مجلة البـاحث للـدراسات الأكـاديـمـيـة
ISSN: 2352-975X ELBAHITH for Academic Studies EISSN: 2588-2368
المجلد: 10 / العدد: 02 / السنة: 2023 / ص ص: 390 - 414

تقدير الضرر المعنوي في التطليق في نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري وفقه مقاصد التشريع الإسلامي

Evaluation of moral damage in judicial divorce in the text of article 53 of the Algerian Family Code and the intentional jurisprudence of Islamic legislation

تاريخ الإرسال: 2023/03/04 تاريخ القبول: 2023/06/06

نادية رازي* RAZI Nadia
جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية
University of Emir Abd El kader of Islamic Sciences - Algeria
n.razi@univ-emir.dz

ملخص:

إن تقدير الضررالمعنوي كمسوغ قانوني للحكم بالتطليق لصالح الزوجة كالطرف المتضرر، وبموجب ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري، هي من أهم الوقائع التي تطرح على القضاء اليوم، مع ما تفرضه من التطورات في مجرياتها وحيثياتها، فاستلزم تداخل الأضرار مع المصالح بالنظر إلى نتائجها المتوقعة عند التصور للتكييف المناسب للقرارات والأحكام القضائية، وفق تقدير الضرر المسوغ لمنح الحكم بالتطليق. والحالات والصور تختلف، فكل حالة بما يناسبها، ما يتطلب تكييف الوقائع وفق ما يفرضه الواقع الجزائري بمعطياته المستجدة، والمتطورة على الدوام، وبما يحقق أهداف التشريع والمصالح العامة للدولة، والتي تلزم إقرار الحكم تأسيسا على النظرة القانونية في ضوء موازنة علمية دقيقة، تتقيد بقواعد تضبط حجم الضرروفق الاعتبار الشرعي والقانوني نحو الحفاظ على الاستقرار الأسري، والصالح العام في نطاق فقه الواقع ومقاصد التشريع الإسلامي وكلياته الضرورية.

الكلمات المفتاحية: الضرر المعنوي؛ التطليق؛ قانون الأسرة الجزائري؛ المقاصد.

Abstract:

Estimating the moral harm as a legal justification for ruling in favor of the wife in divorce cases, in accordance with Algerian family law, is one of the significant issues currently facing the judiciary. This issue poses challenges due to its evolving nature and intricacies, thus necessitating a careful examination of the interplay between damages and interests, considering the anticipated ramifications when envisioning appropriate adaptations of judicial decisions and judgments. Consequently, it is imperative to align damages with interests within the Algerian context, which is

* - المؤلف المُراسل.

governing the magnitude of harm, as per both legal and Sharia considerations, in order to uphold family stability and the greater public good, within the purview of the practical jurisprudence and essential tenets of Islamic legislation.

characterized by emerging and evolving dynamics, while simultaneously achieving the legislative objectives and public interests of the state. Accordingly, rendering judgments based on a meticulous scientific balancing act, rooted in legal and Islamic principles, becomes essential. Such an approach abides by regulations

Keywords: *Moral harm; Divorce; Algerian family law; Objectives.*

مقدمـة:

أكد المشرع الجزائري أن مواد قانون الأسرة المعدل والمتمم بأمر رقم 05- 02 سنة 2005م قد لا تسري على القضايا والمشكلات المستجدة، ما يفرض ضرورة الرجوع إلى الأحكام الخاصة بتنظيم الأسرة، فيما نصت عليه الاتجاهات الفقهية وأقرته، وبما تمليه مصلحة الأسرة، وبما يخدم مقاصد التشريع.

ومما لا نختلف فيه أن نظام الأسرة في التشريع الإسلامي تأسس أصالة على مراعاة المقصد والبعد الإنساني في جميع أحكامه قبل اعتبار هذه الأخيرة، وأنها صفة ملازمة له، والمناطة عادة بالمشقة التي تفرضها السنن الكونية، وطبيعة البشر، ونزعتهم الفطرية، وعادات المجتمع، ما يفرض الاعتداد بها عند وضع الأحكام، سواء تعلق الأمر بالوسائل الأصلية الموضوعة ابتداء من الشارع الحكيم في الأوضاع العادية، أو الاستثنائية الخاضعة للاجتهاد، تأسيسا على قواعد التشريع الكلية، لتكون صالحة حسب المعطيات المستجدة عادة على الوقائع، التي توجب تغير الأحكام.

لاسيما إذا ربطنا الأمر بقضايا الأسرة وإشكالاتها مع تعقد الحياة المدنية، وما تفرضه من التطورات لتنظيم الحياة الاجتماعية، والتشابك الحاصل في ملابساتها وحيثياتها، ما يستدعي تزاحم المنافع بالأضرار أثناء التطبيق، وتكييف الحكم المناسب المحقق لمقصد الشارع الحكيم بما يخدم مقتضيات ومتطلبات الحياة الزوجية من السكن النفسي، والإشراف على الأهل والأولاد بنحو أكمل وأحكم.

ومن أهم القضايا الأسرية التي تطرح اليوم مسألة الطلاق، لعموم البلوى وشيوعه في واقعنا بين الشباب الجزائري، مع صعوبة تحقيق المقتضيات المطلوبة عادة في الحياة

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

الزوجية، وتحلل الطرفين من مسؤولياته اتجاه الأسرة، وهو ما يتناقض مع ما وضعه الشارع من قيود وحدود لتحقيق الأهداف والمقاصد العليا للزواج الشرعي، وكذا الطلاق بمسوغاته الشرعية التي لابد للقاضي أن يتقيد بها فيما إذا طالبت المرأة بالتطليق للضرر الواقع عليها، أو المتوقع أن يشتد عليها، فيما إذا استمرت الحياة الزوجية فيكون الطلاق إجراء شرعي حاسما له، وللقاضي السلطة التقديرية طبقا لما نص عليه الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في تقدير الضرر المعتبر لمنح حق التطليق للمرأة .

وهذا الضرر قد لا يظهر جسامته وشدته لدى القاضي فيما إذا لم يتعلق الأمر بالجانب المادي، بل بالجانب المعنوي، واعتبار الآثار المتوقع ترتبها عنه في حالة رفض طلب التطليق، والحكم باستمرارية الحياة الزوجية أو العكس، مع ما نشهده اليوم من شيوع ظاهرة الطلاق، والتفكك الأسري في مجتمعنا، والتي مست بضروريات الحياة وكليات التشريع، وللأمر خطورته يستدعي نظرة علمية عميقة، ودراسة اجتماعية دقيقة للواقعة عند الحكم بالتطليق من عدمه، يمكن أن تفرز عن سلبياته وإيجابياته مقارنة بمقاصد الشرع وكلياته الضرورية، وهو ما قد يؤثر على الحكم بمنح حق التطليق من عدمه وفق التقدير المناسب للضرر، ومن المؤكد أنه يختلف من حالة إلى أخرى، كل حالة بما يناسبها، في ضوء موازنة دقيقة لا تخرج عن ضوابط تضبط حجمه في الاعتبار في نطاق فقه مقاصد التشريع الإسلامي.

وهنا يطرح الإشكال والتساؤل عن حد الضرر المعنوي المسوغ لمنح حكم التطليق للمرأة من عدمه في فقه المقاصد، وفي إطار موازنة دقيقة وفق ضوابط تضبطه في الحفاظ على الاستقرار الأسري المطلوب والصالح العام، وعدم المساس بكليات التشريع التي على أساسها تبنى الأحكام وقوانين الأحوال الشخصية.

