلف في تعريفه للطلاق عن تلك التعريفات الواردة في مختلف المذاهب الفقهية المشار لها أعلاه، فالطلاق بصفة عامة هو حل وإنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجي، إلا انه الدراسيين وشراح قانون الأسرة الجزائري يعيبون على المشرع عدم تعرضه لمسألة الزواج الباطل إذ أنه هو الآخر تنحل به الرابطة الزوجية.

ثانيا: أنواع الطلاق

إن أنواع الطلاق كما هو متعارف عليها شرعا وقانونا تتمثل في: الطلاق السني والطلاق البدعي وكذا الطلاق الرجعي والطلاق البائن.

1- الطلاق السني:

هو الواقع على الوجه الذي ندب إليه الشرع، وهو أن يطلق الزوج زوجته المدخول بها طلقة واحدة في طهر لم يمسها فيه، وأن الطلاق إن حصل في فترة الحيض أو في طهر قد مسها فيه لا يعد طلاق سنيا.[3]

أي أن الطلاق المشروع يكون مرة يعقبها رجعة ثم مرة ثانية يعقبها رجعة كذلك، ثم للزوج بعد ذلك الخيار بين أن يمسك الزوجة بالمعروف أو يسرحها بإحسان، وذلك في قوله تعالى: **"الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا**

[1]- محفوظ بن الصغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05، دار الوعي، ط2، 2005، ص29.

[2]- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر 05-02، المؤرخ في:2005/02/27، الجريدة الرسمية عدد:15 لسنة 2005.

[3]- ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط2، دار ابن حزم، بيروت لبنان، 2006، ص:444.

افْتَدَتْ بِهِ ۗ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ (229)."[1]

2- الطلاق البدعي:

هو ما نقص منه أحد شروط الطلاق السني أو كلها، وحكمه إما التحريم أو الكراهة، والحرام هو ما يكون قد وقع من الزوج في فترة الحيض أو النفاس، أما المكروه فيكون في طهر قد مسها فيه[2]، وقد بين النبي صلى الله عليه وسلم ذلك فيما رواه نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: مره فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وان شاء طلق قبل أن يمسها، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء".[3]

3- الطلاق الرجعي: هو الذي يملك الرجل فيه مراجعة زوجته وإعادتها إليه قبل انقضاء عدتها بدون عقد جديد، وسواء رضيت الزوجة بذلك أو لم ترضى، فإذا انتهت العدة انقلب الطلاق الرجعي إلى البائن، فلا يملك الزوج ارجاع زوجته المطلقة إلا بعقد جديد.

والطلاق الرجعي هو الأصل، لقوله تعالى: "**وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ۚ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۚ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا ۚ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ۗ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ (228)**"[4].

3-1 حكم الطلاق الرجعي: الطلاق الرجعي هو الذي يوقعه الزوج على زوجته التي دخل بها حقيقة، ولم يكن مسبوقا بطلقة أصلا، أو كان مسبوقا بطلقة واحدة، وسواء أكان أول الطلقات أم ثانيها، فإنه لا يغير شيئا من أحكام الزوجية، مادامت الزوجة في العدة، إلا أنه ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته، بمعنى أنه متى وقعت طلقة رجعية فإن كانت الأولى لم يبقى للزوج إلا طلقتان، وإن كانت الثانية لم يبق له إلا واحدة، وعلى ذلك لا يزيل الملك ولا يرفع الحل، ويترتب على عدم زوال الملك أن له أن يعاشرها معاشرة الأزواج بدون عقد ومهر جديدين،

---

[1] – الآية: 229، من سور البقرة.

[2]– وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، دار الكلم الطيب،ج3،ط2، دمشق،2010، ص:175.

[3] – أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب من طلق المرأة وهي حائض، رقم الحديث:5251، صحيح البخاري، تحقيق أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، مكتبة للعلم فقط، ط1، بيروت، ص:1338.

[4]– الآية:228، من سورة البقرة.

ويكون بذلك مراجعا لها مادامت في العدة.[1]

4- الطلاق البائن: الطلاق البائن هو الطلاق المكمل للثلاث، والطلاق قبل الدخول، والطلاق على مال وهو ما يسمى بالخلع كما سيأتي بيانه فيما يلي من البحث، ويبقى به الزوج خاطبا من الخطاب لا تباح له الزوجة المطلقة طلاقا بائنا إلا بعقد جديد، إلا إذا طلقها ثلاثا فلا تحل له حتى تنكح زوجا غير.

4-2 أقسامه: ينقسم الطلاق البائن إلى قسمين: طلاق بائن بينونة صغرى وهو ما كان دون ثلاث طلقات، وطلاق بائن بينونة كبرى وهو المستوفي لثلاث طلقات.

4-2-1 حكم الطلاق البائن بينونة صغرى: يزيل قيد الزوجية بمجرد صدوره، وتصير المطلقة أجنبية عن زوجها، فلا يحل له الاستمتاع بها، ويحل بالطلاق البائن موعد مؤخر الصداق- المؤجل- إلى أبعد الأجلين؛ الموت أو الطلاق.

وللزوج أن يعيد المطلقة طلاقا بائنا بينونة صغرى إلى عصمته برضاها بعقد ومهر جديدين، ولا يشترط أن تتزوج زوجا آخر لتحل له، وإذا أعادها عادت إليه بما بقي له من الطلقات، فإذا كان طلقها واحدة من قبل، فإنه يملك عليها طلقتين بعد العودة إلى عصمته، وذا كان طلقها طلقتين، لا يملك عليها إلا طلقة واحدة.

4-2-2 حكم الطلاق البائن بينونة كبرى: يزيل قيد الزوجية مثل البائن بينونة صغرى ويأخذ جميع أحكامه، إلا أنه لا يحل للرجل أن يعيد من أبانها بينونة كبرى إلى عصمته، إلا بعد أن تنكح زوجا آخر نكاحا صحيحا، ويدخل بها دون إرادة التحليل، ولذلك في قوله تعالى: "**فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّا أَن يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۗ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ (230)**"[2]، أي إن طلقها الطلقة الثالثة، فلا تحل لزوجها الأول إلا بعد أن تتزوج آخر.

4-3 موقف المشرع الجزائري من الطلاق الرجعي والطلاق البائن:

تنص المادة 49 معدلة من قانون الأسرة أن "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز ثلاث أشهر ابتداء من رفع الدعوى "، وتنص المادة 50 من قانون الأسرة على أنه "من رجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن

[1]- محفوظ بن الصغير، مرجع سابق، ص:29.

[2] - الأية:230، من سورة البقرة.

رجعها بعد صدور حكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد "، ومن هذا النصين يتضح لنا بأن المشرع الجزائري أخذ بالطلاق البائن دون الرجعي، بحيث أن الزوجة لا تعتبر مطلقة إلا إذا نطق القاضي بحكم الطلاق ومن ثم لا يمكن للزوج أن يرجعها حتى لو كانت لا تزال في عدتها إلا بعقد جديد.[1]

5- الطلاق الصريح والطلاق الكناية:

5-1 الطلاق الصريح: هو الطلاق الذي لا يحتاج فيه المطلق معه إلى نية الطلاق، بل يكفي فيه لفظ الطلاق الصريح، كأن يقول الزوج للزوجة: أنت طالق، أو مطلقة، أو طلقتك، أو نحو ذلك.

5-2 الطلاق الكناية: هو ما يحتاج فيه إلى نية الطلاق، إذ اللفظ غير صريح وكافي لدلالة عليه، وذلك أن اللفظة المراد منها الطلاق تكون طلاقا مع القصد، ولا تكون طلاقا مع عدمه.

ثالثا: شروط الطلاق

يشترط لكي يكون الطلاق بإرادة الزوج المنفردة صحيحا ومنتجا لآثاره، جملة من الشروط منها ما هو متعلق بالزوج المطلق، ومنها ما هو متعلق بالزوجة المطلقة، ومنها ما يخص صيغة الطلاق أو ما يقع به الطلاق.

1- الشروط المتعلقة بالزوج المطلق:

عدد الفقهاء جملة من الشروط التي ينبغي أن تتوفر في المطلق حتى يعتد بكلامه وطلاقه، وقد اختلف في بعض حالات الطلاق استنادا إلى تحقق تلك الشروط أو عدم تحققها.

- **شرط البلوغ:** لابد أن يكون المطلق بالغا، وعليه فطلاق الصغير سواء كان مميز أو غير مميز لا يصح، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، وأجاز الحنابلة طلاق المميز إذ قالوا يعقل الطلاق ولو كان دون عشر سنين، بأن يعلم أن زوجته تبين منه وتحرم عليه إذا طلقها، ويصح توكيل المميز في الطلاق وتوكله فيه.[2]

- **شرط العقل:** والعقل من شروط التكليف، فلا يقع من زال عقله بجنون أو إغماء أو نحو ذلك، مما يكون فيه زوال للعقل أو إنقاص له.[3]

---

[1]- تشوار جيلالي، مقياس قانون الأسرة الجزائري، محاضرات ملقاة على طلبة السنة الثالثة، قانون خاص،2015/2014، ص:94.

[2]- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، دار الفكر، ج8، ط4، دمشق، 2017، ص:351.

[3]- عبد الرحيم مقداش، انحلال الرابطة الزوجية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري-دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق،2013، ص:36.

فلا يقع طلاق المجنون لقوله صلى الله عليه وسلم (رفع القلم عن ثلاثة، عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل).[1]

- موقف المشرع الجزائري:

نص المشرع الجزائري في المادة 48 من قانون الأسرة المعدل على مايلي:"يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة بحدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون " وبالتالي ذكر المشرع صور الطلاق دون ذكر، التفاصيل الأخرى.

ولم يورد قانون الأسرة أي نص يتعلق بشروط المطلق مما يستوجب ووفقا لنص المادة المادة 222 من ق.أ.ج الرجوع فيها لاحكام الشريعة الإسلامية، ورغم سكوته عن الشروط اللازمة لإيقاع طلاق الزوج فقد نص في المادة 85 من ق.ا.ج بأنه " تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفيه" [2]، والأهلية المطلوبة هنا هي أن يكون الزوج المطلق متمعا بكامل قواه العقلية وغير محجور عليه.[3]

2- الشروط المتعلقة بالزوجة المطلقة:

المطلقة هي المرأة التي يقع عليها الطلاق إذا كان النكاح قائما، ويستوي في ذلك أن يكون النكاح قائما حقيقة أو حكما، وتفصيلا لما تقدم، يقع الطلاق على المرأة في الحالات التالية:

- إذا كانت المرأة في عصمة الزوج المطلق بعقد صحيح وتم الدخول بها.
- إذا كانت المرأة معقود عليها بزواج صحيح ولم يتم الدخول بها.
- إذا كانت المرأة في عدة من طلاق رجعي.

ولا يقع الطلاق على المرأة في الحالات التالية:

- إذا كانت معتدة من طلاق بائن ببينونة كبرى، فلا يلحقها طلاق آخر أثناء عدتها لاستنفاذ الزوج حقه في عدد الطلقات.
- إذا كانت المرة معتدة من طلاق بائن ببينونة صغرى، فلا يلحقها طلاق آخر إذا انقضت

---

[1]- أبي داود، كتاب الحدود، باب حدثنا موسى ابن إسماعيل، رقم الحديث:443، في سنن أبي داوود، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، محمد كامل قره بللي، دار الرسالة العلمية، ص:455.

[2]- المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، المؤرخ في 2005/02/27.

[3]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ج1، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون- الجزائر،2005، ص:230.

عدتها لانتهاء رابطة الزوجية بانقضاء العدة.

- إذا كانت المرة أجنبية عن الرجل، فلا يقع الطلاق عليها، كما لو قال رجل لو تزوجت فلانة فهي طالق.

- موقف قانون الأسرة الجزائري:

لم يورد المشرع الجزائري أي نص يتعلق بشروط الطلاق، مما يستوجب على القاضي الرجوع في ذلك لأحكام الشريعة الإسلامية وفق نص المادة 222 من ق.أ.ج، غير أنه وضح في المادة 48 من نفس القانون بأن الطلاق هو حل عقد الزواج الصحيح، ونظم أحكام الرجعية في المادتين 50 و 51 منه.

3- الشروط المتعلقة بالصيغة:

تتم هذه الشروط في ثلاث نقاط هي ألفاظ الطلاق، وعدد الطلقات، وصيغة الطلاق

- **ألفاظ الطلاق:** اتفق الفقهاء على أن الزواج ينتهي بالطلاق بالعربية أو بغيرها سواء لفظا أو كتابة أو إشارة، وسواء كان اللفظ صريح أو كناية.

- **اللفظ الصريح:** هو اللفظ الذي ظهر المراد منه، وغلب استعماله عرفا في الطلاق كالألفاظ المشتقة من الطلاق مثل: أنت طالق، طلقتك، أنت مطلقة.

- **اللفظ الكناية:** هو كل لفظ يحتمل الطلاق وغير ولم يتعارفه الناس بإرادة الطلاق، كقول الرحل لزوجته إلحقي بأهلك واخرجي واذهبي، أنت بائن.

واتفق الفقهاء على أن يقع الطلاق بالكتابة وبإرسال رسول، وحكمه حكم الطلاق الصريح كما يقع الطلاق بالإشارة المفهومة باليد أو بالرأس عند الضرورة كطلاق الأخرس، ولا يصح الطلاق بالإشارة للقادر على الكلام والكتابة.[1],

- موقف القانون الجزائري:

يقع الطلاق بالأسلوب الذي ينعقد به الزواج أي بالألفاظ الصريحة، كما يقع بالكتابة المفهومة، وبما أن الطلاق هو تعبير عن الإرادة وفق المادة 48 من ق.أ.ج، فإنه يكون باللفظ وبالكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على اتجاه نية الزوج لإيقاع الطلاق.

[1]- ابتسام محاتفي، الطلاق وإشكالاته في قانون الأسرة الجزائري-دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي-، مذكرة لنيل شهادة الماستر،2017، ص:23.

رابعا: مشروعية الطلاق والحكمة منه

للطلاق أدلة كثيرة على مشروعيته، وبالأخص من خلال ما جاء به أول مصدرين للتشريع الإسلامي وهما القرآن والسنة.

1- مشروعية الطلاق:

سيتم من خلال هاته النقطة التطرق لبعض الأدلة الشرعية من القران والسنة وكما يلي:

1-1 من القرآن:

لقد وردت آيات كثيرة تدل على جواز الطلاق وحله، منها قوله تعالى: " **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۗ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ (229)**".[1]

1-2 من السنة:

أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما طلق امرأته وهي حائض فسأل عمر رضي الله عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال: "مرر فليرجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق قبل أن يمسها، فتلك العدة الغني أمر الله أن تطلق لها النساء".[2]

2- الحكمة من مشروعية الطلاق:

شرع الله سبحانه وتعالى الطلاق لغرض شرعي تبنى عليه الحياة، وهو رقع الضرر وتحقيق المصلحة في حفظ النسل والعقل.

2-1 في الفقه الإسلامي:

الأصل في الحياة الزوجية أن تكون مبنية على المودة والرحمة وذلك لقوله تعالي: "**وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ (21)**"[3]، فالله سبحانه وتعالي شرع الزواج ليحقق مقاصده محددة، ولأجل أن تتحقق هذه المقاصد وجب أن تكون هناك حسن العشرة بين الزوجين لبناء أسرة متماسكة

[1] – الآية: 229، من سورة البقرة.

[2]– أخرجه مسلم، كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها، حديث رقم:1471.

[3] – الآية: 21، من سورة الروم.

والحفاظ عليها من التفكك، لأنه ومتى ساءت معاملة الزوجين لبعضهم البعض واستحالة العشرة بينهما، فليس هناك ما يصلح بينهم ولا يوجد ما يحكم بينهم بالعدل فيفترقا، إذ لا يعقل أن يعيشا تحت سقف واحد، وهنا شرع الإسلام الطلاق كعلاج ينهي الخلاف، فيكون رحمة من الله بعباده، وفي ذلك قوله تعالى: "**لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ (236)**"[1].

فجاءت الخطاب موجها للأزواج، ومن المقرر شرعا أن الله سبحانه وتعالى رعى في تشريع الأحكام لعباده ما هو غالب من أمورهم وأحوالهم وما يناسب طباعهم، وجعل المناط في أحكامه المضامين الكلية دون الفردية، وراعى ما هو الشأن في المكلفين من الرجال، فلهذا جعل الله الطلاق بيد الرجل، وله حق إيقاعه مستقلا دون أن يتوقف على رضا الزوجة ودون أن يكون أمام القاضي، وذلك لأن فصل الرابطة الزوجية أمر له خطره، وتترتب عليه آثار لها أهميتها في حياة الجماعات والأسرة، فلا بد أن يوضع بيد من يقدر هذه العواقب، ويفكر في الأمور ويزنها بميزان العقل، دون تأثر برغبة عارضة أو غضبة ثائرة، أما المرأة بحكم وظيفتها في الحياة طبعت على خلق وغرائز تجعلها أشد تأثر، وأسرع انقياد لحكم العاطفة من الرجل، فهي تثور وتنفعل في الأمور ولا تبالي بما وراء العمل من نتائج ولا تزن غالبا ما تدعو إلا بالعاطفة لا بالعقل، فلو جعل الأمر في الطلاق إليها لحكمت عاطفتها.

2-2 في القانون:

لم يخالف المشرع الجزائري في قانون الأسرة، ما جاء به الفقه الإسلامي في اعتبار الطلاق حقا إراديا اصيلا للزوج، حيث نصت المادة 48 من ق.ا.ج على الطلاق بإرادة المنفردة كطريق لحل الرابطة الزوجية يختص به الرجل دون المرأة، وبمقابل ذلك فقد خص المشرع المرأة من جهة أخرى بحق التطليق وفقا للحالات معينة ومحددة وقانونا، والتي متى تحققت يكون للزوجة طلب التطليق من زوجها وفك الرابطة الزوجية بينهما.

[1] – سورة البقرة.الأية: 236،

المطلب الثاني

التطليق

تناولنا في هذا المطلب الحالات التي يجوز فيها للزوجة الطلب من القاضي التطليق حسب نص المادة 53 من ق.أ.ج.

حددت المادة 53 من ق.أ.ج، الحالات التي يكون فيها للزوجة طلب التطليق وكما يلي:

الفرع الأول:عدم الإنفاق وللعيوب والهجر في المضجع والحكم على الزوج

أولا: التطليق لعدم الإنفاق

إن النفقة تعتبر أثر من الآثار المترتبة على عقد الزواج الصحيح، المستوفي لجميع أركانه وشروطه، وعليه يترتب حق الزوجة على زوجها بأن ينفق عليها، ولو كانت غنية، لذلك لابد من معرفة ماهية النفقة ليتضح ضرر عدم الإنفاق.

1- مفهوم النفقة وحكمها

1-1 مفهوم النفقة

- **لغة** : مشتقة من النفوق (بضم النون) الهلاك أومن النفاق أي الرواج[1]

- **اصطلاحا** : إخراج الشخص مئونة من تجب عليه نفقته وسمي المال الذي يصرف الإنسان على غيره نفقة لما في ذلك من هلاك المال.[2]

1-2 حكمها: إن الحكم الذي توصف به النفقة هو الوجوب وذلك ما يدل عليه القرآن الكريم والسنة النبوية وغالبية التشريعات العربية والإسلامية.

