

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة مولود معمري - تيزي وزو

كلية الحقوق والعلوم السياسية

إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري
وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية

- رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم -

تخصّص: القانون

إشراف الأستاذ

الدكتور جعفر محمد

إعداد الطالبة

آيت شاوش دليّة

سعيد

لجنة المناقشة

د/كتو محمد شريف، أستاذ، جامعة مولود معمري تيزي وزو.....رئيسا

د/جعفور محمد سعيد أستاذ، جامعة مولود معمري تيزي وزو.....مقرر

د/بن شويخ رشيد، أستاذ، جامعة البليدة.....ممتحنا

د/حداد العيد، أستاذ، جامعة البليدة.....ممتحنا

د/سنيني محمد، أستاذ محاضر"أ"، جامعة البليدة.....ممتحنا

تاريخ المناقشة

2014/06/26

مقدمة

شرَّع الإسلام الزواج وجعله ميثاقاً غليظاً، يلجأ إليه كل من الرجل والمرأة ليجد سعادته واستقراره. ومن بين الأهداف التي شرَّع الزواج من أجلها، تكوين أسرة ذات قواعد متينة تساهم في تكوين مجتمع سليم و متماسك. ولكن جرت السنن الكونية على ألا يكون التماسك والمودة والرحمة مصير كل زواج، فإذا حدث ما يعكّر صفو هذه الأسرة ويهدد تماسكها، بحيث تتوقف عن أداء دورها في المجتمع، وربما يؤدي استمرار اجتماعها إلى عكس غاياتها، في هذه الحالة، شرَّع الإسلام نظاماً آخر يحلّ هذا الإشكال، بحيث ينتجى إليه كل من الرجل والمرأة للبحث عن حياة أفضل، وبأقلّ الأضرار.

شرَّع الإسلام الطلاق بالنسبة للرجل والمرأة، في حين نظرت إليه حضارات قديمة وأديان سماوية أخرى نظرة مغايرة، خاصة عندما يتعلّق الأمر بالمرأة. لقد كان حق المرأة في إنشاء الرابطة الزوجية وإنهائها انعكاساً لوضعها العام في المجتمعات القديمة، حيث كان وضعها العام إجمالاً لا يليق بمكانة الإنسان وكرامته.

إنّ أبلغ ما يمكن الاستدلال به لمعرفة مكانة المرأة عند اليونان مثلاً هو قول فيلسوفهم "أرسطو": "إنّ الطبيعة لم تزود المرأة بأيّ استعداد عقلي يعتدّ به". إذا كانت هذه نظرة فيلسوف الحضارة اليونانية للمرأة فماهي نظرة عامة المجتمع لها؟

لقد كانت المرأة مسلوقة الإرادة في كافة أمور حياتها، فحُرمت من التعليم والإرث. كما كانت الفتاة في عهد الإغريق لا تغادر بيت أهلها إلا ليلة الزفاف، ولم تكن الزوجة اليونانية ترى زوجها إلا في ليلة الزفاف، ولم تكن تخرج من البيت إلا بإذن زوجها، وكان لباسها حجاباً كاملاً لا يظهر منه سوى العين. لم يكن لرأي المرأة أيّ اعتبار في زواجها حيث كان ينوب عنها أشخاص حدّدهم القانون وهم الأب، الأخ لأب والجد الصحيح. وكان الزواج في هذا العهد عقد يبيع موضوعه المرأة وأطرافه الولي والزوج نظير ثمن يقدمه هذا الأخير للولي أو نظير خدمة، وهذا هو المهر. لكن هذه الصيغة بدأت في الاختفاء شيئاً فشيئاً حتى ظهر نظام الدوطة¹ والتي هي مال يمنحه الأب لابنته بمناسبة

¹ - محمود سلام زناتي، المرأة عند قدماء اليونان، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، 1957، ص122.

زواجها¹. وبما أنّ الزواج كان عقد بيع بين ولي المرأة والزوج، فقد كان هذا الأخير يكتسب حق ملكية زوجته، ممّ يخوله سلطات واسعة في التعامل معها والتصرف فيها كأى شيء مملوك له. لقد كان الزوج يمارس سلطاته اللامحدودة اتجاه الزوجة، حيث كان يفرض عليها العقوبة التي يراها مناسبة من حبس وضرب أو طلاقها وتزويجها لمن أراد حال حياته، أو الإيذاء بها لغيره بعد وفاته، بعد أن كان له حق قتلها في العهد القديم². كان الزوج يتمتع بسلطات واسعة في الطلاق بسبب وبدون سبب، كما كان بإمكانه أن يوصي بها لغيره بعد مماته. بل وأغرب من ذلك، فقد كان له الخيار إذا لم تتجب منه أن يطلقها إذا كان العيب فيها، أمّا إذا كان هو السبب في إمكانه التأكد من ذلك بأن يستعين بأحد أقربائه لمعاشرة زوجته لإنجاب الأولاد على أن ينسب هؤلاء له وليس لقريبه³. وبالمقابل كانت هي تتمتع بحق مقيد ببعض الأسباب لتتمكن من طلب الطلاق⁴. من جهة أخرى لم تكن المرأة الرومانية تتمتع بحق الطلاق على الإطلاق في العصر القديم خاصة إذا تزوجت زواجا بالسيادة⁵، عكس الزواج بلا سيادة⁶، ولكنها أصبحت تتمتع به في العصر

¹ - جابر عوض عبد الحميد الجندي، حقوق المرأة في نطاق الأحوال الشخصية "دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي على ضوء الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ص 02.

² - عبد العزيز محمد عزام، الطلاق في الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق، مطبعة الأمانة، القاهرة، 1978، ص 11.

³ - المرجع نفسه، ص 12؛ محمود سلام زناتي، مرجع سابق، ص 125 وما يليها.

⁴ - محمد جمال عطية عيسى، حق المرأة في إنهاء رابطة الزوجية في النظم القانونية الوضعية والشرائع السماوية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 20؛ محمود سلام زناتي، مرجع سابق، ص 130؛ عبد العزيز محمد عزام، مرجع سابق، ص 12؛ جابر عوض عبد الحميد الجندي، مرجع سابق ص 7.

⁵ - تنقرر فيه السيادة للزوج على زوجته، وكان يتم بواسطة الزواج الديني الذي يتم بين الأشراف فقط، أو بواسطة الشراء والإشهاد، وهذا هو الزواج المدني، محمد جمال عطية عيسى، مرجع سابق، ص 21؛ أحمد أبو الحسن عبد السيد، الشكلية في الشرائع القانونية القديمة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، الإسكندرية، 2008، ص 215.

⁶ - كان هذا الزواج يتم بناء على اتفاق بين رجل وامرأة بحيث تحتفظ فيه هذه الأخيرة بسيادتها ولا تخضع لسلطة زوجها، محمد جمال عطية عيسى، مرجع سابق، ص 22؛ أحمد أبو الحسن عبد السيد، مرجع سابق، ص 218.

الكلاسيكي وبارادتها المنفردة. ولكن بعد انتشار المسيحية واعتناقها من طرف أباطرة الرومان، فإنّ الاتجاه الذي أصبح سائداً ليس منع الطلاق على الإطلاق لأنّ هذا كان يصطدم مع عادات الرومان الراسخة، وإنّما حاول هذا الاتجاه تقييد وتحديد أسباب الطلاق للطرفين، ولكن هذا لم يصل إلى درجة منع الطلاق على من لا تتوفر لديه الأسباب القانونية وإنّما توقيع العقوبات المالية والبدنية عليه إذا طلق أحد الأطراف الآخر دون توفر هذه الأسباب¹.

أمّا الزوجة في الحضارة الهندية فلم يكن لها الحق في تطليق نفسها مهما كانت الأسباب، ومن أغرب ما عرفته الهند أنّ المرأة الهندية كانت تحرق نفسها إذا مات زوجها².

كما كانت الزوجة الصينية تفنع من زوجها بقليل من السعادة، وله أن يطلقها لأي سبب كان وليس لها ذلك. بل كان لها أن تغادر داره وتعود إلى دار أبيها دون طلاق لأنّه كان قليل الوقوع³. وكان يحكم المرأة مبدأ التبعات الثلاث، تتبع أباهما حال صغرها وزوجها في شبابها وتتبع ابنها حال ترمّلها⁴. وهذا الحال بالنسبة للمرأة الصينية لم يدم في كل عهود الصين وإنّما بدأ يتلاشى شيئاً فشيئاً مع التطور والتأثر بالحضارات الأخرى.

أمّا عن الديانات السماوية فقد تأثرت الشريعة اليهودية في العصور المتأخرة بكل من القانون الفرعوني والروماني ثم بالشريعة الإسلامية، حتى أصبح يُسمح للزوجة بأن تطلب

¹ - محمد جمال عطية عيسى، مرجع سابق، ص 26.

² - ياسر محمد إسماعيل الهضيبي، التطور التاريخي والأساس الفلسفي لحقوق الإنسان، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2007، ص 56.

³ - عبد الله المراغي، الزواج والطلاق في جميع الأديان، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، الكتاب 24، القاهرة، 1966، ص 563.

⁴ - ياسر محمد إسماعيل الهضيبي، مرجع سابق، ص 63.

التطليق في مذهبي الطائفتين، أي القرّائين¹ والربّانيين²، مع بعض الاختلاف بين المذهبيين، بعد أن كان لا يُسمح لها بذلك في العصور الأولى للشريعة اليهودية. أمّا المسيحية فقد شرّح فيها الزواج على سبيل الاستثناء لدفع ما قد يتعرّض له المرء من إغواء الشيطان له بالزنا، لأنّ الأصل فيها الرهينة، أي عدم الزواج، حتى يتفرغ كل من المرأة والرجل لعبادة الإله وإرضاء الربّ، لأنّ المتزوج عندهم لا يهتم إلاّ بالأمر الدنيوية ومن بينها إرضاء الزوج الآخر. هذا الاتجاه الخاص بالمسيحية كان لا بدّ له أن يفتح المجال واسعا أمام الطلاق ليرجع المتزوجان للأصل وهو عدم الزواج. لكن المسيحية لم تكن منطقية مع نفسها، ففعلت العكس وغلقت باب الطلاق³.

لم تستطع القوانين والمجتمعات المسيحية الاستمرار في منع الطلاق حيث اضطرت إلى السماح به، لكن لا مجال للحديث في الشريعة المسيحية عن الطلاق لأنها لا تعرف إلاّ التطليق وعند بعض طوائفها فقط ولأسباب معيّنة⁴. فليس للزوج في الشريعة المسيحية أن ينهي العلاقة الزوجية بإرادته المنفردة، عكس ما هو معروف في الشريعتين اليهودية والإسلامية، وليس للطرفين الاتفاق على إنهاؤها، وإنما يتعين دائما تدخل السلطة القضائية⁵.

¹ - ارجع إلى كل من: - جمال محمود الكردي، مصير الطلاق الإسلامي لدى الاحتجاج به في الدول غير الاسلامية، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 92 وما بعدها؛ محمد حسين منصور، قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين في مصر ولبنان، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص 432، 433؛ جميل الشرفاوي، الأحوال الشخصية لغير المسلمين الوطنيين والأجانب، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966، ص 392 إلى 401.

² - المواد: 213، 127، 206، 217، 218، 215، 129، 142، 194، من كتاب الأحوال الشخصية لابن شمعون، نقلا عن محمد جمال عطية عيسى، مرجع سابق، ص 33، 34.

³ - بشير يوسف مصطفى عاشور، حقوق المرأة في التشريع الإسلامي مقارنا بالشرائع الأخرى، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، 1974، ص 713.

⁴ - جورج كامل، الزواج والطلاق في قانون الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس، مجلة المحاماة، العدد 4، السنة 50، أبريل 1970، القاهرة، ص 70.

⁵ - لاشين محمد الغاياتي، دروس في الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، 2000/2001، ص 255.

أسباب ودواعي اختيار موضوع هذا البحث:

1. السبب الأوّل والرئيس هو ميولي لمادة الأحوال الشخصية دون غيرها من المواد في مختلف الفروع القانونية.
2. يكتسي موضوع البحث أهمية خاصة لما له من علاقة وطيدة بالمرأة وبحريّتها وبعلاقتها بالرجل، والذي هو في هذه الحالة زوجها. وتزيد أهمية البحث أكثر عندما يصبح هذا الموضوع معولا سياسيا تستدرج به المرأة إلى صندوق الاقتراع، وعندما تهيجّ به مشاعرها ضدّ الرجل، نصفها الآخر. من أجل هذا قررت الكتابة في هذا الموضوع لأساهم في تبييد ما يشاع حول أحكام قانون الأسرة المستمدّة من الشريعة الإسلامية، وما يدور حوله من إحياءات أحيانا واتهامات مباشرة أحيانا أخرى بأنّه لا يصلح لتنظيم شؤون الأسرة، وأنّه لطالما ظلم المرأة، وحرّمها من حقها في فك الرابطة الزوجية.
3. محاولة إثبات أنّ قانون الأسرة يحتاج أكثر إلى التعديل والإثراء ، لا إلى الإلغاء.
4. لقد عايشت كطالبة في الجامعة في سنوات الثمانينات موجة من التحركات السياسية والجمعية من بعض الأطراف التي تريد أن تكون فاعلة في الساحة الجزائرية سواء كان ذلك سياسيا أو اجتماعيا، ولطالما تردّدت في هذه الموجات فكرة تقييد قانون الأسرة الجزائري للزوجة وعدم منحها حقها في الانفصال عن الزوج. ولطالما طمحت إلى التمكن من الرد على هذه الادعاءات، ثقة مني بأنّ أحكام الشريعة الإسلامية لا يمكن لها أن تظلم المرأة لمجرد كونها امرأة. وقد كنت واثقة أنّه إذا كان ما يثار حقيقة، فإنّ هذا يعود حتما إلى تفريط وقع في قانون الأسرة ليس إلّا. وقد كنت أطمح إلى التمكن من الردّ على ذلك بأسلوب علمي تحليلي وليس بكلام شعبي لا أساس علمي له، وقد وفقني الله لأبحث في هذا الموضوع وقد كان هذا الدافع النفسي الأوّل لاختياري هذا البحث.

إشكالية البحث

شرّع الإسلام الطلاق وجعله، في الأصل، من حقوق الزوج، ولا يجوز الخروج عن هذا المبدأ إلاّ استثناء وفي بعض الحالات فقط¹، حيث يكون للزوجة تطليق نفسها من

¹ - صبري عبد الرؤوف محمد عبد القوي، مشروعية الطلاق، مجلة كئيّة الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، الإسكندرية، العدد 3، 1986، ص 209.

زوجها في حالة التفويض، أو في حالة حلول القاضي محلّ الزوج في إيقاع الطلاق في حالة الإضرار بالزوجة، أو في حالة نفورها من الزوج وتقديمها بدلا للخلاص منه.

وإذا كان للمرأة حق الخلاص من زوجها استثناءً، فهل وسّعت الشريعة الإسلامية من هذه الاستثناءات، لكي تتمتع المرأة بحرية معتبرة في فك الرابطة الزوجية؟ أم أنّها قيّدت ذلك بأسباب ينبغي تحققها ومن الصعب إثباتها؟ وهل ذهبت قوانين الأحوال الشخصية العربية إلى نفس ما ذهبت إليه أحكام الشريعة الإسلامية في التقييد أو في التحرير. وهل تتمتع الزوجة كالزوج بحق أصيل في فك الرابطة الزوجية، أم أنّ أمر مشروط ويخضع لإرادة الزوج؟ وإذا لم يتقيد بإرادة الزوج هل يبقى خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي؟

بعد الإجابة على الإشكالية الأساسية السابقة والتي تتمثل في معرفة موقف الفقه الإسلامي من حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية يبقى لنا التساؤل عما يلي:

- ما هو موقف المشرّع الجزائري من أحكام التفريق القضائي بطلب الزوجة، والتي جاء بها الفقه الإسلامي؟
- هل وفقّ المشرّع الجزائري في كفالة الحقوق الخاصة بالمرأة في مجال فك الرابطة الزوجية، والتي كفلها لها الفقه الإسلامي؟
- ما هو موقع قانون الأسرة الجزائري بين التشريعات العربية في تكريس هذا الحق، بين من فسح لها المجال واسعا ومن ضيّق عليها؟

نطاق البحث:

اتضح لنا، بعد جمع المادة العلمية الخاصة بالبحث وبعد الاطلاع عليها، شساعة الموضوع وصعوبة الإلمام به في دراسة واحدة، ولكن رغم ذلك بدأنا بالبحث فتيقنا أكثر من هذه الشساعة، ولم يكن بإمكاننا حذف بعض المحاور، لأنّ الإجابة على إشكالية البحث الأساسية تستدعي ما يلي:

- ضرورة التعرض لكل الأسباب المؤدية إلى إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة.
- ضرورة التعرض لموقف الفقه الإسلامي من كل سبب من هذه الأسباب.

- ضرورة التعرّيج على مواقف التشريعات العربية التي اتخذناها كنماذج وهي التشريع المصري، المغربي، العراقي، السوري، الإماراتي وبعدها الانتهاء بموقف المشرّع الجزائري من طرق فك الرابطة الزوجية.

منهج البحث:

لقد درج الباحث القانوني في البحوث المقارنة البدء بالجانب القانوني ثمّ التعرض بعد ذلك لرأي الفقه الإسلامي لسبب بسيط، وهو أنّ الفروع القانونية الأخرى لم تستمدّ قواعدها لا إجمالاً ولا تفصيلاً من قواعد الفقه الإسلامي، لذا ونحن نقارنها به فإننا نجد أنفسنا أمام نظامين قانونيين مختلفين تماماً، وهذا عكس قوانين الأحوال الشخصية التي هي في الأصل أحاديث نبوية أو اجتهادات فقهية وأحياناً آيات قرآنية مقنّنة، فلا مفرّ من بدء الدراسة بالفقه الإسلامي لأنّه هو الأصل.

وإذا كان البدء بالجانب القانوني يؤدي الغرض في فروع القانون بقسميه الخاص والعام، فإنّه لا يؤدي الغرض في مجال الأحوال الشخصية، لأنّ المادة الأولى والتي تتكون منها قواعد الأحوال الشخصية هي أحكام الشريعة الإسلامية، لهذا لا يمكن البدء في الدراسة والمقارنة بأحكام القانون ثمّ أحكام الشريعة الإسلامية، لأنّ هذه الأخيرة هي الأصل. ولأنّه ينبغي أولاً معرفة ما إذا نهج المشرّع في سنّه للمواد القانونية أحكام الشريعة، أم أنّه خالفها. فمقارنة المواد القانونية بأحكام الفقه الإسلامي بمثابة مقارنة الفرع بالأصل، ولا يمكن البدء بالفرع ثمّ الانتهاء بالأصل.

لقد اعتمدنا المنهج المقارن على مستوى كل نقاط البحث ومواضيعه، ولن ينجح هذا المنهج إلاّ بالاعتماد، وفي نفس الآن، على المنهج الاستقرائي في أهم أداة من أدواته، وهو المنهج التحليلي. كل هذا تمّ بالتعرض لمختلف الأحكام الفقهية والتشريعات العربية وتحليلها ومقارنتها ببعضها البعض، خاصة بقانون الأسرة الجزائري، وتأصيلها بالعودة إلى مادتها الأولى، والمتمثلة في أحكام الفقه الإسلامي. وهذا لإعطاء دفع جديد للمشرّع الجزائري لكي ينظر بنظرة أكثر واقعية للمادة الأولى لهذا القانون، والتي مازالت تحمل الكثير والكثير للمرأة والأسرة والمجتمع بأسره.

جوانب إيجابية:

- قبل الحديث عن الصعوبات التي واجهتها في البحث، ينبغي القول أنّ مادة الأحوال الشخصية في الجانب الفقهي وفيرة وتساعد الباحث على الإلمام بأي موضوع يختاره، لهذا لم أجد صعوبة في هذا الجانب.
- إنّ استعمال مراجع خاصة ببلد معيّن على حساب بلد آخر، حتى لو كان هذا الأخير يتعلق بقانون الأسرة الجزائري، فإنّ هذا لا يؤثر في الموضوع كثيرا، لأنّ مادة هذه المراجع كلّها واحدة لاعتمادها على الفقه الإسلامي.
- كما أنّ استعمال كتب قديمة النشر لا يؤثر في الموضوع لأنّ الكتب الحديثة تستعمل ذات القواعد والآراء الفقهية، حتى وإن كانت من القرون الماضية.

عراقيل وصعوبات:

- رغم ما سبق ذكره من إيجابيات، فقد واجهتنا بعض الصعوبات:
- ذكرنا أنّنا لم نجد صعوبة في جمع المادة العلمية الخاصة بالجانب الفقهي، إلا أنّ الأمر بالنسبة للمراجع الخاصة بتحليل مواد قانون الأسرة الجزائري قليلة جدا وتكاد تكون منعدمة بالنسبة لبعض المواضيع. فمعظم الكتب المتواجدة في المكتبات لا نجد محتواها يشتمل إلاّ على المواد القانونية وبعض الاجتهادات القضائية وبدون أدنى تعليق أحيانا.
- أمّا أبرز صعوبة وجدناها في هذا البحث، فهي طريقة تقسيمه من حيث الخطة، وتوازنه من حيث مضمون كل قسم والذي تأثر إلى حدّ ما بالإشكال الذي وجدناه أثناء هذا التقسيم. فموضوع البحث يتعلق بأسباب التطبيق وهي متنوعة، وقد حصرها المشرّع الجزائري في 10 أسباب، إضافة إلى الخلع كسبب من أسباب التطبيق، فلم يكن من السهل أبدا تقسيم البحث إلى بابين، وإيجاد المعيار المناسب للتفرقة بين الأسباب التي تدخل في الباب الأوّل والأسباب التي تدخل في الباب الثاني. ولم يكن التقسيم المعتمد في النهاية إلاّ عصارّة تفكير سنوات، لم نستطع خلالها إيجاد حل آخر، إلاّ ما اعتمدناه، والذي لن يخلو هو الآخر من النقد. وهذه الصعوبة هي التي أدّت إلى إفراد ثلاثة فصول في الباب الأوّل وفصلين في الباب الثاني. وهي التي كادت تؤثر سلبا في التوازن بين بعض المباحث لأنّ كل منها يشتمل على موضوع مختلف تماما

عن موضوع المبحث التالي، لتنوع أسباب التطلاق واختلافها عن بعضها البعض موضوعا وحجما وربما أهمية، لكننا حاولنا تفادي ذلك قدر الإمكان.

ولم نبالغ في البحث عن التوازن المطلق لأننا، ونحن نبحت في كل فصول هذا البحث ومباحثه، لم نفكر في أي لحظة في الحشو أحيانا ولا في بتر بعض الأفكار أحيانا أخرى ليتلاءم هذا الفصل مع ذلك، أو ذاك المبحث مع الآخر لأننا نؤمن بحرية البحث، وبأن لكل موضوع حدّ معين من الإسهاب الفكري، يرجع إلى الفكرة في حدّ ذاتها وإلى شخصية الباحث كذلك. فقد تحتاج نقطة ما إلى أخذ وردّ وجدال واسع يجعله يطول على حساب نقطة أخرى لقيت إجماعا فقهيًا، فجعلها أقلّ طولًا.

مراحل البحث:

لمعالجة موضوع إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، قسمنا البحث إلى بايين: خصصنا الباب الأوّل للتطلاق للعيب ولعدم التزام الزوج بواجباته الزوجية، والباب الثاني للتطلاق لصور أخرى من الضرر والتطلاق خلعا.

تمّ تقسيم الباب الأوّل إلى ثلاثة فصول:

- خصصنا الفصل الأوّل للتطلاق للعيب واشتمل على أربعة مباحث على التوالي: ماهية العيب وحكم التفريق به، عيوب الزوج الموجبة لطلب التطلاق، شروط طلب التطلاق للعيب، إثبات العيوب الموجبة للتفريق ونوع الفرقة الواقعة به.
- أمّا الفصل الثاني فقد خصصناه للتطلاق لعدم الإنفاق، حيث اشتمل على مبحثين على التوالي: النفقة الواجبة للزوجة وحكم التفريق لعدم ، أحكام التفريق لعدم الإنفاق.
- وأفردنا الفصل الثالث للتطلاق لبعث الزوج عن زوجته، وقد اشتمل على مبحثين: التطلاق لغياب الزوج عن زوجته وتناولنا فيه الغيبة والفقدان والحبس ثمّ التطلاق للهجر.

أمّا الباب الثاني فقد تمّ تقسيمه إلى فصلين:

- خصّصنا الفصل الأوّل للتطلاق لكل ضرر معتبر شرعا والتطلاق للشقاق ، وقد اشتمل على مبحثين الأوّل تناولنا فيه التطلاق للضرر المعتبر شرعا، وفي الثاني التطلاق للشقاق.

- أمّا الفصل الثاني فقد خصناه للتطبيق للزواج بأخرى والتطبيق خلعا، فتناولنا التطبيق للزواج بأخرى في المبحث الأول والتطبيق خلعا في المبحث الثاني.

الباب الأول

التطليق للعيب ولعدم التزام الزوج بواجباته الزوجية

التطليق هو التفريق بين الزوجين بتدخل القاضي، أي حلّ الرابطة الزوجية بحكم القاضي وليس بالإرادة المنفردة للزوج أو للزوجة في حالة التفويض. وهو التطليق الذي تعرفه الأنظمة الغربية حيث لا تُحلّ الرابطة الزوجية إلاّ بحكم القاضي ولا يتمّ إطلاقاً بالإرادة المنفردة لأحد الزوجين.

يُعبّر عن التطليق في الفقه الإسلامي باصطلاح التفريق الذي يدلّ على تدخل إرادة خارجية عن الزوجين لإيقاع الطلاق، وعلى نفس الوزن جاءت كلمة التطليق، أي تدخل القاضي بناء على طلب الزوجة المتضررة من استمرار الحياة الزوجية للتفريق بينها وبين زوجها. والتفريق في الفقه الإسلامي أوسع بكثير من تعبير التطليق قانوناً، والذي يقابله عبارة "Divorce judiciaire" باللغة الفرنسية، لأنّه يتمّ عن طريق القاضي. فالتفريق شرعاً قد يكون طلاقاً كالتفريق بسبب عدم الإنفاق على الزوجة والخيبة عليها والحبس...، وقد يكون فسخاً في حالة الزواج الفاسد كالزواج بإحدى المحرّمات. ولا يكون التفريق في حالة الضرر بطلب الزوجة فقط وإنّما قد يكون في حالة الإيلاء والظهار واللّعان.

التفريق المراد دراسته هو التطليق الذي يقع بحكم القاضي وبناء على طلب الزوجة لضرر يجب إثباته. وهذا هو التطليق المتعارف عليه قانوناً والمنصوص عليه في المادة 53 من تقنين الأسرة الجزائري وما يقابلها في معظم التشريعات العربية.

سنعرض لأسباب التطليق الخاصة بهذا الباب طبقاً لمحتوى المادة 53 المعدّلة من تقنين الأسرة. وسنبدأ تحليلنا بتحديد مفهوم كل سبب وضوابطه في الفقه الإسلامي، كونه مستمدّ منه، وحتى لا يظهر أيّ خلل منهجيّ في الدراسة، بعدها ننظر في تقنين الأسرة الجزائري ومدى مطابقته لما جاء في الفقه الإسلامي توسيعاً وتضييقاً، وما تقيدّ به وما خرج فيه عنه، إن كان ثمة خروج، مع مقارنة ذلك بما جاء في بعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية. وسوف نتحصّر الدراسة في هذا الباب الأوّل في العيوب المستحكمة والتي تجيز للزوجة طلب التطليق، وكذا الضرر الذي تسبّب فيه الزوج من جرّاء عدم قيامه بواجباته الزوجية، فنخصص بذلك ثلاثة فصول يتعلّق الأوّل بالتطليق للعيب ثم

التطليق لعدم الإنفاق فالتطليق للهجر والغيبة والحبس. وأدرجنا الغيبة والحبس ضمن محور عدم التزام الزوج بواجباته الزوجية كون الغياب - سواء كان إراديا أو غير إرادي- يؤدي إلى عدم قيام الزوج بهذه الواجبات.

نعود للتأكيد بأنّ هذه الدراسة هي دراسة قانونية بالدرجة الأولى، لكن وبحكم طبيعة القواعد القانونية المنظّمة للأحوال الشخصية - في الجزائر وفي كل الأقطار العربية والإسلامية - والتي تلقى مصدرها ومادتها الأولية في قواعد الفقه الإسلامي لأنّها مستمدة منه، فإنّه لا يمكن بدء الدراسة بعرض القواعد القانونية لتشريعات الأحوال الشخصية أوّلا، كما هو الحال في الدراسات المقارنة في فروع القانون الأخرى، لأنّها وفي غالبيتها تشير إلى بعض المذاهب الفقهية. فالأولى في الدراسات الخاصة بهذه التشريعات أن نرجع أوّلا إلى مصدرها الأصلي وهو أحكام الفقه الإسلامي، بعدها نشير إلى هذه التشريعات لنرى مدى تطابقها أو اختلافها مع هذه القواعد، ليتسنى لنا بعدها الإشارة إلى مختلف المذاهب الفقهية التي أخذ منها كل تشريع حتى لا نضطرّ إلى تكرار جلّ المعلومات، لأننا لا نستطيع أن نشرح ما ذهب إليه مختلف التشريعات العربية إلّا إذا شرحنا آراء فقهاء مختلف المذاهب الفقهية في موضوع التطليق. من أجل هذا نبدأ تحليلنا دائما بدراسة الأسباب الموجبة لطلب التطليق انطلاقا من الفقه الإسلامي ثم ننتهي إلى أحكام ذلك في بعض التشريعات العربية وعلى رأسها تقنين الأسرة الجزائري.

الفصل الأوّل

التطليق للعيب

إنّ أساس تكوين الأسرة وأساس استمرارها هو المودّة والرحمة الموجودة بين الزوجين والتي تؤدي إلى إحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب، وهذا لا يحقّقه إلاّ الشعور الدافئ الذي يبعثه الله في قلبي الزوجين وهو السكن لبعضهما البعض، وهو وحده الكفيل لتجاوز الكثير من الصعوبات والاضطرابات التي يمكن أن تعتري استمرار هذه الحياة المشتركة. ولكن قد لا يصمد هذا الشعور أمام عقبات عويصة يمكن أن تهزّ استقرار الأسرة، وتُفقد معاني الألفة بين الزوجين. بل وقد تتحول كل تلك المشاعر الإيجابية إلى حياة لا طاق، فقد يُصاب أحد الزوجين بعيب يحول دون استمرار الحياة الزوجية، أو قد تكتشف الزوجة أنّ زوجها يُعاني من عيب منفرّ أو أُصيب به بعد فترة من العشرة يمنع من تحقيق بعض مقاصد الزواج، أو يجعل تحقيقه صعباً ومرهقاً بالنسبة لها، لأنّ الشفاء منه قد يصعب أو قد يستحيل. فإذا وجدت الزوجة نفسها في وضع كهذا، هل يحقّ لها أن تطلب التفريق من القاضي؟ أم يتعيّن عليها الصبر على وضع لا يُطاق قد يُؤدي بها إلى نتائج غير مرضية؟

للولصول إلى الإجابة ينبغي علينا تعريف العيب وحكم التفريق به، وحصص العيوب التي توجب هذا الطلب وشروط ذلك وكذا وسائل إثباته، وذلك وفقاً لما جاء به الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية العربية لبعض الدول وعلى رأسها القانون الجزائري.

للإجابة على هذه التساؤلات سنتناول العيب وحكم التفريق به في مبحث أوّل، العيوب الموجبة للتفريق في مبحث ثان، شروط طلب التطليق للعيب في مبحث ثالث ووسائل إثبات العيب ونوع الفرقة الواقعة به في مبحث رابع.

المبحث الأول

العيب وحكم التفريق به

جعل الله تعالى الهدف الأساسي والمرجو من الزواج سكن كل من الزوجين إلى الآخر بكل ما تحمله هذه الكلمة من الألفة والمودة والرحمة وهذا مصداقا لقوله تعالى: "وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ"¹.

ولكن قد يحدث ما يعكّر صفو هذه العلاقة الخاصة ويذهب ما في هذه العلاقة من قداسة. فقد يتعرض الزوج لعيب من العيوب يؤدي إلى نفور زوجته منه، فتتقلب مشاعر المودة والرحمة إلى مشاعر نفور وشقاق. فهل على الزوجة في هذه الحالة أن تتحمل هذا العناء طوال حياتها؟ خاصة إذا لم يستجب الزوج إلى طلبها الطلاق، أم أنّ لها أن تطالب بإنهاء هذه العلاقة الصعبة رغم رفض الزوج لذلك؟

قبل الإجابة على السؤال السابق ينبغي الإشارة إلى أنّ العيب لغة مصدر لـ "عاب الشيء عيباً وعاباً، صار ذا عيب فهو عائب، والمفعول: معيب ومعيوب"، والعيب والعيبة لهما معنى واحد وهو "الوصمة"². وعاب أيضاً صار ذا عيب، وعابه غيره فهو معيب وعيوب، والمعيب مثل المعاب، والمعائب هي العيوب. وعيّب فلان الشيء تعيباً نسبه إلى العيب وجعله ذا عيب³. والعيب: النقيصة وجمعه عيوب، ونقص الشيء ذهب منه شيء بعد تمامه، وانتقص الرجل، عابه، أي ذمّه ونسب إليه النقص⁴. فالعيب لغة نقص يلحق بالشيء يؤدي إلى خلل يُفوّت المقصود منه في الغالب.

¹ - الآية 21 من سورة الروم.

² - ابن منظور، لسان العرب، المجلد الرابع، دار المعارف، القاهرة، د.ت.ن، ص 4183 و4184.

³ - الإمام الرازي، الصحاح، الطبعة 2، دار الحديث، بيروت، 1983، ص 365.

⁴ - لوبين معلوف، المنجد في اللغة والأدب والعلوم، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، ص 566، وانظر مادة انتقص الرجل أي عابه في ص 908.

أمّا اصطلاحاً فقد تعدّدت تعاريف العيب، نتيجةً لنتوع مجالات العيوب في الشرع الإسلامي وبحسب طبيعة العقود. فمدلولات العيب في عرف الفقهاء تنقسم إلى ثمانية أقسام منها: عيب النكاح، عيب الصداق، عيب المرهون، عيب المبيع،..... والمقصود بعيب النكاح هو: ما يخلّ بمقصوده الأصلي كالتفجير عن الوطاء وكسر الشهوة¹. فالعيوب المقصودة في الزواج هي كل عيب ينفّر أحد الزوجين من الآخر، ويمنع بالتالي تحقق المقصود من الزواج، وهذا العيب قد يكون نقصاً بدنياً أو عقلياً في أحد الزوجين يمنع من تحقيق مقاصد الزواج والتمتع بالحياة الزوجية².

المطلب الأول

الموقف الفقهي من التفريق بالعيب

اختلف الفقهاء في حكم التفريق أو طلب التطليق للعيب، ونتج عن هذا الاختلاف ثلاثة آراء تتمثل فيما يلي:

1. الرأي الأول ينفي حق التفريق بالعيب للزوجين.
2. الرأي الثاني لا يعطي حق طلب التفريق بالعيب إلا للزوجة، كون الزوج له حق الطلاق بالإرادة المنفردة.
3. الرأي الثالث يعطي حق طلب التفريق بالعيب لكليهما.

سنجد ضاللتنا في هذه الآراء الثلاثة لأنّ موضوع بحثنا يخصّ حق الزوجة فقط في طلب التفريق للعيب. لذلك سنعتبر هذه الآراء الثلاثة رأيين: رأي يمنح الزوجة من طلب التفريق للعيب وهو الرأي الأول، ورأي يبيح لها ذلك ويشمل الرأي الثاني والثالث. لهذا سنتناول في هذا المبحث ثلاثة مطالب يتعرض الأول للرأي القائل بعدم جواز التفريق بالعيب، والثاني للرأي القائل بجوازه، أمّا المطلب الثالث فنتعرض فيه للموقف التشريعي للدول العربية من ذلك.

¹ - وفاء بنت علي بن سليمان الحمدان، التفريق بالعيب بين الزوجين والآثار المترتبة عليه، ط1، كنوز المعرفة، جدّة، 1999، ص 162.

² - علي حسب الله، الفرقة بين الزوجين وما تعلق بها من عدّة ونسب، دار الفكر العربي، القاهرة، 1970، ص 120.

الفرع الأول

الرأي القائل بعدم جواز التفريق بسبب العيب

قال بهذا الرأي فقهاء الظاهرية وبتزعمهم الفقيه "ابن حزم"، وقد نسب "ابن رشد" هذا الرأي إلى "عمر بن عبد العزيز"¹.

يرى "ابن حزم" شيخ الظاهرية أنّ العيوب لا أثر لها على عقد الزواج، ويقول بعبارة واضحة "ومن تزوج امرأة فلم يقدر على وطئها سواء كان وطأها مرة أو مرارا أو لم يطأها قط، فلا يجوز للحاكم ولا لغيره أن يفرّق بينهما أصلا، ولا أن يؤجل له أجلا، وهي امرأته إن شاء طلق وإن شاء أمسك"². ويقول ابن حزم في موضع آخر: "لا يفسخ النكاح بعد صحته بجذام حادث ولا بمرض ولا بجنون كذلك، ولا بأن يجد بها شيئا من هذه العيوب، ولا بأن تجده هي كذلك، ولا بعنانة ولا بداء الفرج ولا بشيء من العيوب"³. فالظاهرية يرون أنه لا خيار لأحد من الزوجين إذا وجد بالطرف الآخر عيبا. فالتفريق للعيب لا يجوز على الإطلاق سواء كان العيب حادثا قبل العقد أو بعده. والآثار المروية عن الصحابة في هذا الشأن لم تثبت عند ابن حزم، وحتى وإن ثبتت فلا حجّة لها عنده لأنه لا يأخذ "برأي الصحابي" فيما هو محلّ للاجتهاد⁴.

وأضاف الإمام الشوكاني بعد عرض القائلين بعدم جواز التفريق للعيب وأدلتهم: "ومن أمعن النظر لم يجد في الباب ما يصلح للاستدلال به على الفسخ بالمعنى المذكور عند

¹ - ابن رشد الحفيد، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق عبد الله العبادي، المجلد الثالث، الطبعة الأولى، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 1995، ص 1347.

² - أبو محمد علي ابن أحمد ابن سعيد ابن حزم، المحلى، الجزء 10، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، د.ت.ن، ص 58.

³ - ابن حزم، المرجع نفسه، ص 109. ارجع كذلك إلى: وفاء بنت علي بن سلمان الحمدان، مرجع سابق، ص 182؛ محمد يوسف سيد الرفاعي، الطلاق والتطليق في التشريع الإسلامي ومنهج المشرع المصري، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 1984، ص 323؛ محمود محمد علي، الطلاق بين الإطلاق والتقييد في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، 1971، ص 370.

⁴ - محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة....، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 429.

الفقهاء...¹. كما أكد هذا الرأي صاحب الروضة النديّة بقوله: "واعلم أنّ الذي ثبت بالضرورة الدينية أنّ عقد النكاح لازم ثبت به أحكام الزوجية من جواز الوطء ووجوب النفقة ونحوها....وثبت بالضرورة الدينية أن يكون الخروج منه بالطلاق أو بالموت، فمن زعم أنه يجوز الخروج من نكاح بسبب من الأسباب فعليه بالدليل الصحيح المقتضي الانتقال عن ثبوته بالضرورة الدينية، وما ذكره من العيوب لم يأت في الفسخ بها حجة نيّرة ولم يثبت شيء منها...². واستدل أصحاب هذا الرأي لصحة ما ذهبوا إليه بالقرآن الكريم والسنة النبوية.

أولاً: الدليل من القرآن الكريم

قال تعالى: "فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ"³، ووجه الدلالة في هذه الآية أنّ الظاهرية يرون أنّ الأصل بقاء النكاح فلا يزول إلاّ بدليل. وأنّ كل نكاح صحّ بكلمة الله تعالى وسنة نبيه ﷺ، فقد أحلّ الله النكاح لزوجها، وحرّم بشرتها وفرجها على كل من سواه. والذي يفرّق بينهما يدخل في زمرة الذين ذمّهم الله في الآية السابقة أي الذين يفرّقون بين المرء وزوجه⁴.

وقال تعالى: "لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا"⁵، ووجه الدلالة في هذه الآية أنّه من مقاصد الزواج تحصين كل زوج للأخر فإن امتنع الزوج عن ذلك قصداً، أي امتنع عن وطء الزوجة وهو قادر على ذلك فقد أضرّ بها ووجب منعه من ذلك. أمّا العاجز عن الوطء فلا يُكَلِّفُ بما لا يطيق بناء على ما جاء في الآية السابقة⁶.

يُردّ على هذا الاستدلال بأنّ استدلال الظاهرية بالآية الأولى في منع التفريق للعيب بين الزوجين استدلال في غير محله، لأنّ الآية نزلت في شأن السحر والسحرة الذين من

¹ - محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار من أسرار منقّى الأخبار، الجزء 12، الطبعة 1، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، 1427هـ، ص 192.

² - صديق حسن خان، التعليقات الرضية على الروضة النديّة، تعليق محمد ناصر الدين الألباني، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار ابن عفاّن للنشر والتوزيع، 2003، ص 203.

³ - الآية 102 من سورة البقرة.

⁴ - ابن حزم، مرجع سابق، ص 61.

⁵ - الآية 286 من سورة البقرة.

⁶ - ابن حزم، المرجع نفسه، ص 60.

أفعالهم المذمومة التفريق بين الزوجين، وهذا ما جاء في تفاسير هذه الآية من القرآن الكريم¹. والآية لم تشر إطلاقاً إلى نَمِّ من يفرِّق بين الزوجين لعيب أو مرض أصاب أحدهما. بل إنَّ التفريق في هذه الحالة محققاً لمقصد من مقاصد الشريعة الداعية إلى رفع الضرر الذي يصيب أفراد هذه العلاقة. أمَّا الآية الثانية "لَا يُكْفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا"، فهي لا تؤيِّد نظرتهم بل هي حجة عليهم، لأنَّه من رحمة الله بعباده عدم تكليفهم فوق طاقتهم، وحمل الزوج على التفريق لعيب فيه ليس تكليف له فوق طاقتهم، إنَّما هذا التكليف بما لا يُطاق يتحقق في إجبار الزوجة على تحمُّل عيوب تستحيل أو تصعب معها مواصلة الحياة الزوجية والتي ترتكز أساساً على المودة والرحمة.

إنَّ السؤال الذي يطرح نفسه كنتيجة لهذا النقد، لماذا لم ينظر الفقيه "ابن حزم" إلى الزوجة التي تعاني من عيب زوجها المُنفِرِّ وهي مجبرة على البقاء معه على الأقلِّ نفس النظرة التي نظرها إلى الزوج الذي يجبر على تسريح زوجته لأنَّ بها عيباً ربَّما أبدياً. لا يخفى على أحد أنَّ من أهم مقاصد الزواج إمكان المعاشرة بين الزوجين لتحسين كل منهما للآخر. فإذا انتفى هذا المقصد صار من حق المتضرر طلب التفريق. والتفريق في هذه الحالة ليس خروجاً عن كتاب الله وسنة نبيِّه "عليه الصلاة والسلام"، بل هو انطلاق منهما وتأكيد لروحهما لأنَّ الله تعالى هو القائل: "... فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ"²، والقائل: "وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ"³، والقائل: "وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لَتَعْتَدُوا"⁴. والرسول ﷺ هو القائل: "لا ضرر ولا ضرار"⁵.

¹ - ارجع إلى تفسير: - أبو الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، الجزء 1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1984، ص 143؛ أبو عبد الله محمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق هشام سمير البخاري، الجزء 2، دار عالم الكتب، د.ب.ن، 2003، ص 55. محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، المجلد 1، الطبعة 4، دار القرآن الكريم، بيروت، 1981، ص 84.

² - الآية 229 من سورة البقرة.

³ - الآية 78 من سورة الحج.

⁴ - الآية 231 من سورة البقرة.

⁵ - أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، الجزء الثاني، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، د.ت.ن، حديث رقم 2341، ص 784؛ ارجع في شرح الحديث والتعليق عليه إلى رائد بن صبري بن أبي علفة، شروح سنن ابن ماجة، الطبعة الأولى، بيت الأفكار الدولية، عمان، 2007، ص 901.

ومما لا شك فيه أنه مما يتنافى مع مقصود هاتين الآيتين والحديث السابق وجود عيب بالزوج يمنع من تحقيق مقاصد الزواج بل أهم مقاصده، لأن هذا سيحقق الضرر ويوقع الحرج، وهذا الوضع المستمر دون تسريح الزوجة ليس إمساك بمعروف ولا تسريح بإحسان، وشرع الله يأمر برفع الحرج ودفع الضرر.

إن الظاهرية، حسب تقديرنا، تبنا فكريا مشددا ومضيقا على المرأة، لأنهم لم يسمحوا لها برفع الضرر المحقق الواقع عليها وفي كل الحالات، فالزوج إذا اضطر إلى إنهاء الرابطة الزوجية فإنه ينتجى إلى الطلاق بإرادته المنفردة، أما المرأة فلا مجال لها لرفع هذا الضرر عنها. إن رأي الظاهرية في منع التفريق للعيب من طرف الزوج وخصوصا من طرف الزوجة رأي بعيد عن حكمة التشريع¹.

ثانيا: الدليل من السنة النبوية

استدل الظاهرية، لمنع التفريق للعيب مطلقا، بما روي عن عروة بن الزبير أن عائشة رضي الله عنها" أخبرته أن امرأة رفاعة القرظي جاءت إلى النبي ﷺ، فقالت: "يا رسول الله إن رفاعة طلقني فبت² طلاقي، وإنني نكحت بعده عبد الرحمان ابن الزبير القرظي، وإنما معه مثل الهدبة، قال رسول الله ﷺ: لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا، حتى يذوق عُسيلتك وتذوقي عُسيلته"³. ووجه الدلالة، حسب أنصار هذا الرأي، في هذا الحديث أن المرأة جاءت تشكو إلى النبي عجز زوجها عن وطئها وهي تريد مفارقتها، فلم يجبه النبي إلى ذلك، فلم يفرق بينهما ولم يضرب له أجلا. ويوضح ابن حزم أن مذهبه لا يمنع العنين من أن يطلق زوجته إن شاء ذلك، وإنما الذي يمنعه هو أن يُفرق بينهما على كره منه لأن هذا لم يأت لا في قرآن ولا سنة⁴. وفي الحديث السابق

¹ - مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون،

<http://www.daawa-info.net/books1.php?id=6829&bn=252&page=24>

² - البت: القطع، والمقصود هنا البت في طلاقها أي طلقها ثلاثا، أنظر الصحاح للرازي، مرجع سابق، ص 30.

³ - أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، كتاب النكاح، مكتبة الإيمان، المنصورة، مصر، د.ت.ن، ص 687؛ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، الجزء التاسع، المكتبة السلفية، د.ب.ن، د.ت.ن، ص 361.

⁴ - ابن حزم، مرجع سابق، ص 63.

دلالة على عدم جواز التفريق بعيب العنة وهو من أخطر العيوب أثراً، فمنع التفريق للعيوب الأخرى من باب أولى¹.

يُردّ على هذا الاستدلال بأنّ هذا الحديث لم يرد أصلاً لإثبات منع الحكم للتفريق بالعيوب، وإنما جاء ليبيّن حكم المطلقة ثلاثاً إذا تزوجت ولم يطأها زوجها ولو بسبب عدم القدرة عليه. فإنّها لو طلقت كما هو الشأن عليه في هذه القضية، أي دون وطء من الزوج الثاني، فإنّها لا تحلّ لزوجها الأوّل، وهذا حكم رسول الله ﷺ. وبالتالي لا وجه لاستدلال الظاهرية بهذا الحديث لأنّه استدلّ به في غير موضعه². فالمرأة لم تأت إلى رسول الله ﷺ تطلب الفسخ، إنّما جاءت مستفتية. والدليل على ذلك ما جاء في الموطأ من أنّ "عبد الرحمان لم يستطع أن يمسه فطلقها فأراد رفاة (زوجها الأوّل) أن ينكحها فجاءت تستفتي رسول الله فأجابها بأنّها لا تحلّ له"³، وبالتالي لا يصحّ الاستدلال بقصة رفاة.

الفرع الثاني

الرأي القائل بجواز التفريق للعيوب بطلب الزوجة

ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز التفريق للعيوب بطلب الزوجة، وهذا بين من أعطى هذا الحق للزوجين معا ومن أعطاه للزوجة فقط، كما سبق وأن أشرنا، واتفق على هذا

¹ - وفاء بنت علي بن سليمان الحمدان، مرجع سابق، ص 196.

² - أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ج9، مرجع سابق، ص 467. القرطبي، الجزء 3، مرجع سابق، ص 148.

³ - محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، الجزء الثالث، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، ط 1، الرياض، 2006، ص 374، 375؛ عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2000، ص 69.

فقهاء المذاهب الأربعة: الأحناف¹ والمالكية² والشافعية³ والحنابلة⁴. وهم متفقون على أنه يجوز التفريق للغيب لصالح الزوجة إذا أصيب الزوج بغيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

اختلف الأحناف مع المذاهب الثلاثة الأخرى في إعطاء حق التفريق للزوج إذا كان الغيب من الزوجة لأن له أن يطلق أو يمسك إن شاء، كما له أن يحقق المقصود بالزواج بأخرى⁵. أمّا الزوجة فلا خلاص لها إلاّ بخيار الفسخ لإزالة ظلم التعليق ودفع الضرر عنها، لأنه لو لم يثبت لها الخيار لبقيت معقّقة لا هي ذات بعل ولا هي مطلّقة⁶. أمّا مذاهب المالكية والشافعية والحنابلة فتعطي حق الخيار للزوجين⁷. وما يهّمنا في هذه الدراسة هو اتفاق المذاهب الأربعة على إعطاء الزوجة الحق في طلب التفريق للغيب لدفع الضرر عنها.

¹ - شمس الدين السرخسي، المبسوط، الجزء 5، دار المعرفة، بيروت، د.ت.ن، ص 95.

² - ابن رشد الحفيد، المجلّد الثالث، مرجع سابق، ص 1347؛ سحنون بن سعيد التتوحي، المدونة الكبرى لمالك بن أنس الأصبحي ويليها مقدمات ابن رشد، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994، ص 145.

³ - شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء 3، كتاب النكاح، دار المعرفة، بيروت، 1997، ص 268.

⁴ - موفق الدين بن قدامه، المغني ويليهِ الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامه، الجزء 7، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، د.د.ن، د.ت.ن، ص 579.

⁵ - يرى الدكتور بلتاجي -رحمه الله- "أنه من المستحسن عدم السماح له بذلك لأنه يملك حق الطلاق وذلك طلباً للستر خاصة على المرأة. ومن أجل هذا الهدف، من المستحسن أن يطلق الزوج المعيب قبل طلب التطلق من الزوجة لأن ذلك أكرم له وأحفظ للسرّ"، نقلاً عن محمد بلتاجي، دراسات في أحكام الأسرة، مكتبة الشباب، د.ب.ن، 1974، ص 405.

⁶ - شمس الدين السرخسي، مرجع سابق، ص 96 و 97؛ ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، الجزء 3، الطبعة 1، المطبعة الكبرى الأميرية، 1316 هـ، ص 267 و 268.

⁷ - "يجب أن يُسمح للزوج كذلك بالتطبيق للغيب لأنّ أعباء الطلاق أشدّ من أعباء التطلق"، نقلاً عن محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 434.

أولاً: الدليل من القرآن الكريم

خصّ الحنفيّة الزوجة بحق طلب التّطليق للعيب، واستدلّوا في ذلك بقوله تعالى: "فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ"¹، فيجب على الزوج أن يعامل زوجته بالمعروف بأن يوفّيها حقّها الطبيعي، ويحسن عشتها ولا يظلمها شيئاً من حقها ولا يضر بها². وإذا تعذّر عليه ذلك لعيب ألمّ به فمن الواجب عليه تسريحها بإحسان لأنّه تعذّر عليها تحصيل المقصود من النكاح وهو العفة والإحصان³.

ثانياً: الأدلّة من السنة النبوية

قال النبي ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار"⁴، فإمساك الزوجة دون إعطائها حقوقها فيه ظلم، ويوجب إجابتها في طلب التفريق من القاضي لرفع الضرر عنها. وعن أبي هريرة عن الرسول ﷺ أنه قال: "...وفرّ من المجذوم فرارك من الأسد"⁵، وطريقة الفرار إن كان المصاب زوجاً أو زوجة تكون بردّ النكاح وفسخه⁶. وروى أبو سلمة بن عبد الرحمن أنّه قال: سمعت أبا هريرة عن النبي ﷺ أنّه قال: "لا تورّدوا الممرض على المصح"⁷، فلا يجوز معاشرّة الزوج السليم للزوج المعيب.

¹ - الآية 229 من سورة البقرة.

² - ابن كثير، الجزء 1، مرجع سابق، ص 272؛ القرطبي ج 3، مرجع سابق، ص 127 وما يليها.

³ - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، ج3، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ص587؛ السرخسي، مرجع سابق، ص 97.

⁴ - سبق تخريجه في الصفحة 17 من البحث.

⁵ - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، ج4، كتاب الطب، حديث رقم 5707، ط1، المكتبة السلفية، القاهرة، 1400هـ، ص 37؛ ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، مرجع سابق، ج10، ص 158.

⁶ - محمد حجازي، نظام الإثبات في أحكام الأسرة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 2007، ص 405.

⁷ - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، مرجع سابق، ج4، كتاب الطب، حديث رقم 5774، ص 50؛ أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، الجزء 7، الطبعة 3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، حديث رقم 14234، ص 352.

ثالثاً: الإجماع

روى الماوردي والشافعي إجماع الصحابة على ثبوت خيار الفسخ بالعيب، ومتى ثبت ذلك ثبت التفريق بكلّ عيب يمنع الوطء¹.

رابعاً: القياس

يقاس التفريق بالعيب على التفريق بالإيلاء إذا لم يحنث المولي في يمينه. والتفريق بالعيب أولى لأنّ الضرر محقق لا محالة، كما قاس الفقهاء النكاح على البيع، والتدليس في النكاح أخطر من التدليس في البيع، لذلك فسخ النكاح أولى².

خلاصة القول أنّ رأي الظاهرية كان مجانباً -حسب تقديرنا- لمقاصد الشرع الإسلامي، ورأي الجمهور هو الأصوب، لأنّه يقرّ حق التفريق للزوج المتضرر من العيوب اللاحقة بالطرف الآخر. وفي هذا تحقيق لمقاصد الشريعة الضرورية في حفظ النفس والنسل والعرض بإحصان الزوجين وتحقيق المودة بينهما والسكن لكليهما.

المطلب الثاني

موقف التشريعات العربية من التفريق للعيب

سنعرض في هذا المطلب للمواد القانونية الواردة في تشريعات الأحوال الشخصية لبعض الدول العربية وقانون الأسرة الجزائري، والتي تجيز للزوجة طلب التفريق للعيب³، مع الإشارة إلى أنّ هناك من التشريعات العربية من أعطى هذا الحق للزوجة فقط ومن أعطاه للزوجين معاً.

¹ - للتفصيل في آراء الصحابة والفقهاء في التفريق للعيب ارجع إلى: - ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار الضياء للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007، ص 204 وما يليها.

² - محمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله، الأم، ج5، دار المعرفة، 1393هـ، ص 85.

³ - أمّا ما يتعلق بأنواع العيوب الموجبة لطلب التفريق وشروط ذلك فسأدرجها في حينها، أي عند التعرض لها في الفقه الإسلامي وبالترتيب لأنّ المقارنة ستكون أنيّة.

الفرع الأول

التشريعات العربية التي أعطت حق طلب التفريق للعيب للزوجة فقط

أولاً: التشريع المصري

أجاز المشرّع المصري بدوره للمرأة حق طلب التفريق للعيوب ولم يجز ذلك للزوج¹، لأنه أخذ هو الآخر برأي أبي حنيفة.

نصّت المادة 9 فقرة 1 من القانون رقم 25 لسنة 1920 المعدّل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على ما يلي: "للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل.."².

ثانياً: التشريع السوري

أخذ المشرّع السوري كغيره من المشرّعين في الدول العربية بجواز طلب التفريق للعيب من طرف الزوجة، ونصّ على ذلك في المادة 105 من القانون رقم 59 لسنة 1953 المعدّل بالقانون رقم 34 لسنة 1975³ كما يلي: "للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها في الحالتين التاليتين:

1. إذا كان فيه إحدى العلل المانعة من الدخول بشرط سلامتها منها.
2. إذا جنّ الزوج".

¹ - عبد الحكم سيّد سالمان، الطلاق في ضوء الفقه والقضاء، المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة، 2003، ص 62 إلى 64.

² - محمد السناري، قوانين الأحوال الشخصية، مركز البحوث بمجموعة السناري، القاهرة، 2000، ص 13؛ عبد الفتاح مراد، قوانين الأحوال الشخصية والقوانين المكملّة لها طبقاً لأحدث التعديلات، الطبعة 2، د.د.ن، د.ت.ن، ص 74.

³ - محمد إبراهيم الكويقي، قانون الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953 ومذكرته الإيضاحية، المعدّل بالقانون رقم 34 لعام 1975 وأسبابه الموجبة، مع مختارات من اجتهادات محكمة النقض السورية في قضايا الأحوال الشخصية، د.ب.ن، 2006، ص 40.

تبنىّ المشرّع السوري كذلك رأي الإمام أبي حنيفة فيما يخص قصر هذا الحق على الزوجة دون الزوج¹. ويتفق بذلك مع المشرّع المصري والجزائري.

ثالثاً: التشريع العراقي

يتمحور الباب الرابع من قانون الأحوال الشخصية العراقي حول انحلال عقد الزواج، ويشتمل على ثلاثة فصول، الأول حول الطلاق، الثاني حول التفريق القضائي والثالث حول التفريق الاختياري (الخلع)².

نصّ المشرّع العراقي على التفريق القضائي في الفصل الثاني منه، فأشار إلى التفريق للضرر في المادة 40³ والتفريق للشقاق في المادة 41⁴، وأعطى حق التفريق بهما للزوج والزوجة. أمّا المادة 43 فقد خصّصها للأسباب التي يحقّ للزوجة فيها أن تطلب التفريق بها دون الزوج. وقد نصّ في الفقرة الأولى النقطة الرابعة على حق الزوجة في طلب التفريق للعلل حيث جاء فيها ما يلي: "إذا وجدت زوجها عنيماً أو مبتلى بما لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية، سواء كان ذلك لأسباب عضوية أو نفسية، أو إذا أصيب بذلك بعد الدخول بها وثبت عدم إمكان الشفاء منها..."⁵.

نفهم من هذا التخصيص أنّ المشرّع العراقي وعلى غرار المشرّعين المصري والسوري أعطى حق طلب التفريق للعلل للزوجة فقط، ويكون بذلك قد أخذ برأي الإمام أبي حنيفة.

¹ - نوال محمد الشاكر، التفريق بين الزوجين للعيوب، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 2001، ص 358؛ محمد الدجوي، الأحوال الشخصية للمصريين المسلمين، دار النشر للجامعات المصرية، ص 307.

² - قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدّل عدّة مرات من بينها التعديل بموجب القانون رقم 21 لسنة 1987 الذي أفرز هذا التقسيم.

³ - أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، الجزء الأول، الزواج والطلاق وآثارهما، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد، 2006، ص 151.

⁴ - المرجع نفسه، ص 156.

⁵ - المرجع نفسه، ص 163.

رابعاً: التشريع الجزائري

نصّ المشرّع الجزائري في المادة 53 فقرة 2 من تقنين الأسرة¹ أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب الآتية...2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج،...". ويتضح من هذه المادة أنّ المشرّع الجزائري أخذ برأي جمهور الفقهاء الذي يرى جواز طلب الفرقة من الزوجة إذا وجدت بزوجها عيباً. يبدو أنّ المشرّع الجزائري لم يمنح هذا الحق للزوج، على أساس ما يملكه من حق في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة والمنصوص عليها في المادة 48 من نفس التقنين. ويكون المشرّع بذلك قد أخذ برأي الإمام أبو حنيفة الذي أعطى هذا الحق للزوجة فقط ولا يعترف للزوج به لأنه يملك حق الطلاق، ولأنّ هذا أستر للزوجة وأحفظ لبعض حقوقها. لكن رغم ذلك يستطيع الزوج أن يبرّر طلاقه لزوجته لإصابتها بعيب من العيوب حتى ينفي التعسف عن نفسه ويتفادى بذلك التعويض².

الفرع الثاني

التشريعات العربية التي أعطت حق طلب التفريق بالعبء للزوجين

أولاً: التشريع المغربي

لقد أخذ المشرّع المغربي بجواز طلب التفريق للعبء، وهذا ما جاء في المادة 107 من القانون رقم 03-70: "تعتبر عيوباً مؤثرة على استقرار الحياة الزوجية وتخول طلب إنهاؤها:

1. العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية.

¹ - قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة، جريدة رسمية رقم 24 الصادرة بتاريخ 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-09 المؤرخ في 4 مايو 2005، جريدة رسمية رقم 43 المؤرخة في 22 يونيو 2005، المتضمن الموافقة على الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الذي يعدل ويتمم القانون رقم 84-11، جريدة رسمية رقم 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005.

² - عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، ENCYCLOPEDIA Editions، بن عكنون، الجزائر، 2003، ص 49.

2. الأمراض الخطيرة على حياة الزوج الآخر أو على صحته، التي لا يُرجى الشفاء منها داخل سنة¹.

يتبين من نص المادة السابقة أنّ المشرّع المغربي أعطى للزوجة حق طلب التفريق للعيب، كما أعطى نفس الحق للزوج²، وهذا ما تميّز به عن المشرّعين الجزائري والمصري والسوري. وبالتالي يكون المشرّع المغربي قد أخذ برأي جمهور الفقهاء (المالكية، الشافعية والحنابلة) في إعطاء حق التفريق للزوجين، رغم أنّ الزوج له حق إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة³. والسبب يعود إلى أنّ آثار الطلاق ليست هي نفسها آثار التظليق للعيب. والزوج إذا طلب التفريق للعيب فإنه لن يكون له نفس الأعباء المالية، والمشرّع المغربي نصّ على ذلك في المادة 109 من مدونة الأسرة، حيث أعفى الزوج

¹ - ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 الموافق لـ 3 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة. منشور بالجريدة الرسمية المغربية عدد 5184، بتاريخ 5 فبراير 2004، ص 418، نقلا عن - أحمد لفروجي، قانون الأسرة وفق آخر التعديلات مع النصوص التطبيقية، الطبعة 1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2006، ص 40.

² - نفس الموقف أخذ به المشرّع الكويتي حيث أعطى حق التفريق للعيب للزوج والزوجة معا، وهذا ما جاء في المادة 139 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي وفقا للقانون الصادر سنة 1983: "لكل من الزوجين أن يطلب فسخ الزواج إذا وجد في الآخر عيبا مستحكما من العيوب المنفرة المضرّة أو التي تحول دون الاستمتاع، سواء كان العيب موجودا قبل العقد أو حدث بعده. ويسقط حق كل منهما في الفسخ إذا علم بالعيب قبل العقد، أو رضي به صراحة بعده". نقلا عن نوال محمد الشاكر، مرجع سابق، ص 383.

- نفس الموقف أخذ به المشرّع الليبي في المادة 42 من القانون رقم 10 لسنة 1984 الخاص بأحكام الزواج والطلاق وآثارهما الذي جاء نتيجة لمؤتمر الشعب العام المنعقد بين 11 و16 فبراير 1984، وتتص هذه المادة على ما يلي: "لكل من الزوجين أن يطلب التفريق إذا وجد بالآخر عيبا لا يتم به مقصود الزواج وغايته، أو وجد به عيبا سواء كان قائما قبل العقد ولم يعلم به طالب التفريق، أو حدث بعد العقد ولم يرض به.

- وإذا تمّ الزواج وهو عالم به أو حدث بعد العقد ورضي به صراحة أو دلالة فلا يجوز له طلب التفريق". نقلا عن فائزة يونس الباشا، تشريعات الأسرة الليبية في القوانين الوطنية والدولية، نشر القيادة الشعبية الاجتماعية بالجمهورية العظمى، 2006، ص 48.

³ - المادة 79 من مدونة الأسرة المغربية.

من دفع الصداق في حالة التظليق للعييب¹. كما اعترف المشرّع المغربي بحق الزوجة في إيقاع الطلاق وبارادتها المنفردة إذا ملكها الزوج هذا الحق².

ثانياً: التشريع الإماراتي

تنص المادة 1/112 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28 لسنة 2005³ على ما يلي: "1- إذا وجد أحد الزوجين في الآخر علةً مستحكمة من العلل المنفردة أو المضرة كالجذام والبرص والجذام، أو التي تمنع حصول المتعة الجنسية كالعنة والقرن ونحوهما، جاز له أن يطلب فسخ الزواج سواء أكانت تلك العلة موجودة قبل العقد أم حدثت بعده".

يظهر من الفقرة السابقة أنّ المشرّع الإماراتي سلك نفس مسلك المشرّع المغربي في إعطائه حق طلب التفريق بالعييب للزوجين معاً.

المبحث الثاني

عيوب الزوج الموجبة لطلب التظليق

بعد التطرق لمفهوم العيب والموقف الفقهي والتشريعي من التفريق به، بين من عارض ذلك ومن أيّده، يجب بعدها تحديد أنواع العيوب الموجبة للتفريق. وهذا يستدعي التعرض أولاً لاختلاف الفقهاء في تحديد هذه العيوب، ثمّ التعرض لمن حدّدها على سبيل الحصر، ومن ذكرها على سبيل المثال. فنجد عيوباً مصرّحاً بها من طرف الفقهاء - وعيوباً مسكوتاً عنها. كما يجب علينا التعرّض للأمراض الخطيرة التي ظهرت حديثاً والتي تشترك في علّتها مع العيوب الموجبة للتفريق والتي ذكرها الفقهاء. كما سنقارن بعد ذلك بين ما سبق وذكرناه في الجانب الفقهي وما ذهب إليه مشرّعو الدول العربية الذين أدرجناهم في هذه الدراسة.

¹ - تنص المادة 109 من مدونة الأسرة المغربية على: "لا صداق في حالة التظليق للعييب عن طريق القضاء قبل البناء ويحقّ للزوج بعد البناء أن يرجع بقدر الصداق على من غرّر به، أو كتم عنه العيب قصداً".

² - المادة 89 من مدونة الأسرة المغربية.

³ - شبكة المعلومات القانونية لدول مجلس التعاون الخليجي،

المطلب الأوّل

العيوب الموجبة للتفريق واختلاف الفقهاء فيها

سنتعرض في هذا المطلب لأراء الفقهاء في العيوب الموجبة للتفريق ثمّ لتعريف هذه العيوب مع التعرض للعيوب المسكوت عنها.

الفرع الأوّل

اختلاف الفقهاء في العيوب الموجبة للتفريق

اختلف الفقهاء في تحديد العيوب الموجبة للتفريق وكونوا بذلك أربع اتجاهات فقهية بعد إضافة رأي الفقيهان ابن تيمية وابن القيم¹، وهم على التوالي:

1. **الاتجاه الأوّل:** وهو يمثل رأي الحنفية²، حيث يرى أبو حنيفة وأبو يوسف³ أنّ العيوب التي تجيز للزوجة طلب التفريق هي: الجبّ والعنة والخصاء، وزاد محمد⁴، صاحب أبي حنيفة، ثلاثة عيوب وهي الجنون والجذام والبرص، لأنّ الاكتفاء بما حدّده أبو حنيفة بعيد عن حكمة التشريع في الزواج⁵.

2. **الاتجاه الثاني:** ويمثل هذا الاتجاه رأي المالكية، والإمام مالك مثله مثل الإمام الشافعي والحنبلي حدّد العيوب التي تخصّ كل من الرجل والمرأة لأنّه يجيز طلب التفريق للعيوب من طرف الزوجين عكس ما ذهب إلي أبو حنيفة.

¹ - عبد العزيز رمضان سمك، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري، الطبعة 3، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، د.ب.ن، 1998، ص 355.

² - السرخسي، مرجع سابق، ص 97؛ الكاساني، ج 3، مرجع سابق، ص 595 وما يليها؛ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط 2 دار الفكر العربي، القاهرة، 1950، ص 355.

³ - هو قاضي القضاة، أبو يوسف يعقوب بن ابراهيم بن حبيب بن معاوية الأنصاري الكوفي، توفي في 182 هـ، 758م. نقلًا عن الحافظ الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج 8،

<http://ar.wikisource.org/wiki/>

⁴ - وهو محمد بن الحسن الشيباني، أحد فقهاء الحنفية.

⁵ - مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، ط 6، المكتب الإسلامي، دمشق، 1984، ص 141.

صنّف المالكية العيوب الموجبة للتفريق إلى عيوب مشتركة بين الزوجين، أي تصيب الرجل والمرأة، وعيوب خاصة بالرجل وأخرى خاصة بالمرأة. والذي يهنا هو العيوب الخاصة بالرجل والعيوب المشتركة كونها تصيب الرجل كذلك. العيوب المشتركة هي: الجنون، الجذام، البرص والعذيفة، أمّا الخاصة بالرجل فهي: الجبّ، العنة، الخصاء والاعتراض.

3. الاتجاه الثالث: ويمثله رأياً الشافعية¹ والحنابلة²، حصر العيوب المشتركة بين الزوجين في الجنون والجذام والبرص، أمّا العيوب الخاصة بالرجل فحصرها في العنة والجبّ.

4. الاتجاه الرابع: وهو رأي ابن تيمية وابن القيم وبعض فقهاء السلف³ ومنهم الزهري وشريح وأبو ثور. حيث ذهب هؤلاء الفقهاء إلى عدم حصر وتحديد العيوب التي تجيز طلب الفرقة، ولكنهم ربطوا هذا الحق بكلّ عيب لا يمكن معه تحقيق مقاصد النكاح، وهذا رأي قريب من حكمة التشريع الإسلامي⁴.

نلاحظ من خلال سرد العيوب التي ذكرها الفقهاء أنّ هناك من ذهب إلى المبالغة في تحديد العيوب المجيزة لطلب التفريق وحصرها في العيوب التناسلية فقط وهي ثلاثة، وهذا ما ذهب إليه الحنفية. وهناك من حدّد العيوب ولكن بذكر عدد أكبر منها مع اختلاف الفقهاء في عددها وتحديد ماهيتها وهذا مسلك جمهور الفقهاء المتمثل في المالكية والشافعية والحنابلة. أمّا المسلك الثالث فيقوم على التوسع والإطلاق، أي عدم حصر العيوب في نطاق محدّد وهو ما ذهب إليه ابن القيم وابن تيمية. وهذا المسلك حسب تقديرنا هو المسلك الصائب الذي سوف يسمح لنا بالحاق العيوب التي سكت عنها الفقهاء والتي يجب اعتبارها من العيوب الموجبة للتفريق.

¹ - محمد بن إدريس الشافعي، مرجع سابق، ص 39 و 84.

² - موفق الدين بن قدامة، ج 7، مرجع سابق، ص 579؛ محمد رأفت عثمان، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بالأمور التي تمنع الاستمتاع، دار الطباعة المحمدية بالأزهر، مصر، 1981، ص 112، 113.

³ - ابن قيم الجوزية، مرجع سابق، ص 205؛ ابن الهمام الحنفي، مرجع سابق، ص 267.

⁴ - مصطفى السباعي، مرجع سابق، ص 141.

نصل في النهاية إلى أنّ الفقهاء رغم اختلافهم في تحديد العيوب إلاّ أنّهم اتفقوا على بعضها، أو على الأقلّ على العلل التي بموجبها حدّدوا هذه العيوب، لهذا يتوجب ذكر هذه العيوب وتحديد معناها لمعرفة ما إذا كانت تحول دون تحقيق الهدف من الزواج أم لا.

الفرع الثاني

العيوب المحدّدة من طرف الفقهاء

العيوب التي ذكرها الفقهاء والتي تجيز للزوجة طلب التفريق بها هي: الجبّ، العنة، الخصاء والاعتراض، وهي عيوب محلّها عضو التناسل في الرجل، وعيوب وأمراض غير تناسلية وهي الجذام والجنون والبرص، وهي عيوب تولّد النفرة من المصاب بها ويُخاف منها التعدي إلى النفس والنسل¹.

1. الجبّ: معناه لغة القطع، جبّه جبّا أي قطعه². واصطلاحاً هو فاقد الذكر بكامله أو ما دون ذلك³. ولا خلاف بين الفقهاء القائلين بجواز التفريق للعيوب في حقّ الخيار للزوجة التي يكون زوجها محبوباً⁴.

2. العنة: لغة عنّ عن الشيء أي أعرض عنه⁵، ويقال عنّ الفرس أي حبسه بعنائه⁶. ويدور معنى العنّ لغة حول الاعتراض والانصراف.

أمّا عن التعريف الاصطلاحي للعنة فقد اتفق الفقهاء على أنّها عدم القدرة على الوطء، واختلفوا في سبب العجز عن ذلك، فقد يكون لكبر في السن أو لمانع مرضي أو لصغر في العضو⁷.

¹ - محمد حجري، مرجع سابق، ص 406 إلى 408.

² - المنجد في اللغة والأدب والعلوم، مرجع سابق، ص 75.

³ - وفاء بنت علي بن سليمان الحمدان، مرجع سابق، ص 428.

⁴ - محمد حجري، المرجع سابق، ص 406.

⁵ - المنجد في اللغة والأدب والعلوم، مرجع سابق، ص 556.

⁶ - الصحاح للرازي، مرجع سابق، ص 360.

⁷ - وفاء بنت علي بن سليمان الحمدان، مرجع سابق، ص 409 إلى 416؛ أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2004، ص 184.

3. **الخصاء:** الخصي لغة هو من سلّت خصيتاه ونزعتا¹. وكذلك هو نفس معناه الاصطلاحي الذي اتفق عليه الفقهاء في أنّ الخصي هو منزوع الخصيتين دون الذكر².
4. **الاعتراض:** هو عدم القدرة على الوطاء مع سلامة العضو ظاهراً³. ويتضح من خلال هذا التعريف أنه يتطابق مع عيب العنة في بعض حالاته.
5. **الجنون:** وهو لغة زوال العقل وفساده⁴. وهو اصطلاحاً عارض يصيب الشخص فيذهب بسلامة الإدراك والقدرة على التمييز بين الضارّ والنافع⁵، وهذا ما يجعله عديم التمييز والإدراك وهذا ما أقرّته كل الشرائع. والجنون سبب قويّ وكاف يمنح للمرأة حق طلب التفريق من زوجها إذا أصيب به.
6. **البرص:** وهو مرض جلدي يصيب الجسم كلّه، فيحدث فيه قشراً أبيض، ويسبّب للمريض حكاً مؤلماً⁶، وهو من الأمراض الجلدية المزمنة غير معروفة السبب.
7. **الجدام:** هو داء يؤدي إلى تآكل في الأطراف يؤدي إلى تساقطها، والأجذم هو مقطوع اليد أو الأنامل⁷.
8. **العذيمة:** هو أن يحدث الرجل عند الجماع، وقد يصيب المرأة كذلك، وله نفس المعنى الاصطلاحي⁸.
- كانت هذه أهمّ وأشهر العيوب التي ذكرها الفقهاء الأربعة، وبقي التساؤل، هل ذكر الفقهاء هذه العيوب على سبيل الحصر أم على سبيل المثال؟

¹ - المنجد في اللغة والأدب والعلوم، مرجع سابق، ص 178.

² - ارجع إلى تفاصيل هذا العيب في: وفاء بنت علي بن سليمان الحمدان، مرجع سابق، ص 439 وما يليها.

³ - عبد المؤمن بلباقي، مرجع سابق، ص 73.

⁴ - المنجد في اللغة والأدب والعلوم، مرجع سابق، ص 99.

⁵ - وفاء بنت علي بن سليمان الحمدان، المرجع نفسه، ص 327.

⁶ - المنجد في اللغة والأدب والعلوم، مرجع سابق، ص 31.

⁷ - الصّاح للرازبي، ص 72. المنجد في اللغة والأدب والعلوم، المرجع نفسه، ص 81؛ ارجع في تفاصيل هذا المرض إلى: يوسف صلاح الدين يوسف، الآثار المترتبة على الإصابة بالأمراض المعدية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 28 وما يليها.

⁸ - وفاء بنت علي بن سليمان الحمدان، المرجع نفسه، ص 354 وما يليها.

الفرع الثالث

العيوب المسكوت عنها من طرف الفقهاء

ذكرنا أهم العيوب التي ذكرها الفقهاء، ولكن هل حُكم العيوب التي ذكرت شرع غير معلل، وبالتالي لا تلحق به العيوب المسكوت عنها؟ أم أنّ العيوب التي ذكرها للتمثيل فقط؟ للإجابة على هذا السؤال ينبغي التعرض لرأيين، رأي يقول بحصر العيوب وآخر يقول بعدم حصرها.

أولاً: الرأي القائل بحصر العيوب

إنّ الفقهاء الذين تعرّضوا لتحديد العيوب الموجبة للتفريق هم الذين ذهبوا إلى تحديدها على سبيل الحصر. ودليل ذلك اختلافهم في بعضها، خاصة منهم الحنفية الذين حصروا العيوب الموجبة للتفريق في العيوب التناسلية. فجمهور من أجاز التفريق للعيوب يرون تحديدها على سبيل الحصر، وهم المالكية¹ وأبو حنيفة وأبو يوسف² والشافعية³ وجمهور وجمهور الحنابلة⁴. وأدلة قولهم بحصر العيوب الموجبة للتفريق في العيوب التناسلية (بالنسبة للحنفية) هو أنّها ثابتة لا تتغير وهي التي تمنع من تحقيق مقاصد النكاح والمتمثلة خاصة في الوطء. والحكم بالتفريق للعيوب حكم استثنائي قرّر فقط لفوات المقصود من الزواج، والاستثناء لا يجوز أن يقاس عليه ولا أن يتوسع فيه⁵. كما أنّ التماذي في تعداد العيوب لأدنى ضرر يؤدي إلى عدم استقرار الأسرة وفكّها لأدنى عيب.

ثانياً: الرأي القائل بعدم حصر العيوب

يرى أنصار هذا الاتجاه أنّ العيوب التي ذكرها جمهور الفقهاء وردت على سبيل المثال، وبالتالي يلحق بها كل عيب توفرت فيه علّة من العلل المسببة للتفريق، وذلك على

¹ - ابن رشد الحفيد، مرجع سابق، ص 1350؛ محمد الكبير الأمير، الإكليل شرح مختصر خليل، تحقيق أبو الفضل عبد الله الصديق الغماري، مكتبة القاهرة، مصر، د.ت.ن، ص 187.

² - الكاساني، ج 3، مرجع سابق، ص 595.

³ - الشربيني في مغني المحتاج، مرجع سابق، ص 268.

⁴ - موفق الدين بن قدامه في، ج 7، مرجع سابق، ص 582.

⁵ - محمد حجازي، المرجع السابق، ص 411.

سبيل القياس. فالفقهاء ذكروا عدّة علل جعلوها السبب في جواز طلب التفريق، وقياساً على ذلك فإنه إذا وُجِدَ عيب في زمن غير زمانهم واشترك مع العيوب السابقة في علّة من العلل، فإنّ الحكم يتعدى إليه ويصبح عيباً موجبا للتفريق. والدليل على صحّة هذا القول هو اختلاف الفقهاء في المذهب الواحد في تعداد العيوب، وهذا يعني اختلافهم في مدى وجود العلّة من عدمه، وهذا كذلك سوف ينصبّ على عيوب أخرى. ومن أهمّ العلل التي استند إليها هؤلاء، العيب الذي يسري بالعدوى للزوج الآخر والأولاد، العيب المنفر، العيب الذي يخشى منه الضرر كالجنون والعيب الذي يمنع الوطء¹.

هذا التحليل السابق هو ردّ لأصحاب الرأي الأوّل القائل بحصر العيوب، واستناداً لما جاؤوا به هم من علل تجيز منطقياً القياس عليها. أمّا من تبنّى صراحة الرأي القائل بعدم حصر العيوب، فهم مجموعة من الفقهاء، وهم ابن القيّم، ابن تيمية، محمد ابن الحسن الشيباني صاحب أبي حنيفة، الزهري، القاضي شريح وأبو ثور، وهم يرون أنّ كل عيب لا يحصل معه المقصود من النكاح من تناسل ومودّة وينفّر الطرف الآخر فإنه يُثبِت حقّ الخيار. ويستند ابن القيّم في رأيه على ما ثبت عن عمر رضي الله عنه أنه قال لمن تزوج امرأة وهو لا يولد له: أخبرها أنّك عقيم وخيرها".

يعلّق ابن القيّم على هذا الأثر فيقول: "إذا كان هذا قول أمير المؤمنين رضي الله عنه في العقم، وهو بالنسبة للعيوب الأخرى كمال بلا نقص.."، فكيف الحال بالنسبة للعيوب المنفردة الأخرى، فالتفريق إذن بها أولى.

كما استدلّ من القياس بقياس عقد النكاح على عقد البيع، حيث جعل الرسول ﷺ الغرر في المبيع عيب يُردّ به البيع، وإثبات حق خيار الفرقة في عيوب النكاح أولى من عيوب البيع. ويقول ابن القيّم: "من تدبّر مقاصد الشرع في مصادره وموارده وعدله وحكمته وما اشتمل عليه من المصالح، لم يخف عليه رجحان هذا القول وقربه من قواعد الشريعة"².

¹ - عبد المؤمن بلباقي، مرجع سابق، ص 76.

² - ابن قيّم الجوزية، مرجع سابق، ص 206.

وحسب تقديرنا فإنّ هذا هو الرأى الصائب لأنّه يتماشى مع حكمة التشريع الإسلامى، وهذا هو المنفذ الذى يُمكننا من الحديث عن بعض العلل أو العيوب أو الأمراض الحديثة، والتي قد تشترك في العلل مع العيوب التي ذكرها الفقهاء قديما.

المطلب الثاني

الأمراض الحديثة كعيوب موجبة لطلب التطبيق

عرف العصر الحديث تطورات سريعة ومذهلة أفرزت مجالات وأنشطة متنوعة أحدثت وما زالت أمراضا لم يعرفها الإنسان في الماضي. وقد تنتقل هذه الأمراض من أقصى بقعة في العالم إلى أدناه بسهولة التنقل وتنوع وسائله. وإذا كان هذا التطور والتغير قد يؤدي إلى أمراض حديثة يعجز الطب عن مداواتها، فإنّ التطور الطبي قد توصل إلى علاج بعض الأمراض التي ذكرها الفقهاء قديما، وبالتالي قد تنتفي العلة التي من أجلها أجاز الفقهاء طلب التفريق بها. أمّا عن الأمراض والعيوب الحديثة فإنّه بالإمكان أن نلحقها بحكم العيوب التي تجيز طلب التفريق وهذا استنادا إلى الرأى الفقهي القائل بعدم حصر العيوب. وحتى بالنسبة للفقهاء الذين رأوا حصر العيوب فإنهم اختلفوا، وفي إطار المذهب الواحد في تعدادها، وهذا دليل على تعدد العيوب واختلافها. كما أنّ هؤلاء الفقهاء وهم يحصرون العيوب لم يحدّوها بذاتها وإنما أرادوا من وراء ذلك حصر العلل التي جعلتهم يحدّوا العيوب وهي لا تكاد تتعدى النفرة، العدوى، منع الوطاء ومنع النسل.... وهذه العلل قد نجدها في أمراض وعيوب ظهرت حديثا. وسنشير إلى بعض هذه الأمراض لكي نحكم على مدى جواز التفريق بها، وهي من الأمراض العضوية، مرض السلّ، السرطان، الإيدز.. وكذلك الأمراض النفسية بكل أنواعها.

الفرع الأوّل

الأمراض العضوية

1. مرض السلّ: وهو يطلق عموما على التدرّج الرئوي، وهو مرض معدٍ ويصيب الرئتين بصفة خاصة، وقد يصيب أجزاء أخرى من الجسم¹. وهو ينتقل عن طريق

¹ - الموسوعة الطبية الحديثة، نقلا عن وفاء بنت علي بن سليمان الحمدان، مرجع سابق، ص 397.

السعال عبر الجهاز التنفسي، وهو مرض طويل الأمد، لكنه مرض قابل للعلاج خاصة بعد التطور الطبي الحديث. وفيما يخص قابلية هذا المرض لثبوت خيار الفرقة به، فإنّ الطب الحديث قد توصل إلى علاجه وإلى الوقاية منه عن طريق التلقيح المسبق، رغم أنّه وفي فترة من فترات المرض قد تتوفر فيه بعض العلل التي أجاز الفقهاء القدامى التفريق لأجلها، وهي حصول الأذى لتحقيق العدوى، وبالتالي النفرة بسبب الخوف من العدوى وليس تقززا من المرض. ولكن هذا قد يحدث لفترة انتقالية يكون المريض فيها معزولا في مصحة استشفائية، وبالتالي فالرأي أنّ هذا المرض لا يوجب طلب الفرقة.

2. السرطان: هو مرض يحدث فيه تكاثر خلايا معينة بطريقة غير سوية تجعلها تتكاثر بسرعة وبطريقة غير منتظمة تجعلها تغزو الأنسجة المجاورة لها والمحيطة بها، ويؤدي ذلك إلى تكوّن قدر من النسيج أكثر ممّا ينبغي ويكوّن بذلك كومة من الخلايا تسمى ورما¹.

السرطان ليس مرضا مستحيل الشفاء، خاصة إذا كان التشخيص مبكرا. وتتمثل طرق معالجته بالجراحة والإشعاع والأدوية. وهو مرض غير معد ولا يسبب أية نفرة ولكن علاجه قد يطول وقد يفشل في حالات كثيرة ويؤدي بذلك إلى الوفاة. وحسب تقديرنا فإنّ مرض السرطان رغم خطورته الشديدة على المريض فإنّه غير معد ولا يحقق أيّ أذى مادي للطرف الآخر، كما أنّه لا يؤدي إلى النفرة. كما أنّ طبيعة هذا المرض وأثره على الجانب العضوي والنفسي للمصاب يجعل ثبوت خيار الفرقة للزوجة به يزيد من ألمه، وليس هذا من دواعي المودة والرحمة التي جعلها الله بين الأزواج.

3. الإيدز²: من أخطر الأمراض التي ظهرت حديثا مرض الإيدز أو نقص المناعة المكتسب، وهو مرض يعمّ البدن كلّ فيمرضه ويفسده وينتهي إلى الموت المحتم³. أمّا إذا تحدثنا عن مختلف أعراضه فإنّ كل منها على حدا ذكرها الفقهاء قديما وتشكل سببا يجيز طلب الفرقة. إلّا أنّ أقوى سبب يوجب الفرقة للحفاظ على الأسرة بأكملها هو العدوى المحقّقة، لأنّ وسائل انتشاره عديدة ولا يمكن تجنبها أثناء العيش المشترك خصوصا بين الزوجين. فهو ينتقل عموما عن طريق سوائل الجسم مثل: الدم، المنّي، لبن الأم المرضعة

¹ - نقلا عن وفاء بنت علي بن سليمان الحمدان، مرجع سابق، ص 399.

² - يوسف صلاح الدين يوسف، مرجع سابق، ص 36 إلى 39.

³ - للتفصيل أكثر في هذا المرض وأعراضه ارجع إلى نوال محمد شاكر، مرجع سابق، ص 128 و129 وكذلك 170 و171..

المصابة، السائل المحيط بالمخ والنخاع الشوكي واللعاب. وأكثر وسائل العدوى انتشارا هي المنى أي عن طريق الممارسة الجنسية سواء كانت مشروعة أو غير مشروعة، أو سواء كانت طبيعية أو شاذة (اللواط). وحتى التلقيح الاصطناعي بين الزوجين ينقل العدوى. وهناك وسائل أخرى أقل انتشارا كمنقل الدم واستعمال الإبر الملوثة بالفيروس. بعد هذا لا ينبغي إطالة الاستدلال على ثبوت خيار الفرقة بهذا العيب وإنما تجب الفرقة بطلب الزوجة إذا أصيب الزوج به. فهو مرض منفر ومعدى بل وقاتل، والرسول ﷺ يقول "فرّ من المجذوم كما تفرّ من الأسد"¹. كما يقول الله تعالى: "وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ"²، ويقول كذلك: "وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا"³. وحفظ النفس من أولى مقاصد الشرع الإسلامي. ولكن تجدر الملاحظة أنه من النادر جدا على الزوجة أن تسلم من هذه العدوى القاتلة، لأنّ التشخيص غالبا يأتي متأخرا والمعايشة الزوجية تكون قد تمّت بين الزوجين، وقد حدث هذا في كثير من الحالات التي تمّ فيها انتقال العدوى من الزوج الذي كان يمارس علاقات غير شرعية خارج الأسرة إلى الزوجة.

نصل في الأخير إلى النتيجة البديهية، وهي أنّ مرض الإيدز عيب موجب لطلب التخليق، لأنه يشتمل على الكثير من العلل إن لم نقل كلّها والتي أوجب الفقهاء من أجلها ثبوت خيار الفرقة للزوج الآخر.

الفرع الثاني

الأمراض النفسية

بقدر تقدم البشرية وتعدّد إنجازاتها العلمية في مختلف المجالات وعلى رأسها المجالات الإعلامية والاتصالات، بقدر التأثير السلبي لذلك على الجانب الروحاني والأخلاقي، اللذان يعطيان للإنسان إحساسا بالثقة والأمان والاطمئنان. وبقدر ما قدّم العلم

¹ - صحيح البخاري، مرجع سابق، حديث رقم 5707.

² - الآية 195 من سورة البقرة.

³ - الآية 29 من سورة النساء.

للإنسان من وسائل جديدة للعيش المادي الأفضل بقدر ما أوجهه إلى قيم، لا أقول جديدة ولكنها قديمة قدم البشرية، ولكنها تحتاج إلى بعث جديد، قيم تهدئ من روع الإنسان أمام ظروف اقتصادية قد تجوّعه، أو ظروف سياسية قد تشرّده وتقتله، أو ظروف اجتماعية قد تشعره بالوحدة والضياع في عالم اللاحدود الذي أصبحنا ننتمي إليه قسرا. هذا العالم الذي أصبح لا يوفر للإنسان سياجا من الأمن والأمان يشعره بدفء الأسرة والمجتمع والدولة التي تحميه، وهذا هو نتاج فكر العولمة الذي حاصر كل إنسان في بقاع العالم حيث أضحى في سجن كبير.

وإذا تحدثنا عن الأمراض الحسيّة البيولوجية وتووعها ، فإنّ تنوع الأمراض النفسية وانتشارها أوسع بكثير، وهي من أبرز سمات العصر الحديث. وتتمركز أهمّ هذه الأمراض النفسية حول محورين أساسيين هما:

- 1- الانطواء والانعزال عن المجتمع والذي قد يؤدي إلى الاكتئاب المرضي الحادّ.
 - 2- محاولة البحث عن تحقيق السعادة النفسية خارج نطاق الواقع الاجتماعي بعادته وقيمه والذي قد يؤدي في إحدى صورهِ إلى الانحراف والشذوذ الجنسي.
- والذي يهمننا أكثر في مجال الأمراض النفسية هو إمكانية إعطاء الزوجة الحق في طلب التفريق لإصابة الزوج بها أم لا؟ ولكي نتوصل إلى الإجابة ينبغي معرفة طبيعة بعض الأمراض النفسية ومدى خطورتها على استمرار الحياة الزوجية، وهل تتحقق فيها بعض العلل التي من أجلها أجاز الفقهاء طلب الفرقة للزوج السليم.

أولاً: الاكتئاب المرضي

الاكتئاب بشكل عام هو "حالة انفعالية تكون فيها الفاعلية النفسية الجسدية منخفضة، وقد تكون سوية أو مرضية، وتشير المرضية منها إلى اليأس والشعور المهيم بالعجز والنفاهة. والاستجابة الاكتئابية حالات نفسية عصابية (نفسية) أو ذهانية (عقلية) تبدئ بالكآبة والشعور بالإثم، وفي الحالات المتقدمة قد تتميز بالشعور بالعجز والميل إلى الانتحار"¹.

¹ - نوال محمد الشاكر، مرجع سابق، ص 176.

يتبين من هذا التعريف أنّ الاكتئاب أنواع ودرجات، فقد يكون اكتئاباً سويًا يمرّ به معظم الناس ولا يشكّل خطورة كما يحدث بطريقة مؤقتة، أو اكتئاباً مرضياً ويكون في معظم الأحيان حاداً. أما من حيث النوع فقد يكون نفسياً أو عقلياً¹.

1- الاكتئاب النفسي (العصابي): ويختلف عن الاكتئاب السويّ في الدرجة والفترة الزمنية، ويتميّز بمدّة أطول، وبحزن شديد دائم ويأس وضياع، ويكون بسبب حادثة مؤلمة يمكن تحديدها كفقدانه للعمل أو لإنسان عزيز عليه.

2- الاكتئاب العقلي (الذهاني): قد يحدث دون سبب محدّد وواضح، ويتسم بالهبوط في النشاط الحيوي والحركي والقنوط المستمر، وقد يتسم بالبكاء المستمر وتوهم المرض والاضطهاد ومشاعر الإثم. وقد يصل به الأمر إلى الانتحار. وللاكتئاب العقلي أنواع تتسم بثلاث مستويات في الشدّة.

أ- الاكتئاب البسيط وهو أبسط أنواع الاكتئاب.

ب- الاكتئاب المرافق لسن القعود والاكتئاب الموقفي والانفعالي وعلاجها سهل وميسّر ويتطلب العلاج النفسي فقط.

ت- الاكتئاب الحاد والذهول الاكتئابي، هاتين الحالتين لا يكفي فيهما العلاج النفسي بل لا بدّ من إيداع المريض في مصحّة لعلاج كميائياً ونفسياً ولمراقبته حتى لا يقدم على الانتحار.

يبقى التساؤل في الأخير، هل يمكن أن نقيس مرض الاكتئاب على العيوب التي أجاز الفقهاء بها طلب التفريق؟

لقد أجاز الفقهاء التفريق للجنون، وأحقّ بعضهم بعض أنواع الضعف العقلي والنفسي كالعته والخبل والصرع، وأضاف المالكية مرض الوسواس². وإذا نظرنا إلى العلل التي من أجلها أجاز الفقهاء التفريق لهذه العيوب فإنّه يمكن أن نلحق بها مرض الاكتئاب الحادّ الذي يتصف المصاب به بالعزلة الشديدة عن المجتمع والتكلم بصعوبة شديدة واتهام نفسه بأبشع الآثام التي لا يمكن التكفير عنها، وتوهم المرض وفقدان الشعور بالواقع وكما تبدو عليه الهلوسة السمعية واحتمال ارتكاب العدوان على غيره ونفسه بالانتحار. وكذلك

¹ - المرجع نفسه، ص 176 إلى 180.

² - شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج 2، دار إحياء الكتب العربية، د.ب.ن، د.ت.ن، ص 279.

الذهول الاكتئابي، وهو أشدّ أنواع الاكتئاب خطورة، حيث يعود الفرد إلى مرحلة طفولية بدائية، ولا يباشر أيّ حاجة من حاجاته إلاّ بإرغامه على ذلك كالأكل والشرب، ويصاب ذلك تدهور الحالة الصحيّة وانقطاع الدورة الشهرية عند المرأة وبرودها الجنسي، ويصاب الرجل أيضا بالضعف الجنسي.

إنّ التقدم الطبيّ في مجال علم النفس أدّى إلى علاج الكثير من الأمراض، إلاّ أنّ بعض حالات الاكتئاب الحاد والذهول الاكتئابي قد تؤدي إلى إضعاف العقل إلى درجة قد تصل إلى الجنون ولو جزئيا، وقد يعرّض المريض نفسه وغيره للخطر بالإضافة إلى الأعراض الخطيرة الأخرى، وقد يطول العلاج إلى أكثر من سنة¹، بل وإلى سنوات. وتقاس هذه الأمراض النفسية على مرض الجنون والذي قد يعرّض النفس إلى الخطر. وقد نقيس هذه الأمراض النفسية الحادّة على أمراض جنسية أخرى من حيث اعتبارها مانعا من موانع العلاقة الحسيّة بين الزوجين، خاصة وأنّ المالكية ذهبوا إلى أبعد من هذا بحيث أجازوا طلب التفريق بسبب مرض الوسواس والذي يعتبر أقلّ خطورة من الأمراض النفسية التي ذكرناها.

ونرى عدم الأخذ بهذا الرأي الأخير في عصرنا الحالي لأنّ الوسواس من الأمراض التي يمكن علاجها حديثا، حتى وإن كان وسواسا قهريا وطالت مدّة علاجه. لكن في المقابل إذا تعدّى هذا الوسواس على الحياة الخاصة للزوجة بحيث يتخيّل الزوج أنّ زوجته تخونه ويؤذيها بسبب ذلك، والواقع الاجتماعي يعرف حالات مماثلة لهذا الوسواس القهري يسيطر على صاحبه، فإذا وُجدت الزوجة في حرج كبير بسبب هذ التهيؤ الذي أصبح يسيء لها ولمسمعتها وأسرتها فلها أن تطلب التفريق لذلك.

رغم أنّنا بصدد الحديث عن الزوجة وحقّها في طلب التفريق للعيوب إلاّ أنّه ليس كل عيب يجيز طلب التفريق، لأنّ الحياة الزوجية ليست مبادلات مادية فحسب وإنّما هي جملة أحاسيس ومشاعر تمنح للزوجة قوّة التحمل والصبر على بعض الأعراض المؤقتة بل وحتى الدائمة وفي كثير من الأحيان. ولكن إذا استحال الأمر إلى عدم اطمئنان وخوف من الاعتداء وعدم القدرة على توفير حياة كريمة محصنة، هنا ينشأ حق الزوجة في طلب التفريق للعيوب المسببة لذلك.

¹ - قياسا على تأجيل المجنون سنة عند فقهاء المالكية.

ثانياً: الشذوذ الجنسي

من سنن الله أنه خلق جنسين في هذا الكون وهما الذكر والأنثى، وجعل كلا منهما مكتملاً للآخر، وجعل لكل منهما خصائص خلقية بيولوجية وصفات نفسية معنوية تلبي حاجيات الآخر النفسية والجسدية، كل هذا في إطار الممارسة الطبيعية والشرعية لكل منهما اتجاه الآخر. وسبق الذكر أن التغيرات التي حدثت في هذا العصر ومجمل التناقضات والظروف الاقتصادية¹ والاجتماعية التي أثرت سلباً على الإنسان، قد تؤدي به إمّا إلى الانطواء أو إلى البحث عن السعادة خارج الأطر الثابتة للمجتمع. وقد تعرضنا للقلق والانطواء المؤدي إلى حالات الاكتئاب، وبقي أن نلقي نظرة على انحراف نفسي آخر قد يؤدي إلى الشذوذ الجنسي.

1. معنى الشذوذ الجنسي وأنواعه: جاءت كلمة الشذوذ لغة من شذّ، ويقال شذّ عن الجمهور أو الجماعة أي ندر عنهم وانفرد، والقول شذّ عن الأصول أي خالفها، والشذاذ من الناس أي القليل². أمّا عن المعنى الاصطلاحي المعروف في مجال علم النفس، فإنّ الشخصية الشاذة عكس الشخصية السويّة. والمعنى الاصطلاحي للشذوذ في المجال الجنسي هو مخالفة الفطرة السليمة والسويّة لبني البشر بل للكائنات جميعاً من ميل كل جنس إلى الآخر وقضاء الشهوة بطريق الجماع العادي³. وقد أرجع علماء النفس أسباب الانحرافات الجنسية بكل أنواعها إلى اضطرابات نفسية مرضية قد تكون بسبب ظروف اجتماعية خاصة⁴.

ومن أشكال الانحراف الجنسي:

أ- الانحراف الجنسي الذاتي: ويتجلى هذا في النرجسية أي عشق الذات وممارسة العادة السريّة.

¹ - ليس بالضرورة أن تكون الظروف الاقتصادية المتردّية السبب في الأمراض النفسية والانحرافات الأخلاقية، فقد يتسبب الثراء كذلك في هذه الأمراض إذا اقترن بضعف الوازع الديني والأخلاقي، فقد يبحث الثريّ غير السويّ عن اللذة القصوى والسعادة الدائمة فلا يجدها فيلجأ إلى البحث عنها بطرق غير سويّة وشاذة.

² - المنجد في اللغة والأدب والعلوم، مرجع سابق، ص 390.

³ - نوال محمد الشاكر، مرجع سابق، ص 182.

⁴ - «L'homosexualité est donc essentiellement liée a des facteurs psycho- sociaux qui expliquent la diversité de ses aspects ». Professeur – A. Domart et D- J. Bourneuf. Nouveau Larousse Médical. Librairie Larousse. 1981. Paris. p 494.

ب- الجنسية المثلية: إفراغ الشهوة مع نفس الجنس، وهذا ما يعرف باللوواط عند الرجال. ومن آثار ممارسة هذا السلوك العزوف عن الجنس الآخر والتفرز منه.

ت- الانحراف في الوظيفة الجنسية، إمّا بالشبق والهوس الجنسي (الإفراط) أو الضعف والبرود الجنسي.

ث- الانحرافات الجنسية المظهرية: وتتمثل في استعراض الأعضاء التناسلية واختلاس النظر للأعضاء التناسلية للغير.

ج- السادية والماسوشية: وتعنيان ممارسة الجنس بعنف وقسوة، فتعني الأولى أن يلجأ صاحب هذا الانحراف إلى إيلاء شريكه بالعنف والتعذيب لإشباع غريزته¹، ويسبب هذا ألماً نفسياً وبدنياً للطرف الآخر. وقد يصل هذا الإيلاء الشديد إلى القتل. أمّا المعنى الثاني أي الماسوشية فيعني أنّ لذة المصاب لا تكتمل إلاّ بتألّمه هو على يد شخص آخر أي شريكه².

وما يهمنّا في مختلف أنواع الانحراف الجنسي هي الانحرافات الأكثر تأثيراً على مسار الحياة الزوجية وأكثرها إلحاقاً للضرر بالطرف الآخر، وهي الجنسية المثلية والسادية والماسوشية.

2. مدى اعتبار الشذوذ الجنسي كعيب من العيوب الموجبة للتفريق: إنّ الله تعالى خلق الزوجين الذكر والأنثى وشرّع لهما الزواج كعلاقة مقدّسة سويّة تستجيب للانجذاب الفطري الموجود بينهما، وهذا بصورة سويّة طبيعية فطرية من أجل بقاء النوع وامتداد النسل لتعمير هذه الأرض. ولا شك أنّ الخروج عن هذه الفطرة والشذوذ عنها من شأنه تعكير صفو الأسرة وتفكيكها، فإذا كان الزوج مصاباً بانحراف الجنسية المثلية فإنّه من آثار ذلك الانصراف عن الزوجة جسدياً وعاطفياً، فتفتقد هي بذلك السكن والطمأنينة المنشودين من الزواج، ناهيك عن ألمها النفسي الذي ستشعره إذا علمت بشذوذ زوجها، بل وتفرزها ونفورها منه لأنّه أهدر رجولته بانحرافه هذا.

¹- Nouveau Larousse Médical. Op cit. p 901.

²- Nouveau Larousse Médical. Op cit. p 612.

إضافة إلى الأمراض العضوية التي قد يصاب بها الزوج من ممارساته الشذوية مع بني جنسه، وهذا قد يعرض الزوجة والأولاد - إن وجدوا - للخطر. ورغم هذا لا نستطيع أن نقول أن ممارسة الزوج للواط ليس عيباً في حد ذاته موجباً للتفريق لأن هذا في حد ذاته فاحشة من الفواحش، وإنما آثار ذلك تؤدي كذلك إلى طلب الفرقة، كأن يؤدي هذا الانحراف إلى برودة اتجاه الزوجة أو إلى إجبارها على إتيانها في غير موضع الوطء لتلبية حاجات الزوج المنحرفة، حينذاك يكون طلب التفريق مؤسس على الضرر الواقع بالزوجة وعلى أساس الشقاق المستمر بينهما بسبب هذه الانحرافات¹.

إجمالاً فإنّ مجمل صور الانحراف والشذوذ الجنسي هي أسباب موجبة لطلب التفريق باختلاف تكييفها، أي كعيب موجب له أو تفريق للضرر لأنّ مجمل الأضرار التي قد تلحق بالزوجة هي:

- الإيلام الجسدي، إمّا بالعنف أو بانتقال بعض الأمراض من الزوج الشاذ.
- عدم تحقيق الإشباع الفطري للزوجة.
- الإيلام المعنوي المتمثل في إهدار كرامة المرأة والأسرة بأكملها بإهدار الرجل لكرامته².

المطلب الثالث

العيوب الطارئة بعد عقد الزواج وحكم التفريق بها

لقد افترضنا أن تكون العيوب السابقة الذكر، والتي أسهبنا في الحديث عنها، بالزوج قبل إبرام عقد الزواج، لأنّ الأمر يتعلق بالتدليس الذي يكون قد وقع على الطرف الآخر أثناء العقد والذي يعطي للزوج المتضرر الحق في فسخه. ولكن ماذا لو أُصيب الزوج بنفس العيوب والأمراض الموجبة لطلب الفرقة بعد الزواج؟ هل يسري عليها نفس الحكم؟ أم أنّ الأمر يختلف كونه لم يصطبغ بصبغة التدليس على الزوج الآخر.

¹- نوال محمد الشاكر، مرجع سابق، ص 186.

²- المرجع نفسه، ص 187.

إذا افترضنا اختلاف الحكم في العيوب الطارئة بعد الزواج، فهل يختلف الأمر بالنسبة للزوجين أم لأحدهما فقط؟ أو بالأحرى هل تبقى الزوجة متمتعة بحق طلب الفرقة للعيوب الطارئة بالزوج بعد الزواج أم أنها تفقد هذا الحق في هذه الحالة؟

الفرع الأوّل

الرأي القائل بعدم جواز طلب التفريق بالعيوب الطارئ بعد الزواج

قبل التعرض لهذا الرأي ينبغي الإشارة إلى أنه لا ضرورة من البحث في رأي من قالوا بعدم جواز طلب التفريق للعيوب أصلاً، فإذا كانوا لا يجيزون ذلك في العيوب الواقعة قبل عقد الزواج والذي يغلب عليها طابع التدليس، فإنهم من باب أولى لا يجيزونه في العيوب الطارئة بعد العقد. وإنما ينبغي البحث في آراء من قالوا بجواز طلب التفريق للعيوب الواقعة قبل الزواج، هل يجيزونه في العيوب الطارئة بعد الزواج أم لا؟

إنّ الرأي الذي نحن بصدده هو رأي قديم للشافعي¹ وأحد قولي الحنابلة²، وهم يرون أنّ العيوب الحادثة بعد الزواج لا تثبت للزوج المتضرر حق طلب التفريق، فالزوجة حسبهم ليس لها الحق في طلب التفريق إذا حدث للزوج عيب من العيوب السابقة والتي تعطلّ بها تحقيق أهداف الزواج. وحجتهم في ذلك أنّ هذا العيب لم يكن موجوداً قبل العقد، والعقد نشأ صحيحاً، فلا داعي ولا مبرر لنقضه. ووقوع العيب أو المرض بعد العقد دليل على خلوه من التدليس والتغريب بالزوج المتضرر.

يظهر - حسب رأينا - أنّ أصحاب هذا الرأي أسسوا جواز طلب التفريق على نيّة التدليس ووقوع التغريب بالزوج فقط، وبالتالي إذا انتفى هذا الأمر لم يثبت للزوج الآخر حق طلب الفرقة. ولكن من أهمّ العلل التي ذكرها جلّ الفقهاء والتي تستجيب لمقتضيات العقل والشرع هي عدم القدرة على تحقيق الأهداف الأساسية للزواج كالمودة والرحمة

¹ - أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، الجزء 9، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ت.ن، ص 347.

² - موفق الدين بن قدامه، ج 7، مرجع سابق، ص 580.

والسكن والإنجاب....إلخ. بالتالي حتى وإن لم يكن هناك تدليس أثناء إبرام العقد فقد يحدث العيب بعد الزواج فتصبح الحياة الزوجية بسببه مضطربة وغير مستقرة، ولا يتحقق بها الهدف الأساسي من وجودها. من هنا تأتي مصلحة الزوج المتضرر وحقه في دفع هذا الضرر الذي قد لا يطاق.

الفرع الثاني

الرأي القائل بثبوت حق الزوجة في طلب التفريق بالعيوب الطارئة بعد الزواج

لهذا الرأي اتجاهان يتفقان في إعطاء الزوجة الحق في طلب التطلاق للعيوب الطارئة على الزوج بعد الزواج. ويختلفان في أنّ الأول يعطي هذا الحق للزوجين دون تمييز، أمّا الثاني فيعطي هذا الحق للزوجة فقط.

- الاتجاه الأول: يرى أنصار هذا الاتجاه أنّ العيوب الطارئة بعد الزواج مثلها مثل العيوب الواقعة قبله تُثبت حق الخيار للزوج السليم سواء كان الزوج أو الزوجة. ولا مجال للتفريق بين هذه العيوب لأنّ الزواج عقد منفعة يجوز نقضه أو فسخه بتعطل تلك المنفعة. وقد ذهب إلى هذا الرأي الشافعية في قولهم المتأخر¹، ومن الحنابلة ابن قدامة والذي كما توسّع في العيوب الموجبة لطلب التفريق الواقعة قبل الزواج أعطى نفس الحكم للعيوب الطارئة بعده.

- الاتجاه الثاني: يرى أنصار هذا الاتجاه وهم المالكية² أنّ حق طلب التفريق للعيوب الطارئة بعد الزواج يثبت للزوجة دون الزوج، لكنهم لم يطلقوا هذا الحكم على كلّ العيوب، بل على أشدها إيذاءً بالزوجة كالبرص والجنون والجدام، ويقاس على ذلك العيوب الشديدة الإيذاء أو المساوية لها في العلة. وعذرهم في ذلك أنّ الزوج بإمكانه دفع الضرر عنه بالطلاق لأنّه يملكه. أمّا الزوجة فلا فرصة لها لدفع هذا الضرر إذا تعسّف الزوج في عدم قبول فراقها إلاّ بطلب التطلاق من القاضي.

¹- أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، مرجع سابق، ص 347.

²- شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ص 278.

إننا نميل إلى هذا الرأي كونه منطقيّ وواقعيّ لأنّه أفيده وأصلح للزوجة والتي أعتبرها، رغم ما لها من حقوق، الطرف الضعيف في عقد الزواج، أمام ما يملكه الزوج من حق فكّ عقدة النكاح بإرادته المنفردة. فمن المنطقي أن تمتلك المرأة حق رفع أمرها للقاضي لدفع الضرر عنها بسبب العيوب السابقة واللاحقة بعقد الزواج، دون أن يتمتع الزوج بهذا الحقّ، لأنّ هذا أحفظ لحقوقها (مهر، نفقة،..) في حالة فسخ الزواج، وأحفظ لسرها بضمان عدم التشهير بها.

خلاصة القول أنّ جلّ فقهاء الشريعة الإسلامية توسّعوا في العيوب والأمراض الموجبة لطلب التفريق بطلب الزوجة والتي تكتشفها في زوجها بعد الزواج، كما ألحقوا بها العيوب والأمراض التي قد تطرأ على الزوج بعد عقد الزواج، وفي هذا سعة وحرية منحها الشرع الإسلامي للزوجة بتمكينها من فراق زوجها إذا تضررت من علاقته بها.

المطلب الرابع

التشريعات العربية وموقفها من عيوب الزوج الموجبة لطلب التفريق

بالنظر إلى صياغة المواد القانونية لتشريعات الأحوال الشخصية لبعض الدول العربية سنتمكّن من معرفة كيفية تعرّض مشرّع كل دولة لتحديد العيوب الموجبة للتفريق وهل حدّدها على سبيل الحصر أم ذكر بعضها على سبيل المثال وترك الباقي للاجتهاد القضائي.

الفرع الأوّل

التشريع المصري

إذا بحثنا في العيوب الموجبة للتفريق من طرف الزوجة في التشريع المصري نجد قسمان، قسم كان يُعمل به قبل صدور قانون رقم 25 لسنة 1920 وقسم جاء به هذا الأخير. ما كان يعمل به قبل القانون السابق هو ما جاء في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية¹، وهذا القسم من العيوب مازال يُعمل به إلى جانب القانون المذكور حسبما جاء

¹ - لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، الصادر بها الأمر العالي المؤرّخ في 25 ذي الحجة سنة 1314 الموافق 28 مايو 1897 والمعدّلة بالمرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931.

في المذكرة الإيضاحية له وما أيّدته محكمة النقض المصرية¹ القاضية بالعمل بالعيوب الموجبة للتفريق بمقتضى مذهب الإمام أبي حنيفة، وذلك وفقا للمادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية².

نستخلص ممّا سبق أنّ المشرّع المصري كان يأخذ بالعيوب التي تتصل بقربان الرجل لزوجته وهي العيوب التناسلية، بالإضافة إلى ما جاء به القانون المذكور وهو التفريق لكلّ عيب مستحکم لا تعيش معه الزوجة إلاّ بضرر. وبأخذ المشرّع المصري قبل سنة 1920م بالراجح من مذهب أبي حنيفة يكون قد اقتصر على العيوب التناسلية فقط. أما بعد إصدار قانون 1920 / 25 فإنه قد وسّع من دائرة هذه العيوب ووضع لها معيارا يجمعها دون حصرها³، ويتمثل هذا المعيار في عنصرين اثنين، أولهما استحكام العيب وعدم الشفاء منه أو الشفاء منه بعد زمن طويل، أمّا المعيار الثاني فهو تضرر المرأة من هذا العيب. وقد جاء القانون بأمتلّة من العيوب العقلية كالجنون وأمتلّة من العيوب المعديّة والمنفردة كالجدام والبرص⁴.

¹ - طعن رقم 8 لسنة 43 ق "أحوال شخصية"، جلسة 19 - 11 - 1975، والذي جاء فيه ما يؤكّد العمل بالعيوب التناسلية وفقا للأرجح من مذهب أبي حنيفة إلى جانب العيوب المنصوص عليها بالقانون رقم 1920/25، وهذا ما أكّدته مذكرته الإيضاحية وممّا جاء في هذا الطعن ما يلي: "لمّا كانت المذكرة الإيضاحية للقانون قد أوضحت أنّ التفريق للعيب في الرجل قسما، قسم كان معمولا به بمقتضى مذهب أبي حنيفة وهو التفريق للعيوب التي تتصل بقربان الرجل لأهله وهي عيوب الجبّ والعنة والخصاء. وبق الحكم فيه... وقسم جاء به القانون وزاده على ما كان معمولا به وهو التفريق لكلّ عيب مستحکم لا تعيش معه الزوجة إلاّ بضرر....". نقلا عن نوال محمد الشاكر، مرجع سابق، ص 343.

² - تنص المادة 280 من لائحة المحاكم الشرعية على ما يلي: "تصدر الأحكام طبقا للمدوّن في هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة...."، نقلا عن عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات الأحوال الشخصية، ط 1، الإسكندرية، ص 658.

³ - محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافي، مرجع سابق، ص 432 وما يليها؛ أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، مرجع سابق، ص 184 وما يليها.

⁴ - تنص المادة 9 من قانون 1920 / 25 م على: "للزوجة أن تطلب التفريق بيها وبين زوجها إذا وجدت به عيب مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلاّ بضرر كالجنون و الجدام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أو حدث بعد العقد ولم ترض به فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق".

نجد أن المشرّع المصري لم يستند إلى مذهب فقهي معين كما كان الحال قبل 1920م، وإنما أخذ برأي جمهور الفقهاء، وأدّى هذا إلى توسعه في تحديد معيار هذه العيوب كما أخذ بالعيوب الحادثة قبل عقد الزواج وبعده. لكن رغم توسع المشرّع المصري في تعداد هذه العيوب، إلا أنّ هذا التوسع كان محدوداً، لأنّ القضاء المصري لم يعتبر كل الأمراض العقلية والنفسية موجبة لطلب التفريق. ومن تطبيقات المحاكم رفض طلب التطلق بسبب عته الزوج¹. وليس هذا فحسب فقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أبعد من هذا في أحدث الاجتهادات والمبادئ القانونية التي قررتها²، حيث رفضت إدراج العقم ضمن العيوب التناسلية التي تُجيز طلب التطلق في المذهب الحنفي، واستدلّت في ذلك على أن العقم لا يمنع الوطء واستمتاع كل طرف بالآخر، وأنّ الرزق بالذرية هبة من الله تعالى ومظهر من مظاهر قدرته الإلهية، وتمّ بذلك نقض الحكم لأنّه مخالف للقانون.

لو تفحصنا الموضوع جيداً فإننا نلاحظ أنّ الفقهاء جميعهم متفقون على التفريق بين الزوجين بسبب العيوب المانعة من الوطء أي العيوب التناسلية. والوطء في الأصل هدفه تحصيل الولد الذي هو في غالب الأحيان غاية أساسية يُهدف إليها من وراء عقد الزواج، فينبغي أن تأخذ الغاية - وهي الأهم - حكم الوسيلة وهي الوطء، دون أن ننكر أنّ هذا الأخير هو أيضاً هدف من أهداف الزواج، ولم يجعله الله تعالى غريزة فطرية في كل إنسان عبثاً أو من أجل اللذة فقط، وإنما من أجل الهدف الأسمى وهو الحفاظ على النوع البشري. ويكفي في ذلك ما جاء في الأثر وما روي عن عمر بن الخطاب - رضي الله

¹ - "إنّ ما نصت عليه المادة 9 من القانون 1920/25م على أنّه يُشترط في العيب الذي يُجيز للزوجة طلب التفريق.... ألاّ يمكنها المقام معه إلا بضرر، ومن حيث أنّ العته لا يتحقق في ذلك، إذ المعتوه شرعاً هو قليل الفهم مختلط الكلام لا يضرب ولا يشتم ومثل هذا العيب لا تضرر معه الزوجة"، حكم صادر من محكمة إمبابية الشرعية بمصر بتاريخ 1925/1/1م، نقلاً عن نوال محمد الشاكر، مرجع سابق، ص 352.

² - طعن رقم 357 لسنة 63 قضائية، الأحوال الشخصية، بتاريخ 1997/12/29م، نقلاً عن عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 766.

عنه - أنه قال لمن تزوج امرأة وهو لا يولد له -أي عقيم-: "أخبرها أنك عقيم وخيرها"¹، ولم يرفض عمر تخيير المرأة لعيب العقم وهو الأعم بقدرته تعالى وهباته.

