وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة العقيد آكلي محند أولحاج -البويرة-
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم القانون الخاص

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص تخصص:قانون أسرة

موسومة بـ:

الاعتبار بالذريعة في مسائل فك الرابطة الزوجية
-دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري-

إعداد الطالب:
- أبو بكر شتوي

تحت إشراف الأستاذ:
د/ فؤاد غجاتي

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ ....المختار بن قوية .....رئيسا

الأستاذ:.....فؤاد غجاتي.....مشرفا

الأستاذ.....دياب جفال إلياس.....ممتحنا

تاريخ المناقشة ...../...../2023

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

شكر وعرفان

اللهم لك الحمد والشكر لا إله إلا أنت بسطت بالخيرات يدك، وهديت بالوحي عبادك، وقدرت كل شيء تقديرا، و يسرت الصعب تيسيرا وعلمت الإنسان ما لم يعلم لك الحمد حمدا يدوم بدوامك، ولك الحمد حمدا يخلد بنعمائك، وصل اللهم وسلم و زد وبارك على عبدك ونبيك سيدنا محمد واجزه اللهم عنا ما هو أهله

أتوجه بالشكر والتقدير والعرفان إلى فضيلة أستاذي الكريم: الأستاذ الدكتور فؤاد غجاتي ، الذي تكرم بقبول إشرافه على هذه الرسالة، والذي وجدت فيه الجدية والخبرة والمساندة والاهتمام إلى آخر لحظة، رغم انشغالاته الكثيفة في الجامعة وخارجها؛ رفع الله قدره وأعلى منزلته في الصالحين.

كما أرفع بعدها أسمى عبارات الشكر إلى أساتذة لجنة المناقشة ، وما بذلوه من نفيس أوقاتهم في تقويم هاته المذكرة وتصويبها، جئتهم ببضاعة مزجاة، فتصدقوا علي بتحسينها وتكميلها وتهذيبها بتوجيهاتهم القيمة وتصويباتهم الغالية. فلهم مني جزيل الشكر، ومن الله مضاعفة الأجر.

والشكر موصول إلى جميع إخواني وأحبابي الذين لم يألوا نصحا في إسداء يد العون ظاهرا والدعاء غيبا؛ كالصديق والأخ ناوي حكيم وغيره كثير أسأل الله عز وجل أن يجزي الجميع عني من فضله . و كرمه خير الجزاء.

و الله الموفق لقصد السبيل

إهداء

أهدى هذا العمل المتواضع إلى والدي وجميع إخوتي وأخواتي إلى جميع الأصدقاء وبالأخص حكيم ناوي والطيب بورقاية

كما أتقدم بهذا العمل لكل من ساهم في إنجازه من قريب أو من بعيد ولو بنصيحة صغيرة أو ابداء رأي أو تذكير أو سؤال

مقدمة

مقدمة

الحمد لله رب العالمين حمد طبيبا مباركا فيه وأصلي وأسلم على النبي الهادي الأمين الذي جاءنا بالبينات ليخرج الذين أمنوا من الظلمات إلى النور ويهديهم إلى طريق العزيز الحميد وعلى آله وصحبه أجمعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين أما بعد :

إن قاعدة سد الذرائع من القواعد التي تناولتها علوم أصول الفقه، وهذا ليس لكونه واحدا من الأدلة المختلف فيها وحسب؛ بل لأنه مظهر من مظاهر مرونة الشريعة الإسلامية وآلية لحفظ مقاصد الأحكام الشرعية فقد جعله الله سورا منيعا لحدوده وشرعه وله تطبيقات عديدة في الفروع الفقهية حديثا وقديما ، وفي شتى المجالات، فهو من الأصول التي تبنى عليها الأحكام، ويهدف إلى تحقيق موافقة الأفعال الظاهرة والباطنة في المآل والحال ، فهو ينظم الحياة الإنسانية في جميع مجالاتها مجال الأسرة، مجال القضاء ومجال السياسة...

ولقد اخترت أن تكون دارستي في مجال الأسرة، ومنه كان موضوع بحثي هو الاعتبار بالذريعة في مسائل فك الرابطة الزوجية دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري "، وقد خصصته في باب والطلاق وآثاره نظرا لكثرة المستجدات فيه، ومن المسائل التي اخترت دراستها الطلاق الصوري وطلاق مرض الموت ، مسألة الخلع القضائي والطلاق التعسفي والتعويض عنه

أولا: أهمية الموضوع

تتلخص أهمية موضوع سد الذريعة في ما يلي:

1- الوصول إلى أهمية قاعدة سد الذرائع التي تتحقق بها مصالح العباد في الحال والمآل.

2- تنوع النوازل المعاصرة وكثرتها التي يجب أن يُرَى إليها من منطلق شرعي، وسد الذرائع محتاج إليه في كل عصر لاسيما في هذا العصر الذي يستجد فيه الكثير من النوازل.

3- ولأن سد الذرائع من أصول الأدلة التي يعتمد عيلها والمفتي الفتيا والقاضيا في إصدار الحكم القضائي

4- فيما يتعلق بموضوع فقه الأسرة، فإنه موضوع مهم؛ لأن له تعلقا بحياة الناس وعلاقاتهم

و سد الذرائع أحد أرباع التكليف، فإنه أمر مرعي.

5- وجود العديد من المستجدات الفقهية المتعلقة بالزواج والطلاق لا تزال في دائرة البحث والأخذ والرد.

6- موضوع يجمع بين الأصالة والمعاصرة.

ثانيا-الإشكالية : إن سد الذرائع من القواعد التي تبنى عليها أحكام المستجدات ومن بين أهم ما يستجد من القضايا والتي طرحت فيها التساؤلات وتحتاج إلى بحث هي مسائل فك الرابطة الزوجية أذكر منها: مسألة الطلاق الصوري ومسألة الخلع القضائي، ومن هنا نطرح الإشكالية التالية: **ما مدى اعتبار سد الذرائع كمعيار في فك الرابطة الزوجية في ظل الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ؟**

ثالثا- سبب اختيار الموضوع:

يرجع سبب اختياري لموضوع سد الذرائع كمعيار في فك الرابطة الزوجية وآثارها دراسة فقهية قانونية إلى:

1-رغبتي الشخصية في معرفة مدى استعانة المشرع الجزائري لنظام بسد الذريعة وأين أخفق في عدم الاستعانة بها.

2-الإشارة الطيبة لأستاذي المشرف للكتابة في هذا الموضوع.

3- قلة الدراسات في هذا الموضوع مما يجعل صعوبة في إيجاد المادة العلمية وبدوره بعد- اجتهاد من نوع خاص.

4- تعلق الموضوع بوجه من وجوه علم أصول الفقه، وجانب من جوانب القانون.

5- يبرز الشكل العملي الذي يوضح اختلاف المذاهب الفقهية في الكثير من الأحكام وأي هذه المذاهب أخذ بها المشرع الجزائري.

7- تجدد الكثير من المسائل واستحداث وسائل مختلفة في هذا العصر، وهي تخدم مصالح العباد في بعض الأحيان، ولم تكن موجودة من قبل.

رابعا- الدراسات السابقة:

نظرا لقلة المراجع القانونية التي خاضت في موضوع سد الذرائع وصعوبة البحث في المراجع الفقهية لكونه مجال صعب ويتوجب التعمق فيه لاستيعابه، ومع ذلك سأشير إلى بعض الدراسات المتعلقة بالموضوع كالآتي:

1-سد الذرائع وأثره في أحكام فقه الأسرة، بحث مقدم لنيل درجة الدرجة الأولى (ماجستر) أصول الفقه ، اعداد الطالب محمد حيدر الحبر الطيب .

2-البعد المقاصدي لقاعدة سد الذرائع وأثره في درء المفاسد الزواج العرفي المعاصر من اعداد أحسن الربابعة جامعة البلقاء الأردنية – الأردن –.

3- الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي وتطبيقاته في قانون الاسرة الجزائري بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه علوم اسلامية تخصص "أصول الفقه" محفوظ بن صغير ، جامعة باتنة

4- سد الذرائع وأثره في فقه الأسرة الطالبة ويداد بن قلية جامعة الوادي

5- الصادق محمد الغرياني ، مدونة الفقه المالكي وأدلته ط: 1بيروت

6- أبو زهرة محمد ، محاضرات في عقد الزواج وأثاره ، لا ط القاهرة : دار الفكر العربي .

7- جانس خان – كريم داد " الخلع القضائي حقيقة وحكمه في التشريع الجزائري مجلة ذيب الأفكار ، العدد 2 : ديسمبر 2014م .

8- مريم علي الفلاح العبيدات " أثر قاعدة سد الذرائع في القضايا المعاصرة للزواج والفرقة" رسالة ماجسيتر في الفقه المقارن ، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية ، جامعة اليرموك الأردن 2008م

خامسا:أهداف الموضوع:

تتلخص أهداف بحثي هذا في النقاط التالية:

1- توضيح الأهمية الكبيرة لقاعدة سد الذرائع في فتح باب الاجتهاد فيما لا نص فيه بما يوافق مقاصد الشريعة ويجعلها صالحة لكل زمان ومكان.

2 – بيان أثر قاعدة سد الذرائع في اختلاف الأحكام الفقهية من خلال طرح المسائل الفقهية المتعلقة بالزواج والطلاق.

3- معالجة عدد من القضايا المستجدة والقديمة في الطلاق (مسألة طلاق مريض مرض الموت، الطلاق ثلاثا بلفظ واحد، وكذا الخلع القضائي والطلاق الصوري كنموذجين من أنوع الطلاق المستجد) المنطوية تحت هذه القاعدة وبحثها بحثا فقهيا وقانونيا، وبيان أثر سد الذريعة في كل مسألة، للوصول إلى الحكم الشرعي والقضائي فيها.

سادسا- المنهج المتبع في الدراسة :

المنهج الاستقرائي: من خلال تتبع الجزئيات الموجودة في كتب فقهاء الشريعة والقانون ونقلها والاستدلال بها لبيان صحة الاستنتاج وسلامة الفكرة .

المنهج التحليلي : وهو ضروري بعدما تم استقراؤه، بحيث يتم تحليل النصوص التشريعة المتعلقة بموضوع الدراسة.

المنهج المقارن : من خلال مقارنة الدراسة الأصولية والدراسة القانونية لسد الذريعة وتبيان كل من الفقه والقانون في بعض مسائل الاسرة .

ثامنا- هيكلة الدراسة:

للإجابة عن الاشكالية قسمت البحث إلى فصلين أما الفصل الأول فتناولت فيه تأصيل سد الذريعة في الفقه الاسلامي والتشريع الاسلامي،وقسمت هذا الفصل إلى مبحثين : المبحث الأول تناولت فيه : ماهية سد الذرائع في الفقه الاسلامي ،والمبحث الثاني مفهوم سد الذرائع عند شراح القانون،أما الفصل الثاني فتناولت فيه: إعمال سد الذريعة في مسائل فك الرابطة الزوجية وأثارها فقها وقانونا ، وبدوره قسمته إلى مبحثين: المبحث الأول تناولت فيه : إعمال سد الذريعة في مسائل الرابطة الزوجية، أما المبحث الثاني فعنونته بإعمال سد الذريعة في أثار فك الرابطة الزوجية .

طبيعة 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 ، وكتب السنة الأصلية والشارحة لها؛ بحيث حاولنا اختيار الأحاديث الصحيحة من أمهات الكتب المعتمدة في الحديث ، ويكون تهميش الحديث على حسب المنهجية المعتمدة في تخريج الحديث ، أما المراجع فنكتفي بتهميش المرجع مع كتابة اسم المؤلف والكتاب إذا عدنا للاستعانة به مجددا ، إضافة إلى كتب أصول الفقه ، اعتمدنا أيضا على كتب القانون باتباع منهجية خاصة بالتهميش وأيضا بالنسبة لمذكرات الماستر وأطروحات الماجستير، والمقالات ،والنصوص القانونية ، والاجتهادات القضائية .

قائمة بأهم 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
تح	تحقيق
ص	الصفحة
ط	الطبعة
ع .خ	عدد خاص
غ .أ .ش	غرفة الأحوال الشخصية
ق .أ .ج	قانون الأسرة الجزائري
ق .م.ج	قانون المدني الجزائري
م. ق	مجلة قضائية
م .ع	المحكمة العليا

الفصل الاول

تأصيل سد الذرائع في الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري

الفصل الاول

تأصيل سد الذرائع في الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري

إن قاعدة سد الذرائع أصل قصدت إليه الشريعة الإسلامية ، ويعد من أهم الوسائل التي جعلت الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان ، وقد استفيد هذا الأصل الأصولي في استقراء تصرفات الشريعة الاسلامية في تشريع أحكامها وذلك مايدلنا على أهميتها ومكانتها كونها تمثل ثلاثة أرباع الدين، وهي عماد الاجتهاد المبني على المصلحة ، وتناولت هذا الصدد يفي هذا الفصل : مفهوم سد الذرائع وأركانها ، وأهميتها في المبحث الأول. أما المبحث الثاني فتكلمت فيه عن مدلول سد الذرائع في القانون وعلاقة سد الذريعة بالحيلة .

المبحث الأول

ماهية سد الذرائع في الفقه الاسلامي

سأتكلم في هذا المبحث إلى مفهوم الذريعة بالمعنى العام والخاص في الفقه الاسلامي وأركان وأقسام وضوابط سد الذريعة في المطلب الأول أما المطلب الثاني فسأتكلم فيه عن حجية وأهمية سد الذرائع وعلاقتها ببعض المصطلحات المشابهة لها.

المطلب الأول

مفهوم سد الذرائع في الفقه الاسلامي

سأتناول في هذا المطلب مفهوم سد الذرائع في الفقه الاسلامي في الفرع الأول أما الفرع الثاني فسنتكلم فيه عن أركان وضوابط وأقسام الذريعة .

الفرع الاول : تعريف سد الذرائع

أولا : معنى السد لغة

(سَدّ): " السين والدال واحد "[1]، وهو يدل على ردم الشيء .

والسد : اغلاق الخلل وردم الثلم ، يقال سده يسده سدا وانسد واستد وسدده : " أصلحه وأوثقه"[2].

والسد : بفتح السين وضمها :الردم، والجبل والحاجز، فالردم لأنه يسد به، والجمع أسدة ، وأسدود كما في قوله تعالى ﴿ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغَ بَيۡنَ ٱلسَّدَّيۡنِ وَجَدَ مِن دُونِهِمَا قَوۡمٗا لَّا يَكَادُونَ يَفۡقَهُونَ قَوۡلٗا ﴾[3] بمعنى "الجبلين" [4].

---

[1]ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكريا ، معجم مقايس اللغة، تح : عبد السلام هارون، دار الفكر–بيروت 1399هـ ج66/3مادة (سد)

[2]المرجع نفسه ج66/3)

[3]سورة الكهف، الآية 93

[4]ابن كثير، أبو الفداء اسماعيل بن عمر (ت744)، تفسير القرآن العظيم، تحقيق : سامي السلامة، دار طيبة – الرياض، ط2،1420هـ ج195/5

وقوله تعالى ﴿ وَجَعَلْنَا مِنْ بَيْنِ أَيْدِيهِمْ سُدًّا وَمِنْ خَلْفِهِمْ سُدًّا فَأَغْشَيْنَاهُمْ فَهُمْ لَا يُبْصِرُونَ ﴾[1] ، أي بمعنى حاجزا ومانعا، وقيل " أن الله سد عليهم طرق الهدي"[2] ، وكل حاجز بين الشيئين سد.

ثانيا : معنى الذريعة

الذريعة في اللغة : مشتقة من ذرع وهو الامتداد والتحريك إلى الأمام ، يقال ذرع الرجل في سباحته ؛أي اتسع ومد ذرعيه، والتذرع : تحريك الذراعين،وذرع بيديه تذرعا حركهما في السعي واستعان بهما عليه، وتذرعت الابل الماء: أي وردته وخاضته وتذرعت المرأة أي شقت الخوص لتعمل منه حصيرا ، وذرعه القيء أي غلبه والذرع والذراع الطاقة والوسع[3].

وتطلق الذريعة في اللغة على معاني عدة نذكر منها:

1-تستعمل بمعنى الوسيلة إلى شيء، يقال " وقد تَذَرَّعَ فُلَانٌ بِذَرِيعَةٍ أي توسل والجمع ذرائع و تذرَّع فلان بذريعة أي تَوَسَّل بوسيلة" [4].

2- استعملت الذريعة بما يفيد السبب يقال: فلان ذريعتي إليك، أي؛ "سببي ووُصلتي الذي أتسبب به إليك"[5].

---

[1] سورة ياس الآية 9.

[2] ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي (ت711ه)، لسان العرب، دار صادر –بيروت، ط3، 1414ه،ج3، 207مادة (سد).

[3] الفيومي، المصباح المنير، المطبعة الاميرية ، ط4،ص282 .

[4] الجوهري، أبو نصر إسماعيل بن حماد (ت:393)، الصحاح تاج اللغة العربية وصحاح العربية، تحقيق : أحمد عطار، دار العلم للملايين – بيروت،ط4، 1407ه،ج1211/3. ابن منظور، لسان العرب، ج8 / 96، مادة (ذرع).ابن فارس، معجم مقايس اللغة، ج350/2.مادة (ذرع).

[5] الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق (ت:1205ه)، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، ج12/1. مادة (ذرع).

3- وتأتي الذريعة بمعنى الدريئة، وهي " الناقة التي يختبئ بها الرامي ليرمي الصيد ، وذلك أنه يتذرع معها ماشيًا" [1] .

وعليه فإن الذريعة: هي الوسيلة والسبب الموصل إلى الشيء، وسد الذريعة إغلاق ومنع وحجز الوسيلة والسبب الموصل إلى الشيء الذي هو مفسده وضرر؛ لأن منع وحجز الوسيلة والسبب الموصل إلى ما هو مصلحة مناقش لمنطق العقل السليم.

ثالثا: تعريف الذرائع اصطلاحا (المعنى العام والخاص)

يوجد تعريفات كثيرة للذريعة في الاصطلاح ،منها ماهي تعريفات لها بالمعنى العام ،ومنها ماهي تعريفات لها بالمعنى الخاص ، وفيما يأتي سنورد تعريفات في المجالين المذكورين:

أ – **الذريعة بمعناها العام** : ويدخل فيها كل ما يتخذ وسيلة لشيء آخر حتى ولو كانت هذه وسيلة لمصلحة أي أنها تشمل ما يدخل في نطاق سد الذريعة وما يدخل في نطاق فتحها وهو يقرب من معناه اللغوي ويدخل بهذا الاعتبار الصور التالية :

-الانتقال من الجائز إلى مثله ومن المحظور إلى مثله، والانتقال من الجائز إلى المحظور ومن المحظور إلى الجائز.

ويتصور فيه الفتح والسد فيقال فتح الذرائع ومعناه: إجازة الوسائل المؤدية إلى كل خير وبر ومعروف، ويقال سد الذرائع ومعنا :" منع الوسائل المؤدية إلى كل شر وفساد ومنكر، وتكون الدعوة إلى الطاعات والخيرات وسائر الأمور النافعة من باب فتح الذرائع ويكون التحذير من المعاصي وتحريم المنكرات وسائر الأمور الضارة من باب سد الذرائع"[2].

[1] ابن فارس، معجم مقايس اللغة،ج350/2. مادة (ذرع)

[2] محمد هشام البرهاني، سد الذرائع في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، دمشق، ط1، 1985م، 1406 هـ ، ص79

يدل على هذا المعنى قول القرافي[1]" أعلم أن الذريعة ، كما يجب سَدَّهَا، يجب فتحها، وتكره وتندب، وتباح، فإن الذريعة هي الوسيلة ، فكما أن وسيلة المحرم محرمة، فوسيلة الواجب واجبة ، والوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضلُ الوسائل، وإلى أقبح الوسائل أقبح المقاصد ،وإلى ما يتوسط متوسطه" [2].

معنى ذلك يدخل في الذرائع كل وسيلة سواء كانت جائزة أو محرمة .

وفي نفس السياق ذهب الامام ابن القيم الجوزية[3]، بقوله " لما كانت المقاصدُ لا يُتوصَّلُ إليها إلَّا بأسبابٍ وطُرُقٍ تُفضي إليها، كانت طُرُقُها وأسبابُها تابعةً لها معتبرةً بها، فوسائلُ المحرَّمات والمعاصي في كراهتها والمنعِ منها بحَسَب إفضائها إلى غاياتها وارتباطها بها، ووسائلُ الطاعات والقُربات في محبّتها والإذن فيها بحَسَب إفضائها إلى غاياتها، فوسيلةُ المقصود تابعةٌ للمقصود وكلاهما مقصودٌ، لكنَّه مقصود قصد الغايات، وهي مقصودة قصد الوسائل ؛ فإذا حَرَّم الربُّ تعالى شيئاً وله طرق ووسائل تُفْضِي إليه فإنّه يحرمها ويمنع منها، تحقيقاً لتحريمه، وتثبيتاً له، ومنعاً أن يقرب حِماه، ولو أباح الوسائل والذرائع المُفْضِية إليه لكان ذلك نقضاً للتحريم، وإغراء للنفوس به. وحكمته تعالى وعلمه تأبى ذلك كلّ الإباء "[4] .

وذكر ابن القيم أنواع هذه الوسائل، فقال : الفعل أو القول المُفْضِي إلى المفسدة قسمان :

---

[1] هو أحمد بن ادريس أبو العباس له مصنفات مشهورة في الفقه والأصول منها الفروق، والذخيرة (ت 684هـ). ابن فرحون، الديباج المذهب دار الكتب العلمية ص62-63.

[2] القرافي شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول –تح : طه عبد الرؤوف سعد – مكتبة الكليات الأزهرية ط2-1414-1993-ص448.

[3] ابن القيم : أبو عبد الله محمد بن ابي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي ثم الدمشقي، الفقيه المجتهد المفسر النحوي الأصولي، الشهير بابن القيم، ولد في دمشق، وقد امتحن وأواي مرات، توفي سنة 751هـ من مصنافاته : زاد المعاد ومفتاح دار السعادة والصواعق المرسلة وغيرها . ابن العماد، عبد الحي بن محمد (ت:1089هـ)، **شذرات الذهب في أخبار من ذهب**، تحقيق محمود الأرناؤوط، دار ابن كثير –دمشق، ط1406،1هـ، ج287/8. الزركلي، خير الدين بن محمودبن محمد (1396هـ)، الإعلام، دار العلم للملايين –بيروت، ط15:2002م،ج56/6.

[4]ابن القيم الجوزية ن محمد بن أبي بكر بن أيوب(ت :751هـ)، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، تحقيق :مشهور آل سليمان، دار ابن الجوزي – السعودية ط، 1423هـ،ج553/4.

أحدهما : "أن يكون وضعه للإفضاء إليها مثل شرب الخمر المسكر المُفْضِي إلى مفسدة السكر" [1].

والثاني : كونها موضوعة للإفضاء إلى أمر مستحب وجائز فيتخذ وسيلة لمحرم إما بقصده أو بغير قصد منه ومثال الأول : كمن يعقد النكاح قاصدا به التحليل ، ومثال الثاني : كمن يصلي صلاة تطوع لغير سبب في أوقات المنهي عنها أو يسب أرباب المشركين بين اظهرهم وهذ القسم من الذرائع نوعان **أحدهما:** أن تكون مصلحة الفعل أرجح من مفسدته ، **والثاني** : " أن تكون مفسدته راجحة على مصلحته "[2].

وعرفها من المعاصرين الشيخ البرديسي الذي وضح فقال عن الذريعة " هي الموصل إلى الشيء الممنوع المشتمل على مفسدة أو الشيء المشروع المشتمل على مصلحة، فالنظر إلى عورة الأجنبية ذريعة لأن النظر يوصل إلى الزنا المشتمل على المفاسد ، والسعي إلى بيت الله الحرام ذريعة لأن يوصل إلى الحج المشروع المشتمل على المصالح والمنع من النظر إلى الأجنبية والحيلولة دون ذلك يسمى باب سد الذريعة ، والحث على حج بيت الله الحرام والعمل به يسمى فتح باب الذريعة"[3].

وعليه نقول أن ما كان مؤديا إلى طاعة حكموا بفتحه، وما كان مؤديا إلى معصية حكم بصده.

وقد اختار التمسماني أن يقول :" تطلق الذريعة على ما يحتمل السد والفتح ، ويشمل الجواز والحظر وهو الإطلاق العام لها" [4].

---

[1] ابن القيم الجوزية، **إعلام الموقعين** ،ج554/4

[2] ابن القيم الجوزية، **إعلام الموقعين** ،ج554/4

[3] البرديسي، أصول الفقه، دار التأليف ط2.ص354

[4] محمد التمسماني، الاجتهاد الذرائعي في المذهب المالكي، دار أمان للنشر والتوزيع – الرباط – ط1– 1431– 20107،ص7

وعرفها أبو زهرة بمعناها العام فقال "والذريعة في لغة الشرعيين ما يكون طريقا لمحرم أو محلل ، فإنه يأخذ حكمه ، فالطريق إلى الحرام حرام والطريق إلى المباح مباح ، وما لا يؤدى الواجب إلا به فهو واجب ، فالزنا حرام ، والنظر إلى عورة المرأة الذي يفضي إليه حرام أيضا ، والجمعة فرض فترك البيع لأجل أدائها واجب لأنه ذريعة والحج فرض والسعي إليه فرض مثله عند القدرة عليه "[1].

وقد رأى بعض الباحثين أن سبب الخلاف في تعريف سد الذريعة في إثبات كلمة سد أو حذفها، حيث قال:" وللعلماء اتجاهات مختلفة حول تعريف الذريعة منشؤها إثبات كلمة "سد " أو إسقاطها فمن رأى أن الذريعة تكون في الأمر المشروع كما تكون في الأمر المحظور أسقط كلمة "سد" ومن رأى أنها تكون إلا فيما هو محظور أثبتها"[2].

ب- المعنى الخاص للذريعة :

1- عرفها ابن تيمية بقوله: "الذريعة ما كان طريقا ووسيلة إلى الشيء ولكنها صارت في عرف الفقهاء عبارة عما أفضت إلى فعل محرم"[3].

2-عرفها القاضي عبد الوهاب:" الذرائع هي الأمر الذي ظاهره الجواز وإذا قويت التهمة في التطرق به إلى الممنوع"[4].

وقول القرطبي " الذريعة عبارة عن أمر غير ممنوع لنفسه ، يخاف من ارتكابه ، والوقوع في الممنوع"[5].

---

[1] محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة-2004م ص253

[2] محمود حامد عثمان، قاعدة سد الذرائع وأثرها في الفقه الإسلامي، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1417هـ، 1996م، ص57

[3] ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، نشر دار الغد العربي، ج 3 ص257

[4] القاضي عبد الوهاب، الإشراف على مسائل الخلاف، تحقيق عبد الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم ط1، 1420ج1، ص275.

[5] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1405ج2 ص57-58

وقال الشاطبي:" حقيقة الذرائع : التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة"[1].

فقد قيد العلماء معنى الذريعة من جهة الوسيلة والمتوسل إليه فقد قيدوه بالحظر، وقد التقت جميع عبارتهم فيه مع اختلاف الألفاظ الدالة عليه ، فقد صرح بعضهم كالباجي ((..إلى فعل محظور)) ، وبعضهم عبر عنه بلفظ المنع كالقاضي عبد الوهاب وعبارته ((.. إلى الممنوع))، والقرطبي وعبارته ((..في الممنوع)) ، وعبر عنها ابن تيمية بالتحريم ((..إلى فعل محرم)) ، والشاطبي بلفظ الفساد وعبارته((... إلى مفسدة)).

وبهذا القيد يخرج عن المعنى الخاص للذريعة ما يؤدي إلى أمر جائز، أو مطلوب، أو مصلحة فلا يكون ذريعة ، فيمكن القول أن العلماء متفقون على أن الوسيلة لا تكون ذريعة بالمعنى الخاص إلا إذا كانت مباحة جائزة متضمنة لمصلحة فالوسيلة المحظورة الممنوعة ليست ذريعة في هذا المعنى أما الشاطبي فعبر عن هذ القيد بالمصلحة فقال : " حقيقة الذرائع التوسل بما هو مصلحة..."[2] . أما القاضي عبد الوهاب في الإشراف ، والباجي في الإشارات وابن رشد في المقدمات وابن تيمية في الفتاوى فعبروا عن ذلك بكونها ظاهرها الجواز[3] ، وعبر عنها القرطبي في جامع الأحكام بأنها غير ممنوعة لنفسها وهذا أقرب القيود إلى حقيقة الذريعة بالمعنى الاصطلاحي الخاص ، لأنه يشير إلى جوازها من ناحية ، ولا يقصر الجواز على الظاهر دون الباطن ، كما يشير إلى أن المنع ليس لذتها ، بل لما تفضي إليه من مفسدة. والقيد الثاني في الوسيلة يتصل بموضوع الإفضاء إلى المفسدة وقد عبر القرطبي عنه بالخوف فقال " الذريعة عبارة عن أمر غير ممنوع لنفسه يخاف من ارتكابه الوقوع في ممنوع "[4]، فلا بد من غلبة الظن أو التحقيق من أن الوسيلة

[1] الشاطبي، الموفقات تحقيق عبد الله دراز ن دار المعرفة، بيروت لبنان، ط1، 141هـ، ج2ص248

[2] الشاطبي، الموفقات ، المرجع السابق ،ص248.

[3] البرهاني – المرجع سابق ص75-79- بتصرف.

[4] القرطبي المصدر نفسه، ج2، ص57-58.

مفضية إلى المفسدة أو الأمر المحظور ، ولذلك فإن التعبير الثاني هو الذي يبرز قوة التهمة أقرب إلى حقيقة الذريعة بالمعنى الخاص.

وعليه فالمعنى الخاص للذريعة على ضوء ما تقدم من قبل هي (أمر غير ممنوع لنفسه، قويت التهمة في أدائه إلى فعل محظور)، فوصف الأمر بأنه(غير ممنوع) يفيد بأن الوسيلة لابد أن تكون داخلة ضمن إدارة المكلف لتوصف بالمنع أو الحظر، فيخرج مالا يكون كذلك لأنه حين يخرج عن إرادة المكلف يستحيل سده ، وكونه ليس ممنوع لنفسه يفيد ضرورة كونه في أصل ، ووضعه جائز مشتملا مصلحة للمكلف، فيخرج بذلك مايكون مفسدة فلا ذريعة ، وشرط "قوة التهمة " لإخراج ما يكون إفضاؤه إلى المفسدة نادرا لا يغلب على الظن وقوعه : وكون المتوسل إليه " محظورا " شرط ضروري لإعطاء الذريعة في الاصطلاح الخاص معناها الحقيقي وبذلك تخرج الذرائع التي توصل إلى أمر جائز أو مطلوب[1].

ج – سد الذرائع وفتحها بناء على المعنى الخاص

سد الذريعة هو " حسم مادة وسائل الفساد دفعا لها إذا كان الفعل السالم من المفسدة وسيلة إلى مفسدة " [2] ، والواقع أن سد الذرائع يعني منع الجائز لأنه يؤدي إلى المحظور ، يحسم آخر مصدر للفساد وبيان ذلك : أنه ثبت نهي الشارع عن المفاسد في ذاتها ، كما ثبت نهيه عن الأمور التي تشمل عن منفعة وتؤدي إلى مفسدة إفضاء يخرج عن إرادة المكلف ومثال ذلك شرب الخمر المؤدي إلى السكر ، بقي أن تمنع الأمر الجائزة الموضوعة للمصالح ثم تتخذ وسائل للمفاسد، وهذا هو دور سد الذرائع ، وفتح الذرائع بناء على هذا

[1] محمد هشام البرهاني، المرجع السابق، ص80-81، بتصرف.

[2] القرافي، الفروق، ج2، تح: عبد الحميد هنداوي – المكتبة العصرية – طبعة 1424ج2ص32.

المعنى "ترك الوسيلة لتؤدي نتيجتها من غير منع" [1]، أو "الحكم بجواز كل وسيلة تثبت جوازها شرعا، ولو أدت إلى مفسدة في بعض الصور" [2].

