



جامعة دمشق

كلية الحقوق

التعويض عن الضرر الناشئ عن انحلال الرابطة الزوجية

"دراسة مقارنة"

رسالة أعدت لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص

إعداد الطالب

عمار البيك

معيد في جامعة حلب

إشراف الدكتور

مؤيد زيدان

أستاذ مساعد في قسم القانون الخاص

نُوقِشت هذه الرسالة بتاريخ ٢٠١٨/٢/١٢ في كلية الحقوق بجامعة دمشق بإشراف لجنة
الحكم المؤلفة من السادة الدكاترة:

الاسم	الصفة	التوقيع
الدكتور أيمن أبو العيال الأستاذ في قسم القانون الخاص بكلية الحقوق	عضواً	
الدكتور مؤيد زيدان الأستاذ المساعد في قسم القانون الخاص بكلية الحقوق	عضواً مُشرفاً	
الدكتور عبد المنعم السقا المدرس في قسم الفقه الإسلامي وأصوله بكلية الشريعة	عضواً	

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

{ بِرَفْعِ اللَّهِ الْكَافِرِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالْكَافِرِينَ أَوْنُوا الْعِلْمَ

{ كَرِجَاتِ

صَلَّى اللَّهُ الْعَظِيمِ

سُورَةُ الْمَجِيدَةِ الْآيَةُ (١١)

شكر ونقابة

بعد شكر الله سبحانه وتعالى، أتقدم بجزيل الشكر وخالص الامتنان، لأستاذي الدكتور مؤيد زيدان، الذي تكّرم بالإشراف على هذه الرسالة، فقد كان أول أستاذ قابلته في كلية الحقوق بجامعة دمشق، منذ بدأت إيفادي إليها، وكان لعونه الأثر الكبير، فقد أنارت توجيهاته وتصويباته طريق البحث فله مني كل عبارات الشكر والتقدير.

كما أتقدم بالشكر الوافر للأساتذة الكرام، أعضاء لجنة الحكم، لما بذلوه من جهد في قراءة هذه الرسالة في سبيل تقديم توجيهاتهم القيّمة، لتصويب الأخطاء الواردة في هذه الرسالة. كما أتقدم بشكري الكامل إلى الدكتور محمود بركات نائب عميد كلية الشريعة بجامعة حلب، لما قدمه لي من عون.

وأتوجه بكامل الامتنان إلى أساتذتي الكرام في السنة التمهيديّة للماجستير في قسم القانون الخاص بجامعة دمشق، لما بذلوه من جهد. ولا يفوتني أن أشكر الأستاذ عبدة طراب رفاعي المدقق اللغوي في جريدة الجماهير؛ لتدقيقه هذه الرسالة لغوياً، فله مني كل الشكر والتقدير.



إلى والدي التي ما فتأت تنتظر الفرح....

إلى والدي الذي علمني حُب العلم مُذ كنتُ طفلاً....

إلى زوجتي الحبيبة سندي الدائم، وعوني المستمر، ومشجعتي دائماً....

إلى إخوتي شركائي في السراء والضراء....

إلى ابنتي التي بصرت النور حديثاً، ومألت عليَّ حياتي....

إلى أصدقائي في الغربة من كانوا عوناً لي وشاركوني أفراحي أبداً....

إلى كُل من قدّم لي العون والنصح، أخصُّ منهم زملائي في قسم القانون الخاص....

إلى كُل هؤلاء أهدي ثمرة هذا الجُهد المتواضع....

المقدمة

يُعد عقد الزواج من أنبل الروابط؛ فهو السبيل الشرعي الوحيد لتكوين أسرة قوامها المودة والرحمة. قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ (الآية ٢١، سورة الروم).

ويقتضي الوضع الطبيعي للحياة الزوجية أن تسودها المودة والرحمة، ويحيطها التفاهم والاتفاق؛ ولتحقيق ذلك أحاطت الشريعة الإسلامية عقد الزواج بالكثير من الضمانات، فأوصت كلا الزوجين بحسن العشرة، وأمرت الزوجين بعدم الإساءة إلى بعضهما، واقتضت من الزوجة أن تُراعي أمور زوجها وبيتها.

فالزواج يقوم على أساس التماسك والتسامح بين الزوجين، ويؤدي ذلك إلى استقرار الحياة الزوجية، فالأصل في عقد الزواج الديمومة، وقد عدَّ الله سبحانه وتعالى هذه الرابطة من أقدس الروابط وأوثقها، قال تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾ (الآية ٢١، سورة النساء).

ومع ذلك، فقد يحلّ التنافر والخصام محل المودة والرحمة، وتسود العداوة والبغضاء بين الزوجين، الأمر الذي يُعرّض الزواج للفشل، ويستدعي حلّ الرابطة الزوجية، قال تعالى: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلاًّ مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾ (الآية ١٣٠، سورة النساء)، ويكون حلّ هذه الرابطة إما بإرادة الزوج من خلال الطلاق، أو من خلال طلب التفريق عن طريق القضاء، أو عن طريق الخلع يُمكن أن يكون خلعاً اتفاقياً أو خلعاً قضائياً.

لذا، فإنَّ حلَّ الرابطة الزوجية يكون أمراً لا بُدَّ منه؛ فالعشرة إذا فسدت أدت إلى تفويت مقاصد الزواج، وكانت تضييعاً للمصالح التي شرع من أجلها، فكان حلَّ الرابطة من شأنه أن يرفع الضرر اللاحق بأحد الزوجين.

ولكنَّ حلَّ الرابطة الزوجية قد يُرافقه إلحاق الضرر بأحد الزوجين، فالزوج عندما يلجأ إلى الطلاق قد يُقدِّم أضراراً واهية وضعيفة، ومن ثمَّ ينتهي بالطلاق الذي يؤدي إلى إلحاق الضرر البالغ بالزوجة، وقد يكون هذا الطلاق نتيجة أسبابٍ تعود للزوجة، كنشوزها مثلاً، وقد يؤدي ذلك إلى إصابة الزوج بأضرار جِراء ذلك. أضف إلى ذلك، ما قد يُحدثه الطلاق قبل الدخول من أضرار بالنسبة للزوجة والزوج في بعض الحالات.

كما أنَّ حلَّ الرابطة الزوجية عن طريق القضاء من خلال التفريق القضائي، يُثير التساؤل عن مسؤولية الطرف المتسبب عن المشاكل التي أدت إلى التفريق للشقاق والضرر.

بالإضافة إلى ذلك، فإنَّ حلَّ الرابطة الزوجية قد يكون عن طريق الخُلْع، والذي قد يكون اتفاقياً يتفق فيه الزوجان على العوض الذي يستحقه الزوج، وقد يكون قضائياً عن طريق طلب تتقدم به الزوجة للقضاء، ويكون القضاء مُلزماً بقبول طلب الخُلْع، فيشار التساؤل عن مسؤولية الزوجة عن هذا الخُلْع في حال لحق الزوج الضرر؛ نتيجةً لتعسّف الزوجة في طلبها هذا.

لذا، فإنَّ كُلَّ الأضرار التي قد تُرافق حلَّ الرابطة الزوجية، تُثير التساؤل عن مدى إمكانية التعويض بالنسبة إلى الزوج أو للزوجة عن الأضرار الناشئة عن حلَّ الرابطة الزوجية.

إشكالية البحث

تتمحور إشكالية البحث حول مدى مسؤولية كل من الزوج والزوجة عن الأضرار التي يمكن أن تُصيب الآخر جرّاء حلّ الرابطة الزوجية، إذ ذكرت أنّ حلّ الرابطة قد يكون عن طريق الطلاق بالإرادة المنفردة، أو عن طريق التفريق القضائي للشقاق، أو عن طريق الخلع. ما يُثير التساؤل عن إمكانية التعويض، وعن مدى تعرّض التشريع السوري وغيره من التشريعات المقارنة لفرضية التعويض المرافق لحلّ الرابطة الزوجية، وحول موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من ذلك.

أهمية البحث

تتأتى أهمية البحث من خلال ما ينطوي عليه من إشكاليات وتعقيدات، إذ يغلب عليه الطابع المركب الفقهي والقانوني، بسبب ما ينطوي عليه من التعرّض لموضوع التعويض المرافق لحلّ الرابطة الزوجية، مع ازدياد حالات التفريق -عموماً- من طلاقٍ وخلعٍ وتفريق.

أهداف البحث

أهدف من البحث إلى إفراد دراسة تأصيلية منهجية للبحث موضوع الدراسة، وتعزيزها بالأحكام القضائية قدر الإمكان. كما أهدف إلى عرض آراء فقهاء الشريعة الإسلامية فيما يتعلّق بالبحث موضوع الدراسة والعمل على تحليلها. وتحليل النصوص القانونية ذات الصلة بموضوع التعويض عن حلّ الرابطة الزوجية، ومحاولة مقارنتها ببعض التشريعات العربية، من أجل الوقوف على الثغرات والإضافات التي يحتاجها قانون الأحوال الشخصية السوري. أضف إلى ذلك، عرض صور الضرر الموجب

للتعويض، وتبيان الأساس القانوني لذلك التعويض. وأهدف أخيراً التعرف إلى موقف تشريعات الأحوال الشخصية الخاصة بالطوائف فيما يتعلق بموضوع التعويض عن الضرر الناشئ عن انحلال الرابطة الزوجية.

صعوبات البحث

واجهتني صعوبات تتعلق بطبيعة البحث المركبة، مما دفعني إلى مراجعة كتب الشريعة، فواجهت صعوبة بالبحث في تلك المراجع.

الدراسات السابقة

١. (الطلاق التعسفي - دراسة فقهية مقارنة في قانون الأحوال الشخصية السوري-)، إعداد الطالبة رفعة فرحان خلف، بإشراف الأستاذ الدكتور أيمن أبو العيال، رسالة ماجستير، قُدمت في قسم القانون الخاص بجامعة دمشق.

وقد اقتصر في الباحة على بحث موضوع الطلاق التعسفي وما يترتب عليه من آثار. في حين أنّ دراستي تناولت مواضيع أخرى غير الطلاق التعسفي؛ كالطلاق قبل الدخول، والطلاق بسبب النشوز، وما يمكن أن يترتب عليهما من أضرارٍ موجبةٍ للتعويض. أضف إلى ذلك موضوع التعويض في حال التفريق للشقاق والضرر، والخلع كسببٍ موجبٍ للتعويض. كما أنّي قارنت الدراسة مع الفقه الإسلامي، ومع تشريعات عربية عدة، كالتشريع المصري، والتونسي، واليميني، والعراقي، والمغربي، والجزائري، وحاولت التعرّض إلى الأحكام الواردة في قوانين الطوائف المتعلقة بالأحوال الشخصية ذات الصلة بالبحث.

٢. (التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق -دراسة مُقارنة-)، إعداد

الطالبة مسعودة نعيمة إلياس، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، الجزائر، ٢٠٠٩.

تناولت فيه الباحثة التعويض عن الضرر الناشئ عن العُدول عن الخطبة، وأفردت قسماً من دراستها للتعويض عن الضرر الناشئ عن الطلاق، إضافةً إلى سلطة القاضي في تقدير التعويض، ورقابة المحكمة العليا على سلطة القاضي في هذا التقدير.

واقتصرت الباحثة على المقارنة بين القانون الجزائري والمصري والسوري، في حين أُنِّي تعرضت بالمقارنة إلى تشريعات أخرى كالتشريع التونسي والمغربي والعراقي واليمني، إضافةً إلى قوانين الأحوال الشخصية للطوائف الدينية. كما تناولت بدراساتي موضوعات أخرى لم تتطرق لها الباحثة كالطلاق قبل الدخول وما يترتب عليه من تفويت فرصة في الزواج، وكما أُنِّي توسعت في موضوعات التفريق للشقاق والضرر، والخلع كسببٍ موجبٍ للتعويض.

٣. (السلطة التقديرية القاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر)، إعداد الطالبة،

أسمهان عفيف، رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي، ٢٠١١، الجزائر.

وتناولت الباحثة فيها موضوع سلطة القاضي في تقدير التعويض عن بعض المسائل المتعلقة بانحلال الرابطة الزوجية، واقتصرت الدراسة على قانون الأسرة الجزائري.

٤. (آثار الطلاق المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي)، إعداد الطالبة وفاء معتوق حمزة

فراش، رسالة ماجستير، جامعة أم القرى.

تعرضت الطالبة فيها إلى تبيان آثار الطلاق المعنوية من حيث وجوب العدة، ومدى مشروعية الخطبة أثناء العدة، كما تناولت الآثار المالية المترتبة على الطلاق في الفقه الإسلامي من حيث المتعة، ومدى إلزام المطلق بالنفقة للزوجة خلال فترة العدة، ومدى إلزام المطلق بأجرة الرضاع والحضانة لولده. وهذه الأمور تختلف عن المسائل التي بحثتها في دراستي.

٥. (التعويض المالي عن الطلاق)، محمد الزحيلي، كتاب منشور دار المكتبي، دمشق. وتناول فيه بالحديث عن موضوع التعويض عن الطلاق التعسفي فقط، ولم يتعرض لباقي الصور التي تعرضت لها في دراستي.

منهج البحث

اعتمدت في الدراسة المنهج التحليلي الذي يستهدف استعراض آراء بعض فقهاء الشريعة الإسلامية، والنصوص القانونية، وبعض اجتهادات المحاكم المتعلقة بالبحث، وتحليلها بغية العمل على ترجيح إحداها.

واتبعت أيضاً، المنهج المقارن من خلال عرض موقف قوانين الأحوال الشخصية في بعض الدول العربية، بغية الإفادة منها في معالجة القصور الواقع لدى المشرع السوري في قانون الأحوال الشخصية في الحالات المثارة في البحث.

مخطط البحث

ستكون رسالتي -بإذن الله- مقسمة إلى مبحث تمهيدي، سأتناول فيه تأصيل الضرر والتعويض في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، ومن ثمّ سأعرض في الفصل

الأول إلى بحث التعويض بسبب الطلاق، وبعدها سيكون الحديث عن التعويض بسبب حل الرابطة الزوجية قضاءً في الفصل الثاني.

المبحث التمهيدي: تأصيل الضرر والتعويض في الفقه الإسلامي

والقوانين الوضعية

المطلب الأول: مفهوم الضرر في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية

المطلب الثاني: مفهوم التعويض في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية

الفصل الأول: التعويض بسبب الطلاق

المبحث الأول: مفهوم الطلاق

المطلب الأول: تعريف الطلاق ومشروعيته

المطلب الثاني: الحكم التكليفي للطلاق

المبحث الثاني: صور الطلاق الموجب للتعويض

المطلب الأول: الطلاق بسبب النشوز

المطلب الثاني: الطلاق قبل الدخول

المطلب الثالث: الطلاق التعسفي

الفصل الثاني: التعويض بسبب حل الرابطة الزوجية قضاءً

المبحث الأول: التعويض بسبب التفريق للشقاق والضرر

المطلب الأول: حق الزوجين بطلب التفريق للشقاق والضرر

المطلب الثاني: مدى حق الزوجين بطلب التعويض عن الضرر الناجم عن التفريق

بسبب الشقاق والضرر

المبحث الثاني: التعويض بسبب الضرر الناشئ عن الخلع

المطلب الأول: مفهوم الخلع وتكييفه

المطلب الثاني: مدى إمكانية طلب التعويض عن الضرر المترتب على الخلع

المبحث التمهيدي

تأصيل الضرر والتعويض في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

الضرر في اللغة من الضر وهو ضد النفع، وقيل كل ما كان من سوء الحال والفقر أو شدة في البدن أو القحط فهو الضر، ويقال ضره ويضره وأضره إضراراً أي أنقصه شيئاً من حقه^(١)، وهو بمعنى نقصان يدخل في الشيء^(٢). والضرر الشدة والنقص في الأموال والأنفس^(٣). وبهذا المعنى فإن الضرر يشمل الجانب المادي وغير المادي الذي يُصيب النفس.

ويُعرّف التعويض في اللغة بأنه: العوض، وهو الخلف أو البدل، وتقول تعويضاً إذا أعطيته بدل ما ذهب منه^(٤).

وللتعرّف على مدلول الضرر والتعويض بشكل أكبر سأوضح ذلك من خلال بيان مفهوم الضرر اصطلاحاً في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية (المطلب الأول)، وعرض مفهوم التعويض في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية (المطلب الثاني).

(١) - محمد مُرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، دون مكان نشر، دون تاريخ، ج ٧، ص ١٢٢-١٢٧. وانظر، محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ٢٠٠٤، مادة ضرر، ج ٩، ص ٣٢-٣٥.

(٢) - أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، قاموس اللغة، كتاب المصباح المنير، دون مكان نشر، دون تاريخ، ص ٤٩٢.

(٣) - الفيروز آبادي، مجد الدين بن يعقوب، القاموس المحيط، دار الفكر، بيروت، دون تاريخ، م ٢، ص ٧٥.

(٤) - انظر، ابن منظور، المرجع السابق، ج ١٠، ص ٣٣٦-٣٣٧.

المطلب الأول

مفهوم الضرر في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية

سأحاول توضيح مفهوم الضرر في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية؛ لتأصيل فكرة الضرر؛ وذلك من خلال تعريف الضرر في الفقه الإسلامي والقانون، وتبيان بعض استخدامات الضرر في القرآن الكريم، والسنة النبوية الشريفة، ولدى بعض الصحابة والتابعين. ومن ثمّ تبيان أنواع الضرر، وشروط الضرر الموجب للتعويض عموماً.

أولاً: تعريف الضرر

عرّف بعض الفقهاء الضرر بالقول: "ما ينفعك ويُضُرُّ صاحبك، والضرار ما يُضُرُّ صاحبك ولا ينفعك، فيكون الضرر ما قصد به الإنسان منفعة وكان فيه ضرر على غيره، والضرار ما قصد به الإضرار بالغير"^(١). وبهذا، فإنّ هذا التعريف يُميّز بين الضرر والضرار، لكنّه لم يبيّن نوع الضرر الذي يُمكن أن يُصيب الإنسان، فهو تعريف غير جامع.

كما عرّفه الإمام النووي بأنّه: "الأذى"^(٢)، وعرّفه آخرون بأنّه: "أن يُدخل على غيره ضرراً بما ينتفع هو به"^(٣). ويلاحظ على التعريفات السابقة أنّها تتسم

(١) - علي بن خليل الطرابلسي، مُعين الحُكام فيما يتّردّد بين الخصمين من الأحكام، مطبوعات مصطفى الحلبي، مصر، القاهرة، ط ٢، ١٩٧٣، ص ٢١٢.

(٢) - أشار إليه، يحيى بن شرف بن مري النووي، تحرير ألفاظ التنبيه، تحقيق: عبد الغني الدقر، دار القلم، دمشق، ط ١، ١٤٠٨هـ، ص ١٢٨.

بالعموم، ولم تُبَيَّن نوع الضرر الذي يُمكن أن يُصيب الغير، وحاولت في مجملها التفريق بين الضرر، وهو إلحاق الضرر بالغير مُقابل النفع الخاص من ناحية، وبين الضرر وهو إلحاق الضرر بالغير بدون تحقيق نفع خاص من ناحيةٍ أخرى.

وعرّفه الكاساني من فقهاء الحنفية بأنّه: "إخراج الشيء من أن يكون مُنتفعاً به منفعة مطلوبة عادةً، وهذا اعتداء وضرر"^(٢). ويقتصر هذا التعريف على حالة الضرر المادي الذي يُمكن أن يلحق شيئاً مادياً مملوكاً للغير.

وعرّف الضرر في مواضع الأحوال الشخصية بأنّه: "إيذاء الزوج لزوجته بالقول، أو بالفعل؛ كالشتم والضرب والهجر، من غير سبب يُبيحه"^(٣).

ويُعرّف بعض الفقه القانوني الضرر بأنّه: "كُلّ مساس بمصلحة مشروعة للشخص، تُحدد بحسب النظام العام المطبّق في الدول، ويشمل مُختلف المجالات"^(٤).

كما عرّفه آخرون بأنّه: "الأذى الذي يلحق بالشخص، فيمس حقاً من حقوقه، أو مصلحة مشروعة له، فيما يتعلّق بجسده أو ماله، وبمعنى أوسع سلامة الجسد، أو العاطفة، أو الحرّيّة، أو الشرف، أو الاعتبار"^(٥).

(١) - عبد الرحمن بن شهاب الدين بن أحمد ابن رجب، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، دار الخير، بيروت، ط ١، ج ٢، ١٩٩٦، ص ١٢٠.

(٢) - علاء الدّين أبو بكر مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بدون مكان نشر، ١٩٨٢، ج ٢، ص ١٦٤.

(٣) - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط ١، دار الفكر، ١٩٩١، ص ٥٢٧.

(٤) - عبد الرزاق دربال، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، دار العلوم، الجزائر، ٢٠٠٤، ص ٧٨.

(٥) - عبد الحكيم فودة، التعويض المدني، دار المطبوعات الجامعية، مصر، دون تاريخ، ص ١٦.

وفي تعريف آخر: "الضرر هو خرق الواجب الخاص الذي يُدان به الفرد، مما يؤدي إلى إصابة إما شخص الفرد أو ممتلكاته"^(١).

وعُرف أيضاً بأنه: "كل ما ينجم عن الاعتداء على حق من حقوق الشخص، أو عن الإخلال بمصلحة مشروعة له، حتى لو لم يكن القانون يكفلها بدعوى خاصة"^(٢).

يُلاحظ على التعريفات السابقة اتساعها أيضاً، حيث استعملت عبارة المساس بحق أو مصلحة مشروعة، وهذا التعبير فضفاض ويُعطي للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير الضرر والبحث عن مدى توافره. ويمكن القول، بأنه لا يوجد اختلاف كبير بين تعريف الضرر في الفقه الإسلامي، وبين تعريفه في القانون الوضعي.

ثانياً: بعض استخدامات الضرر في القرآن والسنة ولدى بعض الصحابة والتابعين

١. من القرآن الكريم

أ. قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَخُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا وَاذْكُرُوا نِعْمَةَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ

^(١) - "tort is a breach of a private duty owed to an individual's person or property". See, David N. Rain water Marriage, Separation, Divorce and other torts, Benjam in lee wright, August, 2013, p11.

^(٢) - فواز صالح، القانون المدني، مصادر الالتزام، ج ١، المصادر الإرادية، منشورات جامعة دمشق، ٢٠١٢، ص ٣٤٦-٣٤٧.

عَلَيْهِمُ﴾ (الآية ٢٣١، سورة البقرة). والمعنى من الآية الكريمة - كما يورد ابن جرير الطبري - أنه لا يجوز مراجعة الزوجات في العدة مضارةً لهنَّ من أجل إطالة مُدَّة العدة عليهنَّ، أو من أجل إجبارهنَّ على طلب الخلع من خلال مضارتهنَّ بإمساكنهنَّ ومراجعتهنَّ ضراراً واعتداءً^(١). ويقول ابن عباس رضي الله عنه: كان الرجل يُطَلِّق امرأته، ثمَّ يُراجعها قبل انقضاء عدتها، ثمَّ يُطلقها، فبفعله هذا يُضَرُّها ويعضلها، فأُنزل الله الآية السابقة^(٢).

وعلى هذا، فإنَّ الضرر في هذا الموضع يهدف إلى إطالة عدة المرأة كي لا تذهب إلى غير الزوج، أو بقصد حثِّها على الخلع من خلال التخلي عن بعض حقوقها تخلصاً من الضرر، من خلال إمساك المرأة مطلقاً دون طلاق. وهذا يُنافي مقصد الشارع من تشريع الرجعة، والتي يكون الأصل فيها استئناف الحياة الزوجية، لا التلاعب والإضرار بالزوجة، وهذا تعسّف واضح من الزوج في استعمال حقه في غير ما شرّع له.

ويمكن القول: إنَّ مثل هذا الضرر قد يكون معنوياً يُصيب الزوجة، وذلك عند مُراجعتها فقط بقصد إطالة عدتها فيتركها، فلا هو يُراجعها لاستئناف حياتها الزوجية، ولا يتركها فتتقاضى عدتها فتتزوج بغيره، فهذا يؤذيها، وقد يوقعها بأمراض نفسية ويُنفّرهما من الرجال. كما يُمكن عدّ هذا الضرر مادياً إذا كان المقصود من المراجعة حمل الزوجة على الافتداء بعوض، بأن ترد للزوج كُُل أو بعض ما آتاها من مهر

(١) - أبو جعفر ابن جرير الطبري، جامع البيان عن تأويل آيات القرآن، المعروف بتفسير الطبري، دار

المعرفة، بيروت، ط ١، ج ٢، ١٣٢٣هـ، ص ٢٩٤.

(٢) - الطبري، المرجع السابق، ص ٢٩٤.

وغيره، لقوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ (الآية ٤، سورة النساء)، وقوله أيضاً: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِنَّمَا مُبِينًا﴾ (الآية ٢٠، سورة النساء).

ب. قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ...﴾ (الآية ٦، سورة الطلاق). جاء في تفسير ابن كثير عن قوله تعالى: "ولا تضاروهن" قال مقاتل بن حيان: يضاجرها لتفتدي منه بما لها، وقال الثوري عن منصور عن أبي الضحى: "لا تضاروهن" يطلقها فإذا بقي يومان من عدتها راجعها ثم طلقها^(١). وعن مقاتل أن قوله تعالى: "ولا تضاروهن" يعني التضييق في النفقة^(٢).

ومما سبق، أجد أن نصوص القرآن الكريم السابقة تؤكد على ضرورة منع الضرر في مسائل الزواج، وفي العلاقة في الزوجين؛ لأنَّ الأساس في الحياة الزوجية المودة والرحمة، وفي حال لم يكن ذلك فإنَّ الله سبحانه وتعالى أجاز حل تلك الرابطة بطرق مُحددة كالطلاق، والتفريق، والمخالعة، ولا يجوز التضييق والإضرار.

٢. من السنة النبوية الشريفة: ورد تعبير الضرر في أحاديث كثيرة تؤكد على عدم جواز إلحاق الضرر بالغير، وإن كانت خاصّة في مواضيع مُحددة، إلّا أنه من الممكن أن نستخلص منها المبدأ العام بنفي عموم الضرر أيّاً كانت صورته.

(١) - عماد الدين أبي الفداء اسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم المعروف بتفسير

ابن كثير، مطبعة الدعوة الإسلامية، ١٩٨٠، ج ٤، ص ٣٨٣.

(٢) - محمد علي الصابوني، مختصر تفسير ابن كثير، دار القرآن الكريم، بيروت، مجلد ٣، ص ٥١٦.

أ. ما رواه أبو جعفر محمد بن علي الباقر عن سمرة بن جندب "أنه كانت له عضدٌ من نخل^(١) في حائط رجل من الأنصار، قال: ومع الرجل أهله، قال: فكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى به، ويُشَق عليه، فطلب إليه أن يبيعه، فأبى، فطلب إليه أن يُناقله، فأبى، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر له، فطلب إليه النبي أن يبيعه فأبى، فطلب أن يُناقله فأبى. قال صلى الله عليه وسلم: فهبه ولك كذا وكذا - أمراً رغبه فيه - فأبى، فقال له: أنت مُضار، وقال للأنصاري: اذهب فاقلع نخله"^(٢).

والمعنى من الحديث: إنَّ إصرار استعمال سمرة لحقه بالدخول إلى نخله، وبعد أن رفض جميع الحلول والبدائل التي عُرضت عليه، فهذا يُفضي إلى الإخلال بمقصود الشرع ويُلحق الضرر بالغير؛ لأنَّ غدو سمرة إلى نخله ورواحه منه عبر حائط الأنصاري فيه اطلاع على العورات، وقد ورد النهي عنه. لذلك، فإنَّ المضارة الواردة في الحديث معناها إلحاق الأذى بالغير عن طريق التعسف في استعمال الحق، وهو مبدأ يُمكن اعتماده لمنع الإضرار المنافي لمقصود الشرع عموماً.

(١) - أي شجرة النخل الجبارة البالغة الطول، وقيل أنه إذا صار للنخلة جذع تتناول منه فهي العُضيد. شرف الدين الحسين بن عبد الله الطيبي، شرح المشكاة الكاشف عن حقائق السنن، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، ١٩٩٧، ج ٧، ص ٢٢٢.

(٢) - أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو بن عُمران، سنن أبي داود، كتاب الأفضية، دار الجيل - لبنان، مجلد ٣، ١٩٩٢، حديث رقم ٣٦٣٦/، ص ٣١٤.

ب. قوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"^(١)، وقد قالوا في شرح الحديث: إنَّ خبر لا محذوف، وتقديره أنَّه لا يوجد في ديننا أو شريعتنا ضرر، أي لا إلحاق للضرر شرعاً إلاَّ بموجب نص خاص^(٢).

لذا، فإنَّ الأصل بأنَّ الضرر منهي عنه، إلاَّ ما ثبت بموجب خاص لورود دليل آخر يُجيزه، فالحديث يعم سائر أنواع الضرر.

ويقول نجم الدين الطوفي في شرحه للحديث: "وأما معناه فهو ما أشرنا إليه من نفي الضرر والمفاسد شرعاً، وهو نفي عام، إلاَّ ما خصصه الدليل"^(٣).

ويقول الشوكاني أيضاً في تفسيره للحديث: "هذا فيه دليل على تحريم الضرر على أي صفة كان، فلا يجوز في صورة من الصور إلاَّ بدليل يخص به هذا العموم، فعليك بمطالبة من جَوَز المضارة في بعض الصور بالدليل، فإن جاء قبلته، وإلاَّ ضربت بهذا الحديث وجهه، فإنَّه قاعدة من قواعد الدين تشهد له الكليات والجزئيات"^(٤).

كما جاء في سُبُل السلام: "دَلَّ الحديث على تحريم الضرر؛ لأنَّه إذا نفى ذاته دَلَّ على النهي عنه؛ لأنَّ النهي لطلب الكفِّ عن العمل، وهو يلزم منه عدم ذات

(١) - سنن ابن ماجه، شرح الإمام أبو الحسن الحلي المعروف بالسندي، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يُضَرُّ بجاره، دار المعرفة، بيروت، ط ٤، ج ٣، ٢٠٠٦، حديث رقم ٢٣٤٠/، ص ١٠٦.

(٢) - شرح نجم الدين الطوفي لحديث لا ضرر، تحقيق: مصطفى زيد، مطبعة دار الفكر العربي، ط ١، ١٩٥٤، ص ١٥٤.

(٣) - شرح نجم الدين الطوفي، المرجع السابق، ص ١٥.

(٤) - محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح مُنتقى الأخبار، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مصطفى محمد الهواري، مكتبة الكليات الأزهرية، بدون تاريخ، ج ١، ص ٣٥٨.

الفعل، فاستعمل اللازم في الملزوم، وتحريم الضرر معلوم عقلاً وشرعاً، إلا ما دلّ الشرع على إباحته... وذلك مثل إقامة الحدود ونحوها، وذلك معلوم في تفاصيل الشريعة"^(١).

ومما سبق، يُمكن القول: إنّ السنة النبوية الشريفة تؤكد على عدم جواز الضرر في شتى صوره، وهذا العموم يشمل الضرر في مسائل انحلال الزواج أيضاً، وإن كان الضرر في الحالة الأخيرة ضرراً من نوع خاص.

٣. من قول الصحابة والتابعين: سأورد بعض الأمثلة على عدم جواز الضرر من عمل بعض الصحابة والتابعين.

أ. روى مالك بلغه عن سعيد بن المسيب أنّه قال: "أما رجل تزوّج امرأة، وبه جنون أو ضرر، فإنّها تخيّر، إن شاءت قرّت، وإن شاءت فارقت"^(٢).

ب. وروى عبد الرزاق عن معمر عن الزهري قال: "إذا افتدت امرأة من زوجها، وأخرجت البينة أنّ النشوز من قبله، وأنّه كان يُضربها، ويُضارها، رُدَّ إليها مالها، وقد جاز بينهما الطلاق، وهي أملك بأمرها"^(٣). هذا الضرر يعني أنّ الرجل يُضيق على زوجته حتى تدفع له عوضاً مالياً مُقابل تسريحها، ففي حال ثبت الضرر يُلزم الزوج برد ما قبضه، وينفذ الطلاق عليه.

(١) - محمد بن اسماعيل الأمير اليميني الصنعاني، سُبُل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، صححه وعلّق عليه: محمد عبد العزيز الخولي، مطبعة عاطف، مصر، بدون تاريخ، ج ٣، ٩٢٨.

(٢) - الإمام مالك بن أنس، الموطأ، تصحيح: محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الخيار، دار الشعب، مصر، وبدون تاريخ، ص ٣٤٩.

(٣) - أبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المصنّف، توزيع المكتبة الإسلامية، كتاب الطلاق، باب: يُضارها حتى تختلع منه"، ج ٦، ص ٥٠١.

وعلى هذا، فإنني وبعد أن استعرضت بعض استعمالات الضرر في القرآن الكريم، والسنة النبوية، وعمل بعض الصحابة، والتابعين، يُمكنني القول: إنّ عدم جواز الضرر هو مبدأ مُستقر وأصيل في الشريعة الإسلامية، وهو أمر قائم وراسخ في تلك الشريعة الغراء، ويشمل عموم الضرر أيّاً كانت صورته أو مجاله.

ثالثاً: أنواع الضرر

إنّ الضرر في الفقه الإسلامي يُمكن أن يكون ضرراً مادياً، أو قد يكون ضرراً معنوياً.

١. **الضرر المادي:** يتمثل الضرر المادي في كلّ أذى يُمكن أن يُصيب الإنسان في جسمه أو ماله، ويُمكن أن ينقسم إلى: ضرر بدني، وضرر مالي.

أ. **الضرر البدني:** هو كلّ أذى يُمكن أن يُصيب الإنسان في جسده^(١)، وإنّ مثل هذا الضرر يكون موجباً للقصاص أو الدية في الفقه الإسلامي عن فعل الجاني^(٢).

ب. **الضرر المالي:** وهو ما يُصيب الإنسان في ماله ويُسبب له خسارة مالية^(٣)، ومناطق التعويض في الضرر المالي هو إتلاف المال، بإخراجه من أن يكون مُنتفعاً به

(١) - محمد فتح الله النشّار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ١٦٩.

(٢) - حصل خلاف فقهي حول تكييف الدية، حيثُ يتجه جانب من الباحثين إلى القول: إنّ الدية عقوبة، فهي مُقررة كجزاء للجريمة، بينما يرى جانب آخر أنّ الدية تعويض مدني؛ فالدية لا تدخل في الخزانة العامة كما هو الحال بالنسبة للغرامات، وهي مال خالص للمجني عليه. للتوسع في ذلك، عوض محمد ادريس، الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المقارن، دار مكتبة الهلال، لبنان، ط ١، ١٩٨٦، ص ٥٤٨ وما بعدها.

(٣) - محمد فتح الله النشّار، المرجع السابق، ص ١٧٢.

منفعة مطلوبة منه عادة^(١). ويكون التعويض بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل حدوث الضرر إن أمكن، وإلا كان التعويض من خلال دفع قيمة المال، أو بالمثل لجبر الضرر وإزالته^(٢).

٢. **الضرر غير المادي:** يتمثل في كُل ما يُصيب الشخص في شرفه، وعرضه، وعاطفته، من قول أو فعل يُعد مهانة، فيصيب الإنسان بألم في عاطفته^(٣).

ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى أنَّ الفقهاء القدامى لم يتعرضوا في كتبهم إلى التعويض عن الضرر المعنوي^(٤)، لكنَّ الواقع أنَّ فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى بحثوا في مدلوله، وإن لم يفرّدوا له مُسمّى خاصّاً، فقد تناولوا هذا الجانب في أبواب الجنايات، والديّات، والضمان، فقد جاء في المبسوط: "وفي الجراحات التي تندمل على وجهٍ لا يبقى لها أثر، حُكومة عدل بقدر ما لحقه من الألم" وجاء أيضاً: "إن ضرب على سنه حتى اسودّت، أو احمرت، أو اخضرت، فعليه أرش السن كاملاً؛ لأنَّ

(١) - علاء الدّين أبو بكر مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج ٧، ص ١٦٤.

(٢) - لا يجوز شرعاً أن يُقابل الضرر بمثله تشفياً وانتقاماً، فهذه القاعدة العامة المقررة في الشريعة الإسلامية، وإن كان بعض الحنابلة يقولون: إنَّ الخيار لصاحب الحق بين الرد بالمثل وبين أخذ التعويض. راجع، ابن قيّم الجوزيّة، إعلام المؤقّعين عن رب العالمين، تعليق: طه عبد الرؤوف، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٩٦٨، ج ٢، ص ١٢٤.

(٣) - محمد فتح الله النشّار، المرجع السابق، ص ١٧٥.

(٤) - للتوسع راجع، محمد سنان الجلال، التعويض المادي عن الضرر الأدبي أو المادي غير المباشر الناتج عن الجناية أو الشكوى الكيدية، المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الثانية والعشرون، مكة المكرمة، ص ٧٠.

الجمال والمنفعة يفوت بذلك" ^(١). فإنَّ مثل هذه الأضرار لا تبقى آثارها، لكنَّها أضرار معنويّة عند الإنسان، كنقص الجمال.

وقد حصل خلاف فقهي حول التعويض عن الضرر المعنوي لدى الفقهاء المعاصرين ^(٢)؛ فذهب الدكتور صبحي الحمصاني والشيخ مصطفى الزرقا، إلى نفي إمكانية التعويض ^(٣)؛ لأنَّ التعويض يقوم على جبر الضرر، من خلال إحلال مال محل المال المفقود لإعادة الحال إلى ما كانت عليه، وهذا غير مُتحقق في الضرر المعنوي، كما أنَّ أخذ التعويض عن الضرر المعنوي هو أخذ للمال في مُقابل لا مال، وهذا يعني أكل لأموال الناس بالباطل، وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْخُلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ (الآية ١٨٨، سورة البقرة)، وإذا كان الغرض من التعويض عن الضرر المعنوي هو جبر الضرر، فإنَّ أخذ المال في مُقابل الضرر المعنوي لا يعود به الشعور المجروح ^(٤). بينما يرى الدكتور

(١) - شمس الدّين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ج ٢٦، ص ٨١.

(٢) - للتوسع راجع، محمد سنان الجلال، التعويض المادي عن الضرر الأدبي أو المادي غير المباشر الناتج عن الجناية أو الشكوى الكيدية، المرجع السابق، ص ٧٠.

(٣) - راجع، صبحي الحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الفقه الإسلامي، دار العلم، بيروت، ط ٢، ١٩٧٢، ج ١، ص ١٧٢. مصطفى الزرقا، الفعل الضار، دار القلم، دمشق، ط ١، ١٤١٨ هـ، ص ١٩-٢٠.

(٤) - محمد فتح الله التّشار، المرجع السابق، ص ١٧٦.

وهبة الزحيلي والدكتور محمد فوزي فيض الله، إمكانيّة التعويض عن الضرر المعنوي؛ لأنّ فيه اعتداء على حق للمتضرر^(١).

وفي رأيي، إنّ التعويض عن الضرر المعنوي لا يتنافى مع مبادئ الشريعة الإسلاميّة، التي كرّست مبدأً عاماً بنفي عموم الضرر، والضرر المعنوي هو من قبيل الضرر المعتد به شرعاً، ووضحت أنّ فقهاء المذهب الحنفي بحثوا في مدلوله، وإن لم يفرّدوا له مُسمّى خاصّاً. كما أنّ التعويض عن الضرر المعنوي لا يقتصر بالضرورة على التعويض المالي، فيُمكن أن يكون التعويض عن الضرر المعنوي معنويّاً، كمن أساء إلى سمعة آخر ونشر تكذيب لما قاله في حقه.

وفي الجانب القانوني، اتّجه أغلب الفقه القانوني إلى تقسيم الضرر إلى ضررٍ ماديٍّ، وضررٍ معنويٍّ^(٢).

١. الضرر المادي: ويتمثل في الإخلال بحق للمضرور أو بمصلحة له ذات قيمة مالية.

(١) - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنايية في الفقه الإسلامي، دار الفكر، ١٩٨٢، ص ٢٤-٢٥. وانظر، محمد فوزي فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، دار التراث، الكويت، ط ٢، ١٩٨٦، ص ٩٢.

(٢) - ويلاحظ أنّ فكرة التعويض عن الضرر المعنوي لم تكن موجودة لدى التشريعات القديمة، وسادت هذه الفكرة مع بدايات التشريع الروماني، وتمّ إقرار هذا التعويض لاحقاً. كذلك لم يعترف القانون الفرنسي القلم بقابلية التعويض عن الضرر المعنوي في المجال التعاقدية، وأجازه في إطار المسؤولية التقصيرية، ومن ثمّ تقرر التعويض عن الضرر بكل صوره لدى القضاء الفرنسي. للتوسع، أحمد حسن الحمادي، الحق في التعويض ومدى انتقاله إلى الخلف العام في إطار الفقه والقانون والقضاء المقارن، دار الثقافة، قطر، ١٩٩٥، ص ٢٢٢ وما بعدها.

٢. الضرر المعنوي: وهو الضرر الذي لا يُصيب الشخص في ماله وإثماً في شعوره وعاطفته، وسمعته، واعتباره^(١).

وبهذا، فإنّ أنواع الضرر في القانون الوضعي تتشابه مع الفقه الإسلامي من حيث تقسيم الضرر إلى ضرر مادي، وضرر أدبي. لكنّ الفقه الإسلامي يُفرّق بين الضرر المالي، وهو الذي يُصيب الشخص في ماله، ويكون موجباً للضمان. والضرر البدني الذي يُصيب جسد الشخص ويكون موجباً للعقوبة أو الدية، في حين أنّ فقهاء القانون يوجبون التعويض في الحالتين.

كذلك، لا يختلف تصوّر الفقه الإسلامي لمفهوم الضرر المعنوي عن الفقه القانوني، لكنّ الخلاف في إمكانية التعويض عن الضرر المعنوي الذي أجازته القانون^(٢)، واستمر الخلاف لدى الفقهاء حول إمكانية التعويض عنه.

رابعاً: شروط الضرر

سأتعرض لشروط الضرر في الفقه الإسلامي، ومن ثمّ سأتناول شروطه في القانون.

(١) - راجع بهذا المعنى، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٨٩، ط ٣، ج ١، ص ٦٨٠.

(٢) - المادة ٢٢٣ من القانون المدني السوري تنص على:

١. يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً. ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير، إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء.

٢. ولا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب.

١. شروط الضرر المعتبر في الفقه الإسلامي: يجب أن يكون الضرر ضرراً حقيقياً، كما يجب أن يكون الضرر بيناً، وأن يكون إلحاق الضرر بدون وجه حق، ويُشترط أن تكون المصلحة التي وقع عليها الضرر مشروعة في الأصل، وسأبدأ بعرض هذه الشروط تباعاً.

أ. أن يكون الضرر مُحققاً لا موهوماً: ويقصد بالضرر المحقق ما يكون قد وقع بالفعل، أو أنه سيقع حتماً. أما الضرر الذي يتوهم إخلاله بالمصلحة فإنه لا يُعتد به في النظر الشرعي، ولا يُبنى عليه حُكم. فالضرر الذي لم يقع هو ضرر مُتردد فيه^(١).

بمعنى أن الضرر الاحتمالي الذي لم يقع بعد، ومن غير المؤكد حدوثه في المستقبل، هو ضرر موهوم غير مؤكد، ولم يعتبر المذهب الشافعي مثل هذا التصرف ضرراً في بعض الفروع، بخلاف المذهب الحنبلي الذي يعتد بالضرر الاحتمالي بشرط ألا يكون موهوماً أو نادراً^(٢).

(١) - أحمد مواني، الضرر في الفقه الإسلامي، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، السعودية، ١٩٩٧، ط ١، ص ٧٢٠.

(٢) - من الأمثلة على ذلك، بيع السلاح لأهل الفتنة، حيث ذهب الشافعية والحنفية إلى أن مثل هذا البيع يصح مع الكراهة، في حين تشدد الحنابلة وقرروا أن مثل هذا البيع باطل؛ لأنه ضرر احتمالي يغلب الظن فيه على استعماله بما يُضرّ المسلمين. راجع، محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دار الشعب، بدون سنة نشر، ج ٣، ص ٦٥. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن قدامة الحنبلي، المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب للطباعة، الرياض، ج ٤، ص ٨٤.

ب. أن يكون الضرر بيّناً: يشترط الفقه الإسلامي لكي يكون الضرر ممنوعاً، أن يكون هذا الضرر بيّناً، أمّا إذا كان الضرر يسيراً فإنّه لا يُنظر إليه^(١).

ج. أن يكون إلحاق الضرر بدون وجه حق: إنّ التصرف الذي أدّى إلى إلحاق الضرر بالغير يجب أن يكون بغير وجه حق، أي يجب أن يكون ناتجاً عن تعدٍ، أو تعسّف في استعمال الحق، أو بسبب الإهمال. أمّا إذا لم يكن كذلك فإنّه لا يُعدّ ضرراً مُعتبراً من الناحية الشرعية، ففي حال قطع يد السارق أو الجلد بالنسبة للزاني، فإنّ مثل هذه الأفعال تُلحق الضرر بالسارق أو بالزاني ولكنها تُعدّ أضراراً مشروعة.

يقول بهذا الخصوص ابن حجر في شرحه لحديث "لا ضرر ولا ضرار": "إنّ ظاهر الحديث تحريم سائر أنواع الضرر إلّا لدليل؛ لأنّ النكرة في سياق النفي تعم... وفيه حذف لأنّ أصله لا حقوق ولا إلحاق، أو لا فعل ضرر ولا إضرار بأحد في ديننا إلّا لموجب خاص بمخصص.. واستثنى ما ذكر لأنّ الحدود والعقوبات ضرر، وهو مشروع بالإجماع"^(٢). لذا، ولكي نتوصل إلى الضرر المعتبر شرعاً، يجب أن يكون ناتجاً إمّا عن تعدٍ، أو تعسّف في استعمال الحق أو ناشئاً عن الإهمال.

د. أن تكون المصلحة التي وقع عليها الضرر مشروعة في الأصل: لأنّه إذا لم تكن هذه المصلحة مشروعة في الأصل، لم يُعدّ الإخلال بها ضرراً مُعتبراً^(٣)، ومن المصالح التي لا تُعدّ مشروعة في الأصل، ولا تكون من قبيل الضرر المعتبر شرعاً إراقة الخمر، وإتلافها.

(١) - أحمد مواني، المرجع السابق، ص ٧٨٩ وما بعدها.

(٢) - ابن حجر الهيتمي، فتح المبين لشرح الأربعين، المطبعة العامرية الشرقية، مصر، ١٣٢٠هـ، ص ٢١١.

(٣) - محمد مواني، الضرر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص ٨٥٩.

٢. شروط الضرر في القانون الوضعي: يُشترط أن يكون الضرر مُحققاً، ومباشراً، وشخصياً، ويجب أن يُخلّ بحق أو مصلحة مشروعة للمتضرر، وسأوضح هذه الشروط تباعاً.

أ. أن يكون الضرر مُحققاً: ولا يختلف في هذا الأمر القانون الوضعي عن الفقه الإسلامي، فيشترط وقوع الضرر، أو حتمية وقوعه في المستقبل، أمّا الضرر الاحتمالي فلا يكون ضرراً موجباً للتعويض^(١).

ب. أن يكون الضرر مُباشراً: يجب أن يكون الضرر نتيجة طبيعية للعمل الذي قام به الشخص المتسبب بالضرر.

ج. أن يكون الضرر شخصياً: أي أن يكون الضرر قد أصاب بشكل مباشر الشخص المدّعي الذي نشأ له الحق في التعويض بسبب فعل المدّعى عليه.

د. أن يُخلّ الضرر بحق أو بمصلحة مشروعة للمضرور: ويجب أن تكون المصلحة مشروعة في الأصل.

وعلى ذلك، فلا تختلف شروط الضرر في الفقه الإسلامي عنها في القانون الوضعي.

(١) - فواز صالح، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٣٥٣.

المطلب الثاني

مفهوم التعويض في الفقه الإسلامي والقوانين

لتبيان مفهوم التعويض لا بُدَّ من تعريفه فقهاً وقانوناً (أولاً)، ومن ثمَّ عرض بعض الأدلّة على مشروعية التعويض (ثانياً)، قبل أن أتعرّض لموجبات التعويض فقهاً وقانوناً (ثالثاً).

أولاً: تعريف التعويض في الفقه الإسلامي والقانوني

سأعرض تعريف التعويض وفقاً للفقه الإسلامي، وبعدها سأعرّض للتعريف القانوني.

١. تعريف الفقه الإسلامي للتعويض

استخدم الفقهاء المسلمون التعويض بلفظ الضمان، وقد اختلفت استخداماتهم لهذا اللفظ، فمنهم من قصد فيه الكفالة والغرامة، ومنهم من استعمله بالمعنى الذي أقصده من التعويض، وفيما يأتي بيان ذلك.

أ. **الضمان بمعنى الكفالة:** عرّف الضمان بمعنى الكفالة ابن قدامة الحنبلي بأنّه: "ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق، فيثبت في ذمتها جميعاً، لصاحب الحق مطالبة من شاء منهما"^(١). كما عرّف

(١) - موفق الدين أبي محمد عبد الله بن قدامة الحنبلي، المغني، المرجع السابق، ج ٧، ص ٧١.

الدسوقي الضمان بأنّه: "ضم ذمّة إلى ذمّة في المطالبة"^(١). وعرف الشافعية

الضمان بأنّه: "ضم ذمّة إلى أخرى"^(٢).

ب. الضمان بمعنى التعويض: عرفه البعض بأنّه: "رد مثل التالف أو قيمته"^(٣).

وعرفه الغزالي بأنّه: "واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة"^(٤). وعرفه

الشوكاني بأنّه: "عبارة عن غرامة التالف"^(٥). ويلاحظ على هذه التعريفات

أنّها تقتصر التعويض على الضرر المادي فقط، دون الضرر الأدبي أو المعنوي.