الفرع الثاني التشريع السوري

ذكر المشرّع السوري العيوب الموجبة للتفريق في فصل التفريق للعلل وذلك في المادة 105 من قانون الأحوال الشخصية السالف الذكر حيث نصّت على ما يلي:
"للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها في الحالتين التاليتين:
- إذا كان فيه إحدى العلل المانعة من الدخول بشرط سلامتها هي منها.
- إذا جنّ الزوج بعد العقد"².

نلاحظ من خلال هذه المادة تحديدا دقيقا للعيوب الموجبة للتفريق بطلب الزوجة، وقد اقتصرت على العيوب الجنسية المانعة من الدخول وجنون الزوج الطارئ على العقد. ويظهر من خلال هذا الحصر للعيوب الموجبة للتفريق أنّ المشرّع السوري ضيق على الزوجة كثيرا ولم يسمح لها بالخلص من الرابطة الزوجية التي قد يشوبها الكثير من الاضطراب لتتوَع العيوب التي قد تلحق الزوج وتضرّ بها، ولكنّها لا تدخل في إطار العيوب التي حصرها المشرّع في المادة 105 السابقة الذكر. وهذا المسلك الذي سلكه المشرّع السوري مناقض لما جاء بالملذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية لأنّه لم يأخذ إلاّ بالعيوب التي أخذ بها أبو حنيفة وأبو يوسف، رغم ذكره في الملذكرة الإيضاحية ما يلي: "ومن الضروري العدول عن القول الراجح في المذهب الحنفي أحيانا، والأخذ من المذاهب الثلاثة الأخرى ومن مذاهب الأئمة غير الأربعة حيناً، وجميع الأحكام الشرعية في مجموعات قانونية وذلك...لما تغيّر من الأعراف وما جدّ من الحوادث التي دعت

¹ - أبو بكر عبد الرزاق بن همّام الصنعاني، مصنف عبد الرزاق، تحقيق حبيب الرحمان الأعظمي، الجزء 6، ط2، المكتب الإسلامي، بيروت، 1403هـ، ص 162؛ محمد حجاري، مرجع سابق، ص 411.

² - محمد إبراهيم الكوفي، مرجع سابق، ص 40.

الضرورة للأخذ فيها بغير ما استقرّ عليه المذهب الذي بني حكمه في أمثالها على عرف ذلك العصر وحوادثه...¹.

نلاحظ في الأخير أنّ المشرّع السوري قد قلّص من العيوب الموجبة لطلب التفريق مقارنة بالتشريعات العربية الأخرى، وهذا في الحقيقة مسلك غير محمود أمام ما يعرفه العصر الحديث من أمراض خطيرة لا يمكن المقام معها إلاّ بضرر وهي أكثر خطورة من مجرد عدم القدرة على الوطاء وأخطر كذلك من الجنون، وأشهر هذه الأمراض مرض الإيدز.

الفرع الثالث التشريع المغربي

لقد ذكرنا سابقاً أنّ المشرّع المغربي أعطى حق التفريق للعيوب لكلا الزوجين، وقد حدّد في المادة 107 من المدوّنة الجديدة للأسرة الصادرة وفقاً للقانون رقم 70/03 عيوب الزوج الموجبة لطلب التفريق من طرف الزوج الآخر وهي كالتالي: "تعتبر عيوباً مؤثرة على استقرار الحياة الزوجية وتخول طلب إنهاؤها:

- 1- العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية.
- 2- الأمراض الخطيرة على الزوج الآخر أو على صحّته، التي لا يُرجى منها الشفاء منها داخل سنة"².

نلاحظ أنّ المشرّع المغربي لم يحدّد العيوب بحصرها، بل ولم يذكر حتى أمثلة عنها بل حدّد ضابطين أساسيين، أولهما عدم القدرة على المعاشرة الزوجية، وثانيهما خطورة المرض على الزوج الآخر. وحسب تقديرنا فإنّ المشرّع اقتصر بذلك على العيوب الجنسية المانعة من الوطاء والأمراض الخطيرة على الزوج الآخر. ويفهم بالتالي من ذلك أنّ المشرّع قصد الجنون خاصة لأنّه يؤدي بصاحبه إلى ارتكاب العنف، وكذلك الأمراض المعدية الخطيرة التي قد تؤدي إلى موت الشخص الذي انتقلت إليه العدوى. فهل هذا يعني

¹ - ارجع إلى المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية السوري في المرجع نفسه، ص 5.

² - امحمد لفروجي، مرجع سابق، ص 40.

أنّ المشرّع المغربي قد استثنى من ذلك الأمراض التي قد تسبب ضررا معنويا وأشدّها الأمراض المنقرّة. وإذا لاحظنا المعيارين السابقين يكون المشرّع المغربي قد استثنى وبوضوح عيب العقم لأنّه ليس يمنع من الوطء، كما أنّه ليس مرضا خطيرا على حياة الزوج الآخر، ويكون بذلك قد سلك مسلك المشرّع المصري ولكن بوضوح أكبر، لأنّ الذي منع القاضي المصري من الأخذ بعيب العقم كسبب موجب للتفريق ليس النص القانوني وإتّما اجتهاد محكمة النقض وهذا عكس التشريع المغربي الذي يفهم وبوضوح عدم أخذه بعيب العقم.

لو تأملنا قليلا لوجدنا أنّ المشرّع المغربي غير من منهجه في تحديد العيوب الموجبة للتفريق وذلك قبل التعديل الجديد الذي بدأ العمل به في فبراير سنة 2004، حيث أشار في النص القديم إلى معيار الضرر الذي يصيب الزوجة وضرب أمثلة لهذه الأمراض والعيوب¹. كما يستفاد من نصوص القانون رقم 70 / 03 أنّه يؤخذ بالعيوب الواقعة قبل العقد أو الطارئة عليه، والمهم في ذلك عدم الرضا الصريح بها بعد العلم بتعذّر الشفاء.

الفرع الرابع

التشريع العراقي

تعرّض المشرّع العراقي لموضوع التفريق للعلل بإسهاب²، فقد تحدّث في البند الرابع من الفقرة الأولى من المادة 43 على العيوب التناسلية التي تمنع الوطء³. وتحدّث في البند

¹ - نصّت المادة 54 من مدوّنة الأحوال الشخصية المغربية الصادرة في عام 1957 على ما يلي: "1- إذا وجدت الزوجة بزوجها عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن يزيد عن سنة ولا يمكنها المقام معه إلاّ بضرر كالجنون والجدام والبرص والسلّ، فلها أن تطلب من القاضي تطليقها منه سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به، أم حدث بعد العقد ولم ترض به، ويؤجله القاضي سنة فإن برئ أو طلقها عليه. 2- يستجاب لطلب المرأة التطليق بدون تأجيل في عيوب الفرج التي لا يُرجى برؤها. 3- إذا تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فليس لها طلب التطليق لأجله"، نقلا عن نوال محمد الشاكر، مرجع سابق، ص 368.

² - أحمد الكبيسي، مرجع سابق، ص 163 و164.

³ - وقد نصّت هذه الفقرة على: "...إذا وجدت زوجها عينا أم مبتلى بما لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية، سواء كان ذلك لأسباب عضوية أو نفسية، أو إذا أصيب بعد الدخول بها، وثبت عدم إمكان

الخامس من نفس المادة والفقرة على العقم، ويكون بهذا قد انفرد بهذا التخصيص مقارنة بالتشريعات العربية الأخرى والتي نحن بصدد دراستها. كما أشار في البند السادس إلى العلل الأخرى التي لا يمكن للزوجة أن تعاشر زوجها بها دون أن تصاب بضرر بسببها، وأعطى بعض العيوب على سبيل المثال لا الحصر وهي الجذام والبرص والسل والجنون...¹.

بتأملنا للتشريع العراقي نجده - مقارنة بالتشريعات العربية الأخرى- قد توسّع في تعداد العيوب دون تحديدها ووضع معايير أوسع لتحديد نطاق العيوب الموجبة للتفريق. ونلاحظ أنه أخذ بأكثر من مذهب من المذاهب الفقهية التي تطرّقنا إليها، كما ساوى المشرّع العراقي بين العيوب التي تكون بالزوج قبل العقد والعيوب الطارئة عليه مثل التشريعات العربية الأخرى.

الفرع الخامس التشريع الإماراتي

اتضح من خلال المادة 112 المذكورة سابقاً أنّ المشرّع الإماراتي لم يحدّد العيوب الموجبة للتفريق على سبيل الحصر، وإنّما على سبيل المثال. كما أنّه وضع أكثر من معيار لتحديدها. فقد وضع معيار الضرر والنفرة من الزوج الآخر للأخذ بالعيوب كسبب للتطبيق. وأضاف منع العيب أحد الزوجين من المتعة الجنسية.

شفاءه منها بتقرير صادر عن لجنة طبيّة مختصّة، على أنّه إذا وجدت المحكمة أنّ ذلك سبب نفسي فتؤجل التفريق لمدة سنة واحدة شريطة أن تمكن زوجها من نفسها خلالها".

¹ - نصّ البند 6 من الفقرة الأولى من المادة 43 من قانون الأحوال الشخصية العراقي على: "إذا وجدت بعد العقد أنّ زوجها مبتلى بعلّة لا يمكن معاشرته بلا ضرر، كالجذام أو البرص أو السل أو الزهري أو الجنون أو أنّه قد أصيب بعد ذلك بعلّة من هذه العلل أو ما يماثلها، على أنّه إذا وجدت المحكمة بعد الكشف الطبي أنّ العلّة يؤمل زوالها فتؤجل التفريق حتى زوال تلك العلّة. وللزوجة أن تمتنع عن الاجتماع بالزوج طيلة مدّة التأجيل. أمّا إذا وجدت المحكمة أنّ العلّة لا يؤمل زوالها خلال مدّة مناسبة وامتنع الزوج عن الطلاق وأصرّت الزوجة على طلبها فيحكم القاضي بالتفريق".

كما أضاف المشرّع في المادة 114 فقرة 2 و4 عقم الزوج الآخر وإصابته بمرض معد يخشى منه الهلاك وهذا ما جاء فيها: "لكل من الزوجين حق طلب التفريق في الحالات الآتية: ...

2- إذا ثبت بتقرير طبي عقم الآخر، بعد زواج دام خمس سنوات، وبعد العلاج الطبي، وبشرط عدم وجود أولاد لطالب الفسخ، وأن لا يجاوز عمره أربعين سنة...
4- إذا ثبت إصابة الآخر بمرض معد يخشى منه الهلاك كالإيدز وما في حكمه، فإن خشي انتقاله للزوج الآخر أو نسلهما وجب على القاضي التفريق بينهما".

الفرع السادس التشريع الجزائري

لقد سبقت الإشارة إلى المادة 53 من تقنين الأسرة الجزائري، وهي المادة التي تشير إلى الأسباب التي تستند إليها الزوجة في طلبها للتطيق، ومن بين هذه الأسباب العيوب التي تلحق بالزوج، حيث جاء في الفقرة 2 منها مايلي: "يجوز للزوجة طلب التطيق للأسباب الآتية...2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج...".

إنّ العبارة السابقة هي الوحيدة في قانون الأسرة الجزائري التي تنص على العيوب الموجبة لطلب التطيق، بحيث لم يتعرّض المشرّع الجزائري إلى أيّ تفصيل يخصّ هذه العيوب¹، بحيث لم يحددها ولم يحصرها بل ولم يحدد بعضها على سبيل المثال. كما لم يبيّن طبيعتها، هل هي من العيوب الجنسية فقط أم تلحق بها عيوب جسدية ونفسية أخرى. كما لم يفرّق المشرّع الجزائري بين العيوب التي تكون في الزوج وقت العقد أو تطرأ عليه بعده². وحسب رأينا فإنّ هذا لا يعتبر نقطة سلبية في التشريع الجزائري بل العكس، فقد أصاب المشرّع الجزائري وأحسن صنعا من عدّة نواحي منها:

¹ - ونفس المسلك ذهب إليه المشرّع الليبي في إشارته إلى العيوب بحيث وضع معيار تقويت المقصود من الزواج وغايته، نقلا عن فائزة يونس الباشا، مرجع سابق، ص 48.

² - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1999، ص 286؛ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996، ص 262.

1. لم يحدّد العيوب بنوعيتها وإنّما حدّد العلّة التي من أجلها يمكن طلب التّطليق وهي عدم تحقيق هدف من أهداف الزواج. وإذا بحثنا في المقصود من أهداف الزواج بالنسبة للمشرّع الجزائري نجد المادة 4 من تقنين الأسرة تنصّ على ما يلي: "الزواج هو عقد رضائي يتمّ بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودّة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

2. النقطة الإيجابية الثانية والتي حقّقها المشرّع الجزائري هو أنّه ترك المجال واسعاً أمام السلطة التقديرية للقاضي بحيث له الحرّية، وفقاً لأهداف الزواج المذكورة سابقاً، في أن يكيّف نوع وطبيعة العيب أو المرض الذي يعاني منه الزوج، وهل يحول دون تحقيق الهدف من الزواج أم لا. فلم يقيّد المشرّع الجزائري القاضي بأنواع محدّدة من العيوب حتى لا تُظلم المرأة في رابطة زوجية لا تحقّق لها المودّة والرحمة والسكن الذي هدفت إليه بزواجها. ويرى البعض أنّ المشرّع الجزائري أخذ في موضوع التفريق للعيب بمذهب الإمام مالك¹، لكننا نرى أنّه ليس الإمام مالك وحده من أجاز التفريق للعيب، وإنّما كل الفقهاء الذين أجازوا التفريق للعيب والذين تعرّضنا لأرائهم.

3. كما أنّ المشرّع الجزائري ومن حيث حكم التفريق بالعيب ولمن يثبت، أخذ برأي أبي حنيفة لأنّه أعطى هذا الحق للزوجة فقط.

4. أمّا من حيث حصر العيوب وتحديدّها من عدمه فإنّ المشرّع الجزائري لم يأخذ برأي أبي حنيفة ولا برأي الإمام مالك الذي رغم توسّعه أكثر في تعداد العيوب مقارنة بأبي حنيفة إلاّ أنّه حدّدّها، وإنّما أخذ بالرأي الأرجح - حسب تقديرنا - وهو الذي أخذ به الفقيهان ابن تيمية وابن القيم ومن تبعهم والذين ذهبوا إلى عدم حصر العيوب وإنّما ربطوا حق طلب التّطليق بكلّ عيب يعطلّ تحقيق مقاصد النكاح، وهذا بالضبط ما ذهب إليه المشرّع الجزائري. وهذا ما أكّده قضاة المحكمة العليا حيث قضوا بما يلي:

"من المقرّر شرعاً أنّه يجوز للزوجة أن تطلب التّطليق لكلّ ضرر معتبر شرعاً...ومتى تبين في قضية الحال أنّ المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين وأنّ الطاعن لم ينجب أطفالاً طيلة هذه المدّة الطويلة ممّا أدّى بالزوجة إلى أن تطلب التّطليق لتضررها

¹ - عمر زودة، مرجع سابق، ص 48.

لعدم الإنجاب، وعليه فإنّ قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون تطبيقاً سليماً...¹. نجد أنّ قضاة المحكمة العليا أخذوا بعيب عدم الإنجاب على أساس أنّه لا يحقّق هدف من أهداف الزواج، وقس على ذلك العيوب الأخرى مثل ضعف القدرة الجنسية، بشرط ضرب أجل للزوج لمدة سنة من تاريخ تنفيذ الحكم القضائي²، وغيرها.

يلاحظ أنّ القاضي الجزائري أخذ بعيب العقم رغم عدم ذكره من طرف الفقهاء الذين حدّدوا الكثير من العيوب الموجبة للتفريق، بل هناك من ذكر أنّ عقم الزوج لا يعطي للزوجة حق الخيار في البقاء معه أو فراقه³. فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم ثبوت حق التفريق لكلا الزوجين بسبب عيب العقم، وبهذا قال الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية في القول المعتمد في المذهب. أمّا من أخذ بعيب العقم على أنّه موجب للتفريق فهم بعض الحنابلة كابن تيمية وابن القيم وكذلك ما نفهمه من المعيار العام الذي وضعه محمد ابن الحسن صاحب أبي حنيفة وهو أنّ كل عيب لا يمكن للزوجة المقام به مع زوجها إلاّ بحصول ضرر بسببه يجيز لها طلب التفريق⁴. إنّ المشرّع الجزائري وضع معياراً يمكن من خلاله معرفة كل العيوب التي تحول دون تحقيق أهداف الزواج ومن بينها عدم القدرة على الإنجاب.

إنّ عدم اعتبار العقم كعيب موجب للتفريق من طرف الفقهاء -وحسب تقديرنا- يعود إلى عدم إمكانية معرفة الطرف العاجز عن الإنجاب، هل هو الزوج أم الزوجة. وبالتالي لا يمكن الجزم على ذلك أمام انعدام التطور العلمي الذي يستطيع أن يحدّد الطرف

¹ - قرار بتاريخ 1999/02/6، ملف رقم 213571، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، المجلة القضائية، عدد خاص، سنة 2000، ص 119؛ ارجع كذلك إلى الملف رقم 87301، قرار بتاريخ 1992/12/22، المجلة القضائية، العدد 2 لسنة 1995، ص 92، والذي يقضي كذلك بأنّ عدم القدرة على الإنجاب من طرف الزوج سبب شرعي كافي لتطليق الزوجة منه.

² - ملف رقم 34784، قرار بتاريخ 1984/11/19، المجلة القضائية، العدد 3 لسنة 1989، ص 73.

³ - حمزاوي أحمد، "تأسيس دعوى الطلاق على عدم الإنجاب، التعليق على قرار: ملف 52850، بتاريخ 13-03-1989"، المجلة القضائية، العدد 2، لسنة 1995، ص 37.

⁴ - نقلاً عن وفاة بنت علي بن سليمان الحمدان، مرجع سابق، ص 486.

المعيب. أمّا الآن وأمام التطور العلمي الحديث فقد أصبح ذلك سهلاً مستساغاً، خاصة في بعض الحالات والتي يستطيع الطبّ أن يجزم فيها باستحالة الإنجاب.

المبحث الثالث

شروط طلب التطلاق للعيب، إثباتها ونوع الفرقة الواقعة به

اشترط الفقهاء شروطاً عديدة لثبوت الحق في طلب الفرقة للعيوب، ولكنهم لم يتفقوا عليها وإنّما اتفقوا على بعضها واختلفوا في البعض الآخر. كما قال الفقهاء بطرق إثبات العيب بعد التحقق من شروطه، والذي سيُحكم بعده بانحلال الرابطة الزوجية، واختلفوا مرة أخرى في تكييف الفرقة الواقعة بالعيب، هل هي طلاق أم فسخ. لهذا وجب التعرّض لشروط طلب التطلاق للعيب وطرق إثباته ونوع الفرقة الواقعة به وموقف التشريعات العربية من كل هذا.

المطلب الأوّل

شروط طلب التطلاق للعيب

سنعرض لشروط طلب التطلاق للعيب من الجانب الفقهي وسنقتصر على الشروط المنفق عليها من طرف الفقهاء، بعدها سنعرض لهذه الشروط في التشريعات العربية قيد الدراسة.

الفرع الأوّل

شروط طلب التطلاق للعيب المتفق عليها فقها

لا يتّسع المقام لذكر شروط كل مذهب على حدّ¹، وإنّما نتطرّق لأهم الشروط التي اتفق عليها الفقهاء² والتي تجيز لمن له حق الخيار المطالبة بالتفريق، مع الإشارة إلى أنّنا

¹ - للتفصيل أكثر في هذه الشروط ارجع إلى - وفاء بنت علي بن سليمان الحمدان، مرجع سابق، ص 297 و 298.

² - فؤاد جاد الكريم محمد، عبد الصبور خلف الله محمد، حق الزوجين في طلب التفريق بينهما بالعيوب في الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية، مكتبة مدبولي، القاهرة، ص 138 وما يليها.

سنتحدث عن الزوجين لأنّ جمهور الفقهاء أعطى حق الخيار بالعيوب لكليهما وليس للزوجة فقط.

أولاً- عدم العلم بالعيب¹: إنّ الزوج الذي يملك حق الخيار لا ينبغي له أن يكون عالماً بعيب الآخر وقت العقد أو قبله، فإذا كان عالماً به وعقد العقد سقط حقّه في الخيار. ولكن الشافعية والمالكية استثنوا عيب العنة (عيب الاعتراض عند المالكية) من جملة العيوب لأنّ المرأة لو علمت بعنّته قبل العقد لها الخيار بعده، أي يجوز لها أن تطلب التفريق بعد العقد، لأنّ العنة ليس عيباً ثابتاً فقد يحدث مع امرأة دون أخرى أو في ظروف دون أخرى. كما أنّ العنة أو الاعتراض لا يمكن أن يتحقق منها إلا بعد الزواج².

ثانياً- عدم الرضا بالعيب بعد الإطّلاع عليه: والرضا يكون إمّا صريحاً أو ضمناً. الرضا الصريح يكون بأن تصرّح الزوجة بأنّها قبلت بالعيب، أمّا الضمني فهو تمكين الزوجة الزوج من نفسها بعد علمها بالعيب. أمّا مجرد العلم بالعيب دون رضا لا يسقط حق الخيار وقد استثنى من ذلك عيب العنة³، لأنّ السكوت في هذه الحالة من طرف الزوجة ليس رضاً بالضرورة ولكنّه في الغالب فرصة تعطيها للزوج لعلّه يُشفي.

ثالثاً- ألا يكون بالزوج الآخر عيب يمنع من الوطء: وهو شرط عام في كل العيوب المتساوية صفة ونوعاً وقدراً وجساماً، والقاعدة المقرّرة هنا هي "الضرر الأشدّ يزال بالضرر الأخفّ"، فيثبت التفريق لمن كان ضرره أشدّ⁴، وفي هذا اختلاف بين الفقهاء⁵.

¹ - الكاساني، ج3، مرجع سابق، ص 594.

- شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ص 277.

² - للتفصيل أكثر ارجع إلى: - الكاساني، ج 3، مرجع سابق، ص 586 وما يليها. الدسوقي والدردير، مرجع سابق، ص 277؛ سيدي أبي عبد الله محمد الخرخشي، شرح مختصر خليل، الجزء 3، مطبعة محمد أفندي، مصر، د.ت.ن، ص 79، 80.

³ - اختلف الفقهاء في الرضا بعيب العنة بعد الزواج وحق الخيار به، ارجع إلى: - الخرخشي، الجزء 3، مرجع سابق، ص 81؛ موفق الدين بن قدامه، ج 7، مرجع سابق، ص 584.

⁴ - شمس الدين السرخسي، مرجع سابق، ص 104.

⁵ - ارجع في تفصيل هذا الاختلاف إلى نوال محمد الشاكر، مرجع سابق، ص 196.

الفرع الثاني

التشريعات العربية وشروط طلب التطلق للعيب

سنكتفي بالإشارة إلى شروط طلب التطلق للعيب المذكورة في مواد التفريق لتشريعات الأحوال الشخصية، وإن لم تذكر هذه الشروط نشير إلى اجتهادات وقرارات محاكم النقض التابعة لهذه الدول إن توفرت والشروط التي تأخذ بها.

أولاً: التشريع المصري

1- شروط العيب الموجب لطلب التطلق المعمول بها قبل قانون 1920/25: كان العمل في مصر قبل صدور القانون رقم 1920/25 يجري وفقاً للراجح من مذهب الحنفية، وكانت الشروط المعمول بها هي كالتالي:

- أن يكون العيب موجوداً عند العقد أو حدث بعده قبل الدخول، لأنه إذا حدث بعده فلا يثبت لها الخيار، لأنّ الزوج بالوصول إلى المرأة مرة واحدة يكون قد أوفاهما حقها قضاءً، فلا حق لها بعد ذلك بطلب التفريق.
- أن تكون الزوجة بالغة، لأنها قد ترضى به بعد البلوغ.
- ألا تكون المرأة معيبة بعيب يمنع من المخالطة الجنسية.
- ألا تكون المرأة عالمة بالعيب وقت النكاح وأن لا ترضى به بعد علمها، لأنها إذا رضيت بالعيب صراحة أو دلالة فقدت حق الخيار، وجعل فقهاء الحنفية حقها في التفريق على التراخي فالسكوت لا يعدّ رضا فقد يكون صبراً وتجربة.
- وجوب التأجيل في عيوب العنة سنة قمرية على الراجح وعدم التأجيل فيما لا يُرجى برؤه كعيب الجب¹.

2- شروط العيب الموجب لطلب التطلق وفقاً للقانون رقم 25 لسنة 1920: ينبغي الإشارة إلى أنّ القانون رقم 25 لسنة 1929 لم يتعرّض للعيوب التناسلية، بل ترك تنظيمها كما كان معمولاً به للاتحة المحاكم الشرعية -سابقة الذكر-، وإنما أضاف عيوباً

¹ - محمد مصطفى شلبي، نظام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار الهدى العربية، بيروت، 1977، ص 571؛ نوال محمد الشاكر، مرجع سابق، ص 344.

أخرى وأعطى منها بعض الأمثلة كالجدام والبرص والجنون واشترط لطلب التفريق بها الشروط التالية:

- أن يكون العيب مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن ولكن بعد زمن طويل.
 - ألاّ يمكن البقاء مع الزوج إلاّ بضرر، والضرر يشملها هي وأولادها والطبيب هو الذي يقرّر ذلك.
 - ألاّ تكون الزوجة عالمة بالعيب عند عقد الزواج.
 - ألاّ تكون قد رضيت صراحة أو دلالة بالعيب بعد العقد.
 - أن تطلب الزوجة التفريق من القاضي¹.
- ويبقى العمل فيما يخص العيوب التناسلية بما ذكر من شروط في الرأي الراجح للفقهاء الحنفي².

أمّا عن التطبيقات القضائية في التفريق للعيوب وشروطه، فقد سلكت نفس المسلك بإقرارها للشروط المذكورة سابقا، ومن أهمها ما يشترط لكي تستطيع الزوجة أن تطلب التطليق بعيب العنة. ومن الشروط وفقا للراجح من فقه أبي حنيفة والذي سارت عليه التطبيقات القضائية المصرية هو عدم وصول الزوج للزوجة على الإطلاق، لأنّه لو باشرها ولو مرّة واحدة لم يثبت لها هذا الحق، لأنّ حقّها - حسب هذا الرأي - هو في أن يباشرها مرّة واحدة³. وقد أشار القضاء المصري كذلك إلى أنّه لا ضرورة للقياس على هجران الزوج لزوجته وغيابه عنها ولا مجال للتوسع فيه⁴ لأنّه نصّ صريح ومحدّد

¹ - محمد كمال الدين إمام، محمد عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 433؛ محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 574؛ أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما، مرجع سابق، ص 188 و 189.

² معوض عبد التواب، المستحدث في قضاء الأحوال الشخصية، دار الكتاب الحديث، د.ب.ن، 1991، ص 79.

³ - ما يؤكد هذا الرأي هو ما قضت به محكمة النقض في الطعن رقم 8 لسنة 43 قضائية أحوال شخصية، بتاريخ 19/11/1975، ومما جاء فيه: "لما كان المقرر في مذهب الحنيفة أنّ من شرائط إباحة حق التطليق للزوجة بسبب العنة أن لا يكون زوجها قد وصل إليها في النكاح، فإن كان قد وصل إليها ولو مرّة واحدة لم يثبت لها هذا الحق لأنّ حقها هو في أن يباشرها مرّة واحدة وقد استوفته وما زاد عن ذلك لا يؤمر به قضاء بل ديانة..." نقلا عن نوال محمد الشاكر، مرجع سابق، ص 345.

⁴ - وهذا ما قضت به محكمة الاسكندرية الابتدائية في 01/05/1958 في القضية رقم 18 لسنة 57 كلي: "...إذا كان الثابت من الدعوى أنّ المدعية مقرّة باتصال زوجها بها اتصالا جنسيا

في القانون (المادة 12 من القانون رقم 1929/25)¹.

لقد استوقفنا هذا الرأي لأنه - وحسب تقديرنا - مخالف لمقاصد الشرع وأهداف الزواج ودواعي المودة والرحمة، لأنّ المعاشرة والاتصال بين الزوجين محلاً للاعتبار في زيجات كثيرة. ومن الظلم أن يُفرض على المرأة الصبر على هذا العيب طوال حياتها - إن لم ترض طواعية بذلك - بعذر أنّ الزوج قد وصل إليها مرّة واحدة فقط، وأنّ هذا يكفيها. والذي يؤكد هذا الانتقاد، الكثير من النصوص الشرعية التي تؤكد على أهمية هذه العلاقة في الرابطة الزوجية، ومن بين ما يؤكد ذلك ما جاء في حكم الرسول ﷺ في قضية عبد الله بن عمرو بن العاص لما اشكت منه زوجته بسبب انشغاله عنها بالعبادة حيث قال: "إنّ لزوجك عليك حقاً"²، دون أن يسألها عن قربانه لها من قبل أم لا، ولو كان حقها في المرّة الواحدة فقط لسألها عن ذلك ولأخبرها أنه لا يحقّ لها أن تشكو من ذلك³.

فكما يحقّ للزوج أن يستمتع بالزوجة خلال الحياة الزوجية يحقّ للمرأة ذلك لأنه من الحقوق المشتركة، وكيف لا والله تعالى يقول: "وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ"⁴.

إنّ الغريب في الأمر أنّ الأئمة الأربعة اتفقوا على هذا الرأي، أي أنّ المرأة التي تطلب التفريق للعنة ينبغي ألاّ يكون الزوج قد وصل إليها ولو مرّة واحدة، وإلاّ فقدت حقها في الخيار مطلقاً. لهذا كان من المنطقي جداً أن نجد رأياً مخالفاً في المسألة، وهو الرأي الذي تبناه الفقيه أبو ثور⁵ حيث قال: "إن عجز عن وطئها أجلّ له، لأنه عجز عن وطئها فيثبت حقها كما لو جُبّ بعد الوطء"⁶، وهذا بدوره تبرير منطقيّ. وما يؤكد هذا

أعواماً طويلة أنجبت فيها ذرية فإنّ الإدعاء بالعنة حتى لو صحّ حدوثها لا يكون سبباً للتطليق ولا محلّ للقياس على حالة الزوج الذي يهجر زوجته أكثر من سنة...". نقلاً عن نوال محمد الشاكر، مرجع سابق، ص 345.

¹ - تنص المادة 12 على مايلي: "إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بانئا إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه...". مرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 1985/100، محمد السناري، مرجع سابق، ص 14.

² - صحيح البخاري، مرجع سابق، حديث رقم 1974.

³ - محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 575.

⁴ - الآية 228 من سورة البقرة.

⁵ - وهو من أصحاب الإمام الشافعي.

⁶ - موفق الدين بن قدامه، ج 7، مرجع سابق، ص 610.

الرأي ما قضى به عمر ابن الخطاب رضي الله عنه - في شأن المرأة التي قالت له "أن زوجها لا يصيبها، فأرسل إلى زوجها فسأله، فقال كبرت، وذهبت قوتي، فقال له: في كم تصيبها؟ فقال في كل طهر مرّة، فقال عمر: إذهبي فإنّ فيه ما يكفي المرأة"¹.

إنّ المشرّع المصري، من جهة أخرى، حذا حذو بعض الفقهاء الذين أجازوا التفريق لغيبة الزوج وحبسه خوفا من وقوع المرأة في الفتنة لطول غياب زوجها عنها، ومنعوها من طلب التفريق في حالة وطء الزوج لها مرّة واحدة على الأقلّ وعجزه عن الوطء بعد ذلك مدى الحياة دون الخوف من هذه الفتنة التي قد تحدث مع عجز الزوج الأبدي وهو بجانبها، وهذا -حسب تقديرنا- تناقض صارخ بين الحكم الأوّل والثاني لأنّ العلة واحدة.

ثانيا: التشريع السوري

نستنبط شروط جواز التفريق بالعيب في التشريع السوري من مواد قانون الأحوال الشخصية² التي تعرّضت للتفريق بالعيب والتي سبق الإشارة إلى بعضها وهي كالاتي:

- المادة 105: "للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها في الحالتين التاليتين:

1- إذا كان فيه إحدى العلل المانعة من الدخول بشرط سلامتها منها

2- إذا جنّ الزوج بعد العقد".

- المادة 106: "1- يسقط حق المرأة في طلب التفريق بسبب العلل المبيّنة في المادة السابقة إذا علمت بها قبل العقد أو رضيت بها بعده.

2- على أنّ حق التفريق بالعنة لا يسقط بحال".

- المادة 107: "إذا كانت العلل المذكورة في المادة 105 غير قابلة للزوال يفرّق القاضي بين الزوجين في الحال، وإن كان زوالها ممكنا يؤجل الدعوى مدّة مناسبة لا تتجاوز سنة فإذا لم تزل العلة فرّق بينهما".

سبقت الإشارة في محور العيوب الموجبة للتفريق في التشريع السوري إلى أنّ هذا الأخير حصرها وحدّدها في أربعة عيوب فقط مثلما هو واضح في المادة 105 أعلاه.

¹- أبو بكر عبد الرزاق بن همّام الصنعاني، مرجع سابق، ص 257؛ وفاء بنت علي بن سلمان، مرجع سابق، ص 423.

²- محمد إبراهيم الكوفي، المرجع السابق، ص 40.

أمّا عن شروط جواز التفريق بهذه العيوب فهي كالتالي: لا يجوز للزوجة طلب التفريق بهذه العيوب إذا كانت مصابة بها.

كما لا يجوز لها إذا علمت بعيب زوجها قبل العقد أو رضيت به بعده، باستثناء عيب العنة بحيث لا يسقط حقها بطلب التفريق به سواء علمت به قبل العقد أو رضيت به بعد ذلك.

1- من الملاحظ أنّ المشرّع السوري بهذا الاستثناء الأخير قد خصّ عيب العنة فقط دون إشارته للعيوب الأخرى المانعة من الدخول رغم أنّ علّتها واحدة ومصيرها واحد، بل أكثر من ذلك فقد يُشفي العنين إذا كانت عنته نفسية ولا يمكن ذلك للمجبوب.

2- الذي يفهم من نص المادة 105 أنّ حق التفريق بالعيوب المانعة من الدخول لا يثبت إلاّ إذا حدثت قبل العقد، أمّا الطارئة بعد العقد فلا خيار لها بها. وبالتالي فإنّ حق الخيار بالعنة الذي لا يسقط أبداً هو العنة الواقعة قبل عقد الزواج. ويفهم من هذا أنّ المشرّع السوري حذا حذو المشرّع المصري وما اتفق عليه الأئمة الأربعة في أنّ العنة الحادثة بعد العقد بعد أن يكون الزوج قد وصل إلى زوجته مرّة واحدة لا تثبت لها حق الخيار¹. ويؤكد ما سبق أمرين، الأوّل ذكر المشرّع السوري لعبارة "العلل المانعة من الدخول" ولم يقل مثلاً المانعة من المعاشرة الزوجية أو الاتصال الجنسي. وهذا يعني العلل التي تكون بالزوج قبل العقد وتمنعه من الدخول بزوجه منذ البداية. وهذا يعني كذلك أنّه إذا دخل بها وأصيب بالعيوب بعد ذلك لم يثبت للزوجة حق الخيار به. أمّا الأمر الثاني فهو قضاء محكمة النقض السورية بما يلي:

"...حيث أنّ التفريق للعنة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 106 غير التفريق للعلل الأخرى المانعة من الدخول المنصوص عليها في المادة 105، ذلك أنّ العنة تنتفي بوصول الزوج إلى زوجته ولو مرّة واحدة... وحيث أنّ الطرفان متصادقان على أنّ وضعهما كان طبيعياً قبل المدة الأخيرة، وقد بيّن الطاعن أنّه مصاب بمرض السكري

¹ - ارجع إلى مناقشة هذا الرأي في عنصر موقف المشرّع المصري من شروط التفريق بالعيوب في الصفحة 57 وما يليها من هذا البحث.

الذي سبب له الضعف الجنسي مؤخرًا والمدعية لم تتف ذلك مما يجعل المادة 107 من قانون الأحوال الشخصية غير منطبقة على هذه الواقعة...¹.

3- بالنسبة للجنون فقد اشترط المشرع أن يكون طارئاً على العقد ولم يشر إلى الجنون الحادث قبله.

4- تأجيل القاضي الزوج للبراء من العيوب مدة لا تتجاوز السنة إذا كانت قابلة للشفاء وإذا كان العيب غير قابل للشفاء يحكم القاضي بالتفريق دون تأجيل.

هذه هي الشروط التي أوجبها التشريع وأكدها القضاء السوريين ليحق للزوجة طلب الفرقة للعيوب وليحكم لها القاضي بها.

ثالثاً: التشريع المغربي

ذكر المشرع المغربي في مدونة الأسرة رقم 70/03 شروط طلب التفريق للعيوب من قبل الزوجين في المادة 108 منها²: "يُشترط لقبول طلب أحد الزوجين إنهاء العلاقة الزوجية للعيوب،

1- ألا يكون الطالب عالماً بالعيوب قبل العقد.

2- ألا يصدر من طالب الفسخ ما يدل على الرضا بالعيوب بعد العلم بتعذر الشفاء".

يفهم من هذه المادة أنّ الزوجة³ لا يسقط حقّها في طلب التفريق للعيوب إلا إذا علمت بالعيوب حين العقد، أو رضيت به بعد علمها بتعذر الشفاء. والمهلة التي أعطاها المشرع المغربي لانتظار الشفاء هي سنة، وما زاد عن ذلك يعطي للمتضرر حق طلب التظليق.

من الملاحظ أنّ المشرع المغربي لم يُسهب في تعداد الشروط المقيدة لحق طلب التظليق للعيوب، وإنما اكتفى بالشرطين السابقين. ولم يستثن المشرع أيّ عيب من العيوب كما فعل غيره - خاصة فيما يخصّ عيب العنة وإمّا ساوى بين كل العيوب التي قصدها

¹ - قرار محكمة النقض السورية رقم 421 المؤرخ في 1976/04/29، نقلاً عن نوال محمد الشاكر، مرجع سابق، ص 360، 361.

² - أمحمد لفروجي، مرجع سابق، ص 40.

³ - سبقت الإشارة إلى أنّ القانون المغربي أعطى حق التفريق بالعيوب للزوجين معاً، ولكننا في دراستنا هذه نفرد الحديث عن الزوجة فقط.

وفقا للمادة 107 وسبق الإشارة إليها في موضعها. كما لم يشر المشرع إلى العيوب إذا كانت حادثة قبل العقد أو طارئة عليه كذلك. ويفهم من هذا أنه خص كل العيوب بنفس الحكم بشرط عدم العلم بها أثناء العقد وعدم الرضا بها بعد العلم بتعذر الشفاء. وكان المشرع المغربي في قانون الأحوال الشخصية السابق¹ قبل التعديل الأخير قد أشار إلى أن الأمر سيان، فالعيوب الموجبة للتفريق هي العيوب الحادثة قبل العقد وبعده، المهم هو تحقق شرطي عدم العلم وعدم الرضا.

رابعاً: التشريع العراقي

لم يضيّق المشرع العراقي على الزوجة في طلبها التفريق للعيوب بحيث لم يشترط في ذلك كل الشروط التي تعرّض لها نظراؤه من المشرعين. فلم يشترط في العيب أن يكون قبل العقد، وهذا خلافا لما ذهب إليه المشرع المصري والسوري وغيرهما. وإنما ساوى بين العيوب السابقة للعقد والطارئة عليه، ولم يستثن من ذلك أيّ عيب كما فعل غيره. فعيب العنة حتى وإن حدث بعد الدخول بالزوجة فلها أن تطلب التطلق. ويكون بهذا قد خالف رأي الفقهاء الأربعة وأخذ برأي الفقيه أبي ثور، وهو نفس ما ذهب إليه المشرع الجزائري.

لا يوجد في مواد التفريق للعلل في قانون الأحوال الشخصية العراقي ما يدلّ على اشتراط عدم علم الزوجة وعدم رضاها بالعيوب، كما لم يشترط خلوّها من هذه العيوب²، وكل ما اشترطه هو³:

- أن يكون العيب مانعا من الوطاء أو مضرا بالزوجة، ولا يُؤمل شفاؤه وإن كان الشفاء مأمولا وجب على القاضي التأجيل.
- كما اشترط في طلب التفريق للعقم ألا يكون للزوجة المدّعية ولد حيّ من الزوج المدّعى عليه ولا يهّم أن يحدث العقم قبل أو بعد العقد.

¹ - مدوّنة الأحوال الشخصية المغربية الصادرة في عام 1957 في المادة 54 منه نفلا عن نوال محمد الشاكر، مرجع سابق، ص 368.

² - نوال محمد الشاكر، المرجع نفسه، ص 367.

³ - أحمد الكبيسي، مرجع سابق، ص 165.

خامسا: التشريع الإماراتي

اشترط المشرع الإماراتي للحكم بالتفريق للعلل أن يكون العيب منفرا كالبرص أو ضارا كالجنون. كما اشترط أن يكون مانعا من حصول المتعة الزوجية كالعنة ونحوها. ولم يفرق بين ما إذا كان العيب حادثا قبل العقد أو طارئا عليه. وإذا كانت العلة غير قابلة للزوال يفسخ العقد في الحال، أما إذا كانت قابلة للزوال تؤجل القضية سنة. وإذا كان المرض يخشى منه الهلاك كالإيدز يحكم القاضي بالتفريق حالا.

يحكم القاضي بالتفريق للعقم بشروط:

- إذا ثبت العقم بتقرير طبي.
 - إذا دام الزواج خمس سنوات بعد العلاج الطبي.
 - عدم وجود أولاد لطالب الفسخ.
 - إذا لم يتجاوز المدعي سن الأربعين.
- يسقط حق المتضرر في المطالبة بالتفريق إذا علم بالعلة قبل العقد أو رضي بها بعده صراحة أو دلالة. واستثنى المشرع من هذه القاعدة العيوب المانعة من المتعة الجنسية وخصّ بهذا الاستثناء الزوجة، حيث لا يسقط حقها في كل الأحوال، أي سواء علمت بها من قبل أو لم تعلم.

سادسا: التشريع الجزائري

إنّ الشروط التي ذكرها المشرع الجزائري لاعتبار العيب سببا مبررا لطلب التطلاق للعيب هي:

- 1- أن يكون العيب في الزوج لأنّ المشرع الجزائري - كما سبق الذكر - قصر حق طلب التطلاق للعيوب على الزوجة فقط.
- 2- أن يكون العيب المتصل بالزوج من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، وهذا خاضع للسلطة التقديرية للقاضي بلجونه إلى المذاهب الفقهية المختلفة وفقا لما نصت عليه المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يُرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

بالتالي فإنّ القاضي الجزائري وأثناء نظره في دعوى التطلاق للعيب التي يُشترط أن تقدم من الزوجة سوف يأخذ على الأقلّ بالشروط العامة التي اتفق عليها الفقهاء، ومنها

عدم العلم بالعييب قبل الزواج أو أثناء إبرام العقد وعدم الرضا به¹، وأن يكون من شأن هذا العيب الحيلولة دون ممارسة العلاقات الجنسية أو دون إنجاب الأولاد أو دفع الزوجة إلى النفور والاشمئزاز أو الخوف من تصرفاته أو الخوف من العدوى². ويستوي أن يحدث هذا العيب قبله أو بعده، لكن ينبغي أن يكون هذا العيب مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن بعيد. كما يجب على القاضي في العيوب التناسلية التي يُرجى منها الشفاء أن يضرب للزوج أجل سنة كاملة من أجل العلاج على أن تبقى الزوجة إلى جانب زوجها³.

المطلب الثاني

إثبات العيوب الموجبة للتفريق ونوع الفرقة الواقعة به

مما لا شك فيه أنّ أساس دعوى التطليق للعيوب هو إثبات هذه الأخيرة وجودا أو عدما ومدى تضرر الزوجة منها. كما أنّ هذا الإثبات سيؤدي حتما إلى التفريق القضائي بين الزوجين، لهذا وجب التعرف على نوع هذا التفريق هل هو فسخ أم طلاق، وإن كان طلاقا هل هو طلاق رجعي أم بائن؟ وتعود أهمية معرفة ذلك إلى الآثار المختلفة لكل نوع من أنواع الفرقة السالفة الذكر. من أجل هذا وجب التعرض لوسائل إثبات العيوب ثم لنوع الفرقة الواقعة بالعييب.

¹ وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 9 فبراير 1966، نقلا عن بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 283.

² عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 260 و 261.

³ - ملف رقم 34784، قرار بتاريخ 19/11/1984، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، المجلة القضائية، عدد 3، 1989، ص 73، نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة ومبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 2000، 82.

الفرع الأول

طرق إثبات العيوب فقها ونوع الفرقة الواقعة بها

تمّ التعرض للشروط الواجب توفرها في التطليق للعيوب، ورغم تنوع وتعدد هذه الشروط واختلاف الفقهاء فيها وكذلك مشرعي الدول العربية، إلا أنّ النتيجة النهائية سترجع إلى القاضي للتأكد من هذه العيوب ومدى إضرارها بالزوجة، لأنّ أساس دعوى التطليق للعيوب هو إثبات هذه الأخيرة وجودا أو عدما وإثبات مدى تضرر الزوجة منها. لهذا سنتعرض لطرق إثبات هذه العيوب ونوع وطبيعة الفرقة الواقعة بها.

أولاً: الموقف الفقهي من إثبات العيب

توسّع الفقهاء في طرق الإثبات في هذا الموضوع بالذات لما فيه من حساسية خاصة اتجاه الرجل وعند انتفاء الإقرار من طرفه، لأنّ الزوجة قد تعرض على النساء لمعرفة بكارتها من ثبوتها، إلى غير ذلك من أساليب. ولعلّ عرض الزوج على رجال أمناء والاختلاف في طريقة العرض ممّا يجوز منه ولا يجوز، وكذا عرض المرأة على النساء هي في الحقيقة وسائل فرضتها ظروف الفقهاء المواكبة لعصرهم، ولا يمكن بحال الالتجاء إليها¹. ولكن هذا لم يمنع بعض الفقهاء من الإشارة إلى أهل الخبرة في الإثبات والاستعانة بالخبراء.

ثانياً: الموقف الفقهي من نوع الفرقة الواقعة بالعيوب

أدرجنا صيغة الفرقة لأنّ هناك من يرى أنّه طلاق وهناك من يرى أنّها فسخ وآثار الطلاق ليست هي آثار الفسخ، كما أنّ آثار الطلاق البائن ليست نفسها آثار الطلاق الرجعي.

قبل أن نتعرّض لموقف الفقهاء واختلافهم حول نوع الفرقة الواقعة بالعيوب ينبغي التفريق بين الفسخ والطلاق.

¹ - محمد حجارى، مرجع سابق، ص 432.

1- التعريف بالطلاق والفسخ: اتفق الفقهاء على أن الطلاق هو رفع ما ثبت بعقد النكاح من أحكام، كحل الاستمتاع ونحو ذلك مع اختلافهم في بعض الجوانب¹.

كما عرّف الفقهاء الفسخ اصطلاحاً بأنه "نقض عقد الزواج بسبب خلل وقع فيه وقت عقده أو بسبب خلل طرأ عليه يمنع من بقاءه واستمراره"².

2- اختلاف الفقهاء في وصف الفرقة الواقعة بالعيب:

الرأي الأول: يرى الفريق الأول أن الفرقة بالعيب طلاق بائن لا رجعة فيه لأنّ فعل القاضي يُضاف إلى الزوج، فكأنّه طلقها بنفسه، ولأنّها فرقة بعد زواج صحيح، والفرقة بعد الزواج الصحيح عند المالكية تُعدّ طلاقاً لا فسخاً. وجُعِل الطلاق بائناً لرفع الضرر عن المرأة، فلو كان رجعيًا لراجعها الزوج ولعاد الضرر ثانية³.

كما ثبت من الأثر ما يبرّر هذا الموقف، فمما أخرجه محمد ابن الحسن الشيباني، عن عمر بن الخطاب، رضي الله عنه، "أنّ امرأة أتته، فأخبرته أنّ زوجها لا يصل إليها، فأجلّه حولاً، فلما انقضى الحول ولم يصل إليها خيرها، فاخترت نفسها، ففرّق بينهما عمر، رضي الله عنه، وجعلها تطليقه بائنة"⁴.

الرأي الثاني: يرى الفريق الثاني أنّ الفرقة بالعيب فسخ لا طلاق، وبه قال الشافعية والحنابلة، لأنّ الفرقة بالعيب الصادرة من القاضي تعتبر فسخاً لا طلاقاً لأنّه لم ينطق بها الزوج ولم يُرد وقوعها والطلاق لا بدّ فيه من إرادة الزوج وهي منتفية في هذه الحالة. وقاسوا ذلك على فسخ المشتري لعقد البيع لوجود العيب في المبيع، كما أنّ الفسخ لا ينقص من عدد الطلقات وللزوج إعادة الزوجة بعقد جديد⁵. ولعلّ هذا ما يرجّح الرأي الثاني، لأنّ الطلاق ينقص من عدد الطلقات، فإذا شفي الزوج من مرضه وكان القاضي قد طلق عليه طليقة ثالثة فلا مجال لعودتها إليه.

¹ - ارجع إلى وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، الجزء 7، الطبعة 1، دار الفكر، دمشق، 1994، ص 356 وما يليها؛ عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المكتبة العصرية، بيروت، 2004، ص 933 وما يليها.

² - وفاء بنت علي بن سلمان، مرجع سابق، ص 114؛ محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 463.

³ - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 523.

⁴ - وفاء بنت علي بن سلمان، مرجع سابق، ص 512.

⁵ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 523.

الفرع الثاني

موقف التشريعات العربية من طرق إثبات العيوب ونوع الفرقة الواقعة بها

إنّ تشريعات الدول العربية قد تعرّضت في غالبيتها في مواد التفريق للعيوب إلى ضرورة الاستعانة بالخبرة الطبيّة للتأكد من العيب، كما نصّت على نوع الفرقة الواقعة به. كما اتفقت هذه التشريعات على أنّ الفرقة الواقعة بالعيوب طلاق بائن، وتكون بذلك قد أخذت برأي الحنفية والمالكية، وشذّ عن هذا الموقف التشريع الإماراتي.

أولاً: المشرّع المصري

تنصّ المادة 11 من القانون رقم 1920/29 على: "يستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها"، كما جاء في نفس المادة أنّ: "الفرقة بالعيوب طلاق بائن".

ثانياً: المشرّع المغربي

نصّت المادة 111 من مدونة الأسرة المغربية الجديدة بالقانون رقم 70/03 على: "يستعان بأهل الخبرة من الأخصائيين في معرفة العيب أو المرض". كما نصّت المادة 122 على: "كل طلاق قضت به المحكمة فهو بائن، إلاّ في حالي التطلاق للإيلاء وعدم الإنفاق".

يُفهم من هذا الاستثناء أنّ ما تبقى من أسباب التطلاق من ضرر وعيب وغيبة وإخلال بشروط العقد والمنصوص عليها في المادة 98 من نفس القانون تُعدّ طلاقاً بائناً.

ثالثاً: المشرّع العراقي

أشار المشرّع العراقي إلى الكشف الطبي في الفقرة 6 من المادة 43 وكذلك في الفقرة 2 من المادة 44 من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 التي تنص على الحالات الخاصة التي حدّدها القانون وفيها وسائل معيّنة لإثباتها: "...العنة أو ابتلاء الزوج بما لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية فلا بدّ من إثبات عدم إمكان شفاؤه بتقرير صادر عن لجنة طبية رسميّة مختصّة"¹.

¹ - أحمد الكبيسي، مرجع سابق، ص 170.

كما نصّت المادة 45 على: "يُعتبر التفريق في الحالات الواردة في المواد (40، 41، 42، 43) طلاقاً بائناً بينونة صغرى".

رابعاً: المشرّع السوري

لم يفرد المشرّع السوري نصّاً قانونياً لطريقة إثبات العيوب الموجبة للتفريق وإنّما جاء الحديث عن الخبرة الطبيّة في قرار محكمة التمييز السورية¹. أمّا فيما يخصّ نوع الفرقة الواقعة للعيوب فقد نصّ المشرّع السوري في المادة 108 من قانون الأحوال الشخصية رقم 59 لعام 1953 على: "التفريق للعلّة طلاق بائن".

خامساً: التشريع الإماراتي

نصّ المشرّع الإماراتي في الفقرة 1 من المادة 115 قانزت رقم 2005/28 على ما يلي: "يستعان بلجنة طبية مختصة في معرفة العيوب التي يطلب التفريق من أجلها". كما نصّ خلافاً لمن سبقه في الفقرة 2 من نفس المادة على أنّ التفريق للعلل يعتبر فسخاً² بنصّه "التفريق في هذا الفصل فسخ".

سادساً: التشريع الجزائري

نصّ المشرّع الجزائري على التفريق للعيوب في فقرة وحيدة ضمن حالات التطليق القضائي، ولم يرد نصّاً حول إثبات تلك العيوب والاستعانة بالخبرة الطبيّة، ولكن درجت الأحكام القضائية قبل التطليق للعيوب طلب إثبات ذلك بواسطة الخبرة الطبيّة أو الإقرار³.

كما لم ينصّ المشرّع الجزائري في مادة التطليق (المادة 53) على نوع الفرقة الواقعة بالعيوب، إلّا أنّه أشار إلى ذلك في المادة 50 وهو يشير إلى الرجعة بنصّه: "من راجع

¹ - نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس 49، قرار 207، تاريخ 1967/04/29، نقلا عن نوال محمد الشاكر، مرجع سابق، ص 361.

² - شبكة المعلومات القانونية لمجلس التعاون الخليجي، الموقع سابق.

³ - قرار من مجلس تلمسان صادر بتاريخ 1967/12/28، مج 1968، عدد 4، ص 1213، نقلا عن عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 280، في الهامش.

زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد".

يُفهم من هذا أنّ الطلاق هنا بائن وليس رجعيًا، ولم يشر المشرّع الجزائري إلى وصف الفرقة فسحا بتاتا في موضوع التطليق، كما أنه أشار في المادة 53 إلى أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق ولم يشر إلى الفسخ.

تجدر الإشارة في نهاية هذا الفصل إلى أنّ المشرّع الجزائري أخذ في موضوع تطليق للعيوب بالأراء الفقهية الأكثر توسيعا على المرأة، حيث بدأ بإعطائها حق طلب التفريق للعيوب ولم يعط هذا الحق للرجل، على أساس أنه يملك فك عقدة النكاح من جهة، ومن جهة أخرى يعتبر هذا المسلك أضمن لحقوق المرأة وأستر لعيوبها أمام المحكمة.

كما أخذ المشرّع في تحديد العيوب الموجبة للتفريق بمعيار فضفاض لإدخال أيّ عيب يضرّ بها في قائمة الأضرار التي تتناقض مع تحقيق أهداف الحياة الزوجية. فقد وضع النص ضابطا محددًا للعيوب يكفل بها التطبيق المتجدد للنص في ضوء تجدد العيوب وتغيرها باختلاف الزمان والمكان والظروف، وحسب درجة التقدم والتطور الطبي. وهذا ما يسمح للقاضي -مثلا- بالأخذ بعيوب العقم رغم عدم أخذ معظم الفقهاء به، ومعظم التشريعات العربية، وهذا ما أكدته المحكمة العليا.

كما لم يضيّق المشرّع على الزوجة بشروط قد تخرج بعض العيوب من دائرة حقّها في الخيار، فلم يستثن عيبا دون آخر، أو العيوب الطارئة على العقد دون الحادثة قبله. كما لم يشترط في عيب العنة -كما فعل الفقهاء الأربعة وأغلب التشريعات العربية- عدم وصول الزوج لزوجته ولو مرّة واحدة، على أساس أنّ هذا الوصول يكفيها ولا يجوز لها طلب التفريق مدى حياتها.

رغم التوسع في العيوب الذي تبناه المشرّع الجزائري إلا أنه اعتبر هذا غير كافيا، ففرض في المادة 07 مكرّر من قانون الأسرة بعد تعديل 2005 ما يلي: "يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (3) أشهر تثبت خلوهما من

أيّ مرض أو عامل قد يشكّل خطراً يتعارض مع الزواج"، ويفهم من هذه المادة فرض
خلوّ طرفي الزواج من الأمراض التي قد تشكل خطراً على الحياة الزوجية.
إنّ الكشف الطبي عموماً من شأنه الكشف عن الأمراض الواقعة¹ والأمراض المتوقعة
خاصة منها ما يتعلق بالأمراض الوراثية، وهذا من شأنه حماية الأسرة والتقليل من
دعوى التفريق للعيوب.

¹ - حسين صلاح الصغير عبد الله، مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبيّ قبل الزواج، دراسة مقارنة،
دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 9 وما يليها.

الفصل الثاني

التطليق لعدم الإنفاق

رغم عنونة هذا المحور بالتطليق للإعسار في مختلف المؤلفات القانونية والشرعية إلا أننا فضلنا عنونته بالتطليق لعدم الإنفاق، لأنّ عدم الإنفاق ليس بالضرورة بسبب إعسار الزوج وإنما قد يكون هذا الأخير موسرا ولكنه يمتنع عن أداء النفقة الزوجية إضرارا بالزوجة مع اختلاف أحكام كل حالة.

إنّ إمساك الزوج زوجته دون الإنفاق عليها يتناقض والقاعدة العامة المقررة في الشرع الإسلامي "لا ضرر ولا ضرار"، خاصة وأنّ نفقة الزوجة واجبة على الزوج دون خلاف بين الفقهاء. ولعلّ من أبرز مظاهر تكريم الشريعة الإسلامية للزوجة فرض النفقة على زوجها دون أن يؤثر ذلك على استقلالية ذمتها المالية أو ينقص منها.

لكي نغطي أهم جوانب هذا الموضوع ينبغي، قبل التعرض لطلب التطليق لعدم الإنفاق، أن نتعرض أولاً لتعريف النفقة وحكمها الشرعي ومختلف أحكامها مع دراسة ما يقابل ذلك في تشريعات الأحوال الشخصية العربية وعلى رأسها قانون الأسرة الجزائري. نتعرض بعدها للموضوع الأساسي الذي يتمثل في طلب التطليق لعدم الإنفاق ومدى جوازه شرعا وقانونا وشروطه ونوع الفرقة الواقعة به.

المبحث الأول

النفقة الواجبة للزوجة وحكم التفريق لعدم أدائها

سنتناول في هذا المبحث تعريف النفقة وحكمها الشرعي وأدلة وشروط وجوبها في مطلب أول، ثم نتناول في مطلب ثان أنواع النفقة الواجبة للزوجة وما يراعى في تقديرها، ثم نتعرض لحكم التفريق لعدم الإنفاق في مطلب ثالث، مع ذكر موقف قانون الأسرة الجزائري رفقة التشريعات العربية الأخرى في كل عنصر وكلما تطلب الأمر.

المطلب الأول

النفقة الزوجية حكمها وشروط وجوبها

للإمام أكثر بموضوع النفقة ينبغي التعرض أولاً لتعريفها ثم لحكمها الشرعي وأدلة ذلك من القرآن والسنة، وقبل التعرض لشروطها ينبغي التعرض لأساس وجوبها.

الفرع الأول

تعريف النفقة الزوجية وحكمها الشرعي

سنعرض أولاً إلى تعريف النفقة لغة ثم تعريفها اصطلاحاً فحكمها الشرعي.

أولاً: تعريف النفقة الزوجية

لغة: يقال أنفق الرجل أي افتقر وذهب ماله ومنه قوله تعالى: "إِذَا لَأْمَسْتُمْ خَشْيَةَ الْإِنْفَاقِ"¹، أي خشية أن ينفذ المال. وأنفق الدراهم من النفقة²، والنفقة إسم من الإنفاق، أي ما ينفق من الدراهم، ونفق الشيء أي نفذ وفني وقل³، ونفق ماله نقص وقل وقيل فني وذهب، ورجل منفاق أي كثير النفقة⁴. كل هذه المعاني تصب في معنى واحد وهو نقصان مال الرجل وهو ينفقه على من تجب عليه النفقة.

¹ - الآية 100 من سورة الإسراء.

² - الصحاح للإمام الرازي، مرجع سابق، ص 533، 534.

³ - المنجد في اللغة والأدب والعلوم، مرجع سابق، ص 902، 903.

⁴ - ابن منظور، مرجع سابق، المجلد السادس، ص 4508.

اصطلاحاً: هناك من عرف النفقة بعناصرها ومنهم "محمد بن الحسن" حين سئل عن النفقة فقال: "هي الطعام والكسوة والسكنى". وهناك من عرفها بالمقصد منها – وهذا أولى من البدء بالتعريف بالعناصر – فقيل: "هي الإدراج على الشيء بما به بقاؤه"¹.

أمّا التعريف الأرجح للنفقة فهو ما قاله الفقيه المالكي ابن عرفة بأنها: "مابه قوام معتاد حال الآدمي دون سرف"². معنى هذا التعريف الموجز أنّ للنفقة الواجبة سقف لا تتعداه وهو عدم الإسراف، والمعيار الذي تقاس عليه هو الحالة المعتادة للشخص. إنّ المراد بنفقة الزوجة عند الفقهاء ما تحتاج إليه من طعام وكسوة ومسكن وخدمة وكل ما يلزمها من فرش وغطاء وأدوات منزلية حسب ما يقتضيه العرف³.

أمّا عن التكليف الفقهي لطبيعة نفقة الزوجة هي أنّها تكليف مالي واجب للزوجة – بما هي زوجة – وفق شروط معينة، بمستوى الكفاية عرفاً. وكلمة تكليف يعني أنّ النفقة في حدّ ذاتها ليست مالا وإنما عملاً أو فعلاً يكفّ به الزوج من قبل الشارع الحكيم. ووصف التكليف بأنّه مالي يستثني التكاليف الأخرى غير المالية كالصيام والصلاة...، ووصف هذا التكليف المالي بأنّه واجب هدفه إخراج التكاليف المالية المندوبة مثل الصدقات. وتحديد القول أنّ النفقة واجب على الزوج للزوجة، فهذا لتمييزها عن نفقات الأقارب ونفقات أخرى. وإدراج عبارة "بما هي زوجة" لبيان أنّ أساس التكليف هو قيام الزوجية. وأخيراً بيان حدّ الإنفاق بالكفاية وهذه الأخيرة يرجع تقديرها للعرف⁴.

¹ – محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 301.

² – أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجنان والطاهر المعموري، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1993، ص 321؛ سيدي أبي عبد الله محمد الخرخشي، الجزء 3، مرجع سابق، ص 345، 346.

³ – رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، ص 204؛ محمد سلام المذكور، الوجيز لأحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، 1978، ص 185، 186؛ زكي الدين شعبان، الزواج والطلاق في الإسلام، الدار القومية للطباعة والنشر، د.ب.ن، 1964، ص 68.

⁴ – ارجع في تحليل هذا التكليف للدكتور محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 302.

ثانياً: الحكم الشرعي للنفقة وأدلتها

اتفق الفقهاء على وجوب نفقة الزوجة على زوجها واستدلوا على ذلك بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أ - دليل وجوب النفقة من القرآن الكريم

أمر الله تعالى الأزواج بالإنفاق على مطلقاتهم في مقابل الرضاة وأثناء العدة بقوله عزّ وجلّ: "وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ"¹، وقوله كذلك: "أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ"² و"لِيُنْفِقُ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا"³.

الواضح من الآيات القرآنية السابقة أنّ الله أمر بالإنفاق على المطلقة أثناء العدة، وحق المطلقة في الإنفاق لم يكن لينشأ لولا العلاقة الزوجية التي كانت تربط الزوج بزوجه ويفهم من ذلك أنّ حق الزوجة في الإنفاق يكون من باب أولى. وقد أمر الله تعالى الزوج بالإنفاق على المطلقة والمرضع حسب طاقته لأنّ النفقة واجبة عليه وفي كلّ الأحوال أي حتى في حالة عجزه، لأنّها حينذاك تصبح ديناً عليه.

ب- دليل وجوب النفقة من السنة النبوية

في الأحاديث النبوية أدلة كثيرة على وجوب نفقة الزوجة على زوجها، ولعلّ أقوى دليل على ذلك هو سماح الرسول ﷺ لهند بنت عتبة الأخذ من مال زوجها أبي سفيان ما يكفيها من نفقة دون علمه. فعن عائشة - رضي الله عنها - أنّ هندا بنت عتبة قالت: "يا رسول الله إنّ أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلاّ ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"⁴.

¹ - الآية 233 من سورة البقرة.

² - الآية 06 من سورة الطلاق.

³ - الآية 07 من سورة الطلاق.

⁴ - البخاري، مرجع سابق، ج3، كتاب النفقات، حديث رقم 5364، ص427؛ أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن عليّ الشهير بالنسائي، سنن النسائي، تحقيق ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، كتاب آداب القضاة، حديث رقم 5420، ص817.

لو لم تكن النفقة حقا شرعيا للزوجة واجبا على الزوج لما أمر النبي محمد – عليه الصلاة والسلام – هذه الزوجة الأخذ من مال زوجها دون علمه لما علم من حرمة أخذ مال المسلم من غير إذنه.

روى معاوية القشيري عن أبيه قال " قلت يارسول الله ما حقُّ زوجةُ أحدنا عليه؟ قال: أن تطعمها إذا طعمت وتكسوها إذا اكتسيت (أو اكتسبت)، ولا تضرب الوجه ولا تقبّح ولا تهجر إلا في البيت"¹. ومما رواه مسلم في صحيحه عما قاله رسول الله ﷺ في حق النساء: "ولهنَّ عليكم رزقهنَّ وكسوتهنَّ بالمعروف"².

وفي الترغيب في النفقة على الأهل من باب أولى يقول الرسول ﷺ عن أبي هريرة: "خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى، وابدأ بمن تعول"³. ولا ضرر أكثر من ترك الزوجة دون نفقة خاصة وأنَّ الرسول ﷺ يقول: "لا ضرر ولا ضرار"⁴.

ج- إجماع الفقهاء على وجوب نفقة الزوجة على الزوج

لقد انعقد إجماع فقهاء الأمة الإسلامية ومنذ عهد الصحابة على أن نفقة الزوجة واجبة على الزوج⁵. ولم يُعرف رأي شاذ معتبر في المسألة، فالآيات والأحاديث السابقة وغيرها قاطعة في هذا الوجوب، فالنفقة تجب على الزوج حتى وإن كان معسرا وتجب للزوجة حتى وإن كانت غنية سواء كانت مسلمة أو كتابية، بل وحتى وإن لم تكن صالحة للوطء متى أمسكها الزوج في بيت الزوجية⁶.

أخيرا وممّا هو مقرر في قواعد الشريعة الإسلامية أن من حُبس لحق غيره فنفقته واجبة عليه⁷ - أي على هذا الغير-؛ معنى ذلك أن عقد الزواج يوجب على الزوجة التفرغ

¹ - حديث صحيح، أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق وتعليق ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، د.ت.ن، حديث رقم 2142، ص 372.

² - صحيح مسلم، مرجع سابق، كتاب الحج، ص 582.

³ - البخاري، ج3، مرجع سابق، كتاب النفقات، حديث رقم 5356، ص 425.

⁴ - سبق تخريجه في الصفحة 17 من هذا البحث.

⁵ - ابن الهمام الحنفي، مرجع سابق، ص 321؛ موفق الدين بن قدامه، مرجع سابق، ج9، ص 229.

⁶ - محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 303.

⁷ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 232.

التفرغ للحياة الزوجية برعاية الزوج والأولاد وتربيتهم، فهي محبوسة لمصلحة الزوج - بتعبير الفقهاء - وهذا يمنعها من الخروج للكسب لهذا وجبت نفقتها عليه وفق القاعدة السابقة.

لكن هل يفهم من هذا أن من خرجت للكسب فقدت حقها في النفقة؟ بالطبع لا لأن الإجابة سبق الإشارة إليها صراحة وضمنا في كل الأسانيد الشرعية التي اعتمدها الفقهاء لتبرير حق الزوجة المطلق في النفقة سواء كانت غنية أو فقيرة، إلا إذا سقط حقها في ذلك لمبررات شرعية سيتمّ التعرض إليها لاحقا.

كما أن ورود عبارة احتباس الزوجة لمصلحة الزوج معناها تفرغها لرعاية شؤون زوجها وأولادها، واعتبره الفقهاء مبررا لوجوب النفقة على الزوج، ولكن هذا لا ينفي تحققه رغم خروج المرأة في حياتنا المعاصرة ومشاركتها في الحياة العملية وتحولها إلى مصدر ممول للأسرة وكل هذا لا يسقط حقها في النفقة، لأن النفقة حق شرعي خالص للزوجة ويستجيب للطبيعة الخاصة للمرأة والرجل وهي من مظاهر القوامة التي يمارسها هذا الأخير¹.

ثالثا- موقف التشريعات العربية من وجوب نفقة الزوجة على الزوج

كما أجمع الفقهاء على وجوب نفقة الزوجة على الزوج، أجمع كلّ مشرعي الدول العربية على وجوب هذه النفقة دون خلاف لأن أحكامها مستمدة من الفقه الإسلامي والذي لم يُختلف في حكمها وهذا ما أكدته مواد تشريعات الأحوال الشخصية التالية²:

1. المادة 74 من قانون الاسرة الجزائري.
2. المادة 01 من القانون رقم 20/25 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 الخاص بتشريع الاحوال الشخصية المصري.
3. المادة 72 من قانون الأحوال الشخصية السوري.

¹ - إن الزوجة حتى وإن امتلكت راتبا مضاعفا لراتب الزوج فلا بدّ لهذا الأخير أن يبقى محافظا على مبدأ النفقة عليها، حتى وإن كان ذلك الإنفاق متواضعا، لأنّ الزوجة تحتاج نفسيا إلى ذلك الإحساس الذي يُعزّز معاني الرجولة و القوامة في نفسها، لأنّ الإنفاق عنصر من عناصر الحماية التي تنتظرها المرأة من الرجل، لهذا جعله الشارع الحكيم مقوم من مقومات القوامة التي خصّه بها.

² - تفاديا للتكرار سنعرض لمحتوى هذه المواد في النقطة اللاحقة أي عند الحديث عن شروط وجوب النفقة في هذه التشريعات العربية .

4. المادة 23 من قانون الأحوال الشخصية العراقي.
5. المادة 194 من مدونة الأسرة المغربية الجديدة.
6. المادة 124 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

الفرع الثاني

أساس وجوب النفقة وشروطها

قبل التعرض لشروط وجوب النفقة خاصة منها المتفق عليها من طرف الفقهاء، يستحسن التعرض أولاً لسبب وجوب النفقة أو أساس هذا الوجوب.

أولاً: أساس وجوب النفقة

اختلف الفقهاء في سبب وجوب النفقة¹، وقيل في ذلك عدّة نظريات أهمها:
أ- **نظرية الاحتباس:** هي أشهر نظرية قيلت في هذا المجال وقال بها فقهاء المذهب الحنفي، فالمرأة -حسب رأيهم- "محبوسة بحبس النكاح حقاً للزوج، ممنوعة عن الاكتساب بحقّه، ومنفعة حبسها تعود إليه. مثل القاضي الذي رزقه في بيت مال المسلمين لحقهم لأنّه محبوس لجهتهم، ممنوع من الكسب، فجعلت نفقته في مالهم وهو بيت المال..."².

ب- **نظرية ملك النكاح:** خلاصة هذه النظرية أنّ النفقة هي عوض عن ملك النكاح الذي يملكه الزوج على الزوجة، ولكن هذه النظرية انتقدت لأنّ النفقة ليست عوضاً يوجبه العقد وإنما ترتبت للزوجة على أساس أنّها زوجة فأثبت الشارع لها النفقة على زوجها. كما انتقدت هذه النظرية على أساس أنّ ملك النكاح لا علاقة له بالنفقة، لأنّ عوض ملك النكاح كان المهر أثناء العقد ولا مجال للحديث عن عوض ثان.

¹ - مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2006/2005، ص 243.

² - محمد سلام مذكور، مرجع سابق، ص 187؛ محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 303؛ عبد العزيز رمضان سمك، مرجع سابق، ص 246.

ج- **نظرية القوامية:** يرى أصحاب هذه النظرية أنّ سبب وجود هذه النفقة هي القوامية التي أثبتها الله تعالى للرجل. ولكن المتأمل في الآية: "الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ"¹ يجد القضية عكسية، فالقوامية المتحدّث عنها تثبت بسبب النفقة لا العكس. فالرجل قوام على المرأة لأنّه ينفق وليس ينفق لأنّه قوام.

د- **نظرية العقد والتمكين:** مفاد هذه النظرية أنّ النفقة لا تجب بالعقد وحده وإنما باقترانه بالطاعة والتمكين، لذا تسقط النفقة بسبب النشوز.

ه- **نظرية العقد:** يرى أنصار هذه النظرية أنّ سبب النفقة هو عقد النكاح مجردا عن التمكين، فحتى لو بقيت الزوجة عند أهلها مدة طويلة دون طلب الزفاف من الزوج وجبت النفقة. ودليل ذلك أنّ النفقة متعلقة بالعقد ولا تجب قبله وأنّ أدلة وجوب النفقة مطلقة وليست مُقيّدة².

الظاهر أخيرا ومن خلال التأمل مليّا في النظريات السابقة أنّ أساس وجوب النفقة هو العقد والتمكين، فالمرأة التي لا تُمكن زوجها منها تعتبر ناشزا ولا تجب لها النفقة. ومن هنا نكون قد حاولنا التعرف على الأساس الجوهرى لوجوب النفقة، أمّا عن الشروط التي يجب توافرها لوجوب النفقة فستدرج في النقطة الموالية.

ثانيا: شروط وجوب النفقة

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على ثلاثة شروط أساسية لوجوب النفقة وهي: العقد الصحيح، التمكين وصلاحية المرأة لمقصود النكاح.

أ- **صحة العقد:** يجب أن يستكمل عقد الزواج كل عناصر صحته، فلا يجب أن يكون باطلا أو فاسدا، كأن يحصل الوطء بشبهة، في هذه الحالة لا نفقة للمرأة.

¹ - الآية 34 من سورة النساء.

² - للتفصيل أكثر في هذه النظريات ارجع إلى كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 303 و304.

ب- تمكين الزوج: لكي تستحق الزوجة النفقة لا بدّ أن تمكن الزوج منها لاستيفاء حقه سواء تمّ الدخول أو لم يتم¹.

ج- أن تكون المرأة صالحة للمعاشرة الزوجية: يقول الكاساني في هذا: "وإن كان لا يُجامع مثلها فلا نفقة لها عندنا"²، واتفق الشافعية والحنابلة على ذلك³. أمّا المالكية فقد أخذوا بما سبق وأضافوا شرطين في غير المدخول بها، وهما:
أ- سلامة الزوج من المرض.

ب- بلوغ الزوج سن الزواج (أي سن البلوغ).
أمّا إذا تمّ الدخول فتجب لها النفقة دون شرط آخر إلاّ إذا ثبت نشوزها⁴.

ثالثا: شروط وجوب النفقة في تشريعات الأحوال الشخصية العربية.

أخذت تشريعات الأحوال الشخصية العربية بما تمّ الاتفاق عليه بين فقهاء المذاهب الأربعة.

1- التشريع المصري: تنص المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية المصري⁵ على ما يلي: "تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذا سلّمت نفسها إليه ولو حكما حتى لو كانت موسرة أو مختلفة معه في الدين".

¹ - الكاساني، ج 5، مرجع سابق، ص 128؛ الدسوقي والدردير، الجزء 2، ص 508؛ الشربيني، مرجع سابق، ص 570. - موفق الدين بن قدامة، ج9، مرجع سابق، ص 230.

² - الكاساني، ج 5، المرجع نفسه، ص128.

³ - شمس الدين السرخسي، مرجع سابق، ص187. - الشربيني، المرجع نفسه، ص 574.

⁴ - الدسوقي والدردير، الجزء 2، المرجع نفسه، ص 508؛ لتبسيط وفهم آراء المذاهب الأربعة أكثر في شروط وجوب النفقة ارجع كذلك إلى:

- عبد المؤمن بلباقي، مرجع سابق، ص17 إلى 19؛ كمال الدين إمام وسالم الشافعي، مرجع سابق، ص305، 306؛ عبد العزيز رمضان سمك، مرجع سابق، ص 247؛ محمد سلام مذكور، مرجع سابق، ص 188 ومايليها؛ نصر سلمان، سعاد سطحي، أحكام الخطبة والزواج، في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، ط1، دار الفجر للطباعة والنشر، قسنطينة، الجزائر، 2005، ص 244؛ أحمد فتحي بهنسي، نفقة المتعة بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، دار الشروق، 1988، ص 12 ومايليها.

⁵ - القانون رقم 25 لسنة 1920 الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية المعدّل بالقانون رقم 100 لسنة 1985.

ذهب المشرع المصري إلى نفس الشروط التي اتفق عليها الفقهاء الأربعة، وذكر في الفقرات الموالية لنفس المادة الأسباب التي تسقط النفقة وتتمثل فيما يلي:

- ارتداد الزوجة.
 - امتناعها عن تسليم نفسها دون حق، أو اضطرت إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج.
 - إذا خرجت دون إذن زوجها.
- وأشار المشرع المصري في الفقرة الخامسة من نفس المادة إلى الحالات التي تخرج فيها الزوجة دون إذن زوجها دون أن يكون ذلك نشوزاً ومنها:
- خروج المرأة من بيت الزوجية بدون إذن زوجها بمقتضى الشرع كزيارة أباؤها أو أقاربها المحارم.
 - خروجها لضرورة.
 - خروجها للعمل دون تبرج بإذن زوجها¹.

وقد نصت الفقرة الخامسة من المادة 01 من القانون رقم 25 لسنة 1920 على ما يلي: "ولا يعتبر سبباً لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية - دون إذن زوجها- في الأحوال التي يباح فيها ذلك بحكم الشرع مما ورد به نص أو جرى به عرف أو قضت به ضرورة، ولا خروجها للعمل المشروع ما لم يظهر أنّ استعمالها لهذا الحق المشروع مشوب بإساءة استعمال الحق، أو منافٍ لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه".

كما أخذ المشرع المصري بشرط صلاحية المرأة للمعايشة الزوجية وذلك بتحديد سن أهليتها للزواج بـ 16 سنة وذلك في المادة 367 الفقرة 02 من القانون رقم 78 لسنة 1931² والتي جاء فيها ما يلي: "لا يجوز مباشرة عقد الزواج ولا المصادقة على زواج مسند إلى ما قبل العمل بهذا القانون ما لم يكن سن الزوجة 16 سنة وسن الزوج 18 سنة وقت العقد".

2- التشريع السوري: اشترط المشرع السوري لوجوب النفقة العقد الصحيح واستعداد الزوجة للانتقال إلى بيت الزوجية إذا طالب الزوج منها ذلك، أي عدم امتناعها إلاّ بعذر شرعي. وهذا ما جاء في نص المادة 01/72 من قانون الأحوال الشخصية السوري -

¹ - عبد العزيز رمضان سمك، مرجع سابق، ص 249.

² - لائحة المحاكم الشرعية الجاري العمل بها إلى يومنا هذا في مصر.

السابق الذكر¹ - والتي نصّت على ما يلي: "تجب النفقة للزوجة على الزوج ولو مع اختلاف الدين من حين العقد الصحيح ولو كانت مقيمة في بيت أهلها إلا إذا طالبها الزوج بالنفقة وامتنعت بغير حق".

ويعتبر عدم دفع معجل المهر أو عدم تهيين المسكن الشرعي للزوجة عذرا شرعيا لامتناعها عن التنقل لبيت الزوجية، وهذا ما جاء في نص المادة 2/72: "يعتبر امتناعها بحق مادام الزوج لم يدفع معجل المهر أو لم يهيئ المسكن الشرعي".

كما أخذ المشرّع السوري بشرط صلاحية المرأة للمعايشة الزوجية بتحديد حد الأدنى لسن الزواج بالنسبة للمرأة بـ 17 سنة وهذا ما جاء في المادة 16 من قانون الأحوال الشخصية التي تنصّ على: "تكتمل أهلية الزواج في الفتى بتمام الثامنة عشر وفي الفتاة بتمام السابعة عشر من العمر"، ولكنه وضع استثناء لذلك بحيث مكن القاضي من السماح بالزواج في سن أقل من السن المحددة في المادة السابقة. وهذا ما جاء في المادة 18 من نفس القانون: "إذا ادعى المراهق البلوغ بعد إكماله الخامسة عشرة أو المراهقة بعد إكمالها الثالثة عشر وطلبا الزواج يأذن به القاضي إذا تبيّن له صدق دعوتهما واحتمال جسميهما".

أضاف المشرّع السوري أسباب سقوط النفقة وعدم وجوبها وحصر ذلك في العمل خارج البيت دون إذن الزوج والنشوز، وهذا ما نصّت عليه المادة 73 من قانون الأحوال الشخصية: "يسقط حق الزوجة في النفقة إذا عملت خارج البيت دون إذن زوجها" والمادة 74 التي نصت على: "إذا نشزت المرأة فلا نفقة لها مدة النشوز".

3- التشريع المغربي: أوجب المشرّع المغربي النفقة للزوجة بمجرد البناء -أي الدخول- أو دعوتها إليه بعد العقد، وهذا ما جاء في نص المادة 194 من المدونة الجديدة للأسرة -السابقة الذكر²، حيث نصّت على ما يلي: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بمجرد البناء وكذا إذا دعت للبناء بعد أن يكون قد عقد عليها".

يظهر من مدونة الأسرة الجديدة أنّ المشرّع المغربي أخذ كذلك بالشروط الثلاثة المتفق عليها بين الفقهاء، وهي العقد والدخول أو الدعوة إليه، وكذلك سن الزواج الذي حدّد بـ 18 سنة بالنسبة للمرأة وذلك في نص المادة 19 من نفس المدونة، والتي جاء

¹ - محمد إبراهيم الكويقي، مرجع سابق، ص 34.

² - امحمد لفرجي، مرجع سابق، ص 54.

فيها ما يلي: "تكتمل أهلية الزواج بإتمام ثمان عشرة سنة شمسية"، كما أُعطي للقاضي في المادة 20 السلطة التقديرية للترخيص بالزواج دون هذه السن لمصلحة ما وبشروط معينة.

4- التشريع العراقي: أخذ المشرّع العراقي بنفس ما أخذت به التشريعات السابقة خاصة منها التشريع السوري. فقد أوجب النفقة بمجرد العقد حتى وإن كانت الزوجة مازالت مقيمة في بيت أهلها، وهذا ما جاء في نص المادة 23 من قانون الأحوال الشخصية العراقي -السابق الذكر-¹، حيث نصت على ما يلي: "تجب النفقة للزوجة على الزوج من حين العقد الصحيح ولو كانت مقيمة في بيت أهلها، إلا إذا طالبها الزوج بالانتقال إلى بيته فامتعت بغير حق".

إذا لم تلب الزوجة دعوة الزوج لعذرٍ شرعيٍّ لم يسقط حقها في النفقة. وتتمثل هذه الأعدار الشرعية وفقاً للفقرة 02 من نفس المادة السابقة والمادة 25 من نفس القانون في:

• عدم دفع معجّل المهر.

• عدم الإنفاق عليها.

• عدم توفير المسكن الشرعي المناسب للزوجة.

كما أخذ المشرّع العراقي بالشرط الثالث الخاص ببلوغ المرأة وصلاحياتها للمعاشرة الزوجية، وهذا بتحديد سن الزواج بـ 18 سنة وهذا ما جاء في المادة 07 من قانون الأحوال الشخصية العراقي والتي تنصّ على ما يلي: "يُشترط في تمام أهلية الزواج العقل وإتمام الثامنة عشر". كما سمح المشرّع العراقي للقاضي بأن يأذن لمن بلغ سن 15 سنة بالزواج لضرورة ملحة بتوفر شرطين:

- القابلية البدنية (المادة 02/08 أحوال شخصية).

- موافقة الولي (المادة 01/08 أحوال شخصية)، ولا يقبل اعتراض الولي إلا إذا كان مؤسساً.

5- التشريع الإماراتي: سلك المشرّع الإماراتي من سبقه في وجوب نفقة الزوجة بالعقد الصحيح بشرط تسليمه نفسها ولو حكماً، وهذا ما جاء في المادة 66 من قانون الأحوال الشخصية رقم 2005/28²: "تجب النفقة للزوجة على زوجها بالعقد الصحيح إذا سلمت

¹ - أحمد الكبيسي، مرجع سابق، ص 99.

² - شبكة المعلومات القانونية لمجلس التعاون الخليجي، مرجع سابق.

نفسها إليه ولو حكماً". ولا يسقط حق الزوجة في النفقة إلا بتحقيق الشروط المذكورة في المادة 71 من نفس القانون: "تسقط نفقة الزوجة في الأحوال الآتية:

1- إذا منعت نفسها من الزوج أو امتنعت عن الانتقال إلى بيت الزوجية الشرعي دون عذر شرعي.

2- إذا تركت بيت الزوجية دون عذر شرعي.

3- إذا منعت الزوج من الدخول إلى بيت الزوجية دون عذر شرعي.

4- إذا امتنعت عن السفر مع زوجها دون عذر شرعي.

5- إذا صدر حكم أو قرار من المحكمة مقيد لحريتها في غير حق للزوج وجاري تنفيذه."

6- التشريع الجزائري: ذكر المشرع الجزائري في المادة 74 من قانون الأسرة الشرط الأساسي لوجوب النفقة للزوجة وهو الدخول بها أو دعوتها إليه، حيث نصت على ما يلي: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببيئته مع مراعاة أحكام المواد 78، 79، 80 من هذا القانون".

ما يجب أن نشير إليه أن ذكر شرط الدخول فقط في هذه المادة لا ينفي ضرورة توفر الشرطين الباقيين، لأن شرط الدخول لا يتم إلا بعقد يفترض أن يكون صحيحاً. كما أن المدخول بها لا يصح إلا أن تكون أهليتها للزواج قد اكتملت وهي سن 19 سنة وفق ما جاء به التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري وهذا في المادة 07 منه: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يُرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكد قدرة الطرفين على الزواج"¹.

بمقارنة بسيطة لمواد شروط وجوب النفقة في التشريعات السابقة نجد اتفاقاً جلياً بينها في معظم النقاط، إلا أن الاختلاف البسيط يكاد يكون في التأكيد على قضية الدخول أو الدعوة إليه وبيئته، كما ذهب إلى ذلك المشرع الجزائري والمغربي، والاكتفاء بالعقد الصحيح لوجوب النفقة حتى وإن بقيت الزوجة في بيت أهلها، ولكن دون دعوة الزوج لها وأكد على ذلك المشرع السوري والعراقي.

¹ - قانون رقم 09/05 المؤرخ في 04 مايو 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 11/84، المتعلق بقانون الأسرة الجزائري.

أمّا المشرّع المصري - في تقديرنا - لم يُؤكّد على الدخول المتعارف عليه أو البناء، على غرار التشريع المغربي، ولم يكتف بذكر مجرد العقد، وإنّما ذكر عبارة تمكينه من نفسها دون أن يوضح قضية انتقالها إلى بيت الزوجية من عدمه. ولكن إذا رجعنا إلى ما استعمله الفقهاء في هذا المجال نجد نفس العبارة، والغالب على الظن أنّ المقصود بها هو الدخول الذي يتم بالانتقال إلى بيت الزوجية¹.

المطلب الثاني

أنواع النفقة الواجبة للزوجة وما يراعى في تقديرها

سنعرض في هذا المطلب إلى أنواع ومشتلات النفقة الواجبة للزوجة على الزوج في الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية العربية، وما يراعى في تقديرها من أحوال الزوجين وظروف المعاش.

الفرع الأول

أنواع النفقة الواجبة للزوجة

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أصناف النفقة التي تجب على الزوجة والتي لا غنى للمرأة عنها بلا خلاف، وهي: الطعام، الشراب، الكسوة، السكنى، الزينة، متاع البيت والخدمة إن كانت تحتاج إليها أو كانت ممّن تخدم². واختلف الفقهاء في نفقة العلاج.

أولاً: بعض أنواع النفقة المتفق عليها

رغم اتفاق الفقهاء على عناصر النفقة السالفة الذكر، إلا أننا نريد التركيز على بعضها لأسباب منها:

• شدّ انتباه الحقوقيين ورجال القانون من مشرعين وقضاة ومحامين إلى السعة التي أوجبها الشرع الإسلامي في الحقوق المادية للمرأة حتى يشرّعوا وفقها ويحكموا وبطالباها.

¹ - محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 305، 306.

² - الكاساني، ج 5، مرجع سابق، ص 150؛ الدسوقي والدردير، الجزء 02، مرجع سابق، ص 510، 511؛ موفق الدين بن قدامة، ج 9، مرجع سابق، ص 237 إلى 239؛ عبد المؤمن بلباقي، مرجع سابق، ص 13 وما يليها.

• الكثير من الأزواج يجهلون أنّ الشريعة الإسلامية أوجبت هذه الأنواع من النفقة على الزوج لصالح زوجته.

• الكثير من النساء يظلمن بهذه الحقوق ويطالبن بها خارج الإطار الشرعي ظناً منهن أنّ الشرع الإسلامي لم يمنحها لهنّ خاصة السكن الشرعي المستقل والخدمة.

1- الخدمة: تُقرّر أحكام الفقه الإسلامي أنّ المرأة إذا كانت ممّن لا يخدمن أنفسهن وكان الزوج موسراً فالواجب أن يحضر لها خادماً يخدمها. بل أكثر من ذلك، إذا كان لها خدم خاص وأحضرتة معها فلا يجوز له أن يستبدله بآخر ويجب عليه نفقته. أمّا إذا كان معسراً فلا تجب عليه هذه النفقة¹. كما تجب على الزوج نفقة الخادم إذا كانت زوجته مريضة، بل وأكثر من ذلك، حيث تجب عليه نفقة الخادم إن كان بيت الزوجية موحشاً وتحتاج إلى من يؤنسها².

2- المسكن الشرعي: يعتبر المسكن المستقل للزوجة معضلة اجتماعية أخرى، لذا يجب التأكيد على مدى شرعيته للمطالبة به وبالشروط التي يجب أن تتوفر فيه لكي يعتبر مسكناً شرعياً.

يعتبر المسكن الخاص بالزوجة من النفقة الواجبة للزوجة وبلا خلاف بين الفقهاء. فواجب على الزوج أن يُعَدَّ المسكن المناسب للزوجة، وللزوجة في حالة عدم توفيره لها من طرف الزوج أن تطلب من القاضي تقدير أجره مسكناً يأويها، ويكون ذلك التقدير حسب الأجور القائمة للمساكن.

يُشترط في المسكن الواجب للزوجة على الزوج ما يلي:

- أن يلائم الحالة الاجتماعية للزوجة، والعرف هو المُحكّم في معرفة مسكن أمثالها.
- أن يكون خالياً من سكن الغير حتى وإن كانوا من أهل الزوج أو أولاده من أخرى، باستثناء الولد غير المميّز. وذهب الجعفرية إلى أبعد من ذلك حيث لم يجيزوا حتى إبقاء ولد الزوج الصغير مع الزوجة مصداقاً لقوله تعالى: "وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْنَّ"³

¹ - عبد الحميد ميهوب، محمود محمد عوض، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مطبعة مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، 1999، ص 177.

² - محمد سلام مذكور، مرجع سابق، ص 195، 196؛ محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 437، 438.

³ - الآية 6 من سورة الطلاق.

- أن يكون مسكنا آمنا تأمن فيه الزوجة على نفسها ومالها¹.
- أن يكون مشتملا على ما يلزم للسكن من مرافق وأثاث وفراش وأدوات لازمة.
- ومن شروط المسكن الشرعي ألا يكون مجاورا لمسكن ضررتها، أي الزوجة الأخرى للزوج. ولكن يمكن أن يكون مجاورا لأقارب الزوج كأمه أو أخته، إلا إذا ثبت إيدائهم لها بالقول أو الفعل في هذه الحالة لن يكون هذا المسكن شرعيا².

ثانيا: نفقات العلاج

اختلف الفقهاء في مدى اعتبار نفقة العلاج من عناصر النفقة الواجبة على الزوج، إلا أن الملفت للانتباه أن فقهاء المذاهب الأربعة اتفقوا على عدم وجوب نفقة العلاج على الزوج، ما عدا المالكية الذين استثنوا من ذلك أجرة القابلة³.

وممن قالوا بوجوب نفقة العلاج صاحب الروضة النديّة الذي قال في وجوب النفقة ما يلي: " ... ويدخل فيه - أي الإنفاق الأدوية ونحوها ". ومن حجج الذين قالوا بوجوب نفقة العلاج أن الدواء هدفه حفظ الروح، فأشبهه النفقة. ونفقة العلاج تدخل في عموم قول الرسول ﷺ "ما يكفيك"، وقوله كذلك: "ولهنّ عليكم رزقهنّ..." في حجة الوداع لأنه جاء في صيغة العموم⁴.

إذا نظرنا إلى القضية منطقيا نجد أن التفريق بين الطعام والعلاج تفريق بين شيئين متلازمين لا يجوز التفريق بينهما. فكما وجبت نفقة الطعام لحفظ الحياة وجبت نفقة العلاج لحفظ الصحة وبالتالي الحياة، فكم من أمراض بسيطة قتلت أصحابها لعدم العلاج.

وحسب تقديرنا، فإنّ عدم اعتبار العلاج من النفقات الواجبة على الزوج يتعارض مع المقاصد الأساسية للشريعة الإسلامية. كما أنه من غير المنطقي أن يلزم الزوج، اتجاه

¹ - محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 313؛ رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، أحكام عقد الزواج في الإسلام، د.د.ن، د.ت.ن، ص 211؛ محمد سلام مذكور، مرجع سابق، ص 194؛ عبد العزيز رمضان سمك، مرجع سابق، ص 263؛ كمال صالح البناء، موسوعة الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، د.ب.ن، 1997، ص 196، 195.

² - محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 435 إلى 437.

³ - عبد العزيز رمضان سمك، مرجع سابق، ص 263.

⁴ - صديق حسن خان، مرجع سابق، ص 312.

الزوجة، بتوفير المأكل والمشرب والمسكن المستقل بل والخادم ولا يوفر لها العلاج في حالة مرضها.

من جهة أخرى يتنافى عدم التزام الزوج بنفقات العلاج مع معاني المروءة وروح التعاون والتآلف بين أعضاء المجتمع الإسلامي وخاصة بين أعضاء الأسرة الواحدة وبالتحديد بين الزوج والزوجة، فأياً مودة تبقى بين الزوجين إذا مرضت الزوجة ولم يسارع الزوج إلى علاجها. كما يتنافى هذا الرأي مع خلق ردّ الجميل للزوجة التي ترعى زوجها وأولادها وبيتها، فكيف تكافأ بعد ذلك بعدم فرض نفقة علاجها على زوجها والتي غالباً ما تمرض بسبب الأعباء الأسرية. من أجل هذا وجب علينا ترجيح الرأي القائل بوجود نفقة علاج الزوجة على الزوج.

ثالثاً: مشتملات النفقة الواجبة في تشريعات الأحوال الشخصية

- نصّت مختلف التشريعات العربية على مشتملات النفقة الواجبة للزوجة على الزوج¹ وقد انفقت على العناصر الأساسية لها مع بعض الاختلاف كما سنرى فيما يلي:
- 1- **التشريع المصري:** نصّت الفقرة 03 من المادة 01 من قانون الأحوال الشخصية المصري على: "وتشمل النفقة الغذاء والكسوة ومصاريف العلاج وغير ذلك بما يقتضي به الشرع"².
 - 2- **التشريع السوري:** نصّت المادة 71 من قانون الأحوال الشخصية السوري على مايلي: "النفقة الزوجية تشمل الطعام والكسوة والسكن والتطبيب بالقدر المعروف وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها خادم"³.
 - 3- **التشريع المغربي:** تنص الفقرة 01 من المادة 189 من مدونة الأسرة الجديدة على ما يلي: "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج وما يعتبر من الضروريات والتعليم للأولاد مع مراعاة أحكام المادة 168 أعلاه".

¹ - رعد مقداد الحمداني، النظام المالي للزوجين، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية، ط 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، المملكة الأردنية الهاشمية، 2010، ص 105.

² - القانون رقم 25 لسنة 1920 السابق الذكر.

³ - القانون رقم 59 / 1953 المعدل بالقانون رقم 34 / 1975.

لم تشر هذه المادة إلى نفقة السكنى ولكنها تعتبر من الضروريات، والدليل على ذلك النص على تكاليف السكنى عند الحكم بالنفقة في المادة 191 من نفس المدونة والتي نصها كالاتي: "تحدد المحكمة وسائل تنفيذ الحكم بالنفقة وتكاليف السكن على أموال المحكوم عليه، أو اقتطاع النفقة من منبع الربيع أو الأجر الذي يتقاضاه...".

4- التشريع العراقي: تنص الفقرة 02 من المادة 24 من قانون الأحوال الشخصية العراقي على ما يلي: " تشمل النفقة الطعام والكسوة والسكن ولوازمهما وأجرة التطبيب بالقدر المعروف وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها معين".

5- التشريع الإماراتي: تنص الفقرة 1 من نص المادة 63 من ق.أ.ش الإماراتي على ما يلي: "تشمل النفقة الطعام والكسوة والمسكن والتطبيب والخدمة للزوجة إن كانت ممن تخدم في أهلها وما تقتضيه العشرة الزوجية بالمعروف".

6- التشريع الجزائري: نصت المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة". أشارت هذه المادة إلى أهم العناصر الأساسية الواجبة على الزوج، وبالإضافة إلى ذلك وضعت معياراً يستجيب لتغير ظروف الحياة وهذا ما جاء في عبارة "ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة". من الملاحظ أنّ المشرّع الجزائري لم ينص على نفقة الخادم، والقاضي إذا لم يحكم بها فلأنّ المشرّع لم يشر إليها مباشرة، إلا أنّ قضية الخدمة بدأت في الانتشار في المجتمع الجزائري بعد أن كانت محدودة في طبقة معينة، وبالتالي قد تصبح يوماً ما من الضروريات التي يحكمها العرف والعادة وتتدخل بالتالي في مضمون العبارة الأخيرة الواردة في المادة 78 السابقة خاصة وأنّ موضوع الخدمة له تأصيله الشرعي كما سبق الذكر.

ما ينبغي الإشارة إليه أنّ المشرّع الجزائري أدرج نفقة العلاج من بين مشتملات النفقة، رغم اتفاق المذاهب الأربعة على عدم اعتبارها كذلك، فأخذ بذلك بالرأي المخالف لاستجابته لمقاصد الشريعة الإسلامية ومقتضيات المنطق.

كما أنّ المشرّع الجزائري فرض نفقة السكنى على الزوج وسمح للزوجة برفع دعوى للحصول على مسكن مستقل. حيث قضت المحكمة العليا بأنّ رجوع الزوجة إلى

بيت أهلها وانتظار تخصيص مسكن مستقل لها لا يعتبر نشوزاً¹. كما قضت كذلك بأن مطالبة الزوجة بسكن مستقل عن أقارب الزوج، وذهابها إلى بيت أهلها لغاية تحقق ذلك لا يعتبر مساساً بالطاعة الواجبة للزوج². بل واعتبرت المحكمة العليا أن عدم توفير مسكن منفرد للزوجة يعتبر نشوزاً من الزوج طبقاً للمادة 55 من قانون الأسرة³.

يُلاحظ أن تشريعات الأحوال الشخصية السابقة في تناولها لمكونات النفقة أدرجت وبالاتفاق العناصر التالية: الغذاء، الكسوة، السكن والعلاج. بالإضافة إلى هذه العناصر أضاف المشرعان السوري والعراقي نفقة الخادم لمن تُخدم. أمّا المشرع المصري، الجزائري والمغربي فلم يشيروا إلى هذه النقطة وإنما أضافوا عبارات عامة وفضفاضة نوعاً ما كـ "إضافة أنواع أخرى من النفقة". فأضاف المشرع الجزائري عبارة "ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"، وأضاف المشرع المغربي عبارة "وما يعتبر من الضروريات"، كما أضاف المشرع المصري عبارة "وغير ذلك بما يقتضي به الشرع". ويعتبر هذا مسلكاً إيجابياً لأن الظروف الاقتصادية تتغير وتتغير على الحاجات الاجتماعية، فالأفضل أن يبقى الباب مفتوحاً أمام هذه المتغيرات للاستجابة قضائياً لها وذلك للحكم بمستجدات النفقة.

أمّا عن نفقات العلاج فقد قيدها المشرع السوري والمغربي بالقدر المعروف حيث أدرجا نفس العبارة وهي: "التطبيق بالقدر المعروف"، أي لم يلزموا الزوج بنفقات العلاج على إطلاقها ومهما كلفت.

¹ - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2000/11/21 عن الملف رقم: 251682. وكذلك القرار الصادر عن الملف رقم: 213669، نقلاً عن الأستاذ نبيل صقر، قانون الأسرة نصاً وفقها وتطبيقاً، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص 216 و 218.

² - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1999/02/16 عن الملف رقم: 218754، نقلاً عن: الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، مرجع سابق، ص 222.

³ - قرار المحكمة العليا الصادر عن الملف رقم: 189226، نقلاً عن الأستاذ نبيل صقر، مرجع سابق، ص 215.

الفرع الثاني تقدير النفقة وما يراعى في ذلك

تحدثنا طويلا عن عناصر النفقة التي تجب للزوجة على زوجها، ولاحظنا أنّ الشريعة الإسلامية ومثلها تشريعات الأحوال الشخصية العربية وسّعت من نفقة الزوجة، ووفّرت لها من الإنفاق ما يضمن لها حياة عادية ومريحة، فألّزمت الزوج بتوفير المأكل والمشرب والملبس والعلاج والسكن المريح والمستقل بل وحتى الخادم في الفقه الإسلامي والبعض من هذه التشريعات. لكن هل يطالب الزوج سواء كان موسرا أو معسرا بتوفير كل هذا وبنفس المستوى ولأبيّ زوجة مهما كانت مكانتها المادية والاجتماعية أم أنّ الأمر يختلف حسب كل حالة وحسب الظروف الاجتماعية لكليهما؟ للإجابة عن هذا التساؤل ينبغي التعرض لأراء الفقهاء ثمّ لمواقف التشريعات العربية السابقة.

أولاً: الموقف الفقهي

هل يراعى الفقهاء في تقدير النفقة الواجبة للزوجة حالة الزوج من اليسار أو الإعسار؟ أم يراعى حال الزوجة من فقر أو غنى وما تعودت عليه من نفقة؟، أم يراعى حالهما معا؟

للفقهاء في هذه القضية رأيان مشهوران:

الرأي الأول: وهو قول بعض الحنفية¹ والمُعتمد في المذهب المالكي² والحنبلي³، وهو أنّ نفقة الزوجة يراعى فيها حال الزوجين معا. فلها نفقة اليسار إذا كانا موسرين، ونفقة المتوسطين إذا كانا متوسطي الحال أو إذا كان أحدهما موسرا والثاني معسرا، ولها نفقة الإعسار إذا كانا معسرين. ولتبرير هذا الرأي جمع أصحابه كل الأدلة الموجبة للنفقة رغم أنّ الظاهر تناقضها في بعض الأحيان، كآية "وعلى المولود له رزقهنّ وكسوتهنّ بالمعروف"⁴، وفي هذا مراعاة لحال الزوجين معا. أمّا آية "لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ"⁵ فيها

¹ - شمس الدين السرخسي، مرجع سابق، ص 182.

² - الدسوقي والدردير، الجزء 2، مرجع سابق، ص 509.

³ - موفق الدين بن قدامه، ج9، مرجع سابق، ص 230.

⁴ - الآية 233 من سورة البقرة.

⁵ - الآية 7 من سورة الطلاق.

مراعاة لحال الزوج. لكن المتمعن أكثر يرى أنّ الله تعالى عندما قال "رزقهنّ وكسوتهنّ بالمعروف" فإنّه علّق هذا المعروف بحقهما، فالله تعالى لم يخصّ هذا المعروف بأحدهما دون الآخر، وهذا حسب تقديرنا يصلح أكثر كدليل على مراعاة حالهما معا.

الرأي الثاني: وهو قول الشافعية¹ وبعض مشايخ الحنفية ومنهم "محمد"²، وهم يرون أنّ نفقة الزوجة معتبرة بحال الزوج لا بحال الزوجة. فالله تعالى يقول: "لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكْفِ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا"³.

الرأي الثالث: وهو رأي عند الحنابلة، وهو رأي ثالث لبعض الحنفية. وهم يرون أنّ النفقة تُقدّر بحال الزوجة فقط⁴. دليلهم في ذلك أنّ الرسول ﷺ عندما سمح لهند بنت عتبة الأخذ من مال زوجها دون مراعاة حاله من العسر واليسر قال لها: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف". وانتقد هذا الرأي بأنّ النبي ﷺ كان يعلم غنى أبي سفيان لهذا أمرها بتلك الصيغة.

ثانياً: موقف تشريعات الأحوال الشخصية العربية

1- التشريع المصري: نصّت المادة 16 من القانون رقم 100 لسنة 1985 على ما يلي:

"تُقدّر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسرا أو عسرا على ألاّ تقل النفقة في حالة العسر عن القدر الذي يفي بحاجتها الضرورية".

رغم أنّ المشرّع المصري ذكر اعتماده في تقدير النفقة على حال الزوج إلاّ أنّه اقترب من الرأي القائل باعتبار حال الزوجين معا لأنّه أخذ بعين الاعتبار حال الزوجة واشترط ألاّ تقل نفقتها في حالة إعسار الزوج عن القدر الضروري لتلبية حاجياتها.

2- التشريع السوري: نفس المسلك سلكه المشرّع السوري مقارنة بالتشريع المصري، حيث قدّر النفقة بحسب حال الزوج عسرا أو يسرا إلاّ أنّه لم يهمل ضرورة تحقيق حدّ الكفاية للمرأة حيث نصّت المادة 76 من قانون الأحوال الشخصية السوري على ما يلي:

¹ - محمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله، مرجع سابق، ص 88، 89؛ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 241.

² - شمس الدين السرخسي، مرجع سابق، ص 182.

³ - الآية 07 من سورة الطلاق.

⁴ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 241 في الهامش.

تُقدّر النفقة للزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسرا وعسرا مهما كانت حالة الزوجة على أن لا تقل عن حدّ الكفاية للمرأة".

إنّ المشرّع السوري، حسب تقديرنا، لم يهمل الأخذ بعين الاعتبار حال الزوجة -خاصة الموسرة- والدليل على ذلك هو العبارة التي استعملها في المادة السابقة على التعديل الأخير، حيث كانت هذه المادة تنص قبل التعديل على ما يلي: "تُقدّر النفقة للزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسرا أو عسرا مهما كانت حالة الزوجة على أن لا تقل عن الحد الأدنى لكفاية المرأة"¹. أمّا في المادة المعدّلة فقد استبدل المشرّع السوري العبارة الأخيرة من المادة السابقة بـ " على أن لا تقل عن حد الكفاية للمرأة". إنّ إلغاء كلمة "الأدنى" دليل واضح على اعتبار حال المرأة أكثر من ذي قبل. كما أنّ العيش بمستوى الحد الأدنى للكفاية أقل من مستوى العيش بحد الكفاية. ومن جهة أخرى فإنّ الحد الأدنى لكفاية المرأة قد تقترب فيه حالة المرأة المعسرة من الموسرة، أمّا حد الكفاية للمرأة المعسرة ليس نفسه حد الكفاية للمرأة الموسرة. والأهم من هذا أنّ المشرّع السوري راعى أكثر حالة المرأة ولم يُحمّلها عبء الإعسار الشديد للزوج.

3- التشريع المغربي: لقد حذا المشرّع المغربي في تقديره للنفقة حذو المشرّع الجزائري، بحيث عبّر مباشرة عن أخذه بالرأي الراجح وهو الأخذ بعين الاعتبار حال الزوجين معا. حيث نصّت الفقرة الثانية من المادة 189 من مدونة الأسرة على ما يلي: "يراعى في تقدير كل ذلك -أي عناصر النفقة التي ذكرها في الفقرة الأولى- التوسط ودخل الملزم بالنفقة، وحال مستحقّها، ومستوى الأسعار والأعراف والعادات السائدة في الوسط الذي تفرض فيه النفقة". وقد أضاف المشرّع المغربي عاملا مهما في تحديد مقدار النفقة وهو تغيير الأسعار والأعراف والعادات السائدة، وهذا مسلك حسن.

4- التشريع العراقي: ذهب المشرّع العراقي وبوضوح إلى ما ذهب إليه المشرّعان الجزائري والمغربي بالأخذ بنفس الرأي الفقهي وهو مراعاة حالة الزوجين يسرا وعسرا، وهذا ما جاء في نص المادة 27 من قانون الأحوال الشخصية: "تُقدّر النفقة للزوجة على زوجها بحسب حالتيهما يسرا وعسرا". كما أشار المشرّع العراقي كذلك إلى قضية تغيير الأسعار وتأثيره في تقدير النفقة وهذا ما جاء في المادة 28 من نفس القانون حيث نصّت على: "تجوز زيادة النفقة ونقصها بتبدل حالة الزوجين المالية وأسعار البلد".

¹ - محمد إبراهيم الكوفي، مرجع سابق، ص 34 الهامش رقم 02.

5- التشريع الإماراتي: تنص الفقرة 2 من المادة 63 من ق.أ.ش على ما يلي: "يراعي في تقدير النفقة سعة المنفق وحال المنفق عليه والوضع الاقتصادي زمانا ومكانا، على ألا نقل عن حد الكفاية"، يفهم من هذه المادة أنّ المشرّع الإماراتي أخذ بعين الاعتبار حال الزوجين معاً مع مراعاة الوضع الاقتصادي.

6- التشريع الجزائري: أخذ المشرّع الجزائري بالرأي الراجح وذلك في المادة 79 من قانون الأسرة التي نصّت على ما يلي: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم". وبالتالي يرجع القاضي في تقديره إلى الحالات الثلاثة المذكورة سابقاً فيما إذا كان الزوجان موسران أو معسران أو ما إذا كان أحدهما معسراً والثاني موسراً.

المطلب الثالث

حكم التفريق لعدم الإنفاق

بعد أن تعرضنا لمفهوم النفقة ومجمل أحكامها، يظهر لنا جلياً معنى أن يتمتع الزوج عن أدائها أو أن يعجز عن ذلك، وما هي عناصر النفقة والتي إن عجز الزوج عن أدائها طالبتة الزوجة بالتفريق، ومتى يسمح لها ذلك؟ فالمرأة التي لم تحصل على نفقتها الواجبة على الزوج بسبب عسره أو امتناعه لها طلب الحكم بالنفقة. والفقهاء إجمالاً يرون أنه إن كان للزوج مال ظاهر عنده أو عند شخص آخر وأثبتت الزوجة ذلك، باع القاضي من ماله ما يكفي للنفقة جبراً عنه وسلّمه للزوجة لتنفق على نفسها. أمّا إذا لم يكن له مال ظاهر وكان موسراً أنذره القاضي وعزّره إن أصرّ على عدم الإنفاق¹.

هذا فيما يخصّ الحكم بالنفقة وتنفيذه وعقاب الممتنع عنها في حالة يساره. ولكن ماذا عن رد فعل الزوجة وعن استعمال حقّها في فك الرابطة الزوجية والتي تضررت منها جرّاء هذه الممارسة، وهل لهذه الزوجة أن تطلب التطلاق لعدم الإنفاق أم لا؟ للإجابة على هذه المسألة هناك رأيان بارزان أحدهما يمنع التفريق لعدم الإنفاق والآخر يجيزه ولكلّ أدلّته.

¹ - محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 438، 439.

الفرع الأول

الرأي القائل بعدم جواز التفريق لعدم الإنفاق

ترعم الرأي القائل بعدم جواز التفريق لعدم الإنفاق فقهاء الحنفية¹ وساندهم في ذلك الظاهرية. وهم يرون أنه ليس للمرأة أن تطلب التطلق من زوجها إذا ما أعسر بنفقتها²، وإنما من حقها الاستدانة عليه، وإن لم تجد خرجت للعمل. وأما إذا لم يثبت عجزه عن الإنفاق فللقاضي أن يحبسها بطلب من الزوجة لإجباره على الإنفاق³.
وذهب ابن حزم - من الظاهرية- إلى أبعد من ذلك، بحيث يرى أنه إذا عجز الزوج عن النفقة وكانت زوجته غنية كلفت هي بالنفقة عليه، ولا ترجع عليه بشيء من ذلك إذا أصبح موسراً⁴.

أولاً: حجج القائلين بعدم جواز التفريق للإعسار

أ- دليل ابن حزم فيما ذهب إليه: استدلال ابن حزم في أن الزوجة إذا كانت غنية كلفت بالإنفاق على زوجها في قول الله تعالى: "وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ"⁵، والزوجة وارثة لزوجها فعليها نفقته.

¹ ابن الهمام الحنفي، مرجع سابق، ص 329؛ شمس الدين السرخسي، مرجع سابق، ص 190.
² للتفصيل في هذا الرأي ارجع إلى كل من: عبد المؤمن بلباقي، مرجع سابق، ص 33 إلى 38؛ نصر سلمان، سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 114 إلى 117؛ محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 420 إلى 422؛ أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطلق وأثارهما، ص 171؛ عبد الحميد ميهوب، محمود محمد عوض، مرجع سابق، ص 224؛ ناهد العجوز، دعوى التطلق والخلع، ط 1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2001، ص 70.

³ عبد الحميد ميهوب، محمود محمد عوض، مرجع سابق، ص 223.

⁴ ابن حزم، مرجع سابق، ص 92.

⁵ الآية 233 من سورة البقرة.

ب- أدلة الحنفية: قال الحنفية بعدم جواز التفريق للإعسار واستدلوا بذلك بأدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية وأدلة من المعقول والمنطق¹.

1. القرآن الكريم: قال تعالى: "لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا"².

يفيد تفسير هذه الآية، حسب أصحاب هذا الرأي، أن من لم يقدر على النفقة لا يكلف بها. واستدلوا بهذا الحكم من أحد التفاسير الواردة في هذه الآية³. وبما أن الزوج المعسر لا يكلف بها فإنه لا يجوز التفريق بينه وبين زوجته لعجزه عنها، فمن غير المنطقي، حسبهم، معاقبة شخص على شيء لم يكلف به.

وكذلك قوله تعالى: "وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ"⁴. فالزوجة وفقا لهذه الآية مطالبة بإنظار زوجها المعسر إلى أن يصبح موسرا.

2. السنة النبوية: عن جابر بن عبد الله قال: "دخل أبو بكر يستأذن رسول الله ﷺ فوجد الناس جلوسا ببابه لم يؤذن لأحد منهم، قال: فأذن لأبي بكر، فدخل ثم أقبل عمر، فاستأذن فأذن له، فوجد النبي ﷺ جالسا حوله نساؤه، واجما، ساكتا، فقال أبو بكر: "أقولن شيئا أضحك النبي ﷺ فقال: يا رسول الله، لو رأيت بنت خارجة سألتني النفقة فقلت إليها فوجأت عنقها"، فضحك رسول الله ﷺ وقال: هنّ حولي كما ترى يسألني النفقة، فقام أبو بكر يجأ عنقها وقام عمر إلى حفصة يجأ عنقها كلاهما يقول: تسألن رسول الله ما ليس عنده، فقلن: والله لا نسأل رسول الله شيئا أبدا ليس عنده، ثمّ اعتزلهنّ شهرا"⁵.

إنّ وجه الاستدلال من هذا الحديث هو تعنيف أبي بكر وعمر لابنتيهما بحضور الرسول ﷺ لمطالبتهما بالنفقة التي لا يجدها، وهذا حسبهم دليل على عدم جواز التفريق لمجرد الإعسار خاصة وأنّ ما حدث كان أمام الرسول ﷺ دون أن يمنع ذلك. كما استدلّ

¹ - حسن خالد، عدنان نجا، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتب التجاري للطباعة والتوزيع والنشر، بيروت، د.ت.ن، ص 204، 205.

² - الآية 07 من سورة الطلاق.

³ - القرطبي، ج 18، مرجع سابق، ص 171.

⁴ - الآية 280 من سورة البقرة.

⁵ - صحيح مسلم، مرجع سابق، كتاب الطلاق، ص 718.

أصحاب هذا الرأي بأن النبي محمد ﷺ لم يثبت أنه فرق بين رجل وامرأة بسبب عدم الإنفاق رغم انتشار الفقر والحاجة بين الصحابة.

3. أدلة من المعقول: إن إزام الفسخ للإعسار بالنفقة هو إبطال لحق الزوج بالكلية، أما إزام الزوجة بالإنظار والاستدانة عليه هو تأخير لحقها لأنه دين عليه، وإذا خيرنا بين إبطال الحق وتأخيره فالأولى تأخيره¹.

ثانيا: نقد حجج الظاهرية والحنفية

أ- نقد حجة ابن حزم: يرى المتأمل للآية "وعلى المولود له رزقهنّ وكسوتهنّ بالمعروف" أنّ الضمير هنا يعود على الزوجات، أي أنّ الآية تخصّ الإنفاق على الوالدات دون أدنى شك²، ثمّ يكمل سياق الحديث بـ "وعلى الوارث مثل ذلك" أي وعلى وارث الأب مثلما على الأب من الإنفاق على الأم والقيام بحقوقها وعدم الإضرار بها³. بل وأذهب إلى أبعد من ذلك، فلو افترضنا - وهذا طبعا مُنافٍ لواقع الآية- أنّ الوارث يُقصد به وارث الصبي والزوجة وارثة فعلية النفقة بنص القرآن - كما قال ابن حزم- فإنّه إذا صلحت هذه الآية للاستدلال بها على وجوب النفقة للزوجة، فإنّه لا يمكن الاستدلال بها هنا لأنّ المعنى هنا ليست الزوجة وإنما المطلقة المرضع. فهل تلزم المطلقة بالنفقة على طليقها إذا أعسر بالنفقة؟

حسب تقديرنا فإنّه لا وجه للاستدلال بهذه الآية على الإطلاق لإثبات ما ذهب إليه الظاهرية، فالآية تفيد عكس ما ذهبوا إليه.

ب- نقد حجج الحنفية

1. إنّ الآية الأولى التي استدلّ بها الحنفية تفيد سقوط الوجوب على الزوج لعدم قدرته، ولكن هذا لا يعني بالمقابل سقوط حق المرأة في دفع الضرر عنها، ولا توجد أيّ إشارة إلى ذلك في الآية. والمنطق العقلي والشرعي يقول أنّ عدم إرهاق الزوج بالنفقة عند إعساره بإسقاط الوجوب عليه لا يقابله أبدا إرهاق الزوجة وإجبارها على العيش دون إنفاق.

¹ - ابن الهمّام الحنفي، مرجع سابق، ص330.

² - نصر سلمان، سعاد سطحي، مرجع سابق، ص117.

³ - محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، مرجع سابق، ص 150؛ القرطبي، ج 18، مرجع سابق، ص 171.

2. الآية الثانية التي تأمر بالإنظار إلى ميسرة واردة في الدين، أي إذا كان المستدين مُعسرا فعلى الدائن إمهاله إلى وقت اليُسْر¹. وإن جاز قياس النفقة على الدين، فربما تُحمل على النفقة الماضية، أي التي أصبحت ديناً، أمّا النفقة الحاضرة فحكمها يختلف.

3. أمّا الاستدلال بمطالبة أزواج النبي النفقة، فليس فيها أيّة إشارة لطلب الفسخ أو الطلاق، وإنما هو المطالبة بالمزيد في النفقة. وما جاء في الحديث السابق يدلّ على سقوط الوجوب على الرسول ﷺ، وليس فيه إشارة إطلاقاً إلى أنّ أزواجه طلبن الفسخ لعدم كفاية الإنفاق ولم يُجبهنّ إلى ذلك. بل على العكس هو الذي خيّرهنّ في البقاء معه على تلك الحال أو تسريحهنّ بإحسان. ولعلّ تيمّة ما رواه جابر يؤكد ذلك وهو ما يلي: "ثمّ اعتزلهنّ شهراً ثمّ نزلت عليه هذه الآية: "يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِّأَزْوَاجِكِ إِن كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسْرِحْكِنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا وَإِن كُنْتُنَّ تُرِدْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالدَّارَ الْآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا"². قال فبدأ بعائشة، فقال: يا عائشة إنّي أريد أن أعرض عليك أمراً أحبُّ ألاّ تعجلي فيه حتى تستشيرني أبويك، قالت: ما هو يا رسول الله، فتلا عليها الآية، قالت: أفيك يا رسول الله أستشير أبوي؟ بل أختار الله ورسوله والدار الآخرة، وأسألك أن لا تُخبر امرأة من نسائك بالذي قلت. قال: لا تسألني امرأة منهنّ إلاّ أخبرتها، إنّ الله لم يبعثني معتناً متعتناً وإنما بعثني معلماً ميسراً"³.

إنّ المتأمل في الحديث السابق يصل إلى عكس ما استدللّ به فقهاء الحنفية، وهو جواز الفسخ للإعسار. فالرسول ﷺ خير زوجاته بأمر من الله وذلك بالصبر معه أو تسريحهنّ سراحاً جميلاً، ولو كان ما استدللّوا به صحيحاً لأمرهنّ بالصبر فقط. والمتأمل أكثر في العبارة الأخيرة من الحديث يفهم المقصد الفعلي للشريعة الإسلامية والهدف من بعث الرسول ﷺ وهو التيسير على الناس ورفع الحرج والضرر عنهم وليس التشديد عليهم، ولعلّ إمساك الزوجة مع عدم الإنفاق عليها هو الضرر بعينه.

حسب تقديرنا، فإنّ موقف أبي بكر وعمر - رضي الله عنهما - من ابنتيهما لم يكن حكماً شرعياً بعدم جواز التفريق للإعسار، لأنّه لا علاقة له بالأمر، وإنما كان يُعبّر عن حبّهما الشديد لرسول الله وغيرتهما عليه وغضبهما من ابنتيهما لأنّهنّ احتجنّ عليه

¹ - محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، مرجع سابق، ص 175.

² - الآية 28 و 29 من سورة الاحزاب.

³ - صحيح مسلم، كتاب الطلاق، مرجع سابق، ص 718.

وطالبه بما لا يستطيع. ولو فعلن ذلك مع غيره لما كان موقفهما كذلك، بل ربّما كان قد أيّدهما أو على الأقل لم يعنّفنهما.

من جهة أخرى، فإنّ لهذه الحادثة من الإيجابيات ما يُعزّز كرامة المرأة ومكانتها العالية في المجتمع الإسلامي. إذ لو أحسّ هؤلاء النسوة من الرسول ﷺ الغلظة والتشدّد لما تجرّأن على ذلك، وإنّما هذا التجرؤ دليل على أنّهنّ تعاملن معه بكل حرية في إبداء الرأي.

تجدر الإشارة في الأخير إلى أنّ تفضيل زوجات النبي ﷺ البقاء معه ليس دليلا البتّة على عدم جواز مطالبتهنّ بالإنفاق أو التفريق للإعسار، وإنّما دليل على صبرهنّ وتفضيل البقاء معه لنيل رضوان الله تعالى كما جاء في الآية السابقة، فالزوج هنا ليس أيّ رجل وإنّما هو رسول البشرية ﷺ.

4. إنّ الاستدلال بأنّه لم يثبت عن الرسول ﷺ أنّه فرّق بين زوجين للإعسار في النفقة، يُردّ عليه أنّه لم يثبت قبل ذلك أن طالبت امرأة التفريق بينها وبين زوجها للإعسار. ولو ثبت ذلك ولم يُفرّق بينهما الرسول ﷺ لصحّ الاستدلال. ومن جهة أخرى فإنّ عدم المطالبة بذلك على عهد النبي يعود حسب الإمام مالك إلى طبيعة نساء الصحابة، لأنّهنّ كنّ يُردن الآخرة وما عند الله تعالى، لهذا لم يكنّ يُبالين بعسر أزواجهنّ، أمّا نساء اليوم -حسب تعبير الإمام مالك- فإنّما يتزوجن رجاء الدنيا من الأزواج من نفقة وكسوة¹.

الفرع الثاني

الرأي القائل بجواز التفريق لعدم الإنفاق

قال بجواز التفريق لعدم الإنفاق جمهور الفقهاء، فقد ذهب إلى هذا الرأي المالكية² والشافعية¹ والحنابلة² وأكثر الفقهاء مع اختلافهم في بعض التفصيلات، وهو مذهب عمر وعلي- رضي الله عنهما- وأبي هريرة³.

¹ - ابن حجر العسقلاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، الجزء 3، مرجع سابق، ص 612؛ ابن قيم الجوزية، الجزء 5، مرجع سابق، ص 415.

² - الخرشي، الجزء 3، مرجع سابق، ص 360؛ مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، الجزء 2، ص 184.

وهم يرون إجمالاً أنّ الإمساك بالمعروف هو إمساك الزوج زوجته مع تأديته لكلّ حقوقها دون تضيق أو تشديد عليها. أمّا إذا كان إمساكه لها فيه تضيق عليها وإضرار بها فإنّ هذا يخرجها عن دائرة المعروف، فيطلّقها عليه الحاكم من أجل الضرر اللاحق بها. والضرر في هذه الحالة إمساكها من طرف الزوج دون إنفاق وبدون رضاها⁴.
أولاً: أدلة الجمهور.

استدلّ أنصار هذا الرأي فيما ذهبوا إليه بما يلي:

أ- القرآن الكريم: استدلّ جمهور الفقهاء فيما ذهبوا إليه بقوله تعالى في الآيات التالية:

- "فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَخُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تَمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِنَعْتَدُوا"⁵.

- "فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ"⁶.

ب- السنة النبوية: استدلّ جمهور الفقهاء بمجموعة من الأحاديث النبوية أهمها ما يلي:

- روى أبو هريرة -رضي الله عنه- عن النبي ﷺ أنه قال: "أفضل الصدقة ما ترك غني، اليد العليا خير من اليد السفلى، وابدأ بمن تعول، تقول المرأة إمّا أن تطعمني وإمّا أن تطلقني، ويقول العبد: أطعمني واستعملني، ويقول الابن أطعمني إلى من تدعني"⁷.
 يفهم من هذا الحديث أنّ الزوج إمّا أن ينفق أو يطلق، وإلا يطلق عليه القاضي.

¹ - محمد بن إدريس الشافعي، مرجع سابق، ص 91؛ الشربيني، مرجع سابق، ص 578.

² - موفق الدين بن قدامة، ج 9، مرجع سابق، ص 243.

³ - ابن حجر العسقلاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، مرجع سابق، ص 609.

⁴ - للتفصيل في رأي جمهور الفقهاء والانتقادات الموجهة إليهم ارجع إلى كل من: - محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 560 و 561؛ ناهد العجوز، مرجع سابق، ص 68، 69؛ عبد المؤمن بلباقي، مرجع سابق، ص من 29 إلى 33 ومن 38 إلى 40؛ نصر سلمان وسعاد سطحي أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 111 إلى 114؛ أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، مرجع سابق، ص 169، 170؛ محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 420 إلى 422؛ محمد الشحات الجندي، نظرات في نظام الأسرة الإسلامية، مطبعة نور الإيمان، القاهرة، 2002، ص 330، 331؛ أحمد المصطفى، في الأحوال الشخصية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2004، ص 160؛ عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، الأردن، 1997، ص 288.

⁵ - الآية 231 من سورة البقرة.

⁶ - الآية 229 من سورة البقرة.

⁷ - أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، مرجع سابق، ص 500.

- عن أبي هريرة أيضا أن النبي ﷺ قال في الرجل الذي لا يجد ما ينفق على زوجته: "يُفَرِّقُ بينهما"¹، والنص في هذا الحديث صريح بجواز التفريق لعدم الإنفاق.

- عن أبي سعيد الخدري-رضي الله عنه- أن الرسول ﷺ قال: "لا ضرر ولا ضرار"²، فمن الضرر والضرار إمساك المرأة دون الإنفاق عليها.

ج- آثار الصحابة: روى الشافعي عن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- أنه كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نساءهم يأمرهم أن يُخَيِّرُوهم، إمّا أن ينفقوا أو يطلقوا فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا³.

- وعن الشافعي أن سعيدا بن المسيّب سئل عن الرجل لا يجد ما ينفقه على أهله، قال: يُفَرِّقُ بينهما، قيل له: سنة؟ قال: نعم⁴. ورجح الشافعي أن يكون قول سعيد بن المسيّب سنة، سنة الرسول ﷺ.

د- أدلة من المعقول: استدلل جمهور الفقهاء بالمنطق والمعقول بالقياس على التفريق للغيب، فإذا كان التفريق لغيب الجبّ والعنة، فمن باب أولى إجازة التفريق لعدم الإنفاق، لأنّ البدن لا يقوم دون إنفاق عكس الوطء.

كما استدلل جمهور الفقهاء بأنّ النفقة تجب مقابل الاستمتاع ودليل ذلك سقوطها في حالة النشوز. وبالتالي إذا لم ينفق الزوج يسقط حق الزوج في الاستمتاع وبالتالي وجب حق الخيار⁵.

ثانيا: نقد حجج الجمهور.

قدّم فقهاء الحنفية جملة انتقادات لأدلة الجمهور، نسرد أهمها ونردّ عليها إن أمكن.
أ- إن احتجاج جمهور الفقهاء بقوله تعالى: "وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا" وأنّ هذه الآية تنهى عن الإضرار بالزوجة وأشدّ الإضرار حرمانها من النفقة، مردود عليه. فالآية واردة في موطن آخر وهو أنّ الرجل كان يراجع مطلقته قبل نهاية العدة بقصد إطالتها عليها. وهذا هو الإمساك ضرارا المقصود بالآية.

¹- رواه البيهقي، الجزء 7، مرجع سابق، حديث رقم 10708، ص 774.

²- سبق تخريجه في الصفحة 17 من البحث.

³- محمد بن إدريس الشافعي، مرجع سابق، ص 91.

⁴- رواه البيهقي، الجزء 7، مرجع سابق، حديث رقم 10707، ص 773.

⁵- ابن حجر العسقلاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، مرجع سابق، ص 609 و 610.

- أجاب جمهور الفقهاء على هذا الاعتراض بأنّ المقرر في أصول الفقه أنّ العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

ب- فهم الحنفية من استدلال الجمهور بالأيتين السابقتين بأنّ التفريق للإعسار بالنفقة واجب، ولو كان كذلك لما جاز الإبقاء على العلاقة الزوجية ولو برضا الزوجة.

- أجاب جمهور الفقهاء على هذا الانتقاد بأنهم لم يوجبوا التفريق للإعسار وإنما جعلوا الأمر بيد الزوجة، فإن طالبت به نالته وإن رضيت بوضعها فلها ذلك.

ج- أمّا ما ورد في حديث أبي هريرة في قول المرأة لزوجها إمّا أن تطعنني أو تطلقني، فهي زيادة من كلام أبي هريرة ولم يقله النبي. وما يُستدلُّ به في ذلك ما جاء في تَمَّة هذا الحديث: "... فقالوا يا أبا هريرة سمعت هذا من رسول الله؟ قال: لا، هذا من كيس أبي هريرة". أي من فطنته أو استنباطه.

د- أمّا عن الحديث الثاني لأبي هريرة في التفريق بين الزوجة والزوج الذي لا يجد ما ينفق عليها حديث ضعيف¹.

ه- أمّا عن فعل عمر وخطابه لأمرء الجند فقد كان باعته خوفه على نسائهم من الفتنة لطول غياب أزواجهن. لكن هذا التأويل يبدو بعيدا نوعا ما، لأنّ كلام عمر كان صريحا فيما ذهب إليه.

و- فيما يخص إجابة سعيد بن المسيّب بأنّ ما قاله "سنة" فلا دليل يؤكد أنّه قصد سنة النبي ﷺ.

يُردُّ على هذا أنّ السائل عمّا إذا كان ما رواه سعيد بن المسيّب سنة يبحث عن الحجة، وهو بذلك يكون قد قصد سنة النبي ﷺ، وهي الحجة والدليل وليست سنة غيره.

ي- أمّا القول أنّ النفقة هي في مقابل الاستمتاع، فهذا غير مسلمّ به، فالمرأة قد تمرض ويطول مرضها ويتعدّر معاشرتها، ويبقى واجب النفقة قائما، فكذلك الإعسار لا يعطي للزوجة حق الخيار.

يمكن الردّ على هذا الانتقاد بأنّ مرض الزوجة الذي لا يسمح بالاستمتاع لا يسقط النفقة، لأن المرض ليس سببا إراديا لمنع الزوج من الاستمتاع كما في حالة النشوز.

¹ - الشوكاني في نيل الأوطار، مرجع سابق، 654.

ثالثاً: الترجيح

بعد عرض الرأيين الغالبين في مسألة التفريق لعدم الإنفاق يظهر لي أنّ القول بالتفريق لعدم الإنفاق أرجح وأقرب إلى الصواب لقوة أدلته، وهذا مقارنة مع الرأي القائل بعدم التفريق لعدم الإنفاق إطلاقاً. وما يؤكد أكثر واقعية هذا الرأي مقارنة بما ذهب إليه الحنفية، هو أنّ حتى المتأخرين منهم - من الحنفية - استحسنا القول بالتفريق إذا طالبت الزوجة بذلك لرفع الضرر عنها، لأنها قد لا تجد ما تنفقه على نفسها أو من يقرضها أو حتى عملاً تسترزق منه¹.

أمّا إذا قارنا الرأي الأول مع ما جاء به "ابن القيم" يظهر لنا رجحان هذا الأخير وأقربه إلى تحقيق مقاصد الشريعة وأحرصه على مكارم الأخلاق.

ذهب ابن القيم إلى ما تقتضيه أصول الشريعة وقواعدها في هذه المسألة، إذ أنّ الرجل إذا غرّ المرأة وأوهمها أنه ذو مال، وتزوجته على ذلك، وظهر بعد ذلك عكس ما ادعى، أو كان موسراً ولم ينفق عليها، ولم تقدر على تحصيل كفايتها منه، لا بنفسها ولا عن طريق القضاء، كان لها الفسخ. أمّا إذا تزوجت وهي عالمة بإعساره، أو أنه كان موسراً ثم أصبح معسراً فلا يحقّ لها الفسخ².

إنّ المتفحص لآراء الفقهاء المجيزين للتفريق يلاحظ أنها تصبّ في اتجاه واحد، وهو أنّ الإمساك إضراراً منهيّ عنه، لأنّه ظلم يلحق الضرر بالزوجة، وهذا يتحقق في صورة الامتناع عن الإنفاق مع القدرة عليه. إنّ الامتناع يثبت تبييت نية الإضرار بالزوجة، إمّا لحمل الزوجة على افتداء نفسها بالمال أو انتقاماً منها. في هذه الحالة وإذا طالبت الزوجة بالتفريق يُفرّق بينهما لرفع الظلم عنها ومعاقبة الزوج على إضراره.

أمّا إذا بحثنا عن عنصر الظلم ونية الإضرار بالزوجة فإننا لا نجد في حالة إعسار الزوج بعد يساره ولأسباب لا إرادية. لهذا كان سبب ما ذهب إليه ابن القيم رأياً موضوعياً وسطاً. إلا أنّنا نرى، ورغم وجهة رأي ابن القيم، أنه وفي حالة إعسار الزوج يمكن للقاضي أن يحكم بالتفريق إذا طالبت الزوجة بذلك وأصرّت عليه، خاصة إذا مرّ زمنًا طويلاً على ذلك الإعسار، لأنّ هذا الإعسار من شأنه إلحاق الضرر بالزوجة والأولاد وهي ترى أنّ التفريق قد يُخرجها من هذه الضائقة. والاستجابة لطلب التفريق في هذه الحالة أمر موضوعي لأننا لا نستطيع أن نجبر الزوجة على الصبر والاحتساب

¹ - عبد المؤمن بلباقي، مرجع سابق، ص 34

² - ابن قيم الجوزية، الجزء 3، مرجع سابق، ص 412.

لله إذا كانت لا تقدر على ذلك أو لا تريده، فقد يفتنها هذا الأمر ونصل إلى عكس النتيجة المرجوة.

الفرع الثالث

حكم التفريق لعدم الإنفاق في تشريعات الأحوال الشخصية العربية

تبني مشرعو الدول العربية الرأي القائل بالتفريق لعدم الإنفاق، وهذا ما جاء في نصوص مواد قوانين الأحوال الشخصية الخاصة بالتطبيق.

أولاً- التشريع المصري: كان العمل في مصر بالرأي الراجح من الفقه الحنفي إلى أن صدر قانون 25 لسنة 1920 ليخالف ما سبق العمل به ويقضي بجواز التفريق لعدم الإنفاق¹، وذلك في المواد: 4، 5، 6. حيث أجاز المشرع المصري التطبيق إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته و لم يكن له مال ظاهر لتنفيذ الحكم عليه بالنفقة، وهذا ما جاء في نص المادة 04: "إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته فإن كان له مال ظاهر نُفِّذَ عليه الحكم بالنفقة في ماله، فإن لم يكن له مال ظاهر ولم يقل أنه معسر أو موسر ولكن أصرَّ على عدم الإنفاق طَلَّقَ عليه القاضي في الحال، وإن ادَّعى العجز فإن لم يثبت طَلَّقَ عليه حالاً، وإن أثبتة أمهله مدَّة لا تزيد على شهر، فإن لم ينفق طَلَّقَ عليه بعد ذلك".

ثانياً- التشريع السوري: أخذ المشرع السوري بالتفريق لعدم الإنفاق، سواء كان ممتنعاً أو معسراً ولم يستطع إثبات ذلك، وذلك بنص المادة 110 الفقرة 01 من قانون الأحوال الشخصية السوري والتي نصت على ما يلي: "يجوز للزوجة طلب التفريق إذا امتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته ولم يكن له مال ظاهر ولم يثبت عجزه عن النفقة"².

¹ - محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 563؛ عبد العزيز رمضان سمك، مرجع سابق، ص 394.

² - قد تختلط لدى القارئ بعض الأمور عند قراءة هذه المادة وغيرها في التشريعات الأخرى لهذا أودّ توضيح ما يلي: إنّ عبارة يجوز للزوجة طلب التفريق إذا لم يثبت الزوج إعساره، لا تعني أنه إذا أثبت إعساره لا يحكم لها بالتفريق، بل تعني أنه إذا أثبت إعساره فإنّ القاضي لا يحكم مباشرة بالتطبيق وإنّما يمهل مدّة كافية، فإذا لم ينفق طَلَّقَ عليه، أمّا إذا لم يثبت إعساره فالقاضي يطلق دون إمهال.

ثالثاً- التشريع المغربي: بدوره اخذ المشرّع المغربي بالتفريق لعدم الإنفاق سواء كان الزوج متعمداً أو معسراً بضرب أجل له، وهذا بنصه في المادة 102 من المدونة الجديدة للأسرة ما يلي: "للزوجة طلب التطلق بسبب إخلال الزوج بالنفقة الحالة الواجبة عليه..."

رابعاً- التشريع العراقي: أخذ المشرّع العراقي بالتفريق لعدم الإنفاق إعساراً أو إنكاراً، أي سواء كان معسراً أو متعمداً، وذلك إذا تعذرّ تحصيل النفقة منه. وهذا ما جاء في نص المادة 43 من قانون الأحوال الشخصية كما يلي: "للزوجة طلب التفريق عند توفر أحد الأسباب التالية:....."

7- إذا امتنع الزوج عن الإنفاق عليها دون عذر مشروع بعد إمهاله مدة أقصاها ستون يوماً.

8- إذا تعذرّ تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيّبه أو فقده أو اختفائه، أو الحكم عليه مدة تزيد على سنة.

9- إذا امتنع الزوج عن تسديد النفقة المتراكمة المحكوم بها بعد إمهاله مدة ستون يوماً من قبل دائرة التنفيذ"¹.

خامساً- التشريع الإماراتي: أخذ المشرّع الإماراتي بالتطلق لعدم الإنفاق وهذا ما جاء في الفقرة 1 من المادة 124 من ق.أ.ش: "إذا امتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته، ولم يكن له مال ظاهر يمكن التنفيذ فيه بالنفقة الواجبة في مدة قريبة جاز لزوجته طلب التفريق".

سادساً- التشريع الجزائري: نصّت المادة 53 من قانون الأسرة في فقرتها الأولى على أنّ من بين الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطلق: "عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج..."

هذا بإيجاز نصوص المواد القانونية الموجبة للتفريق في حالة إخلال الزوج بواجب النفقة، والتي تؤكد أنّ مشرعي الدول العربية أخذوا برأي جمهور الفقهاء.

¹ - أحمد الكبيسي، مرجع سابق، ص 167.

المبحث الثاني أحكام التفريق لعدم الإنفاق

سنتعرض في هذا المبحث لأحكام التفريق لعدم الإنفاق والمتمثلة أساساً في شروط هذا الحكم بالتفريق وهي ضرورة ثبوت الإعسار ومقدار النفقة الموجبة للتفريق وشروط علم الزوجة بإعسار الزوج أثناء العقد، وهذا بالنسبة للمعسر. ثم نتعرض لعدم إنفاق الزوج مع قدرته عليه، أو بسبب غيابه. ثم لنوع الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق. ثم نتعرض لموقف تشريعات الأحوال الشخصية من هذه الأحكام والشروط.

المطلب الأول

ثبوت الإعسار وعلم الزوجة به ومقدار النفقة الموجبة للتفريق

قبل الحكم بالتفريق ينبغي على القاضي أن يتأكد من ما إذا كان عدم إنفاق الزوج يرجع إلى إعساره أو لا، وهذا ما قال به الفقهاء. كما ينبغي معرفة مقدار النفقة التي يمكن طلب التفريق لعدم تأديتها.

الفرع الأول

كيفية إثبات الإعسار

لكي يحكم القاضي بالتفريق ينبغي ابتداءً حسب رأي فقهاء المالكية¹، تحقق شرطين أساسيين وهما:

1. إثبات علاقة الزوجية من طرف الزوجة.
 2. ادعاء الإعسار من طرف الزوج أمام القاضي بعد الاستماع إليه. بعد هذا الادعاء نكون أمام حالتين: إما أن تصدّقه الزوجة أو تنكر ذلك.
- الحالة الأولى: إذا صدقت الزوجة ادعاء زوجها بالإعسار حكم بإعساره وأمهل مدّة معقولة تمكنه من محاولة تحصيل رزقه مع مراعاة حال الزوجة ومدى صبرها على هذا

¹ - محمد الأمير الكبير، مرجع سابق، ص 247؛ مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، الجزء 2، مرجع سابق، ص 181.

الوضع. وإن انتهت المهلة دون تحقيق الهدف، أي توفير النفقة، أمره القاضي بالطلاق والإطلاق عليه.

- الحالة الثانية: إذا ادعى الزوج الإعسار ولم تُصدِّقه الزوجة وادّعت يسره، يطلب منه البيّنة واليمين. إذا قدّم البيّنة على إعساره أمره القاضي بالإفراق أو الطلاق دون إمهاله. فإن لم ينفق ولم يطلق طلق عليه القاضي.

هذا ما ذهب إليه المالكية في حالة حضور الزوج. أمّا إذا كان غائباً فإننا لا نستطيع أن نعرف ما إذا كان الزوج معسراً أو ممتنعاً عن الإفراق مع قدرته عليه، أم أنه لا يستطيع أن يوصل هذه النفقة. لهذا لكي يحكم القاضي بالتفريق في حالة الغياب لا بدّ من توفر الشروط الآتية:

1. إثبات الزوجية.
2. إثبات غيبته وعدم تركه ما تنفقه بالشهادة.
3. إنظار القاضي للزوج المدة المناسبة التي قد تمكّن الزوج من العودة فيها، أو تمكّنه من بعث ما تحتاجه الزوجة من نفقة.
4. أداء اليمين من طرف الزوجة لتأكيد شهادة الشهود ولكن بعد انتهاء مدة الإنظار¹.
أمّا الشافعية فقد اكتفوا لإثبات الإعسار بما يلي:

1. البيّنة
 2. أو إقرار الزوج به.
 3. أو يحكم القاضي بعلمه عند من يقول بذلك².
- يظهر أنّ الشافعية والمالكية اتفقوا على شرطي البيّنة وإقرار الزوج، وأضاف الشافعية علم القاضي كوسيلة للإثبات في حالة انتفاء البيّنة أو الإقرار. كما أضاف المالكية قبل سماع دعوى الزوجة إثباتها للزوجية، وإثباتها غيابه إذا ادعت ذلك بالشهادة واليمين³. هذه الشروط المذكورة هي لإثبات الإعسار ولا تؤدي حتماً إلى حكم القاضي بالتفريق، فقد لا تكون الزوجة مستحقة للنفقة على زوجها كما لو كانت ناشزاً.

¹ - الحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق الشيخ زكريا عميرات، الجزء 5،

دار الكتب العلمية، 1995، ص 497.

² - الشربيني، مرجع سابق، ص 582.

³ - عبد المؤمن بلباقي، مرجع سابق، ص 47، 48.

الفرع الثاني

علم الزوجة بالإعسار أثناء عقد الزواج

سبق وأن تطرقنا لرأي ابن القيم فيما يخصّ علم الزوجة بإعسار زوجها أثناء عقد الزواج، والذي يرى أنّها تفقد حق طلب التفريق به. أمّا عن باقي الفقهاء، أي المالكية والشافعية والحنابلة فقد اختلفوا في الأمر.

ذهب المالكية¹ إلى نفس ما ذهب إليه ابن القيم من أنّ المرأة إذا علمت وقت العقد بإعسار الزوج وسكتت عن ذلك أو رضيت به تفقد حقّها في طلب الفرقة لهذا العذر. أمّا الشافعية² والحنابلة³ فقد خالفوا رأي المالكية وابن القيم، فهم يرون أنّ حق الخيار ثابت مطلقاً، سواء علمت بإعساره حال العقد وسكتت، أو رضيت المقام معه بعد ذلك زمناً ثمّ ظهر لها أنّ تطلب الفسخ. فحق طلب التفريق للإعسار لا يسقط، بل يتجدد بتجدد واجب النفقة كل يوم.

وقد روى "ابن قدامة" رواية أخرى في مذهب الحنابلة تبطل حق الخيار للزوجة، لأنّها إذا رضيت بعسره ودخلت في العقد عالمة به كما لو تزوجت عنيماً عالمة بعنّته، ففي الحالتين لا تملك الفسخ⁴.

الفرع الثالث

مقدار النفقة الموجبة للتفريق بالإعسار

تعرضنا من قبل لعناصر النفقة ومكوناتها وقد لاحظنا أنّ الشرع الإسلامي قد أوجب نفقة واسعة للزوجة على الزوج. ولكن وحتى نتقيّد بكلام الله تعالى: "وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة"⁵، "وقوله لا يكلف الله نفساً إلاّ وسعها"⁶، فإنّ عدم تحقق هذه النفقة بكلّ

¹ - الدسوقي والدردير، الجزء 2، ص 497.

² - الشربيني، مرجع سابق، 583.

³ - موفق الدين بن قدامة، ج9، مرجع سابق، ص 248.

⁴ - موفق الدين بن قدامة، ج9، المرجع نفسه، ص 248.

⁵ - الآية 280 من سورة البقرة.

⁶ - الآية 286 من سورة البقرة.

أنواعها بسبب إعسار الزوج لا يؤدي بالضرورة إلى التفريق، وإنما هناك حدّ أدنى ينبغي أن يتوفر وبدونه يحكم بالتفريق إذا طلبت المرأة ذلك. وهذا هو المقصود بهذا العنوان، أي ما هي النفقة الضرورية الأدنى والتي إن توفرت لم يحكم القاضي بالتفريق للإعسار. وينبغي التأكيد على الإعسار لأنّ الحكم يختلف لو أنّ الزوج لم ينفق إلاّ الحدّ الضروري من النفقة وهو يقدر على الإنفاق المقرّر شرعا.

اتفق فقهاء المالكية¹ والشافعية² والحنابلة³ على أنّ الإعسار الموجب للتفريق هو العجز عن النفقة الضرورية في أدنى حالاتها. والنفقة في أدنى حالاتها تتمثل - حسبهم - في إحضار الخبز من أيّ نوع من الدقيق والكسوة التي تستر العورة وتقي من برد الشتاء وحرّ الصيف، حتى ولو كانت المرأة غنيّة.

إننا نرى أنّه بالنظر إلى هذا الحد الأدنى من النفقة والذي إن توفر لا يستوجب التفريق - والذي قال به الفقهاء الثلاثة الذين أخذوا بالرأي القائل بالتفريق للإعسار وخالفوا بذلك رأي الحنفية - وبتحديدهم هذا، قد اقتربوا من رأي ابن القيم الذي لم يجز التفريق لعدم الإنفاق إلاّ إذا غرّر الزوج بزوجته بإيهامها أنّه موسر، أو إذا امتنع عن الإنفاق مع قدرته عليه. أمّا إذا كانت عالمة بإعساره وقت العقد أو كان موسرا فأعسر فلا تفريق بذلك لاعتبارات دينية وأخلاقية سبق ذكرها.

نصل في النهاية إلى نتيجة وهي أنّ الفقهاء الذين أجازوا التفريق للإعسار أجازوه في صورته الضيقة جدا، بحيث لا يفرق بين الزوجين إلاّ إذا عجز الزوج عن توفير الحد الأدنى الضروري للحياة. وهنا يكمن الاقتراب من منطق ابن القيم، وأظنّ أنّ رأيهم فيه الكثير من الصواب بل هو الأصوب.

¹ - الدردير، الشرح الصغير، ج"، ص 615، 616 أو المنتقى، ج 4، ص 131.

² - عبد الله بن الشيخ حسن الكوهجي، زاد المحتاج بشرح المنهاج، حقّه عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، ج3، طبع على نفقة الشؤون الدينية بدولة قطر، ص 589، 590.

³ - موفق الدين بن قدامه، ج9، مرجع سابق، ص 245.

المطلب الثاني

عدم إنفاق الزوج على زوجته مع القدرة عليه أو بسبب الغياب

بعد التعرّض لعدم إنفاق الزوج على زوجته بسبب عسره بقي التعرّض لحالة امتناعه عن الإنفاق مع القدرة عليه وهو حاضر وعدم إنفاقه بسبب الغياب.

الفرع الأول

امتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته مع القدرة عليه

سبق الذكر أنّ الزوج إذا امتنع عن الإنفاق على زوجته مع قدرته عليه، وكان له مال ظاهر فإنّه لا يُفرّق بينهما لأنّ للقاضي أن ينفذ على ماله للإنفاق على الزوجة، وذلك باتفاق الفقهاء، لأنّ العبرة في التفريق دفع الضرر عن الزوجة، وهذا يتحقق بالتنفيذ مباشرة على مال الزوج إن كان ظاهراً. فإذا طالبت الزوجة بالتفريق لعدم الإنفاق وكان للزوج مال ظاهر، فالقاضي لا يجيب طلبها بالتطليق لأنها طلبته لعلّة عدم توفر النفقة، والقاضي وجد لها مالا تنفق منه¹. أمّا إذا امتنع عن الإنفاق مدّعياً الإعسار دون إثباته ولم يكن له مال ظاهر، ففي الأمر بعض الاختلاف بين الفقهاء الثلاثة:

- للمالكية رأيان، رأي يرى التطليق على هذا الزوج في الحين، ورأي يرى محاولة إجبار الزوج على الإنفاق بسجنه، وإن أصرّ على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحين². وتخضع مدّة السجن لاجتهاد القاضي وكذلك مدّة الإنظار.

- أخذ الحنابلة كذلك بالرأي الثاني للمالكية، حيث يرون أنّه إذا تعذّر الإنفاق من مال الزوج بأن غيبه وصبر على السجن، فللزوجة حق التفريق. فالحنابلة لم يثبتوا التفريق في الحين، وإنما بعد سجن الزوج لحمله على الإنفاق. فإن أصرّ على موقفه رغم سجنه فإنّ القاضي يطلق عليه³.

¹ - الحطاب الرعيني، الجزء 5، مرجع سابق، ص 496؛ موفق الدين بن قدامه، ج 9، مرجع سابق، ص 245.

² - أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، مرجع سابق، ص 175.

³ - أبو البركات مجد الدين، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج 2، ط2، مكتبة المعارف، الرياض، 1984، ص 116.

- أمّا الشافعية فقد خالفوا المالكية والحنابلة، لأنهم قاسوا التفريق للإعسار - أساسا - على التفريق للعيب، وطالما لم يثبت العيب فلا تفريق، وإذا لم يثبت الإعسار فلا تفريق كذلك. وبالتالي فالزوجة لا تُطلق لعدم الإنفاق مع عدم ثبوت إعسار الزوج، لإمكان تحصيل النفقة منه ولو بالإكراه¹.

يُنتقد رأي الشافعية بأنّ الضرر الواقع على الزوجة هو نفسه، سواء بسبب إعسار الزوج أو بسبب امتناعه، لأنّ العلة واحدة². ولكننا نرى أكثر من ذلك، لأنّ عدم الإنفاق مع القدرة عليه فيه إضرار أكثر بالزوجة، لأنّ الزوج بذلك يؤكد تبييت نية الإضرار بالزوجة وقصده ذلك. وهو بذلك ينتقم من الزوجة، بل وقد تعيش الزوجة بذلك في جحيم لا يطاق. إذ لا يُتصور أن يمتنع الزوج عن الإنفاق عليها قصدا، ويعاملها معاملة حسنة في النواحي الأخرى. أمّا الإعسار فغالبا يحدث دون قصد أو تقصير وقد يكون الزوج مغلوبا على أمره. فالأولى - حسب نظرنا - أن يجيز الشافعية التفريق للامتناع عن الإنفاق، على أن يجيزوه للإعسار.

بهذا الانتقاد نكون قد استبعدنا رأي الشافعية ورجحنا رأي المالكية والحنابلة. وإذا وازنا بين الرأي الأول للمالكية وبين الرأي الثاني لهم ورأي الحنابلة رجحنا الرأي الثاني الذي لا يعجل بالتفريق بمجرد الامتناع عن الإنفاق، وإنما يتبع إجراء السجن والتهديد قبل التفريق عسى ذلك يدفع بالزوج إلى التراجع، وبتفادي بذلك التفريق بين الزوجين.

الفرع الثاني

عدم إنفاق الزوج الغائب على زوجته

آثرنا صيغة هذا العنوان على صيغة "عدم إنفاق الزوج على زوجته بسبب الغياب" لأنّ هذه الأخيرة توحى بأنّ المانع من الإنفاق هو الغياب، وقد يكون الحال غير ذلك. فقد يكون الغياب وسيلة فقط للامتناع عن الإنفاق، كما قد يكون للغياب سبب قهري لا يد للزوج فيه، وقد يكون الغائب معسرا دون إثبات، لأنّه لو أثبت الإعسار في هذه الحالة لطبق على الزوج حكم التفريق للإعسار.

¹ - الشربيني، مرجع سابق، ص 579.

² - عبد المؤمن بلباقي، مرجع سابق، ص 51.

أما عن الحكم بالتفريق للزوج الغائب الذي لم يترك نفقة لزوجته ولم يبعث بها، فقد يحدث في صورتين:

- الأولى أن يترك مالا ظاهرا¹، وفي هذه الحالة يُطبَّق نفس الحكم بالنسبة للزوج الحاضر الممتنع عن الإنفاق، والذي له مال ظاهر يمكن أن يُنفذ عليه، وهذا باتفاق الفقهاء².

- الثانية ألا يكون لهذا الزوج مال ظاهر³، في هذه الحالة اتفق المالكية والحنابلة على الحكم بالتفريق مع شيء من التفصيل عند المالكية فيما إذا كانت غيبة الزوج بعيدة أو قريبة، وفصل الحنابلة في التفريق للإعسار سواء كان الزوج حاضرا أو غائبا، لأن الإعسار يفترض في حالة غياب الزوج مع عدم وجود مال ظاهر له يُنفق منه على الزوجة.

أما المالكية فيفرقون بين ما إذا كانت غيبة الزوج بعيدة أو قريبة⁴. فإذا كانت الغيبة بعيدة ولم تستطع الزوجة الحصول على النفقة بأي طريقة أجل لها القاضي شهرا، وإن لم تصلها النفقة طلق على الزوج بعد أدائها اليمين على عدم إنفاق الزوج عليها وعلى استحقاقها لها. أما إذا كانت غيبة الزوج قريبة ومعلومة المكان راسله القاضي وطلب منه الإنفاق وأمهلته مدة عشرة أيام، وإن لم يفعل طلق عليه.

أما الشافعية فلهم رأيان⁵:

- رأي يقول بالتفريق للغياب دون نفقة ودون مال ظاهر ينفق عليها منه مثلما يُفَرَّق لثبوت الإعسار.

¹ - رمضان علي السيد الرنباصي، مرجع سابق، ص124؛ نبيل صقر، مرجع سابق، ص 171؛ عبد المؤمن بلباقي، مرجع سابق، ص51؛ أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، مرجع سابق، ص 179.

² - الخرشي، الجزء 3، مرجع سابق، ص339؛ محمد بن إدريس الشافعي، مرجع سابق، ص89؛ موفق الدين بن قدامه، ج 9، مرجع سابق، ص 245.

³ - نبيل صقر، مرجع سابق، ص 171؛ عبد المؤمن بلباقي، مرجع سابق، ص51 إلى 53؛ أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، مرجع سابق، ص 177 إلى 178.

⁴ - الدردير في الشرح الكبير، ج2، مرجع سابق، ص 519؛ أبو القاسم محمد ابن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي المالكي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، تحقيق أ.د محمد بن سيدي محمد مولاي، د.د.ن، د.ت.ن، ص 357.

⁵ - محمد بن إدريس الشافعي، مرجع سابق، ص 107، 108.

- ورأي يرى عدم ثبوت الإعسار في هذه الحالة، وبالتالي فلا تفريق بينهما. وهو نفس الحكم بالنسبة للزوج الحاضر الممتنع عن النفقة. والعلّة في الحكمين عدم ثبوت الإعسار الحقيقي، لأنّ مجردّ الغياب وعدم ترك مال يُنفق منه ليس قرينة قاطعة على الإعسار.

وبما أنّنا استبعدنا رأي الشافعية فيما سبق، بقي لنا أن نرجّح بين رأيي المالكية والحنبلة. فالغياب مع عدم الإنفاق ضرره أبلغ من الإعسار بالنفقة والزوج حاضر. وقد سبق للفقهاء الثلاثة أن اتفقوا على التفريق للإعسار، فمن باب أولى اتفاهم على التفريق للغياب مع عدم الإنفاق وعدم وجود مال ظاهر يُنفق منه. ولتأكيد هذه النظرة أكثر هو الرأي الأول للشافعية والذي يثبت التفريق للغياب دون نفقة مثلما يثبتته للإعسار.

المطلب الثالث

كيفية التفريق لعدم الإنفاق ونوع الفرقة الواقعة به

تمّ التعرض في النقاط السابقة إلى الشروط التي تسمح للمرأة طلب التفريق لعدم الإنفاق، سواء كان ذلك للإعسار أو بقصد الإضرار بها. وبقي التعرض لكيفية التفريق، أي الجهة المختصة في ذلك، وعمّا إذا كانت هذه الجهة مجبرة على إتباع إجراء معيّن للبتّ في الفرقة أم أنّها تحكم بها مباشرة بعد ثبوت عدم الإنفاق. ومن جهة أخرى التعرض لنوع الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق وفقا لآراء الفقهاء ثمّ وفقا لموقف التشريعات العربية قيد الدراسة.

الفرع الأول

كيفية التفريق للإعسار

اتفق أصحاب المذاهب المجيزة للتفريق لعدم الإنفاق على أنه لا يجوز التفريق، ابتداءً، إلاّ عند الحاكم أو من ينوب عنه كالقاضي. فالحنابلة - كما قال ابن قدامة- يرون أنّ كل

موضع ثبت لها الفسخ لأجل النفقة لم يجز إلا بحكم الحاكم، لأنّه فسخ مختلف فيه فافتقر إلى الحاكم كالفسخ بالعنة¹.

يرى المالكية وجوب رفع الأمر للحاكم أو من ينوب عنه - أي القاضي -. ويرى الدسوقي - وهو من المالكية - أنّه إذا تعذّر الوصول إلى الحاكم فإنّه بالإمكان اللجوء إلى جماعة المسلمين العدول ليقوموا مقام الحاكم في ذلك².

أمّا الشافعية فذهبوا إلى أبعد من ذلك، بحيث أنّ فيهم من يرى أنّ المرأة إذا لم تجد حاكماً أو محكّماً استقلّت بفسخ نكاحها بنفسها دفعا للضرر اللاحق بها وهذا للضرورة³. ويرى الحنابلة أنّه ليس لها الفسخ بنفسها إلا إذا أذن لها القاضي بذلك. فالقاضي إذن هو الذي يقرر الطلاق، إلا للضرورة، فإمّا أن يتولى إيقاعه بنفسه أو أن يأذن للزوجة به. لكن هل يوقع القاضي الطلاق أو يأذن به بمجرد ثبوت الإعسار أم أنّه يتخذ إجراءً معيناً كأن يمهل الزوج فترة معيّنة⁴؟

إنّ الفقهاء الثلاثة رغم اتفاهم على ما سبق، إلا أنّهم اختلفوا في مدى ضرورة هذا الإجراء. فبينما يرى الحنابلة أنّ القاضي بمجرد ثبوت الإعسار عنده يطلق في الحين ولا يمهل الزوج أو يؤجل إلا بطلب من الزوجة⁵، فإنّ الشافعية والمالكية قد ذهبوا إلى عكس ما ذهب إليه الحنابلة، بحيث أوجبوا ضرورة إمهال الزوج للحفاظ على الأسرة بعدم الإسراع إلى تفكيكها، ولكنهم اختلفوا في مقدار هذه المدة. إنّ الأغلب في فقه الشافعية أنّ القاضي يؤجل التطبيق ويمهل الزوج ثلاثة أيام ويفسخ في اليوم الرابع إذا لم يتم الإنفاق.

¹ - موفق الدين بن قدامه، ج9، مرجع سابق، ص 247.

² - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء 2، مرجع سابق، ص 519. أبو عبد الله محمد الخرخشي، الجزء 3، مرجع سابق، ص 361.

³ - الشربيني، مرجع سابق، ص 582.

⁴ - سنتحدث في هذه النقطة عن ثبوت الإعسار وإجراء التطلاق بسببه، لأنّه سبق الحديث عن عدم الإنفاق مع القدرة عليه مع وجود مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه. وهنا لم يأخذ الفقهاء في أغلبهم بالتفريق كما هو الحال بالنسبة للغائب، ولم يأخذوا بالتفريق للممتنع مع القدرة على الإنفاق إلا لمن لم يكن له مال ظاهر، واستحال تنفيذ النفقة عليه دون تفريق وذلك بحبسه وتهديده. أمّا النقطة الحالية فهي الحالة التي يثبت فيها الإعسار.

⁵ - موفق الدين بن قدامه، ج9، مرجع سابق، ص 243؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشّاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق إبراهيم أحمد عبد الحميد، الجزء الثامن، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، ص 2828.

ويبررون هذا الإمهال برجاء زوال عارض الإعسار أو تصرف الزوج بالإقراض أو غيره¹. أمّا المالكية فقد ذهبوا إلى أبعد من ذلك، بمخالفة الحنابلة في عدم إمهال الزوج إطلاقاً، وما ذهب إليه الشافعية بإمهال الزوج مدة قصيرة جداً ومحددة بثلاثة أيام، بل ترك المالكية السلطة التقديرية للقاضي في إعطاء مهلة مناسبة للزوج الذي يُثبت إعساره. كما فرقوا بين الزوج الذي يُرجى كسبه ومن لا يُرجى منه ذلك، بإعطاء مهلة أكبر مقارنة بالمهلة التي تعطى للثاني. وأكثر من ذلك فإذا حدث للزوج عارض يثنيه عن طلب الرزق كمرض أو سجن فإنّ هذه الفترة لا تحتسب من فترة الإمهال. وكل هذا يراعى فيه وضعية الزوجة ومدى صبرها على ذلك. لهذا ففترة المرض أو السجن يؤخذ بها ما لم تطل والإفرق القاضي بينهما².

يظهر ممّا سبق، ودون تعليق إضافي، واقعية ورجاحة رأي المالكية مقارنة بما ذهب إليه الحنابلة في عدم منح أية فرصة للزوج لمحاولة تغيير وضعه، أو ما ذهب إليه الشافعية في إعطائه فرصة قصيرة جداً لا تُمكنه واقعيًا من تغيير وضعه حتى وإن توفرت الإرادة لذلك، بل منحوا السلطة التقديرية للقاضي ليمهل كل زوج حسب ظروفه دون الإضرار بالزوجة.

الفرع الثاني

نوع الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق

اختلف الفقهاء الثلاثة في نوع الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق، حيث يرى المالكية³ أنّ الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق طلاق رجعي، لكن لا تطبق عليه القواعد العامة للطلاق الرجعي، لأنّ الزوج الذي يريد الرجعة مقيد بضرورة زوال السبب الذي أوجب القاضي به التفريق. وذلك بأن يثبت الزوج قدرته على الإنفاق بعد عجزه عنه، إذا كان السبب هو الإعسار. أو أن يبدي استعداده للإنفاق إذا حدث التفريق بسبب امتناعه العمدي عنه. كما

¹ - الكوهجي، مرجع سابق، ص 591.

² - شرح ميارة على التحفة، الجزء 1، ص 263، و شرح الزرقاني على المختصر، الجزء 4، ص 256، نقلًا عن عبد المؤمن بلباقي، مرجع سابق، ص 56.

³ - الدسوقي والدردير، الجزء 2، مرجع سابق، ص 519؛ ابن جزري في القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص 356؛ الخرشي، الجزء 3، مرجع سابق، ص 361.

يشترط في اليسار ألا يكون بقدر الضرورة التي لا يحكم القاضي بالتفريق إلا بعدم توفرها، وإنما اليسار الذي ينبغي أن يتوفر هو القدر الذي يجب لمثلها على مثله، وإن أيسر بأقل من ذلك فلا رجعة له¹.

يرى الشافعية والحنابلة أنّ الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق فسخ وليست طلاق. فالشافعي يرى أنّ فرقة عدم الإنفاق فرقة اختارتها المرأة، فهي ليست طلاق لأنّ الزوج لم يوقعها ولم يفوض أحد لإيقاعها². وهو نفس ما ذهب إليه ابن قدامة من الحنابلة، فإن فرق بينهما الحاكم فهو فسخ لا رجعة له فيه³. فالفسخ للإعسار يتوقف على رأي القاضي لأنه مختلف فيه، وبالتالي فهو لا يحسب من عدد الطلقات، ولكنه لا يستطيع أن يراجعها حتى وإن زالت حالة الإعسار إلا بعقد جديد. وهذا - ربّما - ما يجعل البعض يرجّح رأي المالكية في اعتبار الفرقة طلاق لا فسخ⁴.

لكننا نرى أنّ اعتبار هذه الفرقة طلاقا ينقص من عدد الطلقات، وهذه سلبية نتقاداتها باعتبار الفرقة فسحا، خاصة وأنّ فرصة إرجاع الزوج لمطلقاته مرهون بتوفير النفقة، وأظنّ أنّ هذه الفرصة ليست كافية لدرجة أنّها تعطي للزوج فرصة مضمونة وأكيدة لإرجاع زوجته. وإنّما الغالب أنّ الزوج قد يتمكن من ذلك بعد مرور العدة وبالتالي من الأحسن له - حسب تقديرنا - عدم إنقاص عدد الطلقات حتى يتمكن من إرجاع زوجته بعقد جديد إذا رضيت بذلك.

¹ - ارجع إلى كل من: محمود محمد علي، مرجع سابق، ص 353؛ نصر سلمان، سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 117؛ عبد المؤمن بلباقي، مرجع سابق، ص 58؛ أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، مرجع سابق، ص 172، 173.

² - محمد بن إدريس الشافعي، مرجع سابق، ص 91.

³ - موفق الدين بن قدامة، ج 9، مرجع سابق، ص 247.

⁴ - أنظر رأي الباحث محمود محمد علي في مرجعه السابق، ص 354؛ وكذلك رأي عبد المؤمن بلباقي في مرجعه السابق، ص 59.

المطلب الرابع

شروط التفريق لعدم الإنفاق ونوع الفرقة الواقعة به في التشريعات العربية

وضعت تشريعات الأحوال الشخصية العربية شروطا لطلب التفريق لعدم الإنفاق، وقد أخذت كل منها من المذاهب الفقهية الثلاث المجيزة له مع بعض الاختلاف والتباين فيما بينها. وسنتعرض لهذه التشريعات تاركة الحديث عن المشرع الجزائري في آخر نقطة للتركيز عليه أكثر ومقارنته بما سبق من تشريعات.

الفرع الأول

التشريع المصري

أولاً- شروط التطلاق لعدم الإنفاق: تظهر شروط الحكم بالتطلاق لعدم الإنفاق في التشريع المصري في المادتين 04، 05 من القانون رقم 25 لسنة 1920¹ والتي نصهما كالآتي :
المادة 04: "إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته، فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله، فإن لم يكن له مال ظاهر ولم يقل أنه معسر أو موسر ولكن أصرّ على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال وإن ادعى العجز فإن لم يثبت طلق عليه حالاً، وإن أثبتته أمهله مدة لا تزيد على شهر، فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك".
المادة 05: "إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة، فإن كان له مال ظاهر نفذ عليه الحكم بالنفقة في ماله، وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر إليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له أجلا، فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للإنفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل. فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه أو كان مجهول المحل أو كان مفقودا وثبت أن لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي. وتسري أحكام هذه المادة على المسجون الذي يعسر بالنفقة"².

¹ - المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985، وللإشارة فإنّ المشرع المصري لم يعدل مواد التفريق لعدم الإنفاق لسنة 1920 والتي ما يزال العمل بها إلى يومنا هذا.

² - ارجع إلى هذه المواد والتعليق عليها في كل من:

- محمود محمد علي، مرجع سابق، ص 355، 356؛ عبد الفتاح مراد، قوانين الأحوال الشخصية والقوانين المكملة لها طبقا لأحدث التعديلات، مرجع سابق، ص 73؛ عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات

الحكم الأساسي الذي نستنبطه من المادة 04 أنه إذا كان للزوج مال ظاهر لا يجوز للقاضي الحكم بالتفريق، لأنه يمكن أن ينفذ على ماله مباشرة. أما مختلف الحالات والتي بإمكان القاضي أن يحكم فيها بالتطليق فلا بدّ أن يتوفر فيها شرط أساسي وأولي، وهو ألا يكون لهذا الزوج مال ظاهر. وهذه الحالة قد تتحقق بحضور الزوج أو بغيابه، ولكل حالة أحكامها.

الحالة الأولى: وهي حالة عدم إنفاق الزوج الحاضر وتتحقق في ثلاثة صور:

1. إذا كان الزوج حاضرا ولم يدّع إعساره وأصرّ على عدم الإنفاق، في هذه الحالة يطلق عليه القاضي ودون إمهال.

2. إذا ادّعى الزوج إعساره وأثبتته أمهله القاضي مدّة لا تفوق شهرا، فإن لم يستطع الإنفاق خلال هذه المدّة طلق عليه القاضي مباشرة.

3. إذا ادّعى الزوج إعساره دون إثبات طلق عليه القاضي في الحال ودون إمهال.

الحالة الثانية: وهي حالة عدم إنفاق الزوج الغائب مع الاحتفاظ دائما بشرط ألا يكون له مال ظاهر، وهذا ما نصّت عليه المادة 05 السابقة. في هذه الحالة ينبغي التفريق بين عدّة حالات، وهي حالة الغيبة البعيدة والقريبة، وحالتي فقدان والحبس.

1. إذا كانت الغيبة قريبة بحيث يمكن وصول الإعلان إليه بسهولة، أعلن بالحضور أو بإرسال النفقة وضرب القاضي له أجلا لذلك، فإذا لم يرسل لزوجته ما تنفق منه ولم يحضر للإنفاق عليها وتحققت المحكمة من وصول الإعلان إليه طلقت عليه.

2. إذا كانت الغيبة بعيدة بحيث لا يمكن أن يصله الإعلان إلا بعد مدّة طويلة أو من الصعب وصوله إليه طلق عليه القاضي دون إمهال.

3. إذا كان غائبا ومجهول المحلّ بحيث لا يُعرف إذا كانت غيبته قريبة أو بعيدة طلق عليه القاضي في الحال دون إمهال ودون إذار.

الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 415؛ محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 424 وما يليها؛ أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما، مرجع سابق، ص 178 وما يليها؛ محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 563 وما يليها؛ حسن حسنين، أحكام الأسرة الإسلامية فقها وقضاء، ط1، دار الآفاق العربية، القاهرة، 2001، ص 284، 285؛ أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، دار الجمهورية للصحافة، د.ب.ن، 2003 ص 397، 398.

4. إذا كان الزوج مفقودا ولم يترك نفقة طلق عليه القاضي في الحال دون إمهال ودون إعدار.

5. إذا كان الزوج مسجوناً وأثبتت الزوجة إفساره، ضرب له أجلاً وأعلم بذلك مثله مثل الغائب قريب الغيبة معلوم المكان، وبعد انتهاء الأجل دون إنفاق يطلق عليه القاضي. في كل هذه الحالات السابقة لا بدّ من الإثبات بالحجج الشرعية. فلا بدّ من إثبات الغيبة أو فقدان وعدم الإنفاق وعدم وجود مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه بعد أن ترفع الزوجة دعوى التطلق. وفي كل الأحوال لا يحكم القاضي بالتطلق إلاّ بعد محاولة الصلح وعرضه مرتين على الأقلّ إذا كان لهما ولد. وهذا ما جاء في متن المادة 18 من القانون رقم 01 لسنة 2000¹.

يتضح لنا بعد هذا العرض أنّ المشرّع المصري أخذ بالرأي المالكي فيما يخص شروط الحكم بالتفريق لعدم الإنفاق. ونستخلص من كل ما سبق أنّه يشترط للحكم بالتطلق لعدم الإنفاق أربعة شروط أساسية، وهذه الأخيرة ينبغي تحقّقها قبل الخوض في التفاصيل الأخرى والشروط الفرعية المتصلة بها. وهذه الشروط هي:

1. ألاّ يكون للزوج مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه.
2. أن يكون الامتناع عن النفقة الحاضرة، لأنّ الإمتناع عن أداء النفقة الماضية والمتراكمة لا تستوجب طلب التطلق أو الحكم به.
3. أن تثبت الدعوى بالحجج الشرعية.
4. عدم نشوز الزوجة، لأنّ النشوز يسقط حق الزوجة في النفقة، وبالتالي يسقط حقّها في طلب التطلق لعدم الإنفاق.

وقد أكّدت مبادئ محكمة النقض المصرية على ما يلي:

1- التطلق لعدم الإنفاق وفقاً للمادة 04 من القانون رقم 25 لسنة 1920 مناطه:

¹ - وهو القانون الخاص بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، جريدة رسمية العدد 4 مكرر في 29/01/2000، والذي نصّت المادة 18 منه على ما يلي: "...وفي دعاوى الطلاق والتطلق لا يحكم بها إلاّ بعد أن تبذل المحكمة جهداً في محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز عن ذلك، فإن كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقلّ بينهما مدّة لا تقل عن ثلاثين يوماً ولا تزيد على ستين يوماً".

- انتفاء وجود مال ظاهر للزوج يمكن التنفيذ عليه بالنفقة.
- عدم ادعاء الزوج العسر أو اليسر.
- إصراره على عدم الإنفاق على زوجته¹.
- 2- التطلاق لعدم الإنفاق عملاً بالمادة 04 من القانون رقم 25 لسنة 1920 مناطه:
 - التزام المحكمة بإمهال الزوج لأداء النفقة.
 - شرطه ادعائه الإعسار وإثباته.
- علة ذلك، استظهار وجود مال ظاهر للزوج واقع واستقلال قاضي الموضوع بتقديره².

ثانياً- نوع الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق: تنص المادة 06 من القانون رقم 25 / 1920 على ما يلي: "تطلاق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعياً وللزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت إيساره واستعدّ للإنفاق في أثناء العدة، فإن لم يثبت إيساره ولم يستعدّ للإنفاق لم تصح الرجعة".

نلاحظ من خلال هذه المادة أنّ المشرّع المصري واصل الأخذ بالمذهب المالكي القائل بأنّ الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق طلاق رجعي وليس فسخ، وأنّ الرجعة لا تتمّ إلاّ بتوافر شرطين أساسيين³:

1. أن يثبت الزوج يساره وقدرته على إدامة الإنفاق على زوجته. ويُشترط في اليسار أن يكون بقدر ما يجب من نفقة لمثلها على مثله وليس الحد الأدنى الموجب للتفريق، وهذا ما جاء به الفقهاء.
2. استعداد الزوج لهذا الإنفاق أثناء العدة.

¹- الطعن رقم 691 للسنة 70 قضائية أحوال شخصية، جلسة 2002/02/28، نقلا عن أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 399.

²- الطعن رقم 129 للسنة 60 قضائية، جلسة 1994/01/18.

- الطعن رقم 84 للسنة 84 قضائية جلسة 1998/03/30، نقلا عن أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 399؛ عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 764؛ حسن حسنين، مرجع سابق، ص 286.

³- محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 426؛ أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 399؛ حسن حسنين، مرجع سابق، ص 286.

وتقدير مدى استعداد الزوج للإنفاق ومدى قدرته على إدامته يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي¹.

من الواضح في مواد التفريق لعدم الإنفاق في التشريع المصري أنّ المشرّع فصل أكثر من غيره - كما سنرى لاحقاً- في شروط التفريق لأنّه أخذ برأي المالكية. ولكنّه لم يتعرض لكلّ ما تعرّض له المالكية لأنّه لم يوضّح ما إذا كان عدم الإنفاق أو الإعسار الموجب للتفريق هو عدم إنفاق النفقة الضرورية التي حدّدها الفقهاء أم العجز عن النفقة الواجبة على مثله لمثلها، لأنّ صيغة المواد السابقة توحي بأنّ المراد بالإعسار هو العجز عن أداء النفقة الواجبة للزوجة على زوجها وذلك حسب حالهما.

كما لم يتعرض للحالة التي يتطوّر فيها الغير للإنفاق على الزوجة وهل يُسقط هذا حقّها في طلب التفريق. كما لم يتعرض لنقطة أساسية في الفقه المالكي، وهي إسقاط حق الزوجة في طلب التفريق للإعسار إذا كانت عالمة بإعساره وقت العقد.

السؤال المطروح في حال تحقق علم الزوجة بالإعسار أثناء العقد، هل يرجع القاضي المصري إلى الفقه المالكي باعتباره المصدر التاريخي للقانون رقم 1920/25، ولا نصّ يلزمه بذلك، أم أنّه يرجع إلى فقه الشافعية والحنابلة الذي لا يسقط حق الزوجة في طلب التفريق لعدم الإنفاق حتى وإن علمت بالإعسار وقت العقد. الأولى - حسب تقديرنا- أن يأخذ القاضي برأي الشافعية والحنابلة، لأنّه رأي مشهور من جهة، ومن جهة أخرى، فإنّ المشرّع المصري تعرّض لتفاصيل كثيرة في المواد 04 و 05 من القانون السابق تخصّ شروط التفريق لعدم الإنفاق، أمّا شرط عدم علم الزوجة بالإعسار فهو شرط واضح وجليّ في الفقه المالكي لا يمكن الغفلة عنه إلاّ إذا كان المشرّع المصري يقصد ذلك، خاصة وأنّ الأمر يتعلّق بإسقاط حق جوهرية للزوجة وهو حقّها في طلب التفريق. كما أنّ القاضي ليس مجبراً قانوناً بالأخذ برأي المالكية، فالمذهب الوحيد الذي نصّ عليه المشرّع للأخذ به في حالة الفراغ التشريعي في الأحوال الشخصية هو المذهب الحنفي والأحناف لا يعترفون أصلاً بالتفريق لعدم الإنفاق.

¹- أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، مرجع سابق، ص 172، 173.

الفرع الثاني التشريع السوري

أولاً- شروط التفريق لعدم الإنفاق: تنصّ المادة 110 من قانون الأحوال الشخصية السوري على ما يلي: "1- يجوز للزوجة طلب التفريق إذا امتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته ولم يكن له مال ظاهر ولم يثبت عجزه عن النفقة.
2- إن أثبت عجزه أو كان غائباً أمهله القاضي مدة مناسبة لا تتجاوز ثلاثة أشهر فإن لم ينفق فرّق القاضي بينهما".

فرّق المشرّع السوري بين حالة الزوج الحاضر وحالة الزوج الغائب:

1. بالنسبة للزوج الحاضر الممتنع عن النفقة، فللزوجة طلب التفريق بشرطين:
 - إذا لم يكن له مال ظاهر.
 - إذا لم يثبت عجزه عن النفقة.

في هذه الحالة يفرّق القاضي بينهما دون إهمال الزوج. أمّا إذا أثبت الزوج الحاضر الممتنع عن النفقة، والذي ليس له مال ظاهر، عجزه عن النفقة، أمهله القاضي مدة مناسبة لا تتجاوز ثلاثة أشهر وإذا لم ينفق فرّق بينهما.

2. أمّا بالنسبة للزوج الغائب فيمهله القاضي نفس المهلة السابقة للإنفاق، فإن لم يفعل فرّق بينهما. ويظهر من الفقرة الثانية من المادة السابقة أنّ الغائب كذلك يشترط ألا يكون له مال ظاهر، وإلا فلا يجوز للزوجة طلب التفريق. والدليل على ذلك صياغة الفقرة الثانية التي جاءت معطوفة على الفقرة الأولى رغم عدم استعمال حرف العطف، إلا أنّ استعمال الضمير المتصل "هاء" في كلمة "عجزه" يعود على الزوج المذكور في الفقرة الأولى من المادة وهو الزوج الممتنع عن الإنفاق والذي ليس له مال ظاهر. الاختلاف هو أنّه في الفقرة الأولى كان حاضراً ولم يثبت عجزه عن الإنفاق، وفي الفقرة الثانية كان غائباً أو حاضراً وأثبت عجزه عن الإنفاق، وبالتالي يمهل ثم يطلق عليه كما سبق الذكر.

يظهر ممّا سبق أنّ المشرّع السوري أخذ عموماً برأي المالكية، إلا أنّه لم يفرّق بين ما إذا كانت الغيبة بعيدة أو قريبة وإنما رتبّ حكماً واحداً بالنسبة للزوج الغائب وهو الإهمال ثمّ التطلق، ولم يفرض مدة محدّدة وإنما ترك السلطة التقديرية في ذلك للقاضي على أن لا تتعدى هذه المهلة ثلاثة أشهر وهذا لدفع الضرر عن الزوجة.

كما أنه لم يشترط عدم علم الزوجة السابق بإعسار الزوج في حالة عجزه عن النفقة لإعطائها حق طلب التفريق. ولم يتعرض للحالة التي يتكفل فيها الغير بالنفقة على الزوجة وما إذا كان هذا يسقط حقها في طلب التفريق¹، - وهذا لم يتعرض إليه كذلك المشرع المصري- رغم أن المشرع السوري أشار في المادة 80 من نفس القانون وفي الفصل الثالث الخاص بالنفقة إلى أن النفقة قد يُلزم بها شخص آخر، وهو الذي يكون مكلفاً بها لو لم تكن ذات زوج، وذلك بالقدر المفروض، ويكون له حق الرجوع على الزوج². كما يمكن أن يأذن لها بالاستدانة ممن ليس مكلفاً بنفقتها على أن يرجع على زوجها أو عليها³.

من الملاحظ أيضاً أن مواد التفريق لعدم الإنفاق لم تشر إلى ضرورة استصدار حكم بالنفقة على الزوج ليحق للزوجة بعد امتناعه عن ذلك طلب التفريق، ولكن ذلك يبدو واضحاً من المادة 71 من الفصل الخاص بالنفقة والتي تنص في فقرتها الثانية: "يُلزم الزوج بدفع النفقة إلى زوجته إذا امتنع عن الإنفاق عليها أو ثبت تقصيره". ومن هنا يتضح أن عبارة "يجوز للزوجة طلب التفريق إذا امتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق" الواردة في المادة 110 الخاصة بالتفريق لعدم الإنفاق تشير إلى امتناع الزوج وهذا الامتناع لا يثبت إلا بعد إلزامه قضائياً بالنفقة، فإذا لم يلتزم بها يعدّ دليلاً على الامتناع.

ثانياً- نوع الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق: تنص المادة 111 من قانون الأحوال الشخصية السوري على أن: "تفريق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعيًا وللزوج أن يراجع زوجته في العدة بشرط أن يثبت يساره ويستعد للإنفاق".

¹ - لعلّ عدم التعرض لهذه الحالة في التشريعات العربية الحديثة يعود لتغير طابع المجتمع المسلم والذي كان يعرف تكافلاً اجتماعياً واسعاً، وهذا مازال موجوداً نسبياً ولكن لا يرقى إلى درجة إدراجه في تشريع.

² - تنص الفقرة 01 من قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 59 لعام 1953: "إذا حكم للزوجة بنفقة على الزوج وتعذر تحصيلها منه يلزم من يكلف بنفقتها فيما لو فرضت غير ذات زوج أن ينفق عليها بالقدر المفروض ويكون له حق الرجوع على الزوج".

³ - تنص الفقرة الثانية من المادة السابقة على ما يلي: إذا أذن لها بالاستدانة ممن ليس مكلفاً بنفقتها فله الخيار بين الرجوع على الزوج أو الرجوع عليها وهي ترجع على زوجها".

نلاحظ أنّ المشرّع السوري أخذ برأي المذهب المالكي في أنّ التفريق لعدم الإنفاق يقع رجعياً لكن بشرطين أساسيين:

1. إثبات اليسار.
2. الاستعداد للإنفاق، وهو نفس ما ذهب إليه المشرّع المصري.

الفرع الثالث التشريع المغربي

أولاً- شروط التفريق لعدم الإنفاق: تنصّ المادة 102 من المدونة الجديدة للأسرة على ما يلي: "للزوجة طلب التطلاق بسبب إخلال الزوج بالنفقة الحالة الواجبة عليه، وفق الحالات والأحكام الآتية:

1. إذا كان للزوج مال يمكن أخذ النفقة منه، قرّرت المحكمة طريقة تنفيذ نفقة الزوجة عليه ولا تستجيب لطلب التطلاق.

2. في حالة ثبوت العجز تحدّد المحكمة حسب الظروف أجلاً للزوج لا يتعدّى ثلاثين يوماً لينفق خلاله وإلاّ طلّقت عليه، إلاّ في حالة ظرف قاهر أو استثنائي.

3. تطلّق المحكمة حالاً إذا امتنع الزوج عن الإنفاق ولم يثبت العجز".

ونصّت المادة 103 من نفس المدونة على ما يلي: "تطبّق الأحكام نفسها على الزوج الغائب في مكان معلوم بعد توصله بمقال الدعوى.

إذا كان محل غيبة الزوج مجهولاً تأكّدت المحكمة بمساعدة النيابة العامة من ذلك، ومن صحّة دعوى الزوجة، ثمّ تبّت في الدعوى على ضوء نتيجة البحث ومستندات الملف".

ذهب المشرّع المغربي إلى نفس ما ذهب إليه المشرّع المصري والسوري، وهذا فيما

يخصّ:

1. استجابة القاضي لطلب التطلاق حالاً ودون إمهال إذا امتنع الزوج الحاضر عن النفقة بشرط ألاّ يكون له مال ظاهر وأن لا يثبت عجزه عن النفقة.

2. إمهال الزوج الحاضر الذي ليس له مال ظاهر وأثبت عجزه عن النفقة أجلاً لا يتعدّى ثلاثين يوماً، ويتفق في هذا مع المشرّع المصري ولكنهما يختلفان في مقدار المدّة مع

المشرّع السوري الذي يحدد مدّة ثلاثة أشهر كحد أقصى.

اختلف المشرّع المغربي مع المشرّع السوري الذي يمهل الغائب ثم يطلق دون أن يفرّق بين الغيبة البعيدة والغيبة القريبة، أو بين الغيبة معلومة المكان ومجهولة المكان. وذهب إلى التفريق بين الغيبة معلومة المكان والتي يمهل الزوج فيها المدّة السابقة ثم يطلق عليه بشروط الزوج الحاضر الممتنع عن النفقة. أمّا الغيبة مجهولة المكان فقد سُمح للمحكمة من التأكد من صحّة دعوى الزوجة ثمّ البتّ في الموضوع حسب نتيجة البحث.

يفهم من هذا أنّه إذا كان مكان الغيبة مجهولاً فعلاً بحيث لا يمكن إعدار الزوج وإمهاله فإنّ القاضي يطلق عليه، ولكن بعد التأكد من عدم وجود مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه.

كما يلاحظ على مواد التفريق لعدم الإنفاق في القانون المغربي أنّها لم تشر إلى علم المرأة بعسر الزوج وأثر ذلك على طلب التفريق. كما لم تشر إلى حالة وجود من يتكفل بالنفقة مكان الزوج وهل يؤثر هذا كذلك على حق الزوجة في طلب الفرقة أم لا.

كما أنّ المشرّع المغربي لم يشر إلى ضرورة استصدار حكم بوجوب النفقة قبل طلب التطبيق. ولكن بالرجوع إلى المادة 195 من مدونة الأسرة الجديدة نجد أنّه: "يُحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ إمساك الزوج عن الإنفاق الواجب عليه، ولا تسقط بمُضيّ المدّة إلاّ إذا حكم عليها بالرجوع إلى بيت الزوجية وامتنعت". ويفهم من هذا أنّه لها أن تطلب الحكم بالنفقة، وبما أنّ هذه الوسيلة القانونية متوفرة، فقريئة امتناع الزوج عن النفقة هو عدم تنفيذ الحكم بها. وهذا هو - حسب رأينا- أساس رفع دعوى التطبيق لعدم الإنفاق حتى وإن لم يُذكر هذا الشرط مباشرة في مواد التفريق لعدم الإنفاق¹.

ثانياً- نوع الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق: تنص المادة 122 من مدونة الأسرة على ما يلي: "كل طلاق قضت به المحكمة فهو بائن، إلاّ في حالي التطبيق للإيلاء وعدم الإنفاق". يظهر من هذا النص أنّ المشرّع المغربي أخذ برأي المالكية اللذين يعتبرون أنّ التفريق لعدم الإنفاق طلاق رجعي لإمكانية زوال سبب التطبيق وهو الإعسار أو إرادة الامتناع عن الإنفاق. ولم يشر المشرّع إلى شروط الرجعة التي اشترطها المالكية، ومن المنطقي

¹ - وهذا على غرار ما ذهب إليه المشرّع الجزائري.

ألا تكون هذه الرجعة خاضعة للإرادة المطلقة للزوج. وإلا فما هو الداعي لإقرار هذا الحق للمرأة ابتداءً.

الفرع الرابع التشريع العراقي

أولاً- شروط التفريق لعدم الإنفاق: أشارت المادة 43 من قانون الأحوال الشخصية العراقي¹ في فقراتها 07، 08 و 09 إلى الأسباب أو الشروط التي تمكن الزوجة من طلب التفريق لعدم الإنفاق حيث نصّت على ما يلي: "للزوجة طلب التفريق عند توافر أحد الأسباب التالية:....

- 7- إذا امتنع عن الإنفاق عليها دون عذر مشروع بعد إمهاله مدّة أقصاها 60 يوماً.
 - 8- إذا تعذّر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيّبه أو فقده أو اختفائه أو الحكم عليه بالحبس مدّة تزيد على سنة.
 - 9- إذا امتنع الزوج عن تسديد النفقة المتركمة المحكوم بها بعد إمهاله مدّة أقصاها ستون يوماً من قبل دائرة التنفيذ".
- يظهر من صيغة الفقرات السابقة من المادة 43 أنّ للمرأة طلب التفريق لعدم الإنفاق في ثلاث حالات:

- الأولى: امتناع الزوج الحاضر عن الإنفاق دون عذر مشروع وبعد إمهاله.
- الثانية: عدم إنفاق الزوج الغائب أو المفقود أو المحكوم عليه بالحبس لمدّة تزيد عن سنة.
- الثالثة: إذا حكمت المحكمة بالنفقة وامتنع الزوج عن تسديدها بعد إمهاله مدّة أقصاها ستون يوماً.

يُفهم ممّا سبق أنّ الإمهال يخصّ الزوج الحاضر الممتنع عن الإنفاق والمحكوم عليه بالإنفاق الممتنع عن تسديده. أمّا الغائب وما شابهه لا يُمهّل بل يُحكم عليه بالتفريق مباشرة. كما يلاحظ أنّ المشرّع العراقي لم يشر بناتا إلى عدم الإنفاق بسبب الإعسار،

¹ - القانون رقم 188 لسنة 1959.

لكن يبقى التساؤل عن ما هو العذر المشروع للزوج الممتنع عن الإنفاق. وقد أشار الدكتور أحمد الكبيسي¹ إلى أنّ المقصود بالعذر هو الإعسار. فإذا فرضنا صحّة هذا القول فهذا يعني أنّ الإعسار لا يعطي للمرأة حق طلب التفريق لأنّه عذر مشروع. وإذا افترضنا ذلك، لماذا عاد الدكتور أحمد الكبيسي في الصفحة الموالية في مؤلفه، وأثناء حوصلته لأحكام الحكم بالتفريق لعدم الإنفاق إلى قوله: "...يمهل الزوج الممتنع عن الإنفاق على زوجته إعسارا أو إنكارا مدة ستون يوما قبل التفريق عليه"².

إنّ العبارة التي استعملها المشرّع العراقي - حسب تقديرنا - لا توجي إلى الإعسار لأنّه كان بإمكانه أن يدرجه في الفقرة الموالية التي تنص على حالات تعذر تحصيل النفقة، والإعسار قد يكون سببا لذلك، لكنّ المشرّع لم يدرجه وأدرج أسبابا أخرى.

كما أنّ العبارة التي جاءت في الفقرة 07: "إذا امتنع الزوج عن الإنفاق دون عذر شرعي..." إذا كانت مقصودة اللفظ من طرف المشرّع فإنّ الزوج المعسر لا يمتنع عن الإنفاق وإنما لا يستطيع أدائها. ولو فكرنا في كيفية امتناع الزوج عن الإنفاق لعذر مشروع لوجدنا إجابة واحدة وهي أنّ الزوج يمتنع عن الإنفاق لنشوز الزوجة وعدم استحقاقها للنفقة. كما أنّه لا يجوز إلحاق حكم جديد لم يُذكر في النص إلاّ على أساس قانوني أو على الأقل اجتهاد قضائي يفسّر العذر المشروع بالإعسار، وهذا ما لم يشر إليه الدكتور أحمد الكبيسي³.

ما نلاحظه كذلك هو أنّ المشرّع العراقي لم يذكر شرط عدم وجود مال ظاهر للتنفيذ عليه للاستجابة لطلب التفريق. كما لم يذكره سببا من أسباب تعذر تحصيل النفقة التي ذكرها في الفقرة 08 من المادة 43. كما لم يفرق المشرّع بين ما إذا كانت غيبة الزوج بعيدة أو قريبة.

ثانيا- نوع الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق: قرّر المشرّع العراقي اعتبار الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق طلاقا بائنا، وهذا ما جاء في نص المادة 45 من قانون الأحوال الشخصية: "يعتبر التفريق في الحالات الواردة في المواد 40، 41، 42، 43 طلاقا بائنا بينونة

¹ - أحمد الكبيسي، مرجع سابق، ص 167.

² - أحمد الكبيسي، مرجع سابق، ص 168.

³ - كما أنّنا لم نتمكن من الحصول على اجتهاد قضائي يشير إلى ذلك.

صغرى". مع الإشارة إلى أنّ المشرّع العراقي قبل التعديل كان قد استثنى التفريق لعدم الإنفاق من أنواع التفريق القضائي الأخرى، واعتبره طلاقاً رجعيًا وهو، حسب رأينا، الأصوب.

الفرع الخامس التشريع الإماراتي

أولاً- شروط التطلاق لعدم الإنفاق: فرّق المشرّع الإماراتي في التفريق بسبب عدم الإنفاق بين الزوج الغائب والزوج الحاضر. فإذا كان الزوج حاضراً وكان له مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه لم يثبت للزوجة حق طلب التفريق (المادة 1/124). أمّا إذا لم يكن له مال ظاهر فينبغي التفريق بين ما يلي: - إذا ادّعى أنّه معسر ولم يثبت إعساره طلق عليه القاضي في الحال وكذلك إن لم يدع أنه معسر أو معسر أو ادعى أنه معسر وأصرّ على عدم الإنفاق. أمّا إن ثبت إعساره أمهله القاضي مدة لا تزيد على شهر، فإن لم ينفق طلق عليه (المادة 2/124).

أمّا في حالة غياب الزوج فإنّ الزوجة لا تثبت لها حق الفرقة دائماً إذا كان له مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه. أمّا إذا لم يكن له مال ظاهر وكان غائباً في مكان معلوم فيمهله القاضي مدّة لا تزيد عن شهر إضافة إلى مواعيد المسافة المقرّرة، فإذا لم ينفق طلق عليه القاضي (المادة 1/125). أمّا إذا كان في مكان مجهول أو كان مفقوداً طلق القاضي عليه في الحال (المادة 2/125). مع الإشارة إلى أنّ الزوج بإمكانه تفادي التفريق إذا أثبت يساره واستعداده للإنفاق، في هذه الحالة يمهل القاضي المدّة المحددة في المادة 125 (المادة 126).

ثانياً- نوع الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق: اعتبر المشرّع الإماراتي التفريق لعدم الإنفاق طلاقاً رجعيًا، بحيث إذا ثبت يسار الزوج وأبدى خلال مدّة العدة استعداده للإنفاق ودفع النفقة المعتادة اعتبرت الرجعة صحيحة، وإلا فلا رجعة له (المادة 127). واعتبر المشرّع الطلاق لعدم الإنفاق بائناً إذا تكرر رفع دعوى عدم الإنفاق من الزوجة أكثر من مرتين وثبت للمحكمة ذلك (المادة 128).

الفرع السادس التشريع الجزائري

أولاً- شروط التفريق لعدم الإنفاق: نصّت المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الأولى على ما يلي: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب الآتية:

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

هذه المادة الوحيدة، بل الفقرة الوحيدة التي تحدثت على التفريق لعدم الإنفاق في قانون الأسرة الجزائري. ويلاحظ لأول وهلة أنّ المشرّع الجزائري قد استعمل عبارات وجيزة وملخصّة جداً مقارنة بتشريعات الأحوال الشخصية العربية الأخرى. وقد أجمل في هذه العبارة شروط طلب التطلاق لعدم الإنفاق.

اتفقّ الدكتور بلحاج العربي والأستاذ عبد العزيز سعد على ثلاثة شروط جاءت في المادة 53، وأضاف كل منهما شرطا رابعا يختلف عن الآخر. وهذه الشروط هي:

1. امتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته قصدا وعمدا.
2. صدور حكم قضائي بوجوب نفقة الزوجة على زوجها.
3. ألا تكون الزوجة عالمة بإعسار الزوج وقت إبرام عقد الزواج.
4. أضاف د. بلحاج العربي شرط ألا يكون الامتناع عن النفقة بسبب عسره¹.
5. وأضاف الأستاذ عبد العزيز سعد شرط رابع وهو أنّ الإنفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة والتي يحق لها طلب التطلاق لعدم توفيره هو إنفاق مثل زوجها على مثلها².

إنّ الشروط الواضحة من خلال المادة 53 أعلاه من بين هذه النقاط الخمسة هي الشرط الثاني والثالث وهما:

- صدور حكم قضائي بوجوب النفقة، لأنّ المشرّع الجزائري نصّ صراحة على هذا الشرط وبنفس العبارة. فالزوجة لا يجوز لها التقدم أمام المحكمة لطلب التطلاق لعدم الإنفاق إلاّ بعد استصدارها لحكم قضائي بوجوب النفقة وبكل مشتملاتها المذكورة في المادة 78 من قانون الأسرة، أي نفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

¹ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 276.

² - عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 256.

- بعد هذا وبعد رفض الزوج تنفيذ حكم النفقة بإمكان الزوجة طلب التطلاق إذا توفر الشرط الثاني وهو عدم علمها بإعسار زوجها¹.

وينطبق نفس الأمر على المسكن باعتباره من مشتقات النفقة، وليس للزوجة طلب التطلاق لعدم توفير مسكن مستقل لها إلا بعد استصدار حكم قضائي بذلك². وهذا ما قضت به المحكمة العليا: "متى كان من المقرر شرعا أنّ للزوجة الحق في السكن المنفرد بعيدا عن أهل الزوج فليس معنى هذا أنّها تطلق إذا لم يكن لها ذلك حالا، بل يجري عليه ما يجري على النفقة....."³.

لكن ماهي المدة التي يجب على الزوجة انتظارها بعد الحكم بالنفقة على الزوج وامتناعه عن تنفيذه؟

هناك من يرى⁴ أنّ مدة عدم الإنفاق التي يجب على الزوجة انتظارها لكي تطلب التطلاق هي شهرين قياسا على المدة التي وردت في المادة 333 من قانون العقوبات الجزائري والتي تعاقب من امتنع عمدا عن تنفيذ حكم النفقة لمدة تتجاوز شهرين⁵. وتبقى هذه المدة استنتاجا من المادة المذكورة لأنّ مواد التطلاق لعدم الإنفاق في قانون الأسرة لم تذكرها. كما أنّ هذه المدة تخص الشروط الواجب توافرها لمتابعة الزوج جزائيا لامتناعه عن تقديم نفقة مقرّرة قضاء⁶. وما أكدّ القول بهذه المدة هو قرار المحكمة العليا بتاريخ 19/11/1984 في الملف 34791 والذي يقضي بما يلي: "متى كان من المقررّ فقها وقضاءً في أحكام الشريعة الإسلامية أنّ عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد على شهرين

¹ - هيئة القراءة والبحث بدار العلوم، الزواج والطلاق في الشريعة والقانون، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2001، ص 62؛ باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007، ص 32.

² - ملف رقم 189339، قرار بتاريخ 19/05/1998، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، مرجع سابق، ص 216.

³ - ملف رقم 44994، قرار بتاريخ 23/02/1987، نقلا عن باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 33.

⁴ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 278؛ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 258.

⁵ - الأمر رقم 156/66، المؤرخ في 08 يونيو 1966 والمتضمن قانون العقوبات المعدل بالقانون رقم 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

⁶ - عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، ط 2، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002، ص 27.

متتابعين يكون مبررا لطلبها التخليق عن زوجها وفقا لما نصّ عليه الفقيه ابن عمام...
- إذ كان من الثابت أنّ المطعون ضدّه أدين جزائيا من محكمة الجناح بتهمة الإهمال
العائلي... فإنّ قضاة الاستئناف برفضهم طلب الطاعة المتعلق بالتخليق خرقوا أحكام
هذا المبدأ الشرعي...¹.

إنّ المتمعن في المادة 333 من ق.ع السابقة يجدها تخصّ المتابعة الجزائية للزوج
الممتنع عن تسديد النفقة عن جريمة الهجر المالي للأسرة²، هذا من الجانب النظري، أمّا
عمليا فإنّه بعد التقرب من الجهات القضائية المعنية للسؤال عن هذه المدّة وكيفية التعامل
معها كانت الإجابة هي تطبيق القواعد العامة للتنفيذ. فبعد إصدار الحكم بالنفقة فإنّه على
الزوجة أن تبلغه للزوج على يد محضّر قضائي لتنفيذه في أجل أقصاه خمسة عشر يوما³.
إذا لم ينفذ الزوج خلال هذه المدّة حرّر المحضّر القضائي محضرا بامتناع الزوج عن
تنفيذ النفقة، وهذا ما جاءت به المادة 612 من قانون الإجراءات المدنية⁴. وبإمكان
الزوجة بعدها اعتماده لطلب التخليق إذا أرادت ذلك⁵. وهذه المدّة قد تكون أطول إذا
استعمل الزوج حقّه في الاستئناف وأيدّ المجلس حكم النفقة.

لقد أخذ المشرّع الجزائري بشرط فقهاء المالكية وهو عدم علم الزوجة بإعسار زوجها
وقت العقد لإعطائها حق طلب الفرقة للإعسار، مخالفا بذلك التشريعات العربية والتي
أخذت مثله من الفقه المالكي. وهو بذلك يكون قد سحب من الزوجة الحق في التخليق إذا
تحقق ذلك الشرط. ولكن هذا ينطبق على حالة الإعسار فقط ولن يقف حاجزا أمام الزوجة
إذا امتنع الزوج عن الإنفاق عليها عمدا.

¹ - أحمد لعور، أنبيل صقر، الدليل القانوني في الأسرة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين
مليلة، الجزائر، 2007، ص 58؛ بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات
المحكمة العليا، مرجع سابق، ص 83.

² - للتفصيل في جريمة الهجر العائلي وأركانها ارجع إلى خلفي عبد الرحمان ، الجرائم المقيّدة بشكوى
"دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2010، ص 220
وما يليها.

³ - خلفي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 232.

⁴ - قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر
عدد 21 لسنة 2008.

⁵ - عمر زودة، مرجع سابق، ص 48.

وكذلك الشرط الذي يقضي بأنّ الإنفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة والتي يحق لها طلب التظليق بسببه هو إنفاق مثل زوجها على مثلها، وهذا ما جاء في المادة 79 من قانون الأسرة والتي أحالت إليها المادة 01/53. وكذلك المادة 78 التي تحدّد مشتملات النفقة - السابق ذكرها-. وبالتالي نلاحظ أنّ المشرّع الجزائري لم يأخذ بالرأي الفقهي القائل بأنّ طلب التفريق لا يجب أن يكون إلاّ بسبب عدم توفير الحد الأدنى للنفقة.

أمّا عن الشرط الذي أشير إليه¹ على أنّه الشرط الأول لطلب التظليق لعدم الإنفاق في القانون الجزائري، وهو امتناع الزوج عن الإنفاق قصدا وعمدا، فإنّنا نرى أنّ صيغة المادة 1/53 لم تشر لا من بعيد ولا من قريب إلى تعمد عدم الإنفاق. فالمشرّع أدرج عبارة "عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه...."، ولم يدرج عبارة "إذا امتنع الزوج عن الإنفاق"، كما فعل باقي مشرعي الدول العربية. فعدم الإنفاق يحتمل السببين، الإعسار أو الامتناع. بل والقارئ للصيغة بأكملها والتي لم يفصلها المشرّع لا بنقطة ولا بفاصلة يفهم عكس ذلك تماما، أي عكس القصد وتعمد عدم الإنفاق. لأنّ المشرّع وضع الصيغة كالآتي: "عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج...". أي أنّه لو أعسر بالنفقة ولم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج حقّ لها طلب التظليق. وهنا إشارة واضحة إلى أنّ عدم الإنفاق قد يكون سببه الإعسار، والذي قد تكون الزوجة عالمة به أثناء العقد أو لا. ولو لم يكن له هذا المعنى لما أدرج المشرّع هذا الشرط من الأساس.

ولن نذهب إلى اعتبار الإعسار فقط سببا لطلب التظليق كما يظهر من الشكل الخارجي للمادة السابقة، لأنّ الأحكام القضائية واجتهادات المحكمة العليا تشير إلى أنّ عدم الإنفاق قد يكون امتناعا كما قد يكون إعسارا. كما يبطل حق الزوجة في طلب النفقة بكل مشتملاتها، خصوصا السكن المستقل، إذا كانت تعلم بإعسار زوجها وعدم قدرته على توفير بعضها وقت العقد².

¹ - أشار إلى ذلك الدكتور بلحاج العربي والأستاذ عبد العزيز سعد.

² - باديس ذيابي، مرجع سابق، ص 33.

إضافة لما سبق، فإنّ مشرعي الدول العربية - قيد الدراسة- إذ أدرجوا عبارة الامتناع عن الإنفاق فإنّهم فصلوا بذلك وقصدوا الامتناع العمدي، ولكنهم في نفس الوقت أشاروا إلى حالات عدم الإنفاق للإعسار بإثبات ودون إثبات ... أمّا المشرّع الجزائري فقد وضع عبارة جامعة وهي عدم الإنفاق، وهي تحتل الوجهين.

فالشرط الأوّل بالنسبة لشروط طلب التطبيق لعدم الإنفاق يجب أن يصاغ كالاتي:
"عدم إنفاق الزوج على زوجته"، كما ورد في المادة.

أمّا الشرط الذي أضافه الدكتور بلحاج العربي وهو ألا يكون الامتناع عن النفقة بسبب الإعسار، فإننا نرى كذلك أنه لم يُذكر في المادة 53 ق.أ. بل على العكس من ذلك، فإنّ إدراج عبارة "ما لم تكن الزوجة عالمة بإعساره" دليل على أنه لو كان معسرا ولم تكن الزوجة عالمة بذلك لأمكنها طلب التفريق لعدم الإنفاق. وحتى العبارات التي استعملها لتبرير هذا الشرط هي في الحقيقة العبارات التي استعملها فقهاء الحنفية لتبرير عدم أخذهم بالتفريق لعدم الإنفاق سواء كان إعسارا أو امتناعا¹. والمشرّع الجزائري وغيره من مشرعي الدول العربية لم يأخذوا برأي الحنفية.

ثانيا- نوع الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق: وصف المشرّع الجزائري انحلال الرابطة الزوجية سواء كانت بإرادة الزوج أو بطلب من الزوجة على أساس المادة 53 و54 ق.أ. بأنّها طلاق. وهذا ما جاء في المادة 48: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يُحلّ عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون". ويكون بذلك قد حسم رأيه ولم يعتبر الفرقة لعدم الإنفاق فسخا. لكنّه لم يشر مباشرة إلى طبيعة الطلاق الذي يحكم به القاضي لعدم الإنفاق أو لأيّ سبب من الأسباب الواردة في المادة 53 ق.أ، وإنما أطلق حكما عاما على الطلاق بكل أنواعه. وهذا ما نفهمه من المادة 50 ق.أ التي تنص على: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد".

¹ - ارجع إلى قول الحنفية عند تبريرهم لعدم أخذهم بالتفريق لعدم الإنفاق في الصفحة 96 من هذا البحث وما يليها.

إن إجراء محاولة الصلح تخصّ كل أنواع الطلاق المذكورة أعلاه. والدليل على ذلك أنّ المشرّع في المادة 48 وبعد التعديل الأخير أضاف عبارة "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه" ثمّ تحدّث عن طرق الطلاق، وأحكام المادة 49 تنصّ على ضرورة إجراء محاولة الصلح، حيث نصّت على: "لا يثبت الطلاق إلاّ بحكم بعد عدّة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن تتجاوز مدّته ثلاثة أشهر...".

وبالعودة إلى المادة 50 ق.أ يظهر أنّ الحكم بالتطليق لعدم الإنفاق يقع طليقة بائنة لأنّ الزوج إذا أراد استرجاع زوجته - أو من كانت زوجته - بعد إصدار الحكم لا بدّ له من عقد جديد.

بالتالي يكون المشرّع الجزائري قد خالف ما ذهب إليه فقهاء المالكية باعتبار التطليق لعدم الإنفاق طلاقاً رجعيّاً بشرط استعداد الزوج الذي يريد الرجعة للإنفاق وقدرته عليه. وخالف بذلك ما أخذت به تشريعات الدول العربية السابقة.

نخلص في الأخير إلى أنّ مواد التفريق لعدم الإنفاق مأخوذة إجمالاً من الفقه الإسلامي كخيرها من مواد تشريعات الأحوال الخصيّة، خاصة ما ورد في فقه المذهب المالكي والذي أظهر سعة ودقّة في حالة عدم إنفاق الزوج على زوجته على عكس ما ذهب إليه باقي الفقهاء. أي ذهب إلى عكس ما ذهب إليه أبو حنيفة في عدم إجازته التفريق لعدم الإنفاق سواء كان قصداً أو للإعسار. كما فصلّ المالكية أكثر من الشافعية والحنابلة وكان في غاية الدقّة والموضوعية في إعطائه حق التفريق للزوجة في هذه الحالة. إلاّ أنّه أضاف شرطاً مسقطاً لحقّها في طلب الفرقة وهو علمها بالإعسار وقت العقد. لقد انفرد المشرّع الجزائري بالأخذ بهذا الشرط عن باقي التشريعات العربية التي تعرّضنا لها، في الوقت الذي لم يشر فيه إلى تفصيلات أخرى، كالنص على عدم الإنفاق بسبب الغيبة، وبالتالي لم يذكر ما إذا كانت الغيبة بعيدة أو قريبة. دون أن ننسى أنّ المشرّع الجزائري تحدّث عن العنصرين السابقين - أي الغيبة وعدم الإنفاق - في نقطة مستقلة، وهي التطليق للغياب دون عذر أو نفقة¹. لكن الأمر هنا يختلف، فالقاضي لا يحكم بالتطليق للغياب إلاّ إذا كان هذا الغياب دون عذر أو نفقة.

إذا تمعنا في الأمر نجد أنّ المشرّع - في حقيقة الأمر - لم يأخذ بالغياب كسبب مباشر للتطليق وإنما قرنه بعدم الإنفاق. ولو حللنا الأمر أكثر لفضلنا إدراج عدم الإنفاق بسبب

¹ - الفقرة 05 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.

الغياب لفقرة التطلاق لعدم الإنفاق. ثم يترك للمشرع حرية إدراج الغيبة كسبب مُجيز لطلب التطلاق أو عدم إدراجه.

نجد أخيراً، وبعد عرض شروط طلب التفريق لعدم الإنفاق، أنّ المشرّع الجزائري لم يأخذ في حقيقة الأمر إلا بالشرطين التاليين:

1. أن يكون الزوج ملزماً بالنفقة على زوجته بموجب حكم قضائي ويمتنع رسمياً عن ذلك.

2. ألا تكون الزوجة عالمة بإعساره وقت الزواج.

إنّ التساؤل يثور حول باقي الشروط التي ناقشناها من قبل في قضية ما إذا كان عدم الإنفاق هو الإعسار وعدم القدرة على الإنفاق أو الامتناع عن الإنفاق مع القدرة عليه، وما هو المقصود بالإنفاق الذي يمتنع عنه الزوج، هل هو كل مشتزمات النفقة أم لا. وما هو الحد الأدنى لعدم الإنفاق ومدى مراعاة حالة الطرفين في تقدير النفقة؟

في الحقيقة كل هذا يدرسه القاضي ويأخذه بعين الاعتبار في دعوى مستقلة عن دعوى التطلاق. فالزوجة ليس عليها إلا تقديم الحكم بالنفقة ومحضر الامتناع عن تنفيذه وإثبات عدم علمها بالإعسار أثناء العقد إذا كان الامتناع عن الإنفاق بسببه.

الفصل الثالث

التطليق لبعء الزوج عن زوجته

إنَّ أشكال الإضرار بالزوجة وتضررها منها مختلفة ومتنوعة باختلاف وتنوع أسباب كل ضرر وظروف وقوعه، فقد يمتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته فيكون قد تخلف عن أداء أحد واجباته الزوجية المتمثلة في الإنفاق. كما قد يتخلف عن أداء واجب آخر بهجر زوجته وعدم معاشرتها وأدائها حقها الشرعي وذلك إضراراً بها.

كما قد يتخلف الزوج عن أداء النفقة والمعاشرة الزوجية لسبب آخر وهو الغياب. فالغياب حتى وإن كان - وفي أحيان كثيرة - لأسباب غير إرادية، فإنه يؤدي بالضرورة إلى التخلف عن أداء الواجبات الزوجية اتجاه الزوجة. فالزوج الغائب عموماً قد لا يترك مالا تتفق الزوجة منه، كما يؤدي غيابه إلى هضم حقها الطبيعي في العلاقة الزوجية.

لكن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد، فقد تمتلك الزوجة مالا تتفق منه وقد تصبر على حقها الطبيعي في العلاقة الزوجية، لكن الغياب قد يؤدي إلى هضم حقوق أخرى، فالزوجة تحتاج إضافة إلى التكفل المادي والحسي إلى الأُنس والسكن والمشاركة في تربية الأولاد إن وجدوا وفي كافة أعباء الحياة.

لهذا أدرجنا الغياب في القسم الخاص بعدم التزام الزوج بواجباته الزوجية، وتناولنا هذا الفصل في مبثوثين، الأول يخص لدراسة التطليق بسبب غياب الزوج وفقدانه والثاني لدراسة التطليق للحبس والهجر.

المبحث الأول التطبيق لغياب الزوج ولفقدانه

إنّ الأصل في كل زوج يتمّ بين رجل وامرأة أن يكون سكنا لهما، لأنّ كل منهما ينشد مودّة الآخر وتعاطفه وإشباعه له بقربه وتواجده معه ومشاركته في تحمل أعباء الحياة. فإذا ابتعد الزوج عن زوجته وغاب عنها تبدّدت هذه الآمال ولحق بالزوجة الضرر. ووقوع الضرر مخالف للقاعدة الأصولية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية "لا ضرر ولا ضرار"، وكذا لقوله تعالى: "وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ"¹. وغياب الزوج عن زوجته قد يكون إراديا وبدون عذر، كأن يهدف الزوج إلى الإضرار بالزوجة والهروب من واجباته الأسرية أو بعذر بهدف العمل أو العلم. كما قد يكون الغياب غير إرادى كالفقد. ولاختلاف ظروف الزوج الغائب غيبة عادية عن المفقود كان لزاما علينا التعرّض لكلّ حالة على حدا لكي نبحث في الآراء الفقهية التي قيلت بشأنها وموقف تشريعات الأحوال الشخصية منها، وما إذا كانت هذه الأخيرة قد فرّقت بين هذه الحالات أم ألحقت بها حكما واحدا. لهذا سنتعرض في هذا المبحث إلى نقطتين أساسيتين وهما التطبيق للغيبة والتطبيق للفقدان.

المطلب الأول التطبيق للغيبة

يفترض في الغياب المقصود هنا أن يكون غيابا إراديا، ولكن الاختلاف في هدف وسبب الغياب، فقد يكون الغرض منه سليما كسفر الزوج لطلب العلم أو العمل إذا احتاج إليه، وقد يكون الهدف الإضرار بالزوجة فيقصد الزوج الابتعاد عن زوجته لإلحاق الضرر بها. والضرر الواقع على الزوجة بسبب غياب زوجها ضرر من نوع خاص لأنّه يختلف عن الضرر المادي الذي يكون عادة من الإيذاء بالقول أو الفعل، فهي تتضرر يقينا من غياب زوجها عنها خاصة إذا طالت المدّة وبلا عذر مقبول، لأنّ تقبلها العذر يجعلها تتقبّل الغياب وتصبر عليه. أمّا في الحالة العكسية فإنّها تتضرر لأنّه لم يصطحبها إلى

¹ - الآية 6 من سورة الطلاق.

حيث مقامه ولم يسرّحها لتتخذ زوجا غيره. ويلاحظ أنّ الغياب الذي ذكره الفقهاء هو غياب الزوج خارج البلد، أمّا إذا كان في نفس البلد الذي تسكنه الزوجة فالتطليق لا يقع بسببه وإنّما بسبب الضرر الناتج عنه كالهجر مثلا¹. فهل للزوجة، إذا غاب الزوج عنها مدّة طويلة وخشيت على نفسها الفتنة والوقوع في الحرام، طلب الفرقة لذلك أم لا؟ لمناقشة هذه القضية لا بدّ من التعرّض للأراء الفقهية ولتشريعات الأحوال الشخصية العربية قيد الدراسة.

الفرع الأوّل

الموقف الفقهي من طلب التطليق للغيبة

اختلف الفقهاء في موضوع التفريق للغيبة بين من يقول بجوازه ومن يقول بعدم جوازه.

أوّلا: الرأي القائل بعدم جواز التفريق بسبب غيبة الزوج

ذهب إلى هذا الرأي الحنفية² والشافعية³ من المذاهب الأربعة وبنفس الرأي أخذ الظاهرية⁴. ويرى هؤلاء أنّه لا يصحّ التفريق بسبب غيبة الزوج حتى وإن طالّت المدّة، لانعدام وجود أساس شرعي لهذا التفريق، ولأنّ الدليل لم يقرّ على أنّ غيبة الزوج سبب للتفريق بين الزوج وزوجته، وأنّ الأصل بقاء الزوجية حتى يقوم الدليل على جواز التطليق مهما كان نوع الغيبة. وقد نقل عن الشافعي قوله: "لا فسخ مادام الزوج موسرا وإن انقطع خبره"⁵. وكذلك قال الأحناف أنّ القضاء على الغائب لا يجوز، وبما أنّهم لا يجعلون الطلاق بيد القاضي إلّا في بعض عيوب الزوج، فإنّهم بالتالي لا يجيزون التفريق

¹ - عبد المؤمن بلباقي، مرجع سابق، ص 156.

² - الكاساني، ج 5، مرجع سابق، ص 160؛ شمس الدين السرخسي، مرجع سابق، ج 11، ص 34 و35.

³ - محمد بن إدريس الشافعي، مرجع سابق، ص 239؛ الشربيني، مرجع سابق، ص 579.

⁴ - ابن حزم، مرجع سابق، ص 142.

⁵ - أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، مرجع سابق، ص 331؛ عبد المؤمن بلباقي، مرجع سابق، ص 156.

بين الزوجين لغيبية الزوج لأنّ الضرر الأساسي الذي يسببه غياب الزوج والذي يأخذ بعض الفقهاء على أساسه بالتفريق هو ترك مباشرة الزوجة. وللأحناف في هذا رأي واضح¹، لأنهم يرون أنّ الزوج إذا دخل بزوجه مرة واحدة في العمر يكون قد وفّأها حقّها والزيادة على ذلك غير واجبة على الزوج قضاء وإنّما تجب عليه من باب حسن المعاشرة واستدامة النكاح، لهذا لا يجيز الأحناف التفريق لغيبية الزوج².

إلى نفس الرأي ذهب الظاهرية، حيث يرى ابن حزم أنّه لا يجوز فسخ نكاح أحد بمعيبته ولا إيجاب عدّة ممّن لا يصحّ موته، ولا أن يطلق أحد عن غيره³، حيث يقول: "ومن فقد فعرف موضعه أو لم يعرف، في حرب فقد أو في غير حرب وله زوجة... لم يفسخ بذلك نكاح امرأته أبداً وهي امرأته حتى يصحّ موته أو تموت هي..."⁴.

نستخلص من هذه الآراء السابقة أنّ هذا الاتجاه الفقهي ضدّ التفريق للغيبية حتى وإن طالّت مدّتها. لكن إذا رجعنا إلى قول الشافعي نجده أورد عبارة "ما دام الزوج موسراً" فإنّه لا يجوز لها طلب الفرقة. نستنتج بمفهوم المخالفة أنّه إذا انعدم الإنفاق يمكن لها طلب التفريق. لكن في هذه الحالة - وحسب تقديرنا - فإنّ طلب الفرقة هنا يكون أساسه عدم الإنفاق وليس الغياب⁵.

ثانياً: الرأي القائل بجواز طلب التفريق لغيبية الزوج

قال بهذا الرأي المالكية⁶ والحنابلة⁷، وهم يرون جواز التفريق لغيبية الزوج إذا طالّت وتضرّرت الزوجة بسببها ولو ترك لها زوجها الغائب مالا تتفق منه مدّة غيبته. وهم

¹ - سبق التعلّص له والتعليق عليه في فصل التظليق للغييب في الصفحة 58 من هذا البحث.

² - محمود محمد علي، مرجع سابق، ص 361؛ محمد حجابي، مرجع سابق، ص 450.

³ - ارجع في شرح رأي ابن حزم إلى: - أحمد نصر الجندي، الطلاق والتظليق وآثارهما، مرجع سابق، ص 331؛ عبد المؤمن بلباقي، مرجع سابق، ص 156.

⁴ - ابن حزم في المحلى، ج 10، مرجع سابق، ص 133 و134.

⁵ - لقد أدرجت هذه النقطة قصداً لأنني سأرجع إليها بالتفصيل عند استعراض موقف المشرّع الجزائري من التظليق للغيبية.

⁶ - الدسوقي والدردير، الجزء 2، مرجع سابق، ص 431؛ أحمد الحصري، الأحوال الشخصية، مكتبة الكليات الأزهرية، 1968، ص 729.

⁷ - موفق الدين بن قدامه، ج 8، مرجع سابق، ص 143.

يرون أنّ السبب الذي يجيز للزوجة طلب التفريق في هذه الحالة هو أنه من الصعب عليها المحافظة على عفتها وهي مقيمة بعيدا عن زوجها لمدة طويلة، وهذا الأمر لا تتحمّله الطبيعة البشرية في الغالب الأعمّ. وبالتالي وجب رفع هذا الضرر عنها لأنّه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام وذلك بالتفريق بينها وبين الزوج الغائب إذا رفض الحضور إليها أو نقلها إلى بلد إقامته.

ثالثا: شروط التفريق للغيبة عند القائلين به

رغم اتفاق المالكية والحنابلة على مبدأ التفريق للغيبة إلاّ أنهم اختلفوا في شروطه أي في نوع الغياب الموجب للتفريق وفي المدّة التي يُحوّل فيها للزوجة رفع أمرها للقاضي وفي وصف الفرقة الواقعة به¹.

أ- شروط التفريق للغيبة عند المالكية ونوع الفرقة الواقعة به:

1. غياب الزوج لمدة معيّنة تتضرّر فيها الزوجة عادة، لأنّ الفرقة تكون للضرر الواقع لا للضرر المتوقع وأدناها سنة، وهو المعتمد الراجح عندهم لأنّ في الأمر اختلاف بين أنصار مذهب المالكية، فهناك من يطيل المدّة إلى ثلاث سنوات.
2. أن تخشى الزوجة على نفسها الوقوع في الحرام نتيجة لغيبة الزوج عنها وينبغي أن تؤكد هي ذلك.
3. الكتابة للزوج إن علم محلّه وأمكن الوصول إليه، إمّا أن يحضر أو ترحل زوجته إليه أو يطلق. فإن امتنع أمهله القاضي بالاجتهاد وطلق عليه. أمّا إذا كان الزوج في مكان مجهول فالقاضي يطلق دون إمهال.
4. كل هذه الشروط ينبغي أن تتوفر إن كانت نفقتها دائمة أي طيلة مدّة الغياب، وإلاّ طلق عليه القاضي حالا لعدم الإنفاق.
5. ينبغي الإشارة إلى أنّ المالكية أجازوا التفريق للغيبة مطلقا ولم يفرّقوا بين الغيبة لعذر كطلب العلم أو العمل أو بدون عذر.

¹ - ارجع في تفصيل هذه الشروط إلى كل من: محمد حجابي، المرجع السابق، ص 451؛ أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، مرجع سابق، ص 331 إلى 333؛ محمود محمد علي، مرجع سابق، ص 362 إلى 365؛ محمد كمال الدين إمام، سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 445؛ أحمد محمود الشافعي، الطلاق وحقوق الأولاد، ونفقة الأقارب في الشريعة الإسلامية، دار الهدى للمطبوعات، الإسكندرية، 1997، ص 107 و108.

أما عن نوع الفرقة الواقعة للغيبة فيعتبرها المالكية طلاقاً بائناً لأن كل فرقة يوقعها القاضي تكون طلاقاً بائناً إلا الفرقة بسبب الإيلاء وعدم الإنفاق.

ب- شروط التفريق للغيبة عند الحنابلة ونوع الفرقة الواقعة به:

1. اشترط الحنابلة في الغيبة الموجبة لطلب التفريق أن تكون دون عذر، ولم يحدّد الفقهاء الأعذار على سبيل الحصر وإنما للقاضي السلطة التقديرية في ذلك.
2. حدّد الحنابلة الحدّ الأدنى للغيبة بستة أشهر أخذاً بما قرّره عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- بعد سؤاله ابنته حفصة عن المدّة التي يمكن للزوجة أن تصبر فيها على غياب زوجها.

أما عن نوع الفرقة الواقعة للغياب فإنّ الحنابلة يرون أنّها فسخ لا طلاق لأنّه فرقة لم تصدر من الزوج ولم يوكلها الزوج إلى أحد، وإنما هي فرقة بحكم القاضي ولا بدّ من حكم القاضي بالفسخ لأنّ هذا التفريق مختلف فيه.

الفرع الثاني

الموقف التشريعي من التفريق للغيبة

أخذت تشريعات الأحوال الشخصية العربية التي نحن بصدد دراستها وغيرها بالتطبيق للغيبة، وبقي لنا معرفة ما إذا كانت قد أخذت بالشروط المشتركة التي جاء بها المالكية والحنابلة أم اختلفت فيها وفيما اختلفا فيه.

سنبدأ باستعراض موقف المشرّع المصري ثمّ السوري فالمغربي والعراقي والإماراتي وأخيراً الجزائري ليتسنى لنا مقارنته بغيره من المشرّعين، وبالأراء الفقهية السابقة وتحديد نقاط الاتفاق والاختلاف إن وجدت.

أولاً: موقف التشريع المصري من التفريق للغيبة

أ- حكم التطبيق للغيبة في التشريع المصري: لقد نصّ المشرّع المصري على حق الزوجة في طلب التطلق على زوجها لغيبته عنها وذلك في المادتين 12 و 13 من القانون

رقم 1929/25¹ والتي نصّها كالآتي:

المادة 12: "إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائناً إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه".

المادة 13: "إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلاً وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها.

- فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً فرّق القاضي بينهما بتطليقة بائنة.

- وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضي عليه بلا إقرار وضرب أجل".

يفهم من النصين السابقين أنّ الغيبة المقصودة هي انتقال الزوج إلى بلد غير بلده وإقامته فيه أو رحيله إلى مكان مجهول، لأنّ بقاءه في نفس البلد مع غيابه عن الزوجة يعتبر هجراً وإيذاءً لها يستدعي التطلاق على أساس الإيذاء والضرر². كما أنّ الغائب المذكور في المادتين نوعان:

1. غائب معلوم الإقامة يمكن وصول الرسائل إليه ويجب تحقق شروط معينة للتطلاق عليه.

2. غائب مجهول الإقامة وهذا يطلق القاضي عليه دون إمهال.

كما يفهم أنّ الإنفاق لا دخل له بالغيبة لأنّه إذا انعدم الإنفاق لم تنتظر الزوجة لمدة سنة وإنّما تطلق على أساس عدم الإنفاق وليس الغيبة.

¹ - للاطلاع على هذه المواد والتعليق عليها ارجع إلى كل من : - أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين إبراهيم، مرجع سابق، ص 330؛ محمد السناري، مرجع سابق، ص 20؛ عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 418.

² - أحمد نصر الجندي، التعليق على نصوص لائحة المحاكم الشرعية وقانون الأحوال الشخصية، عالم الكتب، القاهرة، د.ت.ن، ص 188.

ب- شروط التطلق وفقا للمادتين السابقتين¹:

1. أن يغيب الزوج في بلد غير الذي تسكنه الزوجة².
2. أن تكون الغيبة سنة فأكثر، فلا تقبل دعوى التطلق للغيبة قبل مضي هذه المدّة والسنة
3. المقصودة هي السنة الشمسية وعدد أيامها 365 يوما³.
4. أن يكون الغياب بدون عذر مقبول، وتقدير العذر يرجع إلى قاضي الموضوع.
5. أن تتضرر الزوجة من الغيبة وتطلب التطلق لأنّ التضرر من الغياب هو سبب الدعوى وليس الغياب في حدّ ذاته، والتطلق حق للزوجة لا بدّ لها من طلبه بنفسها.
6. أن يتخذ القاضي الإجراءات اللازمة إذا كان الغائب معلوم المكان وتصله الرسائل بإعلامه وإمهاله فترة من الزمان قبل التطلق عليه.

ج- نوع الفرقة الواقعة للغيبة: يقع التطلق الذي يحكم به القاضي للغيبة طلاقة بئنة، وهذا ما جاء في نص المادة 12 السابقة الذكر.

خلاصة القول فيما ذهب إليه المشرّع المصري أنّ المادة 12 و 13 مزيج من المذهبين المالكي والحنبلي. بالنسبة للمادة 12 أخذ المشرّع المصري برأي المالكية في مدّة الغيبة الموجبة للتفريق. أمّا بالنسبة للمادة 13 فقد استمدّها من المذهبين المالكي والحنبلي لاتفاقهما في أحكامها وهي إجراءات إعلام الغائب وإمهاله إذا كانت الرسائل تصل إليه أو التطلق عليه دون إمهال إذا كان مجهول المكان.

ثانيا: موقف التشريع السوري من التطلق للغيبة

أ- حكم التطلق للغيبة: أخذ المشرّع السوري كغيره بالتفريق للغيبة بنصّه في المادة 109 الفقرة 1 من قانون الأحوال الشخصية رقم 59 لعام 1953¹ على ما يلي: "إذا غاب الزوج

¹ - أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين إبراهيم، مرجع سابق، ص 417، 418؛ معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، ج1، ط6، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص699؛ زكريا البري، الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية في الفقه المقارن والقانون، معهد الدراسات الإسلامية بالزمالك، د.ت.ن، ص 175؛ حسن حسنين، مرجع سابق، ص 304.

² - وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 87 لسنة 54 قضائية، أحوال شخصية، جلسة 1988/02/26، نقلا عن أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، المرجع نفسه، ص 418.

³ - طبقا لنص المادة 23 من القانون رقم 25 لسنة 1929 والتي تنص على: "المراد بالسنة في المواد من 12، 18 هي السنة التي عدد أيامها 365 يوما".

بلا عذر مقبول أو حكم بعقوبة السجن أكثر من 3 سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه".
يُلاحظ أنّ عدم الإنفاق ليس شرطاً لطلب التطلق للغيبة، فهو موضوع منفصل، فحتى وإن ترك الغائب مالا للإنفاق فهذا لا يبطل حق الزوجة في طلب التفريق.
ب- شروط التطلق للغيبة: تتلخص شروط التطلق للغيبة الواردة في المادة 109 في فقرتها الأولى على ما يلي:

1. غياب الزوج لمدة سنة كاملة على الأقل.

2. أن يكون الغياب بدون عذر.

3. أن تطلب الزوجة من القاضي التفريق.

تجدر الإشارة إلى أنّ مشروع قانون الأحوال الشخصية السوري لسنة 2009 اقترح مادة جديدة في التفريق للغيبة لصالح الزوج الغائب، بحيث لم يترك حساب مدة غياب الزوج المقدرة بالسنة مطلقاً وإنما قيدها في حالة ما إذا كانت الزوجة ذاتها مسجونة أو غائبة، وهي في هذه الحالة لا تستطيع محاسبة الزوج إذا كان غائباً، وإنما ألزمتها هذه المادة أن تبدأ حساب المدة من تاريخ خروجها من السجن أو عودتها²، حيث نصّت المادة 206 من المشروع على ما يلي: "إذا كانت الزوجة مسجونة أو غائبة فخرجت فتبدأ السنة من تاريخ خروجها من السجن أو رجوعها"³.

ج- نوع الفرقة الواقعة للغيبة: نصّت الفقرة 2 من المادة 109 السابقة على ما يلي: "هذا التفريق طلاق رجعي فإذا رجع الغائب أو أُطلق السجين والمرأة في العدة حق له مراجعتها".

يُلاحظ أنّ المشرّع السوري خالف رأي الفقهاء في اعتبار الفرقة للغياب فسحا أو طلاقاً بائناً واعتبرها طلاقاً رجعياً، وقد اختلف في ذلك مع المشرّع المصري. كما أخذ

¹ - محمد إبراهيم الكويقي، مرجع سابق، ص 41؛ أديب استانبولي، سعدلي أبو حبيب، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، 1990، ص 53 و 54.

² - ونفس المنطق أخذ به المشرّع السوري عندما اشترط على الزوجة التي تطلب التطلق للغيبة الجنسي ألا تكون هي مصابة به (المادة 105 من نفس القانون).

³ - مشروع قانون الأحوال الشخصية السوري 2009.

المشرّع السوري برأي الحنابلة في اشتراط عدم توفر عذر للغياب للاستجابة للتطبيق، ومن جهة أخرى أخذ برأي المالكية في اشتراطه سنة كحدّ أدنى للغياب الموجب لطلب التطبيق. أمّا فيما يخص التفريق بين الغيبة في مكان معلوم والغيبة في مكان مجهول لا تصل إليه الرسائل وفيما اتفق عليه الحنابلة والمالكية، فإنّ المشرّع السوري في المادة السابقة لم يشر إلى ذلك¹.

ثالثاً: موقف التشريع المغربي من التطبيق للغيبة

أ- **حكم التطبيق للغيبة:** أخذ المشرّع المغربي بالتطبيق لغياب الزوج ونصّ على ذلك في المادتين 104 و195 من المدوّنة الجديدة للأسرة² والتي جاء في نصّها ما يلي: المادة 104: "إذا غاب الزوج عن زوجته مدّة تزيد عن سنة، أمكن للزوجة طلب التطبيق. - تتأكد المحكمة من هذه الغيبة ومدّتها ومكانها بكلّ الوسائل. - تبلّغ المحكمة الزوج المعروف العنوان مقال الدعوى للجواب عنه. مع إشعاره بأنّه في حالة ثبوت الغيبة ستحكم المحكمة بالتطبيق إذا لم يحضر للإقامة مع زوجته أو لم ينقلها إليه".