- **من الكتاب** : قال تعالى "**وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**"[3] والمراد بالمولود له في الآية هو الزوج وقد فرض الله عليه للزوجة الإطعام و الكسوة. وقوله تعالى: "**أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ**"[4] أمر بإسكان الزوجة، فإذا أضيف الأمر

---

[1]- ابن منظور جمال الدين أبو الفضل، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، ج 6، ص:4507.

[2]- . بدران أبو العينين بدران . الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذاهب الجعفري والقانون (الزواج والطلاق) دار النهضة العربية . الجزء الأول . الطبعة 1967 . بيروت . لبنان . ص 232

[3]- . سورة البقرة الآية 233 .

[4]-سورة الطلاق الأية 6 .

بالإسكان إلى الإطعام و الكسوة يكون قد وجب للزوجة ثلاثة أنواع من النفقة وهي الإطعام والكسوة والسكن.[1]

– **من السنة** : قوله في حجة الوداع ،"اتقوا في النساء فإنكم أخذتموهن بأمر الله استحللتم فروجهن بكلمة الله، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"[2]، وعن الرسول أنه قال الدينار أربعة دنانير دينار تنفقه في سبيل الله ودينار تعطيه للمساكين، ودينار تعطيه في رقبة، ودينار تنفقه على أهلك، وأعظمها أجرا الدينار الذي تنفقه على أهلك.وروي أن رجلا جاء النبي فقال ما حق المرأة على زوجها؟ قال: أن يطعمها إذا طعم ويكسوها إذا كسي.[3]

2– أنواع النفقة وسببها

2–1 أنواع النفقة: إن تعداد النفقة الزوجية، يتناسب مع حاجة الزوجة ويتفق مع مدلول قوله تعالى: "**وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا**"، في فقه المذاهب الأربعة نجد أن النفقة الواجبة للزوجة تنحصر في الطعام والشراب والكسوة والسكن ومتاع البيت ووسائل التنظيف والخدمة إن احتاجت إليها، وان كانت ممن تخدم، وقال الفقهاء الأربعة: بوجوب نفقة أدوات الزينة للمرأة، وإن اختلفوا في التفاصيل، فقالوا: بوجوب أدوات زينة تتضرر الزوجة بتركها ككحل ودهن من زيت وحناء وغيره.[4]

2–**2 سبب وجوب النفقة:** عند المالكية والشافعية أن المرأة إذا سلمت نفسها إلى الزوج وهي صغيرة لا يجامع مثلها فلا تجب النفقة لها لأنه لم يوجد التمكين التام من الاستمتاع فلا تستحق العوض من النفقة، وإذا كان التمكين من جانبها وتعذر على الزوج استيفاء حقه لكبر أو غيره أو مرض أو غيره، فلها النفقة لأنه هو الذي فوت حقه على نفسه وهو رأي أبي حنيفة. وأن سبب وجود النفقة عليها هو جزاء احتباسها لحقه ومنفعته، لأن عقد الزواج متى وقع صحيحا صارت الزوجة حلالا للزوج ولا تحل لغيره أن يستمتع بها، صيانة لنسب أولاده من الاختلاط، وأن تقوم المقصود من الحياة الزوجية من تربية ورعاية الأولاد ورعاية شؤون البيت و القرار فيه وعليه نظير ذلك، إن يقوم بكفايتها والإنفاق عليها مادامت الزوجية بينهما قائمة، ولم يوجد نشوز أو سبب

---

[1]– د. محمد سمارة . أحكام وأثار الزوجية (شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية) . الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع عمان . الأردن . ص 220

[2]– الإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي . إحياء علوم الدين . الجزء الثاني . الطبعة الثالثة . دار القلم بيروت، ص 46.

[3] – . السيد سابق . فقه السنة . الجزء الثاني . الطبعة السابعة 1985 . دار الكتاب العربي . بيروت . ص 169

[4] – . د. محمد سمارة . المرجع السابق . ص 221.

يمنع من النفقة، فأعظم الشقاق أن يكون الخصام في النفقة، والاحتباس لا يتحقق إلا بتسليم الزوجة نفسها حقيقة أو حكما.[1]

3- حكم التفريق لإعسار الزوج عن الإنفاق قال الإمام القرطبي: إن الإمساك بالمعروف أن الزوج إذا لم يجد ما ينفق على زوجته أن يطلقها، فإن لم يفعل خرج عن المعروف فيطلق عليه الحاكم من أجل الضرر اللاحق بها من بقائها عند من لا يقدر على نفقتها، والجوع لا صبر عليه. كما استدل الفقهاء على جواز التفريق للإعسار بقوله تعالى:"**وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا**" ووجه الاستدلال أن الله نهى الأزواج من إمساك زوجاتهم للإضرار بهن، لأن في هذا الإمساك ضررا حيث يعتدي الزوج على زوجته حين يمسكها فلا هو يحسن إليها بالإنفاق، ولا هو يتركها لتجد سواه، فالمعسر حين يمسك زوجته دون أن ينفق عليها ودون أن يطلقها هو ضار بها معتد عليها. وقال فقهاء الحنفية بعدم التفريق للإعسار لقوله تعالى:" **لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا**"، ومعنى ذلك أن الله لم يكلف المرء فوق طاقته، فالزوج لا يكلف بالإنفاق في حال إعساره ولا يجوز التفريق بين زوج وزوجته دون سبب جناه الزوج. وقال ابن قيم الجوزية يفرق بين الزوجين في حالتين:

- إذا كان الزوج قادرا على الإنفاق وامتنع ظلما وعدوانا على أن ينفق على زوجته.
- إذا عز الزوج زوجته حين العقد بأن أظهر لها أنه غني والحقيقة خلاف ذلك.[2]

4- موقف المشرع الجزائري إن المادة 78 من قانون الأسرة تنص على أنه "تشمل النفقة: الغذاء، الكسوة، العلاج السكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة "إن النص القانوني واضح، فيجب على القاضي الذي سيحكم بالمثل هذه النفقة للزوجة في حالة النزاع، أن يأخذ بعين الاعتبار كل هذه العناصر مجتمعة عندما يقرر الحكم بالمبلغ المناسب للنفقة المطلوبة، كما أن تعداد أنواع النفقة الزوجية، يتناسب مع حاجة الزوجة ويتفق مع مدلول قوله تعالى: "**وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا**".

5- معايير تقدير النفقة

يجب مراعاة ما يلي:

---

[1]- د. عبد الرحمان الصابوني . نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام . دار الفكر المعاصر . ص 152، 153

[2] - نفس المرجع، ص 152، 153

2. 1 . مراعاة ما هو الأيسر والأسهل على الزوج في الدفع، حيث أن المقرر شرعا وقانونا أن تقدير النفقة يكون حسب وسع الزوج، مثلما عبرت المحكمة العليا في إحدى اجتهاداتها.[1]

2.2 . كفاية النفقة للزوجة مع مراعاة حال الزوج يسرا وعسرا وذلك ما نص عليه قانون الأسرة في المادة 79 عندما قال "يراعى القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين ظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

6- مسقطات النفقة

أ . المعقود عليها بعقد فاسد، وكذلك المدخول بها بناء على شبهة بغير عقد، فهاتان لا نفقة لهما، لفقدان إحدى الشروط الأساسية لوجود النفقة وهو عقد الزواج الصحيح، وكذلك الاحتباس المشروع.

ب . الزوجة المريضة، قبل أن تزف ولم يدخل بها، وبالتالي انعدام الاحتباس المفضي إلى إسقاط النفقة، وعلى عكسها من ذلك الزوجة المريضة تستحق النفقة مع بقائها في بيت الزوجية، حسب قضاء المحكمة العليا، لأن المرض في بيت الزوجية طارئ ويأخذ حكم الحيض والنفاس، وليس من المروءة ولا من حسن المعاشرة بين الزوجين أن يكون المرض الطارئ عائقا لعدم الإنفاق عليها.[2]

7-شروط التطليق لعدم الإنفاق: الشرط الأول:

- امتناع الزوج عن النفقة على زوجته عمدا وقصدا عن تقديم ما تحتاجه من غذاء ولباس وعلاج وسكن وغيره من الاحتياجات الأخرى، وأن الزوجة قد رفعت دعواها من قبل للمطالبة بالنفقة وصدور حكم من المحكمة يلزمه بذلك، ولكنه امتنع عن تنفيذ هذا الحكم.

- ألا تكون الزوجة عالمة بحالة إعسار الزوج وقت إبرام عقد الزواج، كون حقها يسقط برضاها بحالة إعساره[3]. وقد أخذ المشرع الجزائري بمذهب الجمهور فأجاز للقاضي التفريق بين الزوجين إذا امتنع الزوج عن الإنفاق أو أعسر بناء على طلب الزوجة. لقد نالت المرأة حقها ولم تظلم منه شيئا، في شريعة الإسلام الحنيف وفسحت لها الشريعة طريق الخلاص من زواج لم تسعد فيه،

[1] - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية في 10/ 02/ 1986 . ملف رقم 39394 . المجلة القضائية 1989 . عدد 1 ص 111

[2] - أ. بلحاج العربي . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري . الجزء الأول . طبعة 1999 . ديوان المطبوعات الجامعية . ص 277

[3] - . د. عبد الرحمان الصابوني . نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، المرجع السابق، ص 149.

بالترافع أمام القضاء المسلم ليقضي لها بالطلاق من كل حقوقها، إذا ثبت صدق دعواها، وقد جاء في شرح الدردير "وللزوجة التطليق على الزوج للضرر" والضرر بمعناه الواسع يشمل انعدام النفقة الضرورية فمعيار فك الرابطة الزوجية في الشريعة الإسلامية في حالة عدم الإنفاق هو عدم قدرة المرأة الصبر مع زوجها. فالفقهاء توسعوا في النفقة فأنها تشمل الزينة وأجرة القابلة. والمشرع الجزائري اعتبر عدم الإنفاق على الزوجة ضرر وبالتالي يحق للزوجة طلب فك الرابطة الزوجية بما يسمى بالتطليق، حسب ما توصل إليه الفقهاء.

ثانيا: العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج

إن الحياة الزوجية قوامها الألفة و المودة و التراحم و التعاون بين الزوجين، ولو لا الشعور المتبادل الذي يبعثه الله في نفوس الأزواج، لما استطاع أحدهما معاشرة الأخر زمنا قصيرا فكيف بمعاشرته طول الحياة، لكن قد يحدث ما يعكر صفو هذا الجو ويغيره، كأن يفاجأ أحد الزوجين عند أول لقاء بصاحبه أن به عيبا، أو يحدث هذا في فترة الحياة الزوجية بينهما، ويكون العيب صعب أو مستحيل الشفاء، أو عيبا منفرا أو مضرا وقد يكون مانعا من تحقيق المقصد الشرعي الذي لأجله شرع الزواج كالاستمتاع و إنجاب الأولاد وبناء أسرة منسجمة هل يبق السليم مع المريض يشاطره ألام الحياة كما شاطره سعادته وهناءه ولهم من الله الأجر والثواب لأنه ساهم في تخفيف مصاب شريك حياته. أما إذا كان الزوج سليما وخشي انتقال العدوى من زوجه إليه، أو ينفر عنه نفورا يكاد يخشي عليه من الفتنة إذا ما استمر على معاشرته، وكان يرغب بزوج أخر معافى غير مريض.[1]

1- العيب وجواز التفريق به

1-1 معنى العيب:

العيب خلل أو نقص يكون في بدن الإنسان أو عقله، يخرج به عن أصل الفطرة السوية التي خلقه الله عليها، ومنه مقالة العبد الصالح في سورة الكهف: "أما السفينة فكانت لمساكين يعملون في البحر فأردت أن أعيبها"[2] أي حدث فيها خللا أو نقصا والنقص الذي يجده أحد الزوجين في الأخر قد يكون يسيرا لا يؤبه له، وقد يكون كبيرا ينفر الطرف الأخر السليم من المعيب أو يضره، أو يمنعه من الاستمتاع الذي هو أحد مقاصد النكاح. متى رضي الطرف

[1] – . د. عبد الرحمان الصابوني . نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، دار الفكر المعاصر، ص 149.

[2]– سورة الكهف، الآية 79 .

السليم بزوجه المعيب فلا إشكال في الأمر، ولكن الإشكال فيما لو اكتشف أحد الزوجين بعد العقد أو الدخول، أن الزوج الأخر معيب ولم يرضى بعيبه فما الحكم؟

2-1 أنواع العيوب:

إن العيوب التي تصيب الإنسان متنوعة ومختلفة فقد تكون جنسية أو غير جنسية بل هي عيوب مرضية. فالعيوب الجنسية هي التي تصيب الأعضاء التناسلية لكل من المرأة والرجل وتسبب غالبا منع المعاشرة الجنسية ولكل جنس عيوبه الخاصة به.

فعيوب الرجل مثل الجب والعنة، الخصاء[1]. أما عيوب المرأة فهي الرتق والقرن والعفل والإفضاء[2] في حين يشترك الجنسان في العيوب مرضية فقد تصيب المرأة أو تصيب الرجل مثل الجنون والجذام والبرص والأمراض المعدية الأخرى. بما أن العصمة ملك للزوج إذا وجد عيب في الزوجة يحق له أن ينهي العلاقة الزوجية في أي وقت، وذلك حق شرعي وقانوني، أما المرأة لها حق التطليق.

2- جواز التفريق للعيوب:

2-1 السنة:

ما روى عن الرسول (ص) تزوج امرأة من بني غفار فلما دخل عليها وضع ثوبه وقعد على الفراش فأبصر بكشحها (ما بين الخاصرة إلى الضلع) بياضا، فانحاز عن الفراش ثم قال خذي عليك ثيابك أو في رواية وإلحق بأهلك، ولم يأخذ مما أتاها شيئا. وهذا الحديث يدل على جواز ومشروعية رد النكاح للعيب الذي يكون بالمرأة.

2-1 الفقه:

مذهب الأئمة الثلاثة: مالك، والشافعي، وأحمد، وأتباعهم، أجازوا للقاضي التفريق بين الزوجين إذا وجد في الواحد منهما عيب جنسي يمنع من المعاشرة، أو وجد فيه مرض ضار

[1] – . الجب: هو أي الرجل مقطوع الذكر . العنة: صغر الذكر بحيث لا يتأتى منه الجماع ول. . الخصاء: سل الخصيتين ونزعها، انظر: – محمد عزمي البكيري . موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية . الطبعة الثانية 1994 . دار محمود للنشر والتوزيع. مصر. ص 268 وما بعدها.

[2] – الرتق: هو انسداد مسلك الذكر من قبل المرأة بحيث لا يمكن معه الجماع، فإذا كان هذا الانسداد لحم يمكن علاجه فلا يعد عيبا. القرن: بفتح الراء، وهو شيء يبرز في فرج المرأة يشبه قرن الشاة، يكون من لحم غالبا، وتارة يكون من عظم فلا يمكن علاجه عادة. العفل: وهو لحم يبرز من قبل المرأة، وقيل أنه رغوة في الفرج تحدث عند الجماع. الإفضاء: ويقصد به اختلاط مسلكي الذكر والبول في المرأة، أنظر: – محمد عزمي البكيري . موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية. الطبعة الثانية 1994 . دار محمود للنشر والتوزيع . مصر . ص 268 وما بعدها.

كالجذام والبرص والجنون، وهذه العيوب متفق عليها عند المذاهب الثلاثة. أما أبو حنفية فقد أجاز للزوجة المطالبة بالتفريق بينها وبين زوجها إذا كان العيب جنسيا أما الأمراض الأخرى كالجذام والبرص والسل فلم يجزها[1].

3- موقف المشرع الجزائري

اتضح من الفقرة الثانية من المادة 53 من قانون الأسرة بجواز التفريق للعيوب، حيث أعطى للزوجة حق التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، أخذا بما ذهب إليه جمهور الفقهاء للعيوب شريطة توفر جملة من الشروط:

- أن يكون هناك عيب.
- أن يكون العيب من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
- أن يكون العيب من العيوب المستمرة الدائمة التي لا يتوقع الشفاء منها.
- أن تقوم الزوجة برفع دعوى تطليق إلى القاضي.
- ما يمكن ملاحظته بشأن التطليق للعيوب أن المشرع أحسن صنعا عندما لم يحدد العيب ولم يذكر أمثلة العيوب بل اكتفى في الفقرة الثانية من المادة 53من قانون الأسرة على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق بسبب العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج دون أن يفرق بين العيوب الجنسية والعيوب غير الجنسية[2].

غير أنه وبما أن الزوج ليس هدفه الاستمتاع الجنسي فقط، بل الحياة الزوجية الهادئة المستقرة، فإنه يشترط ألا تكون الزوجة عالمة بالعيب عند العقد، فلو تزوجته وهي تعلم بحاله ليس لها الحق في طلب التفريق، لأن زواجها منه حينئذ يعتبر رضا منها بالعيب وإسقاط لحقها الجنسي، كما لو وجد منها رضا صراحة أو دلالة بعدم العلم بالعيب ورضيت بالبقاء معه لم يكن لها الحق في طلب التطليق[3]. وفي المسائل الأخرى الرجوع إلى الشريعة الإسلامية فيما لم يفصل فيه القانون حسب المادة 222 من قانون الأسرة. لعل المشرع الجزائري يقصد بعبارة" العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج "الغاية والمراد الذي من أجله شرع الزواج، وهو حفظ النسل، والاستمتاع وبقاء الزوجة مع زوجها المعيب بعيب مادي جسمي أو معنوي عقلي نفسي يضرها

[1] – . عمر سليمان الأشقر . الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني دار النفائس للنشر والتوزيع . الأردن . ص282

[2] – . فضيل سعد . شرح قانون الأسرة الجزائري "الزواج والطلاق". الجزء الأول 1985. المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر. ص 275، 276.

[3] – عبد العزيز سعد . المرجع السابق، ص 323.

أينما إضرار، حيث لا يعاشرها معاشرة الأزواج لزوجاتهم، وبالتالي يجب إعطائها وسيلة للتخلص مما هي فيه من المعانات بفك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق.