كما عُرِف أيضاً بأنّه: "التزام بتعويض الضرر الذي باشره أو تسبب به

الشخص للغير"^(٦). وكذلك الضمان هو "الالتزام بتعويض الغير عمّا لحقه من تلف

المال، أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية"^(٧).

(١) - محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، تحقيق: محمد بن

أحمد بن محمد، دار الكتب العلمية، لبنان، ط ١، ١٤١٧هـ، ج ٣، ص ٣٢٩.

(٢) - أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي،

دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٥، ط ١، ج ٢، ص ١٤٧.

(٣) - أحمد بن محمد مكي الحسن الحموي الحنفي، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب

العلمية، بيروت، ١٤٠٥هـ، ١٩٨٥م، ط ١، ج ٣، ص ٢١٨.

(٤) - محمد بن محمد بن أحمد الغزالي، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: علي معوض، دار الأرقم بن

أبي الأرقم، لبنان، ط ١، ج ١، ١٩٩٧، ص ٣٥٣.

(٥) - محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار، مكتبة الكليات الأزهرية،

١٩٧٨، ج ٦، ص ٧١.

(٦) - مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، مطبعة طربين، دمشق،

ط ١٠، ١٩٦٨، ج ٢، ص ١٠٣٢، فقرة ٦٤٨.

(٧) - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي "دراسة

مُقارنة"، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٢، ص ١٥.

ويُلاحظ أنَّ هذين التعريفين يوسعان مفهوم الضمان ليشمل التعويض عن الضرر المادي أو غيره، والذي يُمكن أن يُصيب النفس الإنسانية.

ومما سبق، أجد أنَّ مفهوم الضمان الذي عرفه الفقه الإسلامي أعم من مفهوم التعويض، فالضمان يشمل الكفالة، والغرامة، ورد الشيء. فالضمان بمعنى الكفالة يراد به توثيق الدين، ولهذا قيل عنه، ضم ذمة إلى أخرى، وإطلاق اللفظ (الضمان) لا يجعله ينطبق على معنى التعويض، وهو رد الشيء ذاته، أو بدله بالمثل أو القيمة، أمَّا التعويض فهو أخص من ذلك.

١. التعريف القانوني

لم يتوسَّع الفقه القانوني في تعريف التعويض، حيث عرّفه بعض الفقهاء بأنّه: "مبلغ من المال يُدفع إلى شخص مُعيّن مُقابل ضرر لحق به"^(١). وعُرف أيضاً بأنّه: "مبلغ من المال للتعويض عن أي نوع من الضرر"^(٢).

فالتعويض في القوانين يكون في حال تعذّر جبر الضرر، من خلال إعادة الحال إلى ما كانت عليه، وعندها يكون التعويض مالياً. بخلاف التعويض في الفقه الإسلامي الذي يستدعي التماثل بين الضرر والعوض. والأصل أن تُردّ الحقوق بأعيانها أو بقيمتها إن لم يكن لها مثيل.

ويُمكن أن أعرّف التعويض بأنّه: ما يُجبر به ضرر الغير المعتبر، أيّاً كان هذا الضرر.

(١) - عبد الواحد كرم، معجم المصطلحات القانونية، عالم الكتب، بيروت، ١٩٨٧، ص ١٤٢.

(٢) - كورنو جيرار، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، لبنان، ط ٢، ص ٥١٣.

ثانياً: مشروعية التعويض في الفقه الإسلامي

إنَّ جبر الضرر بالتعويض أمر مُقرر في الشريعة الإسلامية، وهذا المبدأ من خصائصها بوصفها شريعة عامة سمحة خالدة، وقد دلت مصادر التشريع على مشروعية التعويض عن الضرر بصورة عامة، وتأكَّد ذلك بآيات كريمة، وأحاديث شريفة، وهو أمر يوجب العقل السليم والنظر المستقيم، وسأتناول ذلك وفقاً للآتي:

١. مشروعية التعويض من القرآن الكريم

قال تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ﴾ (الآية ١٢٦، سورة النحل). وقوله تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ﴾ (الآية ٤٠، سورة الشورى). فالله سبحانه وتعالى يوجب المماثلة في العقوبة، وهذا يعني أن يُفعل بالجاني مثلما فعل، من غير زيادة أو نقصان.

وهذه الأدلة من الآيات القرآنية ومثيلاتها يُمكن الركون إليها في التدليل على مشروعية التعويض عن الضرر بصورة عامة، وإن كانت تحمل في طياتها من المعاني والأحكام ما هو أكثر من مُجرَّد مشروعية التعويض.

٢. من السنة النبوية الشريفة

يُمكن أن أخذ مثلاً عن ذلك ما أخرجه الترمذي، حيث قال: "أهدت بعض أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى النبي طعاماً في قصعة، فضربت السيدة

عائشة رضي الله عنها القصعة بيدها، فألقت ما فيها، فقال النبي: طعام بطعام وإناء بإناء"^(١). وفي هذا الحديث دلالة واضحة على التعويض عن الضرر المادي.

كذلك، أخرج ابن حبان في صحيحه، قال زيد بن سعدة: إنّه لم يبقَ من علامات النبوة شيء إلا وقد عرفتها في وجه مُحَمَّد صلى الله عليه وسلّم حين نظرت إليه إلا اثنين لم أخبرهما منه: يسبق حلمه جهله، ولا يزيده شدة الجهالة عليه إلا حلماً، فكنت أتلطف له لأخالطه.... قال زيد بن سعدة: فلمّا كان لي مع الرسول حق لي لأجل معلوم، فقمّت قبل محل الأجل بيومين أو ثلاثة، وخرج رسول الله في جنازة رجل من الأنصار، ومعه عُمر، وأبا بكر، وعثمان، ونفر من الصحابة، فلمّا صلى على الجنازة وانتهى، قمت إليه، فأخذت بمجامع قميصه، ونظرت إليه بوجه غليظ، وقلت: ألا تقضيني حقي يا مُحَمَّد؟ فو الله ما علمتكم بني عبد المطلب بمطل. فقام عمر وقال: أي عدوّ الله أتقول لرسول الله ما أسمع وتفعل ما أرى؟ والله لولا ما أحاذر فوته لضربت عنقك. فقال الرسول صلى الله عليه وسلّم: إنّنا أحوج إلى غير هذا منك يا عُمر، أن تأمرني بحسن الأداء وتأمره بحسن الطلب، اذهب يا عُمر فاقضه حقه، وزده عشرين صاعاً مكان ما روعته"^(٢).

ووجه الدلالة بجواز التعويض عن الضرر المعنوي المتمثل بالفزع الذي أصاب زيد من تهديد سيدنا عُمر رضي الله عنه له.

(١) - سنن الترمذي (الجامع الصحيح)، كتاب الأحكام، باب ما جاء فيمن يكسر له شيء، دار المعرفة، بيروت، بدون تاريخ، حديث رقم ١٣٥٩/، ص ٥١٩.

(٢) - علاء الدين بن علي بن لبنان الفارسي، صحيح ابن حبان بترتيب بن بلبان، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ٣، ج ١، ١٩٩٧، كتاب البر والإحسان، باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، حديث رقم ٢٨٨/، ص ٥٢١.

٣. آثار الصحابة

حدّث محمد بن كثير عن الأوزاعي عن ابن حرملة قال: "تلاقى رجلان فقال أحدهما: ألم أخنقك حتى أحدثت؟ فقال بلى، ولكن لي عليك شهود، وأشار إلى الحاضرين، ثم رفع أمره إلى عُمر بن عبد العزيز، فأرسل في ذلك إلى سعيد بن المسيب، فقال: يخنقه كما خنقه حتى يُحدث، أو يفندي منه بأربعين بغيراً"^(١).

وهذا الأثر يُفيد بجواز التعويض عن الضرر المعنوي بالمال، ولو لم يكن التعويض بالمال جائزاً لما أوجبه عُمر بن عبد العزيز، حيث إنّ الضرر هنا معنوي.

ثالثاً: موجبات التعويض

سأبين موجبات التعويض أو كما يُطلق عليه الفقه الإسلامي (بالضمان)، ومن ثمّ سأعرض لموجبات التعويض في القانون.

١. موجبات الضمان في الفقه الإسلامي

إنّ موجبات الضمان في الفقه الإسلامي، تدور حول الغصب، والإتلاف، وإساءة استعمال الحق.

أ. **الغصب:** عرّف بعض فقهاء المذهب الحنفي الغصب أنّه: "إزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل في المال"^(٢). لذا، يتطلب المذهب الحنفي لتحقيق الغصب إزالة اليد المحققة سواء كانت يد المالك أو

^(١) - مذكور لدى، ابن قيّم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، المرجع السابق، ج ١، ص ٣١٩ -

٣٢٠.

^(٢) - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج ٧، ص ١٤٣.

نائبه، وعدم إذن صاحب اليد المحققة بإزالة يده، ويتطلب أن تكون الإزالة والإثبات بفعل في المال، وأن تكون الإزالة على سبيل المجاهرة لتمييزها عن السرقة، وينحصر الغصب عندهم في الأموال المتقومة المنقولة^(١).

في حين يقصر المالكية لفظ الغصب على أخذ الأعيان، ويطلقون لفظ التعدي على أخذ المنافع، حيث جاء في تعريفهم للغصب بأنه: "أخذ مال جنس يشمل الغصب وغيره، وهو من إضافة المصدر لمفعوله، والفاعل محذوف، أي أخذ آدمي مالاً. والمتبادر من المال الذات، فخرج به التعدي وهو الاستيلاء على المنفعة فقط كسكنى الدار... من غير استيلاء على ذات الدار"^(٢).

بينما عرّف الشافعية الغصب بأنه: "الاستيلاء على حق الغير عدواناً"^(٣). والاستيلاء أعم من الأخذ لشموله المنافع، ويُفهم من الاستيلاء القهر والغلبة، ويشمل المغصوب عندهم العقارات والمنقولات والمنافع^(٤). وعرّف الحنابلة الغصب بأنه: "الاستيلاء على مال غيره بغير حق"^(٥). لذا، فإنّ الحنابلة والشافعية يوسعون من مفهوم الغصب، بخلاف المالكية والحنفية.

(١) - محمد أحمد سراج، ضمان العُدوان في الفقه الإسلامي (دراسة فقهية مُقارنة بأحكام المسؤولية

التقصيرية في القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٠، ص ٢٥٨-٢٥٩.

(٢) - الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج ٣، ص ٤٤٢.

(٣) - الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج ٢، ص ٢٧٥.

(٤) - محمد أحمد سراج، ضمان العُدوان في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص ٢٦١.

(٥) - البهوتي، كشاف القناع، ج ٤، ص ٧٦.

ب. **الإتلاف:** يُقابل الإتلاف الغضب في التعدي على الأموال، ويُعرّف الإتلاف أنّه: "إخراج الشيء من أن يكون مُنتفعاً به المنفعة المطلوبة منه في العادة"^(١). والإتلاف إمّا أن يكون واقعاً على النفس، أو على المال، كما يُمكن أن يكون الإتلاف كلياً يخرج فيه المتلف عن صورته ومعناه، أو يكون جزئياً ويرد على المعنى دون الصورة^(٢).

كما قد يكون الإتلاف بالمباشرة أو بالتسبب، وهو يوجب الضمان سواء صدر على سبيل القصد أم الإهمال^(٣). حيث إنّ صاحب الحق لم يأخذ بالحيلة اللازمة عند استعمال الحق المخوّل له، وجاء في كتاب الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي "أنّه إذا استعمل الإنسان حقه على وجه ليس فيه احتياط واحتراس، فأضرّ بالغير، وهذا ما يُعرف بالخطأ... كان مُتَعَسِّفاً، أو مسؤولاً مسؤولية تقصيرية... ويترتب عليه تعويض الضرر الذي أصاب الغير"^(٤).

وعلى ذلك، فإنّ كُلاً من الإتلاف والغضب من أسباب الضمان في الفقه الإسلامي، ويختلف الغضب عن الإتلاف بأنّ الغضب عُدوان على حيازة المالك لماله، وأمّا الإتلاف فهو عُدوان على المال أو النفس، كذلك فإنّ الغضب يجري في الأموال عموماً أو في المنقولات وحدها عند الأحناف، بخلاف الإتلاف الذي ينال الأموال والأبدان^(٥).

(١) - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج ٧، ص ١٦٤.

(٢) - الكاساني، المرجع السابق، ص ١٦٤-١٦٥.

(٣) - محمد أحمد سراج، المرجع السابق، ص ٣١٧.

(٤) - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط ٢، ج ٤، ١٩٨٥، ص ٣٦.

(٥) - محمد أحمد سراج، ضمان العدوان، المرجع السابق، ص ٣١٥.

ج. التعسف في استعمال الحق: يُعرّف التعسف بأنّه: "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل"^(١)، وقد يكون القصد من استعمال الحق ابتداءً الإضرار بالغير، وهذا مُناقض لقصد الشارع الذي منع الضرر عموماً، أو باستعمال الحق استعمالاً يؤول إلى وقوع الضرر.

فالحق الفردي في الفقه الإسلامي مُقيّد بأن لا يُضّرّ صاحب الحق غيره فرداً، كان أو جماعة، قصداً أو بدون قصد، والغاية من الحق جلب مصلحة مُعيّنة مطلوبة لصاحب الحق، فإذا ما استعمل صاحب الحق حقه كوسيلة لتحقيق غرض آخر، سُلبت عن تصرفه صفة المشروعية، وأصبح مُتعدّياً على حق الغير. وتظهر حدود التعسف من خلال معيارين: أحدهما شخصي أو ذاتي، يرجع إلى العوامل النفسية التي دفعت صاحب الحق إلى قصد الإضرار بالغير، أو الدافع إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة. والمعيار الآخر موضوعي، يظهر من خلال إجراء الموازنة بين مقدار ما يجنيه صاحب الحق من استعمال حقه، وبين ما يلحق الغير من مفسدة^(٢).

■ **قصد الإضرار:** في هذه الصورة يستعمل صاحب الحق حقه فقط بقصد الإضرار بالغير، كما لو طلق الرجل زوجته قاصداً الإضرار بها، أو طالبت الزوجة بالتفريق من زوجها بقصد الإضرار به. حيث قال ابن رجب في شرحه لحديث "لا ضرر ولا ضرار": إنّ المراد بالضرر "هو إلحاق الضرر

(١) - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، ط ٢، ١٩٨٨، ص ٨٠.

(٢) - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق، ص ٢٤٢.

بالغير، وهذا على نوعين، أحدهما ألا يكون من ذلك غرض سوى الضرر بذلك الغير، فهذا لا ريب في قبحه وتحريمه^(١).

■ استعمال الحق في غير المصلحة التي شرع من أجلها: أي إنَّ صاحب الحق يحيد عن الهدف الذي سعى إليه الشارع من خلال إعطاء الشخص هذا الحق، فهنا يُصبح عمل صاحب الحق مُنافياً لقصد الشارع. فعلى سبيل المثال: للزوج ولاية تأديب الزوجة الناشز بالضرب غير المبرح؛ من أجل تأديب المرأة وحملها على الطاعة وإصلاح نشوزها، فإذا استعمل الزوج هذا الحق بقصد الانتقام أو الحمل على المعصية، كان فعله تعسفاً غير مشروع. حيث جاء في بدائع الصنائع "فإن هجرها، فإن تركت النشوز، وإلا ضربها ضرباً غير مُبرح، وإلا رفع الأمر إلى القاضي يوجه إليها حكمين"^(٢). فالضرب يكون حيث ينفع، أمّا إذا تبيّن عدم نفعه، فإنّه لا يضرب، ويرفع الأمر إلى القاضي؛ لأنَّ الضرب يكون تعسفاً في استعمال الحق^(٣).

■ الاختلال بين توازن المصالح: في هذه الحالة يكون لصاحب الحق مصلحة مشروعة، لكن وبالمقابل فإنَّ تحقيق هذه المصلحة يُصيب الغير بالضرر

(١) - زين الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين بن أحمد بن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديث من جوامع الكلم، دار الحديث، القاهرة، ط ١، ١٩٩٤، ص ٣٣٨.

(٢) - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج ٢، ص ٣٣٤.

(٣) - وجاء في جواهر الإكليل "إذا تحقق الزوج، أو ظنَّ عدم إفادة الضرب أو شك فيه فلا يضربها لأنَّ الوسيلة إذا لم يتحقق بها المقصود فلا تشرع". صالح عبد السميع الأزهرى، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، دار المعرفة، بيروت، ج ١٠، ص ٣٢٨.

البالغ، فعندها تُعد المصلحة غير مشروعة، نظراً للضرر البالغ الذي يلحق بالغير.

٢. موجبات التعويض في القانون

إنَّ الموجبات العامة للتعويض في القانون المدني، إمَّا أن تكون المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية. أضف إلى ذلك، التعسف في استعمال الحق.

أ. **المسؤولية العقدية**: تفترض المسؤولية العقدية وجود عقد صحيح واجب التنفيذ بين الدائن والمدين، ولا يقوم المدين بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، حينها يستطيع الدائن أن يُجبر مدينه على التنفيذ العيني، إذا كان ذلك مُمكناً. وإذا لم يكن التنفيذ العيني مُمكناً أو كان مُمكناً لكنَّ الدائن طلب التعويض، ولم يعرض المدين التنفيذ العيني. فهنا تقوم المسؤولية العقدية، ويلتزم المدين بتعويض الدائن عمَّا أصابه من ضرر جرَّاء عدم التنفيذ العيني للالتزام^(١). لذلك، فإنَّ المسؤولية العقدية تتطلب وجود خطأ من المدين، وأن يلحق ضرر بالدائن، إضافةً إلى ضرورة وجود علاقة سببية بينهما^(٢).

ب. **المسؤولية التقصيرية**: تضع المسؤولية التقصيرية مبدأً عاماً مقتضاه: إنَّ كُلَّ من يرتكب خطأً ويسبب ضرراً للغير يلتزم بتعويض هذا المتضرر^(٣). فهي تركز على ركن الخطأ، والذي يتمثل في الخروج عن السلوك المعتاد من خلال التعدي على الآخرين، كما إنَّ المبدأ العام يقتضي أن يكون المخل مُدركاً لأعمال التعدي الصادرة منه، وهو

(١) - للتوسع راجع، محمد حاتم البيّات، أيمن أبو العيال، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، منشورات جامعة دمشق، ٢٠١١، ٢٦٥ وما بعدها.

(٢) - للتوسع راجع، فوز صالح، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٣٣٩.

(٣) - المادة ١٦٤ من القانون المدني السوري.

ما يُعرف بالإدراك^(١)، وتتطلب المسؤولية التقصيرية إضافةً إلى ذلك وجود ضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر.

٣. **التعسف في استعمال الحق:** عرضت نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ولا يكاد يختلف مضمون هذه النظرية في القانون المدني عمّا هو عليه في الفقه الإسلامي، حيث جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، أنّه اقتبس هذه النظرية من الشريعة الإسلامية "... ولم يقتصر الأمر على ذلك، بل أخذ المشروع - كما سبق القول - بنظريات عامّة في الشريعة الإسلامية، وبأحكام تفصيلية، وأهم ما اقتبسه هو النزعة المادية أو الموضوعية التي تُميّز الفقه الإسلامي^(٢)، ونظرية التعسف في استعمال الحق وهي نظرية تقررها الشريعة الإسلامية في أوسع مدى"^(٣).

(١) - المبدأ عدم مسؤولية عدم التمييز ولكن ترد استثناءات على هذا المبدأ. للتوسع راجع، محمد فتح الله النشار، المرجع السابق، ص ١٢٣.

(٢) - لا يوافق أستاذي الدكتور مؤيد زيدان، ما ذهب إليه الدكتور السنهوري أنّ الفقه الإسلامي لا يقل في نزعة المادية عن الفقه الجرماني؛ لأنّ المذهب المادي يأخذ بالإرادة الظاهرة والفقه الإسلامي برأي الجمهور ما عدا الحنفية يأخذون بالإرادة الباطنة، والفقه الإسلامي وإن أخذ بالإرادة الظاهرة كما رأى الحنفية فهو لم يعتد بالإرادة الظاهرة على إطلاقها، فعّد الحنفية العقد مع الإرادة الظاهرة فقط هو عقد فاسد لا ينفذ إلّا بالتنفيذ. عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، بند ٥٥، ص ١١. وراجع، مؤيد زيدان، أبعاد القانون (دراسة في علم الاجتماع القانوني) مقارنة بين القانون المصري والسوري والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠١٠، ص ٥٠٩-٥١٠.

(٣) - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، دار الكتاب العربي، ج ١، ص ٢١. أشار إليه، فتح الله النشار، المرجع السابق، ص ١٣٨.

وقد أخذ المشرّع السوري وغيره من التشريعات العربيّة^(١) بهذه النظريّة، حيث نصّت (المادة ٥) من القانون المدني السوري على أنّه: "من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً، لا يكون مسؤولاً عمّا ينشأ عن ذلك من ضرر". ونصّت (المادة ٦) على أنّه: "ويكون الاستعمال غير مشروع في الأحوال الآتية:

أ. إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

ب. إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهميّة بحيث لا تتناسب

البتّة مع ما يُصيب الغير من ضرر.

ت. إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة".

^(١) - نصّت المادة الخامسة من القانون المدني المصري على نظرية التعسّف في استعمال الحق، (والمادة ١٢٤ مكرر) من القانون المدني الجزائري.

خاتمة المبحث التمهيدي

حاولت في هذا المبحث تأصيل فكري الضرر والتعويض للوقوف على مفهومهما، وتبين لي أنّ الشريعة الإسلامية تُقرر مبدأً عاماً يتفق مع أصولها، وهو عدم جواز الإضرار مُطلقاً، أيّاً كان هذا الضرر، وأيّاً كانت صورته، وهو ما يُمكن الاعتماد عليه في موضوع البحث كأصل عام، أستند إليه لمنع الضرر الذي يُمكن أن يُصيب أحد الزوجين عند انحلال الرابطة الزوجية.

وتعرّضت لأنواع الضرر، والذي يُمكن أن يكون مادياً، أو معنوياً، وإن كان يغلب عليه الطابع المعنوي في مسائل انحلال الزواج.

كما أصلت فكرة التعويض عن الضرر، وتبين لي إجازة فقهاء الشريعة الإسلامية التعويض عن الضرر، حيث اتفقوا على جواز التعويض عن الضرر المادي، مع خلافهم حول إمكانية التعويض عن الضرر المعنوي، والذي أجازته القانون بشقيه.

وتعرّضت -بشكل مقتضب- إلى موجبات التعويض في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني، وقد تبنت كُُل من الشريعة الإسلامية والقوانين نظرية منع التعسف في استعمال الحق كموجبٍ مُهمٍ للتعويض، وكأصلٍ مُستقرٍ، وسأبحث مدى مُلاءمته لتأسيس الحق بطلب التعويض في مسائل الضرر في حالات انحلال الرابطة الزوجية. وعلى ذلك، وبعد أن أصلت فكري الضرر والتعويض، سأحاول البحث في تعويض الضرر الناشئ عن انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو التطليق، من خلال تقسيم الدراسة إلى فصلين:

الفصل الأول: التعويض بسبب الطلاق

الفصل الثاني: التعويض بسبب حل الرابطة الزوجية قضاء

الفصل الأول

التعويض بسبب الطلاق

يُعد الطلاق من أسباب انحلال الرابطة الزوجية، وقد جُعل -بحسب الأصل- بيد الرجل. إلا أنَّ هذا الطلاق قد يكون سبباً موجباً للتعويض في بعض صوره. ومن أجل تبيان الطلاق كسبب موجب للتعويض، سأعمل على توضيح مفهوم الطلاق (المبحث الأول)، قبل عرض صور الطلاق الموجب للتعويض (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم الطلاق

لتوضيح مفهوم الطلاق سأقوم بتعريف الطلاق^(١)، وأبين دليل مشروعيته (المطلب الأول)، ومن ثمّ سأبين حكم الطلاق (المطلب الثاني). للوقوف على مدى إمكانية تعسف الزوج في استعمال هذا الحق.

(١) - عرفت الحضارات القديمة الطلاق، فعلى سبيل المثال: عرفت مصر الفرعونية الطلاق، وجاء في إحدى الوثائق القديمة نص يدل على ذلك، وهو الآتي "لقد هجرتك ولم تعد لي حقوق عليك كزوج، ابخشي عن زوجٍ غيري... اذهبي في الحال بلا إبطاء أو تأخير" وعلى الرجل إذا طلق زوجته دون مُبرر أن يعوّضها بإعطائها اثنين دبن من الفضة، وثلاثين كراً من الحنطة، فضلاً عن نصيبها من كُل مكسب قد حصل عليه معها. ومع ذلك إذا زنت الزوجة، أو كانت عقيماً، أو طلبت هي الطلاق بدون مُبرر، التزمت برد المهر، مُضافاً إليه ضعفه أو أكثر، ولا حقّ لها بالتعويض. كذلك، عرف قانون حمورابي الطلاق، وكان يمنعه إذا كانت المرأة مريضة، وللزوج أن يتزوَّج عليها، وإذا أرادت الأولى أن تغادر بيته إن شاءت ذلك. للتوسع، أحمد الشنتاوي، عادات الزواج وشعائره، دار المعارف المصرية، ١٩٥٦، ص ١٢٩.

المطلب الأول

تعريف الطلاق ومشروعيته

شرع الله سبحانه وتعالى الطلاق عند تعدّد استمرار الحياة الزوجيّة بين الزوجين، وجعل هذا الطلاق بيد الرجل؛ لما له من قدرة على تحكيم العقل أكثر من المرأة التي تحكمها العواطف.

ولتوضيح مفهوم الطلاق، سأقوم بتعريف الطلاق (الفرع الأول)، على أن أعرض بعض الأدلة على مشروعيته (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف الطلاق

سأعرض التعريف اللغوي (أولاً)، والتعريف الفقهي (ثانياً)، ومن ثمّ القانوني (ثالثاً).

أولاً: التعريف اللغوي

تعد كلمة الطلاق مصدر الفعل الثلاثي المجرد طلق، والطلاق بمعنى تخلية السبيل، وأطلقت الناقة أي حللت عقاها فأرسلتها، وطلاق النساء بمعنى حلّ عقدة النكاح. وبهذا، فإنّ كلمة طلق تدل على رفع القيد المعنوي، وأطلق على رفع القيد الحسي^(١).

ثانياً: التعريف الفقهي

عرّف فقهاء الحنفية الطلاق بأنّه: "رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظٍ مخصوص"^(٢). ويُشير هذا التعريف إلى نوعي الطلاق البائن والرجعي. كما عرّفه ابن قدامة الحنبلي بأنّه: "حلُّ قيد النكاح"^(٣). وعرّفه الشافعية أيضاً بأنّه: "حل عقد النكاح بلفظ الطلاق أو نحوه"^(٤).

(١) - ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج ١٠، ص ٢٢٥ - ٢٢٦.

(٢) - محمد أمين ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، تحقيق: عادل عبد الموجود-علي محمد معوض، ط ٢، بيروت، دار الكتب العلميّة، ٢٠٠٢، ج ١٠، ص ٤٢٢.

(٣) - ابن قدامة الحنبلي، المغني، المرجع السابق، ج ١٠، كتاب الطلاق، ص ٣٢٣.

(٤) - شمس الدين محمد الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، ط ١، ١٩٩٧، ج ٣، كتاب الطلاق، ص ٣٦٨.

وفي تعريف آخر: "الطلاق تصرف مملوك للزوج يُحدثه بلا سبب فيقطع النكاح"^(١). وألاحظ على هذا التعريف أنه أطلق المجال للزوج لإيقاع الطلاق حتى بدون أدنى سبب، وهو أمر غير مقبول. وعزفه المالكية بأنه: "صفة حكمية ترفع حلية مُتعة الزوج بزوجه، موجباً تكرره مرتين زيادة على الأولى للتحريم"^(٢).

تتفق التعريفات من حيث الأثر المترتب على الطلاق في رفع قيد النكاح، مع ملاحظة تنوع عباراتهم بين الحلّ والرفع، وكلاهما بمعنى الإزالة، ويحتاج الطلاق إلى ألفاظ مخصوصة لإيقاعه، وهو إما يرفع قيد النكاح في الحال، أو في المال.

ثالثاً: التعريف القانوني

بالرجوع إلى بعض التشريعات العربية للأحوال الشخصية أجد أنّ بعضها عرفت الطلاق، في حين لم تُورد تشريعات أخرى تعريفاً للطلاق. فعلى سبيل المثال: عرّف المشرّع الجزائري الطلاق في (المادة ٤٨) من قانون الأسرة الجزائري بأنه: "الطلاق حل عقدة الزواج، ويتم بإرادة الزوج، أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة، في حدود في هذا القانون"^(٣). وبهذا، فإنّ المشرّع الجزائري أطلق الطلاق للدلالة على حل الرابطة الزوجية عموماً سواء أكان ذلك بإرادة الزوج أو بالتوافق بين الزوجين كما في المخالعة أو بطلب الزوجة وهو في حالات التفريق القضائي.

(١) - يحيى بن شرف النووي، شرح المنهاج، ط ٢، ج ٢، دون دار نشر، ص ٣٢٣.

(٢) - أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، تحقيق: زكريا عُميرات،

ج ٥، دار عالم الكتب، كتاب الطلاق، ج ٥، ص ٢٦٨.

(٣) - القانون رقم ٨٤-١١، لعام ١٩٨٤ المعدّل والمتمم.

وبالمثل، فقد عرّفت المدونة المغربية للأحوال الشخصية الطلاق في (المادة ٧٨) بأنّه: "حل ميثاق الزوجيّة، يُمارسه الزوج والزوجة، كلّ بحسب شروطه، تحت مراقبة القضاء، وطبقاً لأحكام هذه المدونة"^(١). كما عرّفت المجلة التونسية للأحوال الشخصية في (الفصل ٢٩) الطلاق بأنّه: "حل عقدة الزواج"^(٢).

وبهذا، فإنّ التشريعين المغربي والتونسي أيضاً أطلقا الطلاق للدلالة على حلّ الرابطة الزوجيّة عموماً، سواء كان ذلك بإرادة الزوج أو بإرادة الزوجة.

وفي السياق نفسه، فقد عرّفت (المادة ٥٨) من قانون الأحوال الشخصية اليمني الطلاق بأنّه: "قولٌ مخصوص أو ما في معناه، به يفك الارتباط بين الزوجين، وهو صريح لا يحتمل غيره، ويقع باللغة العربيّة وبغيرها لمن يعرف معناها، وبالكتابة وبالإشارة المفهومة عند العاجز عن النطق"^(٣).

وكذلك، عرّفت (المادة ٣٤) من القانون العراقي للأحوال الشخصية الطلاق بأنّه: "رفع قيد الزواج، بإيقاع من الزوج، أو وكيله، أو من الزوجة إن وُكّلت به، أو فوّضت به، أو من القاضي، ولا يقع إلّا بالصيغة المخصوصة له شرعاً"^(٤). ويلاحظ على التعريفين اليمني والعراقي أنّهما يقصران الطلاق على اللفظ المخصوص الذي يتم به حل الرابطة الزوجيّة دون غيرها من حالات انحلال هذه الرابطة، كالتفريق القضائي أو المخالعة.

(١) - مَدُونَةُ الأُسْرَةِ المَغْرِبِيَّةُ الصّادِرَةُ بالقانون رقم ٧٠-٠٣، لعام ٢٠٠٤.

(٢) - مجلّة الأحوال التونسية لعام ١٩٥٦.

(٣) - قانون الأحوال الشخصية اليمني لعام ١٩٩٢ وتعديلاته.

(٤) - قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨/ لعام ١٩٥٩.

وبالرجوع إلى القانون السوري، أجد أنه لم يُعرّف الطلاق في قانون الأحوال الشخصية رقم ٥٣/ لعام ١٩٥٣. كذلك، لم يُعرّف الطلاق في قانون الأحوال الشخصية للروم الأرثوذكس رقم ٢٣/ لعام ٢٠٠٤، وإنما اكتفى بتعديده ضمن أسباب انفكاك الرابطة الزوجية، وذلك وفقاً (للمادة ٦٢)، حيث نصّت على أنه "تنفك الروابط الزوجية بالوفاة، أو بإبطال الزواج، أو فسخه، أو بالطلاق، وذلك بموجب حكم مُبرم من المحكمة الروحية المختصة".

ولم يُعرّف أيضاً قانون الأحوال الشخصية للسريان الأرثوذكس رقم ٦٠/ لعام ٢٠٠٤/، وإنما اكتفى بالحديث عن أحكام الطلاق في الفصل الثالث عشر. والأمر نفسه تكرر في قانون الأحوال الشخصية للطوائف الكاثوليكية رقم ٣١/ لعام ٢٠٠٦^(١).

(١) - تمسّكت الكنيسة الكاثوليكية بدايةً بمبدأ عدم قابلية الزواج للانحلال، فالزواج الصحيح المقرر والمكتمل لا يُمكن حله بسلطان بشري أيّاً كان ولأي سبب كان ما عدا الموت، والزواج المكتمل هو المتبوع بالدخول، وما يُباح هو فقط الانحلال الجسماني الذي لا يحل الرابطة الزوجية، وإنما هو مُجرّد انفصال الزوجين في المعيشة المشتركة. أما الكنيسة البروتستانتية فقد أخذت موقفاً وسطاً، وأجازت التطليق لسببين فقط، وهما: الزنا وتغيير الدين. في حين أنّ الكنائس الأرثوذكسية أجازت الطلاق بصفة عامة وعدّت الزنا مُجرّد مثال للأسباب المبررة للطلاق. راجع، مسعودة نعيمة الياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، ص ١١٤.

الفرع الثاني

مشروعية الطلاق

وردت الكثير من الأدلة التي تدل على مشروعية الطلاق أذكر بعضها من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

أولاً: من القرآن الكريم

من الأدلة على مشروعية الطلاق في القرآن الكريم أذكر:

١. قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَا 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﴾ (الآية ٢٢٩، سورة البقرة). حيث نزلت هذه الآية لتنظيم الطلاق وتصحيح الوضع الذي كان سائداً قبل ذلك، حيث لم يكن للطلاق حد معين، وكان بيد الزوج مُطلقاً، وكثيراً ما يتعسف فيه لحرمان الزوجة من حقوقها.

٢. وقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ (الآية ٢٣٦، سورة البقرة). حيث تُبين هذه الآية إجازة الطلاق بعد إبرام العقد وقبل الدخول، وتُبين أحكام المتعة في الطلاق.

٣. وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ

بِقَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ (الآية ١، سورة الطلاق). ففي الآية الكريمة خطاب للنبي صلى الله عليه وسلم بلفظ الجمع تعظيماً، أو دلالة لإرادة ضم أمته إليه^(١)، وفي ذلك دلالة على مشروعية الطلاق.

٤. وقوله سبحانه: ﴿إِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾ (الآية ٢٣٠، سورة البقرة).

ثانياً: من السنة النبوية الشريفة

وردت العديد من الأحاديث الدالة على مشروعية الطلاق، أذكر منها:

١. ما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم: "ما أحل الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق"^(٢). وهذا دليل عام على مشروعية الطلاق، مع التأكيد على البغض والتنفير منه.

٢. ما روته السيدة عائشة رضي الله عنها "أن ابنة الجون لما أدخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم ودنا منها، قالت: أعوذ بالله منك، فقال لها: لقد عذت بعظيم، الحقني بأهلك"^(٣).

(١) - أحمد بن حنبل، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق: عبد القادر شيبه، بدون دار نشر، ط ١، ٢٠٠١، ج ٩، ص ٢٥٩.

(٢) - محمد بن عبد الله الحاكم أبو عبد الله النيسابوري، المستدرک علی الصحیحین، تحقیق: مصطفى عبد القادر عطار، بيروت، دار الكتب العلمية، كتاب الطلاق، ج ٢، حديث رقم ٢٧٩٤، ص ٢١٤. وانظر، أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، دار ابن حزم، كتاب الطلاق، ج ٢، حديث رقم ٢١٧١، ص ٤٣٨.

٣. ما رواه عُمر بن الخطاب أَنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلّم طَلَّقَ حفصة، ثُمَّ راجعها^(٢).

٤. ما رواه نافع من أَنَّ عبد الله بن عُمر طَلَّقَ امرأته وهي حائض، فقال صلى الله عليه وسلّم: مُرّه فليراجعها، ثُمَّ لِيُمْسِكْهَا حتى تطهر ثُمَّ تحيض، ثُمَّ تطهر، ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ بعد ذلك وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تُطَلَّقَ لها النساء^(٣).

وعلى ذلك، فإنَّ الأدلة السابقة تُشير إلى مشروعية الطلاق، على الرغم من أنَّ الأصل قدسية الزواج والحياة الزوجية واستمراريتها، ولكن إذا استفحل الشقاق إلى حدٍ يستحيل معه الصلح، وتنافرت طباع الزوجين كلَّ التنافر، فهنا يأتي الطلاق كوسيلة من أجل حلِّ تلك الرابطة.

(١) - محمد بن اسماعيل البخاري، الجامع الصحيح المختصر، (صحيح البخاري)، تحقيق: مصطفى ذيب البغا، دار ابن كثير، لبنان، ط٣، دون تاريخ، كتاب الطلاق، حديث رقم ٤٩٥٥، ج٥، ص٢٠١٠.

(٢) - الحاكم النيسابوري، المستدرک، المرجع السابق، كتاب الطلاق، ج٢، حديث رقم ٢٧٩٧، ص٢١٥.

(٣) - البخاري، صحيح البخاري، المرجع السابق، كتاب الطلاق، حديث رقم ٤٩٥٣، ج٥، ص٢٠١١.

المطلب الثاني

الحكم التكليفي للطلاق

سأحاول تبين حُكم مشروعية الطلاق لمعرفة فيما إذا كان هذا الطلاق حقاً للرجل يُمارسه بمطلق إرادته كما يشاء، أم أنه حق مُقيّد، لمعرفة مدى تأثيره على مسؤوليّة الزوج الموقع للطلاق.

فقد اختلف الفقهاء حول حُكم أصل الطلاق، فمنهم من يرى أنَّ الأصل فيه الحظر (الفرع الأول)، ومنهم وجد أنَّ الأصل فيه الإباحة (الفرع الثاني)، على أن أبيت الطلاق تعثره الأحكام التكليفية (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الأصل في الطلاق المنع

يرى بعض الفقهاء بأن الأصل في الطلاق المنع، حيث جاء في بدائع الصنائع^(١): إِنَّ الأصل في الطلاق المنع؛ لورود الأدلة على ذلك، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾ (الآية ٣٤، سورة النساء).

وعلى ذلك، إذا كانت الزوجة مطيعة لزوجها، لا تُفَرِّط في حق من حقوقه ومع ذلك يُطَلِّقها، فإنَّ ذلك إضرار بها، وقد فسروا الآية السابقة بأن "سبيلاً" نكرة جاءت في سياق الشرط والنفي فتقيّد العموم، فيكون معنى الآية: إذا أطاعت المرأة زوجها في جميع ما يُريده منها مما أباحه الله فليس له من سبيلٍ عليها، من ضربٍ، أو هجرٍ، أو طلاق. من باب أولى؛ لأنَّ نفي الأقل من الضرب أو الهجر هو نفي للأكثر من ذلك وهو الطلاق من باب أولى^(٢).

ويُتابع في سوق الأدلة في بدائع الصنائع على أنَّ الأصل في الطلاق الحظر، ومن ذلك "ما رُوي عن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: تزوجوا ولا تطلقوا، فإنَّ الطلاق يهتز له عرش الرحمن. وقد ذُكر عن عُمر رضي الله عنه أنه كان لا يؤتى برجلٍ طَلَّق امرأته ثلاثاً إلّا وأوجعه ضرباً، وذلك بحضور الصحابة رضي الله عنهم، فكان ذلك إجماعاً... وإنَّ النكاح عقد مصلحة لكونه وسيلة إلى مصالح الدّين والدّنيا، والطلاق إبطال له وإبطال المصلحة مفسدة والله تعالى لا يُحب الفساد، وهذا معنى

(١) - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج ٣، ص ٩٤-٩٥.

(٢) - أبي الفداء الحافظ ابن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، المرجع السابق، ج ١، ص ٤٤٦.

الكرهية الشرعية عندنا، إذ إنَّ الله لا يُجبه ولا يرضى به... لذلك كان الأصل فيه الحظر والكرهية، إلَّا أنَّه رُخصَ للتأديب أو التخليص^(١).

ويقول الكمال بن الهمَّام: "الأصل حظره ومنعه، إلَّا للحاجة، أو ضرورة، أو عارضٍ يُبيحه، كريبةٍ أو عدم اشتهاؤها، بحيث يعجز أو يتضرر بإكراه نفسه على جماعها، فهذا إذا وقع؛ فإن كان قادراً على طول غيرها مع استبقائها، ورضيت بإقامتها في عصمته بلا وطء، أو بلا قسم، فيكره طلاقه..^(٢)".

لذا، فإنَّ هذا الفريق يؤكد على أنَّ الأصل في الطلاق الحظر؛ من أجل تضييقه إلى أضيق الحدود؛ لتجنُّب الآثار السلبية الكثيرة التي قد تترتب عليه من تشتيت للأسرة وتفككها.

(١) - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج ٣، ص ٩٥.

(٢) - كمال الدين بن عبد الواحد ابن الهمَّام، فتح القدير، دار الفكر، بيروت، دون سنة نشر، ج ٣، ص ٤٦٥.

الفرع الثاني

الأصل في الطلاق الإباحة

يرى بعض فقهاء الحنفية والحنابلة^(١)، أنَّ الأصل في الطلاق الإباحة، حيثُ جاء في المبسوط للسرخسي "... وإيقاع الطلاق مُباح، وإن كان مُبغضاً في الأصل عند عامة العلماء، ومن الناس من يقول لا يُباح إيقاع الطلاق إلّا عند الضرورة؛ إلّا أنَّ الطلاق مُباح لقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ (الآية ٢٣٦، سورة البقرة)، وهذا يقتضي إباحة الإيقاع، كما أنَّه صلى الله عليه وسلم قد طَلَّقَ حفصة حتى نزل عليه الوحي يأمره أن يُراجعها، وكذلك فإنَّ عُمر طَلَّقَ أم عاصم، وعبد الرحمن بن عوف طَلَّقَ تماضر... وإنَّ الحسن بن علي رضي الله عنهما استكثر من النكاح والطلاق بالكوفة، حتى قال علي رضي الله عنه على المنبر: إنَّ ابني هذا مطلق فلا تزوجه؛ ولأنَّ الطلاق إزالة الملك بطريق الإسقاط فيكون مُباحاً في الأصل"^(٢).

إذ أجمع الفقهاء على جواز الطلاق، سيّما عندما تفسد حال الزوجين فيصير بقاء النكاح مفسدةً محضة، وضرراً مُجزئاً بإلزام الزوج بالنفقة والسكن، وحبس المرأة مع

(١) - شمس الدّين السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج ٦، كتاب الطلاق، ص ٢-٣. وأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي المالكي، تفسير القرآن (الجامع لأحكام القرآن)، تحقيق: سالم مُصطفى البدر، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط ١، ج ٣، ص ١١٠ وما بعدها. ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج ١٠، ص ٣٢٣.

(٢) - شمس الدّين السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج ٦، كتاب الطلاق، ص ٢-٣.

سوء العشرة والخصومة الدائمة غير جائز؛ فاقتضى الشرع ما يُزيل النكاح، فتزول
المفسدة الحاصلة منه في هذه الحال^(١).

كما جاء في الإحياء تحت عنوان الطلاق "ليعلم أنّه مُباح، لكنّه أبغض
المباحات إلى الله تعالى، وإنّما يكون مُباحاً إذا لم يكن فيه إيذاء بالباطل، ومهما
طلقها فقد آذاها، ولا يُباح إيذاء الغير إلّا من جانبها أو بضرورة من جانبها"^(٢).

وعلى ذلك، فإنّ هذا الموقف غلب إباحة الطلاق من حيث الأصل، ولكنّه
أكّد أنّه مبعوض، ولا يجوز إلّا لضرورة وبقيود؛ منعاً من الإضرار بالغير.

(١) - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج ١٠، ص ٣٢٣.

(٢) - الإحياء، ج ٢، ص ٥٥. مذكور لدى صلاح الدّين الناهي، بين الترفق والتعسف في استعمال
الحقوق في الشرع الإسلامي والقوانين المدنيّة العربيّة (المصريّة العراقيّة الأردنيّة الكويتيّة والسوري) وبين
فلسفتي القانون والأخلاق (دراسة تحليليّة متوازنة)، المجلّة العربيّة للفقّه والقضاء، العدد الرابع، تشرين
الأول، ١٩٨٦، ص ٣٨ - ٣٩.

الفرع الثالث

الطلاق تعتريه الأحكام التكليفية

يرى جانب آخر من الفقه أنه من الممكن أن يختلف حكم الطلاق حسب الحالة، فالطلاق على خمسة أضرب؛ واجب، وهو طلاق المولى بعد التبرّص إذا أبي الفئته، وطلاق الحكمين في الشقاق إذا رأيا ذلك، ومكروه، وهو الطلاق من غير حاجة إليه. وقال القاضي: فيه روايتان؛ أحدهما أنه مُحَرَّم؛ لأنه ضررٌ بنفسه وزوجته وإعدام للمصلحة الحاصلة لهما من غير حاجة إليه، فكان حراماً كإتلاف المال، ولقول النبي صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار)^(١). ويكون مكروهاً لقول النبي: (أبغض الحلال إلى الله الطلاق)^(٢)؛ لأنه مُزيل للنكاح المشتمل على المصالح المندوب إليها. وقد يكون مُباحاً عند الحاجة إليه لسوء خلق المرأة، وسوء عشرتها والتضرر بها. وقد يكون مندوباً إليه وهو عند تفريط المرأة في حقوق الله الواجبة عليها من الصلاة ونحوها^(٣).

وجاء في حاشية الدسوقي أيضاً "واعلم أنّ الطلاق من حيث هو جائز، وقد تعتريه الأحكام الأربعة من حرمة، وكراهية، ووجوب، وندب، فالطلاق الواجب هو الذي يلزم من عدم الطلاق الإضرار بالمرأة، كأن لا يجد ما يُنفق عليها مع عدم رضاها بترك النفقة، أو يعجز الرجل عن الوطء. وأمّا المندوب فهو أن تكون غير

(١) - سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يُضرّ بجاره، ج ٣، حديث رقم /٢٣٤٠/، ص ١٠٦.

(٢) - أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، المرجع السابق، ج ٢، حديث رقم ٢١٧١، ص ٤٣٨.

(٣) - ابن قدامة الحنبلي، المغني، المرجع السابق، ج ١٠، كتاب الطلاق، ص ٣٢٣-٣٢٤.

عفيفة أو تاركة للصلاة، ولا تنزجر عن ذلك. وأمّا المكروه فهو الطلاق في طهر مستها فيه. وأمّا المحرّم فهو الطلاق في الحيض^(١).

ومما سبق، أرى أنّ الطلاق يُباح عند الحاجة إليه، وعند وجود الأسباب الداعية له؛ لأنّ ترك الطلاق بدون ضوابط وقيود قد تترتب عليه أضرار ومفاسد. لذا، فلا بُدّ من تقييد الطلاق بأضيق الحدود؛ تفادياً للضرر الذي يُمكن أن يترتب عليه عند حصوله. ويقول الإمام الشاطبي: "المباح ضربان: أحدهما أن يكون المباح خادماً لأصل ضروري، أو حاجي، أو كمالي، والثاني ألا يكون كذلك، فالأول قد يُراعى من جهة ما هو خادم فيكون مطلوباً ومحبوفاً فعله،.... والثاني قد لا يكون خادماً لشيء كالطلاق، فإنّه ترك للزواج الذي هو خادم لكل إقامة النسل في الوجود، وهو ضروري.... فإذا كان الطلاق بهذا النظر مُحَرَّماً لذلك المطلوب ونقضاً عليه كان مبعوضاً، ولم يكن فعله أولى من تركه إلّا لعارض أقوى، كالشقاق وعدم إقامة حدود الله"^(٢).

(١) - شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج ٢، مطبعة عيسى البابي الحلبي، ص ٣٦٢.

(٢) - أبو اسحاق ابراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي الشاطبي، الموافقات في أصول الفقه، شرح: عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت، ج ١، ص ١٢٨.

المبحث الثاني

صور الطلاق الموجب للتعويض

تعرضت لتعريف الطلاق وبيّنت حكمه، وأوضحت أنّ الشارع قد شرع الطلاق، إلا أنّه كرّره به حتى لا يكون سلاحاً مُسلّطاً على عُنق الزوجة يُطلّقها متى شاء دون قيد أو شرط، لذلك فقد أحيط الطلاق بالقيود اللازمة للحد من تعسف الزوج في إيقاعه.

فما مدى إمكانيّة التعويض عن الطلاق؟ وما هي صور الطلاق الموجبة للتعويض؟ وما هو الموقف الشرعي والقانوني من ذلك كلّهُ؟

ومما سبق سأدرس، الطلاق بسبب النشوز (المطلب الأول)، والطلاق قبل الدخول (المطلب الثاني)، ومن ثمّ الطلاق التعسّفي (المطلب الثالث).

المطلب الأول

الطلاق بسبب النشوز

قد يكون نشوز الزوجة هو السبب في وقوع الطلاق، كما قد يكون النشوز من جانب الزوج، فهنا يجوز للزوجة طلب الطلاق بسبب نشوز زوجها عند بعض التشريعات. فهل يكون هذا الطلاق الواقع بسبب نشوز الزوج أو الزوجة سبباً موجباً للتعويض؟

لتوضيح ذلك، سأعمل على عرض مفهوم النشوز (الفرع الأول)، على أن أبين مدى حق الزوجين في طلب التعويض عند النشوز (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم النشوز

للتعرّف على مفهوم النشوز، سأقوم بتعريف النشوز (أولاً)، ومن ثمّ سأعرض بعض حالات النشوز (ثانياً).

