مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية

اسم المقال: مدى اعتماد القاضي للعرف في تقدير موجب الفرقة في دعاوى التطليق – دراسة مقارنة في القانونين الجزائري والمصري والعمل القضائي –
اسم الكاتب: محمد حجاري
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/library/8424
تاريخ الاسترداد: 2025/06/18 09:28 +03

الموسوعة السياسيّة هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.
لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسيّة – Encyclopedia Political، يرجى التواصل على
info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسيّة – Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use

تم الحصول على هذا المقال من موقع مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

جامعة الشارقة
UNIVERSITY OF SHARJAH

مجلة جامعة الشارقة

مجلة علمية محكمة

للعلوم القانونية

المجلد 17، العدد 2
ربيع الثاني 1442 هـ / ديسمبر 2020م

الترقيم الدولي المعياري للدوريات 2616-6526

مدى اعتماد القاضي للعرف في تقدير موجب الفرقة في دعاوى التطليق: دراسة مقارنة في القانونين الجزائري والمصري والعمل القضائي

محمد حجاري

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة مصطفى اسطمبولي

معسكر - الجزائر

تاريخ الاستلام: 07-08-2018 **تاريخ القبول: 26-12-2018**

ملخص البحث:

يمثل العرف دورًا مهما في أحكام الأسرة، وتحديدا تلك المتعلقة بالتفريق القضائي، بالنظر لما يقوم به القاضي من دور إيجابي في تقدير البينات القضائية، وهو ما يقتضي بيان حدود توظيف العرف في تلك الدعاوى وضوابطه، ومدى كفالة حقوق المتقاضين، من خلال الحكم بالظاهر أو القرائن في دعاوى التفريق التي أقرها الفقهاء بناء على ظروف وبيئات معينة، حيث يكون تقريرها بموجب نصوص قانونية مما ينبغي أن يراعى فيه مدى تغير تلك الظروف والأعراف التي بنيت عليها، كما ينبغي على العمل القضائي فهم ذلك واستيعابه في كثير من الممارسات القضائية. إلا أنه مما يؤسف له عدم بيان العمل القضائي لمصدر أحكامه القضائية ومبناها، وهو ما قد يرقى بها لدرجة النص القانوني، فضلا على عدم وضع ضوابط يسترشد بها قضاة المحاكم الدنيا في تحديد العرف الذي تبنى عليه الأحكام.

الكلمات الدالة: العرف، التطليق، القرائن، موجب الفرقة، الإثبات، العمل القضائي.

المقدمة:

أ. مدخل للبحث وأهميته:

إن تقنين المسائل المتعلقة بالأسرة ليس مجرد عملية فنية تنتهي بصياغة الأحكام الشرعية في شكل نصوص ومواد، تعطى كل منها رقما وترتب في أبواب وفصول على غرار ما هو حاصل في القوانين الوضعية، وإنما المسألة لها أبعاد مختلفة، حيث تكون عملية التقنين من خلال الاختيار بين مذاهب وآراء متعددة في الفقه الإسلامي، والتي تكون أحيانا مبنية على عرف معين، قد يصلح في الممارسة القضائية.

وفي أحيان كثيرة لا نجد نصا في المسألة المقرر الفصل فيها، إما لأن المسألة نفسها لا يستقيم وضع نص لها لاختلاف الحكم فيها باختلاف الأعراف المقررة، أو لأن اختيار حكم فقهي معين في مذهب من المذاهب، أو بما هو مشهور المذهب المقرر في البلد قد ينتج عنه إشكالات عملية، بالنظر لتغير أحوال الناس وظروفهم، وأيضا تجدد بعض النوازل التي ارتبطت بها عادات معينة، وهذا كله من شأنه أن يمس بمقصد الحفاظ على الروابط الأسرية حينا، أو عدم كفالة حق المضرور حينا آخر، ومن ثم يكون العمل بالرأي الفقهي الذي يكون موافقا للعرف هو الأسلم، حتى تكون الحقيقة القضائية أقرب ما تكون، إن لم تكن مطابقة، للحقيقة الواقعية، إما بتوجيه من النص نفسه لكونه يتوافق مع العرف مهما تغير، أو بالاختيار الفقهي بين المذاهب، أو في مذهب معين بذاته، ولو كان خلاف المشهور فيه.

وإذا تعين ذلك؛ فإنه يترتب على العرف الآثار المقررة للقانون، من افتراض علم القاضي به، وحكم القاضي به من تلقاء نفسه سواء علم به الخصوم أو لا، وأن إثباته يتعلق بوجود قاعدة قانونية، ولا يستطيع القاضي الامتناع عن تطبيقه بحجة عدم وجود نص يحكم القضية. ويترتب على ذلك أن مجرد عجز الخصم عن إثبات العرف لا يعد في ذاته سببا كافيا لرفضه، إذ يجدر من القاضي أن يتحرى بنفسه من وجود العرف، وأن يثبت ذلك في حكمه، مع بيان الأسباب المؤدية لما أخذ به. وإذا رفض القاضي تطبيقه وجب أن يكون هذا الرفض مبنيا على الاقتناع بعدم وجوده.

هذه الحقيقة ينبغي أن يعرفها المتقاضين ووكلائهم، كما يجب على القضاة أن يتبصروا بها حفاظا على مقاصد تشريع الأسرة، ومن ثم كان البحث في معرفة حجم تأثير العرف في مسلك العمل القضائي، من خلال البحث في حدود ذلك التأثير وضوابطه. وستتركز دراستنا من خلال موجب الفرقة للتطليق بين الزوجين، بالنظر لطبيعة الحجج والبينات فيه، ودور القاضي الإيجابي فيه - خلافا للطلاق- من حيث تقدير تلك الأدلة، فضلا عن حدود

توظيف العرف في تلك الدعاوى، وأيضا ضوابط هذا التوظيف ومدى كفالة الممارسة القضائية في كفالة مصلحة المتقاضين، وحفاظا على مصداقية القضاء وأحكامه، حتى لا تكون عرضة للنقض، فضلا عن توجيه قضاة الموضوع إلى ما تم اختياره، وما ينتج عن ذلك من بث للثقة في نفوس المتقاضين.

كل ذلك جعل من دراسة مدى اعتماد القاضي للعرف في تقدير موجب الفرقة في دعاوى التطليق وحدوده؛ أمرا ملحا بالنظر لصعوبة الوقوف على حقيقة العرف، سيما إذا كان ليس من الشهرة بالقدر الذي يفترض علم القاضي به، ومن ثم تعين أن نبحث عن الضوابط المساعدة له في إثباته. ولما كانت تجربة القضاء المصري في ذلك، يمكن اعتبارها مسلكا مناسبا في وضع حلول مهمة في الواقع العملي، بالنظر لمحدودية النصوص القانونية. ولذلك كانت المقارنة أمرا مفيدا في ترشيد عمل قاضي شؤون الأسرة الجزائري الذي يتعامل بخجل مع مسألة توظيف العرف في واقع القضايا المطروحة عليه. هذا من جهة؛ ومن جهة أخرى قد تكون تلك المقارنة سبيلا لاختيار بعض الحلول المناسبة، وتعديلا لنصوص أخرى.

ب. إشكالية البحث:

يمثل العرف جانبا ومصدرا للكثير من التطبيقات القضائية في شؤون الأسرة، وما يرتبط به من مسائل فرعية تتعلق بالإثبات، على اعتبار أن العديد من الأحكام المتعلقة بأحكام الأسرة لم يتضمنها قانون الأسرة بالنظر لمحدودية النصوص، فضلا عن تجدد الحوادث وتنوع الظروف وتغيرها. ومن ثم يعتبر نص المادة الأولى من القانون المدني أساسا قانونيا لذلك، خصوصا ضمن مسائل التفريق إذا كان هناك موجب للفرقة، فالدراسات تركز على ربط نصوص قانون الأسرة الجزائري ببعض التطبيقات القضائية، لكنها تفتقر لإبراز دور العرف ضمن العمل القضائي.

ومن الناحية العملية قد يصعب في حالات كثيرة الوقوف على حقيقة العرف من جانب القاضي في منازعات الأسرة، خاصة إذا كانت القاعدة العرفية ليست من الشهرة بالقدر الذي يفترض علم القاضي بها، وعند ذلك يسمح للخصوم بمساعدته في إثباتها، وهو عندما يطلب منهم ذلك إنما يطلب إليهم في الحقيقة العناصر التي يتكون منها العرف، حتى يتثبت القاضي من قيامه، بالنظر لاعتبارات عملية تجعل من العسير على القاضي الإلمام بالعرف كما يُلِم بالقانون المكتوب.

ومن هنا كان طرح التساؤل عن حدود مسلك العمل القضائي في توظيفه للعرف ضمن مسائل التفريق القضائي وإثبات موجب الفرقة؟ وهل الاختيارات القضائية للعرف كافية لحماية العلاقات الأسرية؟ ويتفرع عنه تساؤلات عن مدى جواز تقييد استعمال العرف في

دعاوى تفريق دون أخرى؟ وما وجه الفرق بينها؟ وطبيعة سلطة القاضي في ذلك، والتفرقة بين وظيفته كقاضي موضوع وقاضي قانون؟

ج. خطة البحث:

تتركز دراستنا على حدود استعمال العرف في كثير من الاختيارات الفقهية في تقدير القاضي لموجب الفرقة، وما قد يلعبه العرف من دور في قواعد الإثبات الموضوعية، حتى يكون الحُكم مُعَلا ومؤسسا شرعا. محاولين في كل ذلك بيان كيفية تنزيل العرف على منازعات الأسرة، سواء في شقها الموضوعي أو الإجرائي بأسلوب أكثر بساطة، بالإضافة إلى ربطه بالناحية التطبيقية متى أمكن ذلك. وتم الاقتصار على مدى اعتماد القاضي على العرف في هذه الدعاوى، نظرا لأن العرف له حضور جلي في تحديد نطاق تلك الدعاوى أو في الإثبات، بخلاف دعاوى التطليق الأخرى التي يصعب أو يَندُر استظهار أي دور للعرف فيها، كتلك المتعلقة بالتطليق لحبس الزوج أو غيبته، أو صعوبة استحضار أدلة الإثبات فيها، كتلك المتعلقة بالتطليق لهجر الزوج.

وعلى ضوء ما سبق يمكن ضبط معالم خطة البحث من خلال ثلاثة مباحث، المبحث الأول لدور العرف في دعوى التفريق لعدم الإنفاق، ومبحث ثاني لدور العرف في دعوى التفريق للعيوب. أما المبحث الثالث فخصص لدور العرف في التوسعة أو التضييق من موجب الفرقة في دعوى التفريق للضرر.

المبحث الأول: دور العرف في دعوى التفريق لعدم الإنفاق

النفقة واجبة للزوجة على زوجها بعقد الزواج الصحيح، وتتأكد بشروط، وتقدر بحال الزوجين معا، ويراعى عند تقديرها ظروف البلد، ومما جرت به العادة، دون الإخلال من كفاية الزوجة بلا إسراف ولا تقتير. إلا أن الزوج قد يمتنع عن الإنفاق على زوجته تعسفا أو عجزا، فأجاز بعض الفقهاء للزوجة أن تطلب التفريق للضرر الذي لحق بها، ولا تجبر على الإقامة مع زوجها[1].

(1) حكم التفريق بين الزوجين لعدم الإنفاق في المسألة ثلاثة أقوال، لمزيد من التفصيل أنظر: السرخسي، المبسوط، (بيروت: دار الكتب العلمية، بدون سنة نشر) ط1، ج:5، ص190. ابن حزم، المحلى بالآثار، (بيروت، دار الكتب العلمية، بدون سنة نشر)، ط بدون، ج: 10، ص 92. الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، (طرابلس، ليبيا، مكتبة النجاح، بدون سنة نشر)، ط دون، ج:4، ص196.الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، (بيروت، دار إحياء التراث العربي، بدون سنة نشر)، ط دون، ج:3، ص442. ابن قدامة، المغني على مختصر الخرقي، (بيروت، دار الكتب العلمية، بدون سنة نشر)، ط بدون، ج:9، ص230.