ثالثا: الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر

1- موقف الشريعة الإسلامية:

الواجب على الزوج أن يحصن زوجته بمعاشرتها ومجامعتها، لأن ذلك يعد من أهم الأسباب الدافعة له، وقال فقهاء الإسلام أن الرجل مفروض عليه مجامعة زوجته وأدنى ذلك مرة في كل طهر وإلا فهو عاص لله تعالى كما حدث بذلك الإمام ابن حزم في ذلك قوله تعالى "**فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ**" وتبنى جمهور العلماء رأي الإمام إن حزم بوجوب الرجل معاشرة زوجته إذا لم يكن له عذر. أما الشافعي، فأعتبر معاشرة الرجل لزوجته ليس من قبيل الواجب بل من باب الحق الذي يتمتع به، وقال أحمد بن حنبل أنه مقدر بأربعة أشهر لأن الله قدره بهذه المدة، كذلك في حق غيره. والمسألة فيها قصة إذ أن عمر ابن الخطاب سمع امرأة وهي تقول: تطاول هذا الليل وأسود جانبه وطال علي أن لا خليل ألاعبه و الله لو لا خشية الله وحده لحرك من هذا السرير جوانبه ولكن ربي و الحياء يكسفني وأكرم بعلي أن توطأ مراكبه فسأل عنها عمر فقيل له فلانة وزوجها غائب في سبيل الله، فأرسل إليها تكون معه، فأرسل إلى زوجها (فأقفله) أي أرجعه، ثم دخل على حفصة فقال: يا بنية، كم تصبر المرأة عن زوجها؟ فقالت: سبحان الله مثلك يسأل مثلي عن هذا؟ فقال: لولا أني أريد النظر للمسلمين ما سألتك، فقالت: خمسة أشهر ... ستة أشهر فوقت للناس في مغازلهم ستة أشهر يسيرون شهرا ويقيمون أربعة أشهر ويسيرون راجعين شهرا. ومن هنا توارث أن الزوجة لا تستطيع الصبر عن زوجها أكثر من أربعة أشهر للدلالة التي ذكرناها سابقا، في فقه المالكية قال مالك: من يريد العبادة أو ترك الجماع لغير ضرر لولا علة، قيل له: "أما وطأت أو طلقت" بل إن شيخ الإسلام يجعل ترك الوطء مبررا لفسخ النكاح في كل حال حتى ولو لم يقصد الزوج الإضرار بزوجته، فقال رحمه الله تعالى :"وحصول الضرر للزوجة بترك الوطء مقتضى للفسخ بكل حال، سواء كان بقصد من الزوج أو بغير قصد، ولو مع قدرته و عجزه كالنفقة و أولى" ما ذهب إليه شيخ الإسلام هو الراجح و مرجعه في ذلك قوله عز وجل:" للذين يألون من نسائهم تربص أربعة أشهر، فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم، و إن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم" والإلاء لا يكون إلا للتأديب، و لا

يجوز استعماله للإضرار بالزوجة، ومدة الأربعة أشهر التي نص عليها القرآن، وتجاوزها بمقتضى إما.

2- موقف المشرع الجزائري:

تنص المادة 53 الفقرة الثالثة " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر " نلاحظ أن المشرع الجزائري من خلال هذه الفقرة نص فيه على المدة التي لا تستطيع فيها الزوجة الصبر على زوجها، وهي أربعة أشهر كأقصى حد، تطبيقا لما توصل إليه الفقهاء، نظرا للضرر الذي يصيبها من ترك الوطء وهذا حفاظا عليها من الوقوع في المحرمات. أما إذا كان الهجر لعذر شرعي أو مبرر قانوني كوجود الزوج في المستشفي أو الخدمة العسكرية أو في مكان أخر من أجل القيام بوظيفته أو كان الهجر تعبيرا عن غضب الزوج عن سلوك زوجته الطائش أو كان لا يتجاوز الأربعة أشهر أو كان لعدة مرات ولكن في أوقات مختلفة ومتفرقة فلا يسمح القانون للزوجة في هذه الحالة طلب التطليق بسبب الهجر في المضجع ولو تجاوزت المدة أربعة أشهر. غير أنه وجوبا علينا ألا نخلط بين الهجر في المضجع الذي يعد كسبب قانوني ومن الأسباب التي تمنح الزوجة حق طلب التطليق بإرادتها المنفردة وهو الهجر المتعمد الذي ليس له أي مبرر شرعي ولا يهدف إلا الإضرار بالزوجة وبين الهجر الذي لا يهدف إلى الإضرار بها وإنما إلى تأديبها ودفع ضرر نشوزها وتمردها إذ هجر شرعي ولا يكون سببا من الأسباب التي تمنح الزوجة حق طلب التطليق.[1]

ومن الأمور التي تتفق فيها أحكام الإيلاء مع الهجر هي ترك وطء الزوجة وعدم الاقتراب منها ولمدة 4 شهور فأكثر على رأي الإمام مالك، الشافعي وابن حنبل، وإلحاق الضرر بالزوجة بسبب هذا الهجر وهو حرام شرعا وغير مقبول قانونا لما يتضمنه من حرمان الزوجة من حق تملكه بموجب عقد الزواج ومقتضياته. أما الأمور التي تختلف فيها أحكام الهجر عن أحكام الإيلاء فهي أن هذا الأخير يمين أو قسم على عدم الاقتراب من الزوجة وترك وطئها وجماعها، بينما الهجر في المضجع أو الفراش لا يفيد هذا المعنى صراحة بالقدر الذي يفيده معنى الإيلاء،

[1] – نبيل صقر . قانون الأسرة، نصا و فقها و تطبيقا . دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع . 2006 . ص 179، 180، 181 ،بلحاج العربي . المرجع السابق . ص 290.

وقانون الأسرة منح الزوجة حق طلب التطليق للهجر دون أن يشترط توفر نية الإضرار بالزوجة لدى الزوج.[1]

رابعا: للحكم بعقوبة على الزوج

1- التطليق للحبس في الفقه:

إن الفقهاء المسلمين قد اختلفوا في جواز تطليق الزوجة لحبس زوجها من عدمه منهم من أباح تطليقها ومنهم مذهب إلى خلاف ذلك. أولا: موقف الأحناف والشافعية ذهب الأحناف والشافعية إلى أنه لا يجوز تطليق الزوجة لحبس الزوج مهما طالت مدة الحبس، ويبررون موقفهم هذا بعدم وجود دليل شرعي على ذلك. ثانيا: موقف المالكية والحنابلة يقولون المالكية والحنابلة بالتفريق بين الزوجين لغياب الزوج وصرح ابن تيمية من الحنابلة بحق امرأة الأسير والمحبوس ونحوهما، مما يتعذر انتفاع امرأته به إذا طلبت فرقته كالقول في امرأة المفقود. ولكن المذهب المالكي، صرح بأن لزوجة الأسير الحق في طلب التفريق، لأن معيار ومناط التفريق عندهم هو بعد الزوج عن زوجته، سواء كان باختياره أو قهرا عنه، كما في الأسير، لأن الضرر يلحق الزوجة من هذا البعد، وهذا المعنى متحقق في زوجة المحبوس، ولأن الزوج الذي حكم عليه نهائيا بحبسه، وبعد مدة سنة فأكثر على تنفيذ حكم الحبس ما يعادل الغياب لأكثر من سنة.[2]

2- موقف المشرع الجزائري:

لقد نصت المادة 53 من قانون الأسرة في فقرتها الرابعة على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق، في حالة الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، وتستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية. فالمصدر التشريعي لهذه المادة هو المذهب المالكي فالضرر يتحقق ببعد الزوج عن زوجته لكن المشرع الجزائري أضاف شرط كون الجريمة المعاقب عليها تمس بشرف الأسرة ويمكن القول أن معظم الجرائم تمس بشرف الأسرة وهنا المشرع توسع في الضرر لابد أن يمس كل الأسرة و المقصود بالأسرة هنا الزوجين وأقاربهما. وأضاف أن تكون الجريمة المحكوم عنها الزوج تستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية. ما يمكن ملاحظته من خلال هذه الشروط نجدها متنافرة غير منسجمة ويتضح هذا التنافر وعدم الانسجام في كثرة الأوصاف المضافة إلى العقوبة المحكوم بها من حيث كونها مساس بشرف الأسرة ومن حيث كونها جريمة

[1] – عبد العزيز سعد . المرجع السابق، ص 264.

[2] – . محمد عزمي البكيري . المرجع السابق . ص 420.

تستحيل معها مواصلة العشرة واستمرار الحياة الزوجية. فالمذهب المالكي حدد مدة الحبس بسنة ما يعادل الغياب لأكثر من سنة فالعبرة بالمدة التي تستطيع الزوجة الصبر على زوجها، فالمشرع الجزائري قد نص على مدة السنة لكن في قانون09.05 المؤرخ في 4 مايو 2005. حذف المشرع مدة السنة ولم يحددها بمدة معينة وأضاف أوصاف أخرى وهذا ما لا يتوافق مع توصل إليه الفقهاء من أن العبرة بالمدة التي لا تستطيع الزوجة الصبر على زوجها.

الفرع الثاني: الضرر للغيبة ومخالفة المادة 08 ق أ والفاحشة المبينة

أولا: الغيبة

غياب الزوج عن زوجته نوع من أنواع الضرر الذي يقع بها، ووقوع الضرر مخالف للقاعدة الأصولية في الإسلام "لا ضرر ولا ضرار" وإنما معاشرة بالمعروف، وإمساك بالإحسان، وقال تعالى " ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن" فمن استقام على ذلك فهو المسلم المقيم لحدود الله، ومن خالف ذلك فليس من الإسلام في شيء.[1]

1- آراء الفقهاء:

أولا: رأي الحنبلية والشافعية قالوا بأن الغيبة لا تكون سببا للتفريق بين الرجل وزوجته وإن طالت المدة، لانعدام ما يصلح أن يبنى عليه التفريق بينهما[2]، وحجتهم عدم قيام الدليل الشرعي يثبت وجود هذا الحق.[3]

ثانيا: رأي المالكية والحنابلة يرون جواز التفريق لغيبة الزوج إذا طالت الغيبة، وتضررت الزوجة بسببها، ولو ترك الزوج الغائب مالا تنفق منه مدة غيبته لأن إقامة الزوجة بعيدة عن زوجها مدة طويلة مع محافظتها على الشرف والعفة أمر لا تتحمله الطبيعة البشرية في الغالب، وهو ضرر بالغ يجب رفعه إذ لا ضرر ولا ضرار في الإسلام، وذلك بالتفريق بين الزوج الغائب وزوجته إن أبى أن يحظر إليها أو ينقلها إلى البلد الذي يقيم فيه. فالمالكية أجازوا التفريق مطلقا، ولم يفرقوا بين الغيبة لعذر كطلب العلم والتجارة، التي لا تكون بعذر، وجعلوا حد الغيبة سنة على القول الراجح عندهم. ويقول الدردير في الشرح الكبير" لكن الغائب لابد من طول غيبته سنة فأكثر ولابد من الكتابة إليه إما أن يحضر أو ترحل امرأته أو يطلق، فإن امتنع تلوم له بالاجتهاد،

[1] – . بدران أبو العينين بدران . المرجع السابق . ص 448

[2] – . محمد عزمي البكيري . المرجع السابق . ص 403

[3] – أحمد نصر الجندي . الطلاق و التطليق و أثارهما . دار الكتب القانونية ،مصر . ص 331 ، 332 ، 334

وطلق عليه، ولا يجوز التطليق بغير الكتابة إليه إن علم محله، وأمكن الوصول إليه، ولابد من خوفها على نفسها الزنا ويعلم ذلك من جهتها، لا مجرد شهوتها للجماع.[1]

الحنابلة لا يجيزون التطليق للغيبة إلا إذا كانت بدون عذر، فإن كانت غيبة الزوج لعذر فلا يجوز التطليق بسببها، وجعلوا حد الغيبة ستة أشهر.

2- موقف المشرع الجزائري

تنص المادة 53 الفقرة الخامسة من قانون الأسرة على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها في حالة غيابه بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة، وفي تحليلنا للمادة نجد المشرع نص على جملة من الشروط ليتحقق الضرر وهي كما يلي:

- الشرط الأول أن تمضي مدة سنة فأكثر على غياب الزوج عن زوجته ابتداء من غيابه إلى يوم رفع الدعوى،[2] وهذا أخذا عن المذهب المالكي وهي أقصى مدة تستطيع الزوجة أن تصبر على زوجها صونا لعفة وشرفها.

- الشرط الثاني أن يكون الغياب قد وقع من الزوج بدون عذر مقبول وبدون سبب شرعي أي يكون متعمدا الأضرار بها[3]، وهذا ما استمده المشرع من مذهب الحنبلي الذين لا يجيزون التطليق إلا إذا كان بدون عذر.

- الشرط الثالث أن يكون الزوج قد غاب عن الزوجة لمدة سنة كاملة بدون عذر ولم يترك لها مال تنفقه على نفسها أو الأولاد الناتج عن زواجهما[4]، هذا ما لم ينص عليه الفقهاء لأن الضرر يتحقق بمجرد الغيبة لأن الزوجة تشعر بالوحشة ونخاف على نفسها الوقوع في الحرام ولو ترك لها مال تنفقه. كونها المدة التي لا تستطيع المرأة فيها الصبر على غياب زوجها كما تقدم ذلك في حديثنا عن الهجر في المضجع لأكثر من أربعة أشهر.

---

[1] -] . أ. بلحاج العربي . المرجع السابق . ص 298 . [35] . أ. بحاج العربي . المرجع السابق . ص 298

[2] - . أ. بحاج العربي . المرجع السابق . ص 298

[3] - . أ. بحاج العربي . المرجع السابق . ص 298

[4] لحسين بن الشيخ أث ملويا . المنتقي في قضاء الأحوال الشخصية . الجزء الأول . دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2006 . ص 390، 391 ، 392

ثانيا: مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 قانون الأسرة

1- موقف الشريعة من التعدد:

اتفق العلماء في القديم على تعدد الزوجات في حدود الأربعة، لقوله تعالى "**وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا (3)**"، ويوجد شرطان لإباحة التعدد هما:

- **العدل بين الزوجات:** العدل المطلوب في هذه الآية هو العدل الظاهر، وهو القسم بين الزوجات والمساواة في الإنفاق والمساواة في المعاملة الظاهرة، وليس هو العدل في المحبة الظاهرة، لأن هذا أمر غير مستطاع، والله تعالى يقول "**لا يكلف الله نفسا إلا وسعها**" والرسول (ص) يقول "هذه قسمتي فيما أملك فلا تؤاخذني فيما تملك ولا أملك"، يعني المحبة لأن عائشة كانت أحب إليه. ولقوله تعالى: "**فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ**".
- **القدرة على الإنفاق:** وقد قيل بشرط أخر للتعدد هو كون من يريده قادر على الإنفاق، وسند هذا القول آية " فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة.....ذلك أدنى ألا تعولوا "، فهناك من فسر عبارة " ألا تعولوا" بمعنى ألا تجوروا أو ألا تميلوا فيكون المعنى: ذلك أقرب إلى الجور. وعلى تفسير الإمام الشافعي يكون للتعدد شرط أخر، هو أن يكون راغب التعدد قادرا على الإنفاق على زوجاته بعد التعدد، وعلى ما يحتمل له من أولاد كثيرين بسببه فضلا عن قيامه بالنفقة على من تجب عليه نفقته من أقرباء بصفة كونه عضوا في الأسرة.[1]

2- موقف المشرع الجزائري حسب المادة 08 من قانون الأسرة:

المشرع يسمح للزوج بأكثر من زوجة واحدة متى وجد المبرر الشرعي في حدود الشريعة الإسلامية وتوفرت نية العدل، ويشترط القانون إخبار الزوجة السابقة والتي يقبل على الزواج بها ولابد أن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة مكان مسكن الزوجية.

أولا: شروط التعدد المشرع الجزائري أباح التعدد كمبدأ عام، ولكنه قيد الأمر بضرورة توفر شروط معينة تتضح من خلال المادة 08 قانون الأسرة.

أ- **الشرط الأول:** وجود مبرر شرعي للزواج بأخرى كأن يكون من باب التمثيل عقم الزوجة الأولى، ورغبة زوجها في الإنجاب، أو مرضها وعدم قدرتها على القيام بشؤون البيت.

[1] - . السيد سابق . المرجع السابق . ص 110

ب- **الشرط الثاني:** ضرورة توفر شروط ونية العدل بين الزوجات في الحقوق والواجبات حيث قال الله تعالى " **فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى لا تعدلوا**" أباح الله تعدد الزوجات وقصره على أربع، وأوجب العدل بينهن في النفقة أي الطعام والسكن والكسوة والمبيت، وسائر ما هو مادي من غير تفرقة بين الغنية والفقيرة، ومن خشي الجور والظلم بزواج الثانية حرمت عليه[1]. ذلك ما يفهم من الآية القرآنية السابقة وأن الرسول قال: "من كانت له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل"[2]

ت- **الشرط الثالث:** ضرورة إخبار الزوجة السابقة والمرآة التي يقبل على الزواج بها. ومعنى ذلك أن الزوج إذا لم يخبر الزوجة الأولى أو الثانية بأمر الزواج يكون قد ارتكب غشا. والمشرع الجزائري من خلال اشتراط ذلك يهدف إلى تقييد التعدد حتى لا تهضم حقوق الزوجات عند تعددهن، وتفادي الأضرار الناجمة عن التعدد[3].ومن جهة أخرى فيمكن للزوجة أن تشترط عدم التزوج عليها وذلك حق لها طبقا لما هو وارد في المادة 19ق أ " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولاسيما شرط تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون" والمشرع الجزائري أخذ في مضمون المادة هذه، ما هو معروف في الشريعة الإسلامية التي جعلت من حق المرآة أو وليها ألا يتزوج الرجل عليها. والرسول يقول " إن أحق الشروط أن توفوا ما استحللتم به الفروج" كما روي عن الرسول أنه قال إن بني هشام بن المغيرة استأذنوني أن ينكحوا ابنتهم من علي بن أبي طالب، فلا أذن، ثم لا أذن إلا أن يريد بن أبي طالب أن يطلق ابنتي وينكح ابنتهم، فإنما ابنتي بضعة مني، يريبني ما أرابها، ويؤذيني ما أذاها. فالحديث تضمن أن أخبر أن زواج على بابنة بني هشام وهو زوج فاطمة رضي الله عنها يؤذيها ويؤذي رسول الله الذي زوج على بفاطمة رضي الله عنه على ألا يؤذيها.

---

[1] – . الإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي . إحياء علوم الدين . الجزء الثاني . الطبعة الثالثة . دار القلم بيروت . ص 47

[2] – . السيد سابق . المرجع السابق . ص 169.

[3] – . عبد العزيز سعد . المرجع السابق . ص 274.

ثالثا: ارتكاب الزوج الفاحشة المبينة

1- مفهوم الفاحشة:

يثور التساؤل عن ماهية الفاحشة المبينة، فنقول عن الأمر أنه فاحش إذا زاد عن الحد المعقول، فيقال رجل فاحش أي معتد في القول، أو يقال خسارة فاحشة أي كبيرة، أو غبن فاحش أي إذا جاوزت الزيادة ما يعتاد مثله[1].

وفي القرآن الكريم وردت آيات كريمة تصور الفاحشة في الأمور التي تخل بالأنظمة العامة والسلوكات الاجتماعية إخلالا كبيرا منها: قوله تعالى "**ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيل**"[2]، والواضح أنه ليس هناك خلاف كبير في القول أن الفاحشة هي الجريمة الأخلاقية التي تسيء لسمعة الإنسان. والفاحشة في مدلولها الشرعي لا تنحصر فقط في جريمة الزنا، وإنما تتعداها إلى الجرائم التي أقر لها الشارع الكريم عقوبات محددة ومعينة تسمى الحدود وهي الجرائم التالية: الزنا، القذف، السرقة، السكر، الردة، والبغي وهي تسمى الفواحش جمع فاحشة.[3]

2- أمثلة عن الفواحش:

2-1 الزنا

أ- موقف الإسلام:

لقد دعا الإسلام إلى الزواج لأنه نصف الدين، أباح التعدد عند الضرورة، ونظم تنظيما محكما الزواج، وهو آية من آيات الله الذي يعلم فطرته التي فطر الناس عليها، ويعلم غرائزهم وطباعهم. ومن جهة أخرى، فإنه حرم أي اتصال جنسي غير مشروع، وشدد العقوبة إلى أقصى درجة، واعتبر الزنا من أبشع الجرائم التي ترتكب ضد الشرف والأخلاق والفضيلة والكرامة، وبل ضد الأسرة والمجتمع ككل، لأنها تقوض بناء المجتمع، وتفتت الأسر وتخلط الأنساب، وتقطع العلاقات الزوجية، و ضياع الأولاد، وتشردهم بالإهمال. فجريمة الزنا من أخطر أمور الحياة كلها، بل أشدها تعلقا بنظامها، وتماسكها وترابطها، ولذلك اهتم الشارع بهذا أكبر اهتمام، صونا للروابط الأسرية مما يهددها من بلاء وأخطار. إنه عنصر خبيث في المجتمع، و يجب استئصاله

---

[1] - . المنجد في اللغة و الإعلام . طبعة 22 . دار المشرق بيروت . ص 173.