أولاً: تعريف النشوز

سأتناول التعريف اللغوي، ومن ثمّ الفقهي، على أن أتعرض للتعريف القانوني للنشوز أخيراً.

١. التعريف اللغوي

النَّشْرُ والنَّشْرُ هو المكان المرتفع من الأرض، والجمع أنشاز ونشوز، والنشوز هو ما ارتفع وظهر من الأرض^(١).

٢. التعريف الاصطلاحي للنشوز

ورد مصطلح النشوز في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾ (الآية ٣٤، سورة النساء). وقال ابن كثير في تفسيره: إِنَّ المرأة الناشزة هي المترفعة على زوجها، التاركة لأمره، المعرضة عنه، المبغضة له^(٢). وفسّر

(١) - ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج ٥، باب الزاي، فصل النون، ص ٤١٧ - ٤١٨.

(٢) - ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، المرجع السابق، ج ١، ص ٦٥٤.

الطبري قوله تعالى: "نشوزهنَّ" يعني استعلاءهنَّ على أزواجهنَّ عن فرشهم بالمعصية منهنَّ بُعضاً منهنَّ وإعراضاً عنهنَّ"^(١).

وقد عرّف فقهاء الحنفية النشوز بأنّه: "هي الخارجة من بيت زوجها بغير حق"^(٢). وألاحظ ضيق هذا التعريف؛ فهو يقتصر على حالة الخروج من بيت الزوج بغير حق.

كما عرّف بعض فقهاء المالكية النشوز على أنّه: "خروج الزوجة عن طاعة زوجها لغير موجب شرعي"^(٣). ويبدو هذا التعريف أكثر اتساعاً ليشمل كلّ خروج للزوجة عن طاعة زوجها بدون مُبرر شرعي لذلك.

وعرّف الشافعية النشوز أيضاً بالقول: "النشوز هو الخروج عن الطاعة"^(٤). وعرّفه الحنابلة بأنّه: "معصية الزوج فيما فرض الله عليها من طاعته، وهو مأخوذ من

(١) - الطبري، جامع البيان عن تأويل القرآن، المرجع السابق، ج ٢، ص ٥٥٨.

(٢) - محمد علاء الدّين الحصكفي، الدُّر المختار شرح تنوير الأبصار، مطبعة البابي الحلبي، مصر، ١٩٦٦، ط ٢، ج ٣، ص ٥٧٦.

(٣) - عُثمان بن محمد حسنين البري الجعلي، سراج السالك شرح أسهل المسالك في مذهب الإمام مالك، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٥، ج ٢، ص ٨٣.

(٤) - الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج ٣، كتاب القسم والنشوز، ص ٣٣١. وقد أورد التعريف نفسه محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدّين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج على مذهب الإمام الشافعي، مطبعة البابي الحلبي، مصر، ج ٦، ص ٣٨٠.

النَّشْز وهو الارتفاع"^(١). وفي تعريفٍ آخر ذكره الحنابلة فإنَّ النشوز هو: "معصيتها إِيَّاه فيما يجب عليها"^(٢).

ويمكنني القول: إنَّ نشوز الزوج يتحقق من خلال سوء عشرة الزوجة والإعراض عنها، وعدم الإنفاق عليها، وما إلى ذلك من امتناعه عن القيام بحقوق الزوجة الواجبة عليه. وقد أشار القرآن الكريم إلى نشوز الزوج في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾ (الآية ١٢٨، سورة النساء).

وعلى ذلك، أجد أنَّ التعريفات السابقة مُتقاربة، وركّزت على نشوز الزوجة أكثر من نشوز الزوج. ويمكن أن أعرف النشوز عموماً بأنّه: عدم طاعة الزوجة زوجها فيما يجب له عليها من الحقوق، وعدم التزام الزوج بتأدية حقوق الزوجة على الوجه المطلوب منه شرعاً.

٣. التعريف القانوني للنشوز

بالرجوع إلى بعض التشريعات العربيّة أجد أنَّ المشرّعين الجزائري والتونسي والمصري واليمني والعراقي والمدونة المغربيّة لم يتعرّضوا إلى تعريف النشوز في قوانين الأحوال الشخصية^(١).

(١) - ابن قدامة الحنبلي، المرجع السابق، ج ١٠، كتاب عشرة النساء والخلع، ص ٢٥٩.

(٢) - منصور إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، تعليق: هلال مصيلحي هلال، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٢، ج ٥، ص ٢٠٩.

في حين عرّف قانون الأحوال الشخصية السوري في (المادة ٧٥) الناشز بالقول: "هي التي تترك دار الزوجية بلا مسوّغ شرعي أو تمنع زوجها الدخول إلى بيتها قبل طلبها النقل إلى بيت آخر". وقد أورد المشرّع السوري تعريفاً مُشابهاً للزوجة الناشزة في قانون الأحوال الشخصية للطوائف الكاثوليكية في المادة (١٢٧/١)^(٢)، حيث جاء التعريف كالآتي: "هي التي تترك بيت زوجها أو كانت في بيتها ومنعت زوجها من الدخول إليه أو أبت السفر معه إلى محل إقامته الجديد بلا سببٍ شرعي".

وبهذا، فإنّ القانون السوري قد قصر النشوز في تعريفه على الزوجة دون الزوج. ولم يتعرض قانوني الروم الأرثوذكس^(٣)، وقانون السريان الكاثوليك لتعريفٍ للنشوز^(٤).

ثانياً: حالات النشوز

سأعرض بعض حالات نشوز الزوجة والزوج.

١. حالات نشوز الزوجة

سأبيّن بإيجاز بعض حالات نشوز الزوجة، والتي قد تدفع الزوج إلى تطليق زوجته.

(١) - أجد أنّ قانون الأسرة المغربي الملغى قد عرّف نشوز الزوج بأنّه: كُل تصرف من الزوج، أو سلوك مُشين، أو مُخلّ بالأخلاق الحميدة، يلحق بالزوجة إساءة ماديّة أو معنويّة، مُبرر لطلب التطليق.

(٢) - القانون رقم (٣١)، لعام ٢٠٠٦.

(٣) - القانون رقم (٢٣)، لعام ٢٠٠٤.

(٤) - القانون رقم (١٠)، لعام ٢٠٠٤.

أ. خروج الزوجة من بيت الزوجية بدون إذن الزوج: يجب على الزوجة ألا

تخرج من بيت الزوجية دون إذن زوجها، فإن خرجت دون رضاه عُذَّت ناشزاً، مادام هذا الخروج لغير عُذر شرعي.

حيث جاء في نهاية المحتاج "والنشوز خروج من بيته، أي من محل رضي بإقامتها فيه، ولو في بيتها أو بيت أهلها - كما هو الظاهر - وإن كان غائباً بلا إذن منه ولا ظنّ رضاه عصيان" (١).

وقال البهوتي: "ويحرم على الزوجة الخروج بلا إذن زوجها؛ لأنَّ حق الزوج واجب، فلا يجوز تركه بما ليس بواجب" (٢). كما جاء في البحر الرائق: "يجوز ضربها للخروج إذا كان الخروج بغير حق، أمّا إذا كان بحق فليس له أن يضربها عليه" (٣). وقد استدللَّ الفقهاء على عدم جواز الخروج بغير إذن من قوله تعالى: ﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَى﴾ (الآية ٣٣، سورة الأحزاب)، ومن قوله صلى الله عليه وسلم: "إذا استأذنت المرأة أحدكم إلى المسجد فلا يمنعها" (٤)، فمن حيث الأصل، على الزوجة أن تقرّ في منزل الزوجية، ولكن إذا طلبت الإذن من زوجها للخروج لقضاء بعض أمورها الضرورية، فعليه ألا يتعسف في منعها من ذلك، كما أشار الرسول صلى الله عليه وسلم في مسألة الخروج للمسجد.

(١) - الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، المرجع السابق، ج ٧، ص ٢٠٦.

(٢) - البهوتي، كشف القناع، المرجع السابق، ج ٥، ص ١٩٧.

(٣) - زين الدّين ابراهيم محمد المصري ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، ج ٥، لبنان، دار الكتب العلميّة، ١٩٩٧، ص ٨٢.

(٤) - البخاري، صحيح البخاري، المرجع السابق، ج ٩، ص ٤٠٠، حديث رقم ٥٢٣٨، كتاب النكاح، باب استئذان المرأة زوجها في الخروج إلى المسجد وغيره.

وعلى ذلك، فقد أجمع الفقهاء على أنَّ خروج الزوجة من بيت الزوجية بدون إذن الزوج يُعدُّ نشوزاً منها. أمّا إذا كان هذا الخروج لغُذر شرعي فإنّه في هذه الحالة لا يُعدُّ نشوزاً، ويُعدُّ من قبيل الغُذر الشرعي، كما لو تهمّ البيت كُلّه أو بعضه، أو إذا أكرهت على الخروج من المنزل، وما إلى ذلك من الحالات الضرورية والتي أعتقد أنّها تُعدُّ من قبيل الغُذر الشرعي.

ب. امتناع الزوجة عن السفر والانتقال مع زوجها إلى مسكن آخر: يُعدُّ

امتناع الزوجة عن السفر مع زوجها، أو الانتقال للسكن معه في مسكنٍ آخر من قبيل النشوز. ويُشترط للقول بنشوز الزوجة أن تكون قد قبضت الزوجة المعجل من مهرها، أو أن يكون مهرها مؤجلاً، ويُشترط أن يكون المسكن شرعياً. أمّا إذا كانت ساكنة في منزلها، ومنعته من الدخول عليها، وطلبت منه أن ينقلها إلى منزله، أو يستأجر لها منزلاً آخر، فلا تُعدُّ ناشزة؛ لأنّه امتناع بحق^(١).

أمّا إذا كان امتناعها عن السفر أو الانتقال مع الزوج بغير حق فقد عدَّ الفقه الشافعي الزوجة ناشزاً في هذه الحالة، حيثُ جاء في كتبهم: "إنَّ عدم تمكين الزوجة لزوجها تمكيناً تاماً يُعدُّ نشوزاً منها، وهذا يقتضي أنَّ للزوج أن يُسافر بزوجته إلى أي مكان يكون مورداً لرزقه، أو أن ينتقل بها إلى أي مكانٍ يُريده"^(٢).

(١) - علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج ٤، ص ٢٠.

(٢) - أبو زكريا محمد بن شرف الدّين النووي، المجموع شرح المذهب، مطبعة دار الفكر، ١٩٩٦، ج ١٩، ص ٣٤٤.

وسار الحنابلة في السياق نفسه حيث قالوا: "إنَّ امتناع الزوجة عن السفر مع زوجها يُعدُّ نشوزاً، وللزوج أن ينقلها إلى حيث شاء إذا وقَّاهَا مهرها ولم تشترط عليه البقاء في بلدها"^(١).

وبهذا، فإنَّ الفقهاء قالوا: إنَّ امتناع الزوجة عن مُتابعة زوجها يُعدُّ من قبيل النشوز مادام هذا الامتناع بغير حق وبدون وجود ما يُبرره.

٢. حالات نشوز الزوج

ذكرت أنَّ نشوز الزوج يكون من خلال عدم قيامه بما يفرضه عليه عقد الزواج من التزامات، ومن ذلك تركه بُحامة زوجته وإعراضه عنها بدون سببٍ، وهجرها وغيابه عنها بدون عُذر، وعدم الإنفاق عليها بقصد الإضرار بها. وقد أشار القرآن الكريم إلى نشوز الزوج من خلال قوله تعالى: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾ (الآية ١٢٨، سورة النساء). وإن لم تُفلح مُحاولات الإصلاح فقد تطلب الزوجة الطلاق، أو التفريق، أو تضطر إلى مُحالعة زوجها من أجل التخلص من هذا الضرر الحاصل من نشوز الزوج.

أ. إعراض الزوج عن زوجته: يُمكن أن يظهر النشوز من خلال إعراض الزوج عن زوجته، وترفعه عنها، وعدم رغبته فيها، فهُنا يجب الإصلاح بينهما.

ب. الغياب الاختياري للزوج عن زوجته: الأصل في كل زواج يتم بين رجل وامرأة أن يكون سكناً لهما؛ لأنَّ كلاً منهما ينشد مودة الآخر وتعاطفه. فإذا ابتعد الزوج

(١) - البهوتي، كشف القناع، المرجع السابق، ج ٥، ص ١٨٧.

عن زوجته وغاب عنها تبددت هذه الآمال، ولحق بالزوجة الضرر. هذا الضرر قد يكون مادياً يتجلى في فقر الزوجة، وعدم وجود مُعيل لها بسبب غياب الزوج، وقد يكون الضرر من نوع آخر يتجلى في الإخلال بديمومة واستمرارية الحياة الزوجية، والتي من شأنها الحفاظ على المودة والمحبة القائمة بين الزوجين. وهذا الغياب قد يكون في بلد الزوجة نفسه، وقد يكون في بلد آخر.

ولمواجهة هذا الوضع، لم يجز فقهاء الحنفية والشافعية للزوجة أن تطلب التفريق بسبب غياب الزوج، حتى لو لحقها ضرر، وسواء أكان غياب الزوج بعذر أم بدون عذر؛ لأنّ الزوجة ابتليت فلتصبر، ولا تفريق حتى يأتي خبره. بينما ذهب فقهاء المالكية والحنابلة إلى جواز طلب التفريق بسبب غياب الزوج^(١).

وبهذا، فإنّ الفقهاء تحدّثوا عن التفريق بسبب غياب الزوج، واختلفوا حول مسألة جواز التفريق من عدمه بسبب هذا الغياب. وأعتقد أنّ الغياب الاختياري للزوج الذي يقصد فيه الإضرار بالزوجة يُمكن عدّه من حالات نشوز الزوج وامتناعه عن تأدية حقوق الزوجة، سيّما إذا علمنا أنّ سبب اختلاف الفقهاء في مسألة جواز التفريق من عدمه تعود إلى الخلاف حول مسألة أخرى، وهي استدامة الوطاء، فذهب الحنفية إلى أنّه يحق للزوجة أن تطالب زوجها بالوطاء، ويجب عليه في الحكم مرة واحدة. أمّا المالكية في رواية والحنابلة فذهبوا إلى أنّه يجب الوطاء مرة كل أربعة أشهر

(١) - محمد أمين المعروف بابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، ج ٣، ص ٥٩٠-٥٩١. شمس الدين الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٥٢١. محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج ٢، ص ٤٣١. البهوتي، كشف القناع عن متن الاقتناع، ج ٥، ص ٤٢٣.

على الأقل في رواية، ومرة كل أربع ليال في رواية أخرى. وذهب الشافعية إلى عدم وجوب تكرار الوطء، وعدم لحوقه إثم، ولكن يستحب لتحسين الزوجة^(١).

في حين أنَّ معظم التشريعات المقارنة أجازت التفريق بسبب غياب الزوج، ولم تُعدّ هذا الغياب من قبيل النشوز^(٢).

وعلى ذلك، فإنني أعتقد أنَّ الغياب الاختياري للزوج عن زوجته دون عُذر مقبول يُعدُّ حالة من حالات نشوز الزوج، مادام قد قصد الإضرار بالزوجة وتركها فلا هو يُطلقها ولا يعود إليها.

(١) - للتوسع في آراء الفقهاء راجع، خير الدين حابو، ولاية القاضي في التفريق بين الزوجين "دراسة مُقارنة بين الشريعة والقانون"، رسالة ماجستير، جامعة حلب، (٢٠١٤)، ص ٥٣.

(٢) - راجع المواد (١٢-١٣) من قانون الأحوال الشخصية المصري لعام ١٩٢٩، والمادة (٤٣) من قانون الأحوال الشخصية العراقي لعام ١٩٥٩، والمادة (٥٥) من قانون الأسرة الجزائري، والمادة (١٠٩) من قانون الأحوال الشخصية السوري. وللتوسع في ذلك، راجع، عمار البيك، التفريق بسبب بُعد الزوج (دراسة مُقارنة بين الشريعة الإسلامية وبعض القوانين العربيّة)، مجلّة بحوث جامعة حلب، العدد ١٢ لعام ٢٠١٦.

الفرع الثاني

مدى حق الزوجين في طلب التعويض عند النشوز

ذكرت حالات النشوز التي يُمكن أن تكون من قبل الزوجة أو الزوج، وقد أجازت بعض التشريعات للزوجة طلب الطلاق بسبب نشوز الزوج، كما أنّ الزوج يستطيع أن يوقع الطلاق في حال نشوز زوجته. فما مدى حق الزوجين في طلب التعويض عند الطلاق للنشوز؟

ولتوضيح ذلك، سأعرض للموقف الفقهي (أولاً)، وللموقف القانوني (ثانياً).

أولاً: الموقف الفقهي

لم يتعرض فقهاء الشريعة الإسلامية لموضوع التعويض للزوج عند نشوز زوجته، وإنما عالجوا مسألة النشوز من خلال إعطاء الزوج ولاية التأديب على زوجته، والهجر، أخذاً من قوله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيراً﴾ (الآية ٣٤، سورة النساء).

وإذا لم تكن هذه الوسائل ناجعة، ذهب بعض الفقهاء إلى القول: "بأنّه لا نفقة للزوجة الناشز ولا سكن"^(١). فالنفقة عوض عن التمكين والاستمتاع، فإن منعه من التمكين كان له منعها من النفقة.

(١) - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج ٥، ص ١٤٠، وابن قدامة، المغني، المرجع السابق،

في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول: بعدم سقوط النفقة الزوجية للناشر، حيث قال ابن حزم: "ولا يُحفظ منع الناشز من النفقة عن أحدٍ من الصحابة، وإنما هو شيءٌ رُوي عن النخعي، والشعبي، وحماد بن أبي سليمان، والحسن، والزهري"^(١). ويؤيد مذهبه بأن الله عز وجل لم يُورد إسقاط النفقة كجزاء للنشوز، وإنما اقتصر على الموعظة الحسنة، والهجر والتأديب، والقول بمعاقبتها بمنع النفقة شرع في دين الله لم يأذن به الله فهو باطل^(٢).

وفي الواقع، أُويد الرأي الأول بحسبان أن منع الزوجة من النفقة قد يكون وسيلة ناجعة لوقف نشوز الزوجة، كما أن إسقاط النفقة عن الزوجة ليست عقوبة لم يأذن بها الشرع، إذ إن الله سبحانه وتعالى قد منع الزوجة من حظها في صحبة الزوج "واهجروهنَّ في المضاجع"، فذلك دليل على أنها تُمنع من النفقة من بابٍ أولى؛ لأنَّ الحظ في الصحبة لهما معاً، والنفقة لها خاصة؛ ولأنَّها تستحق النفقة بتسليمها نفسها للزوج، فإذا امتنعت من ذلك صارت ظالمة وسقط حقها في النفقة^(٣).

أما بالنسبة إلى نشوز الزوج، فإنَّ على الزوجة أن تُحاول إصلاح نشوز زوجها، فإن أصرَّ على إعراضه رفعت أمرها إلى القاضي ليعزّره، فإن رغب بالبقاء معه ولم تطلب الطلاق، فيأمر القاضي الزوجة بهجره، وإن لم يُقدِّم الهجر ضربه تعزيراً^(٤).

(١) - محمد بن علي بن أحمد ابن حزم، المحلّى، دار الكتب العلميّة، دون سنة نشر، ج ٩، ص ٢٥٠.

(٢) - ابن حزم الظاهري، المرجع السابق، ص ١١٣.

(٣) - السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج ٥، ص ١٨٦.

(٤) - عبد الرحمن الصابوني، أحكام الطلاق في الفقه الإسلامي وما عليه العمل في دولة الإمارات العربيّة المتحدة، دار القلم، ط ١، ١٩٨٧، ص ١٣٠.

ثانياً: الموقف القانوني

نصّت بعض التشريعات على حق كلا الزوجين بطلب التعويض عند الطلاق للنشوز، ومن ذلك ما نصّت عليه (المادة ٥٥) من قانون الأسرة الجزائري على أنّه: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر".

وبهذا، فإنّ المشرّع الجزائري أجاز للزوج أن يطلب الطلاق من زوجته عند نشوزها، وأجاز له طلب التعويض أيضاً. وبالمثل، فقد أجاز للزوجة طلب الطلاق مع التعويض عند نشوز زوجها.

وقد أيّد الاجتهاد القضائي هذا الموقف القانوني، حيثُ جاء في قرار له أنّه: "من المقرر قانوناً أن يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر عند نشوز أحد الزوجين، والقضاء بغير ذلك يُعدّ خرقاً للقانون، وإنّ عدم وجود سبب واضح يجعل الزوجة تلجأ إلى طلب الطلاق بسبب نشوز زوجها، يُعدّ سبباً كافياً لاعتبار الزوج مُتضرراً من هذا الطلاق، وموجباً للتعويض للزوج"^(١).

أعتقد أنّ الأساس القانوني في الاجتهاد السابق الذي لحق الزوج في طلب التعويض هو تعسّف الزوجة في طلب الطلاق بدون وجود أي سبب لذلك، بحسبان أنّ القرار السالف ذكره قد عدّ مُجرّد عدم وجود سبب لطلب الطلاق من قبل الزوجة كافياً لتعويض الزوج، وتُصبح من خلاله الزوجة ناشرة.

(١) - الدعوى رقم (٩٠٩٤٧)، قرار رقم /٩٠٩٤٧/ تاريخ ٢٧/٤/١٩٩٣، المجلّة القضائية الجزائرية، العدد (٢)، السنة (١٩٩٤)، ص ٣٠٠. منشور على الشبكة العنكبوتية: www.droit-dz.com.

وجاء في اجتهاد آخر أنّه: "من المقرر قانوناً أن يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر عند نشوز أحد الزوجين، وتتلخص وقائع الدعوى المطروحة أمام القضاء الجزائري بأنّ الزوجة رفضت العودة من فرنسا إلى الجزائر، فقام الزوج بتطليقها لنشوزها، فُهِنا يجوز له طلب التعويض"^(١).

وعلى ذلك، فإنّ المشرّع الجزائري يُجيز للزوج طلب التعويض إذا كانت الزوجة هي المسببة لوقوع الطلاق بسبب نشوزها، لكنّه يشترط لاستحقاق الزوج التعويض ألا يكون امتناع الزوجة عن مُطاوعة زوجها بحق، حيثُ جاء في اجتهاد للمحكمة الجزائرية العليا: "بأنّه إذا كان امتناع الزوجة عن مواصلة الحياة الزوجيّة لسببٍ معقول، فإنّها لا تُعدّ ناشزاً؛ لأنّه من الثابت شرعاً وفقهاً أنّه في حالة الخصام بين الزوجين، فإنّ حضور الزوج إلى بيت أهل الزوجة، وطلب رجوعها إلى بيت الزوجيّة، مرغوبٌ به لردّ كرامتها وبناء حياةٍ زوجيّةٍ صحيحة. ولما كان من الثابت في هذه القضية أنّ قضاة المجلس لما قضوا بجعل المسؤولية في الطلاق على عاتق الزوجة باعتبارها ناشزاً، فإنّهم أخطأوا في تفسير القانون؛ لأنّ الزوجة لا تُعدّ ناشزاً، حيثُ اشترطت لرجوعها حضور الزوج إلى بيت أهلها كرد لكرامتها، وهو الشرط الذي تنتفي معه حالة النشوز، وبهذا يستوجب نقض القرار المطعون فيه"^(٢).

(١) - المجلة القضائية الجزائرية، العدد (٢)، ١٩٩٥، الدعوى رقم (١١٠٦٠٧)، تاريخ ١٤/٦/١٩٩٦. أشارت إليه، مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، ٢٠١٠، ص ٢٠٥.

(٢) - المجلة القضائية الجزائرية، العدد (٣)، ١٩٩٠، الدعوى رقم (٤٥٣١١)، ص ٦١. أشارت إليه، مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص ٢٠٤.

كما أكّدت المحكمة الجزائرية في موضع آخر على أنّه: "من المستقر عليه قضاء أنّ للزوجة الحق في سكن مُستقل عن أهل الزوج، مما يجعل رفضها الرجوع إلى بيت الزوجية مُبرراً، وعليه فإنّ محكمة الموضوع قد طبقت حُكم القانون عند قضائها بعدم نشوزها"^(١).

وعلى ذلك، فإنّ المشرّع الجزائري أعطى للقاضي السلطة لتقدير مدى توافر النشوز من عدمه، فعليه أن يبحث ويتحرى عن سبب امتناع الزوجة عن مُتابعة زوجها، فإذا كان امتناعها بحق فإنّه لا موجب لتقرير نشوز الزوجة، ولا حقّ للزوج في طلب التعويض.

ويلاحظ أنّ المشرّع الجزائري لم يورد نصّاً حول سقوط النفقة عن الزوجة عند نشوزها، إلّا القضاء الجزائري قرر ذلك، حيثُ جاء في الاجتهاد القضائي: "متى كان من المقرر شرعاً أنّ سقوط النفقة عن الزوجة لا يكون إلّا بعد ثبوت أنّها بلغت بالحكم النهائي القاضي برجعها إلى محل الزوجية، وبعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم مما يجعلها ناشراً عن طاعة زوجها"^(٢).

كذلك فإنّ المشرّع التونسي قد أجاز هو الآخر للزوجة طلب الطلاق عموماً، دون تحديد حالة خاصّة في ذلك. حيثُ نصّ على ذلك في الفصل (٣١): "يُحكم

(١) - المجلّة القضائية الجزائرية، عدد خاص، ٢٠٠١، الدعوى رقم (٢١٣٦٦٩)، ص ٢١٩. أشارت إليه، مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص ٢٠٦.

(٢) - الدعوى رقم (٣٣٧٦٢)، تاريخ ١٩٨٤/٧/٩، أشارت إليه، رتيبة عيّاش، أحكام نفقة الزوجة بين الشريعة الإسلامية والقانون، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، ٢٠٠٧، ص ٢١٧.

بالطلاق.... بناءً على رغبة الزوج بإنشاء الطلاق، أو مُطالبة الزوجة به، ويُقضى لمن تضرر من الزوجين بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجم من هذا الطلاق".

وبهذا، فإنَّ المشرّع التونسي أجاز لكلا الزوجين الحق في طلب الطلاق عموماً، من خلال الطلب إلى المحكمة، ويُمكن أن يكون النشوز هو السبب في الطلاق. كما أجازت الفقرة الثانية لكلا الزوجين الحق في طلب التعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي يُمكن أن يلحقهما جرّاء هذا الطلاق، وهو النص الوحيد الذي أورده المشرّع التونسي عن الحق في التعويض في مُدونة الأسرة التونسيّة.

وجاء في الاجتهاد القضائي التونسي أنّ تقدير التعويض عن الضرر المعنوي الذي يستحقّه أحد الزوجين المتضرر من الطلاق عموماً، والطلاق بسبب النشوز خصوصاً، يعتمد فيه أساساً على وقع ذلك الطلاق على مشاعره، وحياته المستقبلية، ومُدّة المعاشرة، تطبيقاً لأحكام الفصل (٣١) من مجلّة الأحوال الشخصية^(١).

ولم يتعرّض المشرّعان اليمني والمغربي للنشوز كسببٍ موجبٍ للطلاق وللتعويض وقد نصّت المادة (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية اليمني على حالات نشوز الزوجة، وفقاً للآتي: "للزوج على الزوجة حق الطاعة فيما يُحقق مصلحة الأسرة، على الأخص الانتقال معه إلى منزل الزوجية ما لم تكن قد اشترطت في العقد البقاء في منزلها أو منزل أسرتها، فيكون عليها تمكينه من السكن معها والدخول عليها، ويجب عليها تمكينه منها للوطء المشروع، وامتنال أمره في غير معصية، والقيام بعملها في بيت الزوجية، وعدم الخروج من منزل الزوجية إلا بإذن ولعذرٍ شرعي".

(١) - قرار رقم (٣٨٧٩٨)، تاريخ ٨/٣/١٩٩٤ منشور على الشبكة العنكبوتية: WWW.maitremahmoudyacoub.blogs تاريخ الزيارة: ٢٣/٣/٢٠١٧.

أمّا المشرّع العراقي فقد جعل النشوز سبباً موجباً للتفريق، ومُسقطاً للنفقة ولبعض المهر، حيث نصّت المادة (٢٥) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أنّه: "يسقط عن الزوجة الحق في النفقة إذا تركت بيت زوجها بدون إذن وبغير وجه حق، وإذا امتنعت عن السفر مع زوجها بدون عُذرٍ شرعي".

وبهذا، فإنّ القانون العراقي جعل النشوز سبباً لإسقاط النفقة الزوجية، لكنّه لم يجعل الزوجة ناشراً في حال كان الزوج مُتعسّفاً في استعمال حقه في طلب مُتابعة زوجته له قاصداً الإضرار بها، حيث نصّت الفقرة الثانية من المادة نفسها على أنّه: "لا تُلزم الزوجة بمطاعة زوجها ولا تُعتبر ناشراً، إذا كان الزوج مُتعسّفاً في طلب المطاوعة قاصداً الإضرار بها والتضييق عليها....".

وأجازت الفقرة الثالثة من المادة لكل من الزوجين الحق في طلب التفريق في حال النشوز وفقاً للآتي: "يُعتبر النشوز سبباً من أسباب التفريق، وللزوجة طلب التفريق بعد مرور سنتين من تاريخ اكتساب حُكم النشوز درجة البتات، وعلى المحكمة أن تقضي بالتفريق، وفي هذه الحالة يسقط المهر المؤجل، فإذا كانت الزوجة قد قبضت كُل المهر ألزمت برد نصف ما قبضته. وللزوج طلب التفريق بعد اكتساب حُكم النشوز درجة البتات، وعلى المحكمة أن تقضي بالتفريق وتُلزم الزوجة برد ما قبضته من مهرها المعجل، ويسقط مهرها المؤجل. وإذا كان التفريق بعد الدخول فيسقط المهر المؤجل، وتُلزم الزوجة برد نصف ما قبضته إذا كانت قد قبضت جميع المهر".

وعلى ذلك، فإنَّ المشرَّع العراقي أجاز لكلا الزوجين الحق بطلب التفريق في حال النشوز، وجعل هذا النشوز سبباً مُسقطاً للمهر، وكأَنَّهُ يجعل إسقاط جزء من المهر بمثابة التعويض للزوج عن نشوز زوجته.

ويَتَّفَق المشرَّعان السوري والمصري، إذ أسقطا النفقة عن الزوجة الناشز، دون أن يُرتبَا على هذا النشوز الحق في التعويض، كما أنَّهما لم يُجيزا التفريق للنشوز، ويُمكن القول بأنَّهما عدَّا النشوز من حالات الشقاق التي يُمكن لكلا الزوجين طلب التفريق على أساسها^(١).

حيثُ نصَّت المادتان (٧٣ - ٧٤) من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنَّه: "إذا نشزت المرأة فلا نفقة لها مُدَّة النشوز"، "ويسقط حق الزوجة في النفقة إذا عملت خارج البيت دون إذن زوجها". كما نصَّت المادة (١١) من قانون الأحوال الشخصية المصري على أنَّه: "إذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف النفقة الزوجية من تاريخ الامتناع".

ويؤكدُ كُلاً من القضاة المصريين والسوري على تلك الأحكام، حيث جاء في الاجتهاد القضائي المصري أنَّه: "لكي تعدَّ الزوجة ناشزاً يجب أن يكون بيد الزوج حُكم طاعة نهائي، وأن يكون الزوج قد حاول تنفيذ حُكم الطاعة بغير إكراه بدني

(١) - (المادة ٧٤) من قانون الأحوال الشخصية السوري، و(المادة الأولى) من قانون الأحوال الشخصية المصري رقم ٢٥ لعام ١٩٢٩.

وأخفق، وأن تكون الزوجة هاربة من الامتثال لتنفيذ حكم الطاعة بغير مُسَوِّغ، وإذا كان المسكن غير مُهيأ للسكن فلا تُعدُّ الزوجة ناشزاً^(١).

وجاء في الاجتهاد القضائي السوري: "إنَّ عمل الزوجة لا يحرمها من النفقة إلاَّ بعد أن يقوم الزوج بكل ما أوجبه الشرع عليه من حق الزوجة، فإنَّ تمَّ ذلك جاز له أن يمنع زوجته من العمل، فإن رفضت سقط حقها في النفقة؛ لأنَّ عملها خارج دار الزوجية افتتات على حق الزوج"^(٢).

وجاء في اجتهادٍ آخر: "المرأة المحترفة التي تشتغل نهاراً في مصالحها، وتحضر ليلاً عند الزوج، لا تستحق النفقة"^(٣). وإنَّ عمل الزوجة خارج البيت نهاراً لا يسقط نفقتها ما لم يسبقه المنع من الزوج"^(٤). "وإذا منعت الزوجة زوجها من الدخول عليها

(١) - المحكمة الشرعيّة في القاهرة، جلسة ١١/٥/١٩٧٣، مجلّة المحاماة الشرعيّة العدد ٩، ص ٣٣٩، أشار إليه أنور العمروسي، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين، ج ٢، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٠، ص ٢٢٩.

(٢) - نقض سوري، أساس رقم (٣٧٣)، قرار رقم (٣٠٧٣) تاريخ ١٩٦٤، أديب استانبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، ج ١، بدون سنة نشر، ص ٢٥٦.

(٣) - نقض سوري، الغرفة الشرعيّة أساس رقم (٢٥٣) قرار (٢٣١) تاريخ ١٩٨٤، أديب استانبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، ص ٢٥٧-٢٥٨.

(٤) - نقض سوري، الغرفة الشرعيّة أساس رقم (٢٢١) قرار (٢١١) تاريخ ١٩٦٨، أديب استانبولي، ص ٢٥٩.

في بيتها الذي اعتاد أن يُقيم فيه معها، فلا نفقة لها"^(١). من المقرر فقهاً واجتهاداً أنّ نفقة الزوجة على زوجها، ويُلزم بها إذا امتنع أو ثبت تقصيره ما لم تكن ناشراً"^(٢).

وبهذا، فإنّ المشرّعان السوري والمصري أسقطا النفقة عن الزوجة الناشز، ولم يُرتباً على هذا النشوز الحق في التعويض.

وبالرجوع إلى قوانين الطوائف أجد أنّ قانون الأحوال الشخصية للسريان الأرثوذكس قرر إسقاط النفقة للزوجة الناشز، كما يُمكن للمحكمة أن تحكم على الزوجة بنفقة شهرية للزوج بمثابة تعويض عن نشوزها. حيث نصّت المادة (٤٩) على أنّه: "إذا كانت الزوجة هي المعتدية، وحُكم عليها بالهجر بسبب تعديها، سقطت نفقتها، ولا يحق لها طلب مُعاشرة زوجها طوال مُدّة الفراق". كما نصّت المادة (٥٠) على أنّه: "إذا ثبت لدى المحكمة الكنسيّة نشوز الزوجة، وعدم ارعائها، يُمكنها أن تحكم عليها بنفقة شهرية لزوجها تقدرها المحكمة".

وبالمثل، فإنّ قانون الأحوال الشخصية للطوائف الكاثوليكية قد أسقط النفقة عن الزوجة الناشزة، وأجاز للمحكمة أن تحكم للزوج بنفقة شهرية تعويضاً له عن الأضرار التي لحقته جرّاء نشوز الزوجة.

حيث نصّت المادة (١/١٢٧) على أنّ: "الزوجة الناشز لا نفقة لها، وإن كان لها نفقة مُتجمّدة تسقط أيضاً"، ونصّت المادة (١٢٩) على أنّه: "في حالات

(١) - نقض سوري، غرفة شرعية أساس رقم (٢٩٢) قرار (٢٨٢) تاريخ ١٩٦٣، أديب استانبولي، ص ٢٦٠.

(٢) - نقض سوري، الغرفة الشرعيّة أساس رقم (٦٢٦) قرار (٦٣٨) تاريخ ١٩٨٤، أديب استانبولي، ص ٢٦٠.

استثنائية يُمكن الحكم على الناشز بنفقة لزوجها، تقدّر بنسبة ما يلحق الزوج من أضرار بسبب غيابها عن بيت الزوجية".

وكذلك، فإنّ المادة (٦٧) من قانون الأحوال الشخصية للروم الأرثوذكس أجازت فسخ الزواج عند النشوز، وأجازت للمحكمة الحكم بالتعويض لأحد الزوجين عمّا لحقه من ضرر جرّاء ذلك.

ومما سبق، يمكنني القول: لقد اختلفت وجهات النظر في التشريعات حول التعويض عند النشوز، حيثُ ذهبت بعض التشريعات إلى إجازة طلب الطلاق مع التعويض، كما هو الحال لدى التشريعين الجزائري والتونسي. في حين أنّه لم تورد تشريعات أخرى الجزاء عن النشوز، كالتشريعين اليمني والمغربي. بينما أجاز التشريع العراقي طلب التفريق عند النشوز، ورَتّب على ذلك إمكانية إسقاط المهر عن الزوجة عند نشوزها. في حين أنّ التشريعين السوري والمصري قررا إسقاط النفقة عن الزوجة عند نشوزها، دون إمكانية المطالبة بالتعويض. بينما نصّ المشرّع السوري على إمكانية التعويض في قوانين الطوائف المتعلقة بالأحوال الشخصية.

وعلى ذلك، أعتقد أنّه من الممكن إضافة مادة إلى قانون الأحوال الشخصية السوري حول إمكانية التعويض عند نشوز الزوج أو الزوجة في حال قام الزوج بتطليق الزوجة بسبب نشوزها؛ إذ من غير المقبول أن تنشز الزوجة وتمتنع عن مُتابعة زوجها بغير وجه حق وبقصد الإضرار بالزوج، وفوق ذلك كلّهُ يُحمّل الزوج كُُلّ حقوقها من مهرٍ وغيره. وبالمقابل، يجب أن يُتاح المجال للزوجة في أن تطلب التعويض عند نشوز زوجها، إذ ليس من المقبول أن يترك الزوج زوجته ويهجرها بقصد الإضرار بها، ومن ثمّ تُحرّم من التعويض، لأنّها طلبت منه الطلاق بسبب نشوزها.

وبهذا أقترح إضافة مادة إلى قانون الأحوال الشخصية السوري تُجيز للزوج طلب التعويض عند تطليق زوجته بسبب نشوزها، أسوةً بالتشريعين الجزائري والتونسي اللذين أجازا ذلك صراحةً.

ويمكن أن تكون صياغة المادة كالاتي: "يُمكن للمحكمة أن تحكم للزوج بتعويض إذا كان سبب الطلاق هو نشوز الزوجة".

المطلب الثاني

الطلاق قبل الدخول

يُعدُّ الطلاق سبباً لحل الرابطة الزوجية - كما ذكرت - ويمكن أن يحدث الطلاق بعد إبرام العقد وقبل الدخول، وفي هذه الصورة قد يفوت الزوج المطلق الذي طلق زوجته قبل الدخول فرصة زواجها بآخر، سيما إذا طالت المدّة ما بين إنشاء العقد والدخول. ولا ريب في أنّ هذا الطلاق يترك ما يتركه في نفس المطلقة من ألم، وحسرة في القلب؛ لما قد يبعثه هذا الطلاق من شكوكٍ حول أخلاق المرأة المطلقة.

وإذا كان الوضع كذلك، فما مدى مسؤولية الزوج عن هذا الطلاق؟ وهل يمكن للزوجة المطلقة قبل الدخول أن تُطالب بتعويض عمّا أصابها من ضررٍ جرّاء تفويت الفرصة في الزواج؟

وللوقوف على ذلك، سأوضح للموقف الفقهي (الفرع الأول)، قبل أن أتعرّض للموقف القانوني (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الموقف الفقهي

سأبين أحكام الطلاق قبل الدخول في الفقه الإسلامي (أولاً)، على أن أبين موقف الفقه الإسلامي من التعويض عن تفويت الفرصة (ثانياً).

أولاً: أحكام الطلاق قبل الدخول

فرض الله تعالى للزوجة المطلقة قبل الدخول نصف المهر؛ قال سبحانه تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ (الآية ٢٣٧، سورة البقرة).

وقد ذهب بعض الفقه إلى القول بوجوب المتعة للمطلقة قبل الدخول، ولتوضيح المقصود بالمتعة سأعرفها، وسأبين حكمها.

١. تعريف المتعة

المتعة لغةً: من الفعل مَتَعَ، والمتاع هو السلعة وهو أيضاً المنفعة، ويُقال: تمتّع به أي انتفع^(١). وتُعرّف المتعة شرعاً بأنها: "مالٌ يجب على الزوج دفعه لامرأته المفارقة في

(١) - محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مُختار الصحاح، تحقيق: محمود خاطر، بيروت، ١٤١٥هـ،

الحياة بطلاقي وما في معناه"^(١). وفي تعريف آخر: "ما يدفعه الزوج لزوجته لطلاقه إياها، والمستحب أن تكون على قدر حاله من عُسرهِ ويُسرهِ"^(٢).

٢. دليل مشروعية المتعة

ورد النص على المتعة في أكثر من موضع في القرآن الكريم، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ (الآية ٢٤١، سورة البقرة)، وقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسَوِّعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ (الآية ٢٣٦، سورة البقرة). كذلك، قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ (الآية ٤٩، سورة الأحزاب).

٣. حُكْم المتعة

اختلف الفقهاء حول حُكْم المتعة بحسب ما إذا سُمِّي مهر للمطلقة أم لا، وبحسب ما إذا كان هناك دخول أم لا.

● **المطلقة قبل الدخول وقبل التسمية:** ذهب الحنفية والحنابلة في القول المشهور عندهم إلى أنَّ المطلقة قبل الدخول وقبل تسمية المهر، تجب لها المتعة ويقضي بها القاضي على الزوج، ويلزمه بدفعها، لقوله تعالى: "ومتعوهنَّ"؛ فالأمر يقتضي الوجوب. أمَّا التي سُمِّي لها مهر فلا تستحق إلاَّ

(١) - الشريبي، مُغْنِي المحتاج، المرجع السابق، ج ٣، ص ٢٤١.

٢- أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار عالم الكتب، ج ٥، ص ٤١١.

نصف المهر، وتكون المتعة مُستحبة لها^(١). وذهب المالكية إلى أنَّ المتعة مندوبة في هذه الحالة؛ لأنَّ الأمر اقترن بقرينة تصرفه عن الوجوب، فالأمر تخصص بالمحسنين والمتقين^(٢).

● **المطلقة قبل الدخول وبعد التسمية:** ذهب المالكية والشافعية إلى القول بعدم استحقاقها للمتعة، وإنما لها نصف المهر المسمى^(٣). أمَّا الحنفية فقالوا: إنَّ المتعة مُستحبة لها^(٤).

وعلى ذلك، فإنَّ الفقهاء المسلمين الذين قالوا بالمتعة اختلفوا في حالات استحقاقها، وإنَّ الضرر الذي افترض الفقهاء جبره بالمتعة أدبي محض، وهذا ظاهر من قولهم في أنَّ المقصود بها تطيب نفس المرأة عمَّا يرد عليها من ألم الطلاق، وتسليتها لها عن الفراق^(٥)، ويزيد هذا المعنى وضوحاً ما قاله بعض فقهاء الشافعية في أنَّ المتعة تجب في الطلاق الرجعي وإن راجعها بعد انقضاء عدتها، وتكرر بتكرره^(٦). ويُرجع بعضهم إغفال علماء الشريعة الإسلامية الإشارة إلى تعويض الضرر المادي، إلى أنَّ

(١) - راجع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع، المرجع السابق، ج ٣، ص ٩٣-٩٤. ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، المرجع السابق، ص ٤٤٨-٤٤٩.

(٢) - الخطَّاب الرعيني، المرجع السابق، ج ٤، ص ١٠٥.

(٣) - الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، دار صادر، بيروت، ج ٥، ص ٣٣١-٣٣٣. والشريني، مُغني المحتاج، ج ٣، ص ٢٤١.

(٤) - السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج ٥، ص ٦١.

(٥) - أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان ما عليه العمل في محاكم الكويت، المرجع السابق، ص ٣٠٧.

(٦) - أشار إليه، السعيد مُصطفى السعيد، في مدى استعمال حقوق الزوجية وما يتقيد به في الشريعة الإسلامية والقانون المصري الحديث، مطبعة الاعتماد، القاهرة، ص ٢٤٦.

الضرر الأدبي هو الذي يتوافر في كُلِّ حالة من حالات الطلاق، أمّا الضرر المادي فقد يوجد أو لا يوجد، وهو مع وجود النفقة الواجبة في العدة يجعل الضرر المادي أقل ظهوراً^(١).

وبهذا، فإنَّ الفقهاء المسلمين قالوا بوجوب نصف المهر للمُطلقة قبل الدخول، وقالوا بوجوب المتعة عند عدم تسمية المهر، في حين استحَبَّ بعضهم الآخر المتعة للمطلقة قبل الدخول والتي سُمِّي لها المهر من أجل جبر الضرر الأدبي الذي أصاب المطلقة قبل الدخول.

هذا ما أورده الفقهاء حول المتعة والمطلقة قبل الدخول. فما هو موقف الفقه الإسلامي من التعويض عن تفويت الفرصة؟ وهو الفرض الذي أبحثه في هذه الحالة.

ثانياً: موقف الفقه الإسلامي من التعويض عن تفويت الفرصة

يرى بعض الفقه أنَّ الفقه الإسلامي لا يُجيز التعويض عن تفويت الفرصة؛ لأنَّ الفقه الإسلامي يشترط للتعويض أن يكون الضرر مُحققاً، أمّا تفويت الفرصة فإنَّها من قبيل الضرر غير المحقق، كما أنَّها من قبيل الضرر المعنوي، فليس فيه تعويض^(٢). أعتقد أنَّ الضرر الناشئ عن تفويت الفرصة ليس ضرراً احتمالياً دائماً، بل يمكن أن يكون مؤكداً، فلا يستقيم القول إنَّ مثل هذا الضرر هو من قبيل الاحتمال دائماً، وقد وضحت أنَّ الفقه الإسلامي تعرّض للتعويض عن الضرر المعنوي، وإن لم يكن قد أفرد له باباً خاصاً تحت عنوان مخصوص.

(١) - السعيد مُصطفى السعيد، المرجع السابق، ص ٢٤٦.

(٢) - محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص ١٩٩.

في حين يرى بعضهم الآخر أنَّ تفويت الفرصة ليس ضرراً مُستقبلياً دائماً، وليس ضرراً احتمالياً بالمطلق؛ وإمّا هو ضررٌ تحقق سببه، لكنّه احتمالي في آثاره ونتائجهِ؛ وإنّهُ مما لا شك فيه أنّ الضرر لم يترتب على مُجرّد الحرمان من استعمال الحق في استغلال الفرصة، إذ يُشترط أن يكون الضرر مُحققاً فعلاً، والعبرة ليست بمُجرّد الحرمان أو ضياع الفرصة، وإمّا فيما يترتب على ذلك من ضرر، فهو ضررٌ دائرٌ بين المحقق والاحتمالي^(١).

بينما يذهب رأي آخر إلى القول: بأنّ الفقه الإسلامي أجاز التعويض عن تفويت فرصة المنفعة التي انعقد سبب وجودها، وهو نوعٌ من أنواع الإلتلاف، والإلتلاف سببٌ من أسباب الضمان في الفقه الإسلامي، كما أنّ التعويض عن المنفعة التي انعقد سبب وجودها، يوجد لها نظائر وأشباه من المسائل الفقهية التي قرر فيها الفقهاء وجوب الضمان، منها: لو حبس المغصوب وقت حاجة مالكه إليه كمُدّة شبابه، ثمّ ردّه إليه في مشيبه، فتفويت تلك المنفعة ظلمٌ يفتقر إلى جزاء. ومن المسائل الشبيهة لتفويت المنفعة التي انعقد سبب وجودها، العربون في البيع، وهو أن يشتري السلعة فيدفع إلى البائع درهماً أو غيره، على أنّه إذا أخذ السلعة احتسب من الثمن، وإن لم يأخذها فذلك للبائع^(٢).

(١) - عبد الحميد البعلي، نظرية تحمّل التبعة بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، ١٣٩٧هـ، ص ٢٣٦. أشار إليه، محمد فتح الله التّشار، المرجع السابق، ص ٢٠٠.

(٢) - ناصر محمد الجوفان، التعويض عن تفويت المنفعة، مجلّة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، ٢٠٠٥، العدد ٦٥، ص ٩٥.

فإذا أسقطت ذلك على عقد الزواج والطلاق قبل الدخول الحاصل فيه، فإنَّ إنشاء العقد لمُدَّة طويلة، ومن ثمَّ إنهاءه بالطلاق قبل الدخول، فيه تفويت فرصة الزواج، بالنسبة إلى المرأة والتي قد تفقد فرصتها بالزواج مع تقدمها بالسن.

أعتقد أنَّ الرأي الأخير جدير بالتأييد، إذ يُمكن القول بالتعويض عن تفويت الفرصة بشرط تحقق سببها، كي لا تُعدُّ من قبيل الضرر الاحتمالي، وهذا يتفق مع الرأي الفقهي القائل بوجوب المتعة لكل مطلقة تعويضاً عن الضرر الأدبي الذي يُصيب الزوجة، ويتفق مع أصول الشريعة الإسلامية التي منعت عموم الضرر، كما ذكرت سابقاً.

الفرع الثاني

الموقف القانوني

سأتعرّض لبيان الموقف القانوني من خلال بيان أحكام الطلاق قبل الدخول من حيث المهر والمتعة (أولاً)، قبل أن أتناول مدى إمكانية المطالبة بالتعويض على أساس تفويت الفرصة (ثانياً).