أولا- من حيث توجه الفقه في توظيف العرف لكيفية ثبوت الإعسار وعدم الإنفاق:

الزوج إذا لم يكن له مال ظاهر وادعى الإعسار ولم يثبته، أو لم يقل أنه معسر أو موسر ولكنه أصر على عدم الإنفاق، فعند المالكية قولان؛ قول أول أن له أن يطلقها في الحين، وقول ثانٍ له أن يؤجل مدة يسجن فيها لعله يعود للإنفاق[1]. ولم يذكر المالكية في مدة السجن شيئا وتركوا ذلك إلى اجتهاد الحاكم.

ولا شك أن العلة في التفريق لعدم الإنفاق هو الضرر اللاحق بالمرأة من جراء بقائها مع من لا ينفق عليها، فسواء كان الزوج عاجزا عن النفقة أو ممتنعا عن أدائها مع عدم إمكان أخذها منه ولو بالإكراه، فالتفريق لدفع للضرر الواقع، ولا يعجل عليه بمجرد الامتناع، وإنمّا يؤجل مدة مع التهديد والسجن لعله يعود لما امتنع عنه من الإنفاق، فإذا عاد زال موجب التفريق، وإن امتنع قضى بالتفريق.

ولذلك لمّا نوظر مالك، فقالت: أدَعْت الناس يقولون: إذا لم ينفق الرجل على امرأته يفرق بينهما، فقيل له: قد كانت الصحابة -رضي الله عنهم- يُعْسِرون ويَحتاجون[2]. فأجاب عن ذلك بقوله: «ليس الناس اليوم كذلك إنما تزوجته رجاءً»[3].

---

(1) الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، ت عبد السلام محمد أمين، (بيروت، دار الكتب العلمية، 1422هـ 2002م) ، ط1، ج: 4، ص: 256. هذا إذا كان الزوج حاضرا، ولم يكن له مال ظاهر، أمّا إن كان غائبا ولم يترك لها نفقة ولا بعث بها، فإن كان له مال أخذت منه، أو بيع عليه من طرف القاضي، وينفق عليها من ثمنه، فإذا لم يترك شيئا، أو لم تقدر الزوجة من الحصول عليه وطلبت الفرقة، فمذهب المالكية أنه يُنظر إن كان الزوج بعيدا، أو كانت غيبته غير معلومة، أجلها القاضي شهرا لعله يعود أو تجد ما تنفقه به على نفسها، فإن لم تصل النفقة خلال هذه المدة طلقها القاضي عليه. أما إذا كانت غيبته معلومة الجهة قريبة المكان، بعث إليه القاضي إما أن يأتي أو يرسل النفقة في مدة لا تتجاوز العشرة أيام أو يطلق عليه. ويظهر أن في هذا القول إعمال للعرف في اعتبار الضرر اللاحق بالزوجة، وهذا بعد ثبوت أن الزوج لم يترك لها نفقة ولا بعث بها إليها ولا هي أسقطتها عنه، وهو ما جعل العديد من القوانين تأخذ به، كالقانون المصري رقم 25 لسنة 1920 في المادة (5) مع تركه تحديد الأجل إلى القاضي حسب ظروف كل زوج. والقانون السوري (م 110 / 2)، والقانون الكويتي (م 120 / 2).

(2) ابن حزم، المحلى، ج: 10، ص: 95.

(3) ورحم الله ابن القيم حيث بيّن كلام الإمام مالك وأزال الغموض الذي حجب على الكثيرين فَهْم مقصده، بقوله: «أن نساء الصحابة رضي الله عنهن كن يُرِدْنَ الدار الآخرة وما عند الله، ولم يكن مرادهن الدنيا، فلم يَكُن يُبالين بعسر أزواجهن، لأن أزواجهن كانوا كذلك، وأما النساء اليوم فإنما يتزوجن رجاء دنيا الأزواج ونفقتهم وكسوتهم، فالمرأة إنما تدخل اليوم على رجاء الدنيا، فصار هذا المعروف كالمشروط في العقد، وكان عرف الصحابة -رضي الله عنهم- ونسائهم كالمشروط في العقد، والشرط العرفي أصل مذهبه كاللفظي، وإنما أنكر على مالك كلامه هذا من لم يفهمه ويفهم غوره». ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، (القاهرة، دار الريان للتراث، 1407هـ 1987م)، ط 1، ج: 4، ص 213.

أما عن كيفية ثبوت الإعسار وعدم الإنفاق؛ فإذا ادّعت الزوجة عند القاضي أن زوجها ممتنع عن الإنفاق عليها أو لم يدفع إليها نفقتها، فعند المالكية وابن القيم من الحنابلة[1] أن الزوج إن صدقها في عدم الإنفاق نُظِر إن كان له مال ظاهر وأمكن الحصول على النفقة منه بأي وجه من الوجوه - دفعا للضرر عنها - ولا تطلق عليه. وإن لم يصدقها في دعواها كان القول قول الزوج مع يمينه؛ لأن العرف الغالب يشهد بصدقه، وتكلف الزوجة بالبينة لادعائها خلاف الظاهر[2].

وظاهر العرف هنا أنه لو لم ينفق عليها لم تقم معه، كما لو لم يدفع صداقها لم تسلم نفسها له، فضلا أن الأمارات الظاهرة تدل على صدق دعواه المبنية على العلم، والزوجة لم يكن ينزل عليها رزقها من السماء كما كان ينزل على مريم بنت عمران، ولم تكن تشاهد تخرج من منزلها تأتي بطعام أو شراب، والزوج يشاهد داخلا وخارجا إليها بأنواع الطعام، فإن أحضرت بينة تشهد لها بما تدعيه حكم لها بذلك.

أما الشافعية[3]، والحنابلة فتمسكوا بالأصل وهو عدم القبض، والقول قول المرأة بيمينها، واعتبروا الزوج مدعيا؛ لأنه يدعي خلاف الأصل وهو وفاء الدين الذي عليه، فلا تقبل دعواه إلا ببينة كسائر الديون.

ويظهر أن قول المالكية ومن وافقهم له وجهه الموافق للعرف لتكذيب القرائن الظاهرة لقول الزوجة، والتي تفيد علما أقوى من النظر الحاصل باستصحاب الأصل، ولا يسوغ تقديم ظن الاستصحاب على هذا العلم الذي يقرب من اليقين أو يكاد، سيما إذا تحقق لنا انقطاعها عن الخروج والتصرف. ولأن الثابت بالعرف كالثابت بالنص، وكيف يقال إن الأصل مع الزوجة والعرف والقرائن ظاهرة في الدلالة على تكذيبها! ولو رجحنا القول بيمينها فلا تتوان امرأة عن المطالبة - وباستمرار - بالنفقة طالما اكتفى بدعواها، لأن الغالب أن تكون المرأة راضية، وإنما تطالب زوجها عند الشقاق.

---

(1) ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، (بيروت، دار الكتب العلمية، 1416هـ1995م)، ط1، ص:105.ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، (بيروت، دار الجيل، 1418هـ1998م)، ط1، ص:30، 31.

(2) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، (القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية، 1388هـ 1968م)، ط بدون، ج:3، ص 351.

(3) الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، (بيروت، دار الكتب العلمية، 1414هـ 1994م)، ط1، ج:11، ص: 447. ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، (دمشق، بيروت، المكتب الإسلامي، 1408هـ 1988م)، ط5، ج:3، ص 372.

هذا فيما إذا كان خلاف الزوجين بعد الدخول، أما إذا اختلفا قبل الدخول، فالقول قول الزوجة المنكرة بالاتفاق[1]. وهذا الحكم إنما قُرر وفقا للأصل، وهو عدم الوفاء بدين النفقة، لأن العرف يقتضيه ويوافق ذلك الأصل، وهو أن الزوج لا ينفق على زوجته إلا بعد أن تُزَف إليه.

وجميع ما ذكر إذا لم يدفع الزوج دعوى زوجته بإعساره، أما إذا ادعى العسر ولم يكن له مال ظاهر فيختلف حكم المسألة عما سبق؛ فإن صدقت الزوجة زوجها في دعواه الإعسار حكم له به، باتفاق المذاهب الثلاثة، وهل يمهل من ثم مدة معقولة يسعى فيها لتحصيل الرزق مع مراعاة حال الزوجة ومقدار صبرها عند تحديد هذه المهلة، أم يفرق بينهما في الحين؟[2].

أما إن لم تصدقه في دعواه وقالت إنه مليء طلب منه البينة، فإن شهدت البينة لقوله أكدها بيمينه وتبطل بذلك دعوى الزوجة، وهو مذهب المالكية[3].

هذا في حال حضور الزوج، أما إن كان غائبا، فتعتبر الزوجة مدعية تمسكا بالظاهر، وحتى تثبت عدم إنفاقه عليها أو أنه ما ترك لها ما تحتاجه في غيابه، فعليها أن تثبت:

- غيبة الزوجة بالشهادة ونحوها كمراسلاته، على أن تشهد هذه البينة أنه ما ترك لها ما تنفقه.

---

(1) الخرشي، شرح الخرشي، ج:3، ص: 337. التسولي، البهجة في شرح التحفة، (بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 1418هـ 1998م)، ط 1، ج:1، ص: 617. الماوردي، الحاوي، نفس الموضع.

(2) اختلف الفقهاء فيما إذا ثبت الإعسار لدى القاضي فهل يقع الطلاق بمجرد ثبوته أم يمهل الزوج مدة ؟
لعل أنسب الأقوال- والله أعلم- هو قول المالكية، بأنه ليس للقاضي أن يفرق بينهما بمجرد ثبوت الإعسار، وإنما يؤجل له بما يراه مناسبا، والتوقيت في هذا خطأ، حيث أعطوا المرأة حق طلب الفرقة ورعوا في ذلك ظروف الزوج، وهي مدة تطول أو تقصر، بحسب ما يُرجى من الرجل في الكسب أو عدمه، ويراعى فيها حال الزوجة وصبرها على ذلك. وهو قول وسط ، يراعى فيه أحوال الناس وأعرافهم. للتفصيل: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير(القاهرة، دار إحياء الكتب العلمية، عيسى البابي الحلبي وشركاه، بدون سنة نشر)، ط بدون، ج:2، ص:519. النووي، روضة الطالبين، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، (بيروت، دار الكتب العلمية، 1412هـ 1992م)، ط بدون، ج:6، ص:482. ابن قدامة، المغني، ج:9، ص:244.
وقد سلكت أغلب القوانين العربية مسلك المالكية، مع اختلاف بينها في مدة الإمهال للزوج، حيث حددها القانون المصري (م4) بشهر على الأكثر، وإلا طلق عليه. أما المدونة المغربية (المادة 102 / 2)، فتحددها المحكمة بحسب الظروف، إلا في حال ظرف قاهر واستثنائي، والقانون العراقي (م43) فحدد أقصاها بشهرين. في حين حددتها قوانين أخرى بثلاثة أشهر كالقانون السوري (م110 / 2)، والقانون الكويتي (م12 / 2)، والقانون الأردني (م 127).

(3) مراجع المالكية السابقة.

- بيمينها لتأكيد شهادة الشهود على غياب زوجها، إلا أنها لا تحلف إلا بعد إنظار القاضي له المدة التي ترجى أن يعود فيها، أو يبعث لها ما تحتاجه، فإن قدم في الأجل بقي مع زوجته[1].