الفرع الثاني: حجية سد الذرائع

اتفق علماء المسلين على منع الذرائع المؤدية إلى المفسدة قطعا وسدها، يقول القرافي :" قسم أجمعت عليه الأمة على سده ومنعه وحسمه كحفر الآبار في طرق المسلمين ، فإنه وسيلة إلى إهلاكهم فيها ،كما اتفق العلماء على عدم منع و سد الذرائع التي تؤدي إلى المفسدة نادرة وقسم أجمعت الأمة عليه في عدم منعه وأنه ذريعة لا تسد ووسيلة لا تحسم كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر[3].

واختلف العلماء في سد ومنع الذرائع التي تؤدي إلى المفسدة غالبا أو كثيرا على فريقين:

الفريق الأول: قالو بسد ومنع الطرق المؤدية إلى المفسدة غالبا أو كثيرا وهو المالكية والحنابلة[4].

الفريق الثاني: قالو عدم منع الوسائل المؤدية إلى المفسدة غالبا أو كثيرا، مذهب الظاهرية والشافعية[5].

1- أدلة المذهبين:

أولا : أدلة المذهب الأول : القائلين بمنع الذرائع المؤدية إلى المفاسد غالبا أو كثيرا استدلوا بأدلة كثيرة ومتعددة من القرآن والسنة وعمل الصحابة وسأذكر بعض ادلتهم على النحو التالي :

---

[1] البرهاني، المرجع نفسه، ص81-82، بتصرف .

[2] البرهاني، المرجع السابق، ص99.

[3] القرافي، الفروق، ج2ص32

[4] القرافي، الفروق ج42/2، ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، ج4، ص553

[5] الشافعي: الأم (90/7)، ابن حزم: الإحكام في أصول الأحكام ج6 ، ص449)

1- من القرآن الكريم:

أ. **قوله تعالى** :﴿ وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِن زِينَتِهِنَّ ﴾ [1]

ووجه الدلالة منها : أن المرأة كانت تضرب برجليها في الأرض لتسمع الرجال قعقعة خلخاليها، قال ابن العربي ((فإن فعلت المرأة ذلك بقصد التبرج ولفت أنظار الرجال فهو فعل محرم)[2].

2-من السنة النبوية :

-عن أَن رَسُول اللَّه ﷺ قَالَ :مِنَ الْكَبائِرِ: شَتْمُ الرَّجلِ والِدَيْهِ، قالوا: يَا رسولَ اللَّه، وهَلْ يَشْتُمُ الرَّجُلُ والِدَيْهِ؟! قَالَ :نَعمْ، يَسُبُّ أَبا الرَّجُلِ، فيَسُبّ أَباه، ويَسُبُّ أُمَّهُ، فَيَسُبّ أُمَّهُ "[3]

ووجه الدلالة : أن النبي ﷺ حرم سب الآباء إذا كان الناس سيجازوه عليه بالسب لهما وجعله من باب العقوق ، قال الإمام النووي : (وجعل ذلك عقوقا لأنه يحصل منه ما يؤذي الوالدين وهو من باب سد الذرائع ويؤخذ منه النهي عن بيع العنب لمن يتخذه خمرا))[4] وقال ابن بطال [5]:(وهذا الحديث أصل في سد الذرائع ويؤخذ منه أن من آل فعله إلى محرم يحرم عليه ذلك الفعل، وإن لم يقصد إلى ما يحرم)[6].

---

[1] سورة النور، الآية 31.

[2] ابن العربي: أحكام القرآن ج3ص389

[3] مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب : الايمان، باب : بيان الكبائر وأكبرها، رقم الحديث 155

[4] النووي شرح صحيح مسلم، 88/2

[5]ابن بطال : العلامة أبو حسن علي بن خلف بن بطال الكبرى، القرطبي، ثم البلنسي ، ويعرف ابن اللجام، كان من أهل العلم والمعرفة، عنى بالحديث العناية التامة؛ شارح صحيح البخاري، توفي سنة 449هـ، الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج47/18.

[6] ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني (ت:852)، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تعليقات : الشيخ عبد العزيز بن باز، دار المعرفة بيروت، 1379هـ،ج404/10

3- من أفعال الصحابة :

أ. إجماع صحابة الرسول على فعل عمر أنه قتل الجماعة بالواحد لكي لا يكون عدم القصاص ذريعة للتعاون في سفك الدماء، وروي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن غلاما قتل غيلة، فقال عمر: " لو اشترك فيها أهل صنعاء لقتلهم به "[1].

ب. ايقاع عمر بن الخطاب رضي الله عنه الطلاق الثلاث واحد لما رأى الناس قد استعجلوا في أمر كان لهم فيه أناة ، وذلك سدا لذريعة التمادي والتتابع فيه فقد روى ابن عباس رضي الله عنه قال : (كانَ الطَّلَاقُ علَى عَهْدِ رَسولِ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عليه وسلَّمَ، وَأَبِي بَكْرٍ، وَسَنَتَيْنِ مِن خِلَافَةِ عُمَرَ، طَلَاقُ الثَّلَاثِ وَاحِدَةً، فَقالَ عُمَرُ بنُ الخَطَّابِ: إنَّ النَّاسَ قَدِ اسْتَعْجَلُوا في أَمْرٍ قدْ كَانَتْ لهمْ فيه أَنَاةٌ، فلوْ أَمْضَيْنَاهُ عليهم، فأمْضَاهُ عليهم)[2].

ثانيا: أدلة المذهب الثاني : استدل القائلون بعدم منع الذرائع المؤدية إلى المفاسد غالبا أو كثيرا على مذهبهم من القرآن ، السنة والدليل العقلي

1- من القرآن الكريم

أ. قوله تعالى ﴿ يَمْحَقُ ٱللَّهُ ٱلرِّبَوٰاْ وَيُرْبِي ٱلصَّدَقَٰتِ ﴾[3]:

وجه الدلالة من الآية : أن العقود إذا وقعت مستوفية أركانها وشروطها فهي صحيحة ولا مجال لتحريمها أو منعها لمجرد شبهة أو لكونها ذريعة إلى شيء ، قال الإمام الشافعي رحمه الله : (إنه لا يفسد عقد أبدا إلا بالعقد نفسه ، ولا يفسد بشيء تقدمه ولا تأخره ،ولا بتوهّم ولا بأغلب ، ولا تفسد البيوع بأن يقال : هذا ذريعة ، وهذه نية سوء)[4].

---

[1] البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الحدود، باب : إذا أصاب قوم من رجل هل يعاقب أم أن يقتص منهم كلهم 272/4،ح6896

[2] مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الطلاق، باب : الطلاق الثلاث، (ص677)،ح1472.

[3] سورة البقرة، الآية 275.

[4] الشافعي، الأم ، (419/7).

2- من السنة النبوية :

-عن عبدِ الله بن زَيدٍ الأنصاري رَضِيَ الله عنه: أنَّه شَكَا إلى رَسولِ الله ﷺ الرَّجُلُ الذي يُخَيَّلُ إليه أنَّه يَجِد الشيءَ في الصَّلاة؟ فقال:"لا يَنصَرِف حتَّى يَسمَع صَوتًا أو يَجِد رِيحًا"[1].

وجه الدلالة من الحديث: أن رسول الله لم يجعل شك الحدث في الصلاة ذريعة للانصراف منها، بل رتب الانصراف منها على يقين الحدث ، قال ابن حزم رحمه الله معلقا :" فلو حان حكم الاحتياط حقا لكانت الصلاة أولى ما يحتاط له ولكن الله تعالى لم يجعل لغير اليقين حكما"[2].

3- أما من المعقول:

أن القول بسد الذرائع لكونها محتملة أنها تقع في المحظور إنما هو من قبيل الظن وإن كان احتياطا ، والحكم بالظن حكم بالكذب والباطل والهوى ، وهو باب واسع لا يحل للمسلم أن يلج فيه ، إذا يلزم منه أن يقوم بأعمال لا يوافق عليها في أصل الشريعة ، كمن يقتل الناس خشية الكفر ، ويمنع الجوار خشية الزنا [3].

4- الترجيح :

بعد النظر في أدلة الفريقين فيما ورد يتضح أن الرأي الأرجح في هذه المسألة هو ما ذهب إليه الحنابلة والمالكية بالقول بحجية الذرائع، وذلك لقوة أدلتهم وصراحتها في الاستدلال والعمل بها، وذلك للأسباب التالية:

1- أن المالكية والحنابلة اعتبروا سد الذرائع أصول التشريع ، وهو قائم بذاته ، فإذا كان الفعل ذريعة إلى المفسدة الراجحة أو الكثيرة وجب منعها لأن الشريعة قد جاءت بمنع الفساد وسد طرقه ، والواضح أن المالكية والحنابلة قد نظروا إلى مقاصد الأفعال ومآلاتها ، يقول ابن القيم رحمه الله : " ما كانت المقاصدُ لا يُتوصَّلُ إليها إلَّا بأسبابٍ وطُرُقٍ تُفضي إليها،

[1] البخاري صحيح البخاري ، كتاب : الوضوء، باب : لا يتوضأ من الشك حتى يستيقن، 66/1،ح137

[2] ابن حزم : الإحكام في أصول الأحكام ج 6، ص12

[3] المرجع السابق:6ج، ص13

كانت طُرُقُها وأسبابُها تابعةً لها معتبرةً بها، فوسائلُ المحرَّمات والمعاصي في كراهتها والمنعِ منها بحَسَب إفضائها إلى غاياتها وارتباطها بها، ووسائلُ الطاعات والقُربات في محبّتِها والإذن فيها بحَسَب إفضائها إلى غاياتها، فوسيلةُ المقصود تابعةٌ للمقصود وكلاهما مقصودٌ، لكنَّه مقصود قصد الغايات، وهي مقصودة قصد الوسائل "[1].

2- أن الشافعية والظاهرية قد نظروا إلى أن البيع مثلا مباح في الأصل، وبذلك فإنه لا يصير ممنوعا لاحتمال قد يحصل وقد لا يحصل، وبذلك نقع في الظن، والظن لا يغني من الحق شيئا.

3- ان ابن حزم في قوله بمنع سد الذرائع ومن خلال تعليقاته على ما سبق من استدلالات فإنه يعتبر متماشيا مع فلسفته في الأخذ بظواهر النصوص ، لذلك فهو قد تشدد في القول بعدم مشروعيتها فقال " نعوذ بالله من كل مذهب وصل وأدى إلى هذا ، وإذا حرم شيء فلا خوف تذرع إلى حرام فليخص الرجال بذريعة الخوف من الزنا " [2].

الفرع الثالث: أهمية سد الذرائع وعلاقتها بالمصطلحات المشابهة

أولا : أهمية سد الذرائع :

إن سد الذرائع أصل شرعه الله تعالى حمى لمحارمه ، وسوارا منيعا لحدوده وشرعه فالوقوع فيها سبب عظيم للوقوع في محارم الله ، والبعد عنها سبب عظيم لحفاظ على شرع الله تعالى ، وسد الذريعة أصل فطر الله عليه الإنسانية فهو عمدتها في حفاظهاعلى نظامها، وقوانينها الاجتماعية والاقتصادية الخلقية والصحية وغير ذلك)[3].

قال ابن القيم: " ما كانت المقاصدُ لا يُتوصَّلُ إليها إلَّا بأسبابٍ وطُرُقٍ تُفضي إليها، كانت طُرُقُها وأسبابُها تابعةً لها معتبرةً بها، فوسائلُ المحرَّمات والمعاصي في كراهتها والمنعِ منها بحَسَب إفضائها إلى غاياتها وارتباطها بها، ووسائلُ الطاعات والقُربات في محبّتِها

[1] ابن القيم، إعلام الموقعين، المرجع السابق ، ج 4 ،ص553

[2] ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، 13/6

[3] ينظر: التأسيس في أصول الفقه على ضوء الكتاب والسنة، تأليف: أبي سلام مصطفى بن محمد بن سلامة، ص455

والإذن فيها بحَسَب إفضائها إلى غاياتها، فوسيلةُ المقصود تابعةٌ للمقصود وكلاهما مقصودٌ، لكنَّه مقصود قصد الغايات، وهي مقصودة قصد الوسائل. فإذا حَرَّم الربُّ تعالى شيئاً وله طرق ووسائل تُفْضِي إليه فإنّه يحرمها ويمنع منها، تحقيقاً لتحريمه، وتثبيتاً له، ومنعاً أن يقرب حِماه، ولو أباح الوسائل والذرائع المُفْضِية إليه لكان ذلك نقضاً للتحريم، وإغراء للنفوس به. وحكمته تعالى وعلمه يأبى ذلك كلّ الإباء ، بل سياسة ملوك الدنيا تأبى ذلك ، فإن أحدهم إذا منع جنده ، أو رعيته أو أهل بيته من شيء ، ثم أباح لهم الطرق ، والأسباب والذرائع الموصلة إليه لعد متناقضا ، ولحصل من رعيته ، وجنده ضد مقصوده ، وكذلك الأطباء إذا أرادو حسم الدواء منعوا صاحبه من الطرق، والذرائع الموصلة إليه ،وإلا فسد عليهم ما يرمون إصلاحه ، فما الظن بهذه الشريعة الكاملة التي هي في أعلى درجات الحكمة والمصلحة والكمال ؟ ومن تأمل مصادرها ومواردها علم أن الله تعالى ورسوله سد الذرائع المفضية إلى المحارم ، بأن حرمها ونهى عنها "[1].

ويقول ابن تيمية " إن الذرائع حرمها الله تعالى فإن لم يقصد بها المحرم خشية إفضائها إلى محرم ، فإذا قصد الشيء نفس المحرم كان أولى بالتحريم من الذرائع ن وبهذا التحريم يظهر علة التحريم في مسائل العينة وأمثالها، ولم يقصد البائع الربا ؛ لأن هذه المعاملة يغلب فيها قصد الربا فيصير ذريعة ، فيسد هذا الباب لكي لا يتخذه الناس ذريعة الربا؛ ويقول القائل: لم أقصد به ذلك ، و لِئَلَّا يدعو الإنسان فعله مرة إلى أن يقصده مرة أخرى ، ولئلا يعتقد أن جنس هذه المعاملة حلال ولا يميز بين القصد وعدمه، و لِئَلَّا يفعلها الانسان مع قصد خفي يخفي من نفسه على نفسه ، وللشريعة أسرار في سد الفساد وحسم مادة الشر لعلم الشارع بما جَبِلَتْ عليه النفوس ،وما يخفى على الناس من خفى هداها الذي لا يزال يسري فيها حتى يقودها إلى الهلكة ، فمن تحذلق على الشارع واعتقد في بعض المحرمات أنه إنما حرم لعلة كذا، وتلك العلة مقصودة فيه فاستباحه بهذا التأويل فهو ظلوم

[1] ابن القيم ، اعلام الموقعين 4ص553

جهول بأمر الله تعالى ، وهو نجا من الكفر ، ولم ينج غالبا من بدعة ، أو فسق ، أو قلة فقه في الدين وعدم البصيرة "[1]

ثانيا : علاقة سد الذرائع بالمصطلحات المشابهة لها

1-صلة سد الذرائع بمآلات الأفعال :

أ - تعريف مآلات الافعال:

1-لغة : مصدر ميمي من آل الشيء يؤول ومآلا أي الرجوع والموئل وهو المرجع [2].

2- اصطلاحا : هي أثر الفعل وما ينتج عنه من فسادا أو صلاحا خيرا أو شرا[3].

ب- علاقة سد الذرائع بمآلات الأفعال : قاعدة سد الذرائع تتفرع عن أصل مآلات الأفعال لأنه عند إعمالها ينظر إلى المآل الذي ينظر إلى المآل الذي يفضي إليه الفعل ، فإن الأصل أي اعتبار الذرائع مبنى على النظر حيثما تؤول إليه فيأخذ الفعل حكما يتفق على ما يؤول إليه ، ولا ينظر إلى كون الفعل في أصله مشروعا ، لأنه تذرع بالفعل الجائز إلى غير الجائز، فأصل الفعل وإن كان على المشروعية لكن مآله غير مشروع [4].

يقول أبو زهرة " : فالأصل في اعتبار الذرائع هو النظر إلى مآلات الأفعال فيأخذ الفعل حكما يتفق مع من يؤول إليه سواء أكان يقصد ذلك الذي آل إليه الفعل ام لا يقصده"[5].

فسدت الذرائع من أجل المآلات، فكأن قاعدة سد الذرائع باعتبار المقدمة والحكم عليها وقاعدة المآلات باعتبار النتيجة ودواعي المنع .

---

[1] ابن تَيمِيَّه ، الفتاوي الكبرى ، تح : محمد عبد القادر عطا ، ومصطفى عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية ، ط1 ،1987م.ص174،172 بتصرف

[2] ابن منظور، المصدر السابق، ج1 ص171

[3] علي مصطفى رمضان ن اعتبار المآلات في الشريعة الإسلامية للحكم على الأفعال، مكتبة كلية الشريعة، القاهرة، ص610

[4] الشاطبي، المصدر السابق ج4، ص556

[5] محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر الإسلامي ص269

2-صلة سد الذرائع بالمصلحة

أولا: تعريف المصلحة

1-لغة : الصلاح ضد الفساد والمصلحة: "الصلاح هي واحدة المصالح، والاستصلاح نقيض الاستفساد ؛ وأصلح الشئ بعد فساده: أقامه. وأصلح الدابة: أحسن إليها فصلحت"[1].

2- اصطلاحا : تعني المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم، نفوسهم ،عقولهم ،نسلهم وأموالهم طبق ترتيب معين فيما بينها[2].

ثانيا: علاقة سد الذرائع بالمصلحة

إن المتتبع لسد الذريعة يلاحظ بوضوح علاقتها الوثيقة بالمصلحة فيقول الشاطبي على هذه العلاقة "إن قاعدة سد الذرائع التي حكمها مالك في أكثر أبوب الفقه تقوم في حقيقتها على التوسل إلى ماهو مصلحة "[3] وهو أصل المصلحة ووجه من وجوه الاجتهاد المصلحي ، لأن حقيقته ترجع إلى منع الوسائل المفضية إلى المفاسد وهذا وجه من أوجه المصلحة فهو متمم لأصل المصلحة ومكمل له ولك كانت أمثلتها متداخلة، وأن بعض صور سد الذرائع هي من صور المصلحة المرسلة فمثلا جمع القرآن الكريم تعتبر مصلحة مرسلة لعدم وجود نص معين يشهد له ، ويستند أيضا إلى سد ذريعة الاختلاف والتفرق ، ومثل ذلك تضمين الصناع وقتل الجماعة بالواحد فكل منها منظور إليه من جهتين من جهة النظر إلى الفعل من حيث كونه شروعا في الأصل ، لما يتضمنه من المصلحة ولكنه يفضي إلى مفسدة تساوي مصلحته أو تزيد عليها ، فمنع الفعل تبعا لقاعدة سد الذرائع التي تمنع من الفعل الجائز إذا كان يؤول إلى غير الجائز ومن جهة المصلحة التي أوجبت الحكم [4] ، وبهذا فإن كل فعل يمنع سدا للذريعة يكون في مصلحته ، وليست كل مصلحة

---

[1] ابن المنظور ،لسان العرب ، ص 518، مادة (صلح)

[2] ابن عاشور، مقاصد الشريعة ، تحقيق محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس ن الاردن، ط1، 1420هـ، ص269

[3] الشاطبي، الموفقات ، المرجع السابق ،ص248.

[4] البوطي، ضوابط المصلحة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ص27

تكون سدا للذريعة [1] ، ويعتمد سد الذرائع على أساس الموازنة بين مصلحة الفعل والمفسدة التي يؤول إليها ، فمتى غلب فساد مآل الفعل على صلاح أصله ترجح منعه [2].

ولعل الملاحظ أن ما يميز المصلحة المرسلة وسد الذرائع هو أن المصلحة المرسلة تختص بالمعاملات والأعراف دون العبادات إلا في ما قل أو ندر من الوسائل كاستعمال مكبرات الصوت في النداء للصوات ، في حين سد الذرائع مجاله أوسع .

3-صلة الذرائع بالحيل

أولا : تعريف الحيل

1-لغة: الحيل هي جمع لحيلة ومنه احتيال يقال، فلان كثير الحيل، والحيلة: هي الحذق وجودة النظر والقدرة على دقة التصرف في الأمور[3].

2-اصطلاحا : عرفها الشاطبي بأنها" تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي وتحويل في الظاهر إلى حكم آخر فمآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة في الواقع"[4] ، كالواهب ماله عند رأس ماله عند الحول فرارا من الزكاة ، فأصل الهبة على الجواز ، ولو منع الزكاة من غير هبة لكان ممنوعا فكل منهما ظاهر أمره في المصلحة أو المفسدة فإن جمع بينهما على هذا القصد الضار مآل الهبة المنع من أداء الزكاة مفسدة ، ولكن بهذا بشرط القصدإلى ابطال الأحكام الشرعية[5].

ثانيا : العلاقة بين الذرائع والحيل : الحيل والذرائع قاعدتان تلتقيان احيانا وتختلفان أحيانا أخرى هما يشتركان في كون مآلهما واحد وهو الوصول إلى المفسدة ، ولكن يختلفان فالحلية المؤذية يلزم فيها نية وقصد إلى المفسدة فإن فقدته أصبحت ذريعة حيث أن الذريعة لا يشترط فيها القصد .

---

[1] حسن حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الاسلامي، مصر، 1971، ص262

[2] ابراهيم ابن المهنا، المرجع السابق، ص262

[3] ابن منظور ، المرجع السابق ، مادة (حول) ج2 ، ص1055.

[4] االشاطبي ،الموفقات ، ج 5، ص187

[5] الشاطبي ، المصدر السابق ،ج 4 ، ص201

ونستنتج أن كل حيلة ذريعة وليس كل ذريعة حيلة [1] ومثال ذلك أيضا في واقعنا تحريم الشرع خطبة المرأة المعتدة من زوج سابق حتى لا يؤدي ذلك إلى التعدي على حقوق الزوجية السابقة[2]. وسأفصل في هذه الجزئية في مطلب مستقل فيما بعد

وكما أننا نجد الذرائع في المعاملات المالية أيضا، ومصدر الخلاف في العقود، ففي هذه الأخيرة هل نعتبر بالمقاصد أو بالألفاظ فالقائلون العبرة بالألفاظ لم يقولوا بسد الذرائع والقائلون أن العبرة بالمقاصد فهو أمر سد الذرائع المفضية للحرام[3].

المطلب الثاني

مقومات سد الذريعة في الفقه الاسلامي

سنعالج في هذا المطلب أركان الذريعة في الفرع الأول ثم أقسامها في الفرع الثاني وفي المطلب الأخير أتطرق إلى ضوابط العمل بالذريعة في الفقه الاسلامي

الفرع الأول: أركان سد الذريعة

من خلال تعريف سد الذريعة فإنه يمكن ان نخلص إلى ثلاثة أركان وهي :

1- الوسيلة :هي مفرد وسائل وهي الطرق المُفْضِية إلى المقاصد [4] وهي الاساس الذي تقوم عليه الذريعة إذ بوجودها توجد الأركان الأخرى وجودا فعليا أو تقديرا[5].

والوسيلة نوعان : وسيلة مقصودة لذاتها ،مثل سب إله المشركين المؤدية إلى سب الله من غير علم ووسيلة مقصودة لغيرها ، مثل بيع العينة ، والعينة هي: بيع العين بثمن زائد نسئية ليبعها المستقرض بثمن الحاضر أقل ليقضي دينه [6].

ويشترط في الوسيلة لإعمال سد الذريعة فيها بأن تكن مؤدية إلى مفسدة أو يقصد منها مفسدة كالتي تضرب بأرجلها ذو الخلاخيل مع قصد فتنة الرجال سواء حصلت الفتنة

---

[1] نزليوي خير الدين، ضوابط الحيل وتطبيقاتها على صيغ التمويل، رسالة ماجستير في العلوم الاسلامية، الجزائر، 2011 ص 41-42

[2] وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية ، مقارنة مع القانون الوضعي، ط9، دار الفكر، سوريا، 2010ص177

[3] يوسفي رشيد، حجار آسية ن الحيل الربوية والتورق المصرفي بين التحليل الإقتصادي والحكم الشرعي، بحث مقدم في إطار المساهمة في ملتقى دولي بجامعة عبد الحميد بن باديس ن مستغانم، د.س.ن

[4] القرافي، الفروق .ج2،مرجع سابق، ص33

[5] البرهاني ، المرجع السابق ص104

[6] الشاطبي ، الموفقات ، ج4 ، ص145.

أم لم تحصل ، قطعا أو غالبا، لأن الاحتياط يوجب الأخذ بغلبة الظن[1]، كما يشترط وقوعها فعلا ، فلا تكفي نية القيام بها ، وكذلك يشترط أن تتعين تلك الوسيلة سبيلا لحصول المفسدة[2].

2-قوة الإفضاء: وهو ما يصل بين طرفي الذريعة والمتوسل إليه ويكون الإفضاء فعليا بحصول المتوسل إليه بعد حصول الوسيلة ومثاله عصر الخمر بعد زراعة العنب ويكون تقديريا في الحالات التالية[3] :

أ- أن يقصد الفاعل الوسيلة للتذرع بها إلى المتوسل إليه حقيقة كمن يعقد النكاح على امرأة ليحلها لزوجها الأول.

ب-ألا يقصد فاعلها التذرع بها، ولكن كثرة اتخاذها في العادة وسيلة مفضية للمتوسل إليه تجعلنا نحكم عليها بأنها وسيلة مُفْضِية ، مثل الجمع بين البيع والسلف.

ج – ألا يقصد بها التذرع بها ، ولكن قبل المتوسِّل بأن يتخذها وسيلة للإفضاء بها إلى المتوسل إليه ، فسواء أفضت بالفعل أم لم تفض فإنها تمنع ، ومثال ذلك : سب آلهة المشركين فإنها قابلة لأن تحمل المشركين على سب الله تعالى.

د- ألا يقصد فاعل الوسيلة ولا غيره التذرع بها ولكنها قابلة للإفضاء يقينا فإنها تمنع ، مثال ذلك : من يحفر بئرا للسقي في طريق المسلمين ، فأصل الفعل مباح ، ولكنه يمنع لتقدير الإفضاء إلى هلاك الناس .

3-المتوسل إليه

وهو المقصود المحظور شرعا ، الذي قصده الشخص من فعله أو قوله المباح شرعا[4] ، ومثال ذلك صناعة الخمر التي يقصدها زارع العنب، والكذب على الخاطب الذي تقصده المخطوبة من العملية التجميلية .

---

[1] ابن قدامة، المغني ج4 ، ص193.

[2] البرهاني، المرجع السابق، ص104

[3] البرهاني، المرجع السابق ص105

[4] البرهاني ، سد الذريعة في الشريعة الاسلامية، (ص126)

الفرع الثاني : أقسام الذريعة

أ – تقسيم القرافي للذريعة[1]

فقد قسم القرافي الذرائع فقال : اعلم أن الذريعة هي الوسيلة للشيء وهي ثلاثة أقسام : إلى ثلاثة اقسام:

1– ما أجمع الناس على سده: وقد أعطى أمثلة على ذلك المنع من سب الأصنام عند من يعلم أنه يسب الله تعالى حينئذ، وإلقاء السم في أطعمتهم، وحفر الآبار في طريق المسلمين لكونها وسيلة إلى هلاكهم.

2– ما أجمع على عدم سده: كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر ، والتجاور في البيوت خشية الزنا.

3–وكذلك ما اختلفوا فيه بين السد والفتح : كالنظر إلى المرأة لأنه ذريعة للزنا بها ، وايضا الحديث معها ومثاله ايضا بيوع الآجال[2].

فهذا التقسيم بحسب موقف العلماء من الذرائع سدا وفتحا[3] أي بمفهومها العام.

ب– تقسيم الشاطبي للذريعة [4]

قد قسم الشاطبي الذرائع على النحو التالي:

أ– ما يكون أداؤها إلى المفسدة قطعا يعني القطع العام: مثل حفر البئر خلف باب الدار في الظلام؛ بحيث يقع الداخل فيه بلا شك وهذا النوع سده لازم دفعا للمفسدة.

ب – ما يفضي إلى المفسدة نادرا (لا قطعا ولا كثيرا) مثل : حفر البئر بمكان لا يؤذي غالبا إلى وقوع أحد فيه، وهذا النوع لا تسد الذرائع فيه لأن أداؤه إلى المفسدة نادرا.

ج – ما أفضى إلى المفسدة كثيرا ، وهذا النوع على مرتبتين:

---

[1] القرافي ، الفروق . مرجع سابق، ص266

[2] القرافي ، الفروق ، كرجع سابق ، ص266

[3] البرهاني ، مرجع سابق، ص104 .

[4] الشاطبي، الموفقات، مرجع سابق، ص54–55.

المرتبة الأولى: ما يكون غالبا في كثرته، بحيث يغلب على الظن أداؤها مثل بيع السلاح وقت الحرب، وغيره ممن يغلب على الظن أداؤه للمفسدة وهذا النوع محل خلاف بين العلماء.

المرتبة الثانية : ما يكون أداؤه إلى المفسدة كثيرا ، ولكن كثرته لم تبلغ مبلغا تحمل الفاعل ظن المفسدة فيه دائما كبيوع الآجال وهو محل خلاف أيضا بين العلماء[1].

ج- تقسيم ابن تيمية

يتضح تقسيم ابن تيمية للذرائع من خلال قوله :" الذريعة إذا كانت تفضي إلى المحرم غالبا ؛ فإنه يحرمها مطلقا ، وكذلك إن كانت قدتفضي ، ولكن الطبع متقاض لإفضائها وأما إن كانت إنما تفضي أحيانا ؛ فإن لم تكن فيها مصلحة راجحة على هذا الإفضاء القليل وإلا حرمها أيضا [2].

فيستنتج من كلام ابن تيمية أن الذرائع التي تسد هي :

1- الأفعال المفضية إلى المحرم غالبا.

2- الأفعال التي يقل إفضاؤها لكن الطبع يفضي بإفضائها.

3- الأفعال التي يقل إفضاؤها إن لم يكن فيها مصلحة راجحة[3].

د- تقسيم ابن القيم للذرائع [4]

قسم ابن القيم الذرائع إلى اربعة أقسام:

1- الوسيلة الموضوعة للإفضاء إلى مفسدة: مثل شرب الخمر المؤدي إلى مفسدة السكر.

[1] الشاطبي، الموفقات، مرجع سابق، ص54-55

[2] ابن تيمية، الفتاوي الكبرى . ج6، مرجع سابق، ص173.

[3] الهادي بن حسن الشبلي، سد الذرائع في الفروع الفقهية.

[4] ابن القيم، أعلام الموقعين عن رب العالمين .ج3، مرجع سابق، ص109-110.

2- الوسيلة الموضوعة للمباح قُصِدَ بها التوسل إلى المفسدة، كمن يعقد النكاح قاصدا به التحليل أو يعقد البيع قاصدا به الربا.

3 – الوسيلة الموضوعة للمباح لم يقصد بها التوسل إلى المفسدة لكنها مفضية إليها غالبا مفسدتها أرجح من مصلحتها ومثالها : الصلاة في أوقات النهي ومسبة آلهة المشركين بين ظهرانهم ، وتزين المتوفي عنها زوجها زمن عدتها .

4- الوسيلة الموضوعة للمباح قد تفضي إلى المفسدة أو مصلحة أرجح من مفسدتها ومثاله النظر إلى المخطوبة ، وكلمة حق عند سلطان جائر.

وهذا التقسيم حاصله بحسب درجة الإفضاء إلى المفسدة[1].

الفرع الثالث : ضوابط العمل بالذرائع

الضابط الأول : أن تكون ذريعة إلى محظور منصوص عليه أو يومئ إليه الشرع بكلياته[2].

الضابط الثاني: شيوع التذرع إلى الحرام بين الناس وجودا وقصدا مع قوة التهمة الناجمة عن كثرة القصد ، فعندما يكثر الناس استعمال شيء مشروع في غير موضعه ولغير مقصوده ومصلحته ، فإن منهج الشرع يقتضي منع هذه الإساءة بالقدر اللازم ، ومثال ذلك بيوع الآجال التي لها صور كثيرة قال مالك بمنعها لتذرع الناس بها كثير إلى إحلال معاملات الربا التي هي مفسدة ، فرأى مالك أن قصد الناس أفضى إلى شيوعها وانتشارها، فحصلت المفسدة التي لأجلها حرم الربا .