أولاً: أحكام الطلاق قبل الدخول من حيث المهر والمتعة

بالرجوع إلى التشريعات المقارنة، فإنَّ المشرّع العراقي أعطى للمُطلّقة قبل الدخول نصف المهر (المادة ٢١)، وبالاتجاه نفسه سار المشرّع الجزائري في (المادة ١٦)، ولم يتعرضوا لأحكام المتعة. في حين أنَّ مدونة الأسرة المغربية أوجبت المتعة للمطلّقة المدخول بها (المادة ٨٤)، وأوجبت للمُطلّقة قبل الدخول نصف المهر (المادة ٣٢).

أمّا قانون الأحوال الشخصي المصري فقد تعرّضت (المادة ١٨) منه لأحكام المتعة بالنسبة إلى الزوجة المطلّقة المدخول بها فقط، على أنَّ المتعة هي بمثابة التعويض، ولم يتعرّض لأحكام الطلاق قبل الدخول، ويسري في هذه الحالة الراجح في المذهب الحنفي، وهو يقضي بالمتعة للمطلّقة قبل الدخول عند عدم تسمية المهر^(١).

في حين أنَّ المشرّع اليمني أعطى للمُطلّقة قبل الدخول نصف المهر (المادة ٣٦)، وتعرّضت (المادة ٣٧) لأحكام المتعة، حيثُ تستحق المطلّقة قبل الدخول المتعة إذا لم يُسمَّ لها مهر، أو كانت التسمية فاسدة، على ألا يزيد عن نصف مهر

(١) - أشار إلى ذلك، عبد الناصر توفيق العطار، الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠/ لعام ١٩٨٥، المؤسسة العربية الحديثة، بدون تاريخ، مصر، ص ١٢٤.

المثل. وهو ما انتهجه المشرع السوري، حيث نصّت (المادة ٥٨) على أنّه: "إذا سُمّي مهر في العقد الصحيح، ووقع الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة، وجب نصف المهر". ونصّت (المادة ٦١) على أنّه: "يجب مهر المثل في العقد الصحيح عند عدم تسمية المهر، أو فساد التسمية وإذا وقع الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة فعندئذٍ تجب المتعة". ونصّت (المادة ٦٢) على تعريف المتعة بأنّها: "هي كُسوة مثل المرأة عند الخروج من بيتها، ويُعتبر فيها حال الزوج، على ألاّ تزيد عن نصف مهر المثل".

وعلى هذا، فإنّ المشرع السوري قد أورد أحكام المتعة في الفصل الخاص بأحكام المهر. فإنّ المتعة مُرتبطة بالمهر في القانون السوري، فهي بدله وتدور معه وجوباً^(١)، فهو يوجب المتعة في حالة الطلاق قبل الدخول عند عدم تسمية المهر فهي خلف عنه، فلا تجتمع مع الأصل. كما أنّ المتعة مُحددة بأنّها لا تزيد على نصف مهر المثل، فلا يمكنني القول إنّها كافية لتعويض المطلقة عند الطلاق قبل الدخول وتفويت فرصة الزواج.

ثانياً: مدى إمكانية المطالبة بالتعويض على أساس تفويت الفرصة

ذكرت أنّ الطلاق قد يحدث في بعض الحالات بعد إنشاء عقد الزواج وقبل الدخول، ولكن قد تطول مُدة العقد سنوات عدة، وبدلاً من أن ينتهي هذا العقد بالدخول أجده ينتهي بالطلاق، مما يفوّت فرصة الزواج على المطلقة بفوات السنين، ولا شكّ في أنّ هذا ضررٌ كبير يُصيب المطلقة.

(١) - رفعة فرحان خلف، الطلاق التعسفي، رسالة ماجستير، جامعة دمشق، ٢٠١٣، ص ١٠٠.

وهنا يجب عدم الخلط بين المخطوبة وبين هذه الحالة، فالخطبة هي مجرد مُقدّمة للزواج في حين أننا في الطلاق قبل الدخول أمام عقد زواج مُكتمل الأركان، كما أنّ الزوجة المطلّقة قبل الدخول تستحق نصف المهر، في حين أنّ المخطوبة لا مهر لها، والطلاق قبل الدخول طلاقٌ بائن^(١)، كما لا عدّة على المطلّقة قبل الدخول، وهي أحكام لا وجود لها في حالة المخطوبة.

وفي الواقع، وأثناء بحثي عن مدى حق المطلّقة في طلب التعويض عن تفويت الفرصة في الطلاق قبل الدخول، عثرت على اجتهاد أوردته المحكمة الجزائرية، حيث قضت بأنه: "يحق للزوجة في الطلاق قبل الدخول الحصول على تعويض جزاء تفويت فرصة الزواج من الغير عليها، ويُقدّر التعويض بـ ١٠٠٠٠٠٠ د.ج، وهو تعويض للمطعون ضدها، جبراً للضرر الذي أصابها جزاء تفويت فرصة الزواج عليها^(٢)".

ويُعلّق بعض الفقه على هذا الاجتهاد بالقول: إنّ الأخذ بالتعويض عن تفويت الفرصة -بصفة عامّة- سيفتح الباب أمام الكثير من المنازعات والخُصومات؛ لأنّ ضرر تفويت الفرصة في الزواج في مسائل الطلاق قبل الدخول يقع كثيراً في المجتمع، ويُضيف: إنّ المحكمة العليا في قضايا سابقة لم تُقرر التعويض عن تفويت الفرصة في

(١)- نصّت (المادة ٩٤) من قانون الأحوال الشخصية السوري على: "كل طلاق يقع رجعيّاً إلا المكمل للثلاث، والطلاق قبل الدخول، والطلاق على بدل وما نص على كونه بائناً في هذا القانون".

(٢)- القضية رقم /٢٧٢٢٩٠/ تاريخ ٢٠٠٦/١١/١٥، أشار إليه، العربي أحمد بلحاج، تفويت فرصة الزواج (تعليق على قرار المحكمة العليا الجزائرية الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمتعلّق بتفويت فرصة الزواج على المعقود عليها في الطلاق قبل الدخول)، مجلّة الحقوق، العدد ٣/، السنة ٣٥/، لعام ٢٠١١، ص ٢٣٨.

الزواج في مسائل المماطلة في إتمام إجراءات الزواج بالدخول^(١)، كما أنَّ المحكمة لم تؤسس التعويض استناداً (للمادة ٥)؛ لأنها خاصّة بالتعويض عند العدول عن الخطبة، ولو أنّها طبقت هذه المادة لأخطأت في تطبيق القانون^(٢)، وهُنا العقد تام مُكتمل الأركان، والمحكمة لم تُبيّن أنَّ التعويض يجب عن تفويت فرصة الزواج الحقيقية، وليس مُجرّد الأمل والأمنيات بهذا الزواج؛ لأنَّ هذا يُعدُّ من قبيل الضرر الاحتمالي غير الموجب للتعويض^(٣).

وعلى ذلك، فما هي طبيعة الضرر المترتب عن تفويت الفرصة في هذه الحالة؟ هل يُعدُّ ضرراً مُحققاً، أم أنّه مُجرّد ضرر احتمالي غير موجب للتعويض؟

تُقرر المبادئ العامة في المسؤولية إكباتية التعويض عن الضرر في حالة تفويت الفرصة، والتي تُعدُّ من قبيل الضرر المحقق، والذي يُعرّف بأنّه: الضرر الأكيد، سواء أكان حالاً أم مُستقبلاً مادام حتمي الوقوع، حيث لا يعدّ تفويت الفرصة من قبيل الضرر الاحتمالي. ويُمثّل على ذلك بصورة تفويت فرصة الاشتراك في الامتحان على الطالب، مما يؤدي إلى رسوبه، سيّما إذا كان من الطلاب الأوائل، فإنَّ ذلك من قبيل

(١) - الدعوى رقم ٢٥٦٨٥٧/٢٠٠٠ تاريخ ٢٣/١/٢٠٠٠، مجلّة القانون، ٢٠٠١، العدد ٢/، ص ٢٩٤، والدعوى رقم ٢١٩٣١٣/، مجلّة القانون، عدد خاص، ٢٠٠١. أشار إليه، العربي أحمد بلحاج، المرجع السابق، ص ٣٨٧.

(٢) - تنص المادة (٥) من قانون الأسرة الجزائري على أنّه: "إذا ترتّب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض".

(٣) - راجع بهذا المعنى، العربي أحمد بلحاج، المرجع السابق، ص ٢٤٥.

الضرر الاعتباري الموجب للتعويض^(١). كما قد يكون تفويت الفرصة مُجَرَّد أمل بعيد المنال لا يستوجب التعويض^(٢).

وبهذا، فإنَّ على القاضي أن يُفرِّق بين الضرر المحقق المتمثل في الحرمان من الفرصة ذاتها، وبين الضرر الاحتمالي (مُجَرَّد الأمل) والذي لا يُمكن المطالبة من خلاله بالتعويض، وفقاً لكل قضية على حده. وفي حالة الطلاق قبل الدخول فإنَّه من الممكن أن يُقرر القاضي التعويض عن تفويت الفرصة عند مُضي مُدَّة زمنيَّة طويلة بين العقد والطلاق دون أن يحصل دخول؛ لأنَّ هذا الوضع يُلحق ضرراً معنوياً كبيراً بالمعقود عليها في بعض الحالات. ويؤكد ذلك الشيخ محمد عبده بالقول: "إنَّ في الطلاق قبل الدخول غضاضة وإيهاماً للناس بأنَّ الزوج ما طلقها إلَّا وقد رأى منها شيئاً"^(٣).

ومما سبق، يمكنني القول: إنَّ ما ذهب إليه القضاء الجزائري جدير بالتأييد مع بعض الضوابط؛ لأنَّ القضاء الجزائري لم يضع الشروط والضوابط للتعويض عن تفويت الفرصة. ويُمكن أن يكون أساس ذلك الرأي الفقهي القائل بوجوب المتعة لكل مطلقة، لما يُصيبها من ضرر أدبي.

فالمشرع السوري أعطى المطلقة قبل الدخول المتعة في حال عدم تسمية المهر، وحدد هذه المتعة بأنَّها كسوة مثل المرأة، على ألا تزيد على نصف مهر المثل. أمَّا إذا

(١) - فؤاد صالح، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٣٥٣.

(٢) - حسن الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، ج ١، دار وائل، عمَّان، ٢٠٠٦، ص ٢١٠.

(٣) - محمد عبده، تفسير القرآن الحكيم المعروف بتفسير المنار، دار المعرفة، بيروت، ط ٢، ج ٢،

حصل الطلاق قبل الدخول، وسمّي لها مهر، فإنّ لها نصف هذا المهر، دون الحق في المتعة - كما بيّنت - فإذا طالت المدّة بين العقد والدخول، ووقع الطلاق، وأصاب المطلّقة الضرر بتفويت فرصة الزواج من غيره، أو تفويت فرصة الزواج بالمطلق، فيجب أن يُتاح للمطلّقة المجال من أجل المطالبة بالتعويض^(١). ويُمكن أن تُقيّد هذا الحق من خلال إعطاء القاضي سلطة تقديرية للتأكد من توافر الضرر، وفقاً لكل حالة على حدة، فعلى القاضي أن يتأكّد من صحة عقد الزواج، وأن يتأكّد من تفويت الفرصة بشكل حقيقي، وليس مُجرّد احتمال، وقد يتّخذ من الفترة الزمنية الطويلة للعقد قرينة على ذلك، فإذا ما توافرت أركان الخطأ والضرر الذي يُصيب المطلّقة قبل الدخول وتوافرت العلاقة السببية بينهما، حكم القاضي بالتعويض. ويرأيي إنّ هذا لا يتعارض مع مبادئ القانون والشرعة الإسلامية التي نفت عموم الضرر - كما ذكرت -.

وعلى ذلك، أقترح إضافة مادة قانونية إلى قانون الأحوال الشخصية السوري تُجيز للمطلّقة قبل الدخول طلب التعويض عن تفويت الفرصة في الزواج، ويُمكن أن تكون الصياغة كالآتي: "إذا أثبتت المطلّقة قبل الدخول الضرر من خلال تفويت الفرصة في الزواج، جاز للقاضي أن يحكم لها بالتعويض عن ذلك الضرر".

(١) - يذهب بعض الفقه إلى القول: بأنّه يجب ألاّ نقصر الحق بطلب التعويض على المرأة دون الرجل. العربي أحمد بلحاج، المرجع السابق، ص ٣٠٧. أعتقد أنّ تفويت الفرصة والضرر المعنوي الحاصل من ذلك هو أكثر وضوحاً بالنسبة إلى المرأة منها عن الرجل.

المطلب الثالث

الطلاق التعسفي

أحاطت الشريعة الإسلامية عقد الزواج بالعديد من الشروط والقيود، وقد وصفه الله سبحانه وتعالى بالمشاق الغليظ، قال تعالى: "وَأَخَذَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا" (الآية ٢١، سورة النساء)، الأمر الذي يجعل من الصعب حلّه أو نقضه لأيّ عارضٍ. وذكرت أنّ بعض الفقهاء ذهبوا إلى أنّ الأصل في الطلاق الحظر من أجل منعه والتضييق من حالات استخدامه، بينما رأى آخرون أنّ الأصل فيه الإباحة إلاّ أنّهم بَعَضُوا فيه. وبهذا، فإنّ الطلاق بدون سببٍ، أو بالأحرى استناداً إلى سببٍ تافهٍ، يجعل الزوج مُتَعَسِّفًا في طلاقه، ومُضَرًّا بزوجته.

ولتوضيح الطلاق التعسفي، سأبيّن مفهوم الطلاق التعسفي (الفرع الأول)، على أن أعرض التعويض عن الطلاق التعسفي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم الطلاق التعسفي

سأعرض تعريف الطلاق التعسفي (أولاً)، ومن ثمّ سأبيّن معايير التعسف (ثانياً).

أولاً: تعريف الطلاق التعسفي

يُعدُّ مُصطلح التعسف في الطلاق مُصطلحاً حديثاً^(١)، وقد عرّفه بعض الفقه بالقول: "هو أن يستعمل الرجل صاحب الحق في إيقاع الطلاق حقه بطريقة غير صحيحة، بأنَّ يُطلّق زوجته دون مُبرر أو سببٍ معقول شرعاً، أو أن يقصد بطلاقه إيقاع الضرر على زوجته"^(٢). وفي تعريفٍ آخر: "مناقضة قصد الشارع في التصرف بحق الطلاق المأذون فيه شرعاً بحسب الأصل"^(٣).

(١) - عُرضت أول دعوى بخصوص الطلاق التعسفي عام ١٩٢٦، ويتلخّص موضوع الدعوى في أنَّ سيّدة تقدمت لمحكمة مصر مُدعيةً أنَّها كانت تعمل بمهنة التدريس، وتتقاضى مُرتباً قدره ١٠٥ جنيه، فعرض عليها المدعى عليه الزواج، فتزوّدت في قبول عرضه؛ لأنّه كان ينبغي عليها تقديم استقالتها، وبعدها قبلت الزواج، وقُدّمت الاستقالة، وتزوّجت منه ولكن لم يمض على زواجهما سوى مُدّة قصيرة، حيثُ طلقها المدعى عليه، فرفعت دعاها مُطالبةً المدعى عليه بأن يدفع لها خمسة آلاف جنيه بصفة تعويض؛ لأنّ هذا الطلاق ألحق بها ضرراً مادياً ومعنوياً، ومن المبادئ المقرّرة قانوناً أنّه لا يجوز أن يُسيء الشخص في استعمال حقه، فقررت المحكمة الحُكم بألف جنيه للمُدعية بصفة تعويض. أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢، ص ٣١١.

(٢) - مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مطبعة الفردوس، دمشق، ١٩٦١، ص ١٨٠.

(٣) - أيمن مصطفى دباغ، التعسف في الطلاق، مجلّة جامعة الأقصى (سلسلة العلوم الإنسانيّة)، المجلّد (١٨)، العدد الأول، ٢٠١٤، ص ٦٨.

تتفق التعريفات السابقة على أنَّ الطلاق التعسفي يتمثل بتجاوز الرجل الحدود المرسومة شرعاً لإيقاع الطلاق، الأمر الذي يؤدي إلى الإضرار بالزوجة.

ثانياً: حالات التعسف في الطلاق

تتمحور معايير التعسف حول قصد الإضرار، وهو معيار ذاتي ومن خلاله يقوم الزوج بتطليق زوجته قاصداً الإضرار بها. كما يُمكن أن يكون المعيار تفاهة المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها من خلال طلاقه، أو من خلال تحقيق مصلحة غير مشروعة تتعارض مع مقاصد الشرع، وهي المعايير العامة في التعسف في استعمال الحق، والتي ذكرتها سابقاً.

١. إيقاع الطلاق بدون سببٍ أو استناداً إلى سببٍ تافه

تقوم فكرة الطلاق التعسفي على عدم وجود مُبررٍ أو سبب معقول للطلاق، ولا يعني ذلك أنه لا يوجد سبب أصلاً للطلاق؛ لأنه لا يُمكن أن يكون هناك طلاق بدون سبب.

ولكن يُثار التساؤل الآتي: متى يُعدُّ السبب الذي استند إليه الزوج في طلاقه سبباً معقولاً لحل الرابطة الزوجية، وينفي عنه التعسف؟ وما هي الحالات التي لا يرقى فيها ليكون سبباً معقولاً مُبرراً للطلاق؟

يتوجب البحث في كُل طلاق على حدة، للبحث عن سببه؛ ولمعرفة فيما إذا كان سبباً معقولاً للطلاق ينفي التعسف عن الزوج، وسأستعرض بعض الأمثلة.

أ. امتناع الزوجة عن السكن مع أهل الزوج: لو أنَّ الزوجة امتنعت عن السكن مع أهل الزوج فقام الزوج بتطليق الزوجة، فهل يُعدُّ مثل هذا الطلاق طلاقاً تعسفياً موجباً للتعويض؟

تنص (المادة ٦٩) من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه: "ليس للزوج إسكان أحد من أقاربه مع زوجته سوى ولده الصغير غير المميّز إذا ثبت إيذاؤهم لها"^(١). وعلى ذلك، فإنَّ عدم إسكان الأقارب في المسكن الزوجي شرطه وجود الإيذاء. وإثبات ذلك يقع على عاتق الزوجة، أمّا وجود ولد الزوج غير المميّز فلا يقدح في شرعية المسكن، وإن ثبت إيذاؤه لها. وقد استقرَّ القضاء السوري على أنَّ للزوج إسكان زوجته مع أهلها، إذا لم يثبت إيذاؤهم لها؛ بشرط أن تكون لها غرفة

(١) - استقرَّ القضاء الجزائري على المبدأ نفسه، حيثُ جاء في الاجتهاد "متى كان من الأحكام الشرعية أنَّ للزوجة الحق في مطالبة زوجها بإسكانها مُنفردة ومُستقلة عن أهلها، ولو لم تكن قد احتفظت بهذا الحق حين إبرام العقد، أو سبق أن سكنت مع أقارب زوجها، ثمَّ اشتكت بسبب الضرر الذي لحق بها منهم، فإنَّ القضاء بما يُخالف هذه الأحكام يُعدُّ خرقاً لما أقرته من مبادئ"، الدعوى رقم /١٣٣٨٣/، تاريخ، ١٩٨٥/١١/٤، المجلة الجزائرية، عدد ١/١، لعام ١٩٨٩، ص ١٠١. أشار إليه، مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص ١٥٦.

في حين أنَّ القضاء المصري قد نفى عن الزوجة الحق بطلب المسكن المستقل، إذا رضيت إقامة أحد من أهل زوجها معها في مسكن الزوجية. محكمة القاهرة الابتدائية، القضية رقم /٢٧٣٥/، تاريخ ١٩٨١/٤/٢٣، مجموعة المكتب الفني، السنة /١٨/، العدد /١/، ص ١٨٩. أشار إليه، عمرو عيسى الفقي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠٠٥، ص ٦٢٣.

أمّا أنَّ قانون الأحوال الشخصية اليمني فقد أجازت (المادة ٤٢) للزوج أن يُسكن مع زوجته أولاده منها ومن غيرها، ولو كانوا بالغين، وأبويه ومحارمه من النساء إذا كان إسكانهم واجباً عليه، بشرط اتساع المسكن، وعدم مضارة الزوجة، وألا تكون اشترطت غير ذلك في العقد. وتنص (المادة ٢٦) من قانون الأحوال الشخصية العراقي أجازت للزوج أن يُسكن مع زوجته أولاده من غيرها حتى سن البلوغ، ووالديه أو أحدهما، وليس لزوجته الاعتراض على ذلك.

مُستقلّة، وأنَّ كُلَّ ما يُعدُّ في العُرف أذى، من سبٍّ وشتَمٍ لها ولأهلها، يمنع صلاح المسكن^(١).

وبهذا، قد تصمّم الزوجة على حق السكن المنفرد، وقد لا يتمكّن الزوج من تأمين المسكن المستقل —خصوصاً في ظل الظروف الحاليّة— فإذا طلق الزوج زوجته لهذا السبب، فهل يُعدُّ مثل هذا الطلاق مُبرراً وناظراً لحقها في طلب التعويض؟

في الواقع، تُطالب الزوجة في هذه الحالة بحقٍّ شرعيٍّ لها، ومع ذلك فإنّي أعتقد بأنّ على القاضي أن يأخذ بالحسبان الظروف الحاليّة؛ إذ من الصعوبة بمكان إيجاد مسكن مُستقلّ في ظل الأزمة الحاليّة، وحالة التهجير المستمرة. ويرأيي، فإنّ مثل هذا الطلاق له سببه، الأمر الذي ينفي طابع التعسف عن الزوج.

ب. العُقم: إذا تبَيّن للزوج أنّ زوجته عاقر لا تستطيع الإنجاب، فطلّقها، فهل يُعدُّ العُقم سبباً مُبرراً للطلاق، أم إنّ الزوج يُعدُّ مُتَعَسِّفاً في طلاقه، وللزوجة الحق في طلب التعويض؟

ذهبت محكمة النقض السوريّة بدايةً إلى أنّ "عقم الزوجة يُعدُّ سبباً مُبرراً للطلاق، وينفي عن الزوج قصد التعسف"^(٢). وفي اجتهادٍ مُعاكس: "إنّ العُقم وحده لا يُعتبر سبباً مشروعاً للطلاق"^(٣). وجاء أيضاً: "لقد استقرّ الاجتهاد على أنّ عُقم

(١) - نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس /٣٢١/، قرار /٣١٥/، تاريخ ١٩٦٦/٩/٧. أشار إليه أديب استانبولي، المرجع السابق، ص ٢٢٥-٢٢٦.

(٢) - نقض سوري، الغرفة الشرعيّة، ١٩٦٦/١٠/٥. أشار إليه عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج ٢، منشورات جامعة دمشق، ص ٥٨.

(٣) - نقض سوري، الغرفة الشرعية، قرار /١٩٥/، لعام ١٩٧٦/٦/١، مجلّة المحامون، ١٩٧٧، عدد ١٦٠، ص ٢/.

الزوجة لا يُبرر إيقاع الطلاق عليها، فيجعل الطلاق مشروعاً، بل قد يكون تعسفياً؛ لأنَّ الزوج يستطيع أن يتزوَّج ثانيةً في هذه الحالة"^(١).

وبرأيي إنَّ الاجتهاد الأخير جدير بالتأييد؛ لأنَّ الزوج يستطيع أن يتزوَّج زوجة ثانية في حال عُقم الزوجة فإذا طلبت الزوجة الأولى الطلاق لعدم رغبتها بالعيش مع زوجة أخرى، فهنا ينتفي عن الزوج طابع التعسف عند طلاقها.

وعلى ذلك، فإنَّ تقدير مدى معقولية سبب الطلاق لنفي التعسف يختلف من حالة إلى أخرى، ويمكن أن يُعدَّ من قبيل التعسف كما لو أوقع الطلاق بقصد الانتقام من الزوجة، أو إرضاءً لزوجة أخرى، فإنَّ في ذلك إضرار بالزوجة، وهو أمر مُضاد لمقاصد الشرع؛ وذلك تعسف وإضرار بالزوجة والإضرار منهى عنه كما ذكرت.

٢. التحايل على مقاصد الشارع

يُمكن أن يكون الطلاق بقصد التحايل على مقاصد الشارع، سواء في إيقاع الطلاق من أجل إطالة أمد العدة للمُطلَّقة، أو في الطلاق الواقع في مرض الموت.

أ. إيقاع الطلاق من أجل إطالة أمد العدة: ذكرت سابقاً أنَّ من صور الإضرار بالزوجة إطالة أمد العدة عليها، بأنَّ يُطلِّق الزوج زوجته التي دخل بها طلاقاً رجعيّاً فتعتد عندئذٍ، فإذا قاربت عدتها على الانتهاء راجعها، ثمَّ طلقها مرّة ثانية، فإذا قاربت عدتها على الانقضاء راجعها، ثمَّ طلقها ثالثةً،

^(١) - نقض سوري، الغرفة الشرعية، قرار رقم /١٠٩/، تاريخ ١٦/١٢/١٩٧٩، مجلة المحامون، العدد /٣/، ١٩٩٠، ص ١٥٨.

لتستأنف عدّة جديدة، فهذا كُلّه تعسّف من الزوج، وينطوي على تحايل على مقاصد الشرع، وفيه إضرار واضح بالزوجة^(١).

ب. الطلاق في مرض الموت بقصد حرمان الزوجة من الميراث: يُعرّف

مرض الموت بأنّه: "المرض الذي يُصيب الشخص فيعجز عن مُزاولة أعماله اليوميّة، ولا يدوم سنة فأكثر دون ازدياد، ويتصل به الموت"^(٢).

يُمكن أن يُطلّق الرجل زوجته في مرض موته، أو في حال يغلب فيها الهلاك، فهل يُعدُّ مُتَعَسِّفاً في طلاقه، هارباً من توريث زوجته منه؟

ذهب الحنفية إلى القول: إنّ الزوجة ترث زوجها إذا طلقها في مرض موته، ومات وهي في العدة، إذا كان الطلاق بائناً؛ لأنّ الطلاق الرجعي يثبت فيه الميراث دائماً^(٣). وقالوا أيضاً "إذا مات بعد انقضاء عدتها لا ترث"، وبمفهوم المخالفة أنّه إذا مات وهي في العدة فإنّها ترث منه، وجاء أيضاً: "(ترثه)؛ لأنّ في تطليقها بغير اختيارها ما يدل على قصده حرمانها الإرث، فيعاقب بنقيض قصده"^(٤).

بينما ذهب بعض الشافعية إلى أنّ الطلاق في قطع التوارث بين الزوجين ينقسم إلى ثلاثة أقسام: قسم يقطع التوارث بين الزوجين، وهو: الطلاق البائن في الصحة، أو في مرض غير مُخَوِّف، والبائن في طلاق غير المدخول بها، وطلاق الثلاث،

(١) - راجع، الطبري، تفسير الطبري، المرجع السابق، ص ٢٩٤.

(٢) - كمال صالح البناء، موسوعة كمال البناء في الشريعة والقانون، ج ١، ط ١، ١٩٩٤، بدون ناشر، ص ١٨٥.

(٣) - عثمان بن علي البارعي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الأميرية الكبرى، ط ١، القاهرة، ١٣١٣ هـ، ج ٢، ص ٢٤٦.

(٤) - الشرييني، مُغني المحتاج، المرجع السابق، ج ٣، ص ٣٨٨.

والفرقة في الخلع، فلا يرثها ولا ترثه، سواء كان الموت في العدة أو بعدها؛ لارتفاع النكاح بينهما. وقسم: لا يقطع التوارث بين الزوجين، وهو الطلاق الرجعي، سواء كان في الصحة أو في المرض، يتوارثان ما لم تنقض العدة، فإن مات ورثته، وإن ماتت ورثها. وقسم مختلف فيه، وهو: الطلاق البائن بنوعيه الصغرى والكبرى في المرض المخوف إذا اتصل بالموت، فإن ماتت فلا يرثها، وإن مات فقد اختلف الفقهاء في ميراثها منه، واختلف قول الشافعي إلى قولين: أحدهما، أنها ترثه. والقول الثاني: أنها لا ترثه^(١). واستندوا في ذلك إلى أن عبد الله بن الزبير سئل عن رجل يطلق المرأة طلاقاً بائناً، ثم يموت وهي في عدتها، فقال عبد الله بن الزبير: طلق عبد الرحمن بن عوف ابنة الأصبغ الكلبي، فبثها ثم مات وهي في عدتها، فورثها عثمان، أما أنا فلا أرى أن ترث المبتوتة^(٢).

وبرأيي، فإنني أرجح الرأي الأول؛ لأن الزوج إذا طلق زوجته وهو في مرض الموت، طائعاً بدون رضا من الزوجة، فإن قصد الإضرار فيه واضح، وفيه سعي إلى هضم حق الزوجة من الميراث، فيجب أن يُعامل بنقيض قصده^(٣).

وبالرجوع إلى التشريعات المقارنة، أجد أن بعض التشريعات لم تنص على حالة الطلاق في مرض الموت، كالتشريع اليمني، والمغربي، والتونسي، والعراقي، وكذلك الجزائري^(٤).

(١) - أبو الحسن علي بن محمد الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: محمود مطرجي، دار الفكر، بيروت، ٢٠٠٣، ج ١٣، ص ١٣٨-١٣٩.

(٢) - عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، المرجع السابق، ج ٧، حديث رقم ١٢١٩٢، ص ٦١.

(٣) - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق، ص ١٧٢.

أمّا التشريع السوري، فقد أورد نصّاً على الطلاق في مرض الموت، حيث نصّت (المادة ١١٦) على أنّه: "من باشر سبباً من أسباب البينونة في مرض موته، أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك، طائعاً بلا رضا زوجته، ومات في ذلك المرض، أو في تلك الحالة والمرأة في العدة، فإنّها ترث منه، بشرط أن تستمر أهليتها للإرث من وقت الإبانة إلى الموت".

وبهذا، فإنّ القانون السوري يشترط لتوريث المطلقة في مرض الموت أن يكون الطلاق بائناً؛ لأنّ الطلاق الرجعي يثبت فيه الميراث دائماً، وأن يكون هذا الطلاق بعد الدخول؛ لأنّ الطلاق قبل الدخول لا يوجد فيه عدة، كما يُشترط أن يكون هذا الطلاق بدون رضا الزوجة. أمّا إذا كان برضاها فلا ميراث لها، ويجب أن تستمر أهليتها للميراث أيضاً من وقت الإبانة إلى الوفاة، أمّا إذا ارتدت مثلاً فلا ميراث لها. وجاء في الاجتهاد القضائي: "طلاق المريض مرض الموت يصح، ولكن زوجته ترث منه إن مات وهي في العدة"^(٢).

وبكل الأحوال، فإنّ استحقاق الزوجة للميراث في هذه الحالة هو بمثابة عقوبة للزوج وتعويض للزوجة، عملاً بنقيض قصد الزوج في حرمان الزوجة من الميراث

(١) - إلّا أنّ القضاء الجزائري أخذ بمبدأ صحة طلاق المريض مرض الموت، إلّا إذا كان القصد من إيقاعه حرمان الزوجة من الميراث، حيث جاء في قضائهم "من المقرر شرعاً وقانوناً أنّ مرض الموت - مهما كانت خطورته - لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق، ما عدا إذا كان القصد من الطلاق هو حرمان الزوجة من الميراث". ملف /١٧٩٦٩٦/، تاريخ ١٧/٣/١٩٩٨، مجلة القانون، ٢٠٠١، عدد خاص، ص ٩٨. أشارت إليه، مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص ١٥١.

(٢) - نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس /٨١/، قرار /١٣٧/ تاريخ ٣٠/٤/١٩٨٣، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، أديب استانبولي، ج ١، ص ٤٣٩ - ٤٤٠.

وإلحاقه الضرر بزوجه، ويُمكن أن يُحكم للمطلقة بالتعويض على أساس تعسف الزوج في هذا الطلاق.

الفرع الثاني

التعويض عن الطلاق التعسفي

بعد أن بيّنت مفهوم الطلاق التعسفي من خلال تعريفه وبيان حالاته، سأناقش المواقف الفقهية والقانونية حول إمكانية التعويض عن الطلاق التعسفي، من خلال توضيح الموقف الفقهي (أولاً)، ومن ثمّ سأبيّن الموقف القانوني (ثانياً).

أولاً: الموقف الفقهي

لم يتعرّض الفقهاء القدامى لموضوع التعويض عن الطلاق التعسفي، وإتّما تعرّضوا لأحكام المتعة في الطلاق -والتي تعرضت لها سابقاً- وذهب بعض الفقهاء إلى القول بوجوب المتعة للمُطلّقة المدخول بها^(١).

وبرأيي، فإنّ مُتعة الطلاق ليست تعويضاً عن الطلاق؛ لأنّها واجبة أو مندوبة -بحسب الفقهاء الذين اختلفوا فيها- سواء أكان الطلاق تعسفياً أم لا، وهي من باب الفضل والإحسان من الزوج لمطلّقه.

في حين انقسم الفقهاء المعاصرون إلى فريقين، فذهب فريق إلى القول: بوجوب التعويض عن الطلاق، في حين منع آخرون التعويض عن الطلاق التعسفي، وفيما يأتي بيان ذلك.

١. عدم جواز التعويض عن الطلاق التعسفي: ويُعدُّ من أنصار هذا الاتجاه أيضاً الشيخ محمد أبو زهرة إذ قال: "وقد أخطأ من حكم بالتعويض لأجل الطلاق، ولو كان ثمة شرط يوجب التعويض، إذ يكون شرطاً فاسداً فيلغى"^(١).

(١) - الشرييني، مُغني المحتاج، المرجع السابق، ص ٢٤١.

ويذهب الدكتور محمد الرّحيلي إلى أنّه "لا مجال لفرض التعويض عن الطلاق لانعدام الأسس التي يُمكن أن يُبنى عليها التعويض أو لضعفها، أو لصعوبة إثباتها أمام القضاء، وما يترتب على هذا التعويض من المفاسد، ولصعوبة الوصول إلى التعويض قضاءً"^(٢).

ويؤيّدُهُما في ذلك الدكتور وهبة الزحيلي بالقول: "وأكثر ما نجد في ساحات القضاء مُنازعات أو قضايا تشغل القضاة يومياً لها صلة بالتعويضات عن الأضرار، وقد يطول البتُّ فيها، ويتأجل إصدار الحكم النهائي عليها، لما تُثيره من مُشكلات الإثبات، ومُحاولة الفرار من تحمّل المسؤولية، ودفع التعويض اللازم"^(٣).

فإنّ أنصار هذا الرأي يرون أنّه لا مجال للتعويض عن الطلاق التعسّفي، وقد نفى الشيخ محمد أبو زهره إمكانية التعويض حتى لو تعهد الزوج عند إبرام عقد الزواج أنّه سيدفع هذا التعويض في حال طلقها؛ لأنّ الزوج إنّما يستعمل حقه، ولا يُسأل بذلك عن استعماله لحقه.

في حين أنّ حكماً قديماً في القضاء المصري يُجيز مثل هذا التعهد؛ لأنّ مثل هذا التعهد ليس فيه مُخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية أو النظام العام، لكنّ هذا

(١) - محمد أبو زهرة، أحكام الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ص ٣٠٤.

(٢) - محمد الرّحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، دار المكتبي، دمشق، ط ١، ١٩٩٨، ص ٦٠-٦١.

(٣) - وهبة الزحيلي، التعويض عن الضرر، مجلّة البحث العلمي، كُليّة الشريعة، العدد ١، ١٩٧٤. أشار إليه محمد الرّحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، المرجع السابق، ص ٦١.

التعهد ينتفي الالتزام به، إذا كان الزوج قد طلق زوجته بناءً على فعلٍ أته اضطره إلى ذلك، وهذا من الأمور الموضوعية التي تقدرها المحكمة حسب ظروف الدعوى^(١).

وقد تأسس هذا الحكم على أنَّ حق الزوج في الطلاق مكروه شرعاً، لذا فليس هناك ما يمنع من الاتفاق عليه بين الزوجين بطريقةٍ أو بأخرى، كما قد أبيع في الخلع أن يأخذ الزوج من زوجته العوض المتفق عليه مُقابل طلاقها مهما كانت قيمته، وسواء أكان المتسبب في الفرقة الزوج أو الزوجة، فلا غضاضة من أن تتقاضى الزوجة من زوجها التعويض الذي يتفقان على تحديده، وإنَّ الالتزام بدفع هذا التعويض هو التزام أصلي مُعلّق على شرط وقوع الطلاق، وليس تعهداً من الزوج بعدم الطلاق^(٢).

٢. جواز التعويض عن الطلاق التعسفي: يذهب الرأي الثاني إلى القول بحق الزوجة في طلب التعويض عن الطلاق التعسفي؛ لأنَّ الطلاق وإن كان حقاً للرجل إلا أنَّ هذا الحق مُقيّد بأن تدعو الحاجة إليه، وألا يترتب على استعماله الإساءة إلى الزوجة والإضرار بها.

فالطلاق ليس حقاً مُطلقاً للزوج؛ ويجب أن يكون مُقيّداً بمشروعيته —أي بحكمة تشريعه— وبما شُرع لأجله، فإذا أساء الزوج استعمال حقه وطلق من غير سبب، كان على القضاء أن يحكم بالتعويض، وإلا لم يكن للحظر معنى، وصحيح أنَّ الزوجة تعلم حين زواجها أنَّ زوجها يملك حق طلاقها، لكنّها لا تعلم أنَّ زوجها

(١) - نقض مصري، ١٩٤٠/٢/٢٩، الطعن ٦٧، سنة ٩، مجموعة عُمر، ج ٣، ص ٨٥. أشار إليه، عبد

الناصر توفيق العطار، الأسرة وقانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص ١٣٧.

(٢) - أشار إليه، عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص ١٣٨.

سينتركها في حالة بؤس وفاقه، والتعويض الذي يُحكم به ليس لكل مُطلّقة، وإِثْمًا لمن طُلّقت دون سبب^(١).

ومما سبق، تعد مسألة التعويض عن الطلاق التعسّفي من المسائل الفقهية المستجدة التي بحثها الفقهاء المعاصرون، ولم يتعرّض لها الفقهاء القدامى. وسبب اختلاف الفقهاء المعاصرين هو التعارض الظاهري بين الأصل الشرعي العام الذي يقضي بضمان الضرر والتعويض عنه وبين خصوصيّة الأحوال الشخصية، فمنهم من رأى ضرورة تعميم الأصل المذكور على كُل أفعال المكلفين بما فيها الأحوال الشخصية، ومنهم من رأى أنّ لمسائل الأحوال الشخصية خصوصيّة تقتضي استثناءها من الأصل العام.

وبرأيي، فإنّ إساءة استعمال الحق في الطلاق من موجبات التعويض، سيّما إذا ما أخذت بالحسبان سنوات الزواج، وما قد يُخلّفه الطلاق التعسّفي من آثار سلبية نفسية ومادية على المطلقة، أضف إلى ذلك ما يُمكن أن يترتب على هذا الطلاق من ترك الزوجة في حالة من الفقر والفاقة.

يمكنني القول أنّ الاتفاق المسبق على التعويض بين الزوجين؛ يجعل من الطلاق قرينة على إصابة الزوجة بالضرر بمجرد حصول الطلاق، لكنّ هذه القرينة تقبل إثبات العكس من قبل الزوج.

(١) - راجع، عبد الرحمن الصابوني، مدى حرّية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، ١٩٦٢، ج ١، ص ٩٣-٩٤. أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، دار المعارف، ١٩٦٧، ص ٧٨-٧٩.

ثانياً: الموقف القانوني

تعرضت معظم التشريعات محل الدراسة لموضوع التعويض عن الطلاق التعسفي، وسأتعرض للشروط التي أوردتها هذه التشريعات لطلب التعويض.

١. **مسؤولية الزوج عن الطلاق:** يُشترط لتعويض المطلقة عن الطلاق التعسفي أن يكون الزوج هو من أوقع الطلاق، وهو ما اشترطته معظم التشريعات المقارنة، حيث جاء في القانون العراقي (المادة ٣٩) أنه: "إذا طلق الزوج زوجته، وتبين للمحكمة أنَّ الزوج مُتعسف في طلاقها..." وفي القانون اليمني (المادة ٧١) "إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أنَّ الزوج مُتعسف في طلاقها دون سبب معقول"، وكذلك (المادة ٥٢) من قانون الأسرة الجزائري: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق..."، وفي السياق نفسه ذهب المشرع المصري في (المادة ١٨) إلى أنَّ: "الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها وبلا سببٍ من قبلها..."، وأكدَّ على ذلك المشرع السوري أيضاً في (المادة ١١٧) "إذا طلق الرجل زوجته، وتبين للقاضي أنَّ الزوج مُتعسف في طلاقها دون سبب معقول".

في حين لم يشترط المشرع التونسي مسؤولية الزوج عن إيقاع الطلاق من أجل الحكم بالتعويض، حيث جاء في (الفصل ٣١) "يُعوض للمرأة عن الضرر المادي بجراية تدفع لها بعد انقضاء العدة مشاهرةً، وبالحلول على قدر ما اعتادت من العيش في ظل الحياة الزوجية، بما في ذلك المسكن...".

ومما سبق، فيجب على القاضي أن يتثبت من أنَّ الزوج هو من أوقع الطلاق بإرادته، بقصد الإضرار بها أو بدون سبب جدي ومعقول لذلك.

وقد أيد الاجتهاد القضائي الجزائري والسوري ذلك، حيث نصّت المحكمة العليا الجزائرية على أنه: "من المقرر شرعاً وقضائاً أنّ التعويض يُمنح للزوجة مُقابل الضرر الناتج عن طلاق غير مُبرر، ويسقط بتحميلها المسؤولية فيه"^(١). وجاء في قرار آخر للمحكمة الجزائرية "من المقرر قانوناً أنّ الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج، أو تعسّفه في الطلاق، ومن ثمّ فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يُعدّ مخالفاً للقانون، ومتى تبين أنّ قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدها، دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف أو نشوز، فإنّهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، مما يستوجب نقض القرار"^(٢).

وجاء في الاجتهاد القضائي السوري أنّ "تعويض الطلاق التعسفي يجب أن يتوافر فيه شرطان: الطلاق بلا سبب مشروع، وإصابة الزوجة بالبؤس والفاقة"^(٣). وجاء في اجتهاد آخر "لا بُدّ لاستحقاق المطلقة تعويض الطلاق التعسفي من توافر شرطين: كون الطلاق بدون سبب مشروع، وأنّ المطلقة سيُصيبها بؤس وفاقة جرّاء ذلك"^(٤). وجاء أيضاً: "إذا تمتّ البينة بغير إرادة الزوج المنفردة، فلا يُعدّ مُتعسفاً،

(١) - المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، ١٩٨٦/١/٢٧، ملف رقم ٣٩٧٣١/، مجلّة القانون ١٩٩٣، عدد ١/، أشارت إليه، نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص ٢٨٣.

(٢) - المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، ١٩٩٨/١١/١٧، ملف رقم ٢١٠٤٥١/، مجلّة القانون ٢٠٠١، عدد خاص، ص ٢٥٢، أشارت إليه، نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص ٢٨٥.

(٣) - نقض سوري، غرفة شرعية، أساس ٢٦/ قرار ١٦٨/، تاريخ ١٩٨٣/٣/٣٠. المرشد، المرجع السابق، ج ١، ص ٤٤٥.

(٤) - نقض سوري، غرفة شرعية، قضية رقم ١٦٦٥/ قرار ١٨٨٥/، تاريخ ٢٠٠٨/٨/٢٦. مجلة المحامون، العدد ٩-١٠، السنة ٧٦، ٢٠١١، ص ١٤١٧-١٤١٨.

وبالتالي لا يُلزم بالتعويض^(١). وجاء أيضاً: "استقر الاجتهاد على أن طلب التعويض في حالة التفريق في غير محله القانوني، ولو كانت المسؤولية في أكثرها على الزوج؛ لأن المستفاد من نص المادة ١١٧ من قانون الأحوال الشخصية، أن الطلاق الذي يأتيه الزوج هو السبب الوحيد من أسباب انتهاء الحياة الزوجية الذي يستند إليه التعويض إذا طلق الرجل زوجته متعسفاً في طلاقها، فلا وجه للقياس في هذا النص الذي جاء على خلاف القياس"^(٢).

وبهذا، فإنَّ شرط مسؤوليّة الزوج عن الطلاق يُثير التساؤل حول الحالة التي يكون فيها الزوج قد فوّض زوجته بتطبيق نفسها، فإذا طلّقت نفسها ولحقها ضرر مادي جرّاء هذا الطلاق، فبموجب هذا الشرط لن يكون مسؤولاً عن هذا الضرر؛ لأنَّ الطلاق في هذه الحالة قد وقع بدون إرادة الزوج المنفردة.

ولكن، ماذا لو أنَّ الزوج قد أصابه الضرر نتيجةً لتعسف الزوجة في تطليق نفسها عندما تكون مفوّضة في ذلك؟

لم يتعرّض المشرّع السوري وغيره من التشريعات المقارنة لهذه الفرضية، وبرأيي فإنَّه يجب التعويض للزوج في حال لحقه الضرر جرّاء هذا الطلاق، سيّما عندما تكون الزوجة صغيرة في السن مثلاً، وهو قد أصابه الكبر، واستغلّت هذا الوضع وطلّقت بعد أن جعلت أمر طلاقها بيدها، فالقياس يستدعي ذلك، والمبدأ العام بعدم جواز الإضرار يقتضي ذلك أيضاً.

(١) - نقض سوري، غرفة شرعية، قرار/٢٦١، ١٩٨٦/١/٢٧، المحامون، ١٩٨٦، ص ٤١٦.

(٢) - نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس ٨٧٩، قرار، ١٧٧ تاريخ ٥ / ٤ / ١٩٨٣، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، أديب استانبولي، الجزء الأول، ص ٤٥٠. ٤٥١.

وانطلاقاً مما تقدّم، يُثار التساؤل الآتي: هل يُعدُّ كلُّ طلاق واقع من قبل الزوج تعسفياً؟ أم أنّه يتوجب على الزوجة إثبات تفاهة السبب أو انعدامه؟

أعتقد أنّ الرجل السوي لا يُقدم على الطلاق إلّا لمسوغٍ قوي يراه، لذا يجب ألاّ نعدّ الأصل في الطلاق أنّه تعسفي حتى يثبت العكس، وإنّما يجب على الزوجة أن تُثبت تفاهة السبب، سيّما أنّي رجحت أنّ الأصل في الطلاق الإباحة مع ضرورة إيجاد بعض القيود عليه.

ولو أنّني سلّمت بأنّ الأصل في الطلاق المنع—عند القائلين بذلك—فإنّ هذا لا يقتضي أن نعدّ الطلاق تعسفياً حتى يثبت العكس، إذ لا تلازم بين الأمرين؛ فكون الأصل في الطلاق الحظر يُعدُّ حكماً تكليفاً من الشارع، أمّا كون الطلاق تعسفياً فإنّه واقعة حال يحكم بها القضاء؛ لأنّ في الغالب أنّ الرجل لا يلجأ إلى الطلاق إلّا لمسوغاتٍ قوية ومعقولة. وبخلاف ذلك ذهبت محكمة النقض السورية، إذ جاء في الاجتهاد القضائي أنّ: "إثبات سبب مشروعية الطلاق يقع على عاتق الزوج"^(١).

٢. إصابة الزوجة بالبؤس والفاقة: اشترط المشرعان السوري (المادة ١١٧) واليمني (المادة ٧١) إصابة المطلقة بالبؤس والفاقة لاستحقاقها التعويض، في حين لم تشترط باقي التشريعات المقارنة ذلك، وإنّما اكتفت بشرط إثبات الزوجة الضرر الذي لحق بها، فقد يُصيبها الضرر دون أن تكون قد وصلت إلى حالة البؤس والفاقة. فمثلاً نصّت (المادة ٥٢) من قانون الأسرة الجزائري على أنّه: "إذا تبين للقاضي تعسف

(١) - القضية رقم ١٤٥٥، قرار ٢٢٧٨، لعام ٢٠٠٥، مجلة المحامون، العددان ٣-٤ آذار ونيسان، ٢٠٠٧، السنة ٧٢.

الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها". ونصّت أيضاً (المادة ٣٩) من القانون العراقي على أنّه: "إذا طلق الزوج زوجته، وتبين للمحكمة أنّ الزوج مُتَعَسِّف في طلاقها، وأنّ الزوجة أصابها ضرر من جرّاء ذلك..."^(١).

وبهذا، فإنّ الزوجة في القانون السوري إذا كانت تعمل أو ذات مال فليس لها تعويض، حيث جاء في الاجتهاد أنّه: "من شروط استحقاق تعويض الطلاق إصابة الزوجة بسببه بالبؤس والفاقة، وثبوت امتلاك الزوجة قطعتي أرض ودار يستبعد إصابة الزوجة بالبؤس والفاقة، وبهذا لا تستحق تعويض الطلاق"^(٢). وجاء في اجتهاد آخر: "إنّ المطلقة العاملة لا تستحق تعويض الطلاق التعسفي؛ لأنّ كسبها من عملها يقيها من الوقوع في البؤس والفاقة نتيجة الطلاق"^(٣). "وإذا ثبت للمحكمة من البيّنة وجود مُعِيل للمطلقة، فإنّ الطلاق لا يوقعها في البؤس والفاقة، ولا تستحق تعويض الطلاق"^(٤).

ومما سبق، أعتقد بضرورة تعديل شرط إصابة الزوجة المطلقة بالبؤس والفاقة من قبل المشرعين السوري واليميني، إذ يجب تعويض الزوجة عن الضرر الذي يُصيبها من الطلاق التعسفي، حتى ولو لم يصل الضرر إلى درجة إصابتها بالبؤس والفاقة، ما دام

(١) - وبالاتجاه ذاته سار المشرّع المغربي والمصري أيضاً.

(٢) - نقض سوري، غرفة شرعية، قرار رقم /٤٢٣/، تاريخ ١٩٨٢/٣/٢٠، المحامون، ١٩٨٢، ص ٧٧٤.