أما الشافعية والحنابلة[2] فاعتبروا أن القول للزوج بيمينه وبنوا ذلك على الأصل، وهو عدم اليسار، سواء كان مقيما معها أو غائبا عنها، والمرأة تدعي غِنى عارضا فلا يقبل إلا ببينة، أو بإقرار الزوج، أو بالعلم الشخصي للقاضي عند من يقول به من الشافعية. ويعمل القاضي بالقرائن الدالة على حال الزوج أثناء رفع الدعوى عليه، فإذا عُرِف له مال قبل ذلك فالقول قول المرأة مع يمينها، لأن الأصل بقاء المال، أما إن لم يعرف له فالقول قوله مع يمينه؛ لأن الأصل عدمه.

ويظهر لي ترجيح قول الشافعية والحنابلة بتصديق الزوج في ادعائه العسرة، سيما إذا كانت طارئة، فلا يقبل قول الزوجة في نفي ذلك إلا ببينة.

ثانيا- دور العرف في الإثبات في دعوى التفريق لعدم الإنفاق في القانونين الجزائري والمصري:

أ. **في القانون الجزائري:** أخذ قانون الأسرة برأي الجمهور في جواز التفريق لعدم الإنفاق، حيث جاء في المادة 53 / 01 أنه: «يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج..». ويتضح من النص أن شروط التطليق هي:

1. عدم إنفاق الزوج سواء بسبب إعساره، أو تعمده لعدم الإنفاق.
2. أن تكون الزوجة قد رفعت دعواها من قبل للمطالبة بالنفقة، وصدور حكم يلزمه بذلك، وامتنع عن تنفيذه، وأصر على عدم الإنفاق[3].
3. ألا تكون الزوجة عالمة بإعساره وفقره وقت الزواج، فإن كانت عالمة بحاله وسكتت عنه إلى ما بعد الدخول، سقط حقها بسبب رضاها المتقدم.

(1) الحطاب، مواهب الجليل، ج: 4، ص: 196.

(2) مغني المحتاج، ج3 ص 444. ابن قدامة، الكافي، ج:3، ص 372.

(3) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 118475 بتاريخ 2 / 5 / 1995، (نشرة القضاء، وزارة العدل)، عدد: 49، ص 241.

إن هذا الإجراء الذي انفرد به القانون الجزائري، كشرط للحكم بالتفريق، يتعارض مع المبدأ العام لدعوى التطليق لعدم الإنفاق؛ وهو رفع الضرر الواقع على الزوجة من جراء امتناع الزوج عن الإنفاق قصدا أو اعسارا، حيث تتحمل الزوجة عبء إثبات عدم إنفاق زوجها عليها، ثم تستصدر حكما قضائيا تلزم الزوج فيه بالإنفاق، وتنتظر مهلة شهرين يتأكد فيها امتناع الزوج عن التنفيذ..، والشروع بعد ذلك في رفع دعوى جديدة للمطالبة بالتفريق.

وفي توجيه لمسلك القانون؛ ذكرت المحكمة العليا أن: «ذلك تقرير لما نص عليه أحد فقهاء المالكية، وهو ابن عاصم بقوله: إن عجز الزوج عن إنفاق لأجل شهرين ذو استحقاق بعدهما الطلاق لا من فعله، وعاجز عن كسوة مثله، والقضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقاً لقواعد فقهية»[1].

وهذا بلا شك حمل لكلام الفقيه المالكي على غير المقصود منه، لأن التوجيه الصحيح لما ذكره ابن عاصم المالكي ألا يطلق على الزوج في الحين، وإنما يؤجل ويُنظر مدة حددها البعض بشهرين، والصحيح في المذهب أن لا توقيت في ذلك، وإنما يترك لتقدير القاضي حسب كل قضية وظروف كل زوج، فإن انتهى الأجل ولم يُنفق فَرق القاضي بينهما، وفي ضوء ذلك ينبغي أن يفهم الفقه المالكي.

وإذا كانت مقتضيات العدل تقتضي أن تقدر النفقة بحال الزوجين يسارا وإعسارا، وأخذ ظروف الزوج بعين الاعتبار، فإنها تقتضي أيضا عدم إثقال عبء الزوجة بإجراءات قضائية طويلة ومرهقة.

ب. **في القانون المصري:** جاء في المواد 4، 5، 6 من القانون رقم 25 لسنة 1920 الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية الأحكام الواجبة التطبيق عند عدم الإنفاق. حيث أوردت المادة 04 بأنه: «إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته، فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم بالنفقة عليه في ماله، فإن لم يكن له مال ظاهر ولم يقل إنه معسر أو موسر، ولكنه أصر على عدم الإنفاق، طلق القاضي عليه في الحال، وإن ادعى العجز، فإن لم يثبته طلق عليه حالا، وإن أثبته أمهله مدة لا تزيد على شهر، فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك». كما قررت المادة 5 بأنه: «إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة، فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه، بالنفقة في ماله، وإن لم يكن له مال ظاهر، أعذر إليه القاضي بالطرق المعرفة، وضرب له أجلا، فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها، أو لم يحضر للإنفاق عليها، طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل. فإذا كان بعيد الغيبة، لا يسهل

(1) قرار رقم 34791 بتاريخ 19 / 11 / 1984، (المجلة القضائية، وزارة العدل، 1989)، عدد:3.

الوصـول إليـه، أو كان- مجهـول المحـل، أو كان مفقـودا، أو ثبـت أنـه لا مـال لـه تنفـق منـه الزوجـة، طلـق عليـه القاضـي». يسـتفاد مـن الأحـكام المتقدمـة أنـه يشـترط لتطليـق الزوجـة ثلاثـة شـروط:[1]

1. ألا يكـون لـه مـال ظاهـر يمكـن التنفيـذ عليـه بالنفقـة، وأن يكـون الامتنـاع عـن النفقـة الحاضـرة، أمـا النفقـة المتجمـدة فلا.
2. أن تثبت الدعوى بالحجج الشرعية.
3. عدم نشوز الزوجة.

وهـذا الموقـف القانونـي؛ وهـو ذاتـه موقـف غالبيـة التقنينـات العربيـة، مـع أنـه راعـى مصلحـة الزوجـة بإقـراره لحقهـا فـي التطليـق، مـن غيـر اشـتراط - كمـا قـرر القانـون الجزائـري- رفـع الدعـوى للمطالبـة بالنفقـة، وصـدور حكـم وامتناعـه عـن التنفيـذ، إلا أنـه انتقـد[2] مـن حيـث إنـه لـم يفـرق بيـن حالـة الامتنـاع للإعسـار، وحالـة الامتنـاع مـع القـدرة وقصـد الإضـرار، ففـي الحالـة الأولـى يتعيـن عـدم إجابـة الزوجـة لطلبهـا؛ لأن الحيـاة يسـر وعسـر، ومـن الوفـاء أن تشـارك الزوجـة زوجهـا الضـراء كمـا شـاركته السـراء، والله تعالـى جعـل الفقـر والغنـى مَطِيَّتَيْـن للعبـاد فيفتقـر الرجـل حينـا ويسـتغنى أخـرى، والنـاس لـم تـزل تصيبهـم الفاقـة بعـد اليسـار، فلـو كان كل مـن افتقـر فسـخت عليـه امرأتـه لتفاقـم الشـر، وفسـخت أنكحـة أكثـر العالـم، وأصبـح بذلـك الفـراق بيـد أكثـر النسـاء. ضـف إلـى ذلـك أن الفقـر ليـس عـارا فـي الشـريعة الإسـلامية، وإنمـا العـار أن تتخلـى الزوجـة عـن زوجهـا لأسـباب ماديـة[3]، ومـن ثـم فـلا ينبغـي للتشـريع - وكمـا قيـل بحـق- أن يتجاهـل البنـاء الأخلاقـي للمجتمـع، خاصـة وأن الآيـات القرآنيـة تدعـو لذلـك. أمـا الحالـة الأخـرى، وهـي الامتنـاع عـن الإنفـاق مـع القـدرة، فهنـا الإضـرار واضـح، والضـرر يـزال، ويتعيـن علـى القاضـي إجابـة الزوجـة لطلبهـا[4].

وحيث أن هذه التفرقة بين الحالتين وجيهة، وحتى لا تبقى - سيما الحالة الأولى- مجرد تفرقة نظرية، فالأولى أن يراعي القاضي فيها العرف وما يعد ضروريا فيها، كالعلاج والسكن..، وما لا

(1) د. محمد كمال الدين إمام، الأحوال الشخصية للمسلمين، دراسة فقهية وتشريعية وقضائية، (الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2017)، ط1، ص: 392.

(2) د. محمد كمال الدين إمام، الأحوال الشخصية للمسلمين، ص: 392، 393.

(3) زاد المعاد، ج:4، ص 215، 216.

(4) وقد شعر الأحناف بحرج موقفهم الذي يقضي بعدم التطليق حتى في حالة قدرة الزوج، حيث استحسنوا في هذه الحالة، أن ينصب القاضي الحنفي نائبا عنه يكون من مذهبه التفريق، فيقضي في هذه الحالة، وقضاؤه نافذ لأن إنابته صحيحة.

يعد ضروريا من ذلك، على اعتبار أن استمرار رابطة الزوجية، مع حصول الضرر فيها، قد تكون مانعا لاستفادة الزوجة من بعض أشكال المساعدة الاجتماعية والمادية من أجهزة الدولة.

ثالثا- دفوع الزوج الموضوعية في عدم استحقاق الزوجة للنفقة وحدود استعمال القضاء للعرف:

دفوع الزوج في عدم استحقاق الزوجة للنفقة لا تخرج عن دفعين رئيسين، وما يذكر من دفوع أخرى فهي متفرعة عنها، يتحول فيها الزوج إلى مدع بعد أن كان مدعى عليه، وتصير الزوجة مدعية بعد أن كانت مدعى عليها في الأصل.

أ. **الدفع بعدم التمكين:** حيث يدعي فيها الزوج أن زوجته لم تسلم إليه بعد إلى مسكنه الشرعي، ولم يدخل بها بالرغم من طلبه ذلك، ويقبل منه هذا الدفع لموافقته للأصل، وهو عدم التمكين[1]. ولجواب الزوجة عن هذا الدفع، هناك احتمالين:

1. أن تُقِر بما جاء به المدعي، فيتقرر مؤاخذتها بإقرارها، وثبوت دفع الزوج ورد دعوى النفقة.
2. أن تُنْكر دفع المدعي، إما إنكارا عاما، أو يكون منصبا على إحدى جزئيات الدفع، والتي قد تتأكد بقرائن الأحوال وبعض الأعراف الجارية[2].

وإنما أصبح جانب الزوج ضعيفا بالرغم أن الأصل معه، لتكذيب العرف والعادة، وهو أن الزوجة لا تعرض تسليم نفسها، بل يكفي لإيجاب النفقة ألا تكون ممتنعة من الانتقال إذا طلبها الزوج للزفاف، فحياء المرأة يمنعها من ذلك، لما في ذلك من ابتذال في عرف المجتمع، ومراعاة لهذا الظاهر القوي قدمنا العرف على الأصل، وأكثر العلماء يقضون باليد العرفية وتقديمها على اليد الحسية.

ب. الدفع بنشوز الزوجة: وللزوجة أثناء نظر دعوى الزوج بالطاعة في القضاء الجزائري أن تتقدم بدفوع لرد دفع الزوج بالنشوز، كما تعتبر هذه الدفوع، وطبقا للمادة 11 مكرر ثانيا من القانون المصري الأوجه الشرعية التي تستند إليها الزوجة في امتناعها عن طاعة زوجها، واعتراضها على إعلان زوجها لها بالعودة إلى

(1) السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، (مصر، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، 1378هـ 1959م)، ط بدون، ص: ص52. البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، (الرياض، مكتبة النصر الحديثة، بدون سنة نشر)، ط بدون، ج:5، ص:468.