فهل عالج المشرع الجزائري ابتداء هذا النوع من الضرر الذي يفتقر إلى الدقة والعمق؟ وهل نوه إليه في أحد الأسباب المذكورة المسوغة للتطليق في نصه عن كل ضرر معتبر شرعا على أساس اندراج هذا النوع من الضرر تحت عمومه؟

فهل تعمد هذا العموم دون بيان صوره بالتفصيل لمرونتها وتجاذبها، لاعتبارات واقعية تتعلق بنفسية المرأة بالدرجة الأولى قبل اعتبار الوضع الاجتماعي؟

وهل جعل هناك غموض وثغرات قانونية ليكملها القاضي أثناء التنزيل وتكييفه للحكم المناسب في إطار السلطة التقديرية الممنوحة له، مع تعدد الحالات والصور، وبمناطات مختلفة في نظره، مع ضرورة اعتبار مصلحة المرأة، والأسرة، والمجتمع الجزائري ككل؟

وما نظرة فقه مقاصد التشريع الإسلامي في تقدير الضرر المعتبر للتطليق؟

وهل وافق المشرع الجزائري مقاصد التشريع ومعانيه في توجهه في تنظير قاعدته ابتداء في اعتبار مطلق الضرر كسبب معتبر شرعا في الحكم بالتطليق، فيشمله الضرر المعنوي؟ أم أن الأسباب التي نص عليها متعلقة بأسباب عامة مادية بحتة؟

من خلال هذه الإشكالية نحاول إثراء الموضوع في ضوء قانون الأسرة الجزائري وفقه مقاصد التشريع الإسلامي، ببيان موقعه في قانون الأسرة، مع محاولة تكييف إشكالاته وفق ما يفرضه الواقع، وبما يحقق مقاصد التشريع، والمصالح العامة للمجتمع باعتبارها أساس التشريع لقانون الأحوال الشخصية، وأود إن شاء الله في هذا البحث إثراء الموضوع من خلال المحاور الآتية:

المحور الأول: الإطار المفاهيمي للبحث (الضرر، التطليق، فقه المقاصد)

المحور الثاني: تقدير الضرر المعنوي في التطليق في نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري

المحور الثالث: تقدير الضرر المعنوي في التطليق في فقه مقاصد التشريع الإسلامي

وعملا على تحقيق أهداف البحث من خلال الإشكالية التي يطرحها والخطة المعالجة لها، رأيت أن أتبع منهجا مركبا من المناهج الآتية:

- المنهج الاستقرائي في تقصي جزئيات الموضوع في جميع مصادره ومراجعه.
- المنهج التحليلي في جميع مراحله، وقد تمكنت من خلاله فهم معاني النصوص التي تناولت الموضوع.
- المنهج الوصفي في وصف حالة المرأة النفسية والاجتماعية.
- المنهج المقارن للمقارنة بين مختلف وجهات النظر الفقهية فيما له صلة بالموضوع.
- المنهج الاستنباطي لصياغة الموضوع صياغة جديدة.

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

المحور الأول: الإطار المفاهيمي للبحث (الضرر، التطليق، فقه المقاصد)

قبل التحري في الموضوع أود أولا تحديد المفاهيم لبعض المصطلحات الهامة

أولا- تعريف الضرر:

1- تعريف الضرر في اللغة: جمع أَضُرٌّ من الضُّر بالضم؛ الهزالُ وسوء الحال، وهو ضد النفع والمَضَرّة خلاف المَنْفعة، وضَرَّهُ يَضُرّه ضَرّاً، وأَضَرّ به، وضَارَّهُ مُضَارَّةً، وضِراراً والضَّارُوراءُ؛ القحط والشدة، قول: لا ضَرَرَ، أَي: لا يَضُرّ الرجل أَخاه، وهو ضد النفع، وقول لا ضِرار، أَي: لا يُضَارّ كل واحد منهما صاحبه[1]، جاء في قول الله تعالى: "**وَإِنْ تَصْبِرُوا وَتَتَّقُوا لا يَضُرُّكُمْ كَيْدُهُمْ شَيْئاً**" آل عمران الآية: 120, وقوله تعالى: " **لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ**" البقرة: 233. وقول النبي عليه الصلاة والسلام: " **لا ضرر ولا ضرار**"[2]، والضَّرَّاءُ: الشدة [3]، وقد أطلق على الفاقة والفقر، ونقص يدخل الأعيان، جاء في قوله تعالى على لسان أيوب عليه السلام: " **وَأَيُّوبَ إِذ نَادَى رَبَّهُ أَنِّي مَسَّنِيَ الضُّرُّ وَأَنْتَ أَرْحَمُ الرَّاحِمِينَ**" الأنبياء 83. والإضرار: حمل الإنسان على ما يضرّه، أو إيقاع الضّرر بالغير[4].

والمستفاد من هذه المفاهيم أن الضرر: " حال سيّئة يعيشها الإنسان؛ لأنه جرى عليه نقصان لحقوقه، أو ملكه، كقحط وفقر، أوشدة، أو مرض وهزال، أو احتياج مُلجئ، أو مزاحمة، ومخالفة؛ لأنه وقع به ما هو ضد لنفعه بوجه عام"[5].

2- تعريف الضرر في الاصطلاح:

أ- تعريف الضرر في الاصطلاح الفقهي: الضرر وإن لم يرد له تعريف كمصطلح فقهي أو أصولي في مختلف المصادر الفقهية والأصولية، إلا أنه لا يخرج معناه- في سياق ما تداولته في قواعد الضرر وطرق دفعه- عن كونه مفسدة، أو الإخلال بالمصلحة المشروعة المناطة بالكليات الحياة الضرورية.

وسأكتفي بذكر ما سجلته من التعاريف، واعتقد أنها من أحسن التعاريف ضبطا، وأكثر تفصيلا، والمطابق للمعنى المراد في البحث، وهو " إلحاق مفسدة بالآخرين، أو هو كل أذى يلحق الشخص، سواء أكان في ماله، أو جسمه أو عرضه، أو عاطفته"[6]

أو "كل أذى يلحق الشخص سواء أكان في مال متقوم محترم، أو جسم معصوم، أو

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

عرض محصون"[7].

ب- تعريف الضرر في الاصطلاح القانوني: لم يخرج أهل الاختصاص في القانون عن مراد أهل الفقه الإسلامي من القول بأنه: " الإلحاق بمفسدة أو الإخلال بمصلحة مشروعة للنفس أو الغير، تعديا أو تعسفا، أو إهمالا[8]

وهذا المعنى يتطابق وما نص عليه القانون المدني الجزائري طبقا للمادة 124 بأن الضرر " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوث التعويض"[9].

ويمكن القول بالمقارنة بين التوجهين الفقهي والقانوني في تعريف مصطلح الضرر، أنهما لم يختلفا في تضمنه: كل إيذاء يلحق بالإنسان الضرر، ويشمل الضرر المادي، كإتلاف جسد الغير، أو إتلاف ماله، والضرر الأدبي أو المعنوي، كالمساس بكرامة الغير، وسمعته، وقد يقع بالقول، كالقذف والشتم...، أو بالفعل كالتهديد والترهيب.

ويتجسد في الحياة الزوجية بالإخلال بالحقوق والواجبات التي يرتبها عقد الزواج على كلا الطرفين اتجاه الآخر، ومصالحها المشروعة، فيقع الإضرار بالمقصد الأصلي من الزواج بالإخلال بمقاصده التبعية من السكينة والمودة والرحمة، والصحبة الطيبة، والتي حل محلها الشقاء والأذى، والألم والضيق.

فالضرر بإلزامه التطليق والمراد في البحث بماهيته، المتضمن عموما صور إيذاء الزوج لزوجته قولا وفعلا، معياره شخصي في تقديره بما يجعل استمرارية العلاقة الزوجية مستحيلة، وموضوعي أيضا في تقديره من سلطة قاضي الموضوع؛ حيث يقتضي عادة التغيير والاختلاف باختلاف بيئة الطرفين[10].

وعموما يعتبر الضرر المعنوي شكلا من أشكال العنف النفسي، والعاطفي والذهني، نتيجة سوء المعاملة وكثرة الأذى، ويوصف به الزوج الطرف الذي يخضع الزوجة بسلوك، قد يتسبب لها بصدمات نفسية، كالقلق والاكتئاب، والحزن الشديد، وكثيرا ما يرتبط هذا النوع من الضرر مع حالات الاختلال القوي للتوازن النفسي الناتج عن العلاقات المتعسفة[11]. ويختلف تأثرها على المرأة المتضررة باختلاف بيئتها، ومحيطها[12].

