الطلاق التعسفي والتعويض عنه

(بين الشريعة الإسلامية والقانون الليبي)

بحث لنيل درجة الماجستير

إعداد الطالب: عبد الله الشريف عبد الله

رقم التسجيل: 15780044

إشراف

الدكتورة: توتك حميدة **الدكتور: منير زين العابدين**

جمهورية إندونيسيا

وزارة الشؤون الدينية

كلية الدراسات العليا - قسم الشريعة والقانون

جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية

2017م

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾

سورة النساء: 34

"فَاسْتَوْصُوا بِالنِّسَاءِ خَيْرًا"

رواه البخاري: 5186

"أَبْغَضُ الْحَلَالِ إِلَى اللَّهِ الطَّلَاقُ"

رواه ابن ماجة: 2018

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الإهداء

إلى من مهدا لي طريق العلم بعد الله ..

إلى من ذللا لي الصعاب بدعواتهما الصالحة ..

إلى والدي الذي وافته المنية وهو ينتظر هذا اليوم .. اسأل الله العلي القدير أن يسكنه فسيح جناته..

إلى التي لولاها ما وجدت ذاتي،، إلى التي أتمنى أن لا أخيب أملها بي،، إلى من لا أستطيع مكافأتها مهما طال الزمن،، والدتي الحبيبة..

إلى من مدوا يد العون لي.. إخوتي وأخواتي .. أقربائي وأصدقائي .. أساتذتي الكرام ..

إلى كل من شاركني الجهد والتعب وساهم في إخراج هذا العمل إلى حيز الوجود..

إليكم جميعاً أهدى ثمرة جهدي المتواضع ولكم شكري واحترامي.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ملخص الدراسة: رسالة علمية لنيل درجة الماجستير بعنوان: الطلاق التعسفي والتعويض عنه (بين الشريعة الإسلامية والقانون الليبي)

إعداد الطالب: عبد الله الشريف عبد الله (15780044).

إشراف: الدكتورة: توتك حميدة، الدكتور: منير زين العابدين.

الكلمات الافتتاحية: الطلاق التعسفي – التعويض – الشريعة الإسلامية – القانون الليبي.

مشكلة الدراسة: لما كان بعض الرجال يتسرع ويتهاون في إيقاع الطلاق بغير سبب معقول فينهي العلاقة المقدسة، ويترتب عن ذلك ظلم كبير للمرأة والمجتمع، والابتعاد عن مبادئ ومقاصد الشريعة الإسلامية فيما يتعلق باستعمال حق الطلاق الذي حددت ضوابطها الشريعة الإسلامية، بهذا فقد اختار الباحث من بين هذه الإشكاليات موضوعاً لبحثه (وهو بيان موقف المشرع الليبي من التعويض عن الطلاق التعسفي مقارناً بموقف الفقه الإسلامي).

منهجية الدراسة: لقد اعتمد الباحث في دراسته للمشكلة المطروحة على المناهج الرئيسية التالية: (المنهج الاستقرائي، والمنهج المقارن، والمنهج التحليلي).

النتائج: من خلال البحث والدراسة خرج البحث بمجموعة من النتائج و هي : – من حيث معايير التعسف في استعمال حق الطلاق في الفقه الإسلامي والقانون الليبي، إن التعسف في استعمال حق الطلاق عند العلماء القائلين بأن الأصل في الطلاق الحظر غير جائز في الشريعة الإسلامية، ويأثم صاحبه لأنه خالف قصد الشارع. وبناءً على ذلك أخذ المشرع الليبي بالرأي القائل بأن الأصل في الطلاق الحظر وأنه لا يباح إلا لحاجة، واعتبرت المحكمة العليا من يوقع الطلاق دون حاجة أو سبب يدعو له تعسف في استعمال الحق. – إن مفهوم التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي أوسع منه في القانون الوضعي الليبي. – جواز التعويض عن الطلاق التعسفي عند علماء الفقه الإسلامي المعاصرين، والقائلين بأن الأصل في الطلاق أنه محظور شرعاً، ولا يباح إلا لحاجة. وقد أخذ بهذا الرأي القضاء الليبي المتمثل في المحكمة العليا، والمحاكم الأدنى درجة.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ABSTRAK

Abdullah Alshareef Abdullah. 15780044. ***Talak Ta'sify* (Semena-mena) dan Kompensasinya (antara Hukum Islam dan Undang-undang Libya)**. Tesis, Program Al-Ahwal Al-Syakhshiyah Pascasarjana Universitas Islam Negeri Malang, Pembimbing: (I) Dr. H. Tutik Hamidah. (II) Dr. H. Munirul Abidin.

Kata Kunci : *Talak Ta'sify*, Kompensasi, Hukum Islam, Undang-undang Libya

Ketika beberapa laki-laki tergesa-gesa dan menyepelakan dalam menjatuhkan talak tanpa sebuah sebab yang logis dan mengakhiri sebuah hubungan suci. Yang memununculkan sebuah kedholiman yang besar bagi seorang perempuan dan masyarakat, dan jauh dari prinsip-prinsip syariah dan tujuan syariah (*maqashid*) dalam hal yang berkaitan dengan penggunaan hak menjatuhkan talak yang telah di atur oleh beberapa kaidah hukum Islam. Oleh sebab itu, peneliti memilih beberapa permasalahan tadi untuk menjadi tema penelitiannya (tesis), yaitu penjelasan tentang kedudukan RUU Libya tentang kompensasi *talak ta'sify* yang di komparasikan dengan kedudukannya dalam fiqih Islam).

Peneliti dalam penelitian ini menggunakan metode induktif, metode komparatif dan metode analisis.

Hasil penelitian ini menunjukkan bahwa: 1. Standart *ta'asuf* (semena-mena) dalam menggunakan hak menjatuhkan talak dalam hukum Islam dan undang-undang Libya. Ta'asuf dalam penggunaan hak menjatuhkan talak menurut para ulama ialah asal dari talak adalah dilarang, tidak diperbolehkan dalam hukum Islam, pelakunya berdosa karena ia melanggar tujuan Allah. Atas dasar hal tersebut penyusun undang-undang Libya mengambil pendapat ulama' yang berbunyi asal dari talak adalah dilarang, dan hal tersebut tidak diperbolehkan kecuali ada kebutuhan. Mahkamah Tinggi mengganggap bahwa pelaku talak tanpa adanya kebutuhan atau sebab yang mengakibatkan hal tersebut adalah *ta'asuf* (semena-mena) dalam menggunakan hak tersebut. Pengertian ta'asuf dalam menggunakan hak menjatuhkan talak dalam fiqih Islam lebih luas dari yang ada dalam undang-undang Libya. Bolehnya kompensasi atas talak ta'sify menurut para ahli fiqih modern yang mengatakan bahwa asal dari talak adalah dilarang secara syariah, dan tidak diperbolehkan kecuali ada kebutuhan. Para hakim di Mahkamah Tinggi Libya dan yang ada di bawahnya mengambil pendapat ini.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ABSTRACT

Abdullah, Abdullah Alshareef, 15780044. *Ta'sify Talaq* and Its Compensation (Between Islamic Law and Libyan Law). Thesis, Al-Ahwal Al-Syakhshiyah, Postgraduate Program, Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang, Advisors: (I) Dr. H. Tutik Hamidah. (II) Dr. H. Munirul Abidin.

Keywords: *Ta'sify Talaq,* Compensation, Islamic Law, Libyan Law

If men belittle *talaq* and recklessly utter it without any logical reason and end a sacred relationship with their wives, they cause despotic things for women and the society. It is far from Sharia principles and objectives (*maqashid*) in which relates to the using of rights to give *talaq*. It has been regulated by some Islamic Law norms. Therefore, the writer has chosen some of those problems as the theme of study, namely the elaboration of the position of Libyan Draft Law concerning the compensation of *ta'sify talaq* in comparison to Fiqh.

This study employs inductive, comparative, and analysis methods.

The results of this study indicate: 1. The standard of *ta'asuf* (harsh) in using the rights to give *talaq* in Islamic Law and Libyan Law. *Ta'asuf* in using the rights to give *talaq*, according to Islamic scholars, is forbidden. Based on Islamic law, the doer will be a sinner because he violates the purpose of Allah. This becomes a basis for the compiler of Libyan law to take the opinion of Islamic scholars into account, which says that *talaq* is originally forbidden and it is not allowed unless it is needed. The Supreme Court assumes that the person who gives *talaq* without particular need or any reason causing *talaq* will be considered *ta'asuf* in using the right. The definition of *ta'asuf*, in using the right to give *talaq* as regulated in Fiqh, is broader than what is stated in Libyan law. The compensation over *ta'sify talaq* is permissible although the modern Fiqh experts state that *talaq* is originally forbidden, based on Islamic law. It is also not allowed except there is a particular need. The judges in the Libyan Supreme Court and the institution under its authority believe this statement.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

كلمة الشكر والتقدير

انطلاقاً من قول الله تعالى: ﴿لَئِنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ﴾، أعظم الشكر وأكمله لله رب العالمين على عظيم فضله وكرمه وامتنانه، وجزيل إحسانه أن منَّ علينا بأفضل النعم، نعمة الإسلام وطلب العلم، والصلاة والسلام على أشرف خلق الله محمد صلى الله عليه وعلى أله وصحبه ومن والاه الذي علم الناس الخير وهادي البشرية القائل: «لَا يَشْكُرُ اللَّهَ مَنْ لَا يَشْكُرُ النَّاسَ».

بكل فخر واعتزاز أتقدم بجزيل الشكر والتقدير والامتنان لهذا البلد الطيب حكومةً وشعباً، كما أتقدم بأسمى آيات الشكر والعرفان للصرح العلمي الشامخ جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية أساتذة وموظفين على إتاحة الفرصة لي لاستكمال دراسة الماجستير في الشريعة والقانون.

كما أتقدم بجزيل الشكر والعرفان للدكتورة توتك حميدة بصفتها المشرف الأول والدكتور منير زين العابدين بصفته المشرف الثاني لما بذلاه من جهد وما أوصيا به من توجيهات وإرشادات علمية كان لها أبلغ الأثر بتشجيعي في الاستمرار والصبر لإعداد هذه الرسالة.

كما أتقدم أيضاً بجزيل الشكر والعرفان للسادة أعضاء لجنة المناقشة كلاً باسمه وجميل وصفه على ما أتاحوه لنا من وقتهم الثمين.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

كما أتقدم بالشكر الجميل إلى جميع الأصدقاء الذين ساعدوني في كتابة هذا البحث وطباعته وتنقيحه.

أقدم عظيم تقديري وخالص مودتي، وأسأل المولى عز وجل أن يوفقنا إلى ما يحب ويرضى.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

فهرس المحتويات

الفصل الأول: الإطار العام

أ- خلفية البحث.....1

ب- مشكلة البحث.....3

ج- أسئلة البحث 4

د- أهداف البحث 4

هـ- أهمية البحث 5

و- حدود البحث 6

ز- الدراسات السابقة 6

ح- مصطلحات البحث 12

الفصل الثاني: الإطار النظري

المبحث الأول: الطلاق.....17

أ- ماهية الطلاق.....17

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ب- مشروعية الطلاق.....22

ج- حكمة تشريع الطلاق.....26

د- حكم الطلاق.....27

هـ- أنواع الطلاق.....31

المبحث الثاني: نظرية التعسف.....35

أ- ماهية التعسف.....35

ب- الأدلة على التعسف.....40

ج- الأدلة على حظر التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي.....47

د- الأدلة على حظر التعسف في استعمال الحق في القانون الليبي.....56

هـ- جزاء التعسف في استعمال الحق.....61

المبحث الثالث: نظرية التعويض.....62

أ- ماهية التعويض.....62

ب- مشروعية التعويض.....65

1- مشروعية التعويض في الفقه الإسلامي.....65

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

2- مشروعية التعويض في القانون الليبي.....70

الفصل الثالث: منهجية البحث

أ- مدخل البحث ومنهجه.....79

ب- مصادر البيانات 80

ج- أدوات جمع البيانات.....84

د- طرق تحليل البيانات.....85

و- هيكل البحث 86

الفصل الرابع: عرض البيانات وتحليلها

أ- عرض البيانات النظرية.....81

1- معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي.....83

2- معايير التعسف في استعمال الحق في القانون الليبي.....93

3- شروط التعويض في الفقه الإسلامي.....97

4- شروط التعويض في القانون الليبي.....99

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ب- عرض البيانات التطبيقية.....107

ج- تحليل البيانات.....112

1- معايير التعسف في استعمال حق الطلاق في الشريعة الإسلامية.112

2- معايير التعسف في استعمال حق الطلاق في القانون الليبي.....118

3- أوجه الاتفاق والاختلاف بين الشريعة الإسلامية والقانون الليبي في معايير التعسف في حق الطلاق.....124

4- أسس التعويض عن الطلاق.....129

أ- أساس التعويض عن الطلاق في الشريعة الإسلامية.....129

ب- أساس التعويض عن الطلاق في القانون الليبي.....133

ج- التعويض عن الطلاق التعسفي في بعض القوانين العربية.....137

الفصل الخامس: الخاتمة

أ- النتائج.....143

ب- التوصيات.....145

المصادر والمراجع.....146

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفصل الأول: الإطار العام

أ- خلفية البحث:

إن البحث في قضـايا الأحوال الشـخصـية وأحكامها، يعد من المواضـيع المهمة والمتجددة في كثير من مسـائلها الجزئية، وذلك نتيجة تجدد الحوادث والوقائع حسـب ما تمليه الظروف والأحوال التي تشـهدها الحياة المعاصـرة على جميع الأصعدة الثقافية، والاجتماعية، والاقتصادية، وغيرها.

فمسائل الأحوال الشخصية بالرغم من كثرة الحديث فيها، وما انعقد حولها من ندوات و مؤتمرات دولية و محلية، غير أن هذه الدراسات لم تستطع استعاب جميع هذه المسائل، و ذلك ناتج عن خضوع مسائل الأحوال الشخصية للتطورات الاجتماعية محليا وعالمياً، مما أدى إلى متابعة متواصلة لأحكامها، ومن هنا تجدر بنا الإشارة إلي أن القانون الليبي عند صياغته لقوانين الأحوال الشخصية قد تأثر بواقع التحولات العالمية التي تدعي الارتقاء بالمرأة و تفعيل دورها الاقتصادي و

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الاجتماعي و الثقافي من خلال اكتساب حقوقها بالمساواة مع الرجل، انطلاقا مما تفرضه القوانين العالمية لحقوق الإنسان.

إن الشريعة الإسلامية تعد المصدر الأول للتشريع العام والخاص في القانون الليبي، خصوصاً فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية، غير أنه عند تقنين المسائل الخاصة بالزواج والطلاق أدى إلى وجود تيارين: أحدهما محافظ يلح على المحافظة والتمسك بأحكام الشريعة الإسلامية لتقنين والتعديل دون غيرها، والثاني يتجه إلى التحرر والبحث عن مصادر خارجية جديدة.

إن موضوع هذه الدراسة الذي يحاول الباحث فيها إبراز دور الشريعة الإسلامية من خلال بيان الضوابط والأصول الشرعية التي تحكم التعسف في استعمال الحق بصفة عامة، وتنزيله علي التعسف في استعمال حق الطلاق بصفة خاصة، والذي يقع فيه الطلاق بدون سبب معقول أو مبرر، وبدون سوء تصرف من الزوجة وبدون طلبها أو رضاها، وإنما يقع لمجرد قصد الإضرار بالزوجة.[1] فمثلاً من يهوي تزوج النساء والانتقال بينهن، ولا يتم ذلك إلا بتطليق زوجه والتزوج بأخري، أو

[1] مجيد علي العبيدي، الطلاق التعسفي بين الشريعة والقانون، مجلة الأنبار، (بغداد – العراق – كلية العلوم الإسلامية، 2009م)، المجلد الأول، العدد الثالث.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

من يوقع الطلاق إضراراً بالزوجة بدافع الانتقام من أهلها مثلاً، أو يكون سبب الطلاق استجابة لرغبة زوجة أخرى له، أو يعلق الزوج الطلاق على فعل الزوجة لشيء أو امتناعها عنه.[2] وعلى سبيل المثال لا الحصر، ما ذكره أحد المحامين عن قضية وكل فيها، حيث قام الزوج (س)، بتطليق زوجته (ص) لسبب أقل ما يقال عنه أنه تافه، حيث قام بالتخلي عن زوجته لأنها لم تغسل قميصه، فكان أول سبب يهددها من أجله بالطلاق، إذ اعتبر تصرفاتها تعبيراً عن اللامبالاة وتقصيرا في حقه، وثاني سبب أدى إلى انفصالهما كلياً هو أنها لم تحضر له الشاي بعد أن طلبه منها، وهو ما كان سببا لتحطيم عشهما الزوجي.[3]

وقد قضت بعض المحاكم في هذا السياق قائلة:" وإن كان يملك الزوج إيقاع الطلاق إلا أنه لا يجوز له التعسف في استعمال هذا الحق، فمن طلق زوجته دون سبب ظاهر يدعو إلى طلاقها يكون مسيئاً في استعمال حقه الشرعي، وإن الزوجة

---

[2] أيمن مصطفي الدباغ، التعسف في الطلاق، مجلة جامعة الأقصى، (نابلس – فلسطين – سلسلة العلوم الإنسانية، 2014م)، المجلد الثامن عشر، العدد الأول، ص68

[3] http://elmohit.net/social/3747-2012-04-18-01-16-04.html

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

سيصيبها بؤس وفاقة، جراء هذا الطلاق، وبالتالي قد سبب لها ضرراً، وطلبها بتعويضها عما أصابها من ضرر في محلة يتعين الاستجابة له"[4]

وبناءً على ما تقدم قد يترتب عن هذا الطلاق، أضراراً مادية ومعنوية تمس الزوجة، فينشأ عن ذلك حق المطالبة بالتعويض الذي يطالب به المتضرر جبراً للضرر الذي لحق به، وهنا يبرز دور مقاصد الشريعة الإسلامية في تحديد وصياغة الأحكام الشرعية في غياب النص الخاص، واستفادة القانون الوضعي من فهم مقاصد الشريعة في صياغة القوانين ووضع حلول للمشاكل الناجمة عن التعسف في استعمال الحق عند الطلاق، فكانت أولي بوادر تلك الاستفادة، تبني المشرعين المصري والسوري لفكرة التعويض عن الطلاق التعسفي، وبناءً على ما أسلفنا، ولما للمدرسة المصرية من تأثير علي القوانين الليبية بحكم القرب الجغرافي والأسبقية التاريخية، لذلك اختار الباحث أن يكون عنوان هذه الدراسة، الطلاق التعسفي والتعويض عنه، دراسة تحليلية بين الشريعة الإسلامية والقانون الليبي، وقد تم تقييد

[4] محكمة سرت الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2008/5/5، الدعوة رقم 2007/79م.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

العنوان لدراسة الطلاق التعسفي بدلاً من دراسة جميع مسائل الأحوال الشخصية وذلك من أجل استقصاء جوانب الموضوع بصورة متكاملة.

ب- مشكلة البحث:

لقد تضمنت الشريعة الإسلامية بين طياتها جميع الأحكام التي تمس الأسرة بشكل خاص والمجتمع بشكل عام مما جعل المجال مفتوحاً أمام فقهاء القانون لاستنباط الأحكام الملائمة للنوازل المستجدة لكي يتسم القضاء بالمرونة ومشروعية وصلاحية التطبيق لكل زمان ومكان.

ولما كان بعض الرجال يتسرع ويتهاون في إيقاع الطلاق بغير سبب معقول فينهي العلاقة المقدسة، ويترتب عن ذلك ظلم كبير للمرأة والمجتمع، والابتعاد عن مبادئ ومقاصد الشريعة الإسلامية فيما يتعلق باستعمال حق الطلاق الذي حددت ضوابطها الشريعة الإسلامية، ومن هنا نجد أن الطلاق التعسفي يثير العديد من الإشكاليات حيث لم تجمع القوانين والفقه الإسلامي على إقراره وثبوته، كما يثير إشكالية صعوبة إثباته، لأنه؛ في الغالب متعلق بالنوايا التي تحتاج لإثباتها مظاهر خارجية تذل عليها، وبعد مرحلة الإثبات يثور إشكال آخر حول حدود

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

التعويض هل هو الضرر المادي أو المعنوي أم كليهما، وكذلك آليات تقدير التعويض.

وقد اختار الباحث من بين هذه الإشكاليات موضوعاً لبحثه (موقف المشرع الليبي من التعويض عن الطلاق التعسفي مقارناً بموقف الفقه الإسلامي)

ج- أسئلة البحث:

من خلال خلفية الموضوع والمشكلة التي تم بيانها يمكن أن نحصر هذه المشكلة في الأسئلة الآتية:

1. ما هي معايير التعسف في استعمال حق الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون الليبي؟
2. ما هي أوجه الاتفاق والاختلاف بين الشريعة الإسلامية والقانون الليبي فيما يخص معايير التعسف في الطلاق ؟
3. ما مدي جواز التعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية والقانون الليبي؟

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

د- أهداف البحث:

1. بيان معايير التعسف في استعمال حق الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون الليبي.
2. توضيح أوجه الاتفاق والاختلاف بين الشريعة الإسلامية والقانون الليبي فيما يخص معايير التعسف في الطلاق.
3. الكشف عن مدي جواز التعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية والقانون الليبي.

هـ-أهمية الدراسة:

تتصدر اليوم المشاكل التي تعاني منها الأسرة الساحة الفقهية والقانونية، نتيجة الوعي المتنامي بأهمية المحافظة على النواة الأولى للمجتمع، التي أصبحت تبحر في أمواج من الآراء الداعية إلى التنصل من أحكام الشريعة الإسلامية، الأمر الذي جعل وضع الأسرة يهدد أمن المجتمع، والنجاة من هذا التهديد والخروج منه مرهون بتحقيق أحكام ومقاصد الشريعة الإسلامية فأهمية هذا الموضوع تكمن في الآتي:

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

1. **الجدية**: إن موضوع الأحوال الشخصية يعد من المواضيع المتجددة في فروعها والتي تتصل بالنظام العام في المجتمع والذي يحثنا على المتابعة والمراجعة المستمرة استناداً إلى ما تمليه علينا الشريعة الإسلامية.

2. **استيعاب الموضوع**: إن موضوع مسائل الأحوال الشخصية مجاله واسع، فيفرض علينا اتجاهات جديده تتلاءم مع متقلبات العصر من أجل حماية الأسرة، لأن الاتجاه التقليدي المتمثل في القانون الوضعي لم يعد قادرة على استحواذ جميع المسائل التي تتعرض لها الأسرة في الوقت الراهن. من هنا فإن الأهمية التي تسعى إليها هذه الدراسة هو بيان التأصيل الشرعي لقواعد وضوابط التعويض عن الضرر الناشئ عن إساءة استعمال الحق الذي أعطته له الشريعة الإسلامية في الطلاق.

و- حدود البحث:

تنقسم حدود البحث إلى ثلاثة حدود وهي كالتالي:

أولاً: الحدود الفقهية، وفي مقدمتها الفقه المالكي باعتباره الفقه السائد في ليبيا وفي شمال أفريقيا بشكل عام مع الإشارة والاستئناس بالمذاهب الفقهية الأخرى المعتبرة من الفقه الحنفي، والشافعي، والحنبلي.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ثانياً: الحدود القانونية: يتمثل الحد القانوني في هذه الدراسة، في القانون الليبي، مع الإشارة إلي بعض القوانين العربية.

ثالثاً: الحدود الزمنية: العام الدراسي (2016م- 2017م) جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية في مدينة مالانق، جمهورية إندونيسيا.

ز- الدّراسات السابقة:

من المعلوم أن الدراسات السابقة تعد ذات أهمية كبيرة في مجال الكتابات البحثية الجديدة، لأنها تمدها بكل ما هو جديد ومنقح في التحصيل العلمي والبحثي وتقوية النتائج التي يتوصل إليها الباحث من خلال دراسته للموضوع محل البحث، بهذا فقد استعان الباحث بمجموعة من الدراسات التي يرى بأنها ذات أهمية وصلة بهذا الموضوع، ومن هذه الدراسات:

الدّراسة الأولي:

دراسة قام بها الباحث محفوظ بن صغير، بعنوان الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر – الجزائر، 2008-2009.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وكانت المشكلة محل الدراسة تتمحور حول بيان حقيقة الجدل الدائر في قانون الأسرة الجزائري والذي يمس الفرد والأسرة والمجتمع، فكانت هذه الدراسة مقتصرة على أهم المسائل الاجتهادية الخاصة بأحكام الزواج والطلاق وآثارهما.

وقد اعتمد الباحث لدراسة هذا الموضوع على عدة مناهج، فقد استخدم المنهج الاستقرائي من أجل تتبع وتقصي النصوص الفقهية والقانونية والقضائية المتعلقة بقانون الأسرة، ثم بعد ذلك عرج إلى المنهج الوصفي في دراسة المفاهيم النظرية للاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وفي التشريع الجزائري، بعد الاستقراء والتقصي توجه إلى المقارنة من خلال استخدام المنهج المقارن من أجل الدراسة النقدية، فقام بالمقارنة بين الاجتهاد القضائي الشرعي وبين قرارات المحكمة العليا وذلك من خلال التطبيقات الفرعية لمسائل الأسرة، فالمقارنة كانت بناءً على تحليل النصوص والاجتهادات الفقهية بخصوص مسائل المتعلقة بقانون الأسرة.[5]

[5] محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، (أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية بكلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر – بانية – الجزائر، 1430هـ/ 2009م)، ص12

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الدّراسة الثانية:

دراسة لساجدة عفيف، مقدمة لنيل درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا جامعة الناجح الوطنية – نابلس، بعنوان الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، 2011م.

اختارت الباحثة مشكلة لدراستها تمثلت بيان ماهية الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية، ومدى احترام القانون الوضعي الأردني لوضع حلول جدرية وفعّالة تتعلق بمسائل الطلاق. كذلك ذهبت الدراسة إلى بيان مدى حرية الرجل في توقيع الطلاق بين الحق والتعسف في استعماله.

ولحل هذه المشكلة ودراسة تفاصيلها من أجل الوصول إلى النتائج التي يسعى الباحث إلى بيانها سلك المنهج الوصفي والتحليلي، بحيث قام بعرض أقوال الفقهاء والعلماء واستدل بأدلتهم، ثم تتطرق إلى المواد القانونية التي تتعلق بصلب الموضوع، بعد ذلك قام بمناقشة الأدلة والآراء القانونية والشرعية.[6]

[6] ساجدة عفيف العتيلي، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، (أطروحة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس – فلسطين، 2011م)، ص4

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

أهم نتائج الدراسة:

1- أخذ القانون الأردني بوجوب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع ووضع معاييراً لذلك.

2- أن صور التعسف كثيرة لا حصر لها لذلك يؤخذ على بعض قوانين الأحوال الشخصية تحديدها التعسف في إيقاع الطلاق في حالتين وكان ينبغي عدم تحديد ذلك، بل كان من الممكن الاكتفاء بذكر المعايير التي يمكن الاستئناس بها لتحديد ما إذا كان الطلاق قد استعمل بتعسف من الزوج أم لا.

3- هناك بعض من القوانين العربية التي أخذت بمبدأ التعويض عن الطلاق مثل القانون السوري والتونسي والجزائري والعراقي.[7]

---

[7] ساجدة عفيف العتيلي، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، مرجع سابق، ص169

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الدّراسة الثالثة:

دراسة قدمتها الباحثة مسعودة نعيمة إلياس، بعنوان التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق دراسة مقارنة، جامعة أبو بكر بلقايد، الجزائر، 2009-2010.

وحدد الباحث إشكالية البحث في: هل منح الحق في وضع حد للعلاقة الزوجية للرجل والمرأة يعني ذلك استعمالهم لهذا الحق كيف ما يشاءان ودون رقابة عليهم، وهل هما مسؤولان عن الأضرار المترتبة عن استعمال هذا الحق؟ وإذا تقررت المسؤولية فعلى أي أساس قانوني تقوم، وهل يجوز المساءلة عن جميع الأضرار المترتبة عن فك الرابطة الزوجية دون استثناء؟ وما هو دور القاضي على هذه الأوضاع؟

ولقد استخدم الباحث المنهج الاستقرائي والتحليلي وكذلك المنهج المقارن.

أهم النتائج

1- إن التعسف في استعمال الحق، أو مجاوز حدوده، يعتبر من بين الأسس القديمة التي اعتمدتها الشرائع القديمة والحديثة على حد سواء، وذلك لأجل تقرير

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

حماية الفرد عند استعماله لحق من حقوقه، وأن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى الإضرار بالغير، وأن هذا الأساس القانوني معقول، ويحقق مبادئ العدالة بين الناس، وأصبح شائعاً في الوقت الحالي في جميع المعاملات، بل وحتى الشخصية منها، ومن ذلك العلاقات المتولدة عن رابطة الزواج، أو انفصالها.[8]

2- إذا كنا نتصور التعسف والتعويض عن الضرر المترتب عليه في العلاقات ذات الطابع المالي، فإنها في وقتنا الحالي أصبحت تمس حتى العلاقات داخل الأسرة.

3- إن المشرع لم يضع بين يدي القاضي المعايير الموضوعية التي يمكن أن يعتمدها في تقدير التعويض في المسائل المرتبطة بالزواج والطلاق، وذلك لضمان حقوق المتخاصمين من جهة، ولفتح الباب واسعاً لرقابة المحكمة العليا عليه في ذلك من جهة أخري.