(2) مأمون محمد أبو سيف، الدفوع الموضوعية في دعاوى النفقات، (الأردن، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999)، ط1، ص:92.

مسكن الزوجية، فتثبت بهذه الدفوع أن امتناعها مشروع[1]. ويتمثل بعضها في:

1. **الدفع بعدم شرعية المسكن:** كأن يكون مشغولا بسكنى الغير فيه، كأهل الزوج أو أحد أقاربه، أو وجود الضرة معها فيه، أو كون مرافقه مشتركة بينهما، والزوجة في هذه الحالة غير مكلفة ببيان وجه الضرر الذي يلحقها بسبب وجود شخص آخر معها في نفس المسكن، ولا بإثباته، لأنه مفترض[2].

ومن الأمور التي تقدح في شرعية المسكن أيضا انتفاء الأمان فيه على النفس، بسبب خرابه وعدم صلاحيته للسكن، أو لانعدام اللوازم الضرورية فيه[3]، أو عدم وجود جيران صالحين..، إلى غير ذلك من الأسباب التي يصلح كل واحد منها أن يشكل دفعا صحيحا يقدح في شرعية المسكن.

ولا يخفى أن مسألة تقدير مدى شرعية مسكن الطاعة من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع، بما له من سلطة فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة[4]، يراعي القاضي فيه حال الزوج المالية وبيئته، وحال أمثاله من هذه البيئة[5].

ومن الأمثلة على مراعاة الأعراف في ذلك؛ ما كان يعتبره بعض شراح[6] قانون الأسرة الجزائري بالنظر لأزمة السكن كأزمة عامة في المجتمع الجزائري، من أن الزوج

---

(1) ولذلك قررت المادة 25 / 03 من القانون العراقي أنه: «على المحكمة أن تتريث في اصدار الحكم بنشوز الزوجة، حتى تقف على أسباب رفضها مطاوعة زوجها».

(2) ونظرا لأهمية هذه القرائن العرفية الدالة على عدم شرعية السكن وصحة الزوجة في دفعها، وبالتالي عدم الحكم بنشوزها؛ فقد قرر قانون الأحوال الشخصية العراقي ذلك صراحة في المادة 26 أنه: «ليس للزوج أن يسكن مع زوجته بغير رضاها ضرتها في دار واحدة. للزوج أن يسكن مع زوجته في دار الزوجة ولده من غيرها حتى سن البلوغ. على الزوج إسكان أبويه أو أحدهما مع زوجته في دار الزوجية، وليس للزوجة الاعتراض على ذلك. للزوج أن يسكن مع زوجته في دار واحدة من يكون مسؤولا عن إعالتهم شرعا، بشرط ألا يلحقها ضرر من ذلك».

(3) جاء في نص المادة 25 / 02 من القانون العراقي أنه: «لا تلزم الزوجة بمطاوعة زوجها، ولا تعتبر ناشزا، إذا كان الزوج متعسفا في طلب المطاوعة قاصدا الإضرار بها أو التضييق عليها، ويعتبر من قبيل التعسف والإضرار بوجه خاص ما يأتي:- أ- عدم تهيئة الزوج لزوجته بيتا شرعيا يتناسب مع حالة الزوجين الاجتماعية والاقتصادية..».

(4) الطعن رقم 156 لسنة 62 ق، أ.ش، جلسة 29 / 1 / 1996، الموسوعة الذهبية، قاعدة رقم 249، ص:362.

(5) المحكمة العليا، غرفة الأحول الشخصية، قرار رقم 32653، بتاريخ 02 / 04 / (1984غير منشور) مشار إليه د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، (الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994)، ط1، ص:182.

(6) فضيل سعد، شرح قانون الأحوال الشخصية الجزائري، (الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986)، ط1، ص:192.

يكون قد وفر لزوجته السكن إن استطاع أن يوفر لها غرفة في شقة مع أهله، مع مرافقها الضرورية، وعلى الزوجة أن تقيم معه حيث يقيم، وإلا كانت ناشزة، وله أن يطلقها ويطلب التعويض لأنها متعسفة في استعمال حقها.

وقد ذهب البعض[1] في تفسير ذلك أن «للزوجة حق السكن، ولكن القاضي ليس له نص قانوني يطبقه، فالقاضي الجزائري لم يجرأ حتى الآن على اعتبار أزمة السكن كسبب من أسباب الطلاق، وهذا للنقص الموجود في القانون».

والذي يظهر رجاحة هذا القول؛ لأن النص الذي يقرر حق الزوجة بالسكن المستقل غير موجود، وهو ما جعل القضاء يتخذ موقفا في تقريره لذلك الحق، حيث راعى فيه القرائن الظاهرة والمتمثلة في أزمة السكن. كما أن العيش المشترك لأفراد العائلة الكبيرة مع بعضهم البعض، أو بقاء والدَي الزوج معه في سكن واحد، أمر متعارف عليه، وقد يمثل ذلك مظهرا لروابط الأسرة المتينة بين أفرادها. ومن ثم اعتبر القضاء لتلك الظروف؛ بمثابة العرف المانع من الاستجابة للزوجة بطلبها السكن المستقل.

وبالتالي يتعين - كما هو مقرر قضاء- تحديد شرعية السكن بمراعاة وضعية الزوج المادية والاجتماعية، وحال أمثاله من أبناء بيئته، وانطلاقا بما تقضي به الأعراف واختلاف الزمان والمكان[2]، كما أن المقرر شرعا أن المشروط عرفا كالمشروط لفظا. وبهذا يمكن توجيه موقف محكمة النقض المصرية أن اعتبار قيام العرف من سلطة محكمة الموضوع، ومن ثم رفضت الاحتجاج به أمامها لأول مرة، باعتبار أن ذلك يشكل جدلا موضوعيا لا يصح طرحه عليها[3].

2. **الدفع بعدم الأمان على النفس:** كأن تدعي الزوجة بأن الزوج هو المتسبب في خروجها من البيت وعدم عودتها إليه، بضربها وسبها، أو قيامه بتصرفات تسيء إليها، إلى غير ذلك من أشكال الإيذاء النفسي والبدني. ومتى أقر الزوج به ثبت دفع الزوجة، ورد دفعه بالنشوز.

---

(1) د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص:183.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحول الشخصية، قرار بتاريخ 13 / 01 / 1986، مجلة قضائية، عدد2، 1990، ص:62.

(3) الطعن رقم 283 لسنة 23 ق، جلسة 18 / 04 / 1957، (مجلد المكتب الفني)8، ص:426. الطعن رقم 445 لسنة 38 ق، الدائرة المدنية بمحكمة النقض، جلسة 05 / 2 / 1975، السنة 26 مدني، ص:331. أنظر الخلاف في إثبات العرف وسلطة محكمة النقض في إعماله؛ د. محمد حسام محمود لطفي، المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء(القاهرة:) 1994، ط بدون، ص:181.

والمسألة في جملتها تخضع في جملتها لسلطة القاضي وتقديره بحسب ظروف كل قضية والظروف المقترنة بها.

المبحث الثاني: دور العرف في دعوى التفريق للعيوب

إن الكثير من الأحكام الفقهية في شأن إثبات العيوب والحكم بالفرقة؛ إنما قيلت في وقت كانت فيه الذمم ما تزال طاهرة، وكان الغالب في الناس الصلاح، أما اليوم فتغير الظاهر، فكان لا بد من الاستعانة بوسائل خارجية محايدة من خلال الخبرة الطبية، يمكن من خلالها الكشف عن العيوب ودرجة استفحالها، والتي تصير من المسائل المعروفة عرفا، وقد تُفيد أحيانا مجرد الظن.

أولا- ضابط العيب في قانون الأسرة وتوافقه مع العرف:

جاء في الفقرة 2 من المادة 53 قانون الأسرة أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق في حالة «العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج»، فالنص وإن قَصَر حق طلب التطليق على الزوجة ولم يجعله حقا مشتركا بين الزوجين، إلا أنه تميز بـ:

أ. عدم حصر عيوب الزوج المبررة للتفريق في عدد معين، وإنما وضع وصفا أو ضابطا لذلك، وهو أن يحول العيب دون تحقيق الهدف من الزواج، فيشمل بذلك العيوب الجنسية والمنفرة والمانعة من النسل، والتي لا يمكن المقام معها إلا بضرر..[1]. وهذا مسلك حسن يكفل التطبيق المتجدد للنص في ضوء تجدد العيوب وتغيرها باختلاف الزمان والمكان.

ب. السلطة التقديرية الواسعة للقاضي على أساس معيار موضوعي، وهو هل يحول العيب دون تحقيق الهدف من الزواج أم لا. أي معرفة ماذا كانت المرأة العاقلة تفعل لو علمت حقيقة عيب زوجها، لا على ضوء نفسية المدعية ومزاجها، بل على ضوء ما يعتبره القاضي من صفات جوهرية حسب عامة الناس، أو على الأقل حسب الطبقة الاجتماعية التي تنتمي إليها المدعية. ويظهر توظيف ذلك على سبيل المثال من خلال اعتبار القاضي لمرض السرطان، وهل من شأنه أن يلحق ضررا بالزوج الصحيح، وبالتالي اعتباره موجبا للحكم بالتطليق، حتى ولو أثبت بوثيقة طبية أن الزوج المريض قد شفي منه، بالنظر لما يقترن بسماع ذلك المرض من علاج طويل، ومرافقة طبية مستمرة، وهواجس عودة ذلك المرض المخيف، فيعاني الزوج الصحيح بعض ما يعانيه الزوج المريض.

(1) فضيل سعد، شرح قانون الأحوال الشخصية الجزائري، ص:275، 276. عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية، (الجزائر، دار هومه، 1995)، ط2، ص:228، 230.

ومن ذلك أيضا مسألة المدة التي من الممكن أن تبقى خلالها الزوجة عذراء دون أن تكون محقة في مغادرة محل الزوجية، هي مسألة قد تغيرت فيها الأعراف، وليس على القاضي أن يجاري بعض العادات الجاهلية، كما لا يمكنه مجاراة الزوج في تبريره عدم افتضاض بكارتها، أنه بصدد ترويض زوجته لتقبل بالمعاشرة الجنسية، إذا تجاوز الأمر عدة أيام أو أشهر، ولم تكن الزوجة ممتنعة عن زوجها[1].

وهذه السلطة التقديرية هي ما جعلت المحكمة العليا تعتبر العقم وعدم قدرة الزوج على الإنجاب سببا من أسباب التطليق[2]، وهو ما قد يعتبره البعض توافقا مع أحكام العرف، حيث تتضرر الزوجة بالبقاء مع زوج كان هذا حاله.

ثانيا: مدى مساعدة العرف للقضاء والخبرة الطبية في تقدير العيب:

الخبرة الطبية هي استشارة فنية يستعين بها القاضي للتحقق في مجال الإثبات ومساعدته في مسائل فنية يحتاج تقديرها إلى معرفة فنية أو إدارية عملية، ينيط بها خبير مختص في ذلك الفرع من المعرفة[3]، يكون عمله معينا للقاضي في فصله للدعوى. ويترتب على ذلك:

1. أن طلب الخبرة منوط بالقاضي لا بالاتفاق بين الخصوم. وأن تكون ضرورية للفصل في الدعوى.
2. أن اللجوء إليها يتم إذا أعوز القاضي دليل في قضية تستلزم إبداء رأي فني.