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

ثانيا- تعريف التطليق:

1- تعريف التطليق في اللغة: التطليق من طَلَقَ: الطَّاءُ وَاللَّامُ وَالْقَافُ، وهو يدل على التّخليَة وَالْإِرْسَالِ، يقال: انْطَلَقَ الرَّجُلُ يَنْطَلِقُ انْطِلَاقًا، تقول: أَطْلَقْتُهُ إِطْلَاقًا، وَالطِّلْقُ: الشيء الحلال، كأنه قد خُلِّيَ عَنْهُ فلم يحظر[13]. وَيقال طَلَقَ الأسير، أي: خَلَّاهُ، وَالطَّلِيقُ الْأَسير الذي أطلقَ عنه إِساره، وخلِّي سبيله، وطَلَّقَ امْرَأَتَهُ تَطْلِيقًا، وطَلَقَتْ، هي تَطْلُقُ بِالضَّمِّ طَلَاقًا، فهي (طَالِقٌ) و(طَالِقَةٌ) أَيْضًا[14].

2- تعريف التطليق في الاصطلاح: لم يرد تعريف بمصطلح التطليق عند أعلام الفقه الإسلامي، إلا أنه أوردوه عند تناولهم قضية الطلاق الصادر من الحاكم عند الحاجة والتضرر، أو تفويض الطلاق للمرأة لتطليق نفسها[15][16]، فعرفوه بعض أهل العصر في سياق ذلك، وحسب تعريفهم لمصطلح الطلاق[17]، فقالوا: هو فك الرابطة الزوجية بأمر القاضي بطلب من الزوجة لثبوت الضرر عليها[18].

وهو المسلك الذي اتجه إليه قانون الأسرة الجزائري في سياق ذكره للأسباب والمسوغات الشرعية التي تمنح للزوجة حق المطالبة بالتطليق، والمناطة بالضرر وصوره الواقعة عليها، والتي يتجلى من خلالها استحالة استمرارية الحياة الزوجية بين الطرفين، فتكون دافعا لها للمطالبة بالتطليق، ويعتبر من حقوقها المشروعة إذا تحققت الأسباب العشر المذكورة في المادة 53 (معدل [19]؛ حيث نص المشرع في المادة- دون تحديد معنى التطليق كمصطلح-، فإذا تحققت المسوغات المذكورة في المادة يمكن للزوجة الحق في رفع دعوى قضائية للمطالبة بفك الرابطة الزوجية، فيكون المشرع قد نوه إلى معناه طبقا لما جاء في المادة.

ثالثا- تعريف فقه المقاصد:

1- تعريف الفقه:

أ- تعريف الفقه في اللغة: العلم بالشيء والفهم له[20]، جاء في الحديث: "اللَّهُمَّ فَقِّهْهُ فِي الدِّين"[21]، أي: أرزقه الفهم والعلم في الدين

ب- تعريف الفقه في الاصطلاح: هو "العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصلية[22]. والمراد به في البحث مطلق الفهم..

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

2- تعريف المقاصد:

أ- تعريف المقاصد في اللغة: جمع مقصد، مشتق من مصدر قصد، والقصد: استقامة الطريق، والعدل والاعتماد، والأَمُّ والتوجه[23].

ب- تعريف المقاصد في الاصطلاح: هي المعاني الملحوظة في الأحكام الشرعية، والمترتبة عليها، سواء أكانت تلك المعاني حكما جزئية، أم مصالح كلية، أم سمات إجمالية، وهي تتجمع ضمن هدف واحد، وهو تقرير عبودية الله ومصلحة الإنسان في الدارين"[24]

وفقهها علم وفهم بغايات أحكام التشريع وأسرارها.

المحور الثاني: تقدير الضرر المعنوي في التطليق في نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري

أقر المشرع الجزائري حق طلب التطليق للمرأة انطلاقا من نص المادة 48 (معدلة) مع مراعاة أحكام المادة 49[25] "يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج، أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة "[26]، للتضرر في سياق ذكره للأسباب المسوغة لها هذا الحق في المادة 53، جاء في نص المادة: " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه مالم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون.

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

3- الهجر في المضجع فوق الأربعة أشهر.

4- الحكم على الزواج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.

6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه. (تنص بمنح حق طلب التطليق في حالة ثبوت التدليس).

7- ارتكاب فاحشة مبينة.

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

8-الشقاق المستمر بين الزوجين .

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

10-كل ضرر معتبر شرعا"[27].

وإن أناط المشرع الضرر في هذه المسوغات في الغالب بالجانب المادي، إلا أنه لا ينفك عن الضرر المعنوي الناجم عنه تبعا، وهذا ما يفسر إطلاق المشرع للمصطلح في العنصر الأخير، الذي يتضمنه ويشمله بموجب المادة 53 معدلة المذكورة أعلاه في الفقرة الأخيرة بعبارتها: " كل ضرر معتبر شرعا ".

فالمشرع باستخدام صياغة العموم يكون قد أطلق الضرر الموجب للتطليق الذي قد يقع على الزوجة، ماديا أو معنويا، إلا أن تقديره بنص العبارة مرده السلطة التقديرية للقاضي في نطاق المعيار الشرعي، الذي يتأسس على الاعتبارات الفقهية، والعرفية، والذي يلزم على القاضي تكييف الحكم وفق هذه الأخيرة، إذ ينبني عليها الحكم الاستثنائي الخارج عن الحكم الأصلي، وإلا يكون قد ناقض قواعد التشريع الإسلامي المؤسسة لفقه الأسرة.

وقد ورد في القرار الصادر عن المحكمة العليا بالتاريخ المقارن، والمقارب لصدور قانون الأسرة الموافق لـ 3 ديسمبر 1984م" من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة، وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، وأما التطليق فهو حق للمرأة المتضررة، وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية"[28].

وعليه بما أن التطليق حق للمرأة المتضررة، فإنه لا يمكن للقاضي إعماله إلا بقيد التضرر المعتبر شرعا، وقد حدد المشرع بعض صوره طبقا للمادة المذكورة أعلاه 53 لعموم البلوى فيها لا للتقييد، والتي تُحدث على الغالب تأزم في العلاقة الزوجية، واستمرارية الشقاق بين الزوجين، واستفحاله، وخلقه جوا من التوتر والنفور الذي يحول دون استقرار الحياة الزوجية، الناجم عنه أضرارا جسيمة، التي ستنعكس سلبا على كيان الأسرة في حالة الحكم بدوامه، وعلى الأبناء على الخصوص، وهو ما يهدد كيان المجتمع الإسلامي تبعا من حيث المساس بالكليات الضرورية التي يتأسس عليها.

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

وهذا ما يبرر تسجيل وتأكيد على الشقاق المستمر كسبب للتطليق في قرار المحكمة العليا المؤرخ بتاريخ 15 جوان 1999م، جاء فيه: " من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة، لاستفحال الخصام، وطول مدته بين الزوجين، باعتباره ضرارا شرعا".

وانطلقا من المادة وشواهدها في قرارت المحكمة العليا، نلاحظ أن المشرع الجزائري وافق الفقه الإسلامي، فجمهور المالكية يرى جواز التطليق للضرر [29]

ومن صوره في الجانب المعنوي عندهم بعبارة الفقيه ابن فرحون في شرح ابن الحاجب: " ومن الضّرر قطع كلامه عنها، وتحويل وجهه في الفراش عنها، وإيثارامرأة عليها، وضربها ضربا مؤلما"[30]. وجاء في حاشية الدسوقي: "ولا يشينُ جارِح، ولا يجوز الضَّرْب المبرح ولو علم، وَلَوْ علم أنّها لا تترك النُّشُوزَ إلَّا به، فإن وقع، فلها التّطْليق عليه"[31].