الضابط الثالث: ألا يعارض العمل بها ما نص عليه شرعا، وهذا ينافي ما يعتبره البعض غلوا في المذهب والزعم بمخالفته السنن وتميزها من الشبه التي تقوى أما حيث عارضته النصوص فلم يبقى محل لاعتبار تلك الذرائع .

الضابط الرابع: رجحان مفسدة المآل أو تساويها ، فدرأ المفاسد يقدم على جلب المصالح حينئذ فمنع المصلحة لا يجوز إلا لما أفضت إليه مفسدة زائدة عليها كما وضح الشاطبي[3].

---

[1] محمد هشام البرهاني، سد الذريعة في الشريعة الاسلامية ' مرجع سابق، ص182.

[2] ابن العربي، أحكام الفرآن، تعليق محمد عبد القادر عطاط، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1408هـ، ج1،ص155-156.

[3] الشاطبي ، الموفقات ، ج5 ، ص179.

الضابط الخامس:ألا تعارضها حاجة أو مصلحة راجحة وهذا يرد في قسم الموازنة فيما بين المفسدة والمصلحة أو بين المفسدتين .

الضابط السادس : ألا تعارضها ذرائع أخرى أقوى منها فقد تكون هناك عوارض قد تمنع في زمان ما يباح في غيره ، ومن ثم يرتفع حكم المنع نظرا إلى تعارض الذريعة المتقدمة مع المتأخرة ، وتقدير ذلك رهين بدراية عامة بالواقع والناس وحال الزمان وأهله[1].

[1]عبد الله عبد المؤمن الغماري، أثر الذرائعية والواقعية في مسالك الاجتهادية في المالكية، مكتبة ابن حزم، بيروت لبنان، ط1، 1435هـ2014م المجلد الاول ص117-122 بتصرف

المبحث الثاني

مفهوم سد الذرائع عند شراح القانون

سنتطرق في هذا المبحث لمفهوم سد الذرائع من ناحية القانون وعلاقة الباعث بسد الذرائع في المطلب الأول وفي المطلب الثاني علاقة أسباب الاجتهاد الذرائعي

المطلب الأول

مدلول سد الذرائع عند شراح القانون

نتناول في هذا المطلب مفهوم سد الذرائع قانونا(الباعث) وماهي شروطه وأقسامه وعلاقته بسد الذرائع :

الفرع الأول : معنى الذرائع عند شراح القانون

يعتبر مبدأ سد الذرائع من مبادئ الشريعة الاسلامية التي تحكم المعاملات المدنية والجزائية ويعرف في القانون الجنائي بالباعث وفي القانون المدني يعرف بالسبب المصلحي " وهو الدافع الذي يحرك إدارة المنشئ للتصرف إلى تحقيق غرض غير مباشر " ، والمقصود الدافع هنا إلى تحقيق غرض غير مشروع ؛ يجاوز الحدود الأخلاقية أو يمس المصلحة العامة أو يناقض مقاصد التشريع وهو يمتاز بالخصائص التالية أنه ذاتي وخارج عن نطاق التعاقد وأنه متغير[1] " ويوجد اتفاق بين المدارس القانونية والفقهية على الأخذ بالباعث غير المشروع ، والاعتداد به ، وابطال التصرفات والعقود بناء على وجوده ، وذلك عندما يطفو هذا الباعث الغير المشروع إلى سطح التعبير الإرادي للعقد وهذا ما ذهبت إليه حليمة آيت حمودي عند تعريفها الباعث بأنه :"وسيلة لإبطال التصرفات التي ظاهرها الجواز ويقصد بها الوصول إلى غاية غير مشروعة "[2].

ومن خلال هذا التعريف يمكن ان تستنتج :

- لا تقتصر فكرة الباعث على العقود بل تشمل جميع تصرفات الأفراد

[1] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، بيروت : مؤسسة الرسالة، ط2ط،1977ص208-209.

[2] حليمة آيت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، بيروت ، دار الحداثة للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 1986م، ص37.

- إذا كانت هذه التصرفات جائزة من الناحية الفنية مستوفية لجميع أركانها ، إلا أنها تبطل لأنها يقصد بها تحقيق أغراض غير معتبرة من الشارع .
- تثار فكرة الباعث سواء كان الغرض مشروعا أو غير مشروع ولكنها تثار على الأغلب إذا كان الغرض غير مشروع .

وعرف المشرع الجزائري الباعث والسبب المصلحي في نص المادة 97 من التقنين المدني الجزائري "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلا" [1] ، حيث أن المشرع الجزائري أخذ بالنظرية الحديثة في السبب بمعنى الباعث الدافع ومع الأخذ أيضا بالسبب القصدي ويشترط أن يكون للالتزام سبب وإن لم له سبب أو كان سبب أو كان سببه غير مشروع وهو يأخذ بمعنى الباعث الدافع إلى التعاقد في السبب وهو بهذا يريد حماية المجتمع من نشوء عقود مخالفة للنظام العام وحسن الآداب وبذلك يتحقق صالح الفرد وصالح المجتمع [2].

- **علاقة سد الذريعة بالباعث :**

من خلال التعاريف للمصطلحين نلاحظ وجود صلة ترابط بين سد الذرائع في الفقه الاسلامي والباعث والدافع غير المشروع في القانون الوضعي حيث لاحظنا في سد الذريع أن الفعل أو التصرف المحرم شرعا يكون في الأفعال والتصرفات المقدمة له او الممهدة له أي التي قد تؤدي إلى الاتيان به من قبل المكلف تكون أيضا محرمة وهذا بحسب رأي الفقهاء القائلين بأن سد الذرائع احد أدلة الحكم الشرعي أما الذين لا يرونه كذلك فإنهم يرون أن كل فعل مباح هو ومقدمته مالم يدل دليل شرعي على حرمته . أما الباعث غير المشروع فإنه يعمل ذات الأثر في القانون الوضعي أي يؤدي إلى عدم مشروعية الفعل أو التصرف وأيضا اختلف فيه فقهاء القانون فقال بعضهم أن الدافع هو ضمان الفعل أو التصرف القانوني باعتباره سببه والسبب ركن في التصرف فيما قال البعض الأخر أنه شيء مختلف .

[1]– قانون المدني الجزائري المادة 97، 2007م.

[2]– بن غريب رابح: الباعث في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسة ، المجلد 06 العدد 02 ص66، أكتوبر 2022، جامعة جيجل – الجزائر

وعليه فسد الذرائع والباعث الدافع غير المشروع يؤديان عمل واحد وهو (أن الوسيلة بالأساس مباحة لكن الغاية أو النتيجة التي سوف تترتب عليها لما كانت محرمة أو ممنوعة انسحب هذا الحكم على الوسيلة فحرمت أو منعت) وعليه فالذرائع تقابل الدوافع فإن كانت مخالفة للشرع أو القانون أو للنظام والآداب العامة سدها بعص الفقه أي حرمها وجعله القانون مصدرا لمنع التصرف الذي دفعت إليه

الفرع الثاني: شروط الباعث وإثباته في القانون

أولا – شروط الباعث

سبب العقد (الباعث) بحكم وظيفته الإجتماعية لا يطلب إلا عند الإنعقاد[1] ، وليس له شرط يتعلق بذاته سوى شرط **المشروعية** فإن كان غير مشروع أي كان مخالفا للنظام العام أو الآداب بطل العقد وقد ورد في ق م ج على انه ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع مايفضي به حسن النية ؛ أما إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد مالم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم ، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس

وعليه لإعمال الباعث غير المشروع يجب **أن يكون معلوما من الطرف الآخر** في عقود المعاوضات ، ويشترط هذا العلم في التبرعات [2]

ثانيا: إثباته

يقع على الدائن وفقا للمبادئ العامة إثبات وجود السبب ومشروعيته مادام الالتزام لا يقوم إلا إذا وجد له سبب مشروع ، وفقا لما جاء في المادة 97 من ق م ج، غير أن المادة98ق.م.ج تفرق بين حالتين : أن يذكر السبب في العقد أو لا يذكر .

أ–حالة ما إذا ما كان السبب مذكورا في العقد : وفيها أقام المشرع قرينة بمقتضاها أن السبب حقيقي حتى يوجد الدليل على ما يخالف ذلك ،فإذا قام الدليل على صورية السبب ، فعلى من يدعي أن الالتزام سبب آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه (م2/98ق.م)، غير أنه لا يجوز إثبات عكس الكتابة إلا بكتابة اخرى .

---

[1]–عبد المنعم فرح الصده، مصادر الالتزام، بيروت دار النهضة العربية، دار الطبع، 1974، ص316 بتصرف

[2]– أمر رقم 75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم ، بالقانون رقم 07–05 المؤرخ في 13 مايو 2007 ، الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية ، العدد 31 الصادر بتاريخ 13 مايو 2007 المادة 85

أما حين يدعي المدين أن سبب العقد غير مشروع ، فيكون له أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات ، وهذا مع ملاحظة أنه لا بد من إثبات علم الدائن بعدم مشروعية السبب .

ب- حالة ما إذا لم يذكر السبب في العقد : وهنا يفترض المشرع الجزائري أن للالتزام سببا موجودا ، وأن للعقد سببا مشروعا ن وعلى من يدعي العكس أن يثبت ما يدعيه بكافة الطرق الإثبات ، إذ ليس هناك كتابة تقيده (م98/1ق.م).

و من خلال التمعن في الظواهر الإرادية يتضح أن أنواع البواعث متعددة وفقا للهدف والزمن وفقا للزاوية التي ينظر إليها علماء القانون وأيضا بالنظر إلى تعدد البواعث والتي يمكن تلخيص هذه الأنواع في أربعة أنواع كما يلي[1]:

أ- الباعث الذي يكون وراءه سبب المباشر وهذا يكون جزء لا ينفصل عن التصرف الموجود معه.

ب- الباعث الذي يدل على الماضي والذي يمثل التصرفات السابقة للموضوع وإما يدل على المستقبل والذي يعرف الهدف من وراء تصرفه.

ج- باعث إما أن يكون دافعه فطري أو مكتسب كذلك قد يكون مهم أو غير مهم إضافة إلى أنه أخلاقي أو غير أخلاقي.

د- الباعث إما أن يكون مستقلا أي يقوم به شخص واحد أو متعدد أي يقوم به مجموعة من الأفراد.

المطلب الثاني

قطع الحيل غير المشروعة قانونا كدلالة مقاربة لسد الذريعة في الفقه الإسلامي

سنطرق في هذا المطلب والذي سنقسمه إلى ثلاثة فروع نتناول في الفرع الأول الحيل المشروعة والغير المشروعة في القانون أما الفرع الثاني فسنتناول مدلول الحيلة في القانون والقضاء وفي الفرع الثالث نتطرق إلى علاقة الحيلة بسد الذرائع

[1] آيات أحمد عبد الرزاق تلاحمة، نطرية الباعث في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستر جامعة القدس، 1439هـ-2017م، ص28.

الفرع الأول: الحيل المشروعة وغير المشروعة في القانون

1- مفهوم الحيل في القانون

هي افتراض أمر مخالف لما هو في الواقع يترتب عليه تغيير حكم القانون دون تغيير نصه ، أو الاستناد إلى واقعة يترتب عليها تغيير حكم القانون دون تغيير نصه ، أو الاستناد إلى واقعة كاذبة حتى ينطبق حكم القانون على حالة إذا لم يطبق عليها من قبل ، كافتراض الجنين حيا قبل ولادته متى كانت له مصلحة في ذلك ليكون له مثلا من التركة إذا مات مورثه أثناء الحمل .

2- مذهب فقهاء القانون حول الحيلة او الافتراض القانوني

تعرف الحيلة بأنها وسيلة لمخالفة الواقع والحقائق، فإذا كانت الحيلة قد خالفت حقيقية قانونية من وضع المشرع ، فهنا لا تعتبر حيلة قانونية ، بل هي إلغاء لقاعدة سابقة ، غير أن الحيلة التي تعتبر مخالفة للواقع هي تلك التي تصدر من مصادر القانونية كالتشريع على خلاف المخالفة التي تصدر من الأفراد بهدف ستر عقد حقيقي ، وهي ما تعرف بالحيلة الصورية وتستمد الحيلة الصورية ، وتستمد الحيلة تعريفها من الحقائق الطبيعة قد تكون مستمدة من التاريخ أو طبيعة الأشياء ومن خلال هذا التعريف نستطيع تحديد اتجاهات القانون وآرائهم حول الحيلة إلى ثلاثة مذاهب :

المذهب الأول: الافتراض القانوني يقوم على مخالفة الحقائق الطبيعية

يذهب أنصار هذا المذهب إلى أن الحيلة القانونية تقوم على مخالفة الحقائق الطبيعية أما إذا خالفت الحقائق القانونية ، أي الأحكام القانونية التي وضعها المشرع بنفسه ، فإن المخالفة لا تنطوي في هذه الحالة على حيلة ، بل إلغاء القاعدة السابقة أو استثناء منها. والحقائق الطبيعية التي تقوم الحيلة على مخالفتها قد تكون مادية وقد تكون فكرية، وهذه الأخيرة قد تكون حقائق تاريخية وحقائق علمية أو حقائق فلسفية. وهو من الحيل المشروعة في القانون والفقه الاسلامي ونجد تطبيقات هذا المذهب في القانون الجزائري بكثرة مثل

الحيلة تاريخية مثل اعتبار تصرفات المجنون جنونا متقطعا الذي تتخله فترات افاقة تصرفات باطلة حيث يذكر القانون حالة الإفاقة وكأن لم تحدث

الاتجاه الثاني : الافتراض يقوم على مخالفة الحقائق القانونية يقرر أيضاً هذا الاتجاه أن الحيلة أو الافتراض القانوني يقوم على مخالفة الحقائق القانونية ، فالقاعدة المقررة للأثر الرجعي للقسمة قاعدة مجازية لأنها تتضمن مخالفة حقيقية قانونية ويطلق عليها في الفقه الاسلامي بالحيل الغير مشروعة

الاتجاه الثالث : التوفيق بين الاتجاهين السابقين

حاول بعض الباحثين التوفيق بين الرأيين السابقين بقولهم إن الافتراض القانوني إنما يتحقق عندما تطبق قاعدة قانونية مرتبطة بحالة مادية معينة على حالة أخرى مع تجاهل الخصائص المميزة لهذه الأخيرة

3- مميزات الحيل القانونية

تتميز الحيل القانونية بمجموعة من الخصائص القانونية وهي:

أ. **الحيلة القانونية تتم عن نية وقصد.**

وذلك أن الافتراض القانوني في الحيلة ينبني على أساس تجاهل الواقع الفعلي ومخالفة الحقائق الملموسة والثابتة بهدف تحقيق غاية معينة والانحراف بالقاعدة القانونية إلى تحقيق هدف ما، وربما توافر في الحيلة تجاهل تام لوجود القاعدة القانونية وكأنه لا وجود لها[1]. فهذه من الحيل الغير المشروعة قانونا

ب. الحيلة القانونية مخالفة للواقع.

إن الحيل القانونية تقوم على أمر مخالف للواقع والحقيقة مخالفة صريحة وذلك عكس القرينة القانونية التي تبنى على شيء ظني الاحتمال وتجعله يقينا وصحيحا ، فهي تقوم على افتراض يتفق مع الحقيقة وعلى تصوير ذهني للواقع بقصد الوصول إلى غايات عملية معينة .

[1] أبو زيد عبد الباقي مصطفى الافتراض ودوره في تطور القانون، ط، جامعة المنصورة 1980م ، ص7 .

ج . الحيلة القانونية غير مخالفة للنص: الحيلة القانونية وإن كانت مخالفة للواقع فإنها لا تغير نص القانون ولا تناقض روحه بالضرورة.

و إذا ثبت يقينا أن عنصر القصد في الحيلة القانونية موجودة، وأن الصياغة القانونية التي ترتبت عن استعمال الحيلة ليست بالضرورة هدما لروح القانون أو نقضاً لغايات العدل.

4- التمييز بين الحيل القانونية والمصطلحات المشابهة

هناك بعض المصطلحات القانونية التي تشابه في بعض جوانبها الحيلة أو الافتراض القانوني، وعليه يجب علينا أن نميز بين الحيلة وبين هذه المصطلحات، ومن بين هذه المصطلحات نذكر:

- **التمييز بين الحيل الصورية والقانونية**

يقصد بالصورية اصطناع مظهر كاذب عند إجراء تصرف قانوني بغرض إخفاء الحقيقة عن الغير ، وقد يتبادر إلى الذهن أن الصورية بهذا المعنى تختلط مع الحيلة القانونية ، إذ إن كلتيهما يعمل على تغيير الحقيقة أو تشويهها إلا أن الفارق بينهما واضح فالصورية يلجأ إليها المتعاقدان لإخفاء حقيقة التصرف القانوني، أما الحيلة القانونية فهي وسيلة معنوية من وسائل الصياغة القانونية، ويرجع إليها واضع القانون نفسه .

ومن جهة أخرى، فإن الهدف من الصورية هو خديعة الغير، باصطناع مظهر كاذب يخفي وراءه تصرفاً حقيقياً آخر ، ومثال ذلك البيع الذي يتخذ صورة الهبة بقصد منع الشفيع من العقار المبيع بالشفعة ، أما الحيلة القانونية فلا يهدف المشرع من ورائها إلى خديعة أحد ، وإنما يلجأ إليها بهدف تطوير القانون.

- **التمييز بين الحيلة القانونية والتحايل أو الغش نحو القانون**

يقصد بالغش نحو القانون استخدام الحيلة والخداع من قبل الأشخاص بهدف الوصول إلى تطبيق القاعدة القانونية أو إلى استبعاد تطبيقها، وعلى ذلك فإن الغش نحو

القانون والحيلة القانونية يتفقان في أن كلاً منهما ينطوي على مخالفة للحقيقة ، ويجب أن لا يؤدي التشابه إلى الخلط بينهما لأن الفارق بينهما جوهري.

والذي يخالف الحقيقة في الافتراض القانوني أو الحيلة هو واضع القاعدة القانونية أو من يفسرها بحيث تكون المخالفة جزءاً من القاعدة نفسها ، أما في نطاق التحايل على القانون فإن المخالفة تقع ممن يوجه إليهم الخطاب في القاعدة، أي من الأفراد الذين تنطبق عليهم القاعدة القانونية. فالافتراض هو وصف يلحق القاعدة ويتصل ببنائها، أما الغش نحو القانون فإنه لا يتصل بصياغة القاعدة وإنما يتضمن وسائل يتبعها الأفراد لمخالفة الحقيقة.

- **التمييز بين الحيلة والباعث :**

من خلال التطرق المسبق لمفهومي الباعث والحيلة يتضح لنا أن العلاقة بينهما تقوم على أساس أن كلا من الحيلة المحرمة، والباعث غير المشروع لهما إرادة المتحيل، وكلاهما ينشأن تصرفا محرما؛ أما الحيل الجائزة والباعث المشروع، فكلاهما ينشان تصرفات صحيحة، فالعلاقة بينهما هي علاقة ضمنية .

الفرع الثاني : مدلول الحيل في القانون الجزائري

1. الحيلة في القانون الجزائري :

لم يعرف المشرع الجزائري الحيلة لكنه تطرق إلى بيان أنواعها فيما يخص التدليس ، الذي نص عليه في المادة 86 من القانون المدني الجزائري وتطرق إلى الحيل الصورية وذكر أنها لا يكونان إلا بوجود طرفين سواء تعلق الأمر بالعقود ، أو الدعاوى الصورية أو غير ذلك : حسب 198 من ق.م ،ج التي تنص على أنه :" إذا ابرم عقد صوري ، فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصوري [1]

[1] المادة 86 من الامر 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1997 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ج .ر ج ،ج ،عدد 78 ، بتاريخ 30سبتمبر 1975

وفي التشريع الجزائري لم ينص المشرع صراحة على الحيلة، وإنما عبّر عنها كطريق من الطرق الاحتيالية، كما هو الشأن في الحيل التدليسية، التي تنص عليها المادة 86 من قانون المدني على أنه ": يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد".

وتتناول الحيلة القانونية التي تكون المخالفة فيها بسلوك ينتج عنه تغيير حكم القانون، كما يشمل الحيل التدليسية التي تكون المخالفة فيها بعمل يترتب عليه التغيير في التصرف القانوني، سواء تمت المخالفة من أحد المتعاقدين أو من الغير، ويشمل أيضا التعريف الحيل الصورية التي تتم بسلوك مخالف للحقيقة بين الطرفين معا في العقدو هذه الحيلة تكون من وضع المشرع نفسه تجعله يلجأ إليها عند الضيق أو غياب التكييف القانوني.

- **أمثلة عن الحيل الغير مشروعة في قانون الاسرة الجزائري**

تلجأ الكثير من النساء المطلقات اللواتي يرغبن في إعادة الزواج وتكوين أسرة – لما للزواج من حماية ولما يترتب عن الطلاق من أثار سلبية عليهن– إلى حيلة الزواج العرفي بالرغم من إشكالياته كل هذا إحتفاظا بحقوقهن في الحضانة الذي لقي تأطيرا قانونيا في قانون الأسرة الجزائري لأنه أحد صور حماية الطفل من التشرد والضياع بعد فك الرابطة الزوجية بين الوالدين حيث جاء في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري مايلي: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا". وتسند الحضانة للأم ،إلا أن الاحكام التي تصدر في مثل هذه المواضيع تقبل التبديل تسقط ولها حجة مؤقتة مثل زواج الحاضنة بزوج أجنبي عن المحضون أو بغير محرم فالحكم القضائي قابل للتغير وتسقط بالوقائع والإثباتات وليس بقوة القانون.

ويجبر المشرع الجزائري عند زواج المرأة بأجنبي عن المحضون فقدانها ابنها وحرمانها من الزواج مطلقا فلذلك تلجأ المرأة إلى الزواج العرفي كحيلة منها لتحافظ على حضانة محضونها وحرمانا للمطلق من أي دليل قضائي يسقط الحضانة إذ لا يجد الزوج

أي دليل يثبت به ادعائه أمام القضاء ، فلا يوجد عقد زواج ولا يوجد لتأشير بذلك على هامش شهادة ميلاد مطلقته لأن القضاء يعترف الزواج المثبت بعقد

كان من المفروض من التشريع الأسري أن يتفطن لهذه الحيلة ويسدها في وجه المطلقة التي اتخذت الزواج العرفي كحيلة وذريعة لتمنع الزوج المطلق من حضانة طفله، وتسد باب العبث بمصلحة المحضون التي يجب أن تكون لها الأولية بأن تجد اليات تثبت بها الزواج العرفي وتجعلها كدليل يراعي فيها مصلحة المحضون .

إن استخدام الحيل مس مجموعة من المواد الخاصة بالأسرة، ومن النصوص التي طالتها الحيلة طلب التطليق خاصة في حال الضرر اللاحق بها طبقا للمادة53 من ق أ ج " **يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية ..... وذكر في الفقرة العاشرة كل ضرر معتبر شرعا** "[1] فهذا من النصوص المرنة الخادم لمصالح المرأة حيث لم يقيده المشرع الجزائري لم يحدد المعيار الضرر فهو سلطة تقديرية فهذا النص تستخدمه المرأة كحيلة سهلة لتطلب التطليق لعدم انضباط معيار واختلافه من مرأة إلى أخرى ويحتاج إلى اثبات فقط بحصول الضرر وليس للقاضي أن يرفض طلب التطليق فهذه من الحيل المشروعة الغير المخالفة للقانون وجب سدها ومنع المرأة من استخدمها كذريعة لطلب التطليق بأن تحدد الضرر وفقا للدين والعرف والتقاليد وعدم تركه ، وهذا حتى يكون عادلا للزوجين .

2. موقف القضاء من الحيل

رغم أن الفراغ القانوني الموجود في القانون الجزائري وعدم تقنينه للحيلة إن القضاء عن طريق اجتهادات وقرارته مارس الحيلة المشروعة في عديد من قرارته خاصة المتعلقة بقانون الاسرة والقانون المدني

فقد نصت المادة 204 من ق أ ج والمادة 776 من ق م ج على أحكام الهبة في مرض المؤدي الموت.

[1] المادة 53 من قانون الاسرة الجزائري

فجاء في نص المادة 204 على أن: الهبة في مرض المؤدي للموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية ويستفاد من هذه المادة أن الواهب إذا تصرف في أمواله بأن وهب جزءا منها أو كلها وهو في مرض موته أو تصرف بذلك وهو في حالة من الحالات المخيفة، فإن تصرفه هذا يأخذ حكم الوصية.

وقد جاءت هذه المادة تكريسا في الحقيقة صفة إجمالية لما نصت عليه المادة 776 من القانون المدني والتي تنص على أن كل تصرف قانوني يصدر عن الشخص في مرض الموت

بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف.

ما يلاحظ على نص المادة 204 من قانون الأسرة أنه أضاف حالة لم تتطرق لها جل التشريعات و لا الفقه الإسلامي و ألحقها بمرض الموت و ذلك في ما سماه بالحالات المخيفة، فهذا المصطلح يحتاج إلى تفسير من خلال الاجتهاد القضائي. و عليه فإن الهبة في مرض المفضي للموت ، أعطاها القانون حكم الوصية بنص صريح، و بهذا قال جمهور الفقهاء ؛ إذ اعتبروا أن الواهب المريض مرض الموت تأخذ هبته حكم الوصية، و تسري عليه أحكامها من عدم جواز الإيصاء بأكثر من الثلث و عدم جواز الإيصاء لوارث، كل ذلك مع إمكانية إجازة الورثة ، إلا أن الهبة في مرض الموت لصالح المنفعة العامة تأخذ حكما خاصا فلا رجوع فيها بنص المادة 212 التي تنص : "الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها"[1].

في هذا الشأن غزارة القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا و المتعلقة بالهبة في مرض الموت و التي اعتبرت هذه الأخيرة وصية منها[2]القرار 85260 الصادر عن غرفة

[1] نبيل صقر ، تصرفات المريض مرض الموت (الوصية – البيع – الهبة – الوقف – الكفالة – الابراء – الخلع – الطلاق) دار الهدى الجزائر ، ص109.

[2] قرار صادر في 1992/10/27 من المحكمة العليا تحت رقم 85260.

الأحوال الشخصية و المواريث بتاريخ 1992/10/27 وجاء في قرار المحكمة العليا أن قضاة الموضوع سلكوا سلوكا غريبا بقولهم أم الواهب كانت صحيحة بكامل قواها العقلية والجسمية بدليل أنها انتقلت إلى مكتب التوثيق بنفسها ولو كانت تعاني من مرض العضال (سرطان) وخطير لم يمنعها ذلك من التحرك بدليل تنقلها للعلاج بين الجزائر وتونس، أن قضاة الموضوع لم يناقشوا المرض المدعى به والمنصوص عليه في المادة 204 من قانون الأسرة مما عرض قرارهم للنقض.

كما قضت باعتبار أن مرض الموت بالشروط المتقدمة الذكر، واقعة مادية، فإنه يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات ومنها البيئة والقرائن، وأكثر ما يثبت بالشهادات الطبية الدالة على حالة المريض في أواخر أيامه وكذلك يثبت بشهادة الشهود وبتقصي حياة المريض في أيامه الأخيرة ، وعلى الورثة الذين يطعنون في تصرف مورثهم بأنه صدر في مرض الموت أن يثبتوا ذلك بكل الطرق[1].

كما قضت "رفض الدعوة الرامية إلى طرد المطعون ضده من قطعة الأرض المشيدة عليها المدرسة – طعن بالنقض – لأن القطعة لم تخصص لما وهب من أجله وسكن بها شخص لم توهب له –رفض الطعن –.

كما قضت من المقرر قانونا أنه إذا كان الشيء الموهوب، بيد الموهوب له قبل الهبة اعتبر حائزا، إذا كان بيد الغير وجب الإخبار بذلك.

ومن ثم قانون الأسرة لم يحدد للحيازة مدة معينة، إن قضاة المجلس كانوا على صواب عندما قضوا بصحة عقد هبة العقار كليا باعتبار الموهوب لها كانت تعيش مع الواهب في (المنزل محل الهبة وبتالي فلا مجال هنا لتطبيق المادة 208 من قانون الأسرة)[2].

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ،أسباب كسب الملكية ، مج 9 ،دار إحياء التراث العربي لبنان ،1986،ص321.

[2] المجلة القضائية العدد 1995/01ملف 121664قرار صادر في 1995/06/07

كما قضت لما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الاستئناف برفضهم دعوى لكونها من جهة لم تثبت وجود تزوير الذي ادعت به في عقد الهبة ومن جهة أخرى أن المطعون ضدهما قد أدخلا على المال الموهوب أعمالا غيرت في طبيعته وهذا يسقط للطاعنة حقها في التراجع عن الهبة ومن ثم فإن القضاة قضائهم كما فعلوا قد سببوا قرارهم تسبيبا كافيا وطبقوا القانون تطبيقا سليما[1].

كما قضت أن القضاء بإبطال عقد الهبة في مرض الموت دون مراعاة المبدأ القانوني الذي يقرر أن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية ويستفيد منها الموهوب له في حدود ما

يسمح بذلك موضوع الوصية يعد مخالفة للقانون[2] عن الوجه الوحيد المأخوذ من مخالفة المادتين 204 من قانون الأسرة و 776 من القانون المدني بدعوة أن قضاة الموضوع قد قضوا بصحة الهبة المؤرخة في: 14/09/ 1996 كان في مرض الموت رغم الشهادة الطبية مع أن الواهب المتوفي يوم 23 /09/1996 وشهادة الشهود وشهادة الموثق نفسه في عقد الهبة حيث أن دعوى الطاعن الرامية إلى جعل التي وصفها المرحوم مع أنه الهبة بمثابة وصية بحجة أن الهبة المؤرخة : 14 /09/1996 كان في مرض الموت ، حيث أن قضاة الموضوع قد رفضوا الدعوة على أساس أن العقد التوثيقي لا يمكن إبطاله إلا في حالة الطعن بالتزوير مع أن الدعوة ليست ضد شكلية العقد بل ضد تصرف الذي قام به الواهب.

حيث أن الطاعن قد أثبت من أن الهبة موضوع النزاع قد وقعت في مرض الموت سواء بملاحظة الموثق نفسه في عقد الهبة أو من التقرير الطبي المؤرخ في : 1997/04/12حيث كان على قضاة الموضوع تطبيق المادة 185 من قانون الاسرة .

ومن بين ما يستعمله الناس كتحايل على منظومة الميراث الشرعي اللجوء إلى تقيسم المالك ثروته في حياته على الذكور دون الاناث بقصد حرمانهم من الميراث بعد فاته وذلك

[1] المجلة القضائية الثاني سنة 1997 ملف 153622 الصادر بتاريخ 1998/03/11

[2] نبيل صقر، مرجع سابق، ص 111

عن طريق الهبة أو التمليك بالبيع الصوري خاصة مع وجود نص قانوني يضفي على تصرفهم الشرعية القانونية[1].

الفرع الثالث : علاقة الحيل الغير مشروعة بسد الذريعة

إن كل حلية إنما يراد بها أمران إما إبطال حق أو إحقاق باطل وكلاهما حرام وإن قاعدة تحريم الحيل الغير مشروعة قانونا وسد أبوابها إنما هي متفرعة من قاعدة سد الذرائع، وتعتبر من تمام القانون الفقه الاسلامي ؛ لأنه بسدها تسد جميع أبوب ظلم في القانون وتسد جميع الطرق المُفْضِية إليه، لكن علم الله جل وعلا في علمه الأزلي أن بعض الناس لا يسلك الطرق الواضحة قانونا للوصول إلى ما هو غير قانوني، وإنما يسلك طرقا تكون في ظاهرها قانونيا لا بأس بها لكن هو يقصد بها التوصل إلى ما هو غير قانوني إما بإحقاق باطل أو إبطال حق، فهذه هي الحيلة، وهي في الشريعة حرام بل أشد تحريما من سلوك الطرق الواضحة؛ لأن المحتال يخيل لنفسه أن أحدا لم يعلم بقصده وحيلته، ولا يعلم هذا المسكين أن الله تعالى يعلم السر وأخفى، فهو مخادع لنفسه ومخادع للمؤمنين ومخادع لله تعالى

[1] طلحة أبوبكر ، الحيل وآثارها الواردة على أحكام التركات مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الجزائري ، مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر حقوق تخصص أحوال شخصية ،جامعة زيان عشور – الجلفة 2015 – 2016،ص76 بتصرف

الفصل الثاني

اعمال سد الذريعة في مسائل فك الرابطة الزوجية وآثارها فقها وقانونا

الفصل الثاني

إعمال سدّ الذريعة في مسائل فك الرابطة الزوجية وأثارها فقها وقانونا

تتغير الأحكام بتغير الزمان ، لاسيما بظهور المستجدات، ويؤدي ذلك لاختلاف الناس في عادتهم وأخلاقهم ، وأوضاع حياتهم المعيشية عما كانت عليه، لذا يجب ايجاد أحكام موائمة للفرد المسلم يجعله يحفظ دينه ،ويحفظ مقاصد شرعه وموكبا التطور دون إحراج، ومن بين هذه الأصول التي يستمد المسلم أحكامه منها سد الذريعة عالجت الأحكام المستمدة منها العديد من القضايا في مختلف نواحي الحياة ، ومن هذه المجالات التي كان لسد الذريعة دور في إيجاد الحلول لها هي مسائل فك الرابطة الزوجية وآثارها ، والتي تناولتها في مبحثين المبحث الأول: تطرقت فيه إلى إعمال سد الذريعة في مسائل الطلاق، والمبحث الثاني تناولت فيه: إعمال سد الذريعة في آثار فك الرابطة الزوجية .