وقد حوت كتب الفقه الإسلامي أحكاماً تجيز الاستعانة بالخبراء في فروع فقهية عديدة، كتحديد العيوب في البيوع عامة؛ من الدواب، والدور والمباني، وأيضا عيوب الزواج ومعرفة البكارة والثيوبة.. وغير ذلك[4]. وقد قرر بعض الفقهاء العمل بالخبرة كبينة أساسية

---

(1) ساسي بن حليمة، مجموعة تعاليق على قرارات في مادة الأحوال الشخصية، (تونس، مركز النشر الجامعي، 2012)، ط بدون، ص:374.

(2) م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم 596191 بتاريخ 13 / 1 / 2011، (المجلة القضائية، وزارة العدل، 2011)، العدد:2، ص: 272. في حين أجاز القانون العراقي في المادة 43 ذلك صراحة إذا كان الزوج عقيما أو ابتلي بالعقم بعد الزواج ولم يكن للزوجة ولد منه على قيد الحياة.

(3) آمال عثمان، الخبرة في المسائل الجنائية، (القاهرة، دار مطابع الشعب، 1964)، ط بدون، ص:3.د. سيد قرني أمين، خبرة الطب الشرعي في المسائل المدنية مقارنة بالشريعة الاسلامية، (القاهرة، دار النهضة العربية، 1995)، ط بدون، ص:16.

(4) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج:2، ص:78. وأفرد فيه بابا في القضاء بقول أهل المعرفة. ابن قدامة، المغني، ج: 12، ص:161. ابن قيم، الطرق الحكمية، ص:188.

فـي إثبـات العيـوب الموجبـة للتفريـق[1].

وتمثـل الخبـرة الطبيـة بوصفهـا دليـلا فنيـا؛ قرينـة أو أدلـة إقناعيـه يسـتعين بهـا القضـاء فـي دحـض مزاعـم الخصـوم وإقامـة الحجـة أو البينـة، ولا ضيـر مـن تعضيـد قـول الخبيـر وتَتِمَتِـه بشـهادة الشـهود أو اليميـن، ولا يجـوز بـأي حـال تفنيـد رأي الخبيـر بشـهادة الشـهود وإنمـا يجـب الاسـتعانة بخبيـر لذلـك[2]. ولذلـك كان للخبـرة الطبيـة دور هـام فـي إثبـات العيـوب، نظـرا لتزايـد تلـك العيـوب وتنوعهـا، وظهـور عيـوب لـم تكـن فـي السـابق، فضـلا عـن تقـدم وسـائل العـلاج الطبـي والتـي يتحـدد فـي ضوئهـا مـا إذا كان العيـب قابـلا للشـفاء، أم هـو عيـب مُسـتحكم. ولـم يـرد فـي قانـون الأسـرة نـص بشـأن إثبـات تلـك العيـوب والاسـتعانة بالخبـرة الطبيـة فـي ذلـك، لا بالوجـوب ولا بالجـواز، بالرغـم أن القضـاء جـرى - وقبـل صـدور قانـون الأسـرة- علـى الاسـتعانة بأهـل الخبـرة لإثبـات المـرض الواقـع بالـزوج، واعتبـار التقريـر الطبـي وسـيلة هامـة لا تجـاب الزوجـة بدونـه إلـى طلبهـا بالتفريـق[3].

كمـا قـررت المحكمـة العليـا أن عيـوب الفـرج ليسـت كلهـا موجبـة للتطليـق بمجـرد الادعـاء بهـا، بـل لا بـد مـن معرفـة مصيرهـا، ومـدى قابليـة العيـب للعـلاج، ولا يتـم ذلـك إلا بتقريـر الخبـرة الطبيـة، وفـي هـذه الحالـة لابـد مـن ضـرب أجـل للمصـاب للعـلاج، فـإن وقـع الحكـم عليـه قبـل معرفـة ذلـك، وضـرب أجـل لـه للعـلاج، ففـي ذلـك مخالفـة للشـريعة الإسـلامية[4].

فالعُنـة - مثـلا- عضويـة ونفسـية، فأمـا الأولـى فنوعـان؛ عنـة مؤقتـة تـزول بالعـلاج بـزوال أسـبابها، كالقيلـة المائيـة، وحـالات الختـان المعيبـة، أو التصـاق الغلفـة ونحوهـا، وهـذه تـزول بالتدخـل الجراحـي، وعنـة عضويـة دائمـة تظهـر فـي حالـة التشـوهات والأمـراض الخَلقيـة الشـاذة فـي العضـو التناسـلي، أو نتيجـة للإصابـة بأمـراض مزمنـة أو كسـور فـي الدمـاغ والعمـود الفقـري، والتهـاب النخـاع الشـوكي، وغيرهـا مـن الحـالات.

---

(1) كقول صاحب المغني، ج:7، ص:581: «فإن اختلفا في وجود العيب مثل أن يكون بجسده بياض يمكن أن يكون بهقا (بياض دون البرص) أو مرارا، أو اختلفا في كونه برصا، أو كانت به علامات الجذام بذهاب شعر الحاجبين، فاختلفا في كونه جذاما، فإن كانت للمدعي بينة من أهل الخبرة والثقة يشهدان له بما قال ثبت قوله، وإلا حلف المنكر..».

(2) وقد جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية أنه: «إذا كانت محكمة الموضوع قد طرحت رأي مدير مستشفى الأمراض العقلية عن الحالة العقلية لشخص، واستندت في القول لسلامة عقله إلى أقوال الشهود، فإنها تكون قد أخطأت في حق الدفاع وأسست حكمها على أسباب لا تحتمله». طعن رقم 1917 سنة 20 ق، أ.ش، جلسة 25 / 4 / 1951، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في 25 عاما، ج:1، ص:541.

(3) ومن ذلك قرار المجلس القضائي بتلمسان في 28 / 12 / 1967، (المجلة الجزائرية، 1968)، عدد:4، ص:1213. م. ع، غ.أ.ش، قرار رقم 33275 بتاريخ 14 / 5 / 1984، (المجلة القضائية، 1990)، عدد:2، ص:75.

(4) م. ع، غ.أ.ش بتاريخ 8 / 2 / 1982، (الجزائر، نشرة القضاء، 1982)، ص:254.

أما العنة النفسية فهي التي لا تدل عليها علامات مرضية ظاهرة، وتنشأ نتيجة عوامل نفسية تؤثر على الشخص، كالخوف من عدم إتمام عملية جنسية ناجحة، أو الاشمئزاز من رؤية بعض أعضاء الجسم في الأنثى، أو كراهية شريكته، أو صدمة عصبية أو نفسية، أو سحر أو فرط حياء.. ونحو ذلك، ويستعين الطبيب الشرعي في تحديد العنة النفسية بالأخصائي النفسي[1].

وكمثال على ما ذكر؛ فإن العنة العضوية بنوعيها الدائم والمؤقت يمكن أن تقطع الخبرة الطبية بوجودها أو بنفيها، ولكن الصعوبة تتمثل في إثبات العنة النفسية، حيث أن الطبيب الشرعي وإن تمكن من تحديد وجودها فإنه لا يستطيع الجزم بأسبابها - وكثير منها مجهولة من طرف المتخصصين ويعزونها للعامل النفسي- وما إذا كان العجز عن الوطء متحقق لا يمكن زواله، أو عارض مؤقت، لأنها تقوم على أسباب نفسية ترجع في الغالب إلى عوامل بيئية وراثية، أو عوامل ذاتية وأسرار يحجم الزوج عن إفشائها، ولذلك كان لا بد للقاضي من معرفة العوامل الخارجية التي قد تتسبب في تلك العيوب أو في تأخر بُرئها.

ولذلك فإن تقرير الخبرة في هذه الحالة يقوم على أسباب نسبية قد تكون غير متحققة، يترتب عليها نتائج تفيد ظنا ضعيفا في الغالب، ومن ثم فلا تتجاوز حجية التقرير حد القرائن، واللجوء في الأخير إلى تأجيل الزوج سنة إبراء للعجز أو رجاء زوال العارض النفسي[2].

صحيح أن أقوال كثير من الفقهاء في التفرقة في حكم إثبات العنة بين البكر والثيب- فيكون في الأولى قول الزوجة وفي الثانية قول الزوج بيمينه حتى لو ادعت أنه أزال بكارتها بغير الوطء - إنما قيلت في وقت كان الغالب في الناس الصلاح. أما اليوم فتغير ظاهر الناس، واختلط فيه الحابل بالنابل من الرجال والنساء، قبل الزواج وبعده، إلا أن ذلك لا يعد تعليلا في الاكتفاء بالخبرة الطبية في ذلك، لأنها لا تفيد اليقين، ولا ملجأ من ثم سوى الحكم بظاهر البكارة أو الثيوبة. وهذا بخلاف ما تؤديه في حسم العيوب التناسلية الأخرى كالجُب والخِصاء، وغير التناسلية أيا كان محلها في الجسم ومدى جسامتها.

---

(1) سيد قرني أمين، خبرة الطب الشرعي، ص:421 وما بعدها. د.عبد الحميد المنشاوي، الطب الشرعي وأدلته الفنية ودوره في البحث عن الجريمة، (الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2000)، ط بدون، ص:408، 412.

(2) ومما قررته محكمة النقض المصرية أن: «الطاعن وإن خلا من أسباب العنة العضوية الدائمة إلا أنها قد تنتج عن عوامل نفسية، وعندئذ تكون مؤقتة ويمكن زوالها بزوال بواعثها، مما يُمهد للشفاء واسترجاع القدرة على الجماع، فإن الحكم إذا قضى بالتفريق على سند من ثبوت قيام عيب العنة النفسية به دون إمهال يكون قد خالف القانون، لا يشفع في ذلك تقريره أن عجز الطاعن عن الوصول إلى زوجته المطعون عليها استمر لأكثر من سنة قبل رفع الدعوى». الطعن رقم 0013، جلسة 11 / 02 / 1976، س44، (مكتب فني 27، وزارة العدل)، ص:432.

ولما كان تحديد اكتشاف بعض العيوب التناسلية مرده إلى ظروف وبيئات الناس، فقد ذهب بعض الفقهاء في التعرف على حقيقة العنة إلى وسائل، كأن يؤمر الزوج بإخراج مائه على شيء، فإن عجز عن ذلك، فالقول قولها، فإن فعل وادعت أنه ليس بمني، جعل على النار، فإن ذاب فهو مني، أما إن تجمع فهو بياض البيض أو نحوه، أو تبادر امرأتان بالنظر إلى فرجها بعد جماع الزوج لها، فإن رأتا فيه الماء كان ذلك دليل على إصابتها، أو يزوج امرأة أخرى لِتُخبِر عن حاله، أو يجلس في ماء بارد فإن تقلص ذكره فليس بعنين.. وغير ذلك من الوسائل[1]. كما وضع فقهاء الحنفية في طريقة معرفة بكارة المرأة وسائل يمتحنها بها النسوة[2].

ولا شك أن هذه الوسائل فرضتها ظروف الفقهاء وخبراتهم المعيشية، ولا يمكن- بحال- الالتجاء إليها في عصرنا لمعرفة بكارة المرأة من ثيوبتها، لعدم دقتها وإن تحققت نتيجتها في بعض الحالات، فهي نسبية في الغالب، ولا تفيد إلا محض الظن، فضلا عما فيها من الأذية والإضرار بالمرأة، وهي اجتهادات تُحْسَب لأصحابها، والخبرة الطبية تغني عنها.

وأيا كانت طبيعة الخبرة الطبية ودورها في إثبات وجود العيب، وما إذا كان يرجى زواله أو لا يمكن البرء منه مطلقا، أو بعد زمن طويل، فإنها تخضع في تقدير قيمتها لاقتناع القاضي[3].