فللمتضررة أن ترفع أمرها للقاضي على رأي المالكية[32] لطلب الطلاق للتضرر، فإذا صحت دعواها وأثبتت الضرر، طلقها منه، وإن عجزت عن إثبات الضرر رفضت دعواها، فإن جددت في كل مرة الادعاء والشكوى، بعث القاضي حكمين حكماً من أهلها، وحكماً من أهل الزوج، لفعل الأصلح من جمع وصلح، أو تفريق بعوض أو دونه، لأنهما أعرف ببواطن الأحوال، وأطيب للصلاح، وقد تصرح لهما المرأة بطبيعة الضرر المعنوي، وحجمه، أكثر من القاضي بمقتضى القرابة، ولقوله تعالى: "**وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلاحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً** " [النساء: 35].

وينفذ على رأيهم قول الحكمين في التفريق، أو الجمع والإصلاح دون اعتبار توكيل الزوجين، ولا إذن منهما، لأنهما يحكمان بما خُلص إليهما بعد النظر، وحكمهما بالتفريق يعد نافذا، ويقع بائنا؛ لأن طريقهما الحكم لا الوكالة على المشهور[33].

وهذا بدليل تسميتهما الشارع الحكيم بحكمين بموجب الآية[34].

فالحكمان بمقتضى رأيهم يعينان من القاضي لتقدير الضرر نيابة عنه، ويندرج ذلك في الوسائل الإثبات التي يوظفها القاضي، ويراها مناسبة لإقراره، كالخبرة والمعاينة.

أما جمهور الحنفية والشافعية والحنابلة اتجهوا إلى القول بدفع الضرر عن طريق المخالعة لتزيل عنها الضرر، وبدليل الآية المذكورة آنفا، فذكر الخوف فيها على رأيهم جرى على الغالب، وبعبارتهم؛ لأن الغالب وقوع الخلع في حالة التشاجر والشقاق، ومنه تحرجت من الإخلال ببعض حقوقها، أو من ضربها تأديبا، أو كرهت صحبته لسوء خلقه أو دينه أو شعرت بكرهه لصحبتها من سوء في المعاشرة والخلع يقع تطليقة بائنة نافذة مع الكراهة[35].

والمشرع الجزائري في نظري قد وازن بين الإتجاهين، بموجب أنه جعل الحكم بالتطليق منوط بمطلق الضرر، ومنح للقاضي السلطة والصلاحية في تقديره، وبذلك يكون قد أخذ برأي المالكية بجواز الحكم بالتطليق عند تضرر الزوجة، ولا مانع أيضا طبقا لصياغة المادة اعتبار رأي الجمهور من الحنفية، والشافعية، والحنابلة في رفض القاضي الدعوة، وعدم الحكم بالتطليق في إطار الموازنة بين المصالح والأضرار، وفيما يخدم مقاصد التشريع، وهو ما سنتعرض إليه بالتفصيل في المحور الموالي.

المحور الثالث: تقدير الضرر المعنوي في التطليق في فقه مقاصد التشريع الإسلامي

أولا- اعتبار المشرع الجزائري لمقاصد التشريع في الاعتداد بالضرر في التطليق:

أقرت المادة الثالثة من قانون الأسرة رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق 9 يوليو 1984م المعدل، والمتمم بأمر رقم 05- 02 سنة 2005م على أن الأسرة تتأسس على الترابط والتكافل، وحسن المعاشرة، والرعاية الجيدة للأبناء نحو التنشئة الاجتماعية الحسنة للأجيال وتطوريها، ونبذ جميع طرق، وصور الآفات المخرمة لها.

وعلى أن لا يحيد في نصوصه عما أقره الدستور الجزائري في المادة 2 منه على أن الإسلام دين الدولة، باعتبار أن المشرع عدّ الأسرة الخلية الأساسية للمجتمع والدولة بموجب نص المادة 2 من القانون المذكور أعلاه.

وهو ما أكده المشرع الجزائري في المادة 222 من القانون المذكور أعلاه " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، بمقتضى أن مواد القانون قد لا تسري على الوقائع والحوادث المستجدة، ما يفرض ضرورة

الرجوع إلى الأحكام الشريعة الإسلامية فيما نصت عليه الاتجاهات الفقهية وأقرته، وبما تمليه مصلحة الأسرة الجزائرية، وبما يخدم المقاصد وغايات الشارع الحكيم التي قصدها أصالة من وضعه للأحكام الخاصة بتنظيم الأسرة من مصلحة الاستقرار، والطمأنينة، والسكينة، والمودة، والتعاضد والتماسك نحو تحقيق المقصد العام في حفظ التناسل.

وهذا يفرض بموجب المادة ضرورة التقيد بنصوص التشريع الإسلامي ومقاصدها، وقواعدها الكلية المتعلقة بتنظيم العلاقات الأسرية، وهذا استكمالا للثغرات القانونية في مواد التنظيم الأسري التي تفرضها متطلبات الحياة الأسرية المتجددة على الدوام، لاسيما ما تعلق بتقدير الأضرار والمنافع التي تناط بها القرارات القضائية في مثل هذه القضايا، وهي نسبية تخضع عادة لاعتبارات اقتصادية، واجتماعية، وثقافية، وعرفية، المؤثرة عادة على التكوين البيولوجي، والفكري، والنفسي للمرأة، فتشكل صور ومناطات متعددة في تقدير تضررها في نظر القاضي.

وهذا ما دفع بالمشرع الجزائري إلى إطلاق الضرر، والتأكيد عليه كآخر صورة، والتي تجمع في الحقيقة الصور السابقة لها، وذكرها له بمقتضى عموم البلوى، وهذا الإطلاق في نظري يعبر على إرادة المشرع في إلزام القاضي بإخضاع تقديره لميزان مقاصد التشريع الإسلامي، وهذا بموجب نص المادة 53، وطبقا للمادتين 3، و222 من قانون الأسرة الجزائري.

ثانيا- آليات الكشف عن الضرر المعنوي وتقديره في ميزان فقه مقاصد التشريع الإسلامي:

بما أن المقصد الأصلي من فقه التشريع الإسلامي بتتبع أحكامه، واستقراء قواعده العامة وكلياته كما سبق الذكر، هو تحقيق المصلحة للناس بجلب النفع لهم، ودرء الضرر عنهم قدر المستطاع، الذي لا يمكن أن تنفك الأحكام عنه بدرجاته ورتبه عند تنزيلها على القضايا الأسرية، وإشكالاتها المستجدة على الدوام، والمخرم عادة بالضروريات التي تتأسس عليها المنظومة الأسرية، ومتطلباتها في جميع الميادين.

وقد جعل لها الشارع الحكيم أهمية خاصة عند وضعه لأحكامها في دفع الضرر

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

حفاظا على كلية النسل أكثر من مراعاته لجانب المصلحة، فيدفع في نظره حتى لو أدى إلى خرم المصلحة، فأكد على ضرورة إثبات مقصد النسل، والسعي نحو دفع كل ما يخرمه بجميع الطرق والوسائل الممكنة، كما نظم قواعد حق المطالبة بالتعويض عند حدوثه، وهذا ما يفسر قول النبي (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ)" لا ضرر ولا ضرار" [36]؛ حيث يحث بدفعه قدر الإمكان.

وإذا تتبعنا نصوص المنظومة الأسرية نسجل في كثير منها حث الشارع الحكيم على تجنب إيقاعه من الأطراف التي تكوّن هذه المنظومة من خلال رابطة الزواج التي جعلها من أهم الروابط المقدسة في هذه الحياة، وخير شاهد لذلك في موضوع دراستنا قول الله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أو سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾. سورة البقرة: الآية 231.

فالشارع الحكيم بنص الآية أناط حق التسريح للمرأة بعلة الإضرار لاسيما المعنوي الذي قد يلحق بها عند الإمساك، وقد عدّه نوعا من الظلم، وتجاوز لحدود أحكامه[37]. وهو ما يمنح تبعا حقا للمرأة في اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتطليق عند التضرر؛ حيث ينوب القاضي الزوج عند رفضه التسريح بالإحسان في لزوم دفع الضرر من جراء تعسف هذا الأخير بالإمساك عملا بنص الآية.