[2] - . سورة الإسراء. الآية 32 .

[3] - 1 . د. عبد الرحمان الجزيري . كتاب الفقه على المذاهب الأربعة . ج 5 . دار الفكر و دار الكتب العالمية . بيروت ص 49 و ما بعدها.

جذريا بقتله أو إعدامه حتى يكون عبرة لغيره و و يصبح المجتمع، بذلك نقيا، و هذا ما يجب أن يكون، حتى لا ينتشر الفسق و الدعارة، و البغاء و الانحلال حتى أصبح أكثر من أهل الجاهلية قبل الإسلام[1]. إن كل اتصال جنسي قائم على أساس غير شرعي، يعتبر زنا تترتب عليه العقوبة المقررة من حيث أنه جريمة من الجرائم التي حددت عقوبتها، شرعا بإقامة الحد.

الأصل أن الزوجة لا تطلب التطليق لأن زوجها سيعاقب ونهايته الموت بحكم دين الله، ولكن الأمر مختلف في القوانين الوضعية.

ب- القانون الجزائري:

حسب المادة 339 قانون العقوبات، فإنه " يقضي بالحبس كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا، وتطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة. ويعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين، وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته. ولا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور، وأن صفح هذا الأخير يضع حدا لكل متابعة"[2] وإذا ما حدث أن ثبتت الجريمة، وطبقت العقوبة، فللزوجة حق مطلق في طلب التطليق طبقا للفقرة 7 من المادة 53 من قانون الأسرة، والقاضي يحكم بذلك،والمشرع الجزائري، يعاقب الزوج بتطليق زوجته جبرا عنه.

2-2 شرب الخمر

إن شرب الخمر يلحق بالفواحش، فيدفع الزوج إلى ارتكاب حماقات مختلفة وإتيان تصرفات يسئ بها إلى الزوجة والأولاد وإلى سمعة الأسرة، والإضرار باقتصادها، وأموالها وأمنها وراحتها وقد يؤدي في الغالب شرب الخمر إلى التخلي عن الواجبات الزوجية، أو لم يصفها الرسول (ص) أنها أم الخبائث، فهو بذلك مفتاح كل البلايا والانحراف. لنتصور الزوجة على أرض الواقع تنتظر كل مساء زوجها المخمور، وكيف تقاسي معه وتحاول جاهدة إسكاته وتهدئته، فكم تصبر على هذا الحال؟ بل وكيف يكون حال الولد الصغير، الذي يرى أباه يتولى سكران أمامه.فأضرار الخمر كثيرة وتحريمها ليس عبثا، إنما حفاظا على البشر من الأمراض الجسمية والنفسية والاجتماعية والاقتصادية[3]، فإن إلحاق شرب الخمر بالفاحشة أمرا منطقيا لما يترتب عن ذلك من أضرار، ولا

[1] - . السيد سابق . المرجع السبق . ص 405

[2] - الأمر رقم 66 - 156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمّن قانون العقوبات الجريـدة الرسمية العدد 49 الصادرة بتاريخ 11 يونيو 1966 المعدل والمتمم.

[3] - . د. عبد الرحمان الصابوني . شرح قانون الأحوال الشخصية السوري . الجزء الثاني . الطلاق و أثاره . طبعة 5 . ص 76

ربما تقدم الزوجة إلى طلب التطليق يؤدي إلى تراجع الزوج المدمن عن سلوكه عندما يلاحظ أنه يفقد الزوجة والأولاد، وإلى إزالة الضرر الذي يصيب الزوجة.

الفرع الثالث: الشقاق المستمر ومخالفة شروط عقد الزواج والضرر المعتبر شرعا

أولا: الشقاق المستمر بين الزوجين

1- الشقاق في الشريعة الإسلامية الزواج ميثاق غليظ أحاطه الله بعنايته من حين قيامه إلى حين انتهائه، سواء بالموت أو بغيره، و لم يتركه للناس يقيمون قواعده وأصوله، ويضعون نظمه وأحكامه، فالزواج عقد يتعلق بذات الإنسان وبه وعليه سعادته وشقاؤه، والمعاشرة بالمعروف، والإمساك بالمعروف، من قواعد الزواج التي وضعها الله، فإن فاتت هذه القواعد، ودخل الشقاق بين الزوجين، وضع الإسلام قواعده للصلح بينهما، وبدأ بتدخل الأهل إن يريد إصلاح يوفق الله بينهما، فإن لم يجد الصلح نفعا، قال تعالى: "**وإن يتفرقا يغني الله كلا من سعته**"[1]، يقوم الضرر في هذه الحالة على عدم معرفة المتسبب فيه وذلك بسبب سوء المعاشرة الزوجية بين الزوجين كما لو تبين لأحد الزوجين أنه أخطأ في اختيار شريك حياته وظهر التباين بين الطباع والأخلاق وأصبحت الحياة الزوجية لا يطاق مواصلتها في ظل الخلافات والنزاعات القائمة بين الزوجين. والأصل في الشقاق بين الزوجين هو قوله تعالى:" **وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها أن يريدا إصلاحا يوفق الله بينها**".[2]

2- التحكيم:

أ. شروط الحكمين يشترط لصحة الحكمين: الإسلام والحرية، والبلوغ، والذكورة، والعدالة، والرشد، والفقه في ذلك، وأن يكونا من الأهل.

ب. واجب الحكمين يجب على الحكمين الإصلاح بين الزوجين بكل وجه ممكن لقوله تعالى: "**إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما** " أي أن يرد الحكمان الإصلاح يوفق الله تعالى بين الزوجين والمراد بالإصلاح هنا فعل ما هو أصلح للزوجين، وليس المراد بالإصلاح هنا ضد الافتراق فقد يكون الأصلح لهما الافتراق وقد يكون الأصلح البقاء على الزوجة.

ج. **حكم المحكمين:** الحكمان حكمان لقوله تعالى "**فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها**" قال القرطبي: هذا النص من الله سبحانه أنهما قاضيان لا وكيلان ولا شاهدان. وتعيين

[1] – جزء من الآية 35 . سورة النساء

[2] – سورة الروم. الآية 21 .

المحكمة حكمين للتوفيق أو التفريق، فلا يشترط بعث الحكمين تكرر الشكوى، فهذا الشرط ليس في كتاب الله فلا وجه لتغيير نظام التحكيم به، وإن كان الأرجح في فقه المالكية أن القاضي ينظر بنفسه أولا في دعوى المضارة. وبما أن الحوادث قد دلت على أن الحكمين يميل كل منهما غالبا إلى الطرف الذي يمثله، وقلما يتفقان على القاضي أن يأمرهما عند الاختلاف بمعاودة البحث ولا تنتج معاودة البحث إلا إصرار كل منهما موقفه، فيندب القاضي غيرهما.

موقف القانون الجزائري استحدثت هذه الفقرة بموجب التعديل الأخير وأعتبر المشرع الجزائري أن الخصام والشقاق المستمر بين الزوجين يعد سببا من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق من القاضي، ومصدر مصطلح الشقاق مستمد من قوله تعالى: "**وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها**" والشقاق هو استحكام العداء والخلاف والخصام الذي يعرض الحياة الزوجية للانهيار والضياع. مصدر هذه الفقرة المستحدثة في تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 كان الاجتهاد القضائي لا سيما المحكمة العليا وتجسد ذلك فعليا في بعض القرارات منها القرار المؤرخ في 1999/06/15 والذي جاء فيه ما يلي: "من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق للزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعا". الاجتهاد هذا حضي بعناية المشرع وارتقى لمرتبة القاعدة القانونية، إذ خصصت له المادة 53 الفقرة الثامنة وأضحت مستقلة عن فقرة الضرر المعتبر شرعا[1].

ثانيا: مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

1- موقف الشريعة الإسلامية من الشروط في الزواج

يقيم الإسلام العلاقة الزوجية على أساس من الود والتراحم والمحبة ومع ذلك قد يشترط أحد الزوجين، شروطا عند العقد ليحقق لنفسه مصلحة خاصة، خوفا من أن الطرف الثاني قد يحرمه من هذه الميزة، أو المصلحة إذا لم يشترطها. وقد أبيح الاشتراط في عقد الزواج بقول الرسول ص:"إن أحق الشروط أن يوفي به ما استحللتم به الفروج" غير أن إباحة الاشتراط في عقد الزواج ليست على إطلاقها، ومن هنا كان لفقهائنا مجال واسع في بحث تلك الشروط، غير أننا يمكن تقسيم أراء الفقهاء بشكل عام في الشروط إلى قسمين رئيسيين، قسم يضيق الشرط إلى حد كبير

[1] - . د. محمد سمارة . المرجع السابق . ص 128، 129، 130.

على اختلاف فيما بينهم وهم الشافعية والمالكية والحنفية، وقسم يوسع في جواز الاشتراط وهم الحنبلية.

1.1. الشروط عند الشافعية:

قسم الشافعية الشروط إلى ثلاثة أقسام:

- شروط توافق مقتضى عقد النكاح كأن تشترط المرأةالإنفاق عليها أو معاملتها بالمعروف أو غير ذلك من مقتضيات النكاح وهذه الشروط جوازية.
- شروط تخالف مقتضى عقد النكاح، ولا تخالف بمقصوده الأصلي وهو الوطء، كشرط أن لا يتزوج عليها فالنكاح صحيح والشرط باطل.
- شروط تخالف مقتضى العقد، كأن تشترط المرأة أن لا يطأها ففي هذه الشروط يؤدي إلى بطلان النكاح والشرط معا.

2.1 الشروط عند المالكية

أ. شروط جائزة: وهي الشروط يقتضيها العقد، كحسن العشرة، النفقة.

ب. شروط مكروهة: وهي تكون مما لا يقتضيه العقد، ولا ينافيه، كأن لا يتزوج عليها، فمثل هذه الشروط لا يفسخ الزواج بها لا قبل الدخول ولا بعده،لا يلزم الوفاء بها وإنما يستحب الوفاء بها، وهذه الشروط مكروهة، لما فيها من الحجر على الزوج والحد من تصرفه.

ج. شروط منافية لمقتضى عقد الزواج وهي قسمان: شروط يفسخ النكاح بها قبل الدخول وجوبا، ويثبت النكاح إذا حصل الدخول مثل: أن تشترط المرأة لا يأتيها الرجل إلا ليلا أو نهارا أو أن لا ترثه أو نفقتها عليها أو على أبيها.[1]

3.1 الشروط عند الحنفية

أ. **شروط صحيحة:** هي ما كانت من مقتضيات العقد، أورد الشرع بجوازها

ب. **الشروط الفاسدة:** هي التي لا يقتضيها العقد ولم ينص بجوازها لا تلاءم عقد الزواج غير أنها تتضمن مصلحة لأحد العاقدين، ويكون العقد صحيح، ويلغى الشرط الفاسد.

1-4 الشروط عند الحنبلية

أ. شروط صحيحة: وهي نوعان . وهي ما كانت من طبيعة العقد، ومقتضياته كالنفقة أو العشرة بالمعروف فهذه الشروط جائزة ولا تأثر في العقد. . شروط ليست من مقتضيات العقد، ولكنها لا

[1] – . د. محمد سمارة . المرجع السابق . ص 128، 129، 130.

تنافيه كأن لا يخرجها من بيتها أو لا يتزوج عليها، فهذه الشروط صحيحة يجب الوفاء بها وإلا فللزوجة حق الفسخ وحجتهم في أنها لا تحل حراما ولا تحرم حلالا.[1]

2- موقف المشرع الجزائري:

إن المشرع الجزائري استحدث فقرة بموجب تعديل قانون الأسرة 05. 9المؤرخ في 2005/05/04 ومصدرها في الأساس المادة 19 من قانون الأسرة المعدلة هي الأخرى و التي تنص على ما يلي : "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية و لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات و عمل الزوجة ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون" الواضح أن المشرع لم يأت بجديد يذكر قياسا للمادة 19 القديمة لأنه أراد توضيح أن هذه الشروط التي يمكن أن تكون محل إبرام العقد، و أعطى مثالين كشرط عدم تعدد الزوجات و عمل المرأة. أبقت المادة المعدلة أي شرط يتعارض مع القانون المستمد أساسا من الشريعة الإسلامية، فإذا ما تم الاتفاق على شرط يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية في الزواج وصيرورته عد باطلا بطلانا مطلقا كون المسألة متعلقة بالنظام العام.[2]

إلا أنه نلاحظ أن دعاة التعديل أرادوا أن يجردوا قانون الأسرة الذي هو ذو طبيعة خاصة والمستمد أصله من الشريعة الإسلامية وإضفاء الأحكام المتعلقة بالعقد المدني إلا أنه تجدر الإشارة إلى أنه إذا أردنا تطبيق خصائص العقد المدني على عقد الزواج فلا بد من تطبيقه بحذافيره، ففي حالة إخلال أحد الزوجين بالالتزامات الواردة في العقد فإن له الحق في طلب فسخ عقد الزواج لا طلب التطليق بطلب من الزوجة، لأننا بهذا سوف نطلق العنان لكلا الزوجين في اشتراط ما يريدانه الأمر الذي يتنافى مع أحكام الشريعة الإسلامية كاشتراط مثلا أن يكون عقد الزواج مؤقتا، عدم الإنفاق على الزوجة أو عدم الإنجاب.

ثالثا: الضرر المعتبر شرعا

1- معنى الضرر المعتبر شرعا:

لم يعرفوه الفقهاء وربما عرفوه بذكر بعض الأمثلة له وبقولهم: أنه لا يجوز شرعا، فالفقيه الدردير المالكي يعرف الضرر، هو ما لا يجوز كهجرها بلا موجب شرعي وضربها كذلك وسبها وسب أبيها.

---

[1] - . د. محمد سمارة . المرجع السابق . ص 130، 131، 132.

[2] - . باديس ذيابي . المرجع السابق . ص 51، 52

ا: الضرر المادي: هو كل ما يلحق الأذى ببدن المرأة، ومنه ضربها باليد أو بآلة، وبإحداث جرح في بدنها أو كسر ونحو ذلك مما لا يجوز شرعا ويلحق الأذى ببدن المرأة.

ب: الضرر المعنوي: هو كل ما يلحق الألم في نفس الزوجة، ومنه إسماعها الكلام القبيح من سب وشتم لهاولولديها، أو تشبيهها بما يعتبر شتما لها مثل تشبيهها بالكلب أو الحمار أو تشبيه والديها بذلك. أو ترك الكلام معها أو ترك المبيت في فراشها دون وجه وهو ما يسمى بالهجر، ترك وطئها دون مبرر شرعي مثل مرضه، إظهار العبوس لها وتقطيب الحاجبين في مواجهتها ورفع الصوت عليها، وعدم الإصغاء لحديثها معه كأن يتشاغل عنها بشيء ما أو بتركها تتكلم ويمضي. ولا يشترط تكرار الضرر لطلب التطليق إذا ثبت أضرار الزوج بزوجته بالبينة المعتبرة، فلا يشترط إثبات تكراره لطلب التفريق " وذلك بأن يأمر الحاكم زوجها بطلاقها، فإن امتنع طلق عليه القاضي " إن هذا التطليق يجوز أن يطلب أيضا قبل الدخول توحيدا لعمل المحاكم، لأن المضارة قد تتحقق قبل الدخول في صور عديدة، ومن مصلحة أن تزول هذه الزوجية التي بدأت معتدلة قبل أن يمتد الإضرار إلى أولاد أبرياء.[1]

2- أمثلة عن الضرر المعتبر شرعا:

- تعدي الزوج على الزوجة بالضرب أو السب ألا يضرب بقصد التأديب وفي الحدود الشرعية لاستعمال هذا الحق.
- الهجر والمقصود هنا الغيبة عن بيت الزوجية مع الإقامة في بلد واحد، فهو هجر قصد به الأذى، لأن الهجر من أشد أنواع الضرر،ولأنه يترك الزوجة بلا عشير يؤنسها تئن من الوحدة والوحشة وتبقى كالمعلقة لا هي متزوجة لا هي مطلقة، مما يعرضها للفتنة.[2]
- إتيان الزوجة كرها في غير موضع الحرث أو الولد، أي في الدبر، وهو أمر محرم شرعا فقد قال تعالى "**فأتوهن من حيث أمركم الله**" ويقول الرسول ملعون من أتى امرأة في دبرها.
- تحريض الزوجة على ارتكاب المحرمات، مثل ممارسة الدعارة، شرب الخمر وهي تعد من الكبائر التي حرم الله القيام بها.

[1] - . نبيل صقر . المرجع السابق . ص 186، 187 ، 188 ،198.

[2] - . محمد عزمي البكري . المرجع السابق . ص 304.

- اتهام الزوج لزوجته تهمة تخدش كرامتها وتمس شرفها، وتطعن في سلوكها وأخلاقها. .
ممارسة الزوج لبعض السلوكيات الشنيعة الماسة بشرف وسمعة العائلة، يتعدى أثرها السيئ إلى الزوجة فتضرر أينما ضرر، كأن يضبط في شقة للقمار مرتكبا فعلا فاضحا.
- إفشاء الزوج للأسرار، التي بينه وبين زوجته، ولا يفعل ذلك من لا يبالي بما بينه و بين زوجته من علاقة مقدسة وميثاق غليظ.
- تبديد الزوج لجهاز زوجته وأخذ وسرقة وابتزاز أموالها وفي ذلك اعتداء على حقوقها القانونية وانتهاك حرمة التصرف في مالها وهي حرية محمية قانونا وتمليها مقتضيات العدالة وهي الهدف النهائي للقانون. وهذه جملة من الأمثلة عن أنواع التي يمكن أن تلحق الزوجة وهو دافع للتطليق وهو يتغير حسب البيئة الاجتماعية وحتى من زوجة إلى أخرى.

3- أحكام الضرر المعتبر شرعا

- وجوب وقوع الضرر من جانب الزوج وبعبارة أخرى فإنه يشترط أن يكون الضرر الواقع على الزوجة صادرا من الزوج، ومن غير المعقول أن تطلب الزوجة التطليق إذا كان مصدر أجنبي عن الزوج. مثل الوالدين الزوج وأقاربه، وندها تطلب الزوجة من زوجها الحماية كما لا يمكن لها رفع دعوى التطليق إذا كانت هي المتسببة في الضرر.
- يجب أن يكون الضرر واقعا على الزوجة وتقوم بإثبات ذلك، حتى تسمع دعوها في طلب التطليق.
- يجب أن يكون الضرر متعمدا، أن التصرف الصادر من الزوج يكون مصدرا للضرر مربوط بإرادة الزوج، قام به عمدا وقصدا.
- لا يشترط وقوع الضرر بعد الدخول، فيجوز إذن أن يقع الضرر قبل الدخول أبسط مثال على ذلك ترك الزوج لزوجته دون دخول، رغم العقد عليها كالمعلقة لا هي متزوجة ولاهي مطلقة حسب مذهب إمام مالك.