(٣) - نقض سوري، غرفة شرعية، أساس /٧٨٦/، قرار /٧٩٠/، تاريخ ١٩٨٤/١١/١٥. أديب

استانبولي، المرشد في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ج ١، ص ٤٤٨-٤٤٩.

(٤) - نقض سوري، غرفة شرعية، قرار /١٩٦/، تاريخ ١٩٨٢/٣/٢٠، المحامون، ١٩٨٦، ص ٤٢٥.

الحق بطلب التعويض إنَّما هو جزاء للتعسف الواقع من الزوج. لذا، أقترح حذف هذا الشرط، فالطلاق قد يُرتب أضراراً معنوية على الزوجة^(١).

٣. مقدار التعويض: بالرجوع إلى التشريعات المقارنة أجد أنَّ التشريعين المغربي والجزائري لم يُحددا مقدار التعويض، وإنَّما تركا ذلك للسلطة التقديرية للقاضي. وأوجب المشرع الجزائري الحكم بالتعويض عند توافر الضرر^(٢)، وقد أكدت على ذلك المحكمة العليا الجزائرية بالقول: "إنَّ التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص بها قضاة الموضوع دون غيرهم"^(٣). وقد بيّن المشرع المغربي بعض المعايير التي يُمكن أن يستند إليها القاضي عند تقديره للتعويض، من طول فترة الزواج، والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في إيقاع طلاقه^(٤).

في حين أجد أنَّ المشرع التونسي قد قرر تعويض المطلقة على "قدر ما اعتادت من العيش في الحياة الزوجية، بما في ذلك المسكن، وهذه الجارية قابلة للمراجعة ارتفاعاً وانخفاضاً بحسب ما يطرأ من متغيرات، وتستمر إلى أن تتوفى المفارقة، أو يتغيّر وضعها

^(١) - ففي قضية عرضت على القضاء الأمريكي في ولاية تكساس، حكمت المحكمة في قضية تشايلز بمبلغ /٥٠٠٠٠٠/ دولار على الزوج الذي طلق زوجته وتسبب لها بأضرار وضائقة عاطفية، وإنَّ هذا التعويض هو المرة الأولى الذي تحصل فيه الزوجة على تعويض كبير بسبب هذا الضرر المعنوي.

See, James p. Cunningham, Torts & Divorce, OCBA Laches, February, 1989. Published at [www. Wwrp Law.com newsroom-79.html](http://www.Wwrp Law.com newsroom-79.html). last visited: 1/10/2017.

^(٢) - (المادة ٥٢) من قانون الأسرة الجزائري نصت على: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق، حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها". وانظر، أسهمان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي، ٢٠١١، ص ١٥٩.

^(٣) - المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم ٣٦٨٦٦٠/٣، مجلّة المحكمة العليا، عدد ٢/، ص ٤٨٣. أشارت إليه، نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص ٣٠٣.

^(٤) - (المادة ٨٤) من مدونة الأسرة المغربية.

الاجتماعي بزواج جديد، أو بحصولها على ما تكون معه بغنى عن هذه الجراية..".
وذلك بحسب (الفصل ٣١)، وأعتقد أنّ موقف المشرع التونسي تجاوز للحدود بدون
مستند شرعي، وفيه شذوذ.

أما باقي التشريعات المقارنة فقد تركت السلطة التقديرية للقاضي في تقدير
مقدار التعويض، على ألا تتجاوز حداً أعلى اختلفت هذه التشريعات في تحديده.
فالتشريع العراقي مثلاً أعطى للقاضي سلطة تقديرية في تقدير التعويض، وذلك
بحسب حال الزوج ودرجة تعسّفه، على ألا يزيد على نفقتها المدة سنتين، وأوجب
على المحكمة أن تقضي بالتعويض في حال توافرت شروطه^(١).

أما المشرّع المصري فقد حدد حداً أدنى لمقدار هذا التعويض بما لا يقل عن
نفقة سنتين، مع مراعاة حال المطلق يُسرّاً أو عُسرّاً، ومُدّة الزوجية^(٢). وجاء في
الاجتهاد "لما كان النص في المادة ١٨ مكرر من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مفاده
أن تقدير المتعة وتقسيط سداد ما هو محكوم به يدخل في سلطة محكمة الموضوع"^(٣).
وفي المقابل، فإنّ التشريع اليمني أجاز للقاضي أن يحكم على المطلق بحسب
حاله ودرجة تعسّفه، على ألا يزيد هذا التعويض على مبلغ نفقة سنة لأمثالها^(٤).
وبالمثل، اتجه المشرّع السوري، إلّا أنّه حدد السقف الأعلى لمقدار التعويض بمبلغ نفقة

(١) - (المادة ٣٩) من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

(٢) - (المادة ١٨) من قانون الأحوال الشخصية المصري.

(٣) - محكمة النقض المصرية، أحوال شخصية، الطعن رقم ١٤٦، السنة ٦٥، جلسة ٢١/٤/٢٠٠١،
أشار إليه أنور العمروسي، أصول المرافعات الشرعية، دار الفكر الجامعية، ٢٠٠١، ٦٣٥، أشارت إليه
نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص ٣٠١.

(٤) - (المادة ٧١) من قانون الأحوال الشخصية اليمني.

ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة، وترك أمر التعويض جوازيًا للقاضي^(١). وجاء في الاجتهاد القضائي: "تقدير تعويض الطلاق التعسفي متروك لقناعة القاضي، ضمن الصلاحية المخولة له بمقتضى نص المادة ١١٧ من قانون الأحوال الشخصية"^(٢).

ومما سبق، ألاحظ اختلاف التشريعات حول المعايير التي يُمكن اعتمادها من القاضي عند تقدير التعويض. وأعتقد أنّ التشريعات التي اعتمدت على حال الزوج ودرجة تعسّفه فقط، قد أجهفت بحق الزوجة المطلقة، ولم تأخذ بالحسبان مقدار الضرر الذي لحق بها، أو مدى طول فترة الزواج. كما أنّي أعتقد أنّه من المجحف تحديد الحد الأعلى لمقدار التعويض، كما فعل المشرّع السوري مثلاً بتحديد الحد الأعلى بنفقة ثلاث سنوات لأمثالها، ويمكن تبني موقف المشرّع المصري، بتحديد حد أدنى لمقدار التعويض لا يستطيع القاضي الحكم بأقل منه. أضف إلى ذلك، أقترح على التشريع السوري أيضاً أن يحدو حدو التشريعات التي أوجبت الحكم بالتعويض عند توافر شروطه، (فالمادة ١١٧) بصيغتها الحالية تجيز الأمر للقاضي.

وعلى ذلك، يمكن تعديل (المادة ١١٧) من قانون الأحوال الشخصية السوري لتصبح كالآتي: "إذا طلق الرجل زوجته، وتبيّن للقاضي أنّ الزوج مُتعسّف في طلاقها، يحكم القاضي على المطلّق بالتعويض المناسب مُراعياً طول فترة الزواج، والوضع الماليّة

(١) - (المادة ١١٧) من قانون الأحوال الشخصية السوري.

(٢) - نقض سوري، غرفة شرعية، قرار (٢٢٦)، تاريخ ١٩٩٨/٣/٢٤، مجلّة القانون، وزارة العدل، العدد ٢٤، ١٩٩٨، ص ١٠٨.

للزواج، على ألا يقل عن نفقة سنتين لأمثالها. ويُمكن للزوج أن يُطالب التعويض عما أصابه من ضرر في حال فَوْض الزوجة بتطليق نفسها، وتعتّفت في ذلك".

وتجدر الإشارة أخيراً إلى أنَّ قوانين الطوائف الخاصّة بالأحوال الشخصية قد تعرّضت لموضوع التعويض عن الضرر عند انحلال الرابطة الزوجيّة. فقانون الأحوال الشخصية الخاص بالسريان الأرثوذكس أجاز للمرأة أن تُطالب بالتعويض عن كُل الأضرار التي لحقت بها جرّاء فسخ الزواج أو التفريق بسبب مروق الزوج أو تعديه^(١).

وبالمثل، أجازت (المادة ٧٤) من قانون الأحوال الشخصية للروم الأرثوذكس لكل من الزوجين بطلب التعويض المترتب نتيجة الأضرار التي لحقتهم من حلّ الرابطة الزوجيّة، وجاء النص كآتي: "عند الحُكم بانفكاك الزواج تُقدّر المحكمة التعويض المترتب لأحد الزوجين على الآخر، إذا عجز الزوجان عن إثبات الضرر أو الاتفاق على التعويض، أو تركا تقديره إلى المحكمة. وللمحكمة في حال إعسار المرأة أن تحكم على الرجل بأن يدفع لها مبلغاً من المال لتواجه وضعها الجديد بعد انفكاك الزواج".

وجاء في الاجتهاد القضائي أن: "قانون الأحوال الشخصية للطوائف الأرثوذكسية أجاز للمحكمة في حال إعسار المرأة أن تحكم على الرجل بأن يدفع لها مبلغاً من المال لتواجه وضعها الجديد بعد انفكاك الزواج"^(٢).

^(١) - (المادة ٦٠) من قانون الأحوال الشخصية للسريان الأرثوذكس.

^(٢) - قضية أساس (٣٤٢)، قرار (٣١٤)، تاريخ ١٢/٤/٢٠١٠، المحامون، الأعداد ٣-٤-٥-٦، السنة ٧٧، لعام ٢٠١٢، ص ٤٢٢-٤٢٣.

خاتمة الفصل الأول

تعرضت في الفصل الأول لدراسة الطلاق كسببٍ موجبٍ للتعويض من خلال تعريف الطلاق بدايةً، وبيان أدلة مشروعيته، ومن ثمّ بحثت في حكم أصل الطلاق لبيان مدى مسؤوليّة الزوج في إيقاعه، قبل أن أتناول صور الطلاق الموجب التعويض. وتبيّن لي وجود خلاف فقهي حول حكم أصل الطلاق، ورجحت أنّ الأصل في الطلاق الإباحة، مع ضرورة إيجاد بعض الضوابط التي تحول دون تعسف الزوج في استعمال حقه.

كما تبيّن لي أنّ نشوز الزوجة من الحالات التي قد تُجبر الزوج على الطلاق، وقد يحصل النشوز من قبل الزوج أيضاً. ولم يتعرّض فقهاء الشريعة الإسلاميّة لموضوع التعويض للزوج عند نشوز زوجته، وإنّما عالجوا ذلك من خلال إعطاء الزوج ولاية التأديب، والمهجر. وذهب بعضهم إلى إسقاط النفقة عن الزوجة الناشز، في حين أجازت بعض التشريعات لكلا الزوجين طلب التعويض عن الضرر الناشئ عن الطلاق بسبب النشوز، في حين أسقط المشرّع السوري النفقة عن الزوجة الناشز، دون أن يُرتب على هذا النشوز الحق في التعويض. وذلك بخلاف ما قرره في قانون الأحوال الشخصية للطوائف الكاثوليكية، حيث أجاز الحكم بتعويض للزوج عند نشوز زوجته.

كما عالج الفقه الإسلامي أحكام الطلاق قبل الدخول من خلال تقرير نصف المهر، واختلف الفقه في استحقاقها المتعة من عدمها، بحسب ما إذا كان قد سُمّي للمطلقة مهر أم لا. كما اختلف الموقف الفقهي حول إمكانية التعويض عن

تفويت الفرصة. وعالجت القوانين المقارنة مسألة الطلاق قبل الدخول من خلال إعطائها نصف المهر، والمتعة لدى بعض التشريعات، كما قد يترتب على الطلاق قبل الدخول تفويت الفرصة على المطلقة بالزواج، سيما إذا طالت الفترة بين العقد والدخول، وهو ما تعرّض له القضاء الجزائري، واقترحت تبنيه مع بعض الضوابط.

كما أنّه لم يتعرّض الفقهاء القدامى لموضوع التعويض عن الطلاق التعسّفي، وإنّما ثار خلاف فقهي بين الفقهاء المعاصرين، ورجحت الموقف القائل بجواز التعويض. فقد نصّت معظم التشريعات المقارنة على الحق بطلب التعويض عن الطلاق التعسّفي، وقد أوردت شروطاً لطلب التعويض تتشابه في جزء منها وتختلف في جزء آخر، وقد عالجت هذه الشروط، واقترحت بعض التعديلات بالنسبة إلى المشرّع السوري، كما لاحظت إجازة قوانين الطوائف للتعويض أيضاً.

الفصل الثاني

التعويض بسبب حل الرابطة الزوجية قضاءً

لا يقتصر حل الرابطة الزوجية على طريق الطلاق، وإنما يمكن حل هذه الرابطة عن طريق القضاء أيضاً؛ وذلك بطلب من الزوج أو الزوجة في حالات، أو عن طريق طلب الزوجة فقط في حالاتٍ أخرى عند بعض التشريعات.

فما مدى إمكانية المطالبة بالتعويض لكلا الزوجين عندما يتم حل الرابطة الزوجية عن طريق القضاء؟

لتبيان ذلك، سآبين التعويض بسبب التفريق للشقاق والضرر (المبحث الأول)، قبل عرض التعويض بسبب الخلع (المبحث الثاني).

المبحث الأول

التعويض بسبب التفريق للشقاق والضرر

يُبنى عقد الزواج على أساس تحقيق مقاصد السكن والمودة، والرحمة، والألفة، كما يرنو إلى تحقيق غايات التناسل وتكوين الأسرة، وتتلاشى هذه الغايات والمقاصد في حال حصل الشقاق والضرر بين الزوجين.

ولذلك، فقد أجازت مُعظم التشريعات المقارنة للزوج، أو الزوجة، أو لكليهما الحق بطلب التفريق من القاضي إذا حصل الشقاق والضرر.

ففي حال حصل التفريق بسبب الشقاق والضرر، فما مدى مسؤوليّة الطرف المحدث للشقاق عن تعويض الطرف الآخر عمّا أصابه من ضرر؟

وعلى ذلك، سأبحث حق الزوجين بطلب التفريق للشقاق والضرر(المطلب الأول)، قبل أن أتعرض لحق الزوجين بطلب التعويض عن التفريق للشقاق والضرر(المطلب الثاني).

المطلب الأول

حق الزوجين بطلب التفريق للشقاق والضرر

ذكرت أنّ الحياة الزوجيّة مبناهما المودّة والرحمة، وأساسها العشرة الحسنة والألفة الطيّبة، إلّا أنّه قد يحل الشقاق والضرر محل تلك العشرة، وتختلف الطباع بين الزوجين، ويسود التنافر والبغضاء بينهما.

فهل يجوز التفريق بين الزوجين في هذه الحالة؟ وما مدى مسؤوليّة كلا الزوجين عمّا يُصيب الآخر من ضرر جرّاء ذلك؟

ولهذا، سأبيّن الموقف الفقهي في طلب التفريق للشقاق (الفرع الأول)، قبل توضيح الموقف القانوني في التفريق للشقاق والضرر (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الموقف الفقهي في طلب التفريق

يُقصد بهذه الحالة الضرر والشقاق بين الزوجين؛ ويُعرّف الشقاق بأنّه: "التعدي بين الزوجين، وهو إمّا أن يكون من الزوجة، أو من الزوج، أو منهما، بأن تظهر إمارات نشوزها، فعلاً كأن يجد منها إعراضاً وعبوساً بعد لطفٍ وطلاقة وجهه..."^(١).
وانقسم الفقهاء حول جواز التفريق بين الزوجين بسبب الشقاق والضرر إلى رأيين: فذهب جانب إلى جواز التفريق للشقاق والضرر (أولاً)، بينما رأى آخرون عدم جواز التفريق (ثانياً).

أولاً: جواز التفريق للشقاق والضرر

بالرجوع إلى المذاهب الفقهيّة، أجد أنّ فقهاء المذهب المالكي هم من صرحوا بحق الزوجة بطلب التفريق جبراً على الزوج إذا أضّرّ بها، سواء تكرر الضرر أم حصل مرّة واحدة. حيثُ جاء في كتبهم: "وللزوجة (التطليق) على الزوج (بالضرر)، وهو ما لا يجوز شرعاً، كهجرها بلا موجب شرعي، وضربها وكذلك سبّها وسب أبيها، ومتى شهدت البينة بأصل الضرر فلها اختيار الفراق (ولو لم تشهد البينة بتكراره)، أي الضرر، ولها اختيار البقاء معه، ويزجره الحاكم فيما إذا اختارت البقاء معه. وإن لم تشهد البينة يقوم الحكماء بالإصلاح بين الزوجين من كلّ وجه، فإن تعذّر الإصلاح نظراً، فإن أساء الزوج إليها (طلقاً عليه بلا خلع)؛ أي بلا مال يأخذانه منها لظلمه،

(١) - شمس الدّين الشّريني، مُغني المحتاج، المرجع السابق، ج ٣، ص ٣٤٢.

(وبالعكس) إن كانت الإساءة منها فقط ائتمناه عليها وأمره بالصبر وحسن المعاشرة، وإن أحب الزوج الفراق خالعه، ولو زاد المخالعة به عن الصداق^(١).

وقد استدلل المالكية على جواز التفريق بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ (الآية ٣٥، سورة النساء). وقد فسروا ذلك بأن الحكمين هما بمنزلة السلطان، ولا اعتبار لرضا الزوجين بهما. وعلى ذلك، فلا يكونان وكيلين عمّن بعثهما، فهما قاضيان لا وكيلان^(٢)، والقاضي يحكم بالتفريق إذا تبين له الضرر^(٣).

واستدلوا أيضاً بالأثر أن رجلاً وامرأة أتيا علياً رضي الله عنه، فقال علي: ابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها، فقال علي رضي الله عنه: هل تدريان ما عليكما من الحق؟ إن رأيتما أن تفرقا فرقتما، وإن رأيتما أن تجمعا جمعتما. فقالت المرأة: رضيت، وقال الزوج: أما الفرقة فلا، فقال علي رضي الله عنه: كذبت حتى تقر بمثل ما أقرت به^(٤).

ومما سبق، أجد أن المالكية أجازوا التفريق بين الزوجين عند الشقاق والضرر، والقاضي يقرر التفريق في حال ثبت الضرر بالبينة من شهادة أو قرينة، ويكون الخيار

(١) - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج ٢، ص ٣٤٥.

(٢) - محمد عlish، منح الجليل شرح مختصر سيد خليل، دار الفكر، بيروت، ج ٣، ص ٥٥٠ وما بعدها.

(٣) - للتوسع في أدلة المالكية راجع، أيمن أبو العيال، الخلع في القانون المصري، (دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة بالتفريق للشقاق والضرر في قانون الأحوال الشخصية السوري والفقهاء الإسلامي المقارن)، دون ذكر ناشر، بدون تاريخ، ص ١٥.

(٤) - أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر، دار الكتب العلمية، كتاب القسم والنشوز، باب الحكمين في الشقاق بين الزوجين، ٢٠٠٣، ج ٧، رقم الحديث ١٤٧٨٢/١، ص ٤٩٨.

للزوجة، فإن شاءت صبرت على هذه الحال، وإن شاءت طلقها، ولو لم يتكرر هذا الضرر. أمّا إذا لم تشهد البينة بثبوت الضرر، فإنّ للقاضي أن يلجأ إلى بعث الحكمين ليقفا على حقيقة الضرر، بهدف رفعه بالإصلاح بين الزوجين أو التفريق بينهما^(١).

كما يبدو لي من خلال ما أورده الفقه الإسلامي من تعريفهم للشقاق، أنّه العدوان بين الزوجين، أي الخلاف من كليهما، أمّا الضرر فهو الإساءة الحاصلة من الزوج على زوجته^(٢).

وتجدر الإشارة إلى أنّ فقهاء المالكية لم ينصوا صراحةً على حق الزوج بطلب التفريق للشقاق، ولكن يُفهم منهم ذلك بدليل قولهم: "شقاق الزوجين إن ثبت فيه ظلم أحدهما للآخر، حكم القاضي بدرء ظلم الظالم منهما"^(٣). لذا، إذا كانت الزوجة هي الظالمة كان للزوج طلب التفريق.

ثانياً: عدم جواز التفريق للشقاق

يذهب أنصار هذا الموقف من فقهاء الحنفية والشافعية إلى القول: إنّه إذا كان النزاع والشقاق بين الزوجين بسبب من الزوجة، فللزوج الحق بتأديبها، أمّا إذا كان الشقاق بسبب من الزوج، فإنّ للزوجة أن ترفع أمرها إلى القاضي، فإذا ثبت للقاضي

(١) الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج ٢، ص ٣٤٤.

(٢) جاء في حاشية الخرشي: "يعني أنّ الزوج إذا كان يضرب زوجته فلها أن ترفع أمره إلى الحاكم فإذا ثبت عنده أنّه كان يضربها فإنّه يزجره عن ذلك، فإن لم ينته ضربه بها فلها التلطيق بالضرر ولو لم تشهد البينة بتكرره"، الخرشي، حاشية الخرشي، ج ٢، ص ٧-٨.

(٣) - محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج ٣، ص ٥٤٦.

إضرار الزوج بها، نهاه عن ذلك، فإن عاد إلى الإساءة لزوجته، وطلبت الزوجة من القاضي التدخل في ذلك مرة أخرى، ردعه وعزّره بما يليق به.

أمّا إذا كانت الإساءة مُشتركة بينهما فإن القاضي يدرس حالهما، فإذا تبين له المسيء منعه من الإساءة. أمّا إذا احتدم النزاع بينهما فإنّ القاضي يبعث حكّامين للإصلاح، وسلطة الحكّامين للإصلاح فقط دون التفريق؛ فليس لهما أن يوقعا التفريق من غير رضا الزوج وتوكيله^(١). وقد استدلو على ذلك أيضاً بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ (الآية ٣٥، سورة النساء)، ووجه الدلالة أنّ الله سبحانه وتعالى لم يُضف إلى الحكّامين إلّا مهمة الإصلاح دون غيرها، وبذلك يكون ما وراء الإصلاح غير مفوّض إليهما^(٢).

في حين ذهب الحنابلة إلى أنّه إذا وقع الشقاق بين الزوجين نظر الحاكم، فإن بان له أنّ هذا الشقاق من جانب المرأة فهو نشوز (وقد مضى حكمه) أي تُطبّق حكم النشوز، وإن بان أنّه من الرجل أسكنهما إلى جانب ثقةٍ يمنعه من الإضرار بها والتعدي عليها، وإذا تبين له أنّ الإساءة مشتركة أسكنهما إلى جانب من يُشرف عليهما، فإذا لم يتهيأ له ذلك وتمادى الشر بينهما بعث الحاكم حكماً من أهله وحكماً من أهلها، فنظرا بينهما وفعلا ما يريان المصلحة فيه من جمعٍ أو تفريق^(٣).

(١) - شمس الدّين الشّريني، مغني المحتاج، المرجع السابق، كتاب القسم والنشوز، فصل حكم الشقاق بالتعدي بين الزوجين، ج ٣، ص ٣٤٣-٣٤٥. شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج ٥، ص ٢١٩.

(٢) - محمد علي الصابوني، تفسير آيات الأحكام في القرآن، ج ١، مكتبة الغزالي، دمشق، ط ٣، ١٩٨٠، ص ٤٧٢.

(٣) - ابن قدامه، المغني، المرجع السابق، كتاب عشرة النساء والخلع، ج ١٠، ص ٢٦٣-٢٦٤.

وقد اختلفت الرواية حول سُلطة الحكمين في المذهب الحنبلي؛ ففي إحدى الروايتين أنَّ الحكمين وكيلان عن الزوجين ولا يملكان التفريق إلَّا بإذنهما، والرواية الثانية أنَّ الحكمين يملكان التفريق^(١).

وأرجَّح رأي السادة المالكيَّة بجواز التفريق عند الشقاق والضرر عن طريق الحكمين إذا تعذَّر الإصلاح بينهما بدون الحاجة إلى توكيل الزوجين أو رضاهما؛ لأنَّ القول بعدم تمتع الحكمين بسُلطة التفريق يتناقض مع مُهمتها، بحسبان أنَّ التفريق يكون واجباً عند تعذُّر الإصلاح.

(١) - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص ٢٦٤.

الفرع الثاني

الموقف القانوني بجواز التفريق للشقاق والضرر

أجازت معظم التشريعات المقارنة طلب التفريق للشقاق والضرر، بشروط اختلفت فيها، وذلك وفقاً للآتي:

أولاً: حق طلب التفريق

أعطت بعض التشريعات محل الدراسة الحق بطلب التفريق للشقاق للزوجة فقط دون الزوج، بحسبان أن الزوج يملك الحق بإيقاع الطلاق. ومن هذه التشريعات التشريع المصري، حيث نصّت (المادة ٢٥) من قانون الأحوال الشخصية المصري على أنه^(١): "إذا ادّعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة.....يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق...".

كذلك، فإنّ المشرّع الجزائري أعطى للزوجة فقط الحق في طلب التفريق، في حالة الشقاق والتفريق لكل ضرر مُعتبر شرعاً، (المادة ٥٣) من المدونة الجزائرية. وإنّ مسلك المشرعان المصري والجزائري يتفق مع المآخذ التاريخي للتفريق للشقاق والضرر.

في حين ذهب باقي التشريعات المقارنة إلى إعطاء الحق بطلب التفريق لكلا الزوجين، فالمشرّع العراقي مثلاً أجاز لكلا الزوجين طلب التفريق عند الضرر وعند الشقاق، حيث نصّت (المادة ٤١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أنه: "لكل من الزوجين طلب التفريق عند توافر الأسباب الآتية: ١. إذا أضّر أحد الزوجين بالآخر أو بأولادهما ضرراً يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية...". وجاء في المادة

(١) - القانون رقم (٢٥) لعام ١٩٢٩، المعدّل بالقانون ١٠٠ لعام ١٩٨٥.

نفسها أيضاً: "لكل من الزوجين طلب التفريق عند قيام خلاف بينهما، سواء أكان ذلك قبل الدخول أم بعده....".

وفي الاتجاه نفسه سار المشرّع التونسي، إذ نصّت (المادة ٢٥) من المجلّة التونسية على أنّه: "إذا شكّا أحد الزوجين من الإضرار به....".

في حين ميّز المشرّع المغربي بين حالة التفريق للشقاق، إذ أجاز لكلا الزوجين طلب التفريق وفقاً (للمادة ٩٤) من مدونة الأسرة المغربية: "إذا طلب الزوجان أو أحدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يخاف منه الشقاق..."، بينما قصر حق طلب التفريق في حالة الضرر على الزوجة فقط وفقاً (للمادة ٩٨) من المدونة: "للزوجة طلب التطليق بناءً على أحد الأسباب الآتية: ١. الضرر".

أمّا قانون الأحوال الشخصية السوري فقد أجاز لكلا الزوجين طلب التفريق في حالة الشقاق، إذ نصت (المادة ١١٢) على أنّه: "إذا ادّعى أحد الزوجين إضرار الآخر به بما لا يستطاع معه دوام العشرة، يجوز له أن يطلب من القاضي التفريق". وأكدت على ذلك محكمة النقض بالقول: "إنّ مجرّد طلب التفريق للشقاق حق لكل من الزوجين، ومجرّد الادعاء يكفي للسير به، دونما حاجة إلى بيان سبب الإضرار أو إثباته؛ لأنّ ذلك يُثار أمام المحكمة"^(١). وجاء أيضاً: "إنّ مجرّد طلب التفريق لا يُعدّ إساءة للطرف الآخر؛ لأنّ الإساءة تتحدد أثناء بحث الشقاق من قبل الحكّمين"^(٢).

^(١) - نقض سوري - قرار /٢٢٦٠/ لعام ٢٠٠٥، مذكور في المحامون، العدد ٤٣ و٤، آذار ونيسان، السنة

٧٢، لعام ٢٠٠٧، ص ٤٤٢.

^(٢) - نقض سوري، قرار /٢٢٥٦/، لعام ٢٠٠٥، المحامون، العدد ٤٣ و٤، ٢٠٠٧، ص ١٣٨٩.

ثانياً: مقدار الضرر المميز لطلب التفريق

أخذ المشرع المصري بمقياس استحالة دوام العشرة بين أمثالها. ولذا، فإنَّ المشرع المصري يتطلب أن يكون الضرر بقدر من الجسامه بحيث يستحيل معه استمرار الحياة الزوجية. وبمفهوم المخالفة، فإنَّ الضرر الممكن تحمله لا يُعدُّ سبباً موجباً لطلب التفريق. ومن بعض الأفعال التي عدتها المحاكم المصرية من قبيل الضرر الموجب للتفريق: مباشرة الزوجة في غير مكان الحرث، وشتم الزوجة، وارتكاب مُنكر ينال من شرفها، وابتزاز الزوج لأموال الزوجة، والهجر بقصد الإضرار، وتضرر الزوجة بسبب زواج زوجها بأخرى^(١).

ولم يختلف المشرع السوري عن المشرع المصري، حيث نصت (المادة ١١٢) من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه: "إذا ادعى أحد الزوجين إضرار الآخر به بما لا يستطيع معه دوام العشرة...". وبهذا، فإنَّ المشرع السوري استخدم عبارة المشرع المصري نفسها. فيجب أن يصل الضرر إلى الحد الذي لا يُطاق، أمّا إذا كان من قبيل الضرر البسيط، كالضرب الخفيف مثلاً، فلا يُعدُّ من قبيل الضرر الموجب للتفريق.

أمّا المشرع العراقي فقد أجاز التفريق للضرر لكلا الزوجين - كما ذكرت - واشترط لهذا الضرر أن يتعدّر معه استمرار الحياة الزوجية، وهو المعيار نفسه الذي تبناه المشرعان السوري والمصري، إلّا أنَّ المشرع العراقي أعطى أمثلة عن الضرر، إذ نصت (المادة ٤١) من القانون العراقي على: "١. إذا أضرَّ أحد الزوجين بالآخر أو

(١) - راجع الأحكام القضائية المصرية، أيمن أبو العيال، الخلع في القانون المصري، المرجع السابق، ص ٣٩-٤٠، نقلاً عن موسوعة قضاء النقض للشريبي، ج ٥، ص ٣٧٤.

بأولادهما ضرراً يُتَعَذَّرُ معه استمرار الحياة الزوجية، ويُعتبر من قبيل الإضرار: الإدمان على المخدرات والمسكرات.... وكذلك يُعَدُّ من قبيل الإضرار: ممارسة القمار في بيت الزوجية. ٢. إذا ارتكب الزوج الخيانة الزوجية ٣. إذا كان عقد الزواج قد تمَّ قبل إكمال أحد الزوجين الثامنة عشرة دوان موافقة القاضي. ٤. إذا كان الزواج قد تمَّ خارج المحكمة عن طريق الإكراه ولم يتم الدخول. ٥. إذا تزوّج الزوج بزوجة ثانية بدون إذن من المحكمة".

وعلى ذلك، فإنَّ المشرَّع العراقي فصلَّ في الضرر الموجب للتفريق، حيثُ أورد أمثلة على الضرر. ويُلاحظ أنَّ المشرَّع العراقي أجاز طلب التفريق ولو أنَّ الضرر الحاصل لاحق بالأولاد، وهو أمر تفرَّد به المشرَّع العراقي.

في حين أنَّ المشرَّع التونسي لم يُحدد معياراً للضرر، إذ نصَّت (المادة ٢٥) من المجلَّة التونسية على أنه: "إذا شكَّا أحد الزوجين من إضرار الآخر به....". كذلك فإنَّ المشرَّع المغربي لم يُحدد ماهية الضرر الموجب للتفريق، وإنَّما أجاز للزوجة طلب التفريق بمجرَّد حصول الضرر (المادة ٩٨)، كما أجازت لكلا الزوجين طلب التفريق بمجرَّد الخوف من قيام نزاع يُخشى منه الشقاق (المادة ٩٤).

وكذلك، فإنَّ المشرَّع الجزائري لم يُحدد معياراً للشقاق والضرر، وإنَّما نصَّ على ضرورة أن يكون الضرر مُعتبراً شرعاً (المادة ٥٣) من قانون الأسرة الجزائري. وبهذا، فإنَّ المشرَّع الجزائري لم يشترط أن يكون الضرر على قدر يتعذَّر معه استمرار الحياة الزوجية، فهي حالة شاملة وعامة لا تتقيَّد بضرر مُحدد، وتخضع لمطلق السلطة

التقديرية للقاضي^(١). وقد عدّ القضاء الجزائري أنّ "مُماطلة الزوج في إرجاع زوجته إلى بيت الزوجية يُعدُّ من قبيل الضرر المعترف شرعاً"^(٢). كما عدّت الضرب والجرح العمدي من الأضرار المعترف شرعاً^(٣).

يمكنني القول: إنّ اشتراط كون الضرر على قدر كبير من الجسامة بحيث يستحيل معه دوام العشرة أمر غير مقبول، فالضرر لا يجوز شرعاً أيّاً كان هذا الضرر، كما أنّ معظم مؤلفات المذهب المالكي لم تشترط تكرار الضرر من أجل القول بجواز طلب التفريق. وإنّ مسألة الضرر غير المحتمل مسألة نسبية، وتختلف من شخص إلى آخر، ومن حالة إلى أخرى، وهو ما أكّد عليه التشريع المصري بقوله: "بين أمثالها"، فإنّ القول بالمعيار النسبي من شأنه أن يُخرج بعض السلوكيات، التي تُعد من قبيل الضرر، بدعوى أنّ ظروف الزوجين أو بيئتهما لا ترى بأساً في مثل هذه التصرفات. لذا، أرى ضرورة الأخذ بمعيار موضوعي للضرر الموجب للتفريق المستند إلى منع الضرر أيّاً كانت هيئته وصورته.

وبعد أن استعرضت الموقف القانوني من الضرر الموجب للتفريق، فإنّني أعتقد أنّ ما ذهب إليه المشرّع الجزائري من ضرورة أن يكون الضرر مُعتبراً شرعاً جدير

(١) - مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص ٢٣٠. وانظر، آيت شاوس دليّة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، رسالة دكتوراة، الجزائر، جامعة مولود معمري، ٢٠١٤، ص ٢١٥.

(٢) - المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم ٥٠٥١٩/، قرار تاريخ ١٩٨٨/٩/٢٦. المجلة القضائية، العدد ١٢/، ١٩٩٢، ص ٤٨. أشارت إليه، آيت شاوس دليّة، المرجع السابق، ص ٢١٦.

(٣) - المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، ملف ٢٥٨٥٥٥/، قرار تاريخ ٢٠٠١/١/٢٣، المجلة القضائية العدد ٢/، لعام ٢٠٠٢، ص ٤١٧، أشارت إليه آيت دليّة، المرجع السابق، ص ٢١٧.

بالتأييد، من خلال وضع مبدأ عام من حيث كون الفعل يُشكّل خروجاً عن مقاصد الحياة الزوجية في المودة والاستقرار، فكل فعل يُقدّر القاضي أنّه يُشكّل ضرراً موجباً للتفريق، يستدعي التفريق حتى ولو لم يصل الضرر إلى الحد الذي لا يُطاق، فلا أرى مُبرراً لاشتراط ذلك، وأعتقد أنّ هذا الموقف أكثر انسجاماً مع المذهب المالكي. وأنني أؤيد موقف المشرّع العراقي الذي أجاز التفريق حتى لو كان الضرر لاحقاً بالأولاد، وأدعو المشرّع السوري إلى تبنيه.

ثالثاً: دور القاضي في دعوى التفريق للشقاق والضرر

ميّزت معظم التشريعات المقارنة بين دور القاضي في حالة ثبوت الضرر وعجز القاضي عن الإصلاح، وبين حالة عدم ثبوت الضرر.

١. حالة ثبوت الضرر وعجز القاضي عن الإصلاح: يتفق المشرعون المصري والمغربي والتونسي والجزائري والسوري في الحكم عند ثبوت الضرر وعجز القاضي عن الإصلاح، فإذا استطاع طالب التفريق إثبات الضرر، سواء بالبينّة أو بإقرار الزوج مُسبب الضرر^(١)، ولم يستطع القاضي الإصلاح، فيحكم القاضي بالتفريق دون حاجة إلى أن يبعث حكماً.

وهو ما نصّت عليه (المادة ٦) من قانون الأحوال الشخصية المصري، و(المادة ٩٤) من المدونة المغربية، حيث إنّها أوجبت على المحكمة أن تبذل جهدها

(١) - عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل في المحاكم، دار القلم، الكويت، ط٢، ١٩٩٠، ص ١٦٤.

لحل النزاع بين الزوجين، وإذا تعذر الإصلاح بين الزوجين قررت المحكمة التفريق بين الزوجين. وهذا ما جاء أيضاً في (الفصل ٢٥) من مدونة الأسرة التونسية.

كذلك (المادة ١١٢) من القانون السوري "إذا ثبت الضرر، وعجز القاضي عن الإصلاح، فُرق بينهما، ويُعتبر هذا التفريق طلاقاً بائناً".

وهو ما أكدته محكمة النقض السورية بالقول: "يُشترط لجواز التفريق من القاضي مباشرةً ثبوت الضرر الذي لا يُستطاع معه دوام الحياة الزوجية، وعجز القاضي عن الإصلاح"^(١). وإذا أصرّ الزوج على طلب التفريق ولم يثبت الضرر، فليس للقاضي، التفريق وإنما يتوجب عليه اللجوء إلى التحكيم"^(٢). وقد أقرّ القضاء المصري مبدأً مُهمّاً في مسألة إثبات الضرر، حيثُ قررت محكمة النقض أنّه يكفي لاكتمال نصاب الشهادة في دعوى التفريق للضرر أن تتفق شهادة الشهود على إيذاء الزوج لزوجته على وجهٍ مُعيّن تتضرر منه الزوجة، دون أن يُشترط لذلك أن تنصب شهادتهم على كُل واقعة من الوقائع التي تُشكّل هذا الإيذاء، بحسبان أنّ تلك الوقائع ليست مقصودة بذاتها، بل هي تُمثّل في مجموعها سلوكاً تتضرر منه الزوجة"^(٣).

(١) - نقض سوري، غرفة شرعية، قضية /٢٤٥/، قرار /٢٤٦/ تاريخ ١٩٧٧/٤/٥، أشار إليه أديب استانبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، ج ١، ص ٤٠٢.

(٢) - نقض سوري، غرفة الشرعية، أساس /٩٢٠/، قرار /٦٢٠/ تاريخ ٢٣ / ١٠ / ١٩٨٤، أديب استانبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، ج ١، ص ٤٠٧.

(٣) - الطعن ٨٢، السنة القضائية ٦٣ أحوال، جلسة ١٩٩٧/١/٢٨، أشار إليه، إبراهيم سيد أحمد، الوجيز في الإثبات في مواد الأحوال الشخصية فقهاً وقضاً، ط ١، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية ٢٠٠٣، ص ٣١.

أما المشرّع العراقي فقد أوجب على القاضي أن يُجري تحقيقاً في أسباب الشقاق، فإذا ثبت وجوده يُعيّن حكماً من أهل الزوج، وحكماً من أهل الزوجة (المادة ٤١). وبهذا، فإنّ المشرّع العراقي يوجب تعيين الحكّمين عند التّثبت من حصول الشقاق.

يمكنني القول: من الممكن تعيين الحكّمين حتى في الحالة التي يثبت فيها الضرر ويعجز فيها القاضي عن الإصلاح، فقد يستطيع الحكّمان إصلاح ذات البين بين الزوجين، وقد يستطيعان أن يفعلوا ما عجز عنه القاضي في ذلك.

٢. عدم ثبوت الضرر: يذهب المشرّع السوري إلى أنّه إذا لم يستطع المدّعي إثبات الضرر في دعوى التفريق فإنّ القاضي يؤجل النظر في الدعوى شهراً أملاً بالمصالحة، وإنّ مهلة الشهر من النظام العام^(١)، وإنّ عدم إمهال الطرفين مُدّة الشهر يجعل إجراءات التحكيم باطلة^(٢)، فإذا انقضت المدّة، وأصرّ المدّعي على دعواه، عيّن القاضي حكّمين من الأقارب إن أمكن، وإلاّ فمن الأبعد، ولا يجوز تعيين حكم من الأقارب وحكم من الأبعد^(٣).

وهو ما يُقرره المشرّع المصري أيضاً في (المادة ٦)، حيث ذهب إلى أنّه إذا عجز المدعي عن إثبات الضرر، وتكررت الشكوى، ولم يثبت الضرر، فإن القاضي يلجأ إلى

(١) - نقض سوري، الغرفة الشرعية، قضية رقم ٢٢٤٢/ لعام ٢٠٠٥، المحامون العددان ٣-٤ آذار ونيسان، السنة ٧٢، لعام ٢٠٠٧، ص ٤٣٦.

(٢) - نقض سوري، غرفة شرعية، قضية رقم ١٤١٧/ لعام ٢٠٠٠، المحامون العددان ٣-٤، لعام ٢٠٠٠، ص ٨٩٢.

(٣) - نقض سوري، غرفة شرعية، قضية رقم ٢٢٤٨/ لعام ٢٠٠٥، مجلة المحامون، العدد السابق، ص ٤٣٨.

تعيين الحكّمين. وكذلك نصّ المشرّع العراقي في (المادة ٤١) على ضرورة إجراء التحقيق في أسباب الخلاف، فإذا ثبت وجوده، عينت المحكمة حكماً من أهل الزوجة، وحكماً من أهل الزوج إن وجد، وإلاّ عينت حكّمين من غير أقارب الزوجين. وفي السياق نفسه سار المشرعون المغربي (المادة ٩٤)، والتونسي (الفصل ٢٥)، والجزائري (المادة ٥٦)، حيث نصّت على أنّه: "إذا اشتدّ الخصام بين الزوجين، ولم يثبت الضرر، وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما".

وعلى ذلك، تتفق التشريعات المقارنة من حيث وجوب تعيين حكّمين عند عدم ثبوت الضرر والشقاق بين الزوجين لمحاولة الإصلاح بينهما. وهو ما يوافق المذهب المالكي الذي أوجب تعيين الحكّمين عند عدم ثبوت الضرر، كما يتوافق الموقف القانوني المقارن مع المذهب المالكي عند ثبوت الضرر وتعذر إصلاح ذات البين، حيث أجاز التفريق بدون الحاجة إلى تعيين الحكّمين.

المطلب الثاني

مدى حق الزوجين بطلب التعويض عن التفريق للشقاق والضرر

بيّنت شروط طلب التفريق بسبب الشقاق والضرر بين الزوجين، وذلك وفقاً للفقهاء الإسلامي، وبعض قوانين الأحوال الشخصية العربية. والسؤال الذي يطرح نفسه ما مدى مسؤولية الزوج مُسبب الشقاق والضرر عن اللاحق بالطرف الآخر في عقد الزواج؟ وهل يُمكن أن يُحكم له بتعويض عمّا أصابه من ضررٍ من هذا التفريق؟ وما هي الآثار المالية المترتبة على هذا التفريق؟

ولتوضيح ذلك، سأعرض الموقف الفقهي (الفرع الأول)، ومن ثمّ الموقف القانوني (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الموقف الفقهي في إمكانية التعويض عن التفريق للشقاق

ذكرت أنَّ فقهاء المذهب المالكي ومن وافقهم من فقهاء المذهب الحنبلي أهتمَّ أجازوا التفريق للشقاق والضرر، وقد ميّزوا بين حالة الضرر الثابت من الزوج على زوجته، وحالة الضرر غير الثابت.

ولم يُعالج فقهاء المالكية الآثار المالية المترتبة عن التفريق في معرض حديثهم عن الضرر الثابت، بحسبان أنَّ الضرر ثابت من الزوج على زوجته، فمن الطبيعي ألاَّ يسقط شيء من حقوق الزوجة المالية^(١).

ولكن ماذا لو أنَّ الضرر الثابت كان بالصورة المعاكسة؛ بمعنى أنَّه ثابت من الزوجة على زوجها؟ ذكرت سابقاً في حديثنا عن حق طلب التفريق للشقاق أنَّ بعض فقهاء المالكية أشاروا إلى حق الزوج بطلب التفريق عند الشقاق والضرر الحاصل من الزوجة^(٢). كما أنَّ الزوج يملك طلاق زوجته بحسب الأصل، فماذا لو أنَّ الزوج لجأ إلى طلاق زوجته بسبب الضرر الحاصل منها، ولم يلجأ إلى طلب التفريق للشقاق والضرر، فهل يعني ذلك أنَّه من يتحمَّل ضرر الزوجة ابتداءً، وسيتحمَّل الآثار المالية المترتبة على الطلاق أيضاً؟

في الواقع، تعرَّض المالكية لموضوع الآثار المالية في حالة الضرر غير الثابت، وفقاً للتفصيل الآتي:

(١) - أيمن أبو العيال، الخلع في القانون المصري، المرجع السابق، ص ١٨.

(٢) - محمد عليش، المرجع السابق، ج ٣، ص ٥٤٦.

إذا ثبت أنَّ الإساءة من الزوج على زوجته (طلقاً عليه بلا خلع) أي بلا مال يأخذه منها لظلمه^(١). أمّا إذا ثبت أنَّ الإساءة من جانب الزوجة، فإنَّ الحكمين - بحسب الأصل - يجعلان الزوج أميناً على زوجته ويوصيانه بالصبر. أمّا إذا طلب التفريق (فيخالعاه)^(٢)، ولو زاد ذلك على مقدار صداق الزوجة. فيفهم من ذلك أنَّ الخيار للزوج، إن شاء صبر واحتسب، وإن شاء طلب الفراق، فيفترق بين الزوجين على مالٍ تدفعه الزوجة ولو زاد عن الصداق، فيفهم أنَّ هذه الزيادة بمثابة التعويض عمّا أصاب الزوج من ضرر بسبب سلوك الزوجة، وإنَّ هذه الزيادة تصلح لتأصيل حق الزوج في التعويض، بحسبان أنَّ بدل الخلع لا يتقيّد أصلاً بمقدار المهر.

في حين يذهب بعض فقهاء المالكية إلى أنَّ السلطة التقديرية تكون للحكمين في حال كانت الإساءة من جانب الزوجة، إن شاء جعل الزوج أميناً على الزوجة، وإن رأيا أن يأخذاً له منها شيئاً يوقعان الفراق ويفعلان ذلك، ولو أخذاً منها أكثر من صداقها^(٣).

أمّا إذا كانت الإساءة مُشتركة فيتم التفريق بينهما، إمّا بلا خلع، أو على شيءٍ يسيرٍ منها له، حسب تقدير الإساءة^(٤). وإذا كانت الإساءة أكثرها من أحد الزوجين فهي بحكم الإساءة منه وحده^(٥).

(١) - الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج ٢، ص ٣٤٥.

(٢) - الدسوقي، المرجع السابق، ص ٣٤٥.

(٣) - أبي عبدالله محمد الخرشي، حاشية الخرشي، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط ٢، ١٣١٧هـ، ج ٤، ص ١٠-١١.

(٤) - الدسوقي، حاشية الدسوقي، ص ٣٤٥.

(٥) - حاشية الخرشي، ج ٤، المرجع السابق، ص ١٢.

وعلى ذلك، يظهر لي أنّ فقهاء المذهب المالكي هم من تعرضوا للآثار المالية المترتبة عن التفريق للشقاق، أمّا باقي المذاهب الفقهية لم تجز التفريق للشقاق ولم تتعرض بذلك لتلك الآثار. ويظهر لي أنّ فقهاء المذهب المالكي لم يسقطوا شيئاً من حقوق الزوجة عندما يكون الضرر ثابتاً من الزوج على زوجته، أو عندما يثبت للحكمين أنّ الإساءة من الزوج على زوجته في حالة الضرر غير الثابت. ويرأي أن إبقاء حقوق الزوجة، أو إعفاءها من بدل الخُلَع عند ثبوت ظلم الزوج لا يُعدّ تعويضاً كافياً، ويمكن أن يحكم لها الحكمين بمبلغ يزيد عن المهر، ويكون تأصيله في المتعة التي أوجبها بعض الفقهاء لكل مطلقة وهو أساس يُمكن أن نؤسس عليه هذه الزيادة المعطاة للزوجة.

وبالمقابل، فقد أجاز المالكية للحكمين في حال ثبت أنّ الإساءة من الزوجة، وأختار الزوج الفراق، التفريق مُقابل مال تدفعه الزوجة ولو زاد على المهر.

الفرع الثاني

الموقف القانوني في إمكانية التعويض عن التفريق للشقاق

تعرّضت بعض التشريعات إلى تحديد الطرف المسؤول عن التفريق للشقاق والضرر، وأثر ذلك في المهر (أولاً)، في حين أعطت تشريعات أخرى للقاضي سلطة تقدير التعويض في حال حصل التفريق للشقاق والضرر (ثانياً).

أولاً: أثر التفريق للشقاق والضرر على المهر

نصّت (المادة ١١٤) من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنّه: "يبدل الحكمان جُهدهما في الإصلاح بين الزوجين، فإن عجزا عن الإصلاح، وكانت الإساءة أو أكثرها من الزوج، قررا التفريق بطلقة بائنة، وإن كانت الإساءة أو أكثرها من الزوجة، أو مُشتركة بينهما، قررا التفريق على تمام المهر أو على جزءٍ منه يتناسب ومقدار الإساءة".

وللحكّمين أن يُقررا التفريق بين الزوجين، مع عدم الإساءة من أحدهما على براءة ذمة الزوج من قسم من حقوق الزوجة إذا رضيت بذلك، وكان قد ثبت للحكّمين استحكام الشقاق على وجهٍ يتعدّر إزالته".