وهنا يقع الإشكال واللبس في تقديره، بتشخيصه وتحليل ملابساته، لتحديد نوعه ومرتبته، ومقداره بالمعاينة والخبرة، وميزان فقه المقاصد، لتحديد الحكم المناسب من التطلبق من عدمه.

لذا سنتعرض للضوابط التي تعين على تقدير حجم الضرر المعتبر شرعا في التطليق من خلال إخضاعه لسلم المقاصد، ورتب المصالح والمفاسد.

وهذا الترجيح المصلحي يتأسس على ضوابط، يستوجب على القاضي اعتبارها شرعا في تقدير الضرر المعنوي المطلوب في الحكم بالتطليق بموجب نص المادة 53.

وفي هذا السياق ورد في كتاب قواعد الأحكام: "إذا اجتمعت مصالح ومفاسد، فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد فعلنا ذلك..، وإن تعذر الدرء والتحصيل، فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة، ولا نبالي بفوات المصلحة...، وإن

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

كانت المصلحة أعظم من المفسدة حصلنا المصلحة مع التزام المفسدة، وإن استوت المصالح والمفاسد فقد يتخير بينهما، وقد يتوقف فيهما، وقد يقع الاختلاف في تفاوت المفاسد[38] ".

وفيما يلي ضوابط تقدير الضرر المعنوي في ميزان فقه المقاصد الشرعية:

1-دراسة واقع المرأة المتضررة من آليات التقصيد المصلحي في الحكم بالتطليق:

تتطلب هذه الدراسة التبصر بحالة المرأة المتضررة معنويا في الحياة الزوجية، ودراية بمشكلاتها وتمحيص معاناتها، في مختلف نواحيها الظاهرة والخفية، وتشخيصها وتحليلها، والربط بينها في نطاق المتغيرات الجديدة في حياة الأسرة والجماعات، وكل ذلك يراعى فيه أساسيات التشخيص التي تناط بالظرف المكاني والزماني للصورة المدروسة، "ومنها دوافعها وأسبابها المباشرة منها وغير المباشرة التي تضرب بجذورها في أعماق النفس، وفي تركيبة المجتمع. ومنها الآثار والنتائج التي تنشأ عن هذه الأفعال ما كان منها قريبا ظاهرا وما كان منه بعيدا خفيا"[39].

وهذا التشخيص يمنح حتما للخبير- كوسيلة لإثبات الضرر المعنوي- القدرة على فقه الضرر المعتبر شرعا، ومدى إمكانية تأثيره على الحكم الأصلي في إسقاطه بجعل حق الطلاق في يد القاضي بدل الزوج؛ حيث تشكل له الحالة المدروسة مصلحة في دفع الضرر غير المصلحة التي أناط بها الشارع الحكيم ذلك الحكم الأصلي؛ حيث تكشف له عن نتائج وآثار سلبية فيما لو حكم باستمرارية الحياة الزوجية، والتي قد يراها في نظره لا تلائم المقصد الأصلي الذي وضع لأجله ذلك الحكم في جعل الزوج صاحب القرار في إيقاع الطلاق، ما يقتضي إسقاطه بما يخدم المقصد في الحكم بالتطليق لصالح المرأة المتضررة.

فكل حالة تختلف عن الأخرى في ظروفها وآثارها، وفي هذا السياق بقول النجار: " لابد من الاستيعاب المعرفي الشامل والمفصل للصورة الواقعية من الحياة، التي يراد معالجتها بالهدي الديني، ولا يتم هذا الاستيعاب إلا بالكشف عن حقيقة تلك الصورة، في عناصرها الظاهرة والخفية، وفي علاقتها بالصور الأخرى، التي لها بها علاقة، وفي أبعادها الفردية والاجتماعية والدولية، وفي مظاهر الخلل، التي تتأتى الأضرار منها، فتفوت مصالح الأفراد والجماعة، وكل ذلك يراعي فيه عناصر

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

التشخيص التي تتعلق بالظرف المكاني والزماني للصورة المدروسة بعيدا عن التعميم، الذي لا يقوم على أساس من الاشتراك في تلك العناصر"[40].

لذا يلزم النظر بدراية ودقة في حالة المرأة، والاعتداد بظروفها النفسية، والاجتماعية والاقتصادية، وفق مقتضيات العصر، وأبعادها الفردية، والاجتماعية قبل إصدار الحكم.

فسلامة الحكم متوقف على تفهم واع للحوادث والقضايا، والتبصر التام بما يثمره من آثار، وهو ما يضمن مراعاة مقصود الشارع الحكيم، وهو ما أقرته نصوص التشريع الإسلامي، واجتهادات المذاهب والاتجاهات الفقهية في مواقع مختلفة من الأبواب الفقهية.

وبطبيعة الحال هذا التغير الذي يطرأ على الحكم مرده تغير المصلحة التي أناط بها الشارع ذلك الحكم، فهو يتبع علته المصلحية وجودا وعدما، ويتأثر باختلاف الأمكنة وتغير الأزمنة، الذي يشكل مصالح متغيرة ومتجددة على الدوام، والتي لابد أن تتطابق والمقصد الأصلي، وهذا يتطلب إسقاطه وتغييره بحكم يخدم هذا الأخير.

فحالات الأحداث الواقعة على المرأة المطالبة بالتطليق في خضمها تتغير، فيتغير تقدير الضرر فيها، فيشمل عدة صور تطبيقية متنوعة في حالته وحجمه، فتتغير أحكامه، وتختلف من حالة لحالة مع تعقد الحياة المدنية الحديثة، وبعبارة ابن القيم مبيّنا أن إدراك الحكم النظري الذي قننه الشارع لا يكفي لتحقيق مقصود الشارع، بل يلزم أيضا فقه الواقع وتمحيصه أثناء التطبيق، وفقه إشكالاته المستجدة والتي تعرض على الحاكم، وينوبه القاضي في الفصل في المنازعات، حتى يضمن التقدير الصحيح لحجم الضرر والنفع، لضمان إجراء الحكم على وجهه الصحيح تبعا، فيقول: "نوعان من الفقه لابد للحاكم منهما: فقه في الحوادث الكلية، وفقه في نفس الواقع وأحوال الناس، يميز به الصادق والكاذب، والمحقق والمبطل، ثم يطابق بين هذا وهذا، فيعطي الواقع حكمه من الواجب، ولا يجعل الواجب مخالفا للواقع"[41].

2- اعتبار قواعد الترجيح المقاصدي في تقدير الضرر المعنوي وتكييف الحكم المناسب: يلزم اعتبار قواعد المقاصد في تقدير الضرر وتكييف الحكم المناسب في نطاقه بمقتضى أن الحكم أساسا لا يسري إلا في إطار مقاصده، إذ معلل بها ابتداء في

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

تحصيلها، ووضع لأجل تحقيقها، فبها يستضيء قاضي الأحوال الشخصية في مثل هذه القضايا، ليقرر وفقها الحكم القضائي المناسب؛ فهي تصحح له المسار في الوصول الدائم إلى السداد والعدل.

"فالمقاصد الشرعية من المعطيات الضرورية التي يعاد إليها في معرفة أحكام حوادث الزمان وأحواله، ولاسيما في عصرنا الحالي الذي تكاثرت قضاياه، وتضخمت مستجداته وتشابكت ظواهره وأوضاعه، وتداخلت مصالحه وحاجياته، وليس لذلك من سبيل سوى بجعل المقاصد إطارا جامعا، وميدانا عاما، يمكن أن ندرج فيه طائفة مهمة من أوضاع عصرنا، لمعرفة ماهو شرعي ومتفق مع مراد الشارع ومقصوده، وما هو بعيد عن ذلك"[42].