4- موقف المشرع الجزائري:

فالأصل التشريعي للمادة 53 الفقرة الأخيرة هو المذهب المالكي الذي يبيح للزوجة طلب التفريق إذ ما ضارها زوجها بأي نوع من أنواع الإيذاء التي تتمخض كلها في أن للزوج مدخلا فيها وإرادة متحكمة في اتخاذها وبالتالي فالقاضي يتأكد من ضرر ناتج عن فعل الزوج العمدي المفضي إلى الإضرار بالزوجة وهو في مرتبة السلطان، والسلطان يطلق للضرر. المأخوذ عن

الإمام مالك لا يفرق بين المدخول بها وغير المدخول بها في طلب التطليق للضرر والمثال الواقعي لذلك تعلل الزوج بعدم العثور على مسكن مناسب، فهو أمر لا دخل لها فيه، ومن واجب توفير السكن، والتراخي عمدا يصيب الزوجة أبلغ الضرر.

المطلب الثالث

الخلع

لكل من الزوجين له الحق في إنهاء الرابطة الزوجية فيكون ذلك عن طريق الطلاق بالإرادة المنفردة، أو طلب التطليق من الزوجة، او عن طريق الخلع كوسيلة في يد المرأة لفك الرابطة الزوجية والتحلل من زوجها، وهو ما يتحقق بان تفدي الزوجة نفسها بمال تقدمه للزوج قصد فك الرابطة الزوجية، وهو ما يصطلح عليه بالخلع.

سنتناول من خلال هذا المطلب الدراسي تفاصيل فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع بالتطرق أولا لمفهوم الخلع ومشروعيته (الفرع الأول)، ثم التطرق بعد ذلك لشروطه وطبيعته الفقهية والقانونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الخلع ودليل مشروعيته

فقد يحدث أن يكره الزوج زوجته أو تكرهه هي، فالإسلام في هذه الحالة يوصي بالصبر والاحتمال، وينصح بعلاج أسباب هذه الكراهية، فإن استدامت الكراهية واستحالت العشرة بين الزوجين، كان بيد الزوج طلب الطلاق للإنهاء هاته العلاقة، وكان للزوجة بالمقابل فك هاته الرابطة بطلب الخلع من زوجها.

اولا: تعريف الخلع

ينصرف مدلول الخلع كوسيلة في يد الزوجة لفك الرابطة الزوجية والانحلال منها، إلى تعريفات مختلفة لغوية واصطلاحية وقانونية.

1- الخلع لغة:

من خلع الشيء، يخلعه خلعا واختلعه بين الخلع والنزع، إلا أن في الخلع مهلة وسوى بعضهم بين الخلع والنزع، وخلع النعل والثوب والرداء يخلعه خلعا جرده.[1]

2- الخلع اصطلاحا:

الخلع هو فراق الزوجة بعوض بألفاظ مخصوصة تسمى بذلك، لأن المرأة تخلع نفسها من الزوج

[1] – التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، ج4، ط1، دار الوعي، 2010، ص:515.

كما تخلع اللباس، بمعنى هن كاللباس لكم في إباحة المباشرة وملابسه كل واحد منهما لصاحبه، ويحتمل أن يريد باللباس الستر لأن اللباس هو ما يستر، فالزوجين بذلك لباسا لبعضهما البعض، لهذا سمي الخلع لأن المرأة تتخلع من لباس زوجها وليس ابتداء لأنها تفتدي نفسها بما لا تبذله.[1]

3- الخلع قانونا:

تنص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي:"إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يجاوز قيمة الصداق الممثل وقت صدور الحكم"، وبالرجوع إلى نص هاته المادة ، فإننا نجد أن المشرع الجزائري قد نص صراحة على جواز مخالعة الزوجة من زوجها بمعنى مفارقة زوجها عن طريق الخلع، غير أنه لم يتطرق إلى تعريف الخلع تعريفا صريحا ومباشرا، إلا أنه ومن خلال النظر في صياغة هذه المادة قد يفهم ضمنيا بأن المشرع الجزائري قد عرف الخلع بأنه حل الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة مقابل مال تدفعه إلى الزوج مفتدية به نفسها.

ثانيا: مشروعية الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

لقد شرعت كلا من الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري للمرأة حق فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع وكما يلي:

1- مشروعية الخلع في الشريعة الإسلامية:

1-1 من القرآن:

قوله تعالى: "الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۗ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ (229)"[2]

قالوا لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته مالا إلا في حالة الخوف أو سوء سلوكها في بيتها ففي مثل هذه الحالة أجاز الإسلام للزوج أن يأخذ من زوجته مالا لتمتلك عصمتها.

1-2 من السنة:

فحديث بن عباس رضي الله عنهما أن امرأة ثابت بن قيس جاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم

[1] – نفس المرجع، ص:515.

[2] – الآية:229، من سورة البقرة.

فقالت: " يا رسول الله، إني ما أعيب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام" فقال رسول الله عليه الصلاة والسلام " أتردين عليه حديقته؟" فقالت: نعم، فقال رسول الله عليه الصلاة والسلام:" اقبل الحديقة وطلقها تطليقة"، فهي لا تريد مفارقته لسوء أو لنقصان دينه، وإنما كرهت كفران العشير والتقصير فيما يجب له بسبب شدة البغض له، فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أمر إرشاد وإصلاح لا إيجاب برد بستانه الذي امهرها، إياه وهو أو ل خلع وقع في الإسلام وفيه معنى المعارضة.[1]

1-3 من الإجماع:

أجمع المسلمين على مشروعية الخلع ولم يخالفهم في ذلك إلا نفر قليل، ومنهم بكر بن عبد الله المازني، ولكن الإجماع انعقد قبل خلافه فقال ابن عبد البر: " لا نعلم أحدا خالف في ذلك إلا المازني. فأوردوا عليه".[2]

2- مشروعية الخلع في قانون الأسرة الجزائري.

نصت المادة 54 من ق.أ.ج على أن "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي"، ومنه يتبن من الناحية القانونية أن الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي، وهو مشروع قانونا.[3]

الفرع الثاني: شروط الخلع وطبيعته الفقهية والقانونية

من خلال تفحص مختلف التعريفات التي أوردناها في تحديد مفهوم الخلع، نأتي الآن إلى بيان شروط الخلع فقها وقانونا.

أولا: شروط الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

سيتم من خلال هذا الفرع التطرق لمعرفة الشروط التي يقوم عليها الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

1- شروط الخلع في الفقه الإسلامي:

لا يجوز الخلع عند المالكية إلا بتوافر ثلاثة شروط وهي:

- أن يكون المبذول للرجل مما يصلح تملكه وبيعه تحرزا من الخمر والخنزير وشبه ذلك

[1] – البخاري في صحيحه الجامع الصحيح، باب الخلع وكيفية الطلاق، حديث رقم:4971، ص:2021.

[2] – صالح بن فوران عبد الله، الملخص الفقهي، ج2، ط2، دار الإيمان، الإسكندرية–مصر،2002، ص:325.

[3] – لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر،2015، ص:169.

وتجوز بالمجهول والغرر خلافا لهما.

- ألا يجر إلى ما لا يجوز كالخلع على السلف أو التأخير بدين أو الوضع على التأجيل وشبه ذلك.
- أن يكون خلع المرأة اختبار منها وجب في فراق الزوج ولا إكراه ولا ضرر منه بها، فإن أنحزم أحد هذين الشرطين نفذ الطلاق ولم ينفذ الخلع[1].

2- شروط الخلع في قانون الأسرة الجزائري:

لم يذكر ق.أ.ج شروط الخلع واكتفى ببيان جواز مفارقة الزوجة زوجها مقابل مال يتفقان عليه أو يحدده القاضي عند اختلافهما، إلا انه وبالتدقيق في فحوى المادة 54 من ق.أ.ج، يمكن إستخراج شروط الخلع وفقا لما يلي:

- قيام رابطة زوجية صحيحة ومعتد بها بين الزوجين، فلا يمكن أن تخلع الزوجة التي كان زواجها فاسدا أو باطلا الزوج الذي ارتبطت به بموجب هذا الزواج.
- أن يكون الخلع مقابل قيمة مالية تدفعها الزوجة للزوج، نظير خلعها له، وأعطى المشرع الجزائري أعطى للزوجين حرية التفاهم على المال الذي يتفقان عليه مقابل الخلع، قليلا كان أو كثير، أكبر من مهر المثل أو أقل منه، إلا أذا حصل خلاف بينهما فهنا يتدخل القاضي لحل النزاع وتحقيق العدل والإنصاف، وذلك بالحكم في المقابل بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم.[2]

ثانيا: الطبيعة الفقهية ولقانونية للخلع

من خلال التعريفات الفقهية والقانونية للخلع والشروط التي يقوم عليها من خلال الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، نأتي الآن لمعرفة الطبيعة الفقهية والقانونية للخلع.

ثانيا: الطبيعة الفقهية والقانونية للخلع

من خلال التحقيق في مدلولات وشروط الخلع وفقا لما سبق بيانه، فإننا نأتي لبيان الطبيعة الفقهية والقانونية للخلع كما يلي:

1- الطبيعة الفقهية للخلع:

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول طبيعة الخلع من حيث كونه فسخا أو طلاقا وقد نجم

[1] – التواتي بن التواتي، مرجع سابق، ص:530.

[2] – لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص:169.

عن هذا الاختلاف آراء مختلفة، وعلى النحو التالي:

- يرى المالكية ان الخلع يعوض، وتعريف الطلاق عندهم يشمل الطلاق بأنواعه وهو الصريح والكناية الظاهرة أو أي لفض أخر بنية الطلاق.
- أما الأحناف فيقولون بأن الخلع جائز وهو تطليقة بائنة وحجتهم في ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في حديثه:" اقبل الحديقة وطلقها تطليقا"، لان النكاح بعد تمامه لا يحتمل الفسخ ما دام قد نشئ صحيحا وان الخلع لا يكون إلى بعد تمام هذا العقد فيكون لفظ الخلع عبارة عن رفع العقد في الحال مجازا، واعتبروه طلاقا بائنا حتى ولو بطل الخلع، وأضافوا انه اذا خالع الزوج زوجته بعد ان طلقها وهي في العدة، فان الخلع لا يصح، اما ذا طلقها طلاقا رجعيا ثم خالعها في العدة على مال فان الخلع يصح ويلزم المال لان الطلاق الرجعي لا يزيل ملك النكاح.
- أم الشافعية فقد صنفوا الخلع ضمن فرق النكاح بالطلا ق والتي تنقسم إلى:

✓ الفاظ الطلاق صريحة كانت او كناية؛

✓ الخلع؛

✓ فرقة الإيلاء؛

✓ فرقة الحكمين.

أما الحنابلة فقد اختلفت الرواية عن احمد في الخلع، في أحد الروايتين انه فسخ وهذا اختيار أبي بكر وقول ابن عباس وآخرون واحد قولي الشافعي، وفي الرواية الثانية انه طلقة بائنة.

وفي الأخير نستنتج انه إذا قلنا هو طلقة فخالعها مرة حسبت طلقة فينقص بها عدد طلقاته وان خالعها ثلاثا، طلقت ثلاثا فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره، وان قلنا هو فسخ لم تحرم عليه وان خالعها مائة مرة وهذا بخلاف إن كان خالعها بغير لفظ الطلاق ولم ينوه، فإما ان بذلت له العوض فهو طلاق لا اختلاف فيه، وان وقع بغير لفظ الطلاق، مثل كنايات الطلاق أو لفظ نوى به الطلاق فكانت كذلك كما لو كان بغير عوض فان لم ينوي به الطلاق فهو الذي في الروايتين.

في حين ثبت بالنص والإجماع انه لا رجعة في الخلع وثبت بالسنة وأقوال الصحابة أن العدة فيه حيضة واحدة، وثبت بالنص جوازه بعد طلقتين، ووقوع ثالثة بعدها وهذا ظاهر جدا لكونه ليس طلاق.

2- الطبيعة القانونية للخلع:

يترب عن الخلع طلاق، ويحسب ضمن الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج فهو ليس مجرد فسخ ذلك لان انحلال الرابطة الزوجية تارة يكون طلاقا وتارة يكون فسخا، والطلاق هو حلة عصمة الزوجين بلفظ الطلاق الصريح أو الكناية.

ساير المشرع موقف جمهور العلماء من حكم الخلع واعتبره طلاقا، فيكون المشرع الجزائري قد اتجه إلى اعتبار الخلع طلاقا ويكون في ذلك مصيبا لان الفسخ سببه وجود عيب يشوب العقد بينما الخلع يرد على علاقة زوجية صحيحة، لا يشوبها أي عارض يعيب العقد وانما نتيجة ظروف وعناصر خارجة عنه مست العلاقة الزوجية والتي لا يمكن حلها الا بالطلاق.

في هذا الشأن يقول الدكتور العربي بن الحاج: (لا يقع الطلاق على المرأة المتزوجة بعقد زواج فاسد لان الطلاق إنهاء لعقد زواج صحيح وعليه فلا طلاق في عقد زواج فاسد، بل يجب التفريق حالا بين الزوجين.

المبحث الثاني

تطبيقات المصلحة المضيقة في فك الرابطة الزوجية والأثار المترتبة عليها

تناولنا من خلال هذا المبحث تطبيقات المصلحة المضيقة في فك الروابط الزوجية وفق مقاصد الشريعة الإسلامية بحيث تناولنا في المطلب الأول الطلاق بمجرد إيراد الألفاظ الصريحة والطلاق البدعي والطلاق الثلاث كما تناولنا في المطلب الثاني طلاق السكران وطلاق الغضبان والطلاق المعلق.

الشريعة الإسلامية تهدف من خلال أحكامها السمحة إلى الحفاظ على الكليات الضرورية التي بها تستقيم الحياة ا لبشرية، وهذه الكليات هي:

1- الحفاظ على الدين
2- الحفاظ على النفس
3-الحفاظ على العقل
3- الحفاظ على العرض (النسل)
4- الحفاظ على المال.

لعل الحفاظ على استقرا ر الأسرة بشكل جيد وحسن يساهم في تحقيق هذه الكليات.

لقد تواردت النصوص على ا لإشادة بالأسرة في قوله تعالى: **(ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة و رحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون)**[1]، وقوله تعالى: **(يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام)**[2]

فإذا كان المجتمع الخير قائما على حسن استقرار الأفراد داخل الأسرة المتزنة، فهذا يعني أن الاجتماع واقع على أن صمام الأمان هو الأسرة واستقرارها فوجب على الجميع أن يعمل على تحقيق ذلك، وتقليص منافذ زعزعتها وفك روابطها، لأن فك الرابطة الزوجية بطرق شتى إنما هو عارض لا يحدث غالبا إلا إذا ظهر خلل في هذه الحياة الزوجية، وقد يكون في صالح أحد الزوجين، أو في صالحهما معا، ولا يعقل أن يكون بالتشهي لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال:

[1] – سورة الروم، الآية

[2] – سورة النساء، الآية 01.

" أبغض الحلال إلى الله الطلاق".[1]

وحذر من الطلاق الذي لا مبرر له، فقال صلى الله عليه وسلم: " لا تطلقوا النساء من ريبة، فإن الله تبارك وتعالى لا يحب الذواقين والذواقات" [2]

وأصبح الطلاق في مجتمعنا ظاهرة سلبية بين الزوجين لغير مبرر في غالب أحواله، وشر ما يحدث عنه تشرد الأطفال إن كان لهما مولود أو أكثر.

وأسبابه كثيرة ومتنوعة لا يسع المجال لذكرها، الأمر الذي يستدعي منا جميعا إعادة النظر في مسائل فك الرابطة الزوجية وفق المقاصد العامة للشريعة الإسلامية ومراعاة التيسير للإبقاء على الأسرة وعليه ندرج العناصر التالية قصد علاجها بنظرة مقاصدية والتي منها :

1- الطلاق بمجرد إيراد الا لفاظ ا لصريحة.

2- الطلاق البدعي بأنواعه في الحيض والنفاس، وفي طهر مسها فيه، أو تتابع الطلقات والتي منها الطلاق الثلاث.

3- طلاق السكران.

4- طلاق الغضبان.

5- الطلاق المعلق.

6- الطلاق بلفظ الحرام).

7- فسخ العقد بالرضاع (أي عدد الرضعات)، أو بدون حضور الولي، لكن مع إذنه.

8- الإشهاد في الطلاق.

9- مسألة التحكيم ودورها في تضييق الطلاق.

المطلب الأول

الطلاق بمجرد إيراد الألفاظ الصريحة والطلاق البدعي والطلاق الثلاث

تناولنا في هذا المطلب الطلاق بمجرد إيراد الألفاظ الصريحة في الفرع الأول والطلاق البدعي في الفرع الثاني والطلاق المعلق في الفرع الثالث.

---

[1] – أبو داود سليمان، سنن أبي داود، تحقيق: شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل وشادي محسن الشياب، الجزء الثالث، طبعة خاصة، دار الرسالة العالمية، لبنان 1430 هـ – 2009م، كتاب النكاح، باب في حق المرأة على زوجها.

[2] – أخرجه البزار والطبراني عن أبي موسى، حديث ضعيف.

الفرع الأول: الطلاق بمجرد إيراد الالفاظ الصريحة

يرى الكثيرون أنه متى كان اللفظ صريحا في الطلاق–والتي منها ما هو مشتق في جذر ط، ل، ق، وزاد الشافعية الفراق والتسريح لأنها ألفاظ قرآنية – وقصد الزوج اللفظ لذاته وقع الطلاق ولو لم يقصد معناه. أي أنه لم يكن يقصد فراق زوجته وإن جرى اللفظ على لسانه وهذا معنى كلام الفقهاء أن اللفظ الصريح لا يحتاج فيه إلى نية، وهناك ما يخالف هذا التوجه الفقهي الذي ينادي به البعض للحفاظ على كيان الأسرة إذا لم يكن الزوج يقصد الفراق لذاته معتمدين في ذلك على ما ورد عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال؛ {الطلاق عن وطر والعتاق ما أريد به وجه الله)[1].

وأن الكناية منها الصريح الذي يقع به الطلاق وغير الصريحة التي يحتاج معها الى نية، ويقترح البعض في ضوء مقصد الحفاظ على الأسرة (أنه يشترط في ألفاظ الكناية أن ينوي بها الطلاق فعلا وهو اجتهاد المالكية والشافعية، ومن الواضح عندئذ أنه لا يمكن إثبات النية إلا بتصريح من المتكلم نفسه أنه قد نوى الطلاق)

الفرع الثاني: الطلاق البدعي

هو الذي يقع في حيض أوفي طهر مسها فيه أو تتابع الطلقات أو جمعها، فالجمهور يرى أنه يقع مع كراهته وترتب الإثم على صاحبه، إن هناك رأيا آخر يقول بعدم وقوعه.