---

[8] مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، (رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، بكلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان – الجزائر، 2010م)، ص351

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الدّراسة الرابعة:

دراسة مقدمة من الباحثة رحاب الحميدي حميد المطيري، بعنوان الإضرار بالمطلقة والتعويض عنه دراسة تأصيلية مقارنة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية قسم الشريعة والقانون، الرياض، 2014.

صاغ الباحث إشكالية بحث في سؤال على النحو الآتي: هل تستحق المرأة تعويضاً عن الإضرار الواقع عليها بالطلاق؟

وللإجابة عن إشكالية البحث اتبع الباحث المنهج الوصفي القائم على الاستقراء للنصوص الشرعية التي تخدم موضوع الدراسة، وعرضها عرضاً مرتباً ترتيباً منهجياً، وتحليلها، والمقارنة من خلال إبراز مواطن الاتفاق، والاختلاف بين القانون الأردني والقانون الإماراتي في مسائل الدراسة.

أهم نتائج الدراسة:

1- أنه يستحق التعويض عن الطلاق التعسفي بناءً علي طلب المطلقة.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

2- اختلاف القانون الأردني والإماراتي في مقدار التعويض عن الإضرار بالمطلقة، ففي الأردني لا يقل عن سنة ولا يزيد عن ثلاث سنوات، وفي الإمارات نفقة سنة.

3- تعد معايير التعسف بالطلاق ضرورة ملحة لمعرفة ما إذا كان الطلاق فيه إضرار أم لا.[9]

مكانة هذه الدراسة من الدراسات السابقة:

أ- **وجه التوافق**: لقد اتفقت هذه الدراسة مع الدراسات السابقة الموضوع محل الدراسة، وذلك فيما هو متعلق بمسائل الأحوال الشخصية، بحيث درست موضوع التعويض عن الطلاق الناجم عن التعسف الصادر من الزوج.

ب- **وجه الاختلاف**: لقد سلكت الدراسة الأولى الجانب الاجتهاد القضائي في مسائل الأسرة المتعلقة بالزواج والطلاق والآثار المترتبة عنهما، حيث جاءت هذه الدراسة بشكل عام وموسع لدراسة جميع الجوانب، فكان للطلاق

[9] رحاب الحميدي حميد المطيري، الإضرار بالمطلقة والتعويض عنه، (رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض – السعودية، 1435هـ/2014م)، ص104

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

التعسفي جانب من هذه الدراسة. ولكن الدراسة الحالية انفردت بدراسة الطلاق التعسفي بشكل مفصل ومعمق.

كما نجد أن الدراسات الأخرى قد عالجت الأضرار الناجمة عن الطلاق التعسفي، فكانت الدراسة الثانية متعلقة بالقانون الأردني والدراسة الثالثة بالقانون الجزائري والرابعة بدراسة القانون السعودي فجاءت هذه الدراسة متميزة عنها ببيان موقف القانون الليبي من هذا الموضوع.

بهذا انفردت هذه الدراسة عن سابقاتها بأنها سلكت مجمل المناهج التي استعانت بها الدراسات السابقة، حيث درست الموضوع بتعمق لتحليل نصوص القانون الليبي وأحكام القضاء وبيان موقفه لمراعاته لمقاصد الشريعة الإسلامية، كما أن هذه الدراسة تعد الأولى من حيث حدودها، فلا توجد دراسة قد قدمت بهذا الموضوع وهذه المنهجية.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ح–مصطلحات البحث:

1–الطلاق

أ الطلاق في اللغة:

جاء مفهوم الطلاق في كتب اللغة بمعني الترك والمفارقة، يقال (أَطْلَقَ) الْأَسِيرَ خَلَّاهُ وَأَطْلَقَ النَّاقَةَ مِنْ عِقَالِهَا فَطَلَقَتْ والِانْطِلَاقُ الذَّهَابُ.[10] والطالِقُ مِنَ الإِبل: الَّتِي طُلِقت فِي المرعَى، وَقِيلَ: هِيَ الَّتِي لَا قَيْد عَلَيْهَا، وَكَذَلِكَ الخليَّة، ويقال طَلَّقت الْبِلَادَ: فارقْتها، وطَلّقْت الْقَوْمَ: تركتُهم، والتَّطْلِيقُ التَّخْلِيَةُ والإِرسال وحلُّ الْعَقْدُ.[11]

ب –الطلاق اصطلاحاً:

لقد عرف الفقهاء الطلاق بأنه: رفع القيد الثابت بالنكاح.[12]

---

[10] زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، مختار الصحاح، تحقيق يوسف الشيخ محمد، الطبعة الخامسة، (المكتبة العصرية – بيروت، 1420هـ/1999م)، ص192

[11] محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الإفريقي، لسان العرب، ج/15، الطبعة الثالثة، (دار صادر – بيروت، 1414هـ/1993م)، ج/10، ص225-229

[12] محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، طه عبد الرؤوف سعد، ج/4، (مكتبة الثقافة الدينية – القاهرة، الطبعة الأولي ، 1424هـ / 2003م)، ج/3، ص252

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ويراد برفع قيد النكاح رفع أحكامه وعدم استمراره، لأن عقد الزواج نفسه ما دام أنه قد وقع فلا يمكن رفعه، فالمقصود بالرفع هنا هو رفع أحكامه لا رفع هو، وقيد التعريف في رفع الأحكام بكون الزواج صحيحاً، لأن رفع قيد الزواج غير الصحيح لا يسمي طلاقاً بل يسمي فسخاً للعقد الذي وقع فاسداً.[13] وقوله بالنكاح خرج به العتق لأنه قيد ثابت شرعا لكن لم يثبت بالنكاح.[14]

ج –الطلاق في القانون الليبي:

عرف المشرع الليبي الطلاق في المادة الثامنة والعشرون بأنه: حل عقدة الزواج[15].

2–التعسف

أ– التعسف في اللغة:

---

13 عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهاً وقضاءً، ، (دار الفكر العربي – القاهرة، الطبعة الأولي ، 1404هـ / 1984م)، ص265

14 محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، طه عبد الرؤوف سعد، ج/4، (مكتبة الثقافة الدينية – القاهرة، الطبعة الأولي، 1424هـ / 2003م)، ج/3، ص252

15 قانون رقم 10 لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهم، الباب الثاني، الفرقة بين الزوجين، المادة الثامنة والعشرون.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

يقال تعسُّفًا، فهو مُتعسِّف، والمفعول مُتعسَّف فيه، تعسَّف في الأمر: ظلمَ وجارَ واستبدَّ "تعسَّف في الكلام، عسَف فيه، فعله بلا رويّة ولا تدبُّر.[16]

وقيل العسف شيء ليس يدل على خير إنما هو كالحيرة وقلة البصيرة.[17] ثمَّ كثر استعماله حَتَّى قيل: عَسَفَ فلانٌ فلَانا، إذا ظلمه وعسَفَ السلطانُ واعتسفَ من ذَلِك.[18]

أ- التعسف اصطلاحاً:

مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل.[19]

3-الطلاق التعسفي:

---

16 أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، الطبعة الأولي، عالم الكتب، 1429 هـ - 2008 م، الجزء الثاني، ص1498

17 أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، ج/6، (دمشق- سوريا - دار الفكر، ب/ط، 1399هـ - 1979م.)، ج/4، ص311

18 أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي، جمهرة اللغة، تحقيق رمزي منير بعلبكي، ج/3، (بيروت – لبنان - دار العلم للملايين، الطبعة: الأولى، 1987م)، ج/2، ص840

19 فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، (بيروت – لبنان – مؤسسة الرسالة، الطبعة الرابعة: 1408هـ1988م)، ص87

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

هو أن يطلق الزوج زوجته بدون سبب أو لغير حاجة، فيناقض بذلك مقصد الشارع.[20]

ويمكن تعريف التعسف في الطلاق بما يبين ماهيته وحقيقته، وذلك محاكاة لتعريف التعسف في الحق بشكل عام، بأن: مناقضة قصد الشارع في التصرف بحق الطلاق المأذون فيه شرعاً حسب الأصل.[21] فالطلاق مأذون فيه شرعاً، إذا استعمل بقيوده الشرعية وحسب قصد الشارع من شرعه، بأن يكون حلاً واقعياً حين تتحول الحياة الزوجية إلى بؤس وشقاء ويستحيل استمرارها، أما إذا كان الزواج محققاً لمقاصد شرعه ولا يوجد ما يسوغ إنهاءه، فإن اللجوء إلى الطلاق يكون مناقضة لقصد الشارع وتعسفاً.[22]

4- التعويض

---

20 عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، (عمان – الأردن – دار النفائس، الطبعة: الأولي، 1418هـ/1998م)، ص179

21 أيمن مصطفي الدباغ، التعسف في الطلاق، مجلة جامعة الأقصى، (نابلس – فلسطين – سلسلة العلوم الإنسانية، 2014م)، المجلد الثامن عشر، العدد الأول، ص68

22 أيمن مصطفي الدباغ، التعسف في الطلاق، مجلة جامعة الأقصى، مرجع سابق، المجلد الثامن عشر، العدد الأول، ص68

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

أ- **التعويض لغةً:**

مصدره عوض، والعوض هو البدل أو الخلف وتقول: عضت فلانا وأعضته وعوضته إذا أعطيته بدل ما ذهب منه، والمستقبل التعويض وتعوض منه، واعتاض: أخذ العوض، واعتاضه منه واستعاضه وتعوضه، كله: سأله العوض. وَالِاسْمُ الْعِوَضُ، وَالْمُسْتَعْمَلُ التَّعْوِيضُ، تَقُولُ: عَوَّضْتُهُ مِنْ هِبَتِهِ خَيْرًا. وَاعْتَاضَنِي فُلَانٌ، إِذَا جَاءَ طَالِبًا لِلْعِوَضِ وَالصِّلَةِ.[23]

والعوض ما يُعطَى تعويضًا عن شيء ويقال: "قَبِل العِوَض- حصل عليه بعِوَض- عِوَضٌ ماليّ- أخذ عِوَضًا عن خسارته"[24]

---

23 أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، (دار الفكر، 1399هـ - 1979م). مادة عوض، الجزء الثالث، ص188

24 أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، (الطبعة الأولي، عالم الكتب، 1429 هـ - 2008 م)، الجزء الثاني، ص1077

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ب- **التعويض اصطلاحاً**: التعويض: هو مبلغ من النقود أو آية ترضية من جنس الضرر تعادل ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب كانا نتيجة طبيعية للفعل الضار.[25]

[25] عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني، (بغداد – العراق – وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ب/ط، ب/ت)، ج/1، ص244

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفصل الثاني: الإطار النظري

يشتمل هذا الإطار على مفهوم الطلاق، والأدلة على مشروعية الطلاق، كما تناولا الحكمة من تشريع الطلاق، وحكم الطلاق وأقسامه، وتضمن أيضاً أهم النظريات التي استعان بها الباحث في دراسته، ألا وهما نظرية التعسف، ونظرية التعويض واللتان سنقوم بالتعرض لهما في هذا البحث.

المبحث الأول: الطلاق

سنتحدث في هذا العنوان أولاً عن مفهوم الطلاق في اللغة والاصطلاح، ثم بعد ذلك نتكلم عن مشروعية الطلاق والحكمة منه، كما سنتعرض إلى أنواع الطلاق بشيء من الإيجاز.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

أ –ماهية الطلاق

1–الطلاق لغةً:

جاء مفهوم الطلاق في كتب اللغة بمعني الترك والمفارقة، يقال (أَطْلَقَ) الْأَسِيرَ خَلَّاهُ وَأَطْلَقَ النَّاقَةَ مِنْ عِقَالِهَا فَطَلَقَتْ والِانْطِلَاقُ الذَّهَابُ.[26]والطالِقُ مِنَ الإِبل: الَّتِي طُلِقت فِي المرعَى، وَقِيلَ: هِيَ الَّتِي لَا قَيْد عَلَيْهَا، وَكَذَلِكَ الخليَّة، ويقال طَلَّقت الْبِلَادَ: فارقْتها، وطَلّقْت الْقَوْمَ: تركتُهم، والتَّطْلِيقُ التَّخْلِيَةُ والإرسال وحلُّ الْعَقْدُ.[27]

ومن خلال ما تقدم يتبين لنا أن الطلاق في اللغة يفيد التخلية والإرسال وحل القيد ورفعه، ومنه استعير: طلقت المرأة، نحو: خليتها فهي طالق، أي: مخلاة عن حبالة النكاح.[28]

---

[26] زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، مختار الصحاح، تحقيق يوسف الشيخ محمد، الطبعة الخامسة، (المكتبة العصرية – بيروت، 1420هـ/1999م)، ص192

[27] محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الإفريقي، لسان العرب، ج/15، الطبعة الثالثة، (دار صادر – بيروت، 1414هـ/1993م)، ج/10، ص225-229

[28] أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهانى، المفردات في غريب القرآن، تحقيق صفوان عدنان الداودي، (دمشق – بيروت – دار القلم، الطبعة: الأولى - 1412 هـ)، ص523

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

2- الطلاق اصطلاحاً:

إن الطلاق في الاصطلاح الشرعي لا يختلف كثيراً عن مفهومه في اللغة لأن طلاق المرأة يكون بمعنيين: أحدهما: حل عقدة النكاح، والآخر: بمعنى الترك والإرسال.[29] وقد أورد الفقهاء عدة تعريفات للطلاق سنقوم بذكر بعض منها:

مفهوم الطلاق عند الحنفية

لقد عرف الطلاق عند فقهاء الحنفية بأنه: رفع قيد النكاح في الحال والمآل بلفظ مخصوص.[30]

وهو على هذا التعريف قسمان: قسم يرفع النكاح في الحال، وقسم يرفعه في المآل، أما القسم الأول: فهو الطلاق البائن، فبمجرد صدوره يرفع النكاح في

---

[29] محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، مجموعة من المحققين، ج/40، (دار الهداية – بدون)، ج/26، ص93

[30] ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، رد المحتار على الدر المختار، ج/6، الطبعة الثانية، (دار الفكر- بيروت، 1412هـ/1992م)، ج/3، ص227

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الحال، فلا تحل المطلقة لمطلقها إلا بعقد ومهر جديدين، سواء انتهت العدة أم لم تنته.[31]

وأما القسم الثاني: فهو الطلاق الرجعي، فالنكاح لا يرتفع في الطلاق الرجعي بمجرد صدور ما يدل عليه، بل لا يرتفع إلا بانتهاء عدة المطلقة، وفي أثناء العدة لم يرتفع النكاح، فله أن يراجعها، رضيت أو لم ترض.[32]

وأما المقصود بلفظ مخصوص فهي عبارة تفيد الطلاق سواء كان ذلك صراحةً أو دلالة، فالصريح كلفظ الطلاق، والكناية كلفظ البائن والحرام والإطلاق ونحوها. ويقوم مقام اللفظ: الكتابة والإشارة المفهمة.[33] تصدر من الزوج، أو من القاضي بناء علي طلب الزوجة.[34]

---

[31] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، (دار الفكر العربي – القاهرة، 1377هـ / 1957م)، ص279

[32] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، مرجع سابق، ص279

[33] وهبة بن مصطفي الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج/ 10(دمشق – سورية – دار الفكر، الطبعة الرابعة)، ج/9، ص6873

[34] عبد الوهاب حلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، (الكويت – دار القلم، الطبعة الثانية، 1410هـ/1990م)، ص128

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

مفهوم الطلاق عند المالكية

لقد عرف المالكية الطلاق بأنه: رفع القيد الثابت بالنكاح.[35]

ويراد برفع قيد النكاح رفع أحكامه وعدم استمراره، لأن عقد الزواج نفسه ما دام أنه قد وقع فلا يمكن رفعه، فالمقصود بالرفع هنا هو رفع أحكامه لا رفع هو، وقيد التعريف في رفع الأحكام بكون الزواج صحيحاً، لأن رفع قيد الزواج غير الصحيح لا يسمي طلاقاً بل يسمي فسخاً للعقد الذي وقع فاسداً.[36] وقوله بالنكاح خرج به العتق لأنه قيد ثابت شرعا لكن لم يثبت بالنكاح.[37]

مفهوم الطلاق عند الشافعية

عرف الشافعية الطلاق بأنه: حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه.[38]

---

35 محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، طه عبد الرؤوف سعد، ج/4، (مكتبة الثقافة الدينية – القاهرة، الطبعة الأولي، 1424هـ / 2003م)، ج/3، ص252

36 عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهاً وقضاءً، (دار الفكر العربي – القاهرة، الطبعة الأولي، 1404هـ / 1984م)، ص265

37 محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، طه عبد الرؤوف سعد، ج/4، (مكتبة الثقافة الدينية – القاهرة، الطبعة الأولي، 1424هـ / 2003م)، ج/3، ص252

38 شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج/6، الطبعة: الأولي، (دار الكتب العلمية - 1415هـ - 1994م)، ج/4، ص455

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ويفهم من هذا التعريف إن كان المراد بالنكاح العقد كانت الإضافة بيانية، والمعنى حل عقد هو النكاح، أو عبارة أخرى رفع النكاح، وإن كان المراد بالنكاح الوطء كانت الإضافة حقيقية، ومعناه رفع العقد المبيح للوطء.[39] وبلفظ الطلاق ونحوه، يفهم منه كما ذكرنا سابقاُ باللفظ الصريح كالطلاق، والفراق، والسراح، وما اشتق من هذه الألفاظ، كطلقتك، أو فارقتك، أو سرحتك، وبلفظ الكناية وهي كل لفظ يحتمل الطلاق وغيره، ومثال ذلك أنت خلية: أي خالية مني، أنت بريّة: أي منفصلة عني، أنت بته: أي مقطوعة الوصلة عني، الحقي بأهلك، أنت عليَّ حرام، فكلّ هذه الألفاظ وغيرها كثير تعتبر كناية في دلالتها على الطلاق، لاحتمالها الطلاق وغيره.[40]

مفهوم الطلاق عند الحنابلة

---

39 عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج/5، (بيروت – لبنان – دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، 1424 هـ /2003 م) ج/4، 249

40 مصطفى الخِنْ، وآخرون، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ج/8، (دمشق – سورية – دار القلم، الطبعة: الرابعة، 1413 هـ - 1992 م)، ج/4، ص119

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وعرف الحنابلة الطلاق بأنه: هو حل قيد النكاح أو بعضه.[41]

وهو راجع إلى معناه لغةً، لأن من حل قيد نكاحها فقد خليت، إذ أصل الطلاق التخلية.[42]ويتضح من التعريف إن كان بائناً فهو حل لقيد النكاح كله، وإن كان رجعياً فهو حل لبعضه، ولهذا إذا طلق مرة نقص فيبقى له طلقتان، وإذا طلق ثنتين بقي له واحد.[43]

ويتضح من التعريفات السابقة إنه إذا أراد أحد الزوجين التخلص من رابطة الزوجية لأسباب تحمله على ذلك، فإن كان هو الزوج فله أن يستقيل بحل هذه العقدة بعبارة تصدر منه مسندة إلى الزوجة تدل على طلاقها منه ورفع القيد الذي يربطهما كأن يقول لها: أنت طالق أو زوجتي فلانة طالق، وإن كانت الزوجة فلها أن ترفع أمرها إلى القضاء طالبة تطليقها من زوجها للسبب مسوغ شرعاً لتطليقها

---

41 أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني لابن قدامة، ج/10، (مكتبة القاهرة – بدون، 1388هـ - 1968م)، ج/8، ص10

42 إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين، لمبدع في شرح المقنع، ج/8، (بيروت – لبنان – دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1418 هـ - 1997 م)، ج/6، ص292

43 محمد بن صالح بن محمد العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، ج/15، (دار ابن الجوزي – السعودية، الطبعة: الأولى، 1422 - 1428 هـ)، ج/13، ص5

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

حكم لها القاضي بما طلبت وطلقها من زوجها.[44]

3–مفهوم الطلاق في القانون الليبي:

وجاء مفهوم الطلاق في القانون الليبي: بأنه حل عقدة الزواج.[45]ويتضح من ظاهر النص أن القانون الليبي أخذ بتعريف الشافعية للطلاق.[46]

ب –مشروعية الطلاق

الأصل في الزواج استمرار الحياة الزوجية بين الزوجين، وقد شرع الله تعالى أحكاماً كثيرة وآداباً جمّة في الزواج لاستمراره، وضمان بقائه، إلا أن هذه الآداب قد لا تكون مرعيَّة من قبل الزوجين أو أحدهما، فيقع التنافر بينهما حتى لا يبقى مجال للإصلاح، فكان لابد من تشريع أحكام تؤدي إلى حل عقدة الزواج على

---

44 عبد الوهاب حلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، (الكويت – دار القلم، الطبعة الثانية، 1410هـ/1990م)، ص128

45 القانون رقم (10) لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما، والصادر بتاريخ 2004/4/19م، المادة الثامنة والعشرون

46 محمد مصطفي عبيد الهوني، قانون الزواج والطلاق، معلقاً عليه بأحكام القضاء وشروح الفقهاء، (بنغازي – ليبيا – دار الكتب الوطنية، الطبعة: الثانية، 2007م) ن ص49

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

نحو لا تهدر فيه حقوق أحد الزوجين، ما دامت أسباب التعايش قد باتت معدومة فيما بينهما.[47]

ولقد وردت عدة أدلة على مشروعية الطلاق في الإسلام، حيث جاء بيان ذلك من الكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول، وسنعرض لهذه الأدلة فيما يلي:

أولاً: من القرآن الكريم

يمكن القول إن هناك الكثير من الآيات القرآنية التي تدل على مشروعية الطلاق ولعلانا نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر. قوله تعالي: ﴿**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾[48] هذه الآية تدل تخيير الرجال بين أن يمسكوا النساء بالمعروف وحسن العشرة والقيام بواجبهن وبين أن يسرحوهن السراح الجميل الذي علمهم.[49]

---

47 مجموعة من المؤلفين، الفقه الميسر في ضوء الكتاب والسنة، (السعودية – مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، سنة الطبعة : 1424هـ)، ص312

48 سورة البقرة، الآية: 229

49 سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، ج/2، (مصر – مكتبة صبيح، دون طبعة وبدون تاريخ)، فصل الخاص من حيث هو خاص، ج/1، ص65، وانظر عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء – = الدين البخاري الحنفي، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، ج/4، (دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة وبدون تاريخ)، باب معرفة أحكام الخصوص، ج/1، ص89

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وقال الله تعالي: ﴿لاَّ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاء مَا لَمْ تَمَسُّوهُنُّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾[50]

فالتعبير بنفي الجناح، هو الإثم والحرج في إيقاع الطلاق دليل علي إباحته وعدم منعه أو النهي عنه.[51]

وقوله سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[52]

ويفهم من هذه الآية أن الطلاق مشروع للنبي وكذلك للجميع المسلمين، لأن ضمير الجمع في (طلقتم) و (طلقوهن) قرينة لفظية تدل على أن الأمة مقصودة معه بالحكم وإن تخصيص النبي بالنداء تشريف له صلى الله عليه وسلم لأنه إمامهم وقدوتهم وسيدهم الذي يصدر فعلهم عن رأيه وإرشاده.[53]

---

50 سورة البقرة، الآية: 236

51 سعيد محمد الجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، ج/2، (الخمس – ليبيا، مطابع عصر الجماهير، الطبعة الثانية، 1988م)، ج/1، ص52

52 سورة الطلاق، الآية: 1

53 علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي، التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، تحقيق عبد الرحمن الجبرين وآخرون، ج/8، (الرياض – السعودية – مكتبة الرشد، الطبعة: الأولى، 1421هـ - 2000م)، ج/5، 2465

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ثانياً: السنة النبوية

قول الرسول صلي الله عليه وسلم: «مَا أَحَلَّ اللَّهُ شَيْئًا أَبْغَضَ إِلَيْهِ مِنَ الطَّلَاقِ»[54] وما روي عن عائشة، رضي الله عنها: أن ابنة الجون، لما أدخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم ودنا منها، قالت: أعوذ بالله منك، فقال لها: «لقد عذت بعظيم، الحقي بأهلك»[55]وما روي أيضاً عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، «إِنَّ رسول الله صلي الله عليه وسلم كَانَ طَلَّقَ حَفْصَةَ، ثُمَّ رَاجَعَهَا»[56]

---

[54] أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي، سنن أبي داود، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، ج/4، (صيدا – بيروت – المكتبة العصرية، بدون)، كتاب الطلاق، باب كراهية الطلاق، حديث رقم (2177)، ج/2، ص254

[55] محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، صحيح البخاري، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، ج/9، (دار طوق النجاة، الطبعة: الأولى، 1422هـ)، كتاب الطلاق، باب من طلق وهل يواجه الرجل امرأته بالطلاق، حديث رقم: (5254)، ج/7، ص41

[56] أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي، سنن النسائي، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، ج/9، (حلب – سورية - مكتب المطبوعات الإسلامية، الطبعة: الثانية، 1406 هـ- 1986م)، كتاب الطلاق، باب الرجعة، حديث رقم: (3560)، ج/6، ص213

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ثالثاً: الإجماع

أجمع المسلمين من زمن النبي صلى الله عليه وسلم.[57] وعصر الصحابة والتابعين إلى اليوم على مشروعية الطلاق، كما ورد في القرآن والسنة بحيث يجوز للرجل أن يطلق زوجته وفق الضوابط الشرعية، ولم ينكر أحد هذا الجواز فكان إجماعاً.[58]

رابعاً: المعقول

والمعقول يؤيده، فإنه ربما فسدت الحال بين الزوجين، فيصير بقاء الزواج مفسدة محضة، وضرراً مجرداً، بإلزام الزوج والنفقة والسكنى، وحبس المرأة مع سوء العشرة، والخصومة الدائمة من غير فائدة، فاقتضى ذلك شرع ما يزيل الزواج، لتزول المفسدة

---

57 شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج/6، (دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1415هـ - 1994م)، ج/4، ص455

58 جمعة محمد بشير، الأحوال الشخصية الزواج والطلاق وآثارهما في القانون والشريعة الإسلامية، (الزاوية – ليبيا – منشورات المكتبة الجامعية، ب/ط، 2009م)، ص292

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الحاصلة منه.[59]ولا عله بعد أن يفرق بينهما بالطلاق يغنيهما الله من فضله بالزواج من زوج آخر يجد عنده ما افتقده عند صاحبة الأول.[60]

ج –حكمة تشريع الطلاق

تظهر حكمة تشريع الطلاق من المعقول السابق، وهو الحاجة إلى الخلاص من تباين الأخلاق، وتنافراً في الطباع الموجبة عدم إقامة حدود الله تعالى، فكان تشريعه رحمة منه سبحانه وتعالى، أي أن الطلاق علاج حاسم، وحل نهائي أخيراً لما استعصى حله على الزوجين وأهل الخير والحكمين، بسبب تباين الأخلاق، وتنافر الطباع، وتعقد مسيرة الحياة المشتركة بين زوجين، أو بسبب الإصابة بمرض لا يحتمل، أو عُقْم لا علاج له، مما يؤدي إلى ذهاب المحبة والمودة، وتوليد الكراهية والبغضاء، فيكون الطلاق منفذاً متعيناً للخلاص من المفاسد والشرور الحادثة، فالطلاق إذن ضرورة لحل مشكلات الأسرة، ومشروع للحاجة.[61]

---

59 وهبة بن مصطفي الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج/ 10(دمشق – سورية – دار الفكر، الطبعة الرابعة)، ج/9، ص6874

60 محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، (عمان – الأردن – دار الفكر، 1431هـ/2010م)، ص165

61 وهبة بن مصطفي الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج/9، ص6875

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

كما أنه ليس من الحكمة إرغام طرف على قبول استمرار هذا الكيان الزوجي الهزيل الهش، الذي يزيد يوماً بعد يوم من تفاقم الشر واستفحال الأمر، والذي قد يؤدي بهما أو بأحدهما إلى سلوك أجرامي، أو انحراف خلقي، أو أية ظاهرة صحية أو اجتماعية أخري تعرض حياتهما للخطر، لذلك كان الطلاق أمر ضرورياً لجأت إليه الأمم قديماً وحديثاً، وأقرته الشرائع السماوية، والتي كانت آخرهم الشريعة الإسلامية السمحاء، كما أخذت به القوانين الوضعية إلا ما شذ منها.[62]

د –حكم الطلاق

مما سبق من الكلام على مشروعية الطلاق يتبين أنه شرع لدفع ضرر بقاء الزوجية التي لا تحقق المقصود من الارتباط بالزواج، ويتعذر فيها على الزوجين أن يتعاشرا بالمعروف ويقيما حدود الله بينهما، فهو هدم لكيان الأسرة وتفريق لما جمع بكلمة الله، ولكنه شرع لدفع ضرر أعظم منه.