المادة 105: "إذا كان الغائب مجهول العنوان، اتخذت المحكمة بمساعدة النيابة العامة ما تراه من إجراءات تساعد على تبليغ دعوى الزوجة إليه، بما في ذلك تعيين قيمّ عنه، فإن لم يحضر طلقها عليه".

ب- شروط التطبيق للغيبة:

1. الغياب لمدّة تزيد عن سنة.
2. إعلام الزوج الغائب معلوم المكان بدعوى الزوجة وتخبيره بين الحضور للإقامة معها أو نقلها إليه وإلاّ التطبيق عليه.
3. اتخاذ كل الوسائل بمساعدة النيابة العامة لتبليغ الغائب مجهول المكان فإن لم يحضر طلق القاضي عليه.

¹ - كما لم نستطع الحصول على اجتهادات لمحكمة النقض السورية تبين لنا ما إذا كان القاضي يأخذ بالإعذار والإمهال أم لا.

² - امحمد لفروجي، مرجع سابق، ص 39.

ج- نوع الفرقة الواقعة للغياب: يعتبر المشرع المغربي التطليق الواقع للغياب طلاق بائن، وهذا مانصت عليه المادة 122 من مدونة الأسرة: "كل طلاق قضت به المحكمة فهو بائن إلا في حالتي التطليق للإيلاء وعدم الإنفاق".

يُلاحظ أنّ المشرع المغربي لم يتعرض إلى ما إذا كانت الغيبة بعذر أم لا ولم يجعله شرطاً أساسياً في طلب الفرقة للغياب، ويكون بذلك قد وافق المذهب المالكي في عدم اشتراطه عدم توفر العذر للغياب وكذلك في اشتراطه الغياب لمدة سنة. كما أخذ المشرع المغربي بإجراءات الإعدار والتخيير قبل التطليق كما اتفق عليه المالكية والحنابلة.

رابعاً: موقف التشريع العراقي من التفريق للغيبة

أ- حكم التطليق للغيبة: لقد أورد المشرع العراقي الأسباب التي تطلب الزوجة التفريق بها في المادة 43 من القانون رقم 188 لسنة 1959 ومن بينها بعد الزوج عن زوجته لأي سبب¹. ومن بين هذه الأسباب:

المادة 43: "أولاً...2- إذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين فأكثر بلا عذر مشروع وإن كان الزوج معروف الإقامة وله مال تستطيع الإنفاق منه".

أول ما يلاحظ على هذه الفقرة أنّ المشرع العراقي استعمل كلمة الهجر وليس الغيبة أو الغياب كما ذهب إلى ذلك الفقهاء ومختلف المشرعين العرب، والذي يدلّ على أنه أراد الغياب هو نصّه على عبارة "وإن كان الزوج معروف الإقامة وله مال تستطيع الإنفاق منه"، ويعني هذا أنه يمكن للزوج الذي هجر زوجته أن يكون مجهول الإقامة.

والذي يؤكد كذلك أنّ المقصود بالهجر هنا هو الغيبة هو إشارة د. أحمد الكبيسي في شرحه لهذه الفقرة إلى أخذ المشرع العراقي برأي المالكية والحنابلة الذين أجازوا التفريق للغيبة².

أراد المشرع العراقي بهذا هجر الزوجة سواء كان الزوج قريباً منها أو بعيداً عنها لأنّ الهجر في كل الحالات موجود، وهو علة الحكم بالتفريق للغياب والدليل على ذلك أنّ

¹ - أحمد الكبيسي، مرجع سابق، ص 159؛ انتصار الميالي، قراءة في قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959، www.imaqcp.org.01.08.2009

² - أحمد الكبيسي، مرجع سابق، ص 160، 161.

من أخذ بالتفريق للغيبه أقرّ بالتفريق حتى بوجود النفقة وعند بعضهم حتى بوجود عذر للغياب، لأنّ العلة هي الإخلال بحقّ المرأة في المعاشرة الزوجية، وهذه العلة مشتركة مع الهجر في المضجع دون غياب الزوج وفي غيابه بعذر أو بدون عذر.

كذلك نصّت المادة 43 في الفقرة ثالثاً على ما يلي: "أ- للزوجة العراقية طلب التفريق عن زوجها المقيم خارج القطر بسبب تبعية جنسيته لدولة أجنبية إذا مضى على إقامته في الخارج مدّة لا تقل عن ثلاث سنوات بسبب منعه أو امتناعه عن دخول القطر...".

بالإضافة إلى البند 2 من الفقرة أولاً من المادة 43 فإنّ المشرّع العراقي أضاف حالات أخرى للتفريق للغياب في قرارات أصدرها مجلس قيادة الثورة¹ وهي كالتالي:
- قرار مجلس قيادة الثورة المرقّم 1529 والمؤرّخ في 1985/12/13 والذي نصّه كالآتي: " أولاً: للزوجة طلب التفريق من زوجها إذا تخلّف عن أداء الخدمة العسكرية مدّة لا تزيد عن ستة أشهر أو هرب إلى جانب العدو، وعلى المحكمة أن تحكم بالتفريق مع الاحتفاظ للزوجة بكامل حقوقها.

ثانياً: يعتبر التفريق بموجب هذا القرار طلاقاً رجعيّاً يجوز للزوج مراجعة زوجته إذا التحق بالخدمة العسكرية أو عاد من الهروب خلال مدّة العدة.
ثالثاً: إذا كرّر الزوج الهروب وحكم بالتفريق في هذه الحالة يكون طلاقاً بائناً بينونة صغرى".

ب- شروط التفريق للغيبه في التشريع العراقي:

1. هجر الزوج للزوجة وغيبته عنها لمدّة سنتين على الأقلّ. ولكن هذه المدّة تطبّق في الحالات العادية، لأنّ هناك استثناءات عليها مذكورة في قرار مجلس قيادة الثورة السابق، بحيث لم يحدّد مدّة الغياب عن الزوجة وإنّما حدّد مدة الهروب من الخدمة العسكرية والتي لا يجب أن تزيد على ستة أشهر. والاستثناء الثاني هو مدّة 3 سنوات من الغياب التي

¹ - يظهر من تسمية هذه الهيئة أنّها ذات طابع سياسي أكثر منه قانوني، وسيظهر أكثر ذلك من خلال القرارات الخاصة بالتفريق القضائي والأسباب الباعثة على ذلك، لأنّها ذات طابع سياسي ووجدت لمصلحة النظام السائد آنذاك. ويظهر من خلال عدّة مواقع إلكترونية أنّ الكثير من قرارات مجلس الثورة قد ألغيت، لكن بالرجوع إلى مرجعنا الأساسي في شرح قانون الأحوال الشخصية للدكتور أحمد الكبيسي فإنّه يظهر أنّ القرارات الخاصة بالتفريق القضائي مازالت سارية المفعول لأنّ صاحب الكتاب أشار إليها دون ذكر ما إذا كانت ألغيت أم لا، مع العلم أنّ الكتاب صادر في سنة 2006.

تتظرها الزوجة المتجنس زوجها بجنسية أجنبية والذي منع أو امتنع من الدخول إلى العراق.

2. أن يكون الغياب بلا عذر مشروع.

نستخلص في الأخير أنّ المشرّع العراقي اقترب أكثر من رأي المالكية في تحديد مدّة الغياب لأنّ أغلبهم حدّدها بسنة وهناك من حدّدها بثلاث سنوات. بالنسبة للشرط الثاني أخذ المشرّع العراقي بالمذهب الحنبلي لاشتراطه عدم وجود العذر لهجر الزوجة وغيابه عنها.

ج- نوع الفرقة الواقعة للغيبة: يعتبر التفريق الواقع للغيبة في التشريع العراقي طلاقاً بائناً بينونة صغرى وفقاً لنص المادة 45 من نفس القانون¹.

خامساً: موقف التشريع الإماراتي من التفريق للغيبة

أ- حكم التفريق للغيبة: لقد أخذ المشرّع الإماراتي كغيره بالتفريق للغيبة، وجاء ذلك في المادة 129 من ق.أ.ش حيث نصّت على ما يلي: "للزوجة طلب التطلق بسبب غياب زوجها المعروف موطنه أو محل إقامته ولو كان له مال يمكن استيفاء النفقة منه، ولا يحكم لها بذلك إلا بعد إنذاره إما بالإقامة مع زوجته أو نقلها إليه أو طلاقها، على أن يمهل لأجل لا يزيد على سنة".

ب- شروط التفريق للغيبة: يظهر من النص السابق أنّ المشرّع اشترط للحكم بالتطبيق للغيبة إذا كان الزوج معروف الإقامة، أن يتمّ إنذاره للاختيار بين أن يقيم معها أو تنتقل إليه أو يطلقها. والشرط الثاني هو إمهاله مدّة لا تزيد على سنة. ولا يشترط المشرّع عدم ترك الزوج للنفقة كشرط للتفريق، بل ترك الإنفاق لا يغيّر من الأمر شيئاً. أمّا الغائب غير معروف الإقامة فينطبق عليه حكم المفقود، بحيث لا يحكم لها بالتطبيق إلاّ بعد التحري والبحث وانتظار سنة بعد رفع الدعوى وهذا ما جاء في المادة 130 من نفس القانون.

ج- نوع الفرقة الواقعة للغيبة: نصّت المادة 105 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على ما يلي: "كل طلاق يقع رجعيًا إلاّ الطلاق المكمل للثلاث، والطلاق قبل

¹ - سبقت الإشارة إلى نفس المادة في الصفحة 128 من هذا البحث.

الدخول، وما ورد النص على بينونته"، ويفهم من هذا أنّ الفرقة الواقعة بالغيبة رجعية لأنّ المشرّع لم ينصّ على بينونتها.

سادسا: موقف المشرّع الجزائري من التطلق للغيبة

1- حكم التطلق للغيبة: نصّت المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الخامسة على حق الزوجة في طلب التطلق للغياب بنصها كالاتي: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب الآتية...5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة..".

2- شروط التطلق للغيبة: يظهر من خلال الفقرة 5 من المادة 53 أنّ المشرّع اشترط ثلاثة شروط أساسية لتمكين الزوجة من طلب التطلق في حالة غياب الزوج وهي تتمثل فيما يلي:

- أ- أن يمرّ على غياب الزوج سنة كاملة ابتداء من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى.
 - ب- أن يكون هذا الغياب دون عذر مقبول، بحيث إذا غاب الزوج لعذر ما، يراه القاضي مقبولا فإنّ الزوجة لا تجاب لدعوى التطلق حتى وإن دامت الغيبة أكثر من سنة.
 - ت- الشرط الثالث هو أن لا يترك لها الزوج، الذي غاب عنها لمدة سنة وبدون عذر مقبول، مالا تتفق منه، فإذا غاب عنها لمدة سنة أو أكثر وبدون عذر مقبول ولكن ترك لها مالا تتفق منه، فإنّها لن تجاب لدعوى التطلق لعدم توفر الشرط الأخير¹.
- إنّ الغيبة المقصودة في هذه المادة هي إقامة الزوج في بلد آخر غير الذي تقيم فيه الزوجة، أمّا إذا كان يقيم في نفس البلد فإنّ هذا يكون إهمالا ويدخل بالتالي في إطار الضرر الوارد في الفقرة 10 من نفس المادة².
- 3- نوع الفرقة الواقعة للغيبة:** إنّ الفرقة الواقعة بالتطلق للغيبة في قانون الأسرة الجزائري طلاق بائن³.

¹ - ارجع في شروط التطلق للغيبة الواردة في المادة 5/53 إلى كل من: عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 269 وما يليها؛ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 297، 298؛ باديس ذيابي، مرجع سابق، ص 45 و46.

² - بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 300.

³ - عمر زودة، مرجع سابق، ص 40، 41.

للتعليق على ما ذهب إليه المشرّع الجزائري في موضوع التطلاق للغيبة ينبغي التركيز على عدّة جوانب منها:

- يرى بعض شرّاح قانون الأسرة الجزائري، ومن خلال ما ورد في الفقرة 5 من المادة 53، أنّ المشرّع الجزائري أخذ برأي الإمام مالك وأحمد¹. لكننا نرى أنّ هذا الاتجاه قد جانب الصواب لعدّة أسباب منها: إنّ المشرّع الجزائري أخذ من حيث المبدأ برأي المالكية والحنابلة، لأنّ الشافعية والحنفية ضد مبدأ التفريق للغياب، ومن أجاز التفريق بسبب الغياب هم المالكية والحنابلة. وأخذ المشرّع برأي المالكية والحنابلة مسلك شكلي فقط، لأنّه إذا كان قد اختلف مع الحنابلة في شرط من شروط الغيبة فإنّه اختلف مع المالكية في شرطين أساسيين لم يقل بهما الفقه المالكي.

إنّ الفقه المالكي كان موضوعيا في أخذه بالتفريق للغياب لأنّه أخذ به فعلا، فالزوجة هنا تطلب التطلاق لتضررها من الغياب في حدّ ذاته، وعلة ذلك هو حاجتها النفسية والجسدية للزوج، وهذه الحاجة هي التي جعلت عمر ابن الخطاب يكتب لأمرء الجند ويأمرهم بالألّا يُمسكوا الجند عن زوجاتهم لمدة تزيد عن ستة أشهر، حتى لا تتضرر الزوجة بحرمانها من زوجها وحتى لا تفكر في الحرام. من أجل هذا الاعتبار أخذ المالكية بالتفريق للغياب بعذر أو بدون عذر، وحتى وإن ترك لها مالا تنفق منه طيلة مدة الغيبة، فالعبرة ليس في الإنفاق أو في توافر العذر المشروع وإنّما العبرة في تضرر المرأة من غياب زوجها في حدّ ذاته.

لم يشترط الحنابلة كذلك إلّا ضرورة انعدام العذر المشروع للتفريق حتى وإن ترك لها مالا تنفق منه. وإذا ناقشنا العذر المشروع، فأيّ عذر أقوى من أن يخرج المقاتل للجهاد في سبيل الله في عهد عمر بن الخطاب، ورغم ذلك يأمر أمرء الجيش بأن لا يبقى الجندي المتزوج أكثر من 4 أشهر في المعسكر لكي لا يغيب عن زوجته غيابا تتضرر منه.

يظهر من موقف المذهبين أنّهما أخذتا بالتفريق للغياب الذي يمسّ بحق الزوجة في المعاشرة الزوجية.

¹ - محمد حجارى، مرجع سابق، ص 452؛ باديس نيايى، مرجع سابق، ص 45؛ نصر سلمان، سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 142؛ عبد المؤمن بلباقي، مرجع سابق، ص 156.

- ما أخذ به المشرّع الجزائري لا علاقة له بالعلّة الحقيقية للتفريق للغياب والتي استند إليها الفقهاء. فالمشرّع الجزائري استبعد كل ضرر ينجم عن الغياب إلاّ ضرر عدم الإنفاق، وقد سبق الإشارة إليه في الفقرة 2 من نفس المادة، ولكنه هنا أطال مدّة الصبر على عدم الإنفاق إلى سنة كاملة لتتمكن الزوجة من طلب التطلق.

السؤال الذي يُطرح، ألم يتفطن المشرّع الجزائري إلى حاجة المرأة الحسيّة الطبيعيّة؟ الإجابة هي بلا، ولكن أدرجها في فقرة التطلق للهجر لمدة تفوق 4 أشهر خوفا على المرأة من التضرر لهجره لها. لكن أليست مدّة سنة أكثر بكثير من 4 أشهر والخوف على المرأة من الفتنة والوقوع في الحرام أكبر خاصة في غياب الزوج. وقد تفوق المدّة السنة بكثير ولا تطلقّ الزوجة إذا كان الغياب لعذر مشروع في تقدير القاضي، أو كان بدون عذر لكنّ الزوج ترك لها مالا تنفق منه.

- نرجع إلى السؤال الذي طرحناه سابقا، بأيّ رأي فقهي أخذ المشرّع الجزائري؟ بعدما قارنا موقف المشرّع الجزائري مع رأي المالكية والحنابلة وجدنا أنّه اختلف معهما جذريا، فالعلّة من التفريق عنده ليست الغياب في حدّ ذاته وإنما انعدام العذر والنفقة. ولو أردنا تأصيل رأي المشرّع لوجدناه أخذ دون قصد برأي من آراء الحنفية - الذين اختلفوا مع الرأي السائد عندهم القاضي بعدم التطلق للغياب - بحيث يرى هذا الرأي أنّه يمكن التطلق إذا اقترن بعدم الإنفاق، ويكون التفريق بذلك ليس على أساس الغياب وإنما على أساس عدم الإنفاق. وكذلك رأي الشافعية الذين يرون أنّه لا فسخ لغيبة مادام الزوج موسرا¹، فإذا اقترن الإنفاق بالغيبة فلا تفريق ولا فسخ، إذن لماذا لا نقول أنّ المشرّع الجزائري أخذ برأي الشافعية وبعض الحنفية فرأيه مطابق لهما تماما، فلا تطلق مادام الإنفاق متوفرا، بل أكثر من ذلك، فالمشرّع الجزائري قيّد التطلق للغياب بشرط آخر وهو عدم توفر العذر.

لقد قصد المشرّع الجزائري حين أدرج الفقرة 5 من المادة 53 التطلق لعدم الإنفاق بسبب الغيبة، لأنّ المتأمل في مبحث التطلق لعدم الإنفاق يلاحظ أنّ المشرّع الجزائري أخذ برأي المالكية ولكنه استثنى موضوع عدم الإنفاق بسبب الغياب والذي ذكره الفقهاء

¹ - أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطلق وآثارهما، مرجع سابق، ص 331.

بالتفصيل وأخذ به المشرع المصري والسوري. ورجع مرّة أخرى إلى التفريق للغيبية ولكنه قرنه بعدم الإنفاق بعدما أغفل الربط بين عدم الإنفاق والغيبية في فقرة التطبيق لعدم الإنفاق وهو موضوع واحد. ورغم ذلك يستطيع القاضي أن يأخذ بالتفريق لعدم الإنفاق بسبب الغياب لأنّ النص عام ويحتمل كل أسباب عدم الإنفاق، المهم توفر الشروط المذكورة في الفقرة 1 من المادة 53 من قانون الأسرة.

- بقي التساؤل كذلك، هل يحكم القاضي للزوجة بالتطبيق إذا أسست دعواها على عدم الإنفاق لتوفر الشروط المذكورة في الفقرة 1 رغم أنّ الزوج غائب؟ وهل إذا علم القاضي أنّ سبب عدم الإنفاق هو غياب الزوج وكان الغياب بدون عذر، فهل سيجبرها القاضي على انتظار مدّة سنة لكي تطلق على أساس الغيبية وليس على أساس عدم الإنفاق؟ وإذا كان الغياب بعذر في هذه الحالة هل يرفض القاضي دعوى التطبيق أساساً؟

إضافة إلى ذلك ينبغي التأكيد، في موضوع التطبيق للغيبية والأساس الذي استند إليه المشرع الجزائري، على أنّ ربط الغياب بعدم الإنفاق وبعدم توفر العذر لكي يُفَرَّق بين الزوج وزوجته أمر مجاني للصواب للعلّة التي من أجلها أخذ الفقهاء بالتفريق. ولعلّ ما سندرجه في مبحث التفريق للهجر والأسانيد التي استند عليها الفقهاء في ذلك تدعيم للتفريق للغيبية لأنّ الهجر فيها يدوم مدّة أطول والبعد الحقيقي للزوج عن زوجته قد يفتن الزوجة أكثر.

خلاصة القول أنّه ينبغي الحسم في موضوع التطبيق استناداً للفقرة 5 من المادة 53 من قانون الأسرة، فإمّا أن يكون للغيبية وبالتالي تلغى الشروط المقترنة بها خاصة شرط عدم الإنفاق. وإمّا أن يكون لعدم الإنفاق، وبالتالي ينبغي إلغاؤها والإشارة في الفقرة 1 من نفس المادة إلى عدم الإنفاق بسبب الغياب واشتراط المدّة التي يراها المشرع مناسبة لكي يجوز للزوجة طلب التطبيق به.

المطلب الثاني

التطبيق للفقدان

قد يبتعد الزوج عن زوجته بإرادته كالسفر لطلب العلم أو الرزق أو لأيّ حاجة أخرى، فيسمى غائباً سواء كان العذر مقبولاً أم لا. وقد يصبح هذا الغائب مفقوداً لانقطاع

أخباره، كما قد يُفتقد في كارثة من الكوارث الطبيعية أو في حرب من الحروب فيسمّى مفقوداً. وفي كلا الحالتين الزوج غائب عن الزوجة والضرر واقع عليها. فهل فرق الفقهاء بين الغائب والمفقود من حيث الآثار والنتائج أم لا؟ خاصة منها حق الزوجة في طلب الفرقة. وهل فعل مشرعو الدول العربية الشيء نفسه أم أنهم ساووا بين الغائب والمفقود؟ هذا ما سنتعرض له في نقاط ثلاثة:

الأولى في تعريف المفقود تعريفاً فقهيًا وتشريعيًا، والثانية في معرفة حكم التفريق للفقدان عند الفقهاء بالتعرض للأراء المختلفة التي قيلت في ذلك، وكذا معرفة المدّة التي يجب أن تتربصها الزوجة لكي يُفَرَّقَ بينها وبين زوجها، ومتى يبدأ حساب هذه المدّة. والثالثة في التعرض لموقف تشريعات الأحوال الشخصية العربية من المفقود وحق زوجته في طلب التطليق.

الفرع الأوّل

معنى المفقود وأقسامه

قبل التعرض لأقسام المفقود ينبغي التعرّض للتعريف من الجانب اللغوي في نقطة أولى ثمّ تعريفه من الجانب الاصطلاحي.

أولاً: التعريف اللغوي

يقال فقد الشيء يفقده فقداً أي ضاع، وفقدان الزوج هنا ضياعه وعدم معرفة حاله¹. وفقده فقداً وفقدان (بكسر الفاء وضمّه) وفقوداً وافتقده أي غاب عنه وعدمه. ويقال: "ما افتقدته منذ افتقدته" أي ما تفقدته منذ فقدته. أفقده الشيء أعدمه إيّاه، وتفقدّه وافتقده أي طلبه عند غيبته. ويقال كذلك الفاقد أي مات زوجها أو ولدها². والعرب تقول لا تتزوجنّ فاقداً وتزوج مطلقاً، ويقال: أفقده الله كلّ حميم، ويقال أيضاً: مات فلان غير فقيد ولا حميد، أي غير مُكترت لفقدانه³.

¹ - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، المجلّد الخامس، ص 3443.

² - المنجد في اللغة والأدب والعلوم، مرجع سابق، ص 622.

³ - ابن منظور، المرجع السابق، ص 3444.

ثانياً: التعريف الإصطلاحي

المفقود اصطلاحاً وصف يطلق على شخص غاب عن بلده ولا يُعرف خبره أهو حيّ أم ميّت. عرفه بعض الفقهاء بأنّه غائب لم يُدرَ موضعه وحياته وموته، وأهله في طلبه يجدّون، وقد انقطع عنهم خبره وخفي عنهم أثره. فبالجد قد يصلون إلى المراد وربّما يتأخّر اللقاء إلى يوم التتاد¹. ويعني هذا أنّ أهل المفقود لا يعرفون حياته يقينا ولا موته يقينا، وهم في بحثهم يريدون التحقق من حياته أو موته، وقد يصلون إلى النتيجة أو يتعذّر عليهم ذلك.

عرفه آخرون بأنّه الغائب الذي لا يدري حياته ولا موته². وقد قالوا في تعريف الغائب "وهو كل من تغرّب عن أهله ووطنه سواء كان ذلك في تجارة أو طلب علم أو حج أو عمرة أو جهاد أو غزو أو غير ذلك، علّم حاله ومكانه أو جهل ذلك".

يظهر من هذا التعريف أنّه يشمل كل الغائبين. وعندما نقول أنّ المفقود هو الذي لا يدري حياته ولا موته يدخل فيمن علم حالهم ومكانهم أو جهل ذلك، والمفقود جهل حاله وربّما مكانه. ويقصد بحاله أي حياته أو موته. وعبارة لا يدري يقصد بها أهله وكذلك السلطان لأنّهم المأمورون شرعا بالبحث عنه.

أمّا عبارة حياته ولا موته أي لا يعلم علم اليقين أنّه على قيد الحياة أو فارقتها، ويعني هذا أنّ مناط اعتبار الشخص مفقودا هو جهل حياته أو موته لا جهل مكانه، وبالتالي فالأسير مفقود رغم العلم بمكانه لكن لا يدري أحيّ هو أو ميت³.

ثالثاً: أقسام المفقود

يوصف الشخص بأنّه مفقود باعتبار الغيبة التي غابها وظروفها وكذلك باعتبار المكان الذي فقد فيه⁴.

1- أقسام المفقود باعتبار الغيبة:

¹ - جمال عبد الوهاب عبد الغفار، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003، الإسكندرية، ص 16.

² - الكاساني، ج8، مرجع سابق، ص 313؛ أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، مرجع سابق، ص 351.

³ - جمال عبد الوهاب عبد الغفار، مرجع سابق، ص 17 و 18.

⁴ - جمال عبد الوهاب عبد الغفار، مرجع سابق، ص 19 إلى 21.

أ- مفقود في غيبة ظاهرها السلامة، كالأسير والمسافر للحج أو العمرة أو لطلب العلم والتجارة...

ب- مفقود في غيبة ظاهرها الهلاك، أية يغلب على الظنّ موته، كمن فُقد في قتال كالحروب الأهلية أو الحرب العالمية، أو كمن فقد في أرض عمّها القتال كحرب الخليج أو غزو العراق أو ثورة التغيير في ليبيا، أو كمن فقد في سفينة غرق غالبية ركبها، أو كمن فقد في زلزال أو فيضان إلى غير ذلك.

2- أقسام المفقود باعتبار المكان المفقود فيه:

أ- المفقود في أرض الإسلام حال الأمن كمن سافر للتجارة أو العلم أو السياحة.

ب- المفقود في أرض الإسلام حال الفتنة، أو الكوارث الطبيعية أو الحوادث.

ج- المفقود بأرض العدو في حالة الحرب.

د- الأسير الذي تُعلم حياته ثم تنقطع أخباره فلا يعلم أهو حي أو ميت.

الفرع الثاني

الحكم الشرعي للتطبيق للفقدان

قبل أن نتطرق لحكم طلب التطبيق للفقدان ينبغي أولاً الإشارة إلى حكم المفقود شرعاً وأثره على غيره، ثم نتعرض لموقف الفقهاء من التفريق به.

أولاً: حكم المفقود شرعاً

المفقود عند الحنفية ومن وافقهم حيّ في حق نفسه حتى لا يقسمّ ماله بين ورثته، ميت في حق غيره حتى لا يرث هو إذا مات أحد من أقربائه، لأنّ توريث الشخص لا يتم إلاّ بعد التأكد من وفاته، وليس الحال كذلك بالنسبة للمفقود. وكذلك لا يرث المفقود الشخص المتوفى إلاّ إذا كان حياً بالتأكد والحال ليس كذلك بالنسبة له.

إنّ ثبوت الحكم بحياة المفقود يكون لانعدام الدليل المزيل لهذه الحياة، ولهذا يكون المفقود حياً في بقاء ماله على ما كان، وفي الامتناع عن تقسيم ماله بين ورثته لإبقاء ما كان على ما كان. أمّا بالنسبة لمال غيره فلم تثبت حياته لأنّ توريثه من الغير إثبات أمر لم يكن ثابتاً له ولأنّ حياته باعتبار الظاهر، والظاهر حجّة لدفع الاستحقاق. (أي لا يرثه أحد لأنّ هذا الظاهر يدفع استحقاق الغير لماله). وليس بحجّة الاستحقاق، أي لا يستحق به

ميراث غيره. فهذا الظاهر يدفع استحقاق غيره في ماله ولا يستحق به ميراث غيره. لهذا قيل أن الظاهر حجة لدفع الاستحقاق وليس حجة للاستحقاق¹.

هذا هو مغزى قول الفقهاء وبتعبيرهم الفقهي فإن سبب ذلك أن ثبوت حياة المفقود إنما جاء باستصحاب الحال، لأن حياته كانت معلومة، فيستصحب ذلك ما لم يظهر خلافه². واستصحاب الحال معتبر في إبقاء ما كان على ما كان، غير معتبر في إثبات ما لم يكن ثابتا. وفي الامتناع من قسمة ماله بين ورثته إبقاء ما كان على ما كان، وفي توريث المفقود من الغير إثبات أمر لم يكن ثابتا له، وهذا رأي الحنفية الذين قالوا بالاستصحاب حجة في الدفع لا في الإثبات.

أما الشافعية والحنابلة فيقولون بحجية الاستصحاب دفعا وإثباتا. دفعا أي يدفع استحقاق غيره في ماله، وإثباتا أي يستحق ماله في مال غيره. فعندهم المفقود تثبت حياته وله حكم الأحياء تماما فلا تزول عنه أمواله، ولا تبين منه زوجته، ويستحق نصيبه من الميراث إذا مات مورثه قبله، وكذا يستحق نصيبه من الموصى له³.

ثانيا: رأي الفقهاء في التفريق للفقدان

اختلف الفقهاء وتباينت آراءهم بالنسبة لطلب الزوجة التفريق عن زوجها المفقود، فمنهم من أعطاهم هذا الحق ومنهم من خالف ذلك.

1- الرأي القائل بعدم التفريق لفقدان الزوج إلا بعد وقت تقديري طويل لحياته: وبهذا قال الشافعية والحنفية وكذلك الحنابلة والمالكية في بعض حالات الفقدان. وسأقتصر على رأي الشافعية والحنفية في هذه النقطة لأن حكمهم واحد في كل حالات الفقدان.

¹ - أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، مرجع سابق، ص 335.

² - الاستصحاب من المصادر التبعية للفقهاء الإسلامي، والاستصحاب لغة هو المصاحبة واستمرار الصحبة، واستصحب ما كان في الماضي أي جعلته مصاحبا إلى الحال. أما في الاصطلاح الأصولي فإن هذه الصحبة تنتقل إلى الحكم، فيصح الاستصحاب معناه استبقاء الحكم الذي بت دليل في الماضي قائما في الحال حتى يوجد دليل تغيره، أو هو استدامة إثبات ما كان ثابتا أو نفي ما كان منفيا، أو هو بقاء الأمر على ما كان عليه ما لم يوجد ما يغيره. نقلا عن بلحاج العربي، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 169؛ عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ط 7، مؤسسة الرسالة، 1998، ص 267.

³ - عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 269.

يرى الحنفية أنه لا يجوز التفريق بين المفقود وزوجته لأنهم -كما سبق القول- يعتبرونه حيًا في حق نفسه ميتا في حق غيره. أي أنه يجري عليه حكم الأحياء فيما كان له فلا يورث ماله ولا تبين امرأته كأنه حي حقيقة. فلا يجوز إذن التفريق إلا إذا بلغ التسعين من عمره، أو مات أقرانه، وإلى نفس الأمر ذهب الشافعية¹، أي عدم جواز التفريق لفقدان الزوج حتى يثبت موته أو طلاقه، أو تمضي المدّة التي يغلب على الظن وفاته فيها كالسبعين والثمانين والتسعين. واشترطوا إضافة إلى ذلك ضرورة اجتهاد القاضي والحكم بموته.

لعلّ القارئ لهذا الرأي يرى أنّ أنصار هذين المذهبين يقولون بالتفريق ولكن بعد مدّة طويلة جدا، أي بعد موت الأقران. ولكن مغزى البحث عن التفريق للفقدان إنّما هو التفريق الحال أو العاجل والذي يسمح للزوجة بدفع الضرر عنها، وربّما إعادة الزواج من شخص آخر، وليس التفريق الذي يأتي بعد فوات الأوان.

- دليل الحنفية:

- 1- قول الرسول ﷺ: "امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان" أو "حتى يأتيها الخبر"².
 - 2- قول الإمام علي (رضي الله عنه) في امرأة المفقود أنّها: "تعتد من يوم يأتيها الخبر"³.
- دليل الشافعية: دليلهم أنّ النكاح ثابت بيقين فلا يُزال إلاّ بيقين، إذ لو حكم بنكاحها قبل ثبوته لنقض الحكم. كذلك لو ثبت النكاح فلا يزول إلاّ بيقين الموت أو الطلاق. وكذلك لمخالفة التفريق للقياس الجليّ، إذ لا يجوز أن يكون حيا في ماله، ميتا في حق زوجته.

2- الرأي المؤيّد للتفريق للفقدان: قال بهذا الرأي الحنابلة والمالكية، ولكنهم لم يؤيدوا التفريق مطلقا ولكن في بعض الحالات⁴ على التفصيل الآتي:

¹ - الكاساني، ج8، مرجع سابق، ص 313؛ شمس الدين السرخسي، ج11، مرجع سابق، ص 35. ارجع كذلك إلى:- عبد المؤمن بلباقي، مرجع سابق، ص 163؛ محمود محمد علي، مرجع سابق، ص 357 في الهامش.

² - علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي، سنن الدارقطني، تحقيق: السيد عبد الله هاشم يماني المدني، الجزء 3، دار المعرفة، بيروت، 1966، ص 312.

³ - رواه البيهقي، الجزء 7، مرجع سابق، حديث رقم 10449، ص 698.

⁴ - موفق الدين بن قدامه، ج7، مرجع سابق، ص 205 إلى 207؛ الخرشبي، الجزء 3، مرجع سابق، ص 310 وما يليها. الدسوقي والدردير، الجزء 2، مرجع سابق، ص 482؛ محمود محمد علي، مرجع

أ- الحنابلة: يفرق الحنابلة في مسألة التفريق للفقدان بين حالتين:

- المفقود في غيبة ظاهرها الهلاك: كمن فقد بين الصفين في القتال أو كمن فقد في غرق سفينة، أو كمن يخرج لحاجة قريبة ولا يرجع، في هذه الحالة تتربص زوجته أربع سنوات ثم تعتد عدّة الوفاة.

- المفقود في غيبة يغلب عليها السلامة: كالمسافر للتجارة أو طلب العلم أو سياحة، ففي هذه الحالة روايتان: الرأي الأوّل يقول بعدم تقسيم ماله وعدم التفريق بينه وبين زوجته حتى تثبت وفاته أو تمضي عليه مدّة يموت فيها أقرانه، وهذا الأمر يخضع لاجتهاد القاضي. والرأي الثاني يرى انتظار 90 سنة من يوم الفقد ثمّ التفريق.

ب- المالكية: أخذ المالكية بالتفريق للفقد في حالات ولم يأخذوا به في حالات أخرى. وقسموا بذلك أحوال المفقود إلى أربعة حالات:

1- مفقود في أرض الإسلام: يحكم بوفاة هذا المفقود بعد مضي 4 أعوام ويفرّق بينه وبين زوجته.

2- مفقود في معترك القتال: إذا لم يجد القاضي أي خبر عن هذا المفقود يجتهد في أمره، فإن غلب على الظن هلاكه اعتدت امرأته ولا يضرب له أجلا.

3- مفقود في قتال وفتن بين المسلمين: من حضر المعركة يحكم بوفاته بمجرد انتهاء القتال ويفرّق بينه وبين زوجته. أمّا من خرج مع الجيش فقط فإنه لا يفرّق بينهما إلا بعد مرور 4 سنوات.

4- مفقود بسبب الأسر: لا يفرّق بينه وبين زوجته لأن حياته معلومة، ولم يقصد الإضرار بها إلا بعد مرور سن التعمير مع اختلاف فقهاء المالكية في سن التعمير بين من قال 70 عاما ومن قال 80 ومن قال 90.... إلخ.

دليلهم في ذلك:

1- عن عبد الرحمان بن أبي ليلي قال: "قضى عمر بن الخطاب في المفقود تربص امرأته أربع سنين ثمّ يطلقها ولي زوجها ثمّ تربص بعد ذلك أربعة أشهر وعشرا ثمّ تزوّج"¹.

سابق، ص 358، 359 في الهامش؛ أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، مرجع سابق، ص354، 355.

¹ - البيهقي، الجزء 7، مرجع سابق، الحديث 15569، ص 732.

- 2- عن سعيد ابن المسيّب أنّ عمر وعثمان قالوا: "امرأة المفقود تتربص أربع سنين، ثم تعدت أربعة أشهر وعشرا ثم تنكح"¹.
- 3- قول الرسول ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار"². وقد استدللّ هؤلاء الفقهاء بهذا الحديث لأنّ دفع الضرر مشروع في جميع الأحوال، ولا يوجد ضرر أكبر من ترك الزوجة معلقة، لا هي ذات زوج ولا هي مطلّقة.
- 4- ثبوت الخيار في الفرقة للعنة والإيلاء رغم أنّ الزوجة لا تفتقد فيها إلاّ للوطء دون أن تفقد العشرة والنفقة، هذا الثبوت يؤدي حتما إلى ثبوت الفرقة لفقد كل هذا، أي الوطء والعشرة... إلخ.

بعد عرض هذه الأدلّة، ورغم عدم التعرّض لغالبية الآراء لتعددتها وتنوع اختلافها، نصل في النهاية إلى ترجيح الرأي القائل بالتفريق بعد 4 سنوات لأنّها كافية عموما لظهور المفقود أو التأكّد من موته، وهذا يتوافق مع مقاصد الشريعة الإسلامية المبنية أساسا على رفع الضرر ونفي الحرج، ولا ضرر أكبر من إلزام الزوجة التربص 80 أو 90 سنة أو ربما 100 سنة، لأنّ هذا يعني حرمانها من أبسط الحقوق المشروعة لأيّ إنسان، رغم أنّ هذه الآراء قال بها عدد لا بأس به من الفقهاء إلاّ أنّ باب الاجتهاد مفتوح ومقاصد الشريعة الإسلامية واضحة ولا يمكننا أبدا الفصل بين الأحكام الفقهية والقيم الأخلاقية.

الفرع الثالث

الموقف التشريعي من التطليق للفقدان

أوّلا: التشريع المصري

أ- حكم المفقود في التشريع المصري: جاءت المادة 21 من القانون رقم 25 لسنة 1929 بأحكام المفقود³، حيث نصّت عل ما يلي: "يُحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنوات من تاريخ فقده في حالة ما إذا ثبت أنّه كان على ظهر سفينة

¹ - المرجع نفسه، حديث رقم 15567، ص 732.

² - سبق تخريجه في الصفحة 17 من البحث.

³ - محمد السناري، مرجع سابق، ص 27، 28؛ أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، ص 356؛ حسن حسنين، مرجع سابق، ص 305؛ محمد كمال الدين إمام، سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 455. وغيرهم...

غرقت أو كان في طائرة سقطت، أو كان من أفراد القوات المسلّحة وفقد أثناء العمليات الحربية. ويصدر رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع بحسب الأحوال وبعد التحري واستظهار القرائن التي يغلب معها الهلاك، قراراً بأسماء المفقودين الذين اعتُبروا أمواتاً في حكم الفقرة السابقة ويقوم هذا القرار مقام الحكم بموت المفقود.

وفي الأحوال الأخرى يفوض تحديد المدّة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضي على أن لا تقل عن أربع سنوات وذلك بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حياً أو ميتاً".

يتضح من خلال ما سبق أنّ المشرّع حدّد ثلاث حالات للفقدان:

1- الحالة التي يغلب فيها الهلاك: في هذه الحالة يحكم القاضي بموت المفقود بعد مرور 4 سنوات من فقدان. ويلاحظ أنّ المشرّع ترك السلطة التقديرية للقاضي لكي يحدّد الهلاك المقصود في المادة، لأنّه لم يحصره في حالات محدّدة بعد أن يكون قد تحرّى وبكل الطرق الممكنة للوصول إلى المفقود.

2- الحالة التي يكون فيها الهلاك محققاً: وحدّدها المشرّع المصري على سبيل الحصر، وهي الحالة التي يكون فيها الشخص على ظهر سفينة أو في طائرة سقطت، أو كان من أفراد القوات المسلّحة وفقد أثناء العمليات الحربية، في هذه الحالة يُحكم على المفقود بالموت بعد مرور سنة من فقدان وبعد التحري وذلك من طرف رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع بحسب الأحوال.

3- حالات فقدان العادية والتي لا يغلب عليها الهلاك: للقاضي في هذه الحالة السلطة التقديرية في تحديد المدّة التي يحكم بعدها بالموت على ألاّ تقلّ هذه المدّة عن 4 سنوات، لكن دائماً بعد عملية التحري.

ب- حكم زوجة المفقود

1- التفريق بعد الحكم بوفاة المفقود: تنصّ المادة 22 من نفس القانون على ما يلي: "عند الحكم بموت المفقود أو نشر قرار رئيس الوزراء أو قرار وزير الدفاع باعتباره ميتاً على الوجه المبين في المادة السابقة، تعتدّ زوجته عدّة الوفاة وتقسّم تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم أو نشر القرار في الجريدة الرسمية كما تترتب كافة الآثار الأخرى".

من الآثار الأساسية التي تتبع الحكم بوفاة المفقود هي عدّة الزوجة عدّة الوفاة وبينونتها بعدها من زوجها. ويسمّى هذا تفريق لأنها ليست موت طبيعية وإنّما موت حكمية حكم بها

القاضي، وبالتالي تبين الزوجة من زوجها المفقود بناء على حكم القاضي وليس تلقائياً كما هو الحال في الموت الطبيعية.

2- التفريق قبل الحكم بوفاة المفقود: سبق لنا التعرّض للتطبيق للغيبية، ولو استعرضنا شروط التطبيق للغيبية في التشريع المصري لوجدناها متوفرة في المفقود إذا غاب أكثر من سنة دون عذر مقبول في هذه الحالة يجوز لزوجة المفقود طلب التطبيق، كما يمكن لها أن تطلب التطبيق لعدم الإنفاق عليها وعدم وجود مال ظاهر تنفّذ عليه، وهذا ما جرى عليه القضاء المصري¹.

لكن ماذا لو عاد المفقود بعد الحكم بوفاته؟ جاء نص المادة 8 من القانون رقم 25 لسنة 1920 ليجيب على هذا التساؤل: "إذا جاء المفقود أو لم يجرى وتبيّن أنه حي فزوجته له ما لم يتمتع الثاني بها غير عالم بحياة الأول، فإن تمتع بها الثاني غير عالم بحياته كانت للثاني ما لم يكن عقده في عدّة وفاة الأول". هذا إن كانت الزوجة لم تطلب التطبيق بناء على تضررها من الغيبة، أمّا إذا كان الحال كذلك فإنّ المفقود لا يسترجع زوجته لأنها مارست حقاً من حقوقها وهو التفريق بحكم القاضي على أساس التضرر من الغيبة، ولم تنتظر الحكم بالوفاة لتعتدّ منه.

ثانياً- التشريع السوري

1- حكم المفقود في التشريع السوري: عرّف المشرّع السوري المفقود في المادة 202 من قانون الأحوال الشخصية كما يلي: "المفقود هو كل شخص لا تعرف حياته أو مماته أو تكون حياته محقّقة ولكن لا يُعرف له مكان".

كما ألحق المشرّع السوري الغائب بشروط معيّنة بحكم المفقود بنصّه في المادة 203 على ما يلي: "يعتبر كالمفقود الغائب الذي منعتّه ظروف قاهرة من الرجوع إلى مقامه أو إدارة شؤونه بنفسه أو بوكيل عنه لمدة أكثر من سنة وتعطلت بذلك مصالحه أو مصالح غيره".

أمّا عن انتهاء مدّة فقدان فقد تكون بعودة المفقود أو بموته فعلياً أو حكماً وهذا ما جاء في المادة 205 من نفس القانون والتي نصّت على ما يلي: "1- ينتهي فقدان بعودة المفقود أو بموته أو بالحكم باعتباره ميتاً عند بلوغه الثمانين من العمر.

¹- أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطبيق وآثارهما، مرجع سابق، ص 358، 359.

2- ويحكم بموت المفقود بسبب العمليات الحربية أو الحالات المماثلة المنصوص عليها في القوانين العسكرية النافذة والتي يغلب عليه فيها الهلاك وذلك بعد 4 سنوات من تاريخ فقدانه".

ذكر المشرع السوري الحكم بموت المفقود في حالتين مختلفتين، الأولى في الحالات العادية أو ربما التي يغلب عليها السلامة، في هذه الحالة لا يحكم بموته إلاّ عند بلوغه 80 سنة. أمّا الثانية فهي حالة المفقود بسبب العمليات الحربية أو الحالات المماثلة والتي يغلب عليه فيها الهلاك، وهنا يحكم بموت المفقود بعد مرور 4 سنوات من تاريخ فقدانه.

أضاف مشروع قانون الأحوال الشخصية السوري لسنة 2009 شرطاً آخر وهذا ما جاء في المادة 1/213 من المشروع: "ينتهي فقدان بعودة المفقود أو ثبوت موته أو بالحكم باعتباره ميتاً عند بلوغه الثمانين من العمر، إذا مضى على فقده 4 سنوات في حالة السلم وسنة واحدة في حالة الحرب". أي أنّ المفقود إذا كان قد بلغ الثمانين ولم يمر بعد 4 سنوات من فقده في حالة السلم أو سنة في حالة الحرب فلا يحكم بالوفاة، وكذلك إذا مرّ على فقدان 4 سنوات مثلاً في حالة السلم ولم يبلغ بعد 80 سنة فلا يحكم كذلك بالفقدان، فيجب توفر الشروط مجتمعة¹.

إنّ الفقرة الجديدة المقترحة تشدّ الانتباه إلى النقص الموجود في النص الحالي المعمول به، لأنّه ينص على أنّ الحكم بالوفاة يكون بعد بلوغ المفقود 80 سنة، ولم يشر إلى المدة التي ينبغي انتظارها لكي يحكم بالفقدان إلاّ في الفقرة الثانية التي تستثني حالات الفقدان في العمليات الحربية وما شابهها والتي يحكم فيها بالوفاة بعد 4 سنوات. ويفهم من هذا أنّ الحالة التي يغلب فيها الهلاك يجب انتظار 4 سنوات من تاريخ الفقدان. وبالتالي وبمفهوم المخالفة فإنّ الحالات العادية والتي يغلب فيها السلامة يجب انتظار مدة أطول وأدناها 4 سنوات. فلو افترضنا أنّ المفقود فقد وهو يبلغ من العمر 80 سنة، فهل هذا يعني الحكم عليه مباشرة بالفقدان، بالتأكيد لا، وإنما -حسب رأينا- يجب انتظار مدة لا يمكن أن تقلّ عن 4 سنوات. وهذا هو النقص الذي ربّما أراد مشروع قانون الأحوال الشخصية استدراكه.

¹ - هذا مجرد مشروع ولم يتم بعد المصادقة عليه إلى غاية كتابة هذه الأسطر، نقلاً عن: دار العدالة والقانون العربية، مشروع قانون الأحوال الشخصية السوري،

<http://www.justice-lawhome.com/vb/showthread.php?t=5045>

2- حكم زوجة المفقود في التشريع السوري: بعد أن استعرضنا أحكام المفقود في المواد السابقة لاحظنا أنّ المشرّع لم يتعرض لزوجة المفقود في حالة الحكم بوفاته. لكن من المؤكد أنّ زوجة المفقود - وتطبيقاً للقواعد العامة- بعد الحكم بوفاته تعدّ عدّة الوفاة، وهذا ما أكده قرار الدائرة الشرعية السورية¹. وإذا كان المشرّع السوري لا يحكم بموت المفقود خاصة في الأحوال العادية إلاّ ببلوغ 80 سنة، فهل على الزوجة انتظار كل هذه المدّة لكي يفرّق بينها وبين زوجها إذا تضررت من الغياب؟ للإجابة على هذا السؤال فإننا نرى أنّه بإمكانها طلب التفريق على أساس الغيبة طبقاً للمادة 109 السابقة الذكر في موضوع التطلاق للغيبة، وهو طلاق رجعي، فإذا رجع المفقود أو الغائب أثناء العدّة أمكن مراجعتها.

ثالثاً: التشريع المغربي

1- حكم المفقود في التشريع المغربي: أخذ المشرّع المغربي بحكم المفقود كما أخذ به المذهب الحنفي، حيث نصّت المادة 326 من المدونة الجديدة للأسرة على ما يلي: "المفقود مستصحب الحياة بالنسبة لماله، فلا يورث ولا يقسم بين ورثته إلاّ بعد الحكم بتمويته، ومحمّل الحياة في حق نفسه وكذلك في حق غيره، فيوقف الحظ المشكوك فيه إلى أن يبتّ في أمره".

أمّا عن الحكم بموت المفقود فيكون بعد سنة من تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته. أمّا في الأحوال العادية فتقدير المدّة يرجع إلى القاضي، وهذا ما نصّت عليه المادة 327 من المدونة: "يحكم بموت المفقود في حالة استثنائية يغلب عليه فيها الهلاك بعد مضي سنة من تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته أو مماته. أمّا في جميع الأحوال الأخرى، فيفوض أمر المدّة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى المحكمة، وذلك كلّ بعد

¹ - جاء في قرار الدائرة الشرعية السورية أساس 215، قرار 217، بتاريخ 1977/03/28 ما يلي: "...حيث أنّ المدعي قد أثبت فقدان جده لأبيه المدعو منذ أكثر من 35 عاماً بالبينة التي قنعت بها المحكمة. وحيث أنّ فقدان ينتهي باعتبار المفقود ميتاً ببلوغه الثمانين من العمر عملاً بأحكام المادة 205 من ق.أ.ش أو بعد 4 سنوات من فقدان الحاصل بسبب العمليات الحربية.... وحينما يصدر الحكم باعتباره ميتاً تعدّ زوجته عدّة الوفاة وينحصر إرثه بمن هم على قيد الحياة...."، نقلاً عن محمد إبراهيم الكويّفي، مرجع سابق، ص 126.

التحري والبحث عنه بما أمكن من الوسائل بواسطة الجهات المختصة بالبحث عن المفقودين"¹.

2- حكم زوجة المفقود: لم تشر المواد السابقة إلى آثار الحكم بالوفاة على زوجة المفقود مثلما أشارت إلى آثار ذلك على أمواله، ولكن بالضرورة سوف تعتد الزوجة عدّة الوفاة كما هو الحال في الوفاة الطبيعية.

الملاحظ في المادة 327 من المدونة أنّ المدّة التي يفترض انتظارها في الحالة التي يغلب فيها الهلاك هي مدّة سنة، ولكن ليس بعد فقدان ولكن بعد اليأس من الوقوف على خبر الحياة أو الموت. كما أنّ المشرّع المغربي لم يحدّد المدّة التي يجب انتظارها في الحالات الأخرى، وإنّما ترك ذلك للقاضي. فالزوجة قد تنتظر سنة كما قد تنتظر مدّة أطول وفقا لتقدير القاضي. لكن هل يمكن للزوجة طلب التفريق قبل الحكم بالوفاة؟ إذا رجعنا للمادة 104 من المدونة² نجد أنّ المشرّع المغربي لم يضع قيودا أو شروطا للمرأة تمنعها من طلب التفريق للفقدان على أساس هذه المادة، وإنّما الشرط الوحيد هو غياب الزوج لمدة سنة لكي تتمكن من طلب التخليق.

رابعاً: التشريع العراقي

1- حكم المفقود في التشريع العراقي: تعرّض المشرّع العراقي للمفقود والحكم بوفاته و آثار ذلك في قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1988³، وقد عرف المفقود في المادة 86 من هذا القانون كما يلي: "المفقود هو الغائب الذي انقطعت أخباره ولا تعرف حياته أو مماته"، وعرف الغائب قبل ذلك في المادة 85 كما يلي: "الغائب هو الشخص الذي غادر العراق أو لم يعرف له مقام فيه مدة تزيد على السنة دون أن تنقطع أخباره وترتب على ذلك تعطيل مصالحه أو مصالح غيره".

¹ - امحمد لفروجي، مرجع سابق، ص 77، 76.

² - سبقت الإشارة إليها في ص 145.

³ - الوقائع العراقية، العدد 2772، الجزء 1، بتاريخ 05/05/1980، ص 696، نقلا عن:

<http://www.iraq-ld.org/LoadLawBook.aspx?SP=&SC=291120051156206&PageNum=5>

أمّا عن الحكم بوفاة المفقود فقد نصّت المادة 93 من قانون رعاية القاصرين على ما يلي: "للمحكمة أن تحكم بموت المفقود في إحدى الحالات الآتية :
أولاً- إذا قام دليل قاطع على وفاته .
ثانياً- إذا مرّت أربع سنوات على إعلان فقده .
ثالثاً- إذا فقد في ظروف يغلب معها افتراض هلاكه ومرت سنتان على إعلان فقده".

يُفهم من المادة السابقة أنّه ما لم يقدّم الدليل على وفاة المفقود فإنّ المحكمة، وإذا فقد المفقود في الظروف العادية، تحكم وفي كل الأحوال بموته بعد مرور 4 سنوات. أمّا إذا فقد في ظروف يغلب عليها افتراض الهلاك فإنّ المحكمة هنا تستطيع إصدار الحكم بوفاته بعد مرور سنتان فقط على إعلان فقده. كما يجب على المحكمة قبل ذلك أن تبذل قصارى جهدها وبكل الطرق للتأكد من حياة أو ممات المفقود، وهذا ما جاء في المادة 94 من القانون السابق. وأخيراً نصّت المادة 95 من نفس القانون على ما يلي: "يعتبر يوم صدور الحكم بموت المفقود تاريخاً لوفاته".

2- حكم زوجة المفقود: أشار المشرّع العراقي في تعديله لقانون الأحوال الشخصية سنة 1994 إلى حكم زوجة المفقود وحقها في طلب التفريق، فنصّت المادة 43 الفقرة رابعا المعدّلة على ما يلي: "1- لزوجة المفقود الثابت فقدانه بصورة رسمية أن تطلب من المحكمة التفريق عن زوجها بعد مرور أربع سنوات على فقدانه وعلى المحكمة أن تثبت من استمرار فقدان بالطريقة نفسها التي ثبت بها فقدانه ثم تصدر حكمها بالتفريق.
2- تعتد زوجة المفقود بعد الحكم بالتفريق أربعة أشهر وعشرة أيام.3- إذا عاد المفقود تستمر زوجيته لها ما لم تتزوج ويتم دخول الثاني بها حقيقة غير عالم بحياة الأول"¹.

يُفهم من نص الفقرة السابقة أنّ الزوج الذي ثبت فقدانه رسمياً لا تطلب زوجته التفريق من المحكمة إلا بعد مرور 4 سنوات على فقدانه. أمّا إذا لم يثبت ذلك رسمياً، أي أنّ الزوج غائب لمدة تفوق السنتين فالزوجة هنا بإمكانها طلب التفريق على أساس الهجر المنصوص عليه في المادة 43 فقرة أولاً 2.

¹ - صباح صادق جعفر الأنباري، قانون الأحوال الشخصية رقم 188/1959 وتعديلاته، ط7، مطبعة الزمان، بغداد، 2000، <http://www.al-ghad.org/B148021177/C189183841/E158683736> ؛ قانون رقم 08 لسنة 1994، الوقائع العراقية، العدد 3514، الجزء 1، بتاريخ 13/06/1994، ص 184، نقل عن: [http://www.iraq-](http://www.iraq-id.org/LoadLawBook.aspx?SP=&SC=291120051156206&)

الملاحظ فيما سبق أنّ المشرّع العراقي لم يشر إلى أنّ القاضي يحكم بالوفاة لكي تعتد الزوجة عدّة الوفاة، وإنّما ذكر أنّه بعد مرور 4 سنوات يمكن لها طلب التفريق ويحكم لها بذلك، بعدها تعتد 4 أشهر وعشرا. ولم يذكر الحكم بالوفاة في المادة 43 ثالثا المعدلة، رغم أنّ ذكر عدّة الوفاة يعني مباشرة أنّ القاضي قبل أن يحكم لها بالتفريق -كما جاء في النص- فإنّه يحكم بالوفاة فتعتد الزوجة تلقائيا عدّة الوفاة.

خامسا: التشريع الإماراتي

أ- **حكم المفقود في التشريع الإماراتي:** عرف المشرّع الإماراتي المفقود في المادة 2/233 من قانون الأحوال الشخصية كما يلي: "المفقود هو الغائب الذي لا تعرف حياته ولا وفاته"، كما نصّت المادة 3/237 على ما يلي: "للقاضي أن يحكم بموت المفقود في أحوال يغلب فيها هلاكه، إذا مضت سنة على إعلان فقده بناء على طلب ذوي الشأن، أو إذا مضت أربع سنوات في الأحوال العادية"، ونصّت المادة 238 على ما يلي: "يعتبر يوم صدور الحكم بموت المفقود تاريخاً لوفاته"¹.

ب- **حكم زوجة المفقود:** يفهم من نص المادتين السابقتين أنّ المفقود قد يُحكم بوفاته بعد سنة فقط من فقدانه، وفي كل الأحوال يعتبر يوم صدور الحكم بموته تاريخاً لوفاته، وبالتالي تعتد الزوجة عدّة الوفاة. أمّا إذا كان فقدانه في الأحوال العادية فإنّ الزوجة ينبغي أن تنتظر 4 سنوات ليحكم بوفاته وبالتالي بإمكانها المطالبة بالتطليق وعدم انتظار كل هذه المدّة وفقا لما جاء في المادة 130 من نفس القانون، والتي تنصّ على ما يلي: "لزوجة المفقود والذي لا يُعرف محل إقامته طلب التطليق، ولا يُحكم لها بذلك إلا بعد التحري والبحث عنه ومضي سنة على تاريخ رفع الدعوى". وقد أشار المشرّع الإماراتي إلى حالة ظهور المفقود حياً ونتائج ذلك على زوجته وهذا ما جاء في المادة 2/239: "إذا حكم باعتبار المفقود ميتاً ثم ظهر حياً:

1- عادت زوجته إليه في الأحوال الآتية:

أ - إذا لم يدخل بها زوجها الثاني في نكاح صحيح.

ب - إذا كان زوجها الثاني يعلم بحياة زوجها الأول.

ج - إذا تزوجها الثاني أثناء العدة".

¹ - شبكة المعلومات القانونية لمجلس التعاون الخليجي، الموقع السابق.

بتأمل المادة السابقة فإننا نلاحظ أنّ أحكامها تنطبق على الزوجة التي انتظرت الحكم بالوفاة لتعتدّ، وليس الزوجة التي استعملت حقّها في التطلاق، لأنّها بذلك تكون قد بانّت منه ولا علاقة لها به.

سادسا: التشريع الجزائري

أ- حكم المفقود في قانون الأسرة الجزائري: فرّق المشرّع الجزائري بين المفقود والغائب رغم أنّه ألحق بهما نفس الحكم وهو الحكم بالفقدان. فالغائب حسب ما جاء في المادة 110 هو: "الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدّة سنة وتسبب غيابه في ضرر الخير، يعتبر كالمفقود". والمفقود حسب المادة 109: "هو الشخص الغائب الذي لا يُعرف مكانه ولا يُعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلاّ بحكم".

نفهم من النصّين السابقين أنّ كل مفقود غائب وليس كل غائب مفقود، لأنّ الغائب قد يتحول إلى مفقود بانقطاع أخباره والشك في حياته، وهذه هي الظروف الجديدة التي تجعل الغائب مفقودا. كما أنّ الشخص قد يُفقد لأوّل وهلة كمفقودٍ الحرب أو الكوارث الطبيعية أو الحوادث الخطيرة كغرق البواخر أو سقوط الطائرات.

عرّف المشرّع الجزائري الغائب والمفقود بالترتيب وكان واضحا في ذلك، عكس التشريعات العربية السابقة، كما ألحق بهما نفس الحكم بعد مرور سنة من الغياب¹. أمّا عن الحكم بوفاة المفقود فإنّ المشرّع الجزائري فرّق بين حالتين:

1- الحالة التي يغلب فيها الهلاك، وهي حالة الحروب والحالات الاستثنائية ويحكم فيها القاضي بالوفاة بعد مضي 4 سنوات من الفقدان وبعد التحريّ.

2- الحالة التي تغلب فيها السلامة وتمنح سلطة تقدير المدّة للقاضي ولكن دائما بعد مضي 4 سنوات، أي أنّ القاضي يمكن له أن يتريث أكثر للحكم بالوفاة. ويعتبر المفقود

¹ - محمدي فريدة "زاوي"، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2000، ص 60.

حيًا في الفترة ما بين الفقد والحكم بالوفاة فلا تقسم أمواله ولا تحل زوجته للغير إلا من تاريخ الحكم بالوفاة¹.

ب- **حكم زوجة المفقود:** على خلاف ما جاءت به التشريعات العربية السابقة انفرد المشرع الجزائري بالنص على بدء عدّة وفاة زوجة المفقود من تاريخ الحكم بفقده وليس من تاريخ الحكم بوفاته، وهذا ما جاء في المادة 59 من قانون الأسرة الجزائري: "تعدّ المتوفى عنها زوجها بمضيّ 4 أشهر و10 أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده"، وهذا طبعاً بجانب للحقيقة لأنّ الزوجة لا تعدّ إلا بعد الوفاة الحقيقية أو الحكمية.

وفي هذا الصدد يرى الأستاذ محمد سعيد جعفر أن بدء سريان مدّة العدّة من تاريخ الحكم بالفقدان يتعارض ونصوص تقنين الأسرة التي تعتبر المفقود حياً قبل صدور الحكم بوفاته، وأنه لإزالة التناقض المذكور ينبغي ألاّ تتزوج زوجة المفقود قبل صدور الحكم بموته، وبعد الحكم بموت المفقود تكون عدّة الزوجة قد انقضت. ويعود الأستاذ لاعتبار التناقض الذي أشار إليه ظاهرياً فقط، بل اعتبر أنّ احتساب العدّة من تاريخ الحكم بالفقد يتمشى مع الحكمة من عدّة الوفاة، وهي الحرص على عدم اختلاط الأنساب والتي تكون قد تحققت من تاريخ فقده إلى تاريخ الحكم بوفاته².

لكننا نرى أنّ الحكمة من عدّة الوفاة ليس الحرص على عدم اختلاط الأنساب فقط، وإنما إظهار الحزن على فراق الزوج وهذا الفراق قد يتأكد يقيناً بعد الحكم بالوفاة، خاصة إذا كانت الزوجة مازالت تنتظر عودة زوجها. كما أنّ لعدّة الوفاة أحكام خاصة ودقيقة ينبغي على زوجة المتوفى الالتزام بها، فكيف يمكن اعتبار العدّة انقضت دون أن تعلم الزوجة أنّها كانت في حكم المعتدّة. كما نتساءل، هل كان كلّ هذا يدور في ذهن المشرع الجزائري وهو يدوّن الكلمة الأخيرة من المادة 59؟ وإذا كان كلّ هذا الكلام منطقي لماذا لم ينفذ المشرع الدول العربية لكل هذه الاعتبارات واحتسبوا العدّة بعد الحكم بالفقدان وليس بعد الحكم بالوفاة، ولماذا أخذ الفقهاء بالعدّة بعد الحكم بالوفاة وليس الحكم بالفقدان؟ وما يجعلنا نتأكد أكثر من هذا الرأي هو سياق المادة السابقة 59 لأنّ المشرع تحدّث عن

¹ - محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم، الجزائر، 2006، ص 138.

² - محمد سعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية، دروس في نظرية الحق، دار هوم، الجزائر،

2011، ص 343.

المتوفى عنها زوجها وكذا زوجة المفقود، ومن المؤكد أنه يقصد المحكوم عليه بالوفاة وليس المفقود الذي مازال يعتبر حيًا، فكيف يعتبر حيًا بالنسبة لأمواله، ميتا بالنسبة لزوجته. والخلاصة أنه خطأ مادي رغم وجوده كذلك في النص الفرنسي. والغريب في الأمر أنه لم يصحح في التعديل الأخير لقانون الأسرة¹.

يبقى التساؤل الذي يطرح نفسه دائما هل تنتظر زوجة المفقود الحكم بوفاته لكي يفرق بينها وبين زوجها؟ الإجابة هي النفي طبعاً لأنّ المشرّع، وخلافاً لما ذهب إليه مشرّعو الدول العربية السابقة، أشار مباشرة إلى أنّ لزوجة المفقود والغائب حق طلب التطلق بناءً على الفقرة 5 من المادة 53 من قانون الأسرة وهذا ما جاء في المادة 112 منه. وهذا يعني أنّ زوجة المفقود ليس لها أن تنتظر الحكم بالوفاة وإنما لها أن تطلب التطلق للغياب. ولكن ماذا عن الشروط المذكورة في المادة 5/53؟ أي ماذا لو غاب الزوج لعذر مشروع ثم انقطعت أخباره وتسربّ الشك في مدى بقائه على قيد الحياة وترك لها مالا تتفق منه، هل بإمكان الزوجة في هذه الحالة طلب التطلق وفقاً للمادة 5/53؟ بالتأكيد لا، لأنّ في هذه الحالة ينبغي لها انتظار الحكم بالوفاة وبعد مدة أدامها 4 سنوات. وفي كل الأحوال فإنّ حالة المفقود أهون على الزوجة من حالة الغياب إذا ترك لها مالا تتفق منه، ولمدة أكثر ربما بكثير من 4 سنوات، لأنّها لن تستطيع في هذه الحالة طلب التطلق ولا استصدار حكم بوفاته لأنّه مازال حياً.

المبحث الثاني

التطبيق للحبس والهجر في المضجع

قد يبتعد الزوج عن زوجته لسبب آخر مختلف تماماً عن الأسباب التي ذكرناها سابقاً، أي الغيبة والفقدان، وهذا السبب هو الحبس، ومهما كان سببه، فهل يعتبر هذا الأخير سبباً من أسباب التطلق؟

¹ - والغريب في الأمر أنّ الأستاذ فضيل العيش في مؤلفه لم يعلق على المادة وإنما قال: "وعدة زوجة المفقود تبتدئ من يوم صدور الحكم بفقده أو وفاته"، ارجع إلى فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، مطبعة طالب، 2007/2008، ص 93.

كما قد يهجر الزوج زوجته دون غيبة أو فقدان أو حبس، رغم أمر الله تعالى الأزواج بحسن معاملة زوجاتهم بقوله: "وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ"¹، وقوله كذلك: "وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ"². أي أنه بقدر ما فرض عليهن واجبات فرض لهن حقوقا يجب على الزوج أداءها. ومن واجبات الزوج تجاه زوجته إحصانها بمعاشرتها ومجامعتها. وفي المقابل جعل الله تعالى الهجر في المضجع من الوسائل التأديبية التي يمتلكها الزوج في مواجهة زوجته إذا كانت ناشزا ولم تطعه في غير ما نهى الله عنه وذلك بقوله تعالى: "وَاللَّائِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ..."³. والهجران كوسيلة للتأديب هو أن يضجع الزوج زوجته ويوليها ظهره ولا يجامعها⁴. إن الهجر المقصود هنا هو المبيت مع الزوجة في غرفة نوم الزوجية، لكن مع الإعراض عنها وعدم قربانها وهذا في حدود الشرع. ويجب أن يكون لهذا الهجر قصده وسببه الشرعي وأن لا يتعدى الحدود الشرعية، كأن يكون خارج مسكن الزوجية أو أن يتعدى مدة 4 أشهر، وإلا اعتبر ذلك هجرا يقصد به الإضرار بالزوجة ويمكن لها المطالبة بدفعه عنها. وأثار تجاوز حدود التأديب الشرعي تشبه إلى حد بعيد أحكام الإيلاء الثابت به التفريق في الفقه الإسلامي. لهذا وجب التعرض للتطليق للحبس في مطلب أول ولأحكام الإيلاء في الفقه الإسلامي في مطلب ثان بالتعرض لمعناه وحكمه الشرعي وشروطه لمعرفة مدى أخذ قوانين الأحوال الشخصية العربية به كما جاء في الشريعة الإسلامية، لهذا سنتحدث عن الهجر في التشريعات العربية في مطلب ثالث.

المطلب الأول

التطليق للحبس

قد يحبس الزوج لفعل ارتكبه، وقد نجد إرادته متوفرة في ذلك، وذلك في الغالب الأعم ولكن ليس بقصد الإضرار بالزوجة كالغياب الإرادي مثلا. وبما أن الغياب الإرادي غير

¹ - الآية 19 من سورة النساء.

² - الآية 228 من سورة البقرة.

³ - الآية 34 من سورة النساء.

⁴ - أبو الوفا محمد أبو الوفا، العنف داخل الأسرة بين الوقاية والتجريم والعقاب في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2000، ص 39.

متوفر في الحبس ينبغي التساؤل التالي: هل يحق للزوجة طلب التفريق لحبس زوجها؟ وما هو رأي الفقه وما موقف التشريعات العربية من ذلك؟

الفرع الأول

الموقف الفقهي من التطليق للحبس

إنّ المتأمل في موضوع التفريق لحبس الزوج لا يجد رأياً فقهماً صريحاً يجيز ذلك، ولا يجد مخرجاً إلاّ قياساً على ما ذهب إليه المالكية وكذلك ما ذهب إليه ابن تيمية وهو من الحنابلة:

1- فقهاء الحنفية والشافعية لا يرون التفريق للحبس لأنهم لا يرون أساساً التفريق للغيب وفقههم في ذلك متناسق. والحنابلة في الراجح عندهم يرون كذلك عدم التفريق للحبس لأنهم اشترطوا في التطليق للغيب عدم وجود العذر، والحبس بالنسبة لهم غياب بعذر وإن كان سبب العذر في ذاته غير مشروع¹.

2- أمّا المالكية والذين قالوا بجواز التفريق للغيب فإنّه لا يوجد لديهم نص يقضي بأنّ حبس الزوج يعطي للمرأة حق طلب التفريق. ولكن بالنظر إلى العلة التي علّوا بها جواز التفريق للغيب وهي تضررها من بعد زوجها عنها ولو كان غيابه لعذر، فإننا نجد أنها -أي العلة- متوفرة ومحققة في حالة حبس الزوج لمدة أكثر من سنة، لأنّ الزوج في سجنه بمثابة الغائب في سفره.

3- إنّ الرأي الواضح والذي يُستند عليه أكثر في هذه القضية هو قول ابن تيمية، وهو من الحنابلة، حيث قال: "وحصول الضرر للزوجة بترك الوطء مقتض للفسخ بكل حال، سواء كان بقصد من الزوج أو بغير قصد، ولو مع قدرته وعجزه على النفقة، فهو أولى للفسخ، وعلى هذا فالقول في امرأة الأسير، والمحبوس ونحوهما ممن تعذر انتفاع امرأته به إذا طالت فرقتة، كالقول في امرأة المفقود بالإجماع"².

¹ - محمد كمال الدين إمام، سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 449.

² - علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس البعلي الدمشقي، الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، تحقيق محمد حامد الفقي، مطبعة السنّة المحمدية، د.ب.ن، 1950، ص 247.

إنّ القياس على التفريق للغيبة للحكم على التفريق للحبس، حسب تقديرنا، أمر منطقي إلى حدّ بعيد، لأنّه يستند إلى نفس العلة. وهو قياس كذلك على رأي المالكية والذين، بالشروط التي وضعوها للتفريق للغياب، أعطوا الحق لزوجة المحبوس لمدة أكثر من سنة لطلب التفريق، وهذا ما ذهب إليه جلّ المشرّعين في الدول العربية. وكل ما استند إليه الفقهاء لإجازة التفريق للغياب يجوز الاستناد إليه لإجازة التفريق للحبس دون حاجة إلى تكرار ذلك، ودون أن نضيف الضرر المعنوي الذي يسببه حبس الزوج للزوجة والأسرة بصفة عامة، بالنظر إلى الفعل الذي يكون قد ارتكبه.

الفرع الثاني

موقف التشريعات العربية من التفريق للحبس

أولاً: التشريع المصري

أخذ المشرّع المصري برأي ابن تيمية والذي يعطي للزوجة الحق في طلب التطلاق للحبس¹ وهذا ما جاء في المادة 14 من القانون رقم 25 لسنة 1929² والتي نصّت على ما يلي: "الزوجة المحبوس عليه نهائياً بعقوبة مقيّدة للحرية مدّة 3 سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطلاق عليه بائناً للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه". يظهر من هذا النصّ شروط طلب التطلاق للحبس في التشريع المصري وتتمثل فيما يلي:

1- أن تكون العقوبة مقيّدة للحرية، وهذا يعني استثناء العقوبات السالبة للحياة والعقوبات المالية وحتى عقوبة الحبس مع وقف التنفيذ.

¹ - محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال الشخصية، دراسة تاريخية وتشريعية وقضائية، الجزء الثاني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص 151؛ عبد الحميد الشواربي، مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص 84؛ محمد أحمد شراح، محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص 127.

² - محمد السناري، مرجع سابق، ص 21.

- 2- صدور حكم نهائي على الزوج بعقوبة مقيدة للحرية، وهي الحبس والسجن والأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة. ويعني بالحكم النهائي ألا يكون قابلاً للطعن فيه بالمعارضة والاستئناف، أي حتى لو كان قابلاً للطعن فيه أو طعن بالنقض فيه فعلاً¹.
- 3- أن تكون العقوبة ثلاث سنوات فأكثر.
- 4- أن ترفع دعوى التطليق بعد مضي سنة على تنفيذ الزوج عقوبة الحبس، وهذا قياساً على غيبة الزوج سنة فأكثر².
- ويعتبر التطليق للحبس طلاقاً بائناً بنص المادة 14 السابقة.

ثانياً: التشريع السوري

- أخذ المشرع السوري برأي ابن تيمية في التفريق للحبس بقياسه على التفريق للغيبة والدليل على ذلك نصّه على التفريق للحبس في فصل التفريق للغيبة وفي نفس المادة، وهي المادة 1/109 التي نصّها كالآتي: "1- إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم بعقوبة السجن أكثر من 3 سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه".
- أما عن شروط التفريق للحبس الواردة في المادة فهي:
- 1- أن تكون العقوبة أكثر من ثلاث سنوات.
- 2- أن ترفع دعوى التطليق بعد مضي سنة على تنفيذ الزوج عقوبة الحبس.

ثالثاً: التشريع المغربي

- أخذ المشرع المغربي كذلك بالتفريق للحبس أخذاً برأي ابن تيمية، حيث نصّت المادة 106 من المدونة الجديدة للأسرة على ما يلي: "إذا حكم على الزوج المسجون بأكثر من 3 سنوات سجناً أو حبساً، جاز للزوجة أن تطلب التطليق بعد مرور سنة من اعتقاله، وفي جميع الأحوال يمكنها أن تطلب التطليق بعد سنتين من اعتقاله"³.

¹ - إجتهد قضائي، نقض جلسة 1998/10/28، الطعن رقم 480 لسنة 64 قضائية، غير منشور، نقلاً عن حسن حسانيين، مرجع سابق، ص 317.

² - أحمد إبراهيم بك، وأصل علاء الدين، مرجع سابق، ص 425؛ حسن حسانيين، مرجع سابق، ص 317، 318؛ أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، مرجع سابق، ص 343، 344.

³ - امحمد لفروجي، مرجع سابق، ص 40.

أما عن شروط طلب التطلاق للحبس الظاهرة في المادة السابقة فهي:

1- الحكم على الزوج بأكثر من 3 سنوات سجنًا أو حبسًا.

2- رفع الدعوى بعد مرور سنة من اعتقاله.

الملاحظ أنّ المشرّع المغربي أضاف عبارة "وفي جميع الأحوال يمكنها أن تطلب التطلاق بعد سنتين من اعتقاله"، وهي ربما توحى إلى أنّه لو حكم على الزوج بثلاث سنوات أو أقلّ يمكنها طلب التطلاق لكن بعد مرور سنتين من اعتقاله، ولم أجد تفسيرًا آخر لهذه العبارة. ولم يورد المشرّع المغربي في نص المادة السابقة شرط أن يكون الحكم نهائيًا، لكن القضاء المغربي ذهب إلى تأكيد هذا الشرط لقبول دعوى التطلاق التي ترفعها زوجة المسجون. وهذا ما اتجه إليه الدليل العملي لمدونة الأسرة إثر شرحه لمقتضيات المادة 106 من مدونة الأسرة الجديدة، وهو اشتراط الحكم النهائي لقبول دعوى التطلاق بسبب سجن الزوج¹.

رابعًا: التشريع العراقي

أخذ المشرّع العراقي بحق الزوجة في طلب التطلاق لحبس الزوج وهذا ما جاء في نص المادة 43 أوّلا فقرة 1 من قانون الأحوال الشخصية العراقي حيث جاء فيها ما يلي: "للزوجة طلب التفريق...1- إذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدّة 3 سنوات فأكثر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.."².

الشرط الوحيد الذي أدرجه المشرّع العراقي لتتمكن الزوجة من استعمال حقها في التطلاق للحبس هو الحكم على زوجها بعقوبة لمدّة 3 سنوات فأكثر³. فالمشرّع لم يشترط مضي مدة معينة من العقوبة فأجاز لها طلب التفريق بمجرد اكتساب القرار الدرجة

¹ - ذهبت المحكمة الابتدائية بمراكش في حكمها رقم 1410 الصادر بتاريخ 1989/06/26 في القضية عدد 88/1869 إلى عدم قبول طلب التطلاق للضرر من الزوج السجين لعلّة أنّ الزوجة لم تدلي بما يثبت بأنّ الأحكام الصادرة بحق الزوج أصبحت نهائية وغير قابلة للطعن، نقلا عن الأستاذ هشام ملاطي، التطلاق بسبب سجن الزوج، قراءة في العمل القضائي المغربي،

<http://droitcivil.over-blog.com/article-1465323.html>

² - صباح صادق جعفر الأنباري، موقع سابق؛ أحمد الكبيسي، مرجع سابق، ص 159.

³ - أحمد الكبيسي، المرجع السابق، ص 160.

القطعية، لأنّ اشتراط مرور سنة من تنفيذ العقوبة يحتمل الإفراج بصدور العفو مثلاً¹. وهذا عكس ما ذهب إليه المشرّع المصري في المادة 14 والسوري في المادة 109 والمغربي في المادة 106.

خامساً: التشريع الإماراتي

تناول المشرّع الإماراتي أحكام التفريق للحبس في المادة 131 من قانون الأحوال الشخصية رقم 28 لسنة 2005²، والتي تنصّ على ما يلي: "1- لزوجة المحبوس المحكوم عليه بحكم بات بعقوبة مقيّدة للحرية مدّة ثلاث سنوات فأكثر أن تطلب من المحكمة بعد مضيّ سنة من حبسه التطلاق عليه بائناً ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه. 2- إذا كانت الزوجة محبوسة هي أيضاً وخرجت دونه جاز لها طلب التفريق بعد مضيّ سنة على خروجها بذات الشروط الواردة في البند (1) من هذه المادة. 3- في الحالتين السابقتين يشترط للحكم للزوجة ألا يخرج الزوج من السجن أثناء نظر الدعوى أو ألا يبقى من مدّة حبسه أقلّ من ستة أشهر".

يُلاحظ من هذه المواد أنّ المشرّع الإماراتي فصلّ أكثر في التطلاق للحبس ووضّح شروط ذلك -خلافاً لغيره من المشرّعين- وتمثّل هذه الشروط فيما يلي:

- 1- أن يكون حكم الحبس نهائياً.
- 2- أن تكون عقوبة الحبس 3 سنوات فأكثر.
- 3- أن ترفع الزوجة دعوى التطلاق بعد مضيّ سنة من حبس الزوج.
- 4- ألا تكون الزوجة ذاتها مسجونة، فإن كانت كذلك انتظرت سنة بعد خروجها من السجن وبذات الشروط السابقة.
- 5- ألا يخرج الزوج من السجن أثناء نظر دعوى التطلاق.
- 6- ألا يحكم للزوجة بالتطلاق إذا تبقّى للزوج أقلّ من 6 أشهر لاستكمال مدّة العقوبة.

¹ - فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، جامعة السليمانية، العراق، 2004، ص 207.

² - شبكة المعلومات القانونية لمجلس التعاون الخليجي، الموقع السابق.

يظهر من الشروط السابقة أنّ المشرّع الإماراتي فصل أكثر في شروط طلب الزوجة التطلاق للحبس، بأن سمح لها برفع الضرر عنها حتى وإن كان للزوج مال تنفق منه، كما وضع شروطا تمنع الزوجة من التعسف في استعمال حقها في التفريق.

سادسا: التشريع الجزائري

هل أخذ المشرّع الجزائري مثل غيره من المشرّعين بالحسب كسبب من أسباب التطلاق؟ للإجابة على هذا السؤال ينبغي الإشارة إلى أنّ المادة 53 في الفقرة 4 من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل كانت تنص على الحسب كسبب للتطلاق وبشروط معيّنة، وأنّ هذه الفقرة بالذات قد مسّها التعديل، فهل أبقى المشرّع على حق الزوجة في طلب التطلاق للحبس وأضاف شروطا معيّنة لذلك؟ أم أنّه ألغاهما تماما؟ للوصول إلى الإجابة ينبغي التطرق لهذه الفقرة قبل وبعد التعديل.

1- التطلاق للحبس قبل تعديل 2005 لقانون الأسرة: كانت الفقرة 4 من المادة 53 تنصّ على ما يلي: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب الآتية: 4...- الحكم بعقوبة شائنة مقيّدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية".

أتطرق أولاً للشروط الظاهرة في هذه الفقرة¹ لنحكم هل المقصود هو التطلاق للحبس في حدّ ذاته أي الغياب عن الزوجة، أم أنّ المقصود شيء آخر؟

- شروط التطلاق وفقا للنص السابق:

أ- الحكم على الزوج بعقوبة شائنة.

ب- أن تكون العقوبة مقيّدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة.

ج- أن يكون في هذه العقوبة مساس بشرف الأسرة.

د- استحالة مواصلة الحياة الزوجية بسبب هذه العقوبة.

- **التعليق على الشروط السابقة وعلى الصياغة اللغوية لها:** انصبت كل هذه الشروط والأوصاف على العقوبة وليس على الجريمة، وفي وصف العقوبة بالشائنة أمر لم يُعرف

¹ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 294، 295؛ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 266، 267؛ باديس ذيابي، مرجع سابق، ص 42 إلى 45.

لا قانونا ولا فقها. فالعقوبة قد توصف بالمشددة والمخففة وقد توصف بالعقوبة المالية وغير المالية أو بالعقوبة السالبة للحرية وغيرها. لكن لا يمكن إحقاق الوصف الأخلاقي بالعقوبة لأنها آلية أو رد فعل المجتمع أو السلطة نتيجة قيام شخص بفعل مخالف للنظام العام، وهذا الفعل هو الذي يمكن أن يلحقه الوصف الأخلاقي، وهذا هو ربّما القصد الفعلي للمشرّع الجزائري الذي وصف العقوبة سهوا بالشائنة والمقصود هو جريمة شائنة أو بالأحرى مُشينة. ونفس الأمر عندما تحدّث المشرّع على مساس العقوبة بشرف الأسرة، فكيف يمكن للعقوبة أن تفعل ذلك؟ فالمقصود دائما هو الجريمة أو الفعل المرتكب وهو الذي يمكن أن يمسّ بشرف الأسرة وليست العقوبة. وكذلك عندما اشترط المشرّع الشرط الأخير وهو استحالة مواصلة الحياة الزوجية بسبب العقوبة. هذه العبارة لغويا يمكن أن تتحقق في حالة وحيدة، وهي أنّ طول فترة السجن تجعل الحياة الزوجية المشتركة مستحيلة وهذا لغياب الزوج. أمّا الذي قصده المشرّع هو أنّ الفعل المشين الذي عوقب من أجله الزوج مسّ بشرف الأسرة وجعل استمرار الحياة الزوجية أمرا مستحيلا.

بعد التعرض للفقرة 4 من المادة 53 قبل التعديل وبعد التعليق عليها وصلنا إلى نتيجة غاية في الأهمية، وهي أنّ المشرّع الجزائري لم يعط للزوجة حق طلب التطلاق بسبب الحبس في حدّ ذاته، مثل ما ذهب إليه الفقيه ابن تيمية قياسا على ما ذهب إليه المالكية في أنّ الحبس يعتبر غيابا ويجوز للزوجة طلب التفريق على أساسه. ما ذهب إليه المشرّع هو التطلاق بسبب الفعل الذي ارتكبه الزوج والذي مسّ بشرف الأسرة، ولعلّ في الشروط التي ذكرها المشرّع تأكيد لما توصلنا إليه، وهو تأكيد كذلك على أمر سابق، وهو أنّ المشرّع الجزائري لم يأخذ أصلا بالتطلاق على أساس الغيبة، ومن المنطقي ألاّ يأخذ بالتطلاق للحبس، وإنّما على أساس الفعل المشين الذي يكون الزوج قد ارتكبه. والذي سيؤكد هذه النظرة التي توصلنا إليها بعد هذا التحليل هو التعديل الذي لحق هذه الفقرة بالذات.

2- التطلاق للحبس بعد تعديل قانون الأسرة: لا يصحّ إطلاقا بعد تعديل قانون الأسرة وتعديل المادة 53 منه إطلاق عنوان التطلاق للحبس على الفقرة 4 من هذه المادة، لأنّ شرط الحبس ألغي تماما، وهذا عزّز أكثر وجهة النظر السابقة. حيث نصّت الفقرة 4 المعدلة على ما يلي: "يجوز للزوجة طلب التطلاق للأسباب التالية...4- الحكم على

الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية...¹.

لقد استدرک المشرع الخطأ في وصف العقوبة بالشائنة، ووصف هذه المرة الجريمة فقط على أنها تمس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية. ولا أفضل الآن التعرض لهذه الفقرة والتعليق على ماهية الجرائم الماسة بشرف الأسرة من غيرها، لأن هذه الفقرة بعد التعديل لم تعد لها علاقة بحبس الزوج والذي هو موضوعنا، وإنما أصبحت تعني التطلاق لأي ضرر معتبر شرعاً أو ربما التطلاق لارتكاب فاحشة.

نخلص في الأخير إلى أن المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري لا تأخذ بالتطلاق للحبس كما أخذ به مشرعو الدول العربية (مصر، سوريا، العراق، المغرب، الإمارات

وكذلك المشرع الأردني² والكويتي³). ويبقى المشرع العربي الذي لم يأخذ بالتطلاق للحبس في نصوص واضحة هو المشرع التونسي، لسبب بسيط وهو أنه لم يفرق بين الطلاق الذي يقع بإرادة الزوج والتطلاق الذي تطلبه الزوجة⁴، لأنه لا يأخذ إلا بالطلاق

¹ - قانون رقم 05-09 المؤرخ في 4 مايو سنة 2005 المعدل للقانون رقم 84-11، ج.ر. رقم 43 بتاريخ 2005/06/22.

² - المادة 125 من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لسنة 2010 والتي تنص على ما يلي: "الزوجة المحبوس المحكوم عليه بحكم قطعي بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من تاريخ حبسه وتقييد حريته فسخ عقد زواجها منه ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه فإذا أفرج عنه قبل صدور حكم الفسخ يرد الطلب"، نقلا عن موقع التشريعات العربية، http://www.lob.gov.jo/ui/laws/search_no.jsp?no=36&year=2010

³ - تنص المادة 138 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984 على ما يلي: "إذا حبس الزوج، تنفيذاً لحكم نهائي بعقوبة مقيدة للحرية، مدة ثلاث سنين فأكثر، جاز لزوجته أن تطلب التطلاق عليه بائناً بعد مضي سنة من حبسه، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه"، نقلا عن شبكة المعلومات القانونية لدول مجلس التعاون الخليجي، <http://www.gcc-legal.org/MojPortalPublic/DisplayLegislations.aspx?country=1&LawTreeSectionID=1392>

⁴ - (Les pays arabes, a l'exception de la tunisie, reconnaissent au mari le pouvoir de mettre unilatéralement fin au mariage en prononçant la répudiation...) par Albert Bastenier et autres, Le statut personnel des musulmans, droit comparé et droit international privé, BRUYLAN, BRUXELLES, 1992, p 334.

الذي يقع أمام القاضي إمّا بالتراضي أو بطلب أحد الزوجين بسبب الضرر أو بسبب مطالبة أحد الزوجين دون ضرر¹.

رغم ما سبق يمكن للزوجة في التشريع الجزائري أن تطلب التطلاق على أساس عدم الإنفاق أو على أساس الضرر الذي لحقها من ارتكاب زوجها لجريمة معينة على أن يقدر القاضي مدى مساس هذه الأخيرة بشرف الأسرة، ومدى إمكانية مواصلة العشرة والحياة الزوجية بعد ارتكاب الزوج لهذا الفعل.

المطلب الثاني

الإيلاء والتفريق به في الفقه الإسلامي

لقد أشرنا في عنوان المبحث إلى التطلاق للهجر، لكننا أفردنا المطلب لدراسة الإيلاء، وهذا لسبب بسيط يتمثل في أنّ الهجر في المضجع إمّا أن يكون إيلاءً بأركانه كما كان منتشرًا في القديم، أو أن يكون بسبب مرض أو ضعف جنسي وهذا موضوعه التفريق للعيب وليس للهجر، أو أن يكون هجرًا دون يمين من الزوج للإضرار بالزوجة، وهذا حسب بعض الفقهاء يأخذ حكم الإيلاء إذا تعدت مدته أربعة أشهر، وإن لم تتعداها يكون الهجر فيه صورة من صور الضرر المعتبر شرعاً²، ويرى البعض أنّه من صور الضرر السلبية، لأنّ الزوج يمتنع عن القيام بواجب من واجباته فيتسبب بذلك في الإضرار بالزوجة³، وهذا سنتعرض له لاحقاً.

¹ - جاء في مجلة الأحوال الشخصية التونسية في الفصل 31: "يحكم بالطلاق: 1- بتراضي الزوجين، 2- بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر، 3- بناء على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به"، نقلاً عن: مجلة الأحوال الشخصية، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس، 2008، ص 09.

² - من صور الضرر المعتبر شرعاً كما جاء في حاشية الدسوقي الهجر أو الضرب أو الشتم...، الدسوقي، الجزء 2، مرجع سابق، ص 343؛ محمد يوسف موسى، أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، ط1، دار الكتاب العربي، مصر، 1956، ص 340.

³ - أنور العمروسي، الطلاق بحكم القاضي، مجلة المحاماة، العدد السادس، السنة 50، يونيو 1970، ص 95.

قبل التعرض لحكم التفريق بالإيلاء وشروطه ينبغي التعرض أولاً إلى التعريف به ثم إلى أركانه وشروطه.

الفرع الأول مفهوم الإيلاء

أولاً- التعريف اللغوي: الإيلاء هو الحلف، وألى، يؤلى، إيلاء، معناه حلف، ومنه قوله تعالى: "ولا يأتل أولوا الفضل منكم"¹، والأليّة: اليمين وجمعها ألياً². وآلى إيلاء وتآلى وائتلى: حلف، والأليُّ: الكثير الأيمان³. فالإيلاء لغة هو الحلف والقسم بصفة عامة.

ثانياً- التعريف الإصطلاحي: هو أن يحلف الزوج بالله تعالى أو باسم من أسمائه أو صفة من صفاته على ترك وطء زوجته مدّة تزيد على أربعة أشهر⁴. وقد يكون حلفه مطلقاً بأن يقول "والله لا أطأ زوجتي"، أو يكون مقيداً بلفظ "أبداً"، بأن يقول "والله لا أقربها أبداً"، أو مقيداً بمدّة 4 أشهر فما فوق بأن يقول "والله لا أقرب زوجتي مدّة خمسة أشهر أو ستة...". فإن قال ما سبق كان مولياً، أمّا إذا قيده بأربعة أشهر بالضبط أو أقلّ فإنّه لا يعتبر مولياً⁵.

وفي التعريف الشرعي للإيلاء تفصيل في المذاهب⁶:

1. الحنفية: الإيلاء شرعاً هو الحلف بالله تعالى أو بصفة من صفاته أو بنذر أو تعليق طلاق على ترك قربان زوجته مدّة مخصوصة.
2. المالكية: هو حلف زوج مسلم مكلف الوطاء بما يدلّ تركه وطء زوجته غير المرضع أكثر من أربعة أشهر سواء كان الحلف بالله أو بصفة من صفاته أو بالطلاق... .

¹ - الآية 22 من سورة النور.

² - الصحّاح، للإمام الرازي، مرجع سابق، ص 17.

³ - المنجد في اللغة والأدب والعلوم، مرجع سابق، ص 14.

⁴ - عبد الحميد ميهوب، محمود محمد عوض، مرجع سابق، ص 254.

⁵ - عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص 1028.

⁶ - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 536، 537؛ عبد الرحمان الجزيري، المرجع نفسه، ص 1028 إلى 1031.

3. الشافعية: هو حلف زوج يصحّ طلاقه من وطء زوجته مطلقاً أو فوق أربعة أشهر، سواء كان حلفاً بالله أو بصفة من صفاته أو باليمين بالطلاق.

4. الحنابلة: هو حلف زوج يمكنه الجماع، بالله تعالى أو بصفة من صفاته على ترك وطء امرأته الممكن جماعها ولو كان الحلف قبل الدخول، مطلقاً أو لأكثر من أربعة أشهر.

ثالثاً- الأصل التاريخي للإيلاء¹: كان الإيلاء، إلى جانب الظهار، طلاقاً في الجاهلية. وكان يستعمله العرب للإضرار بالزوجة. فكان الزوج يقسم على عدم قربان زوجته لسنة أو أكثر ويكرّر الحلف عند انتهاء المدّة ليجعل الزوجة معلّقة، لا هي ذات زوج، ولا هي مطلّقة للإضرار بها ولمنعها من الزواج بغيره. وقد استمرّ الإيلاء فترة في أوّل الإسلام حتى نزل قول الله تعالى: " لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ"². فبهاتين الآيتين حدّد المولى عزّ وجلّ للزوج المولى من زوجته مدّة أقصاها أربعة أشهر لا ينبغي تجاوزها، فإمّا أن يفيء إلى زوجته أو يكفر عن يمينه أو يطلقها بعد مرور المدّة.

الفرع الثاني

أركان الإيلاء وشروطه

نتعرض في هذا الفرع لأركان الإيلاء التي قال بها الفقهاء مع اختلافهم في ذلك ثم لشروطه.

أولاً: أركان الإيلاء

اختلف فقهاء الحنفية مع جمهور الفقهاء في أركان الإيلاء³، فالحنفية يرون أنّ الركن الوحيد في الإيلاء هو صيغة الحلف، أي الحلف على ترك قربان زوجته مدّة معيّنة. وينعقد الإيلاء ككل الإيمان سواء في خانة الرضا أو الغضب. إلا أنّ الحنفية وضعوا شروطاً لهذا الركن، وهي شرط لصحته، منها ما يشترط في صحة حكم حنث المولى في

¹ - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 536.

² - الآيتان 226، 227 من سورة البقرة.

³ - عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص 1031 إلى 1033؛ وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص 539 إلى 542؛ محمد عزمي البكري، الأحوال الشخصية، دار محمود للنشر والتوزيع، د.ت.ن، ص 266.

يمينه باعتبار الإيلاء يمين، وإنما يخالفه في حكم البر بيمينه، لأنّ تحقق البر باليمين يترتب عليه وقوع الطلاق، لأنّ الإيلاء فيه تعليق الطلاق البائن بشرط البر باليمين كأن يقول المولي: إذا مضت أربعة أشهر ولم أقربك فيها فأنت طالق بائن. لهذا ينبغي أن يكون المولي عاقلاً بالغاً وأن يكون النكاح قائماً¹.

أمّا جمهور الفقهاء فيرون أنّ للإيلاء 4 أركان، الحالف، والمحلوف به، والمحلوف عليه والمدة:

1- الحالف: من بين الشروط التي جاء بها الفقهاء الثلاثة في الزوج وهو الحالف - مع الاختلاف في بعض التفاصيل - ضرورة أن يكون الزوج مسلماً، عاقلاً، بالغاً، يمكنه الجماع أي لا يوجد مانع يمنعه عن ذلك كالغياب أو المرض....

2- المحلوف به: هو الله تعالى وصفاته بالاتفاق، وكذلك كل يمين يلزم عنها النذر، إلاّ الحنابلة لم يأخذوا لم يأخذوا بالحلف بغير الله وصفاته.

ولكن ماذا لو هجر الزوج زوجته مدة تفوق 4 أشهر دون أن يحلف أي أنه ترك الوطء دون يمين، هل يعتبر هذا إيلاء. طبعاً لا يسمى إيلاء لأنّ الأصل فيه الحلف أو القسم ولكن يلزمه حكم الإيلاء إذا قصد الإضرار بالزوجة²، وهذا ما ذهب إليه المالكية والحنابلة³.

3- المحلوف عليه: وهو الجماع بكل لفظ يقتضي ذلك.

4- المدة: وهي في رأي المالكية والحنابلة والشافعية أن يحلف الزوج ألاّ يطأ زوجته أكثر من 4 أشهر، وفي رأي الحنفية أربعة أشهر فأكثر فإن كان أقسم على ألاّ يقرب زوجته لمدة 4 أشهر فقط كان مولى عند الحنفية ولا يكون مولى عند الجمهور. وسبب اختلاف الفقهاء حول المدة هل هي 4 أشهر فقط أو أكثر هو اختلافهم في الفيء، أي الرجوع إلى قربان الزوجة، هل يكون قبل مضي الأربعة أشهر أو بعد مضيها.

يرى فقهاء الحنفية أنّ الفيء لا بدّ أن يكون قبل مضي 4 أشهر، وبالتالي فهم يرون أنّ مدة الإيلاء هي 4 أشهر. أمّا الجمهور (المالكية والحنابلة والشافعية) فيرون أنّ الفيء يكون بعد مضي 4 أشهر وبالتالي فمدة الإيلاء تكون أكثر من 4 أشهر.

¹ - أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، مرجع سابق، ص 427،.

² - سنحتاج إلى هذا الرأي عند التعرض إلى ما ذهب إليه بعض مشرعيّ الدول العربية وعلى رأسهم المشرّع الجزائري.

³ - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 541.

ثانيا: شروط الإيلاء

للإيلاء 4 شروط عند جمهور الفقهاء¹:

1. أن يحلف الزوج ألا يظأ زوجته أكثر من 4 أشهر، بالله عزّ وجلّ أو بصفة من صفاته كالرحمان أو رب العالمين، أو يمكن الحلف بالطلاق أو بنذر ما، ما عدا الحنابلة فهم يرون عدم الحلف بغير الله تعالى وصفاته وأسمائه.
2. أن يحلف على ترك الوطء أكثر من 4 أشهر، ودليلهم في ذلك أنّ الله تعالى جعل للمولي تربص أربعة أشهر، ولا معنى للتربص 4 أشهر إذا حلف على 4 أشهر فقط أو دونها.
3. أن يحلف الزوج على ترك الوطء في القبل، فإن حلف على عدم وطئها في الدبر لم يكن موليا، لأنّه لم يترك الوطء الواجب عليه، ولا تتضرر المرأة بتركه بل على العكس لأنّه وطء محرّم.
4. أن يكون المحلوف عليها زوجة لقوله تعالى: "لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ"، ولأنّ غير الزوجة لا حق لها في وطئه. ويصحّ الإيلاء من المطلقة رجعيا ولا يصح من المطلقة بائنا لانقطاع علاقة الزوجين².

الفرع الثالث

الحكم بالتفريق للإيلاء ونوع الطلاق الواقع به

أولاً: الحكم بالتفريق للإيلاء

يقول تعالى: "فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ"³، يظهر من الآية الكريمة أنّ الشرط الوحيد الذي ينهي الإيلاء ولا يُفرّق به بين الزوجين هو الفيئة أي أن يفيء الزوج لزوجته. والفيء إلى الزوجة هو العودة إليها بقربانها، ويعني ذلك حنث الزوج، وإذا حنث الزوج لزمته الكفارة أو تنفيذ الجزاء المعلق كمن آلى من زوجته بنذر فعلية في حالة

¹ - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 543، 544.

² - Ghaouti Benmalha, Le Droit Algerien De La Famille, office de publication universitaire, 1993, p 172 et 173.

³ - الآيتين 226 و 227 من سورة البقرة.

الفيء تنفيذ النذر. أما الحنث فيستوجب على الزوج كفارة اليمين كسائر الأيمان، وهي إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير رقبة بالنسبة للموسر، فإن لم يجد شيئاً من ذلك وجب عليه صيام ثلاثة أيام متتابعات لقوله تعالى: «لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ..»¹.

أما إذا انقضت مدة الإيلاء المتمثلة في 4 أشهر ولم يفئ الزوج لزوجته، فقد اختلف الفقهاء في ذلك وخالف الحنفية رأي الأئمة الثلاث.

الرأي الأول: يرى الحنفية كما رأى الصحابييان ابن مسعود وزيد ابن ثابت وقوع الطلاق بمجرد انقضاء مدة الإيلاء، واستدلوا بأية الإيلاء السابقة. ووجه الاستدلال أن الله تعالى حدّد المدة بأربعة أشهر، ولو كانت الفيئة بعد هذه المدة لزد ذلك على مدة الإيلاء المحددة بالنص. وكذلك لو جامع الزوج المولي زوجته قبل انقضاء مدة 4 أشهر لزال الإيلاء. ولا يحدث هذا إذا فاء إليها بعد ذلك².

الرأي الثاني: وهو رأي الجمهور، وهم يقولون بعدم وقوع الطلاق بانتهاء مدة الإيلاء، إنما يقع بعد انقضاء مدة أربعة أشهر بعد مطالبة المولى بالفيئة (أي بمراجعة زوجته). أي أن الطلاق لا يقع مباشرة بعد انقضاء المدة، وقد استدلوا في ذلك بأدلة منها:

1. إن الله تعالى جعل مدة الإيلاء حقا للأزواج ولم يجعلها عليهم، وبما أنها أجل فلا يستحق المطالبة فيها، بل بعدها كأجل الدين. وإن أوجبنا المطالبة فيها فلم تعد أجلا، فمن التناقض اعتبارها أجلا وتتم فيها المطالبة. فإذا منح الدائن أجلا للمدين 4 أشهر للسداد، فمن غير المعقول أن يطالبه بالسداد خلال المدة وإنما بعد انقضاء هذه المهلة.

2. قول الله تعالى: «فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم»، فذكر الفيئة بعد مدة التريص بفاء التعقيب «فإن فاءوا» يعني أن يكون هذا بعد انتهاء المدة، وينطبق هذا على ما قاله تعالى في الطلاق: «الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان»³، فالإمساك بالمعروف أو التسريح بإحسان يُخيّر بينهما الزوج بعد الطلاق الثاني وليس قبله.

¹ - الآية 89 من سورة المائدة.

² - ابن قيم الجوزية، مرجع سابق، ص 307.

³ - الآية 229 من سورة البقرة.

إنّ الرد على القول أنّ فاء التعقيب يوجب أن تكون الفيئة بعد الإيلاء لا بعد المدّة، يتمثل في أنّه قد تقدّم في الآية ذكر الإيلاء ثم تلاه ذكر المدّة ثم أعقبها بذكر الفيئة والفاء لا يمكن أن تعود إلى أبعد المذكورين وإنما تعود إليهما أو إلى أقربهما.

3. الدليل الثالث قوله تعالى: "وإن عزموا الطلاق"، والعزم ما عزم العازم على فعله. ويرد على قول الرأي الأوّل أنّ ترك الفيئة عزمٌ على الطلاق هو أنّ العزم إرادة جازمة لفعل المعزوم عليه أو تركه. وهم يوقعون الطلاق بمجرد انتهاء المدّة، حتى وإن لم يكن منه عزم لا على الوطء أو على تركه، بل حتى ولو عزم على الفيئة ولكنه لم يجامع لطلّقوا عليه بمضي المدّة ولم يعزم الطلاق والآية السابقة واضحة.

4. الدليل الرابع أنّ الله سبحانه وتعالى خير الزوج بين أمرين، الفيئة أو الطلاق، والتخيير بين أمرين لا يكون إلّا في حالة واحدة، وإذا كان في حالتين لكان ترتيباً لا تخييراً. وعند أصحاب الرأي الأوّل الفيئة أثناء المدّة وعزم الطلاق بانقضاء المدّة وبالتالي لم يقع التخيير في حالة واحدة، لأنّ بعد مضي المدّة يقع الطلاق ولا يمكنه الفيئة، وأثناء المدّة يمكنه الفيئة ولم يحضر بعد وقت الطلاق الذي لا يكون إلّا بعد مضي المدّة.

5. الدليل الخامس أنّ التخيير بين أمرين يقتضي أن يكون فعلهما إليه ليصحّ منه اختيار فعل وترك الآخر وإلّا فلا خيار.

6. الدليل السادس قوله تعالى "وإن عزموا الطلاق فإنّ الله سميع عليم" يقتضي أن يكون الطلاق قولاً يسمع.

7. والرد على أصحاب الرأي الأوّل في أنّه لو كانت الفيئة بعد المدّة لزادت على أربعة أشهر ليس بصحيح لأنّ الأربعة أشهر مدّة لزمّن الصبر الذي لا يستحق فيه المطالبة، وبمجرّد انقضائها يستحق عليه الحق، فلها أن تعجل المطالبة به¹.

خلاصة القول في التفريق بالإيلاء أنّ الحنفية يرون وقوع الطلاق بمجرد انتهاء مدّة 4 أشهر، أمّا الجمهور فهم يرون أنّ الطلاق لا يقع بانتهاء مدّة الإيلاء وإنما بعد انتهاء مدّة 4 أشهر يُطالب الزوج بالفيئة أو الطلاق أو يطلّق عليه القاضي. وحسب تقديرنا فإنّ رأي الجمهور كان أكثر صواباً استناداً لما قدموه من أدلّة ورعاية لمصلحة الأسرة.

¹ - ابن قيم الجوزية، مرجع سابق، ص 308 إلى 310؛ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 554، 555؛ عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 1034.

ثانياً: نوع الطلاق الواقع بالإيلاء

هل يقع الطلاق بالإيلاء رجعياً بحيث يمكن للمطلق مراجعة زوجته أثناء العدة أم أنه طلاق بائن؟

يرى المالكية¹ والشافعية² وقوع الطلاق بالإيلاء رجعياً، أما الحنفية³ وبعض الحنابلة⁴ فيرون أنه يقع بائناً، لأنه لا معنى للطلاق هنا إذا كان رجعياً، ولا معنى لرفع الضرر عن الزوجة لأنها لا تصل بذلك إلى حقها المرجو بعد التفريق، وهذا حسب رأينا هو الرأي الأصوب.

المطلب الثالث

موقف التشريعات العربية من التطليق للهجر

هل أخذ مشرعو الدول العربية قيد الدراسة بالتفريق للإيلاء بشروطه السابقة، أم أنه أدرج الهجر فقط كسبب من أسباب التفريق؟ وهل للهجر إذا فاقت مدته أربعة أشهر أو أكثر نفس حكم الإيلاء؟

لقد سبق وأن تعرضنا لرأي المالكية والحنابلة في أنّ من ترك الوطء بغير يمين لزمه حكم الإيلاء إذا قصد الإضرار بالزوجة، فيحدّد له مدّة 4 أشهر ثم يحكم له بحكم الإيلاء للاشتراك في العلة لأنّ العبرة بالضرر الواقع ونوعه وكيفيته وليس في القسم في حدّ ذاته لأنه قد يقسم ويفيء إلى زوجته ولكنه قد يهجرها لمدّة أطول دون قسم.

الفرع الأوّل

الهجر في التشريع المصري

لم يفرد المشرّع المصري مادة قانونية مستقلة خاصة بالهجر أو الإيلاء، وإنما اعتبر الهجر من بين الضرر الذي قد يقع على الزوجة من طرف الزوج والذي نصّ عليه في

¹ - ابن رشد الحفيد، مرجع سابق، ص 1491.

² - محمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله، مرجع سابق، ص 121.

³ - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 555.

⁴ - موفق الدين بن قدامة، ج8، مرجع سابق، ص 542، 543.

المادة 6 من القانون 25 / 1929. ومن اجتهادات محكمة النقض المصرية أنّ من أنواع الضرر الموجبة للتفريق ثبوت واقعة هجر الزوج زوجته في الفراش والتي تكفي وحدها للحكم بالتفريق¹. كما اعتبرت غيبة الزوج عن بيت الزوجية مع الإقامة في بلد واحد صورة من صور الهجر المحقق للضرر، والهجر أهم أنواع الضرر. كما اعتبرت تراخي الزوج عمدا في الدخول بزوجه والاستقرار في حياة زوجية لعدّة سنوات ضرب من ضروب الضرر إذا كان السبب راجع إليه²، ويعتبر هذا بالتالي هجرا.

خلاصة القول بالنسبة للتشريع المصري أنّه لم يأخذ بالإيلاء بشروطه المذكورة عند الفقهاء في نصوصه القانونية، كما أنّه لم يخصص نصا قانونيا للهجر، وإنّما جعله ممّا اشتملت عليه المادة السابقة والتي تضم كل أنواع الضرر المعتبر شرعا بشروط خاصة سيتمّ التعرّض إليها عند الحديث عن التطبيق للضرر.

الفرع الثاني

الهجر في التشريع السوري

أدرج المشرّع السوري التفريق القضائي في الباب الثالث من قانون الأحوال الشخصية وقسمه إلى أربعة فصول. خصّص الأوّل للتفريق للعلل والثاني للغيبة والثالث لعدم الإنفاق، وقد تعرضت لهذا في الفصول السابقة. أمّا الفصل الرابع والأخير فقد خصّصه للتفريق للشقاق بين الزوجين ولخصّ الشقاق في إضرار أيّ من الزوجين

¹ - أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، مرجع سابق، ص 231.

² - طعن رقم 65 سنة 52 ق، جلسة 1984/06/26.

- طعن رقم 45 سنة 54 ق، جلسة 1985 /03/12. نقلا عن المستشار عمرو عيسى الفقي، التطبيق في الأحوال الشخصية، المكتب الفني للموسوعات القانونية، مصر، 1998، ص 23، 24.

- طعن رقم 499 سنة 64 ق، جلسة 1999 /02 /15. نقلا عن عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 803.

- ارجع كذلك إلى الطعن رقم 186 لسنة 62 ق، جلسة 1996/03/25، نقلا عن المستشار حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، ج1، د.د.ن، د.ب.ن، 2001، ص 277 وما يليها.

بالآخر، وهذا يعني أنّ الهجر وبقاى أنواع الضرر التى لم يتعرض إليها بعد قد أدرجها ضمناً فى هذا الفصل الأخير من الباب الثالث.

وقد نصّت المادة 112 من قانون الأحوال الشخصية السوري¹ فى الفقرة 1 و2 على ما يلي: "1- إذا ادعى أحد الزوجين إضرار الآخر به بما لا يستطيع معه دوام العشرة يجوز له أن يطلب من القاضي التفريق. 2- إذا ثبت الإضرار وعجز القاضي عن الإصلاح فرّق القاضي بينهما ويعتبر هذا التفريق طلقة بائنة...". لم يذكر المشرّع السوري الهجر والإيلاء إلاّ أنّه يدخل فى ضمناً فى أحكام التفريق للشقاق².

الفرع الثالث

الهجر فى التشريع العراقى

لم يشر المشرّع العراقى للإيلاء كما ورد فى الفقه الإسلامى³، كما لم يشر مباشرة إلى الهجر فى المضجع، ولكنّه تعرّض لكلمة الهجر وحملها أكثر من معنى وأهمها الغيبة كما سبق الذكر. وهذا ما جاء فى سياق المادة 43 أولاً 2: "إذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين فأكثر بلا عذر مشروع وإن كان الزوج معروف الإقامة وله مال تستطيع الإنفاق منه". يفهم ممّا سبق أنّ العلة الجوهرية فى هذا الضرر هو هجر الزوجة والبعد عنها سواء كان الزوج حاضراً أو غائباً، معلوم أو مجهول الإقامة. وإذا نظرنا إلى عبارة الهجر هنا فإنّ المعنى الأقرب والمتداول وكذا التعبير القرآنى يفيد كل منهم هجر الزوجة فى الفراش، أى الهجر فى المضجع لقوله تعالى: "واهجروهنّ فى المضاجع"⁴. والمشرّع العراقى وهو يجمع أكثر من حالة فى الهجر أصاب وأحسن صنعا لأنّ العلة من التفريق للفقدان والتفريق للغياب والتفريق للحبس هو بعد الزوج عن زوجته وأهمّ ما تتضرر منه الزوجة بهذا البعد هو هجرها فى المضجع، فهو جمع بين الغيبة والهجر وللاشتراك فى العلة، وهذا عكس ما فعله المشرّع الجزائرى الذى ذكر الغيبة شكلاً لكنه أفرغها من

¹ - محمد إبراهيم الكويفى، مرجع سابق، ص 42.

² - جهاد هشام وكاع، الطلاق والظهار والإيلاء والمخالعة واللعان والتفريق بين الأزواج،

http://furat.alwehda.gov.sy/_archive.asp?FileName=36211783720080327000409.

³ - أحمد الكبيسى، مرجع سابق، ص 180.

⁴ - الآية 34 من سورة النساء.

محتواها. والذي يؤكد ما ذهب إليه هو حكم من أحكام القضاء العراقي والذي يقرّ بأنّ الهجر المقصود في المادة 43 هو كذلك الهجر في المضجع الذي أشارت إليه الآيات القرآنية، والذي اختلف في كفيته الفقهاء وبناء عليه حكم بالتفريق بين المدعية والمدعى عليه باعتباره طلاقاً بائناً بينونة صغرى¹.

كما يعتبر هجراً إجماع الزوج عن طلب زفاف زوجته غير المدخول بها خلال سنتين من تاريخ العقد، لأنّ الزوج في هذه الحالة يتركها معلقة لا خلية ولا هي ذات زوج، ويستمر اعتبار ذلك هجراً حتى وإن طالها بالزفاف دون أن يوف حقوقها أو يهيء لها بيتاً مناسباً أو لم يسلمها مهرها². وهذا ما جاء في المادة 43 أوّلاً 3: "إذا لم يطالب الزوج زوجته غير المدخول بها للزفاف خلال سنتين من تاريخ العقد ولا يعتد بطلب الزوج زفاف زوجته إذا لم يكن قد أوفى بحقوقها الزوجية".

الفرع الرابع

الهجر في التشريع المغربي

حدّد المشرّع المغربي في مدوّنة الأسرة وبوضوح موضوع التفريق بسبب الإيلاء والهجر فنصّ في المادة 112 منها على: "إذا آلى الزوج من زوجته أو هجرها، فللزوجة أن ترفع أمرها إلى المحكمة التي تؤجله أربعة أشهر فإن لم يفئ بعد الأجل طلقها عليه المحكمة"³. ويظهر من هذه المادة أنّ المشرّع المغربي حسم الأمر حتى لا تختلف التفسيرات حول ما إذا كان الأمر يتعلق بالإيلاء نفسه أي الحلف على عدم قربان الزوجة

¹ - ومما جاء في حكم صادر من محكمة الكاظمية بتاريخ 03 / 09 / 2006 برئاسة القاضي السيد سالم روضان الموسوي ما يلي: "...حيث ادعت بأنّ المدعى عليه... قد هجرها منذ أكثر من ثلاث سنوات... وبما أنّ النص القانوني لم يوضح ما هو الهجر فإنّ الشريعة الإسلامية قد تصدّت لذلك وبينت بأنّ الهجر يقصد به هجر الزوجة بالفراش... ومما تقدم وبالطلب قرّر الحكم بالتفريق القضائي بين المدعى عليه والمدعية واعتباره طلاقاً بائناً بينونة صغرى...". نقلاً عن القاضي سالم روضان الموسوي، حق الزوجة في طلب التفريق بسبب العنف الأسري، في الهامش رقم 50،

<http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=229323>

² - أحمد الكبيسي، مرجع سابق، ص 161.

³ - محمد لفروجي، مرجع سابق، ص 40.

لمدّة معيّنة وبدون تحديد مدّة، أو أنّ الأمر يتعلق بالهجر دون شرط اليمين، فجمع بينهما وأعطى الحق للزوجة في الحالتين لكي ترفع أمرها للقاضي الذي يؤجل 4 أشهر فإن لم يعدل عن قراره بعد مرور 4 أشهر طلقها القاضي مباشرة. لكن السؤال الذي يثور حول هذا الإمهال، هل تمهل المحكمة الزوج 4 أشهر بعد أن بدأت عملية الهجر أو بعد أن أقسم الزوج على عدم قربان الزوجة كما هو الحال في أحكام الإيلاء؟ أم أنّ هذا الأجل يبدأ وفي كل الأحوال بعد رفع الأمر إلى القاضي من طرف الزوجة، أي، هل تمهل المحكمة الزوج 4 أشهر حتى في حالة رفع الزوجة الأمر أمام القاضي بعد مرور أربعة أشهر من الهجر والإيلاء؟

يظهر من نص المادة أنّ القاضي وفي كل الأحوال يمهل الزوج 4 أشهر بعد رفع الدعوى، بعدها يطلق عليه إذا لم يعدل عن موقفه. وعبارة "إذا لم يعدل عن موقفه" إشارة إلى أنّ الزوج قد يفيء بعد انقضاء المدّة ويمكن له ذلك، المهم أن يعلن ذلك أمام القاضي والإطلاق عليه.

الفرع الخامس

الهجر في التشريع الإماراتي

أشار المشرّع في دولة الإمارات العربية المتحدة في المادة 132 من قانون الأحوال الشخصية¹ إلى الإيلاء بنصّه على ما يلي: "للزوجة طلب التطلق إذا حلف زوجها على عدم مباشرتها مدّة أربعة أشهر فأكثر ما لم يفئ قبل انقضاء الأشهر الأربعة، ويكون الطلاق بائناً". وأهم ما يستتبط من هذه المادة:

1. أنّ حساب مدّة الهجر المحددة بأربعة أشهر تبدأ مباشرة بعد القسم على عدم مباشرة الزوجة وليس بعد رفعها دعوى التطلق، وهذا يتطابق مع أحكام الإيلاء في اشرع الإسلامي.

2. أشار المشرّع الإماراتي إلى الإيلاء دون ذكر الهجر الذي لا يحلف فيه الزوج على عدم معايشة زوجته، وما إذا كان يطبق عليه نفس الحكم، أم أنّه يدخل ضمن الأسباب العامة والمتعددة التي تؤدي إلى طلب التفريق للشفاق.

¹ - قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مرجع سابق.

3. خلافا لما ذهب إليه المشرع المغربي فإنّ المشرع الإماراتي بدأ واضحا في تحديده لوقت إيقاع الطلاق بسبب الإيلاء لأنّ العبارة تنص على "ما لم يفئ قبل انقضاء الأشهر الأربعة.."، فهل هذا الاشتراط يعود على حق الزوجة في رفع دعوى التطلق من الزوج إذا لم يتراجع عن يمينه قبل انقضاء المدّة، وهذا يعني أنّها تنتظر انقضائها وبعدها ترفع دعوى التطلق. أم أنّ هذا الاشتراط يعود إلى قبول دعوى التطلق إذا انقضت المدّة ولم يتراجع الزوج. وظاهر النص يرجح الفكرة الأخيرة، وهذا ما يتماشى مع الرأي الفقهي القائل بوقوع الطلاق مباشرة بعد انتهاء المدّة دون فيء.
4. أعقب المشرع الإماراتي حديثه عن الإيلاء باحتساب التطلق به طلاقة بائنة.