الحيض: وقد جاءت رواية ابن عمر رضي الله عنه في المسألة وتبنى ابن تيمية وابن القيم وغيرهما عدم وقوعه ولعله مخرج من مخارج التيسير إن شاء الله حفاظا على الأسرة.

الفرع الثالث: الطلاق الثلاث

أما التتابع في الطلاق وخصوصا الثلاث بلفظ واحد، فالجمهور يرى بإيقاعه ثلاثا مع الإثم، وبه قال لحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، وابن حزم الظاهري، وأوقعه غيرهم كابن تيمية وابن القيم، واحدة، وهو مذهب ابن عباس، وروي عن الشيعة أنه لا يقع لأنه بدعة محرمة وهو

[1] – أخرجه البخاري، ص2019.، ابن حجر العسقلاني:" هو أحمد بن علي بن محمد الكناني العسقلاني، أبو الفضل شهاب الدين من أئمة العلم والتاريخ، أصله من عسقلان بفلسطين، ومولده ووفاته بالقاهرة، ولع بالأدب والشعر ثم أقبل على الحديث، انتشرت مصنفاته في حياته وتهادتها الملوك وكتبها الأكابر، كان فصيح اللسان، من كتبه شرح صحيح البخاري والتلخيص الحبير، وبلوغ المرام"، خير الدين الزركلي، الأعلام، الجزء الأول، ط 15، دار العلم للملايين، لبنان، ص178.

مذهب لبا قر والصادق والناصر من الشيعة[1]. والخلاف في هذه المسألة راجع على حديث ابن عباس في إمضاء عمر الثلاث بلفظ واحد ثلاثا، يقول عبد الرحمن الصابوني:" إذا ما تغير العصر وأصبح الناس يرتكبون من الآثام ما لو علمه عمر لرجع عن رأيه ألا و هو التحليل وهو الوسيلة الوحيدة للمخرج من المأزق الحرج الذي ألزموا به بوقوع الثلاث طلقات" فهل نبقى على اجتهاد عمر[2]؛ وقد تكون المرأة خلال العادة الطمثية في طهر مؤقت يشتبه في حالها.

يتبع الطلاق الثلاث: الطلاق في العدة منذ لطلقة الأولى، ولعل الأخذ بمنع تتابع الطلاق في مجلس واحد أولى بالإعمال مراعاة لمقاصد الشرع في الحفاظ على الأسرة، لان الطلاق الأول يجعلها–أي الزوجة–معتدة للحال، فلا يلحقها الطلاق الذي يليه في المجلس نفسه كما لا يلحقها في مجلس آخر بعده.

المطلب الثاني

طلاق السكران وطلاق الغضبان والطلاق المعلق

تناولنا في هذا المطلب طلاق السكران وطلاق الغضبان والطلاق المعلق.

الفرع الأول: طلاق السكران

- وقوعه عند الجمهور.
- عدم وقوعه، مذهب عثمان وعمر بن عبد لعزيز والقاسم وطاووس وربيعة ويحي الأنصاري، والليث، والطحاوي/، والكرخي من الحنيفة.

وقالوا بعدم وقوع طلاق السكران لزوال عقله فا شبهه بالمجنون والنائم، فقيس عليهما لعدم الأهلية أو نقصانها وقياسا على المكره لأنه مفقود لإرادة.

والجمهور يرى وقوعه عقوبة للزوج على فعله لكنه هل يجوز في فقه الشريعة إيقاع هذا الطلاق المفتت للأسرة، والمفتت لشمل الأولاد عقوبة للرجل دون النظر إلى أن هذه العقوبة تصيب غيره من الأبرياء أكثر مما تصيبه.

وقد نبه بن القيم في زاد المعاد على منافاة هذا التفكير لقواعد العقوبة في الشريعة.

"يشترط لوقوع الطلاق من الزوج أن يكون عاقلا، مختارا قاصدا إلى اللفظ الذي يقع به

---

[1] – الشوكاني محمد بن علي الصنعاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية.

[2] – عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص257.

الطلاق، واعيا ما يقول، وأن يكون بالغا سن الرشد"

فلا يقع طلاق المجنون والمعتوه والمستكره والمخطئ والسكران والمدهوش والغضبان إذا غلب الخلل في أقواله وأفعاله بحيث تخرج عن عادته.

الفرع الثاني: طلاق الغضبان

الغضب ثلاثة أقسام وهي:

ما يزيل العقل فلا يشعر صاحبه بما قال، وهذا لا يقع طلاقه بلا نزاع؛

ما لا يمنع صاحبه من تصور ما يقول وقصده فيقع طلاقه بلا نزاع.

أن يتحكم ويشتد بصاحبه فلا يزيل عقله الكلية، ويحول بينه وبين نيته، فهذا محل نظر، وعدم الوقوع في هذه الحالة قوي متجه.

لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا طلاق ولا عتاق في إغلاق" [1]والراجح هو أن الغضبان إذا وقع منه طلاق وغلب عليه الخلل في أقواله وأفعاله بحيث يخرج فلا يقع منه الطلاق.

الفرع الثالث: الطلاق المعلق

لقد رأت اللجنة الآن أنه قد حان الوقت لإبطال تعليق الطلاق مطلقا في جميع صور التعليق وأحاله، عملا بالاجتهاد الذي لا يقبل الطلاق إلا منجزا غير معلق ولا مضاف. وهوما نقله ابن القيم عن مجتهدي السلف في كتابه (إغاثة اللهفان) فقد دار الزمان دورته وانحرف معظم المسلمين في سيرتهم وأعمالهم وتصرفاتهم عن نهج الشريعة ومحجتها البيضاء، فظهرت بهذا الانحراف قيمة هذا الرأي وإن كان القائلون به هم أقلية الفقهاء فإن بصر هؤلاء القلة كان أبعد من بصر غيرهم في فهم نصوص الشريعة على ضوء مقاصدهم لتي من أهمها سد ذرائع الفساد لتكون أحكا مها خير علاج إلزامي للمجتمع.

وهو المروي عن علي وعطاء وطاووس وأبي ثور كما نقله ابن حزم في المحلى وابن القيم في الأعلام والإغاثة وأخذ به أكابر علماء الشافعية منهم (أبو عبد الرحمن أحمد بن يحيى).

ويخرج من هذه الحالات الصورة التالية:

التنجيز الذي هو في صورة التعليق كقول الرجل إن كانت هذه زوجتي فهي طالق، أو إن كان اليوم الإثنين فزوجته طالق. وكان يوم الإثنين.

[1] – ابن ماجة، سنن ابن ماجة، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، مصر.

المطلب الثالث

الطلاق بلفظ الحرام وفسخ العقد بالرضاع والإشهاد في الطلاق

تناولنا في هذا المطلب الطلاق بلفظ الحرام في الفرع الأول وفسخ العقد بالرضاع في الفرع الثاني والإشهاد في الطلاق في الفرع الثالث.

الفرع الأول: الطلاق بلفظ الحرام

ذكر القرطبي 18 قولا في مسألة التحريم، وحصرها ابن القيم في15 قولا ومذهب المالكية في خمسة آراء، ولعل القول بكونها يمينا تكفر أو أنها تنزل منزلة الطلاق كما فعل الحنفية بل وتكون لغوا إذا أفاد السياق ذلك.

الفرع الثاني: فسخ العقد

يوسع:

بالرضاع: قليله وكثيره حرام وهو رأي الجمهور.

لا بد من خمس رضعات مشبعات، فإذا جاز إعمال الإرضاع قليله وكثيره قبل الدخول فإن من باب الحفاظ على العلاقة الأسرية ألا نفسخ العقد بعد الدخول إ لا إذا تأكدنا من الرضعات الخمس.

الفرع الثالث: الإشهاد في الطلاق

هل الإشهاد على الطلاق كما أمر القرآن هو للإرشاد أم للإلزام؟

لقد اختلفت الاجتهادات في هذا الأمر القرآني بالإشهاد على الطلاق هل هو على سبيل الالزام فلا يصح الطلاق دونه كما هو في عقد الزواج، أم هو على سبيل الإرشاد إلى ما هو أفضل شرعا، وليس شرطا في الزواج.

والاجتهاد في اشتراط الإشهاد لوقوع الطلاق هو المروي عن ابن عباس وعطاء والسدي، وهو مذهب الظاهرية، وأجمع عليه الإمامية وعدوه من أركان الطلاق، بل ذهب الإمامية إلى أن لإشهاد هنا لا يقبل فيه النساء مطلقا لا منفردات ولا منضمات إلى الرجل بلا إطلاق عندهم في ذلك، ولعل هذا القول باشتراط الإشهاد ولا مانع أن يكون كاتب العدل أو المحضر أو الموثق لتحرير محضر بالطلاق، ولعل هذا الأمر أي الإشهاد يؤدي بصورة غير مباشرة إلى التقليل من التسرع في الطلاق بقدر الإمكان والتخفيف من الغضب الدافع والانفعالات الباعثة على التسرع فلا يصل إلى الطلاق إلا المصرعن تفكر وتقدير.

المطلب الرابع

تقرير المصلحة في الآثار المترتبة عن فك الرابطة الزوجية

إن تقرير المصلحة كمعيار شرعي وقانوني في انحلال العلاقة أو الرابطة الزوجية، لا يتوقف عند حدود إنحلال هاته الرابطة وبمختلف أشكاله سواء بالطلاق او التطليق أو الخلع، بل يمتد كذلك ليشمل الآثار التي يخلفها انحلال هاته الرابطة، وهي الآثار التي تمتد من طرفي الرابطة الزوجية وهما الزوج والزوجة إلى الأبناء الذين يعدون أكثر طرفا يتأثر بفعل فك الرابطة الزوجية.

وعليه سنتناول ومن خلال هذا المطلب دراسة تقرير المصلحة في الآثار المترتبة عن فك الرابطة الزوجية، والتي تشمل الحضانة الفرع الأول)، والنفقة (الفرع الثاني) والحق في المسكن (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تقرير المصلحة في الحضانة

تعد الحضانة من أبرز الآثار المترتبة عن فك الرابطة الزوجية سواء تم ذلك عن طريق الطلاق أو التطليق أو الخلع، وذلك بالنظر للمحل الذي تنصب عليه الحضانة وهم الأطفال القصر الذين يصبحون بفعل فك الرابطة الزوجية في وضع غير اعتيادي عن الوضع المناسب لهم وهو الأسرة المتماسكة والمترابطة بوجود الأبوين الأم والأب.

وبالنظر إلى ما يخلفه انحلال الرابطة الزوجية من أثر مباشر على الأطفال، فقد أولت الشريعة الإسلامية وكذا القوانين الوضعية أهمية كبيرة لذلك من خلال وضع نظام الحضانة الذي يضمن التكفل بالأطفال بعد انفصال الوالدين، وذلك من خلال مراعاة وضع الطفل الذي لا يستطيع بفعل سنه التكفل بنفسه، وبالتالي تحديد من هو أقدر على الاهتمام به ورعاية شؤونه، وعلى هذا الأساس خص موضوع الحضانة باهتمام كبير من قبل أحكام الشريعة الإسلامية وكذا القوانين والتشريعات الوضعية[1].

وعليه سنتاول من خلال مايلي تحديد مفهوم الحضانة وكذا المصلحة من إقرارها وتحديد مستحقيها وشروط ممارستها.

أولا: مفهوم الحضانة

1- لغة: الحضانة من الحضن، ما دون الإبط إلى الكشح، يقال: احتضنت الشيء جعلته في

[1] – باديس ذيابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، دار الهدى، الجزائر،2012، ص:123.

حضنى، ونواحي أو جوانب كل شيئ أحضانه، وحضنت المرأة ولدها، والحمامة بيضها، والمحتضن، الخصي.[1]

2- اصطلاحا: عرفها المالكية بأنها كفالة وتربية المحضون والقيام بجميع أموره ومصالحه، وهي فرض كفاية لا يحل أن يترك الطفل دونه، وإذا قام به أحد المعنيين بهم سقط عن غيره، وهو حسبهم لا يتعين إلا على الأب أو على الأم في حولي الرضاعة[2]، اما عند الشافعية فهي حفظ ما لا يستقل وتربيته والإناث أليق بها.[3]

3- قانونا: نصت المادة 62 من ق.أ.ج على مايلي:" الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".

يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك، لأن الحضانة هي حفظ الطفل وصيانته والقيام على مصالحه وحمايته ويشترط في الحاضن القدر على ذلك، ويجب أن يكون بالغا وعاقلا وحسن السلوك قادر على تربية المحضون وصيانته وسلامته من كل مرض أو إعاقة يحولان دون اصطلاحه بالواجب، ويعاين القاضي توفر تلك الشروط عند النطق بحكم الحضانة، وفي الغالب ما ينبهه إلى ذلك الطرف الآخر في الدعوى.

يعتبر بعض المؤلفين الحضانة داخلة ضمن الولاية على التربية مثل الإمام محمد أبو زهرة، وهناك من يرى أنها ولاية على النفس مثل الدكتور العربي بلحاج، ويشترط في الولاية على النفس أن يكون الحاضن له ولاية نفسه، وباعتبار أن المراة ليس لها ولاية على نفسها فهي لابد أن تبقى في كنف والدها أو إخوتها بعد الطلاق.

ثانيا: الشروط التي يجب توافرها في الحاضن.

هناك عدة شروط عامة لتولي الحضانة سواء كان الحاضن رجلا أو إمرأة، وشروط أخرى يختص بها كل واحد منهما دون الآخر.

---

[1] – أبي الحسين احمد بن فارس بن زكريا اللغوي، مجمل اللغة، الجزء الأول (الطبعة الثانية)، مؤسسة الرسالة للنشر والتوزيع، بيروت،1986، ص:239.

[2]– علي بن خلف المنوفي المالكي المصري، كفاية الطالب الرباني على رسالة أبي زيد القيراواني، الجزء الثالث (الطبعة الأول)، مطبعة المدني، مصر،1989، ص:271.

[3]– شمس الدين بن محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، الجزء الثالث (الطبعة الأول)، دار المعرفة، بيروت، 1997، ص:592.

1- الشروط العامة المتعلقة بالنساء والرجال.

1-1- البلوغ:

لأن المجنون و المعتوه و القاصر لا ولاية له على نفسه، وبالتالي لا يمكن تصور أن تكون له الولاية غيره.[1]

1-2 العقل: فلا حضانة للمجنون لأنه هو بنفسه بحاجة لمن يرعاه، وأشترط المالكية الرشد، فلا حضانة لسفيه مبذر لكي لا يتلف مال المحضون أو ينفق عليه في ما لا يليق به، وأضاف الحنابلة شرط عدم المرض المنفر كالجذام والبرص، فلا حضانة لمن به شيء من المنفرات.[2]

1-3 الإسلام:

و ذلك خشية على المحضون إذا كان مسلما من الفتنة في دينه، و لأنه لا ولاية لغير المسلم على المسلم و الحضانة نوع من الولاية.[3]

1-4 القدرة: هي الاستطاعة على رعاية الصغير وصيانته في خلقه وصحته، بمعنى أن يكون المكلف بالحضانة صحيح الجسم قادر على القيام بمتاعب الحضانة، فلو كان الحاضن عاجزا عن ذلك لمرض أو عاهة أو شيخوخة أو انشغاله بحرفة تحول بينه وبين رعاية الصغير، لا يعد أهلا للحضانة، لأن في ذلك ضرر على مصلحة المحضون.[4]

2- شروط الحضانة الخاصة بالرجال.

2-1 أن يكون محرما للمحضون إذا كان أنثى مشتهاة.

حدد الحنابلة والحنفية ستها بسبع، خوفا من الخلوة بها لانتفاء المحرمية بينهما وإن لم تبلغ حد الشهوة أعطيت له بالاتفاق، لأنه لا فتنة فلا يكون لابن العم حضانة ابنة عمه المشتهاة، وأجاز الحنفية إذا لم يكن للبنت عصبة غير ابن عمها بقاءها عنده بأمر القاضي إذا كان مأمون عليها، لا يخشى عليها الفتنة فيه.

---

[1]- أحمد علي جردات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد، الزواج والطلاق، الطبعة الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن،2012، ص:338.

[2]- وهبة الرحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصر، الجزء الثامن، الطبعة الأولى، دار الفكر للنشر والتوزيع، 2010، ص:686.

[3] - أحمد علي جردات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد، مرجع سابق، ص:338.

[4] - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص:383.

2-2 اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون.

تبتى حضانة الرجال في الأصل على مبدأ الميراث، إذ لا توارث بين المسلم وغيره في الدين، وذلك إذا كان المحضون غير المسلم وكان ذو الرحم مسلما فليس له حق الحضانة بل حضانته إلى ذوي رحمه من أهل دينه.

ج- أن يكون عند الحاضن من أب أو غيره.

يجب أن تكون الحضانة لمن يصلح للحضانة من النساء، كالزوجة و الأم و الخالة و العمة، إذ لا قدر ولا صبر للرجال على أهوال الأطفال كما للنساء، فإن لم يكن عند الرجال من يحضن من النساء فلا حق له في الحضانة حسب ما اشترطه المالكية.[1]

3- شروط الحضانة الخاصة بالنساء.

3-1 ألا تكون الحاضنة متزوجة بأجنبي عن المحضون.

وقد اشترط الجمهور ألا تكون الحاضنة متزوجة من أجنبي، وبه قال الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة، فإن تزوجت بأجنبي سقطت عنها الحضانة، واستدلوا بأن الحضانة شرعت لمصلحة المحضون ذكرا كان أو أنثى، وبزواج الحاضنة من أجنبي يفوق هذا المقصود، لأن الزوج الأجنبي كما قال الفقهاء ينظر إليه نظر المبغض، ويكون قليل الاهتمام به.[2]

3-2 ألا تقيم في بيت يبغضه الصغير المحضون.

لو كان قريبا لأن سكناها مع المبغض يعرضه للأذى والضياع، فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع بنتها أم الطفل إذا تزوجت، إلا إذا انفردت بالسكنى عنها وهذا شرط عند المالكية.

ج- أن تكون ذات رحم من الصغير كأمه وأخته وجدته.

فلا حضانة لبنات العم أو بنات العمة، ولا لبنات الخال أو الخالة بالنسبة للصبي لعدم المحرمية.[3]

ثالثا: استحقاق الحضانة وسقوطها

1- استحقاق الحضانة.

هناك اختلاف بين الفقهاء حول استحقاق الحضانة وخاصة في ترتيب المستحقين، حيث يرى الحنفية أن الحضانة تثبت على الترتيب الآتي: فالأم أحق الناس بالحضانة سواء

---

[1]- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصر، مرجع سابق، ص:690.

[2]- نفس المرجع، ص:690.

[3]- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، الجزائر،2007، ص:360.

كانت متزوجة بالأب أو مطلقة ثم من بعدها أمها وأم أمها وهكذا تنتقل إلى أم الأب وإن علت كما إذا كانت الجدة متزوجة بجده فإن حضانتها لا تسقط ثم تنتقل إلى الأخت الشقيقة ثم الأخت لأب وهكذا فإذا لم يكن للصغير امرأة من أهله المذكورات تستحق الحضانة، انتقلت الحضانة إلى عصبته من الرجال فيقدم الأب ثم أبو الأب وإن علا، ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب وهكذا.[1]

ونص المشرع الجزائري في المادة 64 من ق.أ.ج على أنه: "الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب، ثم الجدة، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الاقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

ويلاحظ بأن هذا النص أوجد ترتيبا جديدا لمستحقي الحضانة بآن جعل الأب في المرتبة الثانية بعد الأم مباشر وبعده تأتي كل من الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة.