---

62 مصطفي إبراهيم الزلي، مدي سلطان الإرادة في الطلاق في الشرائع والقوانين والأعراف خلال أربعة آلاف سنة، (كردستان العراق – نشر إحسان، الطبعة الأولي 1435هـ/2014م)، ص177

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ومع تقرير الفقهاء أن الطلاق حق للرجل، واتفاقهم على أنه لا يكون إلا عند الحاجة إليه، قد اختلفوا في الأصل في الطلاق، أهو الحظر، أم الإباحة ولقد قال المحققون من الفقهاء أن الأصل في الطلاق المنع حتي توجد حاجة إليه، لقوله تعالي: ﴿فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً﴾[63] ولا شك أن الطلاق مع عدم الحاجة إليه بغي عليها، واتخاذه سبيلاً للفراق الظالم حمق، وقد روي على أن النبي صلي الله عليه وسلم قال: "ما أحلَّ الله شيئاً أبغَضَ إليه مِنَ الطلاقِ"[64]هذا وإن الزواج نعمة، والطلاق قطع له، وقطع النعمة لا يجوز إلا إذا زالت صفتها، ويحتج الذين يرون أن الأصل في الطلاق الإباحة بقوله تعالي: ﴿لاَّ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاء مَا لَمْ تَمَسُّوهُنُّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾[65] ونفي الجناح معنها نفي الإثم وذلك يقتضي الإباحة، وبأن أصحاب النبي صلي الله عليه وسلم كانوا يطلقون

---

63 سورة النساء، الآية 34

64 أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السِّجِسْتاني، سنن أبي داود، تحقيق شعَيب الأرنؤوط وآخرون، ج/7، (القاهرة – مصر – دار الرسالة العالمية، الطبعة: الأولى، 1430 هـ – 2009 م)، كتاب الطلاق، باب كراهية الطلاق، حديث رقم (2177)، ج/2، ص254

65 سورة البقرة، الآية: 236

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ولا يسألون عن وجه الحاجة.[66] وتجدر بنا الإشارة هنا إلى أن الفقهاء ذكروا في بيان وصفه الشرعي أنه يختلف بحسب الداعية إليه وتعتريه الأحكام الخمسة، فعندهم قد يكون الطلاق واجباً، وقد يكون محرماً، وقد يكون مكروهاً، وقد يكون مندوباً، وقد يكون مباحاً.[67] فكما أن هذه الأحكام تعرض على النكاح، تعرض على الطلاق إلا أن الأصل في النكاح الندب، وفي الطلاق خلاف الأولي أو الكراهة.[68]

أ- **الطلاق الواجب**: فهو طلاق الحكمين في الشقاق بين الزوجين، إذا رأيا أن الطلاق هو الوسيلة لقطع الشقاق، وكذلك طلاق المولي بعد التربص، مدة

---

66 محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، (دار الفكر العربي – القاهرة، 1377هـ / 1957م)، ص284، وأنظر بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، (القاهرة – مصر – دار التأليف، الطبعة: الثانية، 1381هـ/ 1961م)، ص216-217

67 سعيد محمد الجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، ج/2، (الخمس – ليبيا، مطابع عصر الجماهير، الطبعة الثانية، 1988م)، ج/1، ص51

68 أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك حاشية علي الشرح الصغير للشيخ أحمد الدردير، ج/4، (بيروت – لبنان – دار المدار الإسلامي، الطبعة الثانية: 2002م)، ج/2، ص405

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

أربعة أشهر، لقول الله تعالي: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَآؤُوا فَإِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُواْ الطَّلاَقَ فَإِنَّ اللّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[69]

ب- **الطلاق المحرم**: وهو إذا طلقها وهي حائض أو في طهر جامعها فيه وقد أجمع العلماء على تحريمه.[70] والطلاق من غير حاجة إليه، وإنما كان حراماً لأنه ضرر بنفس الزوج، وضرر بزوجته، وإعدام للمصلحة الحاصلة لهما من غير حاجة إليه، فكان حراماً، مثل إتلاف المال.[71] ولقول الرسول ﷺ (لا ضَرَرَ ولا ضِرَار)[72]

ج- **الطلاق المكروه**: إذا لم تكن هناك حاجة ماسة إليه، وحال دون استقامة الزوجين، وعدم القدرة على الصبر وتحمل الأذى من الزوجة.[73]

---

69 سورة البقرة، الآية: 226- 227

70 أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني لابن قدامة، ج/10، (مكتبة القاهرة – بدون، 1388هـ - 1968م)، ج/8، ص10

71 السيد سابق، فقه السنة، (القاهرة – مصر – دار الفتح للإعلام العربي، الطبعة: الحادية عشر، 1414هـ/1994م)، ج/2، ص279

72 مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، موطأ الإمام مالك، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، (بيروت – لبنان - دار إحياء التراث العربي، ب/ط، 1406 هـ / 1985 م)، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، حديث رقم: (31)، ج/2، ص745

73 محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، ج/5، (بريدة – السعودية - بيت الأفكار الدولية، الطبعة: الأولى، 1430 هـ - 2009 م)، ج/4، ص178

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

د- **الطلاق المندوب**: إذا كانت المرأة بذيّة اللسان يخاف منها الوقوع في الحرام لو استمرت عنده، ويستحب الطلاق أيضاً عند تفريط الزوجة في حقوق الله الواجبة، مثل الصلاة ونحوها، ولا يمكنه إجبارها على تلك الحقوق، ويستحب الطلاق أيضاً في حال مخالفة المرأة من شقاق وغيره ليزيل الضرر، أو إذا كانت غير عفيفة، فلا ينبغي له إمساكها، لأن فيه نقصاً لدينه، ولا يأمن إفسادها فراشه، وإلحاقها به ولداً من غيره.[74]

هـ- **الطلاق المباح**: فإنما يكون عند الحاجة إليه، لسوء خلق المرأة، وسوء عشرتها، وإذا كان بالزوجة عيب يمنع من الاستمتاع بها ورغب الزوج في عدم الارتباط بها، ولم تطب نفسه بتحمل مئونتها من غير حصول أغراض الارتباط الزوجي.[75] وفي كل هذه الأحوال إذا وقع الطلاق من الزوج، وكان أهلاً لإيقاعه

---

[74] وهبة بن مصطفي الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج/9، ص6879

[75] علي أحمد عبد العال الطهطاوي، تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار، (بيروت – لبنان – دار الكتب العلمية، الطبعة الأولي: 1424هـ/ 2003م)، ص87، وانظر السيد سابق، فقه السنة، ج/2، ص280

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

على الزوجة التي هي محل لوقوعه، وقع طلاقه وكان آثماً في حالتي التحريم والكراهة.[76]

هـ –أنواع الطلاق

ينقسم الطلاق إلى سني، وبدعي، وبائن، ورجعي، فطلاق السنة: هو الواقع على الوجه الذي نذب إليه الشرع، وهو أن يطلق الزوج المدخول بها طلقة واحدة، في طهر لم يمسسها فيه[77]

وذلك لقول الله تعالي: ﴿**الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾[78]

أي أن الطلاق المشروع يكون مرة يعقبها رجعة، ثم مرة ثانية يعقبها رجعة كذلك، ثم بعد ذلك له الخيار، بين أن يمسكها بمعروف، أو يفارقها بإحسان.[79]

يقول الله تعالي: ﴿**يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ**﴾[80] ومعني هذه

---

[76] سعيد محمد الجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارها، ج/2، (الخمس – ليبيا، مطابع عصر الجماهير، الطبعة الثانية، 1988م)، ج/1، ص51

[77] السيد سابق، فقه السنة، مرجع سابق، ج/2، ص295

[78] سورة البقرة، الآية: 229

[79] السيد سابق، فقه السنة، مرجع سابق، ج/2، ص295

[80] سورة الطلاق، الآية: 1

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الآية أنه إذا أردتم تطليق النساء، فطلقوهن مستقبلات العدة، وإنما تستقبل المطلقة العدة إذا طلقها بعد أن تطهر من الحيض، أو النفاس، وقبل أن يمسها.[81]

أما الطلاق البدعي، فهو الطلاق المخالف للمشروع، كأن يطلقها ثلاثاً بكلمة واحده، أو يطلقها ثلاثاً متفرقات في مجلس واحد، كأن يقول: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، أو يطلقها في حيض أو نفاس، أو في طهر جامعها فيه.[82] وقد استنبط الفقهاء ضابطاً يحكم البدعي والسني من الطلاق فقالوا: إن الطلاق الذي يطيل العدة على المرأة، أو يوقع اشتباهاً في العدة، أو يقع في زمن فتور الرغبة في المرأة، يكون بدعياً.[83] وأجمع العلماء على أن الطلاق البدعي حرام، وأن فاعله آثم.[84]

---

81 السيد سابق، فقه السنة، مرجع سابق، ج/2، ص295

82 السيد سابق، فقه السنة، مرجع سابق، ج/2، ص296

83 عبد السلام محمد الشريف العالم، الزواج والطلاق في القانون الليبي وأسانيده الشرعية، (بنغازي – ليبيا – منشورات جامعة قاريونس، الطبعة: الثالثة، 1998م)، ص219

84 السيد سابق، فقه السنة، مرجع سابق، ج/2، ص296

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

والطلاق الرجعي هو الذي يملك فيه الزوج رجعتها من غير اختيارها، وأن من شرطه أن يكون في مدخول بها. [85] وإنما اتفقوا على هذا لقوله تعالى: ﴿**يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة**﴾[86]

وأما الطلاق البائن: فإنهم اتفقوا على أن البينونة إنما توجد للطلاق من قبل عدم الدخول، ومن قبل عدد التطليقات، ومن قبل العوض في الخلع، واتفقوا على أن العدد الذي يوجب البينونة الكبرى في طلاق الحر ثلاثة تطليقات إذا وقعت مفترقات.[87] لقوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان﴾[88] وبناءً على هذا فإن الطلاق البائن نوعان: طلاق بائن بينونة صغري وهو الطلاق دون الثلاث طلاقات الذي يرفع قيد الزوجية في الحال ولا رجعه فيه للزوج على زوجته إلا برضاها وبعقد جديد ومهر جديد. والطلاق البائن بينونة كبري وهو الطلاق المكمل لثلاث طلقات

---

[85] أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج/4، (القاهرة – مصر – دار الحديث، ب/ط، 1425هـ - 2004 م)، باب في معرفة الطلاق البائن والرجعي، ج/3، ص83

[86] سورة الطلاق، الآية: 1

[87] أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج/3، ص83

[88] سورة البقرة، الآية: 229

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وسمي بالبائن بينونة كبري لأنه تحرم عليه المرأة حرمة مؤقتة، لا تنتهي إلا إذا تزوجت برجل آخر زواجاً شرعياً صحيحاً ودخل بها دخولاً حقيقياً ثم مات عنها أو طلاقها.[89]

[89] جمعة محمد بشير، الأحوال الشخصية الزواج والطلاق وآثارها في القانون والشريعة الإسلامية، (الزاوية – ليبيا – منشورات المكتبة الجامعية، ب/ط، 2009م)، ص324 - 327

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المبحث الثاني: نظرية التعسف

ومن خلال دراستنا لموضوع يشتمل على حيز كبير من الأهمية الشرعية والقانونية للحفاظ على الأسرة والمجتمع وهو الطلاق والتعسف فيه فكان الجدير بنا التعرض إلى نظرية الإساءة والتعسف في استعمال الحق لدراسة هذا الموضوع من أجل بيان الأسس والمبادئ التي تنادي بها الشريعة الإسلامية وتحليل النصوص القانونية للوصول إلى النتائج المطلوب إثباتها في هذه الدراسة.

سنتكلم في هذا المبحث عن مفهوم التعسف، ثم بعد ذلك سنتحدث عن الأدلة الواردة عن عدم مشروعية التعسف، نذكر بعدها معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي وفي القانون الليبي، مع الاستئناس ببعض القوانين العربية.

أ –ماهية التعسف

سنتناول في هذه الفقرة مفهوم التعسف في اللغةً ثم بعد نتكلم عن ماهية التعسف في استعمال الحق في الاصطلاح حيث سنذكر مفهوم التعسف في

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

استعمال الحق عند فقهاء الشريعة الإسلامية ومفهوم التعسف في استعمال الحق عند فقهاء القانون.

1- التعسف لغةً

التعسف مأخوذ من الفعل عسف: جاء في لسان العرب أن العَسْفُ: هو السَّير بِغَيْرِ هِدَايَةٍ والأَخْذُ عَلَى غَيْرِ الطَّرِيقِ، وَكَذَلِكَ التَّعَسُّفُ والاعْتِسافُ، والتَّعْسِيفُ: السَّيْرُ عَلَى غَيْرِ عَلَم وَلَا أَثَرٍ.[90] وَمِنْه قيل: رجل عَسُوف إِذا لم يَقْصِد قَصْد الحقّ.[91] وقيل العسف شيء ليس يدل على خير إنما هو كالحيرة وقلة البصيرة.[92] ثمَّ كثر استعماله حَتَّى قيل: عَسَفَ فلانٌ فلَانا، إِذا ظلمه وعسَفَ السلطانُ واعتسفَ من

---

90 محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الإفريقي، لسان العرب، ج/15، الطبعة الثالثة، (دار صادر – بيروت، 1414هـ/1993م)، ج/9، ص245

91 محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي أبو منصور، تهذيب اللغة، تحقيق محمد عوض مرعب، ج/8، (بيروت – لبنان – دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الأولى، 2001م)، ج/2، باب العين والسين والفاء، ص64

92 أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، ج/6، (دمشق- سوريا – دار الفكر، ب/ط، 1399هـ - 1979م.)، ج/4، ص311

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ذَلِك.[93] ما يلقاه أصحاب الضياع والمزارع من عسف السلطان وإيجابه عليهم بالمطالبات.[94]

2- التعسف في استعمال الحق اصطلاحا

أ- مفهوم التعسف في استعمال الحق عند فقهاء الشريعة

لم يرد علي لسان الأصوليين والفقهاء كلمة (إساءة) أو (تعسف) في استعمال الحق، وإنما هو تعبير وفد إلينا من فقهاء القانون المحدثين في الغرب.[95] كما يمكن القول إن الفقهاء القدامى لم يضعوا تعريفاً للتعسف، كما لم يعرفوه بهذا المصطلح، حيث أنهم لم يبحثوا موضوع التعسف كنظرية مستقلة ووحدة متكاملة، وإنما تعرضوا للتعسف ضمن حديثهم عن جزئياته أثناء تناولهم للموضوعات المختلفة ذات الصلة بالتعسف في ثنايا كتبهم، كما في منع الاحتكار، ومنع عمر

---

93 أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي، جمهرة اللغة، تحقيق رمزي منير بعلبكي، ج/3، (بيروت – لبنان – دار العلم للملايين، الطبعة: الأولى، 1987م)، ج/2، ص840

94 محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الإفريقي، لسان العرب، مرجع سابق، ج/10، ص441

95 فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، (بيروت – لبنان – مؤسسة الرسالة، الطبعة الرابعة: 1408هـ1988م)، ص46

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

رضي الله عنه التزوج من الكتابيات، وتزويج الفتاة من الكفء بغير إذن الولي إن عضلها.[96] كما أنهم قد عبر عن معني التعسف في كتاباتهم بعبارات أخري غير التعسف، فمن ذلك عبارة (المضارة في الحقوق) كما في كتاب الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية، في صدد بحثه في قضية سمرة بن جندب، وتعسفه في استعمال حق الاستطراق في بستان الأنصاري؛ ليصل إلي نخلته التي قضي رسول الله صلي الله عليه وسلم بقلعها؛ دفعاً لمضارته صاحب البستان، وهذه القضية وما ورد فيها من حكم، تعتبر أصلاً من أصول التعسف.[97] وكذلك عبارة: (الاستعمال المذموم) فقد جاء في كتاب الموافقات للشاطبي أن المصنف يكيف التعسف في استعمال الحق من باب

---

96 جميل فخري جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، (عملن – الأردن – دار الحامد، ب/ط، 2008)، ص40

97 محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، (مكتبة دار البيان، ب/ط، ب/ت)، ص222، وأنظر كتاب فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، (بيروت – لبنان – مؤسسة الرسالة، الطبعة الرابعة: 1408هـ1988م)، ص46

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

"التعدي بطريق التسبب".[98] ومن ذلك أيضاً عبارة (التعنت في استعمال الحق) كما في كتاب بدائع الصنائع للكاساني الحنفي.[99]

أما الفقهاء المعاصرون فقد وضعوا عدة تعريفات للتعسف في استعمال الحق، فقد عرفه البعض بأنه: مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل.[100]

وعرفه أخر على أنه: إساءة استعمال الحق بحيث يؤدي إلى ضرر بالغير.[101]

---

98 إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، الموافقات، تحقيق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ج/7، (عمان –الأردن – دار ابن عفان، الطبعة الأولى: 1417هـ/ 1997م)، ج/3، ص56

99 أحمد موافى، الضرر في الفقه الإسلامي، (الخبر – السعودية – دار ابن عفان، الطبعة: الأولي، 1418 هـ/ 1997م)، ج/1، ص649-650

100 فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، (بيروت – لبنان – مؤسسة الرسالة، الطبعة الرابعة: 1408هـ1988م)، ص87

101 وهبة بن مصطفي الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج/9، ص7064

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وعرف أيضاً بأنه: استعمال الحق بشكل يؤدي إلى الإضرار بالغير، إما لتجاوز حق الاستعمال المباح عادة، أو لترتيب ضرر بالغير أكبر من منفعة صاحب الحق.[102]

وبناءً على هذه التعريفات فإن مصطلح التعسف في استعمال الحق في اصطلاح الفقهاء: يدور حول هو أن يمارس الشخص فعلاً مشروعاً في الأصل، بمقتضي حق شرعي ثبت له بعوض أو من غير عوض أو بمقتضي إباحة مأذون فيها شرعاً، على وجه يلحق بغيره الأضرار، أو يخالف حكمة المشروعية.[103]

ب- مفهوم التعسف في استعمال الحق عند فقهاء القانون.

لقد أهتم فقهاء القانون بمفهوم التعسف في استعمال الحق، ووضع له قيود، فقد نص على ذلك فقهاء القانون الفرنسي حين قيد مفهوم التعسف بقيدين،

---

102 جميل فخري جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص42

103 فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص47

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

فيعتبر عندهم متعسفاً في استعمال الحق كل من يلحق ضرراً بالغير متجاوزا في استعمال حقه حسن النية أو الهدف الذي من أجله أعطي هذا الحق.[104]

ففقهاء القانون يرون: استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير، أو عندما لا تكن له مصلحة في استعمال حقه، تعسفاً.[105]كما أن المشرع الليبي عند تطرقه إلى التعسف في استعمال الحق لم يعرفه ولكن وضع له معايير سنذكرها عند الكلام عن معايير التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الليبي.

ب –الأدلة على حظر التعسف

1– الأدلة على منع التعسف في الشريعة الإسلامية

هناك عدة أدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية، وأقضية الصحابة، تؤكد أن الشريعة الإسلامية تمنع التعسف في استعمال الحق؛ قطعاً للضرر؛ ودرءاً للمفسدة، سنقوم بذكر بعض منها.

---

104 الكوني علي عبودا، أساسيات القانون الوضعي الليبي، (طرابلس – ليبيا – المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، الطبعة الأولي، 1997م)، ص259

105 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام، (بيروت – لبنان – دار إحياء التراث العربي، 1952م)، ج/1، ص836

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

1-الأدلة من القرآن الكريم

قال الله تعالي: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لاَ تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا لاَ تُضَآرَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ﴾[106] تدل الآية الكريمة، على أن الرضاع حق للأم، وهي أحق من غيرها وأولي في رضاع ولدها؛ لرفقها وحنوها عليه، إذا رضيت بأن ترضع بمثل ما ترضع به غيرها، لم يكن للأب أن يضارها فيدفعه إلى غيرها.[107] والآية صريحة في نهي الأب عن مضارة الأم أيضاً، بإساءة استعمال حقه في ولايته علي ابنه؛ فلا يجوز للأب انتزاع ولدها منها إذا رضيت بإرضاعه مجاناً، أو بما رضي به غيرها، كما لا يجوز له انتزاعه منها إذا لم ترضعه؛ بل يأتي بالظئر فترضعه عندها، كما نهي الأم عن التعسف في استعمال حق رضاع ابنها

---

106 سورة البقرة، الآية 233

107 أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، أحكام القرآن، تحقيق محمد صادق القمحاوي، ج/3، (بيروت لبنان – دار إحياء التراث العربي، تاريخ الطبع: 1405 ه)، ج/1، ص488

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

أضرارا بأبيه فليس للأم إذا كانت مطلقة وانتهت عدتها أن تطلب أجراً علي الرضاع إذا كان غيرها يرضعه مجاناً، أو بأقل مما تطلب منعاً للضرر عن الأب.[108]

والخلاصة: أن الآية الكريمة تفيد وجوب حماية كل من الأب والأم من أن يضر كل منهما بالآخر بسبب الولد، باستعمال ما منح من حق وسيلة إلي هذا الإضرار، كما توجب حماية الولد أيضاً من الإضرار به، وبذلك تعتبر هذه الآية أصلاً من أصول نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي.[109]

وقال سبحانه وتعالي: ﴿**وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُواْ وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلاَ تَتَّخِذُوَاْ آيَاتِ اللّهِ هُزُوًا وَاذْكُرُواْ نِعْمَتَ اللّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنزَلَ عَلَيْكُمْ مِّنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُم بِهِ وَاتَّقُواْ اللّهَ وَاعْلَمُواْ أَنَّ اللّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ**﴾[110] يمكن أن يفهم من هذه الآية إلي أن حق الرجعة وضعه الشارع في يد الزوج؛ ليتمكن به من استئناف الحياة الزوجية مع زوجته المطلقة رجعياً؛ ليتفادى بذلك ما عسي أن

---

108 فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص93

109 فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص96

110 سورة البقرة، الآية 231

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

يكون قد وقع فيه من تسرع في تطليقها، فيصلح بذلك خطأه، ويستأنف حياة جديدة، فإذا اتخذ هذا الحق ذريعة للإضرار بالزوجة، بأن لم يكن له من قصد بالمراجعة سوي مضارة زوجته؛ فقد استعمل هذا الحق في غير ما شرع له، وعرض نفسه للإثم والعذاب الأخروي، بما اقترف من ظلم.[111]

وقال تعالي: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَآرٍّ وَصِيَّةً مِّنَ اللهِ وَاللهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ﴾[112] هذه الآية الكريمة تدل على أن الوصية في ذاتها مشروعة؛ ولكنها ليست مطلقة، أو خاضعة لتقدير الموصي، يتصرف فيها كيف يشاء، ولا مسؤولية عليه في استعمال هذا الحق، حتى ولو كان هذا الاستعمال متمحضاً للإضرار بالورثة؛ إذ الآية صريحة في النهي عن المضارة في الوصية، وعلى هذا فالوصية في الفقه الإسلامي مقيدة بعدم الإضرار بالورثة.[113]

---

111 فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص105

112 سورة النساء، الآية: 12

113 وهبة بن مصطفي الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج/1، ص38-39

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

2–أدلة من السنة النبوية

قول النبي صلي الله عليه وسلم (لا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ)[114] وجاء في بعض روايات هذا الحديث قوله صلي الله عليه وسلم (لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ، مَنْ ضَارَّ ضَارَّهُ اللَّهُ، وَمَنْ شَاقَّ شَاقَّ اللَّهُ عَلَيْهِ)[115] ومعني الضرر في هذا الحديث هو إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً؛ أي لا يضر الرجل أخاه، فينقصه شيئاً من حقه، والضرار أي لا يجازيه على إضراره بإدخال الضرر عليه.[116] وهذا الحديث يعتبر من أهم القواعد وأجلها شأناً في الفقه الإسلامي وتشهد لها نصوص كثيرة في الكتاب والسنة، وهي أساس لمنع الضار، وترتيب نتائجه في التعويض المالي والعقوبة، كما أنها سند لمبدأ الاستصلاح في جلب المصالح ودرء المفاسد، وهي عدة الفقهاء وعمدتهم

---

114 مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، موطأ الإمام مالك، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، (بيروت – لبنان – دار إحياء التراث العربي، ب/ط، 1406 هـ / 1985 م)، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، حديث رقم: (31)، ج/2، ص745

115 أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله النيسابوري المعروف بابن البيع، المستدرك على الصحيحين، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، ج/4، (بيروت – لبنان – دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1411هـ - 1990م)، حديث (2345)، ج/2، ص66

116 علي أحمد الندوي، القواعد الفقهية مفهومها نشأتها تطورها دراسة مؤلفاتها أدلتها مهمتها تطبيقاتها، (دمشق – سوريا – دار القلم، الطبعة الثالثة، 1414هـ/1994م)، ص287 - 288

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وميزانهم في طريق تقرير الأحكام الشرعية للحوادث.[117] من حيث أنها تمنع الضرر بجميع أنواعه ولو كان هذا الضرر ناتج عن استعمال الحق.

والدليل الثاني من السنة عن معني التعسف ما روي في حديث الاستطراق عن سَمُرَة بن جندب: أنه قال: كانت له عَضُدٌ من نَخْلٍ في حائطِ رَجُلٍ من الأنصار، قال: ومع الرجل أهله، قال: فكان سَمُرَةُ يَدخُلُ إلى نخله فيتأذَّى به، ويشُقُّ عليه، فطلَبَ إليه أن يَبيعَه، فأبى، فطلب إليه أن يُناقلَه، فأبى، فأتى النبي صلَّى الله عليه وسلم فذكر ذلك له، فطلبَ إليه النبيُّ صلَّى الله عليه وسلم أن يبيعَه، فأبى، فطلب إليه أن يُناقِلَه، فأبى، قال: "فهَبْهُ له ولك كذا وكذا" أمراً رغَّبَه فيه، فأبى، فقال: "أنت مُضارٌّ" فقال رسولُ الله صلَّى الله عليه وسلم للأنصاري: "اذهب فاقْلَعْ نخلهُ ".[118] ففي هذه الحادثة ما يدل على أن النبي صلّى الله عليه وسلم لم يحترم الملكية

---

117 مصطفي أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، (دمشق – سوريا – دار القلم، الطبعة: الأولي، 1418هـ/1998م)، ج/1، ص990

118 أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السِّجِسْتاني، سنن أبي داود، تحقيق شعَيب الأرنؤوط وآخرون، ج/7، (القاهرة – مصر – دار الرسالة العالمية، الطبعة: الأولى، 1430 هـ – 2009 م)، كتاب الأقضية، أبواب من القضاء، حديث رقم:(3636)، ج/5، ص478

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المعتدية.[119] وفيه دلالة علي وجوب دفع الضرر الراجح اللازم من استعمال حق الملكية باستئصال سببه، غير أنه يصار أولاً إلي التوفيق بين المصلحتين من أمكن التوفيق، وذلك واضح من تقديم الرسول صلي الله عليه وسلم الحلول المختلفة علي أن هذا القضاء من الرسول صلي الله عليه وسلم قد اقتضته السياسة الشرعية، وهو وجوب دفع الضرر بأي وجه كان؛ فقد انطوي علي جزاء لتعسف سمرة وأصراره علي الاستمرار في إيقاع الأذى بالأنصاري.[120]

3–أدلة من أقضية الصحابة

ما روي عن عمرو بن يحي المازني، عن أبيه أن الضحاك بن خليفة ساق خليجا[121] له من العريض[122] فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة، فأبى محمد، فقال له الضحاك: لم تمنعني، وهو لك منفعة تشرب به أولا وآخرا، ولا يضرك، فأبى محمد، فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب فدعا عمر بن الخطاب

---

119 وهبة بن مصطفي الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج/7، ص4995

120 فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص150

121 الخليج – النهر الصغير.

122 العريض – واد بالمدينة.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

محمد بن مسلمة فأمره أن يخلي سبيله، فقال محمد: لا، فقال عمر: " لم تمنع أخاك ما ينفعه، وهو لك نافع، تسقي به أولا وآخرا، وهو لا يضرك، فقال محمد: لا والله، فقال عمر: والله ليمرن به، ولو على بطنك، فأمره عمر أن يمر به، ففعل الضحاك"[123]

فقضاء عمر هذا دليل علي ثبوت حقوق الارتفاق لأصحاب الأراضي الزراعية المتجاورة بعضهم قبل بعض: من حق إمرار الماء في أرض الغير، أو استطراقها، فإذا امتنع صاحب الأرض التي يراد الارتفاق بملكه وتضرر الجار، فإنه يعتبر متعسفاً في استعمال حقه، ويجبر على التمكين مالم يلحقه ضرر بين؛ عملاً بهذا القضاء الثابت عن سيدنا عمر رضي الله عنه.[124]

والدليل الثاني إساءة استعمال الحق ما روي عن عمر بْن الخطاب أنه بعث إلى حذيفة بعد ما ولاه المدائن وكثر المسلمات: إنه بلغني أنك تزوجت امرأة من أهل

---

123 مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، موطأ الإمام مالك، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، (بيروت – لبنان – دار إحياء التراث العربي، ب/ط، 1406 هـ / 1985 م)، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، حديث رقم: (33) ج/2، ص746

124 أحمد موافى، الضرر في الفقه الإسلامي، (الخبر – السعودية – دار ابن عفان، الطبعة: الأولي، 1418 هـ/ 1997م)، ج/1، ص658

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المدائن من أهل الكتاب فطلقها فكتب إليه: لا أفعل حتى تخبرني: أحلال أم حرام، وما أردت بذلك! فكتب إليه: لا بل حلال، ولكن في نساء الأعاجم خلابة، فإن أقبلتم عليهن غلبنكم على نسائكم فقال: الآن، فطلقها.[125]

فإباحة التزوج بالكتابية حكم شرعه الله في كتابه الكريم بقوله تعالي: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُواْ الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ وَلاَ مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ﴾[126] ولكنا نري عمر بن الخطاب رضي الله عنه ينهي عن ذلك في بعض الظروف؛ دفعاً لمفسدة عظمي تترتب علي هذا المباح، فيمنعه حماية للصالح العام، فهذا الحكم من عمر يفيد أن المباح يمنع خشية أن يترتب عليه ضرر عام، وهذا الضرر لا يخفي، أم في تتابع رجال المسلمين في الزواج من الكتابيات رغبة في جمالهن، فتترك المسلمات بلا أزواج فيقعن فيما حرم الله، وهذه مفسدة عظمي لم يشرع نكاح الكتابيات من أجلها، أو بعبارة أخري، إن

---

125 محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري، تاريخ الطبري، تاريخ الرسل والملوك، وصلة تاريخ الطبري لعريب بن سعد القرطبي، ج/11، (بيروت – لبنان – دار التراث، الطبعة: الثانية – 1387 هـ)، سنة أربع عشره، باب ذكر أحوال أهل السواد، ج/3، ص588

126 سورة المائدة، الآية: 5

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

هذا الحكم الذي قضي به عمر رضي الله عنه، هو الفقه العميق لمقصد الشارع من تشريع الحق، وذلك، بإدارة الإذن والمنع في الفعل علي ضوء من مآله إلي موافقة قصد الشارع أو مناقضته إياه وهذا الأخير هو التعسف بعينه.[127]

فهذه هي بعض الأدلة اختصاراً من القرآن الكريم، والسنة النبوية، وأقضية الصحابة تدل على أن الشريعة الإسلامية تمنع التعسف في استعمال الحق قطعاً للضرر؛ ودرءاً للمفسدة.