المبحث الثالث: دور العرف في التوسعة أو التضييق من موجب الفرقة في دعوى التفريق للضرر

قد يتجاوز الزوج حدود العشرة بالمعروف فيسيء معاملة زوجته بضرب أو سب أو أي شكل من أشكال الإيذاء بالقول أو الفعل، يجاوز فيه الزوج حق التأديب المشروع، أو يمنع فيه حقا مشروعا. ولا ريب أن هذه الأضرار لا تمس الزوجين فحسب، بل تمتد إلى الأولاد والأقارب، وليس من سبيل لحسمها إلا فُرقَة يتباعد بها الطرفان، ولأن النكاح إنما شُرِّع لمصلحة الزوجين.

ولا يخفى أن جوهر دعوى التفريق للضرر هو إثبات مناطها وهو الضرر، والذي يتخذ صورا مختلفة لكل منها أنواع عدة. وسيتركز بحثنا في مجال الاستعانة بالعرف في

(1) وهذه أقوال ليس عليها دليل ولا لها في الأصول نظير. محمد نجيب المطيعي، تكملة المجموع، (مكتبة الإرشاد بجدة)، بدون سنة نشر، ج:16، ص: 281. الماوردي، الحاوي، ج:9، ص:378. ابن قدامة، المغني، ج:7، ص:206، 207. ابن مفلح، الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي، (بيروت، مؤسسة الرسالة، 1424هـ 2003م)، ط1، ج:8، ص:281.

(2) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، (بيروت، دار المعرفة، بدون سنة نشر)، ج:4، ص:136. الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (القاهرة، مطبعة الإمام، بدون سنة نشر)، ط بدون، ج:3، ص:1532.

(3) دون رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض متى كان قضاؤه مبنيا على أسباب سائغة. طعن رقم 8 لسنة 43 ق.أ.ش، جلسة 19 / 11 / 1975، سنة 46، ص 1426. طعن رقم 2571 لسنة 66 ق، أ.ش، جلسة 27 / 2 / 1997، قاعدة رقم 23، الموسوعة الذهبية، ملحق رقم 14، ص26.

إثبات الضرر الموجب لطلب الفرقة، أو في تحديد حجمه، وهل يمكن أن يتفاوت الضرر بتفاوت البيئات والأعراف؟

أولا- في إثبات الضرر بشهادة السماع وتطابق ذلك مع العرف:

يثبت الضرر بشهادة الشهود، والمقرر عند المالكية أن مجرد شهادة السماع الفاشي بين الرجال والنساء في أن الزوج يضارُ زوجته تكتمل بها البينة شرعا في إثبات الضرر. وصفتها أن يقول سمعنا سماعا فاشيا مستفيضا على ألسنة النساء والخدم والجيران[1].

وبقول المالكية في ثبوت الضرر بمجرد السماع الشائع دون القطعي قررت المحكمة العليا في إحدى قرارات أنه: «للطالب أن يثبت تصريحه بالطلاق بواسطة شهود حضروا أو سمعوا بذلك من الطالب، أو بواسطة شهادة مستفيضة»[2].

وتعليل هذا المسلك أن الضرر الزوجي يكون من الصعوبة إثباته بالرغم من وجوده الملموس، نظرا لما تتسم به الحياة الزوجية من السرية، فقلما يُعاين الشهود اعتداء الزوج على زوجته بالضرب والسب، ولتسهيل إثباته وتخفيف العبء الثقيل الذي تنوء الزوجة به، قبلت الشهادة على الضرر بالتسامع، وقصد بها الشهرة في محيط الزوجين، وتحديد هذا المحيط وتقدير الشهادة عموما يخضع لتقدير القاضي الذي له اعتمادها وقبولها إذا اطمأن إليها. ولو لم تجز الشهادة بالتسامع هنا لأدى إلى الحرج وضياع كثير من الحقوق، والحرج مدفوع شرعا بقول الله تعالى:(وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ)[3].

ولا شك أن قول المالكية في قبول شهادة السماع لإثبات الضرر، يتفق مع العرف الجاري، حيث تعيش بعض الأسر متقاربة، أو يجمعها مدخل واحد، أو حتى مرافق مشتركة. ولأن الشهرة لها موقعها ووزنها في التدليل على ما يحصل في الحياة الزوجية، سيما وقد قيدناها بمحيط الزوجين، والأمر في الأخير خاضع لتقدير القاضي.

---

(1) الحطاب، مواهب الجليل، ج:4، ص:33، 35. القرافي، الفروق أو أنوار البروق، (بيروت، مؤسسة الرسالة، 1424هـ، 2003م)، ط1، ج:4، ص: 104. التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج:1، ص: 480، وفيه: «إن إضرار أحد الزوجين للآخر يثبت بأحد أمرين: أ- إما بشهادة عدلين فأكثر لمعاينتهم إياه، لمجاورتهم الزوجين أو لقرابتهم منهما ونحو ذلك. ب- وإما بالسماع الفاشي المستفيض على ألسنة الجيران، من الناس والخدم وغيرهما بأن فلانا يضر زوجته بضرب أو شتم أو تجويع أو عدم كلام أو تحويل وجهه عنها في فراشه».

(2) م. ع، غ. أ. ش، بتاريخ 3 / 12 / 1984، (المجلة القضائية، وزارة العدل، 1989)، عدد: 4، ص45. وهو ما قرره القانون العراقي صراحة في المادة 44: «يجوز إثبات أسباب التفريق بكافة وسائل الإثبات بما في ذلك الشهادات الواردة على السماع، إذا كانت متواترة، ويعود تقديرها إلى المحكمة».

(3) سورة الحج، آية 78.

وكما يثبت الضرر بالإقرار والشهادة يثبت أيضا بالقرائن، ويقصد بها ما يستنبطه القاضي من دلائل الحال وشواهده من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول، ولا يشترط تعدد القرائن لإثباته، بل يكفي في ذلك القرينة الواحدة التي يستمدها القاضي من وقائع الدعوى وظروفها ويرجح ما يطمئن إليه فيها، ويستخلص ما يراه متفقا مع واقع الدعوى ويرد ما عداه، ولا شأن لمحكمة النقض في ذلك.

وقد صرح فقهاء المالكية بإثبات الضرر بالقرائن، ومن ذلك قول الشيخ النفراوي في شرحه رسالة أبي زيد القيرواني: «للمرأة التطليق بالضرر الثابت ولو بقرائن الأحوال»[1]. ولا شك أن هذه القرائن تكون ناشئة عن سلوكيات اجتماعية معينة، قد يستثمرها القاضي لإثبات الأمارات الدالة على الضرر وحجمه، حيث يخلص منها القاضي إلى حقيقة الحال في أمور يُظلها الستر عادة وتنأى بطبيعتها عن الإعلان[2].

هذا؛ وقد اعتبر القضاء بعض الظروف من جملة القرائن التي تدل على وقوع الضرر، وتجيز من ثم للزوجة طلب التطليق، ومن ذلك مضي مدة أكثر من خمس سنوات على عقد الزواج ولم يحصل دخول، بل دبّ الخلاف بين الزوجين واستحكم عقب العقد مباشرة، وامتد الخلاف بينهما إلى ساحات المحاكم، من دعاوى طاعة ونفقة وغيرها، وقدرت هذا الحال ورأت أن الزيجة لن يكتب لها التوفيق على ما شرع الله للزواج من تواد ومودة، وأصبحت بذلك الحياة الزوجية مستحيلة بين الطرفين[3].

كما اعتبر أيضا أن الخطابات التي استشهد بها الزوج على تبادل المحبة بينه وبين زوجته، والتي لم يكن من اللائق عرضها أثناء الخصومة، مهما كان الحال بين الطرفين، إذ فيها ما لا يصح ذكره في التقاضي من أسرار سيطلع عليها غير واحد لا محالة، واستنتجت المحكمة في الأخير على ثبوت تحقق الضرر الذي تدعيه الزوجة وحكمت لها بما ادعته[4].

ثانيا- مدى أهمية العرف في اشترط تكرار الضرر وعدم الاكتفاء بالإضرار لمرة واحدة فقط:

اختلف علماء المالكية[5] في هذه المسألة على ثلاثة أقوال، فمشهور المذهب هو الاكتفاء

(1) أحمد بن غنيم النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، (مصر، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، 1374هـ 1955م)، ط بدون، ج:2، ص:69.

(2) حكم محكمة استئناف المنصورة رقم 11 بتاريخ 15 / 6 / 1962، القضية رقم 298.

(3) طعن رقم 48 لسنة 48 قضائية، أحوال شخصية، جلسة 22 / 3 / 1983، (مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، المكتب الفني، وزارة العدل).

(4) طعن رقم لسنة 48 ق، أ.ش، جلسة 22 / 3 / 1983.

(5) الخرشي، شرح الخرشي، ج:3، ص:49. التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج:1، ص:380، وجاء فيه: «إن

بثبوت الضرر لإعطاء المرأة حق الخيار بالطلاق، وقول آخر بضرورة تكرار الضرر. وقول ثالث وسط في المسألة مؤداه إن كان الضرر فاحشا فيوجب الخيار ولو من غير تكرار، بخلاف ما إذا كان خفيفا لغير تأديبها، فإنه لا يوجبه بالمرة الواحدة، إذ لا يكاد يسلم منه الأزواج.

أما القانون الجزائري فقد جاء خلوا عن بيان القول المختار في المسألة، ولم نعثر على حكم قضائي في ذلك، فيكون العمل بالمشهور في مذهب مالك، وهو عدم اشتراط تكرار الضرر، باعتباره مصدر النص في المسألة، فيرجع إليه في تفسير النص، وفي تفصيل مجمله.

ويظهر أن القول باشتراط تكرر الضرر هو اللائق بالحال، كما أن العرف قد يجري في الكثير الغالب على تجاوز بعض السلوكيات الضارة التي تحصل لمرة واحدة أو مرتين، سيما إذا لم تكن فاحشة، مراعاة للمصلحة في استمرار العلاقة الزوجية؛ لأن الضرر الناتج عن بعض الشقاق لا يكاد يخلو منه بيت، ولو أجبنا الفرقة بالضرر لمجرد وقوعه مرة واحدة لسارعنا في هدم أسر الأولى بنا حفظها وإصلاحها.

وهو ما جعل محكمة النقض المصرية[1] تشترط في الضرر للتطليق بأنه لابد أن يصل إلى الحد الميؤوس، لأن الحياة الزوجية لا تكاد تخلو من زلة يسيء فيها أحد الزوجين إلى الآخر. ومثال ذلك ما يدور في الحياة اليومية بين العامة من ألفاظ وسلوكيات تعتبر ضررا إلا أنها لا تمنع من استمرار الحياة الزوجية، لأن العرف جرى بها[2].

ثالثا- دور العرف في تحديد الضرر الفاحش الموجب للفرقة:

يمكن تعريف الضرر الفاحش بما جاء في الشرح الكبير للدردير: «ولها التطليق على الزوج بالضرر وهو ما لا يجوز شرعا، كهجر بلا موجب شرعي وضربها كذلك، وسبها وسب أبيها نحو: يا بنت الكلب، يا بنت الكافر، كما يقع كثير من رعاع الناس، وكوطئها في دبرها، ويؤدب الزوج على ذلك زيادة على التطليق»[3]. وكما عرفته محكمة

ضربها ضربا خفيفا لغير الأدب لا قيام لها حتى يتكرر ذلك من فعله مرارا، أو يكون الضرب فاحشا، إذ الضرب الخفيف لا يكاد يسلم منه الأزواج». حاشية الدسوقي، ج: 2، ص:345.

(1) طعن رقم 131 لسنة 58 ق، أ. ش، جلسة 7 / 5 / 1991، الموسوعة السابقة، ص 424.

(2) أحمد نصر الجندي، التعليق على نصوص قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم1 لسنة 2000، (القاهرة، مطبعة أبناء وهبه، 2000)، ط بدون، ص:345. أشرف مصطفى كمال، المشكلات العملية في قانون الأحوال الشخصية) القاهرة، المكتبة القانونية، بدون سنة نشر) ط2، ص:139.

(3) الشرح الكبير للدردير، ج2 ص345.

النقض المصرية بأنه: «إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل إيذاء لا يليق بمثلها، بحيث تعتبر معاملة الزوج لزوجته في العرف معاملة شاذة ضارة تشكو منها المرأة ولا ترى الصبر عليها»[1]. ويعبر عنه المالكية بالضرر البين، أي ما لا يحتمل عرفا، ومن ذلك ما ذكره الدردير، ويمكن تصور بعضه بما يوصف - في زماننا- بالشذوذ الجنسي للزوج[2].

وقد جاء في الفقرة 08 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري جواز طلب الزوجة التطليق «للشقاق المستمر بين الزوجين»[3]. وهو ما يتشابه مع نص المادة 06 من القانون المصري الخاص بالتفريق للضرر، وهو أن يكون «بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين الزوجين»، فهذا الضابط لا يعرفه المذهب المالكي، وهذه كتبه بين أيدينا لا تحوي غير المعيار أو الضابط الذي ذكره أبو البركات أحمد الدردير وهو «ما لا يجوز شرعا»، وضربوا له أمثلة بالهجر بلا موجب شرعي، والضرب لغير سبب، أو الضرب المبرح، وإن كان له ما يبرره، أو قطع كلامه عنها، أو شتمها، أو إكراهها على فعل محرم أو تولية وجهه عنها في الفراش[4]. ولذلك مما نقل عن الإمام مالك - رحمه الله- قوله «ليس عندنا

(1) الطعن رقم 0019 لسنة 45 قضائية، جلسة 03 / 11 / (1967المكتب الفني، وزارة العدل، 27)، ص: 1516. ولها أن تطالب بالتطليق إذا كان الاعتداء بالعنف مسلطا على والدها، لأن ذلك يمثل اعتداءً على كرامتها ويتنافى مع حسن المعاملة المفروض على الزوج الالتزام بها.

(2) ومما تقرر قضاء أن الزوجة في نطاق الواجب الجنسي ليست مطالبة سوى بطاعة زوجها في قضاء وطره منها، بأن لا تمتنع عن رغبته في الاستمتاع بها حسب الأعراف الإسلامية، دون تعد على الذات أو خدش للحياء. ومتى انتهت المحكمة إلى أن الزوجة لم تخطئ في حق الزوج عندما لم تستطع مجاراته في ممارسة بعض الوضعيات الجنسية الخاصة المشبعة للذته، لم تخرق نصوص المواد المتعلقة بواجبات الزوجية.
إن نطاق الواجب المحمول على الزوجة لا يتعدى التمكين من النفس بصفة طبيعية لا مغالاة فيها، ولا خروجا منكَرا عن المألوف مما اعتاد عليه الناس، ولا انحراف هاتك للكرامة وعزة النفس. وهو ما يجعل الزوجة محقة في طلب التطليق للضرر، بالنظر لخطأ الزوج في تحميلها وِزْرَ فشله في إشباع غريزته منها، مع تعلله بعدم مطاوعتها له في إنجاز وضعية جماع بقي محتفظا بِسِرِها وإعراضه عنها لعدة أشهر مستمرة، وإهمال حاجتها إلى المعاشرة المرتقبة منه أيضا تبعا لازدواجية الواجب على مقتضى قوله تعالى:(هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ). قرار استئنافي مدني، عدد 6782 مؤرخ في 03 / 40 / 7991، صادر عن محكمة الاستئناف بسوسة، مشار إليه عند: ساسي بن حليمة، مجموعة تعاليق على قرارات في مادة الأحوال الشخصية، ص: 57.

(3) هناك فرق بين الضرر والشقاق، فالأول صدور ما لا يجوز، ومضايقة محسوسة تحصل من طرف على آخر، أما الثاني فهو خلاف وعداء، قد يكون أحدهما متسببا فيه، أو قام كل فريق بنصيب منه. هذا من جهة؛ ومن جهة أخرى فإن الضرر قد يكون أثرا من آثار الشقاق، لكنه ليس هو ذاته، ولذلك يتعين بعث الحكمين للإصلاح. جاء في التاج والإكليل للمواق، ج:4، ص:16:«إذا اختلف الزوجان وخرجا إلى ما لا يحل من المشاتمة والوُثوب، كان على السلطان أن يبعث حكمين»

(4) الحطاب، مواهب الجليل، ج:4، ص:17. ومن صور الممارسات، والتي تعد في ضوء العرف ضررا: كثرة النزاعات وتعدد الخصومات القضائية بين الزوجين واتهام أحدهما الآخر وأهله بأفعال مشينة وأوصاف سيئة، والتي تؤدي إلى إفساد الود وتوليد الشعور بالإهانة التي لا تقبل المصالحة أو استمرار العشرة. طعن رقم

في قلة الضرر وكثرته شيء معروف»[1]، فلم يضع له حدا معينا، وهذا من فقهه، إذ لم يقيد الضرر بقدر معين، لا من حيث حجمه أو كثرته. وليس معنى ذلك اعتباره أمرا ذاتيا ونفسيا، وإنما هو سلوك ضار اجتماعيا.

وضابط عدم استطاعة دوام العشرة فضلا عن خلوه من الأصل الفقهي الذي يستند إليه، فهو ليس ذا جدوى لا للمرأة أو للمجتمع. فبالنسبة للزوجة فهو لا يخدم مصلحتها ويجعل الإثبات أمرا متعذرا، وهو ما يعني أن على الزوجة أن تثبت مع الضرر الوصف الذي عناه القانون وهو تعذر دوام العشرة بين أمثالهما[2]. أما بالنسبة للمجتمع فيؤدي العمل بهذا الضابط إلى إخراج بعض الأقوال والأفعال من دائرة الضرر، بدعوى أن ظروف الزوجين أو بيئتهما الاجتماعية ومكانتهما الثقافية- وغير ذلك من الاعتبارات الشخصية- لا ترى فيه بأسا[3].

وقد حاول البعض إعطاء هذا الضابط تفسيرا اجتماعيا، فَرُب كلمة قاسية أشد إيلاما على نفس زوجة وأكثر إضرارا من ضرب مبرح لزوجة أخرى، فيفرق فيما هو أدنى مما هو أعنف منه. في حين حاول البعض الآخر إعطاءه تفسيرا وقائيا، حتى لا يكون داعيا لإغراء المشاكسات من الزوجات على فصم عرى الزوجية بلا مبرر، أو مبرر لا يكون في العرف داعيا للتطليق، إذ يقع في الحياة الزوجية ما يعد ضررا في مذهب المالكية إلا

---

37 لسنة 53 ق، أ.ش، جلسة 17 / 4 / 1984.

اتهام الزوجة في بكارتها، سيما إذا كان ذلك أمام الملأ. قضية رقم 40429 بتاريخ 5 / 5 / 1986، نشرة القضاة، العدد:44، ص:179، 181.

(1) التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج:1، ص:480.

(2) أحمد نصر الجندي، التعليق على نصوص قانون إجراءات التقاضي، ص:346، 385.

(3) في حين يعتبر البعض أن معيار الضرر الذي يصيب أحد الزوجين، ويتعذر معه دوام العشرة، والذي لا يكون بين أمثالهما عادة، هو معيار شخصي. د. محمد أحمد شحاتة حسين، شرح قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة (الإسكندرية، دار الكتب والدراسات العربية، 2017) ط بدون، ص:80. ويؤكد ذلك البعض الآخر أنه: «لربما كان نفس الفعل قد يؤدي إلى الطلاق إذا ارتكب في بعض الأوساط، فلنفترض أن زوجا يعتدي على زوجته بصفعة، فإذا كانت هذه الزوجة مثلا طبيبة أو محامية؛ فإنه من المتوقع أنه سيحكم بالطلاق للضرر، أما إذا كانت ريفية أُمية فمن الممكن ألا يحكم به». ساسي بن حليمة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية) تونس، مركز النشر الجامعي، 2011)، ط بدون، ص:95. والصواب ما أثبتناه في المتن، فقد لا يعد شرب الخمر بذاته ضررا يجيز للزوجة طلب التطليق بأن كان السكر لا يظهر على الزوج ويوصف في المجتمع بأنه خفيف الظل. ولا ريب أن هذا القول ردة إلى الجاهلية التي كانت ترى الخمر مزيلة للهموم مثيرة للشجاعة. أنظر د. أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان قانون الأحوال الشخصية للقضاء في محاكم الكويت، (الكويت، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، 1405هـ)1985 ط3، ص:324.

أنـه يسـتطاع معـه دوام العشـرة، ولا يعتبـر ضـررا فـي نظـر القانـون[1].

وكان مـن نتيجـة ذلـك مـا جـرى عليـه قضـاء محكمـة النقـض المصريـة: «أن المقصـود بالضـرر هـو إيـذاء الـزوج زوجتـه بالقـول أو بالفعـل إيـذاءً لا يليـق بمثلهـا، بحيـث تعتبـر معاملتـه لهـا فـي العـرف معاملـة شـاذة تشـكو المـرأة منهـا ولا تـرى الصبـر عليهـا..»[2]. «بمـا يجعـل دوام العشـرة مسـتحيلا أمـر موضوعـي متـروك لقاضـي الموضـوع، ويختلـف باختـلاف بيئـة الزوجيـن ودرجـة ثقافتهمـا والوسـط الاجتماعـي الـذي يحيطهمـا»[3].

وقـد عيـب علـى مسـلك قضـاء النقـض هـذا - بحق- فـي اتخـاذه العـرف مطلقـا معيـارا للتعـرف علـى معاملـة الـزوج لزوجتـه واسـتظهار الضـرر، لأن الضـرر هنـا هـو سـلوك مـن الـزوج مـع زوجتـه مخالـف للشـرع بصـرف النظـر عـن العـرف، وقـد يكـون العـرف موافقـا للشـرع وقـد يكـون مخالفـا لـه، ولفـظ المعـروف فـي الشـرع هـو مـا أمـر الله بـه مـن حسـن المعاشـرة[4].

الخاتمة:

بعـد عـرض مـا جـاء فـي هـذه الورقـة البحثيـة لا يسـعنا فـي الختـام، إلا عـرض أهـم النتائـج التوصيات.

أولا- النتائج:

1. للعـرف فـي تقديـر موجـب الفرقـة فـي دعـاوى التطليـق قـوة القانـون، فينبغـي علـى القاضـي البحـث عنـه بوسـائله الخاصـة، وهـو فـي ذلـك يخضـع لرقابـة محكمـة النقـض، إذا قـام بتطبيـق عـرف غيـر موجـود، أو أغفـل عرفـا قائمـا.
2. فـي كيفيـة ثبـوت الإعسـار وعـدم الإنفـاق؛ فـإن للقاضـي أن يعتمـد علـى العـرف للفصـل فـي ذلـك، فـإذا ادعـت بعـد الدخـول أن الـزوج ممتنـع عـن الإنفـاق، فالقـول قـول الـزوج مـع يمينـه؛ لأن العـرف الغالـب يشـهد بصدقـه. أمـا إذا اختلفـا قبـل الدخـول، فالقـول قـول الزوجـة المنكـرة؛ لأن العـرف يعضـده ويوافـق هـذا الأصـل.

---

(1) د. عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الاسلامية، دراسة مقارنة، (دمشق، دار الفكر، 1968)، ط2، ص:104. أحمد نصر الجندي، التعليق على نصوص قانون إجراءات التقاضي، ص:338.