وعلى ذلك، فإنّ المشرّع السوري أعطى الحكّمين الصلاحية لتقدير نسبة الإساءة وانعكاسها على المهر. وأكّدت على ذلك محكمة النقض السوريّة بالقول: "في قضايا التفريق للشقاق يكون البحث عن الإساءة وأثرها على المهر من مُهمّة

فإذا كانت الإساءة كُلِّها أو أكثرها من جانب الزوج، فعندها يُقرر الحكمان التفريق بطلقة بائنة، وللزوجة الحق في المهر كاملاً، ولا يوجد أي تعويض للزوجة في هذه الحالة، وأكّدت محكمة النقض السورية على ذلك بالقول: "إذا كانت الإساءة أو أكثرها من الزوج فإنَّ الزوجة تستحق كامل المهر المعجل والمؤجل"^(٥). وجاء أيضاً:

"إذا كانت الإساءة من الزوج كان مسؤولاً مسؤولية كاملة عن الحُكم بالتفريق، وحيث أنَّ الدخول لم يتم فتستحق الزوجة نصف المهر، مُعجله ومؤجله، وإنَّ غياب الزوج

(٢) - نقض سوري، هيئة عامة، أحوال شخصية، قضية رقم ٣١٩/أساس/٢٠٠٩، قرار ٦٨٥/لعام ٢٠٠٩، مجلة المحامون، العدد السابق، ص ١٣٣٢.

(٤) - نقض سوري، هيئة عامة، أحوال شخصية، أساس رقم ١٤/، قرار ٤/، تاريخ ٢٠١٧/٤/١٠، سجلات محكمة النقض.

(٥) - نقض سوري، هيئة عامة، أحوال شخصية، قضية رقم /٢٨١٦/ أساس /٢٠٠٩/، قرار /٣٤٩٨/ لعام ٢٠٠٩، مجلة المحامون، العدد السابق، ص ١٣٩٤.

عن مجلس التحكيم دون مُبرر لا يُلحق أي ضرر بالقرار"^(١). وفي قرارٍ آخر: "إنّ تقرير الحكمين قد ذكر أنّ الإساءة أكثرها من الزوج، مما يوجب معه الحكم للزوجة بكامل المهر المعجل والمؤجل، وهو ما نصّت عليه الفقرة الأولى من (المادة ١١٤) أحوال شخصية"^(٢).

وبهذا، يتفق القانون السوري مع المذهب المالكي من ناحية استحقاق الزوجة تمام المهر دون الحديث عن أي تعويض تستحقه الزوجة، فالمهر دين في ذمة الزوج يُستحق للزوجة بتمامه بعد أن تمّ العقد، وحصل الدخول أو الخلوة الصحيحة، وإنّ الحكم باستحقاق الزوجة للمهر لا يُعدّ -برأيي- بمثابة تعويض للزوجة.

أمّا إذا كانت الإساءة مُشتركة، وهي الحالة الغالبة في دعاوى التفريق للشقاق، فإنّ الحكمين يقومان بالتفريق بين الزوجين على قسم من المهر يتناسب مع درجة الإساءة؛ بمعنى أنّه يتم إعفاء الزوج من جزء من المهر ويدفع الجزء الآخر. وجاء في الاجتهاد القضائي: "إنّ كون الإساءة مُشتركة لا يعني إعفاء الزوج من مؤخر المهر؛ لأنّ تقدير الإساءة وانعكاسها على المهر منوط بقناعة الحكمين"^(٣). وجاء أيضاً: "إنّ كون الإساءة مُشتركة لا يعني أنّها مُتساوية بين الطرفين"^(٤). "وإنّ اعتبار الإساءة

(١) - نقض سوري، هيئة عامة، أحوال شخصية، أساس رقم ١٣/، قرار ٩/، تاريخ ٢٠١٧/٧/٣١، سجلات محكمة النقض.

(٢) - نقض سوري، هيئة عامة، أحوال شخصية، أساس رقم ١٧/، قرار ٥/، تاريخ ٢٠١٧/٤/١٠، سجلات محكمة النقض.

(٣) - قضية رقم ٤٢٧٤/ أساس ٢٠٠٩/، قرار ٣٦٢١/ لعام ٢٠٠٩، مجلة المحامون، العدد السابق، ص ١٣٩٨.

(٤) - قضية رقم ٨٩٦/ أساس ٢٠٠٩/، قرار ٦٥٣/ لعام ٢٠٠٩، مجلة المحامون، العدد السابق، ص ١٣٢٧.

مُشتركة بين الزوجين لا يعني بالضرورة أن يكون لكل من الزوجين نصف المهر، وإثماً يعود تقدير ما يتوجب لأحدهما على الآخر من حيث المهر إلى رأي الحكّمين معاً^(١). فلاحظ هنا أنّه في حال الإساءة المشتركة، يتم إعفاء الزوج من جزء من المهر الثابت أساساً في ذمّة الزوج، فإنّ مثل هذا الإسقاط يكون بمثابة تعويض للزوج في حال كانت أغلب الإساءة من الزوجة.

وجاء أيضاً: "من الثابت فقهاً واجتهاداً أنّ المهر الذي ينصب عليه أثر التحكيم الوارد في (المادة ١١٤) أحوال شخصية، يشمل مُعجل المهر ومؤجله؛ لأنّ الأصل في المهر أن يُستحق كاملاً، إلّا أنّ الناس اصطَلَحوا جعله قسمين: مُعجل ومؤجل، وجعلوا المؤجل غير مُستحق إلّا بالبينونة أو الوفاة، ما لم ينص عقد الزواج على خلاف ذلك، وإنّ اعتبار الإساءة مُشتركة تعني أن يُعامل المقدّم والمؤخر مُعاملة واحدة، وما ينطبق على المقدّم ينطبق على المؤخر، خلافاً لما جاء في القرار المخاصم الذي قضى بتسليم المدعيّة كامل مهرها المعجل، وثمانون بالمئة من مؤخر مهرها، فإنّ القرار المخاصم جاء بخلاف النص والاجتهاد والفقّه، وانحرف عن الحد الأدنى للمبادئ الأساسية، وينحدر إلى الخطأ المهني الجسيم"^(٢). لذا، فعلى الحكّمين عند تقريرهم أنّ الإساءة مُشتركة يتوجب عليهم، أن يعفوا الزوج من المهر بالنسبة نفسها بالنسبة للمقدّم والمؤخر.

(١) - نقض سوري، هيئة عامة، أحوال شخصية، قضية رقم /٢٦٢٤/ لعام /٢٠٠٥/، مجلة المحامون، العددان الثالث والرابع، السنة /٧٢/، لعام ٢٠٠٧، ص ٤٥٨.

(٢) - نقض سوري، هيئة عامة، أحوال شخصية، أساس رقم /١٤٤/، قرار /٤/، تاريخ ٢٠١٧/٤/١٠، سجلات محكمة النقض.

وفي حال كانت الإساءة من جانب الزوجة فحينها يقرر الحكمان التفريق على تمام المهر، تدفعه الزوجة لزوجها إن كانت قبضته من قبل، أو تبرئه منه إن لم يكن مقبوضاً^(١). حيث جاء في الاجتهاد: "إذا كانت الإساءة أو أكثرها من الزوجة، قرر الحكمان التفريق على تمام المهر أو على جزء منه. لذا؛ فإنّ قرار المحكمة الشرعية بإعفاء المدّعي من مؤخر المهر، وإلزام المدّعي عليها بإعادة خمسة وعشرون ألف ليرة سورية من مُعجل المهر، جاء موافقاً للقانون"^(٢). وبهذا، يختلف القانون السوري عن المذهب المالكي الذي أجاز أن يكون البذل أكثر من المهر، وهو ما أوّيده أيضاً.

أمّا في حال عدم وجود إساءة من أحد الزوجين للآخر فإنّ للحكمين التفريق مقابل إبراء الزوج من قسم من حقوق الزوجة إذا رضيت بذلك، بشرط استحكام الشقاق والنزاع إلى حدٍ لا يمكن إزالته إلا بالتفريق؛ بمعنى أنّ المشرّع السوري منح الحكمين سلطة التفريق بين الزوجين إذا استحكم الشقاق ولم تثبت الإساءة^(٣).

(١) - عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج ٢، الطلاق وآثاره، ص ٨٩.
(٢) - نقض سوري، هيئة عامة، أحوال شخصية، أساس ٦/، قرار ١٠/، تاريخ ٢٨/٨/٢٠١٧، سجلات محكمة النقض.

(٣) - بعد أن يقوم الحكمان بإعداد التقرير يرفعانه إلى القاضي، وإما أن يكون التقرير مُتضمناً للإصلاح فيخبر القاضي بذلك، أو يتفقا على التفريق. والقاضي إما أن يحكم بما قرره الحكمان، وإما أن ينقضه ويقوم بتغييره من خلال تعيين غيرهما ولمرة واحدة، حيثُ جاء في الاجتهاد "من صلاحية محكمة الموضوع إهدار تقرير الحكمين وإعادة التحكيم مجدداً كمحاولة للإصلاح بين الزوجين. (القضية رقم ١٩٤٢ لعام ٢٠٠٥، مجلة المحامون، العددان ٩-١٠ تشرين الأول، السنة ٧٦، ٢٠١١، ص ١٤٢٧). وقد يختلف الحكمان فلا يتفقان على الصلح ولا على التفريق، أو يختلفان في مقدار العوض الذي يتناسب مع مدى الإساءة. ففي هذه الحالة يتم إعادة التحكيم، حيث يجوز إعادة التحكيم إذا خالف الحكمان القانون أو اختلفا (القضية رقم ٢٠٩٢ لعام ٢٠٠٨، مجلة المحامون، العددان ٩-١٠، أيلول وتشرين الأول، السنة ٧٦، ٢٠١١، ص ١٤٤١)، وإنّ الحكمين المعيّنين بعد قرار التحكيم غير مُلزَمين بنتيجة التحكيم الأول

ومما سبق، فإنَّ المشرِّع السوري ربط بين المهر والتفريق للشقاق، وأجاز التفريق مع تقدير نسبة الإساءة لتبيان أثر هذه الإساءة في المهر. وهذا يدفعني إلى التساؤل الآتي: ماذا لو كان الضرر اللاحق بأحد الزوجين أكبر من قيمة المهر، فهل يحق للطرف المتضرر طلب التعويض عمَّا أصابه من ضرر؟ فعلى سبيل المثال: لو أنَّ الزوجة أصابها بؤس وفاقة، فهل بمقدورها طلب التعويض؟

استقرَّ الاجتهاد القضائي على أنَّ طلب الزوجة التعويض في غير محلِّه القانوني ولو كانت المسؤوليَّة في أكثرها من الزوج؛ لأنَّ (المادة ١١٧) الخاصَّة بالطلاق التعسفي قصدت الطلاق الذي يأتيه الزوج ويكون السبب الوحيد في انتهاء الحياة الزوجيَّة، فلا وجه للقياس على هذا النص^(١).

ويمكنني القول: إنَّ المشرِّع والاجتهاد القضائي السوري يجعلان من التفريق للشقاق وسيلة قانونيَّة للتهرب من تعويض الزوجة، في حال كان الزوج هو السبب في الضرر اللاحق بالزوجة، وأجبرها على طلب التفريق للشقاق فليس لها الحق بطلب التعويض، وليس لها أكثر من المهر.

(قضية رقم ٢٦٠٨، لعام ٢٠٠٥، مجلة المحامون العددان ٣-٤، السنة ٧٢، لعام ٢٠٠٧، ص ٤٥٤. والتفريق يُعدُّ حاصلًا من تاريخ صدور القرار به، وليس من تاريخ قرار الحكمين (قرار رقم ١١٨ لعام ١٩٨٣، أشار إليه أديب استانبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ج ١، ص ٤٢٥).

(١) - نقض شرعي، قضية رقم ٨٧٩/، قرار ٦٧٧/، تاريخ ١٩٨٣/٤/٥، أديب استانبولي المرشد في قانون الأحوال الشخصية، ج ١، ص ٤٤٩-٤٥٠.

كما أنه ليس بمقدور الزوج أن يُطالب بتعويض يزيد على مقدار المهر إذا كانت الإساءة من جانب الزوجة، وهو ما يقرره المذهب المالكي صراحة^(١).

ويتشابه موقف المشرّع المصري مع نظيره السوري، إذ نصّت (المادة ١٠) من القانون المصري^(٢) على أنّه: "أ. إذا كانت الإساءة كُلّها من جانب الزوج، اقترح الحَكمان التّطليق بطلقة بائنة، دون المساس بشيء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق. ب. وإذا كانت الإساءة كُلّها من جانب الزوجة اقترح الحَكمان التّطليق، نظير بدل مُناسب تلتزم به الزوجة. ج. وإذا كانت الإساءة مُشتركة اقترحا التّطليق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الإساءة. وإن جهلا الحال فلم يُعرف المسيء منهما اقترح الحَكمان التّطليق بدون بدل".

ويُلاحظ أنّ المشرّع المصري يتفق مع السوري في حُكم الإساءة الصادرة من الزوج، إذ يقترح الحَكمان التفريق دون المساس بحقوق الزوجة. ولكنّ القانون المصري لم يُبيّن حُكم أكثر الإساءة الصادرة من الزوج، بخلاف القانون السوري. وأعتقد أنّ الحَكمان يُقدّران البديل بنسبة الإساءة؛ لأنّ الفقرة (ج) من المادة السابقة تُعطي الحَكَمين سُلطة تقدير البديل بنسبة الإساءة، وهذا يشمل لو كان أكثر الإساءة من الزوج أو من الزوجة.

(١) - "إذا ثبت أنّ الإساءة من جانب الزوجة، فإنّ الحَكَمين -بحسب الأصل- يجعلان الزوج أميناً على زوجته ويوصيانه بالصبر. أمّا إذا طلب التفريق (فيخالعاه)، ولو زاد ذلك على مقدار صداق الزوجة"، الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج ٢، ص ٣٤٥.

(٢) - قانون الأحوال الشخصية رقم ٣٥ لعام ١٩٢٠ المعدل بالقانون رقم ٢٥ لعام ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لعام ١٩٨٥.

أمّا إذا كانت الإساءة كُلّها من جانب الزوجة فيقترح الحَكمان التّطليق نظير بدل مُناسب يُدفع للزوج، ولو جاوز مبلغ المهر، وهو ما ينسجم مع المذهب المالكي، ويُخالف المشرّع السوري الذي قرر التفريق على تمام المهر فقط.

وفي حال كانت الإساءة مُشتركة قرر الحَكمان التفريق على تمام المهر، أو على بدل يتناسب مع بدل الإساءة، وهو ما يوافق القانون السوري، والمصري، والمذهب المالكي أيضاً.

أمّا في حال جهل الحَكمان المسيء من الزوجين فإنّهما يقترحان التّطليق بدون بدل، وهو ما يتفق مع القانون السوري لناحية إعطاء الحَكَمين السلطة التقديرية لتقرير ذلك، ولكنّه يُخالف القانون السوري الذي اشترط استحكام النزاع، ورضاء الزوجة بإبراء الزوج من قسم من حقوقها الزوجيّة. أمّا المشرّع المصري فلم يشترط لذلك استحكام الشقاق، ولم يتطلب رضاء المرأة؛ لأنّ التفريق من دون بدل تلزمه ولن يؤثر على حقوقها الزوجية^(١).

كما تنص (المادة ١١) من قانون الأحوال الشخصية المصري لعام ١٩٢٩ المعدّل على أنّه: على الحَكَمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة، مُشتملاً على الأسباب التي بُني عليها، فإن لم يتفقا بعثهما مع ثالث له خبرة بالحال وقدرة على الإصلاح... وإذا اختلفوا أو لم يقدموا تقريرهم في الميعاد سارت المحكمة بالإثبات. وإن عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين، وتبيّن لها استحالة العشرة، بينهما وأصرّت الزوجة على الطلاق، قضت المحكمة بالتطليق بينهما بطلقة بائنة مع إسقاط

(١) - أيمن أبو العيال، الخلع في القانون المصري، المرجع السابق، ص ٤٤.

حقوق الزوجة المالية كُلِّها أو بعضها، وإلزامها بالتعويض المناسب إن كان لذلك مُقتضى".

ولذا، يختلف الحكم في حال جهل الحكمين المسيء عن الحالة التي لا يتفق فيها الحكمان في التقرير. ففي الحالة الأولى، أعطى المشرع الحق للحكمين باقتراح التطبيق بدون بدل، أما إذا ما اختلف الحكمان في تقريرهما، وتبيّن للمحكمة استحالة التوفيق بين الزوجين، وأصرّت الزوجة على طلب التفريق، قضت المحكمة بالتطبيق مع إسقاط حقوقها المالية كُلِّها أو بعضها، وإلزامها بالتعويض عند الضرورة^(١).

وبالمثل، فقد ربط المشرع العراقي بين التفريق للشقاق والمهر، حيث نصّت (المادة ٤١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على: "إذا تمّ التفريق بعد الدخول، يسقط المهر المؤجل إذا كان التقصير من جانب الزوجة، سواء أكانت مُدّعية أو مُدّعى عليها، فإذا كانت قد قبضت جميع المهر تُلزم برد ما يزيد عن نصفه، أما إذا ثبت أنّ التقصير واقع من الطرفين، فيقسم المهر المؤجل بينهما بنسبة التقصير المنسوب إلى كل منهما، أما إذا تمّ التفريق قبل الدخول، وثبت التقصير من جانب الزوجة، فإنّها تلتزم برد ما قبضته من مهر مُعجل".

وعلى ذلك، فإنّ المشرع العراقي يُميّز بين حالة التفريق بعد الدخول والتفريق قبل الدخول. ففي حال كان التفريق بعد الدخول، وثبت التقصير من جانب الزوجة، فيجب إسقاط المهر المؤجل عنها، وتلتزم الزوجة برد نصف المهر في حال قبضته

(١) - بموجب تعديل قانون الأحوال الشخصية المصري بالقانون رقم (١) لعام ٢٠٠٠ أصبح القاضي غير مُلزم بتقرير الحكمان، سواء إذا كان الحكمان مُتفقين أو مُختلفين.

كاملاً، لكنّ المشرّع العراقي لم يُبيّن حُكم الإساءة في حال كانت أكثرها من الزوجة بخلاف السوري.

أمّا إذا كان التفريق قبل الدخول، وثبت التقصير من جانب الزوجة، فيجب عليها أن ترد ما قبضته من مهرها المعجل. وفي حال كان التقصير من الجانبين، فيقسم المهر المؤجل بين الطرفين.

وألاحظ أنّ المشرّع العراقي لم يُبيّن حُكم إساءة الزوج. وبرأيي إنّّه لم يتطرق إليه، لأنّه إذا كانت الإساءة من الزوج، فإنّ للزوجة حقها في المهر كاملاً. ولم يوضّح الحكم في حال لم يظهر للحكمين الطرف المسيء، بخلاف المشرعان السوري والمصري اللذان نصا على ذلك. كما أنّ التشريع العراقي يميّز بين حالة التفريق قبل الدخول والتفريق بعده.

ثانياً: تقدير القاضي للتعويض عند الشقاق والضرر

أعطت بعض التشريعات للقاضي سلطة تقدير التعويض عند التفريق للشقاق والضرر، فيُثار التساؤل: حول كيفية تقدير التعويض؟ وما هي العناصر التي يُستند عليها في التقدير؟ وما هو أساس المسؤولية في ذلك؟

سأتعرّض لموقف هذه التشريعات، ومن ذلك ما نصّ عليه المشرّع المغربي في (المادة ٩٧): "في حال تعذّر الإصلاح واستمرار الشقاق تُثبت المحكمة ذلك في محضر، وتحكم بالتطليق وبالمستحقات .. مُراعيةً مسؤولية كُل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يُمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر".

ونصّت (المادة ١٠١) من قانون الأسرة المغربي على أنّه: "في حال الحكم بالتطليق للضرر فإنّ للمحكمة أن تُحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق عن الضرر".

وعلى ذلك، فإنّ المشرّع المغربي يُقرر حق التعويض لفائدة الطرف المتضرر من التفريق للشقاق والضرر، إذ إنّ كلا الزوجين قد يتضرر من هذا التفريق. فعندما تكون الزوجة هي المتسببة بالضرر ومُصرّة على طلب التفريق، فإنّ ذلك يُصيب الزوج بالضرر البالغ، فهو من يتحمّل الالتزامات المالية المترتبة على عقد الزواج، سيّما إذا أرغم على التفريق، أضف إلى ذلك المشاكل النفسية التي قد يُعاني منها نتيجة عدم الاستقرار الأسري الذي سيعيشه جرّاء تربية أبنائه بعيداً عنه؛ فالضرر يلحق بالزوج كما يلحق بالزوجة.

فالتطليق للشقاق، وإن كان حقاً مشتركاً للزوجين، إلّا أنّه يُعدّ حلاً استثنائياً تلجأ إليه المحكمة عند الضرورة بعد تعذّر الإصلاح، وعموماً فإنّ المحكمة عند تحديدها لمسؤوليّة المتسبب في الشقاق تعتمد على فحص ظروف ووقائع كلّ قضية لاستيضاح التعسّف وسوء النية، والاستهتار بالحياة الزوجيّة، ومتى حددت المحكمة الطرف المسيء انتقلت إلى تحديد مبلغ التعويض^(١).

فالتعسّف في استعمال حق طلب التفريق للشقاق يُعدّ مظهراً من مظاهر سوء نية الزوجة، ويُمكن للمحكمة أن تستشف ذلك من خلال رفض الزوجة جميع المحاولات الرامية إلى إصلاح ذات البين، وجاء في الحكم القضائي الصادر عن قسم

(١) - محمد بن معجوز المزغرائي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، ج ١، ط ٢، بدون دار نشر، ١٩٩٥، ص ٣٨٣.

قضاء الأسرة: "حيثُ يهدف المدّعي في الطلب المقابل إلى الحُكم على المدّعى عليها بتعويض ٤٠٠٠ درهم كتعويض عن الضرر اللاحق به للتعسف الذي لحقه من زوجته طالبة التّطليق، وحيثُ أنّ المحكمة استنتجت من خلال ظروف النازلة ومُلابساتها أنّ الزوجة كانت مُتّعسّفة في طلب التّطليق، خصوصاً وأنّها لم تُثبت ادّعاؤها بأيّة وسيلة إثبات، وحيثُ أنّ المحكمة بما لها من سُلطة تقديرية ترى تحديد التعويض في مبلغ ٢٠٠٠ درهم" (١).

وبهذا، فإنّ الحُكم يستند إلى نظرية التعسف في استعمال الحق لتأسيس حق الزوج في التعويض عن الضرر الذي لحق به. ويبدو لي أنّ ذلك ينسجم مع قواعد العدالة والإنصاف، إذ إنّ استمرار المطالبة بالتفريق من قبل الزوجة أو الزوج، على الرغم من كُُل المحاولات الرامية للإصلاح، يُعدّ تعسفاً من جانب الطرف المتعنّت، سيّما إذا كان سبب العنت تافهاً لا مُبرر له.

ويُلاحظ أنّ المشرّع المغربي أعطى القاضي سُلطة في تقدير التعويض مُراعياً مسؤوليّة كُل من الزوجين عن سبب الفراق، فمتى يكون الزوج أو الزوجة مسؤولاً عن سبب الفراق؟ هل هو الطرف الذي يكون سبباً في نشوء النزاع، أم أنّه الطرف الذي يرفض إجراءات الصلح؟

أعتقد أنّ على المحكمة أن تلاحظ في تقرير المسؤوليّة أفعال الطرف الذي أتى أفعالاً مُخلّة بالواجبات الزوجيّة، والتي يستحيل بسببها استمرار الحياة الزوجيّة، وأن تأخذ بالحسبان أيضاً مسؤوليّة الطرف الذي يرفض مُقترحات الصلح، وهو ما أكّده

(١) - محكمة الأسرة المغربية، حُكم رقم ٦٢٢/، ملف ٤٥٢/، تاريخ ٢٠٠٥/٩/١٥. أشار إليه، عبد الصمد خشيع، مسطرة الشقاق في ضوء مُدونة الأسرة المغربية، مجلة الملف، عدد ٧٥، ٢٠٠٥، ص ٩٣.

القضاء المغربي في قضية تتلخص وقائعها بالآتي: "إنَّ زوجة تقدمت بطلب يرمي إلى التطليق بسبب الشقاق؛ لقيام الزوج بسبها وشتمها وإهانتها مُستعملاً سلوكات مشينة، واستمر الوضع على ذلك الحال، وأصبح النفور والعداء سيد الميدان، ولكنَّ الزوج أبدى استعداداً لتغيير سلوكياته، وأعلن عن استجابته لكل طلبات الزوجة بُغية الحفاظ على الأسرة، ومن حيثُ النتيجة فإنَّ المحكمة قررت التفريق بين الزوجين، وأعطت الزوجة تعويضاً عمّا أصابها من أضرار من خلال مبلغ المتعة، ورفضت منح الزوجة تعويضات إضافية عن أضرار ماديّة ومعنويّة أخرى.

وبالمقابل، فقد قضت للزوج بتعويض ٣٠٠٠ درهم مُعللةً ذلك بالقول: حيثُ إنَّ المشرّع، بمقتضى المادة ٩٧ من مُدونة الأسرة، قد حوّل لأحد الزوجين طلب التفريق للشقاق، ومنح المحكمة إمكانيّة الحكم بالتعويض لفائدة من تضرر من الزوجين بناءً على طلبه، وحيثُ أنَّ الزوجة المدعيّة أصرت على التفريق رغم كل المساعي المبذولة للإصلاح، وإبداء الزوج استعداده للاستجابة لمطالب الزوجة، وثبت استمرار وجود الزوجة خارج بيت الزوجيّة رغم كُلِّ الأحكام الصادرة بحقها من أجل الرجوع إلى بيت الزوجيّة، وحيثُ أنَّ الزوجة ومن خلال ما تمَّ بسطه أعلاه تكون بسلوكها قد ساهمت بشكل مُباشر فيما آلت إليه العلاقة الزوجيّة، وألحقت بزوجها ضرراً مادياً ومعنوياً نتيجةً لذلك، ويكون تبعاً لذلك مُحقاً في طلب التعويض"^(١).

فيظهر لي، أنَّ المحكمة المغربية أسست التعويض في هذه الحالة أيضاً على أساس التعسّف في استعمال الحق، فالمشرّع أعطى للزوجة الحق بطلب التفريق بشرط

(١) - محكمة مُراكش، القضية رقم /١٥٨٦/، تاريخ ١٢/١٠/٢٠٠٥ منشور على الشبكة العنكبوتيّة www.modawant-elosra.blog تاريخ الزيارة، ٢٠/٨/٢٠١٧.

ألا تتعسف في هذا الحق، وإنَّ إصرار الزوجة على طلب التفريق، على الرغم من إبداء الزوج استعداداً لإصلاح ذات البين فيه تعسف واضح في استعمال الحق، وإنَّ من موجبات المسؤولية عموماً نظرية التعسف في استعمال الحق المستقرة فقهاً وقانوناً.

وجاء في حكم آخر للمجلس الأعلى للقضاء المغربي: "إنَّ إصرار الزوجة على الإقامة في الخارج، وهو ما تستحيل معه المعاشرة الزوجية بين الزوجين، يجعل الزوجة مسؤولة عن إنهاء العلاقة الزوجية في طلب التفريق للشقاق، وتحمل التعويض المحكوم به"^(١). وألاحظ أنَّ المحكمة المغربية في هذه الحالة، قد أسست المسؤولية استناداً لخطأ الزوجة، من خلال إصرارها على الإقامة في الخارج، وعدم استجابتها لطلب الزوج بعودتها.

كذلك فإنَّ المشرع التونسي نصَّ على أنَّ الطلاق والتطليق يكون سبباً في تعويض من تضرر من الزوجين من هذا الفراق، وفقاً للفصل (٣١) من قانون الأسرة التونسي: "يُحكم بالطلاق ١. بتراضي الزوجين ٢. بناءً على طلب الزوجة بسبب ما حصل لها من ضرر ٣. بناءً على رغبة الزوج بإنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به. ويُقضى لمن تضرر من الزوجين بتعويض الضرر المادي والمعنوي الناجم عن الطلاق في الحالتين ٢ و ٣".

وبذلك فإنَّ المشرع التونسي أجاز لمن تضرر من الزوجين المطالبة بتعويض عما أصابه من ضررٍ مادي أو معنوي.

(١) - المجلس الأعلى للقضاء المغربي، القرار /٢٢٢/، تاريخ ١٤/٤/٢٠٠٧، منشور على الموقع السابق.

أما المشرّع الجزائري فلم يكن يُقرر الحق بالتعويض عند الحكم بالتطليق عموماً^(١)، لذلك اختلف القضاء حول إمكانية التعويض، فقرر القضاء الجزائري بدايةً أنَّ المرأة لا يجوز لها الاستفادة مرتين، مرةً بتطليقها من زوجها رغماً عنه، ومرةً بمنحها علاوةً على ذلك تعويضاً، فالهدف من التفريق رفع الضرر عن الزوجة وقد تحقق ذلك^(٢). وجاء في قرارٍ آخر: "من المقرر شرعاً أنَّ النفقة شرعت للمرأة التي يختار زوجها فراقها، وليس للمرأة التي تختار فراق زوجها، ومن ثمَّ فإنَّ القضاء بما يُخالف هذا المبدأ يُعدُّ مُخالفاً للقواعد الشرعيّة"^(٣).

ومن ثمَّ تحوّل قضاء المحكمة العليا بعد ذلك، وقرر بأنّه يُمكن الحكم بالتعويض عند التطليق، حيثُ جاء في قضائها: "من المقرر قانوناً أنّه يجوز للزوجة طلب التطليق مع التعويض، استناداً لوجود ضرر مُعتبر شرعاً"^(٤).

وبعدها نصَّ المشرّع الجزائري على حق الزوجة بطلب التعويض في (المادة ٥٣) من قانون الأسرة: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة

(١) - المشرّع الجزائري أجاز للقاضي الحكم بالتعويض في جميع حالات التطليق. أسمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي، الجزائر، ٢٠١١، ص ٧٢.

(٢) - المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية رقم /٥٣٠١٧/، تاريخ ٢٧/٣/١٩٨٩، المجلة القضائية، عدد ١/، ١٩٩١، ص ٥٦. أشارت إليه، أسمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، المرجع السابق، ص ١٧٣.

(٣) - المحكمة العليا الجزائرية، ملف رقم /٥١٦١٤/، تاريخ ٢١/١١/١٩٨٨، مجلة قضائية، ١٩٩٠، عدد ٤، ص ٦٧. أشارت إليه مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص ٢٣٥.

(٤) - محكمة عليا جزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم /١٣٥٤٣٥/، تاريخ ٢٣/٤/١٩٩٦، المجلة القضائية، ١٩٩٨، عدد ١، ص ١٣٠. أشارت إليه مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص ٢٣٦.

بالتعويض عن الضرر اللاحق بها". ويلاحظ أنَّ المشرِّع الجزائري قصر الحق بالتعويض على الزوجة فقط دون الزوج وأتته أجاز التعويض عن كُلِّ حالات التطليق من عدم الإنفاق وغياب الزوج والضرر.

وعلى ذلك، ألاحظ تباين التشريعات فيما بينها في مُعالجة تعويض الضرر المرافق للتفريق بسبب الشقاق، فبعض التشريعات جعلت المهر بمثابة تعويض؛ وفقاً لتقدير الإساءة الحاصلة من الزوج أو الزوجة. في حين أنَّ تشريعات أخرى تطرقت لموضوع التعويض بشكل مُباشر، من خلال إجازة الحُكم بالتعويض للطرف المتضرر، دون أن توضح بشكل دقيق معايير واضحة لهذا التعويض. وبرأيي يجب تقدير التعويض استناداً لمقدار الإساءة الحاصلة، ويجب أن يلاحظ القاضي أيضاً العنت الحاصل من الطرف المتعنت، ويُمكن أن يأخذ بالحُسبان طول فترة الزواج، وما سيُحدثه التفريق من آثار سلبية على نفسية الزوج أو الزوجة.

وتبيّن لي أنَّ المحاكم تؤسس هذا التعويض، إمّا استناداً للخطأ المرتكب من الزوج أو الزوجة، أو تأسيساً على نظرية التعسّف في استعمال الحق وفقاً للحالة الغالبة.

ومما سبق ذكره، أعتقد بضرورة إجراء بعض التعديلات على قانون الأحوال الشخصية السوري، بخصوص التفريق للشقاق والضرر وإمكانية التعويض عن هذا التفريق، وفقاً للآتي:

"أ. إذا ادّعى أحد الزوجين إلحاق الزوج الآخر ضرراً به أو بأولاده ضرراً مُعتبراً شرعاً، جاز له أن يطلب من القاضي التفريق.

ب. وفي حال ثبت الإضرار أو لم يثبت، على القاضي أن يؤجل المحاكمة مُدَّة لا تقل عن شهر أملاً بالمصالحة، وإذا أصرَّ المدَّعي على الشكوى، ولم يتم الصلح، عيّن القاضي حكمين من أهل الزوجين، وعند تعذر ذلك عيّنها ممن يرى القاضي فيه القدرة على الإصلاح بينهما.

ج. يبذل الحكمان جُهدهما في الإصلاح بين الزوجين، فإن عجزا وكانت الإساءة أو أكثرها من الزوج قررا التفريق على تمام المهر، وللزوجة طلب التعويض عمّا أصابها من ضرر جرّاء هذا التفريق.

د. وإن كانت الإساءة أو أكثرها من الزوجة قررا التفريق مقابل مال تدفعه الزوجة للزوج، ولو زاد عن مقدار المهر.

هـ. وإذا كانت الإساءة مُشتركة بين الزوجين، ووجد الحكمان المصلحة بالتفريق، قررا ذلك وحددا في قرارهما ما يُمكن أن يدفعه أحد الزوجين للآخر، مع مُراعاة مسؤوليّة كُل من الزوجين عن هذه الإساءة.

و. إذا حُكم على الزوجة بأي عوض وجب عليها دفعه قبل الحُكم بالتفريق^(١).

(١) - فيجب على الزوجة أن تؤمن ما حُكم عليها قبل الحكم بالتفريق لتعذر تحصيله فيما بعد. راجع، حسن محمد، التفريق والحضانة "دراسة مقارنة"، بدون دار نشر، ١٩٨٣، ص ٤٥.

المبحث الثاني

التعويض بسبب الخلع

ذكرت أنّ حل الرابطة الزوجيّة يكون بيد الزوج -بحسب الأصل- من خلال الطلاق، إلّا أنّ الشارع الحكيم لم يُهمل جانب المرأة، وأجاز لها أن تفتدي نفسها بمالٍ تدفعه للزوج ؛ وذلك مُقابل حل الرباط الزوجي، وهو ما يُسمّى بالخلع.

وإذا كان الحال كذلك، فما هو مفهوم الخلع؟ وما هو التكييف الشرعي والقانوني للخلع؟ وهل يُشترط أن يكون الخلع برضا الزوج؟ وفي حال لم يُشترط رضاه فهل يحق له طلب التعويض عند تعسّف الزوجة في استعمال الخلع؟

سأحاول أن أبين ذلك من خلال استعراض الجانب الشرعي والقانوني من خلال تقسيم المبحث إلى مطلبين: سأعالج مفهوم الخلع وتكييفه (المطلب الأول)، على أن أتعرّض إلى مدى إمكانيّة طلب التعويض عن الخلع (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم الخُلْع وتكييفه

قبل الخوض في نقاش مدى مسؤوليّة الزوجة عن الخلع، وما قد ينجم عن ذلك من أضرار موجبة للتعويض، ومدى إمكانية مُطالبة الزوج لزوجته بما يزيد عمّا قدمه لها من المهر، لا بُدَّ لي من التعرّض لمفهوم الخُلْع.

وسأوضّح مفهوم الخُلْع من خلال تعريفه وتبيان دليل مشروعيتّه (الفرع الأول)، على أن أتطرق إلى التكييف الشرعي والقانوني للخُلْع (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف الخلع ودليل مشروعيته

سأتعرض للتعريف الفقهي والقانوني للخلع (أولاً)، ومن ثمّ سأبيّن الأدلة على مشروعيته (ثانياً).

أولاً: تعريف الخلع

١. **التعريف اللغوي:** يُقصد بالخلع لغةً: النزع والتجريد والإزالة، فخلع الرجل ثوبه أي أزاله^(١).

ولما كان كُلٌّ من الزوجين كاللباس للآخر، كما ورد في قوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ هُنَّ﴾ (الآية ١٨٧، سورة البقرة). لذا سُمّي فراقها خُلْعاً.

٢. **التعريف الفقهي:** عرّف بعض فقهاء الحنفية الخلع بأنّه: "إزالة مُلك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما معناه"^(٢). لذا، فإنّ التعريف يشترط رضا الزوجة بالخلع، فلو قال الرجل خالعتك، وهو يقصد المفارقة خلْعاً وقع طلاقاً لا خُلْعاً مادامت لم ترضَ الزوجة به، ويكون الخلع بألفاظ الخُلْع أو ما في معناه.

(١) - ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج ٨، ص ٧٦.

(٢) - الحصكفي، الدر المختار، ج ٣، ط ٢، المرجع السابق، ص ٤٨٣.

كما عرّفه المالكيّة بأنّه: "فرقة بين الزوجين في نظير عوض أو بلفظ الخُلَع بلا عوض"^(١). فوفقاً لهذا التعريف فإنّه يُعدُّ خُلَعاً ما كان بلفظ الطلاق أو بغيره مادام نظير عوض، وما كان بلفظ الخلع حتى ولو لم يُذكر فيه العوض.

أمّا الحنابلة فقد عرّفوا الخُلَع بأنّه: "فراق الزوج امراته بعوض يأخذه منها أو من غيرها بألفاظٍ مخصوصة"^(٢). فالخُلَع يكون مُقابل عوض تدفعه الزوجة أو غيرها للزوج، ولا بُدَّ فيه من ألفاظٍ مخصوصة.

في حين عرّفه الشافعيّة بأنّه: "فرقة بين الزوجين بعوض مقصود راجع لجهة الزوج بلفظ الطلاق أو الخُلَع"^(٣). فإنَّ الخُلَع يكون نظير مُقابل، ويُمكن أن يأخذ لفظ الطلاق أو الخُلَع، ويُشترط في العوض أن يكون ذا منفعة؛ لأنَّ غير ذي المنفعة لا يكون مقصوداً عادةً.

٣. التعريف القانوني: لم تتعرّض التشريعات محل الدراسة لتعريف الخُلَع، وإتّما اكتفت بالحديث عن أحكامه، فيما خلا التشريع العراقي، إذ عرّف الخُلَع في (المادة ٤٦) من قانون الأحوال الشخصية بأنّه: "إزالة قيد النكاح بلفظ الخُلَع أو ما معناه، وينعقد بإيجاب وقبول عند القاضي".

ومما سبق، يمكنني القول: إنّ الفقهاء المسلمين يختلفون في اللفظ الذي يقع به الخُلَع، فعند الحنابلة يكون الخُلَع مُقابل عوض مالي وبألفاظٍ مخصوصة، وعند الحنفية

(١) - محمد عlish، منح الجليل في شرح مُختصر خليل، المرجع السابق، ج ٤، ص ٣.

(٢) - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح مُنتهى الإرادات، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ج ٥، ط ١، ٢٠٠٠، ص ٣٣٥.

(٣) - شمس الدّين الشّرّيني، مُغني المحتاج، ج ٣، كتاب الخُلَع، ص ٣٤٧.

يكون الخُلْع بلفظ الخلع أو ما معناه مُقابل عوض مالي، أمّا الشافعية فكلّ فرقة مُقابل عوض مالي تُعدُّ خُلْعاً، سواء أوقع بلفظ الخُلْع أم بلفظٍ آخر، بينما ذهب المالكية إلى أنّ الخُلْع يكون بلفظ الخُلْع، سواء أذكر العوض بعدها أم لم يُذكر، أمّا إذا كان بلفظٍ آخر غير الخُلْع فيشترط أن يُذكر العوض.

فأفهم من ذلك، أنّ الأساس المعوّل عليه في الخُلْع هو العوض المالي، بمعنى أنّ الخلع يقع بلفظ آخر بشرط أن يذكر فيه العوض، ويقع بلفظ الخلع وإن لم يذكر العوض المالي.

ثانياً: الأدلة على مشروعية الخُلْع

سأعرض بعض الأدلة التي عرضها الفقهاء من القرآن والسنة والإجماع والمعقول.

١. القرآن الكريم

ومن ذلك، قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِيَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾ (الآية ١٩، سورة النساء). فاستناداً إلى هذه الآية لا يجوز للزوج أن يضّر زوجته أو يُضيق عليها ويُسِيء مُعاملتها، بقصد إجبارها على الافتداء منه، إلّا إذا جاءت بفاحشة مُبيّنة^(١).

(١) - جلال الدّين المحلي - جلال الدّين السيوطي، تفسير الجلالين، دار الكلم الطيبة، دمشق - بيروت،

وقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَا 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﴾ (الآية ٢٢٩، سورة البقرة).

وجه الدلالة أنه لا يجوز للزوج أن يأخذ من زوجته شيئا مما أعطاهما إلا عند الخوف من عدم إقامة حدود الله، ككره الزوجة لزوجها وبغضها له ونفورها منه، فهنا أجاز الإسلام للزوج أن يأخذ من زوجته مالا لتملك عصمتها^(١).

٢. السنة النبوية الشريفة

ذكر العلماء الكثير من الأحاديث التي تدلُّ على مشروعية الخلع، وإن كانت في معظمها تدور حول قصة واحدة، وهي خلع امرأة جاءت إلى الرسول صلى الله عليه وسلم تشكو زوجها، ولكن الروايات تختلف فيما بينها في زيادة ألفاظ بعضها، أو اختلاف سبب شكواها.

أ. روى البخاري عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: أتت امرأة ثابت بن قيس إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: ثابت بن قيس لا أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديثه؟ فقالت: نعم، فقال رسول الله: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة^(٢).

(١) - أحمد بن إبراهيم الثعالبي، تفسير الثعالبي، الكشف والبيان عن تفسير القرآن، ج ٢، ط ١، ٢٠٠٢،

ص ١٧٥.

(٢) - أبو عبد الله البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب الخلع، ج ٧، ١٤٢٢ هـ، رقم الحديث

٥٢٧٣، ص ٤٦.

"وقد يكون المعنى من قولها: "لكني أكره الكُفر بالإسلام أنّه من المحتمل أن تدفعها شدّة كراهيتها له إلى إظهار الكُفر لينفسخ نكاحها عنه، ومن المحتمل أنّها تريد بالكُفر كفران العشير؛ وهو تقصير المرأة في حق زوجها، وقد يُحتمل أن يكون قصدها أنّها تكره لوازم الكُفر من المعاداة والشقاق والخصام"^(١).

ب. روى ثوبان رضي الله عنه أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلّم قال: "أيما امرأة اختلعت من زوجها من غير بأسٍ لم ترح رائحة الجنّة"^(٢).
فدلّ الحديث على أنّ الخُلْع جائز إذا كان هُنَاكَ سبب يدعو إليه، أمّا إذا كان بدون سبب فقد ذمّه الرسول الكريم، وتوعّد بالعقاب عليه.

٣. آثار الصحابة

وردت بعض الآثار عن الصحابة رضي الله عنهم في مشروعيّة الخُلْع، ومن ذلك أنّ عبد الله بن شهاب الخولاني قال: شهدت عُمر بن الخطّاب أتاه رجلٌ وامرأة في خُلْع فأجازاه. وقال: إنّما طلقك بمالك. وفي أثرٍ آخر أنّ عُمر بن الخطّاب أخذ امرأة ناشزة فوعظها فلم تقبل، فحبسها في بيتٍ كثير الزيل ثلاثة أيّامٍ ثمّ أخرجها، فقال: كيف رأيت؟ فقالت: يا أمير المؤمنين لا والله ما وجدت رائحةً إلّا في هذه

(١) - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، المرجع السابق، ج ٩، ص ٥٠٠.

(٢) - محمّد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، كتاب الطلاق واللعان، مكتبة المعارف للنشر، الرياض،

ط ١، بدون تاريخ، حديث ١١٨٦، ص ٢٨٢.

الثلاثة. فقال عُمر: اخلعها ويحك^(١). ووجه الدلالة واضح في كلا الحالتين في جواز الخلع.

٤. الإجماع

أجمعت الأمة في عصر الصحابة على جواز الخلع، ولم يُعرف لهم مُخالف في عصرهم، فكان ذلك إجماعاً^(٢).

وعلى ذلك، فإنَّ الأدلة واضحة على مشروعية إباحته للزوجة؛ لتيسير أمر مفارقة الزوجة لزوجها إن كرهته ولم تعد تستطيع العيش معه، فصارت تخشى على نفسها من الزلل، وغدت تخاف من ارتكاب الخطيئة والمعصية.

وفي المقابل، ودفعاً للضرر الذي قد يُصيب الزوج، فقد أباح الشارع للزوج أن يأخذ من الزوجة تعويضاً مناسباً لجبر ضرره. لذا، فإنَّ نظام الخلع يُبرز عدالة الشريعة الإسلامية من خلال إيجاد طريقة للزوجة لحلِّ الرابطة الزوجية عند وجود الضرر؛ فالمرأة كالرجل لديها مشاعر وقد تنفر من الزوج وتخشى من ارتكاب المعاصي، فكان لها

(١) - أشار إليهما، المتقي الهندي، كنز العمال، مؤسسة الرسالة، ١٩٨١، ج ٦، ط ٥، ص ١٨١. وراجع،

أبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، ط ١، ج ٧، كتاب الخلع والطلاق، ص ٣١٥.

(٢) - شدَّ عن هذا الإجماع بكر بن عبد الله المزني، واستدلَّ على عدم جواز الخلع بقوله تعالى: "وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً" النساء الآية (٢٠)، فقد نسخت هذه الآية الإباحة الواردة في الآية "فلا جناح عليهما فيما افتدت به"، وقد ناقش الفقهاء ذلك بأنَّ القول بنسخ هذه الآية غير جائز؛ لأنَّ النسخ لا يكون إلَّا عند تعدُّر الجمع بين هاتين الآيتين، فالآية الأولى تدل على النهي عن الأخذ من صداق المرأة بدون رضاها مُجتاناً وإثماً، أمَّا الآية الثانية فتدلَّ على جواز الأخذ عندما تفتدي الزوجة نفسها من زوجها بما لها. لذا، فإنَّ العمل بالآيتين ممكن، وهو أولى من العمل بإحداهما وترك الآية الثانية. راجع، المرسي عبد العزيز السماحي، بحوث في فرق النكاح، مطبعة الفجر الجديد، مصر، ١٩٨٦، ص ٢٧.

الخُلْع في مُقابل ما يملك الرجل من الطلاق، حيثُ يقول في ذلك ابن رشد "إنَّ الفداء إنما جُعِل للمرأة في مُقابل ما في يد الرجل من الطلاق، فإنَّه لَمَّا جُعِل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة جُعِل الخُلْع بيد المرأة إذا فركت الرجل"^(١).

(١) - محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مطبعة مصطفى البابي، ٢٠٠٤، ج ٢، ط ٤، ص ٦٨.

الفرع الثاني

التكليف الفقهي والقانوني للخلع

سأبحث في التكليف الفقهي للخلع (أولاً)، ومن ثمّ سأعرّض للتكليف القانوني (ثانياً)، لتحديد فيما إذا كان الخلع يتم باتفاق الزوجين أم بإرادة الزوجة، لبيان أثر ذلك في إمكانية طلب التعويض في المطلب الثاني.

أولاً: التكليف الفقهي للخلع

اختلف الإمام أبو حنيفة مع صاحبيه في التكليف الفقهي للخلع، فذهب أبو حنيفة إلى أنّ الخلع يمين من جانب الزوج؛ لأنّ الزوج يُعلّق الطلاق على قبول المال، والتعليق يُسمّى يميناً، ويُعدّ الخلع مُعاوضة من جانب الزوجة؛ لأنّها التزمت بدفع المال مُقابل افتداء نفسها من الزوج^(١). في حين قال الصحابان: إنّ الخلع يمين من الجانبين^(٢).

وبحسب القول الأول، ليس للزوج الرجوع عن إيجابه قبل قبول الزوجة؛ لأنّ الإيجاب من قبل الزوج هو يمين من جانبه، وفي حال انفضّ المجلس الذي صدر فيه الإيجاب بالخلع قبل أن تقبل الزوجة، فإنّ انفضاض المجلس لا يؤثر على الإيجاب، بحسبان أنّه يمين من جانب الزوج. كذلك يجوز للزوج أن يُعلّق الخلع على وقوع شيء

(١) - ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج ٣، ص ٤٦١.

(٢) - شمس الدين السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج ٦، ص ١٧٣.

في المستقبل؛ كما لو قال لزوجته إذا خرجت من المنزل فقد خالعتك على كذا، فإن قبلت الزوجة وقع الخلع ولزمها المال^(١).

وعلى الخلاف من ذلك، يترتب على عدّ الخلع مُعَاوِضَةً من جانب الزوجة، أنّه يجوز للزوجة الرجوع عن إيجابها لو أنّها بدأت بالخلع مادام لم يتصل به القبول، وإذا انفضّ المجلس قبل صدور القبول فإنّ ذلك يُبطل الإيجاب^(٢).

كذلك يرى الحنابلة أنّ الخلع مُعَاوِضَةٌ؛ فهو عقد بالتراضي أشبه بالإقالة^(٣). وبهذا فلا يجوز تعليق الخلع على شرط؛ "لأنّ الخلع عقد مُعَاوِضَةٌ يتوقف على رضا المتعاقدين، فلا يصح تعليقه بشرط كالبيع"^(٤).

وبالمثل، ذهب المالكية إلى القول بأنّ الخلع هو طلاق بعوض^(٥)، فيُنْفِهم من ذلك أنّ الخلع مُعَاوِضَةٌ إذا ذُكِرَ بدل الخلع. أمّا إذا انتفى العُوض كان الخلع في هذه الحالة طلاقاً بائناً، حيث جاء في حاشية الدسوقي: "...وحاصله أنّ الخلع إذا وقع بشيءٍ حرام، سواء أكانت حرّمته أصلية، كخمرٍ وخنزير، أو كان كُله حراماً أو بعضه

(١) - ابن عابدين، المرجع السابق، ج ٣، ص ٤٦١.