2- الأدلة على منع التعسف في القانون الليبي

إن المتتبع للنصوص القانونية سواء كان ذلك في القانون الليبي، أو القوانين العربية عموماً، يجد أن نظرية التعسف في استعمال الحق تحتل مكاناً بارزاً؛ وذلك لأن النصوص المنظمة لها وردت في الباب التمهيدي أي ضمن الأحكام العامة.[128]

---

127 فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص167 - 168

128 الكوني علي عبودا، أساسيات القانون الوضعي الليبي، مرجع سابق، ج/2، ص268

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

فلقد بدأ المشرع الليبي بتأكيد المبدأ العام في المادة الرابعة من التقنين المدني بقوله أن" من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر".[129] ويتضح لنا من ذلك أن استعمال الحق استعمالاً مشروعاً لا يوقع بصاحبه أية مسئولية، ولكن متي يعتبر استعمال الحق مشروعاً ومتي لا يعتبر كذلك؟

لقد أجابت المادة الخامسة من القانون المدني الليبي عن ذلك عندما نصت على الحالات التي يكون فيها استعمال الحق غير مشروع: (يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية: أ- إذا لم يقصد به سوي الإضرار بالغير. ب- إذا كان المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. ج- إذا كان المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة).[130] ومما سبق يتضح أن المشرع الليبي جعل الأصل أن استعمال الحق

---

129 المادة (4) من القانون المدني الليبي، نشر في الجريدة الرسمية، 20 فبراير، 1954م.

130 المادة (5) من القانون المدني الليبي، نشر في الجريدة الرسمية، 20 فبراير، 1954م.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

مشروع، واستثناء من ذلك الحالات سالفة الذكر والتي فحوها يدل على حظر التعسف في القانون الليبي.

ج –جزاء التعسف في استعمال الحق

إن جزاء التعسف في استعمال الحق قد يكون وقائي وذلك إذا ظهر التعسف في استعمال الحق بصفة واضحة قبل تمامه، فيمكن منع صاحب الحق من الاستعمال التعسفي لحقه، أما في حالة حدوث التعسف فعلاً فإنه يحكم على المتعسف بالتعويض لصالح المضرور كما قد يلزم بإزالة الضرر ذاته كلما كان ذلك ممكنا.[131] وبناءً على ما تقدم فإن جزاء التعسف في استعمال الحق إما أن يكون التعويض النقدي لجبر الضرر وإما التعويض العيني بإزالة مصدر الضرر وإما بالجمع بين الطريقتين لمحو آثار الاستعمال غير المشروع على صعيد الماضي والمستقبل.[132] وهذا يفتح الباب أمامنا للحديث عن نظرية التعويض والتي سنتكلم عنها في

---

131 محمدي فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق، (الجزائر – ب/ط، ب/ت)، ص155

132 الكوني علي عبودا، أساسيات القانون الوضعي الليبي، مرجع سابق، ج/2، ص278

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المبحث التالي: عن نظرية الضمان في الفقه الإسلامي ونظرية التعويض في القانون الوضعي.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المبحث الثالث: نظرية التعويض (الضمان)

أ- ماهية التعويض

1. التعويض لغةً:

العوض: مصدر عاض يعوض عوضا، والاسم: العوض، وعوضته فاستعاضني إذا سألك من العوض.[133] وتقول: عوضته من هبته خيرا، وعاوضت فلانا بعوض في المبيع والأخذ والإعطاء، والعوض البدل تقول: عضت فلانا وأعضته وعوضته إذا أعطيته بدل ما ذهب منه.[134] والمستعمل التعويض، إذا جاء طالبا للعوض والصلة.[135]

2. التعويض اصطلاحاً

أ- مفهوم التعويض في الفقه الإسلامي

---

133 أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين، مجمل اللغة لابن فارس، تحقيق: زهير عبد المحسن سلطان، ج/2، (بيروت – لبنان – مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية – 1406 هـ/ 1986 م)، ج/1، ص637

134 محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الإفريقي، لسان العرب، ج/15، الطبعة الثالثة، (دار صادر – بيروت، 1414هـ/1993م)، ج/7، ص192

135 أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين، مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، ج/6، (دار الفكر، 1399هـ - 1979م)، مادة عوض، ج/4، ص188

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

إن رجال الفقه الإسلامي قد كان لهم في هذا البيان أسلوب آخر يختلف عن هذا الأسلوب في التعبير ولا يختلف عنه في الجوهر والمعني، فالفقهاء يستعملون اسم الضمان في الدلالة على المال المطلوب أداؤه تعويضاً.[136]

لدي كان علينا أن نعرف الضمان في اللغة وفي اصطلاح الفقهاء حتى يتضح لنا ما المقصود من الضمان في الفقه الإسلامي وهل أريد به التعويض في الاصطلاح الحديث.

1- **الضمان لغةً:**

الضمان: هو الالتزام، وضَمِنَ الشيءَ، فهو ضامِنٌ وضَمِينٌ: كَفَلَهُ، وضَمَّنْتُهُ الشيء تَضْميناً، فَتَضَمَّنَهُ عَنِّي: غَرَّمْتُهُ فالتَزَمَهُ، ويقال ما جَعَلْتَهُ في وِعاءٍ فقد ضَمَّنْتَهُ إياهُ.[137]

---

136 على الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، (القاهرة – مصر – دار الفكر العربي، ب/ط، 2000م)، ص7 - 10

137 مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادى، القاموس المحيط، (بيروت – لبنان – مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثامنة، 1426 هـ - 2005 م)، ج/1، ص1212

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

والتضامن الْتِزَام الْقوي أَو الْغَنِيّ معاونة الضَّعِيف أَو الْفَقِير، وتضامنوا الْتزم كل مِنْهُم أَن يُؤَدِّي عَن الآخر مَا يقصر عَن أَدَائِهِ، والضَّمَان الْكفَالَة والالتزام.[138]

وضَمِنْتُ الْمَالَ وَبِهِ ضَمَانًا فَأَنَا ضَامِنٌ وَضَمِينٌ الْتَزَمْتُهُ وَيَتَعَدَّى بِالتَّضْعِيفِ فَيُقَالُ ضَمَّنْتُهُ الْمَالَ أَلْزَمْتُهُ إيَّاهُ.[139]

2- الضمان اصطلاحاً:

الضمان بمعناه الأعم في لسان الفقهاء هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل.[140]ولقد عرفت مجلة الأحكام العدلية الضمان على أنه: إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات وقيمته إن كان من القيميات.[141]

وعرفه بعض العلماء على أنه: التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير.[142]

---

138 إبراهيم مصطفي وآخرون، المعجم الوسيط، (إسطنبول – تركيا – دار الدعوة، الطبعة: الثانية، 1989م)، باب الضاد، ص544

139 أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج/2، (بيروت – لبنان – المكتبة العلمية، ب/ط، ب/ت)، مادة ض م ن، ج/2، ص364

140 على الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، (القاهرة – مصر – دار الفكر العربي، ب/ط، 2000م)، ص8

141 لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، المادة: (416) مرجع سابق، ص80

142 مصطفي أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الفقه الإسلامي في ثوبه جديد، ج/2، (دمشق – سوريا – دار القلم، الطبعة: الثانية، 1435هـ/2004م)، ج/2، ص1035

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ويمكننا تعريف الضمان بما يتلاءم مع عموم نظريته الشاملة للمسؤوليتين المدنية والجنائية بما يأتي: هو الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية.[143]

ب- مفهوم التعويض في القانون

التعويض: هو مبلغ من النقود أو آية ترضية من جنس الضرر تعادل ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب كانا نتيجة طبيعية للفعل الضار.[144]

يفهم من هذا التعريف أن التعويض يعتبر وسيلة لجبر الضرر، سواء كان هذا الجبر محواً أو تخفيفاً، وهو يدور مع الضرر وجوداً وعدماً، وينبغي أن يتكافأ مع الضرر دون أن يزيد عليه أو ينقص عنه، فلا يجوز أن يتجاوز مقدار الضرر كي لا يكون عقاباً أو مصدر ربح للمضرور.[145]

---

143 وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، (دمشق – سوريا – دار الفكر، الطبعة التاسعة: 1433هـ/2012م)، ص22

144 عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني، (بغداد – العراق – وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ب/ط، ب/ت)، ج/1، ص244

145 عبد المجيد الحكيم، الوجيز في نظرية الالتزام، مرجع سابق، ج/1، ص244

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ب- مشروعية التعويض

1- مشروعية التعويض في الفقه الإسلامي (الضمان)

بادي دي بدء يمكن القول إن الضمان: من أهم وأكبر الأسس التي ينبني عليها فقه المعاملات في الشريعة الإسلامية، وهو موضوع مهم، ويدخل في فروع كثيرة، فالفقهاء يطلقون الضمان على كفالة النفس وكفالة المال، وعلى ضمان المال والتزامه بعقد أو بغير عقد، وعلى غرامة المتلفات والتعييبات والتغيرات الطارئة، كما يطلق على وضع اليد على المال بغير حق، وعلى ما يجب بإلزام الشارع بسبب الاعتداءات كالديات والأرش.[146]

لدي قررت الشريعة الإسلامية مبدأ التضمين للحفاظ على حرمة أموال الآخرين وأنفسهم، وجبراً للضرر، وقمعاً للعدوان، وزجراً للمعتدين، وذلك في مناسبات كثيرة في القرآن الكريم والسنة النبوية. فمن الآيات القرآنية قوله سبحانه: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُواْ اللّهَ وَاعْلَمُواْ أَنَّ اللّهَ مَعَ

146 عطية عبد الله عطية رمضان، موسوعة القواعد الفقهية، (الإسكندرية – مصر – دار الإيمان، ب/ط، 2007م)، ص525

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الْمُتَّقِينَ﴾[147]وقوله تعالي: ﴿وَجَزَاء سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾[148] وقال سبحانه: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ﴾[149]

ومن السنة النبوية ما رواه أَنَسٍ رضي الله عنه قَالَ: «أَهْدَتْ بَعْضُ أَزْوَاجِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَيْهِ طَعَامًا فِي قَصْعَةٍ، فَضَرَبَتْ عَائِشَةُ الْقَصْعَةَ بِيَدِهَا فَأَلْقَتْ مَا فِيهَا، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : طَعَامٌ بِطَعَامٍ وَإِنَاءٌ بِإِنَاءٍ»[150] وما رواه حَرَامِ بْنِ مُحَيِّصَةُ «أَنَّ نَاقَةَ الْبَرَاءِ بْنِ عَازِبٍ دَخَلَتْ حَائِطًا فَأَفْسَدَتْ فِيهِ، فَقَضَى نَبِيُّ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّ عَلَى أَهْلِ الْحَوَائِطِ حِفْظُهَا بِالنَّهَارِ، وَأَنَّ مَا أَفْسَدَتْ الْمَوَاشِي بِاللَّيْلِ ضَامِنٌ عَلَى أَهْلِهَا»[151] وَعَنْ النُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ قَالَ: قَالَ رَسُولُ

---

147 سورة البقرة، الآية: 194

148 سورة الشورى، الآية: 40

149 سورة النحل، الآية:126

150 محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، ج/8، (القاهرة – مصر – دار الحديث، الطبعة: الأولى، 1413هـ - 1993م)، حديث رقم: (2435)، كتاب الغصب والضمانات، باب ما جاء في ضمان المتلف بجنسه، ج/5، ص385

151 محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، نيل الأوطار، حديث رقم (2439)، كتاب الغصب والضمانات، مرجع سابق، ج/5، ص378

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ أَوْقَفَ دَابَّةً فِي سَبِيلٍ مِنْ سُبُلِ الْمُسْلِمِينَ أَوْ فِي سُوقٍ مِنْ أَسْوَاقِهِمْ، فَأَوْطَأَتْ بِيَدٍ أَوْ رِجْلٍ فَهُوَ ضَامِنٌ»[152]

وروي عن الرَسُولُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «لَا يَأْخُذَنَّ أَحَدُكُمْ مَتَاعَ أَخِيهِ جَادًّا وَلَا لَاعِبًا، وَإِذَا أَخَذَ أَحَدُكُمْ عَصَا أَخِيهِ فَلْيَرُدَّهَا عَلَيْهِ»[153] ومما يدل على وجوب الضمان عموماً حديث نبوي آخر يعتبر قاعدة أساسية في هذا الشأن، وهو قول الرسول صلي الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار).[154] وهذه القاعدة الكبرى تدخل في جميع أبواب الدين، وتهيمن علي كثير من الفروع، وتضبط كثيراً من الأحكام، وهي صادرة عن رحمة الله بعباده، وعن عدله وحكمته ولطفه، وتعتبر

---

152 محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، نيل الأوطار، حديث رقم (2440) كتاب الغصب والضمانات، باب ما جاء في ضمان المتلف بجنسه، ج/5، 387

153 محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، نيل الأوطار، كتاب الغصب والضمانات، باب النهي عن جده وهزله، مرجع سابق، ج/5، ص378

154 مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، موطأ الإمام مالك، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، (بيروت – لبنان – دار إحياء التراث العربي، ب/ط، 1406 هـ / 1985 م)، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، حديث رقم: (31)، ج/2، ص745

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

تطبيقاً عملياً وترجمة فعلية لحقيقة ابتناء الشريعة علي مصالح العباد في المعاش والمعاد.[155]

وبناء على هذا الحديث وضع الفقهاء عدة قواعد في معناه، منها (الضرر يدفع بقدر الإمكان) و (الضرر يزال) فالقاعدة الأولي تعني وجوب دفع الضرر قبل وقوعه، والثانية تعني وجوب رفع الضرر الفاحش وترميم آثاره بعد الوقوع، وكل هذا يدل على مبدأ المسؤولية عن الضرر أمر مقرر أساسي في الإسلام.[156]وقد توسع الفقهاء في هذا الباب وطبقوا أحكامه على مسائل متنوعة كثيرة وبنوا مسائلها على أن كل عمل ضار أو غير مباح يعتبر مصدراً من مصادر الالتزام بالضمان وذلك بأن يقوم الضار بتعويض المضرور عن الضرر الذي لحق به.[157]

2-مشروعية التعويض في القانون الليبي

إذا نظرنا إلى أركان المسؤولية في القانون، لوجدنا القاعدة القانونية التي يبنا عليها التعويض عند رجال التشريع المدني هي "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم

---

155 عطية عبد الله عطية رمضان، موسوعة القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص47

156 وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص24

157 سيد آمين المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن، (ب/ط، ب/ت)، ص40

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

من ارتكبه بالتعويض" ولقد ذكر المشرع الليبي هذه القاعدة العامة بنفس اللفظ الذي أوردناه في نص المادة (166).[158] وبناءً على ذلك تكون موجبات التعويض في القانون ثلاثة شروط وهي: الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية بينهما.[159]

ج- شروط التعويض

1-شروط التعويض في الفقه الإسلامي

لا يجب ضمان الشيء إلا إذا توافر معني التضمين، والتضمين لا يتحقق إلا بوجود ثلاثة شروط: هما الاعتداء والضرر والعلاقة بين الضرر والتعدي، سنقوم بذكر كل منهم.

الشرط الأول: الاعتداء (التعدي)

ويراد به عند الفقهاء الظلم والعدوان ومجاوزة الحق، وضابطه الانحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد، أو أنه العمل الضار من دون حق أو جواز شرعي، فمعيار التعدي عند الشرعيين هو في الغالب مادي موضوعي لا ذاتي، فينظر إلى الاعتداء على أنه واقعة مادية محضة يترتب عليها المسؤولية، أي ضرورة تعويض المتضرر كلما حدثت.[160]

---

158 القانون المدني الليبي، نشر في الجريدة الرسمية، 20 فبراير، 1954م، المسؤولية عن الأعمال الشخصية، المادة (166)، قاعدة عامة، "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض"

159 سيد آمين المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن، مرجع سابق، ص96

160 وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص24 - 25

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الشرط الثاني: وهو الضرر

فهو إلحاق مفسدة بالآخرين، أو هو كل إيذاء يلحق الشخص، سواء أكان في ماله أم جسمه أم عرضه أم عاطفته، فهو يشمل الضرر المادي يتحقق في الأنفس والأموال (بالإتلاف)[161] ومثال ذلك أن يقتل شخص حيواناً للغير، أو يكسر فخاراً لهم أو يحرق ثوباً.[162] والضرر الأدبي كالإهانة التي تمس كرامة الإنسان أو تلحق به سمعة سيئة، سواء أكان ذلك بالقول كالقذف والشتم، وكل هذه الأضرار المادية والأدبية أو المعنوية تستوجب الضمان في العرف الحاضر، إلا أن جمهور فقهائنا اقتصروا في تعويض الأضرار علي النواحي المادية، دون المعنوية، فإنهم اكتفوا فيها بإيجاب عقوبة جنائية عليها، كحد القذف، ثمانين جلدة الثابت بالقرآن الكريم، أو التعزير.[163]

وفقهاء الشريعة الإسلامية يستندون في تبريرهم لعدم تعويض الضرر المعنوي، إلي أن التعويض بالمال يقوم علي الجبر بالتعويض، لرد الحال إلي ما كان عليه قبل وقوع الضرر، وفي هذا النوع من الضرر لا يتحقق ذلك، لأن دفع مبلغ نقدي عن الضرر الذي يتمثل في جرح الشعور أو الشرف لا يعيد المضرور إلي ما كان عليه قبل وقوع الضرر، ولا يرفع الضرر ولا يزيله وبالتالي فإن الغاية من التعويض المتمثلة

---

161 الإتلاف: هو إخراج الشيء من أن يكون محلاً للانتفاع المطلوب عادة.

162 سيد آمين المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن، مرجع سابق، ص93

163 التعزير: العقوبة الغير مقدرة المفوضة إلي رأي القاضي وذلك في كل معصية أو جناية لا حد فيها.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

في جبر الضرر تنتفي.[164] ولكن يمكن القول إذا كان الإضرار بهذا النوع من الضرر جريمة وإثماً وأمراً محظوراً، يتناوله قوله صلي الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار)، ومن مصلحة المجتمع وقاية الناس منه، كان الواجب فيه التعزير عليه بما يراه الحاكم وقاية وزجراً، وقواعد الفقه الإسلامي لا تأبي ذلك بل تأمر به إذا ما اقتضته المصلحة العامة.[165]

الشرط الثالث: العلاقة بين الضرر والتعدي

يشترط لوجوب الضمان أن يكون الضرر ناتجاً من التعدي ولابد من الارتباط بين الفعل الضار والضرر تماماً كارتباط النتيجة بالسبب.[166]

2-شروط التعويض في القانون الليبي

وإذا نظرنا إلى أركان المسؤولية في القانون، لوجدنا القاعدة عند رجال التشريع المدني هي "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض" ولقد ذكر المشرع الليبي هذه القاعدة العامة بنفس اللفظ الذي أوردناه في نص المادة

---

164 مقدم السعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، (الجزائر – المؤسسة الوطنية للكتاب، ب/ط، 1992م)، ص64

165 على الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص45

166 سيد آمين المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن، مرجع سابق، ص94

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

(166).[167] وبناءً على ذلك تكون موجبات التعويض في القانون ثلاثة شروط وهي: الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية بينهما.[168]

الشرط الأول: الخطأ

تضارب الآراء في تحديد معني الخطأ، فرأي شائع بين الفقهاء يقول إن الخطأ هو العمل الضار غير المشروع، ورأي آخر يعرف الخطأ بأنه هو الإخلال بالتزام سابق، ففكرة الخطأ نسبية، والذي يفهم من هذين التعريفين، أنه يجب على الشخص أن يصطنع في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير، فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب، وكان هذا الانحراف خطأً، استوجب التعويض.[169]

وبناءً على ما تقدم عن فكرة الخطأ يتضح أن الخطأ يتضمن ركنين: الركن الأول: مادي؛ وهو التعدي، والركن الثاني: معنوي؛ ويتمثل في الإدراك.

الركن الأول: الإخلال أو التعدي

يراد بالتعدي تجاوز الحدود التي يجب على الشخص الالتزام بها في سلوكه، فهو انحراف في السلوك سواء كان الانحراف متعمداً أو غير متعمد، والانحراف

---

167 القانون المدني الليبي، نشر في الجريدة الرسمية، 20 فبراير، 1954م، المسؤولية عن الأعمال الشخصية، المادة (166)، قاعدة عامة، "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض"

168 سيد آمين المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن، مرجع سابق، ص96

169 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام، (بيروت – لبنان – دار إحياء التراث العربي، 1952م)، ج/1، ص 777- 779

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المتعمد هو ما يقترن بقصد الإضرار بالغير، أما غير المتعمد فهو ما يصدر عن إهمال وتقصير.[170]

الركن الثاني: الإدراك

الإدراك هو الركن المعنوي في الخطأ فلا يكفي ركن التعدي ليقوم الخطأ، بل يجب لقيامه أن يكون من وقعت منه أعمال التعدي مدركاً لها، فلا مسؤولية دون تمييز، فالصبي غير المميز، والمجنون، والمعتوه، ومن فقد رشده لسبب عارض كالسكر والغيبوبة، والمنوم تنويماً مغنطيسياً والمصاب بمرض النوم، كل هؤلاء لا يمكن أن ينسب إليهم خطأً لأنهم غير مدركين لأعمالهم.[171] وقد صرح القانون الليبي بهذا الشرط في نص المادة (167) التي تحدد المسؤولية عن الأعمال غير المشروعة، حيث ذكر في الفقرة الأولي من هذه المادة أ- يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متي صدرت منه وهو مميز.[172] إلا أن المشرع لم يكتفي بذلك حيث قال في الفقرة الثانية ب- ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول علي تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع من الضرر بتعويض عادل، مراعيا في ذلك مركز الخصوم.[173] ويفهم من هذه الفقرة أن المشرع يري أن عديم التميز يجب أن يكون في مكان المسئول وحده، فإذا وجد مسئول عنه كالأب أو المعلم أو نحو

---

170 عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري، الوجيز في نظرية الالتزام، مرجع سابق، ج/1، ص215

171 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام، مرجع سابق، ج/1، ص660

172 الفقرة الأولي من المادة (167) من القانون المدني الليبي، نشر في الجريدة الرسمية، 20 فبراير، 1954م.

173 الفقرة الثانية من المادة (167) من القانون المدني الليبي، نشر في الجريدة الرسمية، 20 فبراير، 1954م.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ذلك، فلابد من نسبة الخطأ إلي عديم التمييز حتي تتحقق بذلك مسئولية المسئول عنه.[174]

الشرط الثاني: الضرر

فالضرر هو الذي يترتب عليه التعويض، حيث لا يكفي أن يقع فعل ضار لكي يسأل عنه فاعله ما لم يكن قد أحدث للغير ضرر، والمضرور هو الذي يثبت وقوع الضرر به، ووقوع الضرر واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق، ومنها البينة والقرائن.[175] وينقسم الضرر إلى ضرر مادي، وضرر أدبي أو المعنوي:

الضرر المادي: هو الذي يصيب المضرور في حق من حقوقه التي يحميها القانون، سواء في جسمه أو في ماله، أو يصيبه في مصلحة مادية مشروعة.[176] ويشترط لاعتبار الضرر مادي شرطين:

الشرط الأول: أن يترتب عن هذا الضرر إخلال بمصلحة مالية للمضرور، فالتعدي على الحياة ضرر وإتلاف عضو أو إحداث جرح أو إصابة الجسم أو العقل أو

---

174 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ج/1، ص803

175 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام، مرجع سابق، ج/1، ص714

176 علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، (الجزائر – ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، 2003م)، ص162

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

بأي ضرر أخر من شأنه أن يخل بقدرة الشخص على الكسب أو يكبد نفقة في العلاج هو أيضاً ضرر مادي.[177]

الشرط الثاني: أن يكون الضرر محقق الوقوع، بأن يكون قد وقع فعلاً أو سيقع حتماً، ومثل الضرر الذي وقع فعلاً، أن يموت المضرور أو يصاب بتلف في جسمه أو ماله كما ذكرنا، ومثل الضرر الذي سيقع حتماً وهو الضرر المستقبل، ومثال ذلك أن يصاب عامل فيعجز عن العمل، فيعوض ليس فحسب عن الضرر الذي وقع فعلاً من جراء عجزه عن العمل في الحال، بل وعن الضرر الذي سيقع حتماً من جراء عجزه عن العمل في المستقبل.[178]

الضرر المعنوي: هو الذي يمس المضرور في مشاعرة أو عواطفه أو في شرفه أو في عقيدته.[179] فالقذف والسب وهتك العرض وإيذاء السمعة بالتقولات والاعتداء علي الكرامة، كل هذه أعمال تحدث ضرراً أدبياً إذ هي تضر بسمعة المصاب، ومثل الضرر الأدبي الذي يصيب العاطفة والشعور والحنان، انتزاع الطفل من حضن أمه وخطفه، والاعتداء علي الأولاد أو الأم أو الأب أو الزوج أو الزوجة، كل هذه أعمال تصيب المضرور في عاطفته وشعوره، وتدخل إلي قلبه الغم والأسي

---

177 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام، مرجع سابق، ج/1، ص856

178 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج/1، ص859

179 علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، (الجزائر – ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، 2003م)، ص162

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

والحزن، ويلحق بهذه الأعمال كل عمل يصيب الشخص في معتقداته الدينية وشعوره الأدبي.[180] وتجدر بنا الإشارة هنا إلي أن المشرع الليبي جرم الاعتداء علي الشرف سواء تحقق بالسب أو بالقذف، فضلاً عن الحماية المقررة في القانون المدني التي تمكن المضرور ليس فقط من الحصول علي تعويض الضرر الذي لحق بهن بل أيضاً من إزالة العمل أو أثاره، (كحذف العبارات أو المقطع الذي يتضمن مساساً بالشرف أو عدم نشر الكتاب أو الجريدة التي تحتوي علي سب أو قذف)[181]

موقف القانون الليبي والقوانين العربية من التعويض عن الضرر المعنوي، تناول المشرع الليبي التعويض عن الضرر الأدبي في نص المادة: (225) وذلك بقوله: أ- يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضي اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء.[182] ويفهم من هذا النص أن المشرع الليبي يقر بالتعويض، ولكن انتقال الحق في التعويض لا يتم إلا بإحدى طريقتين: الأولي أن يكون التعويض قد اتفق علي مبدئه وعلي مقداره ما بين المضرور والمسئول، فتحدد التعويض علي هذا الوجه بمقتضي اتفاق بين الاثنين، والثانية أن يكون قد استعصي الاتفاق فلجأ المضرور إلي القضاء

---

180 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج/1، ص864

181 الكوني علي عبودا، أساسيات القانون الوضعي الليبي، مرجع سابق، ج/2، ص83

182 الفقرة الأولي من المادة (225) من القانون المدني الليبي، نشر في الجريدة الرسمية، 20 فبراير، 1954م.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وطالب المسئول بالتعويض، أما قبل الاتفاق أو المطالبة القضائية فلا ينتقل الحق في التعويض إلي أحد.[183]

ولقد أخذت القوانين العربية بالتعويض عن الضرر المعنوي ونصت عليه، فقد أخذ به القانون المدني المصري في المادة (222) وحذا حذوه القانون المدني السوري في (م 223) والقانون المدني العراقي في (م 205) والقانون اللبناني في (م 362/234، م 263) والقانون المدني الكويتي في المادة (217) والقانون المدني المغربي في (م 1/78) والقانون المدني التونسي في (م 82، 1/83).[184]

الركن الثالث: علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر

السببية ركن مستقل وعلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر معناها أن توجد علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذي ارتكبه المسئول والضرر الذي أصاب المضرور، وهي ركن مستقل عن ركن الخطأ، والدليل على ذلك أنه قد يوجد الخطأ، ولا توجد السببية.[185]

ونضرب لذلك مثال، لو أن شخصاً يقود السيارة من غير ترخيص، وهو يحسن القيادة، فيصيب أحد المارة وتكون الإصابة بخطأ يقع من هذا المصاب، فهنا خطأ وهو قيادة السيارة دون ترخيص، وضرر وهو إصابة أحد المارة، ولكن

183 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج/1، ص871

184 علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص165

185 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج/1، ص873

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الخطأ ليس هو السبب في الضرر بل هناك سبب أجنبي وهو خطأ المصاب، فوجد الخطأ دون أن توجد السببية.[186]

وقد تناول القانون الليبي ركن السببية بالإضافة إلى الركنيين الأولي الخطأ والضرر حيث نص على ذلك صراحةً في المادة (168)،" إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك.[187]

وبناءً على ما تقدم إذا توافرت أركان المسؤولية، خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، تحققت المسؤولية، وترتبت عليها آثارها، ووجب على المسئول تعويض الضرر الذي أحدثه بخطأه، فالتعويض إذن هو الحكم الذي يترتب على تحقق المسؤولية، وهو جزاؤها.[188]

---

186 علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص191

187 المادة (168) من القانون المدني الليبي، نشر في الجريدة الرسمية، 20 فبراير، 1954م.