ما يمكن الإشارة إليه في هذا الشأن بأن هذا الترتيب ليس ملزما للقاضي الذي باستطاعته أن يعين الحاضن دون مراعاة ذلك الترتيب، وهذا مراعاة لمصلحة المحضون ذلك أن تلك المصلحة هي المعيار المعتمد في اختيار الحاضن.[2]

2- سقوط الحضانة.

إذا كان الهدف من الحضانة كما هو مبين في المادة 62 ق أ ج السالفة الذكر وهو رعاية الولد على الوجه المطلوب، فهي ليست مقررة على وجه التأبيد أو الدوام، . فهي كما سبق مرتبطة بشروط وقد تسقط متى تخلفت هاته الشروط.

2-1 سقوط الحضانة بزواج الحاضنة بأجنبي.

تسقط الحضانة عند زواج الحاضنة من غير قريب محرم وليس بزواجها من قريب محرم، وعندما تقضي المحكمة بسقوط حق الحضانة عن هذه الأخير، فإنها تسند حضانة المحضون إلى غيرها كالأب أو غيره ممن أسند إليهم القانون حق حضانة الأولاد، وقد أخذ المشرع الجزائري بمذهب مالك الذي يسقط حضانة الأم في حالة الزواج بغير قريب محرم، ويحب على المدعي إثبات ذلك.[3]

---

[1] – عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ص:520.

[2]– لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، الطبعة الثانية، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر،2015، ص:205.

[3] – لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص:224.

2-2 التنازل عن الحضانة.

يكون بتنازل الحاضنة عن حقها القانوني والشرعي في حضانة الطفل حسب ما جاءت به المادة 66 من ق.أ.ج، ويشترط في هذا التنازل أن يصدر عن المحكمة المختصة وألا يضر ذلك بمصلحة المحضون[1]، وتبقى للقاضي السلطة التقديرية في قبول التنازل من عدمه، وهذا بالاستقصاء عن السبب الحقيقي للتنازل مع مراعاة مصلحة المحضون في كل الحالات.[2]

2-3 الإخلال بشروط الحضانة.

يسقط حق استحقاق الحضانة إذا اختلت شروط الحضانة المحددة بموجب المادة 62 من ق.أ.ج، فإذا قامت الأم بالإخلال بواجباتها تجاه المحضون والمتمثلة في الرعاية والتربية والحماية والحفظ، فإنه يمكن للقاضي أن يسقط حضانتها لذلك السبب، ولا يعد عمل المرأة خارج البيت من مسقطات الحضانة.[3]

د – سقوط الحضانة بقوة القانون.

تسقط الحضانة بقوة القانون ببلوغ المحضونة الأنثى سن الزواج، و بلوغ المحضون الذكر 10 سنوات إذا لم يطلب الحضانة من له الحق فيها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر، حسب المادة 68 من ق.أ.ج، وبالنسبة للمحضون إذا مددت فترة الحضانة إلى أكثر من ذلك فإنها تنتهي بأقصاها وهي16 سنة، بحي المادة65 من ق.أ.ج، على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون دائما.

كما تسقط الحضانة في حالات اخرى حددها القانون كإقامة الحاضن ببلد أجنبي حسب المادة69 من ق.أ.ج، أو سكن المحضون مع الأم المتزوجة بغير قريب محرم وهو ما تضمنته المادة 70 من ق.أ.ج كذلك.

الفرع الثاني: تقرير المصلحة في النفقة.

يعد واجب الإنفاق على الأبناء من واجبات الزوج إثر إبرام عقد الزواج، و لا ينقطع هذا الإلتزام او يتوقف بإنحلال الرابطة الزوجية، بل تقتضي المصلحة إستمراره، طالما أن الأبناء لم يستغنوا

---

[1] – العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص:388.

[2] – لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص:224.

[3] – نفس المرجع، ص:389.

عن النفقة، ولقد نصت المادة 72 من ق.أ.ج، انه :" في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار".

أولا: نفقة المحضون.

إن نفقة الحضانة من ملبس ومأكل وعلاج وفقا لما ورد في المادة 78 من ق.أ.ج تجب من مال المحضون إذا كان له كما لو كان وارثا أو يكون موهوبا له أو موصى له بأموال من قبل الأقارب، والا فهي من مال أبيه أو من يكلف بنفقته عند عدم وجود الأب أو إعسار، فإذا لم يكن للمحضون مال أمر القاضي والده بالنفقة عليه بأن يصرفها إلى الحاضنة في شكل مبالغ مالية يقدمها للحاضن.[1]

ويسقط واجب النفقة على الأب في حالة إعسار، فلابد أن يكون الأب قادر على النفقة، و أن يكون الابن محتاجا للنفقة بأن لا يكون له مال أو لكونه صغير السن أو ذو عاهة أو مزاولا لدراسة تمنعه من القدرة على الكسب، فيما تظل البنت محل نفقة عليها من طرف الأب إلى غاية زواجها لتصبح النفقة بعد ذلك واجبة على الزواج.[2]

اتفق الفقهاء على أنه إذا كان الأب موجودا وموسرا قادر على الكسب حسب رأي الجمهور، فتجب عليه وحده النفقة، ويرى المالكية أنه تحب النفقة على الأب وحده دون غيره.[3]

وأخذ المشرع الجزائري برأي المالكية في المادة 75 من ق أ ج التي نصت على أنه"تحب نفقة الولد على الأب"، أخذا بقول مالك الذي حدد الأولاد بالأولاد المباشرين دون غيرهم.[4]

ثاني: نفقة الحاضن.

يرى الحنفية ان الحاضنة لا تستحق اجر على الحضانة إذا كانت زوجة او معتدة لأب المحضون سواء عدة طلاق رجعي أو بائن لأن الحضانة واجبة عليها ديانة، لأنها تستحق النفقة في أثناء الزوجية والعدة وتلك النفقة كافية للحضانة، أما بعد انقضاء العدة فتستحق أجر الحضانة لأنها بمثابة أجرة على عمل تقوم به، وتستحق الحاضنة غير الزوجة أجرة الحضانة مقابل قيامها بعمل من الأعمال المتعلقة بالمحضون، أما في رأي الجمهور فليس للحاضنة أجرة على الحضانة سواء كانت الحاضنة أم المحضون او غيرها، لأن الأم تستحق النفقة إن كانت زوجة و غير الأم نفقتها

[1] – العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص:387.

[2] – باديس ذيابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص:154.

[3] – وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي و القضايا المعاصر، مرجع سابق، ص:778.

[4] – أحمد ناصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص:164.

على غيرها وهو الأب، لكن إن احتاج المحضون إلى خدمة كطبخ طعامه و غسل ثيابه، فللحاضن الأجرة على قيامه بذلك.[1]

لم ينص المشرع الجزائري بشكل صريح على مسالة أجرة الحضانة، إلا انه بالتمعن في المواد 75-76-77-78 من ق.أ.ج، نجدها قد نصت ولو بشكل ضمني عن هاته المسالة، ليبقى الأمر غير محسوم قانونا من إقرار المشرع الجزائري بحق الحاضن في النفقة من عدمها، وبما أن المادة 222 من ق.أ.ج تحيلنا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، وباعتبار أن فقهاء الشريعة ليسوا على قول واحد، فيبقي الإشكال مطروحا في هذه المسألة، في غياب الاجتهادات الحاسمة على ضوء ما أدلى به الفقهاء.[2]

الفرع الثالث: تقرير المصلحة في مسكن المحضون.

اتفق الحنفية على الراجح والمالكية في المشهور على وجوب أجرة مسكن الحضانة على الأب للحاضن والمحضون إذا لم يكن لهما مسكن، لأن أجرة المسكن من النفقة الواجبة للصغير فتجب على من تجب عليه نفقته باجتهاد القاضي أو غير بحسب حال الأب.[3]

نصت المادة 72 من ق.أ.ج على انه " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة و إن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار"، ومن خلال هذا النص فإنه يكون على الزوج توفير مسكن للمحضون فإن تعذر عليه ذلك فعليه دفع بدل الإيجار لمسكن يخصص لممارسة الحضانة.[4]

وبإستقراء نص هاته المادة نجدها منطوية على حالتين أساسيتين فيما يتعلق بمصلحة تقرير مسكن الحضانة وكمايلي:

- أن يعرض الأب سكنا للحاضنة، ولا يحكم القاضي به إلا إذا تبين له بأن ذلك المسكن ملائم، أي أنه تتوفر فيه كل وسائل العيش من ماء وكهرباء، وألا يكون منعزلا عن السكان.

- ألا يعرض الأب سكنا غير ملائم لممارسة الحضانة، ما قد يؤدي بالقاضي للحكم عليه بأن يدفع للحاضنة بدل الإيجار الشهري الذي يحدد مقدار طبقا لحال الطرفين، على أن يكون هذا المبلغ كافيا لاستئجار سكن ملائم، ولإ تخرج الزوجة من البيت الزوجية إلا بعد تنفيذ الأب لحكم

---

[1] – وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصر، مرجع سابق، ص:694.

[2] – باديس ذيابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص:156.

[3] – وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصر، مرجع سابق، ص:695.

[4] – رشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص:259.

القضي بالسكن.[1]

نجد ذلك بأن قضاة المحكمة العليا قد أكدوا على ضرورة تخصيص الأب لمسكن ملائم لمزوالة الحضانة أو بدل الإيجار.

وقد جاء في قرار للمحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية المؤرخ بتاريخ:1997/11/25 مايلي: " ..على أن نفقة المحضون وسكناه من ماله، وإلا فعلى والده أن يهيء له سكنا وإن تعذر فعليه أجرته، ولما كان ذلك وكان القرار المطعون فيه قد رد على دفاع الطاعنة في هذا الشأن، أنها لم نقدم البينة على أن المطعون ضده يملك مسكنين، يكون بذلك قد خالف أحكام المادة 72 من القانون أعلاه بشأن حقها في المطالبة بمقابل أجرة مسكن الحضانة من الأب المنفق على أولاده، ومتى كان الأمر كذلك فإن القرار يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه مما يتعين نقضه دون حاجة إلى مناقشة الوجهين الثاني والثالث عن الطعن...».[2]

كما قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في:2009/01/14 بأنه:"... حيث متى كان المطعون ضدها حاضنة فإنها تستلحق السكن أو بدل الإيجار بغض النظر عن عدد الأطفال المحضونين، ولما حكم للحاضنة ببدل الإيجار فإن قضاة الموضوع قد طبقوا القانون بطريقة سليمة مما يتعين رفض هذا الوجه لعدم قانونيته...".[3]

ويستخلص من فحوى هذين القرارين بأن المحكمة العليا قد كرست مبدأ مفاده أن يقع على عاتق الأب الالتزام اتجاه المحضون بالنفقة عموما، والتي من مشتملاتها ضرورة توفيره السكن لكي تمارس الأم حضانتها على الولد، وأما إذا تعذر عليه الوفاء بالترام توفير المسكن يمكن له أن يدفع في مقابل ذلك بدلا للإيجار.

---

[1] – لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص:242.

[2] – قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، المؤرخ فى25/11/1997، ملف رقم 175646، المجلة القضائية عدد56، لسنة 1999، ص31.

[3]– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية المؤرخة بتاريخ 14 يناير 2009، ملف رقم 481855، المجلة القضائية، رقم 2، سنة 2009، ص 294.

ملخص الفصل الثاني

لقد تضمن هذا الفصل عدة دراسات محاولين استنتاج حكم كل من الفقه والقانون والقضاء في المسائل المتعلقة بالأسرة الجزائرية و تحديدا بعد الزواج أي بعد فك الرابطة الزوجية –التي هي في حماية القانون –،ومعرفة إذا كان هناك اعتبار للمصلحة أم لا، وهذه الأخيرة كانت بارزة في كل مسائل الطلاق سواء الطلاق بالإرادة المنفردة التي ضيق الشرع والقانون في إيقاعها او التطليق الذي راعى فيها القانون مصلحة الزوجة وما لحقها من ضرر او في الأثار المترتبة عن الطلاق من مراعاة لمصلحة المحضون والنفقة عليه وتوفير مسكن للحاضن لممارسة الحضانة ،فقد راعى الفقه الإسلامي المصلحة والقانون والقضاء ويتبين ذلك من خلال المواقف و النصوص و القرارات التي تبيين ذلك.

الخاتمة

الخاتمة:

نحمد الله جل وعلى حمدا يليق بجلاله على أن وفقنا لإتمام بحثنا هذا ونسأله القبول وأن يبارك فيه وأن يجعله خالصا لوجهه الكريم وصلى الله وسلم على رسوله الكريم وعلى آله وصحبه أجمعين إلى يوم الدين.

بعد هذه الدراسة –المصلحة كمعيار لفك الرابطة الزوجية – والوقوف على بعض التطبيقات المعاصرة للمصلحة المرسلة فإنني أسجل أبرز النتائج التي توصلت إليها في هذا بحثي المتواضع:

أولا: إن العمل بالمصلحة المرسلة هو عمل بكليات الشريعة ومقاصدها العامة التي تقرر اعتبار الشارع لها من خلال عدد كبير من الأدلة الشرعية التي أفضت إلى ذلك المعنى الكلي العام.

ثانيا: إن المجتهد لا يملك أن يحكم على الفعل المسكوت عنه بأنه من قبيل المصلحة المرسلة إلا إذا تحقق أولا من ملاءمة الفعل لمقاصد الشريعة الإسلامية، وإن الحكم على الفعل بأنه مصلحة أو مفسدة لا يكون وفق أهواء النفوس وشهواتها، وإنما وفق الخطاب الشرعي إما بتناوله لعين الواقعة بالاعتبار والإقرار، وإما بتناوله لجنسها من خلال كثرة الشواهد التي تدل اعتبار الشارع لجنس المصلحة المعروضة.

ثالثا: إن تفريغ معنى المصالح المرسلة في المسائل المعاصرة في الزواج والطلاق والإصلاح الأسري من شأنه أن يؤكد حيوية الشريعة الإسلامية وصلاحها لكل زمان ومكان وأنها لا تقف مكتوفة الأيدي أمام نوازل العصر، وإنما تتصدى لها بكل قوة واقتدار من خلال ما تضمنته من عناصر تمكنها من أداء هذه المهمة بجدارة.

رابعا: إن المصلحة لا تقتصر كشرط في الدعوى فقط بل أنها متواجدة في غير الدعوى مثلما رأينا في بحثنا.

خامسا: إن اعتبار المصلحة من طرف المشرع الجزائري في مسائل فك الرابطة الزوجية والأثار المترتبة عليها من حضانة ونفقة ومسكن الحضانة راعى مصلحة كل الأطراف الزوج باعتباره مسؤولا عن أولاده القصر والزوجة باعتبارها الطرف الضعيف والأولاد.

اقتراحات:

أولا: يقترح الباحث بالنسبة للعدة الشرعية والقانونية أن يأخذ المشرع الجزائري بالعدة الشرعية درأ لما ينتج عن اختلاف العدة الشرعية عن القانونية من مفاسد مخالفة لمقاصد التشريع فيما يخص التوارث والأنساب إلى غر ذلك من مخاطر ومضار نتيجة اختلاف العدة الشرعية عن القانونية.

ثانيا: أوصى باستكمال الجهد في موضوع التطبيقات المعاصرة للمصالح المرسلة والمصادر التبعية الاجتهادية التبعية، حتى يتبين اتصال هذه المصادر بواقعنا المعاصر وأنها ذات أثر كبير في إصلاح الحاضر مثلما كان لها الدور المشهود في إصلاح الماضي.

ثالثا: يقترح الباحث على إعطاء أهمية وتوضيح أكثر لاعتبار المصلحة من طرف المشرع الجزائري خاصة، وحتى إدراج موضوع المصلحة في البرامج الدراسية في كليات الحقوق.

وأخيرا فإنني أسأل الله أن أكون قد وفقت فيما قمت بعرضه والله الموفق وهو الهادي إلى سواء السبيل، والحمد لله رب العالمين.

قائمة المراجع

I- المصادر

القرآن الكريم.

1- السنة النبوية:

- ابن ماجة، سنن ابن ماجة، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، مصر.
- أبو داود سليمان، سنن أبي داود، تحقيق: شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل وشادي محسن الشياب، الجزء الثالث، طبعة خاصة، دار الرسالة العالمية، لبنان 1430 هـ - 2009م، كتاب النكاح، باب في حق المرأة على زوجها.
- البخاري في صحيحه الجامع الصحيح، باب الخلع وكيفية الطلاق.
- البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب من طلق المرأة وهي حائض.
- البخاري، صحيح البخاري، باب كراهية الشفاعة في الحد إذا رفع إلى السلطان.
- البيهقي، السنن الكبرى، باب ما جاء في الحمى، ابن عساكر، تاريخ دمشق، باب سيرة عمر بن الخطاب، ج 44.
- صحيح مسلم، باب قطع السارق الشريف وغيره والنهي عن الشفاعة في الحدود.
- مسلم، كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها.

2- المعاجم والقواميس:

- ابن منظور جمال الدين أبو الفضل، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، ج 6.
- أبي الحسين احمد بن فارس بن زكريا اللغوي، مجمل اللغة، الجزء الأول (الطبعة الثانية)، مؤسسة الرسالة للنشر والتوزيع، بيروت، 1986.
- ابن منظور، لسان العرب، 517/2، الصحاح للرازي، دار المعارف، مصر.

3- المراجع:

أولا: الكتب الأصولية والفقهية

1- المذهب المالكي:

- ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط2، دار ابن حزم، بيروت لبنان، 2006.

- أبي اسحاق ابراهيم الشاطبي، الموافقات، ضبط أبو عبيدة مشهور ابن حسن آل سليمان، المجلد 02، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، د س ن.
- أبي اسحاق الشاطبي، الاعتصام، المدقق: محمد رشيد رضا، الجزء الثاني، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، د س ن.
- التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، ج4، ط1، دار الوعي، 2010.
- علي بن خلف المنوفي المالكي المصري، كفاية الطالب الرباني على رسالة أبي زيد القيراواني، الجزء الثالث (الطبعة الأول)، مطبعة المدني، مصر،1989.

2- المذهب الشافعي:

- أبو حامد محمد ابن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، ج1، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية.
- السيوطي، الأشباه والنظائر، ابن نجيم، البحر الرائق، تحقيق: زكريا عميرات، ط01، دار الكتب العلمية، لبنان 1418هـ- 1997.
- الإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي . إحياء علوم الدين . الجزء الثاني . الطبعة الثالثة . دار القلم بيروت.
- شمس الدين بن محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، الجزء الثالث (الطبعة الأول)، دار المعرفة، بيروت، 1997.
- عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، الجزء الاول: دار عالم الكتب، مصر، د س ن، المحقق: علي محمد عوض.

3- المذهب الحنبلي:

- ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد فارس ومسعد عبد الحميد السعدفي، ط 01، دار الكتب العلمية، لبنان، 1414هـ - 1994م.
- ابن القيم الجوزية، أحكام أهل الذمة، تحقيق: أبو براء يوسف البكري وأبو أحمد شاكر الغازوري، ط01، رمادي للنشر، السعودية 1418 هـ - 1997.
- ابن تيمية، مجموع الفتاوى، وزارة الشؤون الإسلامية والدعوة والإرشاد السعودية - مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية، 1425 - 2004، المجلد 11.