الفرع السادس

الهجر في قانون الأسرة الجزائري

تعرّض المشرع الجزائري في سرده لحالات طلب التطلق لحالة الهجر في المضجع وجاء ذلك في الفقرة 3 من المادة 53 من قانون الأسرة حيث نصّت على: "...الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر". وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا السبب لأنّه من الأسباب الجوهرية التي قد تتضرر منها الزوجة. ويكون المشرع بذلك قد أخذ بما أخذ به فقهاء الشريعة الإسلامية، ويظهر ذلك من خلال المدّة التي حدّها كحدّ أدنى للهجر لكي تتمكن الزوجة من طلب التطلق.

وما يلاحظ على مضمون هذه الفقرة أنّ المشرع لم يتعرض مباشرة لأحكام الإيلاء رغم تطابق معظم أحكامه معه، وهذا يعني أنّ المشرع كان يقصده¹ مع تعديله لبعض شروطه. فالهجر المذكور يتفق مع الإيلاء في عدم معاشرّة الزوجة ولمدّة 4 تفوق أشهر وإلحاق الضرر بالزوجة بسبب هذا الهجر. ويختلف الهجر مع الإيلاء في اليمين، لأنّ الإيلاء لا يقع إلاّ بالقسم على الزوجة بعدم قربانها، أمّا الهجر فيقع باليمين وبدونه. كما أنّ الإيلاء يشترط لقيامه أن يكون الهدف الإضرار بالزوجة وليس لسبب ما، كأن يكون القسم

¹ يقول عبد العزيز سعد: "ونعتقد أنّ بعض المشرعين الجزائريين على الأقلّ كانت تدور في أذهانهم أحكام الإيلاء أو أحكام الظهار وهم يناقشون حق الزوجة في طلب التطلق بسبب هجر الزوجة لها في المضجع"، ارجع إلى عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 264.

على عدم قربان الزوجة لسبب مشروع وإلا لم يعتبر إيلاء¹. أمّا المشرّع الجزائري فلم يشترط ضرورة توفر نية الإضرار بالزوجة لاعتباره هجرا بمعنى المادة 3/53. ممّا يلاحظ على الفقرة السابقة أنّ المشرّع أجاز للزوجة طلب التطليق إذا استمر الهجر لأكثر من 4 أشهر، ولم يحدده بـ4 أشهر فقط، وهذا يعني أنّه سلك مسلك جمهور الفقهاء الذي يرى أنّ عدم وقوع الطلاق بمجرد انقضاء المدة وإنّما يعطي القاضي فرصة للزوج لكي يفى عن قرار الهجر وإلاّ طلق عليه، وهذا عكس ما ذهب إليه الحنفية. إذا أردنا الاستعانة بالاجتهاد القضائي في موضوع الهجر لمعرفة كيفية تطبيق هذه الفقرة من طرف القضاء فإنّنا نلاحظ ندرة غريبة في الاجتهاد القضائي في مجال الهجر بالذات²، رغم توفره ضمن أسباب التطليق الأخرى. ولم نجد سوى قرارا يشير إلى موضوع الهجر تلميحا فقط بحيث لم يذكره بصفة مباشرة. حيث جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 16/03/1999م والمتعلق بالتطليق قبل البناء ما يلي:

" من المقرر قانونا أنه يجوز تطليق الزوجة بكل ضرر معتبر شرعا ومتى تبين - في قضية الحال - أن الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة ولم يقم بإتمام الزواج بالبناء بها فإن الزوجة تضررت خلال هذه المدة ماديا ومعنويا مما يثبت تضررها شرعا طبقا لأحكام المادة 53 من قانون الأسرة. وعليه فإنّ قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة وإلغاء عقد الزواج وتعويضها على أساس تعسف الزوج وثبوت الضرر طبقوا صحيح القانون". ويكون قضاة المحكمة العليا في هذا القرار³ قد أقرّوا بأن عدم الإسراع في البناء بالزوجة فيه ضرر عليها⁴، ويكونون بذلك قد أشاروا إلى موضوع الهجر لأنّ

¹ - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 264، 265.

² - يلاحظ قلّة أو ندرة قضايا التطلاق التي ترفع على أساس الهجر في المضجع كسبب وحيد، وربّما يرجع هذا إلى طبيعة المرأة الجزائرية وحاجز الحياء الذي يمنعها من أن تقف أمام القاضي وترفع دعوى أساسها الوحيد الهجر في المضجع رغم أنّ هذا حقها الطبيعي، إذ نجد أنّ جلّ القضايا ترفع على أساس الضرر الواقع على الزوجة من غياب أو عدم إنفاق وضرب... إلخ.

³ - ملف رقم 217179، قرار بتاريخ 16 / 03 / 1999، الاجتهاد القضائي بغرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد الخاص، مرجع سابق، ص 122.

⁴ - باديس ذيابي، مرجع سابق، ص 42.

الزوج هنا تقاعس عن تحصينها لأنها زوجته من الناحية الشرعية والقانونية¹.
تجدر الإشارة إلى أنّ ما يميّز دعوى الهجر هو صعوبة الإثبات لأنها من أسرار
الزوجية، ولأنّه ليس من السهل إيجاد شهود على ذلك إلاّ إذا اقترن هذا الهجر بترك
الزوج لمسكن الزوجية، لأنّ إثبات هذا الهجر أسهل خاصة إذا أُدين الزوج بحكم جزائي
بتهمة الإهمال العائلي. وهذا ما جاء في حيثيات قرار صادر من المحكمة العليا: "حيث إذا
لم تستطع الطاعنة إثبات إساءة زوجها لها أمام المحكمة الأولى وأمام المجلس القضائي،
فإنّه يوجد في ملف الدعوى حكم جزائي صدر يوم 1984/11/05 من محكمة ورقلة،
قضى غيابيا على المطعون ضده بسنة حبسا منفذ بسبب تهمة الإهمال العائلي نحو
الطاعنة..."². ومثل هذا الحكم يعتبر دليلا ماديا على واقع الضرر والهجر، كما أنّه
وتخفيفا على الزوجة في هذه الحالة كان لا بدّ من قبول شهادة السماع في إثبات واقعة
الهجر والضرر بوجه عام خاصة إذا اشتهر بين الناس أمر هجران الزوج لزوجته³.
بالرجوع إلى الفقرة 3 من المادة 53 وانطلاقا ممّا ورد فيها وما جاء في أحكام الإيلاء
في الفقه الإسلامي والذي أجاز فيه الشارع الحكيم للزوجة طلب التفريق على أساس
الضرر، فإنّه يمكننا استنباط الشروط التي يجب توافرها لتأسيس دعوى التطلاق على
الهجر، وهذا ما توصلّ إليه بعض شرّاح قانون الأسرة وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:
1. هجر الزوجة مع المبيت معها في فراش الزوجية والإعراض عنها وعدم قربانها
وعدم معاملتها في الفراش معاملة الأزواج.
2. أن يكون هذا الهجر عمديا ومقصودا لذاته وليس له ما يبرره من الناحية الشرعية
أو القانونية.

¹ - ويصدق الواقع ظاهرة الضرر الواقع على الزوجة التي يطول بها الأمد قبل الدخول، لأنّ الرجل
والمرأة كلاهما يحسان بعد الخطبة وخاصة بعد عقد القران بالاشتياق إلى الطرف الآخر، ويكون
الإحساس أكثر بالحاجة البيولوجية التي كانت كامنة فيهما، وهذا هو الأمر الذي يولّد الاضطراب النفسي
إذا طالت المدّة قبل الدخول والذي يتحقق به الاستقرار النفسي والبدني.

² - غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 34791، قرار بتاريخ 09 / 11 / 1984، المجلة القضائية، العدد

3، سنة 1989، نقلا عن محمد حجاري، مرجع سابق، ص 466.

³ - محمد حجاري، مرجع سابق، ص 466.

3. أن يتجاوز الهجر أربعة أشهر متتالية، أي لا يكون أيّ اتصال بينهما خلال هذه المدة¹.

هذه هي الشروط التي يجب توافرها لكي تتمكن الزوجة من طلب التخليق للهجر، ولكن يظهر لنا أنّها تحتاج إلى بعض التعليق لجعلها دقيقة أكثر:

- بالنسبة للشروط الأولى وهو هجر الزوج للزوجة مع المبيت معها في فراش الزوجية والإعراض عنها... إلخ. يفهم من صياغة هذا الشرط أنّ الهجر الذي ينبغي أن تشتكي منه الزوجة يجب أن يتم وفق التفاصيل المذكورة، أي يجب أن يتم الهجر والزوج يبيت مع الزوجة في نفس الفراش ولكنه يعرض عنها. وأعتقد أنّ هذا يجانب الصواب لأننا إذا رجعنا إلى صياغة الهجر في المضاجع نجدها جاءت في سياق الحديث القرآني: "واهجروهنّ في المضاجع.."، والسياق الذي ذكرت فيه هذه المادة والهدف منها هو معالجة ظاهرة نشوز الزوجة وضوابط الهجر الذي هو وسيلة من وسائل التأديب، وليس وصف الهجر الذي يوجب الفرقة بطلب من الزوجة. فالخطاب موجّه للأزواج الذين يعانون من نشوز زوجاتهم بإعراضهنّ وتكبرهنّ عليهم وعدم طاعتهم في حقوقهم الشرعية، موضحا لهم طريقة حلّ هذا الإشكال بالموعظة أوّلا ثمّ بالهجر في المضجع فالوسيلة الأخيرة وهي الضرب غير المبرح وغير المؤلم والذي لا يكون هدفه الإذلال والإهانة، وإنما التخويف وإظهار الغضب على الزوجة عساها تتوب عن نشوزها. وفي تفسير هذه الآية أنّ الهجر يتحقق بأن يضاجع الزوج زوجته ويوليها ظهره ولا يجامعها²، وأنّه من آداب هذا الهجر "ألاّ يكون هجرا ظاهرا في غير مكان خلوة الزوجين... ولا يكون هجرا أمام الأطفال يورث نفوسهم شرا وفسادا... ولا هجرا أمام الغرباء يذل الزوجة أو يستثير كرامتها، فتزداد نشوزا، فالمقصود علاج النشوز لا إذلال الزوجة ولا إفساد الأطفال..."³.

بعد هذا التفصيل في آداب الهجر الذي ينبغي أن يكون عليه إذا كان هدفه التأديب، يظهر أنّ الشرط المذكور سابقا يفترض في الهجر الذي تؤدب به الزوجة لا الهجر الذي

¹ - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 263؛ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 289.

² - القرطبي، الجزء 5، مرجع سابق، ص 171؛ محمد علي الصابوني، صفوة التفسير، مرجع سابق، ص 274.

³ - سيد قطب، في ظلال القرآن، الجزء 2، ط 16، دار الشروق، القاهرة، 1990، ص 654.

يوجب الفرقة، لأنّ الزوج لو التزم بهذه الآداب وهو يهجرها لما هجرها إضراراً بها، لأنّ الهجر هنا ظلم والظالم لا يتأدب في ظلمه. وعبارة الهجر في المضجع التي ذكرها المشرّع الجزائري في نص المادة 53 استمدّها من النص القرآني الذي جاء في سياق التأديب لا في سياق وصف الهجر غير المشروع. لهذا التجأ بعض شرّاح قانون الأسرة إلى تفسير هذه العبارة من الآية السابقة واستعملوه في غير محلّه.

فالهجر المقصود إذن هو هجر الزوجة وعدم معاشرتها معاشرة الأزواج، سواء تمّ ذلك في نفس الغرفة أو في غرفة ثانية أو حتى خارج بيت الزوجية، وهذا هو الواقع في حياة بعض الأزواج، والدليل على ذلك اقتران الهجر دائماً بالإهمال العائلي وعدم الإنفاق وأنواع أخرى من الضرر.

من جهة أخرى لو اشترط في الهجر أن يكون بما سبق من شروط لاستحالة إثباته على الإطلاق، لا بشهادة الشهود ولا بشهادة السماع.

وفي الأخير نصل إلى أنّ الهجر ينبغي أن يتمحور حول عدم معاشرة الزوجة ومعاملتها معاملة الأزواج، دون التركيز على مكان وقوع هذا الهجر أو بالأصح مكان وجود الزوج أثناء عملية الهجر.

- أمّا في الشرط الثاني أين يجب على القاضي التأكيد من نية الزوج في الإضرار بالزوجة بهجرها وهي ألا يكون له مبررات شرعية أو قانونية لذلك، فإنّه ينبغي العودة إلى نقطة سابقة، حيث عندما قارنا الهجر الوارد في قانون الأسرة مع الإيلاء وجدنا أنّ أهم فارق هو اليمين على عدم قربان الزوجة. من هنا ينبغي الإشارة إلى أنّ هذا اليمين، لو كان موجوداً، لما وجب على القاضي إثبات نية الزوج في الإضرار، لأنّ اليمين واضحة والمعنى مباشر. ولكن لو اقترح المشرّع اليمين لإيقاع الفرقة على أساس الهجر لما تحقّق التقرييق في كثير من قضايا الهجر لأنّ الكثير من الأزواج يهجرون زوجاتهم عملياً ودون التفكير في إيقاع اليمين¹.

بعد الانتهاء من التحدث عن التطبيق للهجر نكون قد أكملنا الحديث عن تضرر الزوجة من بعد الزوج عنها سواء كان ذلك لغيابه أو فقدانه أو لحبسه أو لهجره لها.

¹ - إنّ اختلاف المجتمعات والبيئة وطريقة التفكير، بل وحتى طريقة الكلام والاسترسال فيه تختلف من مجتمع إلى آخر، فلو كنّا في مجتمع شرقي فقد يجاهر الزوج بيمينه على عدم قربان زوجته وهذا أمر معروف، وقد لا يظهر ذلك غريباً، أمّا في المجتمع الجزائري فقد يهجر الزوج زوجته عملياً ولسنوات دون التلفظ بأيّ كلمة تخصّ الهجر.

الباب الثاني

التطليق لصور أخرى من الضرر والتطليق خلعا

تمّ التعرّض في الباب الأوّل من هذا البحث إلى أنواع محدّدة من الضرر باتفاق الفقهاء وبنصّ مختلف تشريعات الأحوال الشخصية العربية، والتي تجيز للزوجة طلب إنهاء الرابطة الزوجية وهي التطليق لعدم الإنفاق أو للبعد عن الزوجة لغيبه أو فقدان أوحبس أو هجر.

إنّ هذه الصور من الضرر هي ما استقرّ وقوعه بين الناس لتكراره وكثرة حدوثه. لكن لا يمكننا التوقف عند هذا الحدّ، فكثير من التصرفات والسلوكات والتي لا علاقة لها بما سبق قد تصدر من الزوج وقد تتسبب للزوجة بأضرار بليغة تستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية. من أجل هذا وضع الفقهاء بعض المعايير العامة، وكذلك فعل المشرّعون، والتي تُلحق وصف الضرر ببعض التصرفات والممارسات. ومن المشرّعين من ذهب إلى تحديد بعضها - كما فعل المشرّع الجزائري - تيسيرا على الزوجة في طلبها التطليق لدفع الضرر عنها.

هذا ما سنتناوله في الفصل الأوّل من هذا الباب، وسنرجئ الحديث عن التطليق للزواج بأخرى إلى الفصل الثاني في القسم الأوّل منه، ثمّ نتعرض في القسم الثاني للحالة التي لا تستطيع فيها الزوجة إثبات الضرر أو أنّ الزوج لم يتسبب بفعله في أيّ ضرر للزوجة، لكن الزوجة رغم ذلك متضررة من العيش معه لسبب أو لآخر، فتلجأ إلى الوسيلة الشرعية الأخيرة التي تسمح لها بفراقه وهي الخلع.

الفصل الأول

التطبيق لكل ضرر معتبر شرعا والتطبيق للشقاق

الظاهر من عنوان هذا الفصل أنّ الشقاق نوع من أنواع الضرر الذي يعطي للزوجة حق طلب التطبيق، فلماذا ذكره منفردا؟ الإجابة عن هذا التساؤل هي أنّ الضرر الذي تتمحور عليه هذه الدراسة ومنذ البداية هو الضرر الصادر من الزوج، والشقاق، كما هو معلوم، قد لا يثبت فيه الضرر لا من الزوج ولا من الزوجة. لهذا فصلت للشقاق عن الأنواع الأخرى من الضرر.

وإفراد مبحث كامل للحديث عن التطبيق للشقاق يعود سببه إلى أنّ قواعد الفقه الإسلامي تعرّضت له بصفة مباشرة وكذلك بالنسبة لتشريعات الأحوال الشخصية العربية عكس الكثير من حالات الضرر الأخرى. كما أنّ للتطبيق للشقاق إجراءات خاصة نصّ عليها الفقه الإسلامي وكذا تشريعات الأحوال الشخصية العربية وكذلك قانون الأسرة الجزائري.

وعلى هذا سنخصص المبحث الأول من هذا الفصل للتطبيق للضرر المعتبر شرعا بصفة عامة وذكر بعض صورته خاصة منها التي ذكرها المشرع الجزائري خلافا للتشريعات العربية، والمبحث الثاني للتطبيق للشقاق.

المبحث الأول

التطبيق للضرر المعترف شرعا

إنّ للضرر صوراً عديدة ومتنوعة تتنوع وتتجدد بتنوع وتجدد العصور، لكننا سنحاول هذه المرّة التقيّد بأهم ما تبقى من صور الضرر التي جاء ذكرها في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، بعد أن نكون قد تعرضنا لمفهوم الضرر المعترف شرعا في الفقه الإسلامي. والتفصيل في صور الضرر المذكورة في قانون الأسرة الجزائري لا يعتبر تقيداً بقانون على حساب آخر، أو ربّما إهمالا لصور أخرى من الضرر تكون قد ذكرت في قوانين عربية أخرى، بل على العكس من ذلك تماماً، فنصّ التطبيق للضرر الوارد في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري هو الوحيد بين تشريعات الأحوال الشخصية العربية الذي فصلّ في أنواع الضرر، بحيث حدّدها بعشر صور بالإضافة إلى نشوز الزوج الوارد في المادة 55 من نفس القانون¹. أمّا تشريعات الأحوال الشخصية العربية الأخرى فركّزت عموماً على صور الضرر التي حدّدها الفقه الإسلامي وهي العيب والغيبة وعدم الإنفاق والضرر بصفة عامة.

سندرس هذه الصور بنفس المنهجية التي اتبعتها في الباب الأوّل، بحيث نبحت في الفقه عن مصدرها وعن مدى موافقة الفقه الإسلامي للتطبيق بها، ثمّ عن موقف التشريعات العربية قيد الدراسة منها وهذا في مطلب أوّل، ثمّ في موقف قانون الأسرة الجزائري من التطبيق للضرر وبعض الصور التي انفرد بذكرها مقارنة ذلك دائماً بالفقه الإسلامي وبالتشريعات العربية الأخرى وذلك في مطلب ثان.

المطلب الأوّل

الموقف الفقهي من التطبيق للضرر

يجب الإشارة قبل الحديث عن هذه النقطة إلى أنّ كل الأسباب التي تسمح للمرأة بطلب التطبيق أساسها الضرر إلاّ المخالعة. بل وحتى الأسباب التي ذكرت في الباب

¹ - تنص المادة 55 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر".

الأول هي ضرر يوجب التطبيق، لأنّ العيب ضرر وعدم الإنفاق ضرر وكذلك التطبيق للغيبة والحبس والهجر.

لكن هناك من الضرر ما هو محدّد مسبقاً وبشروط محدّدة، وهناك من الضرر ما لا يمكن ضبطه وتحديد شروطه لأنّه قد يختلف من وقت إلى آخر ومن بيئة إلى أخرى. من أجل هذا كانت عبارة التطبيق للضرر لتشمل ما قد يعجز الفقه أو القانون عن تحديده أو لتشمل ما استحدثته بعض القوانين من صور للضرر وهي تتطبق مع القواعد العامة للضرر في الفقه الإسلامي.

سنحاول في هذا المطلب تحديد مفهوم الضرر وذكر بعض صورته مع ترك بعضها للدراسة في مواضع مستقلة لأهميتها وشيوعها في الحياة الزوجية بين الناس.

الفرع الأول

مفهوم الضرر الموجب للتفريق

للتوصل إلى مفهوم الضرر الموجب للتفريق ينبغي أولاً التعرّض لمعنى الضرر بصفة عامة وحكمه شرعاً، ثم للضرر اللاحق بالزوجة ومتى يستوجب التفريق.

أولاً: تعريف الضرر وحكمه

أ- تعريف الضرر

- الضرر لغة: من الضرّ والضُرُّ والضرر وهو ضدّ النفع. وهو الشدّة والضيّق وسوء الحال. والضرّاء الشدّة ونقيض السراء. وأضرّة: جلب عليه الضرر. لهذا يقال ضارّ امرأته، أي أخذ عليها ضرّة¹.

- الضرر اصطلاحاً: هو إلحاق الأذى بالغير في عرضه وماله ونفسه. وقد عرفه الباجي بقوله: "ابتداء الفعل بمعنى: وقوع الضرر على الغير كتنقصان حقه أو إيلاّمه بإصابة جسمه أو عضو من أعضائه أو سلب ماله"². وفرّق الباجي بين الضرر والضرار

¹ - المنجد في اللغة والأدب والعلوم، مرجع سابق، ص 463.

² - المنتقى، الجزء 6، ص 40، طبعة دار الفكر، نقلاً عن محمد عبد الستار الجبالي، الضرر المخوّل للمرأة حق التطبيق في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كليّة الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، 1989، ص 94.

بقوله: ".ومعنى ذلك والله أعلم أنّ الضرر ما قصد الإنسان به منفعة نفسه وكان فيه ضرر على غيره وأنّ الضرر ما قصد به الإضرار لغيره..."¹. وعرفه ابن رجب الحنبلي بقوله: "الضرر أن يدخل على غيره ضرراً بما ينتفع به هو، والضرر: أن يدخل على غيره ضرراً بلا منفعة له به، كمن منع ما لا يضره ويتضرر به الممنوع...". وعرفه أيضاً بقوله: "الضرر أن يضرّ به من لا يضره، والضرر أن يضرّ بمن قد أضرّ به على وجه غير جائز"، وفي سبل السلام: "الضرر أن يضرّ الرجل أخاه فينقصه شيئاً من حقّه..."².

ب- حكم الضرر

لا يجوز الضرر شرعاً وقانوناً. وأساس حرمة الضرر هو الحديث النبوي الشريف "لا ضرر ولا ضرار"³، وهو أساس القاعدة الفقهية "لا ضرر ولا ضرار" وهي تشمل حكمين:

الأول: لا ضرر، أي لا يجوز لأحد الإضرار بغيره ابتداءً، لا في نفسه ولا في عرضه ولا في ماله، لأنّ إلحاق الضرر بالغير ظلم والظلم حرام في الإسلام. والضرر الممنوع إلحاقه بالغير هو الضرر الفاحش مطلقاً، أي حتى لو نشأ من فعل مباح يقوم به الشخص.

الثاني: لا ضرار، أي لا يجوز مقابلة الضرر بالضرر وإنّما على المتضرر أن يراجع جهة القضاء للحكم له بالتعويض عن ضرره على من ألحق به الضرر. وعلى هذا فمن أُلّف ماله لا يجوز له إتلاف مال الغير المتلف، وإنّما عليه مراجعة القضاء لتعويضه عن الضرر.⁴

¹ - أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، المنتقى شرح موطأ مالك بن أنس، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، د.ت.ن، ص 40.

² - نقلاً عن محمد عبد الستار الجبالي، مرجع سابق، ص 94.

³ - سبق تخريجه في الصفحة 17 من البحث.

⁴ - عبد الكريم زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2003، ص 85، 86.

ثانيا: الضرر اللاحق بالزوجة وحققها في دفعه عنها

1- كيفية إحاق الضرر بالزوجة من طرف الزوج: يتحقق هذا الضرر بتجاوز الزوج حدود المعاشرة بالمعروف بسوء الخلق وسوء المعاملة بضرب زوجته أو إيذاؤها بالقول أو بالفعل، بالإيجاب أو بالسلب. وقد يتجاوز الزوج معها حق التأديب الشرعي أو يمنعها حقا مشروعاً، وهذه الأنواع من الضرر لا تستقيم معها العشرة الزوجية¹. كما أنّ آثار هذا الضرر لا تلحق بالزوجة فقط بل تتعداها على الأولاد بتأثيرها عليهم سلباً، وقد يؤدي بهم إلى أمراض نفسية أو إلى التشرد أو الانحراف الأخلاقي... إلخ.

من أجل كل هذا الضرر الذي قد يقع على الزوجة من طرف الزوج، وجب السؤال عن كيفية تمكن الزوجة من دفع هذا الضرر عنها، وهل منح لها الشرع الإسلامي وسائل لذلك قبل أن تصل إلى خيار التفريق إن سمح به.

2- حق الزوجة في رفع الضرر عنها وكيفية ذلك: لقد اتفق الفقهاء على تحريم الضرر وانعقد الإجماع على ذلك، لكنهم اختلفوا في كيفية رفع الضرر عنها، هل يصل إلى حدّ التفريق بينها وبين زوجها، أم أنّ القاضي يكتفي بمحاولة الصلح أو بإجراءات تعزيرية؟

كما اتفق الفقهاء على تحريم الضرر اتفقوا كذلك على أنّ للقاضي أن يأمر بإجراءات تعزيرية لتأديب الزوج المضر بزوجه بعد أن تكون هذه الأخيرة قد رفعت أمرها للقاضي، ويكون القاضي قد نهاه وهدّده وألزمه بحسن معاشرتها². في هذا يقول الأحناف: "فإذا عاد إلى الجور بعد ما نهاه القاضي أوجعه عقوبة، وأمره بالعدل، لأنه أساء الأدب فيما صنع وارتكب ما هو حرام عليه"³.

¹ - محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 581.

² - عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية وقوانين الأحوال الشخصية العربية والأجنبية، دار الفكر، د.ب.ن، 1968، ص 751، 752.

³ - شمس الدين السرخسي، ج5، مرجع سابق، ص 219.

إلى نفس الأمر ذهب المالكية حيث قال الدردير: "وإن تعدّى الزوج على الزوجة لغير موجب شرعي أو سبّ ولعن أو نحوه وثبت الضرر ببيّنة أو إقرار زجره الحاكم بالوعظ والتهديد، فإذا لم ينزجر ضُرب إن ظنّ إفادته"¹.

قال الشافعية: "فإن أساء خلقه وأذاها بضرب وغيره بلا سبب نهاه عن ذلك ولا يعزره، فإن عاد إليه وطلبت تعزيره من القاضي عزّره بما يليق لتعديه عليها"². يظهر من أقوال الفقهاء أنّها تصبّ في وجهة واحدة، بحيث تلزم القاضي بتعزير الزوج بعد تهديده ونهيه عن الإضرار بالزوجة في حالة شكوى الزوجة، لكن دون التطرق لحق الزوجة في طلب التظليق.

كما أنّ منهجية القاضي في دفع الضرر عن الزوجة مقيدة وواقعية، لأنّ ظاهرة الضرر بين الأزواج مشاهدة وكثيرا ما تحدث، لهذا يلتزم القاضي أوّلا بوعظ الزوج ونهيه وتهديده، فإن لم يتوانى عن الإضرار بالزوجة عزّره، لأنّه لو بدأ بعقابه كأول خطوة لانعكس ذلك سلبا على علاقته بزوجته فيزداد عنادا. أمّا إذا وعظه أوّلا فقد يتعظ ولا يعود للإضرار بها³.

الفرع الثاني

حكم التفريق للضرر

إذا كان الفقهاء قد اتفقوا على حرمة الضرر وعلى ضرورة تأديب الزوج إذا ثبت إضراره بزوجته، فإنهم اختلفوا فيما إذا كان الإضرار بالزوجة يعطي الحق للقاضي للتفريق بينهما في حالة طلب الزوجة ذلك، وقد اختلف الفقهاء في ذلك إلى قولين:

¹ - الشرح الصغير، ج3/ص 312، نقلا عن عبد المؤمن بلباقي ص 138.

² - الشربيني، مرجع سابق، ص 344.

³ - قال البجيرمي، أحد فقهاء الشافعية، مؤكدا ما سبق ومبررا التجاء القاضي أوّلا إلى النهي والوعظ: "...وإنما لم يعزره في المرة الأولى، وإن كان القياس جوازه إذا طلبته لأنّ إساءة الخلق تكثر بين الزوجين، والتعزير عليها يورث وحشة بينهما فيقتصر أوّلا على النهي لعلّ الحال يلتئم بينهما، فإن عاد عزّره.." ارجع إلى سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي الشافعي، حاشية البجيرمي على الخطيب، المسماة "تحفة الحبيب على شرح الخطيب"، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1996، ص 256.

أولاً: الرأي الأول

وهو رأي الحنفية¹ والشافعية²، حيث يرون أنّ المرأة إذا تضررت من الزوج ورفعت أمرها للقضاء وطلبت تطليقها فإنّ القاضي ينهأ عن ذلك ويهدّده، فإن عاد عزّره حسب اجتهاده لكن لا يصل بتأديبه له إلى حدّ إيقاع الطلاق عليه حتى وإن طلبت الزوجة ذلك لأنّ الوسائل الأولى من نهي ووعظ فتأديب كفيلة برأب الصدع بينهما.

وحجّة أصحاب الرأي السابق فيما ذهبوا إليه قوله تعالى: "وإن خفتن شقاقَ بَيْنَهُمَا فابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا"³، فحسب رأيهم ومن ظاهر الآية أنّ دور الحكمين وهدفهم الإصلاح لا التفريق. وسبب اختلاف هذا الرأي مع الرأي الثاني هو اختلافهم في مهمّة الحكمين⁴. فمن يرى أنّ مهمّة الحكمين تقتصر على الإصلاح فقط دون التفريق، وهم أصحاب الرأي الأول، يرى أنّ الضرر في هذه الحالة لا يوجب التفريق.

ثانياً: الرأي الثاني

يتبنّى هذا الرأي المالكية⁵ والحنابلة⁶ وأحد أقوال الشافعية⁷، والذي أعطى للزوجة حق حق الخيار بين أن تطلب دفع الظلم عنها مع البقاء مع زوجها، فيلجأ القاضي إلى وعظه وتهديده وربّما إلى تعزيره، وبين أن تطلب التفريق عنه إذا ثبت ما ادّعته من ضرر. وسندهم في ذلك نفس الآية التي استند عليها أصحاب الرأي الأول، لكنهم نظروا إلى الأمر بطريقة مختلفة بحيث اعتبروا الحكمين كالسلطان أو القاضي ومهمتهما الإصلاح والجمع أو التفريق، وكذلك يستندون إلى المصلحة في تشريع الزواج وكذلك الطلاق. فكما

¹ - شمس الدين السرخسي، ج5، مرجع سابق، ص 219.

² - الشريبي، مرجع سابق، ص 344؛ البجيرمي، المرجع السابق، ص 256.

³ - الآية 35 من سورة النساء.

⁴ - سنتطرق لموضوع التحكيم عند الحديث عن التفريق للشقاق والذي يثار عند العجز عن إثبات الضرر وليس عند ثبوته من طرف الزوج.

⁵ - أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبط وتخريج الشيخ زكريا عميرات، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995 م، ص 270.

⁶ - موفق الدين بن قدامه، ج 8، مرجع سابق، ص 168.

⁷ - مغني المحتاج، مرجع سابق، ص 344؛ البجيرمي، مرجع سابق، ص 256.

شُرِّعَ الزواج لمصلحة الزوجين ودفع الضرر عنهما بإحصانها وبثّ المودّة بينهما بجعل كل منهما سكناً للآخر، شُرِّعَ الطلاق إذا كانت هذه العلاقة الزوجية مجلبة للضرر بسوء العشرة، وبذلك لا تصبح المصلحة في الإبقاء على العلاقة الزوجية وإنّما في إزالتها، لأنّ التفريق في هذه الحالة هو المصلحة، فلا ضرر ولا ضرار في الإسلام والضرر يجب أن يزال قدر الإمكان¹.

مما جاء في الشرح الكبير للدردير: "...ولها التطلاق على الزوج بالضرر وهو ما لا يجوز شرعاً كهجر بلا موجب شرعي وضربها كذلك، وسبّها وسبّ أبيها نحو يا بنت الكلب، يا بنت الكافر، كما يقع من كثير من رعاع النَّاس، ويدب الزوج على ذلك زيادة على التطلاق"².

نستنبط من القول السابق قواعد غاية في الأهمية، وأهمها عدم الإشارة إلى ضرورة تكرار الضرر، وكذلك وضع معيار "ما لا يجوز شرعاً"، والتي ستظهر أهميتها أكثر عند مقارنتها بمعايير وضوابط الضرر في التشريعات العربية.

نفس الأمر أكّده الخرشي بقوله: "...ولها التطلاق بالضرر ولو لم تشهد البيّنة بتكرره، يعني أنّه إذا ثبت بالبيّنة عند القاضي أنّ الزوج يضار زوجته وهي في عصمته ولو كان الضرر مرّة واحدة فالمشهور أنّه يثبت للزوجة الخيار فإن شاءت قامت على هذه الحالة

¹ - للتفصيل في آراء المخالفين و المؤيدين لتطبيق الزوجة للضرر ارجع إلى كل من: محمد علي محجوب، الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، نظام الأسرة، ج2، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، د.ت.ن، ص 87؛ محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ص 303 و304؛ بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط3، دار المعارف، القاهرة، 1963، ص 342؛ بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، ط 3، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1966، ص 342؛ عمر عبد الله، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، ط 4، دار المعارف، القاهرة، 1963، ص 494 و495؛ يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص 332؛ محمد حجاري، مرجع سابق، ص 444 و445؛ السعيد مصطفى السعيد، في مدى استعمال حقوق الزوجية وما تنقيد به في الشريعة الإسلامية والقانون المصري الحديث، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مطبعة الاعتماد، مصر، ص 201، وما يليها.

² - الدسوقي والدردير، الجزء 2، مرجع سابق، ص 245.

وإن شاعت طَلَّقت نفسها بطلقة واحدة بآئنة لخبر لا ضرر ولا ضرار"¹. وجاء كذلك في الدسوقي: "ولها التطلاق للضرر ولو لم تشهد البينة بتكرره"².

ونفهم ممَّا سبق أنه من بين ما يشترط في الضرر لكي يكون موجبا للتطلاق أن يكون:

- من جانب الزوج،
- واقعا على الزوجة،
- متعمداً،
- لا يشترط أن يقع بعد الدخول،
- عدم اشتراط تكراره،
- المناط في الضرر تحققه ولا عبرة بإزالته..³

يظهر من خلال ما سبق أنّ المذهب المالكي قد توسّع في تصنيف صور الضرر التي يحق للزوجة أن تطلب التفريق بها، ويرى البعض أنّ ما ورد في كتب هذا المذهب يعدّ مبالغة في الحفاظ على مشاعر الزوجة، مثل ما ورد من عدم الإصغاء لحديثها أو التشاغل عنها أو تركها تتكلم وينصرف عنها أو إظهار العيوس في وجهها وغير ذلك⁴.

الفرع الثالث

موقف بعض التشريعات العربية من التطلاق للضرر

سنعرض في هذا الفرع لموقف التشريعات العربية قيد الدراسة عدا قانون الأسرة الجزائري والذي سنفرد له مطلباً مستقلاً.

¹ - الخرخشي، الجزء 3، مرجع سابق، ص 160؛ عبد الرحمان الصابوني، مرجع سابق، ص 769.

² - الدسوقي والدردير، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 345.

³ - محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، ط9، دار محمود للنشر

والتوزيع، 1999، القاهرة، ص من 347 إلى 354.

⁴ - جمال الدين محمد محمود، المرأة المسلمة في عصر العولمة، ط1، دار الكتاب المصري، القاهرة،

2001، ص 163، 164.

لقد أخذت مختلف التشريعات العربية بحق الزوجة في طلب التطلق لتضررها من استمرار الحياة الزوجية. وكما حدّدت بعض الأضرار على سبيل الحصر، وهي الصور التي اتفق عليها جمهور الفقهاء والتي سبق الإشارة إليها، فإنّها كذلك أخذت بالمعيار العام للضرر لإلحاق بعض التجاوزات التي تتعرّض لها الزوجة به دون ذكرها على سبيل الحصر، مع بعض الاختلاف بين كل تشريع وآخر.

قد يُطلق على الضرر الواقع على الزوجة من طرف الزوج عدّة أوصاف، فهناك من أبقى صفة الضرر، وهناك من وصفه بإساءة العشرة وهناك من وصفه بالنشوز، أي نشوز الزوج¹. وقبل التطرق لموقف التشريعات العربية من التطلق للضرر ينبغي الإشارة إلى أنّ جلّها أشاروا إلى الضرر والشقاق في نفس الفقرة، غير أنني فرقت بينهما في هذا البحث ودرست كل موضوع على حدا.

أولاً: موقف التشريع المصري

كان القضاء المصري، كما أشرنا مراراً، يأخذ بالمذهب الحنفي قبل سنة 1929، حيث لم يكن يأخذ بالتطلق للضرر². لكن بعد صدور القانون رقم 1929/25 وجد المشرّع المصري نفسه مضطراً للأخذ بالمذهب المالكي في هذا المضمار والذي يتماشى أكثر مع مقاصد الشريعة الإسلامية ومع الظروف الاجتماعية والمستجدات المعاصرة، والتي أدت إلى تزايد ظاهرة العنف ضدّ الزوجات، فنصّ في المادة 6 منه على: "إذا ادّعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلاقاً بائناً إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما..."³.

¹ - عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1962، ص 760.

² - زكي الدين شعبان، مرجع سابق، ص 536.

³ - ارجع في مواد التفريق للضرر في التشريع المصري إلى: - أنور العمروسي، المرجع الوافي في قضاء الأحوال الشخصية للمسلمين، دار الفكر الحديث للطبع والنشر، القاهرة، 1963، ص 265 و266.

الظاهر من النص السابق أنّ المشرّع أخذ بالتطبيق للضرر وفقا لمذهب الإمام مالك¹، وهذا صحيح من حيث المبدأ. لكن إذا تمعنا في المعايير والضوابط التي وضعها المشرّع المصري، نجد أنّ الفقه المالكي لم يتعرّض لها ولم يضيّق على المرأة لإثباتها للضرر الواقع عليها من طرف الزوج.

إنّ أهمّ الضوابط التي وضعها المشرّع هي أن يكون الضرر ممّا لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما. وحسب رأينا فإنّ هذا الضابط يحمل بدوره شرطين:

- الأوّل يتمثل في الضرر الذي يؤدي إلى استحالة العشرة، ونصل بمفهوم المخالفة إلى أنّ هناك ضرر يمكن تحمّله والتعايش معه وضرر آخر لا يمكن استمرار الحياة الزوجية معه. وهذا الضابط في حقيقة الأمر يخلو من التأميل الفقهي، فالضرر لا يجوز شرعا لأنّه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام والضرر يجب أن يُزال، فلا يجوز شرعا عدم تقبّل طلب التفريق لأنّ الضرر الواقع يمكن تحمّله.

- أمّا الشرط الثاني الظاهر في هذا الضابط هو أنّ تعذّر مواصلة العشرة ينبغي أن يكون بين أمثالهما. وهذا يعني أنّ القاضي يقدّر أوّلا ما إذا كان الضرر الحاصل ممّا يمكن معه دوام العشرة أم لا، ثمّ ينتقل تقديره إلى الزوجة في حدّ ذاتها، هل هي ممّن يتحمّل ذلك الضرر أم لا، أي هل مثيلاتها يتحمّلنه أم لا.

نلاحظ بالتالي أنّ المشرّع المصري لم يأخذ بالمعيار المادي للضرر الواقع على الزوجة والموجب للتفريق، إنّما أخذ بالمعيار الشخصي، أي مدى تحمّل ذلك الضرر من طرف الزوجة ومدى تمكّنها من مواصلة العشرة الزوجية به. وهذا طبعا منافيّ للأساس الشرعي الذي استند عليه الفقهاء في الأخذ بالتطبيق للضرر، لأنّهم أخذوا بالمعيار المادي والمتمثل في نوعية الفعل المتسبب في الضرر، والذي فسره المالكية - والذي أخذ منه المشرّع المصري مبدأ التفريق للضرر - وهو "ما لا يجوز شرعا".

وبمناسبة الحديث عمّا لا يجوز شرعا، نلاحظ نقطة أخرى في غاية الأهمية، وهي نتيجة للاعتبارات السابقة، وهي أنّ الاعتماد على المعيار الشخصي في اعتبار الضرر موجبا للتفريق من شأنه، من جهة أخرى، إخراج بعض السلوكات في المجتمع من أقوال

¹ - بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مرجع سابق، ص 343؛ بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، مرجع سابق، ص 343؛ محمد بلتاجي، في أحكام الأسرة، دراسة مقارنة، ط2، مكتبة دار العروبة، الكويت، 1983، ص 552؛ عمر عبد الله، مرجع سابق، ص 495؛ زكي الدين شعبان، مرجع سابق، ص 536 و537.

وأفعال من دائرة الضرر بدعوى أنّ ظروف الزوجين أو بيئتهما الاجتماعية لا ترى بأساً في تلك التصرفات¹.

يرى الدكتور عبد الرحمان الصابوني أنّ الاجتهاد القضائي المصري أفرز مبادئ غاية في الأهمية، من شأنها التوسع في دائرة الضرر المعترف شرعاً، رغم أنّه يظهر من المادة السابقة أنّه قيده بعبارة "بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما"، وأهم هذه المبادئ أنّ الضرر أمر تقديري يخضع لرأي القاضي²، أي أنّ للقاضي سلطة في تقدير الضرر دون رقابة محكمة النقض وهذا ما جاء في اجتهاد محكمة النقض:

- "معيار الضرر المادة 6 من القانون رقم 25 لسنة 1929 شخصي لا مادي تقديره يجعل دوام العشرة مستحيلاً، موضوعي من سلطة قاضي الموضوع...".

- "...الحكم بالتطبيق المادة 6 من قانون 1929 شرطه والضرر معياره شخصي لا مادي تقديره بما يجعل دوام العشرة مستحيلاً وموضوعي، واستقلال محكمة الموضوع به دون رقابة محكمة النقض طالما أقامت قضائها على أسباب سائغة.."³

ومن بين الأفعال التي اعتبرتها المحاكم المصرية من الضرر الموجب للتفريق⁴:

- مباشرة الزوجة في غير مكان الحرث والنسل.
- شتمها أو سبّها.
- قطع كلامه عنها وهجر فراشها مدّة طويلة.
- ارتكاب منكراً يتعدى أثره إليها بحيث ينال من شرفها أو كرامة أسرتها، كأن يتناول الحشيش والمخدرات والمسكرات جهاراً مع جماعة من الفسّاق، ويحكم عليه بالحبس من أجل ذلك.
- ابتزاز الزوج أموال زوجته.
- الهجر ضراراً، وكما يكون بعد الدخول يكون قبله.

¹ - محمد حجابي، مرجع سابق، ص 446.

² - عبد الرحمان الصابوني، طبعة دار الفكر، مرجع سابق، ص 782.

³ - على التوالي: الطعن رقم 10 لسنة 63 قضائية أحوال شخصية، جلسة 28 / 10 / 1996.

- الطعن رقم 135 لسنة 63 قضائية أحوال شخصية، جلسة 17 / 03 / 1997، نقلاً عن عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 712.

⁴ - ارجع إلى أحكام بعض المحاكم المصرية الخاصة بالموضوع في: عبد الرحمان الصابوني، طبعة دار الفكر، مرجع سابق، ص 782 إلى 786.

- الشروع في قتل الزوجة.
- الضرر المعنوي كتوجيه خطاب فيه كلام جارح للزوجة....
- اتهام الزوج زوجته بالزنا وحكم المحكمة ببراءتها منه.

لم يفصلّ المشرّع المصري كثيرا في أنواع الضرر، كما فعل المشرّع الجزائري، وإنما بعد ذكره للتطليق للعيب وعدم الإنفاق والغيبة تحدّث عن التطليق للضرر والشقاق. وكان القضاء المصري يعتبر -إضافة إلى أنواع الضرر المذكورة سابقا- تضرر الزوجة من زواج زوجها بأخرى سببا موجبا للتفريق، وليس مجرد زواجه بأخرى وإنما إثبات تضررها من ذلك وهذا قبل قانون 1979 والذي أشار مباشرة إلى حق الزوجة في طلب التطليق لزواج زوجها بأخرى¹. كما اعتبر القضاء المصري الهجر في المضجع من الضرر الموجب للتفريق دون أن يخصّص له نصا قانونيا.

الجدير بالذكر أنّ القاضي إذا ثبت لديه الضرر ولم يستطع الإصلاح حكم بالتطليق واعتبره طلاقه بائنة. وأنّ القضاء المصري أقرّ مبدأ مهم في مسألة إثبات الضرر، حيث جاء في أحد طعون محكمة النقض ما يلي: "من المقرر أنّه يكفي لاكتمال نصاب الشهادة في دعوى التطليق للضرر أن تتفق شهادة الشهود على إيذاء الزوج زوجته على وجه معيّن تتضرر منه دون أن يشترط لذلك أن تنصب شهادتهم على كل واقعة من الوقائع التي تشكل هذا الإيذاء باعتبار أنّ تلك الوقائع ليست بذاتها مقصود الدعوى بل هي تمثل في مجموعها سلوكا تتضرر منه الزوجة ولا يقرّه الشرع..."².

ثانيا: موقف التشريع السوري

لقد نصّ المشرّع السوري على الضرر والتفريق به في المادة 112 من قانون الأحوال الشخصية تحت الفصل الرابع المعنون بـ "التفريق للشقاق بين الزوجين". وقد

¹ - سنفصلّ في هذا الموضوع في مبحث التطليق للزوج بأخرى.

² - الطعن رقم 82 لسنة 63 قضائية، أحوال شخصية، جلسة 1997/01/28، نقلا عن إبراهيم سيد أحمد، الوجيز في الإثبات في مواد الأحوال الشخصية فقها وقضاء، ط1، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2003، ص31.

جاء في نص هذه المادة الفقرة 1 و 2 ما يلي: "1- إذا ادّعى أحد الزوجين إضرار الآخر به بما لا يستطاع معه دوام العشرة يجوز له أن يطلب من القاضي التفريق.

2- إذا ثبت الإضرار وعجز القاضي عن الإصلاح فرّق بينهما ويعتبر هذا التفريق طلاقاً بائنة"¹.

ما يلاحظ في الوهلة الأولى أنّ المشرّع السوري لم يدرج كلمة الضرر في عنوان هذا الفصل، وإنّما ذكر الشقاق فقط ثمّ تطرّق للضرر وثبوته منفصلاً في الفقرتين 1 و 2 من المادة 112.

وما يلاحظ ثانياً أنّ المشرّع السوري أشار إلى الضرر الواقع بين الزوجين وحق كل منهما في طلب التفريق به، بحيث لم يعط هذا الحق خالصاً للزوجة. وهذا عكس ما ذهب إليه المشرّع المصري، ويكون هنا قد ساوى بين الزوج والزوجة في طلب التفريق للضرر الواقع من أحدهما على الآخر، رغم أنّ الزوج يملك حق الطلاق بإرادته المنفردة. كما اشترط المشرّع السوري في الضرر الموجب للتفريق أن يكون بما لا يستطاع معه دوام العشرة وهذا يعني أنّ المشرّع السوري أضاف قيداً آخر لاعتبار الضرر ضرراً يبيح التطلاق وهو استحالة دوام العشرة به. والسلطة بطبيعة الحال تعود إلى قاضي الموضوع لتقدير نسبية الضرر. ويرى الدكتور عبد الرحمان الصابوني أنّ للمشرّع ربّما عذره في ذلك - أي في اشتراط استحالة دوام العشرة-، إذ لا يجوز أن يكون أبسط ضرر سبباً لإيقاع الطلاق، ويرى أنّه لو استبدل المشرّع النصّ بعبارة أخفّ لكان أقرب إلى المصلحة وإلى المصدر التاريخي لهذه المواد وهو المذهب المالكي².

أمّا عن التطلاق للضرر فإنّ المشرّع السوري كذلك اعتبر ثبوت الضرر لدى القاضي وعجزه عن الإصلاح مسوّغاً ليحكم بالتفريق ويعتبر ذلك طلاقاً بائنة.

ثالثاً: موقف التشريع العراقي

نصّ المشرّع العراقي على الضرر الموجب للتفريق في نص واحد، وقد استعمل نفس العبارة التي استعملها المشرعان المصري والسوري أي "الضرر الذي لا يستطاع معه دوام العشرة". كما أعطى حق طلب التطلاق للزوجين معاً كما فعل المشرّع السوري، ولكن كل هذا كان قبل تعديل 1987 في القانون رقم 21، حيث لم يكتف المشرّع العراقي

¹ - محمد إبراهيم الكوفي، مرجع سابق، ص 42.

² - عبد الرحمان الصابوني، طبعة دار الفكر، مرجع سابق، ص 780.

بإطلاق صفة الضرر الذي لا يستطاع معه دوام العشرة، وإنما ذكر حالات محدّدة من الضرر وضرب أمثلة أخرى عنه. فنصّ في المادة 41 من قانون الأحوال الشخصية على ما يلي¹: "لكل من الزوجين طلب التفريق عند توفر الأسباب الآتية:

1- إذا اضرَّ أحد الزوجين بالآخر أو بأولادهما ضرراً يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، ويعتبر من قبيل الإضرار الإدمان على تناول المسكرات أو المخدرات، على أن تثبت حالة الإدمان بتقرير من لجنة طبيّة متخصصة، ويعتبر من قبيل الإضرار كذلك ممارسة القمار في بيت الزوجية.

2- إذا ارتكب الزوج الآخر خيانة الزوجية.

ويكون من قبيل الخيانة الزوجية ممارسة فعل اللواط بأيّ وجه من الوجوه.

3- إذا كان عقد الزواج قد تمّ قبل إكمال أحد الزوجين الثامنة عشرة دون موافقة القاضي.

4- إذا كان الزواج قد جرى خارج المحكمة عن طريق الإكراه ولم يتمّ الدخول.

5- إذا تزوّج الزوج بزوجة ثانية بدون إذن من المحكمة، وفي هذه الحالة لا يحق للزوجة تحريك الدعوى الجزائية..."².

بعد استعراضنا للمادة السابقة يظهر جلياً أنّ المشرّع العراقي فصلّ في الضرر الموجب للتفريق، بعد أن أعطى حق التفريق للزوجين معاً ولم يخصّه للزوجة فقط. كما أنّه ذكر عبارة الضرر في الفقرة 1 فقط، أمّا الفقرات الأخرى فسرد حالات مستقلة قد تشكل ضرراً وقد لا تفعل، فالمشرّع لم يشترط في بعض هذه الحالات تضرر الزوجة لاسيما في الفقرتين 3 و4 وكذلك الفقرة 5، فهذه الحالات إذا حدثت بالشروط المنصوص عليها حقّ لأحد الزوجين طلب التفريق بها.

أمّا الفقرة 1 من المادة السابقة فالمشرّع العراقي ذكر كلمة الضرر ولم يقرنه بالزوج الآخر فقط وإنما بالأولاد كذلك، وهذا أمر انفرد به المشرّع العراقي مقارنة بالتشريعات العربية الأخرى التي تقتصر على ذكر الإضرار بالزوجة.

¹ - القانون رقم 188 لسنة 1959 المعدّل بالقانون رقم 21 لسنة 1987.

² - أحمد الكبيسي، مرجع سابق، ص 151، 152.

إضافة إلى ما سبق، اشترط المشرع العراقي في الضرر أن يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، وبمفهوم المخالفة إذا كان الضرر ضئيلاً ويمكن التعايش معه -حسب تقدير القاضي- فإنه لا يحكم بالتفريق.

من جهة أخرى ذكر المشرع أمثلة أخرى عن الضرر الذي قد يقع من أحد الزوجين وخصّ بالذكر الإدمان على المسكرات أو المخدرات وممارسة القمار في بيت الزوجية، كما ذكرت الفقرة 2 الخيانة الزوجية سواء كانت بالزنا أو باللواط.

يظهر من الفقرة 1 أنّ صور الضرر التي ذكرتها، إنّما ذكرتها على سبيل المثال وتركت الباب مفتوحاً أمام أنواع أخرى من الضرر قد يتضرر منها أحد الزوجين وتعتبر مسوّغاً له لطلب التطلاق.

رابعاً: موقف التشريع المغربي

نصّ المشرع المغربي على غرار من سبقه من المشرعين على التطلاق للضرر في المادة 99 من المدوّنة الجديدة للأسرة وذلك في الفقرة الثانية، كما أشار إلى صورة من صور الضرر في الفقرة الأولى من نفس المادة والتي جاء نصها كما يلي:
"يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضرراً مبرراً لطلب التطلاق.
- يعتبر ضرراً مبرراً لطلب التطلاق كل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مخلّ بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة ماديّة أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية"¹.

كغيره من المشرعين، وإضافة إلى صور الضرر المشهورة عند الفقهاء كالغياب وعدم الإنفاق والعييب، أضاف المشرع المغربي الضرر، بل ذكره أوّلاً ثم انتقل بعدها إلى الصور الأخرى. وقد صنّف بعض التصرفات على أنّها ضرر، وكان أولها الإخلال بشرط من شروط عقد الزواج، ثمّ وصف بعض التصرفات التي تصدر من الزوج على أنّها ضرر يبرّر طلب التطلاق إذا ألحقت بالزوجة إساءة تجعلها غير قادرة على مواصلة الحياة الزوجية، وهو كل تصرف مشين أو مخلّ بالأخلاق الحميدة. ويعتبر هذا الوصف معياراً عاماً وفضفاضاً يلحق تصرفات كثيرة بالضرر بحيث يمكن للزوجة الاعتماد عليها

¹ - محمد لفروجي، مرجع سابق، ص 38.

لتبرير طلبها التطلق، خاصة وأنّ المشرّع قد أضفى على الضرر الصادر من الزوج بأنّه مشين ومخلّ بالأخلاق الحميدة، وهذا يتماشى مع معيار الضرر الموجب للتفريق وفقاً للفقهاء المالكي خاصة وهو "ما لا يجوز شرعاً". وأضاف له المعيار الشخصي الذي يعود على مدى الإساءة المادية والمعنوية للزوجة ومدى قدرتها أو عدم قدرتها على مواصلة الحياة الزوجية، وهذا - حسب تقديرنا - من شأنه التوسيع من دائرة الضرر.

خامساً: التشريع الإماراتي

نصّ المشرّع الإماراتي في المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية على ما يلي:

- 1- لكل من الزوجين طلب التطلق للضرر الذي يتعدّر معه دوام العشرة بالمعروف.
- 2- تتولى لجنة التوجيه الأسري وفقاً للمادة 16 من هذا القانون الإصلاح بين الزوجين فإن عجزت عنه عرض القاضي الصلح عليهما، فإن تعدّر وثبت الضرر حكم بالتطلق¹.

المطلب الثاني

التطبيق للضرر في قانون الأسرة الجزائري

نصّ المشرّع الجزائري على أنواع الضرر التي تجيز للزوجة طلب إنهاء الرابطة الزوجية في المادة 53 من قانون الأسرة، وفصل في هذه الأسباب وحدّها في عشرة نقاط كان آخرها التطلق للضرر المعتبر شرعاً. وكانت قبل تعديل 2005 محدّدة بسبعة أسباب وكانت النقطة ما قبل الأخيرة هي التطلق المعتبر شرعاً.

الفرع الأوّل

التطبيق للضرر المعتبر شرعاً

إنّ ما يميّز المشرّع الجزائري في موضوع التطلق للضرر أنّه فصلّ كثيراً في صور الضرر ووضع عدّة أسباب تجيز للزوجة طلب التفريق، ثمّ أضاف في النقطة ما قبل الأخيرة وفي الفقرة 6 من المادة 53: "كل ضرر معتبر شرعاً لا سيما إذا نجم عن مخالفة

¹ - قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية رقم 28 لسنة 2005، مرجع سابق.

الأحكام الواردة في المادتين 8 و 37 أعلاه"، وهذا طبعاً قبل التعديل. أمّا بعد التعديل فقد استمرّ هذا التميّز بأن أصبحت صور الضرر عشرة وآخرها الضرر المعتبر شرعاً.

يعتبر هذا التفصيل ميزة انفرد بها المشرّع الجزائري لأنّه أحصى أكبر عدد من صور الضرر - مقارنة بالمشرّعين العرب - ووضع معياراً عاماً يجمع ما بقي من أنواع الضرر ومن صورته والتي قد تأتي بها التطورات والتغييرات التي قد تحصل في المجتمع. إنّ أبرز ما يمكن ملاحظته حول فقرة التطبيق لكل ضرر معتبر شرعاً من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري سواء قبل أو بعد التعديل هو ما يلي:

- إنّ كل ما ذكره المشرّع الجزائري من صور الإضرار بالزوجة في المادة 53 هي في أغلبها ما اتفق عليه جمهور الفقهاء كالغيبية وعدم الإنفاق والعيب.

- ذكر أغلب المشرّعين العرب هذه الصور المشهورة ثمّ ذكروا الضرر الذي لا يمكن به دوام العشرة، وهم في ذلك يقصدون الهجر وارتكاب فاحشة مبيّنة والذي خصّ المشرّع كل منهما بفقرة مستقلة، وكذلك كل التصرفات التي تسيء للزوجة من ضرب وشتم... إلخ.

- خصّ المشرّع الجزائري الضرر بفقرة مستقلة والشقاق بفقرة أخرى، وقد اتفق في ذلك مع المشرّع المغربي والعراقي وهذا عكس ما ذهب إليه المشرعان المصري والسوري وكذا الإماراتي.

- وصف المشرّع الضرر بالمعتبر شرعاً، والمقصود به هو الضرر الذي يعتبره الشرع الإسلامي ضرراً، وهذا يعني أنّ المشرّع الجزائري اقترب بذلك من المعيار الذي وضعه الفقهاء وعلى رأسهم المالكية الذين عرفوا الضرر بما لا يجوز شرعاً، بحيث لم يشر المشرّع إلى ضرورة كون الضرر الموجب للتفريق ممّا يُستحال معه دوام العشرة¹. وبالتالي وحسب هذه الفقرة فإنّ أيّ واقعة أو تصرف يشكل ضرراً شرعياً يعدّ سبباً من أسباب التطبيق²، ويجوز للزوجة طلبه.

¹ - سالم البهنساوي، قوانين الأسرة بين عجز النساء وضعف العلماء، ط2، دار القلم، الكويت، 1984، ص 198.

² - باديس ذيابي، مرجع سابق، ص 46.

- وبما أنّ المشرّع أورد عبارة عامة فيما يخصّ الضرر المعتبر شرعا فإنّه يكون بذلك قد فتح المجال واسعا أمام السلطة التقديرية للقاضي، بحيث لم يقيدّها بأيّ قيد ولم يحدّها بأيّ حدّ. وحسب بعض الشراح فإنّ تقدير الضرر سيكون شخصيا لأنّه ما يعتبر ضارا بالنسبة لزوجّة قد لا يعتبر ضارا بالنسبة لأخرى، وأنّ نسبية الإضرار قد تختلف من بيئة إلى أخرى لأنّه يختلف باختلاف البيئة والثقافة ومكانة المضرور في المجتمع، وتقديره متروك للقاضي¹.

يبقى المعيار الذي لا يتغير، ما وضعه فقهاء المالكية وهو "ما لا يجوز شرعا"، وهذا المعيار لا يتغير مع الزمان والمكان، فإذا طالبت الزوجة بالتفريق لفعل غير جائز شرعا صادر من الزوج فلها كل الحق شرعا أن يفرّق بينهما إذا تمسّكت بذلك.

إنّ المشرّع لم يضع قيودا واضحة في نصوصه وهذا ما أدى بالقضاء إلى تصنيف بعض التصرفات الأخرى في خانة الضرر كالضرب والجرح العمدي وسوء المعاملة. وقد اعتبرت المحكمة العليا هذه التصرفات وغيرها من الضرر المعتبر شرعا وهي كما يلي:

- تماطل الزوج في إرجاع زوجته إلى بيت الزوجية، وقد قضت المحكمة العليا في ذلك بما يلي: "...من المقرّر قانونا أنّه يمكن للزوجة أن تطلب التطلاق إذا توافرت أسبابه...ولمّا كان ثابتا في قضية الحال أنّ الزوج تماطل في إرجاع زوجته ووقف موقفا سلبيا فإنّ المجلس بقضائه بتطلاق الزوجة لتماطل الزوج في إرجاع زوجته طبق صحيح القانون"².

¹- عبد الفتاح إبراهيم بهنسي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها وقانونا، مكتبة ومطبعة الإشعاع القانونية، الإسكندرية، 1995، ص 128.

²- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 50519، قرار بتاريخ 26 /09 /1988، المجلّة القضائية، العدد الثاني، 1992، ص 48.

- الضرب والجرح العمدي، وقد قضت المحكمة العليا في ذلك بما يلي: "إنّ ضرب الزوجة المبرح يعتبر من الأضرار المعتبرة شرعا التي تستوجب التطليق دون اشتراط صدور حكم جزائي..."¹.

- الضرر المبالغ فيه من طرف الزوج وحق الزوجة في التعويض، وقد قرّرت المحكمة العليا في ذلك ما يلي: "...من المقرّر قانونا أنّه يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ومن المقرّر أيضا أنّه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر، ولمّا كان ثابتا أنّ الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغا فيه متعسفا من طرف الزوج فإنّ تطليق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر..."².

- سوء المعاملة، حيث قضت المحكمة العليا بما يلي: "...إنّ القضاء بتطليق الزوجة بسبب تضرّرها من تصرفات الزوج وعدم تحقيق الهدف من الزواج طبقا للمادة 4 من قانون الأسرة هو تطبيق سليم للقانون"³.

هذا فيما يخص التطليق للضرر المعتبر شرعا وما اعتبره القضاء من الضرر وفقا لهذه القاعدة العامة. لكن إضافة إلى ذلك فقد خصّص المشرّع الجزائري في الفقرة 6 من المادة 53 قبل التعديل، صورة من الضرر بعينها، من جهة كمثال عن باقي صور الضرر ومن جهة أخرى للتأكيد عليها، والمتمثلة في مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 8 و37. حيث كانت تنص المادة 8 قبل التعديل على شروط التعدد وضرورة إعلام الزوجة السابقة والمقبل على الزواج بها به. وكانت المادة 37 تنص قبل تعديلها بإلغاء محتواها بالتعديل الجديد لسنة 2005 على وجوب النفقة الزوجية على زوجته والعدل في حالة التعدد⁴.

¹- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 258555، قرار بتاريخ 23 /01 /2001، المجلة القضائية، العدد 2، 2002، ص 417.

²- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 181648، قرار بتاريخ 23 /12 /1997، المجلة القضائية، العدد 1، 1997، ص 49.

³- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 269594، قرار بتاريخ 18 /07 /2001، المجلة القضائية، العدد 1، 2003، ص 349.

⁴- كانت المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري تنص قبل تعديل 2005 على ما يلي: "يجب على الزوج نحو زوجته 1- النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها، 2- العدل في حالة الزواج بأكثر من واحدة".

فمخالفة هذه الأحكام تُعدّ من الضرر المعتبر شرعا وفقا للفقرة 6 من المادة 53 من قانون الأسرة قبل التعديل.

وما عدا هذا فقد اعتُبرت هذه الفقرة ملاذا لقضاة المحاكم والمحكمة العليا لتبرير أيّ تصرفٍ بأنّه من الضرر المعتبر شرعا رغم توافر الأسباب المذكورة بشروطها في الفقرات الأخرى للمادة 53¹.

الفرع الثاني

بعض صور الضرر المتبقية في قانون الأسرة الجزائري بعد تعديل 2005

سنتحدث في هذا الفرع عن بعض الصور المتبقية من الضرر في المادة 53 بعد التعديل والتي لا تختلف كثيرا عمّا كانت عليه قبل التعديل بل زاد المشرّع من التفصيل فيها وفصل بعضها عن بعض.

أخرج المشرّع الجزائري بعد التعديل صورة الضرر المتمثلة في مخالفة أحكام المادة 8 بجديدها من الفقرة الخاصة بالضرر المعتبر شرعا حيث أصبحت سببا مستقلا من أسباب التطلاق. كما أضاف أسبابا أخرى وتتمثل في: مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج والشقاق المستمر بين الزوجين رغم الإشارة إليه في المادة 56 من نفس القانون، بعد أن كانت هذه الصور تدخل ضمن الضرر المعتبر شرعا. ضف إلى ذلك نشوز الزوج الذي جاءت به المادة 55.

في الخلاصة نصل إلى أنّ الصور المتبقية من الضرر الواردة في المادة 53، 55 و56 تتمثل فيما يلي:

- 1- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.
- 2- ارتكاب فاحشة مبيّنة.
- 3- نشوز الزوج.
- 4- الشقاق المستمر بين الزوجين.
- 5- مخالفة أحكام المادة الثامنة من قانون الأسرة.

¹ - باديس ذيابي، مرجع سابق، ص 47.

سنلقي نظرة وجيزة على كل صورة من هذه الصور في هذا المطلب ما عدا مخالفة أحكام المادة الثامنة والخاصة بالتعدد وكذلك الشقاق المستمر بين الزوجين اللذان سنتعرض لكل منهما على حدا.

أولاً: مخالفة الشروط المتفق عليها في العقد

إنّ المادة 19 من قانون الأسرة قبل التعديل الأخير كانت تنصّ على ما يلي: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ما لم تتناف مع هذا القانون".

دون الخوض في ماهية هذه الشروط من حيث موافقتها أو عدم موافقتها للقانون ومدى شرعيتها بالنظر إلى قواعد الفقه الإسلامي، وبما أن المشرّع لم يضع معايير دقيقة للحكم على هذه الشروط، فإنّ الأمر أصبح مهمة القاضي الذي إذا رأى أنّ هذه الشروط لا تتعارض مع أحكام قانون الأسرة ولا تتنافى مع طبيعة الزواج، فإنّه في حالة مخالفة أحدهما لها فإنّه تطبيقاً للقواعد العامة يجوز لأحدهما المطالبة بفسخ العقد لعدم التزام الطرف الآخر بشروطه لأنّ العقد شريعة المتعاقدين، وما عليه إلاّ الحكم بالتطبيق.

بمناسبة الحديث عن الشروط الواردة في عقد الزواج وعن معايير التفريق بين الموافق منها والمخالف لطبيعة هذا العقد، فإنّه من أحسن ما قرأت في تشريعات الأحوال الشخصية العربية - والذي أثرت كتابته في متن البحث- ما ذهب إليه المشرّع السوري في تحديده لمعايير دقيقة للتفرقة بين الشروط الملزمة للزوج والتي تفسخ عقد الزواج في حالة عدم الالتزام بها ولكنها لا تلزم الزوج، والشروط التي تلزمه. وهذا ما ذهب إليه المشرّع السوري في المادة 14 من قانون الأحوال الشخصية¹.

¹ - تنص المادة 14 من قانون الأحوال الشخصية السوري على ما يلي: "1- إذا قيّد عقد الزواج بشرط ينافي مقاصده ويلتزم فيه ما هو محظور شرعا كان الشرط باطلا والعقد صحيحا.

2- وإذا قيّد بشرط يلتزم للمرأة مصلحة غير محظورة شرعا ولا تمسّ حقوق غيرها ولا تقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة المشروعة كان الشرط صحيحا ملزما.

3- وإذا اشترطت المرأة في عقد النكاح ما يقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة أو يمسّ حقوق غيرها كان الاشتراط صحيحا ولكنه ليس بملزم للزوج، فإذا لم يف الزوج به فللزوجة المشترطة طلب فسخ النكاح"¹، نقلا عن محمد إبراهيم الكوفي، مرجع سابق، ص 22.

عاد المشرّع الجزائري مرّة أخرى للتأكيد على هذه الشروط، بحيث إذا لم يذكرها الزوجان أو أحدهما في عقد الزواج فإنّه بإمكانه أن يشترطها في عقد رسمي لاحق، وهذا ما نصّت عليه المادة 19 المعدّلة وفقا للأمر 02/05 حيث جاء فيها ما يلي: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

لقد نصّت المادة السابقة على بعض الاشتراطات الهامة والتي تتمسك بها الزوجة عامة وهي عدم التعدد والعمل الوظيفي. ولكن ما يلاحظ في هذا الموضوع أنّ المشرّع الجزائري رغم نصّه على حلّ جديد للاشتراط بعد إبرام عقد الزواج وذلك في عقد رسمي لاحق، إلاّ أنّه لم يذكره في المادة 53، حيث نصّ في الفقرة 5 منها على: "مخالفة الشروط المنفق عليها في عقد الزواج". فهل وفي حالة مخالفة الشروط الواردة في العقد الرسمي اللاحق يتمسك القاضي بحرفية النصّ ولا يأخذ بها، أم أنّه سيفسر القانون وفق الإرادة الفعلية للمشرّع والتي ترمي إلى تطبيق الشروط الواردة في عقد الزواج وفي العقد الرسمي اللاحق، وإلاّ ما الداعي من هذا التعديل أصلا.

إذا رأى القاضي فسخ عقد الزواج، وهو عقد سابق، لعدم التزام الزوج بشرط اتفق عليه وزوجته في عقد لاحق، فما مدى صحّة هذا الفسخ؟
لعلّ الإجابة عن هذا التساؤل ستكمن مستقبلا في الاجتهاد القضائي الذي سيقرّر الأخذ بعين الاعتبار الشروط الواردة في العقد الرسمي اللاحق¹.

ثانيا: ارتكاب فاحشة

من بين الأسباب التي حدّدها المشرّع الجزائري في المادة 53 والتي تجيز طلب التطلاق ما جاء في الفقرة 7 منها وهي "ارتكاب فاحشة مبيّنة"، وقد أبقى المشرّع على هذه الفقرة بعد التعديل الأخير.

نصّ المشرّع الجزائري قبل التعديل في الفقرة الرابعة من المادة 53 على حق الزوجة في طلب التطلاق للحكم على الزوج بالسجن لمدة سنة فأكثر لفعل ماس بشرف الأسرة

¹ - باديس ذيابي، مرجع سابق، ص 53.

وتستحيل معه مواصلة الحياة الزوجية. وأضاف في الفقرة السابعة ارتكابه لفاحشة مبيّنة. والذي يظهر من الفقرتين أنّ الفعل الماس بشرف الأسرة والفاحشة المبيّنة لا يختلفان، لا سيما وأنّ المشرّع لم يضيف أوصافاً ولم يحدد شروطاً في أحدهما لتمييزه عن الآخر، لهذا كان يتبادر للأذهان أنّ ذلك أنّ الفرق بين الفقرتين هو أنّ الأولى يشترط فيها الحبس لمدة أكثر من سنة بعد إدانته بارتكاب الفعل الماس بشرف الأسرة. لكن التساؤل كان وما زال يثور حول من يحكم على الزوج بارتكاب فاحشة مبيّنة، هل مجرد اتهام الزوجة له أمام القاضي واقتناع هذا الأخير بذلك يكفي، أم يجب إدانة الزوج بذلك جزائياً.

لو افترضنا أنّ هذا الشرط الأخير صحيح وواجب التحقيق فإنّ الفرق فعلاً سيكون مدة العقوبة. لكن، وبعد التعديل الأخير، ظهر أنّ هذا الشرط الأخير غير صحيح وتأكّد ذلك من خلال التعديل الذي طرأ على الفقرة الرابعة، حيث أنّ المشرّع هذه المرة لم يتحدث عن مدة العقوبة ولم يشترطها من الأساس، وإنّما نصّ فقط على إدانة الزوج واستمرّ في اشتراط أن يكون الفعل الذي أدين الزوج بسببه ماساً بشرف الأسرة ولا يمكن معه مواصلة الحياة الزوجية، حيث أصبحت الفقرتان من المادة 53 تتصان بعد التعديل على ما يلي:

الفقرة 4: "الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية".

الفقرة 7: "ارتكاب فاحشة مبيّنة".

إذا رجعنا إلى مقارنة هاتين الفقرتين فهل سيظهر لنا الفرق بينهما؟ الاختلاف الظاهر هو ضرورة إدانة الزوج بحكم قضائي في الفقرة الرابعة، لأنّ نص الفقرة يبدأ بعبارة "الحكم على الزوج"، أمّا الفقرة السابعة فتبدأ بعبارة "ارتكاب الزوج". هنا يتأكّد الاختلاف بين الفقرتين، فلو لم يكن الحكم على الزوج على الفعل المشين هو الفرق فما الداعي من إدراج الفقرة السابعة من الأساس. إنّ هذا يؤكّد اتجاه نيّة المشرّع إلى أنّ المقصود بهذه الفقرة الأخيرة هو اشتهاار الزوج بين الناس بارتكابه فاحشة معيّنة قد لا يعاقب عليها القانون جزائياً إلاّ بشروط معيّنة واردة في قانون العقوبات.

من أجل الالتباس الواقع في تحديد معنى الفاحشة التي يكون المشرع الجزائري قد قصدها وجب علينا التعرض لمعناها وأنواعها وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية. إن المشرع الجزائري لم يذكر عبارة الفاحشة هكذا اعتباطا وإنما لا يخلو مقصده من أمرين:

- أن يكون قد قصد بها الزنا.

- أو قصد بها أفعال كثيرة تعتبر فقها من الفواحش.

لهذا ينبغي تحديد معنى الفاحشة لغة وشرعا:

1- معنى الفاحشة لغة: الفاحشة لغة الفحشاء، وكل شيء جاوز حدّه فاحش، ويقال فحش الأمر فحشا وتفاحش. ويسمى الزنا الفاحشة¹ لأنه ما يشتدّ قبحه من الذنوب والفحش القبيح من القول. والفاحش كذلك القبيح، السيء الخلق، البخيل جدا وكل شيء جاوز الحد².

2- معنى الفاحشة شرعا: أمّا المدلول الشرعي للفاحشة فإنه لا ينحصر في جريمة الزنا وإنما يتعدى إلى جرائم أخرى خصّها الله تعالى بعقوبات محدّدة وهي "الحدود" كالزنا والقتل والسرقه، وكذلك تعتبر جريمة السكر فاحشة. كما أشار الأسلوب القرآني إلى عدّة أفعال تخلّ بالنظام العام ووصفها بأنها فواحش وعلى رأس هذه الأفعال الزنا في قوله تعالى: "وَلَا تَقْرَبُوا الزَّانَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا"³، وقوله: "وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا"⁴، وقوله كذلك: "قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ"⁵.

في الآية الأخيرة دليل واضح على أنّ وصف الفاحشة يطلق على عدّة أفعال مشينة. وآية الزنا السابقة دليل على أنّ الفاحشة لا يقصد بها الزنا في حدّ ذاته وإنما المقصود هو أنّ الزنا يعتبر من الفواحش.

¹ - الصحاح للإمام الرازي، مرجع سابق، ص 387.

² - المنجد في اللغة والأدب والعلوم، مرجع سابق، ص 600.

³ - الآية 32 من سورة الإسراء.

⁴ - الآية 22 من سورة النساء.

⁵ - الآية 33 من سورة الأعراف.

إنّ ما سبق يجعلنا نرجع إلى الفقرة 7 من المادة 53 بحيث جاءت بصيغة النكرة، "ارتكاب فاحشة" وليس ارتكاب الفاحشة، وبالتالي قد نفهم أنّ المشرّع الجزائري لم يقصد فاحشة محدّدة بذاتها وإنّما أي فعل يعتبر من الفواحش المبيّنة بإمكان الزوجة الاستناد عليه لطلب التفريق.

لذلك هناك من يرى أنّ هذه الفاحشة قد تكون "الزنا أو الشرك بالله أو الردّة أو الاعتداء على قاصر أو الانحراف عن الطريق السليم والقيام بالسلوك الإجرامي الذي يتنافى مع مقتضيات العقل السليم وإرادة المجتمع"¹.

لكن إذا تفحصنا ما سبق نستطيع قول ما يلي:

- إنّ الزوجة في حالة ردّة الزوج وشركه بالله لن تضطرّ إلى الاستناد على فقرة الفاحشة لتفريقها عن زوجها، لأنّ النصوص واضحة في قانون الأسرة، لأنّ زواج المسلمة بغير المسلم من موانع الزواج أصلا وهذا ما جاءت به المادة 30 وبالضبط في الفقرة التي أضيفت لهذه المادة بعد تعديل 2005 والتي جاءت كما يلي: "كما يحرم مؤقتا:....- زواج المسلمة بغير المسلم". وإذا حدث وأن ارتدّ الزوج بعد الزواج فإنّ عقد الزواج مصيره الفسخ لا محالة.

- بالنسبة للانحراف والإجرام والاعتداء على قاصر فإنّ الزوجة كذلك تكفي بالفقرة الرابعة التي تعطيها الحق في التفريق إذا أدين الزوج بجريمة تمسّ بشرف الأسرة.

- أمّا الزنا فهو المقصود لا محالة بهذه الفقرة، وقد يقول قائل أنّ زنا الزوج كذلك معاقب عليه جزائيا ولكن نردّ هذا الرأي من عدّة جوانب بما يلي:

أ- تحدّث المشرّع على الزنا على أنّه فاحشة في المادة 337 مكرر من قانون العقوبات الجزائري² وفي حالة وحيدة وهي زنا المحارم فجاءت كما يلي: "تعتبر من الفواحش بين ذوي المحارم العلاقات الجنسية التي ترتكب بين:

- الأقارب من الفروع والأصول.

¹- تحليل للأستاذ فضيل سعد وأشار إليه بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، في مؤلّفه السابق، ص 305.

²- الأمر رقم 75-47 المؤرخ في 17 يونيو 1975، معدل ومتمم للقانون رقم 66 - 156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات، ج ر رقم 53، السنة 12، بتاريخ 4 جويلية 1975، ص 751.

- الإخوة والأخوات الأشقاء، من الأب أو الأم.
 - بين شخص وابن أحد إخوته أو أخواته من الأب أو الأم أو مع أحد فروعهم.
 - الأم أو الأب أو الزوج أو الزوجة والأرمل أو أرملة ابنه أو مع أحد آخر من فروعهم.
 - والد الزوج أو الزوجة الأم أو زوجة الأب وفروع الزوج الآخر.
 - من أشخاص يكون أحدهم زوجا لأخ أو لأخت.....".
- ب- لم يورد المشرع الجزائري وصف الفاحشة على الشذوذ الجنسي الوارد في المادة 338 ق.ع¹، وعلى جريمة الزنا من الزوج أو الزوجة رغم أنهما فاحشة وذلك في المادة 399 ق.ع². هذه الأفعال مع الفعل العلني المخلّ بالحياء جاءت تحت القسم السادس الخاص بانتهاك الآداب في قانون العقوبات الجزائري، وكذلك التحرش الجنسي الوارد في المادة 341 مكرر من قانون العقوبات³.

¹- تنص المادة 338 على ما يلي: "كل من ارتكب فعلا من أفعال الشذوذ الجنسي على شخص من نفس جنسه يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 2000 دج". قانون رقم 66-156، مؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، ج ر رقم 49، السنة الثالثة، صادرة بتاريخ 11 يونيو 1966، ص 49.

²- تنص المادة 339 على ما يلي: "يقضي بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا. وتطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة. ويعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته. ولا تتخذ الإجراءات إلاّ بناء على شكوى الزوج المضرور، وإن صفح هذا الأخير يضع حدا لكل متابعة."، القانون رقم 82-04 المؤرخ في 13 فبراير 1982، المعدل والمتمم للقانون رقم 66-156، المتضمن قانون العقوبات، ج ر رقم 7، السنة 19، الصادرة بتاريخ 16 فبراير 1982، ص 317.

³- تنص المادة 341 مكرر من قانون العقوبات على ما يلي: "يعد مرتكبا لجريمة التحرش الجنسي ويعاقب بالحبس من شهرين (2) إلى سنة (1) وبغرامة من 50.000 دج إلى 100.000 دج، كل شخص يستغل سلطة وظيفته أو مهنته عن طريق إصدار الأوامر للغير أو بالتهديد أو الإكراه أو بممارسة ضغوط عليه قصد إجباره على الاستجابة لرغباته الجنسية"، القانون رقم 04 - 15، المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، ج.ر. رقم 71، الصادرة بتاريخ 10 نوفمبر 2004، ص 04.

ج- تصنيف زنا المحارم فقط بالفاحشة لا يلغي هذا الوصف على زنا أحد الزوجين أو الشذوذ، وإنما هو -حسب تقديرنا- مجرد وصف لإظهار بشاعة الجرم كونه يقع بين المحارم.

د- لو اعتبرنا زنا المحارم فقط هو المقصود بالفاحشة المبيّنة لما احتاج المشرّع أصلاً للنصّ على هذه الفقرة لأنّ الفقرة الرابعة كافية لتستند عليها الزوجة لطلب التفريق.

ه- النقطة الحاسمة -حسب تقديرنا- والتي قد تُظهر قصد المشرّع الجزائي من إدراج هذه الفقرة مستقلة وعدم الاكتفاء بالفقرة الرابعة هي كالتالي:

- إنّ الفقرة الرابعة الخاصة بإدانة الزوج لجرم ماس بشرف الأسرة يفي بالغرض إذا تعلّق الأمر بكلّ الفواحش المذكورة سابقاً والتي جاءت تحت قسم "انتهاك الآداب". فإذا ارتكب الزوج إحدى هذه الجرائم وثبتت إدانته، تمكّنت الزوجة من طلب التفريق إلاّ زنا الزوج.

- إنّ الفاحشة المقصودة والتي من أجلها أدرج المشرّع هذه الفقرة هو زنا الزوج، لأنّ زنا أحد الزوجين يشترط فيه لتحريك الدعوى شكوى الزوج المتضرر، وهو في هذه الحالة الزوجة. لكن قد لا تتمسك الزوجة بحقّها في تحريك الدعوى الجزائية لاعتبارات اجتماعية وأسرية، لكنّها لا تفقد الحق في طلب التفريق لارتكاب الزوج هذه الفاحشة إذا اقتنع القاضي بدعواها.

التحليل السابق قد يبرر إدراج مثل هذه الفقرة، وهو تأكيد وتكريس لحق الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية رغم وجود فقرة التطليق للضرر المعتبر شرعاً. وجدير بالذكر أنّ المشرّع الجزائري قد انفرد بالنص على هذه الفقرة مقارنة بالتشريعات العربية الأخرى.

بهذا التحليل نكون قد أجبنا عن التساؤل حول كيفية التوفيق بين الفقرة الرابعة والفقرة السابعة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري¹ وعن القول أنّ الفقرة السابعة تشمل الفقرة الرابعة. بالإضافة في الأخير إلى أنّ الفاحشة المبيّنة قد تشمل أيضاً شرب الخمر

¹ - باديس ذيابي، مرجع سابق، ص 49.

بشكل متكرر خاصة إذا أدى هذا بالزوج إلى التخلي عن واجباته الأسرية كلياً أو جزئياً، كما قد تشملها الفقرة العاشرة الخاصة بالضرر المعتبر شرعاً¹.

ثالثاً: نشوز الزوج

لا بدّ من الإشارة إلى موضوع نشوز الزوج لأننا بصدد الحديث عن حق الزوجة في طلب التطليق، وهذا نصّ لا يمكن تجاهله، لأنّه نصّ على حق الزوجة والزوج معا في التطليق، حيث جاء في المادة 55 من قانون الأسرة الجزائري ما يلي: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر".

إنّ عبارة النشوز كثيراً ما ارتبطت بالمرأة، فقد يخيّل للقارئ أنّ النشوز خاص بالزوجة وأنّ نشوز الزوج عبارة دخيلة، إلّا أنّها في حقيقة الأمر استعملت في التعبير القرآني في قوله تعالى: "وَإِن مَّرَأَةً خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ"².

إنّ معنى نشوز الزوج هو نفس معنى نشوز الزوجة، فالمقصود هو الإعراض عن الآخر، أي أن تشعر المرأة بإعراض زوجها عنها وكرهيته لها وإصراره على ذلك³. وهناك من فرق بين النشوز والإعراض في أنّ النشوز هو التباعد والإعراض بالأكلهما ولا يأنس بها⁴. ويرى الفقهاء أنّ نشوز الزوج يدخل في دائرة الضرر الذي يعالج وفق الخطوات التي ذكرت سابقاً، أي بالوعظ والتهديد وربما التعزير إن استدعى الأمر⁵.

بالرجوع إلى المراد من نشوز الزوج أو الزوجة في المادة 55 من قانون الأسرة، فإنّ الأستاذ عبد العزيز سعد يرى أنّه "كثرة الشجار حول الأمور التافهة من أحد الزوجين تجاه الآخر وترك منزل الزوجية، وفي التخلي عمداً عن كافة أو بعض الواجبات

¹ - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 275.

² - الآية 128 من سورة النساء.

³ - عبد الرحمان الصابوني، مرجع سابق، ص 760.

⁴ - القرطبي، الجزء 5، مرجع سابق، ص 403.

⁵ - ارجع إلى رأي الفقهاء في علاج الضرر الواقع من الزوج في الصفحة 200 و 201 من هذا البحث.

الزوجية"¹. وإذا أردنا التعليق على هذا التعريف فإنّ إنّ كثرة الشجار في حدّ ذاته يدخل ضمن فقرة الشقاق المستمر التي أضافها المشرّع كفقرة مستقلة في المادة 53 بعد تعديل 2005، والتي ستكون محل دراسة في النقطة الموالية. كما أنّنا إذا تحدثنا عن ترك منزل الزوجية والتخلي عن الواجبات الزوجية أو بعضها فقد يدرج هذا إمّا في عدم الإنفاق أو الهجر في المضجع وكل له شروطه الخاصة، مع العلم بطبيعة الحال أنّ التخلي عن الواجبات الزوجية أشمل وأوسع من هذا.

أمّا إذا أردنا الإشارة إلى بعض السلوكات التي من شأنها الإضرار بالزوجة، فإنّ فقرة الضرر المعتبر شرعا كفيّلة بأن تغطي كل مظاهر نشوز الزوج والزوج فقط. لهذا نرى أنّ هذه المادة بالذات جاءت لتقرير موقف الزوج الذي قد يطلق دون تعسف وبسبب نشوز الزوجة. فالمادة 53 أحاطت بكلّ أنواع الضرر التي تصيب الزوجة من زوجها خاصة بإضافة الفقرة 10. كما أنّ المادة 53 مكرر من قانون الأسرة والتي تشير إلى التعويض عن الضرر بعد التطلاق تخصّ الزوجة فقط². كما أشار المشرّع كذلك إلى تعويض المطلقة إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في طلاقها³.

بقيت بعد كل هذا حالة الزوج الذي يطلب الطلاق لنشوز الزوجة وتضرره من ذلك، فجاء نص المادة 55 ليشمل الزوجين معا معطيا حق التعويض للزوج المتضرر من جهة ومكرّسا حق الزوجة في التطلاق والتعويض مرّة أخرى.

في الأخير تجدر الإشارة إلى أنّ المشرّع الجزائري، مرّة أخرى، انفرد بالنص على نشوز الزوج كسبب من أسباب طلب التطلاق من الزوجة في مادة مستقلة، وهذا لتأكيد سياسته في تكريس حق المرأة في إنهاء الرابطة الزوجية.

¹ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد "أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل"، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 126.

² - تنص المادة 53 مكرر التي جاء بها تعديل 2005 على ما يلي: "يجوز للقاضي بعد الحكم بالتطلاق ان يحكم للمطلّقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

³ - تنص المادة 52 المعدلة بقانون 05-09 على ما يلي: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلّقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

المبحث الثاني التطليق للشقاق

نتطرق في هذا المبحث وبصفة مستقلة للتطليق للشقاق مباشرة بعد التطرق للتطليق للضرر، لأنّ جلّ الفقهاء وكذلك تشريعات الأحوال الشخصية العربية تحدثوا عن الضرر والشقاق في آن واحد ولكن على التوالي. لكننا فصلنا بينهما لأن معالجة التطليق للضرر تكون بعد ثبوته من طرف الزوج اتجاه الزوجة، وللقاضي بعدها التفريق إذا طلبت الزوجة ذلك. أمّا التطليق للشقاق فإجراءاته خاصة لأنّ الضرر لم يثبت والخصام والنزاع متواصلان بين الزوجين.

يكون الشقاق من الزوجين أو من أحدهما دون معرفة من المسيء منهما. ومصدر مصطلح الشقاق مستمد من قول الله تعالى: "وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا"¹. وجاءت هذه الآية بعد الآية التي أشارت إلى نشوز الزوجة وكيفية معالجته وذلك في قوله تعالى: "... وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْتَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ..."².

أشار النص القرآني إلى اللجوء إلى الإصلاح في حالة نشوز الزوج كذلك - سبق الإشارة إليه - وذلك في الآية 128 من نفس السورة. فالله تعالى حدّد نشوز الزوجة ونشوز الزوج وكيفية التعامل معهما، أمّا الشقاق فلا يُعرف من المسيء منهما، فوجب تعيين الحكّمين لإصلاح الوضع. فكيف يعيّن الحكّمين وماهي شروط ذلك؟ وماهي مهمتهما؟ وما هو الموقف الفقهي من التفريق للشقاق؟

المطلب الأوّل

نظام التحكيم والموقف الفقهي من التفريق للشقاق

إنّ النقطة الأساسية والتي من أجلها فصلنا التطليق للشقاق عن الضرر هو أنه إذا ثبت الضرر من الزوج فإنّ القاضي يطلق عليه أمّا إذا لم يثبت منه واستمرّ الخلاف والخصام

¹ - الآية 35 من سورة النساء.

² - الآية 34 من سورة النساء.

فإنه في هذه الحالة يتوجب عليه تعيين حكمين لمعرفة من المتسبب في الضرر ومحاولة الصلح. وإذا كان الضرر يقع من الزوج في حالات الغيبة وعدم الإنفاق والهجر فإن الضرر في الشقاق المستمر ليس بالضرورة واقع منه.

أما إذا كَيْفْنَا الشقاق من حيث طبيعته وآثاره فإننا نصل في النهاية كذلك إلى أنه ضرر يصيب الزوجين لاستمرار الخلاف والخصام الذي يطال كل الأسرة ولا ينحصر بينهما. فمن هذه الناحية نقول أن التطبيق للشقاق تطليق للضرر لكنه يختلف من حيث الإجراءات المتبعة. ولمعرفة هذه الإجراءات ينبغي التساؤل أولاً: من يتولى بعث الحكمين ومن هما الحكمان وما هي شروطهما وما هي مهمتهما؟

الفرع الأول

نظام التحكيم

إن التحكيم نظام ربّاني يُظهر معرفة واضعه بالنفس البشرية وخبائها، ومعرفته بأنّ الإنسان ليس بحاجة دائماً إلى قاض يصدر الأحكام ويسلّط العقوبات، وإنّما بحاجة إلى أخذ ورد وترغيب، خاصة عند ما يتعلق الأمر بالعلاقة الزوجية. فكثير ما تذوب كلّ الخلافات في جلسة حميمة بين الزوجين بحضرة حكم حكيم. ولأهميّة هذه المهمّة كان لا بدّ من التعرّض لمن تعود له مهمة تعيين الحكمين وما هو حكم بعثهما من حيث كونه واجب أم لا؟ وما هي الشروط التي ينبغي أن تتوفر فيهما ومهمتهما التي عيّنا من أجلها؟

أولاً: صلاحية بعث الحكمين وحكمه شرعاً

أ- لمن تعود صلاحية بعث الحكمين: لقد جاء الأمر بذلك في الخطاب الوارد في الآية السابقة " وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا ..."¹، والتساؤل يثور حول من المخاطب بعبارة "وإن خفتهم... فابعثوا...؟"

اختلف الفقهاء في تحديد المعني بالخطاب، هل هو الحاكم أو الوالدين أو الزوجين ذاتهما. ويرى جمهور الفقهاء أنّ المخاطب بهذه العبارة هم الحكام والأمراء... .أمّا عن تتمّة الآية "...إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما"، فقول أنّ المراد بمن يريد الإصلاح هما الحكمان، أي إن يرد الحكمان إصلاحاً يوفق الله بين الزوجين.

¹ - الآية 35 من سورة النساء.

وقيل المراد الزوجان أي إن يرد الزوجان إصلاحا وصدقا فيما أخبرا به الحكمين يوفق الله بينهما¹.

يظهر ممّا سبق أنّ الخطاب موجّه للحكام ومن يقوم مقامهما من القضاة لأنّ النزاع يرفع إليهم وهم من لهم سلطة إزالة الشقاق².

ب- **حكم بعث الحكمين عند الشقاق:** بعد أن اتفق جمهور الفقهاء أنّ المخاطب ببعث الحكمين هم الحكام وينوب عنهم القضاة، فهل اتفقوا على أنّ هذا الأمر وجوبي أم اختياري يقدره القاضي؟

قال جمهور الفقهاء "أنّ التحكيم واجب وجوبا حتميا لا يصحّ التفريط فيه...."³. فبعث الحكمين في حالة الشقاق واجب لأنّه وسيلة لفضّ النزاع، وهو تطبيق للآية السابقة لأنّه من باب دفع الظلم وهو من الفروض العامة على القاضي.

هناك من الفقهاء من يرى أنّ القاضي - و قبل أن يبعث الحكمين - عليه أن يُسكن الزوجين بجوار ثقة ليتعرف أحوالهما و الظالم منهما ويرفع بذلك تقريرا للقاضي حتى يتمكّن هذا الأخير من إزالة الضرر عن المظلوم. وإن لم يتمكّن المكلف بالأمر من القيام بالمهمة بعث القاضي الحكمين⁴.

لكن ومن ظاهر الآية أنّ القاضي بمجرد رفع أمر الشقاق إليه بعث الحكمين للإصلاح بين الزوجين دون اللجوء إلى الإجراء السابق، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ ظروف المعاش العصرية وأزماته يتعذر معها القيام أصلا بهذا التتقل الذي قد يؤدي إلى عكس هدفه.

¹ - القرطبي، الجزء 5، مرجع سابق، ص 175.

² - عبد المؤمن بلباقي، مرجع سابق، ص 117؛ عبد الرحمان الصابوني، مرجع سابق، ص 754.

³ - الإمام محمد أبو زهرة، شريعة القرآن من دلائل إعجازه، "دراسة الطلاق الذي جاء به الإسلام"،
<http://www.alagidah.com/vb/showthread.php?t=6493>
نقلا عن:

⁴ - موفق الدين بن قدامة، ج8، مرجع سابق، ص 167؛ الشربيني، مرجع سابق، ص 345؛ البجيرمي، مرجع سابق، ص 257.

ثانياً: شروط الحكمين

- إنّ شروط الحكمين المتفق عليها هي التكليف والإسلام و العدالة وفهم المقصود من مهمتهما وكيفية أدائها، وهذه الشروط هي ما قال به جمهور الفقهاء¹:
- التكليف: لأنّ غير الراشد ليس من أهل الرأي في المشورة خاصة في المسائل الزوجية.
 - الإسلام: لأنّ الحكم في مثابة السلطان خاصة عند من يرى أنّ للحكمين أن يجمعا ويفرقا ولو دون رضا الزوج.
 - العدالة: لأنّ غير العدل، أي الفاسق، لا يؤمن جانبه وهو ليس أهلاً للثقة حتى تُسند له مهمة الإصلاح خاصة بين الزوجين.
 - هناك من اشترط الذكورة لما يمتاز به الرجال من التأنّي وحسن التدبير عكس المرأة التي تمتاز بغلبة العاطفة والتأثر السريع². إلا أنّ أغلب الآراء التي وجدتها لا تشير إلى هذا الشرط³.

بعد هذه الشروط والتي يجب توافرها بقي التساؤل حول ما إذا كان يشترط في الحكمين أن يكونا من أهل الزوجين أم أنّ ذلك مذكور على سبيل الاستحباب؟

اختلف الفقهاء في هذه النقطة كذلك، لكن الاختلاف ليس في رفض أن يكون الحكمين من الأجانب مطلقاً وإنما الاختلاف في مدى جواز الاستعانة بالأجانب مع وجود الأهل. فقلّة من الفقهاء يقولون أنّ الأولى بعث الحكمين من الأهل، إلا للضرورة، أي في حالة

¹ - الشربيني، مرجع سابق، ص 345؛ موفق الدين بن قدامه، ج8، مرجع سابق، ص 169؛ الدسوقي والدردير، الجزء 2، ص 344؛ الروضة البهية، ج 2، ص 133 ومعين الحكام، ص 27 نقلاً عن عبد الرحمان الصابوني، مرجع سابق، ص 755.

² - الباجي، المنتقى، ج 7، ص 113، نقلاً عن عبد المؤمن بلباقي، مرجع سابق، ص 120.

³ - فالذكورة ليست بالضرورة مرادفة للتأنّي وحسن التدبير كما أنّ الرجولة ليست مقترنة دائماً بالذكور دون الإناث.

عدم وجود الأهل أو من يصلح من الأهل، ومن هؤلاء الفقهاء ابن رشد الحفيد¹، ابن حزم² والدسوقي³، وخلاصة رأيهم أنه لا يجوز بعث أجنبيين مع وجود الأهل⁴.
أمّا جمهور الفقهاء فلم يشترطوا هذا الشرط وإن كان من باب أولى، فقالوا أنه يجوز أن يكون الحكمان من غير الأهل، وذكره في القرآن كان على سبيل الاستحباب حيث قال ابن قدامة: "والأولى أن يكونا من أهلها لأمر الله بذلك.... فإن كانا من غير أهلها جاز لأنّ القرابة ليست شرطاً في الحكم ولا الوكالة فكان الأمر بذلك إرشاداً واستحباباً"⁵.

ثالثاً: مهمة الحكّمين

الظاهر من آية سورة النساء أنّ مهمة الحكّمين الإصلاح: "إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما"، فدورها معرفة سبب النزاع ومصدر النشوز، فيحاولان بعدها التوفيق بينهما بتذكيرهما بعواقب الشقاق عليهما وعلى أولادهما إن كان لهما أولاد، وبعقاب الله تعالى للمتسبب في الشقاق. فإن نجح الحكمان في الإصلاح انتهت مهمتهما أمّا إذا فشل في ذلك فهل يفرقا بين الزوجين أم أنّ مهمتهما تنتهي دون نتيجة؟

اختلف الفقهاء في الإجابة عن هذا السؤال، فهناك من يرى أنّ مهمة الحكّمين تنتهي عند الإصلاح فقط ولا تتعداه إلى التفريق، أمّا الفريق الثاني فيرى أنّ مهمة الحكّمين تتعدى إلى التفريق إذا لم يتوصلا إلى الإصلاح⁶.

سنعرض بالتفصيل للرأيين في النقطة الموالية كما نتعرض فيها لموقف الفقه من التفريق للشقاق لأنّ اختلافهم في هذا هو نتيجة لاختلافهم في مهمة الحكّمين.

¹ - ابن رشد الحفيد، مرجع سابق، ص 1480.

² - ابن حزم، مرجع سابق، ص 87.

³ - الدسوقي والدردير، الجزء 2 ص 344.

⁴ - تفسير القرطبي الجزء 5، مرجع سابق، ص 175.

⁵ - موفق الدين بن قدامة، ج8، مرجع سابق، ص 171.

⁶ - عبد الرحمان الصابوني، مرجع سابق، ص 758.

الفرع الثاني

الموقف الفقهي من التفريق للشقاق

إنّ مهمة الحكمين الأساسية والتي لا خلاف فيها بين الفقهاء هي الإصلاح بين الزوجين والدليل على ذلك أنّ الله تعالى لم يذكر في آية الشقاق إلاّ الإصلاح. أمّا إذا عجز الحكمان عن ذلك فهل لهما أن يفرقا بينهما أم لا؟

اختلف الفقهاء في الإجابة عن هذا السؤال وانقسموا إلى رأيين:

أولاً: الرأي الأوّل

يرى أنصار هذا الرأي أنّ الحكمين وكيلان وليس لهما إلاّ الإصلاح، فإذا عجزا عنه رفعوا الأمر إلى القاضي دون أن يفرقا بينهما وهذا رأي المذهب الحنفي وجديد المذهب الشافعي ورواية عن الحنابلة¹ والظاهرية². واستدلّوا في ذلك بآية الشقاق، حيث ذكر الله تعالى الإصلاح ولم يذكر التفريق. كما أنّ الحكمين إذا فرقا بطلاق فليس لهما ذلك لأنّه من حق الزوج، وإمّا خلعا بغير رضاهما ولا يجوز أخذ شيء ممّا أعطي للزوجة إلاّ عن طيب خاطر. فمن يقول أنّ للحكمين أن يخلعا بغير توكيل من الزوجة فإنّه خالف نص الكتاب³.

ثانياً: الرأي الثاني

يرى أنصار هذا الرأي أنّ مهمة الحكمين الأساسية هي الإصلاح لكن إذا عجزا عن ذلك فلهما أن يفرقا بين الزوجين دون توكيل منهما أو إذن من القاضي. وقد قال بهذا الرأي من الصحابة عثمان وعلي وابن عباس ومعاوية، ومن الفقهاء المالكية والقديم من الشافعية⁴ وقول عند الحنابلة⁵.

استدلّ أصحاب هذا الرأي بما يلي: إنّ نص آية الشقاق يدلّ على أنّ الحكمين قاضيان لا وكيلان، لأنّ الله تعالى لو أراد بالآية الوكيلين لذكرهما. والله تعالى ذكر الإصلاح دون

¹ - موفق الدين بن قدامة، ج 8، مرجع سابق، ص 171.

² - ابن حزم، مرجع سابق، ص 87.

³ - نقلا عن عبد المؤمن بلباقي، مرجع سابق، ص 129.

⁴ - عبد الرحمان الصابوني، مرجع سابق، ص 764؛ تفسير القرطبي، ج 5، مرجع سابق، ص 176.

⁵ - موفق الدين بن قدامه، ج 8، المرجع نفسه، ص 171.

الفرقة لأنه الأفضل، ولأنه هدف الحكّمين. وهذا لا يعني الاقتصار عليه بحيث لا يباح غيره¹. ويقول ابن القيم في هذا: "والعجب كل العجب ممّن يقول هما وكيلان لا حاكمان والله تعالى قد نصبهما حكّمين وجعل نصبهما إلى غير الزوجين، ولو كان وكيلين لقال: فليبعث وكيلًا من أهله ولتبعث وكيلًا من أهلها- لأنّ المخاطب ليس الزوجين وإنما الحاكم أو القاضي فكيف للقاضي أن يبعث وكيلين عن الغير فالوكيل يُبعث من المؤكل وليس من الغير- وأيضا فلو كانا وكيلين لم يختصا بأن يكونا من الأهل وأيضا فإنّ الوكيل لا يُسمّى حكما في لغة القرآن ولا في لسان الشارع ولا في العرف العام ولا الخاص....."².

الترجيح:

يظهر ممّا سبق من أدلة الرأيين وجاهة الرأي الثاني والذي يقول بصلاحيّة التفريق للحكّمين. لأنّ المقصد الأساسي للحكّمين هو إعادة الوفاق بين الزوجين فإن لم يستطيعا وجب عليهما وضع حدّ للشقاق ولآثاره التي تتعدّى للغير وذلك مصداقا لقوله تعالى: "وإن ينفّرًا يُعزّ الله كلًّا من سعته وكان الله واسعًا حكيمًا"³.

ويرى أصحاب هذا الرأي أنّ الحكّمان إذا رأيا التفريق، فإن كان الإضرار من الزوج فرقا بينهما وإن كان من طرف الزوجة فرقا بينهما على جزء من مهرها على أن يكون ذلك على قدر إضرارها به⁴.

خلاصة القول أنّ الموقف الفقهي الذي درسناه حول ما إذا كان للحكّمين سلطة التفريق أم أنّهما يرفعان الأمر إلى القاضي ليحكم هو بالتفريق، إن استحال الإصلاح، فيه اختلاف بين الفقهاء. والتفريق حسب الجمهور واقع لا محالة سواء من الحكّمين أو القاضي لأنّ الشقاق ضرر والضرر موجب للتفريق.

والذي يهمنا في آراء الفقهاء مذهب الإمام مالك الذي يرى أنّ الحكّمين ينفذ حكمهما بين الرجل وامرأته في الفرقة والاجتماع ببذل أو بغير بدل. فإذا انتهينا إلى التفريق فهي

¹ - عبد الرحمان الصابوني، مرجع سابق، ص 765 وما يليها.

² - ابن القيم الجوزية، ج 3، مرجع سابق، ص 210.

³ - الآية 130 من سورة النساء.

⁴ - عبد المؤمن بلباقي، مرجع سابق، ص 124.

واحدة بائنة وعلى الحاكم أو القاضي تنفيذ حكمها وجوبا عند اتفاقهما ولا يجوز له تعقبه ولا نقضه¹.

المطلب الثاني

موقف التشريعات العربية من التفريق للشقاق

يجدر التعرض في هذا المطلب لكل تشريع على حدا بتحديد موقفه من التفريق للشقاق ثم إجراءات التحكيم قبل الحكم به ومن له ذلك.

الفرع الأول

التشريع المصري

أدرج المشرع المصري النص على الشقاق بين الزوجين مع نفس النص الذي يتحدث عن الضرر، لأن الشقاق واستمراره من شأنه الإضرار بالزوجين وهو صورة من صور الضرر. لكن هذا الضرر ليس بالضرورة مرتكب من طرف الزوج على الزوجة كما أنه وإذا ثبت الضرر الذي تشتكي منه الزوجة فإن القاضي يطلق حتما. أما إذا لم يثبت الضرر وتكررت الشكوى فهذا هو الشقاق الذي يستدعي من القاضي إتباع إجراءات معينة.

فيما يلي النصوص الكاملة التي تتحدث عن الشقاق والضرر وإجراءات التحكيم قبل التفريق إذا كان هناك تفريق، وهي المواد 6، 7، 8، 9، 10، 11 من القانون رقم 25 لسنة 1929م المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985م:

– المادة 6: "إذا ادّعت الزوجة إضرار الزوج بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلاقاً بائنة إذا ثبت

¹ – نقلا عن محمد بلتاجي، دراسات في الاحوال الشخصية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، ط1، مصر 2006، ص 96.

- الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما فإذا رُفِضَ الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكّمين وقضى على الوجه المبيّن بالمواد 7، 8، 9، 10، 11 "
- المادة 7: "يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممّن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما.
- المادة 8: "أ- يشتمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما على ألاّ تجاوز مدّة ستة أشهر وتخطر المحكمة الحكمين والخصم بذلك. وعليها تحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وبأمانة.
- ب- يجوز للمحكمة أن تعطي للحكمين مهلة أخرى مرّة واحدة لا تزيد على ثلاثة أشهر فإن لم يقدموا تقريرهما اعتبرتهما غير متفقين".
- المادة 9: "لا يؤثر في سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تمّ إخطاره.
- وعلى الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبدلا جهدهما في الإصلاح بينهما على أيّة طريقة ممكنة".
- المادة 10: "إذا عجز الحكمان عن الإصلاح:
1. فإن كانت الإساءة كلّها من جانب الزوج اقترح الحكمان التّطليق بطلقة بائنة دون مساس بشيء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق.
 2. إذا كانت الإساءة كلّها من جانب الزوجة اقترحا التّطليق نظير بدل مناسب يقدرانه تلتزم به الزوجة.
 3. إذا كانت الإساءة مشتركة اقترحا التّطليق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الإساءة.
 4. وإن جهل الحال فلم يعرف المسيء منهما اقترح الحكمان تطليقا دون بدل".
- المادة 11: "على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملا على الأسباب التي بنيا عليها فإن لم يتفقا بعنتهما مع ثالث له خبرة بالحال وقدرة على الإصلاح وحلّفته اليمين المبيّنة في المادة (8) وإذا اختلفوا أو لم يقدموا تقريرهم في الميعاد المحدّد سارت المحكمة في الإثبات، وإن عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبيّن لها استحالة العشرة بينهما وأصرّت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتّطليق بينهما بطلقة بائنة

مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلّها أو بعضها وإلزامها بالتعويض المناسب إن كان لذلك كلّه مقتضى¹.

يظهر من خلال المواد السابقة أن المشرّع المصري قد أخذ بما قال به جمهور الفقهاء في موضوع الشقاق والتحكيم ويظهر ذلك في الإجراءات الآتية:

1- اللجوء إلى التحكيم في حالة استحكام الخلاف بين الزوجين وقد أرجع المشرّع المصري أصل هذا الإجراء إلى نص آية الشقاق السابقة " وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا ... " وهذا ما جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون².

2- كما بيّن المشرّع المصري أنّ دليل استحكام الخلاف هو تكرر شكوى الزوجة دون ثبوت للضرر، لأنه في حالة إثباته يطلق القاضي على الزوج دون تحكيم وإنما يكفي بمحاولة الصلح³.

3- أما عن شروط الحكمين فإنّ المشرّع لم يأخذ بشرط الذكورة بعد أن كان ينصّ عليها في قانون 25 / 1929، أي قبل تعديل 1975. ولم يذكر في المادة 7 السابقة إلا أن يكونا عدلين ومن أهل الزوجين إن أمكن، أو من غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما.

لقد ألغى المشرّع المصري شرط الذكورة رغم أنه جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون أنه أخذ كل التفاصيل التي أوردها في تسوية الشقاق بين الزوجين وبعث الحكمين من مذهب الإمام مالك. لكنه في نص المادة 7 ألغى شرط الذكورة بإلغائه كلمة

¹ - عبد الفتاح مراد، قوانين الأحوال الشخصية والقوانين المكملة لها وفقا لأحدث التعديلات، مرجع سابق، ص 78 وما يليها.

² - محمد بلتاجي، دراسات في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 90.

³ - وهذا ما جاء في الطعن رقم 117 لسنة 1957م قضائية، جلسة 1989/6/20: "...إنّ التحكيم في دعوى التطلق لا يكون إلا إذا تكرر من الزوجة طلب التفريق لإضرار الزوج بها ورُفِضَ طلبها الأوّل مع عجزها عن إثبات ما تتضرر منه، وإذا كان الثابت في الأوراق أنّ دعوى المطعون ضدها بتطبيقه على الطاعن طبقا لنص المادة 6 المشار إليها هي دعواها الأولى قبله فإنّ تعيب الحكم لعدم اتخاذه الإجراءات الخاصة بالتحكيم بين الزوجين قبل القضاء بالتفريق بينهما يكون على غير أساس". نقلا عن عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 151.

"رجلين" واكتفى بكلمة "عدلين". ويكون بهذا قد خرج عن ما جاء في المذهب المالكي. ورغم هذا التعديل، حيث أنّ المشرّع أبقي على نفس المادة بعد تعديل 1979 والتي لم يبلغ منها إلا كلمة رجلين وبدأ الشروط بعدلين، رغم هذا فقد قررت محكمة النقض المصرية بطلان الحكم المطعون فيه الذي كان سنده تقريراً لحكمين أحدهما امرأة¹. ولعلّ ما استند إليه قرار محكمة النقض كان فيه من الوجاهة لأنّ المشرّع المصري لم يكن صريحا وفاصلا في عدم اشتراطه للذكورة، وإنّما كل ما فعله هو إلغاء كلمة رجلين والقاعدة أنّه إذا لم يكن النص صريحا أو كان غامضا يلجأ القاضي مباشرة إلى أحكام الشريعة الإسلامية وإلى المذهب الفقهي الذي حدّده المشرّع.

4- أمّا ما جاء في القانون من أمور إجرائية فقد جاءت متفقة في عمومها مع الفقه الإسلامي وأقرب إلى تحقيق المصلحة من بعث الحكمين.

5- كما أنّ ما ذهب إليه المادة 10 عند عجز الحكمين عن الإصلاح فهو موافق كذلك لرأي جمهور الفقهاء وعلى رأسهم الإمام مالك الذي يرى أنّه للحكمين أن يحكما بالفرقة مع التفصيل السابق. أي أنّ الفرقة تكون بالتعويض للطرف المتضرر على حساب الطرف الذي تسبب في الضرر².

لكن الملاحظ على المادة 10 أنّ المشرّع أسند لهما حق اقتراح التظليق وليس الحكم بالتظليق أي أنّ الحكمان يرفعان تقريراً للقاضي يقترحان فيه التظليق بالصور المذكورة

¹ - الطعن رقم 13 لسنة 55 قضائية جلسة 11-03-1986 والذي جاء فيه "...لما كانت قواعد التحكيم الواردة في المواد من 7 إلى 11 من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 سواء قبل تعديلها بقانون رقم 44 لسنة 1979 أو بعد هذا التعديل قد أخذت من مذهب الإمام مالك فإنّه يجب الرجوع إلى هذا المذهب في بيان الشروط الواجب توافرها في الحكام فيما لم يرد به نص صريح في المواد المشار إليه. وإذا كان هذا المذهب يشترط الذكورة في الحكام على اعتبار أنّ طريقهم الحكم وليس الشهادة أو الوكالة فيتعيّن الالتزام بهذا الشرط وإن لم يرد له نص صريح في المادة 7 بعد تعديلها بالقرار بقانون المشار إليه أو الوكالة فيتعيّن الالتزام بهذا الشرط وإن لم يرد له نص صريح في المادة 7 بعد تعديلها بالقرار بقانون المشار إليه. لما كان ذلك وكانت المحكمة لم تلتزم بهذا الشرط فيمن بعثتهم حكاما في الدعوى ب"أن كان من بينهم امرأة ممّا يبطل التقرير المقدم من هؤلاء الحكام فإنّ الحكم المطعون فيه إذا اتخذ هذا التقرير سندا لقضائه بالتفريق يكون بدوره باطلا". نقلا عن عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 150، 151.

² - محمد بلتاجي، دراسات في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 93.

سابقاً. ويرى بعض شرّاح قانون الأحوال الشخصية المصري أنّ رأي الحكّمين ملزم للقاضي إذا تمّ الاتفاق بينهما. وينادي البعض بالعدول عن مذهب الإمام مالك في خصوص تقدير القوّة الإلزامية لتقارير الحكّام في هذا الشأن واعتبار ما ينتهي الحكّمان في مرتبة تقارير الخبراء بحيث تخضع لسلطة القاضي التقديرية¹. قضت محكمة النقض المصرية عكس الظاهر من نص المادة 10 السابقة، حيث اعتبرت رأي الحكّمين ملزماً للقاضي². أمّا إذا اختلف الحكّمان ولم يقدموا تقريراً مشتركاً للقاضي، أو قدم كل منهما تقريراً مختلفاً عن الآخر، في هذه الحالة تبعث حكماً ثالثاً. أمّا إذا اختلفوا مرّة أخرى أو لم يقدموا تقريرهم في الميعاد المحدّد، فهنا قد تأخذ المحكمة بأقوال أحد الحكّام أو تأخذ بغير أقوالهم ووفقاً لما تستشفه من أوراق الدعوى. وهذا ما جاء في المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000³.

النتيجة في الأخير أنّ الخلاف إذا تواصل بين الزوجين سواء بمعرفة المتسبب فيه أو دون ذلك فإنّ القاضي في الأخير يحكم بطلقة بئنة.

الفرع الثاني

التشريع السوري

لقد أدرج المشرّع السوري الحديث عن التفريق للضرر الثابت والتفريق للشقاق وإجراءاته في نفس السياق وتحت نفس الفصل والذي عنوانه بالتفريق للشقاق بين الزوجين. وقد نصّ على شكوى أحد الزوجيين من الضرر وتفريق القاضي به إذا ثبت وذلك في الفقرة 1 و2 من المادة 112 من قانون الأحوال الشخصية السوري.

أمّا الفقرة 3 منه فقد نصّ على حالة عدم ثبوت الضرر وإصرار المدعي على الشكوى، وبالتالي ظهور الشقاق والخلاف المستحکم والذي يتعين فيه على القاضي تعيين

¹ - عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 148.

² - وذلك في جلسة 1990/06/26، نقلاً عن كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 439.

³ - قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، الجريدة الرسمية العدد 4 مكرر في 29 يناير 2000، نقلاً عن محمد سناري، مرجع سابق، ص 131، 132.

حكّمين، ونصّ بعد ذلك على مهمة الحكمين في المادة 113، 114 و 115 من قانون الأحوال الشخصية¹. وقد جاءت هذه النصوص على التوالي كما يلي:

المادة 112 الفقرة 3²: "إذا لم يثبت الضرر يؤجل القاضي المحاكمة مدّة لا تقل عن شهر أملاً بالمصالحة فإن أصرّ المدعي على الشكوى ولم يتم الصلح عيّّن القاضي حكّمين من أهل الزوجين وإلا ممّن يرى القاضي فيه قدرة على الإصلاح بينهما وحلفهما يمينا على أن يقيما بمهنتهما بعدل وأمانة".

المادة 113: "1- على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين وأن يجمعاهما في مجلس تحت إشراف القاضي لا يحضره إلاّ الزوجان ومن يقرر دعوته الحكّمان.

2- امتناع أحد الزوجين عن حضور هذا المجلس بعد تبليغه لا يؤثر في التحكيم".

المادة 114: "1- يبذل الحكّمان جهدهما في الإصلاح بين الزوجين فإذا عجزا عنه وكانت الإساءة أو أكثرها من الزوج قرّرا التفريق بطلقة بائنة.

2- وإن كانت الإساءة أو أكثرها من الزوجة أو مشتركة بينهما قرّرا التفريق بين الزوجين على تمام المهر أو على قسم منه يتناسب ومدى الإساءة.

3- للحكّمين أن يقررا التفريق بين الزوجين مع عدم الإساءة من أحدهما على براءة ذمّة الزوج من قسم من حقوق الزوجة إذا رضيت بذلك وكان قد ثبت لدى الحكمين استحكام الشقاق بينهما على وجه تتعذر إزالته.

4- وإذا اختلف الحكّمان حكّم القاضي غيرهما أو ضمّ إليهما مرجحا وحلفه اليمين".

المادة 115: "على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى القاضي ولا يجب أن يكون معللا وللقاضي أن يحكم بمقتضاه أو يرفض التقرير ويعين في هذه الحالة وللمرّة الأخيرة حكّمين آخرين".

بعد قراءة هذه النصوص يمكننا استخلاص ما يلي:

1- أعطى المشرّع السوري الحق في رفع دعوى الضرر والشقاق لكل من الزوجين وليس للزوجة فقط.

¹ - محمد إبراهيم الكوفي، مرجع سابق، ص 42.

² - سبق التعرض للفقرة 1 و 2 في موضوع التطلاق للضرر.