188 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج/1، ص916

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفصل الثالث: منهجية البحث

أ- مدخل البحث ومنهجه:

لقد اعتمد الباحث في دراسته للمشكلة المطروحة علي المناهج الرئيسية التالية: (المنهج الاستقرائي، والمنهج المقارن، والمنهج التحليلي)، من أجل الوصول إلى الحقيقة و الحلول التي تسعي إليها الدراسة اتجهت هذه الدراسة التحليلية إلى استخدام المنهج الاستقرائي في تتبع و تقصي الحقائق التي تنص عليها النصوص الفقهية في الشريعة الإسلامية و القانونية في قانون الأحوال الشخصية من أجل الإحاطة بجميع عناصر الموضوع كما استعان الباحث بالمنهج المقارن في الدراسة التحليلية أي المقارنة بين أحكام الشريعة الإسلامية ومدي التزام القانون الليبي بذلك ولكي يصل الباحث إلى النتائج التي تهدف الدراسة إلى بيانها فقد استخدم الباحث المنهج الوصفي التحليلي بعمق لمعرفة ما ذهب إليه القانون والقضاء وتمحيص نصوصهم ومناقشتها و بيان الأسس التي بنيت عليها.

لقد قام الباحث في هذا الشأن بالاعتماد بشكل أساسي وكما هو في سائر البحوث العلمية على الكتب فلا يمكن أن يستغني باحث عن المكتبة، وسيكون منهج الباحث هنا هو جمع المادة العلمية من كتب الأمهات والكتب المعاصرة وتحليلها والتعمق في معانيها وكذلك الجمع من الوثائق والسجلات والدوريات والمجلات العلمية التي تتعلق بموضوع البحث.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ب–مصادر البيانات:

لقد اعتمد الباحث في دراسته على مصادر القانون المتنوعة فيما هو متعلق بقانون الأسرة و قانون الأحوال الشخصية كما اعتمد على الكتب الفقهية التي تعتنى بمسائل الأحوال الشخصية و اعتمد أيضا على بعض الدراسات و البحوث و المقالات التي حوت بشكل مبسط دراسة جوانب موضوع الأحوال الشخصية و التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون الوضعي بشكل يخدم اتجاهات وأهداف هذه الدراسة كما اتجه الباحث إلى بعض المجلات الفقهية و العلمية للوقوف على التكييف الفقهي و القانوني لفكرة التعويض في مسائل الأحوال الشخصية و خصوصاً حول التعسف في استخدام الحق عند الطلاق، و ذلك كله تمهيداً للحكم على مشكلة الدراسة و الوصول إلى النتائج الفعالة التي تتحقق بها الأهداف المرجوة من هذه الدراسة .

1–المصادر الأولية: وهي تلك المصادر التي تنقل المعلومات بشكل مباشر، وتعتبر المصادر الأولية لهذا البحث، هي الكتب الفقهية الشرعية، والكتب القانونية، ومسودة القانون الليبي وأحكام القضاء الليبي فيما يتعلق بموضوع هذا البحث وهي كالتالي:

أ– أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، صححه وعلق عليه: مصطفي أحمد الزرقا، دار القلم – دمشق – سوريا، الطبعة الثانية 1409هـ – 1989م.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ب- زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، منشورات جامعة قاريونس – بنغازي – ليبيا، 1993م.

ج- زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم، الأشباه والنظائر، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة الأولي 1419هـ -1999م.

د- سعيد محمد الجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، مع شرح وتعليقات على القانون رقم 10 لسنة 1984م، مطابع عصر الجماهير – الخمس – ليبيا، الطبعة الثانية 1999م.

هـ- عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولي، 1411هـ – 1990م.

و- عبد السلام محمد الشريف العالم، الزواج والطلاق في القانون الليبي وأسانيده الشرعية، دار الكتب الوطنية بنغازي - ليبيا الطبعة الثالثة 1998م.

ز- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة – بيروت، الطبعة الرابعة 1408هـ – 1988م.

ح- محمد أبو زهرة، التعسف في استعمال الحق، المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب – القاهرة 1963م.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ط- محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، دار المكتبي – دمشق سوريا، الطبعة الأولي 1418هـ – 1998م.

ي- محمد مصطفي عبيد الهوني، قانون الزواج والطلاق معلقاً عليه بأحكام القضاء وشروح الفقهاء، الطبعة الثانية، دار الكتاب الوطنية – بنغازي- ليبيا،2007م.

ك- مسودة قانون الزواج والطلاق الليبي رقم 10 لسنة 1984م، منشور في الجريدة الرسمية – وصادر بتاريخ 19- أبريل -1984م، والمعمول به من تاريخ النشر.

ل- الهادي علي زبيدة، أحكام الأسرة في التشريع الليبي، الطبعة الأولي، دار البدر – المنصورة – ليبيا 1434هـ – 2013م.

2- المصادر الثانوية:

ويمكن القول إن المصادر الثانوية تأتي في المرحلة الثانية في قائمة البحوث العلمية، وهي تستسقى معلوماتها من المصادر الثانوية، وهي تتميز بوجود المعلومة العلمية مقننة ومحددة وليست مجملة كما هو واضح في المصادر الأولية، وهي تتمثل في الرسائل العلمية، والمقالات، والتقارير العلمية المنشورة في المنتديات العلمية، كذلك الأطروحات الجامعية العليا، والمكاتب العلمية الموجودة على شبكة الإنترنت، والمكتبات الإلكترونية، والندوات والمؤتمرات العلمية.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ج – أدوات جمع البيانات

لقد قام الباحث أثناء جمع البيانات باستخدام المنهج الوصفي التحليلي في هذه الدراسة، وذلك لدراسة النصوص القانونية والتحليلات الفقهية، وهذه المرحلة من البحث تعتبر ذو أهمية بالغة، حيث يتم من خلالها التجميع الفعلي للبيانات والمعلومات المتعلقة بالبحث، بالطريقة التي اختارها الباحث لجمع البيانات، والمراجع الفقهية والقانونية، وتطبيقات المحاكم بمختلف درجات التقاضي المختصة بالموضوع محل البحث.

كما أن الوثائق تعتبر عاملا رئيسي للباحث لأنها متعلقة بجوهر الموضوع فمن خلال دراسة موادها وتحليل نصوصها يستطيع الباحث أن يرتفع بها ويطور من قيمتها العلمية والعملية، لتلائم متغيرات العصر وتجدد الحوادث والمسائل اليومية ما يستدعي من الباحث عند طرح إشكاليات النصوص ومقارنتها بالنصوص الفقهية ذات الطابع العلوي والمعاني السامية لتصل إلى نتائج ذات جودة ومعنى.

د – طرق تحليل البيانات:

سيعتمد الباحث في هذه الدراسة على المناهج الأتية:

أولا: المنهج الاستقرائي:

ويعتبر المنهج الاستقرائي هو المنهج الذي ينتقل فيه الباحث من الجزء إلى الكل، أو من الخاص إلى العام، وهو يأخذ منحنى التدرج حتى يصل إلى حكم عام أو قضية كلية وهو يعتمد في كل خطواته على الملاحظة و التجربة و استقراء الجزيئات

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الواقعية والمقايسة بينها وبالتالي سيعتمد الباحث على هذا المنهج ليستدل منها على حقائق تعم الكل، ويتحقق الاستقراء من خلال الملاحظة و التجربة، و مختلف التقنيات المعتبرة في البحث العلمي، و لعل العلامة التي تدل على المصداقية في هذا النوع من الاستدلال يكون من خلال التطابق أو المقاربة الفعلية للنتائج التي تم الوصول إليها مع الواقع المعاش.

ثانيا: المنهج الاستنباطي:

هذا المنهج يعرف عند أهل البحث العلمي والدراسات القانونية، بالمنهج التحليلي، وهو عكس المنهج الاستقرائي فالاستنباط هو عملية استخلاص منطقي بمقتضاها ينتقل الباحث من العام إلى الخاص، بوضع مقدمات وتمهيد عام يتدرج منه إلى عناصر تندرج تحت هذه المقدمات.

ولهذا فان الباحث يلتزم في هذا المنهج باتباع دراسة تحليلية لكل جزئيات البحث ما يستدعي طرح لوجهة نظر الباحث الخاصة دون إجحاف للنصوص والتطبيقات أو تعدي على وجهات الغير بإلغائها.

ثالثا: المنهج المقارن:

يمثل المنهج المقارن في الدراسات أهمية عليمة قيمة، فعن طريق هذا المنهج، يقوم الباحث بأجراء المقارنة بين ما جاء في نصوص الفقه الإسلامي وما تضمنه نصوص القانون الوضعي، من جهة وبين نصوص القوانين الوضعية فيما بينها من جهة أخرى.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ومن هنا فقد اعتمد الباحث علي هذا المنهج العلمي المقارن ليبين أوجه الاتفاق والاختلاف ليكي يتمكن بعد ذلك من إظهار النتائج المرجوة للبحث العلمي.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفصل الرابع: عرض البيانات وتحليلها

أ- عرض البيانات

الطلاق التعسفي

يعني بالطلاق التعسفي: هو أن يطلق الزوج زوجته وهو حق مشروع بدون سبب أو لغير حاجة، فيناقض بذلك مقصد الشارع، ويقع في الإثم.[189] لأنه إذا كان للزوج أن يطلق زوجته، وهو صاحب الحق الأصلي في ذلك، فإن حقه هذا ليس حقاً مطلقاً، بل هو مقيد بوجود سبب يدعو إلى الطلاق، إذ لا يحل للزوج أن يوقع الطلاق على زوجته إلا إذا وجد سبب يدعو لذلك؛ كأن تكون الزوجة تؤذي زوجها بالقول أو الفعل، أو أنها سيئة السلوك أو أنها لا تقيم فرائض دينها رغم دعوتها إلى ذلك مراراً ولكن دون جدوى بأن كانت عاصية ربها ولا تراعى أحكام الشرع الحنيف أو أنها كانت تخرج متبرجة أو دون إذن زوجها وتكرر منها ذلك أو لوجود نفرة بين الزوجين واتساع هوة الخلاف، بأن استحكم في قلبيهما، وفشل الحكمان في محاولات الإصلاح بينهما؛ لأن الطلاق إذا لم تكن هناك حاجة تدعو إليه يصير شبيهاً بلعب الصبيان وعبث العابثين، وشرع الله مصون عن اللعب والعبث، والمصالح المتوخاة من الزواج لا تتحقق إلا باستمراره وبقائه

---

189 عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، (دار النفائس – عمان – الأردن، الطبعة: الأولى، 1418هـ / 1998م)، ص189

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وتفويت مصالح الزواج بحل عقد النكاح لذلك أمر الله سبحانه وتعالى بالمعاشرة بالمعروف ونهي عن الطلاق في قوله:﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾[190] وقوله عليه الصلاة والسلام: «لَا يَفْرَكْ مُؤْمِنٌ مُؤْمِنَةً،[191] إِنْ كَرِهَ مِنْهَا خُلُقًا رَضِيَ مِنْهَا آخَرَ»[192]

كما أن الطلاق من غير سبب يؤدي إلى بغض الله الذي عبر عنه الرسول صلى الله عليه وسلم بقوله: "ما أحلَّ الله شيئاً أبغَضَ إليه مِنَ الطلاقِ"[193] والطلاق هنا لماذا لا يبغضه الله وهو الذي يزيل النكاح المشتمل على المصالح الكثيرة التي ندب إليها الشارع الحكيم، هذا بالإضافة إلى أن الزواج نعمة من نعم الله تعالى على عباده، لكنه وسيلة إلى مصالح الدين والدنيا على السوء.[194] يقول الله تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً

---

190 سورة النساء، الآية: (19)

191 (لا يفرك مؤمن مؤمنة) قال أهل اللغة فركه يفركه إذا أبغضه والفرك البغض.

192 مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج/5 (دار إحياء التراث العربي – بيروت – لبنان، ب/ط) كتاب الرضاعة، باب الوصية بالنساء، حديث رقم (1469)، ج/2، ص1091

193 أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السِّجِسْتاني، سنن أبي داود، تحقيق شعَيب الأرنؤوط وآخرون، ج/7، (القاهرة – مصر – دار الرسالة العالمية، الطبعة: الأولى، 1430 هـ – 2009 م)، كتاب الطلاق، باب كراهية الطلاق، حديث رقم (2177)، ج/2، ص254

194 مصطفى عبد الغني شيبة، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية الطلاق وآثاره، ج/2، (بنغازي – ليبيا – دار الكتب الوطنية، الطبعة الثانية، 2012م)، ص38

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[195] والطلاق كفران بهذه النعمة، وكفران النعم حرام من حيث إنه يفوت المصالح المترتبة على الزواج. وبناءً على ما تقدم إذا قام الزوج بالطلاق دون سبب يدعو إليه فإنه خالف قصد الشارع، ويعتبر آثماً عند من يقول إن الطلاق لا يجوز دون سبب يدعو إليه، وهذا يفتح الباب أمامنا لذكر أهم المعايير التي يمكن أن يستعين بها الباحث لمعرفة متى يكون الزوج متعسفاً في استعمال حق الطلاق، وأن هذا الطلاق لم يكن له سبب يدعو إليه، وأنه قد خالف قصد الشارع بهذا الطلاق.

وبناءً على ما تقدم ولكي يتضح لنا مفهوم الطلاق التعسفي كان لزام علينا أن نذكر أهم المعايير التي استندت عليها الشريعة الإسلامية والقانون الليبي، لمعرفة متي يكون الشخص متعسفاً في استعمال حقه، وما هي الشروط الواجب توفرها للتعويض عن إساءة استعمال هذا الحق.

1- معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي

إن نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي مرتبطة أساساً بنظرية الحق، وطبيعته، ومدي توافقه مع الشريعة الإسلامية، لأنها هي أساس الحق ومنشؤه، أي أن الحق إنما نشأ بحكم الله هبة ومنحة منه تعالى.[196] فلهذا قد وجد

---

[195] سورة الروم، الآية: (21)

[196] فتحي الدريني، النظريات الفقهية، (دمشق – سوريا – منشورات جامعة دمشق، الطبعة: الرابعة، 1417هـ/1998م)، ص131 - 132

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفقهاء نتيجة الاستقراء لجزيئات الشريعة أن لنظرية التعسف معيارين رئيسيين، إذا وجد واحد منها كان المستعمل لحقه متعسفاً، وترتب عليه جزاء التعسف.[197]

أ- **المعيار الذاتي أو الشخصي**: وهذا يستدعي النظر في العوامل النفسية التي حركت إرادة ذي الحق إلي التصرف بحقه، من الإضرار، أو الدافع إلى تحقيق مصالح غير مشروعة، تؤدي إلى الإضرار بالغير، أو هدم قواعد الشرع، بتحليل محرم، أو إسقاط واجب، تحت ستار الحق.[198]

ب- **المعيار المادي أو الموضوعي**: وهو الذي يعتمد ضابط التناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من نفع، وما يلزم عن ذلك من مفسدة، ووسيلته في ذلك الموازنة، فإذا كانت المفسدة مساوية للمصلحة أو راجحة عليها منع الفعل، وهذا الضابط يحكم التعارض بين الحقوق الفردية بعضها قبل بعض، والحق الفردي مع المصلحة العامة.[199] لأن الحقوق لم تشرع وسائل لتحقيق مضار أو مفاسد غالبة، الأمر الذي لا يتفق مع أصل الشريعة، من أنها مبنية علي جلب المصالح ودرء المفاسد، وأن درء المفاسد مقدم علي جلب المصالح.[200]

---

197 عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، (دار النفائس – عمان – الأردن، الطبعة: الأولى، 1418هـ / 1998م)، ص183

198 فتحي الدريني، الحق ومدي سلطان الدولة في تقيده، (بيروت – لبنان – مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثالثة، 1404هـ/ 1984م)، ص27

199 فتحي الدريني، النظريات الفقهية، مرجع سابق، ص131 - 132

200 فتحي الدريني، الحق ومدي سلطان الدولة في تقيده، مرجع سابق، ص27

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وسنقوم ببحث هذين المعيارين بشيء من التفصيل:

المعيار الأول: المعيار الذاتي أو الشخصي وهو ذو شقين:

أولاً: تمحض قصد الإضرار

والمقصود من هذا المعيار هو استعمال الحق دون منفعة تعود على صاحبه إذا ترتب عليه ضرر بالغير، ويعني ذلك أنه لا يكون لصاحب الحق غرض سوي الضرر بذلك الغير فانتفاء المصلحة المشروعة قرينة علي قصد الإضرار.[201] ويدل على ذلك قول الإمام الشاطبي «كما يمنع من ذلك الفعل إذا لم يقصد غير الإضرار».[202] فيمنع الفعل الذي اتخذ وسيلة للتعبير عنه أو لتحقيقه؛ لأنه يتنافى وأغراض الشارع من تشريعه الحقوق، والأصل في هذا ما جاء في الآيات الكريمة التي سقناها للدلالة على ثبوت هذه النظرية، وحديث الرسول صلي الله عليه وسلم (لا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ)[203] وهذه الأدلة تعتبر أصلاً لهذا المعيار. ومثال لذلك، كمن يُعلي سوره بقصد حجب الشمس والهواء عن جاره، وليس له مصلحة في

---

201 فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص246

202 إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، الموافقات، تحقيق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ج/7، (عمان –الأردن – دار ابن عفان، الطبعة الأولى: 1417هـ/ 1997م)، ج/3، ص56

203 مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، موطأ الإمام مالك، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، (بيروت – لبنان – دار إحياء التراث العربي، ب/ط، 1406 هـ / 1985 م)، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، حديث رقم: (31)، ج/2، ص745

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

إعلاه سوره.[204] ومثال على ذلك أيضاً ما جاء عن فقه الصحابة رضي الله عنهم، توريث المبثوثة في مرض الموت؛ لتعسفه في استعمال حق الطلاق؛ بحرمانها من الميراث؛ لمحض قصد الإضرار.[205]

ثانياً: استعمال الحق في غير المصلحة التي شرع من أجلها (الباعث الغير مشروع)

قلنا في تعريف التعسف، أنه مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل، وهذا المعني يتحقق في استعمال الحق في غير الغرض أو المصلحة التي من أجلها شرع؛ لأن قصد ذي الحق في العمل هنا مضاد لقصد الشارع في التشريع، ومخالفة قصد الشارع عيناً باطلة، فيكون باطلا بالضرورة كل ما أدي إلي ذلك، وهذا ما يدلل عليه الإمام الشاطبي في قوله: « قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقا لقصده في التشريع، والدليل على ذلك ظاهر من وضع الشريعة؛ إذ قد مر أنها موضوعة لمصالح العباد على الإطلاق والعموم، والمطلوب من المكلف أن يجري على ذلك في أفعاله، وأن لا يقصد خلاف ما قصد الشارع »[206]

ويمكن أن نذكر مثال علي هذا المعيار قد ذكره بعض العلماء وهو الولاية عن النفس والمال، فالولاية في الشرع منوطة بالمصلحة، ويؤمر من وضع حق الولاية في

---

204 أيمن مصطفي الدباغ، التعسف في الطلاق، مجلة جامعة الأقصى، (نابلس – فلسطين – سلسلة العلوم الإنسانية، 2014م)، المجلد الثامن عشر، العدد الأول، ص70

205 فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص244

206 إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج/3، ص24

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

يده برعاية الأصلح للمولي عليه، فهو كما تري حق وواجب في آن واحد.[207]فقد قال الشافعي رحمه الله تعالى: «يجوز أمر الأب على البكر في النكاح إذا كان النكاح حظا لها أو غير نقص عليها ولا يجوز إذا كان نقصا لها أو ضررا عليها كما يجوز شراؤه وبيعه عليها بلا ضرر عليها في البيع والشراء من غير ما لا يتغابن أهل البصر به، وكذلك ابنه الصغير، قال ولو زوج رجل ابنته عبدا له أو لغيره لم يجز النكاح لأن العبد غير كفء لم يجز وفي ذلك عليها نقص بضرورة ولو زوجها غير كفء لم يجز لأن في ذلك عليها نقصا»[208]

ومثال أخر على ذلك هو بطلان نكاح التحليل، لأن الناكح قصد ما يناقض قصد النكاح؛ لأنه قصد أن يكون نكاحه لها وسيلة إلي ردها إلي الأول، والشيء إذا فُعل لغيره كان المقصود بالحقيقة هو ذلك الغير، لا إياه؛ فيكون المقصود بنكاحها أن تكون منكوحة للغير، لا أن تكون منكوحة له.[209] فقصد المحلل في الحقيقة ليس بقصد الشارع، فإنه إنما قصد الرد إلي الأول، وهذا لم يقصده

---

207 فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص258

208 الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس المطلبي القرشي المكي، الأم، ج/8، (بيروت – لبنان –دار المعرفة، ب/ط، 1410هـ/1990م)، ج/5، ص20

209 فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص262

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الشارع، فقد قصد ما لم يقصده الشارع، ولم يقصد ما قصده، فيجب إبطال قصده بإبطال وسيلته.[210]

والخلاصة: أن الشريعة لا تجيز اتخاذ الحق وسيلة لتحقيق أغراض غير مشروعة لم يتقرر ذلك الحق من أجلها؛ لأنه تعسف.

المعيار الثاني: المادي أو الموضوعي وهو أيضاً ذو شقيين:

أولاً: الضرر الفاحش

هذا المعيار قرره الفقه الإسلامي؛ لتنسيق المصالح الفردية المتعارضة، لا سيما في العلاقات الجوارية ولا شك أن في تنظيمها وتنسيقها رعاية للصالح العام.[211]والضرر الفاحش هو كل ما يمنع الحوائج الأصلية يعني المنفعة الأصلية المقصودة.[212]فكل ضرر يُعطل الاستفادة من الملك، بحيث ترتفع عن صاحبه صفة الملكية، مع ما تحويه الكلمة من منافع وامتيازات، يعتبر ضرراً فاحشاً.[213]

---

210 تقي الدين أبو العباس ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي، الفتاوى الكبرى لابن تيمية، ج/6، (بيروت – لبنان – دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1408هـ – 1987م)، ج/6، ص75 – 76

211 فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص269

212 لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، تحقق: نجيب هواويني، (نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي)، ص231

213 ساجدة عفيف العتيلي، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، (أطروحة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس – فلسطين، 2011م)، ص35

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وأما الضرر المألوف، فلابد من تحمله والتسامح فيه؛ وإذ لو قيل بمنعه، لأدى ذلك إلى تعطيل استعمال حقوق الملكية كافة، وذلك يخالف النصوص الواردة في ولاية التصرف في الملك، كما أنه مخالف للإجماع والمعقول؛ لعدم استقامة أمكانية استعمال حق الملكية بإطلاق.[214]

ويدفع الضرر الفاحش بأي وجه كان فمثلاً لو اتخذ في اتصال دار، دكان حداد أو طاحون، وكان يحصل من طرق الحديد ودوران الطاحون وهن لبناء تلك الدار، أو أحدث فرن أو معصرة بحيث لا يستطيع صاحب الدار السكنى فيها لتأذيه من الدخان أو الرائحة الكريهة، فهذا كله ضرر فاحش فتدفع هذه الأضرار بأي وجه كان وتزال.[215]

والضرر الفاحش يمكن أن يكون مادي، كالدخان الكثيف، والأصوات المقلقة للراحة، وتلويث مياه البئر بالنجاسات أو القاذورات، والروائح الكريهة الضارة بالصحة، ومنع الشمس والهواء والنور، وغير ذلك من الأضرار المادية التي تعطل الانتفاع بالمنافع المقصودة من العقار، أو تسبب وهنه أو انهدامه، ويمكن أن يكون معنوي مثل الإشراف على مقر النساء من صحن الدار وبئرها ومطبخها، فهذا أيضاً ضرر فاحش مساوٍ للضرر المادي.[216] وهكذا نري أن اختلال التوازن

---

214 فتحي الدريني، النظريات الفقهية، مرجع سابق، ص137

215 لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص231

216 فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص279

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

بين المصالح الفردية، بحيث يؤدي تحصيل إحداهما إلى إلحاق الضرر الفاحش بالأخرى، يكون سبباً في حد ذاته في منع المتصرف بحقه؛ دفعاً لهذا الضرر.

ثانياً: الاختلال البين في توازن المصالح، أو انعدام التناسب

تجدر بنا الإشارة هنا إلى القول إن الشريعة الإسلامية قد وسعت من نطاق نظرية التعسف إلى حد لم يعرف له نظير في التشريعات الأخرى، قديماً وحديثاً.

فالشريعة الإسلامية لم تقتصر على انتفاء المصلحة المشروعة للحق، بل أقرت إلى ذلك معيار التوازن أو التناسب بين المصالح المتعارضة الذي يقتضه مبدأ العدل المطلق في الفقه الإسلامي، فاستعمال الحق علي وجه يخل بهذا التوازن، بأن يجعل التفاوت بين المصلحة التي يبتغيها صاحب الحق، والمفسدة التي تترتب على ذلك شاسعاً، يصبح غير مشروع، سواء كانت المفسدة اللازمة عن ذلك لاحقة بالفرد أم بالجماعة.[217]

ويتكون هذا المعيار من شقين وهما[218]:

أولاً: الاختلال التوازن بين مصلحتين خاصتين

فإذا تعارضت المصالح الفردية، ونشأ من استعمال الحق إضرار بالغير فإن كانت مصلحة الغير هي الراجحة فإنه يمنع من استعمال حقه، وأساء استعماله كان متعسفاً، وذلك استناداً للقاعدة الفقهية" الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"

---

217 فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص264

218 فتحي الدريني، النظريات الفقهية، مرجع سابق، ص 136

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

والقاعدة" يختار أهون الشرين" وأما إذا كانت مصلحة صاحب الحق هي الراجحة فتكون أولي بالتقديم للقواعد السابقة.[219]

أما إذا تساوت المصلحتان أو تساوت المصلحة لصاحب الحق مع المضرة على الآخر فإنه تقدم مصلحة صاحب الحق حتى يكون لحقه ثمرة ومعني، إلا أن بعض العلماء من يري أن صاحب الحق يعد متعسفاً إذا استعمل حقه في هذه الحالة.[220] بناءً على القاعدة الفقهية أن " درء المفاسد أولي من جلب المصالح" فإذا تعارضت مفسدة ومصلحة فإن دفع المفسدة يقدم علي جلب المصلحة.

ثانياً: الاختلال التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة

ينطوي على هذا المعيار أن لو استعمل صاحب الحق حقه وأحدث ضرراً للعموم يعتبر مسيئاً لاستعمال حقه، وإن كان الاستعمال فيه منفعة لصاحبه ويحكم هذا المعيار القاعدة الفقهية" يتحمل الضرر الخاص بدفع الضرر العام" وهذا ما يميز التشريع الإسلامي عن غيره، لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة.[221]

---

219 ساجدة عفيف العتيلي، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، مرجع سابق، ص36

220 ساجدة عفيف العتيلي، الطلاق التعسفي والتعويض عنه ، مرجع سابق، ص36

221 شذي مظفر حسين، التعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية والقانون، (العراق – مجلة رسالة الحقوق العلمية، المجلد الأول، العدد الأول، 2009م)، ص3

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ويبدو هذا الاختلال بصورة أوضح، إذا تعارضت المصلحة الخاصة مع المصلحة العامة، فيمنع التسبب من باب أولي، ولو كان الفرد يتوخى المصلحة المشروعية التي قرر حقه من أجلها، كما في تلقي السلع وبيع الحاضر للبادي، في ظرف يؤدي إلى ضرر عام، وكما في الاحتكار، والتزوج بالكتابيات.[222] كما رأينا سابقاً في أدلة التعسف من أقوال الصحابة، أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ينهي عن ذلك في بعض الظروف؛ دفعاً لمفسدة عظمي تترتب علي هذا المباح، فيمنعه حماية للصالح العام، فهذا الحكم من عمر يفيد أن المباح يمنع خشية أن يترتب عليه ضرر عام.[223]

فإذا اتخذ الشخص الحق وسيلة لتحقيق غرض يتنافى مع غاية الحق التي أقر من أجلها: بأن اتخذه ذريعة للإضرار بالغير، أو لتحقيق أغراض غير مشروعة، أو بأن اتخذه وسيلة للإضرار بالجماعة، سلبت صفة المشروعية عن هذا الاختصاص الشرعي، وأصبح هو وجميع لوازمه من الأفعال، غير مشروع؛ لأنه أصبح وسيلة لغير ما شرع له.[224]

والواقع أن هذه المعايير التي ذكرناها للتعسف، من تمحض قصد الإضرار، واستعمال الحق في غير المصلحة التي شرع من أجلها، والضرر الفاحش، واختلال

---

222 فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص280

223 فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص167 - 168

224 أحمد موافى، الضرر في الفقه الإسلامي، (الخبر – السعودية – دار ابن عفان، الطبعة: الأولي، 1418 هـ/ 1997م)، ج/1، ص647

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

التوازن البين بين المصالح، وتعارض المصلحة الخاصة مع المصلحة العامة، كل هذه المعايير في الواقع ينظمها أصل واحد يمكن أن يعتبر معيار عام للتعسف هو: استعمال الحق في غير ما شرع له.[225]

2- معايير التعسف في استعمال الحق في القانون الليبي

قبل الحديث عن التعسف في استعمال الحق في القانون الليبي كان لابد لنا من تأصيل التعسف في القانون الوضعي بصفة عامة وذلك لمعرفة موقف المشرع الليبي من هذه النظرية وبأي الاتجاهات أخذ.