المبحث الأول

إعمال سد الذريعة في مسائل فك الربطة الزوجية الزوجية

إن لاعتبار سد الذريعة دور مهم وفعال للمحافظة على تماسك الرابطة الزوجية وسد طرق الانحلال فيها وهذا من خلال ما استنتجته من الفصل الأول لذا خصصت هذا المبحث لدراسة مدى اعتبار سد الذرائع في المسائل الأسرية في الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري.

المطلب الأول

سدّ ذريعة التعسف في الطلاق

إن مصطلح الطلاق التعسفي يطلق على كل طلاق إستبد به الزوج بباعث يظهر منه التعمد و تأذت منه الزوجة وقد أشار إليه ق أ ج في نص المادة 52 منه دون أن يبين ما المقصود منه ولكون الطلاق موصوفا بكونه تعسفيا وجب معرفة معنى التعسف .

الفرع الأول: تعريف التعسف

أولا : تعريف التعسف

أ- لغة:

العسف : بفتح العين وسكون السين ويقال السير بغير هدى ومنه اعتسف الطريق أي اعتسافا إذا قطعه دون صوب توخاه فأصابه ، وعسف عن الطريق يعسف أي عدل وحاد ويقال عسف السلطان ظلم ، وعسف في الأمر ، فعله بلاروية ولا تدبر[1].

عسف فلان فلانا عسف ظلمه وجار عليه ولم ينصفه فهو عاسف و عسوف و العسيف الأجير المستهان به[2]

[1] ابن المنظور ، لسان العرب جزء 9 ، ص245.

[2] صالح العلي صالح ، أمينة الشيخ سليمان الأحمد ، مرجع سابق ص416

ب- اصطلاحا

أ - في الفقه الاسلامي :

لم ترد كلمة التعسف في عبارات الفقهاء ولكن جاء بدلا منها كلمة التعنت ويلتقي معنى التعسف و التعنت في إفادة معنى الظلم الذي ينشئ عن إساءة استعمال الحق و التصرف فيه تصرفا مخالف لمقصود الشارع من تشريعه، وعلى الرغم من اقتراب مصطلحي التعنت والتعسف في الحقوق إلا أن مصطلح التعسف هو الأكثر تداولا [1].

ولقد عرفه فتحي الدريني أنه: " مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل"[2]. يتضح من التعريف أن يقصد المكلف بالعمل المأذون فيه شرعا هدم قصد الشارع بأن يستعمل حقه قصد الإضرار، لأن هذه الحقوق وإن شرعت فقد شرعت لغايات، و تحقيق مصالح، واستعمال هذه الحقوق مرتبط بمصالح، فإن استعملت في غير ما شرعت له كان ذلك الاستعمال تعسفيا ومناقضة لقصد الشارع فيما شرعه من حقوق.

وقوله: "في تصرف" فالتصرف يكون إما قولا مثل العقود وما ينشأ عنها من حقوق والتزامات كالبيع و الوصية، وإما فلا مثل استخدام المالك لعقاره على وجه يضرغيره وهذا تصرف إيجابي، أما السلبي كامتناع مالك الحائط المائل الآيل للسقوط على طريق عامة هدمه"[3].

وقوله: "مأذون فيه شرعا بحسب الأصل"، يخرج من الأفعال غير المشروعة بذاتها لأن إتيانها يعتبر إعتداء لا تعسفا فالتعسف منحصر في التصرفات داخل حدود الحق"[4].

---

[1] حمد أحمد السراج ، نظرية التعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الاسلامي ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 1998 ، ص24.

[2] فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، مؤسسة الرسالة بيروت ، 1967 ، ص87

[3] فتحي الدريني : المرجع السابق ،ص 87،88

[4] أيمن مصطفى الدباغ ، التعسف في الطلاق (حقيقته ، معاييره ، وحالاته ، الجزاء المترتب عليه) مجلة جامعة الأقصى سلسلة العلوم الإنسانية ، المجلد 18 ، العدد 1،يناير 2014م ، ص66.

وعرفه محمد أبو الزهراء بقوله: " التعسف هو المضارة في استعمال الحق"[1].

يتبين من التعريف أن استعمال الحق على وجه ينشأ عنه ضرر يكون الدافع لاستعماله المضارة بالآخرين بأن يكون مال الاستعمال المضارة و النتيجة واحدة وهي ترتيب المضار على استعمال الحق من هذا أو ذاك[2].

ولقد أدرج المشرع الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق ضمن القانون المدني بموجب المادة 124 مكرر منه : " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

-إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

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

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة[3].

ثانيا: تعريف الطلاق التعسفي

تكاد تخلو أغلب كتب الفقه القديمة والمعاصرة وقوانين الأحول الشخصية من تعريف للطلاق التعسفي ، وبما أنه حق للرجل يملك حرية ايقاعه بإرادته المنفردة فيمكن إعطاء تعريف الطلاق التعسفي: "هو أن يسيء الزوج استخدام حقه في ايقاع الطلاق الموكل إليه شرعا، وأن يقوم بذلك دون سبب معقول أو حاجة تدعو إليه فيكون مناقضا لقصد الشارع وهو دفع الضرر فالطلاق التعسفي يجب أن يبرر وبدون سوء تصرف من الزوجة، وبدون طلبها أو ايقاعها

1حمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص 280

2 فتحي الدريني، مرجع سابق ص90،91

3 أمر رقم 75 /58 المؤرخ في 20رمضان 1935م الموافق 26 سبتمبر 1975 م والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007م

وبدون سبب معقول وجدي يعد الزوج متعسفا إذا قصد الاضرار بها وعليه تحمل النتائج المترتبة عليه [1].

ثالثا: حكم الطلاق التعسفي

قبل التفصيل في حكم الطلاق التعسفي لابد أن نعرج بصفة موجزة إلى بيان الأصل في حكم الطلاق بين الحظر والإباحة، فقد اختلف فيه الفقهاء إلى مذهبين:

1- المذهب الأول: الأصل في الطلاق الإباحة

أن الأصل في الطلاق الإباحة وأنه مشروع في نفسه، إلا أن المنع فيه لغيره ، هذا ما ذهب إليه السرخسي ، والكاساني ، والزيلغي ، والموصلي، من المذهب الحنفي والقرطبي من المذهب المالكي والقاضي من االحنابلة ، واستدلوا بما يلي:

أ –قَالَ تَعَالَى:﴿ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ [2]

ووجه الدلالة أن نفي الجناح يعني نفي الإثم والحرج وهذا ينافي الحظر فكان مباحا

وفي نفس السياق نجدقوله تعالى (﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ [3].

فدلت الآية على إباحة الطلاق من غير سبب أو حاجة وهذا الأصل فيه الاباحة لا الْحَظْرُ.

ب – ما روي أن النبي ﷺ طلق حفصة ثم راجعها ، والظاهر أن النبي طلقها من غير ريبة فقد أمره الله سبحانه وتعالى أن يراجعها لأنها صوامة قوامة.

ج– ومن فعل الصحابة : أن بعض الصحابة طلقوا زوجاتهم : فقد طلق عمر بن الخطاب أم عاصم وطلق عبدالرحمان ابن عوف رضي الله عنه زوجته تماضر، وكذلك طلق المغيرة بن

[1] أحمد محمد المومني ، الأحوال الشخصية (فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع) ، دار المسيرة ، الأردن ، الطبعة الأولى 2009 ، ص62.

[2] سورة البقرة، الآية 236

[3] سورة الطلاق، الآية 01

شعبة زوجاته الأربعة فقد أقامهن بين يديه صفا، وقال أنتن حسان الأخلاق ، ناعمات الأرداف طويلات الأعناق اذهبن فأنتن طلاق [1].

فيتضح مما فعل صحابة الرسول وأنه لوكان محظورا لما أقدموا على فعله .

وقد نوقشت أدلة القائلين بالإباحة بأن الآية الأولى إنما تدل على نفي الجناح في تطليق حدث قبل الدخول لا في كل طلاق. وأما ما ورد من طلاق النبي لحفصة فالحديث ضعيف ، وعلى فرض صحته ينبغي أن يحمل على حاجة أو سبب ، لا سيما أنه لم يرو في الخبر الرسول طلقها من غير حاجة أو سبب فوجب حمله على الحاجة تنزيها لفعل النبي صلى الله عليه وسلم عن العبث [2].

أما إيقاع الطلاق من بعض الصحابة فإنه يدل على وجود حاجة دفعتهم لفعله ولا يعتبر دليلا على أن الأصل في الطلاق الإباحة.

قال السرخسي : " إن الاقدام على الطلاق مباح وإن كان مبغضا في الأصل عند عامة العلماء"[3].

2- المذهب الثاني: الأصل في الطلاق الحظر

اتفق جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنفية والحنابلة أن الأصل في الطلاق الحظر لا الإباحة، وأنه لا يباح إلا لضرورة وحاجة ملحة كالكبر، واستدلوا على ذلك بأدلة كثيرة من القرآن ، والسنة:

أ - من القرآن الكريم:

1- قال تعالى ﴿ فَإِنَ اَطَعَنَكُمۡ فَلَا تَبۡغُواْ عَلَيۡهِنَّ سَبِيلًا ﴾ [4].

---

[1] الدارقطني ، سنن الدارقطني (10/4) .

[2] محمد علي السرطاوي ، شرح قانون الاحوال الشخصية ،ط2 ، دار الفكر ، عمان – الأردن ، 1428هـ -2007م ص184-185

[3] مسلم، صحيح مسلم، كتاب القيامة والجنة والنار ، جزء 2 ، ص1292

[4] سورة النساء، الآية 34

تدل الآية أن الله سبحانه وتعالى عد الطلاق من غير مبرر بغيا وعدوانا، وفيه ظلم للزوجة فكان محظورا.

2-قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكْرَهُوا۟ شَيْـًٔا وَيَجْعَلَ ٱللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ﴾ [1].

جاءت الآية لتحث على الصبر أن رأوا منهن ما يكرهون ولم يرشدهم إلى الطلاق فكيف يكون الأمر إذا لم يروا منهن ما يكرهون[2].

3-قال تعالى ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ﴾ [3].

ويستدل من الآية "أن الله سبحانه وتعالى أمر ببعث الحكمين في حال وجود نزاع بين الزوجين وذلك للتضييق من دائرة الطلاق فتقتصر على الحالات التي يصعب فيها التئام الأسرة و يكون ضر البقاء فيها أكبر من الضرر الناتج عن التفريق"[4].

ب – من السنة النبوية

1-عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم: " لا تُطَلِّقُوا النِّسَاءَ، إلا مِنْ رِيبَةٍ، فَإِنَّ اللَّهَ لا يُحِبُّ الذَّوَّاقِينَ وَلا الذَّوَّاقَات"[5].

ووجه الدلالة في الحديث انه يدل على كراهة التطليق و تبدل الأزواج و الكراهة قد تؤدي إلى التحريم إن أصر عليها فلا يباح إلا للضرورة و الضرورات تقدر بقدرها.

2- عن ثوبان رضي الله عنه قال: قال رسولُ اللهِ – صلَّى اللهُ عليهِ وسلَّم –:" أيُّما امرأةٍ سألَتْ زوجَها طلاقَها في غيرِ ما بَأْسٍ؛ فحرامٌ عليها رائِحَةُ الجنةِ "[1] .

---

[1] سورة النساء، الآية 19

[2] محمود علي السرطاوي ، المرجع السابق ،ص174

[3] – سورة النساء، الآية 35

[4] تيسير رجب التميمي ، الطلاق بين تعسف المطلق ، وتفريق القاضي ، دراسة فقهية مقارنة بقوانين الأحوال الشخصية في بعض البلدان العربية والمحاكم الفلسطنية ، دار الفكر العربي، ط1 ،2009 ، ص85

[5] أبي بكر الهيثمي ، مجمع الزائد ومنبع الفوائد ، دار الكتاب ، بيروت ، ط2 ، 1967، ذكره محمود علي السرطاوي ، المرجع السابق ، ص151

وجه الدلالة في الحديث أنه يدل بمنطوقه على أن من يوقع طلاق دون حاجة و بأس موجب له فإنه أثم ولن يدخل الجنة سواء أكان الطلاق بطلب المرأة أما إن كان من الرجل فالطلاق بدون سبب مشروع ومن غير حاجة تدعو له فيه إيذاء للغير وإلحاق الضرر بالآخرين محظور شرعا لقول الرسول "لا ضرر ولا ضرار"[2].

3- ما روي عن الرسول ﷺ – أنه قال :" ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق "[3] .

وجه الدلالة : أن المراد بالحلال ما قابل الحرام، وهو الفعل الجائز أي المباح والمندوب والمكروه ولا يتناول الحديث إلا المكروه بقرينة إضافة البعض إليه ، والمباح والمندوب لا يوصفان بأن الله يبغضهما، فإن البغض يتنافى مع الطلب على سبيل الاستحسان ، أو الطلب على سبيل التخيير بين الفعل والترك على وجه المساواة بينهما ، وعليه فيكون المعنى أبغض المكروهات إلى الله الطلاق[4].

وقد نوقشت أدلة القائلين بالحظر في الآية الأولى إن الاستدلال بالآية الكريمة في غير موضعه، حيث أن الآية جاءت لبيان خطوات نشوز المرأة و عصيانها الزوج إتباعها، فلا يجوز للزوج أن يتجاوز مرحلة قبل غيرها، فعليه أن يبدأ بالوعظ ثم الهجران ثم الضرب ضربا غير مبرح وإلا فقد بغى و ظلم، والآية فيها تهديد للأزواج الذين بغوا على النساء من غير سبب، و ليس هناك أعظم بغي و أشد ظلم من طلاق الزوج لزوجته من غير سبب[5] .

وأما حديث " أبغض الحلال إلى الله " المقصود بالحلال المشروع وهو الطلاق و مشروعيته بمعنى عدم حرمته أي ما ليس بحرام والحلال بهذا المعنى يشمل المكروه وهو

---

[1] أبي داوود ، سنن أبي داوود ، كتاب الطلاق ، باب في الخلع ، رقم الحديث 2226

[2] رواه ابن ماجه والدارقطني وغيرهما ، حديث حسن .

[3] سنن أبي داوود ، كتاب الطلاق ، باب كراهية الطلاق ،رقم الحديث 1863.

[4] يحي بن شرف النووي الدمشقي ، روضة الطالبين ، تحقيق زهير الشاويش وعادل عبد الموجود ، طبعة المكتب الاسلامي ودار عالم الكتب ودار ابن حزم ،(د .س) ، ص463.

[5] رسمية عبد الفتاح موسى ، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الاسلامي ، دار قنديل ، عمان 2010، ص33.

المبغوض فلا تنافي بين كون الطلاق مبغوضا و كونه حلالا، وأما لفظ المباح فيحمل على ما أبيح في بعض الأوقات أي في الأوقات المبيحة للطلاق فمتى وجدت الحاجة جاز الطلاق[1].

ومن خلال ما سبق يتبين رجحان القول بأن الأصل في الطلاق الحظر، ولا يباح إلا لحاجة معتبرة شرعا وهي الحاجة إلى الخلاص، فإذا كان بلا سبب أصلا لم يكن فيه حاجة إلى الخلاص بل يكون حمقا وسفاهة ظلما وعدوانا [2].

رابعا : علاقة سد الذرائع بالطلاق التعسفي :

الأصل أن الطلاق حق مباح للرجل يملك إيقاعه بحرية وهذه الأخيرة تنتهي عندما حرية الاخرين ففكرة الطلاق التعسفي تقوم على عدم وجود سبب معقول أو مسوغ شرعي أو قانوني للزوج ، بل يراد بإيقاعه نتية الحاق الضرر بزوجته بتصرفه المؤذون من دون مصلحة محققة له، فالزوج اتخذ حقه وهو الطلاق ذريعة لتحقيق مصلحة غير مشروعة بالتحايل على الشريعة والقانون ولكي لا يسئ الأزواج استخدام حقهم بطريقة في الطلاق التعسفي الذي يؤدي بالإضرار بالزوجة فسدت الذريعة هذا الاضرار عن طريق إلزام الزوج المطلق طلاقا تعسفيا دفع التعويض وفقا

الفرع الثاني : أثر سد الذريعة في طلاق المريض مرض الموت

سنتناول في هذ الفرع بعض صور الطلاق التعسفي وتأثير قاعدة سد الذريعة على هذه الصور فنتناول طلاق مريض مرض الموت والطلاق ثلاثا في مجلس واحد

أولا : تعريف المريض مرض الموت

مرض الموت مركب إضافي يفهم معناه اللغوي من خلال تحليل ألفاظه و تعريفها و هي المرض والموت.

[1] رسمية عبد الفتاح موسى، المرجع السابق، ص43

[2] محمود علي السرطاوي ، المرجع السابق ، ص177.

1- تعريف مرض الموت

*** تعريف المرض:** هو السُّقْمُ نقيض الصِّحَّةِ[1]، وهو كل ما يخرج بالكائن الحيّ عن حد الصحة والاعتدال من علة أو نفاق أو تقصير في أمر[2].

***تعريف الموت :** يراد بالموت "السكون" ، فكل ما سكن قد مات يقال ماتت رمادها فلم يبقى من الجمر شيء . وعرفه الجرجاني بقوله صِفَةُ وُجُودِيَّةُ خَلَقَتْ ضِدّ للحَيَاةِ[3].

2- تعريف مرض الموت في الفقه الاسلامي

اختلفت تعريفات الفقهاء لمرض الموت باختلاف مفهومه لديهم و الحالات المشابهة التي تندرج تحت هذا المفهوم.

فعرفه الحنفية بأنه: "المرض الذي يؤدي إلى هلاك صاحبه في الغالب وينتهي به الموت أو لسبب غير هذا المرض" [4].

و عرفه الشافعية بأنه: "المرض الذي لا يتطاول بصاحبه معه الحياة وقيل أنه كل مرض يتصل به الموت أو أنه كل مرض يستعد بسببه للموت بالإقبال على العمل الصالح ، وقد اشترط الشافعية في مرض الموت أن يكون مخوفا، وقال الإمام الشافعي كل مرض الأغلب منه الموت مخوفا"[5].

ويرى المالكية بأن مرض الموت :" هو المرض المخوف الذي يحكم أهل الطب بكثرة الموت به "[6].

يتضح من التعريفات السابقة لمرض الموت أنه لا بد من توفر شرطين لاعتبار الإنسان مريض مرض الموت وهما:

---

[1] ابن منظور الإفريقي ، لسان العرب ، تح : خالد رشيد القاضي ، دار الابحاث ، بيروت ،ط1 ، 2008م، ج7 ص231

[2] ابن فارس ، معجم مقايس اللغة ، تح : عبد السلام هارون ، دار الفكر بيروت ، ط6 ،1979، ج5، ص203

[3] الجرجاني التعريفات ، تح : ابراهيم الأنباري ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ط1، 1985، ص340

[4] الكاساني، بدائع الصنائع ، تحقيق : محمد علي عوض ، وعبد الموجود عادل ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط2 ،2003 ، ج3، ص224.

[5] الشافعي، محمد بن إدريس: الأم ، دار المعرفة بيروت ط3 ، 1994، ج4 ، ص306.

[6] أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة (شرح تحفة الحكام)، ج2، ص394.

1- أن يغلب فيه الهلاك عادة: ويرجع هذا إلى الأطباء في طبيعة الأمراض.

2- أن يعقبه الموت مباشرة: سواء بسببه أو بسبب آخر خارجي كالقتل والتصادم مثلا.

3- تعريف المريض مرض الموت في القانون والقضاء

أ- قانونا :

لم يتطرق المشرع الجزائري لا في قانون الأسرة ولا في قانون المدني لتعريف مرض الموت و لكنه أشار له إشارة ضمنية اعتبر الهبة و كل التصرفات التي يقصد منها التبرع والتي تجرى أثناء مرض الموت وصية، فنص عليه المادة 204 من ق أج: "الهبة تعتبر وصية حال الموت "[1]. كما ذكره في الإقرار بالنسب في المادة 44 ق. أ.ج والتي تنص : " يثبت النسب إما بالإقرار، البنوة، أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت التي صدقه العقل أو العادة".

كما أنه أشار إليه في الوقف في المادة 215 ق أ ج والتي تنص يشترط في الوقف والموقوف ما يشترط في الواهب والموهوب طبقا للمادتين 204 و 205 من هذا القانون ونص على تصرف مرض الموت في المادة 776 من ق م ج : " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم و هو في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق و لا يحتجّ على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن التاريخ ثابتا "[2].

ب- قضاء

ورغم الفراغ التشريعي بخصوص تعريف المريض مرض الموت لم يقف القضاء الجزائري عاجزا عن ذلك فنجده أنه أعطى تعريفا لمرض الموت في كثير من المسائل المتعلقة به ومن بين أهم قرارته الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ1984/07/09 م تحت رقم

[1] المادة 204 من ق أ ج

[2] المادة 776 من ق م ج

33719:" ومن المقرر أن مرض الموت المبطل للتصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا، ويجري الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه ومن ثم فإن القضاء يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لقواعد فقهية مستمدة من أحكام الشرعية الإسلامية والاجتهاد القضائي السائد"[1].

نلاحظ في هذا التعريف أن القضاء الجزائري لم يقم بتحديد مرض الموت بمدة معينة كما فعل فقهاء الشريعة الاسلامية الذين قاموا بتحديد مدة مرض الموت بسنة كاملة، فإذا تجاوزت السنة فلا يعتبر مرض موت فتصرفاته تعتبر كتصرفات الشخص الصحيح. وكذلك الاجتهاد القضائي لم يتطرق إلى عنصر فترة حدة المرض التي اشارت إليها في المادة 408 ق.م.ج في نصها الفرنسي والتي تتناقض مع نفس المادة باللغة العربية التي لم تشر إلى حدة المرض[2].

3- حكم طلاق المريض مرض الموت.

أجمع فقهاء المسلمين على أن الرجل المريض إذا طلق زوجته فراراً من إرثه، فطلاقه صحيح نافذ إطلاقه حال صحته؛ لأنه كامل الأهلية [3]. قال الإمام ابن رشد: "واتفقوا على أنه يقع طلاق المريض"[4] ، وقال الإمام ابن جزي: "طلاق المريض نافذ كالصحيح اتفاقا"[5].

كما اتفق الفقهاء على إرثها منه إذا مات وهي في عدتها من طلاق رجعي، سواء أكان بطلبها أم لا؛ لأن المرأة في حال الطلاق الرجعي زوجة حكماً، يلحقها طلاق الزوج وإيلاؤه، وظهاره ويملك إمساكها بالرجعة ولو من دون رضاها ولا ولي ولا شهود ولا صداق جديد،

---

[1] المحكمة العليا الجزائرية ، المجلة القضائية، العدد 3، سنة 1998 ، ص51

[2]–وطاح سلمى ، اوشن كهينة ، مرض الموت وأثره على مسائل الاسرة ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص القانون الخاص الشامل،2015 كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ،2015–2016 .

[3]–الصحكفي ، محمد بن علي بن محمد(ت1088هـ)، الدار المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار ، تحقيق : عبد المنعم ابراهيم ،دار الكتب العلمية – بيروت ،ط1 ، 1423هـ ، ص226. نقلا عن رسالة ماجستير: قاعدة سد الذرائع وتطبيقاتها في الأحوال الشخصية وحفظ الأسرة – إعداد معاد عثمان رشيد عثمان ، كلية الدراسات العليا من جامعة النجاح الوطنية ، نابلس ، فلسطين :2022:ص 92.

[4] ابن رشد محمد بن أحمد بن محمد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث ن القاهرة 1425ج3،ص103.

[5]ابن جزي ،أحمد بن محمد القوانين الفقهية المتوفي (ت 841هـ) دار ابن حزم ، تحقيق : ماجد الحموي ، دار ابن حزم ، ط1 ،. 1424هـ ، 2013 ص

فكانت الزوجية بعد الطلاق قبل انقضاء العدة قائمة من كل وجه، والنكاح القائم من كل وجه سبب لاستحقاق الإرث من الجانبين؛ كما لو مات أحدهما قبل الطلاق، وسواء كان الطلاق بغير رضاها أو برضاها.

وأجمعوا على أن لا ترث منه إن طلقها في حال الصحة، أو في مرض غير مخوف طلاقاً بائنا أو رجعياً، فبانت منه بانقضاء عدتها؛ لانقطاع الزوجية بينهما[1].

واتفقوا أيضاً على أن الرجل المريض إذا طلق امرأته باناً ثم ماتت قبله، لم يرثها ولو ماتت قبلا انتهاء العدة لأنه الذي أسقط ما كان بيده[2].

واختلف الفقهاء في ميراث الزوجة المطلقة التي طلقت طلاقا بائنا و مات الزوج في أثناء العدة من هذا الطلاق إلى مذهبين :

المذهب الأول: توريث الزوجة المطلقة طلاقاً بائناً من زوجها المريض مرض الموت إذا مات عنها في مرضه وهو قول جمهور أهل العلم من الحنفية [3] والمالكية [4]و الحنابلة [5]، وهو قول الشافعي في القديم [6]، وهو اختيار ابن تيمية[7].

وقال ابن حزم: " طلاق المريض كطلاق الصحيح ولا فرق فإذا مات أو ماتت فلا توارث بينهما بعد الطلاق الثلاثة، ولا بعد قيام العدة الطلاق الرجعي "[8]

---

[1] الماوردي، الحاوي الكبير ، تح : على معوض، وعادل عبد الموجود ، دار الكتب العلمية ، بيروت ط1 ،1994،ج10، ص264

[2] التسولي ، البهجة في شرح التحفة ،دار الكتب العلمية ، بيروت ،ط 2 ،1998 ، ج1 ، ص565

[3]الكاساني ، بدائع الصنائع ، مرجع سابق،2003،ج3،ص218.

[4]التسولي ، البهجة المرجع السابق ،ج1، ص565

[5]منصور البهوتي ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، تح : هلال مصيلحي ، دار الفكر ، بيروت ، ط ،1402هـ ، ج3 ص416.

[6] الماوردي، الحاوي الكبير المرجع السابق ، ج10ص264.

[7] ابن تيمية، الفتاوى الكبرى ، تح : عطا محمد عبد القادر ، عطا مصطفى عبد القادر ، دار الكتب العلمية ، ط1 ،1987م (3 /ص322).

[8]ابن حزم ،المحلى بالآثار ، تحقيق : عبد الغفار سليمان البنداري ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط3 ، 2003،(10/ص318).

أدلة الجمهور :

- **من الأثر:** أن عثمان رضي الله عنه ورّث تماضر بنت الأصبغ الكلبية من عبد الرحمان بن عوف الذي كان قد طلقها في مرضه، فبتّها"[1]، وكان ذلك بمحضر من الصحابة، فلم ينكر عليه أحد، فكان إجماعاً منهم.
- **من المعقول:** فهو أن تطليقها بغير اختيارها يدل على قصده حرمانها من الإرث، فيعاقب بنقيض قصده، كما يرد قصد القاتل إذا قتل مورثه بحرمانه من الارث، فترث المرأة حينئذ بسبب الزوجية دفعاً للضر عنها[2].

المذهب الثاني: وهو قول الشافعي [3]في الجديد، ومذهب الظاهرية[4]، أنها لا ترث منه طالما أنه أنه طلقها طلاقاً بائناً.

لم يختلف علماء الشريعة الإسلامية في أن طلاق مريض مرض الموت واختلفوا في مسألة توريث المطلقة منه، ويرجع سبب اختلافهم في حكم توريث الزوجة المطلقة طلاقاً بائناً من زوجها المريض مرض الموت إذا مات عنها في أثناء العدة إلى العمل بسد الذريعة ، فقد قال الإمام ابن رشد: "وذلك لاختلافهم في وجوب العمل بسد الذرائع ذلك أنه لما كان المريض يتهم في أن يكون إنما طلق في مرضه زوجته ليقطع حظها من الميراث فمن قال بسد الذرائع أوجب ميراثها، ومن لم يقل بسد الذرائع والحظ وجوب الطلاق لم يوجب لها ميراثاً، وذلك أن أصحاب هذا المذهب يقولون إن كان الطلاق قد وقع فيجب أن يقع بجميع أحكامه لأنهم قالوا إنه لا يرثها إن ماتت"[5].

---

[1] أخرجه ابن سعد في الطبقات الكبرى ، تحقيق : علي محمد عمر ، مكتبة الخانجي ن القاهرة ،ط1، 2001م (8/ص219)

[2] وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلته دار الفكر ، دمشق ، ط4 4 1997(4/ص453

[3] الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج10، ص264

[4] ابن حزم ، المحلى ج8 ، ص180.

[5] ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج3 ،ص103.

4- حكم طلاق المريض مرض الموت في القانون الجزائري والقضاء

أ- قانونا

من خلال التمعن في نصوص ق أ ج ، نجد أن القانون الجزائري لم يتطرق إلى طلاق المريض مرض الموت، مما يوحي أنه يوجد فراغ قانوني يفصل في هذه المسألة، مما يحتم الرجوع إلى المادة 222 من ق أج التي تحيلنا بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة لم يرد النص عليه في هذا القانون.

ب- قضاء

رغم الفراغ القانون في مسألة طلاق مرض الموت إلا أن القضاء الجزائري من خلال اجتهاد القضاة من خلال أحكامهم قد أخذو بقول أصحاب الرأي القاضي الزوجة المطلقة طلاقاً بائناً ترث من زوجها المريض مرض الموت إذا مات عنها في مرضه، ولو مات عنها بعد العدة ما لم تتزوج هو الراجح، رداً لقصده السيئ في تطليقها في مرضه قراراً من توريثها، ما لم يكن بسببها، وسداً للباب أمام الفارين من تطبيق الشرع، ولأنه بمرض الموت أصبح محجوراً عليه ممنوعاً من التصرف في ماله بما يضر بمصلحة الورثة، فاقتضى أن يكون ممنوعاً من إسقاط حقوقهم من الميراث، وهذا الاستحقاق يستمر ولو بعد انقضاء عدتها، بل حتى ولو كانت في عصمة زوج آخر، وأكثر من ذلك فإن تزوجت أزواجاً طلقها كل منهم في مرضه، فإنها ترثهم جميعاً، وسواء طلقها طلاقاً رجعياً أو بائناً، حيث قضى المشرع الجزائري بتوريث الزوجة المطلقة ولو انقضت عدتها، ولا يأخذ شرط تلازم الميراث مع العدة، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا والاجتهادات القضائية رقم القرار رقم 101444 الصادر بتاريخ1993/12/21م[1]، والذي جاء في منطوق القرار: " إذا مات أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق وكانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث"[2].

[1] المجلة القضائية رقم، سنة 1993م، ص73

[2] جمال سايس، قضايا الطلاق في الاجتهاد الجزائري، منشورات كليك، المحمدية، الجزئر، ط1 2013 م (2/ص95)

وقضت المحكمة العليا في أحد أحكامها في1998/03/17:"من المقرر شرعا وفي القانون أن مريض الموت مهما كانت النية من الطلاق حرمان الزوجة من الميراث، ومن ثَمَّ فإن قضاة الموضوع بحكمهم بطلاق الطاعنة قد طبقوا صحيح القانون "[1].