فتقيد قاضي الأحوال الشخصية بالمقاصد تلهمه الصواب، وعدم اعتبارها عند عملية تكييف الأحكام القضائية تلزم عكس ذلك بالوقوع في الخلل والوهم في الكشف عن ماهيتها، وتقدير الضرر في نطاقها، والذي يقتضي لحوق الغلط حتما بالأحكام التي يصدرها، وكما يقول ابن عاشور- في سياق كلامه عن متطلبات الاجتهاد، والمنهجية المفروضة على الفقيه أو القاضي في تكييف الوقائع التي لا حكم لها في نصوص التشريع، ولا نظير لها يقاس عليها-: " عليه أن يطيل التأمل ويجيد التثبت في إثبات مقصد شرعي، وإياه والتساهل والتسرع في ذلك؛ لأن تعيين مقصد شرعي كلي أو جزئي أمر تتفرع عنه أدلة وأحكام كثيرة في الاستنباط، ففي الخطأ فيه خطر عظيم "[43]. لسوء التقدير المصلحي في غياب المقاصد.

فقد يظن القاضي لأول وهلة أن رفض دعوى التطليق للتضرر المعنوي، وبقاء الرابطة الزوجية يحقق مصلحة للمرأة والأسرة، والحقيقة قد يحمل هذا القرار في طياته الضرر الفاحش الذي قد يلحق بها، والمناقض لمقصود الشارع، وكلياته بفقدان الاستقرار الأسري، بسبب الشقاق والخصام الحاد الحاصل بينهما .

وهو ما سيضر حتما بالمجتمع الإسلامي بعد ذلك وأساسياته، انطلاقا من المساس بالدور الحقيقي للمرأة في رعاية النشء وتكوين جيل يؤدي دوره الفعلي على أتم صورة تجاه دولته، أو العكس في حالة الحكم بالنقيض، وقبول دعوى التطليق لأسباب واهية، ما يفتح المجال لرفع مثل هذه الدعاوى، فتضيع الأسر والمجتمعات، وكلها آثار

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

قد تخرم المقصد الأصلي من الزواج، وهو حفظ النسل بقواعده

" فسوء التصور، أو الإلف والعادة، لبعض الناس: أن عملًا ما مصلحة، وهو في حقيقته مفسدة، أو أنّ ضرره أكبر من نفعه، فكثيراً ما يغفل الناس المصلحة العامة لأجل المنفعة الخاصة، أو يغفلون عن الضرر الآجل من أجل النفع العاجل، أو يغفلون الخسارة المعنوية من أجل الكسب المادي، أو يتغاضون عن المفاسد الكبيرة من أجل مصلحة صغيرة، فالاعتبارات الشخصية والوقتية والمحلية والمادية لها ضغطها، وتأثيرها على تفكير البَشر، لهذا يجب الاحتياط والتحري عند النظر في المصالح وتقويمها تقويما سليماً عادلاً"(44).

ولا ريب أن مثل هذا النوع من التقدير في خضم تزاحم المنافع والأضرار المتوقعة حدوثها، والتي قد يتصورها القاضي في ذهنه أثناء التطبيق وتقرير الحكم، يتطلب خبرة كبيرة بمنهج الموازنة وطرق الترجيح بينها، وإلى مستوى عال من التشبع بمقاصد الشرع، وبمراتبها وأولوياتها عند تعارضها أثناء التطبيق، بمقتضى اعتبارها من الشارع الحكيم قبل الوسائل، فللأمر أهميته، لأن الكشف عن التقدير المناسب مرتبط بإدراك حيثيات القضية بصورة دقيقة؛ حيث تدرك حجم المصالح والمفاسد في نطاقها.

وهذا الأمر يتطلب عادة الاستعانة بالمختصين في علم النفس بالدرجة الأولى، وكذا علم الاجتماع، وعلم الاقتصاد، وعلم المقاصد الشرعية، للتمكن من التقدير الصحيح للضرر وفق السلم المصلحي، بالنظر إلى مدى إخلاله بمرتبة الضروريات بمقتضى ما تؤول إليه الحياة الزوجية في حالة الحكم بالبقاء؛ حيث يتكيف ويقدر شرعا في نطاقها؛ لإدراك حجم الضرر، وهو أمر في غاية الخطورة، يفتقر إلى تحكيم دقيق بمقتضى أن الإخلال في تقديره، والحكم الصادر وفقه تبعا، قد يفضي إلى إهدار المقاصد الضرورية الراجحة، أو الحاجية النازلة منزلتها، مقابل اعتبار الكمالي منها في ميزان المصالح الشرعية عند التزاحم الحاصل في ذهن القاضي.

فالخطأ في تقدير الضرر المعنوي المخل بالضروري منها، أو عدمه، يفضي حتما إلى نتيجة عكسية من حيث خرم مقصود الشارع، فالأمر يتطلب الموازنة الدقيقة وفق مقتضياتها.

والموازنة تقع بين المصالح والأضرار المتوقعة من افتراض الحكم المناسب قبل

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

إصداره إيجابا أو سلبا، لتقدير حجم الضرر الموجب لهذا الأخير، وفي نطاق قواعد التشريع المستقرة من نصوصه، " فلا ريب أن البشر إذا تركوا لتقدير مصالحهم وحدهم، دون اهتداء بوحي الله، فلا غرو أن يضلوا الطريق، ويضخموا بعض المصالح على حساب أخرى أعظم منها وأبقى، أو يقدروا بعض المصالح، غافلين عما تعقبه من مفاسد تفوقها، وتعفى على أثرها. بل كثيرا ما اعتبروا بعض المفاسد الكبيرة مصالح؛ لأن فيها تحقيق شهوة عارضة لهم أو إشباع لذة عاجلة في حياتهم"[45]

فقاضي الأحوال الشخصية ملزم عند تقدير الضرر المعنوي المعتبر للحكم بالتطليق، أن يعتد بمقدار المصالح المتوقع ترتبها عند تصوره للحكمين بالقبول أو الرفض، وهذا سواء من حيث شمولها؛ فيعتد عند الموازنة بالأعم منها والأوسع على الأخص، والأضيق وأكثرها على أقلها، وأطولها زمنا على أقصرها، والمستقبلية على الآنية.

فالمنفعة كلما كان حجمها أكبر كانت أولى بالاعتبار، والضرر كلما كان أشد يكون أولى بإلازالة، والحكم يُكيف وفق ذلك، إذ لا يستقيم عقلا هدم المصلحة الأكبر من أجل حفظ الأقل منها، وبعبارات أعلام فقه المقاصد في الترجيح بين المنافع عند التعارض أثناء التطبيق " قاعدة الشرع والقدر تحصيل أعلى المصلحتين، وإن فات أدناهما"[46]. وفي جانب الضرر " التعارض ... بين سيئتين لا يمكن الخلو منهما، فيدفع أسوأهما باحتمال أدناهما "[47]، وعند تزاحم النفع مع الضرر: " فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة، ولا نبالي بفوت المصلحة... وإن كانت المصلحة أعظم من المفسدة حصلنا المصلحة مع التزام المفسدة "[48].

ويجدر التنبيه تعليقا على قول صاحب قواعد الأحكام، وفيما يتعلق بالذات مسألة تضرر المرأة، واعتباره في الحكم بالتطليق قد يتطلب تفويت مصلحة إذا ترجح الضرر، وزاد عن مقدار المصلحة في حالة إذا افترضنا الحكم باستمرارية الزواج، لأنه بتوقع المآل والنتائج من خلال دراسة الحالة أن الوضع بتضرر المرأة قد يؤدي تبعا إلى الإضرر بالأبناء على سبيل المثال لا الحصر، وما نعتقده مصلحة قد يحدث ضررا أشد بمقتضى أن الزوجة ركيزة الأسرة، والإضراربها إضرار بالإبناء والأسرة بأكملها، فالمجتمع.

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

وللأمر خطورته، والقاضي صاحب القرار، فالترجيح بين كفة المصالح والأضرار في الحكم بالتطليق والتفريق القضائي له من الدقة والتمحيص، ويبقى تقديره نسبي، إلا أن دراسة الحالة من جميع الجوانب كما سبق الذكر يساهم في تسديد القرار وتصويبه.