2- إذا لم يثبت الضرر ضدّ المدعي عليه لا يرفض القاضي الدعوى وينتظر تكرار الشكوى ليكيف الدعوى على أنها دعوى شقاق، وإنّما ينظر إلى إصرار المدعي على مواصلة الشكوى بعد عجزه عن إثبات الضرر، فإذا واصل الدعوى بدأ القاضي في إجراءات التحكيم.

والسبب في عدم اشتراط تكرار الشكوى من المتضرر -حسب تقديرنا- هو أنّ المشرّع السوري أعطى الحق في طلب التظليق للضرر للزوجين وليس للزوجة فقط. وبالتالي لم يشر إلى رفض دعوى التظليق للضرر إذا رفعها الزوج رغم عدم ثبوت الضرر لأنّه بإمكانه اللجوء إلى الطلاق مباشرة لأنّه يملكه، وحتى يتفادى المشرّع السوري هذا - أي لجوء الزوج إلى استعمال حقّه في الطلاق - يلجأ القاضي مباشرة إلى التحكيم ربّما أثمرت محاولة الإصلاح وعدل الزوج عن طلبه. لكن بالنسبة للزوجة كان بإمكان المشرّع السوري أن يفرض عليها شرط تكرار الشكوى ليكيف دعواها على أساس الشقاق.

3- لم يشترط المشرّع السوري أن يكون الحكمين من أهل الزوجين، فقد يكونا من الغير إذا كانا أقدر على الإصلاح بين الزوجين من الأهل.

4- إمكانية حضور غير الحكمين بدعوة هذين الأخيرين للمساعدة في عملية الإصلاح.

5- أدرج المشرّع السوري - فيما يخص مهمة الحكمين - عبارة "للحكمين أن يقرّوا التفريق" وليس "أن يقترحا التفريق"، وهذا يعني أنّ التفريق في حالة الشقاق من سلطة الحكمين ولا تسند هذه المهمة للقاضي في أيّ حال من الأحوال، وما يؤكد ذلك ما يلي:

أ- إذا اختلفت الحكمان حكم القاضي غيرهما أو ضمّ إليهما حكما ثالثا مرجحا.

ب- بعد رفع تقرير الحكمين إلى القاضي، فإنّ المشرّع أعطى لهذا الأخير سلطة الحكم بمقتضاه أو رفضه، وهذا لا يعني أنّه سيحكم بنفسه في حالة الرفض، وإنّما عليه أن يعين حكمين آخرين وللمرة الأخيرة ليقرّوا التفريق إذا عجزا عن الإصلاح.

ج- ما يؤكد أكثر توجه نية المشرّع السوري إلى إعطاء صلاحية التفريق للحكمين هو أنّ القاضي وقبل تعديل 1975 لم يكن له رفض التقرير القاضي بالتفريق إلاّ إذا خالف الحكمان إجراءات التحكيم الواردة في المواد السابقة¹.

¹ - كان نص المادة 115 قبل التعديل ينص على ما يلي: "على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى القاضي ولا يجب أن يكون معلّلا وعليه أن يحكم بمقتضاه إذا كان موافقا لأحكام هذا الفصل"، نقلا عن محمد إبراهيم الكويّفي، مرجع سابق، ص 43.

6- أخذ المشرّع السوري في كيفية التفريق للشقاق بعد التحكيم بما جاء به الفقهاء وعلى رأسهم المالكية. فقرر أن تكون الفرقة طلاقاً بئنة إذا كان الإضرار من الزوج، بالمحافظة للزوجة على جميع حقوقها. والفرقة ببطل المهر أو جزء منه إذا كان الإضرار من الزوجة. أمّا إذا لم تثبت الإساءة من أحدهما قرراً التفريق ببراءة ذمّة الزوج من جزء من حقوق الزوجة إذا رضيت بذلك، وهذا نفس ما ذهب إليه المشرّع المصري.

الفرع الثالث

التشريع العراقي

نصّ المشرّع العراقي على التفريق للشقاق في المادة 41 من قانون الأحوال الشخصية، والتي نصّت بفقراتها الأربع على ما يلي¹:

"1- لكل من الزوجين طلب التفريق عند قيام خلاف بينهما سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده.

2- على المحكمة إجراء التحقيق في أسباب الخلاف فإذا ثبت لها وجوده تُعيّن حكماً من أهل الزوجة وحكماً من أهل الزوج إن وُجداً للنظر في إصلاح ذات البين، فإن تعذّر وجودهما كلّفَت المحكمة الزوجين بانتخاب حكّامين، فإن لم يتفقا انتخبتهما المحكمة.

3- على الحكّامين أن يجتهدا في الإصلاح، فإن تعذّر عليهما ذلك رفعوا الأمر إلى المحكمة موضحين الطرف الذي ثبت تقصيره، فإذا اختلفا ضمّت المحكمة لهما حكماً ثالثاً.

4- أ- إذا ثبت للمحكمة استمرار الخلاف بين الزوجين وعجزت عن الإصلاح بينهما وامتنع الزوج عن التطليق فرقت المحكمة بينهما.

ب- إذا تمّ التفريق بعد الدخول يسقط المهر المؤجل إذا كان التقصير من جانب الزوجة سواء كانت مدعية أو مدعى عليها، فإذا كانت قد قبضت جميع المهر تلزم برد ما يزيد على نصفه. أمّا إذا ثبت أنّ التقصير واقع من الطرفين فيقسم المهر المؤجل بينهما بنسبة التقصير المنسوب لكل منهما.

ج- إذا تمّ التفريق قبل الدخول وثبت التقصير من جانب الزوجة تلزم برد ما قبضته من مهر معجل".

¹ - القانون رقم 188 لسنة 1959، نقلاً عن أحمد الكبيسي، مرجع سابق، ص 156، 157.

ما يلاحظ على مواد التفريق للشقاق في القانون العراقي ما يلي:

1. حق طلب التطلاق للشقاق ممنوح للزوجين معا.
2. فرق المشرع العراقي بين التطلاق للشقاق والتطلاق للضرر في نصين مختلفين (عكس ما ذهب إليه المشرعان المصري والسوري).
3. ونتيجة للملاحظة السابقة فإن دعوى الشقاق تؤسس مباشرة على الاختلاف بين الزوجين، أي لا يشترط فيها تكرر الشكوى من الضرر وعدم ثبوته. لكن هذا لا يعني أن تكرر الشكوى في دعوى التطلاق للضرر لا يؤدي إلى التحكيم واعتبارها دعوى شقاق بل على العكس من ذلك، فالمشرع العراقي نص في المادة 42 من نفس القانون على أن تكرر الشكوى في دعوى الضرر تؤدي إلى التحكيم وهذا ما جاء فيها: "إذا ردت دعوى التفريق لأحد الأسباب المذكورة في المادة 40 من هذا القانون لعدم ثبوته واكتسب الحكم درجة البتات، ثم أقيمت دعوى ثانية بالتفريق لنفس السبب، فعلى المحكمة أن تلجأ للتحكيم وفقا لما ورد في المادة الحادية والأربعين"¹.
4. أعطى المشرع الأولوية لأن يكون الحكمان من أهل الزوج والزوجة فإذا تعذر وجودهما يختارهما الزوجان وإلا فالمحكمة هي التي تعينهما. والأکید أن المقصود بتعذر وجود الحكمين لا يعني عدم وجودهما البدني وإنما يوجد من الأهل من لا يصلح للتحكيم وبالتالي تنتج المحكمة إل الخطوة الثانية وهي اختيار الزوجين للحكمين.
5. يظهر جليا من نصوص التفريق للشقاق في القانون العراقي أن المشرع لم يمنح للحكمين أي سلطة للتفريق وإنما مهمتهما الإصلاح فقط وإن عجزا عنه رفعا الأمر للقاضي، وإذا اختلفا في تحديد المقصر من الزوجين ضمت المحكمة لهما حكما ثالثا. وبعدها إن عجز القاضي عن الإصلاح واستمر الخلاف ورفض الزوج التطلاق تدخل للتفريق بينهما.
6. إذا تم التفريق فإن التبعات المادية تكون حسب المتسبب في الشقاق ووفقا لما جاء في النقطة ب و ج من الفقرة 4 من المادة 41 من نفس القانون.
7. التفريق الذي يقع بسبب الشقاق يكون بائنا بينونة صغرى مثله مثل كل تفريق قضائي في القانون العراقي ووفقا للمادة 45 منه.

¹ - أحمد الكبيسي، مرجع سابق، ص 158.

الفرع الرابع التشريع المغربي

إنّ المتصفحّ لمدونة الأسرة المغربية الجديدة يرى أنّ المشرّع خصّ الباب الأول من القسم الرابع الخاص بالتطليق بعنوان التطليق بطلب أحد الزوجين بسبب الشقاق، ونصّ بعده في المادة 94 على ما يلي: "إذا طلب الزوجان أو أحدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يُخاف منه الشقاق، وجب عليها أن تقوم بكل المحاولات لإصلاح ذات البين طبقاً لأحكام المادة 82 أعلاه"¹.

توحي العبارة السابقة أنّ المشرّع لم يذهب مباشرة إلى طلب التطليق للشقاق الذي حدث، وإنما في حالة وقوع نزاع بين الزوجين لا يصل ربّما إلى حدّ الشقاق، هنا بإمكانهما تحريك دعوى الشقاق لمحاولة الإصلاح بينهما. والذي يتعمّق في هذه العبارة كذلك يلاحظ أنّ هناك إحالة إلى حالات معيّنة لا توجد في نص هذه العبارة. وهذا بالفعل ما قصده المشرّع المغربي لأنّه وبعد تصفح مواد طلب التطليق وجدنا بأنّ اللجوء إلى دعوى الشقاق لا يقتصر فقط على المادة 94 وما بعدها من مدونة الأسرة وإنما يمكن اللجوء إليه في عدّة حالات²، وذلك إمّا من طرف القاضي أو بطلب أحد الزوجين وهي:

1. إذا تمسك الزوج بطلب الإذن بالتعدد ولم توافق الزوجة المراد التزوج عليها ولم تطلب التطليق طبقت المحكمة تلقائياً إجراءات الشقاق المنصوص عليها في المواد 94 إلى 97 وهذا ما جاء في المادة 45 الفقرة الأخيرة من مدونة الأسرة.
2. حينما يتعذر على الزوجة إثبات الضرر الذي أسّست عليه طلب التطليق فإنّه يمكنها اللجوء إلى طلب حلّ النزاع على أساس الشقاق وهذا ما جاء في المادة 100 الفقرة 2 من مدونة الأسرة وذلك دون رفع دعوى جديدة.
3. إذا أصرت الزوجة على طلب الخلع ولم يستجب لها الزوج يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق وهذا ما جاء في الفقرة 2 من المادة 120 من مدونة الأسرة.

¹ - امحمد لفروجي، مرجع سابق، ص 37.

² - محمد أوراغ، مسطرة الشقاق على ضوء مدونة الأسرة ومن خلال العمل القضائي المغربي، <http://alahijaz.maktooblog.com/1141170>

4. إذا أصرَّ أحد الزوجين على الإخلال بواجباته الواردة في المادة 51 من مدونة الأسرة¹ فإنَّ للطرف الآخر أن يطالبه بتنفيذ ما هو ملزم به أو يلجأ إلى مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المادة 94 وهذا ما جاء في المادة 124 الفقرة 3 من مدونة الأسرة. بعد الدخول في إجراءات حلّ النزاع المؤدي للشقاق ينبغي الإشارة إلى أنّ هناك حلقة مفقودة -إن صحَّ التعبير- تتمثل فيما يلي:

عنون المشرّع المغربي هذا الباب بالتطبيق بسبب الشقاق، لكنّ المواد التي ذكرناها تشير إلى لجوء الزوجين إلى إجراءات الشقاق، والمادة 94 تشير إلى أنّ لأحد الزوجين أن يطلب من المحكمة حلّ نزاع يُخاف منه الشقاق. أيّ كأن الزوج المدعي يريد حلّ النزاع لا اللجوء إلى التطبيق، وهذا لم يذكر في كل هذه المواد أي لم تذكر عبارة "طلب التطبيق للشقاق"، رغم أنّ هذه النتيجة هي المقصودة من طرف المشرّع. والدليل على هذا هو أنّه يصل في النهاية أي في المادة 97 إلى القول: "إذا تعذر الإصلاح حكمت المحكمة بالتطبيق". رغم أنّ المشرّع في المواد السابقة لم يشر إلى طلب التطبيق بسبب الشقاق وإنما أشار إلى طلب حل النزاع الذي يُخاف منه الشقاق. وهذا يتناسب في الأخير مع عنوان الباب.

أمّا عن إجراءات التحكيم في دعوى الشقاق²، فقد أشارت المادة 94 سالفه الذكر إلى المادة 82³ والتي تشير إلى إجراءات الصلح التي يقوم بها القاضي في كل دعاوى الطلاق، إضافة إلى إمكانية تعيين حكمين أو مجلس العائلة.

¹ - تنص المادة 51 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي: "الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين: 1- المساكنة الشرعية بما تستوجبه من معاشرة زوجية وعدل وتسوية عند التعدد، وإحسان كل منهما وإخلاصه للآخر، بلزوم العفة وصيانة العرض والنسل.

2- المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة والحفاظ على مصلحة الأسرة.

3- تحمل الزوجة مع الزوج مسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال.

4- التشاور في اتخاذ القرارات المتعلقة بتسيير شؤون الأسرة والأطفال وتنظيم النسل.

5- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر ومحارمه واحترامهم وزيارتهم واستزارتهم بالمعروف.

6- حق التوارث بينهما". نقلا عن محمد لفروجي، مرجع سابق، 27.

² - كمال زين العابدين، مسطرة التطبيق للشقاق بالمغرب في ظلّ قانون مدونة الأسرة الجديد، <http://www.palmoon.net/7/topic-997-65.html>

³ - تنص المادة 82 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي: "عند حضور الطرفين، تجري المناقشة في غرفة المشورة، بما في ذلك الاستماع إلى الشهود ولمن ترى المحكمة فائدة في الاستماع إليه.

تنص المادة 95 على مهمة الحكمين كما يلي: "يقوم الحكمان أو من في حكمهما باستقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين وببذل جهدهما لإنهاء النزاع.

- إذا توصل الحكمان إلى الإصلاح بين الزوجين حرراً مضمونه في تقرير من ثلاث نسخ يوقعها الحكمان والزوجان ويرفعانها إلى المحكمة التي تسلم لكل واحد من الزوجين نسخة منه، وتحفظ الثالثة بالملف ويتم الإشهاد على ذلك من طرف المحكمة".

- المادة 96: "إذا اختلف الحكمان في مضمون التقرير أو في تحديد المسؤولية أو لم يقدماه خلال الأجل المحدد لهما، أمكن للمحكمة أن تجري بحثاً إضافياً بالوسيلة التي تراها ملائمة".

- المادة 97: "في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق، تثبت المحكمة ذلك في محضر، وتحكم بالتطبيق وبالمستحقات طبقاً للمواد 83 و84 و85 أعلاه، مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر.

- يفصل في دعوى الشقاق في أجل لا يتجاوز 6 أشهر من تاريخ تقديم الطلب".

يظهر من المواد السابقة أنّ من يقوم بالتوفيق بين الزوجين هما الحكمان أو مجلس العائلة¹، وهذا يعني أنّ مجلس العائلة يتكون من أهل الزوجين، أمّا الحكمان فلا يشترط فيهما ذلك.

للمحكمة أن تقوم بكل الإجراءات، بما فيها انتداب حكمين أم مجلس العائلة، أو من تراه مؤهلاً لإصلاح ذات البين. وفي حالة وجود أطفال تقوم المحكمة بمحاولتين للصلح تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً.

إذا تمّ الإصلاح بين الزوجين حرراً به محضر وتمّ الإشهاد به من طرف المحكمة". نقلاً عن امحمد لفروجي، مرجع سابق، ص 35.

¹ - لقد نظمّ المشرّع المغربي موضوع مجلس العائلة وحدّد مهامه وفقاً للمرسوم رقم 2-04-88 الصادر في 14 جوان 2004، وجاء في المادة الأولى منه ما يلي: "يتكون مجلس العائلة من:

- القاضي بصفته رئيساً،

- الأب والأم أو الوصي أو المقدم،

أما عن وظيفة الحكمين فإنها مقيدة بحيث أخذ المشرع المغربي بالرأي القائل بأن وظيفة كليهما محاولة الإصلاح فقط، فإن فشلا حكمت المحكمة بالتطليق. كما أن وظيفة الحكمين تتمثل في معرفة سبب الشقاق ومن المسؤول عنه ومن هو المتضرر من التطليق. فإذا تضررت الزوجة منه طبقت المحكمة مقتضيات المواد 83، 84 و85 من مدونة الأسرة، آخذة بعين الاعتبار مدى مسؤولية كل من الزوجين في الشقاق وذلك في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول عنه من مستحقات لفائدة الزوج الآخر.

ما يمكن ملاحظته على إجراء التطليق للشقاق في مدونة الأسرة المغربية، وكما يرى بعض شرّاحها¹، أن هذا الأخير أصبح مستند من لا مستند له، وأنّ العمل القضائي دأب على الاستجابة لدعاوى التطليق للشقاق في غياب تفسير واضح لمضمونه، خاصة وأنّ المشرع أحال المدعي أو القاضي إلى إجراء دعوى الشقاق كلّما تعذر إثبات الضرر أو الإصلاح. وهم يرون أنّ دعوى الشقاق ستقضي لا محالة بالموت على دعوى التطليق للضرر والتي سوف لن يرى لها أثرا في القريب. ذلك أنّ الزوجة ستفضل اللجوء إلى دعوى الشقاق التي لن تكلفها لا الجهد ولا الوقت ولا عناء الإثبات ونتيجتها مضمونة، عوض الخوض في دعوى التطليق بما تتطلبه من مشقة، وببساطة أكثر فإنّه في حالة عجز القاضي عن الإصلاح وعدم ثبوت الضرر واستمرار الخلاف فإنّ القاضي يلجأ إلى التطليق.

الفرع الخامس

التشريع الإماراتي

تثور مسألة التفريق للشقاق في التشريع الإماراتي إذا تعذر الصلح بين الزوجين ولم يثبت الضرر الذي أسست عليه دعوى التطليق من أحدهما، وهذا ما جاء في نص المادة 118 من قانون الأحوال الشخصية والتي تخوض مباشرة في مسألة إجراءات التحكيم التي تسبق الحكم بالتطليق إذا لم يتمكن الحكمان من الإصلاح وهذا ما نصت عليه: "1- إذا لم

- أربعة أعضاء يعينهم رئيس مجلس العائلة من بين الأقارب أو الأصدقاء بالتساوي بين جهة الأب وجهة الأم، أو جهة الزوج حسب الأحوال، وإذا تعذر توفرهم من الجهتين أمكن تكوينه من جهة واحدة". - نقلا عن امحمد لفروجي، مرجع سابق، ص 215.

¹ - كمال زين العابدين، مرجع سابق؛ محمد أوراغ، مرجع سابق.

يثبت الضرر واستمر الشقاق بين الزوجين وتعذرّ على لجنة التوجيه الأسري والقاضي الإصلاح بينهما، عين القاضي بحكم حكّمين من أهليهما إن أمكن بعد أن يكلف كلا من الزوجين تسمية حكما من أهله قدر الإمكان في الجلسة الثانية على الأكثر، وإلاّ فيمن يتوسم فيه الخبرة والقدرة على الإصلاح، إذا تقاعس أحد الزوجين عن تسمية حكّمه أو تخلف عن حضور هذه الجلسة ويكون هذا الحكم غير قابل للطعن فيه.

2- ويجب أن يشمل حكم تعيين حكّمين على تاريخ بدء المهمة وانتهائها، على ألاّ تجاوز مدة تسعين يوماً، ويجوز مدها بقرار من المحكمة، وتعلن المحكمة الحكّمين والخصوم بحكم تعيين الحكّمين وعليها تحليف كل من الحكّمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة¹.

يلاحظ على المادة السابقة ما يلي:

- فيما يخص تعيين الحكّمين: ليس بالضرورة أن يكون الحكمان من أهل الزوجين، لكن الأولوية للأهل إن وجد فيهم من توفرت فيه الشروط من خبرة وقدرة على الإصلاح.

- أمّا عن مهمة الحكّمين فتتمثل فيما يلي:

أولاً: عليهما بذل كل الجهد في الإصلاح، وهذا ما جاءت به المادة 119: "على الحكّمين تقصّي أسباب الشقاق وبذل الجهد للإصلاح بين الزوجين ولا يؤثر في سير عمل الحكّمين امتناع أحد الزوجين عن حضور جلسة التحكيم متى تمّ إعلانه بالجلسة المحدّدة أو الجلسات اللاحقة إن حصل انقطاع بينهما".

ثانياً: في حالة العجز عن الإصلاح: لا يكتفي الحكمان بمحاولة الإصلاح فقط وإحالة الأمر بعدها إلى القاضي كما هو موجود في بعض التشريعات الأخرى وإنّما عليهما أن يقررا التفريق ووفق حالات متعددة، أي حسب المتسبب في الضرر من الزوجين وذلك على التفصيل الذي جاءت به المادة 120 من نفس القانون: "إذا عجز الحكمان عن الإصلاح:

1- فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج، والزوجة هي طالبة التفريق أو كان كل

¹ - قانون الأحوال الشخصية للإمارات العربية المتحدة رقم 28 لسنة 2005، مرجع سابق.

منهما طالباً، قرر الحكمان التفريق بطلقة بائنة دون مساس بشيء من حقوق الزوجية المترتبة على الزواج والطلاق.

2- إذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة قررا التفريق نظير بدل مناسب يقدرانه تدفعه الزوجة.

3- إذا كانت الإساءة مشتركة قررا التفريق دون بدل أو ببديل يتناسب مع نسبة الإساءة.

4- إن جهل الحال فلم يعرف المسيء منهما، فإن كان الزوج هو الطالب اقترح الحكمان رفض دعواه، وإن كانت الزوجة هي الطالبة أو كان كل منهما طالباً التفريق قرر الحكمان التفريق بينهما دون بدل".

بعد اتخاذ القرار من الحكمين يقدّمان تقريرهما إلى القاضي وهذا ما جاء في المادة

121: "1- يقدم الحكمان إلى القاضي قرارهما مسبباً متضمناً مدى إساءة كل منهما من الزوجين أو أحدهما إلى الآخر.

2- يحكم القاضي بمقتضى حكم الحكمين إن اتفقا، فإن اختلفا عين القاضي غيرهما، أو ضمّ إليهما حكماً ثالثاً يرجح أحد الرأيين، وتحلّف المحكمة الحكم الجديد أو المرجح اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة.

3- على القاضي تعديل حكم الحكمين فيما خالف أحكام هذا القانون".

الملاحظ أنّ المشرّع الإماراتي أخذ بالرأي الفقهي القائل بأنّ مهمة الحكمين هي التفريق وليس مجرد محاولة الصلح. كما فصلّ في حالات إثبات الضرر سواء كان من طرف أحد الزوجين أو من كليهما، أو لم يثبت من أي أحد منهما، وبماذا يحكم الحكمان. وهذا تصنيف محمود لأنّه ألمّ بكل الحالات وحمل كل طرف مسؤوليته. والقاضي لا يتدخل في حكم الحكمين إلاّ إذا خالفا المواد المشار إليها.

في الأخير تجدر الإشارة إلى أنّ المشرّع الإماراتي فصلّ في إجراءات التحكيم للشقاق وفي حالات الحكم بالتفريق والذي يتم من طرف الحكمين وهذا مسلك محمود.

الفرع السادس

التطبيق للشقاق في قانون الأسرة الجزائري

هل أخذ المشرّع الجزائري بالشقاق كأحد أسباب طلب التطبيق قبل وبعد تعديل 2005 وهل تتبّع نفس خطوات وإجراءات التحكيم التي وجدنا تفصيلها في آراء الفقهاء وقوانين الأحوال الشخصية العربية؟

أولاً: موقف قانون الأسرة الجزائري من التطبيق للشقاق قبل تعديل 2005

أشار المشرّع الجزائري إلى التطبيق للشقاق بين الزوجين قبل تعديل 2005 ولكن بعبارة أخرى، حيث نصّت المادة 56 منه على ما يلي: "إذا اشتدّ الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما".

يظهر من نصّ هذه الفقرة أنّ المشرّع الجزائري أخذ بفكرة الشقاق واتفق في ذلك مع المشرّعين السابقين. كما أنّه اتفق مع المشرّع السوري والإماراتي... في المساواة بين الزوج والزوجة في حق طلب التطبيق للضرر والخضوع لإجراءات التحكيم في حالة عدم ثبوت الضرر وتواصل الخصام. والدليل على ذلك هو أنّ المشرّع الجزائري جاء بعبارة "إذا اشتدّ الخصام بين الزوجين"، ولأنّ هذه المادة جاءت بعد المادة 55 والتي أشارت إلى حق كل من الزوجين في طلب التفريق عند نشوز أحدهما. والمادتان جاءتا منفصلتان عن المادة 53 الخاصة بطلب التطبيق من طرف الزوجة فقط.

ثانياً: موقف قانون الأسرة الجزائري من التطبيق للشقاق بعد تعديل 2005

أمّا بعد تعديل 2005 فقد نصّ المشرّع الجزائري على الشقاق المستمر بين الزوجين كسبب من أسباب التطبيق الخاصة بالزوجة دون أن يلغي أو حتى يعدل المادة 56. فهل هذا يعني أنّ اشتداد الخصام لا يؤدي بالضرورة إلى الحكم بالتطبيق سواء بالنسبة للزوج الذي يملك حق الطلاق أو بالنسبة للزوجة التي يملك القاضي في حقّها سلطة تقدير الضرر لتطبيقها من زوجها، وبالتالي أكد المشرّع حق الزوجة في الحكم لها بالتطبيق إذا طال الخصام واشتدّ وعجز الحكّمان عن الصلح. أم أنّ إضافة هذه الفقرة كانت لمجرد إظهار نية المشرّع الجزائري في تكريس حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية بإرادتها وإبراز ذلك جلياً وكان هذا هو الهدف في تلك الفترة بالذات.

إذا رجعنا إلى المادة 56 من قانون الأسرة فإننا نفهم ضمناً أنّ اشتداد الخصام هو سبب من أسباب التطلاق لأنها جاءت بعد الحديث عن الطلاق في المواد من 47 إلى 52، ثم التطلاق في المادة 53 والخلع في المادة 54 ثم التطلاق للنشوز في المادة 55 وبالتالي التطلاق لطول الخصام في المادة 56.

سواء قصد المشرّع ذلك بالنسبة للزوجين أو لا فالمهم هو إشارته إلى الشقاق المستمر بين الزوجين في المادة 53 كسبب موجب لطلب التطلاق من طرف الزوجة.

ثالثاً: التحكيم وإجراءاته في قانون الأسرة الجزائري

هل وضع المشرّع الجزائري أحكاماً خاصة وشروطاً للجوء إلى التحكيم، أم أنه أمر اختياري للقاضي ويخضع لسلطته التقديرية؟

أ- اللجوء إلى التحكيم

إذا طبقنا القاعدة العامة للتطلاق للشقاق بين الزوجين والذي أخذ من الفقه الإسلامي فإننا نلاحظ أنّ اللجوء إلى التحكيم لا يتمّ إلاّ إذا ثبت الشقاق. والدعوى لا تكيف على أنّها دعوى شقاق إلاّ إذا لم يثبت الضرر من طرف المدعى عليه (وهو الزوج في هذه الحالة)، لأنّه إذا ثبت الضرر من الزوج فإنّ ذلك يستوجب إزالته من طرف القاضي بإجابة دعوى الزوجة وعدم الاستمرار في الصلح عن طريق الحكّمين. أمّا إذا لم يثبت الضرر فهنا القاضي لا يطلّق مباشرة وإنّما يلتجئ إلى الحكّمين بعد أن يكون قد حاول الصلح بين الزوجين وفشل في ذلك كما فشل في معرفة من المسيء منهما. فاللجوء إلى الحكّمين خطوة مكتملة لما قام به القاضي من محاولات صلح وفشله في ذلك. هنا يأتي الحكّمان ليحاولا الإصلاح فإنّ فشلا حاولا معرفة من المتسبب في الضرر وإلاّ فعلى القاضي التطلاق في حالة استمرار الشقاق والخلاف.

ما سبق هو الأصل في اللجوء إلى التحكيم، فهل هذا هو ما نصّ عليه المشرّع الجزائري في قانون الأسرة؟

لقد أشار المشرّع إلى التحكيم في مادة واحدة ووحيدة وهي المادة 56. أمّا بالنسبة للفقرة الجديدة التي أضافها المشرّع في المادة 53 والتي جاءت بالنص على حق الزوجة في طلب التطلاق للشقاق المستمر بينها وبين زوجها، فإنّه لا يوجد فيها أيّ إشارة إلى

ضرورة تعيين الحكمين بصفة خاصة، لأنه وبالرجوع إلى كل قوانين الأحوال الشخصية العربية قيد الدراسة نجد أنّ الحكمين يعيّنان في حالة الشقاق ودون ثبوت الضرر. والذي يؤكد أنّ تعيين الحكمين ليس خاصا بدعوى الشقاق في قانون الأسرة الجزائري هو ما يلي:

1. المادة 56 والتي تشير إلى الحكمين كانت موجودة في قانون 84-11، أمّا حق الزوجة في رفع دعوى التطلاق للشقاق فقد جاء في تعديل 2005.

2. كأنّ المشرّع الجزائري عندما تحدث عن مواصلة الخصام واستمراره مع عدم ثبوت الضرر، قصد كل حالات دعاوى التطلاق للضرر التي سبقت المادة سواء الخاصة بالزوجة فقط (في المادة 53)، أو الخاصة بالزوجين معا (المادة 55). أي إذا لم يثبت الضرر الذي تدعيه الزوجة أو حتى الزوج وما زالت مصرّة على التطلاق يعيّن القاضي الحكمين.

3. لكن لو افترضنا ما سبق، أي أنّ الحكمين يعيّنان في كل دعاوى التطلاق للضرر إذا لم يثبت هذا الأخير، وفي حالة استمرار الخصام، ما هو معيار استمرار الخصام؟
- هل يعتبر عدم ثبوت الضرر وفشل القاضي في الصلح وإصرار الزوجة على التطلاق أثناء سير الدعوى استمرارا للخصام؟
- أم أنّ القاضي إذا لم يثبت الضرر أو حتى حاول الصلح ولم ينجح في ذلك رفض الدعوى، وبعدها إذا تكرّر رفع الدعوى اعتبر ذلك استمرارا في الخصام، وبالتالي حرك القاضي إجراء التحكيم.

إذا أخذنا بالافتراض الأول فإنّه كان على المشرّع أن يشير مباشرة إلى إمكانية لجوء الزوجة إلى دعوى الشقاق في حالة عدم ثبوت الضرر الذي ادّعته، وهذا ما ذهب إليه المشرّع المغربي¹.

وإذا أخذنا بالافتراض الثاني فكان على المشرّع الجزائري أن يسلك مسلك المشرّع المصري الذي تفادى هذا الغموض وأشار مباشرة إلى حالة تكرار الشكوى²، والذي يعدّ

¹ - المادة 100 من مدونة الأسرة المغربية.

² - المادة 6 من القانون رقم 25 لسنة 1929م المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985م.

معيارا لاستمرار الخصام وبالتالي اللجوء إلى التحكيم والحكم بالتطليق في حالة فشل الإصلاح.

4. في الأخير بقي التساؤل هل يلجأ القاضي مباشرة إلى الحكّمين إذا رفعت الزوجة دعوى تطليق للشقاق المستمر بينها وبين زوجها؟

إذا طبقنا نظرية التطليق للشقاق فإنّ القاضي لا محالة مجبر على ذلك لأنّ الشقاق ليس كغيره من صور الضرر الأخرى مثل عدم الإنفاق والغيبية والهجر، إنّما الشقاق قد يثبت لكن من المفروض على القاضي أن يحاول معرفة من المتسبب فيه، هل هو الزوج أو الزوجة. ونرجع لنقول أنّ هذا الكلام جاء في آراء الفقهاء وقوانين الأحوال الشخصية العربية الأخرى، أمّا المشرّع الجزائري فلم يشر إلى ذلك.

وبالنظر إلى أسباب التطليق الواردة في المادة 53 فإنّ إثبات الزوجة لوجود الشقاق كاف للحكم لها بالتطليق، كإثبات عدم الإنفاق أو العيب بل إثبات الشقاق أسهل بكثير من إثبات الصور الأخرى من الضرر وهذا ما توحى إليه المادة 53.

5. أمّا عن وجوب اللجوء إلى التحكيم، فقد أشار المشرّع الجزائري في المادة 56 من قانون الأسرة على حالة وجوب التحكيم حيث جاء في فقرتها الأولى ما يلي: "إذا اشتدّ الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما".

من جهة أخرى نصّ المشرّع الجزائري في المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: "إذا لم يثبت أيّ ضرر أثناء الخصومة جاز للقاضي أن يعيّن حكّمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة"¹.

إذا لاحظنا المادتين السابقتين وجدنا تباين في حكم اللجوء إلى التحكيم، حيث جاءت في المادة 56 من قانون الأسرة عبارة "وجب تعيين حكّمين"، وهذا يعني أنّ القاضي عندما يلاحظ تواصل الخصام يجب عليه اللجوء إلى التحكيم. أمّا ما جاء في المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد أشار إلى عبارة مغايرة تماما وهي "جاز للقاضي أن يعيّن حكّمين اثنين"، وهذا يعني عدم الوجوب، لأنّ الوجوب ينفي السلطة التقديرية للقاضي، أمّا الجواز فيثبتها ويجعل اللجوء إلى التحكيم خاضع لتقدير القاضي.

¹ - قانون رقم 08 - 09، مرجع سابق.

للتوفيق بين النصين نقول أن الأصل هو قانون الأسرة لأن القانون الثاني قانون إجرائي وحتى نص المادة 446 نصّ على ذلك بحيث أشار في نهاية المادة إلى "...حسب مقتضيات قانون الأسرة".

أمّا عن الجانب العملي فإنّ القضاة ميدانيا يلجؤون إلى التحكيم اختياريا، أي أن الأمر يخضع للسلطة التقديرية لهم. وإذا تتبعنا هذا المنطق فإننا نصل إلى نتيجة مهمة وهي أن القاضي قد لا يلجأ إلى التحكيم حتى في دعوى الشقاق لأنه لا يوجد أي نص صريح يلزمه بذلك. وهذا ما يُبقي الغموض مستمرا على الأقل أمام غياب اجتهادات المحكمة العليا، أو على الأقل عدم تمكننا من الحصول عليها والتي ربّما تحسم الأمر.

ب- إجراءات التحكيم

لم يتعرض المشرّع الجزائري في قانون الأسرة إلى التحكيم وإجراءاته إلا في المادة 56. وهذا عكس ما ذهب إليه الفقهاء باختلاف مذاهبهم وما ذهبت إليه قوانين الأحوال الشخصية لكل من مصر وسوريا والمغرب والعراق والإمارات العربية المتحدة وغيرهم، حيث فصلوا في حالات اللجوء إلى التحكيم وإجراءاته وفي شروط الحكمين ومهمتهما ومن له صلاحية الحكم بالتطليق بعد فشل محاولات الصلح، والآثار المادية له والتي تختلف باختلاف المتسبب في الشقاق.

نصّت المادة 56 فقرة 2 من قانون الأسرة على ما يلي: "يعيّن القاضي الحكمين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".

أمّا ما جاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري إضافة إلى المادة 446 فيتمثل فيما يلي:

- المادة 447: "يُطلع الحكمان القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة".
- المادة 448: "إذا تمّ الصلح من طرف الحكمين، يثبت ذلك في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأيّ طعن".
- المادة 449: "يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائيا إذا تبينت له صعوبة تنفيذ المهمة، وفي هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة".

هذه هي المواد التي بيّنت إجراءات التحكيم في القانون الجزائري، ومن خلال التمعن فيها ومقارنتها بغيرها مما جاء في قوانين الأحوال الشخصية العربية، نلاحظ ما يلي:

1- تطرّق المشرّع الجزائري إلى شروط الحكمين من حيث تعيينهما من أهل الزوجين أو من الأجانب، حيث حسم الأمر ونصّ على وجوب تعيينهما من أهل الزوجين، أي حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، دون الإشارة إلى إمكانية تعذر ذلك وإعطاء البديل، وهذا ما نصّ عليه قانون الأسرة في المادة 56 الفقرة 2.

2- تطرّق المشرّع الجزائري إلى إطلاع القاضي على ما توصل إليه الحكمان دون تفصيل في نتيجة التحكيم وفي حالة الفشل في الإصلاح وما إذا كان سبب الشقاق يعود إلى الزوج أو الزوجة أو أنهما لم يستطيعا معرفة المتسبب فيه، وهذا عكس ما ذهب إليه آراء الفقهاء وبعض تشريعات الدول العربية والتي تحكم بالتطليق لكن باختلاف التبعات المادية فيما إذا كان المتسبب في الشقاق الزوج أو الزوجة.

3- كما يلاحظ أنّ محضر الصلح الذي يقدمه الحكمان للقاضي ليست له ذات الحجية التي منحها المشرّع الجزائري لمحضر الصلح الذي يشرف عليه القاضي¹، لأنّه يخضع لمصادقة القاضي بموجب أمر مثله مثل المحضر الذي يحرره الوسيط². أمّا المحضر الأوّل فلا يحتاج إلى مصادقة ليصبح سنداً تنفيذياً³.

4- أهم نقطة يمكن ملاحظتها في قضية التحكيم هي أنّ المشرّع أعطى سلطة محدّدة للحكمين، وهي محاولة الإصلاح فقط، فإن نجح في ذلك أثبتاه في محضر يصادق عليه

¹ - وهذا وفقاً للمادتين 443 و 993 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ومحتواهما كالاتي:
- المادة 443: "يثبت الصلح بين الزوجين بموجب محضر، يحرر في الحال من أمين الضبط تحت إشراف القاضي.

يوقع المحضر من طرف القاضي وأمين الضبط والزوجين ويودع بأمانة الضبط.
يعد محضر الصلح سنداً تنفيذياً.

في حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له، يشرع في مناقشة موضوع الدعوى".

- المادة 993: "يعد محضر الصلح سنداً تنفيذياً بمجرد إيداعه بأمانة الضبط".

² - وذلك عملاً بالمادة 1004 من قانون الإجراءات المدنية والتي تنص على ما يلي: "يقوم القاضي بالمصادقة على محضر الاتفاق بموجب أمر غير قابل لأي طعن، ويعد محضر الاتفاق سنداً تنفيذياً".

³ - بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة 2، منشورات بغدادية، الجزائر، 2009، ص 339.

القاضي، أمّا إذا فشل فيحيلان القضية من جديد إلى القاضي. وليس من اختصاصهما إطلاقا الحكم بالتطليق لأنّ هذا من مهمة القاضي. ولكن حتى هذه النقطة الأخيرة لم يشر إليها المشرّع الجزائري، أي أنّه لا توجد أيّة إشارة إلى أنّ القاضي في حالة فشل الحكمان يحكم بالتطليق وهذا الأمر لم تأت به المادة 56 من قانون الأسرة ولا مواد قانون الإجراءات المدنية والإدارية، رغم أنّ هذا كان واضحا وجليا في آراء الفقهاء وقوانين الأحوال الشخصية العربية. كما أنّ المشرّع الجزائري، وبما أنّه لم يتحدث عن الحكم بالتطليق في هذه النقطة بالذات فإنّه كذلك لم يحدّد ضمن مهمة الحكّمين محاولة معرفة من المتسبب في الشقاق لكي يتمكن القاضي من الأخذ به أثناء حكمه بالتطليق أو حتى أثناء رفضه لدعوى التطليق.

خلاصة القول فيما يخص ما إذا كان للقاضي التطليق وفقا للمادة 56 أو لا فإنّ إضافة الشقاق في المادة 53 كسبب موجب للتطليق يعني أنّه إذا ثبت للقاضي الشقاق والخلاف المستمر بين الزوجين فما عليه إلاّ التطليق لأنّ المادة واضحة، ومثلما هو الأمر بالنسبة للأسباب الأخرى. فإذا ثبت مثلا العيب في الزوج حكم القاضي بالتطليق وكذلك الأمر إذا ثبت هجره للزوجة وكذلك عدم الإنفاق بالشروط المنصوص عليها، ونفس الأمر إذا ثبت الشقاق.

أمّا المادة 56 فإنّها لا تشير إلى التطليق في حالة استمرار الخصام ، فالقاضي يحاول الإصلاح ويعيّن الحكّمين وقد لا يحكم بالتطليق حتى وإن فشل الحكمان في مهمتهما خاصة إذا كان المتسبب في الشقاق هو الزوجة¹.

في الأخير نرى أنّ اتجاه المشرّع الجزائري نحو تكريس حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية أكثر فأكثر جعله يضيف هذه الفقرة وغيرها في المادة 53 من قانون الأسرة. وقد تكون نيّة المشرّع تصبّ نحو تمكين المرأة من وسيلة أسهل لفك الرابطة الزوجية، لأنّ

¹ - قد يلاحظ القارئ أنني لم أعتمد مراجع لتوثيق هذه الأفكار لأنّها مجرد اجتهادات شخصية واستقراء للمواد القانونية ومقارنتها بغيرها في القوانين العربية الأخرى، لأنني لم أجد في المراجع المعتمدة، والتي أتيت لي، أيّ دراسة تصبّ في موضوع الشقاق في قانون الأسرة الجزائري.

اللجوء إلى دعوى الشقاق أسهل من غيرها¹ ، كما أنّها أحسن من اللجوء إلى الخلع بعد العجز عن إثبات الضرر والذي تتنازل فيه الزوجة عن مهرها، ولعلّ ما ذهب إليه المشرّع المغربي أحسن دليل على ذلك.

كما أنّ إضافة فقرة الشقاق في المادة 53 معناها أنّ القاضي إذا ثبت لديه الشقاق والخلاف فما عليه إلاّ أن يحكم بالتطليق لأنّ المادة واضحة.

¹ - فالخلاف والشقاق يحدثان غالبا دون قصد الإضرار بل ولأسباب قد تكون تافهة، بل أنّ الخلاف قد يحدث غالبا لعدم التكافؤ بكل أنواعه وعدم التطابق في التفكير وطريقة حل المشاكل أو طريقة النظر إلى الأشياء، كما قد يكون سببه عدم الانسجام العاطفي أو الحسي.

الفصل الثاني

التطليق للزواج بأخرى والتطليق خلعا

قد يتسبب الزوج للزوجة في ضرر ما وهو قاصد الإضرار بها، وتمّ التعرض لصور كثيرة من هذه الحالة، لكن قد يحدث الضرر للزوجة دون أن يخالف الزوج قاعدة شرعية معيّنة، فقد يستعمل حقا أصيلا له يسمح به الشرع، لكن وهو يمارسه قد تتضرر الزوجة، إمّا لتضاييقها من الفعل في حدّ ذاته، أو لتضررها من آثاره، ونقصد بهذا الحديث التعدد أو الزواج بأخرى.

الباعث من إدراج هذا الموضوع في الفصل الأخير هو أنّ التطليق للزواج بأخرى ليس المقصود به الضرر المخول للزوجة طلب الفرقة بسبب تعدد الزوجات، لأنّ هذا الأخير المقصود به عدم العدل بين الزوجات أو عدم الإنفاق.. إلخ، وهذا، كان سيكون مكانه أفضل في فصل التطليق للضرر المعتبر شرعا. أمّا التطليق للزواج بأخرى فموضوع ثان نتركه للمناقشة في المبحث الأوّل من هذا الفصل.

كما يحدث وأن تتضايق المرأة من حق خالص استعمله الزوج، فإنّها كذلك قد تتضايق دون أن يمارس أيّ حق ودون أن يتسبب لها مباشرة في أيّ ضرر، ولكنها رغم ذلك تكره العيش معه لسبب نفسي لا يطلّع عليه إلاّ هي، كالنفور منه لسبب ما. كما قد يتسبب لها في ضرر ما دون أن تستطيع إثباته فتتوجه للوسيلة السهلة بالنسبة لها وهي الخلع والذي لا يكلفها سوى التنازل عن المهر الذي دفعه لها مقابل التخلص من رابطة زواجه لا تتحملها. وهذا ما سنتعرض له في المبحث الثاني من هذا الفصل.

المبحث الأول التطليق للزواج بأخرى

يهدف الباحث من خلال العنوان الذي قرّره، سواء كان هذا العنوان رئيسيا أو فرعيا، إلى إظهار الإشكالية التي يريد طرحها أو ربّما يذهب مباشرة إلى النتيجة التي يريد أن يصل إليها، واستعمل البعض عنوان "الضرر المخوّل للمطالبة بالفرقة بسبب تعدد الزوجات"¹، وقد يظهر من العنوانين نتيجتين مختلفتين، أو ربّما طرح لإشكالية واحدة لكن من جانبين مختلفين. المهم في كل هذا هو التساؤل: هل طلب التطليق يكون بسبب الزواج بأخرى في حدّ ذاته سواء كان لعدم العلم أو الرضا به، أم أنّ السبب هو وقوع ضرر نتيجة الزواج بأخرى فيستوجب ذلك إثباته وإلا فلا تفريق لأنّ الأمر بيّن والنتيجة مختلفة تماما.

للموصول إلى الإجابة عن التساؤل السابق ينبغي أولاً إلقاء نظرة على التعدد في الشريعة الإسلامية وضوابطه ثم مدى حق الزوجة في طلب التطليق به، ثمّ التعرض للتعدد في تشريعات الأحوال الشخصية العربية ومدى جواز التطليق به.

المطلب الأول

التعدد وضوابطه في الشريعة الإسلامية ومدى جواز التفريق به

سنلقي في هذا المطلب نظرة على التعدد في الشريعة الإسلامية، مع ضرورة الإشارة إلى ما إذا كانت الشريعة الإسلامية هي التي أنشأت التعدد أم أنّها نظمتها، والتعرض بعدها إلى مشروعية التعدد في كتاب الله وسنة نبيه ﷺ.

¹ - المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دراسة فقهية مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 317.

-مصطفى السباعي، مرجع سابق، ص18 <http://www.daawa-info.net/books1.php?id=6829&bn=252&page=18>

الفرع الأول التعدد في الشريعة الإسلامية

أولاً- الشريعة الإسلامية لم تنشئ التعدد

لم تكن الشريعة الإسلامية أول من شرّع التعدد كما يظنّ الكثيرون، فهذا النظام كان سائداً قبل ظهور الإسلام وفي شعوب كثيرة متحضرة وغير متحضرة، ومنهم الصينيون والهنود والفرس والمصريون القدامى والعبريون والعرب...¹. كما أنّ الإسلام لم ينشئ التعدد ولم يوجبه على المسلمين فلقد سبقته إلى إباحته الأديان السماوية السابقة.

أباحّت اليهودية التعدد في التوراة² ولم يحرمه التعدد، فقد أقرّت المسيحية في بدايتها ما أقرّته اليهودية في التعدد واستمر رجال الكنيسة لا يعترضون على ذلك حتى القرن 17 الذي بدأ فيه الحظر ثم تقرر عام 1750. وقد تدرّج المنع فبدأً أولاً بتحريمه على رجال الكنيسة دون غيرهم³، ثم منع على الرجل المسيحي وكان أساس ذلك وضعياً لا سماوياً⁴.

جاء الإسلام بأول إصلاح لنظام التعدد بتحديدته وتهذيبه وضبطه⁵. ولكن قبل التعرض لهذه الضوابط لا بدّ من التعرض لمشروعية التعدد في الشريعة الإسلامية.

¹ - محمد بن مسفر بن حسن الطويل، تعدد الزوجات في الإسلام، إدارة الدعوى والإعلام، د.ب.ن، 2004، ص 04.

² - جاء في سفر التكوين 35: 23، 24، 25 و26 ما يلي: "كان بنو يعقوب 12 بنو لينة: رأوبين بكر يعقوب وشمعون ولاوي ويهوذا وتساكر وزبولون وإينا رحيل يوسف وبنيامين وإينا بلها جارية راحيل دان ونفتالي، وإينا زلفة جارية لينة جاد وأشير"، الكتاب المقدس، مرجع سابق، ص 29.

- سفر التكوين 4: 19: "واتخذ لامك لنفسه امرأتين، اسم الواحدة عادة واسم الأخرى صلّة"، الكتاب المقدس، المرجع السابق، ص 3.

- صموئيل الثاني 12: 8 : "وأعطيك بيت سيدك ونساء سيدك في حضنك... وإن كان ذلك قليلاً أزيد لك كذا وكذا..."، المرجع السابق، ص 253.

- ملوك الأول: 11: 3 في الحديث عن النبي سليمان: "وكانت له 700 من النساء السيدات و300 من السراري..."، المرجع السابق، ص 280.

³ - رسالة بولس الأول إلى تيموثاؤس، المرجع السابق، ص 184.

⁴ - جمال محمد زكي، رد شبهات حول تعدد الزوجات في الإسلام،

<http://samera-1968.yoo7.com/t2390-topic>

⁵ - مصطفى السباعي، مرجع سابق، ص 18.

ثانياً: مشروعية التعدد في الشريعة الإسلامية

سبقت الإشارة إلى أنّ الإسلام لم يبتدع التعدد وإنما جاء فوجده منتشراً في كل بيئة خاصة عند العرب. وبما أنّ الإسلام جاء لتنظيم أمور الناس وأحوالهم كان لا بدّ أن يتدخل لينظم أمر التعدد المطلق ويمنع ضرره على الأسرة والمجتمع.

1- دليل مشروعية التعدد من القرآن الكريم

مما جاء في القرآن الكريم كأساس لإباحة التعدد قوله تعالى: "وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَنِّي وَثَلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا"¹.

وقوله تعالى: " وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُواهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِنْ تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا"².

ويُفهم كذلك من النص في القرآن الكريم على تحريم الجمع بين الأختين عدم جواز الجمع بين غيرهما وذلك في قوله تعالى: "... وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا"³.

يُفهم من الآيات السابقة إباحة التعدد في حدود أربع نساء كحدّ أقصى، وأنّ هذا التعدد مشروط بالعدل، ومن لم يكن متأكداً من تحقيق العدل فلا يجوز له التزوج بأكثر من واحدة، والذي يعدّد رغم وثوقه من عدم قدرته على العدل آثم. كما أنّ المقصود بالعدل في الآية الأولى هو العدل المادي في المسكن والملبس والمأكل والمبيت والمعاملة... . كذلك تضمنت الآية الأولى شرط القدرة على الإنفاق على الزوجة الثانية وأولادها، فتعبير "ألا تعولوا" معناه ألا تظلموا وتجوروا⁴، وقال الشافعي ألا تكثر عيالكم فتصبحوا غير قادرين على تأمين النفقة لهم⁵.

¹ - الآية 3 من سورة النساء.

² - الآية 129 من سورة النساء.

³ - الآية 23 من سورة النساء.

⁴ - محمد علي الصابوني، ج1، مرجع سابق، ص259.

⁵ - أو عبد الله محمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج5، دار الكتب المصرية، د.ب.ن،

1935، ص21.

كما تفيد الآية الثانية أنّ العدل المقصود الذي لا يستطيعه الزوج هو العدل العاطفي والميل القلبي، فيجب حينذاك عدم الإفراط في الميل إلى الأخرى فيذر الثانية كالمعلقة¹، لا هي متزوجة ولا هي مطلقة.

2- دليل مشروعية التعدد من السنة

تتمثل مشروعية التعدد في السنة النبوية في ما فعله الرسول ﷺ مع الذين أسلموا وهم متزوجون بأكثر من أربع زوجات، عندما أمرهم بالإبقاء على أربع زوجات ومفارقة ما زاد عن ذلك العدد.

- فعن قيس بن الحارث قال: "أسلمت وعندي ثماني نسوة، فأئيت النبي ﷺ فذكرت له ذلك، فقال: اختر منهن أربعاً"².

- وعن عبد الله بن عمر قال: "أسلم غيلان الثقفي وتحتة عشر نسوة في الجاهلية فأسلمن معه، فقال له النبي ﷺ: خذ منهن أربعاً"³.

- وعن الحارث بن قيس بن عميرة رضي الله عنه قال: "أسلمت وعندي ثمان نسوة، فذكرت ذلك للنبي ﷺ، فقال النبي ﷺ: اختر منهن أربعاً"⁴.
إنّ إقرار الرسول ﷺ لعمل ما، هو أحد أقسام السنة وهو أصل من أصول التشريع الإسلامي.

3- دليل مشروعية التعدد من الإجماع

لقد أجمع الصحابة والتابعون وجميع فقهاء المسلمين في مختلف عصور الإسلام على جواز التعدد بالضوابط الشرعية⁵، فالإجماع واقع على أنّه جائز وليس واجب على المسلم المسلم فهو أمر مباح، ومن هذا جاز لولي الأمر أن يقيدّه دون منعه. إنّ منع التعدد

¹ - للتفصيل في تفسير الآية 129 من سورة النساء ارجع إلى تفسير القرطبي، ج5، مرجع سابق، ص407.

² - رواه ابن ماجة في سننه وقال حديث صحيح، مرجع سابق، الجزء الأول، حديث رقم 1952، ص628؛ شروح سنن ابن ماجة، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 768.

- رواه أبو داود وقال حديث صحيح، مرجع سابق، كتاب النكاح، حديث رقم 2241، ص 390.

³ - رواه ابن ماجة في سننه وقال حديث صحيح، الجزء الأول، مرجع سابق، حديث 1953، ص 628.

⁴ - رواه البيهقي، الجزء 7، مرجع سابق، حديث رقم 13846، ص 242.

⁵ - عبد الواحد وافي، المرأة في الإسلام، دار نهضة مصر للطباعة والنشر، القاهرة، د.ت.ن، ص 125 و126.

إضافة إلى أنه يصطدم مع الإرادة الإلهية فإنه سوف يصطدم مع الحاجات الشخصية لبعض الرجال والنساء وبعض الحاجات الاجتماعية¹، والتي لا يمكن تلبيتها إلا بالتعدد. لكن مع الاستعمال المطلق له دون ضابط شاعت بعض المساوئ والنتائج السلبية² والتي جعلت مشرعي بعض الدول العربية يقيّدون هذا المباح. ولا يعتبر هذا التقييد خروجاً عن مقاصد الشريعة الإسلامية وإنما يستجيب لقاعدة "تقييد المباح" التي يملكها وليّ الأمر³، وشبيهه بذلك ما فعله عمر بن الخطاب في إنكاره زواج بعض الصحابة بكتابات رغم جوازه شرعاً وذلك مراعاة للمصلحة العامة⁴.

بما أنّ هذه القاعدة تشبه التشريع لزم العمل بالضوابط التي ينبغي اتباعها كي لا يصطدم ذلك مع التشريع الإلهي وحتى لا يحتج بها من يريد إبطال العمل بأحكام الشريعة الإسلامية⁵. فإذا كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة ولا نبالي بفوات المصلحة⁶. لكن إذا كانت هذه القاعدة تعطي الحق للمشرّع (الوضعي) في أن يقيّد فعل الزواج بأخرى كأن يفرض التأكد من قدرة الزوج على الإنفاق على كل زوجة وأولادها ونيته في العدل بينهنّ، فإنّها لا تعطيه حق منع التعدد على إطلاقه، لأنّ هذا لم يقيّد المباح وإنما حرّمه. وعلى العكس من ذلك فإنّ إعطاء القاضي حق التأكد من قدرة الزوج على الإنفاق على الزوجتين أو أكثر فإنّه تطبيق لأمر الله تعالى بالعدل وإلا عدم الإقبال على التعدد من الأصل.

¹ - مصطفى السباعي، مرجع سابق، ص 12 و 13.

² - المرجع نفسه، ص 14.

³ - محمد بن شاكر الشريف، "من يملك تقييد المباح أو الإلزام به"،

<http://www.saaaid.net/Doat/alsharef/50.htm>

⁴ - يوسف القرضاوي، السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، الطبعة 1، مؤسسة الرسالة، 2001، ص 191.

⁵ - عبد الرحمن العمراني، تقييد المباح في بعض قوانين الأسرة العربية وفي بعض الاجتهادات الفقهية المعاصرة، ندوة مستجدات الفكر الإسلامي الحادية عشر، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالتعاون

مع مركز التجديد اللندني، الكويت، من 18 إلى 20 فيفري 2013، ص 05، نقلاً عن الموقع <http://www.mostjadat.com/site/index.php/sample-calendar/85/>

⁶ - المرجع نفسه، ص 06.

ثالثاً: ضوابط التعدد في الشريعة الإسلامية

إنّ لإباحة التعدد قيوداً يَأْتُم من تعداها رغم أنّ زواجه يعتبر صحيحاً، والقيودان الأساسيان اللذان اشترطتهما الشريعة الإسلامية هما:

1- توفير العدل بين الزوجات: وهو العدل الذي يستطيعه الإنسان ويقدر عليه وهو المساواة في الجانب المادي من نفقة (في المسكن والمأكل والملبس...) ومن حسن معايشة ومبيت. أمّا من الناحية العاطفية فهو مطالب بعدم المبالغة في الميل العاطفي.

2- القدرة على الإنفاق: فلا يحلّ شرعاً الإقدام على الزواج سواء كان ذلك من واحدة أو أكثر إلاّ بتوافر القدرة على الزواج وتكاليفه والقدرة على الاستمرار في أداء النفقة الواجبة لقول الرسول ﷺ: "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج..."¹. والباءة هنا هي القدرة على القيام بمؤنة الزواج أي بتكاليفه.

الفرع الثاني

جواز التفريق للزواج بأخرى

يظهر جلياً من خلال العرض الوجيز للتعدد في الإسلام والذي أشرنا إليه في النقطة السابقة أنّ فلسفة التعدد في الإسلام بضوابطه لا تجيز التفريق بطلب الزوجة الأولى لمجرد أنّ الزوج تزوّج ثانية. لكن هذه الإباحة وكل ما هو مباح في الشريعة الإسلامية يقابلها قاعدة جوهرية وهي "لا ضرر ولا ضرار". فإذا وقع ضرر جرّاء استعمال هذا الحق فإنّه من حق المتضرر طلب إزالة هذا الضرر. فإذا تسبّب الزواج بثانية بضرر معتبر شرعاً للزوجة الأولى جاز لها طلب التطلاق. وأساس إجابة طلبها ليس الزواج ثانية بحدّ ذاته وإنّما الضرر الواقع نتيجة هذا الزواج، وبالتالي فالأصح هو القول مدى جواز التطلاق للضرر بسبب الزواج بأخرى وليس التطلاق للزواج بأخرى.

أجاز المالكية التطلاق للضرر منعا للنزاع وحتى لا تصبح الحياة الزوجية جحيماً لا يطاق، وذكر علماءهم صور الضرر ولم يعدّوا الزواج بأخرى ضرراً، بل ذكروا أنّ التزوج عليها ليس بضرر في ذاته حيث جاء في الشرح الكبير للدردير "وليس من الضرر

¹ - حديث صحيح، سنن أبي داود، مرجع سابق، حديث رقم 2046، ص 355.

منعها من الحمام والنزهة وليس من الضرر تزوجه عليها¹. وهذا ما جاء كذلك في الخرخشي على شرح خليل: "ومن الضرر قطع الكلام عنها وتحويل وجهه عنها وضربها ضرباً مؤلماً لا منعها الحمام أو تأديبها على الصلاة والتسري والتزوج عليها"². إذا لم نعتبر مجرد الزواج بأخرى ضرراً، فإنّ الضرر قد يحدث بعد ذلك، وهل لأجل هذا الاعتبار يجوز للمرأة أثناء إبرام عقد الزواج اشتراط عدم تزوج زوجها بأخرى؟

أولاً- اشتراط عدم الزواج بأخرى: لقد أجاز الإمام أحمد وغيره³ الاشتراط على الزوج عدم الزواج بأخرى ولها فراقه إذا فعل، أي إذا أخلّ بالشرط⁴. وقد ذكر ابن القيم تخريجا على قواعد الإمام أحمد وقواعد فقه أهل المدينة أنه اختلف في شرط الإقامة في بلد الزوجة، وشرط دار الزوجة، وأن لا يتسرى عليها، ولا يتزوج عليها، فأوجب أحمد وغيره الوفاء به، ومتى لم يف به فلها الفسخ عنده⁵.

أجاب ابن قدامة من خالف مبدأ اشتراط الزوجة عدم الزواج عليها وإعطائها حق الفسخ في حالة عدم الوفاء به قائلا: "وقولهم أنّ هذا يحرّم الحلال، قلنا لا يحرّم حلالاً، وإنّما يُثبت للمرأة حق خيار الفسخ إن لم يف لها. وقولهم ليس من مصلحته قلنا: لا نعلم ذلك، فإنّه من مصلحة المرأة وما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة عقده"⁶.

وقد استند الفقه الحنبلي إلى حديث النبي ﷺ: "إنّ أحقّ الشرط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج"⁷.

¹ - الدسوقي والدردير، الجزء 2، مرجع سابق، ص 345.

² - الخرخشي، الجزء 3، مرجع سابق ص 160.

³ - علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2005، ص 166.

⁴ - موفق الدين بن قدامة، ج7، مرجع سابق، ص 488 وما يليها.

⁵ - ابن قيم الجوزية، الجزء 3، مرجع سابق، ص 159.

⁶ - موفق الدين بن قدامة، ج7، المرجع نفسه، ص 449؛ محمد بلتاجي، دراسات في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 57.

⁷ - رواه مسلم وغيره، صحيح مسلم، مرجع سابق، باب الوفاء بالشرط في النكاح، ص 674.

من يردّ على استناد الفقه الحنبلي على هذا الحديث، في إعطائهم الزوجة حق الفسخ لتضررها من الزواج بأخرى، يقول أنّ الحنابلة لا يعطون للزوجة حق التفريق إذا فعل الزوج ذلك، فعلة إجازة الحنابلة هذا الشرط ليست مطلق تضرر الزوجة من زواج زوجها بأخرى، وإنما علة ذلك ما قرّره هم بأنفسهم علة واضحة لذلك وهو وجوب الوفاء بالشرط في النكاح التزاماً بحديث النبي ﷺ في ذلك¹.

ينبغي الإشارة إلى أنّ هناك فقهاء كثيرون يخالفون الحنابلة في إجازة هذا الشرط وعلى رأسهم أبو حنيفة والشافعي والإمام مالك الذي يرى أنّ مثل هذا الشرط ليس بشيء في ذاته إلا إذا تأيد بأمر آخر فقيمته ترجع إلى ذلك الأمر حيث يقول: "قالأمر عندنا إذا اشترط الرجل للمرأة - وإن كان ذلك عند عقدة النكاح- أن لا أنكح عليك ولا أتسرر، أنّ ذلك ليس بشيء، إلا أن يكون في ذلك يمين بطلاق أو عتاقة فيجب ذلك عليه ويلزمه"².

إنّ ابن حزم كذلك يبطل النكاح ذاته بمثل هذا الشرط الذي يرى أنّه يحرمّ الحلال، فإن اشترط مثل ذلك في نفس العقد فهو عقد مفسوخ، وإن اشترطه بعد إمضاء العقد فالعقد صحيح والشروط كلّها باطلة لأنّه "لا يصحّ عنده نكاح على شرط أصلاً حاش الصدق الموصوف في الذمة أو المدفوع أو المعين، وعلى أن لا يضرّ بها في نفسها ومالها: إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان". ويذهب ابن حزم إلى أكثر من ذلك ويخالف المالكية، فهو يرى أنّ تعليق مثل هذا الشرط بطلاق أو عتاق أو تخييرها... كل ذلك باطل. وابن حزم -مثل بقية المخالفين للحنابلة- يرون أنّ حديث الرسول ﷺ: "إنّ أحقّ الشروط أن يوفّى بها ما استحلّتم به الفروج" صحيح لكنّه يرى أنّ المقصود به شرط الصداق الجائر الذي أمرنا الله تعالى به وهو الذي استحلّ به الفرج لا ما سواه³.

¹ - نقلا عن محمد بلتاجي، دراسات في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 53، 54.

² - مالك بن أنس، الموطأ، تحقيق أبو أسامة سليم بن عيد الهلالي السلفي، الجزء الثالث، كتاب النكاح، باب ما لا يجوز من الشروط في النكاح، مجموعة الفرقان التجارية، د.ب.ن، 2003، ص 196، 197.

³ - ابن حزم، مرجع سابق، ج9، ص 491.

ثانيا- **المشروط لفظا والمشروط عرفا:** قد يكون الشرط منصوبا عليه لفظا في عقد الزواج، وقد يكون معلوما عرفا بصورة واضحة لا لبس فيها لطرفي العقد وشهوده لجريان العادات واستقرارها عليه.

ذكر ابن القيم استناد فقه الإمام أحمد وفقه أهل المدينة إلى عدم إذن النبي ﷺ لعلي رضي الله عنه- بالزواج على فاطمة، وذلك عند ما استأذن بنو هاشم بن المغيرة أن يزوجوا على ابن أبي طالب ابنة أبي جهل، فلم يأذن في ذلك وقال: "إلا أن يريد ابن أبي طالب أن يطلق ابنتي وينكح ابنتهم، فإنها فاطمة بضعة مني يرييني ما رابها، ويؤذيني ما أذاها، إنني أخاف أن تفتن فاطمة في دينها، وإنني لست أحرّم حلالا، ولا أحلّ حراما، ولكن والله لا تجتمع بنت رسول الله وبنت عدو الله في مكان واحد أبدا" وفي لفظ آخر: فذكر صهراله فأثنى عليه، وقال: "حدثني فصدقني، ووعدني فوفى لي"¹.

وعن المسور بن مخرمة أنه سمع رسول الله ﷺ على المنبر، وهو يقول: "إن بني هشام بن المغيرة استأذنونني أن ينكحوا ابنتهم علي بن أبي طالب. فلا آذن لهم. ثم لا آذن لهم. ثم لا آذن لهم. إلا أن يحب ابن أبي طالب أن يطلق ابنتي وينكح ابنتهم. فإنما ابنتي بضعة مني. يرييني ما رابها. ويؤذيني ما أذاها"².

وفي رواية أخرى عن أبي اليمان أنه قال: "إن عليا خطب بنت أبي جهل، فسمعت بذلك فاطمة، فأنت رسول الله ﷺ فقالت: يزعم قومك أنك لا تغضب لبناتك، وهذا علي ناكح بنت أبي جهل. فقام رسول الله ﷺ، فسمعت حين تشهد يقول: أما بعد أنكحت أبا العاص بن الربيع فحدثني وصدقني، وإن فاطمة بضعة مني، وإنني أكره أن يسوءها، والله لا تجتمع بنت رسول الله وبنت عدو الله عند رجل واحد. فترك علي الخطبة"³.

ذكر ابن القيم أن هذا الحكم تضمن أموراً منها:

1- أن الرجل إذا اشترط لزوجه أن لا يتزوج عليها لزمه الوفاء بالشرط، ومن تزوج عليها، فلها الفسخ، ودليل ذلك أن هذا يؤذي فاطمة ويريبها ويؤذيه ويريبه، ومعلوم قطعاً أنه ﷺ إنما زوج علياً فاطمة على أن لا يؤذيها ولا يريبها ولا يؤذي أباه ولا يريبه،

¹ - البخاري، الجزء 2، مرجع سابق، حديث رقم 3110، ص 371.

² - صحيح مسلم، مرجع سابق، حديث رقم 2449، ص 1224.

³ - البخاري، الجزء 3، مرجع سابق، حديث رقم 3729، ص 27.

وإن لم يكن هذا مشروطاً في صلب العقد فإنه من المعلوم بالضرورة أنه دخل عليه (يعني الشرط أصبح ضمن العقد)، وفي ذكره عليه السلام صهره الآخر تهيج لعلّي عل الاقتداء به¹.

2 - نستنتج من هذا الحديث أنّ المشروط عرفاً كالمشروط لفظاً وأنّ عدمه يُملك الفسخ لمشرطه. فلو فرض أنّ المرأة من بيت لا يتزوج الرجل على نسائهم ضرّة ولا يمكنه من ذلك، وعادتهم مستمرةً بذلك كان ذلك كالمشروط لفظاً. وكذلك لو كانت المرأة ممن يُعلم أنّها لا يمكن إدخال الضرّة عليها عادةً لشرفها وحسبها وجلالتهَا كان ترك التزوج عليها كالمشروط لفظاً سواء².

هذا ما قال به "ابن القيم" مؤكداً ما ذهب إليه فقه الإمام أحمد وفقه أهل المدينة، ألا يكفي هذا لاعتباره سندا لما ذهب إليه بعض التشريعات العربية - التي سنتعرض إليها لاحقاً - في إعطاء خيار التفريق للمرأة في حالة عدم رضاها بزواج زوجها بأخرى؟ وقبل أن نحكم على هذا ينبغي الإشارة إلى بعض النقاط التي وردت فيما سبق:

1- لقد زوج الرسول عليه السلام فاطمة - رضي الله عنها - علياً على ألا يؤذيها ولا يريبها، فلماذا لم نقل أنّ الرسول عليه السلام أشار إلى الإيذاء بمناسبة حديثه عن التعدد، فلماذا يصرّ كتاب كثيرون على أنّ القول بالتطليق للزوج بأخرى يعني أنّ التعدد في حدّ ذاته ضرر والضرر ظلم وأننا بذلك ألحقنا الظلم بذات الله عزّ وجلّ وتعالى عن ذلك، لأنّه بذلك أباح للزوج أن يضرّ بزوجه إضراراً تستحيل معه العشرة وأنّ القوانين الوضعية هي من سيزيل هذا الضرر³، وهذا التحليل بالطبع فيه شيء من التطرف لأنّ التعدد في النهاية أمر مباح والمباح يمكن تقييده إذا ظهرت له مفسد في مجتمع ما لأنّه غالباً ما يُساء استعماله.

يستمرّ د. بلتاجي - رحمه الله - في تأكيده لفكرته بأنّ القول بهذا هو هدم للشريعة في أصولها، ثمّ يتساءل: "لماذا عندما جعل الله للذكر مثل حظ الأنثيين لم يعلّق هذا على رضا المرأة به، وجعل الرجل قواماً عليها ولم يعلّق ذلك على رضاها به... فهل يعالج

¹ - ابن قيم الجوزية، مرجع سابق، ص 161.

² - المرجع نفسه، ص 162.

³ - محمد بلتاجي، دراسات في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 59 وما يليها.

عدم الرضا بتعليقه على رضاها فيقال: لا يرث الذكر مثل حظ الأنثيين إلا إذا رضيت الإناث به.... ويقال لا يكون الرجل قواما على المرأة إلا إذا رضيت بذلك...وما الفارق بين هذا وقولنا أن الله أباح التعدد للرجل غير معلق على قبول المرأة به، لكنها لما لم ترض به عالجتنا ذلك بأن اعتبرنا التعدد من قبيل الإضرار الشديد بالمرأة فأعطيناها الحق في رفضه، وبهذا لا يبقى للتعدد وجود إلا برضاء الزوجات أنفسهن¹.

الذي يقرأ ما قاله الدكتور بلتاجي -رحمه الله- يجيب مباشرة بأن ما ذكره من إرث لضعف الأنثى وقومة للرجل على المرأة هي أمور مفروضة لا حرية للمرأة في قبولها أو رفضها، وهي بالأساس ليست أمورا مباحة وهذا ما ورد في قوله -أي د.بلتاجي- "جعل الله للذكر مثل حظ الأنثيين،...ثم قال إن الله أباح التعدد للرجل.."، فبين عبارة "جعل الله" وعبارة "إن الله أباح" فرق شاسع والله تعالى أعلم.

2- إن الرسول ﷺ زوج ابنته لعلّي على ألا يؤذيها ولا يريبها، ألا ينبغي التساؤل التالي: ألا يزوج الآباء والأولياء جميعا بناتهم على ألا يؤذين وعلى أنهن أمانة لدى الأزواج و...وغيرها من العبارات التي تعبّر على نفس المعنى.

3- ألا يمكننا اعتبار أن عدم الزواج بأخرى كالمشروط عرفا لأن لا أحد من الآباء ولا المرأة، في مجتمعنا الحالي على الأقل، يضع في حسبانته أن الزوج سيجلب لها ضررًا وإلاّ كان الاشتراط اللفظي موجودا.

4- ألا يتفق الجميع أن التعدد في حياتنا المعاصرة أصبح مستبعدا جدا ولا يوجد إلا في حالات نادرة، وأنه فعلا يختلف الأمر بين مجتمعاتنا الحديثة والمعاصرة والمجتمعات التي كانت تعرف هذا التعدد بشكل عادي وبديهي، وما زالت تعرفه بعض المجتمعات القبلية القليلة في عصرنا الحالي.

أخيرا نقول أن إعطاء الزوجة حق طلب التطليق لعدم علمها بالتعدد أو عدم موافقتها بعد علمها ليس هو افتراض الضرر في التعدد في حدّ ذاته وإلحاق ذلك بالله عزّ وجلّ

¹ - محمد بلتاجي، دراسات في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 64.

- تعالى عن ذلك- على أنه شرّع ضرراً، وإنما الغش في عدم إعلامها وبعد عدم موافقتها لأنها قبلته زوجها لوحدها وليس زوجها لأخرى أو لأخريات. والذي يؤكد هذه النظرة أنّ المرأة في عهد النبوة لم تجد غرابة في تشريع التعدد لأنه لم يستحدث شيئاً جديداً وإنما استحسنته لأنه حدّ من التعدد الذي كان شائعاً قبل الإسلام وعلى إطلاقه. فكانت المرأة وهي تتزوج تعلم يقيناً أنّ زوجها إمّا أن يكون معدداً أو أنه سيعدد وبالتالي لم يكن يفترض الضرر في التعدد في حدّ ذاته.

أمّا في المجتمعات المعاصرة فالأصل هو الزواج بواحدة والاستثناء هو التعدد والذي قلّمَا يُنتجاً إليه. فهي عندما تتزوج تعلم يقيناً أنّ هذا الرجل سيكون زوجها لوحدها وأباً لأولادها فقط -ولا داعي للاشتراط-، أمّا أن تصبح فجأة لا تملك فيه إلاّ النصف أو الثلث أو الربع، فهذا يعني ربع النفقة وربع العناية وربع الاهتمام، وهذا من شأنه إلحاق الضرر بها وبالتالي يخول لها حق طلب الانفصال إذا رأت أنها لن تتحمل ذلك.

إنّ إعطاء المرأة هذا الحق لا يعتبر مساساً بشرع الله وإِنّما الله تعالى شرّع التعدد لأنّ بعض الناس يحتاجونه بما فيهم بعض الزوجات. فتشريعه وإباحته لا يعنيان فرضه على كل زوجة فلا ضرر ولا ضرار في الإسلام، فإمّا إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان والإمساك بالمعروف يتنافى مع فرض زوجة ثانية على الزوجة الأولى دون أن تكون هذه الأخيرة قادرة على تحمّل ذلك.

لقد أُعطيَ الحق للرجل في أن يعدد وفي المقابل أُعطيَ للمرأة حق التحرر من هذه الرابطة إذا رأت أنها لن تستطيع أن تتحمل ذلك، وفي هذا رفع للظلم والضرر. فإعطاء حق الخيار للزوجة في فك الرابطة الزوجية هو الذي ينفي الظلم عن الله تعالى لأنّ الله ليس بظالم للعبيد. أمّا إعطاء الحرية التامة للرجل في التعدد وفي المقابل تحريم حق الفرقة على المرأة التي سوف يُضيق عليها التعدد ويمسكها إضراراً هو الظلم في حدّ ذاته.

إنّ النقطة التي ينبغي الإشارة إليها أخيراً - قبل التطرق لموقف التشريعات العربية من التطليق للتعدد- هي أنّ طلب الزوجة التفريق لعدم رضائها أو تضررها من التعدد

ليس تحريماً لما أحلّه الله، إنّما تحريم الحلال هو منعه من الزواج في حدّ ذاته للمرّة الثانية، فالزواج له أن يتزوج ثانية وبأربع نسوة برضائهنّ إن شاء وإن شئنا، فالمرأة ليس لها إلاّ طلب الفرقة وليس منعه من التعدد. فلو كان القاضي يمنع من التعدد في حدّ ذاته ببقاء الزوجة في عصمته فإنّ هذا هو تحريم الحلال. ودليل ذلك أنّ الزوج إذا تزوّج بزوجتين أمام القاضي وبرضائهما فإنّهما تُحرمان من طلب الفرقة للتعدد إلاّ إذا لم يعدل الزوج فيما بعد بينهما.

كانت هذه خلاصة عن الموقف الفقهي من التطلاق للزواج بأخرى، وقد تجرأنا في ترجيح رأي على غيره لما ظننا أنّه أكثر واقعية ومنطقاً، وبعدها سنحاول التطرق لموقف التشريعات العربية من هذا الموضوع.

المطلب الثاني

موقف التشريعات العربية من التطلاق للزواج بأخرى

سنحاول في هذا المطلب التعرض للتشريعات العربية وكيف كان موقفها من التعدد أوّلاً ثمّ التعرض لمدى جواز طلب الزوجة التطلاق في حالة زواج زوجها بأخرى. ونرى أنّه من الضروري التعرض لتشريع عربي يشدّد عن القاعدة التي هي إباحة التعدد، بحيث قام بمنعه من الأساس، ويكون بذلك التشريع العربي الوحيد الذي تجرأ على الخروج من قاعدة إباحة التعدد وتجاهل بذلك بعض الحالات الاستثنائية التي تحتاج فيها الأسرة (زوجة وزوج) له.

الفرع الأوّل

موقف المشرّع التونسي من التعدد

نصّ المشرّع التونسي في الفصل 18 من مجلّة الأحوال الشخصية التونسية¹ على ما يلي: "تعدد الزوجات ممنوع.

¹ - نفتح هذا القانون بالقانون عدد 70 لسنة 1958 المؤرّخ في 4 جويلية 1958 وأضيفت إليه الفقرات 3 و4 و5 بالمرسوم عدد 1 لسنة 1964 المؤرّخ في 20 فيفري 1964 المصادق عليه بالقانون عدد 1 لسنة 1964 المؤرّخ في 21 أفريل 1964.

- فكل من تزوج وهو في حالة الزوجية وقبل فك عصمة الزواج السابق يعاقب بالسجن لمدة عام وبخطية قدرها مائتان وأربعون ألف فرنك أو بإحدى العقوبتين ولو أنّ الزواج لم يبرم طبق أحكام القانون.
- ويعاقب بنفس العقوبات كل من كان متزوج على خلاف الصيغ الواردة بالقانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في 4 محرم 1377 (أول أوت 1957) والمتعلق بتنظيم الحالة المدنية ويبرم عقد زواج ثان ويستمر على معاشرة زوجته الأولى.
- ويعاقب بنفس العقوبات الزوج الذي يتعمد إبرام عقد زواج مع شخص مستهدف للعقوبات المقررة بالفقرتين السابقتين.
- ولا ينطبق الفصل 53 من القانون الجنائي على الجرائم المقررة بهذا الفصل¹.

الملاحظ في هذه المادة أنّ المشرع التونسي لم يشر إلى مصير الزواج الثاني، وإنما أشار إلى معاقبة الزوج، كما أنّه لا مجال للتساؤل عن حق الزوجة في طلب التطلق للزواج بأخرى لأنّ المشرع التونسي ألقى مسؤولية عقاب الزوج المُعدّد على القاضي، واعتبر الزواج ثانية مساس بالنظام العام لأنّه منعه بقاعدة قانونية آمرة. والضرر عموماً هو الذي يخوّل لأحد الزوجين المطالبة بالطلاق والذي حصرت أسبابه في الفصل 31 والذي نصّ على ما يلي: "يحكم بالطلاق: - بتراضي الزوجين.

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

إنّ الرجل التونسي وفقاً لهذا القانون يعاقب إذا وجدت معه امرأة وثبت أنّها زوجة ثانية ويسقط عنه العقاب إذا لم يثبت زواجه منها، بوضوح أكثر إذا أثبت أنّها مجرد عشيقة فإنّه لا يعاقب. هذا التناقض الرهيب والمذلّ والذي تعافه النفس البشرية السويّة هو الذي أرادت أحكام الشريعة الإسلامية الغراء تجنّبه لأنّ الرجل في بعض الأحيان يضطرّ إلى البحث عن امرأة أخرى فإذا منعناه شرعاً لجأ إليها خلسة.

¹ - مجلة الأحوال الشخصية، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس، 2008، ص 7.

² - المرجع نفسه، ص 9.

الفرع الثاني

موقف المشرّع المصري من التعدد والتطليق للزواج بأخرى

هل أجاز المشرّع المصري التعدد وهل أعطى الحق للزوجة في طلب التطليق لمجرد زواج زوجها بأخرى؟

أولاً: موقف المشرّع المصري من التعدد

أباح التشريع المصري التعدد للزوج وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، ومن النصوص التي وجدناها تؤكد ذلك نص المادة 11 مكرّر من القانون رقم 100 لسنة 1985 حيث جاء فيها ما يلي: "على الزوج أن يقرّ في وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية، فإذا كان متزوجاً فعليه أن يبيّن في الإقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتي في عصمته ومحال إقامتهنّ، وعلى الموثق إخطارهنّ بالزواج الجديد بكتاب مسجّل مقرون بعلم الوصول..."¹.

ثانياً: موقف المشرّع المصري من التطليق للزواج بأخرى

نصّ القانون رقم 25 لسنة 1929 على التطليق للضرر وذلك في المادة 6 منه، ولم تشر إلى أنّ الزواج من أخرى من الأسباب الموجبة للضرر المذكور في المادة. لكن الضرر الذي قد يقع بسبب الزواج من أخرى كعدم العدل وسوء العشرة قد يدخل حتماً في إطار الضرر المعتبر شرعاً ولكن على الزوجة إثباته.

بعد 50 عاماً جاء تعديل هذا القانون بإحداث قفزة نوعية لحقوق المرأة في إطار علاقة الزواج وذلك بالقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 الصادر بتاريخ 21 يونيو 1979، حيث أعطى هذا الأخير الحق للزوجة في طلب التطليق لزواج زوجها بأخرى دون تحميلها عبء إثبات الضرر. فبمجرد علمها بزواجه وعدم رضاها بذلك حقّ لها طلب التطليق لكن خلال سنة من علمها. وهذا ما جاء في هذا القرار حيث نصّ على ما

¹ - عبد الفتاح مراد، قوانين الأحوال الشخصية والقوانين المكملة لها طبقاً لأحدث التعديلات، مرجع سابق، ص 84.

يلي: "على الزوج أن يقدم للموثق إقرارا كتابيا يتضمن حالته الاجتماعية، فإذا كان متزوجا فعليه أن يبيّن في الإقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتي في عصمته وقت العقد الجديد ومحال إقامتهن، وعلى الموثق إخطارهنّ بالزواج الجديد بكتاب موسى عليه. يعتبر إضرارا بالزوجة اقتران زوجها بأخرى بغير رضاها ولو لم تكن اشترطت عليه في عقد زواجها عدم الزواج عليها وكذلك إخفاء الزوج على زوجته الجديدة أنّه متزوج بسواها.

ويسقط حق الزوجة بطلب التفريق بمضي سنة من تاريخ علمها بقيام السبب الموجب للضرر، ما لم تكن قد رضيت بذلك صراحة أو ضمنا (مادة 6 مكررا)¹.

في شهر ماي 1985 صدر حكم المحكمة الدستورية العليا ببطلان القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979² مستندة في ذلك على صدوره بقرار جمهوري وعدم توفره على شروط صدوره في غيبة المجلس³.

ترتب على الحكم ببطلان القانون رقم 44 لسنة 1979 سريان قوانين الأحوال الشخصية الصادرة في 1920 و1929، ولهذا صدر القانون رقم 100 لسنة 1985 سريعا. لكن هذا القانون لم يعط للزوجة الحق المطلق في طلب التطلاق لمجرد عدم رضاها لزوجها بأخرى، وإنما ألزمها بإثبات الضرر المادي أو المعنوي الذي لحق

¹ - نقلا عن محمد بلتاجي، دراسات في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 51.

² - القضية رقم 28 لسنة 2 قضائية جلسة 4/5/4 1985، نقلا عن : <http://www.mohamoon.com/montada/default.aspx?Action=Display&ID=30896&Type=3>

³ - وقد استند المجلس الدستوري في ذلك على المادة 147 من الدستور المصري الصادر سنة 1971 حيث نصّت على ما يلي: "إذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوّة القانون.

ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائما، وتعرض في أول اجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوّة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك وإذا عرضت ولم يقرّها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها بقوّة القانون إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر"، نقلا عن أسامة الخولي، دستور جمهورية مصر العربية والقوانين الأساسية المكملّة له طبقا لأحدث التعديلات، دار الحقانيّة لتوزيع الكتب القانونية، القاهرة، 2006، ص

بها وهذا ما جاء في المادة 11 مكرر 1 : "...ويجوز للزوجة التي تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالها ولو لم تكن قد اشترطت عليه في العقد ألا يتزوج عليها.

إذا عجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طليقة بائنة. ويسقط حق الزوجة في طلب التطلاق لهذا السبب بمضي سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى، إلا إذا كانت قد رضيت بذلك صراحة أو ضمنا. ويتجدد حقها في طلب التطلاق كلما تزوج بأخرى.

وإذا كانت الزوجة لم تعلم أنه متزوج بسواها ثم ظهر أنه متزوج فلها أن تطلب التطلاق كذلك¹. فيكون المشرع المصري قد تراجع عن اعتبار مجرد اقتران الزوج بأخرى إضرارا بالزوجة الأولى² وبالتالي يخول لها حق طلب التطلاق³.

كما أن قرارات محكمة النقض المصرية أكدت ضرورة إثبات الضرر لطلب التطلاق للزواج بأخرى، حيث ومن بين ما جاء فيها: "التطلاق للزواج بأخرى وفقا للمادة 11 مكررا من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 المضافة بقانون 100 لسنة 1985، شرطه إثبات الزوجة وقوع الضرر بها لاقتران زوجها بأخرى مما يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالها وأن يعجز القاضي عن الإصلاح بينهما وعلى الزوجة إقامة الدليل على إصابتها بضرر منهيها عنه شرعا مستقلا بعناصره عن واقعة الزواج اللاحق وليس مترتبا عليها منافيا لحسن العشرة بينهما. عدم اعتبار الزيجة الثانية هي المناسبة التي وقع الضرر مرتببا بها، مؤداه أحقيّة الزوجة في طلب التفريق طبقا للقاعدة العامة في التطلاق للضرر وفقا للمادة 6 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929"⁴.

¹ - عبد الفتاح مراد، قوانين الأحوال الشخصية والقوانين المكملة لها طبقا لأحدث التعديلات، مرجع سابق، ص 84.

² - للتفصيل في الانتقادات التي وجهت للقانون الذي حكم بعدم دستوريته ارجع إلى عبد الناصر توفيق العطار، الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم 100 لسنة 1985، د.د.ن.، د.ب.ن، ص 212 وما يليها.

³ - المصري مبروك، مرجع سابق، ص 321.

⁴ - نقلا عن أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم بك، مرجع سابق، ص 494.

الفرع الثالث

موقف المشرّع السوري من التعدد ومن التطليق الزواج بأخرى

أولاً: موقف المشرّع السوري من التعدد

أباح المشرّع السوري مثله مثل باقي التشريعات العربية (باستثناء التشريع التونسي) التعدد وذلك استناداً لأحكام الشريعة الإسلامية. وما جاء في المادة 17 من قانون الأحوال الشخصية السوري¹ يؤكد ذلك حيث جاء فيها ما يلي: "للقاضي أن لا يأذن للمتزوج بأن يتزوج على امرأته إلا إذا كان لديه مسوّغ شرعي وكان الزوج قادراً على نفقتها". كما أشارت المادة 37 من نفس القانون على عدم جواز الزواج بالمرأة الخامسة بما يلي: "لا يجوز لأن يتزوج الرجل الخامسة حتى يطلق إحدى زوجاته الأربع وتتقضي عدتها"².

نلاحظ أنّ المشرّع السوري قيّد التعدد بقيدتين:

- الأول أن يكون للزوج مبرراً شرعياً ليتزوج ثانية، فقد يكون السبب عقم الزوجة، أو مرضها... وهذا خاضع للسلطة التقديرية للقاضي، وهناك من الفقه من يعترض على هذا القيد لأنه لا أصل له في أحكام الشريعة الإسلامية.
- أمّا القيد الثاني فهو القدرة على الإنفاق على الزوجتين وفي هذا طبعاً تأكيد لضرورة العدل الذي طالب به الشارع الحكيم وتطبيقاً لمعنى الباءة التي يجب أن تتوفر ليتزوج الرجل تطبيقاً لقول الرسول ﷺ: "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج..."³. فالذي لا يستطيع الإنفاق فإنه إمّا أن يفرط في واجب النفقة اتجاه الزوجة الأولى أو الثانية أو اتجاههما في نفس الآن، وفي هذا ضرر يجب أن يزال.

ثانياً: موقف المشرّع السوري من التطليق للزواج بأخرى

لا توجد مادة في قانون الأحوال الشخصية السوري تشير إلى أنّ الزواج بثانية يعطي للزوجة الأولى طلب التطليق. ولكن المادة 14 من نفس القانون تشير إلى أنّ الاشتراط في

¹ - محمد إبراهيم الكوفي، مرجع سابق، ص 23.

² - المرجع نفسه، ص 26.

³ - صحيح مسلم، مرجع سابق، حديث رقم 1400، ص 663.

الزواج جائز، فهل يمكن للزوجة أن تشتتط عدم زواج زوجها عليها؟ تنص المادة الأخيرة على ما يلي: "1- إذا قيّد عقد الزواج بشرط ينافي نظامه الشرعي أو ينافي مقاصده ويلتزم فيه ما هو محظور شرعا كان الشرط باطلا والزواج صحيحا.

2- وإذا قيّد بشرط يلتزم للمرأة بمصلحة غير محظورة شرعا ولا تمسّ حقوق غيرها ولا تقيّد حرية الزوج في أعماله الخاصة المشروعة كان الشرط صحيحا ملزما.

3- وإذا اشترطت المرأة في عقد النكاح ما يقيّد حرية الزوج في أعماله الخاصة أو يمسّ حقوق غيرها كان الاشتراط صحيحا ولكنّه ليس ملزما للزوج، فإذا لم يف الزوج به فللزوجة المشتطرة طلب فسخ النكاح"¹.

لعلّ اشتراط عدم الزواج بأخرى يدخل في معنى الفقرة 3 من هذه المادة، لأنّ هذا الشرط يقيّد حرية الزوج في أعماله الخاصة وكذلك يمسّ حقوقه. وبالتالي نستطيع أن نصل إلى نتيجة وهي أنّ الزوجة إذا اشترطت عدم التعدد عليها فإنّ لها الحق في طلب التطليق إذا لم يف الزوج بذلك.

لكن موضوعنا الأساسي هو الإجابة على هذا التساؤل: هل أجاز المشرّع السوري للزوجة طلب التطليق لمجرّد اقترانه بأخرى؟ الإجابة هي لا، وهي واضحة من خلال المواد السابقة. وبالتالي لا يتم قبول دعوى التطليق لزواج الزوج بأخرى إلّا بثبوت الضرر جرّاء هذا الزواج ويكون أساس الدعوى هنا ليس الزواج بأخرى وإنّما الضرر وهذا وفقا للمادة 112 من نفس القانون². وفي هذه الحالة فإنّ أساس التطليق إمّا أن يكون الضرر في حالة ثبوته أو الشقاق إذا لم يثبت الضرر ولم يفلح الحكمان في الإصلاح مع تنازل المرأة عن بعض حقوقها.

¹ - محمد إبراهيم الكوفي، مرجع سابق، ص 22.

² - سبقت الإشارة إلى هذه المادة في موضوع التطليق للضرر، ولا بأس من إعادة كتابتها حيث نصّت على ما يلي: "1- إذا ادّعى أحد الزوجين إضرار الآخر به بما لا يستطيع معه دوام العشرة يجوز له أن يطلب من القاضي التفريق. 2- إذا ثبت الإضرار وعجز القاضي عن الإصلاح فرّق القاضي بينهما ويعتبر هذا التفريق طلاقاً بائنة...". محمد إبراهيم الكوفي، مرجع سابق ص 42.

نصل في النهاية إلى القول أنه إذا كان المشرع المصري قد أشار إلى إمكانية التطليق للزواج بأخرى في حالة ثبوت الضرر، فإنّ المشرع السوري لم يشر أصلاً إلى أنّ الزواج بأخرى سبب من أسباب التطليق وإنّما يمكن أن يحدث وفقاً للقواعد العامة للتطليق للضرر.

الفرع الرابع

موقف المشرع العراقي من التعدد ومن التطليق للزواج بأخرى

أولاً: موقف المشرع العراقي من التعدد

شرع المشرع العراقي التعدد ولكنه قيده بإذن القاضي وهذا ماجاء في نص المادة 3 فقرة 4، 5، 6 و7 من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959¹، والتي نصت على ما يلي: "...فقرة 4: لا يجوز الزواج بأكثر من واحدة إلا بإذن القاضي ويشترط لإعطاء الإذن تحقيق الشرطين التاليين:

أ- أن تكون للزوج كفاية مالية لإعالة أكثر من زوجة واحدة.

ب- أن تكون هناك مصلحة مشروعة.

فقرة 5: إذا خيف عدم العدل بين الزوجات فلا يجوز التعدد ويترك تقدير ذلك للقاضي.

فقرة 6: كل من أجرى عقداً بالزواج بأكثر من واحدة خلافاً لما ذكر في الفقرتين 4 و5 يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة بما لا تزيد على مائة دينار أو بهما.

فقرة 7: استثناء من أحكام الفقرتين 4 و5 من هذه المادة يجوز الزواج بأكثر من واحدة إذا كان المراد الزواج بها أرملة².

¹ - مجلة الوقائع العراقية، العدد 280 بتاريخ 1959/12/30، الجزء 1، ص 889، نفاً عن:

<http://www.iraq-ild.org/loadlawbook.aspx?SC=151220056661242>

² - ربّما كان جدير بالذكر، وحتى لا تختلط الأمور على الباحث، أنّ هذه الفقرات من المادة 3 قد عدّلت في إقليم كردستان العراق واستبدلت كالآتي: المادة 3 "...ثانياً: - لا يجوز الزواج بأكثر من واحدة إلا بإذن القاضي، ويشترط لإعطاء الإذن تحقق الشروط التالية:

أ- موافقة الزوجة الأولى على زواج زوجها أمام المحكمة.

ب- المرض المزمن الثابت المانع من المعاشرة الزوجية والذي لا يرجى منه الشفاء أو عقم الزوجة الثابت بتقرير من لجنة طبيّة مختصة.

يُلاحظ من هذه المادة أنّ تعدد الزوجات في التشريع العراقي مقيدٌ بإذن من القاضي بالشروط السابقة المذكورة أعلاه. كما أنّ حضور الزوجة وإبداء موافقتها دون إكراه وتوفير القدرة المالية للزوج لإعالتها يجعل القاضي يأذن بالزواج الثاني¹.
المصلحة المشروعة في التعدد يقدرها القاضي، فقد تكون مصلحة شخصية أو أسرية أو حتى وطنية وهي مصالح تتغير بتغير الأشخاص والظروف والحاجات. وقد وسّع المشرّع من السلطة التقديرية للقاضي في التأكد من مدى إمكانية العدل بين الزوجات، بحيث إذا خيف عدم العدل لا يحق له الإذن بالتعدد².

ثانياً: موقف المشرّع العراقي من التطليق للزواج بأخرى

بما أنّ المشرّع العراقي ربط التعدد بإذن القاضي فإنّه من المنطقي أن يعاقب من تزوج ثانية دون إذن منه وأن يعطى للزوجة الأولى الحق في التطليق، كل هذا دون الحديث عن التطليق للضرر الناتج عن الزواج بأخرى وذلك موضوع آخر. وهذا بالضبط ما نصّ عليه المشرّع العراقي في الفقرة 5 من المادة 40 الخاصة بالتنسيق للضرر بحيث اعتبر الزواج بثانية دون إذن من المحكمة من صور الضرر التي يمكن بها للزوجة أن

ج- أن يكون لطالب الزواج الثاني إمكانية مالية لإعالة أكثر من زوجة واحدة على أن يثبت ذلك بمستمسكات رسمية يقدمها للمحكمة قبل إجراء عقد الزواج.

د- أن يقدم الزوج تعهداً خطياً أمام المحكمة قبل إجراء العقد الزواج بتحقيق العدل بين الزوجتين في القسم وغيره من الالتزامات الزوجية (المادية والمعنوية).

ه- أن لا تكون الزوجة قد اشترطت عليه عدم التزوج عليها في عقد الزواج.

و- كل من أجرى عقد بالزواج بأكثر من واحدة خلافاً لما ذكر في أيّ من الفقرات أ، ب، ج، د، هـ ثانياً من هذه المادة يعاقب بالحبس لمدة لا تقل عن 6 أشهر ولا تزيد على سنة وبغرامة قدرها عشرة ملايين دينار.

ز- لا يجوز للقاضي إيقاف تنفيذ العقوبات الواردة في الفقرة و أعلاه، نقلاً عن الوقائع العراقية، المرجع السابق، ص 889.

¹- فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته، جامعة السليمانية، كلية الحقوق، 2004، ص 40.

²- أحمد الكبيسي، مرجع سابق، ص 25.

تطلب التطلاق. وقد ذكرت المادة 40 عدّة أسباب تبرر لكل من الزوجين أن يطلب التفريق عند توفر أحدها من الطرف الآخر¹.

نصّت المادة 40 في الفقرة 5 من قانون الأحوال الشخصية العراقي على ما يلي: "لكل من الزوجين طلب التفريق عند توفر الأسباب الآتية...5- إذا تزوج الزوج بزوجة ثانية بدون إذن من المحكمة. وفي هذه الحالة لا يحق للزوجة تحريك الدعوى الجزائية بموجب الفقرة 1 من البند 1 من المادة الثالثة من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم 23 لسنة 1971 بدلالة الفقرة 6 من المادة 3 من هذا القانون".

إنّ الزوج إذا تزوّج بزوجة أخرى بدون إذن المحكمة فإنّ الزوجة الأولى مخيرة بين أن تطلب التفريق أو أنها تحرك الدعوى الجزائية ضدّ زوجها، فإذا اختارت التفريق سقط حقّها في تحريك الدعوى الجزائية.

وهنا يمكن أن نستنتج ما يلي:

1- أنّ تحريك الدعوى الجزائية لا يتمّ إلاّ بناء على شكوى الزوجة، وهذا ما جاء في الفقرة 1 من البند 1 من المادة 3 من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي: "لا يجوز تحريك الدعوى الجزائية إلاّ بناء على شكوى من المجني عليه أو من يقوم مقامه قانونا في الجرائم الآتية: 1- زنا الزوجية أو تعدد الزوجات خلافا لقانون الأحوال الشخصية...²".

2- حق طلب التطلاق في هذه الحالة ليس مطلقا وإنّما مرتبط بعدم تحريك الدعوى الجزائية من طرف الزوجة. فالزوج لا يعاقب مرتين فإنّما أن تطلب التطلاق منه وتتركه دون عقاب جزائي أو أنّها تحرك الدعوى الجزائية دون أن تطلب التطلاق.

3- النقطة الأساسية في هذا الموضوع أنّ الزوجة لا تملك حق طلب التطلاق لمجرد إقتران زوجها بأخرى وإنّما تملك ذلك الحق إذا لم يأذن القاضي بالزواج. فإذا أذن القاضي بالزواج من أخرى فالزوجة لا تملك حق طلب التطلاق، إلاّ إذا تسبّب هذا الزواج في ضرر لها كعدم العدل بين زوجاته وهنا قد يدخل في إطار آخر وهو التطلاق للضرر.

¹ - المرجع نفسه، ص 152.

² - الوقائع العراقية، العدد 2004، بتاريخ 1971/5/31، ج1، ص 148. نقلا عن:

<http://www.iraq-ild.org/loadlawbook.aspx?SP=IDX&SC=031220057844749&year=1971&pageNum>

الفرع الخامس

موقف المشرّع الإماراتي من التعدد ومن التطليق للزواج بأخرى

أولاً: موقفه المشرّع الإماراتي من التعدد

أجاز المشرّع الإماراتي التعدد أو الزواج بأكثر من واحدة وذلك بنصّه على عدم جواز الجمع بين أكثر من أربع نسوة، وذلك في المادة 47 من قانون الأحوال الشخصية في موضوع المحرّمات بصورة مؤقتة حيث جاء فيها ما يلي:

المادة 47: "المحرّمات بصورة مؤقتة

2- الجمع بين أكثر من أربع نسوة.."¹.

ثانياً: موقف المشرّع الإماراتي من التطليق للزواج بأخرى

لم يشر المشرّع الإماراتي إلى حق الزوجة في طلب التطليق إذا تزوّج زوجها بامرأة أخرى، وهذا أمر بديهي، لأنّ المشرّع لم يقيّد أصلاً التعدد إلاّ بالعدد المرّخص به شرعاً وبإعطاء الزوجة الحق في العدل بينها وبين الزوجات الأخريات، وهذا ما جاء في المادة 55 والتي نصّت على ما يلي: "حقوق الزوجة على زوجها:

(1) النفقة.

(2) عدم منعها من إكمال تعليمها.

(3) عدم منعها من زيارة أصولها وفروعها وإخوتها واستزارتهم بالمعروف.

(4) عدم التعرض بها مادياً أو معنوياً.

(6) العدل بينها وبين بقية الزوجات إن كان للزوج أكثر من زوجة".

خلاصة القول أنّ الزوجة لن تستطيع طلب التطليق في حالة الزواج بأخرى إلاّ بسبب الضرر اللاحق بها بعد ذلك لعدم العدل وتدخل الدعوى بالتالي في إطار التطليق للضرر والشقاق.

¹ - قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 28/2005، مرجع سابق.

الفرع السادس

موقف المشرّع المغربي من التعدد ومن التطبيق للزواج بأخرى

أولاً: موقف المشرّع المغربي من التعدد

أباح المشرّع المغربي التعدد في حدود أربع نسوة وهذا في المادة 39 من مدونة الأسرة المغربية¹ الخاصة بموانع الزواج المؤقتة والتي تنص على: "موانع الزواج المؤقتة هي: 2...- الزيادة في الزوجات على العدد المرخص شرعاً..."، لكنه قيّد ذلك بإذن المحكمة وفصل في الأمر حسب الآتي:

- المادة 40: "يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها".
- المادة 41: "لا تآذن المحكمة بالتعدد:
- إذا لم يثبت لها المبرر الموضوعي الاستثنائي.
- إذا لم تكن لطالبه الموارد الكافية لإعالة الأسرتين، وضمان جميع الحقوق من نفقة وإسكان ومساواة في جميع أوجه الحياة".
- المادة 42: "- في حالة عدم وجود شرط عدم الامتناع من التعدد يقدم الراغب فيه طلب الإذن بذلك إلى المحكمة.
- يجب أن يتضمن الطلب بيان الأسباب الموضوعية الاستثنائية البررة له، وأن يكون مرفقاً بإقرار عن وضعيته المادية".

حدّدت المواد السابقة الأسباب التي تمنع القاضي من الإذن بالتعدد وهي:

- اشتراط الزوجة على الزوج عدم الزواج عليها في عقد الزواج.
- إذا خيف عدم العدل، ويفهم من هذه العبارة أنّ السلطة للقاضي في تقدير هذا التخوف.
- ثبوت المبرر الموضوعي والاستثنائي.
- وجود الموارد المالية لإعالة أسرتين أو أكثر.

¹ - أمحمد لفروجي، مرجع سابق، ص 24.

نظنّ أنّ عبارة "إذا خيف عدم العدل" أضيفت للإشارة إلى أنه رغم توفر الشروط التي ستذكر في المادة 41 إلا أنّ القاضي بإمكانه عدم الإذن بالتعدد، إذا قدر أنّ الزوج بإمكانه عدم العدل.

بعد توفر هذه الشروط يقدم الزوج طلب التعدد للمحكمة حيث تستدعي هذه الأخيرة الزوجة لسماعها وهذا ما جاء في المواد أدناه:

- المادة 43: "تستدعي المحكمة "الزوجة المراد التزوج عليها للحضور. فإذا توصلت شخصيا ولم تحضر أو امتنعت من تسلم الاستدعاء، توجه إليها المحكمة عن طريق عون كتابة الضبط إنذارا تشعرها فيه بأنّها إذا لم تحضر في الجلسة المحدد تاريخها في الإنذار فسيبتّ في طلب الزوج في غيابها.

- كما يمكن البتّ في الطلب في غيبة الزوجة المراد التزوج عليها إذا أفادت النيابة العامة تعذّر الحصول على موطن أو محل إقامة يمكن استدعاؤها فيه.

- إذا كان سبب عدم توصل الزوجة بالاستدعاء ناتجا عن تقديم الزوج بسوء نية لعنوان غير صحيح أو تحريف في اسم الزوجة تطبّق على الزوج العقوبة المنصوص عليها في الفصل 361 من القانون الجنائي بطلب من الزوجة المتضررة".

يتبيّن من هذه الإجراءات، خاصة الأخير منها، حرص المشرّع المغربي على إعلام الزوجة ومحاولة أخذ موافقتها في مسألة التعدد وذلك وفق إجراءات إضافية نصّ عليها المشرّع المغربي فيما يأتي:

المادة 44: "تجري المناقشة في غرفة المشورة بحضور الطرفين ويستمع إليهما لمحاولة التوفيق والإصلاح بعد استقصاء الوقائع وتقديم البيانات المطلوبة.

- للمحكمة أن تأذن بالتعدد بمقرّر معلّل غير قابل لأيّ طعن، إذا ثبت لها مبرره الموضوعي الاستثنائي وتوفرت شروطه الشرعية، مع تقييده بشروط لفائدة المتزوج عليها وأطفالهما".

يُستفاد ممّا سبق ومن المادة 44 على وجه الخصوص أنّ المشورة والمناقشة ليس هدفهما الوصول إلى قبول الزوجة الأولى ليمنح القاضي للزوج الإذن بالتعدد، أو بالأحرى لا يرتبط إذن القاضي بالتعدد برضا الزوجة به، لأنّ هذا لم يذكر في الشروط في المادة 40 و 41. وإنما إذا اقتنع القاضي بحجج الزوج وبدواعي التعدد وتوفر شروطه فإنّه

سيسمح به سواء رضيت به الزوجة أم لا. وإنما هذا إجراء سابق لمحاولة الحد من الشقاق بين الزوجين أو الوصول إلى الحل الأخير وهو التفريق بينهما.

كما نلاحظ كذلك وصف مبرر التعدد بالموضوعي والاستثنائي وهذا يدل على أن المشرع المغربي ضيق دائرة المبررات، فهي حتى وإن كانت شرعية وموضوعية فإنه أضفى عليها صفة أخرى، وأكد عليها في أكثر من مادة (المواد: 41، 42، 44)، وهي المبرر الاستثنائي. أي أنه ليس كل مبرر موضوعي يعتبر مقبولاً وإنما يجب أن يكون استثنائياً، ويبقى التساؤل مطروحاً فيما يعتبره المشرع المغربي استثنائياً.

ثانياً: موقف المشرع المغربي من التظليق للزواج بأخرى

قبل التطرق لما إذا كان الزواج بأخرى في حد ذاته كاف لطلب التظليق، تجدر الإشارة أولاً إلى أن التعدد يمنع في حالة اشتراط الزوجة الأولى عدم زواج زوجها عليها في العقد، وعلى هذا نصت المادة 99 فقرة 1 على ما يلي: "يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضرراً مبرراً لطلب التظليق...".

أما عن الموضوع الأول فبإمكان القاضي أن يحكم بالتظليق للزواج بأخرى وهذا ما جاء في المادة 45 من مدونة الأسرة المغربية والتي نصت على ما يلي: "إذا تبين للمحكمة من خلال المناقشات تعذر استمرار الحياة الزوجية، وأصررت الزوجة المراد التزوج عليها على المطالبة بالتظليق، حدت المحكمة مبلغاً لاستيفاء كافة حقوق الزوجة وأولادهما الملزم الزوج بالإنفاق عليهم.

- يجب على الزوج إيداع المبلغ المحدد داخل أجل لا يتعدى سبعة أيام.
- تصدر المحكمة بمجرد الإيداع حكماً بالتظليق ويكون هذا الحكم غير قابل لأي طعن في جزئه القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية.

- يعتبر عدم إيداع المبلغ المذكور داخل الأجل المحدد تراجعاً عن طلب الإذن بالتعدد.
- فإذا تمسك الزوج بطلب الإذن بالتعدد ولم توافق الزوجة المراد التزوج عليها ولم تطلب التظليق طبقت المحكمة تلقائياً مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد 94 إلى 97 بعده".

يتضح من خلال المادة 45 السابقة أنّ الزوجة إذا لم ترض بزواج زوجها بثانية فإنّها لا محالة تصل إلى فك الرابطة الزوجية، وذلك إمّا بالتطليق إذا طلبته مع الحفاظ على كل حقوقها المادية وحقوق أولادهما، أو عن طريق إجراء دعوى الشقاق والتي يثيرها القاضي من تلقاء نفسه إذا لم تطلب الزوجة التطليق ورفضت التعدد.

إنّ المشرّع المغربي كان أجراً من التشريعات السابقة - ما عدا التونسي طبعاً- في إعطائه للزوجة حق الفرقة بسبب الزواج بأخرى حتى وإن لم يثبت الضرر.

إضافة إلى ذلك فإنّ المشرّع المغربي لم يهمل رأي المرأة الثانية أي المراد التزوج بها، بحيث نصّ على وجوب إبلاغها من طرف المحكمة وهذا ما جاء في نص المادة 46 من المدونة: " - في حالة الإذن بالتعدد لا يتم العقد مع المراد التزوج بها إلاّ بعد إشعارها من طرف القاضي بأنّ مريد الزواج بها متزوج بغيرها ورضاها بذلك.

- يضمن هذا الإشعار والتعبير عن الرضى في محضر رسمي".

نلاحظ في الأخير أنّ المشرّع المغربي اهتمّ كثيراً بموضوع التعدد وعالجه بطريقة تغلب عليها الكثير من الحكمة بحيث حاول عدم إغفال أي جانب من القضية لمحاولة التقليل من الشقاق الزوجي الذي طالما يحدث بسبب التعدد غير المشروط ودليل ذلك توظيفه لمواد كثيرة في هذا الموضوع، وهذا عكس المشرّع الجزائري الذي كثيراً ما يضع مادة واحدة في موضوع ضخم يستدعي الكثير من الإيضاح ويترك ذلك للتأويل والتفسير والذي كثيراً ما يتناقض حتى على مستوى المحكمة العليا، وسنتأكد ما إذا كان الأمر كذلك في موضوع التعدد والتطليق به فيما يلي.

الفرع السابع

موقف المشرّع الجزائري من التعدد والتطليق للزواج بأخرى

أولاً: موقف المشرّع الجزائري من التعدد في قانون 11/84

سمح قانون الأسرة الجزائري كغيره من قوانين الأحوال الشخصية العربية بالتعدد الذي أجازته الشريعة الإسلامية وذلك في قانون 11/84¹، حيث جاءت المادة 8 منه قبل

¹ - قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

تعديلها في 2005 ما يلي: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل ويتم ذلك بعد علم كل من الزوجة السابقة واللاحقة ولكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضدّ الزوج في حالة الغشّ والمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا.

يتضح من خلال هذه المادة أنّ المشرّع الجزائري أجاز التعدد وقيده بالعدد المرخص به شرعا وهو أربع نسوة دون ذكر ذلك، وهذا ما يفهم من عبارة " يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية". ويتضح من خلال هذه المادة كذلك أنّ المشرّع وضع بعض الشروط لهذا التعدد وهي ضرورة وجود:

- المبرر الشرعي.
- توفر شروط العدل.
- توفر نية العدل.
- علم الزوجة السابقة واللاحقة بالتعدد.

إنّ التساؤل الذي يطرح نفسه، هل قيّد المشرّع الجزائري فعلا التعدد، أي هل وضع آليات تسمح بمنع الزوج من التعدد في حالة عدم توفر الشروط السابقة، ولعلّ ما ذهب إليه المشرّع المغربي أحسن دليل على طرق وضع هذه الآليات أو الإجراءات والتي تسمح للقاضي بالتأكد من مدى توفر شروط التعدد.

بالنظر إلى المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري السابقة يمكن لنا الإجابة وبكلّ وضوح أنّ المشرّع لم يحدّد أية آلية أو إجراء يمكن القاضي أو ضابط الحالة المدنية أو الموثق أثناء إبرام عقد الزواج من التأكد من مدى توفر هذه الشروط. فلم يحدّد كيفية التأكد من مدى وجود المبرر الشرعي ولا طريقة التأكد من توفر شروط العدل دون الحديث عن كيفية التأكد من توفر نية العدل ولا عن كيفية إعلام الزوجة السابقة أو اللاحقة - حسب تعبير المشرّع الجزائري¹ - . إذن كيف يمكن لنا أن نتحدث عن تقييد التعدد.

بعد قراءة المادة 8 كاملة نجد أنّ المشرّع أعطى للزوجة الأولى والثانية الحق في طلب التطليق في حالة الغشّ وعدم الرضا. فنفهم في الأخير أنّ هذه الشروط وضعت،

¹ - فالمرأة المراد التزوج بها لم تصبح بعد زوجة حتى نسميها الزوجة اللاحقة.

ليس لتقييد التعدد أو منع الزوج من الإقبال عليه، وإنما لمنح الزوجة حق طلب التطلاق في حالة ما إذا لم يحترم الزوج الشروط السابقة وأثبتت ذلك.

ثانياً: موقف المشرع الجزائري من التطلاق للزوج بأخرى في قانون 11/84

وصلنا في النقطة السابقة إلى أن المشرع الجزائري وضع شروطاً للتعدد أوبالأخرى وضع شروطاً إذا احترمها الزوج لم يصح للزوجة الأولى أو الثانية طلب التطلاق. وبعبارة أخرى وضع الشروط التي من خلال عدم توفرها يحق للزوجة الأولى والثانية طلب التطلاق. وهذا يظهر في عبارة "ولكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضدّ الزوج في حالة الغشّ والمطالبة بالتطلاق في حالة عدم الرضا".

يفهم من هذا كذلك أنّ الجزاء الوحيد الذي رتبّه المشرع في حالة التعدد دون توفر تلك الشروط هي إعطاء الحق للزوجة في طلب التطلاق.

من أجل ما سبق ينبغي الرجوع إلى المعنى اللغوي لكلمة "تقييد" سواء كان ذلك لغويًا أو حتى قانونيًا فكلاهما لا يخرج من معنى منع الشخص من القيام بفعل معين، ولم يحدث هذا في المادة 8 من قانون الأسرة. فالمشرع لم يشر إلى منع الزوج من التعدد في حالة عدم توفر الشروط، وإنما منح الزوجة حق طلب التطلاق لذلك. اللهم إلا إذا تحدثنا عن قيد معنوي وهو أنّ الزوج إذا علم بأنّ الزوجة الأولى لديها حق طلب التطلاق في حالة إقدامه على التعدد دون مراعاة الشروط المنصوص عليها في المادة السابقة فإنه قد يتوانى عن ذلك حتى لا ينهي حياته الزوجية الأولى.

يرى الكثيرون أنّ طلب التطلاق مرهون بعدم علم الزوجة الأولى أو حتى الثانية فقط، ومن بين هؤلاء الأستاذ عبد العزيز سعد الذي يرى أنّ: "...القانون الجزائري قد أنشأ حالة جديدة للتفريق أو التطلاق وهي حالة وجوب إخبار الزوج للزوجة السابقة بعزمه على الزواج من ثانية عندما يرغب في تعدد الزوجات وإخبار الزوجة الثانية بأنه متزوج بغيرها، وإن هو لم يفعل وغشهما أو غش إحداهما ولم ترض به زوجا لغيرها فإن من

حقّها أن ترفع دعوى أمام القضاء وتطلب الحكم لها بالتطليق أو التفريق لمجرّد أنّ الزوج لم يخبرها بذلك قبل التعدد"¹.

إنّ حالة الغش التي قصدتها المشرّع الجزائري - حسب تقديرنا - ليس فقط عدم إخبار الزوجة السابقة واللاحقة وإنّما كذلك حالة إقبال الزوج على التعدد وهو لا يملك المبرر الشرعي وليس لديه شروط توفير العدل أو القدرة المادية على إعالة أسرتين أو أكثر، وكذلك عدم توفر نية العدل كأن قصد الإضرار بالزوجة الأولى ويأتي بعد كل هذا موضوع إخبار الزوجة السابقة واللاحقة.

كان بإمكان الزوجة -قبل تعديل قانون الأسرة- أن ترفع دعوى تطليق ليس فقط لعدم إعلامها فقد يكون قد أعلمها ولكنّه لم يحترم الشروط الأخرى كأن تتعدم لديه الشروط المادية لإعالتها وإعالة أسرة ثانية. إنّ المشرع الجزائري وصل بين مختلف الشروط الواردة في المادة 8 بحرف العطف "و"، وهذا يعني أنه في حالة عدم توفر أحد هذه الشروط يعتبر غشاً، وإذا لم ترض الزوجة السابقة أو حتى اللاحقة بذلك يحق لها طلب التطليق.

إذا لم يحكم القاضي بالتطليق لأن الزوجة كانت تعلم بنية زوجها وإقباله على التعدد رغم أنّه لم يراع الشروط الأخرى، فنظنّ أنّ قراءة القاضي للمادة 8 مجانية للصواب. وما يؤكد هذا الطرح ما جاء في المادة 56 الفقرة 6 والتي جاء فيها: "يجوز للزوجة طلب التطليق للأسباب الآتية: 6...- كل ضرر معتبر شرعا لا سيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 8 و37 أعلاه". وأحكام المادة 8 هي الشروط التي ذكرناها والتي يجب على الزوج مراعاتها عند التعدد وإخبار الزوجة السابقة والمقبل على الزواج منها شرط من هذه الشروط.

بمفهوم المخالفة للمادة 8 فإنّ الزوج إذا كان لديه المبرر الشرعي - والذي يخضع للسلطة التقديرية للقاضي - وشروط العدل وأفصح عن نيته في ذلك وأخبر الزوجة السابقة

¹ - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 274؛ ونفس الأمر ذهب إليه الأستاذ باديس ذيابي، مرجع سابق، ص 47.

واللاحقة بالتعدد فإنّ هذه الحالة تُفقد الزوجة حقّها في طلب التّطليق إلاّ إذا أثبتت بعد ذلك إضرار زوجها بها بعد التعدد، ويدخل هذا في إطار التّطليق للضرر وليس التّطليق للزواج بأخرى. وهذا ما جاء في الفقرة 6 من المادة 53 حيث اعتبر المشرّع الجزائري أنّ من صور الضرر المعتبرة شرعا مخالفة أحكام المادة 37 والتي تنصّ على ما يلي: "يجب على الزوج نحو زوجته، 1- النفقة الشرعية حسب وسعه إلاّ إذا ثبت نشوزها، 2- العدل في حالة الزواج بأكثر من واحدة.".