5- علاقة قاعدة سد الذرائع بتوريث المطلقة ثلاثاً في مرض الموت:

لقد أعطى صحابة رسول الله من المهاجرين والأنصار الميراث للمطلقة المبتوتة في مرض الموت، حيث يُتَّهَمُ بقصد حرمانها الميراث بلا تردد، وإن لم يقصد الحرمان لأن الطلاق ذريعة، وأما إذا لم يُتَّهَم؛ ففيه خلاف معروف بين العلماء، مأخذه أن المرض أوجب تعلّق حقها بماله؛ فلا يُمَكَّنُ من قطعه، أو سدا للذريعة بالكليّة، وإن كان في أصل المسألة خلاف متأخر عن إجماع السابقين[2].

فالطلاق في الأصل حق مشروع للزوج، بمقتضى عقد الزواج، لكن الباعث على استعماله هنا غير مشروع، إذ اتُّخِذَ ذريعةً لغرض آخر غير الغرض الذي شُرِعَ الطلاق من أجله، فكانت المناقضة لإرادة المشروع، والمنافاة للعدالة، ومناقضة المشروع باطلة، فما يؤدي إليها باطل. و استثنيت هذه المسألة من القاعدة العامة، وحكم بتوريث المطلقة على تلك الحال، إحقاقا للعدل. وفي هذا يقول الإمام الشّاطبي: "من أراد في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له؛ فقد خالف الشريعة، وكل ما ناقضها؛ فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له؛ فعمله باطلٌ"[3]، والمطلّق في مرض الموت ناقض الشريعة في استعمال حقه، فَعُومل بنقيض قصده.

الفرع الثالث: الطلاق ثلاثاً بلفظ واحد

1- تصوير المسألة:

إذا طلق الزوج زوجته ثلاث طلقات مرة واحدة، أو بألفاظ ثلاثة في مجلس واحد، هل يقع ثلاثا أو واحدة؟ ولهذا يكون للطلاق الثلاث صورتان:

---

[1] جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص129.

[2] ابن القيم اعلام الموقعين ج 5، ص21، معاذ عثمان رشيد عثمان مرجع سابق، ص 92

[3] الشاطبي، الموافقات،ج3، ص، 28، معاذ عثمان رشيد عثمان مرجع سابق، ص 92.

-**الصورة الأولى** بأن يقول الزوج لزوجته: طلقتك ثلاثا، أو طالق بالثلاث، أو طالق البتة، أو بأي ألفاظ تدل على ذلك .

-**الصورة الثانية** بأن يقول لزوجته: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق في مجلس واحد.

ولقداختلف العلماء في الحكم على الصورة هل يقع هذا الطلاق أم لا ؟ وإذا وقع هل يكون ثلاثا أو لفظ واحد ؟ وماهو رأي المشرع في النوع من الطلاق ؟

2- حكم الطلاق ثلاثاً بلفظ واحد

اتَّفق الفقهاء على حرمة الطلاق البدعي، وهو الذي يكون على خلاف ما جاءت به السنة أو الشريعة الإسلامية، ومن ذلك طلاق المرأة أثناء حيضها، أو في طهر جامع الزوج زوجته فيه، والطلاق ثلاث مرات في مجلس واحد[1].

واختلفوا فيمن طلاق بثلاث تطليقات بلفظ واحدٍ؛ كمن يقول لزوجته :أنت(طالق ثلاثا) على رأيين:

الرأي الأول: وقوع التطليقات الثلاث بلفظ واحد ثلاثا؛ وعليه اتفاق المذاهب الفقهية الأربعة: الحنفية[2]،والمالكية[3]، والشافعية [4]والحنابلة[5]، وهو قول طائفة من السلف".

ومن أدلتهم:

- **من القرآن**

-قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ ﴾[6].

---

[1] ابن تيميه ، الفتاوى الكبرى ج3، 247.

[2] الجصاص، احمد بن علي أبوبكر (ت: 370هـ)، شرح مختصر الطحاوي، تح: د . عصمت الله محمد وآخرون، دار البشائر الاسلامية ودار السراج، ط1، 1431هـ، ج5ص61. القدوري، أحمد بن محمد بنأحمد (ت428هـ)، مختصر القدوري في الفقه الحنفي، تحقيق كامل عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418 هـ ص154.

[3] القيرواني، أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن (ت386)، متن الرسالة، دار الفكر، بيروت ص93 ن الحطاب، مواهب الجيلي، ج5، 301

[4] النووي، أبو زكريا محي الدين يحي بن رف (ت: 676)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الاسلامي - بيروت، ط3، 1412 هـ.

[5] ابن المفلح، برهان بن محمد عبد الله (ت: 884)، المبدع في شرح المقنع دار الكتب العلمية -، بيروت، ط1 ، 1448هـ، ج 6ص303 .

[6]- سورة البقرة، الآية 229

وجه الدلالة: أن ظاهر الآية يقتضي وقوع الطلاق في الطهر الواحد تطَلَّقَ اثنتين، ثُمَّ وَاحِدَةً[1].

- **من السنة:**

– عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنهمَا قَالَ: كَانَ الطَّلَاقُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَبِي بَكْرٍ وَسَنَتَيْنِ مِنْ خِلَافَةِ عُمَرَ طَلَاق الثَّلَاثِ وَاحِدَة، فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: إِنَّ النَّاسَ قَدِ اسْتَعْجَلُوا فِي أَمْرٍ كَانَتْ لَهُمْ فِيهِ أَنَاةٌ، فَلَوْ أَمْضَيْنَاهُ عَلَيْهِمْ؟ فَأَمْضَاهُ عَلَيْهِمْ "[2].

وجه الدلالة: قوله: "فلو أمضيناه عليهم"؛ أي على حكم ما شرع من وقوع الثلاث، فيكون معناه الإخبار عن اختلاف عادة الناس في إيقاع الطلاق لا في وقوعه[3].

الرأي الثاني: تقع الثلاث تطليقات بلفظ واحدٍ طلقة واحدة: وهو قول طائفة من السلف[4]، وهو قول بعض الحنابلة[5]، واختاره ابن تيمية[6]، وابن القيم[7].

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "وإن طلقها ثلاثا في طهر واحد بكلمة واحدة أو كلمات مثل أن يقول: أنت طالق ثلاثا أو أنت طالق وطالق وطالق، أو أنت طالق ثم طالق ثم طالق. أو قال : أنت طالق ثم يقول: أنت طالق ثم يقول: أنت طالق أو يقول: أنت طالق ثلاثا، أو عشر طلقات أو مائة طلقة أو ألف طلقة ونحو ذلك من العبارات: فهذا للعلماء من السلف والخلف فيه ثلاثة أقوال سواء كان مدخولاً بها أو غير مدخول بها. الأول : أنه مباح لازم ، وهو قول الشافعي ، وأحمد في الرواية القديمة .... والقول الثاني أنه محرم لازم وهو قول مالك وأبي حنيفة وأحمد في الرواية المتأخرة والقول الثالث أنه محرم ، ولا يلزم منه إلا طلقة واحدة عنه

---

[1] الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، ج5 ص62.

[2] مسلم، صحيح مسلم، كتاب الطلاق باب طلاق الثلاث، ج2 ص1099 [1472]

[3]– المغربي، البدر التمام شرح بلوغ المرام، ج8 ص29.

[4]– ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج8 ص33 .

[5]–ابن المفلح محمد بن مفلح بن محمد، كتاب الفروع، تح: عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1424هـ، ج9 ص19 .

[6] ابن تيمية تقي الدين أحمد بن عبد الحليم، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن بن القاسم مجمع الملك فهد لطباعة المصحف، المدينة النبوية، 1416هـ،ج9ص33

[7] ابن القيم، اعلام الموقعين، ج4 ص389.

هو الذي يدل عليه الكتاب والسنة؛ فإن كل طلاق شرعه الله في القرآن في المدخول بها إنما هو الطلاق الرجعي لم يشرع الله لأحد أن يطلق الثلاث جميعا"[1].

ومن أدلتهم:

- **من القرآن الكريم:**

– قال تعالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُواْ ٱلْعِدَّةَ ﴾ [2].

وجه الدلالة: أن الطلاق الثاني يقع لغير العدة؛ لأن العدة تبدأ من الطلاق الأول، والطلاق الثاني لا يغير العدة، فيكون طلاقاً لغير عدة؛ فيكون مردودا، وغير معتبر.

- **من السنة النبوية:**

–عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنهمَا قَالَ: كَانَ الطَّلَاقُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَبِي بَكْرٍ وَسَنَتَيْنِ مِنْ خِلَافَةِ عُمَرَ طَلَاق الثَّلَاثِ وَاحِدَة، فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: إِنَّ النَّاسَ قَدِ اسْتَعْجَلُوا فِي أَمْرٍ كَانَتْ لَهُمْ فِيهِ أَنَاةٌ، فَلَوْ أَمْضَيْنَاهُ عَلَيْهِمْ؟ فَأَمْضَاهُ عَلَيْهِمْ "[3].

وجه الدلالة: أن إمضاء الثلاث من اجتهادات عمر، وأنه رضي الله عنه إنما صنع ذلك سياسة، والمقصود من ذلك أن عمر لم يخف عليه أن هذا هو السنة، وأنه توسعة من الله لعباده، إذ جعل الطلاق مرة بعد مرة، وما يكون مرة بعد مرة لم يملك المكلف إيقاع مراته كلها جملة واحدة مثل اللعان[4].

ومن الدليل العقلي: أنه إذا قيل للرجل: سبّح مرتين، أو سبّح ثلاث مرات، أو مئة مرةٍ؛ فلا بد أن يقول: سبحان الله سبحان الله، حتى يستوفي العدد، فلو أراد أن يُجمل ذلك فيقول: سبحان الله مرتين أو مئة مرة، تم يكن قد سبّح إلا مرة واحدة[5].

---

[1] ابن تيمية، الفتاوى الكبرى ج9 ص33

[2] سورة الطلاق، الآية 1

[3] عند مسلم وقد تم تخريجه ص86

[4] ابن القيم، اعلام الموقعين، ج4 ص384.

[5] ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج33ص12.

الترجيح:

قال القرطبي:" وحجة الجمهور من جهة اللزوم ظاهرة جدا؛ وهو أن المطلقة لا تحل للمطلق حتى تنكح زوجا غيره ولا فرق بين مجموعها ومعرفها لغة وشرعاً"، ونوقش بأن قال:(أحلف بالله ثلاثا)لا يعد حلفه إلا يمينا واحدة، فليكن المطلق مثله، ورُدَّ عليه باختلاف الصيغتين، فإن عدد الطلاق، وأما الحلف بلا أمد لعدد أيمانه، فافترقا[1].

ورأي الجمهور هو ما اختاره بعض المعاصرين من الفقهاء[2]، فإذا طلق الرجل امرأته دفعة واحدة وقع الطلاق ثلاثاً، لكن إذا رجح الحاكم رأيا ضعيفا صار هو الحكم الأقوى، فإن صدر قانونا بذلك كما هو الشأن في الجزائر يجعل هذا الطلاق واحدة فلا مانع من اعتماده والإفتاء به، تيسيراً على الناس، وصوناً للرابطة الزوجية، وحماية لمصلحة الأولاد، خصوصاً ونحن في وقت قل فيه الورع والاحتياط، وتهاون الناس في التلفظ بهذه الصيغة من الطلاق وهم يقصدون غالباً التهديد والزجر ويعلمون أن في الفقه منفذاً لإمكانية مراجعة الزوجة"[3].

3- موقف المشرع الجزائري:

لم يورد قانون الأسرة الجزائري أي نص واضح الطلاق ثلاثاً بلفظ واحد، غير أنه أشار إليه في المادة 51 قانون الأسرة بقوله: " **لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مراث متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره و تطلق منه أو يموت عنها بعد البناء**"، فالمشرع الجزائري قد اعتبر الطلاق المتتابع في مجلس واحد والطلقات المجموعة تقع واحدة أي طلاقا واحدا بائنا ومن ذلك لا نتصور في التشريع الجزائري الطلاق الثلاث إلا في حالة واحدة، و هي حالة صدور 3 أحكام قضائية ناطقة بالطلاق في مرات متتالية، و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها 1985/04/08 بقولها:"الطعن اذا كان للفظ الثلاث فإنه ينصرف إلى طلقة واحدة بائنة[4].

---

[1] عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري حسب آخر تعديل له (قانون رقم 50-09المؤرخ في 4 مايو2005)، دار الخلدونية، ط2007،1-1428هـ، ص233.

[2] وهبة الزحيلي الفقه الاسلامي وأدلته مرجع سابق 553

[3] عبد القادر بن حرز الله، المرجع نفسه، ص233

[4] - عبد العزيز سعد قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد ن دار هومة، ط2، الجزائر 2009.

4-علاقة قاعدة سدّ الذرائع في إيقاع الطلاق ثلاثاً بلفظ واحد طلقة واحدة:

قد تقدم أن طلاق إذا وقع ثلاثا بلفظ واحد يقع طلقة واحدة على الراجح من قولي العلماء، وهذا ما وضحه الكتاب ، السنة والقياس والإجماع القديم، ولم يأت بعده إجماع يبطله، ولكن رأى أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه أن الناس قد استهانوا بأمر الطلاق، وكثر منهم إيقاعه جملة واحدة؛ فرأى من المصلحة عقوبتهم بإمضائه عليهم؛ ليعلموا أن أحدهم إذا أوقعه جملة بانت منه المرأة وحرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره نكاح رغبة يراد للدوام لا نكاح تحليل، فإنه كان من أشد الناس فيه، فإذا علموا ذلك كفوا عن الطلاق المحرم. فرأى عمر رضي الله عنه أن هذا مصلحة لهم في زمانه، ورأى أن ما كانوا عليه في عهد النبي ﷺ وعهد الصديق وصدرًا من خلافته كان الأليق بهم؛ لأنهم لم يتتابعوا فيه، وكانوا يتقون الله في الطلاق، وقد جعل الله لكل من اتقاه مخرجا، فلما تركوا تقوى الله وتلاعبوا بكتاب الله وطلّقوا على غير ما شرعه الله ألزمهم بما التزموه عقوبة لهم؛ فإن الله تعالى إنما شرع الطلاق مرة بعد مرة، ولم يشرعه كله مرة واحدة، فمن جمع الثلاث في مرة واحدة فقد تعدى حدود الله، وظلم نفسه، ولعب بكتاب الله، فهو حقيق أن يُعاقب، ويُلزم بما التزمه، ولا يُقر على رخصة الله وسعته، وقد صعبها على نفسه، ولم يتق الله ولم يطلق كما أمره الله وشرعه له، بل استعجل فيما جعل الله له الأناة فيه رحمة منه وإحسانا، ولبس على نفسه، واختار الأغلظ والأشد؛ فهذا مما تغيرت به الفتوى لتغير الزمان وعلم الصحابة رضي الله عنهم حُسْنَ سياسة عمر وتأديبه لرعيته في ذلك فوافقوه على ما ألزم به، وصرحوا لمن استفتاهم بذلك، فقال عبد الله بن مسعود: "مَنْ أتى الأمر على وجهه فقد بين له، ومن لبس على نفسه جعلنا عليه لبسه، والله لا تلبسون على أنفسكم ونتحمله منكم، هو كما تقولون".فلو كان وقوع الثلاث ثلاثاً في كتاب الله وسنة رسوله لكان المطلق قد أتى الأمر على وجهه، ولما كان قد لبس على نفسه[1].

فتبين من هذا أذا وقع الطلاق ثلاثا في مجلس واحد يُعدّ طلقة واحدة رجعية، ومرد ذلك للأسباب التالية:

[1] – ابن القيم، اعلام الموقعين، ج4، ص389.

1- الزامية إيقاع الطلاق بالطريقة الشرعية التي حددها القرآن والسنة، حفاظا على مقصد الشارع من تشريع الطلاق؛ لأن المناقضة عبث، وفيه سداً لذريعة العبث والتلاعب في الشرع وأحكامه.

2- سدا لذريعة التحليل؛ ونكاح التحليل محرم في الإسلام.

3-حفاظا على الأسرة من الضياع بسبب الجهل بالأحكام الشرعية أو الآثار المترتبة على بعض التصرفات، ومنها طلاق الثلاث فيكون احتساب الطلاق الثلاث بلفظ واحد طلقة واحدة سداً الذريعة تفكك الأسر وضياعها.

المطلب الثاني

إعمال سد الذريعة في الطلاق الصوري والخلع القضائي

سأتطرق في هذا المطلب نوعين فك الرابطة الزوجية المعاصرة التي تناولتها مقسمة إلى فرعين الفرع الأول الطلاق الصور ي والفرع الثاني الخلع القضائي

الفرع الأول: الطلاق الصوري

يتكون الطلاق الصوري من كلمتين، فتتوقف ماهيته على معرفة كل كلمة على حدى الطلاق، الصوري.

أولا: مفهوم الطلاق الصوري في الفقه والقانون

1- تعريف الطلاق

- **لغة:**" طلق وطلق الرجل امرأته وطلقت هي بالفتح تطلق طلاقا وطلقت وطلاق النساء لمعنيين: أحدهما حل عقد النكاح، والثاني : التخلية والإرسال"، ويقال للانسان إذا عُتِّقَ طليق، أي صار حرًّا، وطلق: "ترك وفارق" [1]، ويقال أطلق الأسير: خلاه، وانطلق ذهب، وطلق ويضم (طلق) بلا وثاق ولا قيد [2].

[1]- ابن منظور،أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم المعرف لسان العرب طبعة، مراجعة ومصححة بمعرفة نخبة من السادة الأساتذة المتخصصين، دار الحديث، القاهرة، (د ط)،(د ت ن)مج5، ص629، 630.

[2]- الفيروز بادي: مجد الدين بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تح: مركز الرسالة للدرسات وتحقيق التراث بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة (د م ن)، ط4 1436-2015، ص905

وتاتي كلمة طلق: بمعنى انفصل، فارق، افترق وضدها، تزوج، أنكح، تأهل [1].

طلق امرأته: فصلها عنه وأبطل زواجه بها، وقومه: تركهم، والبلاد: فارقها [2].

- **اصطلاحا: هو** رفع قيد النكاح في الحال والاستقبال بعبارات وألفاظ تفيد الطلاق صراحة أو معنى[3].
- **تعريف المشرع الجزائري:** لم يعرف المشرع الجزائري الطلاق، واكتفى بذكره أنه صورة من صور فك الرابطة الزوجية حيث قال " يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أوبطلب الزوجة "[4].

2- **تعريف الصوري:**

- **لغة** اسم منسوب مادته (صور) والصورة في الشكل وتصورت الشيء، والتصاوير التماثيل[5]، الصورة بالضم: الشكل [6]، صوري: شكلي، وجهي، وضده: أساسي، جوهري، و باطني[7].
- **اصطلاحا:**"هو إخفاء المتعاقدان على إخفاء التعاقد الحقيقي بينهما بعقد ظاهر غير حقيقي"[8] حقيقي"[8] والمراد به عند المتأخرين :"هو إظهار تصرف قصدا، وإبطال غيره مع إرادة ذلك المبطن"[9].

---

[1] – بوعزة أنيم، مرشد الطلاب اللغوي المتردفات والأضداد، منشورات المرشد الجزائرية (د ط)،2017،ص404.

[2] المعجم الكافي، باب الصاد (د م ن)، ط6، 2015/2014 م ص205

[3]– مولاي ملياني بغدادي، حقوق المرأة في الشريعة والقانون، قصر الكتب، الجزائر، (د ط)، 1997، ص479

[4]– الأمر رقم: 05-02 مؤرخ في: 27فبراير 2005، يعدل ويتمم قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 15، المؤرخ في: 27 فبراير 2005، المادة 48

[5]– ابن منظور المصدر نفسه، مج5، ص427

[6] –بوعزة أنيم، المرجع السابق ص382.

[7] – المرجع الكافي، باب الصاد، المرجع الكافي، ص205

[8]–هيلة بنت عبد الرحمن اليابس، الطلاق الصوري حقيقته وحكمه في الفقه الاسلامي . سلسلة قضايا فقهية معاصرة رقم 12: مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، كلية الشريعة، جامعة الإمام سعود الاسلامية، الرياض 1436 هـ 1437 هـ، ص14

[9]– صالح بن عبد العزيز، صيغ العقود في الفقه الاسلامي، مطبوعات الجمعية الفقهية السعودية، الدراسات الفقهية، دار كنوز اشبيليا، المملكة العربية السعودية، ط1، 1427، 2006 م، ص370

وعرفه بعض العلماء :"أنه ما تتجه فيه إدارة الطرفين ونيتهما في نفس الوقت إلى وجود تصرف ظاهر غير حقيقي وآخر خفي حقيقي"[1].

ومعنى "القيام بتصرف ظاهر مع إبطال آخر خفي لمصلحة ما" ، فالمراد ليس التصرف الظاهر في حد ذاته، وإنما هو تحقيق ما يراد بعد تحقيق هذا التصرف.

3- تعريف الطلاق الصوري مركبا:

يعتبر الطلاق الصوري من النوازل لم يذكر لا قديما ولا حديثا، بل تكلمت عنه الفتاوى المعاصرة وفي بعض الكتب والأطروحات ويعرف بأنه: " فك وحل عقد النكاح أو بعضه ظاهرا أو باطنا "[2].

- **شرح التعريف:** المقصود من قوله **(فك عقد النكاح أو بعضه)** أي النكاح عقد وقيد، فإذا فورقت المرأة انطلق ذلك القيد، إن كان بائنا فهو حل قيد النكاح كله، وإذا كان رجعيا فهو حلٌّ لبعضه. ولهذا إذا طلق مرة نقص فيبقى له طلقتان، وإذا طلق اثنتين بقي له واحدة[3].

وفي قوله**(ظاهر)** ويكون ذلك من خلال الحصول على وثيقة طلاق قانونية يصدرها القاضي لدفع بعض المضار المرتقبة وجلب بعض المصالح.

أما معنى قوله **(باطنا)** أن الزوج راغب في ابقاء عقد النكاح ولا يريد فراق زوجته، ويبقى معها بعد الطلاق الصوري، إما استصحابا للنكاح السابق، أو بعقد نكاح يشهد عليه ولا يوثقه[4].

ويمكن أن نخرج مما سبق بتعريف للطلاق الصوري: "بأنه **هو تطليق شكلي فقط مع عدم وجود النية ابتداء بغرض تحقيق مصلحة ما".**

أما مرادفات الطلاق الصوري عديدة والتي لها نفس المدلول باعتبارات مختلفة نذكر منها:

---

[1]- تيغمرت جهيدة وبركان سلوى، الصورية في التعاقد، مذكرة ماستر في القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية 2012م -2013م ص15.

[2] - هيلة عبد الرحمن اليابس، الطلاق الصوري، المرجع نفسه، ص17.

[3] - محمد صالح بن العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستنقع . ج13، ط1، دار ابن الجوزي 1422 هـ،ص5

[4]-هيلة بنت عبد الرحمن اليابس، الطلاق الصوري، مرجع نفسه، ص17

– الطلاق الخطي أو الطلاق الورقي، وذلك باعتبار أن الزوج يستصدر وثيقة ورقية موقعة عليها بخط يده تثبت طلاقه من زوجته .

– الطلاق المدني، أو الطلاق الإداري، باعتبار أن الطلاق يصدر في ظل الأنظمة المدنية المعاصرة من خلال إجراء الطلاق في أروقة محاكم الدولة وأجهزتها الإدارية[1].

– الطلاق المصلحي باعتبار أن القصد الحقيقي من إيقاع الطلاق هو تحقيق مصالح شخصية ومآرب دنيوية وليس القصد منه الفراق لتعذر استمرار الحياة الزوجية.

ثانيا: صور الطلاق الصوري

الصورة الأولى: توثيق الطلاق مع التلفظ إنشاء من غير نية

أولا: في الفقه الإسلامي:

وهي أن يوثق الطلاق رسميا مع التلفظ بألفاظ الطلاق على سبيل الإنشاء، بحيث يصاحب كتابة الوثيقة الرسمية والتوقيع عليها، وتلفظ الزوج بأن زوجته فلانة طالق، مع عدم قصده الطلاق، وعزمه على بقاء النكاح [2].

وهذا الطلاق إذا تم توثيقه في الجهات القضائية، وتلفظ به الزوج، ولم يقصد إيقاعه فإن الطلاق واقع، ويؤخذ به صاحبه ويعتد به في عدد الطلقات، وتكون الزوجة رجعية إن كانت هذه هي الطلقة الأولى أو الثانية، وتكون بائنة بينونة كبرى إن كانت الثالثة بتلفظه، نوى أم لم ينو[3]، وذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى أن الطلاق الصوري يقع بمجرد التلفظ به[4].

---

[1]– عمرون آمال، بن علجية سميرة، الطلاق الصوري في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي دراسة مقارنة، مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية، تخصص: شريعة وقانون، قسم العلوم الاسلامية جامعة المسيلة، 2019، 2020، ص 14.

[2]– هيلة بنت عبد الرحمن اليابس، المرجع السابق، ص29.

[3]– الموسوعة الفقهية، كتاب الطلاق، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط1، 1414هـ– 1993م، ج29، ص23

[4] ويداد بن قلية، سد الذرائع وأثره الفقهي في أحكام الأسرة، مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر في العلوم الاسلامية، تخصص : فقه وأصوله، معهد العلوم الاسلامية، قسم الشريعة، جامعة الشهيد حمة لخضر – الوادي، 2017،2018 ص58؟

- **أدلتهم:**

وقد استدلوا على قولهم على أن الطلاق الصوري يقع عند التلفظ به بما يأتي:

أ- من القرآن الكريم:

قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ ذَٰلِكُمْ أَزْكَىٰ لَكُمْ وَأَطْهَرُ ۚ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴿232﴾ ﴾[1]

وجه الاستدلال: لقد جاء في تفسير الطبري في تأويل هذه الآية: أي لا تتخذوا أعلام الله وفصوله بين حلاله وحرامه وأمره ونهيه في وحيه وتنزيله استهزاء ولعبا [2]

إن للعلاقة الزوجية حرمتها في الشريعة وقد أخذ الله عليها ميثقا غليظا، فلا يجوز لأي أحد أن يعبث بها، ولا أن يستخدمها مطية لتحقيق الرغبات والأهواء ولهذا حرم الله التلاعب بآيات الله وأحكامه وعقوده، وأن الطلاق الصوري يدخل ضمن هذه العقود، إذا أنه ميثاق غليظ ولو لم يرد فإنه داخل في ذلك، ومنه فإن صاحبه يؤاخذ به وذلك لئلا يعبث بمثل هذه العقود الشرعية [3]

ب- السنة النبوية:

- عَن أَبِي هُرَيرَةَ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ " ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزلُهُنَّ جِدٌّ: النِّكَاحُ، وَالطَّلَاقُ، وَالرَّجعَةُ" [4].

وجه الدلالة من الحديث: فقد جاء في معالم السنن: أن أهل العلم اتفقوا على أن اللفظ الصريح للطلاق إذا كان من نطق به بالغ وعاقل ؛ فإنه يؤاخذ به، ولا ينفعه أن يقول كنت هازلا فيه ، أو لم أنو به طلاقا، أو ما أشبه ذلك من الأمور[1].

---

[1]- سورة البقرة الآية 231

[2]- يوسف بن عبد الله الشبيلي، " نوازل الأسرة المسلمة في المجتمع الأمريكي ". الدورة التدريبية الأولى لأئمة المساجد بالساحل الغربي لولايات المتحدة حول نوازل الأسرة المسلمة في المجتمع الأمريكي المنعقد بمدينة سكومنتو بحث منشور بصيغة bdf، موقع الشيخ يوسف بن عبد الله الشبيلي: www.shubily.com، تاريخ التصفح 2023/06/03م

[3] هيلة بنت عبد الرحمن اليابس، الطلاق الصوري مرجع سابق، ص43

[4]- أبو داوود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داوود . تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، ج2 (لا. ط؛ صيدا بيروت: المكتبة العصرية د.ت)، كتاب الطلاق، باب الطلاق على الهزل حديث رقم: 2194، ص259 وقال الحاكم: هذا الحديث حديث صحيح الاسناد ولم يخرجاه .

– أن الاعتبار بالنية رغم وجود اللفظ الصريح، قد يكون ذريعة لكل من أراد الرجوع في طلاقه، فيدعي عدم إرادة الوقوع، فيحكم بالوقوع مع لفظ الطلاق الصريح دون الافتقار للنظر في النية سدا للذريعة [2].

ثانيا:في القانون الوضعي

لم يتناول المشرع الجزائري هذه الصورة، واكتفى في إثبات الطلاق بحكم المحكمة، حيث جاء في المادة 49 من قانن الاسرة:(لايثبت الطلاق إلا بحكم...)[3] ونفس ما جاء في ق أ ش ت في المادة 30منه: (لا يقع الطلاق إلا لدى المحكمة)[4].

أما المشرعين الآخرين فقد جعلوا معيارا ضابطا وهو العرف، فالمشرع السوري في المادة 93 من قانون الأحوال الشخصية السوري والكويتي في المادة 100 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي، فقد جعلوا العرف معيارا ضابطا للنظر فيما إن كان لفظ الطلاق المتلفظ به صريحا أم لا. فجاء في ق أ ش س أنه "يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة فيه عرفا دون الحاجة إلى نية" [5].

و بخلاف القوانين العربية التي حددت مسألة التلفظ بالطلاق مع التوثيق إما بالنص أو الإحالة على مرجعية المذهبية، فإن المشرع الجزائري لم يشر على الإطلاق إلى موضوع التلفظ بالطلاق أثناء التوثيق، ليسجل عليه بذلك نقص في التقنين والضبط لهذه المسألة[6]. فوجب عليه تداركه بنص قانوني، أو يحدد المذهب الفقهي الذي يلجأ إليه لسد هذا النقص.

---

[1] – أبو سليمان بن إبراهيم بن الحطاب الستي، معالم السنن، ج3 ن (ط:1 ؛ حلب: المطبعة العلمية، 1351ه /1932م باب الطلاق على الهازل اص243.

[2]– هيلة بنت عبد الرحمن اليابس، الطلاق الصوري، مرجع سابق، ص44

[3] – الأمر رقم 5–02 مؤرخ في 27 فبراير 2005 يعدل ويتتم قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد15، المؤرخ في: 27 فبراير 2005، المادة 49

[4]–المادة 30 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الصادرة بتاريخ 6 جوان 2005 الفصل 29.

[5]– المادة 93 من قانون الأحوال الشخصية السوري، رقم: 59–1953، الصادر بتاريخ 7 سبتمبر 1953

[6]–عمرون آمال، بن علجيه سميرة، المرجع نفسه، ص31

الصورة الثانية: توثيق الطلاق الصوري رسميا مع التلفظ به على سبيل الإخبار أو الكتابة أو التوقيع دون تلفظ أو نية

أولا: في الفقه الإسلامي

بأن يكتب الزوج الطلاق في الوثيقة الرسمية، أو يوقع عليها أمام الهيئات الرسمية أو القضائية، دون أن يتلفظ به، وهو لا يريد إيقاع الطلاق حقيقة أو صاحب ذلك تلفظ بحكاية الطلاق والإخبار عنه دون إنشائه؛ فإن حكم الطلاق يتخرج على خلاف الفقهاء في مسألة الإقرار بالطلاق كذبا[1].

ولهم قولان في ذلك :

القول الأول: يقع الطلاق الصوري المكذوب كتابة أو إخبارا واقع، ويؤاخذ به صاحبه ويعتد به في عدد الطلقات قضاء وليس ديانة، فتبقى زوجته في الباطن ويؤاخذ به في الظاهر. وذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء من المالكية[2]، والشافعية[3]، والحنفية[4]، وذهب إلى هذا الرأي مجمع الفقهاء بأمريكا [5].

- **أدلة القول الأول** :- عن أُمِّ سَلَمةَ رضي الله عنها: أَنَّ رَسُول اللَّه ﷺ قَالَ :((إِنَّمَا أَنَا بشَرٌ، وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ؛ فأَقْضِي لَهُ بِنحْوِ مَا أَسْمَعُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بحَقِّ أَخِيهِ فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ))[6].