4- المذهب الزيدي:

- الشوكاني محمد بن علي الصنعاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية.

5- كتب الفقه العامة:

- بدران أبو العينين بدران . الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذاهب الجعفري والقانون (الزواج والطلاق) دار النهضة العربية . الجزء الأول . الطبعة 1967 . بيروت . لبنان.
- جيرمي بنتام، أصول الشرائع، ترجمة أحمد أفندي فتحي زغلول، مصر، الناشر: هيئة قصور الثقافة المصرية.
- حسين بن عودة العوايشة، الموسوعة الفقهية الميسرة، فقه الكتاب والسنة المطهرة، المكتبة الإسلامية، دار ابن حزم، بيروت–لبنان، ط 1، ج5، 2004.
- د. عبد الرحمان الجزيري . كتاب الفقه على المذاهب الأربعة . ج 5 . دار الفكر ودار الكتب العالمية . بيروت.
- السيد سابق . فقه السنة . الجزء الثاني . الطبعة السابعة 1985 . دار الكتاب العربي . بيروت.
- صالح بن فوران عبد الله، الملخص الفقهي، ج2، ط2، دار الإيمان، الإسكندرية– مصر،2002.
- الطوفي، رسالة المصلحة، الطبعة الأولى، الدار المصرية اللبنانية، 1993.
- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ط 02، مؤسسة الرسالة، لبنان 1982.
- عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، لبنان 1987.
- محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الشنقيطي، مذكرة في أصول الفقه، الطبعة 1، دار البصيرة، مصر. 1989.
- محمد الطاهر ابن عاشور، مقاصد الشريعة، تقديم: حاتم بوسمة، دار الكتاب المصري، القاهرة، 2011.
- محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الاسلامية، دكتوراه في أصول الشريعة الاسلامية، جامعة الأزهر، مؤسسة الرسالة، مصر، 1965.

- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري، دار الجامعة، بيروت–لبنان، 1982، ط4.
- مصطفى زيد، المصلحة في التشريع، المصالح المرسلة وأثرها في المعاملات، لعبد العزيز العمار.
- وليد الحسين، اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي، دكتوراه، دار التدمرية، السعودية، 1430هـ 2009.
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط 02، دار الفكر، سوريا 1405 هـ – 1985 م.
- وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، دار الكلم الطيب، ج3، ط2، دمشق، 2010.
- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصر، الجزء الثامن، الطبعة الأولى، دار الفكر للنشر والتوزيع، 2010.
- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، دار الفكر، ج8، ط4، دمشق، 2017.

ثانيا: الكتب القانونية

- أحمد علي جردات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد، الزواج والطلاق، الطبعة الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان–الأردن،2012.
- أحمد ناصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
- أحمد نصر الجندي. الطلاق والتطليق وأثارهما، دار الكتب القانونية، مصر.
- باديس ذيابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، دار الهدى، الجزائر،2012.
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ج1، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون–الجزائر، 2005.
- بلحاج العربي. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. الجزء الأول. طبعة 1999. ديوان المطبوعات الجامعية.
- د. عبد الرحمان الصابوني. شرح قانون الأحوال الشخصية السوري. الجزء الثاني. الطلاق وأثاره. طبعة 5.

قائمة المراجع:

- د. عبد الرحمان الصابوني . نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام . دار الفكر المعاصر.
- د. محمد سمارة . أحكام وأثار الزوجية (شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية) . الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع عمان . الأردن.
- ذيب عبد السلام، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ترجمة للمحاكمة العادلة، موفم للنشر، طبعة ثالثة، الجزائر
- رشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
- عبد الحكم فودة، الدفع بانتفاء الصفة والمصلحة في المنازعات المدنية، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2007.
- عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية (القانون رقم 08-09، ط2، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009.
- عبد العزيز سعد . الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري . الطبعة الثانية . دار البحث . قسنطينة 1989.
- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، الجزائر،2007.
- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
- عمر زودة، الاجراءات المدنية والادارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، دار انكلوبيديا، ط2، الجزائر، 2015.
- عمر سليمان الأشقر . الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني . دار النفائس للنشر والتوزيع . الأردن.
- فضيل سعد . شرح قانون الأسرة الجزائري "الزواج والطلاق". الجزء الأول 1985 . المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر.
- لحسين بن الشيخ أث ملويا . المنتقي في قضاء الأحوال الشخصية . الجزء الأول . دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2006.

- لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2015.
- محفوظ بن الصغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05، دار الوعي، ط2، 2005.
- محمد أمين حميدي، شروط رفع الدعوى وأجالها في تقديم المستندات، مداخلة في إطار شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية، مجلس قضاء شلف، محكمة عين الدفلى، 2009.

ثانيا: المذكرات

1- رسائل الدكتوراه:

- يعقوب عبد الوهاب الباحسين، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية دراسة أصولية تأصيلية (دكتوراة) ط4، مكتبة الرشد، الرياض، 1422 هـ / 2001 م.

2- الماجستير:

- بشير الصياح، مروى الخريشة، طبيعة شرط المصلحة في دعوى الإلغاء، رسالة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الإسراء، فلسطين.
- عبد الرحيم مقداش، انحلال الرابطة الزوجية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري- دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، 2013.

3- مذكرات الماستر:

- طاهير وفاء وآخرون، إجراءات التقاضي في دعوى الطلاق، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الأسرة، جامعة جيجل ، 2016-2017.
- ابتسام محاتفي، الطلاق وإشكالاته في قانون الأسرة الجزائري-دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي-، مذكرة لنيل شهادة الماستر، 2017.

4- المحاضرات:

- تشوار جيلالي، مقياس قانون الأسرة الجزائري، محاضرات ملقاة على طلبة السنة الثالثة، قانون خاص، 2015/2014.

ثالثا: النصوص الرسمية

1- القوانين:

- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر 05-02، المؤرخ في:2005/02/27، الجريدة الرسمية عدد:15 لسنة 2005.
- قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، المؤرخ في 2005/02/27.

2- الأوامر:

الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمّن قانون العقوبات الجريـدة الرسمية العدد 49 الصادرة بتاريخ 11 يونيو 1966 المعدل والمتمم.

3- القرارات:

قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية في 10/ 02/ 1986 . ملف رقم 39394 . المجلة القضائية 1989 . عدد 1 ص 111

قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، المؤرخ فى25/11/1997، ملف رقم 175646، المجلة القضائية عدد56، لسنة 1999، ص31.

قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية المؤرخة بتاريخ 14 يناير 2009، ملف رقم 481855، المجلة القضائية، رقم 2، سنة 2009، ص 294.

رابعا: المقالات

- محفوظ بن صغير، التشريع المصلحي بين النظرية والتطبيق، مجلة البحوث والدراسات، معهد العلوم القانونية والادارية، المركز الجامعي بالوادي، العدد 04، يناير 2007.

فهرس الآيات

فهرس الآيات:

الآية	السورة	رقم الآية	الصفحة
"وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ" (56) مَا أُرِيدُ مِنْهُمْ مِنْ رِزْقٍ وَمَا أُرِيدُ أَنْ يُطْعِمُونِ (57) إِنَّ اللَّهَ هُوَ الرَّزَّاقُ ذُو الْقُوَّةِ الْمَتِينُ (58)"	الذاريات	56-58	أ، 14
"وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ (188).	البقرة	188	أ
"وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ (179)	البقرة	179	أ، 17
"لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ ۖ وَأَنزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَلِيَعْلَمَ اللَّهُ مَن يَنصُرُهُ وَرُسُلَهُ بِالْغَيْبِ ۚ إِنَّ اللَّهَ قَوِيٌّ عَزِيز(25)	الحديد	25	ب
"الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا"	المائدة	03	3، 21
"مَا فَرَّطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ"	الأنعام	38	3
"وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا"	البقرة	275	6
"يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا"	البقرة	219	6
"يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُون"	المائدة	90	6
"لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَلِيَعْلَمَ اللَّهُ مَنْ يَنْصُرُهُ وَرُسُلَهُ بِالْغَيْبِ إِنَّ اللَّهَ قَوِيٌّ عَزِيزٌ"	الحديد	25	14
"وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ"	الأنبياء	107	17
"مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ"	المائدة	6	17
"إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ"	العنكبوت	45	17

فهرس الآيات:

"فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ"	النحل	43	24
"وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي خَالِقٌ بَشَرًا مِّن صَلْصَالٍ مِّنْ حَمَإٍ مَّسْنُونٍ"	الحجرات	128	35
"وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ ۚ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ ۚ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۚ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ ۚ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم ۚ مِّن بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۗ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ ۚ فَإِن كَانُوا أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ۚ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ ۚ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ ۗ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ (12)"	النساء	12	35
"يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ۖ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ ۖ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا (1)"	الطلاق	1	36
"الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۗ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ (229)."	البقرة	229	37، 43، 68
"وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ۚ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۚ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا ۚ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ۗ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ (228)"	البقرة	228	38

فهرس الآيات:

"فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّا أَن يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۗ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ (230)"	البقرة	230	39
"وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ (21)"	الروم	21	44
"لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ (236)"	البقرة	236	44
"أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ"	الطلاق	6	
"وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا"	البقرة	233	45، 46، 47
"وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا"	البقرة	231	47
"لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا"			47
"فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ"	البقرة	222	52
"وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا (3)"	النساء	29	56
"لا يكلف الله نفسا إلا وسعها"	البقرة	286	57
"فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ"	النساء	129	57
"فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى لا تعدلوا"	النساء	3	57
"ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيل"	الإسراء	32	59

"وإن يتفرقا يغني الله كلا من سعته"	النساء	35	61
"وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها أن يريدا إصلاحا يوفق الله بينها"	الروم	21	61
"يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام"	النساء	01	73

فهرس الأحاديث

نص الحديث	رقم الصفحة
عن أم المؤمنين السيدة عائشة – رضي الله عنها – أن قريشاً أهمتهم المرأة المخزومية التي سرقت فقالوا من يكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم، ومن يجترئ عليه إلا أُسامة حِب رسول الله صلى الله عليه وسلم، فَكَلَّم رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: " أتشفع في حد من حدود الله "،ثم قام فخطب، قال: " يا أيها الناس إنما ضل من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق الشريف تركوه، وإذا سرق الضعيف فيهم أقاموا عليه الحد، وايم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها".	10
"لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ"	18
وقد بين النبي صلى الله عليه وسلم ذلك فيما رواه نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: مره فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وان شاء طلق قبل أن يمسها، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء"	38
أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما طلق امرأته وهي حائض فسأل عمر رضي الله عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال: "مرر فليرجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق قبل أن يمسها، فتلك العدة الغني أمر الله أن تطلق لها النساء"	43
ما روى عن الرسول (ص) تزوج امرأة من بني غفار فلما دخل عليها وضع ثوبه وقعد على الفراش فأبصر بكشحها (ما بين الخاصرة إلى الضلع) بياضا، فانحاز عن الفراش ثم قال خذي عليك ثيابك أو في رواية وإلحق بأهلك، ولم يأخذ مما أتاها شيئا	50
"هذه قسمتي فيما أملك فلا تؤاخذني فيما تملك ولا أملك"	57
"من كانت له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل"	58

"إن أحق الشروط أن توفوا ما استحللتم به الفروج"	62
"إن بني هشام بن المغيرة استأذنوني أن ينكحوا ابنتهم من علي بن أبي طالب، فلا أذن، ثم لا أذن إلا أن يريد بن أبي طالب أن يطلق ابنتي وينكح ابنتهم، فإنما ابنتي بضعة مني، يريبني ما أرابها، ويؤذيني ما أذاها"	58
"ملعون من أتى امرأة في دبرها"	65
فحديث بن عباس رضي الله عنهما أن امرأة ثابت بن قيس جاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: " يا رسول الله، إني ما أعيب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام" فقال رسول الله عليه الصلاة والسلام " أتردين عليه حديقته؟" فقالت: نعم، فقال رسول الله عليه الصلاة والسلام:" اقبل الحديقة وطلقها تطليقة"	69
"أبغض الحلال إلى الله الطلاق"	73
"لا تطلقوا النساء من ريبة، فإن الله تبارك وتعالى لا يحب الذواقين والذواقات"	73
"لا طلاق ولا عتاق في إغلاق"	76

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات:

شكر وتقدير
إهداء
قائمة المختصرات
مقدمة:..... أ

الفصل الأول: ماهية المصلحة المرسلة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول: المصلحة في الفقه الإسلامي 3
المطلب الأول: أنواع المصالح في الفقه الإسلامي..... 3
الفرع الأول: تعريف المصلحة 4
الفرع الثاني: أقسام المصلحة 6
المطلب الثاني: المصلحة المرسلة.....13
الفرع الأول: تعريف المصلحة المرسلة 13
الفرع الثاني: أقسام المصلحة المرسلة 15
الفرع الثالث: أدلة اعتبار المصلحة 16
الفرع الرابع: ضوابط المصلحة 23
المبحث الثاني: مفهوم المصالح المرسلة عند شراح القانون.....26
المطلب الأول: مدلول المصالح المرسلة عند شراح القانون 26
المطلب الثاني: أحكام المصلحة قانونا 29
الفرع الأول: المنفعة والهدف.....29
الفرع الثاني: الموافقة بين المنفعة والهدف 29
المطلب الثالث: شروط المصلحة في القانون 30

الفصل الثاني: إعمال مفهوم المصلحة في فك الرابطة الزوجية فقها وقانونا

المبحث الأول: طرق فك الرابطة الزوجية فقها وقانونا 35
المطلب الأول: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج 35
الفرع الأول: مفهوم الطلاق وأنواعه وشروطه 36
المطلب الثاني: التطليق 45
الفرع الأول:عدم الإنفاق وللعيوب والهجر في المضجع والحكم على الزوج 45
الفرع الثاني: الضرر للغيبة ومخالفة المادة 08 ق أ والفاحشة المبينة 55
الفرع الثالث: الشقاق المستمر ومخالفة شروط عقد الزواج والضرر المعتبر شرعا 61
المطلب الثالث: الخلع 67
الفرع الأول: مفهوم الخلع ودليل مشروعيته 67
الفرع الثاني: شروط الخلع وطبيعته الفقهية والقانونية 69
المبحث الثاني: تطبيقات المصلحة المضيقة في فك الرابطة الزوجية والأثار المترتبة عليها . 73
المطلب الأول: الطلاق بمجرد إيراد الألفاظ الصريحة والطلاق البدعي والطلاق الثلاث .. 74
الفرع الأول: الطلاق بمجرد إيراد الالفاظ الصريحة 75
الفرع الثاني: الطلاق البدعي 75
الفرع الثالث: الطلاق الثلاث 75
المطلب الثاني: طلاق السكران وطلاق الغضبان والطلاق المعلق 76
الفرع الأول: طلاق السكران 76
الفرع الثاني: طلاق الغضبان 77
الفرع الثالث: الطلاق المعلق 77
المطلب الثالث: الطلاق بلفظ الحرام وفسخ العقد بالرضاع والإشهاد في الطلاق 78

فهرس المحتويات:

الفرع الأول: الطلاق بلفظ الحرام 78

الفرع الثاني: فسخ العقد..... 78

الفرع الثالث: الإشهاد في الطلاق 78

المطلب الرابع: تقرير المصلحة في الآثار المترتبة عن فك الرابطة الزوجية 79

الفرع الأول: تقرير المصلحة في الحضانة..... 79

الفرع الثاني: تقرير المصلحة في النفقة..... 84

الفرع الثالث: تقرير المصلحة في مسكن المحضون..... 86

الخاتمة: 90

المصادر والمراجع..... 93

فهرس الآيات: 100

فهرس الأحاديث:..... 105

فهرس المحتويات:..... 107

ملخص: 110

ملخص

المصلحة هي المنفعة والفائدة في الحقيقة وتطلق على كل فعل يشمل صلاحا، وهي التي يسعى المشرع إلى لتحقيقها من وضع القواعد القانونية.

وتنقسم المصلحة إلى مادية وأدبية وعامة وخاصة وضرورية وحاجية وتكميلية .

أما ضوابط العمل بالمصلحة ليس الهوى بل يجب أن تكون ملائمة لمقاصد الشريعة الإسلامية، وعدم معارضتها لنص صريح صحيح من الكتاب والسنة النبوية أو إجماع أو قياس صحيح، أن لا تكون مفوتة لمصلحة مساوية لها أو أهم منها.

المصلحة في القانون لها عدة أقسام فهناك المصلحة المادية والمصلحة الأدبية أما أوصافها فهناك المصلحة القانونية والمصلحة القائمة والمصلحة المحتملة والدفع بعدم القبول لانتفاء وجه المصلحة يعتبر أثر زوال المصلحة في الدعوى المدنية.

والمصلحة لها اعتبار في المسائل الأسرية سواء في الفقه الشرعي أو القانون، ويظهر ذلك من خلال المسائل التي تطرقنا إليها من خلال ربط المصلحة مع مسائل بعد فك الرابطة الزوجية.

وقد احتوت المذكرة على مقدمة وفصلين، فصل نظري معنون بماهية المصلحة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري يحتوي على مبحثين المبحث الأول معنون بالمصلحة المرسلة في الفقه الإسلامي والمبحث الثاني مفهوم المصالح المرسلة في القانون والمبحث الثاني معنون بإعمال مفهوم المصلحة في فك الرابطة الزوجية فقها وقانونا يحتوي على مبحثين الأول معنون بطرق فك الرابطة الزوجية والمبحث الثاني معنون بتطبيقات المصلحة المضيقة في فك الرابطة الزوجية والاثار المترتبة عليها.

Abstract :

The interest is the benefit and the benefit in reality and it is called every act that includes good, and it is what the legislator seeks to achieve by setting the legal rules.

The interest is divided into material, literary, general, private, necessary, need and supplementary.

As for the controls for working with interest, it is not a whim, but rather it must be appropriate to the purposes of Islamic law, and not contradict an explicit and authentic text of the Qur'an and the Prophet's Sunnah, or consensus or a sound analogy, that it should not be overlooked for an interest equal to it or more important than it.

The interest in the law has several sections. There is the material interest and the moral interest. As for their descriptions, there is the legal interest, the existing interest, the potential interest, and the defense of non-acceptance due to the absence of the interest's face is considered the effect of the demise of the interest in the civil lawsuit.

And the interest has consideration in family matters, whether in Islamic jurisprudence or law, and this is shown through the issues we touched upon by linking the interest with issues after the dissolution of the marital bond.

The memorandum contained an introduction and two chapters, a theoretical chapter entitled the nature of interest in Islamic jurisprudence and Algerian family law. It contains two sections. The first section is entitled the transmitted interest in Islamic jurisprudence, and the second topic is the concept of sent interests in law, and the second topic is concerned with implementing the concept of interest in dismantling the marital bond, jurisprudence and law. Two sections, the first is entitled the ways to break the marital bond, and the second topic is concerned with the applications of the narrow interest in breaking the marital bond and its implications.