ويمكن للقاضي في مثل هذه الصور المتعلقة بالتقدير المصلحي في جلب النفع ودرء الضرر، الاسترشاد بقوانين المنظمة لعملية الموازنة والترجيح التي قننها أعلام الفقه والمقاصد منها:

- التزام المفسدة الدنيا لتوقع المصلحة العليا[49].
- حفظ البعض أولى من تضييع الكل[50].
- عادة الشرع دفع أعظم المفسدتين بإيقاع أدناهما، وتفويت المصلحة الدنيا لتوقع المصلحة العليا[51].
- دفع الضرر أولى من جلب النفع[52].
- إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمها ضررا بارتكاب أخفهما[53].

خاتمـــة:

أولا- النتائج:

من أهم النتائج المتوصل إليها من خلال دراستي للموضوع:

- اهتمام المشرع الجزائري بحقوق الزوجة بما في ذلك الحق في التطليق متى تحقق الضرر، الذي قد يلحق بها في الحياة الزوجية، ويشتد مع دوامه، اعتبارا لسياق الإطلاق والعموم الوارد في نص المادة 53، فلها أن ترفع أمرها للقضاء، مع ضرورة إثباته بكل وسائل الإثبات، وهو حكم يتوافق مع فقه مقاصد التشريع الإسلامي في مراعاة مصالح الزوجين والأسرة، ورفع الضرر والثقل عنهم قدر الإمكان.

- إن تقرير المشرع الجزائري للأسباب المسوغة لرفع دعوى التطليق طبقا للمادة 53 من باب غالبية حدوثها، وعموم البلوى فيها، فذكرها ليس على سبيل الحصر، بمقتضى أن السبب الأخير المذكور في المادة يشملها، ويشمل كل ما يتضمن معنى الضرر، سواء كان ماديا، أو معنويا، وللقاضي تقدير الضرر المعتبر للتطليق حسب حيثيات الوقائع، ومن المؤكد أنها تختلف من حالة إلى أخرى، فيتناقض الحكم وفق

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

ذلك.

– إن المشرع الجزائري منح السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الضرر المعتبر شرعا وضبطه، لمنح التطليق للمرأة، والمتضمن أيضا الجانب المعنوي، ولهذا الأخير أهميته، مع استفحاله وجسامته، بالنظر إلى إشكالاته وسلبياته في واقع الحياة المدنية الحديثة بتطوراتها، ما يجعل هذا النوع من التقدير يفتقر إلى نظرة علمية عميقة، ودراسة اجتماعية دقيقة، يمكن أن تفرز عن سلبياته من جهة، وإيجابياته من جهة أخرى، الخاصة على مستوى الأسرة، أو العامة على مستوى المجتمع والدولة، وتداخلها يستلزم الموازنة والترجيح مقارنة بمقاصد الشرع وكلياته الضرورية، والمساس بهذه الأخيرة قد تعصف بالمجتمع الإسلامي، وقيمه الضرورية.

– إن سلامة الحكم بالتطليق للضرر بوقوعه من عدمه لاسيما المعنوي، متوقف على تفهم واع ودقيق لمعطيات القضية، ولما ينتجه من آثار، وهو ما يضمن مراعاة مصلحة الأسرة عند إصدار الحكم، وهو ما يتوافق مع ما نص عليه القانون الجزائري في معالجته لإشكالات مثل هذه القضايا، وما أقرته قواعد نصوص التشريع الإسلامي، ومقاصدها، ويشهده اجتهادات المذاهب والاتجاهات الفقهية في مواقع مختلفة من مسائل الأحوال الشخصية.

ثانيا- المقترحات:

ضرورة مراجعة المواد المنظمة للأحوال الشخصية، والمتضمنة إقرار السلطة التقديرية للقاضي في تكييف الوقائع المنصوصة بمجرياتها المستجدة على الدوام، وضرورة تحديد القواعد والضوابط التي تتماشى ومقتضيات الاجتهاد القضائي، كمنطلقات له في التعامل معها، لمنح التكييف المناسب في مثل هذه القضايا الجوهرية، والتي تمس بأساسيات الأسرة، ومتطلباتها الجوهرية، والتي نراها قد سببت إشكالات عدة، أحدثت نوعا من التعسف بحقوق كلا الطرفين، سواء في الحياة الزوجية، أو بعد التفريق بينهما في الآثار المترتبة عنه، مع ضرورة التنيسق مع أهل الاختصاص في فقه المقاصد. بموجب المادة المتضمنة لزوم الرجوع إلى التشريع الإسلامي فيما لم يرد فيه نص.

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

الهوامـــش والمراجـــع:

(1)- ابن منظور، أبو الفضل، جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، ت: عبد الله علي الكبير، محمد أحمد حسب الله، هاشم محمد الشاذلي دار المعارف، 2573/4.

(2)- أخرجه: ابن ماجة في سننه، كتاب البيوع، باب من بنى في حقه ما يَضُرّ بجاره، رقم 2341، وأحمد في مسنده برقم 2867.

(3)- الرازي، محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، ت: محمود خاطر، مكتبة لبنان، بيروت ط:1، 1415- 1995م، ص 403.

(4)- عبد المنعم، محمود عبد الرحمن، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، دار الفضيلة، 211/1.

(5)- موافي، أحمد، الضرر في الفقه الإسلامي، دار ابن عفان، ط:1، 1418ه- 1997م، ص 23.

(6)- الزحيلي، وهبة، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر المعاصر بيروت، ط: 9، 1998م، ص 29

(7)- بن المدني بوساق، محمد، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار شيبليا، ط:1، 1419هـ- 1999م، السعودية، رياض، ص 28.

(8)- موافي، الضرر، ص 97.

(9)- القانون رقم 05- 10، المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75- 58، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة، 1975، والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 44، المؤرخة في 26 جوان 2005م.

(10)- اليزيد عيسات، إشراف: عمر بلمامي، التطليق في قانون الأسرة الجزائري مدعما بالاجتهادات القضائي، رسالة ماجستر، كلية الجزائر، بن عكنون، الجزائ: 2002- 2003م، ص 142.

(11)- يوب بن عامر، هنان مليكة، العنف الزوجي والاعتداء على الأموال الواقع على الأسرة في ظل القانون 15/19 المعدل والمتمم للأمر رقم 66- 156 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، مجلة السلام للعلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة الجزائر: 3، المجلد 06 العدد 2، جانفي 2018م، ص 42.

(12)- انظر: نجية عراب ثاني، الحماية القانونية للمرأة العاملة من العنف والاعتداء في التشريع الإسلامي، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، المجلد: 10، العدد 01: 2023، ص 462- 463

(13)- القزويني الرازي، أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، ت: عبد السلام محمد هارون، : دار الفكر، 1399هـ- 1979م، 420/3- 421.

(14)- الرازي، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، ت: يوسف محمد الشيخ، المكتبة العصرية، بيروت، صيدا، ط: 5، 1420هـ- 1999م ص 192.

(15)- الكاساني، علاء الدين بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية ط:

2، 1406هـ- 1986م، 89/3. الحطاب الرُّعيني، أبو عبد الله محمد بن محمد، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، ت: زكريا عميرات، دار عالم الكتب، 1423هـ- 2003م، 5/ 268. 41/4. 101. الخطيب الشربيني، شمس الدين بن أحمد، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ط: 1 1415هـ- 1994م 466/4.

(16)- وهو لا يخرج عن معنى الطلاق بمفهومه الاصطلاحي العام في حل قيد الزواج في الفقه الإسلامي، وما اتجه إليه المشرع الجزائري، إلا أن هذا الأخير تناوله في صور انحلال الزواج، سواء تم بالإرادة المنفردة أو بتراضي الزوجين، أو بواسطة الحكم القضائي. انظر: عبد المجيد بن بكن، المستحقات المالية للمطلقة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دراسة تحليلية مقارنة). مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، العدد:11، جوان 2017م، ص 659.