وجه الاستدلال من الحديث: أن الرسول لا يعلم بالغيب ولا يعلم بواطن الأمور إلا أن يطلعه الله على ذلك، وأنه يحكم بالظاهر، ولم يطلعه الله تعالى على حقيقة الأمر في ذلك حتى لا يحتاج إلى بينة ويمين تعليما لتقتدي به أمته، فإنه لو حكم في القضايا بيقينية

---

[1]- هيلة بنت عبد الرحمن اليابس، الطلاق الصوري، مرجع سابق، ص44

[2]- محمد بن أحمد عليش أبو عبد المالكي، فتح الْعَلِيِّ المالك مالك .ج2،(لا.ط ؛لا؛م دار المعرفة، د.ت) ص54

[3]- زكريا بن محمد الأنصاري السنيكي، أسنى المطالب، ج 3 (لا.ط ؛لا.م: دار الكتاب الاسلامي، د.ت) ص27

[4]-كمال الدين محمد بن الهمام، فتح القدير، لا ,ط ؛ لا، م: دار الفكر د.

[5] قرارات مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا في المؤتمر المنعقد بكوبنهاجن الدنمارك بالتعاون مع رابطة الاسلامية في 4-7 جمادي الأولى 1425هـ /22-25 يونيو 2004، منشور بصيغة bdf،ص117

[6]-أخرجه البخاري، صحيح البخاري.ج9،مرجع سابق،كتاب الأحكام، باب: موعظة الإمام للخصوم حديث رقم 7161، ص69 ص69

الحاصل من الغيب لما أمكن الحكم لأمته من بعده، ولما كان الحكم بعده مما لابد من أجراء أحكامه على الظاهر، وأمر أمته بالإقتداء به وأن حكم الحاكم إنما ينفذ ظاهرا لا باطنا، وأنه لا يحرم حلالا ولا يحل حراما[1].

إن الصورية في كثير من العقود معتبرة لأننا لا نستطيع الاطلاع على قلوب الناس[2]، وإذا وقعت بشروطها وأركانها، وعقد الطلاق مرتبط باللفظ لتعذر الكشف عن النوايا، فإن أقرّ الزوج به أخذ به سواء كان صادقا أم كاذبا.

عند إخبار الزوج بطلاق زوجته أو كتابته هو إقرار منه بوقوع الطلاق، لأن الإقرار حجة في نفسه وهو من أقوى ما يحكم به ولا عبرة بمخالفة نية لحقيقة ما أقر به، فيحمل على ظاهره وتجري عليه أثاره، وأن الطلاق لا يقع ديانة بين العبد وربه لعدم وقوعه حقيقة[3].

قال ابن عبد البر:(وقد اتفقوا أن أحكام الدنيا على ظاهر وأن السرائر إلى الله عزو جل)[4].

القول الثاني : إن قرار الزوج وإخباره بالطلاق كاذبا لتسجيل وثيقة الطلاق يؤخذ به، ويحسب في عدد الطلقات ويقع قضاء وديانة، وذهب إلى هذا القول: الحنابلة[5] وكذلك وبعض المعاصرين[6] .

أدلة القول الثاني:

قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَٰقًا غَلِيظًا ﴾[7]

---

[1]– أحمد بن عبد الملك القسطلاني القتيبي، إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري , ج10، (ط:7 ؛ مصر: الطبعة الأميرية: 1323)، باب: موعظة الإمام للخصوم، رقم الحديث 7169، ص240.

[2]– موقع الشيخ محمد عبد الغفارالشريف، فتوى رقم: 4260: www.drtsherifMnetK، تاريخ التصفح 2023/06/03 .

[3]– هيلة بنت عبد الرحمن اليابس ن الطلاق الصوري , مرجع سابق، ص54

[4]– المرجع نفسه. ص54

[5] محمد بن مفلح شمس الدين بن مفرج شمس الدين المقدسي ، الفروع ومعه تصحيح الفروع : تحقيق : عبد الله بن عبد المحسن التركي ،ج9 ، ط :1 لا ،م مؤسسة الرسالة 1424ه /2003م ،ص47.

[6] حسام الدين بن موسى عفلنة، يسألونك، ط:1 ؛ فلسطين: مكتبة الدنديس: 1428هـ/2007م، ج2، ص393.

[7]– سورة النساء، الآية 21.

وجه الدلالة من الآية:

– أن للعلاقة الزوجية حرمتها في الشريعة، وقد أخذ الله عليها ميثاقا غليظا، فلا يجوز لأي أحد أن يعبث بها، ولا يجعلها مطية لتحقيق الأهواء والرغبات[1]، وإيقاع الطلاق ظاهرا وباطنا يحمي لهذا العقد حرمته ويصونه من العبث والتلاعب.

– أن إيقاع الطلاق الصوري تنتظم به الأحكام، وأما عند القول بعدم إيقاعه مع أن الوثائق الرسمية تثبته ولا تثبت النكاح فإن مفاسد كبيرة تترتب على هذا[2].

القول الراجح:

يتبن من خلال ما سبق من الادلة فإن القول الأرجح هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني ، الذين قالو بأن الطلاق يقع قضاء وديانة، وذلك لأدلتهم القوية، ولأن ما قالوا به تكلم عنه القدامى وهي مسألة الطلاق المقرّ به كذبا، فإنه يقع بالإضافة إلى أن مبنى هذا الكذب هو الغش والكذب والخداع، والطلاق الصوري حقيقته أنه كذب، فللزوج إذا أراد أن يبتعد عن مثل هذه الشبهات حل وهو ايقاع الطلاق المشروع وإرجاع زوجته زمن عدتها، والقول بعدم إيقاعه ينتج عنه عدة مفاسد[3].

ثانيا: حكم هذه الصورة من الطلاق في القانون الوضعي:

لم يتناول المشرع الجزائري على مسألة الإعتراف بالطلاق سواء كذبا أو صادقا ، واعتبر الطلاق واقعا بالحكم وحده وهذا ما جاء ذكره في المادة 49 من قانون الأسرة.

ولكن عمل به القضاء الجزائري في مسائل كثيرة، حيث جاء في قرار المحكمة العليا حيث جاء في هذا المبدأ:(من المقرر قانونا أن يتم الطلاق بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين

[1]– يوسف بن عبد الله الشبيلي، نوازل الأسرة المسلمة في المجتمع الأمريكي: مرجع سابق، ص3

[2]– هيلة بنت عبد الرحمن اليابس، الطلاق الصوري، مرجع سابق، ص59 .

[3]–ويداد بن قلية، سد الذرائع وأثره الفقهي في أحكام الأسرة، المرجع السابق، ص63

ويثبت بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، ومتى حصل الطرفين فإن القاضي يصادق على شروطه، ولا يجوز بعد ذلك للأطراف الرجوع فيه)[1].

حيث يلاحظ في هذا القرار ثبوت حكم الطلاق بعد إرادة ونية الزوج، أو الزوجين، والتي تظهر فقط برفعهما لدعوى الطلاق لا غير فالمشرع الجزائري يأخذ بإقرار الزوج كونه طلق زوجته خارج المحكمة، ويريد تسجيله، ولم يأت ذكر للكذب أو الصدق فمجرد الإقرار والإفصاح بأنه طلق امرأته، ويريد توثيق ذلك الطلاق يوقع الطلاق قانونا من يومها[2].

أما فيما يخص التلفظ دون الكتابة، فإن ماذهب إليه في مادته 49 يبين أن المشرع اعتد بالكتابة في التطليق، ولم يذكر التلفظ به وعليه فالطلاق لا يقع إلا بحكم. وهذا من الإشكالات المطروحة حاليا، كون الطلاق واقع شرعا لا قانونا.

ثالثا- حكم الطلاق الصوري في القانون الوضعي

إن المتمعن في الطلاق الصوري بكل صوره، وحقيقته القانونية يظهر أن فيه تحايلا على القوانين، ويظهر ذلك باستخراج وثيقة الطلاق من استخدامها في تحقيق مصالح مختلفة غير مستحقة، وهذا ما يطلق عليه قي القانون التزوير المعنوي، فالصورية إذن هي من أشكال التزوير لأنه تصريح كاذب مناف للواقع، كما أن التحري في الوقائع الحقيقة، ومقارنتها بالوقائع التي تم تدوينها في المحرر نجد اختلافا بينهما، هذا هو التزوير[3]؛ بالإضافة إلى أن التزوير هنا وقع من الشخص الذي صرح بالوقائع، والذي يؤكد وقائع غير صحيحة على أنها

[1]-قرار رقم: 138949، المحكمة العليا، (غرفة الأحوال الشخصية) ن بتاريخ 0-/1996/07، المجلة القضائية، العدد 02، 1996 ص77 .

[2]-عمرون آمال، بن علجيه سميرة، المرجع السابق، ص38.

[3] - أركان جريمة النصب موقع universitylifestyle.com تاريخ الدخول 2023/06/03 بن عربية خديجة .

صحيحة، وهذه هي حقيقة الطلاق الصوري وواقعه[1].

رابعا – علاقة الطلاق الصوري بسد الذرائع

يظهر جليا من خلال النظر إلى أدلة القائلين بوقوع هذا النوع من الطلاق الصوري باطنا وظاهرا العلاقة بينه وبين سد الذرائع، إذ أن رابطة الزواج رابطة وثيقة مقدسة ومحترمة، فلا يحل شرعا التلاعب والعبث بها مهما كانت الغايات[2].

ومهما كانت المسوغات، فيعتبر بإيقاع الطلاق الصوري مع أن الوثائق تثبته ولا تثبت النكاح، ويظهر ذلك باستصدار وثيقة الطلاق و استخدامها في تحقيق مختلف المصالح الغير مستحقة، وهو ما يطلق عليه قانونا بالتزوير المعنوي والتحايل على القانون وينجر عنه فتحٌ باب التلاعب بالأحكام الشرعية أيضا، ويسبب الكثير من الفوضى في المجتمع وإن مفاسد كثيرة تترتب عليه أهمها[3]:

1- الخوف والاضطراب الذي يعيشه الزوجان خوفا من كشف الحقائق، وإضافة لكل هذه المفاسد أنه تشوه صورة المسلمين الذين يتعاملون بهذه العقود الصورية في بلاد الكفر رغم مخالفتها للواقع، وتعتبر شكلا من أشكال التزوير والتحايل على الأنظمة وفي هذا صد عن سبيل الله.

2- تعذر نظام الإرث، عند موت الزوجة ، لن يرثها الزوج ؛ لأنه قانونيا وفي الوثائق الرسمية ليس بزوجها ، والعكس فلو مات الزوج لن ترثه زوجته الميراث، لأن قسمة الميراث تقوم به الجهات الرسمية.

---

[1]- شيخي أمال، جريمة التزوير في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الدكتور مولاي طاهر – سعيدة – كلية الحقوق والعوم السياسية، قسم الحقوق، السنة الجامعية، 2019/2018، ص21 .

[2]- حسام الدين بن موسى عفلنة، يسألونك، ط:1 ؛ فلسطين: مكتبة الدنديس: 1428هـ/2007م، ج2، ص393.

[3]- هيلة بنت عبد الرحمن اليابس، الطلاق الصوري . مرجع سابق ص61-62

3- ضياع حقوق الأولاد وإلحاق ضرر كبير بهم؛ إذ لا يمكن إلحاق الأولاد الذين تم انجابهم بعد طلاق صوري لأبيهم، ولا يمكن أيضا استخراج شهادة الميلاد أو بطاقة الهوية لهم لأن الوالد قانونيا ليس بزوج.

4 -إن النظر في القصد في هذا النوع من الطلاق رغم وجود اللفظ الصريح أمام الجهات القضائية، قد يكون سبب وذريعة لكل شخص أراد الرجوع في طلاقه، فسدّا للذريعة يحكم وقوعه دون النظر إلى النية [1]، والقول بقوعه قضاءو ديانة كذلك يدرأ الكثير من المفاسد.

الفرع الثاني: الاعتبار بسد الذرائع في الخلع القضائي

أولا: تعريف الخُلع

1- لغة: دلت مصادر اللغة على أن الخُلع يأتي بمعنى التجرد، ومن ذلك ما جاء في لسان العرب: "خَلعَ الشيء يَخْلَعُه خَلعاً، واختلعه وخلع النعل والثوب والرداء يَخْلَعُه خلعاً أي جرّده" [2].

ويأتي بمعنى الفراق بين الزوجين، فيقال: خَلع الرجل امرأته خُلعاً، بِالضَم، وخلاعاً فاختلعت وخالعته: أزالها عن نفسه وَطَلَّقَها على بذل مِنْهَا لَهُ، فَهِي خالع، والإسم الخُلعة، وقد تخالعا، و اختلعت منه اختلاعًا فهي مختلعة.

وسمي هذا الفراق خُلعاً لأن الله تعالى جعل النساء لباسا للرجال، والرجال لباسا لهنَّ، فقال: تَعَالَىَ: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ ﴾[3] فإذا افتدت المرأة بمال تعطيه لزوجها ليُبينها منه فأجابها إلى ذلك، فقد بانت منه وخلع كل واحد منهما لباسه عن صاحبه[4].

2- الخلع في اصطلاح الفقهاء:

اختلفت تعريفات العلماء للخلع على النحو الآتي:

1-عرف الحنفية الخلع " إزالة ملك النكاح يبدل بلفظ الخلع" [1].

---

[1]- هيلة بنت عبد الرحمن اليابس، الطلاق الصوري . مرجع سابق، ص44

[2]- ابن منظور، محمد بن مكرم جمال الدين الأنصاري، لسان العرب، ج8، الطبعة الثالثة ن دار صادر – بيروت (1414ه 1993م) ص76

[3]- سورة البقرة، الاية 187 .

[4]- ابن الأثير، أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد ، النهاية في غريب الحديث والأثر، ج2، الطبعة الثانية، المكتبة العلمية، بيروت (1399ه 1979 م)، ص65

2- وعرفه فقهاء المالكية بأنه " الطلاق بعوض" [2].

3- وعرفه فقهاء الحنابلة بأنه "هو فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج من امرأته أو غيرها بألفاظ مخصوصة" [3].

4 – وعرفه الشافعية بأنه "فرقة بين الزوجين بعوض مقصود راجع لجهة الزوج بلفظ طلاق أو خلع " [4].

و قد عرفه عبد الكريم زيدان بأنه " إزالة ملك النكاح بمال تدفعه الزوجة لزوجها بألفاظ مخصوصة " [5].

ثانيا: القضاء لغة واصطلاحا

أ- لغة: القضاء من قضي: القاف والضاد والحرف المعتل أصل صحيح يدل على إحكام أمر وإتقائه وإنفاذه الجهته، والقضاء الحكم، وسمي القاضي قاضيا؛ لأنه يحكم الأحكام ويُنفذها، وجاء في لسان العرب: "القضاء الحكم، وأصله القطع والفصل"[6].

ب- اصطلاحا: " الحكم بين الناس بالحق والحكم بما أنزل الله عز وجل[7]ويطلق على الفصل بين الخصوم" [1].

---

[1]- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، فتح القدير، ج4 (بدون طبعة) دار الفكر، بيروت ç بدون تاريخ) ص211.

[2]- الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2 (بدون طبعة) بيروت دار الفكر، ص347

[3]- البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسين بن ادريس الحنبلي، كشاف القناع عن متن الاقناع، ج5، دارالكتب العلمية، بيروت ص 12.الخطيب الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ص212.

[4]-الخطيب الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت 1415 هـ 1994، ص430.

[5]-عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ج8 ن الطبعة الأولى مؤسسة الرسالة بيروت 1413هـ 1993م) . ص115.

[6] ابن منظور لسان العرب ج15 مرجع سابق، ص186.

[7]- علاء الدين بن محمد الكساني، دائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7 مرجع سابق، ص2

أما القضائي: فالياء ياء النسبة، وهو ما نسب إلى القضاء وصدر عنه.

ج- تعريف الخلع القضائي كمركب إضافي:

عرفه المعاصرون بتعريفات عديدة سأكتفي بذكر تعريف وهبة الزحيلي الذي عرفه " إرادة الزوجة إنهاء عقد الزواج بينها وبين زوجها من غير رضى الزوج ، وذلك باللجوء إلى القاضي بلفظ الخلع أوبلفظ يقتضي معنى الخلع ويقع الطلاق بائنا بالخلع عند جمهور الفقهاء "[2].

ثالثا: حكم الخلع القضائي:

اختلف الفقهاء المتقدمين والمعاصرين في اشتراط رضا وموافقة الزوج في المخالعة على أقوال:

أ- **القول الأول:** موافقة الزوج لا بد منها وأن رضا الزوج شرط في المخالعة، وذهب إلى هذا القول جمهور الفقهاء المتقدمين (المذاهب الأربعة)[3].

أ- أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

-قال تعالى ﴿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﴾[4]

وجه الدلالة : قوله تعالى "فلا جناح عليهما" فالخطاب فيها موجه للأزواج"[5]، و"أنه يحل للزوج أن يأخذ ما أعطته من فدية على فراقها"[6]. وهذا إن دلّ فإنما يدل على اعتبار موافقة الزوج في المخالعة.

-حديث ابن عباس، **أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلّى الله عليه وسلم فقالت، فقالَت : أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلّى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في**

---

[1]- محمد الأمير المالكي، ضوء الشمع شرح المجموع في الفقه المالكي، تح: محمد محمود ولد محمد الأمين المسومي ج4: ط:1 ؛ موريتانيا، نواكشط ، مكتبة يوسف بن تاشفين، مكتبة الإمام مالك، 1426هـ، 2005 م،ص80.

[2]وهبة الزحيلي ، كتاب الفقه الاسلامي وأدلته ، دمشق ، دار الفكر ، ج4 ، ص4 بتصرف

[3]- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد .ج3 مرجع سابق، ص90، وعلاء الدين أبو الحسن المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج 8،(ط:2 ؛ لا، م: دار إحياء التراث العربي، د. ت)ص382.

[4]- سورة البقرة، الآية 229.

[5]- أبو عبد الله بن حسن الشيرازي، مفاتيح الغيب، ط3 دار احياء الترث العربي بيروت، ج 6، 1420هـ، ص444

[6]- محمد بن جرير أبو جعفر الطبري، جامع البيان في ويل آي القرآن . تح: أحمد محمد شاكر، ج4، (ط: 1 ؛ لا . م: مؤسسة الرسالة، 1420هـ 2000م)، ص 557

خلق ولا دين ، ولكني أكره الكفر في الإسلام ، فقال رسول الله صلّى الله عليه وسلم : أتردين عليه حديقته ؟ قالت : نعم ، قال رسول الله صلّى الله عليه وسلم : إقبل الحديقة وطلقها تطليقة [1].

ويستدل من هذا الحديث: " قوله اقبل الحديقة وطلقها تطليقة"[2] ، هو أمر إرشاد وإصلاح لا إيجاب.

-أن الخلع عقد معاوضة، وعقد المعاوضة لابد فيه من رضا الطرفين حين انعقاده ولذا فلا يجوز إلزام الزوج به دون رضاه. أن رضا الزوج في المخالعة ركن أساسي؛ لأن مقتضى قوله تعالى:" ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾"[3] الجواز حكما بالإباحة، ومعلوم أن الجواز غير الوجوب، والتصرف الجائز يقتضي رضا طرفيه.

-قياس الخلع على الطلاق، فكما أن الطلاق حق للزوج، لا يصح أن يكره على إيقاعه، فكذا الخلع لا يحق لأحد أن يكره الزوج على القيام به، فكما أن طلاق المكره لا يقع، فكذا خلعه بجامع الإكراه في كلٍ. ومعلوم أن الإكراه هو أحد عيوب الإرادة، وأحد عوارض الأهلية التي تسقطها[4].

ب- القول الثاني: عدم اشتراط رضا الزوج في المخالعة، وذهب إلى هذا القول بعض العلماء المعاصرين منهم عبد الرحمان الصابوني وعلي الخفيف وغيرهما.

أدلة القول الثاني: ولقد استدل أصحاب هذا القول بما يلي :

-قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۗ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾[5].

ووجه الدلالة من قوله تعالى: (فإن خفتم) هو أن الخطاب فيها موجه كله للأئمة والحكام. لأنهم يأمرون بالأخذ والإيتاء عند الترافع إليهم[1]، وليس موجه للزوجين، ولو أراد الزوجين لقال "فإن خافا" ولكن جعل الخوف فيها لغير الزوجين[2].

---

[1] صحيح البخاري ج7، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيفية الطلاق فيه، رقم الحديث: 5273 ص46.

[2] أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري، شرح صحيح البخاري: ج9، مرجع سابق ص400

[3] سورة البقرة ، الآية 229

[4] اسماعيل البريشي، الخلع القضائي بين الفقه الاسلامي وقانون الاحوال الشخصية الأردني . مرجع سابق، ص6

[5] سورة البقرة الآية 229

– ابن عباس، أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلّى الله عليه وسلم فقالت، فقالَت " أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلّى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ، ولكني أكره الكفر في الإسلام ، فقال رسول الله صلّى الله عليه وسلم : أتردين عليه حديقته ؟ قالت : نعم ، قال رسول الله صلّى الله عليه وسلم : إقبل الحديقة وطلقها تطليقة" [3].

وجه الدلالة من الحديث من وجهين:

الوجه الأول: قوله (طلقها) وهذ أمر والأمر للوجوب ما لم تصرفه إلى غير قرينة، وليس في الحديث ولا في غيره من النصوص قرائن صارفة للأمر عن ظاهره، وهو الوجوب إلى غيره.

الوجه الثاني: أن النبي ﷺ قد أمر ثابتا بتطليقها بكونه قاضيا وحاكما ملزما، لا بكونه نبيا مرشدا موجها، وإلا سأله:" هل ترضى بأن تطلقها"، أو لقال له :"طلقها تطليقة إن شئت"[4].

–أن الشريعة جاءت لدفع الضرر، والمرأة عند طلبها الخلع إنما تقصد بذلك رفع الضرر عنها، والشريعة جاءت لتحقيق المنافع ودرء المفاسد، فدفع الضرر عن المرأة بالخلع يكون مصلحة لها[5].

– استدلالهم بقاعدة: "لا ضرر ولا ضرار"، وتعني أن الضرر الواقع على الإنسان في دينه أو نفسه يجب إزالته، وعليه فإن المرأة إذا كرهت زوجها، فإن هذا الإضرار قد يوصلها إلى الإضرار بدينها أو نفسها أو عرضها، ويجب إزالة هذا الضرر بطلاق الزوج لزوجته، أو بالمخالعة الرضائية، فإن رفض ذلك طلق عليه القاضي جبرا عنه لإزالة الضرر الواقع على المرأة، وذلك تطبيقا لهذه القاعدة التي جاءت بمقصد شرعي وهو رفع الضرر عن الناس[6].

---

[1]– أبو عبد الله بن حسن الشيرازي، مفاتيح الغيب، ط3 دار احياء التراث العربي بيروت، ج 6، 1420هـ، ص444

[2]– اسماعيل محمد البريشي، الخلع القضائي بين الفقه الاسلامي وقانون الاحوال الشخصية الأردني . مرجع سابق، ص6.

[3]– سبق تخريجه، ص38

[4]– مريم علي فلاح العبيدات، أثر سد الذرائع في قضايا المعاصرة والفرقة، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والدارسات الإسلامية، جامعة اليرموك الأردن 2008 ص6

[5] أحمد حسن الربابعة، قاعدة سد الذرائع وتطبيقاتها في مسائل الخلع القضائي المعاصر، مجلة العلوم الشرعية، جامعة القصيم، السعودية، مج9، العدد: 3، 1437،–2016 م ص1304

[6]–اسماعيل محمد البريشي، الخلع القضائي بين الفقه الاسلامي وقانون الاحوال الشخصية الأردني . مرجع سابق، ص6

-الترجيح :

يظهر من خلال الرأيين رجحان الرأي الأول الذين يقولون باعتبار موافقة الزوج في المخالعة، وذلك لقوة أدلتهم، ولموافقتها العقل ولأن الخلع القضائي بعد عامل من عوامل انحلال الأسرة وتفكيك كيانها وأن الخلع الذي جرى في زمان النبي الرسول إنما تم إيقاعه وفق ضوابط شرعية، وأرى أنه لا يجب أن تكون العصمة فيه بيد المرأة فقط إلا في حالة الضرر، وحالة الشقاق والنزاع؛ لأن طبيعة المرأة متقلبة ومزاجية.

موقف المشرع الجزائري من الخلع القضائي

يعتبر المشرع الجزائري ان الخلع حق انفرادي للزوجة لا يحتاج لموافقة الزوج، ولا يملك القاضي رفض طلبها وإنما هو ملزم بالاستجابة لها وإلزام الزوج به.

فقد جاء في قانون الاسرة الجزائري 05-02 المعدل سنة2005، وتحديدا في المادة الرابعة والخمسين والتي نصت على: ((يجوز للزوجة دون موافقه الزوج ان تخلع نفسها بمقابل مالي. إذا لم لم يكن الزوجان متفقان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم)).

فعبارة المشرع الجزائري(دون موافقة الزوج)دلالة صريحة على تبني المشرع الجزائري للخلع القضائي وللرأي القائل بان الخُلع تصرف انفرادي للزوجة لا يشترط فيه رضا الزوج، فيمكن للقاضي أن يجبر الزوج على الخُلع إذا ما رفض طلب الزوجة في الخلع، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد اخذ بقول ابن رشد الحفيد (المذهب الثاني) الذي بين أن على القاضي أن يستجيب لطلب الخلع، متى ما طلبت الزوجة ذلك ورفض زوجها.

رابعا: علاقة سد الذرائع بالخلع القضائي.

يظهر أن الخلع القضائي بدون موافقة الزوج تترتب عليه مفاسد ومحاذير كثيرة وذلك بأن يفتح أبواب من الشرور والفتن يصعب إيصادها، ومن أبرز المفاسد والمحاذير ما يلي:

1- ارتفاع المخيف لنسبة الطلاق في المحاكم في حين أن الإسلام سعى لسد أبواب الطلاق والحد منها[1]، فكان من باب أولى إلغاء الخلع القضائي إلا بضوابط. من باب سد الذريعة يجب درء مفاسد تشريد الأولاد وضياع مستقبلهم، ووضعهم في أجواء حرجة، وعدم القدرة على الاندماج مع أفراد المجتمع بسبب النظرة المجتمعية لهم[2] .

3-تحديد العلاقة الزوجية لتصبح تحت رحمة المرأة، ورعونتها، بوضع الزوج في مواقف حرجة تفقده الثقة والاطمئنان، بعد أن بات في مهب الريح، تعصف به لحظة غضب لتلقي به إلى حيث لا يريد، إذ أن الزوج يقع تحت وطأة التهديد والمساومة على تحقيق مطالب معينة للزوجة، وإلا الإقدام على طلب الخلع من المحكمة، فهو سبب تنعدم به قوامة الحياة الزوجية، لأن الخلع يقع على خلاف صورته التي أرادها الشارع الحكيم وهي حالة الضرورة .

4- ثم إن الخلع القضائي فيه إضرار بالزوجة، وخاصة إذا علمنا أن المرأة بطبيعتها عاطفية ومزاجية ومتقلبة، وإن إجابتها لطلبها وهذه الحالة يوقع الضرر بها، وفيه تتكرر لطبيعة المرأة وحدة مزاجها، وغلبة العاطفة لديها على القدرة على التمحيص، والتدقيق، والنظر في مآلات الأفعال.

5- أنه يساهم في انتشار الزيجات المحرمة كالزواج السري، ويشجع على انتشار الزنا والفاحشة بالعزوف عن الزواج، هربا من تسلط الزوجات وتحكمهن. كما أنه يؤدي إلى قطع صلة الرحم، وتقطيع أواصر الرحمة بين أفراد المجتمع، وأن منع الخلع القضائي فيه حصانة كافية ورعاية كريمة للنفس البشرية وبقاء القوامة للرجل يضمن استمرارية الزواج ودوامه، ولهذا شرع الزواج.

ومن خلال ما سبق يتبين أن الخلع القضائي له علاقة بسد الذرائع، وذلك لما تتخلله من مفاسد عظيمة تعود على الزوحين والأولاد

[1]-مريم علي فلاح العبيدات، أثر سد الذرائع في قضايا المعاصرة والفرقة، مرجع سابق، ص131

[2]-أحمد حسن الربابعة، قاعدة سد الذرائع وتطبيقاتها في مسائل الخلع القضائي المعاصر، مرجع سابق، ص1311

المبحث الثاني

إعمال سد الذريعة في أثار فك الرابطة الزوجية

سنتطرق في هذا المبحث إلى علاقة سد الذريعة بالتعويض عن الطلاق التعسفي كمطلب أول ومفهوم الحضانة وعلاقتها بسد الذريعة كمطلب ثان.

المطلب الأول

علاقة سد الذريعة بالتعويض عن الطلاق التعسفي

الفرع الأول : مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي فقها وقانونا

إن لفظة التعويض لها مفردات و استعمالات لغوية واصطلاحية عديدة لا بد من معرفتها للخروج بتعريف مضبوط و واضح وذلك من الجانبين الجانب الفقهي والقانوني **أولا** :

تعريف التعويض:

1- لغة: هو العوض ويعني الخلف، وتعوض: أي العوض

واستعاض: سأله العوض، وعاوضه: أي أعطاه إياه، واعتاضه: أي جاءه طالبا العوض[1]، والاسم العوض والمستعمل التعويض[2].

2- التعويض إصطلاحا:

أ- تعريف التعويض في الفقه الاسلامي

لم يكن التعويض في الفقه الإسلامي شائعا ومستخدما من قبل الفقهاء بل كانوا يستخدمون لفظ الضمان للدلالة على المال المطلوب أداؤه كتعويض وكان الفقهاء ينظرون إلى الضمان على أنه أعم من التعويض لأن الضمان مطلق الالتزام بالتعويض سواء حدث الضرر أو كان متوقعا أما التعويض فلا يجب إلا إذا حدث الضرر فعلا.

---

[1]- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس الحيط، تحقيق أنس محمد الشامي وزكرياء جابر أحمد، دار الحديث، القاهرة، 1429هـ 2009، ص161

[2]- الخليل بن أحمد الفراهيدي، المرجع السابق ص255

ولقد عرف بعض العلماء المعاصرين التعويض منهم الشيخ محمد شلتوت " التعويض هو المال الذي يحكم به على من أوقع الضرر على غيره في نفس أو مال أو التقدير في الشرف من باب التعزير الذي وكلت الشريعة الإسلامية أمره إلى الحاكم يقدره بالنظر إلى قيمة الضرر "[1].

وعرفه محمد سراج بقوله: "شغل الذمة بحق مالي أوجب الشارع أداؤه جبرا لضرر لحق بالغير في ماله أو بدنه أو شعوره سواء نشأ هذا الضرر بمخالفة العقد أو شرط من شروطها بارتكاب فعل أو ترك حرمة الشارع ذاتا أو مالا[2] .

ومن خلال ماسبق يمكن استخلاص تعريف للتعويض بأنه: **"عقوبة مالية تجب على الطرف الذي أوقع الضرر بالطرف المتضرر لمن أصابه من ضرر نتيجة استعمال الطرف الأول لحقه بوجه غير مشروع".**

فأساس التعويض في الفقه الإسلامي هو الواقعة المنشئة للحق في التعويض، أي كانت سببا لنشوء الحق في التعويض، ويكون ذلك إما بالتعدي الذي يقع من الفاعل أو بإساءة استعمال الحق بوجه عام[3].

ب – تعريف التعويض في القانون الجزائري

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف للتعويض، إلا انه في المادة 124 من القانون المدني الجزائري ما يلي: " كل عمل أيا كان يرتكبه المرء بخطئه و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض". و في المادة 124 مكرر ق.م.ج. مكرر التي تنص على: " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطئاً لا سيما في الحالات التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

[1]– رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الاسلامي ط1 دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2015.ص97

[2]– محمد شراح، ضمان العدوان في الفقه الاسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، لبنان ن ط1، ص47

[3]–حاجة عبد العالي، لمعيني محمد، دحامنية علي، الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق 2021–2022 ص50

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة"[1].