(٢) - راجع، أحمد بن يوسف الحصكفي، الدر المختار، مكتبة مصطفى الباوي، ١٩٦٦، ج ٣، ص ٤٨٥-٤٨٦.

(٣) - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج ١٠، ص ٢٦٨-٢٦٩.

(٤) - علاء الدّين المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء الثّراث العربي، بدون تاريخ، ط ١، ج ١، ص ٢٦٨-٢٦٩.

(٥) - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج ٢، ص ٣٦٧.

كخمرٍ وثوب، أو كانت حُرمتها عارضة كمغصوب ومسروق.... فَإِنَّ الْخُلْعَ ينفذ، ويكون طلاقاً بائناً، ويُردُّ الحرام^(١).

وقال الشافعية أيضاً: إِنَّ الْخُلْعَ هو من قبيل المعاوضة، ولا بُدَّ فيه من علم الزوج بمقدار ما أبرأته منه قطعاً؛ لأنَّه يؤول إلى مُعاوضة، فلو خالعهما بما في كفها ولم يكن فيه شيء وقع طلاقاً، وليس خُلْعاً واختلفوا فيما بينهم فأوقعه الرافعي طلاقاً رجعيّاً، وعن غيره وقوعه بائناً، ويجوز للزوجين التوكيل في الخُلْع؛ لأنَّه عقد مُعاوضة كالبيع^(٢).

وبعد أن عرضت أقوال الفقهاء أجد أنَّ مُعظمهم عدّوا الخُلْع من قبيل المعاوضة، ويحتاج إلى رضا المتعاقدين، وليس من قبيل التبرع، وهو ما أرجّحه، إذ إنّ الزوجة تبذل المال مُقابل ما يقوم به الزوج من خلع الزوجة لإنهاء الرابطة الزوجيّة.

وبناءً على ما تقدم، يُثار التساؤل الآتي: مادام الخُلْع مُعاوضة من الجانبين — بحسب الرأي الراجح — فهل يُشترط إجراء الخُلْع أمام القاضي؟ أم أنّه يصح كغيره من العقود الرضائيّة بمُجرّد تراضي الطرفين؟

يرى الحنفية أنَّ الخُلْع جائز عند السلطان وغيره؛ لأنَّه عقد يعتمد على التراضي كسائر العقود الرضائيّة، وهو بمنزلة الطلاق بعوض، فالزوج له ولاية إيقاع الطلاق،

(١) - الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج ٢، ص ٣٥٠.

(٢) - شمس الدّين الشّرّيني، مُغني المحتاج، المرجع السابق، ج ٣، كتاب الخُلْع، ص ٣٥٢، وانظر، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي، المهذّب في فقه الإمام الشافعي، المرجع السابق، ج ٢، ص ٤٩١.

والزوجة لها ولاية الالتزام بالبدل، فلا معنى لاشتراط وجود السلطان في هذا العقد^(١).

وهو مسلك الحنابلة أيضاً، حيث جاء في المغني: "ولا يفتقر الخلع إلى حاكم"^(٢).

واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَا 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﴾ (الآية ٢٢٩، سورة البقرة)، فالله سبحانه وتعالى لم يذكر السلطان في الآية، وإنما أباح الأخذ بتراضي الزوجين، فدل ذلك على عدم اشتراط إذن القاضي. وقاسوا الخلع على الطلاق، فكما أن الطلاق جائز بدون قاض جاز الخلع بدون إذنه^(٣).

في حين يرى جانب آخر من الفقه أنه يُشترط أن يكون الخلع عن طريق القاضي، ومنهم ابن سيرين والحسن، يقولان: "لا يجوز الخلع إلا عند السلطان"^(٤). ويقول سعيد بن جبير: "لا يكون الخلع حتى يعظها فإن اتعظت، وإلا ضربها فإن اتعظت، وإلا ارتفعوا إلى السلطان"^(٥). واستدلوا على ذلك بأن الخلع الذي جرى بين ثابت وزوجته كان بحضور الرسول صلى الله عليه وسلم.

ويبدو لي أنه وإن كان الخلع عقداً رضائياً يتم بين الزوجين -بحسب الأصل- إلا أنني أؤيد إجراء الخلع أمام القضاء، إذ من الممكن أن يتم إصلاح ذات البين من

(١) - شمس الدين السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج ٦، ص ١٧٣.

(٢) - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج ١٠، ص ٢٦٨.

(٣) - راجع، ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، المرجع السابق، ج ٩، ص ٤٩٦.

(٤) - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج ١٠، ص ٢٦٨.

(٥) - ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ج ٩، ص ٥١٤.

قبل القاضي وينتقد الحياة الزوجية هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإنَّ العوض يُعدُّ ركناً أساسياً في الخلع، فمن الأفضل أن يتمَّ أمام القضاء، حتى لا يحدث خلاف بين الزوجين حول مقدار العوض، وما يستحقه الزوج من زوجته عند إجراء المخالعة الرضائية بينهما.

ويُشار هنا تساؤل آخر: ما هو دور القاضي في إلزام الزوج بالخلع، فهل للقاضي أن يلزم الزوج بقبول الخلع في حال طالبت به الزوجة؟

يرى بعض الحنابلة أنَّ دور القاضي في الخلع إلزامي^(١). فالرسول الكريم عندما قال لثابت: "اقبل الحديقة وطلقها تطليقة" كان ذلك على سبيل الوجوب؛ لأنَّ الأمر يُفقد الوجوب بحسب الأصل، كذلك استدلووا بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ (الآية ٣٥، سورة النساء)، حيث جاء في تفسير الطبري: إنَّ القاضي ينظر بعد إرسال الحكمين، فمن كان أظلم ردَّه القاضي، وإن كان الزوج ناشزاً أمره بالخلع^(٢).

في حين أنَّ الراجح في المذهب الحنبلي، أنَّ دور القاضي في الخلع هو دور إرشادي، فالزوجة لها أن تفتدي منه، ويُطلقها إن رضي هو، وإلا فلا يُجبر هو ولا يُجبر هي، وإتّما يكون ذلك بتراضيهما معاً^(٣). لذا، فليس للقاضي إلزام الزوج بقبول الخلع، وإتّما له فقط أن ينصحه ويُرشده بقبول الخلع، فالخلع لا بُدَّ فيه من تراضي

(١) - علاء الدين المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المرجع السابق، ج ٨، ص ٣٨٢.

(٢) - الطبري، جامع البيان عن تأويل القرآن، المرجع السابق، ج ٢، ص ٤٦٣.

(٣) - ابن حزم، المحلى بالآثار، المرجع السابق، ج ٩، ص ٥١١.

الطرفين معاً، وقول الرسول صلى الله عليه وسلّم "اقبل الحديقة وطلقها تطليقة" هو أمر إرشاد لا إلزام^(١).

بينما يرى الجمهور أنّ سلطة إيقاع الخلع تكون للحكمين، من خلال التفريق للشقاق، وبه قال: الإمام مالك، والأوزاعي، وهو مروي عن عثمان، وابن عباس، والنخعي^(٢).

يمكنني القول بأنّه من الأفضل أن يكون الخلع بتراضي الزوجين معاً، ولكن إذا لم يحصل هذا التراضي، فيمكن أن نُعطي القاضي سلطة إجبار الزوج على قبول الخلع، وذلك عندما تكون الزوجة كارهة لزوجها، ولا يُمكن لها العيش معه مُطلقاً، ولم تنجح المساعي للإصلاح بينهما، فيكون للقاضي سلطة تقدير إمكانيّة الخلع من عدمها من خلال إجراءات التفريق للشقاق والضرر التي سبق بحثها في المبحث السابق.

ثانياً: التكييف القانوني للخلع

بالرجوع إلى التشريعات محل الدراسة أجد أنّ أغلب هذه التشريعات عدّت الخلع عقدّاً رضائياً يتم بين الزوجين. ومن ذلك ما نصّت عليه (المادة ٤٦) من قانون الأحوال الشخصية العراقي: "الخلع ينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي"^(٣). وجاء في

(١) - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، المرجع السابق، ج ٩، ص ٤٠٠.

(٢) - محمد بن علي بن كثير الشوكاني، فتح القدير، دار ابن كثير - دار الكلم الطيب، دمشق - بيروت، ط ١، ج ١، ١٤١٤هـ، ص ٥٣٤.

(٣) - القانون رقم ١٨٨ لعام ١٩٥٩. للتوسع راجع، عباس سهيل جيجان، الطلاق الخُلعي (دراسة مقارنة)، مجلّة المحقق الحلبي للعلوم القانونيّة والسياسيّة، السنة الرابعة، العدد الأول، ص ٢٨٠.

(الفصل ٣١) من المدونة التونسية أنه: "يُحكم بالطلاق ١. بتراضي الزوجين". وفي السياق نفسه، سار المشرع السوري الذي أشار إلى الطابع الرضائي والعقدي للمخالعة^(١)، إذ نصّت (المادة ٩٦) على: "لكل من الطرفين الرجوع عن إيجابه قبل قبول الطرف الآخر". فيجب قبول المخالعة في مجلس العقد، كما هو الحال بالنسبة إلى عقود المعاوضات عموماً، ويجوز لكل من الطرفين الرجوع عن إيجابه ما دام لم يقترن به القبول. وأكدت على ذلك محكمة النقض بالقول: "المخالعة لا تتم إلا بإيجاب وقبول، ومجرد الاتفاق على إجرائها، أو الشروع بدفع البدل قبل اقتران الإيجاب بالقبول، لا ينتج عنه شيء من آثارها الشرعية"^(٢). وجاء أيضاً "المخالعة عقد ثنائي بين الطرفين، ولا يتم إلا بالإيجاب والقبول"^(٣).

في حين أنّ قانون الأحوال الشخصية المصري قد ميّز بين الخلع الرضائي والخلع القضائي^(٤)، حيث نصّت (المادة ٢٠) على: "للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه، وأقامت الزوجة دعواها بطلبه، وافتدت نفسها، وخالعت زوجها عن جميع حقوقها المالية والشرعية، وردّت عليه الصداق الذي أعطاه لها

(١) - لم تُجر قوانين الطوائف للزوجين الحق بالاتفاق على الطلاق، ومن ذلك ما نصّت عليه المادة ٦٣ من قانون الروم الأرثوذكس "لا يصح انفكاك الزواج بين الزوجين لمجرد رضاها المتبادل"، وما نصّت عليه المادة ٥٥ من قانون السريان الأرثوذكس "لا يصح الطلاق بين الزوجين لمجرد رضاها المتبادل".

(٢) - نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس ٢٣٥/، قرار ٢٣٢/، تاريخ ١٩٦٦/٦/٩. أشار إليه، أديب استانبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ج ١، ص ٣٦٢.

(٣) - نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس ٣٤٩/، قرار ٣٨٣/، تاريخ ١٩٦٢/١٢/٣١. أديب استانبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ج ١، ص ٣٦٢.

(٤) - القانون رقم (١)، لعام ٢٠٠٠.

حكمت المحكمة بتطبيقها عليه، ولا تحكم المحكمة بالتطليق بالخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين...".

ونصّت (المادة ١١٥) من المدونة المغربية على: "للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع"، وأردفت (المادة ١٢٠) بالقول: "إذا أصرت الزوجة على طلب الخلع، ولم يستجب لها الزوج، يُمكن اللجوء إلى مسطرة الشقاق". وبهذا، فإنّ المشرّع المغربي يُميّز بين الخلع الرضائي، وفي حال لم يتوافر فقد أعطى الحق للزوجة بطلب التفريق للشقاق، والذي وضحته سابقاً.

وأخيراً، لم يُشر المشرّع الجزائري إلى الطابع الرضائي للخلع، وإنما أعطى الزوجة الحق بطلب الخلع من دون موافقة الزوج، بحسب نص (المادة ٥٤)، وهو الآتي: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تُخلع نفسها بمقابل مالي، وإذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم به القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

وأكدّ على ذلك الاجتهاد القضائي الجزائري حيث جاء فيه: "من المقرر قانوناً وشرعاً أنّ الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء، وليس عقداً رضائياً"^(١)، وجاء أيضاً: "الخلع رخصة تستعملها الزوجة لتفتدي نفسها من زوجها مُقابل مبلغ مالي تعرضه عليه. ومن ثمّ، فإنّ قضاة محكمة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعاً بدون موافقة الزوج فقد طبقوا صحيح

(١) - المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم ١٤١٢٦٢/ تاريخ ١٩٩٦/٧/٣٠، مجلة القانون، عدد ١، ص ١٢١. أشارت إليه، مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص ١٨١.

القانون"^(١). ويبدو لي، أنّ التشريعين المصري والجزائري قد أخذوا برأي بعض الحنابلة بإعطاء القاضي سلطة إلزام الزوج على الخلع.

وبهذا، فإنّ معظم التشريعات -فيما عدا المشرّع الجزائري والمصري في النوع الثاني من الخلع- تبنت موقف الجمهور، من حيث أنّ المخالعة عقد رضائي يتم بين الزوجين. ولكن هل يُشترط أن تتم هذه المخالعة أمام القضاء؟

من النصوص السابقة أجد أنّ معظم التشريعات أخذت بالرأي الفقهي القائل بوجوب إجراء المخالعة أمام القاضي، حيثُ أكدّ المشرّع العراقي على ضرورة أن تكون المخالعة أمام القاضي، (المادة ٤٦٤). أمّا المشرّع التونسي استهلّ الفصل (٣١) بالقول: بأنّه يُحكم بالطلاق....بتراضي الزوجين. فدلّ ذلك على أنّ الاتفاق على المخالعة يكون رضائياً، لكنّها تحتاج إلى حكم قضائي لتبتيها، وكذلك نصّت (المادة ١٢٠) من المدونة المغربية على أنّه: "إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع، واختلفا في المقابل. رفعاً الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصلح بينهما..." و

في حين، أجاز المشرعان المصري والجزائري الحق بطلب الخلع عن طريق القضاء.

أمّا المشرّع السوري فقد نصّ في (المادة ٨٨) من قانون الأحوال الشخصية، على أنّه: "١. إذا قدمت للمحكمة مُعاملة طلاق أو مُعاملة مُخالعة أجلها القاضي شهراً أملاً بالصلح ٢. إذا أصرّ الزوج بعد انقضاء المهلة على الطلاق أو أصرّ الطرفان على المخالعة دعا القاضي الطرفين، واستمع إلى خلافهما، وسعى إلى إزالته ودوام

(١) - المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم ٢١٦٢٣٩/، الاجتهاد القضائي عدد خاص، ص ١٣٨. أشارت إليه، مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص ١٨١.

الحياة الزوجية، واستعان على ذلك بمن يراهم من أهل الزوجين وغيرهم ممن يقدرون على إزالة الخلاف ٣. إذا لم تفلح هذه المساعي سمح القاضي بتسجيل الطلاق أو المخالعة...."، وأكدت ذلك محكمة النقض بالقول: "المخالعة يُمكن أن تتم أمام القاضي، ويُمكن أن تتم بدونه، متى استوفت شرائطها وأركانها"^(١)، وجاء في اجتهاد آخر: "إذا وقع الطلاق أو المخالعة، ولو كان ذلك خارج القضاء، فيجب تثبيته؛ لأنَّ كُل حل يعتري النكاح، سواء عن طريق القضاء أو المخالعة، فهو حق من حقوق الله تعالى، ومتى وقع وكان مستوجباً شرائطه المقررة شرعاً وقانوناً فيجب تثبيته"^(٢). فلذلك لا بُدَّ من إثبات المخالعة أمام القضاء.

بقي أن أتساءل أخيراً: ما مدى سُلطة القاضي في إلزام الزوج بالخُلَع؟ فقد بيّنت أنَّ جانباً من الفقه الإسلامي أشار إلى أنَّ دور القاضي إلزامي على الزوج، في حين وضَّح آخرون أنَّ دور القاضي إرشادي، فما هو الوضع في القوانين المقارنة؟

لم يُشر المشرعان العراقي والتونسي إلى سُلطة القاضي بإلزام الزوج بقبول الخُلَع، في حين أنَّ المشرَّع المغربي أجاز للزوجة التي تطلب الخُلَع ولا يستجيب لها الزوج، الحق باللجوء إلى مسطرة الشقاق.

وبالمقابل، فإنَّ المشرعين المصري والجزائري قد ألزما المحكمة بخلع الزوج إذا طلبت الزوجة ذلك.

(١) - نقض سوري، الغرفة الشرعيَّة، أساس ٣٤٩/، قرار ٣٨٣/، تاريخ ١٩٦٢/١٢/٣١. أديب استانبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ج ١، ص ٣٦٢.

(٢) - نقض سوري، الغرفة الشرعيَّة، قرار ١٣١/، تاريخ ١٩٦٢/٤/٣٠. أديب استانبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ج ١، ص ٣٥٧.

بينما المشرّع السوري لم ينص على سلطة القاضي في المواد الخاصة بالمخالعة، ولكنه أعطى الحكّمين الحق بالتفريق بين الزوجين، عند عدم الإساءة من أحدهما على براءة ذمة الزوج من قسم من حقوق الزوجة إذا رضيت الزوجة بذلك، وكان قد ثبت للمحكمة استحكام الشقاق بينهما على نحوٍ يتعدّر إزالته، بحسب (المادة ١١٤) من قانون الأحوال الشخصية السوري. فالمشرّع السوري أعطى الحكّمين سلطة التفريق إذا تعدّر إصلاح ذات البين، ولم يُعرف المسيء من الزوجين، ورضيت الزوجة بذلك.

ومما سبق، أجد أنّ التشريعات المقارنة تتباين فيما بينها، حيث أنّ بعض هذه التشريعات أعطت المحكمة الحق بخلع الزوج، بناءً على طلب من الزوجة، وبدون رضا الزوج، كالتشريع المصري والجزائري. في حين أنّ المشرّع السوري لم ينص على ذلك، ويكون للزوجة الحق بطلب التفريق للشقاق.

وإذا كان الوضع كذلك، وبعد أن قُمت بالتكييف الشرعي والقانوني للخلع يُثار التساؤل عن مدى حق الزوج بطلب التعويض عن الخلع؟ وهل بمقدور الزوج أن يُطالب الزوجة بأكثر مما أعطاه من المهر؟ وهل يجوز للزوجة المكره على الخلع أن تطالب بالتعويض؟ هذا ما سأناقشه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

مدى إمكانية طلب التعويض عن الخلع

ناقش الفقهاء القدامى مسألة بدل الخلع بحسبان أنهم يعدُّون الخلع عقد معاوضة، وهو التكييف الذي أوضحته بدايةً. في حين أثار بعض الفقهاء المعاصرين مسألة إمكانية التعويض عن الضرر الذي يُصيب الزوج من الخلع، بحسبان أنَّ بعض التشريعات جعلت الخلع بإرادة الزوجة في مُقابل ما يملك الزوج من الطلاق، الأمر الذي قد يؤدي إلى تعسّف الزوجة في استعمال الخلع، وقد يلحق الزوج من ذلك ضرر.

ومما سبق، سأقوم بشرح الموقف الفقهي بجواز طلب التعويض (الفرع الأول)، قبل عرض الموقف القانوني (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الموقف الفقهي بجواز طلب التعويض عن الخلع

ذكرت أنَّ الفقهاء القدامى تحدثوا عن مسألة بدل الخلع؛ وهو ما تلتزم به الزوجة تجاه زوجها مُقابل تطليقها، فهم تناولوا بحديثهم بدل الخلع الذي يتحدد بموجب اتفاق الزوجين، وربطوا بين البذل والمهر.

في حين أنَّ بعض الفقهاء المعاصرين ناقشوا مسألة إمكانية طلب التعويض بالنسبة إلى الزوج.

لذا، سألنا بدل الخلع في الفقه الإسلامي (أولاً)، ومن ثمَّ سأعرض لإمكانية التعويض في الفقه المعاصر (ثانياً).

أولاً: بدل الخلع في الفقه الإسلامي

يتفق الفقهاء المسلمون على جواز أخذ بدل الخلع، نظير مُخالعة الزوج لزوجته، لكنَّ الفقهاء اختلفوا في جواز أخذ الزوج من الزوجة أكثر مما أعطاهَا من المهر، وفقاً للآتي:

١. جواز الأخذ بأكثر من المهر: ذهب جمهور الفقهاء إلى القول: بأنَّه يجوز للزوج أن يأخذ أكثر من الصداق إن تراضيا على ذلك، ومادام النشوز من جانبها، إلَّا أنَّه يُستحب ألا يأخذ أكثر مما أعطاهَا^(١)؛ لقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ

(١) - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج ١٠، ص ٢٦٩. الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق،

بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ
الظَّالِمُونَ ﴿٢٢٩﴾ (سورة البقرة).

واستدلوا كذلك روايات عدة منها: أَنَّ صَفِيَّةَ بِنْتَ أَبِي عُبَيْدٍ امْرَأَةَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ
عُمَرَ اخْتَلَعَتْ مِنْ زَوْجِهَا بِكُلِّ شَيْءٍ لَهَا، فَلَمْ يُنْكَرْ ذَلِكَ عَبْدُ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ
عَنْهُمَا^(١).

وكذلك، ما رُوي عن الربيع بنت مَعُودَ بنت عفراء قالت: تزوجت ابن عم لي
فشقي بي، وشقيت به. وعنى بي وعنيت به، وإيَّيَّ استأديت عليه عُثْمَانُ رَضِيَ اللَّهُ
عَنْهُ، فَظَلَمَنِي وَظَلَمْتَهُ، وَكَثُرَ عَلَيَّ وَكَثُرَتْ عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا انْفَلَتَتْ مِنِّي كَلِمَةً أَنِي أَفْتَدِي بِمَالِي
كُلَّهُ، قَالَ: قَبِلْتُ. فَقَالَ عُثْمَانُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: خُذْ مِنْهَا، قَالَتْ: فَانْطَلَقْتُ فَدَفَعْتُ
إِلَيْهِ مَتَاعِي كُلَّهُ إِلَّا ثِيَابِي وَفَرَّاشِي، وَإِنَّهُ قَالَ لِي: لَا أَرْضَى، فَدَنَوْنَا إِلَى عُثْمَانَ رَضِيَ اللَّهُ
عَنْهُ، قَالَ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، الشَّرْطُ أَمْلَكَ، قَالَ: أَجَلْ، فَخُذْ مِنْهَا مَتَاعَهَا كُلَّهُ حَتَّى
عَقَاصِهَا، قَالَتْ: فَانْطَلَقْتُ فَدَفَعْتُ إِلَيْهِ كُلَّ شَيْءٍ^(٢).

٢. **عدم جواز الأخذ بأكثر من المهر:** ذهب فريق من الفقهاء الحنبلية ومنهم
الشوكاني والأوزاعي والحسن البصري، إلى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِلزَّوْجِ أَنْ يَأْخُذَ مِنَ الزَّوْجَةِ أَكْثَرَ
مِمَّا أَعْطَاهَا، فَإِنْ أَخَذَ وَجِبَ عَلَيْهِ رَدُّ الزِّيَادَةِ؛ لِأَنَّهُ بَدَلٌ فِي مُقَابَلَةِ فسخ، فلم يزد على

(١) - أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي، السُّنَنُ الكُبْرَى، المرجع السابق، ج ٧، كتاب الخُلْع والطلاق،
ص ٣١٥.

(٢) - البيهقي، المرجع السابق، ج ٧، ص ٣١٥.

قدره في ابتداء العقد، كالعوض في الإقالة، وبه قال سعيد بن المسيّب، والحسن، والشّعبي...^(١).

ودليلهم في ذلك، حديث جميلة زوجة ثابت بن قيس عندما قال لها الرسول صلى الله عليه وسلّم: أتردين عليه الحديقة؟ فقالت: نعم وزيادة، فقال صلى الله عليه وسلّم: أمّا الزيادة، فلا^(٢).

في الواقع، أرحّج الرأي الأول القائل بجواز الأخذ بأكثر مما أعطاهما، سيّما إذا كان الخُلْع والحال عامرةً، والأخلاق مُلتزمةً؛ لأنّ الخُلْع بهذه الحال من غير حاجة، وفيه إضرار بالزوج، وإزالةً لمقاصد الزواج من غير حاجةٍ، وهو الضرر المنهي عنه وفقاً للقاعدة الأصولية "لا ضرر ولا ضرار".

كما يُثار التساؤل الآتي: ماذا لو أكره الزوج زوجته على الخُلْع، فهل له العوض المتفق عليه بينهما؟

يرى الحنابلة^(٣) والشافعية^(٤) أنّه إذا عضل الرجل زوجته، وضارّها بالضرب والتضييق عليها، أو منعها حقوقها من النفقة والقسم... ونحو ذلك؛ لتفتدي نفسها منه ففعلت، فالخُلْع باطل، والعوض مردود؛ لأنّه عوض أكرهت عليه بغير حق فلم يُستحق، كالثمن في البيع. إلّا إذا أتت بالفاحشة، فعزلها لتفتدي نفسها منه،

(١) - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج ١٠، ص ٢٦٩.

(٢) - البخاري، صحيح البخاري، المرجع السابق، ج ٧، سبق تخريجه.

(٣) - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج ١٠، ص ٢٧٢.

(٤) - الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، ج ٦، ص ٣٨٦.

ففعلت، صح الخُلْع، واستحق البدل^(١). بينما يرى رأي آخر أنه حتى لو ارتكبت الفاحشة فليس له أن يُضارها لتفتدي منه؛ لأنه إذا علم بزنيها ورضي بالبقاء معها من أجل العوض المالي، كان في حكم الذي رضي بالديوث^(٢).

واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾ (الآية ٢٢٩، سورة البقرة)، وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِيَنْدَهُبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾ (الآية ١٩، سورة النساء).

ويذهب بعض الحنفية إلى كراهة أخذ العوض في حالة الإكراه، ولا يطل الخُلْع؛ حيث يُكره للزوج أن يأخذ من زوجته شيئاً إذا كان النشوز من قبله، والمراد من الكراهة كراهة التحريم^(٣).

أرجح الرأي القائل بعدم جواز أخذ بدل الخُلْع، في حال أكره الزوج زوجته على هذا الخُلْع؛ لأنَّ في ذلك إضراراً واضحاً بالزوجة، وتحقيقاً للآية الكريمة، إلا في حال ارتكبت الزوجة الفاحشة، فحينها يُمكن إكراهها على العوض مُقابل الخُلْع.

(١) - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج ١٠، ص ٢٧٣.

(٢) - نقلاً عن المذهب المالكي، عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار الحديث، القاهرة، ج ٤، بدون تاريخ، ص ٣٨٩.

(٣) - ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ج ٤، ص ٨٣.

ثانياً: مدى إمكانية التعويض عن الخلع في الفقه القانوني

بيّنت أنّ الفقه الإسلامي قد عدّ المخالعة ذات طابع عقدي بين الزوجين، لذلك فقد تناولوا في بحثهم بدل الخلع، وناقشوا مدى إمكانية الاتفاق على عوض يزيد عن المهر، ولم يتعرّضوا لإمكانية طلب الزوج التعويض إذا أُجبر على الخلع قضاءً. في حين أنّ بعض التشريعات قد أجازت للزوجة أن تخلع زوجها بدون رضاه عن طريق القضاء؛ الأمر الذي أثار التساؤل عن حق الزوج بطلب التعويض عمّا يُصيبه من أضرار ماديّة ومعنويّة مُرتبة على هذا الخلع، وانقسم الفقه إلى رأيين:

١. **الرأي الأول: جواز طلب التعويض:** يرى أنصار هذا الرأي^(١)، أنّ من حق الزوج طلب التعويض إذا خالعه الزوجة بدون سبب، ما دام الزوج قد وُقِرَ لزوجته كُلاً أسباب الاستقرار، ولم يُقَصِّر في واجباته الزوجيّة، ومع ذلك طلبت الزوجة الخلع، فإنّ مثل هذا الفعل يُعدُّ خطأً يعصف بحياة أسرة بكاملها، ويهدم حياة مُستقرّة يعيشها الزوج الذي قد يكون تقدّم في العمر. فهل مثل هذه الحالة تبقى بعيدة عن إمكانية التعويض؟ ولا يستطيع الزوج أن يُطالب بالتعويض عمّا أصابه من ضرر!

ولا يُمكن القول بأنّ تنازل الزوجة عن مؤخر الصداق وباقي الحقوق كافٍ لجبر ضرر الزوج؛ لأنّها قد لا تكون بالقيمة المالية الكافية. أضف إلى ذلك، إنّ الزوجة التي يُطلّقها زوجها بدون سبب يكون لها الحق بطلب التعويض عند مُعظم التشريعات، فلماذا تُطبّق قاعدة جبر خاطر المطلّقة في الطلاق بغير سبب على المرأة دون الرجل؟!

(١) - ناهد العجوز، دعوى التطليق والخلع، بدون دار نشر، ط١، ٢٠٠١، القاهرة، ص ٣٨٤.

فتعوّض المرأة عن طلاقها الذي لم تطلبه، ولا يعوّض الرجل عن الطلاق الذي لم يوقعه، ولا يكون بسببٍ راجع إليه! وفي هذا ظلم.

وإنّ تقرير التعويض للزوج قد يدفع الزوجة إلى التروي في طلب الخلع، الأمر الذي يُساعد في المحافظة على الرابطة الزوجية^(١). كما أنّ ترتيب المسؤولية على الزوجة المختلعة قبل زوجها تتوافر فيه العلة المبتغاة؛ وهي ضبط استعمال حق الخلع، وإنّ هذا المسلك يقبله العقل والمنطق، وهو من قبيل المصالح المرسلّة^(٢).

٢. الرأي الثاني: مُجرّد اللجوء إلى الخلع لا يكون موجباً للتعويض: يرد أنصار هذا الرأي على الرأي الأول بالقول: إنّ تقرير التعويض عن الخلع يتعارض مع المبادئ الشرعيّة المقرّرة للخلع؛ لأنّ الخلع إمّا أن يتمّ بالاتّفاق، أو عن طريق القضاء. فإذا تمّ بالاتّفاق فلا مجال للقول بتعويض الزوج؛ لرضائه بالبدل الذي اتّفق عليه مع الزوجة. أمّا إذا كان الخلع عن طريق القضاء، فيكون تعويض الزوج من خلال إعطائه ما سبق وأدّاه إلى المرأة من مهر، وعدم تحميله الالتزامات المالية الجديدة الناجمة عن الخلع^(٣). والقول بخلاف ذلك يعني وضع العراقيين أمام الزوجة وتعجيزها عن طلب الخلع، مما

(١) - راجع بهذا المعنى، ناهد العجوز، المرجع السابق، ص ٣٨٣ وما بعدها.

(٢) - راجع بهذا المعنى، أحمد حُسام النجار، الخلع ومشكلاته العمليّة وإجراءاته وأحكامه، دار الكتب القانونيّة، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٦١-٦٢. أشارت إليه، مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص ١٨٧.

(٣) - راجع بهذا المعنى، مجموعة من الباحثين، الخلع بين المذاهب الفقهيّة الأربعة والقانون المصري (دراسة تحليلية لأحكام المحاكم المصريّة)، ط ٢، ٢٠٠٥، ص ٣٤٧.

يؤدي إلى إجبار المرأة على الاستمرار بالحياة الزوجية مع زوج لا ترغب فيه، وهذا يعني تعطيل حكم شرعي بدون مبرر^(١).

ويُضيف هذا الرأي بالقول: لا يمكن للزوج أن يُطالب بالتعويض استناداً إلى المسؤولية التقصيرية؛ لأنَّ طلب الزوجة لحقها في الخلع قضاءً لا يُشكّل خطأً؛ لأنَّها تستعمل حقاً لها^(٢). ولا يمكن قياس أحقية الزوج بطلب التعويض عن الخلع بالنص الخاص بتعويض المطلقة إذا طُلق بدون سبب؛ لأنَّ الحكم الأخير قُرر للمرأة بسبب ضعفها، وما يُسببه الطلاق من أضرار نفسية واجتماعية بالغة، ولا تُقارن مثل هذه الأضرار بالأضرار التي تُصيب الزوج^(٣).

وينتهي أنصار هذا الرأي إلى أنَّ العُدول عن الاستمرار بالحياة الزوجية، وحلّ تلك الرابطة، حقٌّ كفله الشارع لكلا الزوجين، فجعل بيد الزوج الطلاق، وبيد المرأة الخلع، واستعمال أي منهما لهذا الحق بدون سبب يُحاسب عليه ديانةً.

وإنَّ أساس ضمان التعدي في الفقه الإسلامي يكون بالتفريق بين الضرر الحاصل نتيجةً لاغترار من نزل به الضرر، وبين ضررٍ نزل نتيجة تغير الطرف الآخر. فالفقهاء قرروا أنَّ الضرر الذي يكون نتيجة لاغترار لا ضمان فيه، ومختلف عن الضرر الذي يكون نتيجة تغير، فيكون فيه الضمان.

(١) - راجع بهذا المعنى، الخلع بين المذاهب الفقهية الأربعة والقانون المصري، المرجع السابق، ص ٣٤٨-٣٤٩.

(٢) - مجموعة من الباحثين، الخلع بين المذاهب الفقهية الأربعة والقانون المصري، المرجع السابق، ص ٣٥٠.

(٣) - راجع بهذا المعنى، الخلع بين المذاهب الفقهية الأربعة والقانون المصري، المرجع السابق، ص ٣٥٢.

وبتطبيق هذه القاعدة على الخلع أجد أنّ عدول المرأة عن الاستمرار في العلاقة الزوجية، وطلبها الخلع، لا يكون بحد ذاته سبباً للتعويض؛ لأنّه حقّ لها. ولكن إذا تسببت المختصة بإلحاق الضرر بالزوج -لا نتيجة الخلع- وإنّما بأفعالٍ أخرى مُرافقة، كأن تطلب نوعاً من الجهاز الغالي، أو تُثير الشائعات حول خُلقيات الزوج، فيكون للزوج الحق في التعويض.

لذا، فالضرر قسمان: قسم ينشأ ويكون للزوجة دخل فيه غير مُجرّد الخلع، وضرر ينشأ عن مُجرّد الخلع. فالأول يعوّض، والثاني لا يُعوّض. ويكون أساس التعويض أفعال أخرى مُستقلة عن مُجرّد الخلع، وتكون موجبة للتعويض استناداً إلى المسؤولية التقصيرية^(١).

في الواقع، يمكنني القول: إنّ الرأي الأول جدير بالتأييد، حيث لا يمكن قبول القول بأنّ من يُسيء استعمال حقه، سواء أكان هذا الحق في الطلاق أم الخلع، يكون مسؤولاً ديانةً فقط، إذ إنّ هذا القول يجعل الحق مُطلقاً من كُل قيد، الأمر الذي يُلحق الضرر بالطرف الآخر، وقد استقرت القاعدة الأصولية على أنّه "لا ضرر ولا ضرار". كما أنّه لا يستقيم القول بأنّ إقرار جبر الخاطر، عن طريق تعويض المطلقة التي طُلقت بدون سبب، كان نتيجة الأضرار النفسية البالغة التي تُصيبها، فمن قال إنّ الزوج لا تُصيبه مثل هذه الأضرار؟! بل إنّ ما قد يُصيب الزوج من أضرار نفسية ومادية قد يفوق ما يُصيب الزوجة بأضعاف.

وصحيح أنّه يمكن التمييز بين نوعين من الأضرار، كما قسمها الرأي الثاني إلى أضرار ناشئة عن مُجرّد الخلع، وأضرار نتيجة تغرير قامت به الزوجة، من تشهير،

(١) - الخلع بين المذاهب الأربعة والقانون المصري، المرجع السابق، ص ٣٥٦.

وطلباتٍ زائدة. فلم لا نقول بأنّ مثل هذا الأضرار الإضافية يجب أن تؤخذ بالحسبان عند تقدير التعويض؟ إذ إنّ الخطأ الأول نتيجةً للتعسّف في استعمال الحق، أمّا الخطأ الثاني فهو نتيجة أفعال خاطئة قامت بها المختلعة، وتكون موجبة أيضاً للتعويض.

الفرع الثاني

الرأي القانوني بجواز طلب التعويض عن الخلع

ذكرت أنَّ معظم التشريعات محلّ الدراسة كَيّفت الخلع على أنّه عقد رضائي يتم بين طرفين. ولهذا، فلا يُمكن الحديث عن التعويض عن ضرر إضافي قد يُصيب الزوج في حال تعسّفت الزوجة في استعمال هذه المخالعة؛ بحسبان أنّها تكون بموجب عقد رضائي بين زوجين نظير بدل مُتفق عليه.

في حين أنّ بعض التشريعات أعطت الزوجة إمكانيّة الخلع بدون موافقة الزوج، وجعلته من الحقوق المقرّرة، وليس للقاضي الخيار في رفض طلبها. فهُنا يُمكن أن نتصوّر تعسّفت الزوجة في استعمال حقها، وإصابة الزوج بالضرر نتيجةً لذلك.

ومما سبق، سأدرس العوض في الخلع الرضائي (أولاً)، قبل أن أناقش العوض في حالة الخلع القضائي (ثانياً)^(١).

أولاً: العوض في الخلع الرضائي

إنّ التشريع العراقي والمغربي والتونسي والمصري -في النوع الأول من الخلع- وكذلك السوري، قد أخذوا بالطابع الرضائي للخلع، وبه يتم الاتفاق بين الزوجين على بدل الخلع، وبقية الأمور الأخرى المرتبطة بحقوق الزوجة.

(١) - أطلق هذا المصطلح الأستاذ الدكتور أيمن أبو العيال على التفريق للشقاق والضرر، والخلع القضائي للكرهية والبغض، وهو المعنى الذي أقصده من الخلع القضائي هُنا. راجع، أيمن أبو العيال، الخلع القضائي، المرجع السابق.

وهنا يُثار التساؤل الآتي: هل أجازت هذه التشريعات للزوج أن يأخذ عوضاً في الخُلْع يزيد عمّا أعطاه للزوجة من المهر؟

في الواقع، نصّ المشرّع العراقي -صراحةً- على جواز ذلك، وفقاً (للمادة ٢/٤٦) إذ نصّت على: "للزوج أن يُخالع زوجته على عوض أكثر أو أقل من المهر".

كما يُفهم من (المادة ١٢٠) من قانون الأسرة المغربية أنّه يجوز للزوجين أن يتفقا على بدل للخُلْع مهما كان مقداره. وأيضاً المشرّع السوري نص في (المادة ٩٨) على أنّه: "إذا كانت المخالعة على مالٍ غير المهر لزم أدائه، وبرت ذمة المتخالعين من كلّ حق يتعلّق بالمهر والنفقة الزوجيّة"، فيفهم من ذلك أنّه يجوز للمتخالعين أن يتفقا على بدل غير المهر مهما كان هذا البدل.

ولكنني أعتقد بأنّه لا يجب بالخُلْع -في هذه الحالة- إلّا البدل الذي اتفق عليه الزوجان، ويجب ألا يسقط شيء من الحقوق الزوجيّة إلّا إذا تمّ الاتفاق على إسقاطه؛ فالمخالعة مُعاوضة، استناداً للتكييف الذي اعتمدته المشرّع السوري، والمعاوضة يُفترض أن تقتصر على ما تراضى عليه الطرفان من المهر أو غيره.

ويُثار تساؤل آخر: ماذا لو اتفق المتخالعان على مبدأ الخُلْع، واختلفا حول بدل الخُلْع، فما البدل الذي يُستحق في هذه الحالة؟

تعرّض الفقهاء المسلمون لهذه الفرضية، وقرر بعضهم من الحنفية والحنابلة بأنّ القول قول المرأة، حيثُ جاء في المعني: "فإن اتفقا على الخُلْع، واختلفا في قدر العوض، وجنسه، أو حلوله، أو تأجيله، أو وصفه، فالقول: قول المرأة"، وجاء في

البحر الرائق: "لو اختلفا في مقدار الجُعل بعد الاتفاق على الخُلْع، فالقول قولها". في حين يرى الشافعية إلى أنه إذا اختلف الزوجان في العوض يتحالفاً كالمُتبايعين^(١).

وتجدر الإشارة إلى أنَّ المشرِّع السوري نصَّ على حالة عدم تسمية بدل الخُلْع، حيثُ نصَّت (المادة ٩٩) على: "إذا لم يُسمَّ المتخالعان شيئاً وقت المخالعة، برئ كُل منهما من حقوق الآخر بالمهر والنفقة الزوجية"، وفي الواقع، إنَّ هذه الحالة تفترض اتفاق الطرفين على الخُلْع، وتركهما بدل الخُلْع دون اتفاق، دون أن يحصل خلاف بينهما حول هذا البديل، فنطبِّق نص المادة المذكورة، فلا يُمكن تطبيقها في الفرض الذي ذكرته.

وبالمقابل، نصَّ المشرِّع المغربي -صراحةً- على هذه الحالة في (المادة ١٢٠) من قانون الأسرة المغربية، وفقاً للآتي: "إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخُلْع، واختلفا في المقابل، رُفِع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصلح، وإذا تعدَّر الصُلح حكمت المحكمة بنفاد الخُلْع بعد تقدير مُقابله، مُراعياً في ذلك مبلغ الصداق، وفترة الزواج، وأسباب طلب الخُلْع، والحالة المادية للزوجة". فكأنَّ المشرِّع المغربي يُعطي القاضي سلطة تقدير بدل الخُلْع، ويجعل هذا البديل بمثابة التعويض بالنسبة إلى الزوج بالنظر إلى العناصر التي عددها، والتي يأخذها القاضي بالحُسبان عند تقديره لهذا البديل.

في حين أنَّ بقية التشريعات المقارنة لم تُشر إلى هذه الفرضية، والتي يتفق فيها الطرفان على الخُلْع، ويختلفان حول البديل.

^(١) - راجع، ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج ١٠، ص ٣١٨، وابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ج ٢، ص ٩٤، ومحمد البغدادي المعروف بالمارودي، الحاوي الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٩، ج ١٠، ص ٨٨.

وأعتقد أنّه بالنسبة إلى التشريع المصري، يُمكن للزوجة في هذه الحالة أن تلجأ إلى الخُلع القضائي، وتتنازل للزوج عن جميع حقوقها الماليّة والشرعيّة، وترد إلى الزوج المهر الذي أعطاه إياه لتجبر الزوج على الخلع.

ومما سبق، أعتقد أنّه يُمكن أن نأخذ برأي المذهب الشافعي عند اتفاق الزوجين على مبدأ الخلع، واختلافهما حول العوض من خلال إعطاء القاضي سلطة تحليفهما اليمين حول العوض المتفق عليه، سيّما أنّي لم أجد أساساً فقهياً لرأي القانون المغربي.

ومما سبق، فإنّه لا مجال للحديث عن تعويض الزوج عن تعسّف الزوجة في حالة الخُلع الرضائي؛ لأنّ العوض يتحدد بموجب اتفاق بين الطرفين - كما ذكرت - إلّا في الحالة التي يتفق فيها الطرفان على الخُلع، ويختلفان فيها حول العوض، فيُمكن أن يتدخل القاضي لتحديد العوض، مُراعياً بعض العناصر التي قد تجعل من هذا العوض بمثابة التعويض للزوج، فعندما يُلاحظ القاضي مبلغ الصداق، ومُدّة الزواج، وأسباب طلب الخُلع، والحالة الماديّة للزوجة، فكأنّه يبحث عن التعويض المناسب والكافي لجبر ضرر الزوج في هذه الحالة.

ثانياً: العوض في الخُلع القضائي

ذكرت أنّ بعض التشريعات قد جعلت الخُلع بإرادة الزوجة، من خلال دعوى تتقدم بها أمام القضاء، وعلى المحكمة أن تُجيبها إلى هذا الطلب.

ومن ذلك ما نصّت عليه (المادة ٢٠) من القانون المصري^(١): " للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه، وأقامت الزوجة دعواها بطلبه، وافتدت نفسها وخالعت زوجها عن جميع حقوقها المالية والشرعية، وردّت عليه الصداق الذي أعطاه لها، حكمت المحكمة عليه بتطبيقها، ولا تحكم المحكمة بالتطبيق بالخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين..... وبعد أن تُقر الزوجة -صراحةً- أنّها تبغض الحياة الزوجية، وأنّه لا سبيل إلى استمرار الحياة الزوجية بينهما، وأنّها تخشى ألا تُقيم حدود الله بسبب هذا البغض".

وما نصّت عليه (المادة ٥٤) من قانون الأسرة الجزائري: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تُخالع نفسها بمقابل مالي، وإذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم به القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

وعلى هذا، فإنّ كُلاً من المشرّعين المصري والجزائري قد فتحا الباب أمام الزوجة لحلّ الرابطة الزوجية، وكلّ ما على الزوجة فعله هو أن تُعلن أنّها تبغض الحياة الزوجية مع زوجها، ليقوم بعدها القاضي بمحاولة الصلح بينها وبين زوجها -لدى المشرّع المصري- وبدون وجود أيّة إجراءات لدى المشرّع الجزائري، ودون أن يبحث القاضي في دوافع الخلع وأسبابه.

وبالرجوع إلى القانون السوري، ذكرت أنّ المشرّع السوري قد أعطى الصلاحية للحكّمين بالتفريق بين الزوجين، في حال عدم وجود إساءة من أحد الزوجين للآخر، فللحكّمين التفريق مقابل تبرئة الزوج من قسم من حقوق الزوجة إذا رضيت بذلك، بشرط استحكام الشقاق والنزاع إلى حدّ لا يمكن إزالته إلا بالتفريق؛ بمعنى أنّ المشرّع

(١) - القانون رقم (١) لعام ٢٠٠٠.

السوري منح الحكمين سلطة التفريق بين الزوجين إذا استحكم الشقاق ولم تثبت الإساءة، بحسب (المادة ١١٤) من قانون الأحوال الشخصية السوري.

وإذا كان الحال كذلك لدى التشريعين المصري والجزائري، فمن الممكن أن تتعسف الزوجة في طلب الخلع، بل إنها لا تلجأ للخلع إلا عندما لا تستطيع أن تثبت الضرر اللاحق بها من زوجها، من خلال طلب التفريق للشقاق، فيكون السبب في الخلع هو مجرّد دواعٍ نفسية. وقد يُحاول الزوج التمسك بهذه الرابطة، إلا أنّ الزوجة تُصرّ على الخلع، فهل يكون للزوج تعويضاً عن ذلك؟

لم ينص القانون المصري على إمكانية تعويض الزوج في حالة الخلع القضائي، وإنما نص على أنّ عوض الخلع في هذه الحالة يكون من خلال تنازل الزوجة عن جميع حقوقها المالية والشرعية، وكذلك لا بُدّ أن ترد الزوجة المهر الذي أخذته من زوجها، دون أن يُشير إلى إمكانية تعويض الزوج بأكثر من ذلك في حال أصابه ضرر إضافي.

وكذلك، فإنّ المشرّع الجزائري أوجب على القاضي أن يتدخل لتحديد بدل الخلع الحاصل بطلب من الزوجة، بشرط ألا يزيد عن صداق المثل.

وأكدت على ذلك المحكمة العليا الجزائرية: "إنّ الخلع يحكم به القاضي دون اشتراط رضا الزوج، وعند الاختلاف في مبلغ التعويض يحكم به القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل"^(١). وجاء أيضاً في قضائها: "من المقرر قانوناً وشرعاً أنّ الخلع حق

(١) - المحكمة العليا الجزائرية، ملف رقم ١٠٣٧٩٣/١٠، تاريخ ١٩/٤/١٩٩٤، نشرة القضاة، العدد ٥١. أشارت إليه، آيت شاوس دليّة، إنهاء الرابطة الزوجيّة بطلب الزوجة، المرجع السابق، ص ٣٥٤.

خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء، وليس عقداً رضائياً، ولقضاة الموضوع فك الرابطة الزوجية، وحفظ حق الزوج في التعويض^(١).

ويرى بعض الفقه أن مثل هذا التحديد فيه إجحاف بحق الزوج في التعويض؛ فصادق المثل قد لا يكون كافياً لجبر الضرر اللاحق بالزوج، فيجب أن يُتاح المجال للزوج لكي يُثبت ما أصابه من ضرر، وأن يُثبت تعسف الزوجة في طلب الخلع، ومن حيث أن الزوج لم يرتكب أي خطأ بحق الزوجة، ولم يُسئ عشرتها، وإنما لجأت الزوجة إلى الخلع بدوافع ذاتية، وأن هناك أضراراً كبيرة لحقت به وبأسرته جرّاء ذلك. بل إن مجرد لجوء الزوجة إلى الخلع فيه قصد الإضرار بالزوج، فلماذا لم تلجأ الزوجة إلى التطليق للشقاق، فإن لجوؤها إلى التطليق للشقاق يتيح لها حل الرابطة الزوجية وطلب التعويض أيضاً، وفقاً للمشرع الجزائري. فيجب ألا يتم تحديد مقدار التعويض بمبلغ صدادق المثل، فكما أن الزوج عند تعسفه في الطلاق يدفع للزوجة تعويضاً يُقدّره القاضي دون تحديد له، بحسب (المادة ٥٢ جزائري) فيجب أن يُتاح المجال للزوج ليطالب تعويضاً يُقدّره القاضي دون أن يتقيّد بمثل الصداق^(٢).

أما المشرع السوري، فعندما نصّ على إمكانية التفريق بتقرير من الحكّمين في إجراءات التفريق للشقاق والضرر، قرر أن التفريق يكون نظير تبرئة الزوج من جزء من حقوق الزوجة، بشرط استحكام الشقاق، ورضا الزوجة بذلك، وعدم معرفة المسيء.

(١) المحكمة العليا الجزائرية، ملف رقم ١٤١٢٦٢/١، تاريخ ١٩٩٦/٧/٣٠، مجلة القانون، عدد ١/١،

١٩٩٨، ص ١٢١. أشارت إلية مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص ١٨١.

(٢) راجع بهذا المعنى، مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص ١٨٢ وما بعد. وراجع، آيت شاوس دليله، المرجع السابق، ص ٣٥٣.