(17)- التطليق من الطلاق، وهو عند الحنفية: رفع قيد النكاح من أهله في محله، والمالكية: صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته، الشافعية: حل عقدة النكاح بلفظ الطلاق ونحوه، أو هو تصرف مملوك للزوج بلا سبب يقطع النكاح، الحنابلة: حل قيد النكاح أو بعضه. انظر: بدر الدين العيني، محمود بن أحمد، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية- بيروت، لبنان، ط:1، 1420هـ- 2000م، 280/5. الحطاب الرُّعيني، مواهب الجليل، 5/ 268. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 455/4. 475. أبو النجا الحجاوي، موسى بن أحمد، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل ت: عبد اللطيف محمد السبكي، دار المعرفة، لبنان، بيروت، 2/4.

(18)- انظر: منصوري، نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، الجزائر، 2012م، ص 11. لوعيل محمد الأمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط: 2، 2006م، ص 96.

(19)- جاء في نص المادة: " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه مالم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون، العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، الهجر في المضجع فوق الأربعة أشهر، الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة، مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه، (تنص بمنح حق طلب التطليق في حالة ثبوت التدليس)، ارتكاب فاحشة مبينة، الشقاق المستمر بين الزوجين، مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، كل ضرر معتبر شرعا". الأمر رقم 05- 02، المؤرخ في 18 محرم عام 1426هـ، الموافق 27 فبراير سنة 2005، المعدل والمتمم القانون، رقم 84- 11، المؤرخ في 9 رمضان عام 1404هـ الموافق 9 جوان 1984م المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 15، المؤرخة 27 فبراير 2005..

(20)- ابن منظور، لسان العرب، 522/13.

(21)- أخرجه: البخاري، صحيح البخاري، كتاب الوضوء، باب وَضْعِ المَاءِ عِنْدَ الخَلَاءِ، رقم (143).

(22)- الشوكاني: محمد بن علي، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، دار المعرفة، لبنان، بيروت، 3/1.

(23)- ابن منظور، لسان العرب، 186/11. الفيروز أبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، لبنان، بيروت، ط:8 1426 هـ- 2005م، 324/1- 325.

(24)- الخادمي، نور الدين بن مختار، الاجتهاد المقاصدي، حجيته.. ضوابطه..مجالاته، كتاب الأمة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، الدوحة، ط: 1 1419ه - 1998م، 52/1- 53.

(25)- ورد في نص المادة من قانون الأسرة الجزائري " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3)أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى. يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين، تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة ". الأمر رقم 05- 02، المؤرخ في 18 محرم عام 1426، الموافق 27 فبراير سنة 2005، المعدل والمتمم القانون، رقم 84- 11، المؤرخ في 9 رمضان عام 1404هـ الموافق 9 جوان 1984م، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 15، المؤرخة 27 فبراير 2005..

(26)- الأمر رقم 05- 02، المؤرخ في 18 محرم عام 1426ه، الموافق 27 فبراير سنة 2005، المعدل والمتمم القانون، رقم 84- 11، المؤرخ في 9 رمضان عام 1404هـ الموافق 9 جوان 1984م، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 15، المؤرخة 27 فبراير 2005..

(27)- الأمر رقم 05- 02، المؤرخ في 18 محرم عام 1426ه، الموافق 27 فبراير سنة 2005، المعدل والمتمم القانون، رقم 84- 11، المؤرخ في 9 رمضان عام 1404هـ الموافق 9 جوان 1984م، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 15، المؤرخة 27 فبراير 2005..

(28)- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 03/ 12/ 1984م، ملف رقم: 35026، م. ق 89، عدد 4، ص86.

(29)- الدسوقي، محمد ابن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، 343/2. الحطاب الرُّعيني، مواهب الجليل، 265/5- 266. القيروني، عبد الله بن (أبي زيد)، النَّوادر والزِّيادات، ت: محمد عبد العزيز الدباغ، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط:1، 1999م، 285/5. ابن جزي، أبو القاسم، محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، ص 151.

(30)- الحطاب الرُّعيني، مواهب الجليل، 5/ 265.

(31)- الدسوقي، حاشية الدسوقي، 283/2.

(32)- الدسوقي، حاشية الدسوقي، 343/2. الحطاب الرُّعيني، مواهب الجليل، 265/5- 266.

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

القيروني، النَّوادر والزِّيادات، 285/5. ابن جزي، القوانين الفقهية، ص 151.

(33)- انظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، 343/2. 345. عبد الوهاب بن علي، أبو محمد بن نصر، التلقين في الفقة المالكي، ت: محمد بو خبزة الحسني التطواني، دار الكتب العلمية، ط:1، 1425هـ- 2004م، 131/1.

(34)- انظر: الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 7061/9.

(35)- انظر: ابن الشيخ البابرتي، محمد بن محمد، العناية شرح الهداية، دار الفكر، 4/ 211. النووي، محي الدين، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ت: عادل أحمد عبد الموجود- على محمد معوض، دار الكتب العلمية، 681/5. الشربيني، المغني المختاج، 4/ 430- 431.. ابن قدامة أبو محمد موفق الدين بن محمد بن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة، 1388هـ- 1968م، 364/7.

(36)- سبق تخريجه.

(37)- بتصرف: القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، ت: أحمد البردوني، وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط:2، 1384هـ- 1964م، 123/3.

(38)- ابن عبد السلام، عز الدين عبد العزيز السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الآنام، ت: محمود الشنقيطي، دار المعارف، لبنان، بيروت. 74/1- 78.

(39)- النجار، عبد المجيد، خلافة الإنسان بين الوحي والعقل، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الولايات المتحدة الأمريكية، هيرندن، فيرجينيا، ط: 2، 1413هـ- 1993م، ص 120.

(40)- النجار، عبد المجيد، في فقه التدين فهما وتنزيلا، مؤسسة أخبار اليوم، مصر، ط: 1، 1410ه- 1989م، 72/2.

(41)- ابن القيم، شمس الدين محمد بن أبي بكر، طرق الحكمية في السياسية الشرعية، ت: محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت ص 4.

(42)- الخادمي، نور الدين بن مختار، الاجتهاد المقاصدي، حجيته.. ضوابطه..مجالاته، كتاب الأمة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، الدوحة، ط: 1 1419ه - 1998م، 143/2.

(43)- انظر: ابن عاشور، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، الشركة التونسية للتوزيع، تونس. ص177.

(44)- القرضاوي، السياسة الشرعية، ص 92- 93.

(45)- القرضاوي، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، القرضاوي: يوسف، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية مع نظرات تحليلية في الاجتهاد المعاصر، دار القلم، الكويت، ط: 3، 1420هـ 1999، ص210.

(46)- ابن القيم، أعلام الموقعين عن رب العالمين، ت: طه عبد الرءوف سعد، دار الجيل، بيروت، 1973م، 279/3

(47)- ابن تيمية، تقي الدين بن عبد الحليم، مجموع الفتاوى، مجموع الفتاوى، دار الوفاء،

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

المنصورة، ط: 3، 1426ه- 2005م، 31/20.

(48)- ابن عبد السلام، عز الدين عبد العزيز السلمي، القواعد الكبرى، ت: نزيه كمال حماد، عثمان جمعة ضميرته، دار القلم، بيروت دمشق، ط: 1 1421هـ- 2000م، 136/1.

(49)- القرافي، الذخيرة، سعيد أعراب، دار الغرب الإسلامي، لبنان، بيروت، ط:1، 1994م.، ت: محمد بوخبزة، 454/3.

(50)- ابن عبد السلام، القواعد الكبرى، 122/1.

(51)- القرافي، الذخيرة، 453/3.

(52)- ابن عبد السلام، القواعد الكبرى، 113/1.

(53)- ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط: 1، 1419هـ- 1999م، ص89.

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X