(2) الطعن رقم 45 لسنة 4 ق، أ.ش، جلسة 12 / 3 / 1985.

(3) الطعن رقم 23 لسنة 57 ق، أ.ش، جلسة 28 / 6 / 1988، (مكتب فني 39، وزارة العدل)، ص: 1077.

(4) تفسير القرطبي، ج3 ص127. د.عبد الناصر توفيق العطار، الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم 100 لسنة 1985، (القاهرة، المؤسسة العربية الحديثة للطبع والنشر، بدون سنة نشر)، ط بدون، ص:204.

3. إن التوجيه القانوني في التفرقة بين دعوى التفريق لعدم الإنفاق بين حالة الامتناع للإعسار، وحالة الامتناع مع القدرة وقصد الإضرار، إنما هي تفرقة نظرية بحتة، قد تحرم فيها الزوجة العديد من المزايا الاجتماعية، مع تضررها، نتيجة عدم مراعاة العرف فيها.

4. إن المعيار الموضوعي في اعتبار أن العيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج أو لا، يضفي عليه طابع العمومية والتجريد، على الأقل حسب الوسط الاجتماعي للمدعي. وهو ما يؤدي لتوحيد الحكم في جميع الوقائع المتشابهة، وضمان استقرار في المراكز القانونية.

5. التجاء بعض الفقه في تحديد اكتشاف العيوب التناسلية كان تحت تأثير بعض العادات، وأصبحت غير متفقة مع هذا العصر، بالنظر لتغير أعراف الناس وظروفهم، والتي تحكم باللجوء للخبرة.

6. ضابط عدم استطاعة دوام العشرة للتطليق للضرر، قد يمثل عائقا لإثبات الزوجة ما تدعيه أمام القضاء، ومسلك قضاء النقض في اتخاذه العرف مطلقا كمعيار للتعرف على معاملة الزوج لزوجته واستظهار الضرر من شأنه أن يؤدي لإخراج بعض السلوكيات من دائرة الضرر.

7. مما يؤسف له عدم بيان المحاكم لمصدر أحكامها، فضلا عن عدم وضع ضوابط يسترشد بها قضاة المحاكم الدنيا في تحديد العرف الذي تبنى عليه الأحكام، حتى يمكن للمحكمة العليا كمحكمة قانون بسط رقابتها على تطبيق العرف الصحيح واعتباره مصدرا للعمل القضائي.

ثانيا- التوصيات:

1. ضرورة تأصيل بعض أحكام قضاء النقض تأصيلا شرعيا، مما يمكن أن يعد مبدأ قضائيا يستنير به قضاة الموضوع ويعللون به أحكامهم، ويكفي الإشادة في هذا الباب ببعض أحكام محكمة النقض المصرية.

2. إدراج نصوص في قانون الأسرة الجزائري تتعلق بضوابط إثبات موجب الفرقة في دعاوى التطليق، تتعلق بأحكام الظاهر والأصل المبنيان على العمل بالعرف الجاري، تعين القاضي في الوقوف على حقيقة العرف. فضلا عن تعديل أحكام التطليق لعدم الإنفاق لتتوافق الأحكام مع الظاهر العرفي المؤيد للخصم في الدعوى.

3. اعتبار ما ورد في الفقرة 08 من المادة 53 قانون الأسرة الجزائري من أن «الشقاق المستمر بين الزوجين» سبب للتطليق، وادراجه ضمن حالات اشتداد الخصام بين الزوجين التي توجب تعيين حكمين، طبقا للمادة 56، تقليلا لدائرة الفرقة ما أمكن.

4. ينبغي تقدير الضرر وفق معيار موضوعي، وغايته أن يكون مما لا يجوز شرعا، من غير إعطائه تفسيرا اجتماعيا متغيرا.

قائمة المصادر والمراجع:

الكتب الفقهية:

1. التسولي، البهجة في شرح التحفة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ط2، 1370هـ1951.
2. ابن جزي الغرناطي المالكي، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، عالم الفكر، د ت ط.
3. الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، مكتبة النجاح، طرابلس، ليبيا، د ت ط.
4. الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، المطبعة العامرة الشرقية، ط1، 1316.
5. الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار المعارف بمصر، د ت ط.
6. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه، د ت ط.
7. الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار إحياء التراث العربي، د ت ط.
8. ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1416هـ 1995م.
9. القرافي، الفروق، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1424هـ، 2003.
10. ابن قدامة المقدسي: المغني على مختصر الخرقي، دار الكتب العلمية، بيروت، دون تاريخ الطبع.
11. الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مطبعة الامام، القاهرة، دون تاريخ الطبع.
12. الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1414هـ، 1994م.
13. النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ط3، 1374هـ 1955م.

الكتب القانونية:

14. أحمد نصر الجندي، التعليق على نصوص قانون تنظيم بعض أوضاع واجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم 1 لسنة 2000، مطبعة أبناء وهبه، القاهرة، 2000.
15. أشرف مصطفى كمال، المشكلات العملية في قانون الأحوال الشخصية، المكتبة القانونية، ط 2، د ت.
16. د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1998.
17. ساسي بن حليمة: - مجموعة تعاليق على قرارات في مادة الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2012. - محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، 2011.
18. د. سيد قرني أمين، خبرة الطب الشرعي في المسائل المدنية مقارنة بالشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

19. د. عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الاسلامية، دراسة مقارنة، دار الفكر، دمشق، ط 2، 1968.

20. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه، الجزائر، ط3، 1998.

21. د.عبد الناصر توفيق العطار، الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم 100 لسنة 1985، المؤسسة العربية الحديثة للطبع والنشر، القاهرة، بدون سنة نشر.

22. فضيل سعد، شرح قانون الأحوال الشخصية الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986.

23. د. محمد كمال الدين إمام، الأحوال الشخصية للمسلمين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2017م.

References Arabic Transliteration: الترجمة الحرفية لمصادر ومراجع اللغة العربية:

Alkutub Alfiqhiyah:

1. Altisuliu, Albahjah fi sharh altuhfah, matba’at Mustafa Albaby Alhalaby wa ‘awladuh, t. 2, 1370 h, 1951 m.
2. Ibn Jizay Alghurnaty Almaliky, qawaaneen al’ahkam alshar’iyah wa masa’il alfurou’e alfiqhiah, ‘alam alfikr, d.t.t.
3. Alhattaab, mawhib aljalil fi sharh mukhtasar khaleel, maktabat alnajah, Tarabuls, Libia, d.t.t.
4. Alkhurshy, sharh Alkhurshy ‘alaa mukhtasar khaleel, almatba’ah al’amirah alsharqiah, t. 1, 1316.
5. Aldardeer, alsharh alsagheer ‘alaa ‘aqrab almasalik ‘ilaa madhhab Al’imam Malik, dar alma’arif, Misr, t.t.t.
6. Aldusouqy, hashiat Aldusouqy ‘alaa alsharh alkabeer, dar ‘ihya’ alkutub al’arabiah, Essa Albaby Alhalaby wa shurakah, d.t.t.
7. Alshirbiny Mughny almuhtaaj ‘elaa m’arifat ma’any alfath alminhaj, dar ‘ihya’ alturath al’araby, d.t.t.
8. Ibn Farhoun, Tabsirat alhukkm fi ‘usoul al’aqdiah wa manahij al’ahkaam, dar alkutub al’ilmiah, Bairuut, t,1, 1416 h, 1995 m.
9. Alqarafy, Alfurouq, mu’assasat alrisalah, Bairuut, t, 1, 1424 h, 2003.
10. Ibn Qudamah Almaqdisy: almughny ‘alaa mukhtasar Alkharqy, dar alkutub al’ilmiah, Bairout, doun tarikh altab’a.
11. Alkassany, bada’i’e alssan’i’e fi tarteeb alshara’i’e, matba’at Al’imam, Alqahirah, dun tarikh altab’e.
12. Almawardy, Alhawy alkabeer fi fiqh madhhab al’imam Alshafi’ey, dar alkutub al’ilmiah, Bairout, t. 1, 1414 h, 1994.
13. Alnafrawy, Alfawaqih aldawany fi risalat Ibn Abi Zaid Alqairawany, maktabat wa matba’at Mustafa Albaby Alhalaby wa ‘awladuh bi Misr, t.3, 1374 h, 1955 m.

Alkutub Alqanouniah:

14. Ahmad Nasr Aljundy, Alt'aleeq 'alaa nusous qanoun tantheem b'ad 'awda'e wa'ijra'at altaqady fi masa'il Al'ahwal alshakhsiah alsadir bilqanoun raqm 1 lisanat 2000, matba'at 'abna' Wahbah, bi Alqahirah, 2000.
15. Ashraf Mustafa Kamal, Almushkilat al'amaliah fi qanoun al'ahwal alshakhsiah, Almaktabah alqanouniah, t.2, d.t.
16. Dr. Bilhaajj Al'araby, alwajeez fi sharh qanoun al'usrah aljaza'iry, Diwan almatbuoa'at aljami'yah, 1998.
17. Sasy bin Halimah: - majmu'at t'aaleeq 'alaa qararat fi madat al'ahwal alshakhsiah, markaz alnashr aljami'ey, Tunis, 2012. -muhadarat fi qanoun al'ahwal alshakhsiah, markaz alnashr aljami'ey, 2011.
18. Dr. Sayed Quraniy Ameen, khibrat altibb alshar'ey fi almasa'el almadaniah muqaranatan bialshare'ah al'islamiah, dar alnahdah al'arabiah, Alqahirah, 1995.
19. Dr. Abdulrahman Alsabouny, madaa hurriyat alzawjain fi altalaq fi alshare'ah al'islamiah, dirasah muqaranah, dar alfikr, Dimashq, t. 2, 1968.
20. Abd Al'aziz Saed, alzawaj waltalaq fi qanoun al'usrah aljaza'iry, dar Humah, Aljaza'ir, t.3, 1998.
21. Dr. Abdulnasir Tawfiq Al'attar, qanoun al'usrah wal'ahwal alshakhsiah raqm 100 lisanat 1985, almu'assasah al'arabiah alhadeethah liltab'e walnashr, Alqahirah, bidoun sanat nashr.
22. Fadeel Saed, sharh qanoun al'ahwal alshakhsiah aljaza'iry, almu'assasah alwataniah lilkitab, 1986.
23. Dr. Muhammad Kamaluddeen Imam, al'ahwal alshakhsiah lilmuslimeen, Dar almatboua'at aljami'yah, Al'iskandariah, 2017.

The Limitations of Custom Use in the Judge's Assessment of the Motif of Separation in Divorce Cases: A Comparative Study of Algerian and Egyptian Laws, and Judicial Work

Mohammed Hadjari

Faculty of Law and Political Sciences - University Mustapha Stambouli

Mascara - Algeria

Abstract:

Custom represents an important role in family decisions, particularly those relating to judicial differentiation, in view of the positive role the judge plays in the assessment of judicial evidence. This requires a definition of the limits of the use of custom in such cases and its controls, as well as the extent to which it guarantees the rights of litigants, usually through evidence in the cases of separation determined by the jurists based on certain circumstances and contexts. In this case, their determination must be carried out under legal provisions, which should take into account the extent of change of those circumstances and the customs upon which they were based. On the other hand, judicial work should also understand this and accommodate it in many judicial practices. However, it is regrettable that the judicial work does not account for the source and structure of its rulings, which may raise them to the status of the legal text, in addition to the lack of guidelines that guide the judges of the lower courts in determining the custom upon which the provisions are based.

Keywords: Custom, Judicial Divorce, Clues, Positive Band, Proof, Judicial Action.