يمكنني القول: إنّ التشريعات التي قالت بحق الزوجة بطلب الخُلْع رغماً عن الزوج، لم تُعْطِ الزوج الحق بالتعويض في حال تعسّفت الزوجة في استعمال حقها، وإنّ إسقاط مبلغ الصداق وحقوق الزوجة الماليّة والشرعيّة عن الزوج لدى التشريع المصري، أو الحكم بمبلغ لا يتجاوز صداق المثل في التشريع الجزائري، وإسقاط بعض الحقوق التي للزوجة في ذمّة الزوج من قبل الحكّمين نظير التفريق عند استحكام الشقاق في التشريع السوري، لا تُعدُّ -برأبي- تعويضاً كافياً للزوج.

لذا، فإنّني أقترح أن يتم تقدير الحكّمين للتعويض الذي يستحقّه الزوج في حال عدم معرفة المسيء من الزوجين، ولو زاد عن مقدار المهر، في حال قرر الحكّمان التفريق.

خاتمة الفصل الثاني

تعرضت في هذا الفصل لدراسة حل الرابطة الزوجية عن طريق التفريق القضائي للشقاق والضرر، وعن طريق الخلع. وقد أوردناه ضمن هذا الفصل بحسبان أنّ تدخل القضاء، حتى في التشريعات التي عدّت الخلع مُعَاوِضَةً، ضروري لإثبات الخلع، وغير ذلك من الأمور التي تحتاج إلى تدخل القضاء.

وقد تبين لي إجازة معظم التشريعات التفريق للشقاق والضرر، أخذاً من المذهب المالكي. وقد اختلفت هذه التشريعات فيما بينها حول الشروط المطلوبة للتفريق.

وقد عالج فقهاء المذهب المالكي الآثار المالية المترتبة على التفريق، وفقاً للإساءة الحاصلة من الزوج، أو الزوجة، أو كانت مُنْهَمَاً معاً. وهو ما أخذت به بعض التشريعات، كالسوري والمصري والعراقي، التي ربطت بين التفريق للشقاق وأثر ذلك على المهر، في حين أعطت بعض التشريعات الأخرى، كالمغربي والجزائري والتونسي، للقاضي سلطة تقدير التعويض عند التفريق للشقاق أو الضرر.

كما تعرضت للخلع بحسبانه وسيلة لحلّ الرابطة الزوجية مُقَابِلَ مال تفتدي به الزوجة نفسها. وقد ناقش الفقهاء القدامى مسألة بدل الخلع، ولم يتعرّضوا لبحث إمكانية التعويض بحسبان أنهم يعدّون الخلع عقد مُعَاوِضَةً. في حين ناقش بعض الفقهاء المعاصرين مسألة إمكانية التعويض عن الضرر الذي يُصيب الزوج من الخلع، عند التشريعات التي أجبرت القاضي على قبول طلب الزوجة بالخلع.

في حين عاجلت التشريعات بدل الخُلْع الرضائي، من خلال إجازة الاتفاق على الحصول على عوض أكثر من المهر.

وإنّ التشريعات التي قالت بحق الزوجة بطلب الخُلْع رغماً عن الزوج، لم تُعطِ الزوج الحق بالتعويض في حال تعسّفت الزوجة في استعمال حقها. وإنّ إسقاط مبلغ الصداق وحقوق الزوجة الماليّة والشرعيّة عن الزوج لدى التشريع المصري، أو الحكم بمبلغ لا يتجاوز صداق المثل في التشريع الجزائري، وإسقاط بعض الحقوق التي للزوجة في ذمّة الزوج من قبل الحكمين، نظير التفريق عند استحكام الشقاق في التشريع السوري، لا تُعدّ -برأيي- تعويضاً كافياً للزوج.

خاتمة الرسالة

تعرضت في هذا البحث لدراسة التعويض عن الضرر الناشئ عن انحلال الرابطة الزوجية، وقد حاولت تأصيل الضرر والتعويض في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، كما تناولت بعض صور حلّ الرابطة الزوجية من خلال الطلاق، والتفريق القضائي والخلع، وتوصلت إلى النتائج والمقترحات الآتية:

أولاً: النتائج

١. أجاز فقهاء الشريعة الإسلامية التعويض عن الضرر المادي، مع اختلافهم حول التعويض عن الضرر المعنوي، ورجحت تعرّض فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى لبحث مدلول الضرر المعنوي، وإن لم يفرّدوا له مُسمّى خاصاً.
٢. تُعدُّ نظرية عدم جواز التعسّف في استعمال الحق من موجبات التعويض في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، وتُعدُّ أساس فكرة التعويض عن الضرر الناشئ عن انحلال الرابطة الزوجية في مُعظم الحالات.
٣. لم يتعرّض فقهاء الشريعة الإسلامية لموضوع التعويض للزوج عند نشوز زوجته، وإنّما عالجوا موضوع النشوز من خلال إعطاء الزوج ولاية التأديب، والهجر في المضاجع. وذهبوا إلى القول بسقوط النفقة عن الزوجة الناشز.
٤. اختلفت التشريعات المقارنة حول حُكم النشوز، فأجاز التشريعان الجزائري والتونسي لكلا الزوجين الحق بطلب الطلاق بسبب النشوز، وأجازا للقاضي تعويض الطرف المتضرر عمّا أصابه من ضرر من هذا النشوز. في حين لم يتعرّض المشرعان اليمني والمغربي للنشوز كسبب موجب للطلاق والتعويض،

وأسقط المشرعان السوري والمصري النفقة عن الزوجة الناشز، دون أن يقررا الحق في التعويض. بينما أسقط المشرع العراقي النفقة عن الزوجة الناشز، كما أجاز لكلا الزوجين طلب التفريق عند نشوز الآخر، ويمكن للقاضي أن يسقط جزء من المهر أو يسقطه كاملاً بحسب الأحوال.

٥. قرر المشرع السوري في قوانين الأحوال الشخصية للسريان الأرثوذكس إسقاط النفقة عن الزوجة الناشز، وأجاز للمحكمة أن تقضي للزوج على زوجته بنفقة شهرية تقدرها المحكمة. والحكم نفسه قرره المشرع في قانون الأحوال الشخصية للطوائف الكاثوليكية، وأجاز للمحكمة تقدير التعويض بنسبة ما لحق الزوج من ضرر جرّاء نشوز زوجته. وأجاز المشرع السوري في قانون الأحوال الشخصية للروم الأرثوذكس فسخ الزواج عند النشوز من أحد الزوجين، وأجازت للمحكمة الحكم بالتعويض لأحد الزوجين عمّا لحقه من ضرر.

٦. عالج الفقه الإسلامي أحكام الطلاق قبل الدخول، من خلال تقرير نصف المهر للمرأة المطلقة قبل الدخول. واختلف الفقهاء في حكم استحقاقها المتعة، بحسب ما إذا كان قد سمّي لها مهر أو لا.

٧. اختلاف الرأي الفقهي حول إمكانية التعويض عن تفويت الفرصة في الفقه الإسلامي. وأرجح الرأي القائل بجواز التعويض عن تفويت الفرصة إذا تحقق سببها.

٨. عالجت القوانين المقارنة مسألة الطلاق قبل الدخول، من خلال إعطاء المطلقة قبل الدخول نصف المهر، وذلك من قبل المشرع العراقي والجزائري

والمغربي، ولم يتعرضوا لحكم المتعة. في حين سكت المشرع المصري عن حكم المطلقة قبل الدخول، والتي لم يُسم لها مهر، وبحسب الراجح في المذهب الحنفي أنّ لها المتعة. في حين أنّ المشرعين السوري واليميني قد أعطيا المطلقة قبل الدخول نصف المهر، والمتعة، عند عدم تسمية المهر. فالمتعة بديل المهر لدى المشرع السوري، وقد حددها بالأّ تزيد عن نصف مهر المثل.

٩. يترتب على الطلاق قبل الدخول تفويت الفرصة على المطلقة بالزواج، سيّما إذا طالت الفترة بين العقد والدخول، وهذا يلحق ضرراً كبيراً بالمطلقة، وهو ما تعرّض له القضاء الجزائري بتقرير الحق بالتعويض عن هذا الضرر.

١٠. يُمكن أن يكون الطلاق في بعض صوره طلاقاً تعسفياً، إذا كان الزوج قد قصد الإضرار بزوجه، أو كان بقصد التحايل على مقاصد الشارع.

١١. لم يتعرّض الفقهاء القدامى لموضوع التعويض عن الطلاق التعسفي، وثار خلاف فقهي بين الفقه المعاصر حول إمكانية التعويض. وأرجح الرأي القائل بجواز التعويض عن الطلاق التعسفي، ولكنني لا أرى إمكانية الاتفاق المسبق بين الزوجين على هذا التعويض، والذي يجعل هذا الاتفاق شبيهاً بالشرط الجزائي.

١٢. اختلاف التشريعات المقارنة حول الشروط المطلوبة للتعويض عن الطلاق التعسفي، وتتفق معظم التشريعات بضرورة مسؤوليّة الزوج عن الطلاق الموجب للتعويض.

١٣. اشترط المشرعان اليمني والسوري إصابة المطلقة بالبؤس والفاقة لاستحقاق التعويض، في حين لم تشترط باقي التشريعات ذلك، واكتفت بشرط إثبات

الزوجة الضرر الذي لحق بها، وهو أمر محمود؛ فقد يُصيب الزوجة الضرر، ولو لم يصل بها الحال إلى البؤس والفاقة، كما أنّ التعويض يكون جزاءً للتعسف الحاصل من الزوج.

١٤. لم يُحدد المشرّعان المغربي والجزائري مقدار التعويض، وإنّما تركا ذلك للسلطة التقديرية للقاضي. ونصّ المشرّع المغربي على بعض المعايير التي يُمكن أن يستند إليها عند تقديره لهذا التعويض. في حين أنّ المشرّع التونسي قد حدد التعويض بمقدار ما اعتادت عليه من العيش في الحياة الزوجية. بينما تركت باقي التشريعات السلطة التقديرية للقاضي في تقدير التعويض، على ألا يتجاوز حدّاً أعلى، كالسوري الذي لم يجز أن يزيد عن نفقة ثلاث سنوات لأمثالها. في حين حدد المشرّع المصري حدّاً أدنى للتعويض، بألا يقل عن نفقة سنتين.

١٥. أجاز المشرّع السوري، في قوانين الطوائف الخاص بالروم والسرمان الأرثوذكس، التعويض لكلا الزوجين عن الأضرار المترتبة عن حلّ الرابطة الزوجية.

١٦. أجاز فقهاء المذهب المالكي التفريق للشقاق والضرر بين الزوجين، ويُمكن أن يُقرر القاضي التفريق في حال ثبت الضرر بالبينّة. أمّا إذا لم تشهد البينّة بثبوت الضرر، فإنّ للقاضي أن يبعث الحكمين من أجل الوقوف على حقيقة الضرر والعمل على الإصلاح بين الزوجين، أو التفريق بينهما.

١٧. أجازت معظم التشريعات المقارنة التفريق بسبب الشقاق والضرر، بشروط اختلفت فيها؛ حيث قصرت بعض التشريعات حق التفريق على الزوجة دون

الزوج، كالمصري والجزائري. في حين أعطت باقي التشريعات المقارنة الحق بطلب التفريق للزوجين معاً، كما اختلفت التشريعات في تحديد مقدار الضرر الموجب للتفريق.

١٨. لم يُعالج فقهاء المذهب المالكي الآثار الماليّة المترتبة عن التفريق في معرض حديثهم عن الضرر الثابت؛ بحسبان أن الضرر ثابت من الزوج، ومن الطبيعي ألا يؤثر على حقوق الزوجة الماليّة. أمّا إذا كان الضرر غير ثابت، وتبيّن للحكمين أنّ الإساءة من الزوج، طلقاً عليه بلا خلع. أمّا إذا كانت الإساءة من الزوجة وطلب الزوج التفريق، خالعه ولو زاد عن المهر. أمّا إذا كانت الإساءة مُشتركة، فيتم التفريق، إمّا بلا مال، أو بشيء يسير تدفعه له.

١٩. تعرّضت بعض التشريعات لتحديد الطرف المسؤول عن الشقاق والضرر، وأثر ذلك على المهر، كالتشريع السوري والمصري والعراقي. في حين أعطت بعض التشريعات للقاضي سلطة تقدير التعويض عند التفريق للشقاق والضرر، كالتشريع المغربي والجزائري والتونسي.

٢٠. يجعل كُُل من المشرّع والاجتهاد القضائي السوري من التفريق للشقاق وسيلة قانونيّة للتهرب من تعويض الزوجة، في حال كان الزوج هو السبب في الضرر اللاحق بالزوجة؛ لأنّ الاجتهاد القضائي لم يُجْز طلب التعويض زياداً عن مقدار المهر. فالمشرّع السوري ربط بين المهر والتفريق للشقاق، ورفض القضاء التعويض للزوجة ولو كانت المسؤوليّة في أكثرها على الزوج.

٢١. يُعدُّ الخلع وسيلة تستطيع من خلالها الزوجة أن تفتدي نفسها بعوض تدفعه للزوج، مُقابل حل الرابطة الزوجية. وقد كيّف مُعظم الفقهاء الخلع على أنّه عقد مُعاوضة، وهو ما أخذت به مُعظم التشريعات.

٢٢. لم تُجزّ قوانين الأحوال الشخصية للطوائف في سورية للزوجين الحق بالاتفاق على حلّ الرابطة الزوجية.

٢٣. اختلف الفقهاء حول ضرورة إجراء الخلع أمام القضاء. وأؤيّد الرأي القائل بضرورة إجرائه أمام القضاء؛ لأنّه من الممكن إصلاح ذات البين من قبل القاضي، كما أنّ العوض يُعدُّ ركناً أساسياً في الخلع، فمن الأفضل إجراؤه أمام القضاء درءاً للخلاف. وهو ما أخذت به مُعظم التشريعات، إما باشتراط إجرائه أمام القضاء، أو من خلال ضرورة إثباته أمام القضاء.

٢٤. يرى جانب من الفقه أنّ دور القاضي إلزامي في الخلع، بينما يرى جانب آخر أنّ دور القاضي في الخلع إرشادي. وأرى أنّه من الممكن إعطاء القاضي سلطة إجبار الزوج على قبول الخلع عندما تكون الزوجة كارهة لزوجها، ولم تُفلح مساعي المحكمين في الإصلاح بين الزوجين.

٢٥. لم يُشر قانون الأحوال الشخصية العراقي والتونسي إلى سلطة إلزام الزوج بقبول الخلع من قبل القاضي، في حين ألزم المشرعان المصري والجزائري القاضي على قبول الخلع إذا طلبت الزوجة ذلك. في حين أعطى المشرّع المغربي الزوجة الحق باللجوء إلى التفريق للشقاق عند عدم الاتفاق على الخلع. بينما أجاز المشرّع السوري للمحكمين التفريق إذا تعدّر الإصلاح، ولم

يُعرف المسيء من الزوجين وطلبت الزوجة ذلك، من خلال إجراءات التفريق للشقاق والضرر.

٢٦. ناقش الفقهاء القدامى مسألة بدل الخُلْع، ولم يتعرّضوا لبحث إمكانية التعويض؛ بحسبان أنهم يُعدّون الخُلْع عقد مُعَاوِضَة. في حين أثار الفقهاء المعاصرون مسألة إمكانية التعويض عن الضرر الذي قد يُصيب الزوج من الخُلْع، عند بعض التشريعات التي أجبرت القاضي على قبول طلب الزوجة بطلب الخُلْع.

٢٧. أجاز بعض الفقهاء للزوج أن يأخذ أكثر من الصداق في حال اتفق الزوج مع زوجته على ذلك، في حين لم يُجْز آخرون ذلك؛ لأنَّ العوض بدل في مُقابل الفسخ، فلا يجوز أن يزيد عن مقداره في ابتداء العقد. وأجازت مُعظم التشريعات للزوج أن يأخذ من زوجته أكثر مما دفعه لها، إمّا بالنص صراحةً على ذلك، أو دلالةً.

٢٨. لم ينص المشرّع المصري على إمكانية تعويض الزوج في الخُلْع القضائي بأكثر من تنازل الزوجة عن حقوقها المالية والشرعية، في حال تعسّفت الزوجة باستعمال هذا الخُلْع. كذلك يحكم القاضي الجزائي بمبلغ التعويض المستحق للزوج، بشرط ألا يزيد عن قيمة صداق المثل. وأشار المشرّع السوري إلى أنَّ التفريق القضائي يكون مُقابل إسقاط بعض الحقوق المالية التي تستحق للزوجة على الزوج.

ثانياً: المقترحات

١. أقترح على المشرّع السوري إضافة مادة إلى قانون الأحوال الشخصية، تُجيز للزوج طلب التعويض عند نشوز زوجته وتطليقها بسبب هذا النشوز، أسوةً بالمرعّين الجزائري والتونسي، وبقوانين الأحوال الشخصية السورية للطوائف اللذين أجازوا ذلك صراحةً. ويمكن أن تأتي الصياغة على الشكل الآتي: "يمكن للمحكمة أن تحكم للزوج بتعويض تقدره إذا كان سبب الطلاق هو نشوز الزوجة، ويمكن للزوجة اللجوء إلى التفريق للشقاق والضرر عند نشوز الزوج".

٢. أقترح على المشرّع السوري إضافة مادة إلى قانون الأحوال الشخصية، تُجيز طلب التعويض للمُطلقة قبل الدخول عن تفويت الفرصة في الزواج. ويمكن أن تأتي الصياغة كالآتي: "إذا أثبتت المطلقة قبل الدخول الضرر من خلال تفويت الفرصة في الزواج، جاز للقاضي أن يحكم لها بالتعويض عن ذلك الضرر".

٣. أدعو إلى ضرورة بحث أسباب كُل طلاق على حدة، للوقوف على دوافعه، ومدى معقوليته. وإنّ القول بأنّ الأصل في الطلاق هو الإباحة لا يعني أن نفترض أنّ كُل طلاق تعسّفي، حتى يثبت العكس.

٤. أقترح على المشرّع السوري النص على إمكانية تعويض الزوج في حال كان قد فوّض زوجته بالطلاق، ولحقه الضرر من هذا الطلاق. فالقياس يستدعي ذلك والمبدأ العام بعدم جواز الإضرار يقتضي ذلك أيضاً.

٥. أوصي بضرورة تعديل شرط ضرورة إصابة الزوجة بالبؤس والفاقة من قبل التشريع السوري، أسوةً بالتشريعات التي تخلّت عن هذا الشرط. وأقترح

تعويض الزوجة في حال أثبتت الضرر والتعسف الواقع من الزوج، ولو لم يصل الحال بها إلى البؤس والفاقة؛ فالتعويض جزاء التعسف ويتأسس عليه.

٦. أقترح على المشرع السوري تحديد حد أدنى للتعويض بدلاً من تحديد حدّه الأعلى، أسوةً بالمشرع المصري.

٧. أحث المشرع السوري على إعادة صياغة (المادة ١١٧) من قانون الأحوال الشخصية لتصبح كالآتي: "إذا طلق الرجل زوجته، وتبين للقاضي أنّ الزوج متعسف في طلاقها، يحكم القاضي على المطلق بالتعويض المناسب مُراعياً طول فترة الزواج، والوضع الماليّة للزوج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في إيقاعه، على ألا يقل عن نفقة سنتين لأمثالها، ويُمكن للزوج أن يُطالب بالتعويض عمّا أصابه من ضرر، في حال فوّض الزوجة بتطبيق نفسها، وتعسّفت في ذلك".

٨. أرحّج رأي السادة المالكية بجواز التفريق بين الزوجين عند الشقاق والضرر، إذا تعدّر الإصلاح عن طريق الحكمين، دون الحاجة إلى توكيل الزوجين ورضاهما؛ لأنّ القول بعدم تمتع الحكمين بسلطة التفريق يتناقض مع مُهمتهما.

٩. أقترح إعادة صياغة بعض المواد المتعلقة بالتفريق للشقاق والضرر لتصبح الآتي: "أ. إذا ادعى أحد الزوجين إلحاق الزوج الآخر ضرراً به أو بأولاده وكان هذا الضرر مُعتبراً شرعاً جاز له أن يطلب من القاضي التفريق.

ب. وفي حال ثبت الإضرار أو لم يثبت، على القاضي أن يؤجل المحاكمة مُدّة لا تقل عن شهر أملاً بالمصالحة وإذا أصرّ المدعي على الشكوى، ولم

يتم الصلح، عيّن القاضي حكمين من أهل الزوجين، وفي حال تعذر ذلك من يرى القاضي فيهما القدرة على الإصلاح بينهما.

ج. يبذل الحكمان جهدهما في الإصلاح بين الزوجين، فإن عجزا وكانت الإساءة أو أكثرها من الزوج، قررا التفريق على تمام المهر، وللزوجة طلب التعويض عما أصابها من ضرر جرّاء هذا التفريق. وإن كانت الإساءة أو أكثرها من الزوجة قررا التفريق مقابل مال تدفعه الزوجة للزوج ولو زاد عن مقدار المهر. وإذا كانت الإساءة مُشتركة بين الزوجين، ووجد الحكمان المصلحة بالتفريق، قررا ذلك وحددا في قرارهما ما يُمكن أن يدفعه أحد الزوجين للآخر، مع مُراعاة مسؤولية كُل من الزوجين عن هذه الإساءة. وإذا حُكم على الزوجة بأي عوض وجب عليها دفعه قبل الحُكم بالتفريق."

١٠. إنّ التشريعات التي قالت بحق الزوجة بطلب الخُلع رغماً عن الزوج، لم تُعطِ الزوج الحق بالتعويض في حال تعسّفت الزوجة في استعمال حقها. وإنّ إسقاط مبلغ الصداق وحقوق الزوجة الماليّة والشرعيّة عن الزوج لدى التشريع المصري، أو الحُكم بمبلغ لا يتجاوز صداق المثل في التشريع الجزائري، وإسقاط بعض الحقوق التي للزوجة في ذمّة الزوج من قبل الحكمين نظير التفريق عند استحكام الشقاق في التشريع السوري، لا تُعدُّ -برأيي- تعويضاً كافياً للزوج. فأقترح بالنسبة إلى المشرّع السوري أن يتم تقدير الحكمين للتعويض الذي يستحقّه الزوج، في حال عدم معرفة المسيء من الزوجين، ولو زاد عن مقدار المهر في حال قرر الحكمان التفريق. ويُمكن أن تأتي الصياغة كالآتي: "وللحكمين أن يُقررا التفريق بين الزوجين مع عدم الإساءة

من أحدهما، إذا أصرّت الزوجة، وتبيّن للحكمين استحكام النزاع، وذلك
مُقابل تعويض يُقدّره للزوج".

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

١. القرآن الكريم.
٢. قانون الأحوال الشخصية للطوائف الكاثوليكية رقم (٣١)، لعام ٢٠٠٦.
٣. مَدُونَةُ الأسرة المغربية الصادرة بالقانون رقم (٧٠-٠٣)، لعام ٢٠٠٤.
٤. قانون الأحوال الشخصية السريان الكاثوليك رقم (٢٣)، لعام ٢٠٠٤.
٥. قانون الأحوال الشخصية الروم الأرثوذكس رقم (١٠)، لعام ٢٠٠٤.
٦. قانون الأحوال الشخصية اليمني، لعام ١٩٩٢ وتعديلاته.
٧. القانون الجزائري للأحوال الشخصية رقم (٨٤-١١)، لعام ١٩٨٤، المعدّل والمتّمم.
٨. قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨)، لعام ١٩٥٩.
٩. مجلّة الأحوال التونسية، لعام ١٩٥٦.
١٠. القانون المدني السوري رقم (٨٤)، لعام ١٩٤٩.
١١. قانون الأحوال الشخصية المصري رقم (٢٥)، لعام ١٩٢٩، المعدّل بالقانون (١٠٠)، لعام ١٩٨٥، والقانون رقم ١، لعام ٢٠٠٠.

ثانياً: المراجع

• كتب تفسير القرآن

١. عماد الدين أبو الفداء اسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم المعروف بتفسير ابن كثير، مطبعة الدعوة الإسلامية، ١٩٨٠، ج ٤.

٢. أبو جعفر ابن جرير الطبري، جامع البيان عن تأويل آيات القرآن، المعروف بتفسير الطبري، دار المعرفة، بيروت، ط١، ج٢، ١٣٢٣هـ.
٣. أبو عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن الكريم، المعروف بتفسير القرطبي، دار الشعب للنشر، بدون تاريخ، ج٨.
٤. أحمد بن إبراهيم الثعالبي، تفسير الثعالبي، الكشف والبيان عن تفسير القرآن، ج٢، ط١، ٢٠٠٢.
٥. جلال الدين المحلي - جلال الدين السيوطي، تفسير الجلالين، دار الكلم الطيبة، دمشق-بيروت، ط١، ٢٠٠٦.
٦. محمد عبده، تفسير القرآن الحكيم المعروف بتفسير المنار، دار المعرفة، بيروت، ط٢، ج٢.
٧. محمد علي الصابوني، تفسير آيات الأحكام في القرآن، ج١، مكتبة الغزالي، دمشق، ط٣، ١٩٨٠.

● كُتُب الحديث

١. ابن حجر الهيتمي، فتح المبين لشرح الأربعين، المطبعة العامرية الشرقية، مصر، ١٣٢٠هـ.
٢. أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر، دار الكتب العلميّة، ج٧، ٢٠٠٣.
٣. أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو بن عُمران، سنن أبو داود، دار الجليل - لبنان، مجلد ٣، ١٩٩٢.

٤. أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المصنّف، توزيع المكتبة الإسلامية، بدون سنة نشر.
٥. أحمد بن حُجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق: عبد القادر شيبه، بدون دار نشر، ط١، ٢٠٠١.
٦. زين الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين بن أحمد بن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديث من جوامع الكلم، دار الحديث، القاهرة، ط١، ١٩٩٤.
٧. أبو الحسن الحيفي المعروف بالسندي، سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، دار المعرفة، بيروت، ط٤، ج٣، ٢٠٠٦.
٨. محمد بن إسماعيل الأمير اليميني الصنعاني، سُبُل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، صححه وعلّق عليه: محمد عبد العزيز الخولي، مطبعة عاطف، مصر، بدون تاريخ، ج٣.
٩. محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح المختصر، (صحيح البخاري)، تحقيق: مصطفى ذيب البغا، دار ابن كثير، لبنان، ط٣، دون تاريخ.
١٠. علاء الدين بن علي بن لبّان الفارسي، صحيح ابن حَبّان بترتيب بن بلبان، تحقيق: شُعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٣، ج١، ١٩٩٧.
١١. محمد بن عبدالله الحاكم أبو عبدالله النيسابوري، المستدرک على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبدالقادر عطار، بيروت، دار الكتب العلميّة.

١٢. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح مُنتقى الأخبار، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مصطفى محمد الهواري، مكتبة الكليات الأزهرية، بدون تاريخ، ج ١.

١٣. محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، مكتبة المعارف للنشر، الرياض، ط ١، بدون تاريخ.

• كُتب اللغة العربية

١. أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، قاموس اللغة، كتاب المصباح المنير، دون مكان نشر، دون تاريخ، ج ٨.

٢. الفيروز آبادي، مجد الدين بن يعقوب، القاموس المحيط، دار الفكر، بيروت، دون تاريخ، م ٢.

٣. محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ٢٠٠٤، مادة ضرر، ج ٩.

٤. محمد مُرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، دون مكان نشر، دون تاريخ، ج ٧.

• كُتب الفقه الإسلامي وأصوله

أولاً: الفقه الحنفي

١. أحمد بن محمد مكي الحسن الحموي الحنفي، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٥هـ، ١٩٨٥م، ط ١.

٢. أحمد بن يوسف الحصكفي، الدرّ المختار، مكتبة مصطفى البابي، ١٩٦٦.

٣. زين الدّين إبراهيم محمد المصري ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، ج ٥، لبنان، دار الكتب العلميّة، ١٩٩٧.
٤. شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، لبنان-بيروت، دون سنة نشر.
٥. عثمان بن علي البارعي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الأميرية الكبرى، ط ١، القاهرة، ١٣١٣هـ، ج ٢.
٦. علاء الدّين أبو بكر مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بدون مكان نشر، ١٩٨٢، ج ٢.
٧. كمال الدين بن عبد الواحد ابن الهمّام، فتح القدير، دار الفكر، بيروت، دون سنة نشر.
٨. محمد أمين ابن عابدين، رد المختار على الدّر المختار، تحقيق: عادل عبد الموجود- علي محمد معوّض، ط ٢، بيروت، دار الكتب العلميّة، ٢٠٠٢.

ثانياً: الفقه المالكي

١. أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي الشاطبي، الموافقات في أصول الفقه، شرح: عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت.
٢. أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد ابن جزّي، القوانين الفقهية، ط ٢، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٤٠٩هـ.
٣. أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل شرح مُختصر خليل، تحقيق: زكريا عُصيرات، ج ٥، دار عالم الكتب، بدون سنة نشر.

٤. أبو عبدالله محمد الخرشي، حاشية الخرشي، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط٢، ١٣١٧هـ.
٥. الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، دار صادر، بيروت، ج٥.
٦. الإمام مالك بن أنس، الموطأ، تصحيح: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الشعب، بدون مكان نشر، وبدون تاريخ.
٧. عثمان بن محمد حسنين البري الجعلي، سراج السالك شرح أسهل المسالك في مذهب الإمام مالك، دار الفكر، بيروت، ج٢، ١٩٩٥.
٨. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، تحقيق: محمد بن أحمد بن محمد، دار الكتب العلمية، لبنان، ط١، ١٤١٧هـ.
٩. محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مطبعة مصطفى البابي، ٢٠٠٤، ج٢، ط٤.
١٠. محمد عlish، منح الجليل شرح مختصر سيد خليل، دار الفكر، بيروت، ج٣.

ثالثاً: الفقه الشافعي

١. أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٥، ط١.
٢. أبو الحسن علي بن محمد الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: محمود مطرجي، دار الفكر، بيروت، ٢٠٠٣.

٣. أبو زكريا محمد بن شرف الدّين النووي، المجموع شرح المذهب، مطبعة دار الفكر، ١٩٩٦.
٤. شمس الدين محمد الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، ط١، ١٩٩٧.
٥. صالح عبد السميع الأزهرى، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، دار المعرفة، بيروت، بدون تاريخ، ج ١٠.
٦. محمد بن أبي العبّاس أحمد بن حمزة بن شهاب الدّين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج على مذهب الإمام الشافعي، مطبعة البابي الحلبي، مصر، ج ٦.
٧. محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دار الشعب، بدون سنة نشر.
٨. محمد بن محمد بن أحمد الغزالي، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: علي معوّض، دار الأرقم بن أبي الأرقم، لبنان، ط١، ج ١، ١٩٩٧.
٩. يحيى بن شرف النووي، شرح المنهاج، ط٢، ج ٢، دون دار نشر.

ثانياً: الفقه الحنبلي

١. علاء الدّين المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، بدون تاريخ، ط١.
٢. منصور إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، تعليق: هلال مصيلحي هلال، دار الفكر، بيروت، ج ٥، ١٩٨٢.
٣. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح مُنتهى الإرادات، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ج ٥، ط١، ٢٠٠٠.

٤. موفق الدين أبو محمد عبد الله بن قدامة الحنبلي، المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب للطباعة، الرياض.

خامساً: الفقه الظاهري

١. محمد بن علي بن أحمد ابن حزم، المحلى، دار الكتب العلميّة، دون سنة نشر، ج ٩.

سادساً: كتب الفقه المعاصر

١. أحمد موائى، الضرر في الفقه الإسلامي، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، السعودية، ١٩٩٧، ط ١.
٢. صبحي الحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الفقه الإسلامي، دار العلم، بيروت، ط ٢، ١٩٧٢.
٣. عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار الحديث، القاهرة، ج ٤، بدون تاريخ.
٤. علي بن خليل الطرابلسي، مُعين الحُكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، مطبوعات مصطفى الحلبي، مصر، القاهرة، ط ٢، ١٩٧٣.
٥. عوض محمد ادريس، الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المقارن، دار مكتبة الهلال، لبنان، ط ١، ١٩٨٦.
٦. فتحي الدبريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، ط ٢، ١٩٨٨.

٧. محمد أبو زهرة، أحكام الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون تاريخ.
٨. محمد أحمد سراج، ضمان العُدوان في الفقه الإسلامي (دراسة فقهية مُقارنة بأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٠.
٩. محمد فوزي فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، دار التراث، الكويت، ط ٢، ١٩٨٦.
١٠. المرسي عبد العزيز السماحي، بحوث في فرق النكاح، مطبعة الفجر الجديد، مصر، ١٩٨٦.
١١. مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، مطبعة طربين، دمشق، ط ١٠، ١٩٦٨.
١٢. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط ١، دار الفكر، ١٩٩١.
١٣. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي "دراسة مُقارنة"، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٢.

• الكتب القانونية

١. أحمد الشنتاوي، عادات الزواج وشعائره، دار المعارف المصرية، ١٩٥٦.
٢. أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢.
٣. أحمد حُسام النجار، الخُلَع ومشكلاته العمليّة وإجراءاته وأحكامه، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٤.

٤. أحمد حسن الحمادي، الحق في التعويض ومدى انتقاله إلى الخلف العام في إطار الفقه والقانون والقضاء المقارن، دار الثقافة، قطر، ١٩٩٥.
٥. أديب استانبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، ج ١، بدون سنة نشر، وبدون دار نشر.
٦. أنور العمروسي، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين، ج ٢، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٠.
٧. حسن الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، ج ١، دار وائل، عمان، ٢٠٠٦.
٨. كمال صالح البناء، موسوعة كمال البناء في الشريعة والقانون، ج ١، ط ١، ١٩٩٤، بدون ناشر.
٩. حسن محمد، التفريق والحضانة "دراسة مقارنة"، بدون دار نشر، ١٩٨٣.
١٠. الخُلع بين المذاهب الفقهية الأربعة والقانون المصري (دراسة تحليلية لأحكام المحاكم المصرية)، ط ٢، ٢٠٠٥.
١١. عبد الحكيم فودة، التعويض المدني، دار المطبوعات الجامعية، مصر، دون تاريخ.
١٢. عبد الرحمن الصابوني، أحكام الطلاق في الفقه الإسلامي وما عليه العمل في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار القلم، ط ١، ١٩٨٧.
١٣. عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج ٢، منشورات جامعة دمشق.

١٤. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٨٩، ط٣.
١٥. عبد الرزاق دربال، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، دار العلوم، الجزائر، ٢٠٠٤.
١٦. عبد الوهاب خالف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل في المحاكم، دار القلم، الكويت، ط٢، ١٩٩٠.
١٧. عمرو عيسى الفقهي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠٠٥، ص٦٢٣.
١٨. السعيد مصطفى السعيد، في مدى استعمال حقوق الزوجية وما يتقيد به في الشريعة الإسلامية والقانون المصري الحديث، مطبعة الاعتماد، القاهرة، بدون تاريخ.
١٩. فواز صالح، القانون المدني، مصادر الالتزام، ج١، المصادر الإرادية، منشورات جامعة دمشق، ٢٠١٢.
٢٠. كورنو جيران، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، لبنان، ط٢.
٢١. محمد الرّحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، دار المكتبي، دمشق، ط١، ١٩٩٨.
٢٢. محمد بن معجوز المزغراني، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، ج١، ط٢، بدون دار نشر، ١٩٩٥.

٢٣. محمد حاتم البيّات، أيمن أبو العيال، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، منشورات جامعة دمشق، ٢٠١١.
٢٤. محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٢.
٢٥. مصطفى الزرقا، الفعل الضار، دار القلم، دمشق، ط ١، ١٤١٨ هـ. عبد الواحد كرم، مُعجم المصطلحات القانونية، عالم الكتب، بيروت، ١٩٨٧.
٢٦. مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مطبعة الفردوس، دمشق، ١٩٦١.
٢٧. ناهد العجوز، دعوى التطليق والخلع، بدون دار نشر، ط ١، ٢٠٠١، القاهرة.
٢٨. الوجيز في الإثبات في مواد الأحوال الشخصية فقهاً وقضاءً، ط ١، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠٠٣.

• الرسائل العلمية

١. أسْمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي، ٢٠١١.
٢. آيت شاوس دليّة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، رسالة دكتوراة، الجزائر، جامعة مولود معمري، ٢٠١٤.
٣. خير الدين حابو، ولاية القاضي في التفريق بين الزوجين "دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، رسالة ماجستير، جامعة حلب، ٢٠١٤.

٤. رتيبة عيَّاش، أحكام نفقة الزوجة بين الشريعة الإسلامية والقانون، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، ٢٠٠٧.
٥. رفعة فرحان خلف، الطلاق التعسفي، رسالة ماجستير، جامعة دمشق، ٢٠١٣.
٦. مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، ٢٠١٠.
٧. مؤيد زيدان، أبعاد القانون (دراسة في علم الاجتماع القانوني) مقارنة بين القانون المصري والسوري والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠١٠.

• البحوث القانونية

١. أيمن أبو العيال، الخلع في القانون المصري، (دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة بالتفريق للشقاق والضرر في قانون الأحوال الشخصية السوري والفقه الإسلامي المقارن)، بدون ناشر، بدون تاريخ.
٢. أيمن مصطفى دبَّاغ، التعسف في الطلاق، مجلّة جامعة الأقصى (سلسلة العلوم الإنسانية)، المجلد (١٨)، العدد الأول، ٢٠١٤.
٣. صلاح الدين الناهي، بين الترفق والتعسف في استعمال الحقوق في الشرع الإسلامي والقوانين المدنية العربية (المصرية العراقية الأردنية الكويتية والسورية) وبين فلسفتي القانون والأخلاق (دراسة تحليلية متوازنة)، المجلّة العربية للفقه والقضاء، العدد الرابع، تشرين الأول.

٤. عباس سهيل جيجان، الطلاق الخُلعي (دراسة مُقارنة)، مجلّة المحقق الحلبي للعلوم القانونيّة والسياسيّة السنة الرابعة، العدد الأول.
٥. عبد الصمد خشيع، مسطرة الشقاق في ضوء مُدونة الأسرة المغربيّة، مجلّة الملف، عدد ٧، ٢٠٠٥.
٦. العربي أحمد بلحاج، تفويت فرصة الزواج (تعليق على قرار المحكمة العليا الجزائيّة الصادر عن غرفة الأحوال الشخصيّة والمتعلّق بتفويت فرصة الزواج على المعقود عليها في الطلاق قبل الدخول)، مجلّة الحقوق، العدد ٣/، السنة ٣٥/، لعام ٢٠١١.
٧. عمار البيك، التفريق بسبب بُعد الزوج (دراسة مُقارنة بين الشريعة الإسلاميّة وبعض القوانين العربيّة)، مجلّة بحوث جامعة حلب، العدد ١٢ لعام ٢٠١٦.
٨. مجلّة المحامون، العدد ٣/، ١٩٩٠.
٩. مجلّة المحامون، العددان ٣-٤ آذار ونيسان، ٢٠٠٧، السنة ٧٢.
١٠. مجلّة المحامون، العددان ٩-١٠ تشرين الأول، السنة ٧٦، ٢٠١١.
١١. مجلّة المحامون، عدد ٢/، ١٩٧٧.
١٢. المحامون العددان ٣-٤، لعام ٢٠٠٠.
١٣. المحامون، العدد ٣ و٤، آذار ونيسان، السنة ٧٢، لعام ٢٠٠٧.
١٤. المحامون، الأعداد ٣-٤-٥-٦، السنة ٧٧، لعام ٢٠١٢.
١٥. سجلات محكمة النقض.
١٦. ناصر محمد الجوفان، التعويض عن تفويت المنفعة، مجلّة البحوث الفقهيّة المعاصرة، الرياض، ٢٠٠٥، العدد ٩٥.

● المؤتمرات العلميّة

١. محمد سنان الجلال، التعويض المادي عن الضرر الأدبي أو المادي غير المباشر الناتج عن الجناية أو الشكوى الكيدية، المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الثانية والعشرون، مكة المكرمة.

● المراجع الأجنبية

1. David N. Rain water Marriage, Separation, Divorce and other torts, Benjam in lee wright, August, 2013.
2. See, James p. Cunningham, Torts & Divorce, OCBA Laches, February, 1989. Published at www. Wwrp Law.com newsroom-79.html. last visited: 1/10/2017.

● المواقع الإلكترونيّة

١. <www.maitremahmoudyacoub.blogs> تاريخ الزيارة:
(٢٠١٧/٣/٢٣).
٢. <www.modawant-elosra.blog> تاريخ الزيارة:
(٢٠١٧/٨/٢٠).

فهرس الآيات

التسلسل	السورة	الآية	رقمها	الصفحة
١	الروم	﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ...﴾	٢١	١
٢	النساء	﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ...﴾	١٣٠	١
٣	البقرة	﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغُنَّ أَجَلَهُنَّ.....﴾	٢٣١	١٤-١٣
٤	النساء	﴿وَأْتُوا النِّسَاءَ صِدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً.....﴾	٤	١٥
٥	النساء	﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ...﴾	٢٠	١٥
٦	النساء	﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ...﴾	٦	١٥
٧	البقرة	﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ...﴾	١٨٨	٢١
٨	النحل	﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوْقِبْتُمْ بِهِ..﴾	١٢٦	٣٠
٩	الشورى	﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ﴾	٤٠	٣٠
١٠	البقرة	﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ..﴾	٢٢٩	٥٠
١١	البقرة	﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ...﴾	٢٣٦	٨٤-٥٠
١٢	الطلاق	﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ...﴾	١	٥١
١٣	البقرة	﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ...﴾	٢٣٠	٥١
١٤	النساء	﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ ..﴾	٣٤	٥٤-٦٢ ٧١
١٥	الأحزاب	﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَى﴾	٣٣	٦٦
١٦	النساء	﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا...﴾	١٢٨	٦٨
١٧	البقرة	﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ ...﴾	٢٣٧	٨٣
١٨	البقرة	﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾	٢٤١	٨٤
١٩	الأحزاب	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ..﴾	٤٩	٨٤

١٢٧-١٢٥	٣٥	﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا...﴾	النساء	٢٠
١٨٤-١٦٤	١٩	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِيَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ...﴾	النساء	٢١
١٦٥	٢٢٩	﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْنَهُنَّ شَيْئًا...﴾	البقرة	٢٢

فهرس الأحاديث

الصفحة	طرف الحديث	التسلسل
١٦	ما رواه أبو جعفر محمد بن علي الباقر عن سمرة بن جُندب "أنه كانت له عضدٌ من نخل في حائط رجل من الأنصار..	١
١٧	لا ضرر ولا ضرار.	٢
١٨	أيما رجل تزوّج امرأة، وبه جنون أو ضرر...	٣
١٨	إذا اقتدت امرأة من زوجها، وأخرجت البيّنة أنّ النشوز من قبله، وأنه كان يُضَرّها، ويُضارها...	٤
٣٠	أهدت بعض أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلّم إلى النبي طعاماً في قصعة...	٥
٣١	إنّه لم يبقَ من علامات النبوة شيء إلا وقد عرفتها في وجه مُحَمَّد صلى الله عليه وسلّم حين نظرت إليه إلا اثنين...	٦
٥١	ما أحلّ الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق.	٧
٥١	ما روته السيدة عائشة رضي الله عنها أنّ ابنة الجون لما أدخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلّم ودنا منها...	٨
٥٢	ما رواه عُمر بن الخطّاب أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلّم طلق حفصة، ثمّ راجعها.	٩
٥٢	ما رواه نافع من أنّ عبد الله بن عُمر طلق امرأته وهي حائض، فقال صلى الله عليه وسلّم: مُره فليراجعها....	١٠
١٦٧	أتت امرأة ثابت بن قيس إلى رسول الله صلى الله عليه وسلّم فقالت: ثابت بن قيس لا أعتب عليه في خُلُق ولا دين، ولكني أكره الكُفر في الإسلام....	١١
١٦٨	أيما امرأة اختلعت من زوجها من غير بأسٍ لم ترح رائحة الجنّة.	١٢

فهرس الموضوعات

المقدمة	١
المبحث التمهيدي تأصيل الضرر والتعويض في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي	٩
المطلب الأول مفهوم الضرر في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية	١١
أولاً: تعريف الضرر	١١
ثانياً: بعض استخدامات الضرر في القرآن والسنة ولدى بعض الصحابة والتابعين	١٣
ثالثاً: أنواع الضرر	١٩
رابعاً: شروط الضرر	٢٣
المطلب الثاني مفهوم التعويض في الفقه الإسلامي والقوانين	٢٧
أولاً: تعريف التعويض في الفقه الإسلامي والقانوني	٢٧
ثانياً: مشروعية التعويض في الفقه الإسلامي	٣٠
ثالثاً: موجبات التعويض	٣٢
خاتمة المبحث التمهيدي	٤١
الفصل الأول التعويض بسبب الطلاق	٤٣
المبحث الأول مفهوم الطلاق	٤٤
المطلب الأول تعريف الطلاق ومشروعيته	٤٥
الفرع الأول تعريف الطلاق	٤٦
أولاً: التعريف اللغوي	٤٦
ثانياً: التعريف الفقهي	٤٦
ثالثاً: التعريف القانوني	٤٧
الفرع الثاني مشروعية الطلاق	٥٠

- ٥٠ أولاً: من القرآن الكريم.
- ٥١ ثانياً: من السنة النبوية الشريفة.
- ٥٣ المطلب الثاني الحكم التكليفي للطلاق
- ٥٤ الفرع الأول الأصل في الطلاق المنع
- ٥٦ الفرع الثاني الأصل في الطلاق الإباحة
- ٥٨ الفرع الثالث الطلاق تعزيره الأحكام التكليفية
- ٦٠ المبحث الثاني صور الطلاق الموجب للتعويض
- ٦١ المطلب الأول الطلاق بسبب النشوز
- ٦٢ الفرع الأول مفهوم النشوز
- ٦٢ أولاً: تعريف النشوز
- ٦٥ ثانياً: حالات النشوز
- ٧١ الفرع الثاني مدى حق الزوجين في طلب التعويض عند النشوز
- ٧١ أولاً: الموقف الفقهي
- ٧٣ ثانياً: الموقف القانوني
- ٨٣ المطلب الثاني الطلاق قبل الدخول
- ٨٤ الفرع الأول الموقف الفقهي
- ٨٤ أولاً: أحكام الطلاق قبل الدخول
- ٨٧ ثانياً: موقف الفقه الإسلامي من التعويض عن تفويت الفرصة.
- ٩٠ الفرع الثاني الموقف القانوني
- ٩٠ أولاً: أحكام الطلاق قبل الدخول من حيث المهر والمتعة
- ٩١ ثانياً: مدى إمكانية المطالبة بالتعويض على أساس تفويت الفرصة

المطلب الثالث الطلاق التعسفي	٩٦
الفرع الأول مفهوم الطلاق التعسفي	٩٧
أولاً: تعريف الطلاق التعسفي	٩٧
ثانياً: حالات التعسف في الطلاق	٩٨
الفرع الثاني التعويض عن الطلاق التعسفي	١٠٦
أولاً: الموقف الفقهي	١٠٦
ثانياً: الموقف القانوني	١١٠
خاتمة الفصل الأول	١١٩
الفصل الثاني التعويض بسبب حل الرابطة الزوجية قضاءً	١٢١
المبحث الأول التعويض بسبب التفريق للشقاق والضرر	١٢٣
المطلب الأول حق الزوجين بطلب التفريق للشقاق والضرر	١٢٤
الفرع الأول الموقف الفقهي في طلب التفريق	١٢٥
أولاً: جواز التفريق للشقاق والضرر	١٢٥
ثانياً: عدم جواز التفريق للشقاق	١٢٨
الفرع الثاني الموقف القانوني بجواز التفريق للشقاق والضرر	١٣٠
أولاً: حق طلب التفريق	١٣٠
ثانياً: مقدار الضرر المحيز لطلب التفريق	١٣٢
ثالثاً: دور القاضي في دعوى التفريق للشقاق والضرر	١٣٥
المطلب الثاني مدى حق الزوجين بطلب التعويض عن التفريق للشقاق والضرر	١٣٩
الفرع الأول الموقف الفقهي في إمكانية التعويض عن التفريق للشقاق	١٤٠
الفرع الثاني الموقف القانوني في إمكانية التعويض عن التفريق للشقاق	١٤٣

أولاً: أثر التفريق للشقاق والضرر على المهر	١٤٣
ثانياً: تقدير القاضي للتعويض عند الشقاق والضرر	١٥٣
المبحث الثاني التعويض بسبب الخلع	١٦١
المطلب الأول مفهوم الخلع وتكييفه	١٦٢
الفرع الأول تعريف الخلع ودليل مشروعيته	١٦٣
أولاً: تعريف الخلع	١٦٣
ثانياً: الأدلة على مشروعية الخلع	١٦٥
الفرع الثاني التكييف الفقهي والقانوني للخلع	١٧٠
أولاً: التكييف الفقهي للخلع	١٧٠
ثانياً: التكييف القانوني للخلع	١٧٥
المطلب الثاني مدى إمكانية طلب التعويض عن الخلع	١٨١
الفرع الأول الموقف الفقهي بجواز طلب التعويض عن الخلع	١٨٢
أولاً: بدل الخلع في الفقه الإسلامي	١٨٢
ثانياً: مدى إمكانية التعويض عن الخلع في الفقه القانوني	١٨٦
الفرع الثاني الرأي القانوني بجواز طلب التعويض عن الخلع	١٩١
أولاً: الغرض في الخلع الرضائي	١٩١
ثانياً: الغرض في الخلع القضائي	١٩٤
خاتمة الفصل الثاني	١٩٩
خاتمة الرسالة	٢٠١
قائمة المصادر والمراجع	٢١٢
فهرس الآيات	٢٢٧

٢٢٩ فهرس الأحاديث

٢٣٠ فهرس الموضوعات