لقد تضمن تأصيل التعسف عند فقهاء القانون الوضعي، على ثلاثة آراء كلاً منهم يعطي تكييفاً خاصاً للتعسف، سنذكرها بما تطلبه مقتضيات البحث:

الاتجاه الأول: يري هذا الاتجاه أن الأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق ليس هو إلا المسئولية التقصيرية، إذ التعسف في استعمال الحق خطأ يوجب التعويض، والتعويض هنا، كالتعويض عن الخطأ في صورته الأخرى وهي صورة الخروج عن حدود الحق أو عن حدود الرخصة، يجوز أن يكون نقداً كما يجوز أن يكون عيناً، كالقضاء بهدم المدخنة التي تحجب النور عن الجار.[226]

---

225 فتحي الدريني، النظريات الفقهية، مرجع سابق، ص137

226 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام، (بيروت – لبنان – دار إحياء التراث العربي، 1952م)، ج/1، 842

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ويمتاز هذا الاتجاه بالوضوح، وبما يحققه من وحدة أحكام المسئولية الناشئة عن ممارسة الرخص وتلك الناشئة عن استعمال الحقوق، وبما ييسره من تحديد معيار التعسف بالاكتفاء برده إلى معيار الخطأ التقصيري وهو الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي.[227]

الاتجاه الثاني: انتقد قسم آخر من الفقهاء هذا المعيار، على أساس أنه من الخطأ اعتبار التعسف في استعمال الحق تطبيقاً لعنصر الخطأ في المسئولية التقصيرية، إذ يجب أن تقوم فكرة التعسف على قياس مسلك صاحب الحق في استعمال حقه وفقاً للغاية الاجتماعية من الحق وليس على فكرة الحيطة والتبصر التي تقوم عليها المسئولية التقصيرية، لأن الحقوق ليست مطلقة بل نسبية ومقيدة بالغايات الاجتماعية التي ترمي إليها.[228]

الاتجاه الثالث: ويتلخص هذا الاتجاه في أن فكرة التعسف ترتبط أساساً بفكرة الحق وما يمثله من قيمة معينة يعترف بها القانون ويحميها لغاية معينة، وترتهن هذه الحماية بتحقيق هذه الغاية أو عدم مجافاتها، بحيث تظل حماية القانون مبسوطة عليها أو ترتفع عنها بحسب مطابقة استعمالها أو مناقضته لغايتها، فالتعسف يتوافر إذا انحرف صاحب الحق في استعماله عن غايته، وهو ما يفصم بين التعسف

---

227 نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون نظرية الحق، (بيروت – لبنان – منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة: الأولي، 2010م)، ص287

228 غالب علي الداودي، المدخل إلي علم القانون، (عمان – الأردن – دار وائل للنشر، الطبعة: السابعة، 2004م)، ص305

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

والخطأ ويخرجه بالتالي من دائرة المسئولية التقصيرية ليستوي مبدأ عاماً ونظرية أساسية ملازمة وداخلة في النظرية العامة للحق.[229]

يتضح مما تقدم اتفاق جميع الاتجاهات على مسئولية صاحب الحق عندما يتعسف في استعماله، وإن الاختلاف بين هذه الاتجاهات الثلاث منحصر في أساس هذه المسئولية ونطاقها.

ونجد أن المشرع الليبي انحاز إلى الاتجاه الأول فقام بتعديد الصور المختلفة للتعسف دون إبراز الأصل الذي يجمعها.

فبدأ المشرع الليبي بتأكيد المبدأ العام في المادة الرابعة من التقنين المدني بقوله أن" من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر".[230] ويتضح لنا من ذلك أن استعمال الحق استعمالاً مشروعاً لا يوقع بصاحبه أية مسئولية، ولكن متي يعتبر استعمال الحق مشروعاً ومتي لا يعتبر كذلك؟

لقد ميز المشرع الليبي بين الاستعمال المشروع للحق والاستعمال غير المشروع للحق في المادة 4، 5، ولا غرابة في ذلك إذا أخذنا بعين الاعتبار مصدره التاريخي المباشر (القانون المدني المصري) وغير المباشر في هذه المسألة وهو الفقه الإسلامي، إذ من المحقق أن الفقه الإسلامي عرف مبدأ عدم جواز التعسف في استعمال

---

229 نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون نظرية الحق، مرجع سابق، 287 – 288

230 المادة (4) من القانون المدني الليبي، نشر في الجريدة الرسمية، 20 فبراير، 1954م.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الحق وجعل منه نظرية عامة كما ذكرنا سابقاً قبل أن يصل الفقه الحديث إلى مثل هذا.[231]

فقد نصت المادة الخامسة: (يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية: أ- إذا لم يقصد به سوي الإضرار بالغير. ب- إذا كان المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. ج- إذا كان المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة).[232] ويتضح من هذه المادة أن المشرع لم يصنع معياراً عاماً للتعسف كما تفعل بعض التشريعات الحديثة بل إنه تجنب أيضاً استعمال اصطلاح التعسف لسعته وإبهامه وآثر أن يصف الاستعمال المنهي عنه بأنه استعمال غير مشروع.[233]

ولكن إذا كان المشرع لم يستعمل تعبير (التعسف في استعمال الحق) الذي هو التعبير المألوف، فإن الرأي مستقر في الفقه والقضاء، على أن المشرع نظم معايير التعسف في استعمال الحق، ويبدو أن من غير الممكن استبعاد هذا التعبير لاستقراره في الأذهان، وعليه يكون الأنسب اعتبار الاستعمال غير المشروع للحق والتعسف في استعمال الحق اصطلاحين متطابقين.[234]

---

231 الكوني علي عبودا، أساسيات القانون الوضعي الليبي، (طرابلس – ليبيا – المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، الطبعة الأولي، 1997م)، ص260

232 المادة (5) من القانون المدني الليبي، نشر في الجريدة الرسمية، 20 فبراير، 1954م.

233 نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون نظرية الحق، مرجع سابق، ص292

234 الكوني علي عبودا، أساسيات القانون الوضعي الليبي، مرجع سابق، ج/2، ص265

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ولقد تناولت أيضاً بعض القوانين العربية التعسف، ووضعت أحكامه في الباب التمهيدي، فأورد كما ذكرنا القانون المصري النص على التعسف بالمادتين 5/4 والقانون المدني العراقي بالمادتين 7/6، والقانون المدني الجزائري في المادة 41 وكان فحوا هذه النصوص على أن من يستعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما يحدثه من ضرر للغير. ثم نصت على الاستثناءات التي سبق أن أوردنها في المادة الخامسة من القانون المدني الليبي.

3- حالات قضائية حكم فيها القضاء الليبي بالتعويض عن ضرر الناتج من الطلاق التعسفي:

القضية الأولى:

الدعوى المقيدة بالسجل العام تحت رقم (#) 2006 دائرة الأحوال الشخصية – غريان – ليبيا.

إن واقعة الدعوي يخلص بما لا يخرج عن أورقها في أن المدعية افتتحت صحيفة دعوى أعلنتها إلي المدعي عليه قالت شرحاً لها: أنها زوجة شرعية للمدعي بموجب عقد زواج شرعي، وأنها قد غادرت بيت الزوجية وهي في حالة حمل لكثرة مشاكله معها وإساءة معاشرتها، وأن المدعي عليه قد أوقع الطلاق عليها ليلة عيد الأضحى أمام والدها وذلك بسبب أن عمه أب زوجته أغضبه فتلفظ بالطلاق.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وحيث أنه وبالبناء علي ما تقدم، فإن المدعية قد أقامت دعواها الماثلة ضد المدعي عليه بطلب أثبات واقعة الطلاق الذي أوقعه زوجها المدعي عليه عليها، وبحقوقها الشرعية المترتبة علي الطلاق وتعويضاً على الضرر المادي والمعنوي الذي أصابها جراء الطلاق بإرادة المنفردة، وبالتالي فإن المحكمة ترى إزاء قيام المدعي عليه بطلاق المدعية بإرادته المنفردة، الذي استنتج من أقواله أمام هذه المحكمة بأن كان عند إيقاعه الطلاق علي خلاف مع عمه، ولما أن الطلاق أمر شرعي له شأنه العظيم وأثاره البالغة لا يجوز التهاون فيه والاستهانة والاستخفاف به والتماس الأسباب للتحلل منه، حيث تم بنيته، ودون حاجة للخلاص أو سبب يدعو له، وبالتالي فهو مخطئاً بطلاقه قد استعمله في غير وجهه المشروع ويكون به مسبباً للضرر بالزوجة مادياً ومعنوياً، الأمر الذي يكون معه متعيناً على المحكمة إلزامه بدفع تعويض مناسب لجبر ما ألحق من ضرر بالمدعية.

القضية الثانية:

دعوى مقيدة بالسجل العام تحت رقم (#) 2016م دائرة الأحوال الشخصية – غريان – ليبيا.

حيث قام المدعي دعواه الماثلة بموجب صحيفة دعوى أعلنها للمدعي عليها، قال: شارحاً لها بأنه زوجاً شرعياً للمدعي عليها، ونظراً لاستحالة دوام العشرة ما بينهما لانعدام الاحترام ما بينهما الأمر الذي جعله يوقع الطلاق عليها بإرادته المنفردة وقد خلص إلي طلب إثبات طلاقه هذا لسوء العشرة، وبناءً علي هذا

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الطلاق طالبت المدعي عليها في الدعوي المقابلة بجميع حقوقها الشرعية المادية والمعنوية، مع المطالبة أيضاً بأن يدفع لها تعويض مادي ومعنوي عما أصابها من ضرر بسبب طلاقها بإرادة الزوج المنفردة، وبناءً علي ذلك فإن المحكمة قضت لها بمبلغ مالي وقدره (#) دينار تعويضاً لها عما أصابها جراء طلاقها.

القضية الثالثة

دعوى مقيدة بالسجل العام تحت رقم (#) 2016م دائرة الأحوال الشخصية – غريان – ليبيا.

حيث تلخص واقعة الدعوى من خلال الثابت بأوراقها، في أن المدعي أقام دعواه الماثلة ضد المدعي عليها بأنه تزوج المدعي عليها بموجب عقد شرعي، وبعد فترة من زواجهما حصلت بينهما مشاكل واستمرت إلي أن وقع من المدعي الطلاق على المدعي عليها وبعد فترة وجيزة قام بإرجاعها لعصمته أملاً منه في أن يعيش حياة هانئة إلا أن المشاكل حصلت مرة ثانية وأوقع الطلقة الثانية علي المدعي عليها ثم أرجعها إلي عصمته بعد أن تدخل أهل الخير بينهما، ولاكن الوضع لم يتحسن بسبب تفاقم المشاكل والتي جعلت المدعي يقوم بتطليق المدعي عليها الطلقة الثالثة.

وبناءً على ما تقدم وبعد سماع المحكمة للمرافعة ومطالعتها للأوراق والإحاطة بواقعة الدعوى ولما كان المدعى قد صرح أمام المحكمة بأنه قد طلق زوجته المدعي عليها بإرادته المنفردة، فإن المدعي عليها قد قامت نفسها مدعية في دعوى مقابلة،

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

جاء فيها بأن المدعية في الدعوى المقابلة زوجة شرعية للمدعي عليه بموجب عقد نكاح شرعي، وأن هذا الزواج لم يدم طويلاً حيث تغير معاملة المدعى عليه لزوجته بشكل لا يتماشى وروح الحياة الزوجية حتي وصل به الأمر إلي إيقاع الطلاق، وبناءً على هذا الطلاق طالبت المدعى عليها بجميع حقوقها الشرعية مع إلزامه بأن يدفع لها تعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي لحق بها من جراء الطلاق مبلغ وقدره (#) دينار ليبي.

وحيث أنه ولما كان المدعي عليه قد أوقع الطلاق علي زوجته المدعية بإرادته المنفردة، ولم تظهر له حاجة بينة للخلاص أو سبب يدعوه للطلاق سوى ما جاء بصحيفة دعواه الأصلية من أنه قد حدث بينهما شقاق ونفور، وبالتالي فإن المدعي عليه يكون بطلاقه لزوجته علي النحو المذكور قد استعمل حقه في إيقاع الطلاق في غير وجهه المشروع متسبباً في ضرراً مادياً ومعنوياً لزوجته المدعية، بما يلحق بها من إخلال بمصلحتها المادية في نفقتها ومعيشتها وما كانت قد تكبدته للزواج وكذلك ما لحق بها من آلم وحزن بطلاقها من زواج لم يدم طويلاً، وما سيؤول إليه حالها بعد الطلاق، الأمر الذي ترى معه المحكمة أن المدعية محقه في طلبها التعويض ومن تم يتعين القضاء لها بتعويض مناسب لجبر الضرر اللاحق بها.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

القضية الرابعة

دعوى مقيدة بالسجل العام تحت رقم (#) 2016م دائرة الأحوال الشخصية – غريان – ليبيا.

حيث تلخص واقعة الدعوى من خلال الثابت بأوراقها، في أن المدعي أقام دعواه الماثلة ضد المدعي عليها بأنه تزوج المدعي عليها بموجب عقد شرعي، وعاشرها معاشرة الأزواج الصالحين البارين لزوجاتهم، ورزق منها بطفلين، ووفر لها متطلبات الحياة الزوجية ولكنها استبدلت الإحسان إليها بالإساءة إليه، فكثرة المشاكل بينهما مما جعل استمرار الحياة الزوجية مستحيل، وحاول بكافة الطرق إصلاح ذات البين بينه وبينها ولكن دون جدوى فدفعه إلى طلاقها. وبناءً على ذلك قالت المدعي عليها بأنها زوجة شرعية للمدعي عليه ولها منه ابن وابنه، وأن المدعي في الدعوى الأصلية، قد أساء إليها ولم يعاشرها بالمعروف ويقوم بضربها وسبها وشتمها ولم يعاملها بما يرضي الله وقد أوقع عليها الطلاق بإرادته المنفردة وأنها لم تكن السبب في وقوع الطلاق، مما سبب للمدعي عليها الأذى، وبناءً على هذا الطلاق طالبت المدعى عليها بجميع حقوقها الشرعية مع إلزامه بأن يدفع لها تعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي لحق بها من جراء الطلاق مبلغ وقدره (#) دينار ليبي.

والمحكمة بعد المطالعة تبين أن الطلاق كان قد وقع من قبل الزوج المدعي عليه في الدعوى المقابلة، وبإرادته المنفردة ولم يثبت للمحكمة بأي حال من

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الأحوال أن الطلاق كان بسبب الزوجة فإنه فيما يتعلق بالمطالبة بالتعويض عن ضرر الطلاق لتحقق عناصره المتمثلة في فقدان المدعية في الدعوى المقابلة لمن يعولها وأيضاً بقائها في حسرة وأسى جراء طلاقها دون سبب منها سيما وأنها صغيرة في السن وأن فرصتها بالزواج مرة أخرى أصبحت ضئيلة وصار لزاماً عليه بطلاقه للمدعية في الدعوى المقابلة جبر ما أصابها من ضرر وبما قدرته المحكمة ورأته مناسباً وكافياً لجبر هذا الضرر وذلك بمبلغ مالي وقدره (#) دينار بحيث يكون شاملاً للضرر المادي والمعنوي.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ب- تحليل البيانات

الطلاق التعسفي والتعويض عنه

لقد ذكرنا فيما سبق معايير التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية، ولكن هذا المعايير جاءت بصفة عامة ولم يرد نص شرعي خاص يوجب على المطلق أن يدفع لزوجته المطلقة تعويضاً مالياً عن طلاقه لها، إن كان لغير حاجة مشروعة، لا من كتاب الله ولا من سنة رسوله ولا إجماع المسلمين.[235] وبناءً على ذلك يرى الباحث أن الطلاق التعسفي مرتبط بنظرية التعسف في استعمال الحق التي توجب التعويض على المتعسف في استعمال حقه، والتي يمكن من خلالها أن نلزم المطلق بجزاء مالي على الضرر الواقع منه، والذي لا يمكن رفعه، لأنه حكم شرعي، فلا أقل من إزالة آثاره، لأن الضرر يزال شرعاً بقدر الإمكان، والتعويض المالي عن الضرر ممكن فيصار إليه.[236]

---

235 عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، (دار النفائس – عمان – الأردن، الطبعة: الأولى، 1418هـ / 1998م)، ص183

236 عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص183

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

1- معايير التعسف في استعمال حق الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون الليبي.

يمكن القول أنه من خلال ما تناوله الباحث في الجزء الخاص بعرض البيانات فإننا سوف نتكلم عن هذا الموضوع بحيث يشمل جانبين أولهما: معايير التعسف في استعمال حق الطلاق في الشريعة الإسلامية ثم بعد ذلك نتطرق إلى معاير التعسف في القانون الليبي.

أ- معايير التعسف في استعمال حق الطلاق في الشريعة الإسلامية

لقد تقدم بنا ذكر معايير التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية، ومحاكاة لما تم ذكره من معايير، فلقد قام الباحث بتنزيل هذه المعايير العامة علي حق الطلاق، وذلك لتمكين من وضع معايير يمكن من خلالها معرفة متى يكون الزوج متعسفاً في استعماله حق الطلاق.

أولاً: المعيار الذاتي أو الشخصي

أ-تمحض قصد الإضرار بالمطلقة:

بتطبيق هذا المعيار على التعسف في استعمال حق الطلاق يرى أن الذي يطلق زوجته بدون سبب شرعي أو لغير حاجة تدعوه لذلك، ولم يحدث منها ما يستوجب الطلاق، فإنما يقصد الإضرار بها أو بأهلها للقرينة الدالة على ذلك، وهي عدم وجود أي سبب يحمله على الطلاق، فإذا تمحض قصد الإضرار منه،

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

يكون متعسفاً في استعمال حقه المشروع، ويكون التعويض في هذه الحالة واجباً، رفعاً للضرر الواقع على المطلقة بقدر الإمكان.[237]

وهو أمر متصل بالعامل النفسي للرجل الذي دفعه إلى الطلاق، بمعني هل توجد أسباب خفية ومقبولة تدعوه للتفكير في الخلاص من زوجته؟ وما حجم الأخطاء التي ارتكبتها الزوجة لتجعله يبغضها ويرغب في مفارقتها؟ فإذا كانت الأسباب مقبولة شرعاً فيكون الزوج معذوراً، أما إذا كان الزوج قصد الإضرار بزوجته من إيقاعه للطلاق وليس ثمة منفعة مشروعة أو مصلحة يحققها من إيقاع الطلاق فيكون دافعه فقط الانتقام والتشفي. وهذا الضرر غير جائز لقول الرسول صلى الله عليه وسلم (لا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ)[238] وهذه الحديث يعتبر أصلاً لهذا المعيار، فانتفاء المصلحة المشروعة قرينة على قصد الإضرار.[239] ويدل على ذلك قول الإمام الشاطبي «كما يمنع من ذلك الفعل إذا لم يقصد غير الإضرار».[240]

---

237 عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، (دار النفائس – عمان – الأردن، الطبعة: الأولى، 1418هـ / 1998م)، ص184

238 مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، موطأ الإمام مالك، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، (بيروت – لبنان – دار إحياء التراث العربي، ب/ط، 1406 هـ / 1985 م)، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، حديث رقم: (31)، ج/2، ص745

239 فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص246

240 إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، الموافقات، تحقيق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ج/7، (عمان –الأردن – دار ابن عفان، الطبعة الأولى: 1417هـ/ 1997م)، ج/3، ص56

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ب- استعمال حق الطلاق في غير المصلحة التي شرع من أجلها:

يعتبر هذا المعيار هو أوضح المعايير دلالة على مسألتنا، لأن الطلاق عند بعض الفقهاء محظور شرعاً، إذا كان لغير حاجة وبدون سبب معقول فاستعماله على هذا الوجه يكون تعسفاً، فإذا طلق الزوج زوجته مثلاً بسبب أنه يريد الزواج من غيرها، فإن هذه المصلحة غير مشروعة؛ لأنه يستطيع ذلك دون حاجة إلى طلاق الأولى، فكيف إذا طلقها بدون أية مصلحة، لا جرم أنه يكون متعسفاً من باب أولى.[241]

وذلك لأن الله سبحانه وتعالى شرع الطلاق منعاً للضرر وكي لا تتحول الحياة الزوجية إلى جحيم لا يطاق، ويكون شعارها المعروف هو الإحسان، لقول الله سبحانه وتعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[242]هذه الآية تدل تخيير الرجال بين أن يمسكوا النساء بالمعروف وحسن العشرة والقيام بواجبهن وبين أن يسرحوهن السراح الجميل الذي علمهم.[243] فكان الطلاق حلاً أخيراً للخلافات الزوجية وهو حل غير مرغب فيه وذلك لقول الرسول صلي الله عليه وسلم «مَا

---

241 عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص184

242 سورة البقرة، الآية: 229

243 سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، ج/2، (مصر – مكتبة صبيح، دون طبعة وبدون تاريخ)، فصل الخاص من حيث هو خاص، ج/1، ص65، وانظر عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء – = الدين البخاري الحنفي، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، ج/4، (دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة وبدون تاريخ)، باب معرفة أحكام الخصوص، ج/1، ص89

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

أَحَلَّ اللَّهُ شَيْئًا أَبْغَضَ إِلَيْهِ مِنَ الطَّلَاقِ»[244] ولذا فإن استعماله في غير هذا الوجه يعد تعسفاً في استعمال هذا الحق وهذا ما يدلل عليه الإمام الشاطبي في قوله: «قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقا لقصده في التشريع، والدليل على ذلك ظاهر من وضع الشريعة؛ إذ قد مر أنها موضوعة لمصالح العباد على الإطلاق والعموم، والمطلوب من المكلف أن يجري على ذلك في أفعاله، وأن لا يقصد خلاف ما قصد الشارع »[245] وقد ذهب أكثر الفقهاء إلى أن حق الزوج في الطلاق مقيد بالحاجة إلى إيقاعه وإذا لم يكن هنالك ما يدعو إليه فإن المطلق يكون آثماً، وهذا عند الفقهاء القائلين بأن الأصل في الطلاق هو الحظر.[246]

ثانياً: المعيار المادي أو الموضوعي

أ- الضرر الفاحش الذي يلحق بالمطلقة

ويتمثل ذلك في أن طلاق الزوج زوجته التي قضى معها جزءاً من حياته واعتمادها في نفقتها عليه وقد تكون بلغت من العمر ما سيقلل فرصة زواجها مرة

---

244 أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي، سنن أبي داود، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، ج/4، (صيدا – بيروت – المكتبة العصرية، بدون)، كتاب الطلاق، باب كراهية الطلاق، حديث رقم (2177)، ج/2، ص254

245 إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج/3، ص24

246 فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، (وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، إقليم كردستان – العراق – الطبعة الأولى 2004م)، ص177

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

أخرى، وذلك أن النظرة الاجتماعية للمطلقة تضعف من إمكانية زواجها مرة أخري خاصة في ظل زيادة نسبة العنوسة لغير المتزوجات فضلاً عن المطلقات، فهنا يكون قد أضر بها ضرراً فاحشاً، فلا هي بقيت في بيت أبيها تنتظر فرصتها ووطئت حياتها على العيش فيه، ولا هي استمرت في حياتها الزوجية.[247]

ب- اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة

يتمثل هذا المعيار فيمن يطلق زوجته لسبب غير معقول ولا مقبول، ولو كان يحقق له مصلحة صغيرة أو ضئيلة لا تتناسب مع الضرر الذي سيقع من تطليقها، فإنه يكون متعسفاً وفق المعيار الثاني لنظرية التعسف، فمن طلق زوجته لأنها طلبت منه شيئاً غير واجب عليه أو أمراً يسيراً لا يوجب طلاقها، فهو مستعمل لحقه في الطلاق لغير حاجة شرعية، ويكون متعسفاً في ذلك.[248]

فقد يبرر الزوج لنفسه إيقاع الطلاق بكره للزوجة وعدم رغبته في معاشرتها واستمرار العيش معها، إلا أنه بمقارنة ذلك الضرر مع الضرر الذي يلحق الزوجة خاصة وهو يملك حق التعدد، ويملك أن يصب ويؤجر وينظر إلي محاسن لقول الله تعالي: ﴿**وَعَسى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئاً وَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ**﴾[249] وقول الرسول صَلَّى اللهُ

---

247 عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، (دار الفكر – عمان – الأردن، الطبعة: الأولي، 1428هـ / 2007م، ص207

248 عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص184

249 سورة البقرة، الآية (216)

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَا يَفْرَكْ مُؤْمِنٌ مُؤْمِنَةً،[250] إِنْ كَرِهَ مِنْهَا خُلُقًا رَضِيَ مِنْهَا آخَرَ»[251]

إضافة إلى الضرر الذي يلحق المجتمع والأولاد، نجد أن الطلاق دون سبب وجيه أكثر ضرراً من البقاء مع الزوجة، فيكون الزوج متعسفاً في استعمال هذا الحق، وحتي لو تساوي الضرران يكون الزوج متعسفاً أخذاً بالقاعدة الفقهية " درء المفاسد أولى من جلب المصالح" فإذا تعارضت مفسدة ومصلحة فإن دفع المفسدة يقدم علي جلب المصلحة، فلا ينتفي التعسف إلا إذا غلب الضرر الواقع علي الزوج علي الضرر الواقع على الزوجة.[252]

ب- معايير التعسف في استعمال حق الطلاق في القانون الليبي

إن المشرع في القانون الليبي لم يضع معايير خاصة تتعلق بالتعسف في استعمال حق الطلاق، وإنما وضع معايير التعسف في استعمال الحق بصفة عامة، وقد قامت المحاكم الليبية بتطبيق هذا المعايير على الطلاق لمعرفة متى يكون الزوج متعسفاً في استعمال حق الطلاق، وبالتالي قد أورد الباحث بعض القضايا التي يمكن من خلالها تطبيق هذه المعايير.

---

250 (لا يفرك مؤمن مؤمنة) قال أهل اللغة فركه يفركه إذا أبغضه والفرك البغض.

251 مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج/5 (دار إحياء التراث العربي – بيروت – لبنان، ب/ط) كتاب الرضاعة، باب الوصية بالنساء، حديث رقم (1469)، ج/2، ص1091

252 ساجدة عفيف العتيلي، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، مرجع سابق، ص36

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

أولاً: إذا لم يقصد بالطلاق سوى الإضرار بالزوجة.

لقد جاء في نص المادة الخامسة من القانون المدني الليبي: يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية: وذكرت في الفقرة أ- إذا لم يقصد به سوي الإضرار بالغير.[253]

ويعتبر هذا المعيار من أكثر المعايير امتداداً في التاريخ، وربما من أكثرها جاذبية إذ أن الحقوق لم تتقرر للإضرار بالغير، فالاستعمال غير مشروع للحق ينتهي عندما يقصد للصالح العام أيضاً، ومن ثم يعتبر صاحب الحق متعسفاً إذا توافر لديه هذا القصد.[254]

وبناءً على هذا المعيار الذي يتوفر فيه تمحض قصد الإضرار بالغير فقط، نجد أن المحكمة الليبية قد طبقت هذا المعيار على من يتعسف في استعمال حق الطلاق ويتجلى هذا بوضوح فيما أوردناه من قضايا، وبالأخص فيما جاء في القضية الأولى حيث ذكرت المحكمة أنها ترى إزاء قيام المدعي عليه بطلاق المدعية بإرادته المنفردة، الذي استنتج من أقواله أمام هذه المحكمة بأن كان عند إيقاعه الطلاق علي خلاف مع عمه، حيث تم بدافع الانتقام من عمه، مما سبب الإضرار بالزوجة، ودون حاجة للخلاص أو سبب يدعو له سوي الإضرار، وبالتالي فهو مخطئاً بطلاقه، ويكون به مسبباً للضرر بالزوجة مادياً ومعنوياً، الأمر الذي يكون

---

253 المادة (5) من القانون المدني الليبي، نشر في الجريدة الرسمية، 20 فبراير، 1954م.