خلاصة القول، أنّ المشرّع الجزائري قبل تعديل 2005 لم يجز للزوجة طلب التّطليق لمجردّ زواج زوجها بثانية، وإنّما شرّع لها حق طلب التّطليق إذا لم يحترم الشروط الواردة في المادة 8 أو لم يلتزم بالعدل بين زوجاته وفقا للمادة 37 من قانون الأسرة.

ثالثا: موقف المشرّع الجزائري من التعدد بعد تعديل قانون الأسرة لسنة 2005

مسّ تعديل 2005 لقانون الأسرة المادة 8 منه والتي كانت تحدّد شروط إمكانية التعدد والتي إن لم يحترمها الزوج جاز للزوجة طلب التّطليق بها، فجاء التعديل كما يلي: "يسمح بالزواج بأكثر من واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

- يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.
- يمكن لرئيس المحكمة ان يرخص بالزواج الجديد إذا تأكّد من موافقتها وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية."

خطا المشرّع الجزائري من خلال هذا التعديل خطوة جبارة في مجال تقييده للتعدد وذلك بإضافته لشروط الترخيص القضائي. ولقد حافظ المشرّع على الشروط السابقة المتمثلة في ضرورة وجود المبرر الشرعي وتوفر شروط ونية العدل وإخبار الزوجة السابقة واللاحقة لكنّه أضاف شرطا جوهريا وهو الترخيص القضائي. والترخيص القضائي بدوره لا يصدر إلاّ بتوفر شرط جوهرى آخر، حيث أنّ القاضي لا يصدره إلاّ إذا تحقّق ممّا يلي:

- موافقة الزوجة الأولى والمقبل على الزواج بها.

- إثبات الزوج للمبرر الشرعي الدافع للتعدد.
- إثبات قدرة الزوج على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية.

يلاحظ على هذا التعديل ما يلي:

1- من حيث الصياغة

ذكر المشرع الجزائري الشروط التي كانت موجودة قبل التعديل ثم بعد ذكره للترخيص القضائي أعاد ذكرها. أي بعد أن كانت الشروط السابقة مفرغة من محتواها، لأن ضابط الحالة المدنية أو الموثق لم يكن لديه أي آلية للتأكد من توفرها، بل ولم يطلب منه ذلك من الأساس، جاء التعديل ليبيّن أنّ القاضي هو من سيتأكد من توفر الشروط السابقة، لأنّ هو من يملك سلطة إعطاء الترخيص القضائي الذي يسمح لضابط الحالة المدنية أو الموثق من عقد الزواج الجديد. وبالتالي كان على المشرع أن يتقاضي هذا التكرار بالنص مثلا على ما يلي: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية بشرط استصدار ترخيص قضائي.

- يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من:
- موافقة الزوجة السابقة والمرأة المقبل على الزواج بها.
- إذا أثبت الزوج المبرر الشرعي.

- إذا أثبت الزوج القدرة على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية.".

هذه الصيغة تظهر الشروط التي يجب توافرها لاستصدار الترخيص القضائي دون حاجة إلى تكرار.

كما أنّه ما الداعي من ذكر شرط إخبار الزوجة السابقة والمرأة المقبل على الزواج بها إذا كان الإخبار لا يكفي لقبول التعدد لأنّ المشرع أضاف شرط الموافقة. إذن كان على المشرع ذكر ضرورة الموافقة وهذا لا يمكن أن يحدث إلا بعد إخبار الزوجة الأولى والمقبل على الزواج بها.

2- من حيث المضمون

- إنّ المشرع الجزائري أبقى على شرط إخبار الزوجة السابقة والمقبل على الزواج بها دون أن يحدّد أيّة كيفية أو طريقة لإخبارهما، وذلك أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق أو حتى القاضي أثناء الفصل في مدى صحّة الإخبار. فهل يخبرها شفهيًا بحضور الشهود

أو بكتاب مرسل عن طريق الأهل أو البريد المضمون أو عن طريق المحضر القضائي¹. وإننا نرى أنّ هذا الانتقاد في أصله كان مناسباً لو لم يتمّ تعديل المادة 8 من قانون الأسرة، أمّا وقد عدّلت وأضاف المشرّع شرط موافقة الزوجة الأولى والمقبل على الزواج بها فإنّه لا داعي أصلاً من إدراج هذا الشرط. فالشرط الأساسي الآن والذي غير من وجهة التعدد في قانون الأسرة الجزائري وجعله قريباً من الحظر هو شرط موافقة الزوجة السابقة والمقبل على الزواج بها لا مجرد إخبارهما.

– أمّا عن ضرورة إثبات المبرر الشرعي، فقبل الحديث عن ذلك لا بدّ من التساؤل عن ماهية هذا المبرر الشرعي وما هو معيار اعتبار مبرر ما شرعياً أو غير شرعي؟ وهل المقصود بالشرعية هنا الاستناد إلى الشرع الإسلامي لتكليف المبرر. فإذا قصدنا هذا المعيار فالشريعة في أصلها لا تعرف فكرة المبرر الشرعي للتعدد وإنما تعرف شرط العدل ولا تعرف باقي القيود. وربما قصد المشرّع السبب المبرر للتعدد وهذه هي الترجمة الحرفية لما جاء في النص الفرنسي: "le motif justifié". وإذا سلّمنا بهذا فإنّ المبرر الشرعي قد يُفسّر عدّة تفسيري ولا يمكن حصره فقط في مرض الزوجة الأولى أو عقمها وتبرير ذلك بشهادة طبيّة².

نتساءل في الأخير عن جدوى اعتبار وجود المبرر الشرعي شرطاً في الترخيص بالتعدد مادام الأمر في النهاية يرجع إلى ترخيص من الزوجة وليس من القاضي، لأنّه حتى وإن توافرت كل الشروط فإنّ القاضي لن يرخّص بالزواج مادام أنّ الزوجة لم توافق.

إنّ المتعمق في معنى المبرر الشرعي والمغزى المنطقي من اشتراطه يفهم أنّ الزوج إذا أثبت هذا المبرر وأقنع القاضي بحاجته إلى الزواج بأخرى، فإنّ القاضي سيرخص له بذلك حتى وإن لم توافق الزوجة، وهذا ما ذهب إليه المشرّع المغربي³. فإذا كان الأمر كلّه مرهون بإرادة الزوجة، لماذا إذن البحث عن المبرر الشرعي وعن القدرة الماديّة

¹ – هذا الانتقاد جاء في كتاب عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 88.

² – علاوة بوتغرار، ملاحظات بمناسبة مراجعة القوانين الجزائرية، مجلة الموثق، العدد 12، سنة 2005، ص 17.

³ – ارجع إلى موقف المشرّع المغربي من التعدد والتطليق به ص 281 وما يليها من البحث.

على الإنفاق وعلى نيّة العدل وما إلى ذلك. هذا يعني أنّ المشرّع الجزائري تفنّن في حشو المادة 8 بالمعوقات التي تجعل من التعدد مستحيلاً.

من جانب آخر فإنّ الزوج إذا كان لديه مبرّر شرعي والقدرة المادية التي تسمح له بالإنفاق على أكثر من أسرة وعلى العدل أليس من الظلم منعه من الزواج بأخرى خاصة إذا أراد عدم تضييع الزوجة الأولى والأولاد إن وجدوا، وذلك بإجباره إمّا على تطبيقها ليتسنى له الزواج بأخرى أو على البقاء مع الزوجة الأولى دون تعدد وفي ضيق وحرَج شديدين.

كما أنّ التساؤل الآخر الذي يُطرح، بما أنّ الترخيص القضائي مرهون بالشروط التي ذكرناها فهل هذا يعني أنّ الزوجة إذا وافقت على التعدد وكان للزوج القدرة على الإنفاق لكن القاضي لم يقتنع بالمبرّر الذي تقدّم به الزوج أو أنه لم يبرّر أصلاً سبب التعدد، فهل هذا يعني أنّ القاضي سيمنع هذا التعدد؟ بالطبع فإنّ القاضي إذا طبق نص المادة 8 حرفياً فإنّه لن يرخّص لهذا الزواج الثاني.

أمّا عن شرط توفر نيّة العدل فيمكن القول أنّها أمر شخصي وداخلي لا يمكن أبداً التحقق منه وهو أمر مستقبلي لا يمكن التأكد من تحقيقه أو عدم تحقيقه إلاّ بعد القيام الفعلي للحياة الزوجية¹. وإذا لم يكن للزوج نيّة العدل فإنّه بالتأكيد لن يصرّح بذلك أمام القاضي. فالقانون لا يمكن أن يخاطب النوايا، فالوحيد الذي يمكنه ذلك هو الله تعالى، لهذا فهو عندما خاطب الأزواج "وإن خفتن ألاّ تعدلوا فواحدة" فقد خاطب الجانب الإيماني والوازع الديني لديهم، فإن التزموا بتعاليم هذا الخطاب لم يقبلوا على التعدد. وإن أقبلوا عليه رغم تخوفهم من عدم إقامة العدل فإنهم سيأثمون لذلك.

أمّا عن شرط القدرة على توفير الشروط الضرورية للحياة الزوجية، فإنّ القاضي في سبيل التأكد منه سيستعين بمعرفة الموارد المالية للزوج وممتلكاته، وهل بإمكانه إعالة أكثر من أسرة أم لا. ويبقى معيار تقدير قدرة الزوج على توفير الشروط الضرورية للحياة الزوجية غير متوفر ومن الصعب التحقق منه.

¹ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 94.

إنّ أهم قيد وضعه المشرّع الجزائري للحدّ من التعدد هو ضرورة موافقة الزوجة الأولى على الزواج الثاني. ونستطيع أن نعبّر بكل أريحية عن هذا القيد وبطريقة أخرى أكثر صراحة فنقول أنّ المشرّع الجزائري منع التعدد بوضعه لهذا الشرط أو بالأحرى القيد.

إنّ المشرّع الجزائري بوضعه لهذه الشروط في الفقرة 3 من المادة 8، والتي بعدم توفرها أو بعدم توفر واحدة منها لا يمكن للقاضي أن يمنح رخصة التعدد للزوج، فإنّه بإضافة قبول وموافقة الزوجة الأولى والمقبل على الزواج بها يكون قد حسم الأمر لصالح منع التعدد.

إنّ أهم مؤاخذة يمكن الإشارة إليها في هذا الصدد تظهر في التساؤل التالي: أليس من باب العدل الترخيص للزوج بالتعدد إذا كان لديه مبرر شرعي، بمفهوم القاضي، كعدم إنجاب الزوجة، وكان له القدرة المادية لإعالة أسرته وأبدي نيّته في العدل، حتى وإن لم توافق الزوجة؟

إنّ إضافة المبرر الشرعي والقدرة على الإنفاق ونيّة العدل إلى شرط موافقة الزوجة يعني فتح المجال أمام السلطة التقديرية للقاضي لكن سلبيا، يعني أنّ للقاضي السلطة التقديرية في عدم منح الترخيص القضائي حتى في حالة موافقة الزوجة والعكس غير صحيح. أي أنّ القاضي إذا تأكد من المبرر الشرعي والقدرة على الإنفاق ونيّة العدل ولم توافق الزوجة الأولى فإنّ لا سلطة تقديرية له هنا لمنح الترخيص. والذي يؤكد هذه النظرة هو أنّ المشرّع أدرج الفقرة التالية: "يمكن لرئيس المحكمة أن يرخّص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهما...". فكلما يمكن توجي بعدم إلزام القاضي بمنح الترخيص في حالة التأكد من كل هذه الشروط. وإلا لماذا لم يستعمل المشرّع عبارة حاسمة أخرى. وأحسن مثال على ذلك ما أشار إليه المشرّع المغربي في المادة 41 -سابقة الذكر- من مدونة الأسرة: "لا تآذن المحكمة بالتعدد: - إذا لم يثبت لها المبرر الموضوعي..."، وبمفهوم المخالفة تآذن المحكمة بالتعدد إذا ثبت لها المبرر الموضوعي وشرط القدرة المالية المذكور في المادة.

يبقى التساؤل مطروحا في ما إذا وافقت الزوجة الأولى على التعدد دون إبداء الزوج للمبرر الشرعي لرغبته ربما في عدم إفشاء أسرار الزوجية، وكانت الزوجة راضية

بذلك، فهنا إذا طبقنا نص المادة 8 حرفياً فإنّ القاضي لن يمنح الإذن بالتعدد وهذا سوف يوقع الزوج والزوجة في حرج كبير، فقد يضطر الزوج إلى طلاقها ليعيد الزواج، وربما من حكم التعدد عدم الوصول إلى هذه النتيجة.

يرى الكثيرون أنّ هذا التقييد سوف يفتح المجال واسعاً أمام ارتفاع نسبة الطلاق وازدياد نسبة الزواج العرفي والعلاقات غير الشرعية من خلال الخيانات الزوجية وهذا هو المقصد الأساسي الذي أراد تشريع التعدد الرباني تفاديه¹.

لا بدّ من الرجوع بالملاحظة الأخيرة إلى الجانب الإجرائي، فالمشرّع الجزائري أكثر من الشروط لكنه لم يبيّن في أيّ من هذه الأخيرة طريقة إثباتها أو التأكد منها وعلى رأس هذه الشروط طريقة إخبار الزوجة الأولى والمرأة المقبل على الزواج بها وطريقة إثبات رضائهما، هل يستدعيهما القاضي أم يوكل المهمة لمحضر قضائي أم أنّ ذلك قد يحدث أمام الموثق للتصريح بذلك.

مقارنة بالمشرّع المغربي فإنّ هذا الأخير ذكر كل تفاصيل هذه الإجراءات من تبليغ الزوجة والحرص على حضورها بكل الطرق ثم محاولة إقناعها برغبة الزوج في التعدد إذا تأكّد القاضي من توفر المبرر الشرعي والقدرة على الإنفاق. وإذا لم توافق الزوجة منح القاضي للزوج الترخيص أو الإذن بالتعدد وترك لها حق التظليق وفي نفس الجلسة بشرط توفير حقوق الأولاد المادية في ظرف 7 أيام، وإلاّ اعتبر الزوج قد تنازل عن طلب الإذن بالتعدد. وهذا اختلاف جوهري مع المشرّع الجزائري، بحيث أنّ هذا الأخير إذا لم يستطع إقناع الزوجة، بل أنّ القاضي الجزائري لم يُطالب بإقناعها من الأساس، فالأصحّ أنّها إذا رفضت التعدد فإنّ الإذن به لن يمنح للزوج رغم توفر الشروط السابقة.

ما نلاحظه في نهاية موضوع التعدد والتظليق به أنّ المشرّع الجزائري كان أكثر تقييداً لموضوع التعدد وأكثر تكريماً لحق الزوجة في التظليق لمجرد الزواج بأخرى وذلك مقارنة بالتشريعات العربية: المصري، السوري، العراقي، الإماراتي وحتى

¹ - علاوة بوتغرار، مرجع سابق، ص 17.

المغربي. فكان بذلك أقرب إلى المشرّع التونسي الذي خالف أحكام الشريعة الإسلامية ومنع التعدد صراحة.

رابعاً- موقف المشرّع الجزائري من التطليق للزواج بأخرى بعد تعديل 2005

إنّ موقف المشرّع الجزائري لم يتغير، فهو يعطي الحق دائماً للزوجة في طلب التطليق إذا خالف الزوج أحكام المادة 8 من قانون الأسرة. وإذا كانت مخالفة المادة 8 واردة قبل التعديل، لأنّ المطلوب من الزوج كان إخبار الزوجة السابقة والمقبل على الزواج بها فقط وعدم توضيح أيّ آلية لذلك، فإنّ الأمر الآن اختلف، لأن الزوج لن يستطيع الزواج من الأصل إذا لم توافق الأولى والثانية وبالتالي لن يستطيع الحصول على إذن قضائي. أمّا إذا تمكّن من التحايل والزواج رغم ذلك فالزوجة أمامها طلب التطليق دائماً.

المبحث الثاني التطبيق خلعا

بعد أن خضنا في مختلف صور الضرر والإضرار وضرورة إثباته وعبء ذلك وصعوبته أحيانا واستحالته أحيانا أخرى، وأمام ما يملكه الزوج من حق في الطلاق بإرادته المنفردة، يثور التساؤل: ألا تمتلك المرأة وسيلة شرعية أخرى تجعلها تتحلل من الرابطة الزوجية دون عناء، ودون أن يكلفها ذلك سوى التنازل عن قيمة المهر الفعلي أو مهر المثل؟ لعلّ الإجابة على هذا التساؤل هي التي توصلنا إلى الغاية الفعلية من هذا البحث وهي التي تجيب أو بالأحرى تكمل الإجابة عن الإشكالية الأساسية، وهي مدى حرية المرأة في حلّ الرابطة الزوجية. ولعلّ القارئ يسأل لماذا إذن كل هذا الإبحار في مختلف أوجه الضرر، أما كان يكفي إدراج الخلع لوحده للإجابة عن إشكالية البحث الأساسية؟ نقول ربّما نعم ولكن لم لا نتعرف على كل الوسائل القانونية التي تمتلكها المرأة للتحلل من هذه الرابطة الزوجية دون حاجة للتنازل عن بعض حقوقها أو ربّما بالحصول على تعويض إضافي، وهذه النتيجة كذلك تصبّ في صالح الإجابة على إشكالية البحث.

إنّ الخلع هو الوسيلة الأخيرة التي تتمكّن الزوجة من خلالها الحصول على حرّيتها دون عناء، فلا يكلفها ذلك إلاّ بذل بدل وهو المهر أو مهر المثل. ولتقرير ما إذا كان الخلع يقرّر للمرأة حقا أصيلا في فكّ الرابطة الزوجية كان لا بدّ أن نتعرّض لمجمل عناصر الخلع وذلك بالتعرّض لمعناه ومدى مشروعيته خاصة بعد ما أثير من جدل وشكوك في وسائل الإعلام المختلفة حول مدى مشروعيته وهذا في سنة 2000¹، وكذلك التعرض لشروطه وأركانه ثمّ التعرض لطبيعة الحكم بالتطبيق خلعا وبعدها التطرق إلى مختلف التشريعات العربية التي نحن بصدد دراستها وعلى رأسها قانون الأسرة الجزائري.

¹ - وذلك بعد صدور قانون رقم 1 لسنة 2000 في جمهورية مصر العربية والذي نظم أحكام الخلع.

المطلب الأوّل مفهوم الخلع وأركانه

قد تتسلّل إلى الحياة الزوجية بوادر الكره والنفرة وقد يكون سببها ماديا أو معنويا كاختلاف الطباع وطريقة التفكير واختلاف العادات والتقاليد، أو قد يكون النفور جسديا لدماثة في الخلق أو الخلق. فسوء المعاملة وعدم اللياقة في التعامل مع المرأة قد يؤدي إلى هذا النفور، بل يؤدي حتما إلى ذلك لأنّ أغلب حاجات المرأة عاطفية وعدم تلبّيتها يؤدي إلى النفور النفسي والجسدي. ومهما كانت الأسباب، فإذا كان الكره والنفور من جهة الرجل فبيده الطلاق بل هو حق أصيل له، أمّا إذا كانت الكراهية والنفور من جهة المرأة فلها أن تتخلص من الزوج بخلعه، فتردّ له ما كانت قد أخذته منه باسم الزوجية، فإذا أرجعت له ذلك حُلت الرابطة الزوجية.

فما معنى الخلع ومدى مشروعيته وحكمه وهل له شروط لتحقيقه، وما هي طبيعته، وما الفرق بينه وبين الطلاق على مال.

الفرع الأوّل

مفهوم الخلع ومدى مشروعيته

ظهر في سنة 2000 جدال واسع حول الخلع ومدى مشروعيته وحدث هذا بعد أن أصدر المشرّع المصري قانون رقم 1 لسنة 2000 والذي أخذ بالخلع صراحة دون حاجة الزوجة إلى موافقة الزوج. فهل ما ذهب إليه معارض لأحكام الشريعة الإسلامية، أم أنّه يوافقها؟ للإجابة على هذا السؤال لا بدّ لنا من التعرّض لمعنى الخلع وحكمه وما مدى مشروعيته في الكتاب والسنة النبوية الشريفة.

أوّلا: تعريف الخلع

- يقصد بالخلع لغة خلع الشيء: نزع، وخلع القائد: أزاله عن رتبته، وخلع الشجر: سقط ورقه، وخلع ابنه: تبرأ منه، وكانوا يفعلون ذلك في الجاهلية¹. وخلع امرأته: طلقها

¹ - المنجد في اللغة والأدب والعلوم، مرجع سابق، ص 188.

على بذل منها، فهي خالع والاسم الخلعة ومخالعة. وخلع ثوبه ونعله وقائده، وخلع الوالي: عزّل، وخلع امرأته أنّه خلعا، خالعت المرأة بعلمها: أرادته على طلاقها ببذل منها له، فهي خالع¹. ويظهر من جملة التعريفات اتفاق علماء اللغة على أنّ الخلع هو وقوع الفرقة بين الزوجين بعوض للزوج.

- أمّا اصطلاحاً: وعلى نفس المعنى اللغوي أباح الإسلام الخلع وهو مأخوذ من خلع الثوب أي أزاله، لأنّ المرأة لباس الرجل والرجل لباس المرأة، قال تعالى: "هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ"². لهذا فالمعنى الاصطلاحي للخلع هو إزالة الزوجية، وللخلع تعريفات اصطلاحية مختلفة عند الفقهاء³:

- 1- عند الحنفية⁴ هو إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه. والقبول هنا يدلّ على أنّ الخلع يكون ببذل لذلك لزم قبولها.
- 2- الخلع عند المالكية⁵ طلاق بعوض سواء كان من الزوجة أو من غيرها من ولي أو من غيره، أو هو بلفظ الخلع. وهذا يدلّ على أنّ الخلع عند المالكية نوعان، بعوض أو بغير عوض. وقد يكون بلفظ غير الخلع. وقد جاء في القوانين الفقهية أنّ: "معناه أن تبذل المرأة أو غيرها للرجل مالا على أن يطلقها، أو تسقط عنه حقا لها عليه."⁶
- 3- الخلع عند الشافعية⁷ فرقة بين الزوجين بعوض بلفظ طلاق أو خلع، كقول الرجل للمرأة: طلقتك أو خالعتك على كذا فتقبل.

¹ - الإمام أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان اللسان، تهذيب لسان العرب، الجزء الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص 448.

² - الآية 187 من سورة البقرة.

³ - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 480 وما يليها؛ عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص 989 وما يليها.

⁴ - ابن الهمام الحنفي، مرجع سابق، ص 199.

⁵ - ابن رشد الحفيد، مرجع سابق، ص 1399.

⁶ - ابن جزري في القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص 375.

⁷ - الشربيني في مغني المحتاج، مرجع سابق، ص 347.

4- أمّا عند الحنابلة¹ فالخلع فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة.

5- وعرف الظاهرية الخلع بأنه الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها فخافت ألاّ توفيه حقّه أو خافت أن يبغضها فلا يوفيهما حقّها، فرأت أن تفتدي. وهو طلاق رجعي إلاّ أن يطلقها ثلاثاً². ويمكن الإشارة في الأخير إلى تعريف جامع لما سبق وهو كما يلي: "الخلع هو إزالة ملك النكاح بناء على طلب المرأة أو قبولها، بلفظ الخلع أو ما في معناه في مقابل عوض تدفعه هي أو غيرها"³.

كما وردت تعريفات أخرى للخلع، منها تعريف ابن حجر العسقلاني وتعريف الرملي أحد فقهاء الشافعية وتعريف ابن رشد الحفيد وغيرهم⁴.

¹ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، مرجع سابق، ص 2569. موفق الدين بن قدامه، ج8، مرجع سابق، ص 182.

² ابن حزم، ج8، مرجع سابق، ص 235.

³ سامح سيد محمد، الخلع بين المذاهب الفقهية الأربعة والقانون المصري، ط 2، دار الكتب المصرية، د.ب.ن، 2005، ص 21.

⁴ عرف العلماء الخلع بعدة تعريفات، عرفه ابن حجر العسقلاني بقوله: وضابطه شرعا فراق الرجل زوجته ببذل قابل للعوض يحصل لجهة الزوج. وعرفه الدردير من علماء المالكية بأنه: طلاق بعوض. وعرفه الماوردي أحد أشهر فقهاء الشافعية بأنه: افتراق الزوجين على عوض. وعرفه الرملي أحد فقهاء الشافعية أيضا بأنه: فرقة بعوض مقصود راجع لجهة الزوج. وعرفه الحصني بأنه: فرقة على عوض راجع إلى الزوج. وعند ابن رشيد الحفيد هو: بذل المرأة لزوجها مقابل طلاقها ما أعطاه. ويرى ابن رشد أن هناك معنى عاما يجمع كلمة الخلع، والصلح، والفدية، والمبارأة، هذا المعنى العام هو: بذل المرأة العوض المالي في مقابل حصولها على الطلاق إلاّ أنّ اسم الخلع يختصّ ببذلها لزوجها كل ما أعطاه من مال، والصلح يختصّ ببذلها لزوجها بعض ما أعطاه لها، والفدية تختصّ ببذلها لزوجها أكثر مما أعطاه لها، والمبارأة تختصّ بإسقاطها عن زوجها حقا من الحقوق المالية التي لها على زوجها كما بين الفقهاء. ونقل ابن العربي عن الإمام مالك أنه قال: المبارأة: المخالعة بمالها قبل الدخول، والمخالعة إذا فعلت ذلك بعد الدخول، والمفتدية المخالعة ببعض مالها. وما يراه الإمام مالك، وابن رشد الحفيد وجهة نظر واصطلاح يخالفهما فيه غيرهما من العلماء، فيبين بعضهم أن كل ذلك يسمى خلعا، يقول ابن العربي تعليقا على ما نقله الإمام مالك: وهذا اصطلاح يدخل بعضه على بعض وقد اختلف الناس في ذلك ويقول ابن حجر العسقلاني عن الخلع: ويسمى أيضا فدية، وافتداء، ويقول ابن قدامة أحد فقهاء الحنابلة المعروفين: إن هذا يسمى خلعا لأن المرأة تتخلع من لباس زوجها، قال الله تعالى: (هن لباس لكم وأنتم لباس لهن) ويسمى افتداء لأنها تفتدي نفسها بمال تبذله، قال الله تعالى: (فلا جناح عليهما فيما

ثانياً: مدى مشروعية الخلع

لقد أجمع الفقهاء على مشروعية الخلع ولم يخالفهم إلا بكر ابن عبد الله المزيني¹، ولكن الإجماع انعقد قبل خلافه. ولكن لا بأس بعد عرض أسس مشروعية الخلع التطرق إلى ما ذهب إليه هذا الأخير لمناقشته وربما للتأكد أكثر من مدى مشروعية الخلع.

1- أدلة مشروعية الخلع

قبل الحديث عن مشروعية الخلع في الشريعة الإسلامية ينبغي الإشارة إلى أن الخلع وقع في الجاهلية. وقد روي عن عامر بن الضرب أنه زوج ابنته من ابن أخيه، عامر ابن الحارث، فلما دخلت عليه، نفرت منه، فشكا إلى أبيها، فقال: لا أجمع عليك فراق أهلك ومالك وقد خلعتها منك بما أعطيتها². أما في الإسلام فقد ورد عليه النص في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة³.

أ- القرآن الكريم: قال الله تعالى: "وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ"⁴.

افتدت به)...."، نقلا عن: - أ.د. محمد رأفت عثمان، الخلع في الفقه الإسلامي ومشروع قانون إجراءات الأحوال الشخصية،

http://www.bab.com/articles/full_article.cfm?id=3112

¹ - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 482؛ عبلة الكحلوي، الخلع دواء من لا دواء له، دراسة فقهية مقارنة، دار رشاد للطباعة، د.ب.ن، 2000، ص 67.

² - سيد سابق، فقه السنة، ج2، ط2، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1998، ص200.

³ - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 482؛ عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص 990 وما يليها؛ منصور نورة، التطلاق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص 108، 109؛ شريف الطباخ، دعوى الخلع عند المسلمين والمسيحيين في ظل القانون رقم 1 لسنة 2000 وقوانين الأسرة، ط 3، يونيو لإصدارات القانونية، د.ب.ن، 2007، ص 12؛ محمود فوزي، الخلع بين الإسلام والمسيحية، ط1، نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، 2003، ص 7، 8؛ محمود محمد عوض سلامه، حسم الخلافات الزوجية عن طريق الخلع، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1990، ص 7 إلى 9؛ عبلة الكحلوي، مرجع سابق، ص 62 إلى 64.

⁴ - الآية 229 من سورة البقرة.

جاء في هذه الآية أنّ الأصل ألا يأخذ الزوج شيئاً مما أعطاه للزوجة، ولا يجوز أن يضيق عليها لكي تفتدي نفسها بما أعطاه لها، ولم يجز الله للزوج أن يأخذ مما أعطاه إلاّ برضاها.

في نفس السياق قال الله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبِينَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا"¹. وقوله كذلك: "فَإِنْ طَبِنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا"². أمّا إذا ساءت العشرة بين الزوجين ولم يريا حقوق الزوجية التي أمر الله تعالى بها: "فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ.."، أي إذا حدث ذلك وأرادت الزوجة أن تختلع بالتنازل عن مهرها ليطلقها الزوج فلا إثم عليه في أخذه ولا إثم على الزوجة في بذله³.

يفيد معنى الآية كذلك أنّه لا يحلّ للرجل أن يسترد شيئاً من صداق أو نفقة أنفقها في أثناء الحياة الزوجية في مقابل تسريح المرأة إذا لم تصلح حياته معها، إلاّ إذا وجدت هي أنّها كارهة له لا تطيق عشرته لسبب يخصّ مشاعرها الشخصية، وتحسّ أنّ نفورها من زوجها وكرهيتها له سيقودها إلى الخروج عن حدود الله الخاصة بحسن العشرة أو العفة أو الأدب. في هذه الحالة يجوز لها أن تطلب الطلاق وأن تعوضه عن ذلك بردّ صداقها أو نفقاته عليها ويجوز له تقبل ذلك (قوله تعالى ولا جناح عليهما)، وفي هذا التعبير القرآني دليل على أنّ الإسلام يراعي جميع الحالات الواقعية التي تعرض للناس، ويراعي مشاعر القلوب الجادة التي لا حيلة للإنسان فيها. فلا يجبر الشرع المرأة على العيش مع شخص لا تتحمّله، وفي نفس الوقت لا تضيّع على الرجل ما أنفق بلا ذنب منه⁴.

يتضح ممّا سبق من تفاسير - وغيرها كثير - ودون أدنى أيّ شك أنّ الخلع ثابت شرعاً بنصّ الآية السابقة.

¹ - الآية 19 من سورة النساء.

² - الآية 4 من سورة النساء.

³ - محمد على الصابوني، صفوة التفاسير، مرجع سابق، ص 146.

⁴ - سيّد قطب، في ظلال القرآن الكريم، المجلّد 1، ط 16، دار الشروق، القاهرة، 1990، ص 248.

ب- من السنة النبوية

ورد في السنة النبوية أحاديث كثيرة منها:

1- ما رواه البخاري وغيره من أئمة الحديث عن ابن عباس -رضي الله عنه- عنهم قال: "جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى رسول الله ﷺ، فقالت: يا رسول الله: إنني ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكن أكره الكفر في الإسلام، فقال لها رسول الله ﷺ: أتريدين عليه حديقته، قالت: نعم، فقال رسول الله ﷺ: إقبل الحديقة وطلقها تطليقة"¹.

2- ما رواه أبو داود والترمذي عن ابن عباس رضي الله عنهما "أن امرأة ثابت بن قيس بن شماس اختلعت منه، فجعل النبي ﷺ عدتها حيضة"². وفي رواية الترمذي "فأمرها النبي ﷺ أن تعتد بحيضة".

3- ما رواه النسائي والطبراني عن الربيع بنت معوذ بن عفراء قالت: "إن ثابت بن قيس ضرب امرأته فكسر يدها، وهي جميلة بنت عبد الله بن أبي، فأتى أخوها يشتكيه إلى رسول الله ﷺ، فأرسل رسول الله ﷺ إلى ثابت، فقال له: خذ الذي لها عليك وخل سبيلها، قال: نعم. فأمرها رسول الله ﷺ أن تتربص حيضة واحدة فتلحق بأهلها"³.

4- وأخرج ابن ماجة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه قال: "كانت حسبية بنت سهل تحت ثابت بن قيس بن شماس فكرهته وكان رجلاً دميماً، فقالت: يا رسول الله، والله لولا مخافة الله إذا دخل عليّ لبصقت في وجهه، فقال رسول الله ﷺ: أتريدين عليه

¹ - البخاري، ج3، مرجع سابق، كتاب الطلاق، حديث رقم 5273، ص406؛ رواه ابن ماجة في سننه، الجزء الأول، مرجع سابق، حديث رقم 2056، ص 663؛ شروح سنن ابن ماجة، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 805؛ ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج9، مرجع سابق، ص 395؛ النسائي، مرجع سابق، كتاب الطلاق، حديث رقم 3463، ص 537.

² - حديث صحيح، سنن أبي داود، مرجع سابق، رقم الحديث 2229، ص 388.

³ - أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة، سنن الترمذي، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، الجزء 3، ط2، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1978، حديث رقم 1185، ص 482.

حديقته. قالت: نعم، فردت عليه حديقته، ففرق بينهما رسول الله ﷺ¹.

5- أخرج البيهقي أنه في هذه القصة قال النبي ﷺ لامرأة ثابت بن قيس: أتردين عليه حديقته التي أعطاك، قالت نعم وزيادة، فقال النبي ﷺ: أما الزيادة فلا ولكن حديقته، قالت: نعم، فأخذ ماله وخطى سبيلها، ولما بلغ ذلك ثابت بن قيس قال: قد قبلت قضاء رسول الله ﷺ².

لقد اتفقت جميع الروايات السابقة وغيرها على حدوث واقعة الخلع في عهد رسول الله ﷺ وأنه قضى فيها بالتفريق. كما اتفقت على أن الزوج كان ثابت بن قيس بن شماس الخزرجي الأنصاري وهو المقصود بالآية 229 من سورة البقرة السابقة وأنها نزلت فيه، خاصة وأنه جاء في بعض الروايات عندما حكم الرسول ﷺ بالخلع أنه تساءل: "أويصلح ذلك يا رسول الله، فقال رسول الله ﷺ: نعم"³. واختلفت بعض الروايات حول زوجة ثابت بن قيس واسمها⁴.

أما عن الاختلاف حول السبب الدافع للخلع، فالغالب والثابت أن السبب هو كراهية الزوجة لزوجها، لهذا شرع لها افتداء نفسها بصدقها وشرع للزوج قبوله. أما عن الرواية التي تشير إلى أن سبب الخلع هو ضرب ثابت بن قيس لزوجته فهذا فيه نظر، لأن الضرب وسوء المعاملة من الأسباب الموجبة للتطليق في الشريعة الإسلامية دون أن تضطر الزوجة إلى التنازل عن شيء من مالها.

¹ - حديث ضعيف، رواه ابن ماجة في سننه، الجزء الأول، مرجع سابق، حديث رقم 2057، ص 663؛ شروح سنن ابن ماجة، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 805.

² - رواه البيهقي، الجزء 7، مرجع سابق، حديث رقم 14849، ص 514.

³ - نقلا عن سامح سيد محمد، مرجع سابق، ص 44.

⁴ - قالت بعض الروايات أنها جميلة بنت عبد الله بن أبي بن سلول، وقيل أنها زينب بنت عبد الله بن أبي بن سلول، وقيل أنها أخت عبد الله بن أبي وليست ابنته، وقيل كذلك أنها حبيبة بنت سهل، وقد رجح الحافظ ابن حجر في فتح الباري أنها جميلة بنت عبد الله بن أبي، وأم حبيبة بنت سهل وكتاهما كانت زوجة لثابت بن قيس وكتاهما اختلعت منه. نقلا عن سامح سيد محمد، المرجع نفسه، ص 48؛ ارجع كذلك إلى رأي أحمد بن علي بن حجر العسقلاني في مرجعه السابق فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج 9، ص 398.

أما الروايات الأخرى فكلّها تشير إلى أنه يُقضى بالخلع لمجرد إعلان الزوجة كرهها للزوج ولو لم يصدر منه أيّ إساءة. ودور القاضي حينئذ يكون سلبياً، أي أنه يتحقق فقط من إقرار الزوجة بکراهية زوجها واستحالة مواصلة عشتها له وخشيتها ألاّ تقيم حدود الله بسبب هذه الكراهية.

أما الرواية الثانية فالضرر هو مبرر الخلع، وبالتالي لا يكفي الإقرار بالكراهية من طرف الزوجة، وهنا يكمن التساؤل حول أساس تنازل الزوجة عن صداقها للزوج إذا كان الضرر ثابت من الزوج.

يظهر من الأحاديث السابقة - وغيرها كثير - ورغم اختلاف رواياتها في بعض تعابيرها، أنها تصبّ في مصب واحد وهو إباحة الخلع دفعا للضرر مع تعويض الجانب الذي يتضرر بالمفارقة وهو الزوج. كما بيّنت هذه الأحاديث أنه لا يُشترط النشوز من الطرفين أو من أحدهما، وإنما الخوف من التقصير في حق الزوج لمجرد عدم تقبل الزوجة له وكراهيتها إيّاه يكفي لجواز طلبها الخلع، وأنّ عدّة المختلعة حيضة واحدة¹.

ج - الإجماع

أجمع جمهور الفقهاء والعلماء على أنّ الخلع جائز للأدلة السابقة² ولم يخالفهم في ذلك إلاّ التابعي بكر بن عبد الله المزني. أما من أجاز الخلع فقد ذهب جمع منهم إلى إجازته مع اختلاف في الأحوال التي يجب فيها. أما الرأي الذي يتماشى مع الأدلة السابقة فهو من يقول بجواز الخلع مع الشقاق والوفاق ودون إذن من القاضي، وعلى المرأة دفع المال المنفق عليه ليتم الخلع. وقد قال ابن رشد في ذلك: "فأما جواز وقوعه فعليه أكثر العلماء، والأصل في ذلك الكتاب والسنة"³.

جاء في سبل السلام أنه يحلّ الخلع مع التراضي بين الزوجين وإن كانت الحال مستقيمة، ويحلّ العوض لقوله تعالى: " فَإِنْ طِئِنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا

¹ - عيلة الكحلاوي، مرجع سابق، ص 64.

² - للتفصيل في موضوع الإجماع حول موضوع الخلع ومدى تحققه ارجع إلى سيد محمد سامح، مرجع سابق، ص 51 وما يليها.

³ - ابن رشد الحفيد، مرجع سابق، ص 1399.

مَرِيئًا"، وهو رأي أبو حنيفة والشافعي وأكثر أهل العلم¹.

د- من المعقول

هناك من الكتاب من أضاف العقل أو المعقول -كما يقال- على أنه دليل آخر على مشروعية الخلع. لقد ترددنا ابتداء لإدراجه كدليل، لكن بعد التأمل قليلا توصلت إلى أن واقعية الإسلام ومقاصد الشريعة الإسلامية والتي من بين ما تحافظ عليه النفس والعرض، والتي من قواعدها رفع الحرج والضيق على الناس، فإنها لا محالة ستجيز طريقة ما تُخرج الزوجة من ضيق العيش في كنف زوج تبغضه ولا تريده شريكا لحياتها، كما سبق للشريعة الإسلامية أن أعطت للزوج الحق المطلق لكي يطلق، ويعتبر طلاقه صحيحا حتى وإن لم يكن له سبب مشروع أو مقبول رغم أنه آثم.

في حقيقة الأمر فإن سنّ حق الرجل في الطلاق بإرادته المنفردة وسنّ حق المرأة في المخالعة بإرادتها كذلك ما هو إلا تعبير على فهم الشرع الإسلامي لطبيعة الإنسان عموما وطبيعة العلاقة الزوجية تحديدا، وأنه لا يمكن لا للقواعد السماوية ولا للوضعية أن تجبر الزوج أو الزوجة على البقاء معا وهما كارهان لذلك، إلا إذا تنازلا وصبرا عن حقهما وهذا له علاقة بالأخلاق والإحسان وليس بالحكم الشرعي.

فهم الرسول ﷺ قصد زوجة ثابت وحالها ففضى لها بما يرفع الحرج عنها مقابل ردّها لصداقها². وهذا ما قاله ابن رشد المالكي: "والفقه أنّ الفداء إنّما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق، فإنّه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك³ المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل"⁴.

¹ - ابن حجر العسقلاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، مرجع سابق، ص 453.

² - الهاشمي هويدي، توضيحات رئيس غرفة الأحوال الشخصية فيما يخصّ الطلاق والتطليق ومتاع البيت، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر، 2001، ص 22، 23.

³ - فرك المرأة أي كرهها.

⁴ - ابن رشد الحفيد، مرجع سابق، ص 1403.

2- أدلة القائلين بعدم مشروعية الخلع

تعرضنا في النقطة السابقة إلى أدلة من أجاز الخلع على الإطلاق أي في كل الحالات، لهذا آثرنا الآن التعرض لأدلة القائلين بجوازه في حالات دون أخرى، وأدلة القائلين بعدم جوازه على الإطلاق، لأن كلاهما يرى عدم جواز الخلع إما في حالات محددة أو على الإطلاق.

أ- أدلة من أجاز الخلع في حالات دون أخرى

أجاز بعض الفقهاء الخلع في بعض الحالات فقط إلا أنهم اختلفوا فيها:

- فهناك من يرى وجوب الخلع حال التلبس بالزنا لقوله تعالى: "وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ"¹. فالزوج حسب هذا الرأي لا يصح له أخذ ما أعطاه للزوجة إلا في حالة قيامها بفاحشة الزنا².

يُردّ على هذا الرأي بأن الاستدلال بالآية السابقة مردود بقوله تعالى "فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ" والآية واضحة المعنى. أمّا الآية التي استدلوا بها "ولا تعضلوهن" فيقصد بالعضل هنا ما لو كان النشوز من قبل الزوج وهو يقصد الإضرار بها. وهي نهي للزوج أن يأخذ ما آتى الزوجة عن طريق الإضرار بها لافتداء نفسها إلا في حالة واحدة. أمّا عن الفاحشة المبيّنة فقد قيل فيها الكثير ومن أهم ما قيل فيها أنّها كل فاحشة من بذاءة اللسان على الزوج وأذى وزنا الخ... .

كما أنّ مفهوم الآية يذهب إلى أنّ كل زوج أتت زوجته بفاحشة أو نشوز فله عضلها والتضييق عليها لتفتدي منه. وهذا يدلّ على أنّه حتى وإن افترضنا أنّ ما ذهب إليه أصحاب هذا الرأي صحيح فإنهم جانبوا الصواب عندما حصرُوا الفاحشة في الزنا والتلبس به. إضافة إلى كل هذا فإنّ قولهم مردود بما ورد في قصّة زوجة ثابت بن قيس وقضاء رسول الله ﷺ فيها.

¹ - الآية 19 من سورة النساء.

² - وجاء في بداية المجتهد: "وَشَدَّ أَبُو قَلَابَةَ وَالْحَسَنُ الْبَصْرِيُّ فَقَالَا: لَا يَحِلُّ لِلرَّجُلِ الْخَلْعَ عَلَيْهَا حَتَّى يَرَاهَا تَزْنِي، وَحَمَلُوا الْفَاحِشَةَ فِي الْآيَةِ عَلَى الزَّانَا..". ابن رشد الحفيد، مرجع سابق، ص 1403.

- هناك من الفقهاء من يرى وجوب الخلع في حالة الكراهة والنشوز، وأنه لا يجب أن يكون في حالة التراضي والاتفاق وهو قول ابن تيمية كذلك¹. ودليلهم في ذلك قوله تعالى: "وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ"². أي أن الخلع ليس حقا مطلقا للزوجة إلا في حالة كراهيتها للزوج ونفورها منه وخوفها من عدم القيام بواجباتها اتجاهه.

يردّ على هذا القول بأنّ المنع الوارد في الآية السابقة يقتصر على أخذ المال وحرمة ذلك لا على الخلع كمبدأ. أمّا عن الخلع في حدّ ذاته وفي حالة وقوعه بالتراضي ودون نشوز فرغم قول الفقهاء بكراهته إلا أنّ ذلك لا يمنع نفاذه، وقد جاء ذلك لابن قدامة في مسألة "ولو خالعتة لغير ما ذكرنا كره لها ذلك ووقع الخلع"³.

- أمّا الرأي الثالث فيرى أنّ الخلع لا يجوز إلاّ باستصدار إذن من القاضي، واستدلّوا على ذلك بقوله تعالى: "قَاتِنِ خَفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ..."، الخطاب في هذه الآية موجّه لوليّ الأمر أي "القاضي". إذن استتجوا أنّ الشرط الأساسي والذي يجعل الخلع مشروعاً هو إذن القاضي به.

والردّ على ما سبق يكون بالقول أنّ نصّ الآية مطلق ولا يقتصر على الحاكم أو القاضي وإنّما يتناول كذلك الأولياء، لأنّ هذا التصرف معاوضة ولا يفتقر إلى السلطان كالبيع والنكاح⁴.

ب- أدلة القائلين بتحريم الخلع

تمّ التعرض في النقطة السابقة إلى من قصروا الخلع على حالات محدّدة، وحرّموه في الحالات الأخرى، والآن سيتمّ التعرض لأدلة القائلين بتحريم الخلع في كل الحالات وذلك لعدم مشروعيته.

¹ - فتاوى ابن تيمية، ج 32 ص 282، نقلا عن عبلة الكحلوي، مرجع سابق، ص 68.

² - الآية 229 من سورة البقرة.

³ - موقف الدين بن قدامه، ج 8، مرجع سابق، ص 176.

⁴ - المرجع نفسه، ص 174.

سبق القول أنّ جمهور الفقهاء قالوا بمشروعية الخلع ولم يخالفهم في ذلك إلا التابعي بكر بن عبد الله المزني¹. إنّ هذا الأخير يرى عدم مشروعية الخلع ويستند في ذلك إلى أدلة من الكتاب الكريم والسنة النبوية الشريفة:

- من الكتاب

بقوله تعالى: " وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَأَنْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا "². ويرى أنّ هذه الآية ناسخة للآية 229 من سورة البقرة التي اعتمد عليها أصحاب الرأي القائل بمشروعية الخلع.

- من السنة

استدلّ صاحب هذا الرأي بقول الرسول ﷺ :

- "أيما امرأة سألت زوجها طلاقا في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة"³.
- وقوله كذلك: "المنزعات والمختلعات هنّ المنافقات"⁴.

- الرد على استدلال هذا الرأي:

- **الدليل الأوّل:** إنّ القول أنّ الآية 229 من سورة البقرة منسوخة بالآيتين 20 و 21 من سورة النساء "وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج... فلا تأخذوا منه شيئا..."، قول مردود للأسباب الآتية:

¹ - هو بكر بن عبد الله بن عمرو أبو عبد الله المزني البصري أحد الأعلام والمحدثين، حدّث عن المغيرة وعن شعبة وابن عباس وابن عمرو وعن أنس ابن مالك... . ارجع إلى الشيخ شمس الدين عبد الله بن أحمد بن عثمان الذهبي الدمشقي، الجزء الرابع، <http://ar.wikipedia.org/wiki/>

² - الآيتان 20، 21 من سورة النساء.

³ - حديث صحيح، رواه أبو داود، مرجع سابق، كتاب الطلاق، حديث رقم 2226، ص 388؛ سنن ابن ماجة، الجزء الأوّل، مرجع سابق، حديث رقم 2055، ص 662؛ شروح سنن ابن ماجة، الجزء الأوّل، مرجع سابق، ص 804.

⁴ - قال الحسن لم أسمعه من غير أبي هريرة، وقال أبو عبد الرحمان: الحسن لم يسمع من أبي هريرة شيئا، نقلنا عن النسائي، مرجع سابق، كتاب الطلاق، حديث رقم 3461، ص 536. سنن الترمذي، ج4، مرجع سابق، حديث رقم 1186 وقيل حديث غريب ولم يخرج أحد من أصحاب الكتب الستة سوى الترمذي، ص 483.

1- إن الآية 229 أية محكمة وليست منسوخة¹ لأنها تطبق القاعدة التي لا اختلاف فيها وهي أن الزوج لا يجوز له أخذ ما أتى المرأة إذا أراد طلاقها من غير نشوز منها أوفاحشة أتت بها.

2- يُقصد بالحكم الناسخ الحكم الذي ينفي ما خالفه من الأحكام، والمتممّن في آية سورة النساء " وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ... " يلاحظ أنها لم تنف الحكم الوارد في قوله تعالى: "فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ". والسبب في ذلك يعود إلى أن ما حرّم على الزوج في الآية الأولى هو أخذ ما آتاها منها إذا كان هو الراغب في الطلاق، فالآية واضحة كل الوضوح وتشير إلى رغبة الزوج لوحده في طلاق زوجته والزواج بأخرى، فمن البديهي ألا يسمح له بأخذ ما آتاها. أمّا ما أبيض له أخذه منها في الآية الثانية "فلا جناح عليهما فيما افتدت به..."، فهذه الحالة تظهر رغبة الزوجة في الطلاق والزوج له كاره، فهي تفتدي نفسها وتتنازل عمّا فرضه لها.

3- بالرجوع إلى أحكام النسخ ثانية فإنّ هذا الأخير لا يثبت حتى يتعذر الجمع بين الحكمين، أي الحكم الوارد في الآية الأولى والحكم الوارد في الآية الثانية، والجمع هنا متاح ووارد، حيث أن الحكم في الآية 229 من سورة البقرة مطلق ويسمح للمرأة الافتداء عند طلب الخلع من الرجل، أمّا الحكم الوارد في آية سورة النساء فهو يتعلق بما إذا أراد الزوج استبدال غيرها مكانها وكان النشوز منه². فهذه الآية منعت الزوج من أن يأخذ شيئاً ممّا أعطاه للزوجة نظير طلاقها إلا في حالة خوف الزوجين ألاّ يقيما حدود الله وهذا ما جاء في الآية من سورة البقرة³، وهذا بمثابة القاعدة والاستثناء.

- **الدليل الثاني:** لا حجة في قول الرسول ﷺ "أيما امرأة سألت زوجها الطلاق لم ترح رائحة الجنة" للاستدلال بها على عدم مشروعية الخلع، لأنّ الهدف من هذا الحديث

¹ - النسخ معناه رفع الحكم السابق بحكم لاحق، وقد وقع النسخ في التشريع الإسلامي في هذا الدور فقط وسببه رعاية المصلحة ورفع الحرج والضيق عن المكلفين وأخذهم التدرج والرفق مثل ذلك عدّة المتوفي عنها زوجها التي كانت بسنة (الآية 240 من سورة البقرة)، ثمّ أصبحت 4 أشهر و10 أيام رفعا للحرج (الآية 234 من سورة البقرة)، نقلا عن عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ط 16، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2003، ص 95، 96.

² - د. عبلة الكحلوي، مرجع سابق، ص 70.

³ - مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 530.

هو توعدُّ المرأة التي تسأل الطلاق دون سبب بالحرمان من الجنة لأنها آثمة. كما يَأثم الرجل الذي يتعسف في استعمال حقّه في الطلاق، وهو حكم عام.

- **الدليل الثالث:** أمّا الحديث الثاني الذي استدلّ به أصحاب هذا الرأي بقول الرسول ﷺ: "المنتزعات والمختلعات هنّ المنافقات"، فهو مردود لتكذيب الحسن البصري له، فلا يصحّ الاحتجاج به¹.

الراجح بعد سرد أدلّة الفريق الأوّل القائل بمشروعية الخلع وأدلة بكر بن عمرو المزني هو الرأي الأوّل، ومؤداه أنّ الخلع جائز مع الشقاق والوفاق، لكن من الأفضل ألاّ تقبل الزوجة على الخلع إلاّ إذا وجدت في نفسها كرها للزوج، لأنها إذا فعلت ذلك دون كراهة الزوج فهي آثمة. كما يؤثم في المقابل الزوج الذي يطلق دون نشوز من الزوجة. ولكننا في هذا الموضوع لسنا بصدّد الحديث عن مكارم الأخلاق وإنّما عن الحكم الشرعي في استعمال الخلع وهو جائز. لكن بإمكاننا التطرق لحكمه من حيث الكراهة والتحرير والإباحة رغم أنّه في كل هذه الأحوال يقع صحيحا.

ثالثا: حكم الخلع والحكمة منه

1- الحكمة من الخلع

شرّع الإسلام - وكان له فضل سبق - حق المرأة المسلمة في إنهاء الرابطة الزوجية مقابل ما للرجل من حق في الطلاق بإرادته المنفردة. وقد شرّع الإسلام ذلك رفقا بالزوج من ظلم الزوجة له بسوء معاملته ورفقا بالزوجة من ظلمها لنفسها بوقوعها في الحرام جرّاء سوء معاملتها لزوجها، ورفقا بها كذلك بعدم إجبارها على الاستمرار في عيشة لا تطيقها وقد تؤدي بها إلى الهلاك².

¹ - ابن حزم، ج8، مرجع سابق، ص 236، حيث جاء فيه: "وقال الحسن لم أسمع من أبي هريرة...".
² - سامح عبد السلام محمد، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، قسم الشريعة الإسلامية، سنة 2000، ص 82؛ عبلة الكحلوي، مرجع سابق، ص 65، 66؛ محمود محمد عوض سلامه، مرجع سابق، ص 07؛ عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص 297؛ عاطف فؤاد صحصاح، الخلع والطلاق بين الشريعة والقانون، دار إيجي مصر للطباعة والنشر، ص 13؛ عبد العزيز رمضان سمك، مرجع سابق، ص 409؛ شريف الطباخ، مرجع سابق، ص 10.

2- حكم الخلع

إنّ الخلع ثابت بنص الكتاب والسنة وهو نوع من أنواع الطلاق. وقد ورد في حديث النبي ﷺ أنه قال: "أبغض الحلال عند الله عزّ وجلّ الطلاق"¹. كما يوصف الطلاق بالجواز عند الحاجة إليه، ويوصف بالوجوب عند عجز الرجل عن الإنفاق والمعاشرة، ويوصف بالتحريم إذا ثبت عليه ظلم الزوجة والأولاد وقد يوصف بغير ذلك من الأحكام، إلا أنّ الأصل فيه المنع وهي الكراهة عند بعضهم والحرمة عند بعضهم الآخر ما لم تقض الضرورة الفرقة. وكذلك يوصف الخلع بما يوصف به الطلاق² رغم أنه يقع صحيحاً.

إنّ الخلع حسب الفقهاء قد يكون مباحاً وقد يكون مكروهاً، كما قد يكون حراماً. وعند الحديث عن هذه الأحكام فإنّ المقصود بها حكم الخلع بالنسبة للشخص الذي دعى إليه، ولا أثر لذلك على إيقاعه لأنّه يقع. فالحديث عن الإباحة والكراهة والحرمة بالنسبة للزوجة وكذلك بالنسبة للزوج.

أ- يكون الخلع مباحاً بالنسبة للزوجة إذا كرهت زوجها لسوء خلقه أو دمامة في خلقه أو لنقص في دينه أو ضعفه أو كبره... وخشيت ألا تؤدي حق الله في طاعتها لهذا الزوج. كما أنه مباح في حالة التراضي بينهما حتى وإن لم يكونا على خلاف.

ب- يكون الخلع مكروهاً إذا لم يكن للمرأة عذراً ممّا سبق أو مصلحة ما، ويرى الشافعية أنّ الأصل فيه الكراهة، ويكون مستحباً إذا أساءت المرأة المعاشرة³.

ج- يكون الخلع حراماً بالنسبة للزوج -رغم أنه يقع- إذا ضيق على زوجته ومنعها حقوقها أو بعض منها قصد افتدائها بنفسها بمال وذلك لقوله تعالى: "وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا

¹ - حديث ضعيف، رواه ابن ماجة في سننه ، الجزء الأول، مرجع سابق، حديث رقم 2018، ص 650؛ شروح سنن ابن ماجة، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 792؛ سنن أبي داود، مرجع سابق، حديث رقم 2178، ص 379.

² - عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص 992.

³ - المرجع نفسه ، ص 992.

بِبَعْضِ مَا اتَّيَّمُوهُنَّ..."، وفي ذلك نهي على دفع المرأة إلى افتدائها نفسها لأخذ مالها. وفي هذا يأتّم الزوج لأنّ ما فعله محرّم رغم أنّ الخلع يقع.

يرى الحنفية أنّه يحرم على الزوج أخذ البديل في هذه الحالة، وكذلك قال المالكية أنّ الطلاق يقع ولا يأخذ الزوج البديل¹. أمّا الحنابلة فقالوا أنّ الخلع يبطل وتبقى الزوجة في عصمة الزوج².

ويرى جمهور الفقهاء أنّ الحالة التي يجوز للزوج فيها التضييق على زوجته لتفتدي نفسها ويجوز له أخذ البديل منها هي حالة إتيان الزوجة لفاحشة الزنا³.

الفرع الثاني

أركان الخلع وشروطه

المراد بالركن ما يتوقف الشيء على وجوده وكان جزءاً من حقيقته. وأركان الخلع عند جمهور الفقهاء، ما عدا الحنفية⁴، خمسة.

فالحنفية يرون أنّ أركان الخلع هي الإيجاب والقبول، ويصحّ أن يكون الإيجاب من الزوج أو من الزوجة ويكون القبول من الطرف الثاني.

أمّا الجمهور فيرون أنّ الأركان خمسة وهي الموجب، القابل، العوض، المعوّض والصيغة⁵.

ينبغي الإشارة إليه في موضوع أركان الخلع أنّ هناك من أطلق عليها عبارة أركان وهناك من سماها شروطاً. لذا أشرنا وصفها بالأركان لأهميتها ولأنّها تدخل في حقيقة

¹ - ابن جزري في القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص 376؛ ابن رشد الحفيد، مرجع سابق، ص 1403.

² - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، مرجع سابق، ص 2570؛ موفق الدين بن قدامه، ج8، مرجع سابق، ص 178.

³ - ارجع في تفصيل هذا الموضوع إلى: - محمود محمد عوض سلامه، مرجع سابق، ص 10 وما يليها.

⁴ - عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص 995، (الهامش)؛ أحمد شاهين، كتاب حسن الصنع في أحكام الطلاق والخلع، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، د.ت.ن، ص 91 وما بعدها.

⁵ - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 485.

الخلع الذي لا يصحّ إلاّ بها. وفي نفس الوقت ألحقنا مجمل الشروط التي ذكرت بكلّ ركن من هذه الأركان سواء المتفق عليها أو حتى المختلف فيها.

أولاً: الزوج

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنّ الزوج ركن من أركان الخلع أو شرط فيه، لهذا لا بدّ أن يكون ممّن يصحّ طلاقه أي أن يكون أهلاً للطلاق. فمن لا يصحّ طلاقه لا يصحّ خلعه. ويرى المالكية أنّه يشترط في الزوج المخالعة الشروط التي تشترط في الطلاق، ومنها أن يكون مسلماً ومكافاً، فلا يصحّ خلع الصبي والمجنون، ويصحّ حسبهم خلع الأب والوصي للغير أو المجنون لزوجتيهما بشرط أن يكون الخلع في مصلحتهما¹.

كما يقع خلع السكران والهازل ولا يقع خلع المكره عند جمهور الفقهاء. ولم يجز أبو حنيفة والشافعي وأحمد خلع الأب لزوجة الإبن الصغير والمجنون ولا طلاقها، فمن لا يجوز له أن يطلق على الصغير والمجنون لا يجوز أن يخالع عليهما² لقول الرسول ﷺ: "...إنما الطلاق لمن أخذ بالساق"³.

كما أجاز الفقهاء التوكيل في الخلع من الزوج والزوجة. وأجاز الحنفية والحنابلة الخلع من الفضولي، فإذا خاطب الفضولي الزوج بالخلع وأضاف البديل إلى نفسه على وجه يفيد ضمانه له أو ملكه إياه صحّ الخلع والبديل عليه، ولا يتوقف الخلع حينئذ على قبول المرأة⁴.

اشترط بعض الفقهاء ضرورة توافر الرضا بالخلع من جانب الزوج والزوجة لأنّه يترتب عليه سقوط حقوق الزوج قبل زوجته. كما أنّ الزوجة تلتزم بدفع العوض للزوج⁵.

¹ - محمد زيد الأبياني، الأحوال الشخصية، مكتبة سيد عبد الله وهبة، د.ب.ن، د.ت.ن، ص 253؛ عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص 997 (الهامش).

- ابن جزري في القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص 376.

² - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 491.

³ - سنن ابن ماجة، الجزء 1، مرجع سابق، حديث رقم 2081، ص 672.

⁴ - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 492.

⁵ - محمود محمد عوض سلامة، مرجع سابق، ص 47.

وهم يرون أنه إذا فقد الرضا من أحدهما فلا يصح الخلع ولا تترتب عليه أحكامه¹.
استدلّ من أوجب رضا الزوج بأنّ قول الرسول ﷺ لثابت بن قيس "إقبل الحديقة
وظلّقتها تطليقة" أمر إرشاد وإصلاح لا إيجاب، وليس في ذلك إيجاب لا للزوج ولا
للزوجة².

للردّ على الرأي السابق ينبغي التأكيد على أنه لا يوجد أيّ إشارة إلى أنّ أمر
الرسول ﷺ ثابت بن قيس بالتطليق كان من باب الإرشاد، وإنّما الأمر يفيد الإلزام
والوجوب. وكلّ حيثيات هذه القضية تُظهر أنّ الأمر كان على سبيل الإلزام، فالمرأة
بغضت زوجها أشدّ البغض إلى درجة أنّها خافت على نفسها الكفر في الإسلام، بكلّ ما
تحمله هذه العبارة من معنى. ثمّ حملت أمرها إلى الحاكم أو القاضي وهو الرسول ﷺ،
فيحكم القاضي بأمرين، الأوّل أن يقبل ثابت الحديقة والثاني أن يطلقها تطليقة، فكيف
يسمى هذا إرشادا وتوجيها؟ فالأصل أنّ الأمر للوجوب ما لم ترد قرينة تصرفه عنه، وهنا
لم ترد أيّة قرائن تصرف هذا الأمر عن حقيقته. فإذا كان اشتراط رضا الزوجة مسلّم به
فإنّ رضا الزوج ليس شرطا ضروريا خاصة إذا التجأت الزوجة إلى القاضي ليحبر
الزوج على المخالعة³. كما أنّ النبي ﷺ عندما قضى بقبول الفداء وأمر بالطلاق، لم
يسأل الزوج إن كان راضيا أم لا، بل قال له اقبل الحديقة وطلقها تطليقة⁴.

وأبلغ ردّ على من اشترط رضا الزوج لإيقاع الخلع قول ابن رشد الحفيد: "والفقه أنّ
الفداء إنّما جعل للمرأة في مقابل ما بيد الرجل من الطلاق، فإنّه لما جعل الطلاق بيد
الرجل إذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل"⁵.

¹ - عبد المجيد محمود مطلوب، فرق الزواج وحقوق الأولاد والأقارب، د.د.ن، د.ب.ن، 1996، ص
81؛ عاطف فؤاد صحصاح، مرجع سابق، ص 14.

² - أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج 9، مرجع سابق، ص
400؛ ابن حزم، الجزء الثامن، مرجع سابق، ص 235.

³ - عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 1997، ص
79 وما يليها؛ د. محمود محمد معوض سلامه، مرجع سابق، ص 47.

⁴ - محمد طلحة زايد، ديوان الطلاق، ط1، مطبعة الحلبي، القاهرة، 1980، ص 545؛

-Zeineb Radwan , Le statut de la femme entre mythe et réalité, Dar Elbouraq, Beyrouth,
Liban, 2006, P 114

⁵ - ابن رشد الحفيد، مرجع سابق، ص 1403.

في نفس السياق قال الدكتور محمد طلحة زايد: "فمن قال بوجوب موافقة الزوج على الفداء، فإنما تحكّم في الدين برأيه وغفل عن قضاء رسول الله، وإنّما الدين حكم الله وحكم رسوله، لا حكم أحد من الناس كائنا من كان"¹.

وهذا القول في حقيقة الأمر هو الذي يجيب على إشكالية البحث بأكملها لأنها تبرهن على مدى حرّية المرأة في فك الرابطة الزوجية.

محمل القول أنّ الخلع يكون بتراضي الزوجين فإذا لم يتمّ التراضي بينهما فللقاضي إلزام الزوج بالخلع، لأنّ ثابتاً وزوجته رفعا أمرهما للنبي ﷺ، فالأزمه الرسول ﷺ بأن يقبل الحديقة ويطلق كما تقدّم في مختلف روايات الحديث². وحسب تقديرنا فإنّ تساؤل ثابت بن قيس في إحدى روايات الحديث عن مدى صحّة ذلك بقوله "أ يكون ذلك"، لم يكن المقصود به التساؤل حول حكم التطليق في حدّ ذاته وإنّما كان حول مدى مشروعية أخذه لما سبق وأن أعطاه لزوجته مقابل زواجه منها، لأنّه خاف أن يخالف حدود الله التي أمرت بأن لا يأخذ الزوج من زوجته شيئاً ممّا أعطاه لها بمناسبة الزواج وذلك مصداقاً لقوله تعالى "ولا يحلّ لكم أن تأخذوا ممّا آتيتموهنّ شيئاً...".

ثانياً: ملتزم العوض وهو الزوجة

هناك من الفقهاء من أطلق على هذا الركن "القابل" وهم يقصدون الزوجة، والموجب هو الزوج رغم أنّ طلب الخلع في غالب الأحيان يكون من طرف الزوجة، أي أنّ الإيجاب يكون من الزوجة والقبول من الزوج. وتفسير ذلك، أي اعتبار الموجب هو الزوج والقابل هو الزوجة هو أنّ الخلع من جانب الزوجة يعدّ معاوضة، وكلّ معاوضة يجب فيها قبول دافع العوض، ودافع العوض هنا هو الزوجة. ويستلزم ذلك تحقّق القبول في مجلس الإيجاب أو مجلس العلم به.

ولمّا كان العوض في الخلع أشبه بالتبرعات فقد اشترط الفقهاء أن يكون ملتزم العوض أهلاً للتصرفات المالية، فلا يصحّ الخلع بعوض من الصغيرة والمجنونة والمحجور عليها لفسفه. فإذا خالعهنّ الزوج على مال وقبضه فإنّ الطلاق يقع باتفاق

¹ - محمد طلحة زايد، مرجع سابق، ص 545.

² - سيّد سابق، مرجع سابق، ص 203.

جمهور الفقهاء، ولكنهم اختلفوا في المال أي العوض هل هو لازم أم أنه مردود وغير لازم¹.

يُشترط في الزوجة أن تكون محلاً للطلاق²، أي أن تكون العلاقة الزوجية قائمة. فلا يصح أن يتم الخلع بعد البينونة ولا بعد الردة ولا في النكاح الفاسد، لأنَّ حلَّ العلاقة الزوجية قد زال بالبينونة وبالردّة فلا يكون للخلع شيء يزيله. كما أنَّ النكاح الفاسد لا يبيح حلَّ الاستمتاع حتى يحتاج إلى الخلع لإزالته. وبالتالي فالزوج يمكن له أن يخالع زوجته أثناء الطلاق الرجعي لأنَّ ملك النكاح مازال قائماً حكماً³.

ثالثاً: البديل في الخلع

ماذا يصحّ أن يكون بدلاً في الخلع، وما هو حكم أخذ البديل من قبل الزوج⁴؟

1- ما يصحّ أن يكون بدلاً في الخلع

يجوز أن يكون بدلاً في الخلع ما يجوز أن يكون مهراً وهذا باتفاق الفقهاء. والبديل عند الجمهور كل ما يصحّ تملكه سواء كان مالا عيناً أم ديناً أم منفعة، تحرزا من الخمر والخنزير وما شابه ذلك كالمخدرات مثلاً. فإذا خالع الزوج زوجته ببديل محرّم فلا شيء له عليها، أي أنّ التزامها بدفع البديل يسقط وتبين منه عند المالكية والحنبليّة والحنفية، ويكون كالخلع بدون عوض، لأنّه رضي بإسقاط حقّه دون عوض. فالذي يشترط أو يقبل بدلاً محرّماً كالذي أسقط حقّه دون عوض، لأنّ هذا العوض غير معتبر شرعاً. أمّا الشافعية فإنّهم يرون أنّ الزوج لو خالع زوجته بمجهول أو حرام بانّت منه بمهر المثل، ولو خالع بما ليس مقوّماً بالمال وقع الطلاق رجعيّاً لأنّه لم يطمع في شيء. وكما

¹ - للتفصيل في ذلك ارجع إلى فقه المذاهب الأربعة لعبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص 995 وما يليها؛ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 490 وما يليها؛ عاطف فؤاد صحصاح، مرجع سابق، ص 20 إلى 22؛ محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 540 إلى 545؛ محمود عمر الطويل، رسالة في الخلع، كنيّة الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، ص 42.

² - أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مكتبة الفلاح، د.ب.ن، د.ت.ن، ص 467 إلى 469.

³ - عبد المجيد محمود مطلوب، مرجع سابق، ص 81.

⁴ - عبلة الكحلوي، مرجع سابق، ص 138 وما يليها.

يصحّ الخلع بالمال سواء كان نقداً أو عرض تجارة، أو مهراً يصحّ أن يكون نفقة عدّة أو أجرة رضاع أو حضانة وفي ذلك تفصيل للمذاهب¹.

2- حكم أخذ البديل من قبل الزوج

إذا تساءلنا عن حكم أخذ بدل الخلع من الزوجة ينبغي التساؤل كذلك عن المقدار الجائز أخذه².

يفرّق الفقهاء في تقدير قيمة بدل الخلع بين الحالة التي يكون فيها الكراهية والنشوز من ناحية الزوجة أو الزوج، لأنّ الشقاق قد يكون المتسبب فيه الزوج وحده، وقد يكون سببه الزوجة وقد يكون منهما معا.

إنّ البحث في حكم أخذ بدل الخلع من طرف الزوج ليس معناه إبطال الخلع وإنّما الخلع يقع ويحق للزوج قضاءً أن يمتلك البديل الذي رضيت الزوجة بدفعه وذلك باتفاق الفقهاء. أمّا ديانة، أي من ناحية الحلال والحرام، بعبارة أخرى إذا كان الزوج آثماً أم لا إذا أخذ ذلك البديل، فالأمر يختلف وفقاً لما يلي:

أ- أن تكون الزوجة هي الراغبة في الفرقة لنفورها من زوجها لسبب ما. في هذه الحالة لا إثم على الزوج في أخذ البديل. ويجوز له ذلك إذا كان مساوياً للمهر أو أقلّ منه، فإن زاد على المهر جاز أخذه عند بعض الفقهاء، وذهب البعض إلى عدم جواز أخذ ما زاد عليه - أي ما زاد على المهر -.

ب- إذا كان النفور والكراهية من جهة الزوج، فقد يعاملها بقسوة ليضطرّها إلى دفع الفدية. ففي هذه الحالة لا يجوز له أن يأخذ شيئاً ولو قليلاً لأنّ ذلك حرام لقوله تعالى:

¹ - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 494؛ محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 545 وما يليها.

² - محمد مصطفى شلبي، المرجع نفسه، ص 549 وما يليها؛ محمود محمد حمودة، محمد مطلق عساف، فقه الأحوال الشخصية، مؤسسة الورّاق، عمان، الأردن، 2000، ص 184؛ عاطف فؤاد صحصاح، مرجع سابق، ص 23.

"أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا"¹. وقوله: "وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ"²، وقوله: "وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا"³.

ج- أما إذا كان النشوز والكراهية من كلا الزوجين، ففي هذه الحالة يجوز للزوج أن يأخذ بدل الخلع إذا كان مساويا للمهر أو أقل منه ولا يجوز له أخذ أي زيادة على ذلك⁴.

رابعاً: صيغة بدل الخلع

من أركان الخلع وشروطه أن يكون بلفظ الخلع أو ما اشتق منه أو ما يدل على معناه كالإبراء والافتداء، كقول الزوج لزوجته خالعتك على 100 ألف دينار أو على مؤخر الصداق فتقبل ذلك، أو كأن يقول لها بارأئك على كذا أو افندي نفسك بكذا فتقبل هي ذلك⁵. ويرجع ذلك إلى أن الخلع تصرف في البضع (الاستمتاع بالمرأة) بعوض فلا يصح بدون اللفظ كالنكاح والطلاق⁶. وقد سبقت الإشارة إلى أن الحنفية حصروا أركان الخلع في الإيجاب والقبول، ويستوي أن يكون الإيجاب من الزوج أو الزوجة ويكون القبول من الطرف الآخر. كما قالوا أن ألفاظ الخلع خمسة، مما اشتق من الخلع كخالعتك أو اخلعي نفسك، أو بارأئك، باينتك، فارقتك أو لفظ من ألفاظ الطلاق على مال⁷.

¹ - الآية 20 من سورة النساء.

² - الآية 19 من سورة النساء.

³ - الآية 231 من سورة البقرة.

⁴ - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 498، 499.

⁵ - عبد المجيد محمود مطلوب، مرجع سابق، ص 81.

⁶ - محمود محمد الطنطاوي، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص 336؛ د. وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص 486.

⁷ - عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص 990، 991 (في الهامش)، ومما جاء فيه: "والحنفية قالوا: إن ألفاظ الخلع خمسة: أحدها: ما اشتق من الخلع، وهي كأن يقول لها: خالعتك، اخلعي، اخلعي نفسك، خلعتك ولهذا قالوا: إنه يقع به الخلع بدون نية، لأن العرف يستعمله في الطلاق كثيراً فأصبح كالصريح، فإذا قال لامرأته: خالعتك، وذكر مالا فالأمر ظاهر، وإذا لم يذكر مالا فإنه يقع به الطلاق نوى أو لم ينو، قبلت أو لم تقبل....، ولكنها إذا قبلت في قوله: خالعتك، أو اخلعي سقط به حقها في المهر، فإذا قال لها: اخلعي نفسك، فقالت خلعت نفسي، ولم يذكر بدلا لا هو ولا هي وقع الخلع وسقط حقها، وبعضهم يرى بأنها تطلق بلا بدل، وبه أخذ كثير من العلماء، وإذا كانت العلة في إيقاع الطلاق بلفظ خلعتك ونحوه بدون نية هو استعمال العرف فإن عرف زماننا غير ذلك، بل المتعارف فيه استعماله في إسقاط الحقوق.... . ثانيها: لفظ بارأئك، فإذا قال لها: بارأئك على عشرين جنيها وقبلت وقع طلاق

قال المالكية يُشترط في الصيغة ثلاثة شروط:

- أن تكون لفظا صريحا أو كناية.
- أن يكون القبول في المجلس إلا إذا علّقه الزوج بالأداء أو بقبض البدل.
- أن يكون بين الإيجاب والقبول توافق في المال.

قال الشافعية أنّ صيغة الخلع هي كل لفظ من ألفاظ الطلاق سواء كانت صريحة أو كناية.

أمّا الحنابلة فقالوا أنّه يشترط في صيغة الخلع شروط وهي:

- أن تكون لفظا فلا يصحّ الخلع بالمعاطاة ولو نوى بها الطلاق، بل لا بدّ فيه من الإيجاب والقبول.

بائن ولزمها العشرون وسقط مهرها باتفاق، وإذا لم تقبل لم يقع طلاق ولم يلزمها شيء، باتفاق، أمّا إذا لم يذكر البدل بل قال لها: بارأئك، فإذا قالت: قبلت وقع الطلاق البائن وسقط حقّها في المهر ونحوه، وكذا إذا قالت له: بارئني، فقالت: بارئني، فقال: أبرأتك، وهل يتوقف إيقاع الطلاق بهذه عل النية أو لا؟ والجواب: أنّها إذا كثر استعمالها في الطلاق، كالخلع، يقع بها الطلاق بدون نية، على أنّ عرف زماننا لم يستعمل بارأتك في الخلع، وإنّ المستعمل أن يقول لها: أبريني وأنا أطلقك، فنقول له: أبرأتك، فيقول لها: أبرأتك على ذلك... . **ثالثها:** لفظ بائنتك، فإنّه موضوع للخلع، فإن لم يذكر وقبلت سقطت حقوقها في المهر متى نوى الطلاق، وإن لم تقبل ونوى به الطلاق طُلقت وإلا فلا، لأنّ المباينة لا يقع بها الطلاق إلا بالنية، أمّا إذا قال لها: بائنتك على عشرين ريالاً ولم تقبل لا يقع به الطلاق قولاً واحداً ولا يلزمها البدل لأنّه علّق إبانيتها على المال، كما قلنا. **رابعها:** لفظ فارقتك، فإنّه إذا ذكر مالا فقال: فارقتك على مائة، وقبلت، بانت منه ولزمتها المائة وسقطت حقوقها الآتي بيانها من مهر ونحوه، وإن لم تقبل لا يقع طلاق ولا يلزمها مال. وإن لم يذكر مالا فإن قبلت منه سقطت حقوقها التي تسقط بالخلع إنّ نوى به الطلاق أو قامت قرينة على إرادة الطلاق: وإن لم تقبل، فإن نوى به الطلاق لزمه طلاق بائن لأنه كناية، وإلا فلا يلزمه شيء. **خامسها:** لفظ الطلاق على مال فإذا قال لها: طلقي نفسك على عشرين جنيهاً، فقالت: قبلت، أو: طلقت نفسي على ذلك، وقع الطلاق بائناً ولزمها العشرون وهل يسقط ذلك حقها في المهر زيادة على العشرين التي دفعتها؟ الصحيح أنه لا يسقط، نعم تسقط به نفقتها، سواء كانت مفروضة أو لا، فإذا كان محكوماً لها بنفقة زوجية متجمدة سقطت بالطلاق على مال وإن لم يُنصّ على سقوطها، وهذه بخلاف نفقة العدة فإنّه سيأتي الكلام عليها... فهذه هي الخمسة المشهورة وزيد عليها اثنتان: **أحدهما:** ما اشتق من لفظ البيع، فإذا قال لها: بعت نفسك بمائة جنيهاً، فقالت اشتريت... **وثانيهما:** ما اشتق من لفظ الشراء، فإذا قال لها: اشترى طلاقك بألف، فقالت: قبلت أو اشتريت وقع طلاق بائن ولزمت الألف.....".

- أن يكون الإيجاب والقبول في المجلس، فإذا قال لها: خلعتك بكذا، وقام من المجلس قبل أن تقبل، فإنه لا يصح، ونفس الأمر إذا قامت هي ولم تقبل.
 - أن لا يضيف الخلع إلى جزء منها، كأن يقول خلعت يدك وقبلت فإنه يعتبر لغوا.
 - أن لا يعلّقه على شرط بخلاف الطلاق فإنه يصحّ تعليقه. لكن يصحّ الخلع بذكر البدل والاتفاق عليه مع إضافة شرط، فيصح الخلع ويلزم العوض ويبطل الشرط، كأن يقول لها خلعتك بكذا على أن يكون لي الحق في الرجعة، فالخلع يصحّ والشرط يبطل¹.
- خلاصة القول أنّ الفقهاء يرون أنه لا بدّ في الخلع من أن يكون بلفظ الخلع أو بلفظ مشتق منه أو لفظ يؤدي معناه، مثل المباراة أو الفدية، فإذا لم يكن بلفظ الخلع ولا بلفظ فيه معناه، كأن يقول لها: أنت طالق في مقابل مبلغ كذا وقبلت، كان طلاقه على مال ولم يكن خلعا².

بعد الانتهاء من صيغة الخلع تجدر الإشارة إلى أنّ الأركان الأربعة السابقة والشروط التي صاحبها هي ما اتفق عليه جمهور الفقهاء، وسنذكر بعض الشروط الإضافية المختلف فيها وهي كالآتي:

- اشترط الجعفرية لصحة الخلع، فوق ما تقدم، حضور شاهدين كما هو الحال في الطلاق عندهم.
- كما اشترط الجعفرية أن يكون الخلع والمبارأة عند وجود الكراهة من الزوجين معا، أو من الزوجة فقط، وبعضهم يشترط في الخلع أن تكون الكراهة من الزوجة خاصة، وفي المباراة أن تكون الكراهة من الزوجين معا.

¹- كما يرى الحنابلة "أنّ الخلع يصحّ مع البيع، فإذا قالت لزوجها: بعني هذا الجمل وطلقني بمائة، فإنه يصحّ إذا قال لها قبلت في المجلس، ويكون ذلك بيعا وخلعا، لأنّ كل منهما يصحّ مفردا فصحاّ مجتمعين، ثم ينظر إلى المبلغ بالنسبة لصداقها المسمى في عقد الزواج، فإن كان خمسين جعل عوض الخلع خمسين وثمان الجمل خمسين... وإن كان مهرها أكثر نقص بقدر ذلك من ثمن الجمل، وعلى هذا القياس... ولا بدّ من مطابقة القبول للإيجاب فيما يوافق غرض الموجب، فإذا قالت له: اخلعني بألف، فقال طقتك، لم يستحق الألف لأنه أوقع طلاقا لم تطلبه، فلم يتحقق الخلع الذي بذلت فيه العوض....."،

ارجع إلى عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص من 1006 إلى 1008.

²- سيد سابق، مرجع سابق، ص 200.

- كما يضيف الإباضية وبعض أهل السنة أنه لا يجوز للزوجة أن تطالب بالخلع حتى تبلغ درجة من الضرر تخاف معها ألاّ تقيم حدود الله في نفسها أو في حقوق زوجها.
- ألاّ يؤدي الزوج زوجته بقصد إجبارها على الخلع، وقد أوضحنا هذه النقطة من قبل.
- اشتراط إذن الحاكم لصحة الخلع. وقد اختلف الفقهاء في هذا الشرط وشكّلوا بذلك اتجاهين:

الاتجاه الأول: قال بهذا الاتجاه جمهور الفقهاء وهم يرون أنّ الخلع يتمّ دون حاجة إلى إذن الحاكم. وقد ذهب إلى ذلك أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد ابن حنبل والإباضية، وذهب إلى ذلك، من الصحابة، عمر ابن الخطاب وعثمان ابن عفان وعلي ابن أبي طالب رضي الله عنهم جميعاً. وقد جاء في المغني "ولا يفتقر الخلع إلى حاكم..."¹. وقد استدللّ هذا الرأي بما يلي:

- قول الله تعالى: " فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ"²، فالظاهر من الآية أنّها أجازت الخلع مطلقاً، بحاكم وبدون حاكم.
- النكاح جائز عند غير الحاكم وكذلك الخلع.

- ما روي عن عمر وعثمان وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم، أنهم أجازوا الخلع بدون إذن الحاكم³.

الاتجاه الثاني: يرى أصحاب هذا الرأي أنّ الخلع لا يكون إلاّ بحكم الحاكم. وقد استدللّوا على رأيهم بما يلي:

- قول الله تعالى: "وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا..."⁴. ووجه الدلالة في هذه الآية هو جعل الخوف لغير الزوجين بقوله تعالى "وَإِنْ خِفْتُمْ"، ولو

¹ - موفق الدين بن قدامة، ج8، مرجع سابق، ص 174؛ منصور نصر عبد الحميد قموح، الفرقة بين الزوجين بالخلع وعلاقته باحترام إرادة المرأة، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 1979، ص 146.

² - الآية 229 من سورة البقرة.

³ - الكاساني، ج 4، مرجع سابق، ص 315.

⁴ - الآية 35 من سورة النساء.

كان لهما -أي للزوجين- لقال الله تعالى: "وإن خافا". ونفس الأمر في قوله تعالى: "فإن خفتن ألاّ يقيما حدود الله...". فالمراد هنا الولاية أو السلطان، أي الحاكم أو القاضي¹.
- ما روي عن الحسن البصري وابن سيرين من أنه لا يجوز الخلع إلاّ عند السلطان².
- وكذلك أمر الرسول ﷺ ثابت بن قيس بأن يقبل الحديقة ويطلق تطلقته، والأمر هنا يفيد الوجوب الذي أمر به الحاكم.

مع من يرجح هذا الرأي أو ذلك³ فإنه -وحسب تقديرنا- ينبغي اللجوء إلى الحاكم لكي يحاول الإصلاح بين الزوجين ويمنع تعسف الزوج في تقدير مقدار الخلع. وفي كل الأحوال فإنه لا طلاق إلاّ بحكم القاضي في الدولة الحديثة.
مما سبق نكون قد ألمنا بمجمل أحكام الخلع، ولم يبقى سوى التعرض للتكييف الفقهي له بمقارنته بما شابهه من بعض صور الطلاق، ثم التعرض لموقف التشريعات العربية من الخلع وأحكامه.

المطلب الثاني

التكييف الفقهي للخلع وموقف التشريعات العربية منه ومن أحكامه

سننطلق في هذا المطلب إلى موضوعين، يتمثل الأول في معرفة طبيعة الخلع، وقد لا يتسنى لنا ذلك إلاّ بعد مقارنته بالطلاق على مال، وبعدها التعرض لطبيعة الخلع من حيث كونه يمينا أو معاوضة، بعدها التعرض إلى ما إذا كان الحكم بالخلع يعتبر فسخا أو طلاقا. أما الموضوع الثاني فيتعلق - كالمعتاد - بمعرفة موقف التشريعات العربية قيد الدراسة من الخلع وجميع أحكامه التي تعرضنا لها.

¹ - القرطبي، الجزء 5، مرجع سابق، ص 175.

² - الكاساني، ج 4، مرجع سابق، ص 315؛ ابن حزم، ج 8، مرجع سابق، ص 237.

³ - محمود محمد عوض سلامة، مرجع سابق، ص 55.

الفرع الأول التكييف الفقهي للخلع

قبل الخوض في معرفة ما إذا كان هذا الخلع يمينا أو معاوضة ومعرفة ما إذا كان الحكم به يعتبر فسخا أم طلاقا، فإنه ينبغي أولاً مقارنته بالطلاق على مال، لمعرفة ما إذا كن لهما نفس المعنى أم أنهما يختلفان.

أولاً: تمييز الخلع عن الطلاق على مال

الطلاق على مال، كما يظهر من تسميته، هو الطلاق الذي تكون صيغته بلفظ من ألفاظ الطلاق الصريحة أو الكناية في مقابل مال تدفعه الزوجة لزوجها¹. أما الخلع فلا يكون إلا بلفظ الخلع أو ما في معناه. وبهذا التعريف يكون الطلاق على مال غير الخلع، حيث تترتب عليه أحكام خاصة به، بعضها يتفق مع أحكام الخلع وبعضها الآخر يختلف معها².

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الخلع غير الطلاق على مال، وقال الحنفية أنه إذا كان بلفظ الطلاق لا يكون خلعا بل يكون طلاقا على مال، أما إن كانت الفرقة بين الزوجين بلفظ الخلع أو المبارأة فتكون خلعا³.

1- أوجه الاتفاق بين الخلع والطلاق على مال:

أ- الفرقة التي تقع بكل من الخلع والطلاق على مال هي طلاق بائن، لأن قبول دفع البديل إنما كان للتخلص من سلطان الزوج، ولا يتحقق ذلك للمرأة إلا بالطلاق البائن، لهذا

¹ - عاطف فؤاد صحصاح، مرجع سابق، ص 39.

² - وفي أوجه الاختلاف بين الخلع والطلاق على مال ارجع إلى كل من:

- عاطف فؤاد صحصاح، مرجع سابق، ص 39 و40؛ سامح سيد محمد، مرجع سابق، ص 111 إلى 114؛ محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 538 و539؛ محمود محمد عوض سلامة، مرجع سابق، ص 26 إلى 28؛ ناهد العجوز، مرجع سابق، ص 38 إلى 40؛ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 503 و504؛ إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، (الزواج، الفرقة وحقوق الأولاد)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999، ص 205 إلى 207؛ محمد مصطفى شحاته الحسيني، الأحوال الشخصية في أحكام الزواج والطلاق والعدة والنفقة وحقوق الأولاد، ط7، مطبعة السعادة، د.ب.ن، 1975، ص 117.

³ - الكاساني، ج4، مرجع سابق، ص 312.

ينحلّ بهما قيد الزواج في الحال¹.

ب- يشترط في كل منهما قبول الزوجة للخلع والطلاق على مال، وقبولها في كليهما دفع البذل، لأنّ الخلع معاوضة في حقّها والمعاوضة يلزم فيها قبول من يلتزم بدفع العوض، فتلتزم الزوجة في كل منهما بالبذل ما دامت أهلا للتبرع.

2- أوجه الاختلاف بين الخلع والطلاق على مال:

أ- الخلع مختلف فيه بين الفقهاء بين من يراه فسحا ومن يراه طلاقا². أمّا الطلاق على مال فهو محلّ اتفاق بين الفقهاء على أنّه طلاق بائن، وينقص من عدد الطلاقات التي يملكها الزوج على زوجته عكس الفسخ.

ب- تكون صيغة الخلع بلفظ الخلع أو ما في معناه كالمبارأة، عكس الطلاق على مال الذي يكون بلفظ من ألفاظ الطلاق.

ج- يرى جمهور الفقهاء أنّ الخلع لا يسقط شيئا من حقوق الزوجة إلاّ ما اتفق على إسقاطه كبذل للخلع كالطلاق على مال. أمّا فقهاء الحنفية فقد اتفقوا على أنّ الطلاق على مال لا يسقط أيّ حق من الحقوق الثابتة لأحد الزوجين على الآخر بموجب عقد الزواج الذي حصل فيه الطلاق على مال، إلاّ بالنص على إسقاطه. لكنهم اختلفوا بخصوص الخلع حول ما إذا كان يترتب عليه سقوط تلك الحقوق أم لا. فالخلع يُسقط عند أبي حنيفة كل حق مالي ثابت وقته يتعلق بالنكاح الذي وقع الخلع فيه. ولا يسقط هذا الحق عند صاحبيه محمد وأبو يوسف اللذان يريا أنّ الخلع لا يسقط به إلاّ ما سميا³.

د- إذا بطل البذل في الخلع بأن كان محرّما وقع الطلاق بائنا عند الحنفية، أمّا إذا بطل في الطلاق على مال فالطلاق يقع رجعيا. وممّا جاء في كتاب بدائع الصنائع: "أمّا الطلاق على مال فهو في أحكامه كالخلع، لأنّ كل واحد طلاق بعوض، فيعتبر في أحدهما ما

¹ - وقد جاء في المرجع السابق في الصفحة 313 ما يلي: "...وأما بيان كيفية هذا النوع، فنقول: أنّه له كفتيتان، إحداهما أنّه طلاق بائن، لأنّه من كنيات الطلاق وأنها بوائن عندنا، ولأنّه طلاق بعوض، وقد ملك الزوج العوض بقبولها، فلا بدّ أن تملك هي نفسها تحقيقا للمعاوضة، ولا تملك نفسها إلاّ بالبائن، فيكون طلاقا بائنا، وإنها إنّما بذلت العوض لتخليص نفسها عن حباله الزوج، ولا تتخلص إلاّ بالبائن، لأنّ الزوج يراجعها في الطلاق الرجعي، فلا تتخلص ويذهب مالها بغير شيء، وهذا لا يجوز...".

² - سنتعرض لهذا العنصر في موضوع طبيعة الحكم الصادر بالخلع لاحقا.

³ - الكاساني، ج 4، مرجع سابق، ص 326.

يعتبر في الآخر، إلاّ أنّهما يختلفان من وجه، وهو أنّ العوض إذا أبطل في الخلع بأن وقع الخلع على ما ليس بمال متقوم يبقى الطلاق بائناً. وفي الطلاق على مال إذا أبطل العوض بأن سمياً ما ليس بمال متقوم فالطلاق يكون رجعياً لأنّ الخلع كناية، والكنايات مبيّئات عندنا، فأما الطلاق على مال فصريح وإنّما تثبت البيّنونة بتسمية العوض إذا صحّت التسمية، فإذا لم تصحّ التحقت بالعدم، فبقي صريح الطلاق فيكون رجعياً¹.

هـ- ومن أوجه الاختلاف الجوهرية بين الخلع والطلاق على مال، أنّ الخلع يمكن حصوله بثلاثة طرق، أمّا الطلاق على مال فلا يحصل إلاّ بطريقة واحدة. فالخلع يتحقق إمّا اتفاقاً، وهو هنا يتشابه مع الطلاق على مال والتي هي صورته الوحيدة. أو يتحقق عن طريق القضاء في حالة رفض الزوج الخلع نظير ما عرضته عليه الزوجة من عوض. أو يتحقق بالاتفاق بين الزوج وأجنبي². أمّا الطلاق على مال فلا يتصور حصوله إلاّ باتفاق الطرفين.

خلاصة القول أنّه رغم التشابه الكبير بين الخلع والطلاق على مال إلاّ أنّهما يختلفان في بعض النقاط والتي أدّت إلى اختلاف الفقهاء. ولكننا نرى أنّه في تطبيقاتنا المعاصرة والتي تفتقر إلى القاضي فإنّه لا فرق بين الخلع والطلاق على مال لأنّ الإجراء واحد والنتيجة واحدة.

ثانياً: طبيعة الخلع من حيث كونه يمينا أو معاوضة

إنّ الخلع عقد ينعقد بإيجاب وقبول، وما دام الخلع افتداء من الزوجة ببذل مال للزوج في مقابل خلاصها منه، فإنّه يعتبر معاوضة من جانبها لأنّها تبذل بدلاً للحصول على مقابل وهو حرّيتها. وبما أنّ الزوج علّق طلاق زوجته على قبول ذلك البذل، فهذا التعليق يعتبر يمينا من طرف الزوج كما يرى الفقهاء³.

¹ - الكاساني، ج 4، مرجع سابق، ص 328.

² - وهو أن يطلب شخص أجنبي من الزوج أن يخلع زوجته ويتعهد هذا الأجنبي بدفع بدل الخلع للزوج. وقد أجاز الحنابلة ذلك وقيدته المالكية بتحقيق مصلحة أو درء مفسدة. كما يرى الإمامية من الشيعة أنّه لا يصحّ الخلع ولا يجب على الأجنبي دفع شيء لكن يصحّ أن يضمن الفدية بإذن الزوجة. لتفصيل ذلك ارجع إلى: د. ناهد العجوز، مرجع سابق، ص 33؛ سامح سيد محمد، مرجع سابق، ص 115، 116؛

- Ghassan Ascha, Mariage, Polygamie et répudiation en islam, Editions L Harmattan, Paris , P 159

³ - ارجع في صفة الخلع إلى كل من:

ما سبق لا يعني أنّ الخلع يُكَيَّف على أنه يمينا ومعاوضة في نفس الوقت، وإنّما، وحسب تقديري، يعتبر معاوضة بالنسبة للزوجة إذا ابتدأت بالإيجاب ولأنّها هي الملتزمة بدفع البدل، ويعتبر يمينا إذا ابتدأ الزوج بالإيجاب وعلّق طلاق زوجته على بذلها للمقابل، أي أنه يلتزم بطلاقها إن هي التزمت بدفع البدل، لهذا يعتبر يمينا وعهدا من جانبه.

1- الأحكام المترتبة على اعتبار الخلع يمينا من طرف الزوج:

- أ- يجوز له الرجوع فيه قبل قبول الزوجة لأنّه تعليق، والتعليق لا يجوز الرجوع فيه، ولا يجوز منع الزوجة أو حتى نهيها عن القبول.
- ب- لو قام الزوج من المجلس الذي أوجب فيه الخلع قبل قبول الزوجة لا يبطل إيجابه بهذا القيام، فلو قبلت الزوجة بعد قيامه كان قبولها صحيحا ووقع الطلاق.
- ج- لا يصحّ للزوج أن يشترط لنفسه الخيار لمدّة معلومة لأنّ الزوج لا يملك الرجوع عن الخلع لما بيّناه. واشترط الخيار يجعل له الحق في الرجوع عنه في مدّة الخيار، وعلى ذلك فشرط الخيار شرط باطل، ولكن الخلع يصح ويقع الطلاق ويبطل الشرط.
- د- يجوز للزوج أن يعلّق الخلع على حصول أمر في المستقبل وأن يضيفه إلى زمن مستقبل، كأن يقول لها: "لإن قدم فلان فقد خالعتك على كذا" أو "خالعتك على كذا أول الشهر القادم"، والقبول يجب أن يصدر بعد تحقق الشرط، فإذا قبلت قبل ذلك لا يصحّ الخلع¹.

- أحمد الغندور، مرجع سابق، ص 457 وما يليها؛ ناهد العجوز، مرجع سابق، ص 25 و26؛ سامح سيد محمد، مرجع سابق، ص 103 إلى 108؛ عاطف محمد صحصاح، مرجع سابق، ص 12 و13؛ محمود محمد عوض سلامة، مرجع سابق، ص 42 إلى 46؛ محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 533 إلى 537؛ محمد البشير محمد الحاج الحجاز، آثار الفرقة بين الزوجين في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 1980، ص 321 وما يليها؛ وغيرهم... .

¹ - الكاساني، ج 4، مرجع سابق، ص 313 و314، وقد جاء فيهما ما يلي:
"...والثانية أنّ من جانب الزوج يمين وتعليق الطلاق بشرط، وهو قبولها العوض ومن جانبها معاوضة المال، وهو تمليك المال بعوض حتى ولو ابتدأ الزوج بالخلع، فقال: خالعتك على ألف درهم، لا يملك الزوج الرجوع عنه ولا فسخه ولا نهى المرأة عن القبول، ولا يبطل بقيامه عن المجلس قبل قبولها، ولا يشترط حضور المرأة، بل يتوقف على ما وراء المجلس، حتى ولو كانت غائبة فبلغها، فلها القبول لكن في مجلسها، لأنّه في جانبها معاوضة المال لما نذكر. وله أن يعلقه على شرط أو يضيفه إلى وقت، نحو أن يقول: إذا قدم زيد فقد خالعتك على ألف درهم، أو يقول: خالعتك على ألف درهم غدا، أو رأس شهر

2- الأحكام المترتبة على اعتبار الخلع معاوضة من جانب الزوجة:

- أ- إذا ابتدأت الزوجة بالخلع كأن تقول اختلعت نفسي منك بكذا كان لها أن ترجع عن هذا الإيجاب قبل قبول الزوج، لأنّ الإيجاب في المعاوضات يصحّ الرجوع فيه قبل صدور القبول من الطرف الآخر.
- ب- إذا قامت الزوجة من مجلس الخلع قبل قبول الزوج أو قام هو قبل قبوله بطل الإيجاب الصادر من الزوجة، لأنّ عقد المعاوضة يبطل بتفرّق المجلس.
- ج- يجوز للزوجة أن تشترط لنفسها الخيار في مدة معلومة يكون لها فيها الحق في القبول أو الرفض، لأنّ الخلع من جانبها معاوضة، والمعاوضات يصحّ فيها شرط الخيار، مع اختلاف آراء الفقهاء في ذلك.
- د- لا يصحّ للزوجة أن تعلق الخلع ولا أن تضيفه إلى زمن مستقبل، لأنّ المعاوضات لا تقبل التعليق ولا الإضافة.
- هـ- لا تلتزم الزوجة ببطل الخلع إلا إذا كانت أهلا للتبرع¹.

كذا، والقبول إليها بعد قدوم زيد أو بعد مجيء الوقت، حتى ولو قبلت قبل ذلك، لا يصح، لأن التعليق بالشرط والإضافة إلى وقت تطبيق عند وجود الشرط والوقت، فكان قبولها قبل ذلك هدرا، ولو شرط الخيار لنفسه، بأن قال: خالعتك على ألف درهم، على أنني بالخيار ثلاثة أيام، لم يصحّ الشرط ويصحّ الخلع إذا قبلت".

¹ - وجاء في بدائع الصنائع للكاساني ما يلي: "وإن كان الابتداء من المرأة بأن قالت: اختلعت نفسي منك بألف درهم، فلها أن ترجع عنه قبل قبول الزوج، ويبطل بقيامها عن المجلس وبقيامه أيضا، ولا يقف على ما وراء المجلس، بأن كان الزوج غائبا حتى ولو بلغه، وقيل: لم يصح، ولا يتعلق بشرط، ولا يضاف إلى وقت. ولو شرط الخيار لها، بأن قال: خالعتك بألف درهم، على أنك بالخيار ثلاثة أيام، فقبلت، جاز الشرط عند أبي حنيفة، وثبت لها الخيار حتى أنّها إذا اختارت في المدة وقع الطلاق ووجب المال، وإن ردت لا يقع الطلاق ولا يلزمها المال، وعند أبي يوسف ومحمد شرط الخيار باطل والطلاق واقع والمال لازم، وإنما اختلف الجانبان في كيفية هذا النوع، لأنه طلاق عندنا. ومعلوم أنّ المرأة لا تملك الطلاق بل هو ملك للزوج، لا ملك للمرأة، فإنما يقع بقول الزوج وهو قوله: خالعتك، فكان ذلك منه تطليقا، إلا أنه علّقه بالشرط، والطلاق يحتمل تعليقه بالشرط، والإضافة إلى الوقت لا تحتمل الرجوع والفسخ، ولا يتقيد بالمجلس ويقف على الغائب عن المجلس، ولا يحتمل شرط الخيار، بل يبطل

ثالثاً: طبيعة الحكم بالخلع

بعد أن يستوفي الخلع أركانه وشروطه، هل يعتبر الحكم به فسخاً أم طلاقاً، وإذا اعتبر طلاقاً، هل يعتبر طلاقاً بائناً أم رجعيّاً؟

1- الخلع بين الطلاق والفسخ

انقسم الفقهاء حول طبيعة الحكم بالخلع هل هو طلاق أم فسخ إلى رأيين¹:

- الرأي الأول: يرى أصحاب هذا الرأي أنّ الخلع طلاق لا فسخ، وذهب إلى ذلك عمر وعثمان وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم جميعاً - وجماعة من التابعين، وذهب إلى ذلك مالك والثوري والأوزاعي وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي في أحد قوليه وأحمد ابن حنبل في إحدى الروايتين عنه وعطاء والشعبي وسعيد بن المسيب...²

استدلّ أصحاب هذا الرأي بما يلي:

أ- إنّ رسول الله ﷺ عندما خاطب ثابت بن قيس قال له: "أقبل الحديقة وطلقها تطليقة"، فالحديث جاء بلفظ الطلاق لا الفسخ.

ب- وجاء في موطأ الإمام مالك عن الربيع أنه قال: "أخبرنا الشافعي رضي الله عنه - فقال: ... عن أم بكرة الأسلمية أنّها اختلعت من زوجها عبد الله بن أسيد، ثم أتيا

الشرط ويصحّ الطلاق. وأمّا في جانبها فإنّه معاوضة المال، لأنّه تملك المال بعوض، وهذا معنى معاوضة المال، فتراعي فيه أحكام ومعاوضة المال كالبيع ونحوه، وما ذكرنا من أحكامها، إلّا أنّ أبا يوسف ومحمداً يقولان في مسألة الخيار أنّ الخيار شرّع للفسخ، والخلع لا يحتمل الفسخ، لأنّه طلاق عندنا،...، الكاساني، ج 4، مرجع سابق، ص 314، 315.

¹ - للتفصيل في هذا الموضوع ارجع إلى كل من: عبد المجيد محمود مطلوب، مرجع سابق، ص 87؛ محمود محمد عوض سلامة، مرجع سابق، ص 30 إلى 35؛ عاطف فؤاد صحصاح، مرجع سابق، ص 32 و33؛ سامح سيد محمد، مرجع سابق، ص 217 وما يليها؛ عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص 1008 إلى 1010؛ محمد البشير محمد الحاج الحجاز، مرجع سابق، ص 323؛ منصور فريدة، مرجع سابق، ص 110 و111؛ مصطفى بن العدوي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الإمام مالك، البلديّة، الجزائر، 1997، ص 72، 73.

² - ابن رشد الحفيد، مرجع سابق، ص 1406.

عثمان بن عفان في ذلك فقال: هي تطليقة إلا أن تكون قد سمت شيئاً، فهو ما سمت، قال محمد: وبهذا نأخذ الخلع تطليقة بائنة، إلا أن يكون سمي ثلاثاً أو نواها فتكون ثلاثاً¹.

ج- قول الكاساني في بدائع الصنائع: "ولأنّ لفظ الخلع يدلّ على الطلاق لا على الفسخ لأنّه مأخوذ من الخلع وهو النزع، والنزع إخراج الشيء من الشيء في اللغة. قال الله تعالى: "ونزعنا ما في قلوبهم من غلّ..". أي أخرجنا... فكان معنى قوله خلعتها أي أخرجها من ملك النكاح، وهذا معنى الطلاق البائن. وفسخ النكاح رفعه من الأصل وجعله كأن لم يكن رأساً، فلا يتحقق فيه معنى الإخراج..."².

د- بما أنّ الخلع فرقة لا يملكها إلا الزوج فالفرقة هنا طلاق.

هـ- وبما أنّه يجوز أن يكون الصداق وغيره بدلاً للخلع، فلو كان فسخاً لما جاز على غير الصداق، لأنّ الفسخ يوجب استرجاع البذل.

- الرأي الثاني: ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أنّ الخلع فسخ للعقد وليس طلاقاً، إلا إن سمي تطليقة فهي كذلك. وبالتالي لا ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته، وهو رواية عن عثمان بن عفان وابن عمر وغيرهم، وهو مذهب الشافعي القديم وما ذهب إليه أحمد بن حنبل، في الرواية الثانية عنه، وطاووس وابن عباس وعكرمة³.

استدلّ أصحاب هذا الرأي بما يلي:

أ- ذكر الله تعالى الافتداء بعد أن ذكر الطلاق بقوله: "الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ"⁴، ثمّ ذكر ثانية الطلاق: " فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَتَكَبَّرَ زَوْجًا غَيْرَهُ"⁵، ولو جعل الخلع طلاقاً لازداد عدد الطلقات على الثلاث وهذا لا يجوز.

يُردّ على هذا القول بأنّ الله قد ذكر الطلاقين الأوّل والثاني ولم يذكر فيهما العوض ثم ذكر الحالة التي يكون فيها الطلاق بعوض كنوع من الطلاق، ولم يذكره على أساس أنّه

¹ - مالك بن أنس، الموطأ، الجزء الثالث، مرجع سابق، حديث رقم 1302، رواية محمد بن الحسن، ص 261.

² - الكاساني، ج 4، مرجع سابق، ص 313.

³ - ابن رشد الحفيد، مرجع سابق، ص 1406.

⁴ - الآية 229 من سورة البقرة.

⁵ - الآية 230 من سورة البقرة.

طلقة الثالثة أو رابعة، وبعد ما ذكر الله تعالى أنه إذا طلقها للمرة الثالثة -ولا يهم إن كان طلاقاً بعوض أو لا -، فإنها لا تحلّ له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره، وذكر الخلع هنا لا يفيد البتة الإشارة إلى طلقة رابعة حتى ننفي صفة الطلاق على الخلع، أي أنّ هذا لا يعني أنّ اعتبار الخلع طلاقاً هو تشريع لطلقة رابعة وبالتالي -حسب هذا الرأي- يعتبر فسخاً¹.

ب- بعض روايات ثابت بن قيس لم يرد فيها لفظ الطلاق، فلم ترد إلا عبارات "خذ منها" و"يخلي سبيلك"، فاستدلّ به القائلون أنّ الخلع فسخ للنكاح.

ج- ويرى ابن القيم أنّ الذي يدلّ على أنّ الخلع ليس طلاقاً أنّ الله تعالى رتبّ على الطلاق بعد الدخول ثلاثة أحكام كلّها منتفية عن الخلع:

- أنّ الزوج أحقّ بالرجعة فيه.

- أنه محسوب من الثلاث فلا تحلّ بعد استيفاء العدد إلا بدخول زوج آخر بها.

- أنّ العدة ثلاثة قروء وقد ثبت بالنص والإجماع أنه لا رجعة في الخلع².

د- الفرقة عن طريق الخلع خلت من صريح الطلاق ونيته فكانت فسخاً³.

هـ- روي عن ابن عباس -رضي الله عنهما- "أنّ امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها على عهد النبي ﷺ فأمرها النبي ﷺ أن تعتد بحیضة"⁴. ووجه الدلالة أنّ الطلاق تعتد فيه المرأة ثلاثة قروء، أمّا الخلع فقروء واحد وهذا دليل على أنه فسخ.

- **الرأي الراجح:** يظهر من جهة، ترجيح الرأي القائل أنّ الخلع فسخ لأنه جعل حقا للزوجة لتملك حريتها وتتخلص من قيد الزوجية، خاصة إذا أساء الزوج معاشرتها، وهذا يتعارض مع كونه طلاقاً، لأنّ الطلاق بيد الرجل وإذا استعمله ينقص من عدد الطلاقات

¹ - وقد ردّ الكاساني على ذلك بقوله: " أنّ الآية لا حجة لهم فيها لأنّ ذكر الخلع يرجع إلى الطلاقين المذكورين إلا أنه ذكرهما بغير عوض، ثم ذكر بعوض، ثم ذكر سبحانه وتعالى الثالثة بقوله تعالى: "فإن طلقها"، فلم تلزم الزيادة على الثلاثة، بل يجب حمله على هذا، لئلا يلزمنا القول بتغيير المشروع، مع ما أنه قد قيل: إنّ معنى قوله تعالى: "فإن طلقها"، أي ثلاثاً، وبين حكم الطلاقات الثلاث بقوله سبحانه: "فلا تحلّ له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره"، فلا يلزم من جعل الخلع طلاقاً شرع الطلقة الرابعة، والله -عزّ وجلّ- أعلم"، الكاساني، ج 4، مرجع سابق، ص 313.

² - الشوكاني في نيل الأوطار، مرجع سابق، ص 455.

³ - موفق الدين بن قدامه، ج 8، مرجع سابق، ص 180.

⁴ - سبق تخريجه في الصفحة 301 من هذا البحث.

التي يمتلكها، فمن غير المنطقي أن تستعمل الزوجة حقاً لها في فك الرابطة الزوجية ويفقد الزوج طلاقة من الطلقات التي يمتلكها.

ومن جهة أخرى يظهر ترجيح الرأي القائل بأنّ الخلع طلاق لسبب منطقي يعود لحقيقة الفسخ الذي يكون في العقد بسبب وجود عيب يشوبه. أمّا الخلع فيرد على علاقة زوجية صحيحة لا يشوبها أي عارض يعيب العقد، وإنّما تنثور مسألة الخلع لظروف خارجة عن أركان وشروط العقد والتي لا يمكن حلّها إلاّ بالطلاق¹، وهذا حسب تقديرنا الرأي الأصوب.

2- الخلع بين الطلاق البائن والطلاق الرجعي

اختلف الفقهاء الذين اعتبروا الخلع طلاق بدورهم حول ما إذا كان ها الأخير بائناً أوجعياً².

- الرأي الأوّل: يرى أصحاب هذا الرأي أنّ الخلع طلاق بائن لا رجعة فيه، وقد ذهب إلى ذلك كثيرون من أهل العلم كالحسن وعطاء والأوزاعي، وقال به كذلك الحنفية ومالك والشافعي وأحمد بن حنبل.

قد استدلل أصحاب هذا الرأي بما يلي:

أ- إنّ الله تعالى في الآية 229 من سورة البقرة سمّى البذل الذي تدفعه الزوجة إلى زوجها مقابل خلاصها فداء، وهذا لا يكون إلاّ إذا حقّق لها ذلك خروجاً حقيقياً من قبضته وسلطانه. وبالتالي لا يمكن لهذا المعنى أن يتحقّق إذا كان الزوج يملك مراجعة زوجته بعد تقديم هذا الفداء، وهذا ما ذهب إليه الفقيه ابن قدامة³.

ب- بما أنّ الخلع طلاق بعوض فقد ملك الزوج العوض بقبولها، فلا بدّ أن تملك هي نفسها تحقيقاً للمعاوضة ولا تملك نفسها إلاّ بالبائن⁴.

ج- المقصد الأصلي للخلع هو إزالة الضرر عن المرأة، فإذا حقّ له مراجعتها عاد الضرر⁵.

¹ - منصور نورة، مرجع سابق، ص 113، 114.

² - محمد بلتاجي، في أحكام الأسرة، مرجع سابق، ص 540.

³ - موفق الدين بن قدامة، ج8، مرجع سابق، ص 184.

⁴ - الكاساني، ج 4، مرجع سابق، ص 313.

⁵ - موفق الدين بن قدامة، ج8، مرجع سابق، ص 185.

- **الرأي الثاني:** يرى أصحاب هذا الرأي أنّ الزوج له الخيار بين إمساك العوض ولا رجعة له، وبين ردّه وله الرجعة، وروي ذلك عن الزهري بن المسيّب وابن حزم.
قال ابن حزم مستدلاً على رأيه: "قد بيّن الله حكم الطلاق وأنّ بعولتھنّ أحقّ بردهنّ وقال: "فامسكوهنّ بمعروف أو سرحوهنّ بمعروف" فلا يجوز خلاف ذلك وما وجدنا خلاف ذلك، وما وجدنا قط في دين الإسلام عن الله تعالى ولا عن رسول الله ﷺ طلاقاً بائننا لا رجعة فيه إلاّ الثلاث مجموعة أو مفرقة أو التي لم يطأها ولا مزيد، وأمّا عدا ذلك فأراء لا حجة فيها"¹.

علّق الدكتور يوسف قاسم على قول ابن حزم فقال: "رحم الله ابن حزم فإنّ في قول الله تعالى: "فيما افتدت به" ما يؤكد أنّ الافتداء والفدية إنّما تكون لأمر خطير ألمّ بها ومشكلة عويصة تريد التخلص منها، تماماً كما هو الحال بالنسبة للأسير الذي يرنو إلى الخلاص ولو يدفع فداء، فهذه المسكينة البائسة التي دفعت مالها للافتداء، لا يعقل في قواعد الشريعة أن تعاد إلى الأسر مرة أخرى بإرادة الزوج الذي أخذ المال لتخليصها ممّا هي فيه"².

هذا الرد يرجّح الرأي الأول الذي يرى بأنّ الخلع طلاق بائن، لأنّه يستجيب للمنطق، فلا يعقل أن تدفع المرأة مقابل خلاصها ثم بعد أيام يقول لها الزوج: لقد قررت إرجاعك إلى عصمتي، فما الهدف إذن من تشريع الخلع من الأساس؟

الفرع الثاني

موقف التشريعات العربية من الخلع وأحكامه

نصّت جميع قوانين الأحوال الشخصية العربية على الخلع استناداً لما سبق من أسانيد شرعية، مع بعض الاختلاف فيما بينها على مبدأ الخلع في حدّ ذاته، وفي بعض إجراءاته وكذا آثاره.

¹ - ابن حزم، مرجع سابق، ص 240.

² - نقلاً عن محمود محمد عوض سلامه، مرجع سابق، ص 37، 38.

أولاً: موقف المشرع المصري من الخلع وأحكامه

1- الأساس القانوني للخلع في التشريع المصري

لعلّ من أبرز الدول التي عرفت ضجةً سياسية واجتماعية وقانونية حول موضوع الخلع هي جمهورية مصر العربية، وقد حدث هذا بعد رفض البعض لمبدأ الخلع الذي يحكم به القاضي رغم رفض الزوج له، على أساس أنّ الخلع بهذه الصورة أمر غير مشروع وأنه وليد قانون 01-2000.

لكن المؤيدين لقانون الخلع يؤكدون شرعيته - وهذا ما رأيناه معاً عند بحثنا في مدى مشروعيته - ويؤكدون أيضاً أن الخلع كان معروفاً وكان معمولاً به في مصر قبل صدور القانون رقم 01-2000 ومنذ أكثر من قرن تقريباً.

جاء النص على الخلع في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة سنة 1897م، والمعدلة بالمرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931م، المشتمل على لائحة المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها. وقد نصت المادة 6 من اللائحة السابقة على ما يلي: "تختص المحاكم المذكورة بالحكم الابتدائي في المنازعات في المواد الآتية:

1- حق الحضانة والحفظ.

2- انتقال الحاضنة بالصغيرة إلى بلد آخر.....

11- الطلاق والخلع والمبارأة.....".

وكذلك أشارت المادة 24 من نفس اللائحة إلى الاختصاص المحلي بنظر الخلع، حيث جاء فيها ما يلي: "تُرفع الدعوى أمام المحكمة التي بدائرتها محل إقامة المدعي أو المدعى عليه إذا كانت من الزوجة أو الأم أو الحاضنة في المواد الآتية: 8.....- الطلاق والخلع والمبارأة....."¹.

نظمت المادتان السابقتان الجانب الإجرائي لدعوى الخلع، أمّا الجانب الموضوعي فقد كان يطبق عليه أرجح الأقوال في المذهب الحنفي، لأنّ الخلع لم يُنظّم بقواعد قانونية خاصة، وذلك في المادة 280 من نفس اللائحة والتي نصّت على ما يلي: "تصدر الأحكام طبقاً للمدوّن في هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة ما عدا الأحوال التي

¹ - ارجع إلى محتوى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية في: عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 649 وما يليها؛ سامح سيد محمد، مرجع سابق، ص 253 و 254.

ينصّ فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد"¹.

ولأنّ دعوى الخلع كانت تمرّ بنفس مراحل دعوى التطليق بكلّ تعقيداتها فلم تكن الزوجات تلجأ إليها إلا نادراً.

كما عرض على مجمع البحوث الإسلامية مشروعاً لقانون الأحوال الشخصية للمسلمين عام 1967 تضمّن تنظيم الخلع لكنّه قوبل بالرفض، وكانت من بين المواد المقترحة:

- المادة 138: "أ- للزوجين أن يفسخا عقد الزواج بتراضيهما بالخلع إذا توافرت فيهما شروط إيقاع الطلاق والمعاوضة.

ب- ولا يملك هذا الخلع إلا الزوجان بأنفسهما أو بوكالتهما".

- المادة 139: "أ- يكون الخلع بإيجاب من أحد الزوجين وقبول من الآخر بكلّ لفظ يدلّ عليه دلالة قاطعة راجحة رجحانا بيّناً.

ب- ويشترط اتحاد مجلس العقد على الوجه المبيّن بالمادة السابقة من القانون وللموجب حق الرجوع قبل صدور القبول".

- المادة 140: "أ- لا بدّ في الخلع من بدل صحيح من جانب الزوجة.

ب- ويكون بدلاً صحيحاً كل ما كان مالا أو مقوماً بمال من الأعيان والمنافع".

- المادة 141: "أ- إذا صحّ البذل وجب الوفاء به وإن لم يصحّ بطل الخلع ولا طلاق.

ب- إذا نفي البذل أو لم يذكر أصلاً أو انتفى شرط من الشروط الأصلية تطبّق أحكام الطلاق..."².

¹ - عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 658.