أي أن صاحب الحق المخول له قانونا إذا ما استعمله في حدود ما ذكر في هذه المادة يكون متعسفا في استعمال الحق، و بالتالي يحمل المتعسف مسؤولية تعسفه و يلزم من ذلك التعويض، وعليه فالتعويض في القانون الجزائري هو ما يدفعه المتسبب في الضرر للطرف المتضرر بسبب خطئه جبرا للضرر. كما جاء في المادة 132 ق مدني ج بعض الأحكام المتعلقة بالتعويض، فقضت على أنه: " يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، و يصح أن يكون التعويض مقسطا كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، و يجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأمينا وفق طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم و ذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل الغير مشروع"[2].

ومنه؛ يمكن تعريف التعويض بما يرتبط بالطلاق بأنه مبلغ من المال يدفعه الزوج لمطلقته نظير ضرر ألحقه بها و لتوفير حياة كريمة لها بسبب سلب دفء الحياة الزوجية منها.

فالتعويض هو ما يقدمه الزوج لطليقته تعويضا عن طلاقها بدون سبب، بحيث يكون للقاضي السلطة التقديرية في تقديره فالزوج بطلاقه لزوجته قد ألحق بها ضرر مادي و معنوي[3].

و قد نصت المادة 52 ق أسرة جزائري التي بينت أن يحكم القاضي بالتعويض للمطلقة حال الطلاق التعسفي من الزوج

ثانيا : شروط التعويض عن الطلاق التعسفي

ليكون الزوج مجبرا بدفع تعويض عن طلاقه من زوجته طلاقا تعسفياً لابد من شروط نذكرها فيما يلي:

أ- أن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين

---

[1]- المادة 132 من قانون المدني الجزائري، عدلت بالقانون 05-10المؤرخ في 20يونيو م 2005

[2]- المادة 132 من قانون المدني الجزائري .

[3]-حاجة عبد العالي، لمعيني محمد، دحامنية علي، الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري، ص51

ب- أن يكون الزوج صاحب الأمر بالطلاق بإرادته المنفردة.

ج – أن يكون الزوج متعسفاً في طلبه الرامي لإيقاع الطلاق.

الفرع الثاني: حكم التعويض عن الطلاق التعسفي وعلاقته بسد الذرائع

لكي نتعرف على حكم التعويض عن الطلاق التعسفي يجب علينا أولا أن نعرج على رأي الفقهاء في التعويض عن الطلاق التعسفي ثم بعد ذلك نتناول رأي القانون والقضاء في التعويض عن الطلاق التعسف.

أولا: رأي الفقهاء في التعويض عن الطلاق التعسفي:

لقد اختلف الفقهاء في حكم التعويض عن الطلاق التعسفي على مذهبين وبناء على هذا الخلاف السابق بينهم وهو في الأصل في الطلاق الاباحة ، ومن ثم لايعد الزوج متعسفا، أم أن الأصل في الطلاق المنع ومن ثم فإن المطلاق لغير سبب يعد متعسفا[1] لذلك انقسم الفقهاء إلى قسمين:

أ-أن القائلون بالتعويض عن الطلاق التعسفي:

ذهب فريق من العلماء المعاصرين إلى الأخذ بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي وقالوا بأن الزوج إذا طلق زوجته من غير مبرر شرعي معقول وكان تصرفه تعنتا وتعسفا محضا في استعمال حق مقيد منحه إياه الشارع الحكيم كانت المطلقة أحق بتعويض مالي محدد يقرره القاضي لها مقابل إيقاع الطلاق لأن في الطلاق ضياع لمستقبل الزوجة، وتفويت لفرضة الزواج وهي قد لا تعود[2]. وأهم هؤلاء العلماء علال الفاسي[3]، والشيخ عبد الوهاب خلاف[4]، والدكتور وهبة الزحيلي[5]، وقد استدلوا على ذلك بأدلة كثيرة نذكر منها:

---

[1]-مسعودة بودية، الطلاق التعسفي دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري، مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر، تخصص: أحوال شخصية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق 2015، 2016

[2]- عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية ن دار الفكر، عمان، الطبعة الأولى، 1428هـ، 2007م

[3]- علال الفاسي، النقد الذاتي، مطبعة الرسالة، ط5، الرباط، 1979ص279

[4] - عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية، دار القلم، ط2، الكويت، 1410، ص142

[5]- وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، مرجع سابق ج7، ص532.

أ-القياس: بنى الذين قالوا يفرض تعويض للزوجة على زوجها إذا تعسف في طلاقها على القياس على شيئين هما:

1-القياس على متعة المطلقة، وهو أن الله تعالى أوجب لبعض المطلقات متعة، وهي مثل ثيابها عند خروجها من بيتها، ويجوز أن يقدر ذلك بدراهم كما رغب في إعطاء المتعة لبعض المطلقات الأخريات، ولا تخلو مطلقة من متعة تأخذها من الزوج، فاستند قانون الأحوال الشخصية السوري إلى هذا المبدأ الشرعي، فأجاز للقاضي أن يحكم على المطلق بتعويض يتناسب مع ظلمه للمرأة وتعسفه في طلاقها[1].

2- القياس على إتلاف مال الغير الذي عليه حكم الشريعة الإسلامية أن على من أتلف مال غيره أن يضمنه، أليس من المنطق المعقول أن تحكم عليه بتعويض ما يتلفه من حياة المرأة وراحة قلبها؟[2]

والطلاق التعسفي تستفيد منه جميع المطلقات من كانت مدخولا بها وغير مدخول بها، إذا تعسف الزوج في الطلاق وتبين للقاضي أنه سيصيبها فقر سبب ذلك، وهذا ظاهر الفصل الثاني والخمسون من قانون الأسرة من قانون الأسرة الجزائري.

ب - قاعدة رفع الضرر:

الزوج حين يطلق زوجته طلاقا يتعسف في إيقاعه، فإنه يلحق بها ضررا، والضرر يرفع في الشريعة الإسلامية، وسبيل رفعه هنا أن يحكم لها بالتعويض عنه، وتقرر الشريعة في قواعدها العامة أن حق المتضرر بفعل آخر أن يطالبه بتعويض عن ذلك الضرر، والمباشر للضرر ضامن وإن لم يتعمد[3].

ت- تحريم الإسلام للظلم: في قوله ﷺ ((الظلم ظلمات يوم القيامة))[4]. ذلك أن الشريعة الاسلامية دعت إلى العدل ونهت عن الظلم، فيرفع الظلم عن الزوجة بفرض تعويض على الطلق بقدر تعسفه.

---

[1]- وهبة الزحيلي ، المرجع نفسه، ج7 ص 532

[2]- الطاهر حداد، أمور تنافي الشريعة والمجتمع، الدار التونسية للنشر، ط2، 1972، ص82.

[3]-ينظر، تواتي نورة المجلة العربية للفقه والقضاء، إصدار الأمانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب العدد، 2 ص117

[4]-صحيح البخاري، كتاب المظالم والغصب، رقم الحديث 2447، صحيح مسلم شرح النووي، كتاب السير والصلة والآداب، رقم الحديث 2578.

ث- سد الذرائع: فمن أجل المحافظة على الصالح العام وعلى كيان الأسرة التي هي كيان المجتمع، كل ذلك يدعوا إلى النظر في وضع تشريع رادع لمن أساء استعمال الحق، والسياسة الشرعية في الإسلام تبيح لولي الأمر أن يقيد المباح وأن يفرض عقوبة أو جزاء على من أساء.

ب القائلون بعدم جواز التعويض عن الطلاق التعسفي:

من بين الفقهاء الذين أخذوا بمبدأ عدم التعويض عن الطلاق التعسفي الإمام محمد أبو زهرة وعبد الرحمان الصابوني ومحمد عقلة.

فيقول أبو زهرة: " وكان رأي أكثر المحاكم وهو ما كان قد استقر عليه الأمر أنه لا تعويض في الطلاق، وذلك حكم صحيح يتفق مع المبادئ الإسلامية، ولكنهم يعللون الحكم بأن الأصل في الطلاق هو الاباحة، والحق أن الأصل هو الحظر، ولا يباح إلا للحاجة. ولكن تكون هذه الحاجة نفسية، وقد تكون مما يجب ستره وهي في كل أحوالها، أو جلها لا يجوز أن تعرض بين أنظار القضاء ويتنازعها الخصوم فيما بينهم شدا وجذبا، وقد أخطأ من حكم بالتعويض لأجل الطلاق، و لو كان ثمة شرط يوجب التعويض، إذ يكون شرطا فاسدا فيلغى"[1].

واستدلوا بأدلة كثيرة منها:

-إن الطلاق حق مباح للزوج في الشريعة الإسلامية لا يتقيد في استعماله بوجوب الحاجة التي تدعو إليه فمن طلق زوجته دون سبب ظاهر فهو مستعمل لحقه الشرعي ولم يكن منه إساءة يستوجب مسؤولية عن الضرر الذي يلحق بسبب الطلاق [2].

-إن التعويض عن الطلاق التعسفي لم يرد فيه النص في القرآن الكريم ولا في السنة ليقر بهذا المبدأ.

-إن الأصل في الطلاق الحظر ولا يباح إلا للحاجة، ولكن هذه الحاجة قد تكون نفسية كعدم ميل الزوج لزوجته، وقد يكون مما يجب ستره بحيث لو عرض على القضاء لكان في ذلك تشهير بكرامة الزوجين ما يتضاءل بجانبه أي اعتبار مادي.

---

[1]-محمد أبو الزهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة 1948.

[2]-جميل فخري محمد غانم مرجع سابق ص277

– أن الحكم بالتعويض يجعل كل واحد من الزوجين يقذف الآخر بالتهم الصحيحة أو الباطلة بسبب هذا التعويض الزائد على ما شرعه الله، وذلك لتثبيت التعسف، و سيعود حتما بالضرر الأكبر على المرأة لأن أي كلام من الرجل في حقها يجرحها جرحا بليغا و يسيء إليها، و يقضي على مستقبلها[1].

–إن القول بالتعويض عن الطلاق التعسفي يؤدي إلى منع إيقاع الطلاق الذي لا ظلم فيه فقد يكون الدافع للطلاق ريبة أحاطت بالزوجة فطلقها خشية العار وسترا عليها وليس من العدل أن تعوض في هذه الحالة.

–التعويض عن الطلاق التعسفي يشمل المدخول بها، فان طلاق غير المدخول بها هو طلاق وقائي في حد ذاته منعا لفساد متوقع فلا مبرر للتعويض عنه، كما أن الزوجة لم تخسر شيئا تستحق به التعويض؛ بل إ إن الزوج هو الذي خسر بإعطائها نصف المهر فلا مبرر حينئذ للتعويض عن هذا الطلاق.

ثانيا: موقف القانون والقضاء في التعويض عن الطلاق التعسفي

أخذ المشرع الجزائري بالتعويض عن الطلاق التعسفي في المادة 52 من ق أج (الأمر 05–02 المؤرخ في: 27/02/2005 المعدل والمتمم)[2] التي تنص: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها ".

وعليه؛ فإن تعسف الزوج في إيقاع الطلاق دون سبب مشروع موجب للحكم بتعويض المطلقة عما أصابها من ضرر والملاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري رغم إقراره بتعويض المطلقة عن الضرر الذي أصابها بسبب الطلاق التعسفي، غير أنه لم يحدد

[1]– ساجدة عفيف محمد رشيد العتيلي، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة ولقانون الأردني (رسالة لنيل درجة الماجستير بكلية الفقه والتشريع)، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2001، ص109.

[2]– الجريدة الرسمية، العدد 15 سنة 2005، ص21.

مقداره تاركا ذلك لإعمال القاضي سلطته التقديرية في الحكم بمبلغ التعويض المستحق للمطلقة تعسفيا.

ويتعين على القاضي ألا يجعل من التعسف في الطلاق قيدا على الطلاق الذي شرعه الله إذا قامت مبرراته، كما أنه لا يجوز أن يكون الغلو في تقدير التعويض سيفا على رقاب الرجال[1].

ومن الاجتهادات القضائية التي تؤكد التعويض عن الطلاق التعسفي ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 17/11/1998 أنه : " المقرر قانونا أن للزوجة الحق في التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسف في الطلاق ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون، ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدها بالتعويض دون أن يحصل من الطاعن أي نشوز أو تعسف ، فإنهم بقضائهم كما فعلوا، خالفوا القانون، ما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا"[2] .

وما أصدرته بتاريخ: 12/07/2006 بخصوص تقدير التعويض الذي تضمن تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص بها قضاة الموضوع دون غيرهم [3]، بالإضافة إلى صدور قرار آخر بتاريخ: 15/11/2006 بخصوص التعويض في حالة الطلاق قبل الدخول الذي جاء فيه: " يحق للزوجة في حالة الطلاق قبل الدخول بها الحصول على تعويض من جراء تفويت فرصة الزواج من الغير عليها"[4].

---

[1]–أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2009، ص111

[2]–قرار صادر عن م، ع، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم: 21451 بتاريخ: 1998/11/17م، عدد خاص، ص252نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق 240

[3]قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم: 368660، بتاريخ 2006/07/12، منشور المجلة القضائية، العدد 02/2006، ص483، نقلا عن نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري، دليل القاضي والمحامي مادة بمادة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والإجتهاد القضائي، دار هومة، الجزائر، 2016، ص132

[4]–قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 372290، بتاريخ: 2006/11/15م، منشور المجلة القضائية، العدد 01/2007، ص487، نقلا عن نفس المرجع، ص137.

ثالثا: التعويض في الطلاق التعسفي وسد الذرائع

يتضح من خلال تناولنا التعويض عن الطلاق التعسفي رجحان رأي القائلين بالتعويض عن الطلاق التعسفي لما يأتي:

1- أن الطلاق وإن كان حقا للرجل إلا أن هذا الحق مقيد بأن تدعوا الحاجة إليه، وبأنه لا يترتب عليه أضرار للآخرين، فإذا أساء الزوج استعمال هذا الحق وترتب ضرر للمطلقة وجب عليه التعويض ماديا وأدبيا [1].

2- العمل بالسياسة الشرعية العادلة التي تمنع ظلم المرأة وتعريضها للفاقة والحرمان بسبب تعنت الزوج [2].

3- العمل بمبدأ سد الذرائع، فالتعسف إذا وقع وسبب ضررا يستوجب المسؤولية، ويترتب جزاء دنيويا عن طريق القضاء، بإزالة الضرر عينا إن أمكن أو عن طريق الضمان، وقطع سبب الضرر منعا من استمراره في المستقبل[3]، ولقد أخذ التشريع الجزائري بالتعويض عن الطلاق التعسفي في المادة 52 من ق أج (الأمر 05/02 المؤرخ في: 27/02/2005 المعدل والمتمم) التي تنص: " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها ".

وعليه، فإن تعسف الزوج في إيقاع الطلاق دون سبب مشروع موجب للحكم بتعويض المطلقة عما أصابها من ضرر.

المطلب الثاني أثر سد الذرائع في اختلاف الدين بين الحاضن والمحضون

الفرع الأول: تعريف الحضانة

أولا: لغة: الحضانة بفتح الحاء هي ضم الشيء إلى الحضن (بالكسر) وهو ما دون الإبط إلى الكشح، وحضن الطائر بيضه ضمه إلى نفسه تحت جناحية للتفريخ، وحضنت المرأة الصبي رعته وربته، فالحاضن والحاضنة الموكلات بالصبي يحفظانه ويربيانه[4].

---

[1]- عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق ن ص342

[2]- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 7 ص522

[3] فتحي الدريني، المرجع االمرجع السابق، ص175

[4] مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط ط8، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، لبنان، 2005، ص 1190

ثانيا: التعريف الفقهي للحضانة : عرفت بعدة تعريفات منها:

عرف الفقهاء الحضانة بعدة تعاريف، فهناك من عرفها بأنها عبارة عن القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة أو المعتوه الذي لايميز ولا يستقل بأمره وتعهده بما يصلحه ووقايته مما يؤذيه أو يضره وتربيته جسميا ونفسيا وعقليا كي يقوم على النهوض بتبعات الحياة والاضطلاع بمسؤولياتها[1].

وعرفها من المالكية الدوسوقي بقوله "الحضانة هي حفظ الولد في مبيته ، وذهابه ومجيئه ، والقيام بمصالحه ، أي من طعامه ولباسه وتنظيف جسمه وموضعه "[2].

عرفها الحنفية ومنهم الكاساني بقوله: "إنها ضم الأم ولدها إلى جنبها واعتزالها إياه من أبيه ليكون عندها فتقوم بحفظه وإمساكه ، وغسل ثيابه"[3].

وعرفها من الشافعية الشربيني_ بقوله "الحضانة شرعا هي حفظ من لايثقل بأمور نفسه، عما يؤذيه لعدم تمييزه ، كطفل وكبير ومجنون ، وتربيته أي تنمية المحضون بما يصلحه بتعهده بطعامه وشرابه ونحو ذلك "[4].

وعرفها الحنابلة بقولهم: " هي حفظ صغير ومعتوه ومجنون عما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم، ومنها غسل ثيابه، وذهنه، وتكحيله، وتحريكه لينام"[5].

أما التشريع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري في المادة 62 فقد عرفها كالآتي: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا...".

---

[1] السيد سابق –فقه السنة – المكتبة العصرية – بيروت ص482

[2] الدوسوقي ، المرجع السابق ،ج2 ص526.

[3] الكاساني، بدائع الصنائع ، ج2 ص129

[4] الشربيني محمد الخطيب ، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، دار الفكر ، ص452

[5] – أحمد عبد الحي محمد، أحكام الحضانة في الفقه الاسلامي–دراسة مقارنة –، د،ط، د،د،ن، ب د ت، ص16

والملاحظ من هذا التعريف أن المشرع الجزائري اهتم بالحضانة، وقيدها بشروط وأراد أن يلفت انتباه الحاضن إلى ماهو مقدم عليه من واجبات نحو المحضون وأهله. فالأمر يحتاج إلى ذي أهلية خاصة، ويكون المشرع قد حدد في هذه المادة نطاق الحضانة ووظائفها التي لا تتم إلا بها، بوصفها جوانب أساسية لتنمية شخصية المحضون.

و يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن تعريف المشرع الجزائري الوراد في قانون الأسرة الجزائري رغم احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها، ولكنه أشمل تعريف بمقارنته ببعض القوانين الوضعية الأخرى لأنه أشمل وفيه أفكار لم يشملها غيره.

وهو تعريف جمع في عمومياته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية وبناء على ذلك فإنه يتعين على المحكمة عندما تقرر الحكم بانحلال الرابطة الزوجية، وتفصل في حق الحضانة أن تراعي كل هذه العناصر التي تضمنها التعريف، وتراعي المصلحة التي تجلب نفعا وتدفع ضرا.

ثانيا: حكم حضانة الكافر للمسلم

تعتبر الحضانة من آثار انحلال الرابطة الزوجية، فقد تكون بالطلاق أو الوفاة أو الفسخ وذلك بسبب إسلام أحد الزوجين أو ردة أحدهما، ومن المعلوم أن الأم أولى بحضانة طفلها، لكن هذه الأم قد تكون كافرة أو مسلمة، فحضانة الأم المسلمة لا تثير أي إشكال والإشكال المطروح هو: هل للأم غير المسلمة أن تحضن ولدها المسلم أم لا ؟

1- رأي الفقهاء: نجد اختلاف الفقهاء، فهناك من يرى جواز حضانة الكافر للمسلم، وهناك من يرى بعدم جواز ذلك.

أ-القائلون بحضانة الكافر للمسلم

- **تصوير المسألة:** يرى أصحاب هذا المذهب بأن اختلاف الدين بين الحاضنة والمحضون لا يؤثر في أحقية الحاضنة لحضانة صغيرها، وهو رأي الحنفية والمالكية.

وقال المالكية إلى أنه لا أثر لاختلاف الدين في إسقاط حق الحضانة، سواء كان الحاضن ذكرا أو أنثى أو كان كافرا أو مجوسيا، وبالتالي إذا كانت المرأة مجوسية وأسلم زوجها، واستمرت هي على الكفر فإن الحضانة تثبت لها، إلا أنه إذا خيف على المحضون من الحاضنة فسادا، كأن تطعمه من لحم الخنزير أو الخمر، ضمت الحاضنة إلى المسلمين ليكونوا رقباء عليها، ولا ينزع منها[1].

- **دليلهم :**

– **من السنة:** الحديث الذي المروي عن أبو داود عن عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سنان أَنَّهُ أسلمَ وأبتِ امرأتُه أن تسلمَ فأتتِ النَّبيَّ صلَّى اللَّهُ عليهِ وسلَّمَ فقالت ابنتي وَهيَ فطيمٌ أو شبَهةُ وقالَ رافعٌ ابنتي قالَ لَه النَّبيُّ صلَّى اللَّهُ عليهِ وسلَّمَ اقعد ناحيةً وقالَ لَها اقعدي ناحيةً قالَ وأقعدَ الصَّبيَّةَ بينَهما ثمَّ قالَ ادعواها فمالتِ الصَّبيَّةُ إلى أمِّها فقالَ النَّبيُّ صلَّى اللَّهُ عليهِ وسلَّمَ اللَّهمَّ اهدِها فمالتِ الصَّبيَّةُ إلى أبيها فأخذَها"[2].

– **وجه الدلالة:** فتخيير الرسول الله عليه وسلم للطفلة فيه دلالة واضحة على أحقية الأم في الحضانة حتى ولو كانت كافرة، وهذا ما يدل على أنه لا أثر لاختلاف الدين في الحضانة.

أما الحنفية " فيفرقون بين حضانة النساء والرجال، فإذا كانت الحضانة للمرأة فإنه لا يشترط اتحاد الدين، سواء كانت الحاضنة كتابية أو مجوسية، لأن المرأة مجبولة على الرفق والشفقة، وهاتان الصفتان لا تتغيران باختلاف الدين" [3].

أما فيما يخص الرجال فإن انتقال الحضانة إليهم، يشترط فيه اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون، لأن الرجال ما استحقوا الحضانة إلا لأحقية الإرث، ومنه لا توارث مع اختلاف الدين، وبالتالي لا حضانة[4].

ب– **المانعين لحضانة الكافر للمسلم:** من قال بهذا الرأي يرى بعدم جواز ثبوت الحضانة لكافر على مسلم فلا بد من اتحاد الدين بين الحاضنة والمحضون، وهذا رأي الشافعية والحنابلة وابن قيم والظاهرية. وقد احتج أصحاب هذا الرأي بما يلي:

---

[1] محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، د ط، دار إحياء الكتب العربية، دب، د ت، ص 529

[2] –اخرجه أبودود، كتاب الطلاق، باب إذا أسلم الأبوين برقم 2244.

[3] محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين، البناية شرح الهداية، المرجع السابق، ج5،ص644.

[4] – وهبه الزحيلي، الوجيز في الفقه الاسلامي، ط1، دار الفكر سوريا، 2006م، ص126 –127

- **من القرآن الكريم**– قوله تعالى في سورة النساء:﴿ وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾[1]

***وجه الدلالة:**

– أن الحضانة نوع ولاية، فلا تثبت لكافر لأنه لا يوثق به في أداء الواجب من الحضانة، والله جلّ وعلا قطع الولاية بين المسلمين والكفار[2].

– الحاضن حريص على تربية الطفل على دينه، فالطفل عندما يكون سليم الفطرة ولا يعقل الأديان تترسخ في ذاكرته كل عقيدة يتلقاها، كما قال رسولنا عليه الصلاة والسلام: " كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه" [3].

غير أن ابن حزم فرق بين الرضيع والمفطوم في الحضانة، حيث اشترط اتحاد الدين بعد مدة انتهاء الحضانة، فالأم الكافرة أحق بحضانة ولدها المسلم حتى تنتهي مدة الرضاعة، مصداقا لقوله تعالى:﴿ وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِى كِتَٰبِ ٱللَّهِ ﴾[4]. لكن قوله تعالى:﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾[5]فيه دلالة على اختلاف الدين في مدة الرضاعة لا ضرر فيه لكون الصغير في هذه السن لا فهم له، بالإضافة إلى حاجته الشديدة لأمه[6].

فرع الثاني: أثر سد الذرائع حال اختلاف الدين بين الحاضن والحضون فقها وقانونا

ما ينبغي ملاحظته بشأن الحضانة فهو أن المشرع الجزائري قد اكتفى باشتراط تربية المحضون على دين أبيه، واشتراط أن يكون الحاضن أهلا للقيام بأعباء الحضانة، وربط مسألة اتحاد الدين أو اختلافها بين الحاضن والمحضون بمصلحة المحضون المعتبرة شرعا ، والتي يقدرها القضاء عادة.

---

[1]– سورة النساء، الآية 141

[2]–موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 9 ص 297

[3]– أخرجه البخاري، كتاب الجنائز، باب ما قيل في أولاد المشركين برقم 1385.

[4]–سورة الأنفال، الآية 75.

[5] البقرة، الآية 233

[6] أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن جزم، المحلى، ج0، د ط، إدارة الطباعة المنبرية، مصر 1352 هـ، ص323

الفرع الثاني : علاقة سد الذرائع باختلاف الدين بين الحاضن والمحضون

إن اشتراط الفقه الإسلامي في إسناد الحضانة قد ربطها بمصلحة المحضون وفقا للضابط الفقهي "تراعى مصلحة المحضون دوما في أي يد كان" ،و قاعدة" تصرف الإمام منوط بالمصلحة". وجعلها أولوية الأولويات التي يربى عليها الطفل المحضون تربية اسلامية صحيحة، و واعتبار شرط اتحاد الدين عند من يعتبره من الفقهاء المسلمين (الشافعية والحنابلة)أساسا لإسناد الحضانة ، وذلك من باب سد الذريعة ، حتى لا يتخذ الحاضن حقه في الحضانة ذريعة لتغيير دين المحضون ، وذلك من أكبر الأضرار الماسة بالمحضون وعقيدته الإسلامية الصحيحة.

1- موقف القانون و القضاء من اختلاف الدين بين الحاضن والمحضون

مما ينبغي ملاحظته أن المشرع الجزائري لم يخص الحضانة بقاعدة إسناد صريحة توضح القانون الواجب التطبيق عليها، وجعل تكيفها يخضع لسلطة القاضي وبدوره يشترط الاجتهاد القضائي الجزائري اتحاد الدين بين الأم الحاضنة والمحضون، أخذ بالمذهب القائل بعدم اشتراط اتحاد الدين.

ومن الاجتهادات القضائية التي تبين ذلك ما جاء في إحدى قراراته رقم55221 المؤرخ في 1 مارس 1998 أنه :" المقرر شرعا و قانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه، وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية"[1] .

وأسند في قرار آخر رقم19287 المؤرخ في 16 أفريل 1997 أن الحضانة للأب وأسقطها عن أم أجنبية مسيحية، ثبت له من ملف الدعوى حسب سجل الكنيسة وشهادات

[1]ملف رقم 52221قرار مؤرخ في 16 أفريل 1989 م، غ أ ش، المجلس الأعلى، المجلة القضائية، العدد رقم 1، الجزائر 1993،ص 48.

التمسيح أنها عمدت إلى تمسيح الأبناء، حيث جاء فيه " من المقرر.... أن الأم تستحق حضانة الأولاد ولكن شريطة أن يبقى هؤلاء على دين أبيهم"[1].

يتبين من السابقين أن القضاء راعى المصلحة الدينية للمحضون، حيث جعل إسناد الحضانة للأم الأجنبية غير المسلمة مرتبطا بتربية الابن على الدين الإسلامي، غير أنه إذا خيف على دين المحضون فإن القاضي يتدخل لتطبيق امتياز الديانة، لأن حق الحضانة في هذه الحالة أصبح متعارضا مع حق الصغير، وهذا الحق الأخير مقدم على حق والديه لأن المعتبر في الحضانة مصلحة المحضون، مما يستوجب في هذه الحالة إسقاط الحضانة عنها، لاسيما إذا تأكد عدم احترامها للشروط الأخرى لممارسة الحضانة، وفي مقدمتها الأمانة والاستقامة، فالتربية الدينية للمحضون تقتضي المحافظة على هويته الإسلامية وتوفير جو يساعد على ترسيخ تلك الهوية، وهكذا والتي تشرب الخمر، أو من تأكل لحم الخنزير أمام المحضون، أو تبعده عن دينه، أو تدفعه لممارسة طقوس مخالفة للشريعة الإسلامية لا تكون أهلا للحضانة[2].

لضمان حماية فعالة للمحضون وغلق باب تغيير ديانته استقر الاجتهاد القضائي الجزائري في أغلب قرارته على منح حق الحضانة للأم الأجنبية غير المسلمة طبقا للمادة 64من قانون الأسرة الجزائري شرط إقامتها في الجزائر، لأن الأم الأجنبية غير المسلمة غالبا ما تسعى إلى العودة لبلدها، الأمر الذي يؤدي إلى تنشئة المحضون على غير الدين الإسلامي.

إن ممارسة الحضانة في المحيط الجزائري كبيئة إسلامية يعتبر كضمان للتربية الدينية للمحضون، بعيدا عن موبقات البلد الأجنبي غير الإسلامي وهذا الشرط يعد سدا لباب ربما تتخذه المطلقة إذا أُسندت لها الحضانة من غير توضيح لمكان ممارستها ذريعة لأخذ

1- ملف رقم 19287، قرار مؤرخ في 16 أفريل 1979م، غ أ ش المجلس الأعلى نشرة القضاة، العدد 2، الجزئر 1981م، ص 108،110.

2-حياة عفرة، مقال بعنوان، إشكال إسناد الحضانة عند اختلاف ديانة الحاضن عن المحضون في التشريعة الجزائري والقوانين المقارنة منشور على مجلة

المحضون وتنشئته على دين وعادات مخالفة لدين وعقائد الاسلام، فهذا القرار يعتبر من باب سد الذريعة على الحاضنة ، ودءا للباعث الذي قد يدفع الأم لتغيير دين ولدها على غير ملة الإسلام .

لكن الملاحظ في هناك عدة عراقيل تواجه تربية الطفل على دين أبيه، خاصة إذا كان الأب مسلما ثم ارتد عن دين الإسلام فهنا تسقط عنه الحضانة حتما ، وهذا ماجاء في قرارا الصادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية رقم 699785 بتاريخ 2012/04/12م الذي أسقط الحضانة عن الأب المرتد عن الدين الاسلامي واعتناقه المسيحة، واعتبر القضاة الردة اخلالا بالنظام العام ومسببا ضررا معنويا للزوجة التي تزوجت هذا الشخص على أساس أنه مسلم موافق لملتها .

وقد جاء هذا الحكم موافقا لنص المادة 30 من قانون الأسرة التي جعلت زواج المسلمة مع غير المسلم من الموانع المؤقتة للزواج وهو ما لا يثير إشكالا بالنسبة للحضانة كأثر من آثار الزواج وفك الرابطة الزوجية، وإذا ما وقع العكس في حالة الارتداد عن الإسلام من احد الوالدين، فالحضانة للمسلم مطلقا، لأنه لا ولاية لكافر على مسلم. كما أن السلطة التقديرية تبقى قائمة للقاضي دوما في مراعاة مصلحة المحضون ودينه.

فالمحكمة العليا قد وفّقت في قرراها هذا وكذا نص المادة 30 من ق أسرة التي منعت زواج المسلمة بغير المسلم، فدين الأب أو الام يجب أن يكون الاسلام حتما. فلا يعتبر الزواج شرعيا ولا يعتد بآثاره إذا تزوجت المسلمة بغير المسلم لكونه منافي للنظام العام ، وتحصل به الفرقة حالا وتعتبر النيابة العامة طرفا أصليا في مثل هذه المسائل، كما هو موضح في القرار الحال.

وهي بهذا تسد منفذا على الأب أو الأم المرتدين عن الإسلام، و اللذان ينشئان ولدهما على غير ملة الإسلام بذريعة الحق في الحضانة، فالمراد بعبارة "وتربيته على دين أبيه" الواردة في المادة 62 من قانون الأسرة، تفسيرها القانوني الصحيح هو الدين الاسلامي وليس غيره لأن الدين عند الإسلام، وهو ما تعضده المادة 30 فقرة 6 من قانون الأسرة التي لا تجيز

للمسلمة الزواج بغير المسلم، وارتداد الزوج عن الإسلام تقع به الفرقة في الحال لأن الردة فكما تمنع الزواج ابتداءا فإنها تمنعه بقاء وفقا لما جاء في قرار المحكمة العليا، ويفقد المرتد حقوقه التي يعد سقوط حق الحضانة منها حسبما أقره قضاة المحكمة العليا بقولهم :"يحق للزوجة المسلمة طلب التطليق في حالة ارتداد الزوج عن دين الإسلام، ويحكم القاضي فورا بالفرقة بين الطرفين مراعاة للنظام العام"[1]. فلا يطرح أي إشكال في هذا الباب مادام أن المشرع والتفسير القضائي فصل فيها قطعا و اعتبربالإسلام فقط، وتتحقق بذلك مصلحة المحضون.