254 الكوني علي عبودا، أساسيات القانون الوضعي الليبي، مرجع سابق، ج/2، ص270

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

معه متعيناً على المحكمة إلزامه بدفع تعويض مناسب لجبر ما ألحق من ضرر بالمدعية.

وبناءً على ما جاء في منطوق الحكم في هذا القضية، والذي يلزم الزوج بأن يدفع تعويضاً للزوجة على ما أصابها من ضرر مادي ومعنوي جراء الطلاق. فإن الباحث يرى أن المحكمة قد قامت بتكييف هذا القضية على أن الزوج قد استعمل حق الطلاق في غير وجهه المشروع، لأنه لا يكفي أن يقصد الزوج الإضرار بالزوجة، بل يجب فوق ذلك أن يكون استعماله لحقه في الطلاق مما يعتبر انحرافاً عن السلوك المألوف للشخص العادي. فقد يقصد الزوج وهو يستعمل حقه أن يضر بالزوجة، ولكن لتحقيق مصلحة مشروعة لنفسه ترجح رجحاناً كبيراً على الضرر الذي يلحقه بالزوجة. فقصد الإضرار بالزوجة في هذه الحالة لا يعتبر تعسفاً، إذ أن صاحب الحق وهو الزوج بهذا التصرف لم ينحرف عن السلوك المألوف للشخص العادي.[255] أما إذا كان قصد إحداث الضرر هو العامل الأصلي الذي غلب عند الزوج وهو يستعمل حقه للإضرار بالزوجة، اعتبر هذا تعسفاً، أو كان هذا القصد مصحوباً بنية جلب المنفعة كعامل ثانوي، سواء تحققت هذه المنفعة أو لم تتحقق، مما يصبح معه قاصداً الإضرار بالزوجة، ولما أن الطلاق أمر شرعي له شأنه العظيم وأثاره البالغة لا يجوز التهاون فيه والاستهانة

---

255 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام، (بيروت – لبنان – دار إحياء التراث العربي، 1952م)، ج/1، ص844

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

والاستخفاف به والتماس الأسباب للتحلل منه، ودون حاجة للخلاص أو سبب يدعو له، ومن ثم كان يجب إلزام الزوج بالتعويض على ما سببه من ضرر مادي ومعنوي جبراً لهذا الضرر.

ثانياً: إذا كان المصالح التي يرمي إلى تحقيقها الزوج قليلة الأهمية

إذا نظرنا إلى الفقرة ب من نص المادة الخامسة: فإنه يكون استعمال الحق غير مشروع، إذا كان المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.[256]

على عكس المعيار السابق ذي الطابع الشخصي، يقوم هذا المعيار على البحث عن مدى التناسب بين المنفعة العائدة علي الزوج من استعماله حق الطلاق وبين الضرر الذي يحيق بالزوجة من منظور موضوعي. فإذا رجح الضرر على المصلحة كان هذا دليلا على التعسف بصرف النظر عن القصد. فالتعسف لا ينتفي لمجرد أن الزوج له مصلحة أيا كانت، بل لا بد أن تكون المصلحة المرجوة إما أكبر من الضرر الذي يلحق بالزوجة، وإما على الأقل متناسباً معها، وتفاهة المصلحة بالمقارنة بالضرر قرينة على الانحراف في استعمال الحق.[257] فليس من المألوف أن الزوج يستعمل حق الطلاق على وجه يضر بالغير ضرراً بليغاً ولا يكون له في ذلك إلا مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب البتة مع هذا الضرر. وبالتالي

---

256 المادة (5) من القانون المدني الليبي، نشر في الجريدة الرسمية، 20 فبراير، 1954م.

257 الكوني علي عبودا، أساسيات القانون الوضعي الليبي، مرجع سابق، ج/2، ص272

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

يكون استعمال الزوج لحقه في الطلاق تعسفاً، على ما جاء في نص المادة الخامسة من القانون المدني الليبي، والذي يفهم منها الباحث أنه ليس من السلوك المألوف للزوج أن يفعل ذلك، ومن يفعل، فهو إما عابث مستهتر لا يبالي بما يصيب الناس من ضرر بليغ لقاء منفعة ضئيلة يصيبها لنفسه، وإما منطو على نية خفية يضمر الإضرار بالزوجة تحت ستار مصلحة غير جدية أو مصلحة محدودة الأهمية يتظاهر أنه يسعي لها. وفي الحالتين قد انحرف عن السلوك المألوف للشخص العادي. وارتكب خطأ يوجب مسئوليته.[258]

وبناءً على هذا المعيار نجده أيضاً ينطبق على القضية الأولي حيث أن سبب الطلاق فيها لا يتناسب مع المصلحة التي يرمي إلي تحقيقها الزوج، إذ أن الظاهر من أسباب الدعوى أن الطلاق كان مبني على خلاف مع عمه، فالمصلحة التي يرمي إليها الزوج هي الانتقام من عمه، وبالتالي فإن هذه المصلحة المتمثلة في الانتقام والتشفي من أب الزوجة، قليلة الأهمية وهي غير جدية، بحيث لا تتناسب البتة مع الضرر الذي أصاب الزوجة، مما يكون معه استعمال الزوج لحقه في الطلاق تعسفاً يبيح للزوجة الحق في المطالبة في التعويض عن الضرر المادي والمعنوي.

---

258 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام، مرجع سابق، ج/1، ص845

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ثالثاً: إذا كان المصالح التي يرمي إلى تحقيقها الزوج غير مشروعة.

بالإضافة إلى المعيارين السابقين فقد نصت المادة الخامسة أيضاً في الفقرة ج: يكون استعمال الحق غير مشروع، إذا كان المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة).[259]

إذا كانت المصلحة التي يتوخاها الزوج في استعماله لحقه في الطلاق غير مشروعة، كان استعمال حق الطلاق تعسفياً، ووفقاً للمادة الخامسة من القانون المدني الليبي، تكون المصلحة غير مشروعة في حالتين: أولاهما إذا كان تحقيقها يخالف أحكام القانون، أما الثانية فتكون عندما يتعارض تحقيقها مع النظام العام أو الآداب. ويتميز هذا المعيار بطابعه الموضوعي غير الجامد، ولكنه لا ينفصل في الغالب عن النية أو الباعث الدافع للاستعمال، بحيث نصل غالباً إلى نفي صفة المشروعية عن المصلحة من خلال عدم مشروعية الباعث على هذا الاستعمال، ولا غرابة في هذا إذ أن القانون لا يقر الحقوق إلا لتحقيق أغراض مشروعة، وبالتالي فإن استعمالها لغاية غير مشروعة يحتم اعتباره من قبيل الاستعمال غير المشروع وتجريده من حماية القانون.[260]

وهذا المعيار يتلخص في أن الحقوق أعطاها القانون لأصحابها لتحقيق أهداف، فكل حق له هدف معين، فإذا انحرف صاحب الحق في استعمال حقه

---

259 المادة (5) من القانون المدني الليبي، نشر في الجريدة الرسمية، 20 فبراير، 1954م.

260 الكوني علي عبودا، أساسيات القانون الوضعي الليبي، مرجع سابق، ج/2، ص273

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

عن هذا الهدف، كان متعسفاً وحقت مسئوليته.[261] من هنا يرى الباحث أن الزوج في القضية سالفة الذكر كان يرمي إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، وهو الباعث أو الدافع الذي حرك إرادة الزوج للاستعمال حق الطلاق، حيث كان الدافع إلي الطلاق من أجل الانتقام والتشفي من أب الزوجة، ولم تظهر له حاجة بينة للخلاص أو سبب يدعوه للطلاق سوى ما جاء بصحيفة دعواه الأصلية، وذلك بسبب أن عمه أب زوجته أغضبه فتلفظ بالطلاق، وبالتالي فإن المدعي عليه يكون بطلاقه لزوجته علي النحو المذكور قد استعمل حقه في إيقاع الطلاق في غير وجهه المشروع متسبباً في ضرراً مادياً ومعنوياً لزوجته، مما يبيح لها طلب التعويض.

أما بالنسبة إلى القضية الثانية، والقضية الثالثة، والقضية الرابعة يرى الباحث أن المحكمة قد بنت الحكم في التعويض إزاء قيام الزوج بطلاق الزوجة بإرادته المنفردة، وحيث أن الطلاق دون حاجة، أو سبب يدعو له يتوفر فيه تمحض قصد الإضرار، مما يجيز للزوجة المطالبة بالتعويض، وعلى هذا الأساس فإن الطلاق بالإرادة المنفردة يفتح الباب أمام الزوجة للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي

---

261 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام، مرجع سابق، ج/1، ص847

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

أصابها سوء أكان هذا الضرر مادية أو معنوياً، ما لم يقدم الزوج سبب أو مبرر لهذا الطلاق.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

2- أوجه الاتفاق والاختلاف بين الشريعة الإسلامية والقانون الليبي في معايير التعسف في حق الطلاق.

إن مفهوم التعسف أوسع مدى في الفقه الإسلامي منه في أي فقه عرف حتى اليوم، وكانت مقاييسه من السعه والمرونة بحيث تجابه كل تطور في جميع نواحي الحياة الاجتماعية، والاقتصادية، والسياسية.[262]

لذي سنبحث الآن في أصل المعايير لنرى أوجه الاتفاق والاختلاف فيما بينها وإن كان هناك خلاف فهل هذا الخلاف جوهري:

المعيار الأول: استعمال الحق لمجرد قصد الإضرار

وهذا المعيار ذاتي كما شرحناه سابقاً، إذ أنه لا ينطبق إلا على حالة استعمال الحق إذا تمحض القصد فيه للإضرار بالمطلقة، وهنا الإضرار بالمطلقة تقابل (الإضرار بالغير) في المعيار الأصلي، وهذا الإضرار لا يصحبه قصد آخر، من ابتغاء مصلحة ولو ضئيلة للزوج (صاحب الحق)

وينطبق كذلك على حالة ما إذا تحققت للزوج مصلحة عرضية غير مقصودة، مادام قصده الوحيد هو الإضرار بالزوجة (الغير)، ونلاحظ هنا أن نص المادة الخامسة الفقرة (أ) صريح في هذا إذ يقول: إذا لم يقصد سوى الإضرار بالغير (الزوجة).

---

[262] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص309

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وبناءً عليه يرى الباحث أن هناك توافق بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في معيار تمحض قصد الإضرار، وهذا التوافق يقودنا إلى مطابقة المعيار الذي استنبطناه في التعسف في حق الطلاق، ألا وهو تمحض قصد الإضرار بالمطلقة سواء أكان ذلك في الشريعة الإسلامية أو القانون الليبي.

المعيار الثاني: انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر اللاحق بالغير.

هذا المعيار ينبثق كما ذكرنا عن أصل مقرر في أصول الفقه الإسلامي، وهو النظر في مآلات الأفعال ونتائجها.[263]

ويقرر هذا الأصل أن الفعل إذا كان له مآلان متعارضان، وكانت المفسدة فيه مساوية للمصلحة أو راجحة عليها لم يبق الفعل مشروعاً، فما بالك إذا كانت المصلحة ضئيلة لا تتناسب مطلقاً مع ما ينجم عنها من مفسدة، ولقد مثلنا لذلك فيمن طلق زوجته بدافع الانتقام والتشفي من أب الزوجة فالباعث هنا غير مشروع، فاختلال التوازن إذن هو العلة في التعسف.

وهذا المعيار من الشريعة الإسلامية، يرى الباحث أنه يقابل الفقرة (ب) من المادة الخامسة من القانون الليبي إذ تقول: إذا كان المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

وعدم التناسب بين المصالح واختلال التوازن هذا، يتمثل في الضرر العام بصورة واضحة، وفي الضرر الفاحش بصورة أوضح، فالطلاق التعسفي يسبب الضرر

---

263 فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص345

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

للزوجة وللأولاد وحتى الزوج نفسه يلحق الضرر، وهو ضرر فاحش يساهم في تفكك الأسرة وضياعها. كما أن هذا الضرر الفاحش يصيب المجتمع فزيادة نسبة الطلاق وإيقاعه حتى ولو كان له سبب يعتبر مشكلة حقيقية، فما بالك إذا وقع بسبب وبدون سبب فهذا سيكلف المجتمع الكثير من الطاقات ومن هدر الأموال من أجل معالجة هذه العواقب.

وعليه يمكن القول: أن هذين المعيارين متفقين فيما إذا ضؤلت المصلحة بحيث لا تناسب المفسدة التي تصيب الغير مما يجعل هذه المصلحة غير مشروعة. وتوافق المعيارين السابقين يقودنا إلى ما طبقناه في المعيار الثاني في الطلاق التعسفي الذي مقتضاه إذا تعارضت مفسدة ومصلحة فإن دفع المفسدة يقدم علي جلب المصلحة، فلا ينتفي التعسف إلا إذا غلب الضرر الواقع على الزوج على الضرر الواقع على الزوجة.[264]

المعيار الثالث: عدم مشروعية المصالح التي قصد تحقيقها من استعمال الحق.

ونحن قد فصلنا القول في هذا المعيار، حيث بينا وجه التعسف الذي يتمثل فيه، من أنه معاندة لقصد الشارع، أو مضادة للأصل الذي بنيت عليه الشريعة الإسلامية، من اعتبار المصالح في الأحكام، هذا وقد استقر أصلاً في الفقه الإسلامي على ما هو الراجح عن المحققين من الأصوليين والفقهاء أن النيات

---

264 ساجدة عفيف العتيلي، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، مرجع سابق، ص36

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

والمقاصد معتبرة في العادات والتصرفات، كما هي معتبرة في العبادات وأن الباعث يؤثر فيها صحةً وبطلاناً.[265]

وهذا المعيار في الشريعة الإسلامية يوافق تماماً الفقرة (ج) من نص المادة الخامسة من القانون الليبي، وذلك بقوله إذا كان المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.

وقد مثلنا لذلك فيما إذا كانت المصلحة التي يتوخاها الزوج في استعماله لحقه في الطلاق غير مشروعة، كان استعمال حق الطلاق تعسفياً، فإذا نظرنا إلى الباعث أو الدافع الذي حرك إرادة الزوج للاستعمال حق الطلاق، في القضية الأولى، نجد الدافع إلي الطلاق كان من أجل الانتقام والتشفي من أب الزوجة، ولم تظهر له حاجة بينة للخلاص أو سبب يدعوه للطلاق سوى ما جاء بصحيفة دعواه الأصلية، وذلك بسبب أن عمه أب زوجته أغضبه فتلفظ بالطلاق، وبالتالي فإنه بطلاقه لزوجته علي النحو المذكور قد استعمل حقه في إيقاع الطلاق في غير وجهه المشروع، ويتضح من هذا المعيار أنه موضوعي ومرن يجعل للقضاء سلطة واسعة في الرقابة على استعمال الحقوق.

وبناءً على ما تقدم يرى الباحث أن المشرع الليبي أخذ بنظرية العامة للتعسف في استعمال الحق، وبالمعيارين الشخصي والموضوعي، مع اختلاف يسير في الألفاظ لا يؤثر على وحدة المعنى، واستعان في صياغتها بما اسقر في الفقه

---

265 فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص347

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الإسلامي من أصول تقوم عليها هذه النظرية، إلى جانب استهدائه بالمذاهب الفقهية الحديث، ونصوص الشرائع الوضعية. وتجدر الإشارة هنا إلى أن الشريعة الإسلامية حددت درجة الضرر الموجب لوصف التعسف أن يكون الضرر فاحش واعتبرته من ضمن معايير التعسف في استعمال الحق، في حين أن القانون الليبي لم ينص على ذلك صراحة وإنما ترك هذا الأمر للقاضي، فقد يكون ضرراً فاحشاً أو غير فاحش ومن ثم يقدر التعويض تبعاً للضرر.

كما أن جل القوانين العربية تكاد تتفق على نفس معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ونخص بذلك بالإضافة إلى القانون الليبي، التقنين المدني المصري، والتقنين السوري، وكذلك التقنين المدني العراقي، ولقد أعطوها مكانا بارزاً بين النصوص التمهيدية، اهتماماً بشأنها؛ وللدلالة على عموميتها وشمولها لجميع أنواع الحق.[266]

جدول توضيحي يبين أوجه الاتفاق والاختلاف بين الشريعة الإسلامية والقانون الليبي في معايير التعسف في استعمال حق الطلاق.

المعايير	أوجه الاتفاق	أوجه الاختلاف
الأصل	إن التعسف في استعمال حق الطلاق عند العلماء القائلين بأن الأصل في	إن معايير التعسف في الفقه الإسلامي مصدرها إلهي، وهي غير قابلة للجدال أو

[266] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص332

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

	الطلاق الحظر غير جائز في الشريعة الإسلامية، ويأثم صاحبه لمخالفة قصد الشارع. لقد أخذ المشرع الليبي بالرأي القائل بأن الأصل في الطلاق الحظر وأنه لا يباح إلا لحاجة واعتبرت المحكمة العليا من يوقع الطلاق دون حاجة أو سبب يدعو له متعسفاً في استعمال هذا الحق.	التأويل، لأنها مستمدة من الكتاب والسنة، وقد وضعها الشارع لكي تتناسب مع الفطرة البشرية، وهي صالحة لكل زمان ومكان. أما القانون الوضعي الليبي فهو من صنع البشر فلا يرفع عنه النقص، وهو قابل للتعديل والإلغاء بناءً على التطورات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية.
معايير التعسف في الطلاق	إذا قمنا بالمقارنة بين ما استنتجناه من معايير في التعسف في استعمال حق الطلاق في الفقه الإسلامي والقانون الليبي، فإننا سنجد تشابهاً	إن معايير التعسف في حق الطلاق في الشريعة الإسلامية أكثر شمولاً منها في القانون الليبي، لأنها بالإضافة إلى قصد الإضرار بالمطلقة، وتحقيق الزوج

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

	كبيراً بينهما وذلك لاحتواء كليهما على قصد الإضرار بالمطلقة، وتحقيق الزوج مصلحة غير مشروعة، وعدم التناسب بين ما يصيب الزوج والمطلقة من ضرر.	مصلحة غير مشروعة، وعدم التناسب بين ما يصيب الزوجين من ضرر، امتازت الشريعة الإسلامية بمعيار الضرر الفاحش الذي يلحق بالمطلقة. أما بالنسبة للقانون الليبي فقد أقتصر على المعايير الثلاثة الأولى دون أن يتعرض لمعيار الضرر الفاحش وترك هذا الأمر للقاضي.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

3- جواز التعويض عن الطلاق

أ- أساس التعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية

هذه المسألة لم ترد على ألسنة الفقهاء الأقدمين بهذا النص، بمعنى أنهم لم يرتبوا على الطلاق تعويضاً مالياً يعطى للزوجة، إضافة لحقوقها التي رتبها الشارع، من نفقة عدة، ومهر مؤجل، ومتعة، عند من يقول بالمتعة للمدخول بها أو لكل مطلقة، وأجرة الحضانة، والرضاعة، وحق السكن، أما أن يقول أحد منهم بأنه يجب على الزوج المطلق أن يدفع لزوجته المطلقة مبلغاً من المال، تعويضا لها على ما أصابها من ضرر نتيجة الطلاق، فهذا ما لم يرد بشأنه فتوى من أي فقيه من فقهاء الشريعة الأقدمين.[267]

ولكن اتفق الفقهاء على أن الطلاق تعتريه الأحكام الشرعية الخمسة، فعندهم قد يكون الطلاق واجباً، وقد يكون محرماً، وقد يكون مكروهاً، وقد يكون مندوباً، وقد يكون مباحاً.[268] بحسب الحالات والظروف والأشخاص والأسباب الداعية له، ولكنهم اختلفوا في أصل الطلاق هل هو مباح أم محظور؟ فذهب بعضهم إلي أن الأصل فيه الإباحة، فإذا خلا عن الأسباب، وانتفت عنه الدواعي والظروف المحيطة بالزواج فإن الطلاق يكون مباحاً، وبناءٍ على ذلك فإن الرجل إذا طلق

---

267 عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص178

268 سعيد محمد الجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، ج/2، (الخمس – ليبيا، مطابع عصر الجماهير، الطبعة الثانية، 1988م)، ج/1، ص51

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

زوجته فلا شيء عليه سواء كان الطلاق لحاجة أم لغير حاجة، وذهب آخرون إلى أن الأصل في الطلاق الحظر، وأنه لا يباح إلا لحاجة، وعليه فإن طلق الرجل زوجته بغير حاجة فإنه يرتكب معصية، ويأثم ديانة أمام رب العالمين.[269] وهناك رأى يقول إذا تعسف الزوج في استخدام حق الطلاق وأوقعه دون مسوغ شرعي كان ملزماً بالمتعة وهي تقابل التعويض في القانون المدني ومفهومها هي: "ما يعطيه الزوج لمطلقته ليجبر بذلك الألم الذي حصل لها بسبب الفراق".[270] وهي بمثابة تعويض عما لحق المرأة من ضرر، وللترفيه عنها بسبب مصابها، وأصحاب هذا الرأي يقولون إن متعة الطلاق هي من أوضح الصور الشرعية والأحكام الفقهية لتعويض المرأة عن الطلاق، وهي العلاج الفقهي للتخفيف عما أصابها من أضرار مادية ومعنوية، وأن هذه المتعة شاملة لكل مطلقة، وخاصة إذا أخذنا بأوسع المذاهب في هذا الموضوع وهو قول الإمام أحمد ورأى الظاهرية.[271]

وقد دلت كثيراً من الآيات على المتعة للمطلقة، قال الله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾[272] وقال سبحان وتعالى: ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ

---

269 محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، (دار المكتبي – دمشق – سوريا، الطبعة الأولى، 1418هـ /1998م)، ص9

270 محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، مرجع سابق، ص81

271 محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، مرجع سابق، ص87

272 سورة البقرة، الآية: (241)

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾[273] وقال تعالى: ﴿ يا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْواجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَياةَ الدُّنْيا وَزِينَتَها فَتَعالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَراحاً جَمِيلاً﴾[274]

ولكن هذا الرأي عليه مأخذ ويؤيده الباحث، لأن التعويض أمر يختلف عن المتعة، وهناك فرق بين وجوب التعويض للمطلقة بائناً بدون سبب شرعي كحق من حقوقها المشروعة، وبين استحباب المتعة للمطلقة بسبب أو بدون سبب، بقصد إزالة الوحشة من قلبها نتيجة المفارقة، إظهاراً لحسن الخلق والمعاشرة بالمعروف في المدخول بها، وكبدل للمهر في غير المدخول بها التي لم يسم لها مهر حين العقد. أما التعويض فهو أمر زائد عن كل ذلك، وهو مرتبط بالضرر الواقع على الغير، نتيجة لاستعمال الحق المشروع، وهو داخل في نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي.[275]

بينما يرى فريق آخر من العلماء المعاصرين، أنه إذا طلق بغير حاجة فإنه يتجاوز حدوده، ويخرج عن أحكام الشرع، مما يوجب الحكم عليه بالتعويض عن الضرر الذي لحق بالزوجة.[276] والذي يهمنا من هذه الآراء هو الرأي الأخير لأنه

---

273 سورة البقرة، الآية: (236)

274 سورة الأحزاب، الآية: (28)

275 عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص178

276 محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، (دار المكتبي – دمشق – سوريا، الطبعة الأولى، 1418هـ /1998م)، ص9

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

هو موطن الإشكال في هذا البحث، فقد قضت حكمة الله وجود مشروعية الطلاق، فهو إذن حق مشروع كما مر معنا ولكن للحاجة، وليس من المروءة والإنسانية، ولا من الإيمان أن يتزوج شخص بامرأة، ولغير سبب يطلقها، فهو باستعماله ذلك الحق الذي أعطي له قد أساء إلى الحق، وإلى نفسه، وإلى غيره.[277] فالمقصود بالتعويض في هذه المسألة، هو إلزام الزوج المطلق بدفع مبلغ من المال تعويضاً عن الضرر اللاحق بالآخرين، إذا توفرت المعايير التي ذكرتها وشروط التعويض، نتيجة استعماله لحقه المشروع لغاية غير مشروعة، أو مناقضة لحكمة الشارع.[278] وهذا هو المقصود بالتعسف في استعمال الحق بشكل عام، حيث عرفه بعض العلماء المعاصرين كما ذكرنا سابقاً بأنه: مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل.[279]

فإذا استعمل الزوج هذا الحق المشروع بدون سبب شرعي، ولغير حاجة، يكون قد ناقض مقصد الشارع من مشروعية حق الطلاق، وبذلك يكون متعسفاً في استعمال حقه، والتعسف يلحق الضرر بالغير، والضرر يزال شرعاً، فإذا أمكن

---

277 محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، مرجع سابق، ص10

278 عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص179

279 فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص87

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

رفعه يجب رفعه لقول الرسول صلى الله عليه وسلم (لا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ)[280] وإذا لم يمكن رفعه كما في مسألة الطلاق، فإنها حكم شرعي ولا يملك أحد إبطاله، فلا يبقى سوى إزالة آثار الضرر بشيء آخر وهو التعويض للمتضرر عما لحقه من ضرر، جزاء استعمال الحق لغاية غير مشروعة.

والتعسف مرتبط بالضرر، فحيث لا يوجد الضرر من الطلاق، أو كان بسبب شرعي مقبول فلا قائل بالتعويض، لأنه لا تعسف هنا، أما إذا حصل الضرر للمطلقة، بأن كان طلاقها بدون أي سبب، ولغير حاجة، وهي بذلك ستحرم من نعمة النكاح، ويكسر قلبها بالفراق، إضافة إلى عدم رغبة الأزواج بها، وربما اتهامها بأنها ما طلقت إلا لريبة أو تهمة، فعندئذ يتحقق الضرر من الطلاق، وهو واجب الإزالة، وقد تعذر إزالة عين الضرر كما ذكرنا، فيجب إزالة آثاره بالتعويض.[281]

ب- أساس التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون الليبي

إن الناظر في قانون الزواج والطلاق الليبي لا يجد نص صريح يتعلق بالتعويض عن الطلاق التعسفي، وهذا مأخذنا عليه، ولكن إذا نظرنا إلى مصادر الالتزام في القانون المدني الليبي نجدها تتثمل في العقد، والإرادة المنفردة، والعمل غير المشروع،

---

280 مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، موطأ الإمام مالك، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، (بيروت – لبنان – دار إحياء التراث العربي، ب/ط، 1406 هـ / 1985 م)، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، حديث رقم: (31)، ج/2، ص745

281 عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص181

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

والكسب دون سبب، والقانون، وهذه المصادر تنتج عن العمل القانوني أو الواقعة القانونية. والقانون كمصدر للالتزام يستند المشرع في إقراره إلى اعتبارات اجتماعية واقتصادية وإنسانية نابعة من المجتمع الذي يصدر فيه القانون.

وإذا حاولنا البحث في الأساس القانوني للتعويض عن الطلاق التعسفي سنجد أنه التزام يجد أساسه ومصدره في نصوص القانون المدني إذا هو التزام فرضه القانون، وهو تطبيق للمسؤولية عن الخطأ وفكرة التعسف في استعمال الحق.

فإذا نظرنا إلى أركان المسؤولية في القانون، لوجدنا أن المشرع الليبي قد وضع القاعدة التي بنى عليها التعويض في نص المادة (166) وهي تنص على أن "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض".[282] وبناءً على ذلك تكون موجبات التعويض في القانون ثلاثة شروط وهي: الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية بينهما.[283]

وبالإضافة إلى هذا النص فإننا عند الرجوع إلى المصادر الاحتياطية المنظمة لأحكام الزواج والطلاق في التشريع الليبي فإن هذه المسألة يحكمها أمرين:

الأمر الأول: القاعدة العامة للاستعمال المشروع للحق في القانون المدني الليبي، ولا يخرج الطلاق عن كونه حق من الحقوق المقيدة؛ إذ نص المشرع على ذلك

---

282 القانون المدني الليبي، نشر في الجريدة الرسمية، 20 فبراير، 1954م، المسؤولية عن الأعمال الشخصية، المادة (166)، قاعدة عامة، "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض"

283 سيد آمين المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن، مرجع سابق، ص96

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

قائلاً: " من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر ".[284]

وفي المادة الخامسة من نفس القانون بين الاستعمال غير المشروع للحق بقوله: (يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:

أ- إذا لم يقصد به سوي الإضرار بالغير.

ب- إذا كان المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

ج- إذا كان المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة).[285]

الأمر الثاني: القضاء، حيث رجح وجاء قضاؤه موافقاً للرأي الذي اعتبر الأصل في الطلاق الحظر، وقضى بوجوب تحقق هذا القيد، ورتب جزاء على مخالفته، وهو ما اعتمدته المحكمة العليا، وكذلك المحاكم الأدنى درجة.[286]

وفي هذا قضت المحكمة العليا بنص صريح قائلة: " من المقرر شرعاً أن من أوقع الطلاق بغير حاجة إلى الخلاص، فطلاقه واقع وهو آثم شرعاً، وإثمه دليل على أنه أساء استعمال الحق الذي جعله له الشارع، ولم يستعمل حقه على الوجه المشروع، وإذا كان ثمة دليل على إساءته استعمال الحق، فكل مطلق آثم شرعاً

---

284 المادة (4) من القانون المدني الليبي، نشر في الجريدة الرسمية، 20 فبراير، 1954م.

285 المادة (5) من القانون المدني الليبي، نشر في الجريدة الرسمية، 20 فبراير، 1954م.