² - وقد جاءت المواد المتبقية الخاصة بالخلع بما يلي:

- المادة 142: "متى صحّ الخلع انتهت به الزوجية دون أن يقع الطلاق. ولا يسقط به شيء من حقوق الزوجية سوى ما ورد عليه التفاسخ".

- المادة 143: "تجب على المختلعة عدّة كعدّة المطلقات. ولا يلحقها طلاق في أثناء العدّة وليس للمخالع رجعة عليها".

- المادة 144: "أ- إذا خالعهما على أجره إرضاع ولدهما أو حضانتها في مدتيهما أو على الإنفاق عليه مدّة معلومة وجب عليها الوفاء بما التزمت. فإن لم توف كان للأب أن يرجع عليها وبما يعادل نفقة الولد أو أجره إرضاعه أو حضانتها.

2- الخلع في ظل القانون رقم 1 لسنة 2000

نظرا لعدّة اعتبارات اجتماعية ومنها عدم الاستجابة لدعاوى التطليق والتي لا تجد فيها الزوجة وسيلة لإثبات الضرر الواقع عليها، ونظرا للمشكلات العملية لدعوى الخلع وإجراءاتها المعقّدة، صدر قانون رقم 01 - 2000، والذي كان محلا للجدل طوال مدّة تسع سنوات، عرض خلالها على مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف ومجلس الشورى، فثار حوله جدل كبير ورغم ذلك صدر واستمرّ حوله الجدل وذلك في 2000/01/29 في الجريدة الرسمية العدد 4 مكرّر¹.

جاء في المادة 20 من القانون 2000/01 ما يلي:

"للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعاواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردّت عليه الصداق الذي أعطاه لها، حكمت المحكمة بتطليقها عليه.

ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلاّ بعد محاولة الصلح بين الزوجين وندبها لحكمين لموالة مساعي الصلح بينهما، خلال مدّة لا تجاوز 3 أشهر، وعلى الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة 18² والفقرتين الأولى والثانية من المادة 19³ من هذا القانون، وبعد أن

ب- وإذا ماتت هي أو مات الولد خلال المدّة المبيّنة رجع الأب بما يخصّ المدّة الباقية في مال الأم أو تركتها ما لم يشترط خلاف ذلك.

ج- وإذا كانت الأم معسرة يجبر الأب على نفقة الولد، وتكون دينا على الأم".

- المادة 145: "يصحّ خلع المريضة مرض الموت، ويعتبر عند عدم إجازة الورثة من ثلث مالها، فإن ماتت وهي في العدة فلمخالعها الأقلّ من ميراثه ومن بدل الخلع ومن ثلث المال.

وإذا ماتت بعد انقضاء العدة فله الأقلّ من البديل ومن ثلث المال وإن برئت من مرضها أو أجاز الورثة فله جميع البديل المسمى"، نقلا عن سامح سيد محمد، مرجع سابق، ص 255 وما يليها.

¹- نقلا عن عبد الفتاح مراد، قوانين الأحوال الشخصية والقوانين المكملّة لها، مرجع سابق، ص 13 وما يليها.

²- تنصّ الفقرة 2 من المادة 18 على ما يلي: "وفي دعاوى الطلاق والتطليق لا يحكم بهما إلاّ بعد أن تبذل المحكمة جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز عن ذلك، فإن كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقلّ تفصل بينهما مدّة لا تقلّ عن 30 يوما ولا تزيد على 60 يوما"، المرجع السابق، ص ص 27.

³- تنصّ المادة 19 من نفس القانون على ما يلي: "- في دعاوى التطليق التي يوجب فيها القانون ندب حكمين يجب على المحكمة أن تكلف كلاً من الزوجين بتسمية حكم من أهله - قدر الإمكان- في الجلسة

تقرر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض. لا يصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار، أو نفقتهم أو أي حق من حقوقهم. ويقع بالخلع في جميع الأحوال طلاق بائن. ويكون الحكم في جميع الأحوال غير قابل للطعن عليه بأيّ طريق من طرق الطعن¹.

اشتملت المادة 20 من القانون 2000/01 على مبدأ أساسي وهو أن الخلع حق للمرأة وخاضع لإرادتها المنفردة، ويقابل حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة².

أما باقي الأحكام الخاصة بالخلع وشروط الحكم به فنتمّثل فيما يلي³:

- 1- أوّل حكم نستنبطه من المادة 20 السابقة أنه في حالة التراضي يحكم القاضي بما تراضيا عليه.
- 2- أما في حالة عدم التراضي فلا بدّ للزوجة أن تقرّر صراحة في صحيفة الدعوى أنها تخالع زوجها مقابل التنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية واستعادها لردّ كامل الصداق الذي سلّم لها.
- 3- على الزوجة أن تصرّح بكرهها لزوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية، وأنها تخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض.

التالية على الأكثر، فإن تقاعس أيهما عن تعيين حكمه أو تخلف عن حضور هذه الجلسة عيّنت المحكمة حكما عنه.

- وعلى الحكّمين المثل أمام المحكمة في الجلسة التالية لتعيينهما ليقرّرا ما خلاصا إليه معا، فإن تخلف أيهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوالهما أو أقوال الحاضر منهما بعد حلف اليمين.

- وللمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكّمان أو بأقوال أيهما، أو بغير ذلك ممّا تستقيه من أوراق الدعوى.

¹ - عبد الفتاح مراد، قوانين الأحوال الشخصية والقوانين المكملّة لها، مرجع سابق، ص 27، 28.

² - وقد قيلت آراء كثيرة في معارضة الخلع الذي جاءت به المادة 20 من القانون 2000/01، ارجع إلى: نبيل محمد عبد اللطيف، قانون الأحوال الشخصية الجديد رقم 1 لسنة 2000، ط 1، النسر الذهبي للطباعة، د.ب.ن، 2000، ص 27 وما يليها.

³ - أحمد حسام النجار، الخلع ومشكلاته العملية والمنازعات المتعلقة به وإجراءاته العملية وأحكامه، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2001، ص 66 إلى 68.

- 4- على المحكمة قبل الحكم بالخلع محاولة الصلح بين الزوجين ولمرتين على الأقل إذا كان لهما أولاد. وبالنسبة لمحاولة الصلح فإن القانون رقم 10 لسنة 2004 في المادة 9 منه¹، يفرض، لقبول كل الدعاوى الخاصة بالأحوال الشخصية، أن تعرض الدعوى على لجان خاصة بفض المنازعات الأسرية والإقضي بعدم قبول الدعوى².
- 5- انتداب المحكمة لحكمين في حالة عجزها عن الإصلاح بينهما على أن يتم ذلك الإجراء خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر.
- 6- لا يحق للحكمين مناقشة الأسباب الحقيقية التي دفعت الزوجة إلى الخلع، فالأمر محظور على المحكمة ذاتها، فيكفي للزوجة أن تصرح ببيغضها للزوج.
- 7- إذا لم يثر نزاع بشأن المهر ورفض الزوج استلامه من الزوجة أودعته خزينة المحكمة.
- 8- إذا لم تقم الزوجة بردّ المهر قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى.
- 9- إذا ثار نزاع حول قيمة المهر حدّته المحكمة بكافة وسائل الإثبات أ بتحديد به المثل.
- 10- أمّا فيما يخص بدل الخلع فلا يصحّ أن يكون إسقاطا لحق من حقوق المحضونين، كإسقاط حضانتهم أو نفقتهم، أو أيّ حق آخر، كما ورد في المادة 20 أعلاه.
- 11- وعن طبيعة الحكم بالخلع فقد نصّ القانون صراحة على أنه طلاق بائن ولا يجوز الطعن فيه بأيّ طريق من طرق الطعن.

¹ - تنص المادة 9 من القانون رقم 10 لسنة 2004 على ما يلي: " - لا تقبل الدعوى التي ترفع ابتداء إلى محاكم الأسرة بشأن المنازعات التي تختص بها، في المسائل التي يجوز فيها الصلح طبقا للمادة 6 دون تقديم طلب التسوية إلى مكتب تسوية المنازعات الأسرية المختص ليتولى مساعي التسوية بين أطرافها وفقا لحكم المادة 8.

- وللحكمة أن تأمر بإحالة الدعوى إلى المكتب المختص للقيام بمهمة التسوية وفقا لأحكام هذا القانون، وذلك بدلا من القضاء بعدم قبول الدعوى"، نقلا عن - د. عبد الفتاح مراد، قوانين الأحوال الشخصية والقوانين المكملّة لها، مرجع سابق، ص 239.

² - هشام زوين المحامي، دعوى الخلع للمسلمين والمسيحيين واليهود طبقا لقانون إنشاء محاكم الأسرة، ط 8، المركز القومي للإصدارات القانونية، د.ب.ن، 2005، ص 28.

خلاصة القول أنّ التشريع المصري أعطى للزوجة حقاً أصيلاً في إنهاء الرابطة الزوجية بشرط التنازل عن حقوقها المالية والشرعية دون أن تؤثر عدم موافقة الزوج في ذلك.

ثانياً: موقف التشريع السوري من الخلع وأحكامه

أخذ المشرّع السوري بالخلع كوسيلة من وسائل فك الرابطة الزوجية، ونظّمه في الباب الثاني من الكتاب الثاني في القانون رقم 59 لعام 1953 المعدّل بالقانون رقم 34 لعام 1975¹ تحت عنوان المخالعة، وذلك من المادة 95 إلى المادة 104.

تعرّضت المادتان 95 و96 إلى طرفي المخالعة فنصّتا على ما يلي:

- المادة 95: "1- يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق والمرأة محلاً له.

2- المرأة التي لم تبلغ سنّ الرشد إذا خولعت لا تلتزم ببديل الخلع إلا بموافقة وليّ المال".

- المادة 96: "لكلّ من الطرفين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر".

نستنتج من المادة الأولى أنّها تشترط أهلية الزوج لإيقاع الطلاق وأهلية الزوجة للالتزام ببديل الخلع، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض السورية "الدائرة الشرعية" والتي جاء في قرارها: "مخالعة زوجة صغيرة... إذا طلق الزوج الزوجة الصغيرة المميّزة على مهرها وقبلت تطلق، ولا يسقط المهر إلا بموافقة وليّ المال"².

كما يظهر من المادة 96 أنّها نصّت على صيغة الخلع أخذاً بمذهب المالكية والشافعية في كون الخلع معاوضة³. ويظهر من نفس المادة أنّه يمكن لأيّ طرف من الزوجين أن يبدأ بالإيجاب، فالخلع هنا ليس حقاً خالصاً للزوجة، وإنّما يستطيع أن يتحقق بمبادرة من الزوج.

كما نستنتج أنّ موافقة الزوج ضرورية لإتمام المخالعة، وهذا ينفي أن يكون الخلع حقاً خالصاً للزوجة في مقابل ما للزوج من حق في طلاق بإرادته المنفردة. وهذا ما

¹ - محمد إبراهيم الكوفي، مرجع سابق، ص 38 إلى 40.

² - القرار رقم 232 بتاريخ 1966/06/09، القانون، لعام 1966، ص 739، نقلًا عن محمد إبراهيم الكوفي، مرجع سابق، ص 123.

³ - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 497.

ذهبت إليه محكمة النقض السورية في قرارها الآتي نصّه: "إنّ المخالعة عقد ثنائي الطرف ويجب فيه أن يتمّ الإيجاب والقبول في مجلس واحد، وأن يتبادل الطرفان ألفاظ المخالعة ولا يكفي فيها الكتابة والتوقيع فقط"¹.

أمّا باقي المواد التي جاء بها قانون الأحوال الشخصية السوري فقد نصّت على أحكام بدل الخلع، فنصّت على ما يلي:

- المادة 97: "كل ما صحّ التزامه شرعا صلح أن يكون بدلا في الخلع".
- المادة 98: "إذا كانت المخالعة على مال غير المهر لزم أدائه وبرئت ذمة المتخالعين من كل حق يتعلق بالمهر والنفقة الزوجية".
- المادة 99: "إذا لم يسم المتخالعان شيئا وقت المخالعة برئ كل منهما من حقوق الآخر بالمهر والنفقة الزوجية".

يستفاد من المادتين السابقتين أنّ بدل الخلع إذا كان على مال غير المهر أو لم يسم المتخالعان شيئا سواء كان مهرا أو غيره، فإنّ ذمة الزوجة تبرأ من دفع المهر وذمة الزوج تبرأ من دفع النفقة الزوجية، وهذا ما أكدّه قرار محكمة النقض السورية الآتي نصّه: "إذا كانت المخالعة على مال فإنّها تقضي ببراءة ذمة الزوج من النفقة الزوجية وفقا لما هو مستفاد من نص المادتين 98 و 99 من قانون الأحوال الشخصية"².

أمّا نفقة العدة فإنّها لا تسقط إلا بالنص صراحة على ذلك، كما أنّه إذا نفى المتخالعان البديل وقع طلاقا محضا وهذا ما جاء فيما يلي:

- المادة 100: "إذا صرّح المتخالعان بنفي البديل كانت المخالعة في حكم الطلاق المحض ووقع بها طلاق رجعية".

- المادة 101: "نفقة العدة لا تسقط ولا يبرأ الزوج المخالعين منها إلا إذا نصّ عليها صراحة في عقد المخالعة".

أمّا ما يتعلق بحقوق المحضونين وما يجوز كبديل للخلع وما لا يجوز فنصّت المادة 102 وما يليها على ما يلي:

¹ - القرار رقم 385/388 بتاريخ 1976/04/21، المحامون، لعام 1976، ص 462، نقلا عن محمد إبراهيم الكويبي، مرجع سابق، ص 123.

² - قرار 511 بتاريخ 1978/04/22، نقلا عن المرجع نفسه، ص 123.

- المادة 102: "1- إذا اشترط في المخالعة إعفاء الزوج من أجره إرضاع الولد أو اشترط إمساك أمه له مدّة معلومة واتفقهما عليه فتزوجت أو تركت الولد يرجع الزوج على الزوجة بما يعادل أجره إرضاع الولد أو نفقته المدّة الباقية.

2- إذا كانت الأم معسرة وقت المخالعة أو أعسرت فيما بعد يجبر الأب على نفقة الولد ويكون ديناً له على الأم".

- المادة 103: "إذا اشترط الرجل في المخالعة إمساك الولد عنده مدّة الحضانة صحّت المخالعة وبطل الشرط وكان لحاضنته الشرعية أخذه منه ويلزم أبوه بنفقته وأجره حضانتته إن كان الولد فقيراً".

- المادة 104: "لا يجري التقاص بين نفقة الولد المستحقة على أبيه ودين الأب على الحاضنة".

يظهر من المواد السابقة أنّ المشرّع السوري أجاز إسقاط بعض حقوق المحضونين كبذل للخلع ولم يجز البعض الآخر. فقد أجاز التنازل عن الحقوق التي يمكن لغير الأب أن يقوم بها كأجرة الإرضاع والإنفاق إذا كانت الأم موسرة، أمّا التنازل عن الحق في الحضانة من طرف الزوجة أو اشتراطها من طرف الزوج، فلم يجزه المشرّع السوري لأنّه من الصعب جداً أن يحلّ الأب محلّ الأم فيها وبالتالي راعى فيها مصلحة المحضون.

خلاصة القول أنّ المشرّع السوري قيّد حق الزوج في المخالعة بقبول الزوج دون أن ينصّ على ذلك صراحة، وإنّما ذكر ضرورة اتحاد الإيجاب والقبول في مجلس واحد، وهذا يدلّ على ضرورة قبول الزوج. فالخلع بالنسبة للمشرّع السوري ليس حقاً أصيلاً للزوجة في مقابل ما للزوج من حق في الطلاق¹.

¹ وما يلاحظ على قانون الأحوال الشخصية السوري أنّه يتطابق في موضوع الخلع وغيره مع أحكام الخلع في قانون الأحوال الشخصية الأردني مطابقة تامة، ولا يوجد أيّ اختلاف إلّا في ترقيم المواد حيث جاء في هذا الأخير ما يلي:

المادة 102: أ- يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق والمرأة محللاً له.

ب- المرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا اختلعت لا تلتزم ببذل الخلع إلّا بموافقة ولي المال.

ج- إذا بطل البذل وقع الطلاق رجعيًا ولا يجب للزوج على زوجته في مقابل هذا الطلاق البذل المتفق عليه".

ثالثاً: موقف التشريع العراقي من الخلع وأحكامه

أخذ المشرع العراقي كغيره من المشرعين العرب بالخلع كوسيلة من وسائل فك الرابطة الزوجية، وجاء ذلك في قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 السابق الذكر، وهذا في الفصل الثالث من الباب الربع منه، تحت عنوان التفريق الاختياري (الخلع)¹.

أول ما يلفت الانتباه هو عنوان "التفريق الاختياري" والذي يظهر أن المقصود منه هو انحلال الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين أو أحدهما. فالمشرع العراقي خصّص الفصل الأول من الباب الرابع للطلاق بإرادة الزوج والفصل الثاني منه للتفريق القضائي الذي يرجع فيه الحكم للقاضي والذي يفرضه على الطرف الآخر. وبالتالي فعنوانه الفصل

المادة 103: "لكل من الطرفين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر".

المادة 104: "كل ما صح التزامه شرعاً صلح أن يكون بدلاً في الخلع".

المادة 105: "إذا كانت المخالعة على مال غير المهر لزم أدائه وبرئت ذمة المتخالعين من كل حق يتعلق بالمهر ونفقة الزوجية".

المادة 106: "إذا لم يسم المتخالعان شيئاً وقت المخالعة برئ كل منهما من حقوق الآخر المتعلقة بالمهر والنفقة الزوجية".

المادة 107: "إذا صرح المتخالعان بنفي البديل كانت المخالعة في حكم الطلاق المحض ووقعت بها طلاق رجعية".

المادة 108: "نفقة العدة لا تسقط إلا إذا نص عليها صراحة في عقد المخالعة".

المادة 109: "إذا اشترط في المخالعة إعفاء الزوج من أجره إرضاع الولد أو حضانته أو اشترط إمساكها له بلا أجر مدة معلومة أو إنفاقها عليه فتزوجت أو تركت الولد أو ماتت يرجع الزوج عليها بما يعادل أجره إرضاع الولد وحضانته ونفقته عن المدة الباقية، أما إذا مات الولد فليس للأب الرجوع عليها بشيء من ذلك عن المدة الواقعة بعد الموت".

المادة 110: "إذا كانت الأم المخالعة معسرة وقت المخالعة أو أعسرت فيما بعد يجبر الأب على نفقة الولد وتكون ديناً له على الأم".

المادة 111: "إذا اشترط الرجل في المخالعة إمساك الولد عنده مدة الحضانة صحت المخالعة وبطل الشرط وكان لحاضنته الشرعية أخذه منه ويلزم أبوه بنفقته فقط إن كان الولد فقيراً".

المادة 112: "لا يجري التقاص بين نفقة الولد المستحقة على أبيه ودين الأب على حاضنته".

- ارجع إلى عثمان التكروري، مرجع سابق، ص 208 وما يليها.

- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لسنة 2010، نقلاً عن التشريعات الأردنية :

http://www.lob.gov.jo/ui/laws/search_no.jsp?no=36&year=2010

¹ - صباح صادق جعفر الأنباري، موقع سابق.

الثالث بالتفريق الاختياري يعني أنه يتم بإرادة الطرفين، والدليل على ذلك ما جاء في الفقرة الأولى من المادة 46 كما يلي: "1- الخلع إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو ما في معناه وينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي، مع مراعاة أحكام المادة التاسعة والثلاثين¹ من هذا القانون".

عرّفت المادة السابقة الخلع وبيّنت أنه يتم بإيجاب وقبول الطرفين وأمام القاضي بعد إقامة دعوى الطلاق في المحكمة للحصول على حكم به، وهذا الإجراء الأخير يخص كل دعاوى الطلاق. ولم تشر هذه الفقرة من المادة 46 بتاتا إلى الحكم بالخلع دون موافقة الزوج، بل على العكس من ذلك، فقد اشترطت إيجاب من الطرف الأول وقبول من الطرف الثاني دون اشتراط الإيجاب من الزوجة، على أن يكون ذلك أمام القاضي. وهذا يعني أنه طلاق بالتراضي، وهذا هو المقصود بعنوان الفصل الثالث بالتفريق الاختياري.

أمّا عن ما يجب توفره في طرفي المخالعة فقد اشترط القانون أن يكون الزوج كامل الأهلية وأن تكون الزوجة محلاً لإيقاع الطلاق، بأن تكون أهلاً له لتلتزم ببديل الخلع، وأن تكون زوجيتها قائمة، فالخلع لا يقع في العقد الفاسد ولا يقع مع من بانت من زوجها²، وهذا ما أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة 46 والتي جاء نصّها كالآتي: "يشترط لصحة الخلع أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق وأن تكون الزوجة محلاً له...".

أمّا عن بدل الخلع فقد جاء في الفقرة الثالثة من المادة 46 ما يلي: "للزوج أن يخالع زوجته على عوض أكثر أو أقلّ من مهرها". والظاهر من نصّ هذه الفقرة أنّ القانون أجاز أن يكون بدل الخلع أكثر من المهر ولم يجز جمهور الفقهاء ذلك، فالمشرّع العراقي جعل ذلك يخضع لاتفاق الطرفين. ويفهم كذلك ممّا سبق أنّ الطرفين إذا لم يتفقا على مقدار الخلع فإنّ الخلع -حسب رأينا- لا يقع، لأنّ المشرّع العراقي ربط ذلك بإيجاب وقبول الطرفين، ومن بين عناصر الإيجاب والقبول الصيغة وقيمة البديل، فإذا اختلف القبول مع الإيجاب فإن ذلك يؤثر على وقوع الخلع من أساسه.

¹ - تنص المادة 39 من نفس القانون على ما يلي: "على من أراد الطلاق أن يقيم الدعوى في محكمة الأحوال الشخصية بطلب إيقاعه واستحصال حكم به. فإذا تعذّر عليه مراجعة المحكمة وجب عليه تسجيل الطلاق في المحكمة خلال مدّة العدة"، نقلا عن المرجع نفسه.

² - أحمد الكبيسي، مرجع سابق، ص 175.

إنّ الذي يؤكد ما سبق هو طبيعة الخلع الذي لا يعتبره المشرّع العراقي حقاً خالصاً للزوجة، وإنّما لا يقع إلا بإرادة الطرفين، ولا بدّ لهذه الإرادة أن تكون متطابقة من حيث الصيغة ومن حيث مقدار البديل حتى يقع الخلع. فالقاضي لا يتدخل ويفرض بدل الخلع، عند الاختلاف فيه، إلا إذا كان الخلع بطلب الزوجة.

أمّا عن آثار الخلع فتشتمل على عنصرين، منها ما يتعلق بطبيعة الحكم بالخلع، ومنها ما يتعلق بحقوق الزوجين.

1- الآثار المتعلقة بطبيعة الحكم بالخلع: جاء في الجزء الثاني من الفقرة الثانية من المادة 46 ما يلي: "...ويقع بالخلع طلاق بائن".

2- أمّا ما يتعلق بحقوق الزوجين، فإنّ البديل الذي اتفق عليه الزوجان يكون لازماً في ذمّة الزوجة.

أمّا ما يتعلق بحقوق كل من الزوجين لدى الآخر، من حيث سقوطها أو بقائها، وغير المتعلقة بالبديل المتفق عليه مقابل الخلع، فإنّ المشرّع العراقي لم يشر إلى سقوطها، ورغم ذلك فإنّ الدكتور أحمد الكبيسي يرى أنّها تسقط جميعها، وقد جاء في مؤلفه ما يلي: "تسقط جميع الحقوق المالية الثابتة لكلّ من الزوجين على الآخر وقت الخلع. فإذا لم تكن المرأة قبضت مهرها سقط بالخلع. وإذا كان لها نفقة عن مدّة ماضية سقطت بالخلع. وكذلك لو أنّها قبضت كل المهر ثم حصل الخلع قبل الدخول فإنّها لا تردّ شيئاً منه إذا لم يكن ضمن الاتفاق على العوض"¹.

لكن بما أنّ الخلع عقد يتم بإيجاب وقبول وبرضا الطرفين فإنّه لا يسقط إلا ما اتفق عليه. كما أنّ الفقرة الثالثة من المادة 46 واضحة بنصّها كما يلي: "للزوج أن يخالع زوجته على عوض أكثر أو أقلّ من مهرها". وما الذي كان سيمنع المشرّع العراقي من إضافة النصّ على سقوط باقي الحقوق لو أراد ذلك. وما يؤكد هذا الرأي هو قرار محكمة التمييز العراقية الذي جاء فيه ما يلي: "لا تسقط حقوق الزوجة المطلقة خلعيّاً إلا بالنسبة لما وقع عليه البديل دون بقية الحقوق الأخرى"².

¹ - أحمد الكبيسي، مرجع سابق، ص 178.

² - نقلاً عن فاروق عبد الله كريم، مرجع سابق، ص 226.

خلاصة القول أنّ الخلع في التشريع العراقي لا يعدّ حقاً خالصاً للزوجة ومقابلاً لما للزوج من حق في الطلاق وإنما مجرد طلاق بالتراضي يخضع لإرادة الطرفين.

رابعاً: موقف التشريع المغربي من الخلع وأحكامه

أخذ المشرّع المغربي كغيره من المشرّعين العرب بالخلع كوسيلة من وسائل فك الرابطة الزوجية وذلك في الباب الثاني من القسم الخامس من الكتاب الثاني من المدونة الجديدة للأسرة من المادة 115 إلى المادة 120، تحت عنوان الطلاق بالخلع¹.
أول حكم قرّرتَه المدوّنة جاء في المادة 115، حيث اعتبرت الخلع طلاقاً بالتراضي بين الزوجين، حيث جاء فيها ما يلي: "للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقاً لأحكام المادة 114 أعلاه"².

كما نصّت المادة 114 على الطلاق بالاتفاق بصفة عامة كما يلي: "يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط، أو بشروط لا تتنافى مع أحكام هذه المدونة، ولا تضرّ بمصالح الأطفال.

عند وقوع هذا الاتفاق يقدم الطرفان أو أحدهما طلب التطبيق للمحكمة مرفقاً به للإذن بتوثيقه. تحاول المحكمة الإصلاح بينهما ما أمكن، فإذا تعذّر الإصلاح أذنت بالإشهاد على الطلاق وتوثيقه".

يفهم من سياق المادة السابقة أنّ الخلع طلاق اتفاقي، يقضي بإنهاء الرابطة الزوجية بشروط، أو بالأحرى، بشرط البديل المقدم من طرف الزوجة. وهذا يعزّز نظرة المشرّع المغربي إلى طبيعة الخلع من حيث كونه طلاقاً بالتراضي، والنتيجة أنّه لا يتم دون إرادة الزوج.

¹ - أحمد لفروجي، مرجع سابق، ص 41 و 42.

² - ونفس الأمر ذهب إليه المشرّع العراقي - كما سبق الإشارة إليه -، وكذلك ذهب إليه المشرّع السوداني في المادة 143 من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين حيث شملت هذه الأخيرة الأحكام الأساسية للخلع من حيث طبيعته ومن حيث طبيعة الحكم به، فجاء نصّها كالآتي: "1- يجوز للزوجين أن يتراضيا على إنهاء عقد الزواج بالخلع.

2- الخلع يمين، من جانب الزوج، ومعاوضة، من جانب الزوجة.

3- يكون الخلع بعوض تبذله الزوجة.

4- يعتبر الخلع طلاقاً بائناً، نقلاً عن: دار العدالة والقانون العربية، قانون الأحوال الشخصية

للمسلمين، السودان، لسنة 1991، <http://www.justice-lawhome.com/vb/showthread.php?t=7909>

لم يتعرض المشرّع إلى أهلية الزوج لكنه تعرّض إلى أهلية الزوجة وأشار إلى أنّ الزوجة إذا خولعت دون سن الرشد القانوني وقع الطلاق ولا تلتزم ببذل الخلع إلاّ بموافقة النائب الشرعي، وهذا ما جاء في المادة 116 من المدونة والتي جاء نصّها كالآتي: "تخالع الراشدة عن نفسها، والتي دون سن الرشد القانوني إذا خولعت وقع الطلاق، ولا تلتزم ببذل الخلع إلاّ بموافقة النائب الشرعي". وهو نفس النص الذي جاء به المشرّع السوري في المادة 95 فقرة 2 من قانون الأحوال الشخصية، وذهب إليه كذلك المشرّع الأردني في المادة 102 فقرة ب من قانون الأحوال الشخصية¹.

كما أشار المشرّع المغربي إلى نقطة في غاية الأهمية، وتتمثل في حالة اضطرار الزوجة إلى المخالعة وتقديم المقابل تحت طائلة الإكراه المباشر، أو عن طريق الإضرار بها للضغط عليها للجوء إلى الافتداء، وذلك من طرف الزوج، فإذا أثبتت ذلك أمام القضاء وقع الطلاق واسترجعت المقابل، وهذا ما جاء في المادة 117 كالآتي: "للزوجة استرجاع ما خالعت به، إذا أثبتت أنّ خلعه كان نتيجة إكراه أو إضرار الزوج بها، وينفّذ الطلاق في جميع الأحوال".

أمّا عن بدل الخلع فكلّ ما صحّ الالتزام به شرعا صلح أن يكون بدلا في الخلع وهذا ما جاء في نص المادة 118: "كل ما صحّ الالتزام به شرعا، صلح أن يكون بدلا في الخلع، دون تعسف ولا مغالاة". كما لا يجوز التنازل عن حق من حقوق الأطفال في مقابل الخلع إلاّ إذا كانت الزوجة موسرة، وهذا ما جاء نص المادة 119 كالتالي: "لا يجوز الخلع بشيء تعلّق به حق الأطفال أو بنفقتهم إذا كانت الأم معسرة. - إذا أعسرت الأم المختلعة بنفقة أطفالها، وجبت النفقة على أبيهم، دون مساس بحقه في الرجوع عليها".

¹ - كما اشترط المشرّع السوداني أهلية الزوج والزوجة لإيقاع الخلع بنصّه في المادة 144 من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة 1991 ما يلي: "يشترط لصحة الخلع أهلية الزوجة للبدل وأهلية الزوج لإيقاع الطلاق"، دار العدالة والقانون العربية، الموقع السابق.

إذا قارنا التشريع المغربي بما سبق، فيما يخصّ التنازل عن حقوق الأطفال كبذل للمخالعة، فإننا نجد قد حذا حذو المشرّع السوري وكذلك الأردني في السماح للزوجة التنازل عن حق نفقة الأولاد، بشرط أن تكون الزوجة موسرة دون المساس بحق الحضانة الذي أشار إليها كل من المشرّع السوري والأردني، دون أن يذكر ذلك. أمّا المشرّع العراقي فلم يشر إطلاقاً إلى موضوع التنازل عن حقوق الأطفال كبذل في الخلع. أمّا المشرّع المصري فقد منع ذلك صراحة.

أمّا عن آثار الحكم بالخلع في مدونة الأسرة المغربية فهي كالتالي:

- تلزم الزوجة بالوفاء ببذل الخلع إلا إذا كانت غير راشدة، في هذه الحالة لا تلتزم إلا بموافقة نائبها الشرعي.

- لا يسقط أي حق من الحقوق الأخرى إلا ما اتفق عليه¹. والذي يعزّز هذه النظرة أكثر أنّ المشرّع المغربي لم يشر إلى سقوط باقي الحقوق والتي لم تذكر في الاتفاق. من جهة أخرى فإنّ إحالة أمر تحديد المقابل إلى القاضي في حالة عدم اتفاق الزوجين على ذلك يؤكد أنّ باقي الحقوق لا تسقط، والذي يسقط يحتاج إلى تحديد، إن من طرف الزوجين أو من طرف القاضي في حالة الاختلاف، وهذا ما جاء في نص المادة 120 فقرة 1، والتي نصّها كالآتي: "إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع واختلفا في المقابل، رُفِع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصلح بينهما، وإذا تعذّر الصلح، حكمت المحكمة بنفاذ الخلع بعد تقدير مقابله، مراعية في ذلك مبلغ الصداق وفترة الزواج، وأسباب طلب الخلع، والحالة المادية للزوجة".

¹ - ونفس الأمر ذهب إليه المشرّع السوداني في قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة 1991 في

المادة 147 حيث نصّت على ما يلي: "إذا:

أ- ذكر البذل في الخلع، فيلزم ما يسمى فقط،

ب- لم يسم في الخلع ببذل، فتطبق أحكام الطلاق،

ج- ذكر البذل، ولم يوجد لفظ الخلع، أو ما في معناه، فيكون طلاقاً على مال"، ولعلّ الفقرة "أ"

من المادة السابقة تشير أنّه لا يسقط بالخلع إلا ما اتفق عليه.

- أمّا عن طبيعة الحكم بالتطليق خلعا فهو طلاق بائن وفقا للمادة 123 من المدونة: "كل طلاق أوقعه الزوج فهو رجعي إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل البناء والطلاق بالاتفاق والخلع والمملك".

خلاصة القول أنّ الخلع في مدونة الأسرة المغربية ليس حقا خالصا للزوجة في مقابل ما يمتلكه الزوج من طلاق، وإنما هو طلاق بالتراضي بين الزوجين، لكن لا إشكال بالنسبة للمرأة المغربية، لأنها تمتلك وسيلة أنجع من الخلع ودون أن تتنازل عن بعض حقوقها المادية، وهي دعوى التطليق للشقاق.

خامسا: موقف التشريع الإماراتي من الخلع وأحكامه

أخذ المشرع الإماراتي بدوره بالخلع كوسيلة من وسائل فك الرابطة الزوجية. وقد نظم ذلك في الباب الثاني من الكتاب الثاني من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 2005/28¹، وذلك في المادتين 110 و111، حيث جاء فيهما ما يلي:

- المادة 110:

"1- الخلع عقد بين الزوجين يتراضيان فيه على إنهاء عقد الزواج بعوض تبذله الزوجة أو غيرها.

2- يصح من مسمى بدل الخلع ما تصح تسميته في المهر. ولا يصح التراضي على إسقاط نفقة الأولاد أو حضانتهم.

3- إذا لم يصح البديل في الخلع وقع الخلع واستحق الزوج المهر.

4- الخلع فسخ.

5- استثناء من أحكام البند (1) من هذه المادة، إذا كان الرفض من جانب الزوج تعنتا، وخيف ألا يقيما حدود الله، حكم القاضي بالمخالعة مقابل بدل مناسب".

- المادة رقم 111:

"يشترط لصحة البديل في الخلع أهلية باذل العوض، وأهلية الزوج لإيقاع الطلاق".

¹ - موقع شبكة المعلومات القانونية لدول مجلس التعاون الخليجي، موقع سابق.

بالنسبة لطبيعة الخلع فقد نصّ المشرّع الإماراتي في المادة 110 فقرة 1 على أنه عقد بين الزوجين يتراضيان فيه على إنهاء عقد الزواج بعوض، وبالتالي نفهم منذ البداية أنّ الخلع مجرد طلاق بالتراضي بين الزوجين وليس حقا تستعمله الزوجة بإرادتها المنفردة ودون موافقة الزوج. لكن ما تميّز به المشرّع الإماراتي أنّه استثنى من رضائية عقد الخلع، الحالة التي يتعسف فيها الزوج برفضه لمبدأ الخلع. فإذا قدر القاضي خوف الطرفين أو أحدهما من عدم إقامة حدود الله فإنّه، في هذه الحالة، يحكم بالخلع مقابل بدل مناسب، وهذا ما جاء في الفقرة 5 من المادة السابقة.

كما اشترط المشرّع الإماراتي أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق ويكون باذل العوض أهلا للالتزام بذلك. ولم ينص المشرّع على أهلية الزوجة بالذات لبذل العوض، لأنّه أجاز لغيرها أن يلتزم ببذل مقابل المخالعة، وهذا ما جاء في الفقرة الأولى من المادة 110: "...تبذله الزوجة أو غيرها".

أمّا عن بدل الخلع فقد نصّ المشرّع الإماراتي على أنّه يصحّ بدلا للخلع ما يصحّ تسميته مهرا، وهذا ما جاء في الفقرة 2 من نفس المادة، وأضاف في الفقرة 3 أنّه إذا لم يصحّ البذل وقع الخلع واستحق الزوج المهر. وهذا يعني من جهة أخرى أنّ وقوع الخلع لا يسقط أيّ حق من الحقوق التي لم يتفق عليها الزوجان. وقد منع المشرّع الإماراتي التنازل عن حق نفقة الأطفال وحضانتهم كبديل للخلع وذلك صراحة في الفقرة 2 من نفس المادة.

أمّا عن آثار الخلع:

- تلتزم الزوجة أو غيرها ببذل الخلع المتفق عليه أو بالمهر إذا لم يصحّ بدل الخلع، كأن يتفق على إسقاط نفقة الأطفال.
- لا تسقط الحقوق الأخرى إلا بالنص عليها، وهذا يفهم مخالفة لنص المادة، لأنّ المشرّع أشار إلى ما اتفق عليه فقط.
- أمّا عن تكييف الحكم الصادر بالتطبيق خلعاً فإنّ المشرّع الإماراتي، وخلافاً لمن سبق اعتبر الخلع فسخا، وبالتالي لا يحتسب طلاقاً ممّا يمتلكه الزوج.

خلاصة القول أنّ المشرّع الإماراتي، بعد أن اعتبر الخلع عقدا رضائيا، تراجع في الفقرة 5 من المادة 110، وأعطى للقاضي الحق في الحكم بالتطليق خلعا رغم رفض الزوج، إذا أحسّ من الزوج الرغبة في التعتت والتعسف في استعمال الحق، وإذا خيف ألاّ يقيما حدود الله. وحسنا فعل المشرّع الإماراتي، بحيث لم يجعل الخلع حقا إراديا مطلقا تستعمله الزوجة بسبب وبدون سبب، وإنما قيده بالخوف من عدم إقامة حدود الله، كما قيّد حق الزوج في رفض مبدأ الخلع إضرارا بالزوجة، ويكون بهذا أقرب إلى السنّة النبوية من غيره، ممّن قيّد الخلع بموافقة الزوج في كل الأحوال، وممّن أعطى الحرية الكاملة للزوجة في التطليق خلعا وفي كل الأحوال.

سادسا: موقف التشريع الجزائري من الخلع وأحكامه

أخذ المشرّع الجزائري كغيره من المشرعين العرب بالخلع في القانون رقم 11/84 في المادة 54 منه والتي تمّ تعديلها في 2005.

1- الخلع في قانون الأسرة الجزائري قبل تعديل 2005

كانت المادة 54 قبل تعديل 2005 تنص على ما يلي: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم".

الظاهر من هذه المادة أنّ المشرّع الجزائري سكت عن تحديد طبيعة الخلع في ما إذا كان حقا للزوجة تستعمله بإرادتها المنفردة، أم أنّه عقد رضائي يستلزم موافقة الزوج. والنتيجة الأخيرة، أي اعتباره عقدا رضائيا، هي التي ذهب إليها شرّاح قانون الأسرة وقضاة المحكمة العليا خاصة في السنوات الأولى من صدور قانون الأسرة، حيث اعتبر قضاة المحكمة العليا الخلع عقدا رضائيا بين الزوجين ولا بدّ فيه من موافقة الزوج.

ومما جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا ما يلي: "من المقرر فقها وقضاء أنّ قبول الزوج للخلع أمر وجوبي، وأنّ ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ مخالفا لأحكام الفقه ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أنّ المطعون ضدها طلبت التطليق لما لم يكن لها سبب فيه أظهرت

استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبولا من هذا الأخير، فإنّ القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعدّ مخالفا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع¹.
نفس الحكم جاء في قرار آخر: "...ومن المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خرقا لأحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون.
ولمّا كان من الثابت - في قضية الحال - أنّ قاضي الموضوع فرض على الزوج (الطاعن) الخلع وقضى به بالرغم من أنه لا يتدخل إلاّ في حالة عدم الاتفاق على مبلغ الخلع يكون بقضائه كما فعل أخطأ في تطبيق القانون"².

كما قرّرت المحكمة العليا في قرارها التالي ما يلي: "من المتفق عليه في أحكام الشريعة الإسلامية أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره فإنّ أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع...."³، ويفهم من هذا القرار أنّ القاضي لا يتدخل إلاّ في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع.

يظهر من قرارات المحكمة العليا السابقة أنّ القضاء فسّر المادة 54 على أساس أنّ الخلع عقد رضائي رغم أنه لا توجد أيّ عبارة صريحة تشير إلى ذلك في نص المادة. كما ذهب بعض شرّاح قانون الأسرة إلى نفس التفسير وعلى رأسهم الدكتور بلحاج العربي والأستاذ عبد العزيز سعد.

يرى الدكتور بلحاج العربي أنّ "الخلع ليس إلاّ طلاقا رضائيا مقابل مال تدفعه الزوجة إلى الزوج لقاء طلاقها"⁴. وقال كذلك: "...وعليه لا يجب الخلط بين الخلع كرخصة

¹ - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 51728 بتاريخ 1988/11/21، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد 3، ص72، نقلا عن: - أحمد لعور، نبيل صقر، مرجع سابق، ص 71.

² - قرار المحكمة العليا، ملف 73885 بتاريخ 1991/04/23، نقلا عن أحمد لعور، نبيل صقر، مرجع سابق، ص69.

³ - ملف رقم 36709، قرار بتاريخ 1985/04/22، المجلة القضائية 1 لسنة 1989، نقلا عن دلاندة يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص 53.

⁴ - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 264.

للزوجة، إذا تخاصم الزوجان وحصلت المشاققة ولم يتمكنّا من إقامة حدود الله (الوارد في المادة 54 ق.أ)، وبين التطلق أو الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة للأسباب المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة. فالخلع كعقد ثنائي الطرف، أو اتفاق بين الزوج والزوجة لا يتم بالإيجاب والقبول، ويشترط فيه ما يشترط في الطلاق من شروط وأركان، وأنّ الخلع لا يتم دون إرادة الزوج، ليس حقا لها تطلبه متى شاءت، وتطلق به متى شاءت بإرادتها المنفردة¹. ويظهر موقف الكاتب جليا بعدما ذكر الخلع، في مؤلفه، تحت عنوان الطلاق بالإرادة المشتركة للزوجين، فبدأ بالطلاق بالتراضي ثمّ الطلاق بواسطة الخلع.

نفس الأمر ذهب إليه الأستاذ عبد العزيز سعد، حيث جمع بين الطلاق بالتراضي والطلاق بواسطة الخلع تحت عنوان "الطلاق بالإرادة المشتركة للزوجين". وكان له نفس الموقف من حيث اعتبار الخلع عقدا رضائيا، حيث جاء في كتابه ما يلي: "إنّ الخلع شرع أساسا لمصلحة الزوجة في صورة رخصة أو مكنة لتمكينها من طلب التطلق من زوج أصبحت تبغضه وتكرهه ولم تعد تركز إليه أو تحتل عشرته. ولم يمنحه لها في صورة حق من حقوق الزوجية مقابل حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة، لأنّه لو قلنا بأنّ الخلع حق للزوجة تطلبه متى شاءت وتطلق به متى شاءت بإرادتها المنفردة لكان يجب على القاضي أن يحكم لها بالتطلق بمجرد طلبها أو عرضها مالا مقابل الخلع دون أيّ اعتبار لإرادة الزوج... ولأصبح اتفاق الزوج معها على مقدار الخلع كما جاء في المادة 54 من قانون الأسرة لا معنى له أيضا..."².

لكن، وحسب تقديرنا، فإنّ مضمون المادة 54 لا تشير إلى الرضائية التي يراها البعض إلّا فيما يخصّ بدل الخلع في عبارة "...على مال يتمّ الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم". فالاتفاق هنا خاص ببديل الخلع فقط، والمشرع عندما ذكر بدل الخلع فإنّه نصّ على ما يلي: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال..."، فهذا الجواز أسند للزوجة، أي أنّه استعمال خاص بالزوجة، أمّا المال أو بدل الخلع فإنّه خاص بهما معا، فإذا لم يتفقا عليه تدخل القاضي.

¹ - المرجع نفسه، ص 267.

² - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 252.

قد نفترض أنّ عبارة "فإن لم يتفقا على شيء" تحتل معنيين، فإذا كان المقصود هو عدم الاتفاق على مقابل الخلع، فمعنى هذا أنّ الاتفاق خاص بالبدل فقط، فيتدخل القاضي ويحلّ محلّ الزوجين لتحديد مقداره، والمادة في هذا المعنى لا قصور فيها. أمّا إذا كان المقصود من عدم الاتفاق يخصّ مبدأ الخلع والمقابل معاً، فهنا ينبغي الإشارة إلى أنّ المادة قاصرة ولا تشير إلى ذلك، حيث يشير النص إلى أنّ القاضي، في حالة عدم الاتفاق، يتدخل فقط لتقدير مقابل الخلع والحكم بعدها بالتطبيق خلعاً. ولو افترضنا أنّ موافقة الزوج مطلوبة لإتمام الخلع لنصّ المشرّع على أنّه في حالة عدم اتفاق الزوجين على مبدأ الخلع ترفض دعوى الخلع من الأساس. ولكن المشرّع ذهب إلى عكس ذلك تماماً، لأنّه في حالة عدم الاتفاق على شيء أي لم يتفقا على مقدار الخلع في حالة قبول الزوج بالمبدأ، أو لم يتفقا على الخلع من أساسه وبالتالي لم يتفقا على مقدار البدل، في هذه الحالة لم ينص المشرّع إلّا على عمل واحد يقوم به القاضي، وهو تقدير المقابل وإيقاع الخلع. هذا يجعلنا نتأكد أكثر من أنّ المشرّع لم يأخذ بعين الاعتبار موافقة الزوج من عدمها، فمن أين جاء أصحاب الرأي السابق وقضاة المحكمة العليا في القرارات السابقة بتلك القناعة.

لسنا في الحقيقة مجبرين على التدليل أكثر على الرأي السابق، لأنّ المحكمة العليا، بعد ذاتها، غيرت بعد ذلك من اجتهادها، وحدث ذلك قبل تعديل 2005، وذلك في سنوات التسعينات، حيث أصبحت قراراتها تذهب عكس ما ذهبت إليه في الثمانينات. وهذا في حقيقة الأمر دليل إضافي على أنّ إرادة المشرّع كانت متجهة نحو إقرار حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع ودون حاجة إلى موافقة الزوج، ولو لم يدرك القضاة المعنى الحقيقي للمادة 54 من قانون الأسرة لما استدرکوا الخطأ وغيرّوا من اجتهادهم.

ومن بين قرارات المحكمة العليا والتي جاءت بعكس ما قضت به من قبل ما يلي:
...من المقرر قانوناً وشرعاً أنّ الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقداً رضائياً¹.

¹ - قرار رقم 141262 بتاريخ 1996/07/30، نقلاً عن: - أحمد لعور ونبيل صقر، مرجع سابق، ص

كما قرّرت ما يلي: "...إنّ الخلع يحكم به القاضي دون اشتراط رضا الزوج وعند الاختلاف في مبلغ التعويض يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل..."¹.
وقرّرت كذلك: "...إنّ الخلع أجازته الشريعة الإسلامية وكرّسه قانون الأسرة وسواء رضي به الزوج أو لم يرض فإنّه يكفي أن تعرض الزوجة بدلا لفك الرابطة الزوجية دون الحاجة إلى موافقة الزوج..."².

كما قرّرت المحكمة العليا ما يلي: "من المقرر قانونا أنّه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها.... إنّ المادة المذكورة من (ق.أ) تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأنّ ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا. وعليه فإنّ قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون..."³.

كما قرّرت المحكمة العليا في قرار آخر ما يلي: "الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه. ومن ثمّ فإنّ قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون..."⁴.

الملاحظ بعد هذه القرارات للمحكمة العليا أنّ اجتهاد المحكمة العليا اختلف اختلافا جذريا رغم أنّ المادة واحدة ولم تتغير، لكن هذا التغيير في الاجتهاد كرّسه تعديل 2005 لقانون الأسرة.

¹ - قرار المحكمة العليا/ ملف 103793 بتاريخ 19/04/1994، نشرة القضاة، العدد 51، نقلا عن المرجع نفسه، ص 69.

² - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 115118، بتاريخ 19/04/1994، نشرة القضاة، العدد 52، نقلا عن المرجع نفسه، ص 68.

³ - ملف رقم 83603، قرار بتاريخ 21/07/1992، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، مرجع سابق، ص 134.

⁴ - ملف رقم 216239، قرار بتاريخ 16/03/1999، المرجع نفسه، ص 138.

2- الخلع في قانون الأسرة الجزائري بعد تعديل 2005

عدّل المشرّع الجزائري المادة 54 من قانون الأسرة الخاصة بالخلع بالأمر 05/02 فأصبحت كالتالي: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

ما يلاحظ على موقف قانون الأسرة الجزائري في المادة 54 الخاصة بالخلع ما يلي:
- أوّل ما نلاحظه على المادة 54 هي ملاحظة شكلية، بحيث وبخلاف مشرّعَي الدول العربية، فإنّ المشرّع الجزائري اختصر موضوع الخلع في مادة واحدة، كانت قبل التعديل فقرة واحدة وأصبحت بعده فقرتين قصيرتين تخصّ الأولى حق الزوجة في المخالعة دون موافقة الزوج، وتخصّ الثانية تدخل القاضي لتحديد مقابل الخلع في حالة عدم الاتفاق عليه. وهذا عكس المشرعين العرب الذين نظّموا الخلع في أكثر من مادة، ما عدا المشرّع المصري الذي خصّص لها مادة واحدة لكن من فقرات طويلة مكوّنة من إثني عشر سطرا.

إنّ مادة واحدة مقتضبة في الخلع ليست كافية لأنها تقرّر حقا أساسيا للمرأة¹، له من الأهمية والحساسية ما يستدعي تخصيص أكثر من مادة للتعرّض لشروط الالتجاء إليه، وربّما وضع بعض القيود حتى لا تستعمله المرأة دون وجه حق أو دون أن يتحقق الجانب النفسي الذي من أجله أمر الرسول ﷺ ثابت بن قيس أن يطلق زوجته، وهو الخوف ألاّ تقيم حدود الله. فالمشرّع الجزائري لم يذكر حتى هذا الضابط، وقد ذكره غيره من المشرّعين العرب، رغم أنّ القاضي لا يستطيع أن يتأكد من وجوده عند الزوجة.

- كما أنّ المشرّع الجزائري لم يذكر أيّ شرط يخص طرفي المخالعة، وهذا طبعا يستدعي تطبيق القواعد العامة في الطلاق. لكن للخلع عنصر إضافي لا يوجد في الطلاق أو التطلق وهو دفع المقابل المالي، فكان لا بدّ أن يذكر شرط أهلية الزوجة في الالتزام بالبدل.

- كما لم يتعرّض المشرّع للأمور التي لا ينبغي أن تكون بدلا في الخلع كعدم جواز التنازل عن حضانة الأولاد أو نفقتهم.

¹ - باديس ذيابي، مرجع سابق، ص 81.

- لم يتعرّض المشرّع الجزائري للإجراءات الخاصة التي لا بدّ للقاضي أن يسلكها للصلح بين الزوجين، وأخصّ بالذكر تعيين حكمين لمحاولة الإصلاح قبل الحكم بالخلع، وهذا لا يعني عدم تطبيق أحكام المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري، والتي تخصّ ضرورة لجوء القاضي إلى محاولات الصلح قبل الحكم بالطلاق، وهذا ما أكّده قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2009/01/14 والذي قضى بأنّ القضاء بالتطليق خلعا دون إجراء محاولات الصلح بين طرفي النزاع، مخالف لأحكام المادة 49 من قانون الأسرة¹. وما عدا ذلك لا توجد إلاّ الفقرة 5 من المادة 451 من قانون الإجراءات المدنية والتي تنص على ما يلي: "يعاين القاضي أيضا ويكيّف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع طبقا لأحكام قانون الأسرة". ويظهر أنّ المقصود من هذه المادة ليس إدراج إجراءات خاصة بالتطليق عن طريق الخلع وإنّما مراعاة القواعد العامة في الحكم بالتطليق، ومنها ما ذكرناه فيما يخص محاولات الصلح.

خلاصة القول أنّ المشرّع الجزائري كرّس حقا أصيلا للزوجة لفك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة، وهذا مقابل ما يملكه الزوج من حقّه في الطلاق بإرادته المنفردة. وقد ذهب المشرّع بعيدا في ذلك بحيث لم يجعل لذلك قيّدا ولا شرطا. ويكون بهذا قد أجاب على الإشكالية الأساسية لهذا البحث، وهو مدى حرّية الزوجة في فك الرابطة الزوجية. فكما للزوج الحق في إنهاء الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة وعليه دفع التعويض إذا كان متعسفا، فللزوجة أيضا الحق في إنهاؤها بردّ قيمة المهر.

إذا قارنا التشريعات العربية السابقة، نجد أنّ المشرّع السوري والمغربي والعراقي لم يجعلوا الخلع حقا خالصا للزوجة، وكذلك المشرّع الإماراتي كقاعدة عامة، وكذلك فعلت مشاريع قوانين الأحوال الشخصية العربية الموحّدة²، عكس المشرّع المصري الذي جعله حقا خالصا للزوجة وكذلك فعل المشرّع الجزائري. لكن المشرّع المصري -على الأقلّ- ضبط الخلع ببعض الإجراءات، وفرض على الزوجة الإقرار ببيغض الزوج والخوف من

¹ - ملف رقم 477546، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2009، ص 279.

² - نصر الدين مرابط، قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، دار الهلال للخدمات الإعلامية، د.ب.ن، 2004، ص 278، 279؛ أحمد حمد أحمد، نحو قانون موحّد للأسرة في الأقطار الإسلامية، مكتبة الملك فيصل الإسلامية، ص 55، 56.

عدم إقامة حدود الله، وذلك بعد فشل عملية الصلح. أمّا المشرّع الجزائري فلم يضع أيّ قيد لهذا الحق الذي تمارسه الزوجة وبكلّ حرّية¹.

¹ - ومن أمثلة الأحكام القضائية الصادرة بهذا الشأن الحكم الصادر من محكمة سيدي عيش، ولاية بجاية، بتاريخ 2008/12/07، (غير منشور) والذي التمس فيه المدعية فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع بمبلغ مالي يقدر بـ 1200 دج الصداق العرفي بالمنطقة، ورغم رفض الزوج مطلب التتطبيق من الأساس فإنّ القاضي قضى بالتطبيق خلعا وبالمبلغ المقترح من الزوجة، مع منحها حق الحضانة وإلزام المدعى عليه بدفع مبلغ 5000 دج شهريا عن كل واحد من الأبناء الأربعة كنفقة معاش تسري من تاريخ النطق بالحكم إلى غاية سقوط الحضانة شرعا.. .

خاتمة

كانت إشكالية هذه الدراسة البحث عن مدى حق الزوجة وحرّيتها في فك الرابطة الزوجية، أمام ما يملكه الزوج من حق مطلق وأصيل في ذلك. لكن قبل التطرق إلى ما انتهينا إليه من نتائج، لا بدّ من الإشارة إلى نقطة في غاية الأهميّة، وهي كذلك نتيجة لتأمل عميق في الأحكام المتعلّقة بتكوين الأسرة وبانحلال الزواج وما لكل من الزوجين من حقوق وواجبات، وتأمل عميق كذلك في الواقع الأسريّ والعلاقة الزوجية وما يحكمها من أحكام شرعية وقانونية وواقعية.

إنّ الواقعية هي التي تجعل الباحث يعي ما شرّعه الله بخصوص إعطاء الرجل الحق الأصيل في إنهاء الرابطة الزوجية، ودون الخوض في حكمة ذلك وقد تطرّق لذلك كثيرون، لكنهم حسب رأينا لم يتعرّضوا لفكرة أهم، وهي أن الله تعالى أعطى هذا الحق المطلق للزوج - رغم أنّه قيّده دينيا ببعض القواعد- لأنّ الزوج إذا أراد أن يطلق زوجته واقتنع بذلك وأصرّ عليه، فإنّه لا القانون ولا القضاء يستطيعان إجباره على حسن معاملة زوجته ومعاشرتها بالمعروف إذا مُنع من طلاقها. وقد يقول قائل: ألا يستطيع الشرع أن يجبره على ذلك؟ فنقول أنّ الشرع يستطيع أن يرغّبه في عدم الطلاق والصبر على الزوجة لا أكثر، ولن يستجيب لذلك إلاّ ثلّة قليلة من أفراد المجتمع. من أجل هذا لا يمكن منع الزوج من الطلاق إذا أراد، ولكن يمكن أن نجبره على التعويض وتوفير بعض الحقوق المادية للزوجة والأولاد بعد الطلاق.

لم تكن الزوجة تحظى بحق فك الرابطة الزوجية في الحضارات القديمة والأديان السماوية غير الإسلام. أمّا الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية فقد تطرّقت لكل السبل التي تكفل للزوجة الحصول على حرّيتها، وهذا للوصول إلى الإجابة على إشكالية البحث.

تطرقنا للتطبيق للعيوب وتوصلنا إلى نتائج من أهمها، أنّ جمهور الفقهاء يقرّ بحق التفريق للزوج المتضرر من العيوب اللاحقة بالطرف الآخر مع بعض الاختلاف فيمن حصر هذه العيوب، ومن ذكر البعض منها على سبيل المثال، وبين من أعطى حق التفريق للعيوب للزوجين معا ومن أعطاه للزوجة فقط، وكذلك فعلت التشريعات العربية،

ومن بينها المشرّع الجزائري الذي رغم أنّه خصّص فقرة وحيدة للتطليق للعيوب إلاّ أنّه عزّزها بمعيّار عامّ جعلها صالحة لكل زمان ومكان، إضافة إلى المادة 7 مكرر التي جاء بها تعديل 2005 والتي تفرض على الزوجين الفحص الطبي المسبق.

كما تطرّفنا للتطليق لعدم الإنفاق، وقد أخذ جمهور الفقهاء بجواز ذلك، وبنفس الرأي أخذ مشرعو الدول العربية ومن بينهم قانون الأسرة الجزائري الذي لم يفرّق بين عدم الإنفاق العمدي وعدم الإنفاق للإعسار، كما لم يفرّق بين الزوج الحاضر والزوج الغائب.

كما أجاز الفقهاء التفريق لبعّد الزوج عن زوجته سواء كان ذلك بغيبه عنها أو هجره لها أو بسبب حبسه، وبذلك أخذ مشرعو الدول العربية، وكذلك فعل المشرّع الجزائري، إلاّ أنّه انفرد عنهم ببعض الأحكام. فإذا كان الفقهاء ومثلهم مشرعو الدول العربية قد أخذوا بالتفريق للغيب لعلّة بعد الزوج عن زوجته والمساس بحق الزوجة في حاجتها إلى وجود زوجها إلى جانبها سواء كان ذلك حسيّاً أو معنوياً، فإنّ المشرّع الجزائري أخذ بالتفريق للغيبه شكلياً، لكنّه أفرغه من محتواه باشتراطه للأخذ به، ضرورة عدم توفر العذر الشرعي وعدم ترك الزوج للنفقة، فيرجع أساس رفع الدعوى في الأخير إلى عدم الإنفاق وليس للغيب.

وإلى نفس الأمر ذهب المشرّع الجزائري في التفريق للحبس الذي أخذ به الفقهاء قياساً على التفريق للغيبه، وكذلك أخذت به التشريعات العربية ولنفس العلة وهي بعد الزوج عن زوجته، إلاّ أنّه وخاصة بعد تعديل الفقرة 4 من المادة 53 من قانون الأسرة، أصرّ على أنّ سبب التفريق ليس الحبس في حدّ ذاته وإنما ارتكاب الزوج لفعل مشين يمسّ بشرف الأسرة وتستحيل معه مواصلة الحياة الزوجية، والدليل على ذلك إلغائه لشرط المدّة في الحبس والتي كانت تقدّر بسنة، بل لم يتطرّق إطلاقاً لهذا الشرط.

كان التطليق بسبب العيب وعدم الإنفاق والغيبه والحبس والهجر - بين من أخذ بالإيلاء ومن وصفه بالهجر - ممّا اتفق عليه الفقهاء، كما اتفقوا على التطليق لكلّ ضرر معتبر شرعاً، وكذلك فعل مشرعو الدول العربية ومثلهم المشرّع الجزائري. لكن الملفت للإنتباه أنّ الفقهاء وكذلك المشرعين العرب كانوا دائماً يقرنون بين التطليق للضرر والشقاق في عبارة واحدة وفي نص واحد، بحيث إذا ثبت الضرر حكم القاضي بالتطليق

وإذا لم يثبت عيّن القاضي حكمان وحوّلت الدعوى من دعوى ضرر إلى دعوى شقاق. وفي كل الحالات يحكم القاضي بالتطليق إذا عجز الحكمان عن الإصلاح. لكن المشرّع الجزائري فصل موضوع الشقاق عن موضوع الضرر، وفصل كثيرا في صور الضرر، حيث بلغت 10 أسباب، جعل آخرها التطليق للضرر المعترف شرعا، وكان الشقاق سبب من هذه الأسباب، وقد ألحقه المشرّع الجزائري بالمادة 53 بعد تعديل 2005.

من الإيجابيات الظاهرة على سنّ التطليق بطلب الزوجة في التشريع الجزائري أنّ المشرّع وخلافا لغيره من المشرّعين دقّق كثيرا في التطليق للضرر وجعل أسبابه عشرة، وجعل السبب العاشر هو كل ضرر معترف شرعا، وهو المعيار العام الذي مازال يحوي صوراً أخرى من الضرر. وإذا كان يُنظر إلى هذا من زاوية إيجابية، فإنّه يمكن أن يُنظر إليه من زاوية سلبية، وهي أنّ الحالات التي حدّدها المشرّع وأخرجها من المعيار العام للضرر المعترف شرعا، قد قيّدها بجملة من الشروط التي قد تعجز الزوجة عن إثباتها رغم تحقق الضرر. وهذا ما حدث مثلا في غياب الزوج وعدم الإنفاق وارتكاب الزوج لجريمة ما. أمّا باقي الأسباب فلم يقيدها المشرّع بشروط فيكفي تحققها لكي يثبت الضرر، كعدم التزام الزوج بالشروط الواردة في عقد الزواج أو حدوث شقاق أو مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري.

أمّا بالنسبة للمادة 8 فإننا نلاحظ، في الأخير، أنّ المشرّع الجزائري كان أكثر تقييدا من غيره لموضوع التعدد، حيث أعطى للزوجة طلب التطليق لمجرد الزواج بأخرى، حتى وإن لم يحدث لها أيّ ضرر مادي. فكان بذلك أقرب إلى المشرّع التونسي الذي منع التعدد صراحة.

إنّ خلاصة القول في التعدد هو أنّ المطلوب من القانون ليس أن يُؤتى بالزوج مكبل اليدين ليعيش مرغما مع زوجته الأولى، وإجباره على عدم تزوج غيرها، لأنّ لديه أكثر من وسيلة لفعلها، خاصة إذا لم يضبطه الوازع الديني أو الأخلاقي، إنّما المطلوب هو أن يجتهد المشرّع وبعده القاضي في ضمان حقوق الزوجة الأولى وأولادها ماديا، وضمان حياة كريمة لها بعد أن يقدم على التعدد أو بعد طلاقها.

إنّ العوامل الردعية التي تجعل الزوج يفكر ملياً قبل الإقبال على الطلاق أو التعدد الذي يؤدي بالزوجة إلى طلب التطليق هو تكبيله بجملة من الالتزامات المادية والتي يجبر على القيام بها بعد الطلاق كي لا يترك الزوجة دون مورد حتى وإن لم يكن لديها أطفال. فللقاضي أن يحكم لها جملة أو شهرياً حسب الحال، وهذا الحكم سنده السياسة الشرعية¹ وهو ما كان فعلاً أقرب إلى الصلاح وأبعد من الفساد وإن لم ينزل به قرآن ولا سنة².

أمّا عن آخر وسيلة يمكن للزوجة أن تلجأ إليها إذا لم يتحقق الضرر من الزوج أو لم تستطع إثبات ذلك فهي الخلع، والذي لا يمكن الاستغناء عنه للإجابة على إشكالية الموضوع. فبالخلع تتأكد حرية المرأة في فك الرابطة الزوجية، لأنها بإمكانها ودون موافقة الزوج أن تطلب للقاضي فكّها، وليس للقاضي إلاّ الحكم بذلك إذا أصرت الزوجة على طلبها.

في حقيقة الأمر هناك وسيلة يغفل عنها الكثيرون، وهي توفر على المرأة التنازل عن بدل الخلع كما توفر عنها عبء إثبات الضرر، هذه الوسيلة هي دعوى الشقاق، لأنّ مواصلة الخصام وعجز القاضي على الإصلاح يؤدي حسب القانون والفقهاء إلى تقرير التفريق. لكن اللجوء إلى الخلع يجعل الطريق مختصراً أمام الزوجة. كما تلتجأ إليه من أرادت تخليص ذمتها أمام الله، إذا كانت تعلم يقيناً أنّها السبب في الشقاق، من أجل هذا قال الفقهاء أنّه عندما يحاول الحكمان الإصلاح ويجدان أنّ الشقاق سببه مشترك أو من الزوجة فقط، فإنهم يقرّون الفرقة مع بذل الزوجة لقيمة المهر أو جزء منه.

وأحسن ما نختم به هذا البحث هو ما قاله الفقيه "ابن رشد الحفيد" في تكييفه للخلع: "والفقهاء أنّ الفداء إنّما جُعِل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق، فإنّه لما جُعِل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة جُعِل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل".

تمّ بحمد الله

¹- محمود محمد حمودة، محمد مطلق عسّاف، مرجع سابق، ص 182.

²- للتفصيل في معاني السياسة الشرعية يمكن الرجوع إلى د. يوسف القرضاوي، مرجع سابق، ص 65 وما يليها.

قائمة المراجع

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: مراجع باللغة العربية

- الكتب:

1. إبراهيم سيد أحمد، الوجيز في الإثبات في مواد الأحوال الشخصية فقها وقضاء، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2003.
2. إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، (الزواج، الفرقة وحقوق الأولاد)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999.
3. ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، الجزء 3، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1316 هـ.
4. ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، الجزء التاسع، المكتبة السلفية، د.ب.ن، د.ت.ن.
5. ابن رشد الحفيد، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق عبد الله العبادي، المجلد الثالث، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 1995.
6. ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، الجزء الثالث، دار الضياء للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007.
7. أبو البركات مجد الدين، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج 2، الطبعة الثانية، مكتبة المعارف، الرياض، 1984.
8. أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، الجزء 9، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ت.ن.
9. أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، كتاب النكاح، مكتبة الإيمان، المنصورة، مصر، د.ت.ن.
10. أبو القاسم محمد ابن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي المالكي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، تحقيق أ.د محمد بن سيدي محمد مولاي، د.د.ن، د.ت.ن.
11. أبو الوفا محمد أبو الوفا، العنف داخل الأسرة بين الوقاية والتجريم والعقاب في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2000.
12. أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، المنتقى شرح موطأ مالك بن أنس، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، د.ت.ن.

13. أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، الجزء 7، دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، 2003.
14. أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، مصنف عبد الرزاق، تحقيق حبيب الرحمان الأعظمي، الجزء 6، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، بيروت، 1403هـ.
15. أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، تحقيق محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، د.ت.ن.
16. أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن عليّ الشهير بالنسائي، سنن النسائي، تحقيق ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، د.ت.ن.
17. أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجناب والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1993.
18. أبو عبد الله محمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق هشام سمير البخاري، دار الكتب العلمية، 2003، د.ب.ن.
19. _____، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب المصرية، د.ب.ن، 1935.
20. أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، 4 أجزاء، المكتبة السلفية، القاهرة، 1400هـ.
21. أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، الجزء الثاني، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، د.ت.ن.
22. أبو محمد علي ابن أحمد ابن سعيد ابن حزم، المحلى، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، د.ت.ن.
23. أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، دار الجمهورية للصحافة، د.ب.ن، 2003.
24. أحمد الحصري، الأحوال الشخصية، مكتبة الكليات الأزهرية، د.ب.ن، 1968.
25. أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مكتبة الفلاح، د.ب.ن، د.ت.ن.
26. أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، الجزء الأول، الزواج والطلاق وآثارهما، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد، 2006.

27. أحمد المصطفى، في الأحوال الشخصية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2004.
28. أحمد حسام النجار، الخلع ومشكلاته العملية والمنازعات المتعلقة به وإجراءاته العملية وأحكامه، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2001.
29. أحمد حمد أحمد، نحو قانون موحد للأسرة في الأقطار الإسلامية، مكتبة الملك فيصل الإسلامية، د.ب.ن، د.ت.ن.
30. أحمد سلامة، الوجيز في الأحوال الشخصية، جامعة عين شمس، 1975.
31. أحمد شاهين، كتاب حسن الصنع في أحكام الطلاق والخلع، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، د.ت.ن.
32. أحمد فتحي بهنسي، نفقة المتعة بين الشريعة والقانون، دار الشروق، مصر، سنة 1988.
33. أحمد لعور، نبيل صقر، الدليل القانوني في الأسرة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2007.
34. أحمد محمود الشافعي، الطلاق وحقوق الأولاد، ونفقة الأقارب في الشريعة الإسلامية، دار الهدى للمطبوعات، الإسكندرية، 1997.
35. أحمد نصر الجندي، التطلق والتفريق عند المسيحيين من المصريين، دار الكتب القانونية، مصر، 1997.
36. أحمد نصر الجندي، التعليق على نصوص لائحة المحاكم الشرعية وقانون الأحوال الشخصية، عالم الكتب، القاهرة، د.ت.ن.
37. أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطلق وآثارهما، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2004.
38. أديب استانبولي، سعدلي أبو حبيب، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، د.د.ن، د.ب.ن، 1990.
39. أسامة الخولي، دستور جمهورية مصر العربية والقوانين الأساسية المكملّة له طبقاً لأحدث التعديلات، دار الحقاينة لتوزيع الكتب القانونية، القاهرة، 2006.
40. أحمد لفروجي، قانون الأسرة وفق آخر التعديلات مع النصوص التطبيقية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2006.

41. أنور العمروسي، المرجع الوافي في قضاء الأحوال الشخصية للمسلمين، دار الفكر الحديث للطبع والنشر، القاهرة، 1963.
42. باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007.
43. بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، الطبعة الثالثة، دار المعارف، القاهرة، 1963.
44. بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، الطبعة الثالثة، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، د.ت.ن.
45. بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادية، الطبعة الثانية، الجزائر، 2009.
46. بلحاج العربي، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر 1992.
47. _____، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1999.
48. _____، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 2000.
49. جمال الدين محمد محمود، المرأة المسلمة في عصر العولمة، دار الكتاب المصري، القاهرة، 2001.
50. جمال عبد الوهاب عبد الغفار، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.
51. جمال محمود الكردي، مصير الطلاق الإسلامي لدى الاحتجاج به في الدول غير الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
52. جميل الشرقاوي، الأحوال الشخصية لغير المسلمين الوطنيين والأجانب، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، 1966.
53. حسام الدين كامل الأهواني، شرع مبادئ الأحوال الشخصية في شريعة الأقباط الأرثوذكس، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ت.ن.
54. حسن الأشموني، التشريع الفرنسي، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1950.

55. حسن حسانين، أحكام الأسرة الإسلامية فقها وقضاءً، دار الآفاق العربية، القاهرة، 2001.
56. حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، الجزء الأول، د.د.ن، د.ب.ن، 2001.
57. حسن خالد، عدنان نجا، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتب التجاري للطباعة والتوزيع والنشر، بيروت، د.ت.ن.
58. حسني نصار، حقوق المرأة في التشريع الإسلامي والدولي والمقارن، الطبعة الثانية، دار نشر الثقافة، د.ب.ن، د.ت.ن.
59. حسين صلاح الصغير عبد الله، مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
60. الخطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق الشيخ زكريا عميرات، الجزء 5، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995.
61. دلالة يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.
62. رائد بن صبري بن أبي علفة، شروح سنن ابن ماجه، بيت الأفكار الدولية، عمان، 2007.
63. رعد مقداد الحمداني، النظام المالي للزوجين، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، المملكة الأردنية الهاشمية، 2010.
64. رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، أحكام عقد الزواج في الإسلام، د.د.ن، د.ت.ن.
65. زكريا البري، الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية في الفقه المقارن والقانون، معهد الدراسات الإسلامية بالزمالك، د.ت.ن.
66. زكي الدين شعبان، الزواج والطلاق في الإسلام، الدار القومية للطباعة والنشر، د.ب.ن، 1964.
67. زهدي يكن، الطلاق في الإسلام، المكتبة العصرية، بيروت، د.ت.ن.
68. سالم البهنساوي، قوانين الأسرة بين عجز النساء وضعف العلماء، دار القلم، الطبعة الثانية، الكويت، 1984.

69. **سامح سيد محمد**، الخلع بين المذاهب الفقهية الأربعة والقانون المصري، الطبعة الثانية، دار الكتب المصرية، د.ب.ن، 2005.
70. **سحنون بن سعيد التنوخي**، المدونة الكبرى لمالك بن أنس الأصبحي ويليها مقدمات ابن رشد، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994.
71. **سليمان بن محمد بن عمر البُجيري الشافعي**، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1996.
72. **سليمان بن محمد بن عمر البُجيري الشافعي**، حاشية البجيرمي على الخطيب، المسماة "تحفة الحبيب على شرح الخطيب"، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1996.
73. **سيد سابق**، فقه السنة، الجزء 2، ط2، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1998، لبنان.
74. **سيد قطب**، في ظلال القرآن الكريم، الطبعة 16، دار الشروق، القاهرة، 1990.
75. **سيدي أبي عبد الله محمد الخرشي**، شرح مختصر خليل، الجزء الثالث، مطبعة محمد أفندي، مصر، د.ت.ن.
76. **شريف الطباخ**، دعوى الخلع عند المسلمين والمسيحيين في ظل القانون رقم 1 لسنة 2000 وقوانين الأسرة، الطبعة الثالثة، يونيتد للإصدارات القانونية، د.ب.ن، 2007.
77. **شمس الدين السرخسي**، المبسوط، دار المعرفة، بيروت. د.ت.ن.
78. **شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي**، أبو البركات سيدي أحمد الدردير، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثاني، دار إحياء الكتب العربية، د.ب.ن، د.ت.ن.
79. **شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني**، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، كتاب النكاح، دار المعرفة، بيروت، 1997.
80. **صباح صادق جعفر الأنباري**، قانون الأحوال الشخصية رقم 188/1959 وتعديلاته، ط7، مطبعة الزمان، بغداد، 2000.
- <http://www.al-ghad.org/B148021177/C189183841/E158683736>
81. **صديق حسن خان**، التعليقات الرضية على الروضة الندية، تعليق محمد ناصر الدين الألباني، الجزء الثاني، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، 2003.
82. **عاطف فؤاد صحصاح**، الخلع والطلاق بين الشريعة والقانون، دار إيجي مصر للطباعة والنشر، د.ت.ن.

83. عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم، بيروت، 1997.
84. عبد الحكم سيّد سالم، الطلاق في ضوء الفقه والقضاء، المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة، 2003.
85. عبد الحميد الشواربي، مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.
86. عبد الحميد المنشاوي، الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين في الشريعة المسيحية واليهودية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 1995.
87. عبد الحميد ميهوب، محمود محمد عوض، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مطبعة مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، مصر، 1999.
88. عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المكتبة العصرية، بيروت، 2004.
89. عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، "دراسة مقارنة بالشرائع السماوية وبقوانين الأحوال الشخصية العربية والأجنبية"، الطبعة الثانية، دار الفكر، د.ب.ن، 1968.
90. عبد العزيز رمضان سمك، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري، الطبعة الثالثة، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، د.ب.ن، 1998.
91. عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الطبعة الثانية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002.
92. _____، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996.
93. _____، قانون الأسرة في ثوبه الجديد "أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل"، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
94. عبد العزيز محمد عزام، الطلاق في الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق، مطبعة الأمانة، القاهرة، 1978.
95. عبد الفتاح إبراهيم بهنسي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها وقانونا، مكتبة ومطبعة الإشعاع القانونية، الإسكندرية، 1995.
96. عبد الفتاح مراد، تشرح تشريعات الأحوال الشخصية، د.د.ن، الإسكندرية، د.ت.ن.

97. **عبد الفتاح مراد**، قوانين الأحوال الشخصية والقوانين المكملّة لها طبقاً لأحدث التعديلات، الطبعة الثانية، د.د.ن، د.ت.ن.
98. **عبد القادر بن حرز الله**، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
99. **عبد الكريم زيدان**، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، الطبعة 16، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2003.
100. _____، الوجيز في أصول الفقه، الطبعة السابعة، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1998.
101. _____، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2003.
102. **عبد الله المراغي**، الزواج والطلاق في جميع الأديان، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، الكتاب 24، القاهرة، 1966.
103. **عبد الله بن الشيخ حسن الكوهجي**، زاد المحتاج بشرح المنهاج، حقّقه عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، الجزء الثالث، طبع على نفقة الشؤون الدينية بدولة قطر، د.ت.ن.
104. **عبد المؤمن بلباقي**، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2001.
105. **عبد المجيد محمود مطلوب**، فرق الزواج وحقوق الأولاد والأقارب، د.د.ن، د.ب.ن، 1996.
106. **عبد الناصر توفيق العطار**، الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم 100 لسنة 1985، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، 1985.
107. **عبد الواحد وافي**، المرأة في الإسلام، دار نهضة مصر للطباعة والنشر، القاهرة، د.ت.ن.
108. **عبلة الكحلوي**، الخلع دواء من لا دواء له، دراسة فقهية مقارنة، دار رشاد للطباعة، د.ب.ن، 2000.
109. **عثمان التكروري**، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998.

110. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق علي محمد عوض وعادل احمد عبد الموجود، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.
111. علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس البعلبي الدمشقي، الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، تحقيق محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، د.ب.ن، 1950،
112. علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي، سنن الدارقطني، تحقيق : السيد عبد الله هاشم يمانى المدني، الجزء 3، دار المعرفة، بيروت ، 1966.
113. علي جمعة محمد، المدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية، الطبعة الثانية، دار السلام، مصر، 2007.
114. علي حسب الله، الفرقة بين الزوجين وما تعلقّ بها من عدّة ونسب، دار الفكر العربي، القاهرة، 1970.
115. علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2005.
116. عمر رضا كحالة، الطلاق، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1977.
117. عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، Editions ENCYCLOPEDIA، بن عكنون، الجزائر، 2003.
118. عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، الأردن، 1997.
119. عمر عبد الله، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، الطبعة الرابعة، دار المعارف، القاهرة، 1963.
120. فؤاد جاد الكريم محمد، عبد الصبور خلف الله محمد، حق الزوجين في طلب التفريق بينهما بالعيوب في الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية، مكتبة مدبولي، د.ت.ن، القاهرة.
121. فؤاد شباط، تنظيم الأحوال الشخصية لغير المسلمين، محاضرات، جامعة دمشق، 1966م.ى
122. فائزة يونس الباشا، تشريعات الأسرة الليبية في القوانين الوطنية والدولية، نشر القيادة الشعبية الاجتماعية بالجمهورية العظمى، 2006.

123. فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته، جامعة السليمانية، كلية الحقوق، 2004.
124. فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، مطبعة طالب، 2008/2007.
125. كمال صالح البناء، المشكلات العملية في دعاوى الطلاق والفسخ والخلع للمصريين المسلمين وغير المسلمين، عالم الكتب، 2001.
126. _____، موسوعة الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، د.ب.ن، 1997.
127. لاشين محمد الغاياتي، دروس في الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، مصر، 2001/2000.
128. مالك بن أنس، الموطأ، تحقيق أبو أسامة سليم بن عيد الهلالي السلفي، الجزء الثالث، مجموعة الفرقان التجارية، د.ب.ن، 2003.
129. محمد إبراهيم الكويقي، قانون الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953 ومذكرته الإيضاحية، المعدل بالقانون رقم 34 لعام 1975 وأسبابه الموجبة، مع مختارات من اجتهادات محكمة النقض السورية في قضايا الأحوال الشخصية، د.ب.ن، 2006.
130. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1950.
131. _____، تنظيم الإسلام للمجتمع، دار الفكر العربي، القاهرة، د.ت.ن.
132. _____، شريعة القرآن من دلائل إعجازه، "دراسة الطلاق الذي جاء به الإسلام"، نقلا عن: <http://www.alagidah.com/vb/showthread.php?t=6493>
133. محمد أحمد شراح، محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
134. محمد الدجوي، الأحوال الشخصية للمصريين المسلمين، دار النشر للجامعات المصرية، د.ت.ن.
135. محمد السناري، قوانين الأحوال الشخصية، مركز البحوث بمجموعة السناري، القاهرة، 2000.
136. محمد الشحات الجندي، نظرات في نظام الأسرة الإسلامية، مطبعة نور الإيمان، القاهرة، سنة 2002.

137. محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم، الجزائر، 2006.
138. محمد الكبير الأمير، الإكليل شرح مختصر خليل، تحقيق أبو الفضل عبد الله الصديق الغماري، مكتبة القاهرة، مصر، د.ت.ن.
139. محمد بلتاجي، دراسات في أحكام الأسرة، مكتبة الشباب، د.ب.ن، 1974.
140. _____، دراسات في الاحوال الشخصية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، مصر 2006.
141. _____، في أحكام الأسرة، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مكتبة دار العروبة، الكويت، 1983.
142. محمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله، الأم، ج5، دار المعرفة، بيروت، 1393هـ.
143. محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، الجزء الثالث، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، 2006.
144. محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، الجزء 12، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، 1427هـ.
145. محمد بن مسفر بن حسن الطويل، تعدد الزوجات في الإسلام، إدارة الدعوى والإعلام، د.ب.ن، 2004.
146. محمد جمال عطية عيسى، حق المرأة في إنهاء رابطة الزوجية في النظم القانونية الوضعية والشرائع السماوية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
147. محمد حسين منصور، قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين في مصر ولبنان، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2000.
148. محمد رأفت عثمان، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بالأمور التي تمنع الاستمتاع، دار الطباعة المحمدية بالأزهر، 1981.
149. محمد زيد الأبياتي، الأحوال الشخصية، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، د.ت.ن.
150. محمد سعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية، دروس في نظرية الحق، دار هومه، الجزائر، 2011.
151. محمد سلام مذكور، الوجيز لأحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978.
152. محمد طلبة زايد، ديوان الطلاق، مطبعة الحلبي، القاهرة، 1980.

153. محمد عزمي البكري، الأحوال الشخصية، الطلاق، التطليق، الخلع، العدة... دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، د.ت.ن.
154. _____، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، الطبعة التاسعة، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 1999.
155. محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، 6 أجزاء، الطبعة الرابعة، دار القرآن الكريم، بيروت، 1981.
156. محمد علي محجوب، الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، نظام الأسرة، الجزء الثاني، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، د.ت.ن.
157. محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال الشخصية، دراسة تاريخية وتشريعية وقضائية، الجزء الثاني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.
158. محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة....، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
159. محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي، القاهرة، د.ت.ن.
160. محمد مصطفى شحاته الحسيني، الأحوال الشخصية في أحكام الزواج والطلاق والعدة والنفقة وحقوق الأولاد، الطبعة السابعة، مطبعة السعادة، د.ب.ن، 1975.
161. محمد مصطفى شلبي، نظام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار الهدى العربية، بيروت، 1977.
162. محمد يوسف موسى، أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، دار الكتاب العربي، مصر، 1956.
163. محمدي فريدة-زواوي-، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2000.
164. محمود سلام زناتي، المرأة عند الرومان، الكتاب الثاني، دار الجامعات المصرية للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1958.
165. _____، المرأة عند قدماء اليونان، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، 1957.
166. محمود عمر الطويل، رسالة في الخلع، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، د.ت.ن.

167. محمود فوزي، الخلع بين الإسلام والمسيحية، ط1، نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، 2003.
168. محمود محمد الطنطاوي، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972.
169. محمود محمد حمودة، محمد مطلق عساف، فقه الأحوال الشخصية، مؤسسة الوراق، عمان، الأردن، 2000.
170. محمود محمد عوض سلامة، حسم الخلافات الزوجية عن طريق الخلع، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
171. المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دراسة فقهية مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
172. مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، <http://www.daawa-info.net/books1.php?parts=252&au>
173. _____، المرأة بين الفقه والقانون، الطبعة السادسة، المكتب الإسلامي، دمشق، 1984.
174. مصطفى بن العدوي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الإمام مالك، البليدة، الجزائر، 1997.
175. معوض عبد التواب، المستحدث في قضاء الأحوال الشخصية، دار الكتاب الحديث، د.ب.ن، 1991.
176. _____، موسوعة الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة السادسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.
177. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق إبراهيم أحمد عبد الحميد، الجزء الثامن، دار عالم الكتب، الرياض، 2003.
178. منصوري نورة، التطبيق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
179. موفق الدين بن قدامه، شمس الدين بن قدامه، المغني ويليهِ الشرح الكبير، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، د.ب.ن، د.ت.ن.
180. نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006.

181. نبيل محمد عبد اللطيف، قانون الأحوال الشخصية الجديد رقم 1 لسنة 2000، النسر الذهبي للطباعة، د.ب.ن، 2000.
182. نصر الدين مرابط، قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، دار الهلال للخدمات الإعلامية، 2004.
183. نصر سلمان، سعاد سطحي، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، دار الفجر للطباعة والنشر، قسنطينة، الجزائر، 2005.
184. _____، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، د.ت.ن.
185. هشام زوين، دعوى الخلع للمسلمين والمسيحيين واليهود طبقاً لقانون إنشاء محاكم الأسرة، الطبعة الثامنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، د.ب.ن، 2005.
186. هيئة القراءة والبحث بدار العلوم، الزواج والطلاق في الشريعة والقانون، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2001.
187. وفاء بنت علي بن سليمان الحمدان، التفريق بالعيب بين الزوجين والآثار المترتبة عليه، ط1، كنوز المعرفة، جدّة، 1999.
188. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 7، دار الفكر، دمشق، 1994.
189. يوسف القرضاوي، السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، مؤسسة الرسالة، 2001.
190. يوسف صلاح الدين يوسف، الآثار المترتبة على الإصابة بالأمراض المعدية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
191. يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987.

- الرسائل:

1. أحمد أبو الحسن عبد السيد، الشكلية في الشرائع القانونية القديمة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، الإسكندرية، 2008.
2. بشير يوسف مصطفى عاشور، حقوق المرأة في التشريع الإسلامي مقارنا بالشرائع الأخرى، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، 1974.

3. جابر عوض عبد الحميد الجندي، حقوق المرأة في نطاق الأحوال الشخصية "دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي على ضوء الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية.
4. خلفي عبد الرحمان ، الجرائم المقيّدة بشكوى "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2010.
5. عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1962.
6. سامح عبد السلام محمد، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، قسم الشريعة الإسلامية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2000.
7. السعيد مصطفى السعيد، في مدى استعمال حقوق الزوجية وما تنقيد به في الشريعة الإسلامية والقانون المصري الحديث، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر.
8. محمد البشير محمد الحاج الحجاز، آثار الفرقة بين الزوجين في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 1980.
9. محمد حجاري، نظام الإثبات في أحكام الأسرة، رسالة دكتوراه، جامعة الاسكندرية، كلية الحقوق، 2007.
10. محمد عبد الستار الجبالي، الضرر المخوّل للمرأة حق التطلق في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، 1989.
11. محمد يوسف سيد الرفاعي، الطلاق والتطلق في التشريع الإسلامي ومنهج المشرّع المصري، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، 1984.
12. محمود محمد علي، الطلاق بين الإطلاق والتقييد في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، 1971.
13. مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2006/2005.
14. منصور نصر عبد الحميد قموح، الفرقة بين الزوجين بالخلع وعلاقته باحترام إرادة المرأة، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، 1979.
15. نوال محمد الشاكر، التفريق بين الزوجين للعيوب، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 2001.

16. ياسر محمد إسماعيل الهضيبي، التطور التاريخي والأساس الفلسفي لحقوق الإنسان، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2007.

- المقالات:

1. نتصار الميالي، قراءة في قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959،
www.imaqcp.org.01.08.2009

2. أنور العمروسي، الطلاق بحكم القاضي، مجلة المحاماة، العدد السادس، السنة 50،
يونيو 1970.

3. جمال محمد زكي، رد شبهات حول تعدد الزوجات في الإسلام،
<http://samera-1968.yoo7.com/t2390-topic>

4. جهاد هشام وكاع، الطلاق والظهار والإيلاء والمخالعة واللعان والتفريق بين
الأزواج،
http://furat.alwehda.gov.sy/_archive.asp?FileName=36211783720080327000409

5. جورج كامل، الزواج والطلاق في قانون الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس، مجلة
المحاماة، العدد 4، السنة 50، أبريل 1970، القاهرة.

6. حمزاوي أحمد، تأسيس دعوى الطلاق على عدم الإنجاب، التعليق على قرار: ملف
52850، بتاريخ 13 - 03 - 1989، المجلة القضائية، العدد 2، لسنة 1995.

7. سالم روضان الموسوي، حق الزوجة في طلب التفريق بسبب العنف الأسري،
<http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=229323>

8. صبري عبد الرؤوف محمد عبد القوي، مشروعية الطلاق، مجلة كلية الدراسات
الإسلامية والعربية للبنات، الإسكندرية، العدد 3، 1986.

9. صلاح الدين زكي، فكرة سبب التطلق، دراسة مقارنة للقانونين الفرنسي والإنجليزي،
مجلة القانون والاقتصاد، سبتمبر، ديسمبر، 1971، العددان 3 و 4، السنة 42 (طبعة
1973).

10. عبد الرحمن العمراني، تقييد المباح في بعض قوانين الأسرة العربية وفي بعض
الاجتهادات الفقهية المعاصرة، ندوة مستجدات الفكر الإسلامي الحادية عشر، وزارة
الأوقاف والشؤون الإسلامية بالتعاون مع مركز التجديد اللندني، الكويت، من 18 إلى 20
فيفري 2013، ص 05، نقلا عن الموقع

<http://www.mostjadat.com/site/index.php/sample-calendar/85/>

11. علاوة بوتغرار، ملاحظات بمناسبة مراجعة القوانين الجزائرية، مجلة الموثق، العدد 12، سنة 2005.

12. كمال زين العابدين، مسطرة التظليق للشقاق بالمغرب في ظلّ قانون مدونة الأسرة الجديد
<http://www.palmoon.net/7/topic-997-65.html>

13. محمد أوراغ، مسطرة الشقاق على ضوء مدونة الأسرة ومن خلال العمل القضائي المغربي،
<http://alahijaz.maktoobblog.com/1141170>

14. محمد بن شاكر الشريف، "من يملك تقييد المباح أو الإلزام به"،
<http://www.saaaid.net/Doat/alsharef/50.htm>

15. محمد رأفت عثمان، الخلع في الفقه الإسلامي ومشروع قانون إجراءات الأحوال الشخصية،
http://www.bab.com/articles/full_article.cfm?id=3112

16. الهاشمي هويدي، توضيحات رئيس غرفة الأحوال الشخصية فيما يخصّ الطلاق والتظليق ومتاع البيت، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر، 2001.

17. هشام ملاطي، التظليق بسبب سجن الزوج، قراءة في العمل القضائي المغربي،
<http://droitcivil.over-blog.com/article-1465323.html>

- الاجتهاد القضائي

1. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 34791، قرار بتاريخ 1989/11/09، المجلة القضائية، العدد 3، سنة 1989.
2. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 34784، قرار بتاريخ 1989/11/19، المجلة القضائية، العدد 3 لسنة 1989.
3. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 34784، قرار بتاريخ 1989/11/19، المجلة القضائية، عدد 3، 1989.
4. محكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 36709، قرار بتاريخ 1989/04/22، المجلة القضائية 1 لسنة 1989.
5. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 51728، قرار بتاريخ 1988/11/21، المجلة القضائية العدد 3 لسنة 1990.

6. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 50519، قرار بتاريخ 1988/09/26، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1992.
7. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 83603، قرار بتاريخ 1992/07/21، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2000.
8. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 83603، قرار بتاريخ 1992/07/21، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2000.
9. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 87301، قرار بتاريخ 1992/12/22، المجلة القضائية، العدد 2 لسنة 1995.
10. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف 103793 قرار بتاريخ 1994/04/19، نشرة القضاة، العدد 51.
11. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 115118، قرار بتاريخ 1994/04/19، نشرة القضاة، العدد 52.
12. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 181648، قرار بتاريخ 1997/12/23، المجلة القضائية، العدد 1، 1997.
13. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 189339، قرار بتاريخ 1998/05/19، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2000.
14. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 217179، قرار بتاريخ 1999/03/16، المجلة القضائية، العدد الخاص، 2000.
15. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 213571، قرار بتاريخ 1999/02/6، المجلة القضائية، عدد خاص، سنة 2000.
16. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 218754، قرار بتاريخ 1999/02/16، عدد خاص، سنة 2000.
17. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 258555، قرار بتاريخ 2001/01/23، المجلة القضائية، العدد 2، 2002.
18. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 269594، قرار بتاريخ 2001/07/18، المجلة القضائية، العدد 1، 2003.
19. مجلة الوقائع العراقية، العدد 2772، الجزء 1، بتاريخ 05/05/1980، ص 696،

<http://www.iraq-ld.org/LoadLawBook.aspx?SP=&SC=291120051156206&PageNum=5>

. مجلة الوقائع العراقية، العدد 2004، بتاريخ 1971/5/31، ج1، ص 148. نقلا عن

<http://www.iraq-ild.org/loadlawbook.aspx?SP=IDX&SC=031220057844749&year=1971&pageNum>

القوانين

1. قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بقانون رقم 05-09 المؤرخ في 4 مايو 2005، جريدة رسمية رقم 43 المؤرخة في 22 يونيو 2005، المتضمن الموافقة على الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الذي يعدل ويتم القانون رقم 84-11، جريدة رسمية رقم 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005.

2. قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 لسنة 2008.

3. الأمر رقم 156/66، المؤرخ في 08 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات المعدل بالقانون رقم 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

4. قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61 لسنة 1976،
<http://www.lawjo.net/vb/showthread.php?2606-1976->

5. قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لسنة 2010، موقع التشريعات الأردنية،
http://www.lob.gov.jo/ui/laws/search_no.jsp?no=36&year=2010

6. قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984،
<http://www.gcc-legal.org/MojPortalPublic/DisplayLegislations.aspx?country=1&LawTreeSectionID=1392>

7. قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 2005/25، شبكة المعلومات القانونية لدول مجلس التعاون الخليجي،
<http://www.gcc-legal.org/MojPortalPublic/BrowseLawOption.aspx?country=2&LawID=3128>

8. أمر علي، مؤرخ في 13 أوت 1956 يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس، 2008.

9. قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين لسنة 1991، دار العدالة والقانون العربية،
<http://www.justice-lawhome.com/vb/showthread.php?t=7909>

10. مشروع قانون الأحوال الشخصية السوري، دار العدالة والقانون العربية،
<http://www.justice-lawhome.com/vb/showthread.php?t=5045>

التراجم والقواميس

1. الإمام الرازي، الصحاح ، الطبعة الثانية، دار الحداثة، بيروت، 1983.
2. لوبين معلوف، المنجد في اللغة والأدب والعلوم، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، د.ت.ن.
3. ابن منظور، لسان العرب، المجلد الرابع، دار المعارف، القاهرة، د.ت.ن.
4. أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان اللسان، تهذيب لسان العرب، الجزء الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
5. الحافظ الذهبي، سير أعلام النبلاء، <http://ar.wikisource.org/wiki/>

ثانيا: مراجع باللغة الفرنسية

1. A. Domart et D- J. Bour neuf. Nouveau Larousse Médical. Librairie Larousse.. Paris,1981.
6. Albert Bastenier et autres, Le statut personnel des musulmans, droit comparé et droit international privé, BRUYLAN, BRUXELLES, 1992.
2. Ghaouti Benmalha, Le Droit Algerien De La Famille, office de publication universitaire, 1993.
3. Ghassan Ascha, Mariage, Polygamie et répudiation en islam, Editions L Harmattan, Paris.
4. Recueil. Dalloz. sirez. juris prudence. general. Dalloz. paris.1975.
5. Zeineb Radwan , Le statut de la femme entre mythe et réalité, Dar Elbouraq, Beyrouth, Liban, 2006.

الفهرس

1.....	مقدمة
11.....	الباب الأول: التطلق للعب ولعدم التزام الزوج بواجباته الزوجية
14.....	الفصل الأول: التطلق للعب
14.....	المبحث الأول: العيب وحكم التفريق به
15.....	المطلب الأول: الموقف الفقهي من التفريق بالعب
16.....	الفرع الأول: الرأي القائل بعدم جواز التفريق بسبب العيب
17.....	أولاً: الدليل من القرآن الكريم
19.....	ثانياً: الدليل من السنة النبوية
20.....	الفرع الثاني: الرأي القائل بجواز التفريق للعب بطلب الزوجة
22.....	أولاً: الدليل من القرآن الكريم
22.....	ثانياً: الدليل من السنة النبوية
23.....	ثالثاً: الإجماع
23.....	رابعاً: القياس
23.....	المطلب الثاني: موقف التشريعات العربية من التفريق للعب
24.....	الفرع الأول: التشريعات العربية التي أعطت حق طلب التفريق للعب للزوجة فقط
24.....	أولاً: التشريع المصري
24.....	ثانياً: التشريع السوري
25.....	ثالثاً: التشريع العراقي
26.....	رابعاً: قانون الأسرة الجزائري
26.....	الفرع الثاني: التشريعات العربية التي أعطت حق طلب التفريق للعب للزوجين
26.....	أولاً: التشريع المغربي
28.....	ثانياً: التشريع الإماراتي
28.....	المبحث الثاني: عيوب الزوج الموجبة لطلب التطلق
29.....	المطلب الأول: العيوب الموجبة للتفريق واختلاف الفقهاء فيها
29.....	الفرع الأول: اختلاف الفقهاء في تحديد العيوب الموجبة للتفريق
31.....	الفرع الثاني: العيوب المحددة من طرف الفقهاء

- 33..... الفرع الثالث: العيوب المسكوت عنها من طرف الفقهاء
- 33..... أولاً: الرأي القائل بحصر العيوب
- 33..... ثانياً: الرأي القائل بعدم حصر العيوب
- 35..... المطلب الثاني: الأمراض الحديثة كعيوب موجبة لطلب التطليق
- 35..... الفرع الأول: الأمراض العضوية
- 37..... الفرع الثاني: الأمراض النفسية
- 42..... المطلب الثالث: العيوب الطارئة بعد عقد الزواج وحكم التفريق بها
- 44..... الفرع الأول: الرأي القائل بعدم جواز طلب التفريق بالعيوب الطارئة بعد الزواج
- 45..... الفرع الثاني: الرأي القائل بثبوت حق الزوجة في طلب التفريق بالعيوب الطارئة بعد الزواج
- 46..... المطلب الرابع: التشريعات العربية وموقفها من عيوب الزوج الموجبة لطلب التفريق
- 46..... الفرع الأول: التشريع المصري
- 49..... الفرع الثاني: التشريع السوري
- 50..... الفرع الثالث: التشريع المغربي
- 51..... الفرع الرابع: التشريع العراقي
- 52..... الفرع الخامس: التشريع الإماراتي
- 53..... الفرع السادس: التشريع الجزائري
- 56..... المبحث الثالث: شروط طلب التطليق للعيوب، إيجابتها ونوع الفرقة الواقعة به
- 56..... المطلب الأول: شروط طلب التطليق للعيوب
- 56..... الفرع الأول: شروط طلب التطليق للعيوب المتفق عليها فقهاً
- 57..... أولاً: عدم العلم بالعيوب
- 57..... ثانياً: عدم الرضا بالعيوب بعد الإطّلاع عليه
- 57..... ثالثاً: ألا يكون بالزوج الآخر عيب يمنع من الوطء
- 58..... الفرع الثاني: التشريعات العربية وشروط طلب التطليق للعيوب
- 58..... أولاً: التشريع المصري
- 61..... ثانياً: التشريع السوري
- 64..... ثالثاً: التشريع المغربي
- 65..... رابعاً: التشريع العراقي
- 65..... خامساً: التشريع الإماراتي
- 65..... سادساً: التشريع الجزائري
- 66..... المطلب الثاني: إثبات العيوب الموجبة للتفريق ونوع الفرقة الواقعة به

67.....	الفرع الأول: طرق إثبات العيوب فقها ونوع الفرقة الواقعة بها.
67.....	أولاً: الموقف الفقهي من إثبات العيب.
67.....	ثانياً: الموقف الفقهي من نوع الفرقة الواقعة بالعيب.
69.....	الفرع الثاني: موقف التشريعات العربية من طرق إثبات العيوب ونوع الفرقة الواقعة به.
69.....	أولاً: التشريع المصري.
69.....	ثانياً: التشريع المغربي.
69.....	ثالثاً: التشريع العراقي.
70.....	رابعاً: التشريع السوري.
70.....	خامساً: التشريع الإماراتي.
70.....	سادساً: التشريع الجزائري.
73.....	الفصل الثاني: التطبيق لعدم الإنفاق.
74.....	المبحث الأول: النفقة الواجبة للزوجة وحكم التفريق لعدم أدائها.
74.....	المطلب الأول: النفقة الزوجية حكمها وشروط وجوبها.
74.....	الفرع الأول: تعريف النفقة الزوجية وحكمها الشرعي.
74.....	أولاً: تعريف النفقة الزوجية.
76.....	ثانياً: الحكم الشرعي للنفقة وأدلته.
78.....	ثالثاً: موقف التشريعات العربية من وجوب نفقة الزوجة على الزوج.
79.....	الفرع الثاني: أساس وجوب النفقة وشروطها.
79.....	أولاً: أساس وجوب النفقة.
80.....	ثانياً: شروط وجوب النفقة.
81.....	ثالثاً: شروط وجوب النفقة في تشريعات الأحوال الشخصية العربية.
86.....	المطلب الثاني: أنواع النفقة الواجبة للزوجة وما يراعى في تقديرها.
86.....	الفرع الأول: أنواع النفقة الواجبة للزوجة.
86.....	أولاً: بعض أنواع النفقة المتفق عليها.
88.....	ثانياً: نفقات العلاج.
89.....	ثالثاً: مشتقات النفقة الواجبة في تشريعات الأحوال الشخصية.
92.....	الفرع الثاني: تقدير النفقة وما يراعى في ذلك.
92.....	أولاً: الموقف الفقهي.
93.....	ثانياً: موقف تشريعات الأحوال الشخصية العربية.
95.....	المطلب الثالث: حكم التفريق لعدم الإنفاق.

96.....	الفرع الأول: الرأي القائل بعدم جواز التفريق لعدم الإنفاق
96.....	أولاً: حجج القائلين بعدم جواز التفريق لعدم الإنفاق
98.....	ثانياً : نقد حجج الظاهرية والحنفية
100.....	الفرع الثاني: الرأي القائل بجواز التفريق لعدم الإنفاق
101.....	أولاً: أدلة جمهور الفقهاء
102.....	ثانياً- نقد حجج الجمهور
104.....	ثالثاً: الترجيح
105.....	الفرع الثالث: حكم التفريق لعدم الإنفاق في تشريعات الأحوال الشخصية العربية
105.....	أولاً: التشريع المصري
105.....	ثانياً: التشريع السوري
106.....	ثالثاً: التشريع المغربي
106.....	رابعاً: التشريع العراقي
106.....	خامساً: التشريع الإماراتي
106.....	سادساً: التشريع الجزائري
107.....	المبحث الثاني: أحكام التفريق لعدم الإنفاق
107.....	المطلب الأول: ثبوت الإعسار و علم الزوجة به ومقدار النفقة الموجبة للتفريق
107.....	الفرع الأول: كيفية إثبات الإعسار
109.....	الفرع الثاني: علم الزوجة بالإعسار أثناء عقد الزواج
109.....	الفرع الثالث: مقدار النفقة الموجبة للتفريق بالإعسار
111.....	المطلب الثاني: عدم إنفاق الزوج على زوجته مع القدرة عليه أو بسبب الغياب
111.....	الفرع الأول: امتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته مع القدرة عليه
112.....	الفرع الثاني: عدم إنفاق الزوج الغائب على زوجته
114.....	المطلب الثالث: كيفية التفريق لعدم الإنفاق ونوع الفرقة الواقعة به
114.....	الفرع الأول: كيفية التفريق للإعسار
116.....	الفرع الثاني: نوع الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق
	المطلب الرابع: شروط التفريق لعدم الإنفاق ونوع الفرقة الواقعة به في التشريعات العربية
	118..
118.....	الفرع الأول: التشريع المصري
118.....	أولاً: شروط التطلق لعدم الإنفاق
121.....	ثانياً: نوع الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق

123.....	الفرع الثاني: التشريع السوري
123.....	أولاً: شروط التفريق لعدم الإنفاق
124.....	ثانياً: نوع الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق
125.....	الفرع الثالث: التشريع المغربي
125.....	أولاً: شروط التفريق لعدم الإنفاق
126.....	ثانياً: نوع الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق
127.....	الفرع الرابع: التشريع العراقي
127.....	أولاً: شروط التفريق لعدم الإنفاق
128.....	ثانياً: نوع الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق
129.....	الفرع الخامس: التشريع الإماراتي
129.....	أولاً: شروط التفريق لعدم الإنفاق
129.....	ثانياً: نوع الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق
130.....	الفرع السادس: التشريع الجزائري
130.....	أولاً: شروط التفريق لعدم الإنفاق
134.....	ثانياً: نوع الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق
137.....	الفصل الثالث: التطليق لبعء الزوج عن زوجته
138.....	المبحث الأول: التطليق لغياب الزوج عن زوجته
138.....	المطلب الأول: التطليق للغيبة
139.....	الفرع الأول: الموقف الفقهي من طلب التطليق للغيبة
139.....	أولاً: الرأي القائل بعدم جواز التفريق بسبب غيبة الزوج
140.....	ثانياً: الرأي القائل بجواز طلب التفريق للغيبة
141.....	ثالثاً: شروط التفريق للغيبة عند القائلين به
142.....	الفرع الثاني: الموقف التشريعي من التفريق للغيبة
142.....	أولاً: موقف التشريع المصري من التفريق للغيبة
144.....	ثانياً: موقف التشريع السوري من التفريق للغيبة
146.....	ثالثاً: موقف التشريع المغربي من التطليق للغيبة
147.....	رابعاً: موقف التشريع العراقي من التفريق للغيبة
149.....	خامساً: موقف المشرع الإماراتي من التفريق للغيبة
150.....	سادساً: موقف المشرع الجزائري من التفريق للغيبة
153.....	المطلب الثاني: التطليق للفقءان

154.....	الفرع الأول: معنى المفقود وأقسامه.....
154.....	أولاً: التعريف اللغوي.....
155.....	ثانياً: التعريف الإصطلاحي.....
155.....	ثالثاً: أقسام المفقود.....
156.....	الفرع الثاني: الحكم الشرعي للتطبيق للفقدان.....
156.....	أولاً: حكم المفقود في الشرع.....
157.....	ثانياً: رأي الفقهاء في التفريق للفقدان.....
160.....	الفرع الثالث: الموقف التشريعي من التطبيق للفقدان.....
160	أولاً: التشريع المصري.....
162.....	ثانياً : التشريع السوري.....
164.....	ثالثاً: التشريع المغربي.....
165.....	رابعاً: التشريع العراقي.....
167.....	خامساً: التشريع الإماراتي.....
168.....	سادساً: التشريع الجزائري.....
170.....	المبحث الثاني: التطبيق للحبس والهجر.....
171.....	المطلب الأول: التطبيق للحبس.....
172.....	الفرع الأول: الموقف الفقهي من التطبيق للحبس.....
173.....	الفرع الثاني: موقف التشريعات العربية من التفريق للحبس.....
173.....	أولاً: التشريع المصري.....
174.....	ثانياً: التشريع السوري.....
174.....	ثالثاً: التشريع المغربي.....
175.....	رابعاً: التشريع العراقي.....
176.....	خامساً: التشريع الإماراتي.....
177.....	سادساً: التشريع الجزائري.....
180.....	المطلب الثاني: الإيلاء والتفريق به في الفقه الإسلامي.....
181.....	الفرع الأول: مفهوم الإيلاء.....
181.....	أولاً: التعريف اللغوي.....
181.....	ثانياً: التعريف الإصطلاحي.....
181.....	ثالثاً: الأصل التاريخي للإيلاء.....
182.....	الفرع الثاني: أركان الإيلاء وشروطه.....

182.....	أولاً: أركان الإيلاء.....
184.....	ثانياً: شروط الإيلاء.....
184.....	الفرع الثالث: الحكم بالتفريق للإيلاء ونوع الطلاق الواقع به.....
184.....	أولاً: الحكم بالتفريق للإيلاء.....
187.....	ثانياً: نوع الطلاق الواقع للإيلاء.....
187.....	المطلب الثالث: موقف التشريعات العربية من التطلاق للهجر.....
187.....	الفرع الأول: الهجر في التشريع المصري.....
188.....	الفرع الثاني: الهجر في التشريع السوري.....
189.....	الفرع الثالث: الهجر في التشريع العراقي.....
190.....	الفرع الرابع: الهجر في التشريع المغربي.....
191.....	الفرع الخامس: الهجر في التشريع الإماراتي.....
192.....	الفرع السادس: الهجر في قانون الأسرة الجزائري.....
197.....	الباب الثاني: التطلاق لصور أخرى من الضرر والتطلاق خلعا.....
198.....	الفصل الأول: التطلاق لكل ضرر معتبر شرعا والتطلاق للشقاق.....
199.....	المبحث الأول: التطلاق للضرر المعتبر شرعا.....
199.....	المطلب الأول: الموقف الفقهي من التطلاق للضرر.....
200.....	الفرع الأول: مفهوم الضرر الموجب للتفريق.....
200.....	أولاً: تعريف الضرر وحكمه.....
200.....	أ- تعريف الضرر.....
200.....	ب- حكم الضرر.....
202.....	ثانياً: الضرر اللاحق بالزوجة وحققها في دفعه عنها.....
203.....	الفرع الثاني: حكم التفريق للضرر.....
204.....	أولاً: الرأي الأول.....
204.....	ثانياً: الرأي الثاني.....
206.....	الفرع الثالث: موقف بعض التشريعات العربية من التطلاق للضرر.....
207.....	أولاً: موقف التشريع المصري.....
210.....	ثانياً: موقف التشريع السوري.....
211.....	ثالثاً: موقف التشريع العراقي.....
213.....	رابعاً: موقف التشريع المغربي.....
214.....	خامساً: التشريع الإماراتي.....

214.....	المطلب الثاني: التطلاق للضرر في قانون الأسرة الجزائري.
214.....	الفرع الأول: التطلاق للضرر المعتبر شرعا.
218.....	الفرع الثاني: بعض صور الضرر المتبقية في قانون الأسرة الجزائري بعد تعديل 2005.
219.....	أولا: مخالفة الشروط المتفق عليها في العقد.
220.....	ثانيا: ارتكاب فاحشة.
226.....	ثالثا: نشوز الزوج.
228.....	المبحث الثاني: التطلاق للشقاق.
228.....	المطلب الأول: نظام التحكيم والموقف الفقهي من التفريق للشقاق.
229.....	الفرع الأول: نظام التحكيم.
229.....	أولا: صلاحية بعث الحكيم وحكمه شرعا.
231.....	ثانيا: شروط الحكيم.
232.....	ثالثا: مهمة الحكيم.
233.....	الفرع الثاني: الموقف الفقهي من التفريق للشقاق.
233.....	أولا: الرأي الأول.
233.....	ثانيا: الرأي الثاني.
235.....	المطلب الثاني: موقف التشريعات العربية من التفريق للشقاق.
235.....	الفرع الأول: التشريع المصري.
239.....	الفرع الثاني: التشريع السوري.
242.....	الفرع الثالث: التشريع العراقي.
244.....	الفرع الرابع: التشريع المغربي.
247.....	الفرع الخامس: التشريع الإماراتي.
250.....	الفرع السادس: التطلاق للشقاق في قانون الأسرة الجزائري.
250.....	أولا: موقف قانون الأسرة الجزائري من التطلاق للشقاق قبل تعديل 2005.
250.....	ثانيا: موقف قانون الأسرة الجزائري من التطلاق للشقاق بعد تعديل 2005.
251.....	ثالثا: التحكيم وإجراءاته في قانون الأسرة الجزائري.
251.....	أ- اللجوء إلى التحكيم.
254.....	ب- إجراءات التحكيم.
258.....	الفصل الثاني: التطلاق للزواج بأخرى والتطلاق خلعا.
259.....	المبحث الأول: التطلاق للزواج بأخرى.
259.....	المطلب الأول: التعدد وضوابطه في الشريعة الإسلامية ومدى جواز التفريق به.

260.....	الفرع الأول: التعدد في الشريعة الإسلامية.
260.....	أولاً: الشريعة الإسلامية لم تنشئ التعدد.
261.....	ثانياً: مشروعية التعدد في الشريعة الإسلامية.
264.....	ثالثاً: ضوابط التعدد في الشريعة الإسلامية.
264.....	الفرع الثاني: جواز التفريق للزواج بأخرى.
265.....	أولاً: اشتراط عدم الزواج بأخرى.
267.....	ثانياً: المشروط لفظاً و المشروط عرفاً.
271.....	المطلب الثاني: موقف التشريعات العربية من التطلاق للزواج بأخرى.
271.....	الفرع الأول: موقف المشرّع التونسي من التعدد.
273.....	الفرع الثاني: موقف المشرّع المصري من التعدد ومن التطلاق للزواج بأخرى.
273.....	أولاً: موقف المشرّع المصري من التعدد.
273.....	ثانياً: موقف المشرّع المصري من التطلاق للزواج بأخرى.
276.....	الفرع الثالث: موقف المشرّع السوري من التعدد ومن التطلاق للزواج بأخرى.
276.....	أولاً: موقف المشرّع السوري من التعدد.
276.....	ثانياً: موقف المشرّع السوري من التطلاق للزواج بأخرى.
278.....	الفرع الرابع: موقف المشرّع العراقي من التعدد ومن التطلاق للزواج بأخرى.
278.....	أولاً: موقف المشرّع العراقي من التعدد.
279.....	ثانياً: موقف المشرّع العراقي من التطلاق للزواج بأخرى.
281.....	الفرع الخامس: موقف المشرّع الإماراتي من التعدد ومن التطلاق للزواج بأخرى.
281.....	أولاً: موقفه المشرّع الإماراتي من التعدد.
281.....	ثانياً: موقف المشرّع الإماراتي من التطلاق للزواج بأخرى.
282.....	الفرع السادس: موقف المشرّع المغربي من التعدد ومن التطلاق للزواج بأخرى.
282.....	أولاً: موقف المشرّع المغربي من التعدد.
284.....	ثانياً: موقف المشرّع المغربي من التطلاق للزواج بأخرى.
285.....	الفرع السابع: موقف المشرّع الجزائري من التعدد ومن التطلاق للزواج بأخرى.
285.....	أولاً: موقف المشرّع الجزائري من التعدد في قانون 11/84.
287.....	ثانياً: موقف المشرّع الجزائري من التطلاق للزواج بأخرى في قانون 11/84.
289.....	ثالثاً: موقف المشرّع الجزائري من التعدد بعد تعديل قانون الأسرة لسنة 2005.
295.....	رابعاً: موقف المشرّع الجزائري من التطلاق للزواج بأخرى بعد تعديل 2005.
296.....	المبحث الثاني: التطلاق خلعا.

297.....	المطلب الأول: مفهوم الخلع وأركانه.....
297.....	الفرع الأول: مفهوم الخلع ومدى مشروعيته.....
297.....	أولاً: تعريف الخلع.....
300.....	ثانياً: مدى مشروعية الخلع.....
300.....	1- أدلة مشروعية الخلع.....
306.....	2- أدلة القائلين بعدم مشروعية الخلع.....
306.....	أ- أدلة من أجاز الخلع في حالات دون أخرى.....
307.....	ب- أدلة القائلين بتحريم الخلع.....
310.....	ثالثاً: حكم الخلع والحكمة منه.....
310.....	1- الحكمة من الخلع.....
311.....	2- حكم الخلع.....
312.....	الفرع الثاني: أركان الخلع وشروطه.....
313.....	أولاً: الزوج.....
315.....	ثانياً: ملتزم العوض وهو الزوجة.....
316.....	ثالثاً: البديل في الخلع.....
316.....	1- ما يصح أن يكون بدلا في الخلع.....
317.....	2- حكم أخذ البديل من قبل الزوج.....
318.....	رابعاً: صيغة بدل الخلع.....
322.....	المطلب الثاني: التكييف الفقهي للخلع وموقف التشريعات العربية منه ومن أحكامه.....
323.....	الفرع الأول: التكييف الفقهي للخلع.....
323.....	أولاً: تمييز الخلع عن الطلاق على مال.....
323.....	1- أوجه الاتفاق بين الخلع والطلاق على مال.....
324.....	2- أوجه الاختلاف بين الخلع والطلاق على مال.....
325.....	ثانياً: طبيعة الخلع من حيث كونه يمينا أو معاوضة.....
326.....	1- الأحكام المترتبة على اعتبار الخلع يمينا من طرف الزوج.....
327.....	2- الأحكام المترتبة على اعتبار الخلع يمينا من طرف الزوجة.....
328.....	ثالثاً: طبيعة الحكم بالخلع.....
328.....	1- الخلع بين الطلاق والفسخ.....
331.....	2- الخلع بين الطلاق البائن والطلاق الرجعي.....
332.....	الفرع الثاني: موقف التشريعات العربية من الخلع وأحكامه.....

333.....	أولاً: موقف المشرع المصري من الخلع وأحكامه
333.....	1- الأساس القانوني للخلع في التشريع المصري
335.....	2- الخلع في ظلّ القانون رقم 1 لسنة 2000
338.....	ثانياً: موقف التشريع السوري من الخلع وأحكامه
341.....	ثالثاً: موقف التشريع العراقي من الخلع وأحكامه
344.....	رابعاً: موقف التشريع المغربي من الخلع وأحكامه
347.....	خامساً: موقف التشريع الإماراتي من الخلع وأحكامه
349.....	سادساً: موقف التشريع الجزائري من الخلع وأحكامه
349.....	1- الخلع في قانون الأسرة الجزائري قبل تعديل 2005
354.....	2- الخلع في قانون الأسرة الجزائري بعد تعديل 2005
357.....	خاتمة
361.....	قائمة المراجع
381.....	الفهرس