[1]- قرار المحكمة العليا غرفة شؤون الاسرة والمواريث ملف رقم 699785المؤرخ في 2012/04/12

الخاتمة

الخاتمة

أحمد الله جل وعلى حمدا يليق بجلاله على أن وفقنا لإتمام موضوع مذكرتي هاته وأسأله سبحانه وتعالى القبول المباركة في هذا العمل وأن يجعله خالصا لوجهه الكريم وصلى الله وسلم على رسوله الكريم وعلى آله وصحبه أجمعين إلى يوم الدين.

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

أولا: إن العمل بسد الذريعة 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 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 سد الذريعة 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 لسد الذريعة دور مهم وأساسي في معالجة القضايا المعاصرة والنوازل التي تطرأ على الأسرة ومن بينها مسائل فك الرابطة الزوجية

خامسا : إن سد الذريعة لا تقتصر كشرط في الدعوى فقط بل أنها متواجدة في غير الدعوى مثلما رأينا في بحثنا.

سادسا : إن اعتبار سد الذريعة من طرف المشرع الجزائري في مسائل فك الرابطة الزوجية والأثار المترتبة عليها من حضانة وتعويض عن الطلاق التعسفي والخلع القضائي راعى مصلحة كل الأطراف الزوج باعتباره مسؤولا عن أولاده القصر والزوجة باعتبارها الطرف الضعيف والأولاد.

اقتراحات

أولا : استبدال نص المادة 54 من ق أ ج وأن يطبق المشرع الجزائري ماجاءت به ريعة الاسلامية أو مذهب معين وأن يحدد ماهي الاسباب المشروعة التي تجعلها تطلب الطلاق فعدم تحديد الاسباب يجعل الزوجة تتحايل على القانون وتجعل عدم وجود الاسباب في القانون ذريعة لطلب الخلع، وأن يكون الخلع بموافقة الزوج وبالمبلغ الذي يطلبه تقليلا من نسبة الخلع .

ثانيا: المستحسن تعديل المادة 52 من قانون الأسرة فيما يتعلق بالتعويض عن الطلاق التعسفي من ناحية المقدار فيجب أن يرعى المدة الزوجية ويرعى فيها حالة المطلق غنيا كان أو فقيرا وإذا كان موظفا يجب أن يكون مقدار التعويض موائما لدخله الشهري والترخيص له بالسداد على أقساط .

ثالثا: تكوين تخصصي لقضاة شؤون الأسرة من الناحية الشرعية وإدراج متخرجي الشريعة تخصص

" شريعة وقانون" الذين يزوجون في دراستهم بين الشريعة والقانون فهم أمكن ممن درس القانون بصفة انفرادية

رابعا : أوصى باستكمال الجهد في موضوع التطبيقات المعاصرة لسد الذريعة والمصادر التبعية الاجتهادية التبعية، حتى يتبين اتصال هذه المصادر بواقعنا المعاصر وأنها ذات أثر كبير

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم

علوم القرآن:

- ابن كثير، أبو الفدا اسماعيل بن عمر (ت744)، تفسير القرآن العظيم، تحقيق : سامي السلامة، دار طيبة –الرياض، ط2،1420هـ ج5.
- محمد بن جرير أبو جعفر الطبري ، جامع البيان في تأويل آي القرآن . تح : أحمد محمد شاكر ، ج4 ، (ط :1 ؛ لا . م : مؤسسة الرسالة ، 1420هـ 2000م) .

كتب السنة النبوية وعلومها

- . ابن الاثير ، أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد النهاية في غريب الحديث والأثر ، ج2 ، الطبعة الثانية ، المكتبة العلمية ، بيروت (1399هـ 1979 م) .
- ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني (ت:852)، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تعليقات : الشيخ عبد العزيز بن باز، دار المعرفة بيروت، 1379هـ،ج10.
- أبو داوود سليمان بن الأشعث السجستاني ، سنن أبي داوود . تحقيق : محمد محي الدين عبد الحميد ، ج2 (لا. ط؛ صيدا بيروت : المكتبة العصرية د.ت)، كتاب الطلاق ،باب الطلاق على الهزل حديث رقم :2194.
- أبو سليمان بن إبراهيم بن الخطاب السبتي ، معالم السنن ،ج3 ن (ط:1 ؛ حلب : المطبعة العلمية ، 1351هـ /1932م باب الطلاق على الهازل
- أبودود ، سنن ابي دوود ، كتاب الطلاق ، باب إذا أسلم الأبوين برقم 2244.
- أحمد بن عبد الملك القسطلاني القتيبي ، إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري , ج10، (ط:7 ؛ مصر : الطبعة الأميرية :1323) ،باب : موعظة الإمام للخصوم ، أخرجه ابن سعد في الطبقات الكبرى ، تح : علي محمد عمر ، مكتبة الخانجي ن القاهرة ،ط1، 2001م.
- أخرجه ابن سعد في الطبقات الكبرى ، تح : علي محمد عمر ، مكتبة الخانجي ن القاهرة ،ط1، 2001م ج8
- البخاري ، صحيح ، كتاب : الوضوء، باب : لا يتوضأ من الشك حتى يستيقن
- البخاري ، صحيح البخاري 4775 ، باب تبديل لخلق الله (تح : محمد زهيربن ناصر ، دار طوق النجاة ، الطبعة 1 ،1422.

- البخاري ، صحيح البخاري .ج9، مرجع سابق، كتاب الأحكام، باب: موعظة الإمام للخصوم حديث رقم 7161،
- البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الحدود، باب : إذا أصاب قوم من رجل هل يعاقب أم أن يقتص منهم كلهم
- البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الجنائز ، باب ما قيل في أولاد المشركين برقم 1385.
- البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب المظالم والغضيب ، رقم الحديث 2447 ، صحيح مسلم شرح النووي ، كتاب السير والصلة والآداب ، رقم الحديث 2578.
- البخاري ، صحيح البخاري ج7 ، مرجع سابق ، كتاب الطلاق ، باب الخلع وكيفية الطلاق فيه ، رقم الحديث : 5273 .
- البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب " وبعولتهن أحق بردهن " في العدة، ج7 /58[5332].مسلم صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها نج2/1094[1471].
- مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب : الايمان، باب : بيان الكبائر وأكبرها.
- مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الطلاق، باب : الطلاق الثلاث.
- مسلم ، صحيح مسلم، كتاب الطلاق باب طلاق الثلاث، ج2 [1472].
- المغربي : الحسين بن محمد بن سعيد اللاعي (ت 1119 هـ) ، البدر التمام شرح بلوغ المرام ، تحقيق : علي الزين ، دار هجر

المعاجم والقواميس

- ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكريا (ت395هـ) معجم مقايس اللغة، تحقيق : عبد السلام هارون، دار الفكر–بيروت 1399هـ ج3.
- ابن منظور الإفريقي ، لسان العرب ، تح : خالد رشيد القاضي ، دار الابحاث ، بيروت ،ط1 ، 2008م، ج7
- ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي (ت711هـ)، لسان العرب، دار صادر –بيروت، ط3، 1414هـ،ج3.
- ابن منظور،أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم المعرف لسان العرب طبعة ، مراجعة ومصححة بمعرفة نخبة من السادة الأساتذة المتخصصين ، دار الحديث ،القاهرة،(د ط)،(د ت ن)مج5 .
- بوعزة أنيم ، مرشد الطلاب اللغوي المتردفات والأضداد ، منشورات المرشد الجزائرية (د ط)،2017.
- الجوهري، أبو نصر إسماعيل بن حماد (ت:393)، الصحاح تاج اللغة العربية وصحاح العربية، تحقيق : أحمد عطار، دار العلم للملايين – بيروت،ط4، 1407هـ،ج3.

- الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق (ت:1205هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، ج1.
- الفيروز بادي : محمد الدين بن يعقوب الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، تح: مركز الرسالة للدراسات وتحقيق التراث بإشراف : محمد نعيم العرقسوسي ، مؤسسة الرسالة (د م ن) ، ط4 1436-2015
- المعجم الكافي ، باب الصاد (د م ن)، ط6 ، 2015/2014 م .
- الموسوعة الفقهية، كتاب الطلاق، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط1 ، 1414هـ- 1993م ،ج29.

كتب مذاهب الفقه الإسلامي:

<u>المذهب المالكي :</u>

- .ابن جزي ،أحمد بن محمد القوانين الفقهية المتوفي (ت :841هـ) دار ابن حزم ، حققه ماجد الحموي ، دار ابن حزم ،ط1 ، 1424 هـ،2013م
- .محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج3، د ط ، دار إحياء الكتب العربية ، دب ، د ت .
- ابن العربي، أحكام القرآن، تعليق محمد عبد القادر عطاط، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1408هـ، ج1.
- ابن عاشور محمد طاهر ، مقاصد الشريعة . تحقيق محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس ن الاردن، ط1، 1420هـ
- أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي ، البهجة في شرح التحفة ،دار الكتب العلمية ، بيروت ،ط 2،1998 ،ج1.
- الدوسوقي ، محمد بن أحمد بن عرفة الدوسوقي المالكي ، حاشية الدوسوقي على الشرح الكبير ،ج2 (بدون طبعة) بيروت دار الفكر ، د .ط ، د. ت .ن
- الشاطبي، الموفقات تحقيق عبد الله دراز ن دار المعرفة، بيروت لبنان، ط1، 141هـ .
- القرافي شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول –تحقيق طه عبد الرؤوف سعد – مكتبة الكليات الأزهرية ط2-1414-1993.
- القرافي، الفروق، ج2،، تحقيق عبد الحميد هنداوي – المكتبة العصرية – طبعة 1424ج2.
- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1405ج2 . ماكي
- القيرواني ، أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن (ت386)، متن الرسالة ، دار الفكر ، بيروت ،الحطاب ، مواهب الجليل .

- محمد الأمير المالكي ، ضوء الشمع شرح المجموع في الفقه المالكي ، تح : محمد محمود ولد محمد الأمين المسومي ج4 : ط:1 ؛ موريتانيا ، نواكشط ،دار يوسف بن تاشفين ، مكتبة الإمام مالك ،1426هـ،2005م.
- محمد التمسماني، الاجتهاد الذرائعي في المذهب المالكي، دار أمان للنشر والتوزيع – الرباط – ط1- 1431-2010.
- محمد بن أحمد عليش أبو عبد المالكي ، فتح الْعَلِيَّ المالك.ج2،(لا.ط ؛لا؛م دار المعرفة ، د.ت)

المذهب الشافعي

- النووي ، أبو زكريا محي الدين يحي بن رف (ت : 676) ، روضة الطالبين وعمدة المفتين ، تحقيق زهير الشاويش ، المكتب الاسلامي - بيروت ، ط3 ، 1412 هـ.
- الخطيب الشربيني ، مس الدين محمد بن أحمد كغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، ج4، دار الكتب العلمية ، بيروت 1415 هـ 1994 .
- زكريا بن محمد الانصاري السنيكي ، أسنى المطالب ، ج 3 (لا.ط ؛لا.م : دارالكتاب الاسلامي ، د.ت ن.
- الشافعي الأم ، دار المعرفة بيروت ط3 ، 1994، ج4.
- الفيومي، المصباح المنير، المطبعة الاميرية ط4
- الماوردي ، الحاوي الكبير ، تح : علي معوض ، وعادل عبد الموجود ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1 ، 1994 م ، ج10ص264.

المذهب الحنفي

- ابن الهمام ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ، فتح القدير ،ج4 (بدون طبعة) دار الفكر ، بيروت،بدون تاريخ).
- ابن حزم ،المحلى بالآثار ، تح : عبد الغفار سليمان البنداري ،دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط3 ، 2003،
- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، المحلى ، د ط ، إدارة الطباعة المنبرية ، مصر 1352 هـ
- الحصكفي ، محمد بن علي بن محمد)ت1088هـ)، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار ، تحقيق : عبد المنعم ابراهيم ،دار الكتب العلمية – بيروت ،ط1 ، 1423هـ. **المذهب الظاهري**
- الكاساني ، بدائع الصنائع ، تح : علي محمد عوض وعادل عبد الموجود ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط2 ،2003،ج3.
-

المذهب الحنبلي

- منصور البهوتي ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، تح : هلال مصيلحي هلال ، دار الفكر ، بيروت ، ط ،1402هـ ، ج3 .
- ابن تيمية تقي الدين أحمد بن عبد الحليم، مجموع الفتاوى ، تحقيق : عبد الرحمن بن القاسم مجمع الملك فهد لطباعة المصحف ، المدينة النبوية ،1416هـ.
- .ابن تيمية ، الفتاوي الكبرى ، تح : محمد عبد القادر عطا ، ومصطفى عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية ، ط1 ،1987م.
- ابن المفلح محمد بن مفلح بن محمد ، كتاب الفروع ، تح : عبد الله التركي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط1 ، 1424هـ .
- ابن المفلح، برهان بن محمد عبد الله (ت :884) ، المبدع في شرح المقنع دار الكتب العلمية –، بيروت ، ط1 ، 1448هـ .
- ابن العثمين محمد صالح ، الشرح الممتع على زاد المستنقع . ج13 ، (ط:1 ؛ لا ، م : دار ابن الجوزي 1422 هـ.
- ابن القيم الجوزية محمد بن أبي بكر بن أيوب(ت :751هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق :مشهور آل سليمان، دار ابن الجوزي – السعودية ط، 1423هـ،ج4.
- علاء الدين أبو الحسن المرداوي ، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج 8،(ط:2 ؛ لا ، م : دار إحياء التراث العربي ،د. ت)
- موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة ، المغني ،؟؟

كتب الفقه العامة

- – هيلة بنت عبد الرحمن اليابس، الطلاق الصوري حقيقته وحكمه في الفقه الاسلامي . سلسلة قضايا فقهية معاصرة رقم 12 : مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة ، كلية الشريعة ، جامعة الإمام سعود الاسلامية ، الرياض 1436 هـ 1437 هـ .
- . صالح بن عبد العزيز ، صيع العقود في الفقه الاسلامي ، مطبوعات الجمعية الفقهية السعودية ، الدراسات الفقهية ، دار كنوز اشبيليا ، المملكة العربية السعودية ،ط1 ،1427 ،2006 م .
- .البرديسي، محمد زكريا أصول الفقه، دار التأليف ط2.

- إبراهيم بن مهنا عبد الله المهنا، سد الذرائع عند شيخ الإسلام ابن تيمية، دار الفضيلة، الرياض، ط1، 1424-2004.
- أبو زهرة محمد ، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة 1948.
- أبو زهرة محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة-2004م.
- أبي بكر الهيثمي ، مجمع الزائد ومنبع الفوائد ، دار الكتاب ، بيروت ن الطبعة الثانية ، 1967.
- أبي سلام مصطفى بن محمد بن سلامة التأسيس في أصول الفقه على ضوء الكتاب والسنة
- أحمد عبد الحي محمد ، أحكام الحضانة في الفقه لاسلامي –دراسة مقارنة – ، د،ط ، د،د،ن ، ب د ت.
- البرهاني محمد هشام ، سد الذرائع في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، دمشق، ط1، 1985م، 1406 هـ
- البوطي، محمد سعيد رمضان ضوابط المصلحة، مؤسسة الرسالة، بيروت. ط،2009؟
- حسام الدين بن موسى عفلنة ، يسألونك ن ط:1 ؛ فلسطين : مكتبة الدنديس : 1428هـ/2007م ،ج2 ،ص393. رسائل
- حسن حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الاسلامي، مصر، 1971م
- حمد أحمد السراج ، نظرية التعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الاسلامي ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 1998 .
- السيد سابق – فقه السنة – المكتبة العصرية – بيروت .
- الطاهر حداد ،أمور تنافي الشريعة والمجتمع ، الدار التونسية للنشر ،ط2 ، 1972.
- –عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم ، ج8 ن الطبعة الأولى مؤسسة الرسالة بيروت 1413هـ 1993م) .
- عبد الله عبد المؤمن الغماري، أثر الذرائعية والواقعية في مسالك الاجتهادية عند المالكية، دار ابن حزم، بيروت لبنان، ط1، 1435هـ2014م المجلد الاول.
- علال الفاسي ، النقد الذاتي ، مطبعة الرسالة ، ط5 ، الرباط ، 1979.
- علي مصطفى رمضان اعتبار المآلات في الشريعة الإسلامية للحكم على الأفعال، مكتبة كلية الشريعة، القاهرة.
- محمد شراح ، ضمان العدوان في الفقه الاسلامي ، المؤسسة الجامعية للدرسات والنشر ، لبنان ن ط1 ، كتاب
- محمود حامد عثمان، قاعدة سد الذرائع وأثرها في الفقه الإسلامي، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1417هـ، 1996م

- وهبة الزحيلي ، الوجيز في الفقه الاسلامي ، ط1 ، دار الفكر سوريا ،2006م.
- **<u>الكتب القانونية</u>**
- أبو زيد عبد الباقي مصطفى، الافتراض ودوره في تطور القانون، ط، جامعة المنصورة 1980م.
- أحمد علي السرطاوي ، شرح قانون الاحوال الشخصية ،ط2 ، دارالفكر، عمان ، الأردن ، 1428هـ – 2007م.
- أحمد محمد المومني ، الأحوال الشخصية (فقه الطلاق وافسخ والتفريق والخلع) ن دار المسيرة ، الأردن ، الطبعة الأولى 2009.
- أحمد نص الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2009.
- جميل فخري محمد غانم ، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي الفقه وقانون ،دار حامد ، الأردن ،2009
- حاجة عبد العالي ، لمعيني محمد ، دحامنية علي ، الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري ،
- حليمة آيت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، دار الحداثة للطباعة والنشر والتوزيع، ش.م.م، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، 1986م.
- رسمية عبد الفتاح موسى الدوس ، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الاسلامي ط1 دار قنديل للنشر والتوزريع ،عمان – الأردن ،2015.
- سايس جمال ، قضايا الطلاق في الاجتهاد الجزائري ، منشورات كليك ، المحمدية ، الجزئر ، ط1 2013 م
- سعد عبد العزيز قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد ن دار هومة ،ط2 ، الجزائر 2009.
- سمير تناغو ، النظرية العامة للقانون ، توزيع منشأة المعارف ، مصر ، 1999.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ،أسباب كسب الملكية ، مج 9 ،دار إحياء التراث العربي لبنان ،1986
- عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري حسب آخر تعديل له (قانون رقم 50-09المؤرخ في 4 مايو2005)، دار الخلدونية ، ط2007،1-1428هـ .
- عبد المنعم فرح الصده، مصادر الالتزام، بيروت دار النهضة العربية، دار الطبع، 1974.
- عبير ربحي شاكر القدومي ، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية ن دار الفكر ، عمان ، الطبعة الأولى ،1428هـ ،2007م
- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، بيروت : مؤسسة الرسالة، ط2ط،1977.

- مولاي ملياني بغدادي ، حقوق المرأة في الشريعة والقانون ، قصر الكتب ، الجزائر ،(د ط) ، 1997 .
- نبيل صقر ، تصرفات المريض مرض الموت (الوصية – البيع – الهبة – الوقف – الكفالة – الابراء – الخلع – الطلاق) دار الهدى الجزائرهجر ن ط1 ، 1414ه
- الهادي بن حسن الشبلي، سد الذرائع في الفروع الفقهية.
- وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، ط9، دار الفكر، سوريا، 2010م.

– المذكرات

أ- رسائل الماجستير

- تلاحمة آيات أحمد عبد الرزاق ، نظرية الباعث في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير جامعة القدس، 1439ه-2017م
- ساجدة عفيف محمد رشيد العتيلي ، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة ولقانون الأردني (اطروحة لنيل درجة الماجستير بكلية الفقه والتشريع) ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس ،2001،
- العبيدات مريم علي فلاح ، أثر سد الذرائع في قضايا المعاصرة والفرقة ، رسالة ماجستير في الفقه المقارن ، كلية الشريعة والدارسات الإسلامية ، جامعة اليرموك الأردن 2008 .
- معاد عثمان رشيد ،قاعدة سد الذرائع وتطبيقاتها في الأحوال الشخصية وحفظ الأسرة – أطروحة ماجستير، كلية الدراسات العليا من جامعة النجاح الوطنية ، نابلس ، فلسطين.ذ،2022.
- نزليوري خير الدين، ضوابط الحيل وتطبيقاتها على صيغ التمويل، مذكرة ماجستير في العلوم الاسلامية، الجزائر،

ب – رسائل الماستر

- تيغمرت جهيدة وبركان سلوى ، الصورية في التعاقد , رسالة ماستر في القانون الخاص الشامل ن كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمن ميرة ، بجاية 2012م – 2013م.
- حاجة عبد العالي ، لمعيني محمد ، دحامنية علي ، الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق 2021-2022.

- شيخي أمال ، جريمة التزوير في التشريع الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر ، تخصص القانون الجنائي والعلوم الجنائية ، جامعة الدتور مولاي طاهر – سعيدة – كلية الحقوق والعوم السياسية ، قسم الحقوق ، السنة الجامعية ،2019/2018 .
- عمرون آمال ، بن علجيه سميرة ، الطلاق الصوري في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي دراسة مقارنة ، مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية ، تخصص : شريعة وقانون ، قسم العلوم الاسلامية جامعة المسيلة ،2019 ،2020 .
- –مسعودة بودية ، الطلاق التعسفي دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري ، مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر ، تخصص : أحوال شخصية ، جامعة محمد بوضياف المسيلة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق 2015 ،2016
- وطاح سلمى ، اوشن كهينة ، مرض الموت وأثره على مسائل الاسرة ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص القانون الخاص الشامل،2015 كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ،2015–2016 .
- ويداد بن قلية ، سد الذرائع وأثره الفقهي في أحكام الأسرة ، مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر في العلوم الاسلامية ، تخصص : فقه وأصوله ، معهد العلوم الاسلامية ، قسم الشريعة ، جامعة الشهيد حمة لخضر– الوادي، 2018،2017

ج – المجلات

- يوسف بن عبد الله الشبيلي " نوازل الأسرة المسلمة في المجتمع الأمريكي ". الدورة التدريبية الأولى لأئمة المساجد بالساحل الغربي لولايات المتحدة حول نوازل الأسرة المسلمة في المجتمع الأمريكي المنعقد بمدينة سكومنتو بحث منشور بصيغة bdf ، موقع الشيخ يوسف بن عبد الله الشبيلي :www.shubily.com ، تاريخ التصفح 2023/06/03م
- يوسفي رشيد، حجار آسية، الحيل الربوية والتورق المصرفي بين التحليل الإقتصادي والحكم الشرعي، بحث مقدم في إطار المساهمة في ملتقى دولي بجامعة عبد الحميد بن باديس ن مستغانم، د.ت.ن.
- اسماعيل محمد البريشي ، الخلع القضائي بين الفقه الاسلامي والأحوال الشخصية الأردني ، المجلة الأردنية في الدرسات الاسلامية ، الأردن ، مج 5 ، العدد :4 ،1431هـ .
- بن غريب رابح: الباعث في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسة ، المجلد 06 العدد 02 ، أكتوبر 2022، جامعة جيجل – الجزائر

- المجلة العربية للفقه والقضاء ، إصدار الأمانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب العدد ، 2
- أحمد حسن الربابعة ، قاعدة سد الذرائع وتطبيقاتها في مسائل الخلع القضائي المعاصر ، مجلة العلوم الشرعية ، جامعة القصيم ، السعودية ، مج9 ،العدد : 3، 1437،-2016 م .
- اسماعيل محمد البريشي ، الخلع القضائي بين الفقه الاسلامي والأحوال الشخصية الأردني ، المجلة الأردنية في الدرسات الاسلامية ، الأردن ، مج 5 ، العدد :4 ،1431هـ ،
- عفة حياة ، مقال بعنوان ،إشكال إسناد الحضانة عند اختلاف ديانة الحاضن عن المحضون في التشريعة الجزائري والقوانين المقارنة المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، جامعة تيزي وزو ، مج 7 العدد 02،2022.

- النصوص القانونية

أ- النصوص التشريعية

القوانين:

- الأمر رقم :05-02 مؤرخ في :27فبراير 2005 ، يعدل ويتمم قانون الأسرة الجزائري ، الجريدة الرسمية ، العدد 15 ، المؤرخ في : 27 فبراير 2005.
- الأمر 75 /58 المؤرخ في 20رمضان 1935م الموافق 26 سبتمبر 1975 م والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007م
- قانون الأحوال الشخصية السوري ، رقم :59-1953 ، الصادر بتاريخ 7 سبتمبر 1953
- مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الصادرة بتاريخ 6 جوان 2005 الفصل 29. [1]
- أمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1997 يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم ج .ر ج ،ج ،عدد 78 ، بتاريخ 30سبتمبر 1975
- قانون الأحوال الشخصية السوري ، رقم :59-1953 ، الصادر بتاريخ 7 سبتمبر 1953

الأحكام والقرارات القضائية :

الأحكام

- قرار صادر عن م ، ع، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم : 21451 بتاريخ : 1998/11/17م ، عدد خاص ، ص252نقلا عن بلحاج العربي ، قانون الاسرة الجزائري
- قرار صادر في 1992/10/27 من المحكمة العليا تحت رقم 85260
- ملف رقم 52221قرار مؤرخ في 16 أفريل 1989 م ، غ أ ش ، المجلس الأعلى ، المجلة القضائية ، العدد رقم 1، الجزائر 1993,

- ملف رقم 19287، قرار مؤرخ في 16 أفريل 1979م ، غ أ ش المجلس الأعلى نشرة القضاة ، العدد 2 ، الجزئر 1981م
- ملف رقم 19287، قرار مؤرخ في 16 أفريل 1979م ،غ أ ش المجلس الأعلى نشرة القضاة ، العدد 2 ، الجزئر 1981م ،
- قرار صادر عن ، م . ع، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم : 21451 بتاريخ : 1998/11/17م ، عدد خاص

فهرس الآيات

الآية	السورة	رقم الآية	الصفحة
﴿ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغَ بَيۡنَ ٱلسَّدَّيۡنِ وَجَدَ مِن دُونِهِمَا قَوۡمٗا لَّا يَكَادُونَ يَفۡقَهُونَ قَوۡلٗا ﴾	الكهف	93	2
وَجَعَلۡنَا مِنۢ بَيۡنِ أَيۡدِيهِمۡ سُدّٗا وَمِنۡ خَلۡفِهِمۡ سُدّٗا فَأَغۡشَيۡنَٰهُمۡ فَهُمۡ لَا يُبۡصِرُونَ ﴾	ياسين	09	3
﴿ وَلَا يَضۡرِبۡنَ بِأَرۡجُلِهِنَّ لِيُعۡلَمَ مَا يُخۡفِينَ مِن زِينَتِهِنَّۚ ﴾	النور	31	11
﴿ يَمۡحَقُ ٱللَّهُ ٱلرِّبَوٰاْ وَيُرۡبِي ٱلصَّدَقَٰتِۗ ﴾	البقرة	275	12
﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمۡ تَمَسُّوهُنَّ أَوۡ تَفۡرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةٗۖ ﴾	البقرة	236	44
﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾	الطلاق	01	44
﴿ فَإِنۡ أَطَعۡنَكُمۡ فَلَا تَبۡغُواْ عَلَيۡهِنَّ سَبِيلًا ﴾	النساء	34	45
﴿ فَإِن كَرِهۡتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكۡرَهُواْ شَيۡـٔٗا وَيَجۡعَلَ ٱللَّهُ فِيهِ خَيۡرٗا كَثِيرٗا ﴾	النساء	19	45
﴿ وَإِنۡ خِفۡتُمۡ شِقَاقَ بَيۡنِهِمَا فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ ﴾	النساء	35	46
﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ ﴾	البقرة	229	56
﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحۡصُواْ ٱلۡعِدَّةَ ﴾	الطلاق	01	58
﴿ ذَٰلِكُمۡ أَزۡكَىٰ لَكُمۡ وَأَطۡهَرُۚ وَٱللَّهُ يَعۡلَمُ وَأَنتُمۡ لَا تَعۡلَمُونَ ﴾	البقرة	231	65
﴿ وَكَيۡفَ تَأۡخُذُونَهُۥ وَقَدۡ أَفۡضَىٰ بَعۡضُكُمۡ إِلَىٰ بَعۡضٖ وَأَخَذۡنَ مِنكُم مِّيثَٰقًا غَلِيظٗا ﴾	النساء	21	68
﴿ هُنَّ لِبَاسٞ لَّكُمۡ وَأَنتُمۡ لِبَاسٞ لَّهُنَّ ﴾	البقرة	187	72

﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَاۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾	البقرة	229	75-74
﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ ﴾	البقرة	229	75
﴿ وَلَن يَجۡعَلَ ٱللَّهُ لِلۡكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلۡمُؤۡمِنِينَ سَبِيلًا ﴾	النساء	141	92
﴿ وَأُوْلُواْ ٱلۡأَرۡحَامِ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلَىٰ بِبَعۡضٖ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِۗ ﴾	الأنفال	75	92
﴿ وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ ﴾	البقرة	233	92

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات	
مقدمة	أ
الفصل الاول : تأصيل سد الذرائع في الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري	
المبحث الأول : ماهية سد الذرائع في الفقه الاسلامي	2
المطلب الأول : مفهوم سد الذرائع في الفقه الاسلامي	2
الفرع الاول : تعريف سد الذرائع	2
الفرع الثاني : حجية سد الذرائع	10
الفرع الثالث : أهمية سد الذرائع وعلاقتها بالمصطلحات المشابهة	14
المطلب الثاني : مقومات سد الذريعة في الفقه الاسلامي	19
الفرع الأول : أركان سد الذريعة	19
الفرع الثاني : أقسام الذريعة	20
الفرع الثالث : ضوابط العمل بالذرائع	23
المبحث الثاني : مفهوم سد الذرائع عند شراح القانون	24
المطلب الأول : مدلول سد الذرائع عند شراح القانون	24
الفرع الأول : معنى الذرائع عند شراح القانون	24
الفرع الثاني : شروط الباعث وإثباته في القانون	26
المطلب الثاني :قطع الحيل غير المشروعة قانونا كدلالة مقاربة لسد الذريعة في الفقه الإسلامي	28
الفرع الأول : الحيل المشروعة وغير المشروعة في القانون	28
الفرع الثاني : مدلول الحيل في القانون الجزائري	32
الفرع الثالث : علاقة الحيل الغير مشروعة بسد الذريعة	38
الفصل الثاني اعمال سد الذريعة في مسائل فك الرابطة الزوجية وآثارها فقها وقانونا	

المبحث الأول : إعمال سد الذريعة في مسائل فك الربطة الزوجية الزوجية	41
المطلب الأول سدّ ذريعة التعسف في الطلاق	41
الفرع الأول تعريف التعسف	41
الفرع الثاني أثر سد الذريعة في طلاق المريض مرض الموت	48
الفرع الثالث الطلاق ثلاثاً بلفظ واحد	55
المطلب الثاني : إعمال سد الذريعة في الطلاق الصوري والخلع القضائي	61
الفرع الأول : الطلاق الصوري	61
الفرع الثاني: الاعتبار بسد الذرائع في الخلع القضائي	72
المبحث الثاني :إعمال سد الذريعة في أثار فك الرابطة الزوجية	
الفرع الأول : مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي فقها وقانونا	80
الفرع الثاني: حكم التعويض عن الطلاق التعسفي وعلاقته بسد الذرائع	83
المطلب الثاني : أثر سد الذرائع في اختلاف الدين بين الحاضن والمحضون	88
الفرع الأول : تعريف الحضانة	88
فرع الثاني: موقف المشرع والقضاء الجزائري من أثر اختلاف الدين على الحضانة وعلاقته بسد الذرائع	92
الخاتمة	96
قائمة المصادر والمراجع	99
فهرس الآيات	110
فهرس الموضوعات	115