286 الهادي على زبيدة، أحكام الأسرة في التشريع الليبي، ج/3، (دار البدر – طرابلس – ليبيا، الطبعة: الأولى، 1434هـ / 2013م)، ص50

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

بإيقاعه طلاقه؛ لأنه أساء استعمال الحق، فإذا ترتب ضرر للمطلقة يلزم بتعويض هذا الضرر، أما إذا طلق لحاجة إلى الخلاص، أو لم يترتب للمطلقة ضرر، فلا تعويض"[287]

وأكدت على توجيهها هذا بما لا يدع مجالاً للشك بقولها: " لما كان الضرر ركناً من أركان المسؤولية، وكان ثبوته شرطاً لازماً لقيامها، ومن ثم القضاء بالتعويض، وكان قضاء هذه المحكمة قد جرى بأن تأثيم الشرع لإيقاع الطلاق بغير حاجة إلى الخلاص، دليل على إساءة استعمال الحق تستوجب التعويض عن الضرر المترتب عليها"[288]

والمحاكم الأدنى درجة اقتفت أثر المحكمة العليا فيما ذهبت إليه، ولقد تبين معنا ذلك فيما سردنا من قضايا سابقاً، وذلك أن قضاء المحكمة العليا ملزم للمحاكم الأدنى درجة ولا يجوز لها مخالفته فيعد قضاؤها مفسراً ومكملاً لنصوص القانون في حالة غياب النص ، وهذا ما أكد عليه المشرع في نص المادة: (31) من القانون رقم 6 لسنة 1982م بإعادة تنظيم المحكمة العليا على أن (تكون المبادئ القانونية التي تقررها المحكمة العليا في أحكامها ملزمة لجميع المحاكم وكافة الجهات الأخرى).[289] وهذا النص جاء واضحا في الدلالة على أن المشرع الليبي

---

[287] المحكمة العليا، طعن شرعي، (مجلة المحكمة العليا، 1994م)، ع/1، 2، ص16

[288] المحكمة العليا، طعن شرعي، 2001/6/28م، الطعن رقم 48/12

[289] المحكمة العليا، المادة 31 من القانون رقم82/6، عدد 32، طعن رقم 105/34، 1987م، ص123

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

يقصد إضفاء صفة الإلزام القانوني على المبادئ التي تقررها المحكمة العليا في أحكامها، وجعلها كالقوة الملزمة للقوانين ، أي أن مبادئ المحكمة العليا الواردة في الأحكام تعتبر مصدرا من مصادر التشريع في ليبيا في حالت غياب النص القانوني.

يتضح مما تقدم أن القضاء هو من أرسى مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي، حيث وضع بذلك مكاناً بارزاً لنظرية التعسف في استعمال الحق، فهو لم يقصر هذه النظرية على جانب معين من القانون المدني، وإنما بسطه على عدة نواحي، فهو بذلك يجزم بأن هذه النظرية تنطبق على روابط الأحوال الشخصية، كما تنطبق على الروابط المالية، وأنها تسري في شأن الحقوق العينية سريانها في شأن الحقوق الشخصية، وأنها لاتقف عند حدود القانون الخاص بل تجاوزه إلي القانون العام، وقد ساعدها على اختيار هذا المسلك، إقرار الشريعة الإسلامية لنظرية التعسف في استعمال الحق بوصفها نظرية عامة، وعناية الفقه الإسلامي بصياغتها صياغة تضاهي إن لم تفق في دقتها وإحكامها أحدث ما أسفرت عنه مذاهب فقهاء الغرب.[290]

التعويض عن الطلاق التعسفي في بعض القوانين العربية

لقد قامت بعض التشريعات العربية بوضع معايير خاص للتعويض عن الطلاق التعسفي، ومن ضمن هذه القوانين القانون السوري، حيث نص على

---

290 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام، مرجع سابق، ج/1، ص840

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ذلك صراحةً في المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية رقم 59 لسنة 1953م والمعدل بالقانون رقم 34 لسنة 1975 على أنه " إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقة جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حاله ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لا مثالها فوق نفقة العدة وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهريا بحسب مقتضى الحال"

وقررت محكمة النقض السورية أنه يشترط لاعتبار الطلاق تعسفياً:

أ- أن يقع دون سبب معقول، ب- وأن يؤدي بالمطلقة إلى الفاقة والاحتياج، كما قررت أن فقدان أحد الشرطين المحددين للحكم بالتعويض عن طلاق التعسف يحول دون الحكم بالتعويض.[291]

وأيضاً بالإضافة إلى القانون السوري، قضت بعض المحاكم المصرية بتعويض المطلقة التي يطلقها زوجها بدون سبب ظاهر يدعو إلى الطلاق، بناءً على أن الطلاق وإن كان مفوضاً للزوج بحسب أحكام الشريعة لكنه مقيد بالحاجة التي تدعو إليه فإذا طلق الزوج بدون سبب ظاهر يدعو إلى الطلاق كان مسيئاً في استعمال الحق المخول له شرعاً، فيكون ملزماً بتعويض الضرر مادياً وأدبياً.

---

291 سعيد محمد الجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، ج/2، (الخمس – ليبيا، مطابع عصر الجماهير، الطبعة الثانية، 1988م)، ج/1، ص53

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

في حين قضت بعض المحاكم الأخرى بعدم لزوم التعويض بناءً على رأى الفقهاء الذين يقولون بأن الأصل في الطلاق الإباحة ولا يتقيد بالحاجة الداعية إليه فالمطلق بدون سبب ظاهر يستعمل حقه المخول له شرعاً ولا توجد منه إساءة تستوجب مسؤوليته عن الضرر الذي يلحق الزوجة بسبب الطلاق.[292]

وقد ألزم أيضاً قانون الأحوال الشخصية الأردني الزوج بدفع تعويض مناسب للزوجة المطلقة في المادة (134) ونصها: (إذا طلق الزوج زوجته تعسفاً كأن طلقها لغير سبب معقول وطلبت من القاضي التعويض حكم لها على مطلقها بتعويض لا يقل عن نفقة سنة ولا يزيد على ثلاث سنوات ويراعى في فرضها حال الزوج عسراً ويسراً ويدفع جملة إذا كان الزوج موسراً وأقساطاً إذا كان الزوج معسراً ولا يؤثر ذلك على حقوقها الزوجية الأخرى)[293]

وجاء في القانون التونسي في (الفصل 31) يحكم بالطلاق بأمور منها:

1- تراضي الزوجين.
2- بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل من ضرر.
3- بناء على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به.

---

292 محمود على السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، (دار الفكر – عمان – الأردن، الطبعة: الثالثة، 1431هـ /2010م)، ص179

293 محمود على السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق178

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وتقضي لمن تضرر من الزوجين بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجم عن الطلاق في الحالتين المبينتين بالفقرتين الثانية والثالثة أعلاه.[294]

يتضح مما سبق أن أغلب القوانين العربية قد ألزمت الزوج بالتعويض عن الطلاق التعسفي، إلا أن الباحث يرى أنه هناك مأخذ على القانون السوري وذلك فيما يخص أحد معايير التعسف التي ذكرناها آنفاً. حيث أنه خلط بين التعويض عن الضرر الناشئ عن التعسف في استعمال الحق وبين التعويض عن الضرر الذي يصيب الزوجة الفقيرة من البؤس والاحتجاج عند تطليق الزوج الذي كان ملزم بنفقتها، وربطت أحدهما بالآخر مما يفهم معه أن طلاق التعسف لا يكون إلا في الصورة التي يتوافر فيها الشرطان السابقان بدليل أن فقدان أحدهما يحول دون التعويض.

والحق أن الطلاق بدون سبب يدعو إليه إذا جاز اعتباره تعسفاً في استعمال الحق مستوجبا للتعويض، فلا يؤثر فيه كون الزوجة غنية أو فقيرة لأن الضرر منه واقع في جميع الأحوال، وذلك لأن العلاقة منفكه بين وضع الزوجة المادي وبين تعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق حين يطلق بدون سبب.

وأخيراً وليس أخراً نختم بحثنا هذا بما يراه الباحث واستقاه من بعض العلماء، أن التعويض عن الطلاق التعسفي يرتبط بنظرية التعسف في استعمال الحق، وهو تعويض مالي فيه معنى العقوبة على أمر محظور شرعاً بحسب الأصل، عند من يرى

---

[294] محمود على السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق178

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ذلك من الفقهاء، والعقوبة إنما وضعت للزجر والردع؛ فإذا رئي ترجيح مذهب من يقول أن الطلاق محظور شرعاً، يكون إيقاعه دون سبب شرعي معصية لأمر الشارع، والتعويض المفروض في هذه الحالة فيه معنى العقوبة حتى لا يقدم المسلم على تلك المعصية؛ لأنه إذا علم أن الحاكم سيفرض عليه مبلغاً من المال يعطى لمن أضر به إذا أوقع الطلاق متعسفاً، امتنع عن التسرع في ذلك واحتاط حتى لا يتعمد الإضرار بالغير، وفي هذا مصلحة له ببقاء نكاحه وحفظ ماله الذي أنفقه في الزواج، واجتماع شمله بأسرته وأولاده، وفيه أيضاً مصلحة للأسرة والمجتمع ببقائه متماسكاً تظلله المودة، لأن الطلاق يورث البغضاء والعداوة بين الأسر والأهل.

ولا شك أن تحقيق المصلحة للفرد والجماعة مما يجب على القانون مراعاته شرعاً، فيكون الحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي مستنداً للمصلحة في هذه الحالة.[295]

كما تجدر بنا الإشارة على أنه يجب على الحاكم أن ينظر باستمرار إلى مآل تطبيق هذا الحكم في الواقع المعاش، فإذا رأى أنه يحقق هذه المصلحة بأن يضيق باب الطلاق بلا حاجة ويمنع من التسرع في هذا الأمر الخطير، الذي يمس المجتمع بأسره، ويحقق قصد الشارع من مشروعية الطلاق، أصد فيه قانون خاصاً وطبقه على الناس، حكماً سياسياً يستند إلى المصلحة المشروعة، واعتماداً على رأى من

---

[295] عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص185

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

قال به من فقهاء المسلمين من قبيل التخيير من الآراء الفقهية الإسلامية، وتبني الأحكام في المسائل المختلف فيها، لا تقليداً لأعداء المسلمين أو أعجاباً بأنظمتهم، أما إذا رأى نتيجة التطبيق، أن هذا الحكم لا يحقق المصلحة، ولكنه يضيق الأمر على فقراء الأمة دون أغنيائها، حيث يمنعهم عدم المال من الأقدام على الطلاق، وقد يكون له ما يبرره، إلا أن الناس يفضلون إخفاء مثل هذه المبررات الخاصة حفاظاً على سمعة الأسرة والأولاد، أو كان مآله لا يحقق مقاصد الشارع، فإن الحاكم في مثل هذه الحالة يعدل عن حكم التعويض، ويرجع إلى ما يحقق مصلحة المسلمين، طالما أنه حكم فقهي مختلف فيه، وفي ذلك مراعاة أحوال الناس، وتيسير عليهم، وعمل بمبدأ مآلات الأفعال، وأن النظر فيها معتبر مقصود شرعاً، وهو أصل من أصول السياسة الشرعية أيضاً.[296]

مما تقدم يمكن وضع جدول توضيحي يبين الأساس والجزاء المترتب عن الطلاق التعسفي، في الشريعة الإسلامية والقانون الليبي.

التعويض	الشريعة الإسلامية	القانون الليبي
الأساس	إن الأساس الذي بني عليه التعويض عن الطلاق التعسفي هو نظرية التعسف في	أساس التعويض عن الطلاق التعسفي هو المادة الخامسة من القانون المدني والتي تبين

[296] عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص185

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

	استعمال الحق والتي تتضمن في طياتها القاعدة الفقهية الكلية "لا ضرر ولا ضرار" وما يندرج تحتها من قواعد.	الاستعمال الغير مشروع للحق، وكذلك أيضاً نص المادة مائة وستة وستون: كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض.
الجزاء	إن الجزاء المترتب عن الطلاق التعسفي يكون في الدنيا والآخرة، فيكون في الدنيا بالتعويض لجبر الضرر وإزالة أثره، وفي الآخرة مسؤول عن ذلك، لأنه أثماً بمخالفة قصد الشارع من إباحة الطلاق.	إن الجزاء المترتب عن الطلاق التعسفي هو التعويض عن الضرر فقط، بحيث يلزم الزوج بدفع مبلغ مالي للمطلقة جراء ما سببه لها من ضرر مادي أو معنوي بحيث يكون هذا المبلغ مناسباً وكافياً لجبر هذا الضرر.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفصل الخامس: الخاتمة

أ- النتائج

1) معايير التعسف في استعمال حق الطلاق في الفقه الإسلامي والقانون الليبي هي كالتالي:

أ- معايير التعسف في استعمال حق الطلاق في الفقه الإسلامي:

1. تمحض قصد الإضرار بالمطلقة.
2. استعمال حق الطلاق في غير المصلحة التي شرع من أجلها.
3. الضرر الفاحش الذي يلحق بالمطلقة.
4. اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة.

ب- معايير التعسف في استعمال حق الطلاق في القانون الليبي:

1. إذا لم يقصد بالطلاق سوى الإضرار بالزوجة.
2. إذا كان المصالح التي يرمي إلى تحقيقها الزوج قليلة الأهمية.
3. إذا كان المصالح التي يرمي إلى تحقيقها الزوج غير مشروعة.

2) إن مفهوم التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي أوسع منه في القانون الوضعي الليبي، مما يجعل وجود أوجه تشابه واختلاف بينهما سنذكرهم فيما يلي:

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

أ- أوجه الاتفاق

1. إن التعسف في استعمال حق الطلاق عند العلماء القائلين بأن الأصل في الطلاق الحظر غير جائز في الشريعة الإسلامية، ويأثم صاحبه لأنه خالف قصد الشارع.

وبناءً على ذلك أخذ المشرع الليبي بالرأي القائل بأن الأصل في الطلاق الحظر وأنه لا يباح إلا لحاجة، واعتبرت المحكمة العليا من يوقع الطلاق دون حاجة أو سبب يدعو له تعسف في استعمال الحق.

2. إذا قمنا بالمقارنة بين ما استنتجناه من معايير في التعسف في استعمال حق الطلاق في الفقه الإسلامي والقانون الليبي؛ فإننا سنجد تشابهاً كبيراً بينهما، وذلك لاحتواء معايير كليهما على قصد الإضرار بالمطلقة، وتحقيق الزوج مصلحة غير مشروعة، وكذلك عدم التناسب بين ما يصيب الزوج والمطلقة من ضرر.

وهذا التشابه في المعايير راجع إلى اعتبار الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر التشريع في القانون الليبي، وبناءً على هذا فإن المشرع الليبي قام باستخلاص هذه المعايير من الشريعة الإسلامية، وقد أولاها القانون الليبي مكاناً بارزاً بين نصوصه التمهيدية اهتماماً بشأنها؛ وللدلالة على عموميتها وشمولها لجميع أنواع الحق، بما فيها حق الطلاق والتعسف فيه.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ب- أوجه الاختلاف

1. وإن معايير التعسف في الفقه الإسلامي مصدرها إلهي، وهي غير قابلة للجدال أو التأويل، لأنها مستمدة من الكتاب والسنة، وقد وضعها الشارع لكي تتناسب مع الفطرة البشرية، وهي صالحة لكل زمان ومكان.

أما القانون الوضعي الليبي فهو من صنع البشر، فلا يرفع عنه النقص، وهو قابل للتعديل والإلغاء بناءً على التطورات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية.

2. إن معايير التعسف في حق الطلاق في الشريعة الإسلامية أكثر شمولاً منها في القانون الليبي لأنها بالإضافة إلى قصد الإضرار بالمطلقة، وتحقيق الزوج مصلحة غير مشروعة، وعدم التناسب بين ما يصيب الزوجين من ضرر، امتازت الشريعة الإسلامية بمعيار الضرر الفاحش الذي يلحق المطلقة.

3. أما بالنسبة للقانون الليبي فقد أقتصر على المعايير الثلاثة الأولى دون أن يتعرض لمعيار الضرر الفاحش.

3) جواز التعويض عن الطلاق التعسفي عند علماء الفقه الإسلامي المعاصرين، والقائلين بأن الأصل في الطلاق أنه محظور شرعاً، ولا يباح

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

إلا لحاجة. وقد أخذ بهذا الرأي القضاء الليبي المتمثل في المحكمة العليا، والمحاكم الأدنى درجة.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ب- التوصيات

1- يجب على المشرع الليبي أن يواكب المستجدات المعاصرة، ونخص بذلك قانون الزواج والطلاق، وينبغي عليه وضع معايير خاصة بالطلاق التعسفي يسترشد بها القاضي في الحكم، ولا يجعل هذا الباب مفتوحاً دون ضوابط لأن هذا الأمر سيؤدي إلى الاختلاف في إصدار الأحكام في المحاكم الليبية مما ينتج عنه تنازع وتضارب في الأحكام.

2- نطلب من المشرع الليبي أن ينظر باستمرار إلى مآل تطبيق الحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الواقع المعاش، فإذا رأى أنه يضيق باب الطلاق بلا حاجة ويمنع من التسرع في هذا الأمر الخطير، الذي يمس المجتمع بأسره، أصدر فيه قانوناً وطبقه على الناس، حكماً سياسياً يستند إلى المصلحة المشروعة، أما إذا رأى أن هذا الحكم لا يحقق تلك المصلحة، ولكن يضيق الأمر على فقراء الأمة دون أغنيائها، حيث يمنعهم عدم المال من الأقدام على الطلاق، وقد يكون له ما يبرره، أو كان مآله لا يحقق مقاصد الشارع، فإن على المشرع أن يعدل عن حكم التعويض ويرجع إلى ما يحقق مصلحة المسلمين.

3- يوصي الباحث البحاث من بعده الانطلاق من المرحلة التي انتهى إليها بدراسة إشكالية آليات تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي استكمالاً للجهد الذي بذله والنتائج التي توصل إليها. والحمد لله رب العالمين.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: الكتب

إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين، لمبدع في شرح المقنع، ج/8، (بيروت – لبنان – دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1418 هـ - 1997 م).

إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، الموافقات، تحقيق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ج/7، (عمان –الأردن - دار ابن عفان، الطبعة الأولى: 1417هـ/ 1997م).

إبراهيم مصطفي وآخرون، المعجم الوسيط، (إسطنبول – تركيا - دار الدعوة، الطبعة: الثانية، 1989م).

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، رد المحتار على الدر المختار، ج/6، الطبعة الثانية، (دار الفكر- بيروت، 1412هـ/1992م).

أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهانى، المفردات في غريب القرآن، تحقيق صفوان عدنان الداودي، (دمشق – بيروت – دار القلم، الطبعة: الأولى - 1412 هـ).

أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج/4، (القاهرة – مصر – دار الحديث، ب/ط، 1425هـ - 2004 م).

أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي، جمهرة اللغة، تحقيق رمزي منير بعلبكي، ج/3، (بيروت – لبنان – دار العلم للملايين، الطبعة: الأولى، 1987م).

أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي، جمهرة اللغة، تحقيق رمزي منير بعلبكي، ج/3، (بيروت – لبنان – دار العلم للملايين، الطبعة: الأولى، 1987م).

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي، سنن أبي داود، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، ج/4، (صيدا – بيروت – المكتبة العصرية، بدون).

أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي، سنن النسائي، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، ج/9، (حلب – سورية – مكتب المطبوعات الإسلامية، الطبعة: الثانية، 1406 هـ-1986م).

أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله النيسابوري المعروف بابن البيع، المستدرك على الصحيحين، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، ج/4، (بيروت – لبنان – دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1411هـ - 1990م).

أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني لابن قدامة، ج/10، (مكتبة القاهرة – بدون، 1388هـ - 1968م).

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك حاشية علي الشرح الصغير للشيخ أحمد الدردير، ج/4، (بيروت – لبنان – دار المدار الإسلامي، الطبعة الثانية: 2002م).

أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، أحكام القرآن، تحقيق محمد صادق القمحاوي، ج/،3 (بيروت لبنان – دار إحياء التراث العربي، تاريخ الطبع: 1405 ه).

أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين، مجمل اللغة لابن فارس، تحقيق: زهير عبد المحسن سلطان، ج/2، (بيروت – لبنان – مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية – 1406 ه/ 1986 م).

أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، ج/6، (دمشق- سوريا – دار الفكر، ب/ط، 1399هـ – 1979م.).

أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج/2، (بيروت – لبنان – المكتبة العلمية، ب/ط، ب/ت).

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، (الطبعة الأولي، عالم الكتب، 1429 هـ - 2008 م).

أحمد موافق، الضرر في الفقه الإسلامي، (الخبر – السعودية – دار ابن عفان، الطبعة: الأولي، 1418 هـ/ 1997م).

أيمن مصطفي الدباغ، التعسف في الطلاق، مجلة جامعة الأقصى، (نابلس – فلسطين – سلسلة العلوم الإنسانية، 2014م).

بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، (القاهرة – مصر – دار التأليف، الطبعة: الثانية، 1381هـ/ 1961م).

تقي الدين أبو العباس ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي، الفتاوى الكبرى لابن تيمية، ج/6، (بيروت – لبنان - دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1408هـ - 1987م).

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

جمعة محمد بشير، الأحوال الشخصية الزواج والطلاق وآثارهما في القانون والشريعة الإسلامية، (الزاوية – ليبيا – منشورات المكتبة الجامعية، ب/ط، 2009م).

جميل فخري جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، (عملن – الأردن – دار الحامد، ب/ط، 2008).

زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، مختار الصحاح، تحقيق يوسف الشيخ محمد، الطبعة الخامسة، (المكتبة العصرية – بيروت، 1420هـ/1999م).

ساجدة عفيف العتيلي، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، (أطروحة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس – فلسطين، 2011م).

سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، ج/2، (مصر – مكتبة صبيح، دون طبعة وبدون تاريخ).

سعيد محمد الجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، ج/2، (الخمس – ليبيا، مطابع عصر الجماهير، الطبعة الثانية، 1988م).

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

سـيد آمـين المسـؤولية التقصـيرية عـن فعـل الغـير في الفقـه الإسـلامي المقارن، (ب/ط، ب/ت).

السـيد سـابق، فقـه السـنة، (القـاهرة – مصـر – دار الفـتح للإعـلام العربي، الطبعة: الحادية عشر، 1414هـ/1994م).

الشـافعي أبـو عبـد الله محمـد بـن إدريـس المطلـبي القرشـي المكـي، الأم، ج/8، (بـيروت – لبنـان –دار المعرفـة، ب/ط، 1410هـ/1990م).

شـذي مظفـر حسـين، التعـويض عـن الطـلاق التعسـفي في الشـريعة الإسـلامية والقـانون، (العـراق – مجلـة رسـالة الحقـوق العلميـة، المجلد الأول، العدد الأول، 2009م)

شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج/6، الطبعة: الأولي، (دار الكتب العلمية – 1415هـ – 1994م).

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج/5، (بيروت – لبنان – دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، 1424 هـ /2003 م).

عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام، (بيروت – لبنان – دار إحياء التراث العربي، 1952م).

عبد السلام محمد الشريف العالم، الزواج والطلاق في القانون الليبي وأسانيده الشرعية، (بنغازي – ليبيا – منشورات جامعة قاريونس، الطبعة: الثالثة، 1998م).

عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهاً وقضاءً، (دار الفكر العربي – القاهرة، الطبعة الأولى، 1404هـ / 1984م).

عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، (عمان – الأردن – دار النفائس، الطبعة: الأولى، 1418هـ/1998م).

عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني، (بغداد – العراق – وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ب/ط، ب/ت).

عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني، (بغداد – العراق – وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ب/ط، ب/ت).

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

عبد الوهاب حلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، (الكويت – دار القلم، الطبعة الثانية، 1410هـ/1990م).

عطية عبد الله عطية رمضان، موسوعة القواعد الفقهية، (الإسكندرية – مصر – دار الإيمان، ب/ط، 2007م).

علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي، التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، تحقيق عبد الرحمن الجبرين وآخرون، ج/8، (الرياض – السعودية – مكتبة الرشد، الطبعة: الأولى، 1421هـ - 2000م).

على الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، (القاهرة – مصر – دار الفكر العربي، ب/ط، 2000م).

علي أحمد الندوي، القواعد الفقهية مفهومها نشأتها تطورها دراسة مؤلفاتها أدلتها مهمتها تطبيقاتها، (دمشق – سوريا – دار القلم، الطبعة الثالثة، 1414هـ/1994م).

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

علي أحمد عبد العال الطهطاوي، تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار، (بيروت – لبنان – دار الكتب العلمية، الطبعة الأولي: 1424هـ/ 2003م).

علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، (الجزائر – ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، 2003م).

غالب علي الداودي، المدخل إلي علم القانون، (عمان – الأردن – دار وائل للنشر، الطبعة: السابعة، 2004م).

فتحي الدريني، الحق ومدي سلطان الدولة في تقيده، (بيروت – لبنان – مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثالثة، 1404هـ/ 1984م).

فتحي الدريني، النظريات الفقهية، (دمشق – سوريا – منشورات جامعة دمشق، الطبعة: الرابعة، 1417هـ/1998م).

فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، (بيروت – لبنان – مؤسسة الرسالة، الطبعة الرابعة: 1408هـ1988م).

القانون المدني الليبي، نشر في الجريدة الرسمية، 20 فبراير، 1954م،

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الكوني علي عبودا، أساسيات القانون الوضعي الليبي، (طرابلس – ليبيا – المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، الطبعة الأولي، 1997م).

لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، تحقق: نجيب هواويني، (نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي).

مسودة قانون الزواج والطلاق الليبي رقم 10 لسنة 1984م، منشور في الجريدة الرسمية – وصادر بتاريخ 19- أبريل -1984م، والمعمول به من تاريخ النشر.

مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، موطأ الإمام مالك، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، (بيروت – لبنان – دار إحياء التراث العربي، ب/ط، 1406 هـ / 1985 م).

مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادى، القاموس المحيط، (بيروت – لبنان – مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثامنة، 1426 هـ - 2005 م).

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

مجموعة من المؤلفين، الفقه الميسر في ضوء الكتاب والسنة، (السعودية – مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، سنة الطبعة: 1424هـ).

مجيد علي العبيدي، الطلاق التعسفي بين الشريعة والقانون، مجلة الأنبار، (بغداد – العراق – كلية العلوم الإسلامية، 2009م).

محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، (دار الفكر العربي – القاهرة، 1377هـ / 1957م).

محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، (دار الفكر العربي – القاهرة، 1377هـ / 1957م).

محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، ج/5، (بريدة – السعودية – بيت الأفكار الدولية، الطبعة: الأولى، 1430 هـ - 2009 م).

محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، (مكتبة دار البيان، ب/ط، ب/ت).

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي أبو منصور، تهذيب اللغة، تحقيق محمد عوض مرعب، ج/8، (بيروت – لبنان – دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الأولى، 2001م).

محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، صحيح البخاري، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، ج/9، (دار طوق النجاة، الطبعة: الأولى، 1422هـ).

محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري، تاريخ الطبري، تاريخ الرسل والملوك، وصلة تاريخ الطبري لعريب بن سعد القرطبي، ج/11، (بيروت – لبنان – دار التراث، الطبعة: الثانية – 1387 هـ).

محمد بن صالح بن محمد العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، ج/15، (دار ابن الجوزي – السعودية، الطبعة: الأولى، 1422 – 1428 هـ).

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، طه عبد الرؤوف سعد، ج/4، (مكتبة الثقافة الدينية – القاهرة، الطبعة الأولي، 1424هـ / 2003م).

محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، ج/8، (القاهرة – مصر – دار الحديث، الطبعة: الأولى، 1413هـ - 1993م).

محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، مجموعة من المحققين، ج/40، (دار الهداية – بدون).

محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الإفريقي، لسان العرب، ج/15، الطبعة الثالثة، (دار صادر – بيروت، 1414هـ/1993م).

محمد مصطفي عبيد الهوني، قانون الزواج والطلاق، معلقاً عليه بأحكام القضاء وشروح الفقهاء، (بنغازي – ليبيا – دار الكتب الوطنية، الطبعة: الثانية، 2007م).

محمدي فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق، (الجزائر – ب/ط، ب/ت).

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، (عمان – الأردن – دار الفكر، 1431هـ/2010م).

مصطفى الخِنْ، وآخرون، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ج/8، (دمشق – سورية – دار القلم، الطبعة: الرابعة، 1413 هـ - 1992 م).

مصطفي إبراهيم الزلي، مدي سلطان الإرادة في الطلاق في الشرائع والقوانين والأعراف خلال أربعة آلاف سنة، (كردستان العراق – نشر إحسان، الطبعة الأولي 1435هـ/2014م).

مصطفي أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، (دمشق – سوريا – دار القلم، الطبعة: الأولي، 1418هـ/1998م).

مقدم السعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، (الجزائر – المؤسسة الوطنية للكتاب، ب/ط، 1992م).

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون نظرية الحق، (بيروت – لبنان – منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة: الأولي، 2010م).

وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، (دمشق – سوريا – دار الفكر، الطبعة التاسعة: 1433هـ/2012م).

وهبة بن مصطفي الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج/ 10(دمشق – سورية – دار الفكر، الطبعة الرابعة).

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG