ضوابط التفريق للضرر

شروطه وآثاره في الفقه الإسلامي

للأستاذ الدكتور

عبد الله مبروك النجار

الأستاذ بكلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر

وعضو مجمع البحوث الإسلامية

بالأزهر الشريف

تقديم

الحمد لله وحده والصلاة والسلام علي من لا نبي بعد نبينا محمد بن عبد الله الرحمة المهداة والنعمة المسداة، وعلي آله وأصحابه وأتباعه ومن سار علي منوال شريعته واتبع منهاج دينه إلي يوم الدين.

وبعد:-

فقد أقام الشارع الحكيم سبحانه نظام الأسرة علي أسس تضمن استقرار المجتمع ورقيه وتكفل لكل واحد من الزوجين حقوقاً متكافئة تهيئ لهما الاستقرار النفسي والأمن والطمأنينة والثقة المتبادلة في إطار علاقة تجمع بينهما، من أهم سماتها: السكينة والمودة والرحمة والحب المتبادل، وقد صور القرآن الكريم سمات تلك العلاقة أحسن تصوير في قول الله تعالي: « **ومن ءايته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لأيات لقوم يتفكرون** »[1]، كما صور تكافؤ الحقوق بين الزوجين تصويراً بليغاً في قوله تعالي: « ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف »[2]، حيث أشار سبحانه في هذا القول الكريم إلي أن الحقوق المقرره لكل من الزوجين في عقد النكاح إنما تقوم علي التبادل الذي يكفل لكل طرف قدراً من المصالح يكفي لتحقيق رضاه بالدخول في تلك العلاقة، ويضمن له الإحساس بالسعادة في ظلها، مع تقرر قدر من الرعاية الخاصة للزوجة حيث وضع عنها بعض الواجبات المتعلقة برئاسة الأسرة وأناطها بالرجل فجعله مسئولاً عن حمايتها وحماية أولادهما وتهيئة الظروف الأسرية الملائمة لهم حتي يعيشوا حياة سعيدة هانئة، وهذا القدر من المسئوليات الزائدة والملقاة علي عاتق الزوج دونها هي التي جعلت له درجة زائدة عليها في مجال الحقوق المتبادلة بينهما علي نحو ما ورد في قوله تعالي:« وللرجال عليهن درجة»، وهي في واقع الأمر درجة من الواجبات الملقاة علي عاتق الرجل في العلاقة الزوجية يهيئ للزوجة مجالاً أرحب للاستمتاع بالحقوق وحتي يتوافر لها الجو الملائم الذي

---

(١) سورة الروم: آية ٢١

(٢) سورة البقرة: آية ٢٢٨

تقدر من خلاله علي تربية الأولاد تربية سوية.. كما أوجب الشارع علي الرجل في مجال العلاقة الأسرية أن يعامل زوجته بالحسني، وأن يعاشرها بالمعروف، فلا يقسو عليها أو يعاملها بعنف، أو يكون حديثه فظًا خاليًامن مظاهر مظاهر الود وعلامات الحب، وفي هذا الإطار يقول الله-تعالي-:« وعاشروهن بالمعروف »[1]، ويقول سبحانه:« فإمساك بمعروف »[2]، حيث أوجب علي الزوج أن يعاشر زوجته بما تعارف عليه الناس في إطار العلاقة الأسرية من أساليب يقرها الذوق الإنساني الرفيع، وتتفق مع المشاعر الإنسانية الرقيقة التي تبرهن علي وجود الحب بين الزوجين. كما تكشف عن وجود المودة والسكينة والرحمة في حياتهما.

بيد أن سفينة الحياة بين الزوجين قد تعتريها الأنواء، وقد تهب عليها رياح الخلاف فيحل البغض محل الحب، ويسود الخلاف مكان الوفاق، وقد تزيد هوة الكره بين الزوجين إلي الحد الذي يصبح استمرار العشرة بينهما لوناً من ألوان المستحيل، وهنا يكون الطلاق هو الحل الأمثل للخروج من أسر رابطة زوجية أثبتت التجربة أن بها من الضعف ما لن تقدر معه علي البقاء،وأن التفرق بالنسبة لكل منهما خير من التجمع في بيت يظلله الكره، ويسوده البغض، وليس فيه مجال لراحة أو استقرار.

وفي هذه الحالة أرشد الشارع إلي أن الطلاق ربما يكون هو الوسيلة القادرة علي إنهاء تلك الحرب الضروس التي يتربص كل واحد من الزوجين فيها بصاحبه الدوائر ليكيد له، وذلك عند استحكام النزاع، وعدم قدرة الساعين في الخير بينهما علي لم الشمل ورأب الصدع، وذلك في قول الله- تعالي-:« **وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته وكان الله واسعاً حكيماً** »[3]، كما خير الزوج بين أمرين، إما أن يمسك زوجته بالمعروف وإما أن يطلقها بإحسان يظهر حسن خلقه ونبل تصرفه، فقال سبحانه:« **فإمساكهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا** »[4]، وقال سبحانه:« **فإذا**

(١) سورة النساء: آية ١٩.
(٢) سورة البقرة: آية ٢٢٩.
(٣) سورة النساء: آية ١٣٠.
(٤) سورة البقرة: آية ٢٢٩.

بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف »[1]، حيث جعل الطلاق بالمعروف وحسن الخلق هو الأمر الذي يتعين المصير إليه عند تعذر العشرة بالمعروف بين الزوجين، وجعل عبء الالتزام بذلك علي الرجل.

وإذا كان الطلاق عند استحالة العشرة واستحكام النفور من الأمور التي تقع علي عاتق الزوج من منطلق اختصاصه بالطلاق، حيث جعل أمره منوطًا بالرجل وذلك في الآيات التي أضافت الطلاق إلي الرجال علي نحو يفيد ذلك الاختصاص، وهو ما دلت عليه سنة النبي صلي الله عليه وسلم، وذلك فيما أخرجه ابن ماجه أنه- عليه الصلاة والسلام- قال: « إنما الطلاق لمن أخذ بالساق »[2]، حيث أسند الطلاق لمن أخذ بساق المرأة وهو الزوج فكان منوطًا به.

ولما كان الطلاق مختصاً بالزوج، ومن شأن هذا الاختصاص أن يدفع بعض الأزواج إلي إساءة استخدامه، أو التباطؤ في إيقاعه علي نحو يلحق الضرر بالمرأة دون أمل في أن يعود ما كان بينها وبين زوجها. وهنا يتعين تحديد نطاق هذا الاختصاص بما يمنع الضرر عن المرأة أو يوقعه عنها؛ وذلك بإسناد أمر الطلاق بيد القاضي ليطلق علي الزوج عند قيام أسباب الطلاق وامتناعه عن إيقاعه إضراراً بالزوجة أو إمساكاً بها للإضرار.

ويبدو من سياق النسق التشريعي للطلاق في الإسلام أن وقوع الطلاق بيد الرجل هو الأصل، وأن إيقاعه عليه من القاضي إنما يرد استثناء علي هذا الأصل، ولما كان أمره علي هذا النحو كان بحاجة إلي تحديد يضبط حقيقته من منطلق أن الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع فيه، وحتي لا يتحول الاستثناء إلي القاعدة، وذلك لإيقاع الطلاق علي الزوج أو التفريق القضائي هو موضوع ذلك البحث.

(١) سورة الطلاق آية ٢
(٢) رواه ابن عباس وهو ما يعضده القرآن الكريم. راجع : نيل الأوطار للشوكاني - جـ٦- ص ٢٦٨ وإرواء الغليل لمحمد ناصر الدين الألباني - جـ٧- ص ٨ ١ طبعة المكتب الإسلامي.

خطة الدراسة:

وسوف نبين هذا الموضوع في إطار منهجي عام كالتالي:

الفصل الأول:

الضوابط العامة للتفريق القضائي بين الزوجين.

الفصل الثاني:

الآثار الناشئة عن التفريق القضائي بين الزوجين.

الفصل الأول

المبادئ العامة للتفريق القضائي بين الزوجين

التفريق القضائي- كما سبق القول- يرد في السياق التشريعي للطلاق استثناء من الأصل الشرعي القاضي بإسناد الطلاق للرجل. ولما كان أمره كذلك اقتضي أن يكون محدداً بالشروط والضوابط، مع بيان الحالات التي يتلبس بها في الواقع العملي وذلك ما سنبينه في مبحثين:

المبحث الأول

مفهوم التفريق القضائي وشروطه

(١) مفهوم التفريق القضائي :

يمكن القول: إن التفريق القضائي بين الزوجين هو الاستعمال الاستثنائي لحق الطلاق الذي أناطه الشارع بالزوج، وذلك عند تقاعده عن استعمال هذا الحق في الوقت الذي يتعين عليه استعماله فيه بقيام أسباب الطلاق، فإذا قامت تلك الأسباب في حياة الزوجين واستبان من خلال قيامها أن مقصود الشارع من الزواج بينهما لن يتحقق، وأن ما رسمه لهما من سكينة ومودة ورحمه ليس له وجود في حياتهما، هنا يكون علي الزوج أن يطلق، فإذا قعد عن الطلاق قعوداً مقروناً بنية الإضرار بالزوجة أو قصد التعدي علي حقوقها ،يكون للقاضي أن يستعمل ذلك الحق نيابة عنه، ومعلوم أن نيابة القاضي إنما هي نيابة عامة تعطيه صلاحية إمضاء التصرفات الشرعية جبراً عن أصحابها إن هم تجاوزوا في استعمال تلك التصرفات عن الحدود الشرعية المقرره لها. أو ركبوا متن الشطط في التمسك بتلك الحقوق إلي الحد الذي يجعل مفسدة ذلك التمسك طاغية علي جانب المصلحة، أو تبدو من خلاله أن مصلحة الزوج في إمساك زوجته وعدم إيقاع الطلاق عليها تافهة بجانب ما يلحق الزوجة من أضرار مادية أو نفسية بسبب بقائهافي عصمته، ومن ثم يمكن تعريف التفريق القضائي بأنه:

إيقاع الطلاق علي الزوج جبراً عنه بواسطة القاضي عند قيام أسبابه الشرعية.

أو هو: تطليق القاضي علي الزوج عند امتناعه عن طلاق زوجته مع قيام أسباب الطلاق وتوافر شروطه، ويبدو من ذلك التعريف أن نطاق سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين ليست مطلقة. وإنما هي مقيدة بشروط يتعين توافرها. وهذه الشروط- وفقاً لما يبدو من أدلة الشريعة- كالتالي:

(٢) شروط التفريق القضائي:

أولاً: أن يتحقق وجود الضرر في جانب الزوجة من قبل الزوج.

ثانياً: عدم رضاء الزوجة بوقوع الضرر عليها.

ثالثاً: أن تلجأ الزوجة إلي القضاء مطالبة بالتفريق.

رابعاً: أن يكون الضرر جسيماً لا تستقيم معه العشرة.

هذه هي الشروط مجملة ونفصل القول فيها بإيجاز غير مخل علي النحو الآتي:

الشرط الأول

وقوع الضرر بالزوجة من جانب الزوج

الأصل في علاقة الزوج بزوجته أن تقوم علي السكينة والمودة والرحمة، كما أشار الحق سبحانه في كتابه الكريم حيث قال: « **ومن ءايته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة** »[١]، حيث أشار إلي أن المساكنة بين الزوجين ينبغي أن تكون قائمة علي المودة والرحمة، أي الحب الصادق في أجلي صوره وأجمل معانيه، وقد جاء الخطاب في الآية الكريمة موجهاً إلي الأزواج، وفي موطن الامتنان عليهم بنعمة الله حين خلق لهم من أنفسهم أزواجاً؛ أي نساء يسكنون إليها وجعل بينهم حباً في قلب الزوج لزوجته ورحمة بها من أن يصيبها سوء[٢]، وقد عبر الحق -سبحانه- عن قيام المودة بين الزوجين بأسلوب الخبر، وهو خبر يفيد الإنشاء، كأنه يريد

(١) سورة الروم: آية ٢١.

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي- جـ ١٤ - ص١٧ طبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب

أن يقول لنا: إن الود يجب أن يسود حياة الزوجين، وإن علي الزوج واجب تهيئة المناخ الملائم لوجود تلك المشاعر الإنسانية السامية، وإنه إذا طرأ علي الحياة ما ينافي ذلك الود فإن دوام العشرة لا يكون صالحاً للبقاء.

والحب الذي ينبغي أن يكون موجوداً في العلاقة بين الزوجين يقتضي من كل منهما أن يعمل - من منطلق هذا الحب- لإسعاد صاحبه وإضفاء لمسة من الجمال في حياته، فإذا انقلب الحال؛ وتبدل الكره بالحب والشقاء بالسعادة لا يكون ثمة مفر من فصم رابطة الزوجية، وبالطبع فإن الزوج لن يجد صعوبة في وضع حد للمتاعب التي تسببها له زوجته لأن الطلاق بيده،وفي استطاعته أن ينهي العلاقة إذا وجد أن الحياة معها غير مريحة له، لكن الأمر سيكون مختلفاً في جانب المرأة إذا حلت بها المكاره ووقع الضرر عليها من قبل الزوج حيث لا يستطيع أن تتخلص من رابطة الزوجية إلا باتفاق معه أو من خلال مبادرة منه، فإذا امتنع يكون الأمر قد وصل بها إلي مشقة ينبغي أن تستجلب التيسير وحرج يتعين رفعه، وذلك بتدخل القاضي لإنهاء ذلك العنت.

مفهوم الضرر كشرط للتطليق القضائي:

ولفظ الضرر يطلق في اللغة ويراد به ما هو ضد النفع[١]، وفي اصطلاح فقهاء الشريعة ورد التعبير عن الضرر بعدة معان منها الإتلاف، ومنها الاستهلاك، ومنها الإفساد، ومنها الأفعال الموجبة للضمان[٢].

وقد عرفه بعض الفقهاء بأنه: إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً، أو هو كل أذي يلحق بالشخص[٣] سواء كان في ماله أم جسمه أم عرضه أم عاطفته، فيسبب له خسارة مالية

(١) ابن منظور - لسان العرب- جـ٢ - ص ٢٥٧٣ ، ،مختار الصحاح ص ٣٧٩- دار الفكر.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني - جـ٦- ص ٢٨٦، ومجمع الضمانات للبغدادي- ص١٥٣، والقواعد في الفقه لابن رجب -ص٢٠٤، والضمان في الفقه الإسلامي للشيخ علي الخفيف ص٤٦.

(٣) ابن حجر الهيثمي- فتح المبين لشرح الأربعين- ص٢٣٧- دار إحياء الكتب العربية، وفيض القدير للمناوي- جـ٦- ص٤٣١-، المكتبة التجارية الكبري.د. محمد فوزي فيض الله- المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون- رسالة من كلية الشريعة جامعة الأزهر ١٩٦٢- ص ١١٧ .د. وهبة الزحيلي- التعويض عن الضرر- بحث بمجلة البحث العلمي والتراث الإسلامي- كلية الشريعة جامعة الملك عبد العزيز العدد الأول - ص١١.

أو أدبية. وإذا كان ذلك التعريف يتعلق بالضرر علي وجه العموم؛ فإنه في مجال الضرر الواقع في نطاق الأسرة والذي يؤدي إلي التفريق القضائي، يمكن تعريفه بأنه الأذي الذي يصيب الزوجة من قبل زوجها مع قصد الإضرار بها، ومن ثم يبدو أن الضرر الموجب للتفريق القضائي له عدة سمات هي:

أولاً: إن الأذي الذي يقع بالزوجة لا يقتصر علي جانب بعينه من مقومات الحياة الإنسانية فهو يشمل الجانب المادي، وذلك كما في حالة الإخلال بالواجبات المالية المستحقة لها كترك الإنفاق عليها، كما يشمل الجانب الأدبي، وذلك كما في حالة الشقاق الواقع من الزوج علي زوجته، وكما في الهجر أو الفقد أو غياب مدة تخشي علي نفسها فيها الفتنة كما يشمل الضرر المقوض لحقوق الجبلة، مثل ترك المعاشرة تعنتاً أو بسبب الظهار الذي يحرم الزوج به زوجته علي نفسه تحريماً مؤبداً بأن يقول لها: أنت عليّ كظهر أمي أو أختي، أو بسبب الإيلاء الذي يقسم الزوج فيه علي زوجته بأنه لن يقربها أربعة أشهر أو أكثر، حيث إن تلك الأنواع من المضار إما يصدق عليها مسمي الضرر؛ لأنها تمس مصلحة معتبرة للزوجة، ومن شأن فواتها أن تصبح الحياة مع زوجها متعذرة. حيث يستوي في حصول الضرر أن تكون المصلحة المعتدي عليها مادية أو أدبية كما في موجب الخلع، أو كانت ذات طبيعة جبلية مثل ترك المعاشرة قصداً أو بسبب الغياب المانع منها، ومعلوم أن الضرر يجب أن يكون فاحشاً لا يسيراً، ويسر الضرر أو فحشه مما تستقل به محكمة الموضوع وفقاً لظروف كل دعوي.

ثانياً: وينبغي - بداهة - أن يكون ذلك الضرر حاصلاً من قبل الزوج؛ لأن التفريق القضائي تطليق عليه، واستعمال لحقه في الطلاق علي غير إرادة منه، ومثل ذلك الإجراء ينطوي علي معني الجزاء الواقع عليه، فوجب أن يكون هناك سبب من جهته يبرر إجراء ذلك عليه فإذا ألمت المضار بالزوجة ولم يكن الزوج سبباً في وقوعها بها، فلا يكون ثمة مبرر لأن تطلب الزوجة التطليق بسببها، وإذا امتنع الزوج عن طلاقها لا يكون متعنتاً في امتناعه، حيث لم يصدر منه ما يوجب التطليق عليه.

وإذا كان الضرر واقعاً من الزوجة علي زوجها، فإنه لا يكون ثمة مقتض لإجراء

أحكام التفريق القضائي؛ لأنها إن فعلت ذلك تكون قد أخطأت في حقه، والمخطئ لا يجوز أن يكافأ علي خطئه، ومن ثم لا يجوز أن ينتصر القاضي لهامن زوج اعتدت علي مصالحه وضيعت حقوقه، اللهم إلا إذا كان الخطأ متبادلاً ووقع من الزوج ما يصلح إسناده له من الضرر المؤدي إلي التفريق، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يتدخل للتفريق إذا رفع الأمر إليه وتعذر الإصلاح بين الزوجين بواسطة المحكمين أو بالسعي المباشر منه، وعدم تدخل القاضي للتفريق في حالة الضرر الواقع من الزوجة علي زوجها سببه أن الزوج يقدر علي انتشال نفسه مما تحدثه به الزوجة من ضرر باستعمال حقه في طلاقها.

ثالثاً: أن يثبت حصول الضرر من الزوج بالوسائل التي تدل عليه، فلا يكفي في مجال الضرر المؤدي إلي التفريق أن تدعي الزوجة وقوعه بها، وإنما يجب عليها أن تثبت حصول ذلك الضرر من الزوج، وفي هذا الصدد يري جانب من الفقه أن إثبات ذلك الضرر يجب التقيد فيه بما رسمه الشارع في قوله تعالي: **« واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء»**[1]، فقد دل هذا القول الكريم علي أن نصاب الشهادة رجلان أو رجل وامرأتان. والشهادة علي الضرر الحاصل من الزوج تدخل تحت هذا النص الكريم لأنه ليس من الأمور التي لا يطلع عليها إلا النساء حتي يختص الإثبات بهن وحدهن[2]، ومن ثم كان نصاب الشهادة رجلين أو رجل وامرأتين عملاً بالأية الكريمة، وذلك ما استقر عليه التطبيق القضائي في مصر، حيث يعول القضاء في إثبات الضرر علي شاهدين رجلين، أو رجل وامرأتين بأرجح الأقوال في المذهب الحنفي، وأخذاً بما قررته المادة ٢٨٢ من لائحة القوانين المتعلقة بتنظيم شئون الأسرة.

---

(١) من الآية ٢٨٢ من سورة البقرة.

(٢) ذهب إلي ذلك الحنفية . راجع : فتح القدير- جـ٦- ص٧. وبدائع الصنائع- جـ٦- ص٢٧٧. وقال المالكية والشافعية والحنابلة لا تقبل شهادة النساء مع الرجال إلا في الأموال وتوابعها. أما ما ليس بمال كالنكاح والرجعة والطلاق والقصاص والحدود سوي حد الزنا فلا يثبت إلا بشاهدين ذكرين. راجع المهذب للشيرازي- جـ ٢ - ص ٣٣٣، وبداية المجتهد - جـ٢- ص ٤٥٤. والمغني لابن قدامة -جـ ٦- ص١٤٩، ١٥٠.

ونحن نري أن هذا الفهم ليس سديداً، كما أن اتجاه القضاء بشأنه غير صائب؛ ذلك أن وقوع الضرر من قبل الزوج علي زوجته يعتبر واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات ومنها الإقرار أو البينة التي يمكن أن تتحقق بشهادة رجلين أو امرأتين أو حتي شهادة طفل مميز؛ لأن كلام المرأة وحدها أو المرأتين أو حتي الطفل يمكن أن يعطي القاضي تصوراً واقعياً لما حدث من الزوج بحق زوجته، علي نحو يمكنه من تقدير وجود الضرر من عدمه، فقد يسمع الطفل الكلام المؤذي للمشاعر من الزوج دون أن يعيه فينقله للقاضي كما سمعه فيقدر من خلال حكاية الطفل علي تكوين عقيدته في وجود الضرر أو عدم وجوده، وكذلك الأمر بالنسبة للمرأة الواحدة أو المرأتين أو الرجل الواحد أو المرأتين أو الجل الواحد أو الجلين أو الرجل مع المرأتين، فإن إثبات الضرر بقول أي من هؤلاء يمكن أن يتحقق ويستطيع القاضي أن يبني حكمه عليه، وهذا أقرب إلي الصواب وأدني إلي تحقيق مراد الشارع في الوصول إلي الحق، فإن كل ما يؤدي إلي إثبات الحق يتعين المصير إليه، سيما وأن قول الله تعالي: « **واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء** » قد ورد في سياق بيان التوثق الأفضل للحقوق المؤجلة التي سيوفي بها بعد مدة يطول أمدها فلا تتذكرها المرأة الواحدة، ويكون من باب التوثق الأفضل للحق أن يكون معها امرأة أخري تذكرها إذا نسيت، يدل علي ذلك قول الله تعالي: « **أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخري** »؛ لأن الضلال أو النسيان لا يتصور حدوثه إلا بعد مضي مدة يترجح معها وروده علي ذاكرة المرأة فلا يبقي فيها تفصيل ما شهدت به؛ إذ ليس مما يتواءم معه أن تري امرأة أخري رجلاً يضرب زوجته أو يهينها إهانة تنم عن سوء عشرته لها، ثم يطلب منها أن تأتي بامرأة أخري ورجل ليشهدوا علي حصول الفعل المكون للضرر؛ لأنه يقع بأسلوب طارئ ناتج عن انفعال الزوج يتعذر معه الإعداد المسبق لنصاب الشهادة كما ورد في الآية الكريمة، ومن ثم كان ربط إثبات الضرر بهذا النصاب غير متعين في هذا الموطن، وذلك ما يترجح في نظرنا.

رابعاً: ويجب بداهة أن تكون الزوجية قائمة، وقيامها في هذا الصدد يكفي فيه وجود العقد حتي ولو لم يتحقق دخول بالمعني المعروف شرعاً. ذلك أن هدف وجود

الضرر أن يؤدي إلي فصم عقد وحل رابطة موجودة، فإذا لم يكن العقد قائماً، بأن كان لم يبرم أصلاً، أو كان قد أبرم وانتهي بالطلاق أو بالتفريق، فلا يكون ثمة مجال لبحث موضوع الضرر كسبب للتفريق حيث فات محل ذلك، وهذا الفوات وإن كان ينقضي بالنسبة له بحث وقوع الضرر كسبب للتفريق، إلا أنه لا يمنع من البحث فيه كسبب للتعويض عن مشروع باعتبار أنه نتيجة لخطأ تربطه بها علاقة بين الخطأ والضرر.

الشرط الثاني

عدم رضاء الزوجة بوقوع الضرر عليها

قد يقع الضرر من الزوج مستوفياً لشروطه التي يكون بها سبباً للتفريق ومع ذلك ترضي الزوجة به وتتقبله من زوجها، فلا يصلح مع رضاها به سبباً للتفريق، فقد يدفع حب المرأة الشديد لزوجها إلى تحمل إساءته البالغة بها، وهي حين تعقد موازنة بين ضرره بها، وضرر مفارقته لها فيما لو أظهرت الضجر ورفعت أمرها للقضاء مطالبة بالتفريق، تجد أن مصلحتها في البقاء معه مع الضرر أولي وأرجح فتؤثر السكوت علي الظلم، ويظل الأمر من شأنها دون وصاية من القضاء عليها؛ إذ القاضي لا يقدر علي التدخل إلا بطلب منها وهي بالرضا لن تطلب ذلك، ومن ثم لن يكون هناك تفريق.

والرضا تصرف قانوني يعبر الشخص فيه عن توجه إرادته نحو منحي معين هو في موضوعنا قبول ظلم الرجل لها بالصفح والعفو ونسيان الإساءة، والرضا محله القلب فهو من أعماله، وأعمال القلوب لا يعلمها سوي خالقها، والعباد لا قدرة لهم علي سبر أغوارها ولهذا كانوا بحاجة إلي علامات ظاهرية أو عبارات لفظية تدل علي وجود ذلك الرضا، ومع أن الرضا اللفظي بالضرر الواقع من الزوج المحبوب أو المرضي عنه من قبل تلك التي تحتمل قسوته بالرضا والسرور أمر غير متوقع، إلا أنه يمكن حدوثه كأن تعبر المرأة صراحة عن قبولها لاستمرار العشرة بينها وبين زوجها المضار، بأن تقول: أقبل العيش معه، أو أرضي بالاستمرار زوجة له أو غير ذلك من الألفاظ والعبارات التي تدل علي ذلك.وقد يكون ذلك اللفظ شفاهة أو كتابة، كما قد يكون عبارة أو

إشارة مفهومة بل إن الرضا قد ينعقد بأية وسيلة تدل عليه، ولا تدع ظروف الحال شكاً فى وجوده وقد يكون الرضا بالضرر ثابتاً بدلالة الحال، كما لو مكنته من نفسها أو قبلت هديته أو رضيت صحبته فى نزهة أو رحلة، أو قبلت دعوته على وليمة أو طعام، فإن تصرفها ذلك يعد قرينة على حصول رضاها بالضرر، كما قد يكون السكوت المجرد، وعدم الشكوى أو اللجوء إلى القضاء قرينة على الرضا بظلم الزوج المحبوب؛ لأن السكوت فى موطن الحاجة إلى البيان بيان، كما ورد فى قواعد الفقه الكلية، فإذا لم يتحقق الرضا بوقوع الضرر يكون شرط إعمال الضرر كسبب للتفريق القضائى حاصلاً على نحو يتعين عمله.

الشرط الثالث

أن تلجأ الزوجة إلى القضاء مطالبة بالتفريق

ويجب أن تلجأ الزوجة إلى القضاء مطالبة بالتفريق؛ لأن الحق مطلوب لا محمول والقضاء على منواله، فإذا وقع الضرر فعلاً، ولم ترض به الزوجة، ثم لم ترفع أمرها إلى القضاء فإنه لا يمكن الحكم بالتفريق، كما أن الحكم بالتفريق يحتاج إلى قيام الأسباب التى تكفى لحمله، وهذه الأسباب لن يتسنى إظهارها إلا من خلال دعوى ترفعها الزوجة مصحوبة بالأدلة على وجود الضرر، وتتيح للمحكمة أن تكشف عن وجود الحق فى الموضوع. والحكم بالتفريق مآله: إلزام الزوج بما لم يلزم نفسه به، وهذاالإلزام لن يتسنى إمضاؤه عليه إلا بحكم مزيل بالصيغة التنفيذية التى تفرض على الزوج الرضا بحكم القضاء والتسليم به، والابتعاد عن طريق زوجته التى كانت، فكان من اللازم لجوء الزوجة المضرورة إلى ساحة القضاء مطالبة بالتفريق، وفى هذا يقول صاحب البهجة:« إن الطلاق بيد الحاكم هو الذى يتولى إيقاعه إن طلبته الزوجة وامتنع منه الزوج»(١).

(١) البهجة شرح التحفة -جـ١- ص٣٠٢ وما بعدها، وشرح الخرشي -جـ ٤ - ص٩، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير- جـ ٢- ص ٣٤٥، ٤٦١ ، ومغني المحتاج - جـ ٣- ص٤٤٣، والمغني لابن قدامة- جـ٨- ص٢٠٦.

الشرط الرابع

أن يكون الضرر جسيماً لا تستقيم العشرة معه

ويجب بداهة أن يكون الضرر على الزوجة جسيماً، والمعول عليه فى معرفة جسامة الضرر مرجعه إلى العرف الاجتماعى والمستوى الثقافى للمرأة، ووضعها فى الوسط الذى تعيش فيه، فقد يكون ضرراً ما جسيماً بالنسبة لزوجة وغير جسيم بالنسبة لغيرها، والقاضى هو الذى يستبين ذلك وفقاً لكل حالة على حدة. ويكون رأيه فى الموضوع نهائياً وحاسماً طالما بنى على أسباب ومعايير موضوعية مجردة.

المبحث الثانى

التطبيقات العملية للضرر الموجب للتفريق القضائى

يتخذ الضرر الموجب للتفريق القضائى فى الحياة العملية صوراً متعددة كلها تؤدى فى النهاية إلى إهدار قيمة إنسانية فى حياة الزوجية ويمكن رد صور تلك الأضرار إلى ثلاثة مجموعات هى: مجموعة المضار الواقعة على الحقوق المادية للمرأة، والواقعة على الحقوق الأدبية، والواقعة على الحقوق الإنسانية، ونشير إلى هذه المجموعات الثلاث بإيجاز غير مخل على النحو الآتى:

أولا: الضرر الواقع على الحقوق المالية للزوجة:

(١) من الحقوق المالية للزوجة حق النفقة: وهو ما يجب للزوجة على زوجها من الطعام والشراب على قدر الكفاية، وكسوتها الملائمة لوضعها الاجتماعى ولم تكن مرهقة لزوجها. كما تشمل السكن المجهز بالمرافق والأثاث والأدوات التى تمكن من الانتفاع به. كما تشمل وسيلة المواصلات كالسيارة الخاصة، والخادم إن كان مثلها مما يخدم، فذلك كله يعد تطبيقاً لما أمر الشارع به من وجوب المعاشرة بالمعروف فى قوله تعالى: « وعاشروهن بالمعروف » وعجز الزوج عن الإنفاق على زوجته يعد ضرراً مجيزاً للتفريق، وذلك ما ذهب إليه جمهور فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة[1] الذين استدلوا لما ذهبوا إليه بالكتاب والسنة والآثار والقياس:

(١) حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير- جـ٢ -ص ٤٦٠وما بعدها، ومغني المحتاج -جـ ٣- ص٤٤٢، والمقنع جـ٣- ص٣١٥. والحنفية والظاهرية لا يرون التفريق بسبب ذلك، راجع فتح القدير - جـ ٤- ص٣٨٩، والمحلي لابن حزم -جـ ١٠- ص٩٢ مسألة ١٩٣٠.
(٢) الآية ٢٢٩ من سورة البقرة.

أما الكتاب:

نبقوله تعالى: « فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان »[1]، حيث أمر الله تعالى أن يمسك الزوج زوجته بالمعروف، وليس من المعروف أن يتركها بدون إنفاق نبتعين التسريح بإحسان، ويقول الله تعالى: « وعاشروهن بالمعروف »[2] حيث أمر الله أن يعاشر الزوج زوجته بالمعروف، ومن المعروف الإنفاق عليها، فإذا ترك الإنفاق يكون مخالفاً لما أمر الله به ويتعين التسريح وفى هذا دلالة على المطلوب:

ومن السنة:

ما روى عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: « اليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول، تقول المرأة إما أن تطعمنى وأما أن تطلقنى »، وفى رواية أنه قيل: « ومن يعول يا رسول الله، قال: امرأتك ممن تعول تقول: أطعمنى أو فارقنى »[3].

وما روى عن أبى هريرة مرفوعاً إلى النبى صلى الله عليه وسلم فى الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته. قال: يفرق بينهما. حيث دل هذان الحديثان على أن ترك الإنفاق مجيز للتفريق فلا يسوغ القول بخلافه.

ولما روى عن ابن عباس أنه صلى الله عليه وسلم قال: « لا ضرر ولا ضرار »[4]. حيث دل هذا الحديث على أن الضرر مرفوع لا يصح فعله، ومنه ترك الإنفاق على الزوجة، ونفى الضرر يعنى زواله؛ وهو هنا بالتفريق.

ومن الآثار:

ما روى عن سعيد بن المسيب فى الرجل لا يجد ما ينفق على أهله قال: يفرق بينهما، يقول الإمام الشافعى: والذى يشبه أن يكون قول سعيد سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم (٥)

(١) الآية ٢٢٩ من سورة البقرة.
(٢) الآية ١٩ من سورة النساء. وراجع : البحر الزخار - جـ٣ - ص٢٧٦.
(٣) نيل الأوطار للشوكاني - جـ٦ - ص٣٢٤.
(٤) رواه الدارقطني - المرجع السابق.
(٥) سبل السلام للصنعاني - جـ٣ - ص٢٢٤.

ومما روى عن عمر - رضى الله عنه - أنه كتب إلى أمراء الأجناد فى رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم أن يأخذوهم بأن ينفقوا أو يطلقوا؛ فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا، وهذه الآثار دلالة على المطلوب[1] .

ومن القياس:

قال الجمهور: إن الفسخ ثابت بالعجز عن الوطء والضرر فيه فيه أقل؛ لأنه عبارة عن فقد لذة يقوم البدن بدونها فلأن يثبت الفسخ بالعجز عن النفقة من باب أولى[2]، وبهذا أخذ القانون المصرى ٢٥ لسنة ١٩٢٠ حيث قرر التفريق للمرأة إذا امتنع عن الإنفاق عليها وطلبت ذلك ولم يطلقها وليس له مال ظاهر (م٤).

(٢) ومن الحقوق المالية للزوجة المهر: وهو المال الذى يعطى للزوجة هدية لها لتقبل النكاح ويسمى صداقاً ونحلة وهو يتقرر بالانفاق عليه، أو بمهر المثل عند عدم الاتفاق فإذا أعسر الزوج به فإن للزوجة أن تطلب التفريق مطلقاً سواء أعسر الزوج به قبل الدخول أم بعده وهو قول للشافعية ووجه عند الحنابلة، وفى قول آخر لهما لا يكون لها التفريق إلا إذا أعسر به قبل الدخول[3]؛ لأن المهر حقها، والإخلال به يمثل ضرراً يرقى لطلب التفريق.

ثانياً : الضرر الواقع على الحقوق الادبية للزوجة:

والحقوق الأدبية التى يمكن أن تكون محلاً للضرر من الزوج هى التى تصيب الزوجة بالأذى فى مشاعرها الإنسانية وتجعلها فى كدر وحزن لا تستطيع معهما دوام العشرة؛ وذلك كما فى الضرر الناشئ عن نشوز الزوج وسوء عشرته، وكما فى الضرر الأدبى والنفسى المقتضى لأن تطلب المرأة الخلع، وإهانة الزوجة من خلال طعنها فى شرفها وإنكار نسب حملها إليه كما فى اللعان، وكما فى الضرر الأدبى الناشئ عن

(١) المرجع نفسه - ص٢٢٦.
(٢) المغني لابن قدامة - جـ ٨ - ص٢٠٤.
(٣) مغني المحتاج - جـ٣ - ص٤٤٤ - والمغني لابن قدامة جـ٨ - ص٢٠٩.

غيبة الزوج. ونبين ذلك:

(١) الضرر الأدبى الناشئ عن سوء العشرة:

إذا أساء الزوج عشرة زوجته وأخذ يعاملها بالقسوة ويستهين بمشاعرها وإحساسها، وذلك بالضرب المبرح والإهانة الشديدة والسب المقذع؛ فإن ذلك يمثل ضرراً لطلب التفريق.

بيد أنه يجب قبل الحكم بالتفريق أن يبعث القاضى حكمين تكون مهمتهما إزالة أسباب الشقاق ما أمكن إصلاح ذات البين؛ وذلك عملاً بقوله تعالى:« وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدآ إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا »[1]، والأرجح فى مهمة الحكمين أنهما منفصلان فى تصرفهما عن إرادة الزوجين وأنهما يمارسان عملهما فى التحكيم بصفة مجردة ومستقلة عن إرادتهما ولهذا لا يسوغ تكييف عملهما من خلال فكرة الوكالة عن الزوجين، وهذا ما ذهب إليه جمهور أهل العلم، وهو رأى: على وابن عباس وأبى سلمة بن عبد الرحمن والشعبى والنخعى وسعيد بن جبير، ومن الفقهاء: مالك والأوزاعى وابن المنذر، وهوأحد قولى الشافعى ورواية عند الحنابلة[2]، وهو ما يترجح لدينا

وبناء على ما ثبت لهما من صفة التحكيم وليس الوكالة فإن لهما إذا تعذر جمع الشمل عليهما ولم يقدرا على الوثاق والصلح أن يقوما بالتفريق بين الزوجين، فإن التفريق رفعا الأمر للقاضى ليمضى ما اتفقا عليه ويحكم بما أمضياه على الزوجين[3].

(٢) الضرر المجيز للخلع :

وقد يكون الضرر الواقع بالزوجة نفسياً ينال منها فى عاطفتها حين تجد نفسها عاجزة عن تقبل المعيشة مع زوجها؛ وذلك كما فى قصة جميلة بنت سلول زوجة ثابت بن قيس حيث أتت النبى صلى الله عليه وسلم وقالت يا رسول الله: إنى لا أعتب على

(١) سورة الطلاق : آية ٢.
(٢) رواه ابن عباس وهو ما يعضده القرآن الكريم. راجع : نيل الأوطار للشوكاني - جـ٦- ص ٢٦٨ وإرواء الغليل لمحمد ناصر الدين الألباني - جـ٧- ص ١٠٨ طبعة المكتب الإسلامي.

قيس فى دين ولا خلق ولكنى أكره الكفر فى الإسلام ولا أطيقه بغضاً، فقال لها النبى صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم، فقال لثابت: خذ الحديقة وخل سبيلها، وفى رواية:خذ الحديقة وطلقها ثم أمرها أن تعتد بحيضة وتلحق بأهلها»[1].

والخلع: هو أن يفارق الزوج زوجته نظير الاتفاق على تناولها عن حقوقها قبله ورد ما أخذته منه[2]، فإذا طلبت المرأة الخلع من الزوج؛ فإنه ينبغى عليه بحكم الكرامة الإنسانية أن يجيبها إلى طلبها ولا يجوز له مروءة أن يمسك بها بعد أن أعلنت عن رغبتها فى فراقه وكشفت عن نيتها، وتنازلت عن كل حقوقها نحوه كما ردت جميع ما أخذته منه؛ ولأنه إن أمسك بها بعد ذلك، لن يرجى من إمساكه بر لها أو حفاظ على الأسرة التى تتكون منهما وسيكون هدفه من إمساكها هو الإضرار والإذلال والانتقام للكرامة. وذلك كله مما يجافى مقصد الشارع فى قيام الأسرة على الألفة والسكينة والرحمة؛ ولذلك فإنه ينبغى عليه أن يطلقها امتثالاً لما أمر به النبى صلى الله عليه وسلم فى قصة قيس بن ثابت حين قال له: وليس أمر وجوب، وعليه يكون يجوز للزوج أن يطلقها على سبيل السنة أو الاستحباب[3] وهذا الرأى مبنى على عدم اعتساف الزوج وإقباله على التزام أحكام الشرع باختياره حيث يكفى لامتثاله أن يكون طلب الفعل منه على سبيل السنة أو الاستحباب،فإذا لم يكن على هذا النحو، أو كان متعسفاً فى استعماله لحق الطلاق، أو ركب متن الشطط فى الكيد لزوجته والتنكل بها ثم رفعت أمرها للقضاء؛ فإنه يطلق عليه.

والأصل فى الأمر أن يكون للوجوب ما لم يوجد صارف له عنه، ولم يوجد ما يفيد أن مصروف عن ظاهره فى هذا الموطن[4]، وعليه يكون تطليق الزوج لزوجته التى طلبت الخلع واجباً يأثم إذا لم يفعله، ويلزم به قضاء إذا لم يقم به اختياراً؛ ولأنه عند

(١) نيل الأوطار للشوكاني - جـ٦ - ص٢٧٦ وما بعدها.
(٢) الشرح الصغير - جـ٢ - ص٥٦٨، والقوانين الفقهية - ص٢٣٢. ومغني المحتاج - جـ٣ - ص٢٦٢، والمغني -جـ٧ - ص٦٧، وكشاف القناع - جـ٥ - ص٢٣٧، وبداية المجتهد - جـ٢- ص٦٦، والدر المختار - جـ٢ - ص ٧٦٧.
(٣) كشاف القناع - جـ٥ - ص٢٣٧، ومغني المحتاج - جـ٣ - ص٢٦٢، والمغني - جـ٧ - ص٥٣ وما بعدها.
(٤) د. بلتاجي - دراسات في أحكام الأسرة - ص ٤٠٣ - مكتبة الشباب.

امتناعه عن الطلاق يكون مضاراً ومتعسفاً، والضرر يزال كما ورد فى قواعد الفقه، وزواله بالتفريق.

(٣) الضرر الأدبى الناشئ عن اللعان:

إذا لاعن الزوج من زوجته بأن طعنها فى شرفها أو نفى نسب ولده منها، فإنه يكون بذلك قد ألحق بها ضرراً أدبياً بليغاً لا تستقيم العشرة الزوجية بعده ويتعين التفريق بعده حتماً، فليس هناك أقسى على حياة المرأة ولا أخطر على كيان الأسرة من اتهام الزوجة فى شرفها اتهاماً مقروناً بالإيمان المغلظة وإشهاد على سوء سلوكها.

وقد دل على مشروعية اللعان قوله تعالى:« **والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين. والخامسة أن لعنت الله عليه إن كان من الكاذبين. ويدرؤا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين ، والخامسة أن غضب الله عليه إن كان من الصادقين**»[1].

وسبب نزول الآية ما رواه البخارى وغيره، أن هلال بن أمية قذف زوجته عند النبى صلى الله عليه وسلم بشريك ابن سحماء، فقال له -صلى الله عليه وسلم-: «البينة أوحد فى ظهرك فقال يانبى الله: إذا رأى أحدنا على امرأته رجلاً ينطلق يلتمس البينة، والذى بعثك بالحق إنى لصادق ولينزلن الله ما يبرئ ظهرى من الحد فنزلت الآيات»[2].

واللعان شهادات مؤكدات باليمين واللعن من كلا الزوجين، بأن يقول الزوج أربع مرات: أشهد بالله إنى لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، وتشهد المرأة أربع مرات إنه لمن الكاذبين فيما رماها به من الزنا، والخامسة أن لعنة الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به.

فإذا تم اللعان على هذا النحو فإنه ينتهى إلى تقويض بناء الاسرة ويتحتم التفريق بعده، والفقهاء متفقون على أن اللعان سبب للتفريق ولكنهم اختلفوا فيما إذا

(١) الايات ٦-٩ من سورة النور.
(٢)نيل الأوطار - جـ٦ - ص٢٧٢.

كان التفريق يقع به دون تفريق القاضي، ذلك ما ذهب إليه الجمهور وهو رأى المالكية والشافعية والحنابلة.[1]، وخالفهم الحنفية فقالوا: إن التفريق لا يتم إلا بالقضاء؛ وذلك على نحو ما ورد في قصة هلال بن أمية « ففرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما»، وسواء وقعت الفرقة بالقضاء أم بنفس اللعان فإن التفريق واجب في الحالتين[2].

(٤) الضرر الأدبي الناشئ عن غياب الزوج :

لا يخفى أن غياب الزوج عن زوجته وبيته مدة طويلة مما يسبب لها وحشة ويعرضها لمخاطر ومواقف لا تأمن على نفسها فيها الفتنة، وهذا يسبب لها ضرراً نفسياً بليغاً يحق لها بمقتضاه أن تطلب التفريق؛ ولهذا جاء في قانون أحوال الأسرة المصري: إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائناً إذا تضررت من بعده عنها، ولو كان ذا مال تستطيع الإنفاق منه، فإذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ،ضرب له القاضي أجلاً وأنذره بأنه إذا لم يحضر للإقامة معها فإنه يطلقها أو ينقلها إليه، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً فرق القاضي بينهما بتطليقة بائنة، وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضي عليه بلا إعذار أو ضرب أجل.

وكذلك الأمر بالنسبة لمن حكم عليه بالحبس أو عقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر إذا كان الحكم نهائياً؛ حيث يجوز لزوجته أن تطلب من القاضي - بعد مضي سنة من حبسه - التطليق عليه للضرر ولو كان ذا مال تستطيع الإنفاق منه.

وهذا الاتجاه هو ما ذهب إليه المالكية والحنابلة[3]، وبه أخذت القوانين العربية التي أجازت التفريق للغيبة.

(١) القوانين الفقهية - ص٢٤٤، والشرح الصغير جـ٢ - ص٦٦٨، والمهذب - جـ٢- ص١٢٧، والمغني - جـ - ص٤١٠ وما بعدها.
(٢) فتح القدير - جـ٣ - ص٢٥٣، بدائع الصنائع - جـ٣ - ص٢٤٤ وما بعدها، ونيل الأوطار للشوكاني - جـ٦ - ص ٢٧٤.
(٣) الشرح الصغير -جـ ٢- ص٧٤٦، كشاف القناع- جـ٥- ص١٢٤، والمغني- جـ٧- ص٨٨٥القوانين الفقهية -ص ٢١٦.

ثالثاً: الضرر الواقع على الحقوق الإنسانية :

وللمرأة على زوجها حقوق إنسانية تتعلق بالجبلة وإشباع غريزة الجنس ومن حقها أن تحصل عليها من زوجها، فإذا مسها ضرر فيها يكون من حقها أن تطلب التفريق، وهذه المضار قد تكون ناشئة عن تصرفات إرادية وقد تكون ناشئة عن أمور غير إرادية؛ كما في حالة الأمراض المعجزة أو المنفرة ونبين ذلك:

(١) الضرر الإنساني الناشئ عن تصرف الزوج :

والضرر الإنساني الناشئ عن تصرف الزوج يقع في أربع حالات:

الأولى: حالة الامتناع المتعمد عن معاشرة الزوجة: وفي هذه الحالة يكون الزوج متعسفاً ومخلاً بمقصد من المقاصد الأساسيه لعقد الزواج وهوقضاء الوطر وإشباع الغريزة ويحق للزوجة بمقتضى ذلك الإضرار أن ترفع أمرها للقاضي طالبة التفريق، وذلك ما ذهب إليه المالكية والحنابلة والظاهرية[1] وقول عند الشافعية، وهذا يترجح لدينا.

ويشترط للتفريق في تلك الحالة أن يكون مسبوقاً بتنبيه من القاضي يبين له فيه خطورة امتناعه عن المعاشرة وما يمثله ذلك من خطر على استمرار العشرة بينه وبين زوجته، وأنه بذلك يأتي منكراً من العمل[2]، ويرى المالكية والحنابلة: أن على القاضي - بعد رفع دعوى التفريق بسبب الترك المتعمد للوطء - أن ينتظر مدة أجل الإيلاء وهو أربعة أشهر أو يجتهد بحسب ما يرى في المدة ثم يطلق عليه[3]، فإذا ضرب له مدة وامتنع يكون أهلاً لأن يطلق عليه دون نظر إلى توافر قصد الامتناع من قبله، بل حتى ولو كان ذاهلاً عن قصد الإضرار[4]، إلا إذا رضيت الزوجة البقاء معه بلا وطء[5].

(١) المحلي لابن حزم -جـ١١- ص٢٣٦، ومنتهي الإرادات -جـ٢- ص٣١٧، وكشاف القناع للبهوتي- جـ٥- ص٣٥٣، والأم جـ٥- ص٢٦٢. ويري الحنفية أن الإلزام في المرة الأولي لأنها هي الواجبة والزيادة تجب ديانة، وفي داعي الطبع ما يغني عن الإيجاب. راجع: حاشية ابن عابدين-جـ٣ -ص٢٠٣.
(٢) المحلي لابن حزم - جـ١١ - ص٢٣٦.
(٣) شرح منتهي الإرادات - جـ٢ - ص٣١٧.
(٤) المرجع نفسه، وكشاف القناع - جـ٥ - ص٣٥٣، والشرح الصغير - جـ٢ - ص٦٣٢.
(٥) الشرح الصغير - المكان السابق. وراجع: سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين - للدكتور الشافعي عبد الرحمن- ص١٨٠- طبعة ١٩٨٤.

الثانية : التغرير بالزوجة وإيهامها بخلاف حقيقة وضع الزوج :

إذا غرر الزوج زوجته بصفة ليست فيه؛ بأن أوهمها أنه فى منصب معين أو فى مركز مالى أو أدبى رفيع، ثم استبان لها أنه كان كاذباً فيما أخبر به، وفيما تحدث عن نفسه يكون لها خيار الفسخ، وبمقتضى ما لها من حق الخيار يجوز أن ترفع أمرها إلى القاضى مطالبة بالتفريق بناء على أن الحياة الزوجية قوامها السكينة والرحمة، والزوج الكاذب غير مأمون الجانب فلا يتحقق منه سكن ولا أمن ولا ألفة، وذلك ما ذهب إليه الشافعية والمالكية والحنابلة، وإن كان للحنابلة تفصيل فى المسألة حيث قالوا: إن الزوج إذا غر زوجته بما يخل بأمر الكفاءة كالحرية أو النسب الأدنى فلها الخيار بين الإمضاء وطلب التفريق، فإن اختارت الإمضاء يكون لأوليائها الاعتراض لعدم الكفاءة، واشترط الشافعية أن يكون التغرير بالصفة قد جاء فى إطار الإخلال باشتراط المرأة وجود تلك الصفة فى الزوج[1] وهذا ما نطمئن إليه.

الثالثة : الإيلاء :

والإيلاء بمعنى القسم، وصورته: أن يقسم الرجل لامرأته بالله قائلاً: والله لا أقربك أبداً أو سنة أو مدة لا تقل عن أربعة أشهر، وكان الرجل يقدم على مثل هذا التصرف الظالم إضراراً بزوجته وحرماناً لها من حق إنسانى يتعلق بالجبلة ولا تستقيم الحياة بدونه، فأنكر الله تعالى هذا المسلك على أولئك الأزواج الظالمين بقوله:« **للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم. وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم**»[2].

وبناء على هذا القول الكريم فإن الزوج إذا حلف على عدم قربان زوجته مدة أربعة أشهر فأكثر، فإن عليه أن يفيئ قبل انقضاء تلك المدة وهى أربعة أشهر، فإن فاء كان

(١) بداية المجتهد - جـ٢ - ص٩٧ وما بعدها، القوانين الفقهية - ص٢١٥، مغني المحتاج- جـ٢ -ص٢٠٧، المغني لابن قدامة - جـ٦ - ص٥٢٤، والحنفية لا يرون التفريق بسبب ذلك. راجع: الهداية - جـ٢ -ص٤٥٨.

حانثاً فى يمينه ومخلا بأمر بينه وبين ربه، وعليه أن يقدم قرباناً لله كفارة يمين، أما إذا لم يقرب زوجته خلال تلك المدة فإنه يكون مول من زوجته ضاراً بها ويحق لها بمقتضى ذلك الضرر أن تطلب التفريق[1] ،وإن كان الحنفية يرون أنها تطلق عليه من تلقاء نفسها ولو لم يطلقها أو يطلقها القاضى عليه، ويصورن ذلك على أنه طلاق مضاف إلى أجل كأن الزوج قال لها: إذا مضت أربعة أشهر فأنت طالق إذا لم أقربك، وقد روى ذلك عن ابن عباس وابن مسعود وعكرمة وجابر بن زيد وعطاء والحسن والنخعى والأوزعى وابن أبى ليلى وغيرهم[2].

الرابعة : الظهار :

والظهار تصرف من الزوج يقدم به على الإضرار بزوجته والمساس بحقوقها الإنسانية التى لا تستقيم حياتها الزوجية معه بدونها، وصورته: أن يشبه الزوج زوجته بامرأة محرمة عليه على التأبيد أو بعضو منها يحرم النظر إليه؛ كقوله لها: أنت على كظهر أمى أو بطنها أو نحوه، وإن قال لها: أنت على كأمى فهو كناية فى الظهار لا تعرف حقيقتها إلا بنيته؛ فإن قصد تعظيمها كأمه لم يكن ظهاراً، وإن قصد تشبيهها بها كان ظهاراً.

ولما كان الظهار اعتداء على حقوق المرأة فقد حكم الله بتحريمه، ووصفه بأنه منكر من القول وزور ورسم طريق التخلص منه حتى تسترد الزوجة حقوقها السلبية وذلك فى قول الله تعالى:« **الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائى ولدنهم وإنهم ليقولون منكراً من القول وزورا وإن الله لعفو غفور. والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير. فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله**

(١)حاشية الدسوقي-جـ ٢- ص٣٨٠، وبداية المجتهد - جـ ٢- ص٧٨، مغني المحتاج- جـ٣- ص٣٥١ والمغني لابن قدامة - جـ٧- ص٥٥٣، والمحلي لابن حزم- جـ١٠- ص٤٢ وراجع في مذهب الحنفية : فتح القدير - جـ٤- ص١٩١.

(٢) فتح القدير- المكان السابق.

وتلك حدود الله وللكافرين عذاب أليم»[1] وبناء على هذا القول الكريم فإن من يظاهر من زوجته عليه أن يكفر قبل أن يقربها بالكفارات الواردة في الآيات الكريمة على منوال ترتيبها ولا ينتقل إلى الصنف التالي من الكفارة إلا عند عدم استطاعة أداء ما قبله، ويجب أن يتم ذلك قبل المساس، فإن مس قبل أن يقوم بالتكفير عن ظهاره استغفر الله - تعالى- ولا تسقط عنه الكفارة، فإذا لم يقم بالتكفير ولم يعد إلى زوجته يكون ضاراً بها لتعلق حقها بما منعها منه، وعلى القاضي إلزامه بالتكفير دفعاً للضرر عنه، وإلا أنذره بالتطليق، فإن رفعت المرأة أمرها للقاضي قضى لها بالتفريق[2]، ويرى المالكية: أن المظاهر إن قدر على التكفير وامتنع فلم يكفر ضرب القاضي له أجلاً من يوم الحكم أو من يوم الامتناع عن التكفير، فإن مضى ذلك الأجل ولم يمتثل طلق عليه[3].

(٢) الضرر الإنساني الناشئ عن الأمور غير الإرادية :

وهناك أمور قد تحدث في حياة الزوج دون إرادة منه وتؤدي إلى ضرر جسيم بالمرأة ينال من حقوقها الإنسانية الناشئة عن الزواج ويجعل حياتها مع الزوج شيئاً متعذراً عليه؛ وذلك كالأمراض المعدية أو المنفرة أو التي تهدد حياة الزوجة كالجنون وغيره من الأمراض التي تنطوي على عيوب لا يتم مقصود الزواج بها على وجه الكمال، والفقهاء الأربعة متفقون على أن للزوجة أن تطلب التفريق بسبب العيوب أو الأمراض المنفرة[4]، وإن كانوا مختلفين في تعداد تلك الأمراض وبيانها، ونحن نرجح ما ذهب إليه الزهري والقاضي شريح وأبو ثور وهو ما اختاره ابن القيم، حيث يجوز للزوجة طلب التفريق من كل عيب منفر أو داء مستحكم، لأن العقد تم على أساس

---

(١) الآيات ٢-٤ من سورة المجادلة.

(٢) فتح القدير - جـ٣- ص٢٢٦، البدائع - جـ٣ - ص٢٣٤، بداية المجتهد- جـ٢- ص١٠٨، الشرح الصغير - جـ٢ - ص٦٤١ المهذب- جـ٢- ص١١٤، المغني -جـ٧- ص٣٤٧، كشاف القناع - جـ٥- ص٤٣١ وما بعدها، والمحلي لابن حزم- جـ١٠- ص٥٥، أحكام القرآن للجصاص- جـ٥- ص٣٠٧.

(٣) الشرح الصغير- جـ٢- ص٦٢٧.

(٤) فتح القدير- جـ٣- ص٢٦٢ وما بعدها بداية المجتهد- جـ٢- ص٥٠، ومغني المحتاج - جـ٣- ص٢٠٢، المغني- جـ٦٥٠ وما بعدها.

السلامة من العيوب، فإذا انتفت السلامة يثبت الخيار للزوجة، والأولى عدم تحديد العيوب، وإنما ينبغي أن ينص على أن كل عيب منفر أو داء مستحكم لا تتم معه مقاصد الزواج على وجه الكمال يجوز للزوجة أن تطلب التفريق بسببه[1]. ويشترط للتفريق بسبب الأمراض المعدية شرطان:

الأول: أن تكون الزوجة غير عالمة بالعيب عند العقد، فإذا علمت به عند العقد لا يحق لها طلب التفريق لأن قبول الزواج مع العلم بالعيب ... معنى الرضا به.

الثاني: أن تعبر عن عدم رضاها بالعيب عند العلم به، فإن سكتت يكون سكوتها رضًا منها به ويمكن أن يكون في غير صالحها إذا تراخت في طلب التفريق.

الفصل الثانى

الآثار الناشئة عن التفريق القضائى

ينشأ عن التفريق القضائى آثار تتعلق بفصم رابطة الزوجة بينها وبين زوجها، كما تتعلق بالحقوق المقررة للزوجة، مثل مؤخر صداقها، ونفقة عدتها، والمتعة المستحقة لها، وما يكون بينها وبين زوجها من معاملات مالية، ونخصص لكل موضوع مبحثاً.

المبحث الأول

فصم رابطة الزوجية بالتفريق القضائى

من المقرر أن كل طلاق يوقعه الزوج على زوجته يتحدد بوصفه الشرعى من جهة العدد والوصف؛ وهو لذلك قد يكون رجعياً وقد يكون بائناً؛ والبينونة قد تكون صغرى يمكن للزوج أن يراجع زوجته بعقد ومهر جديدين، وقد تكون كبرى لا يقدر الزوج فيها على أن يراجع زوجته بعقد ومهر جديدين، إلا بعد أن تنكح زوجاً غيره ويطلقها ثم تنقضى عدتها منه عملاً بقول الله تعالى: **« الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما ءاتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون. فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره... »**(١).

لكن الأمر فى التفريق القضائى مختلف؛ لأنه فى حالة الحكم به عند الضرر يكون سبباً لإنهاء ما تعانى منه الزوجة من عنت ومشقة مع زوجها، ومثل هذا الإنهاء لن يتحقق إذا ما كان الطلاق الواقع رجعياً، إذ من خلاله يمكن أن يستعيد الزوج زوجته بالمراجعة، ويلحق بها المضار التى كانت واقعة عليها قبل التطليق؛ ولذلك فإن الذى يلائم حال التفريق أن يقع طلاقاً بائناً، أو فسخاً للعقد؛ حتى لا يستبد الزوج بإعادة الزوجة مرة ثانية إلى عصمته دون إرادة منها، وتردد التفريق بين الطلاق البائن والفسخ أمر يكاد أن يكون محل اتفاق فى الفقه؛ وإن تطبيقه على حالات الضرر المختلفة التى تجيز التفريق محل اختلاف عند الفقهاء يمكن بيانه على النحو التالى:

---

(١) الآية ٢٢٩ وبداية الآية ٢٣٠ من سورة البقرة.

أولاً: التفريق لإعسار بالنفقة والمهر:

اختلف العلماء في نوع الفرقة التي تقع بسبب الإعسار بالنفقة: فذهبالمالكية إلى أن التفريق الحاصل بها طلاق رجعي يمكن للزوج أن يراجعها إذا أيسر في العدة وذلك تشبيها للفرقة بالإعسار بفرقة الإيلاء لأنها طلاق رجعي فتقع على منوالها[1].

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الفرقة فسخ وليست طلاقاً، وتعليل ذلك عندهم بأنها فرقة بسبب العجز عن الواجب فأشبهت فرقة العنة[2]، والراجح لدينا أنها فسخ وذلك لمنع الضرر عن الزوجة.

وقد جرى مثل هذا الخلاف بالنسبة للإعسار بالمهر[3]، والمختار أن الفرقة به فسخ وليست طلاقاً.

ثانياً: التفريق للضرر وسوء العشرة:

الراجح في الفقه أن التفريق بسبب سوء العشرة يقع طلاقاً بائناً؛ وذلك لأن المعنى الذي وقع التفريق من أجله هو الشقاق ولو شرعت الرجعة لعاد الشقاق كما كان، فلم يكن ذلك مقيداً لإنهاء الضرر، ولهذا امتنعت الرجعة[4].

ثالثاً: التفريق بسبب الخلع:

يترتب على وقوع الخلع أن تطلق الزوجة طلقة بائنة؛ وذلك لقول الله تعالى:« **فلا جناح عليهما فيما افتدت به** ». والفداء لا يكون إلا إذا خرجت المرأة من سلطان زوجها وذلك بالطلاق البائن؛ إذ لو لم يكن بائناً لكلك الزوج الرجعة، وكانت تحت حكمه وقبضته؛ ولأن المقصد إزالة الضرر عن المرأة فلو جازت الرجعة لعاد الضرر[5].

(١) حاشية الدسوقي- جـ٢- ص٤٦٠.
(٢) مغني المحتاج- جـ٤- ص٤٤٢، الأم - جـ٣- ص٨١، ومغني لابن قدامة- جـ٨- ص٢٠٦.
(٣) كشاف القناع- جـ٥- ص١٦٤، أسني المطالب- جـ٣- ص٤٤٠، الخرشي علي مختصر خليل- جـ٢- ص٢٦٠.
(٤) المغني- جـ٧- ص٣٢١، ومغني المحتاج- جـ٣- ص٢٦١، أحكام القرآن لابن العربي- جـ١- ص٤٢٦.
(٥) بدائع الصنائع- جـ٣- ص١٤٤، وفتح القدير- جـ٣- ص٢١٥، وبداية المجتهد-جـ٢- ص٦٩، مغني المحتاج- جـ٣- ص٢٦٨، المهذب- جـ٢- ص٧٢، كشاف القناع- جـ٥- ص٢٤١.

وفي رواية عن الإمام أحمد أن الخلع فسخ، وهو رأي ابن عباس وعكرمة وطاووس وإسحاق وأبي ثور؛ لأن الله تعالى قال:« **الطلاق مرتان** »؛ ثم قال:« **بما كسبت قلوبكم والله غفور حليم** »؛ ثم قال:« **فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره** »، فذكر الحق سبحانه تطليقتين والخلع وتطليقة بعدها. فلو كان الخلع طلاقاً لكان أربعاً، وهذا ما لا يرد[1]؛ ولأنها فرقة حلت عن صريح الطلاق ونيته فكانت فسخاً كسائر الفسوخ.

رابعاً: التفريق بسبب اللعان:

إذا وقعت الفرقة بسبب اللعان وقعت طلاقاً بائناً عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأنها بتفريق القاضي كما في التفريق بسبب العنة، وكل فرقة من قبل القاضي تكون طلاقاً بائناً[2]، وقال جمهور الفقهاء وأبو يوسف: إن فرقة اللعان تقع فسخاً؛ كفرقة الرضاع وتوجب تحريماً مؤبداً، فلا يعود المتلاعنان إلى الزوجية أبداً؛ لقوله صلى الله عليه وسلم:" المتلاعنان لا يجتمعان أبداً"؛ ولأن اللعان ليس طلاقاً، فكان فسخاً؛ كسائر ما ينفسخ به الزواج؛ ولأن اللعان قد وجب وهو سبب التفريق[3].

خامساً: التفريق بسبب غياب الزوج:

إذا كان الضرر الحاصل للزوجة ناشئاً عن غياب الزوج وفرق القاضي بينهما تكون تلك الفرقة طلاقاً بائناً عند المالكية؛ لأن كل فرقة يوقعها القاضي تكون طلاقاً بائناً إلا بسبب الإيلاء وعدم الإنفاق عندهم[4].

ويرى الحنابلة أن هذه الفرقة تقع فسخاً لا طلاقاً؛ لأنها فرقة من جهة الزوجة فتقع فسخاً؛ لأن كل فرقة تقع من قبل الزوجة تكون فسخاً عندهم[5]، والراجح هو قول المالكية.

(١) المغني لابن قدامة - جـ٧- ص٥٩ وما بعدها.
(٢) فتح القدير- جـ٣- ص٢٥٣.
(٣) المرجع السابق، الدر المختار- جـ٢- ص٨٠٦، المغني لابن قدامة- جـ٧- ص٤١٠ وما بعدها ، ونيل الزوطار للشوكاني- جـ٦- ص٢٧١ وما بعدها.
(٤) القوانين الفقهية- ص٢١٦.
(٥) كشاف القناع- جـ٥- ص١٢٤.

سادساً : الفرقة بسبب حق المعاشرة :

إذا امتنع الزوج عن معاشرة زوجته عامداً، أو بسبب لا يد له فيه؛فإن للقاضى أن يفرق بينه وبين زوجته، وقد اختلف الفقهاء فى نوع تلك الفرقة:

فقال الحنفية والمالكية: إنها طلقة بائنة، أما إنها طلاق؛ فلأنها فرقة بعد زواج صحيح، والفرقة بعد الزواج الصحيح تكون طلاقاً لا فسخاً. وأما إنها طلقة بائنة؛ فلرفع الضرر عن المرأة، إذ لو جاز للزوج مراجعتها قبل انقضاء العدة لعاد الضرر ثانياً[1].

ويرى الشافعية والحنابلة: أن الفرقة هنا: فسخ لا طلاق؛ لأنها فرقة من قبل الزوجة إما بطلبها التفريق أو بسبب عيب فيها، والفرقة إذا كانت من جهة الزوجة تكون فسخاً لا طلاقاً[2].

سابعاً : الفرقة بسبب التغرير بالزوجة والنصب عليها :

إذا غرر الزوج زوجته وأضفى على نفسه من الصفات والنعوت ما جعلها تقبل على الاقتران به ثم استبان لها بعد العقد كذب ما أخبر به، فإن ذلك يمثل ضرراً شديداً بها حيث لايتصور استمرار الحياة الزوجية بينهما بعد ارتكاب تلك الحماقة التى تعبر عن خوائه وعدم أمانته، ولما كان هذا الضرر يعد تطبيقاً لسوء العشرة فإنه وقياساً على الفرقة بسبب سوء العشرة تعتبر الفرقة به طلاقاً بائناً؛ حتى تستطيع الزوجة أن تتخلص من الأضرار التى يلحقها الزوج بها.

ثامناً : الفرقة بسبب الإيلاء :

اختلف العلماء فى الفرقة الحاصلة بسبب الإيلاء: فذهب المالكية والشافعية إلى أن تلك الفرقة طلاق رجعى، وفى رواية لدى الحنابلة: أن نوع الفرقة يتوقف على حكم القاضى؛ فإن أوقع الطلاق واحداً رجعياً فله ذلك، وإن رآها أكثر من واحدة حتى الثلاث، أو جعلها فله ذلك أيضا[3] وقد استدل أصحاب هذا الرأى بما قالوه: من أن الأصل فى كل طلاق يقع بالشرع أن يكون رجعياً إلا أن يدل الدليل على أنه بائن.

(١) فتح القدير- جـ٣- ص٢٩٢ وما بعدها، بداية المجتهد- جـ٢- ص٥٠، الشرح الصغير- جـ٢- ص٤٦٧.
(٢) مغني المحتاج- جـ٣- ص٢٠٢ وما بعدها، والمغني- جـ٦- ص٦٥ وما بعدها.
(٣) بداية المجتهد- جـ٢- ص٨٧، والمغني لابن قدامة- جـ٧- ص٣٥٥.

وذهب الحنفية ورواية لدي الحنابلة أنه طلاق بائن؛ وذلك لأن الضرر لا ينقطع إلا به[1].

تاسعاً : الفرقة بسبب الظهار :

إذا حدث الضرر بسبب ظهار الزوج من زوجته، وأبي أن يعود إلي زوجته بالتكفير والمساس فإنه يكون مضاراً لأنه بذلك الامتناع يخل بحق من الحقوق المقررة لزوجته بناء علي عقد النكاح ولا تستقيم حياتها إلا بها، ولما كان الظهار علي حكم الإيلاء بجامع تشابه الضرر الحاصل من كل منهما فإن التفريق الحاصل به يكون علي منوال التفريق الحاصل بالإيلاء، وهو عند المالكية والشافعية طلاق رجعي، أو يتوقف علي ما يراه القاضي، وعند الحنفية ورأي عند الحنابلة أن الفرقة الحاصلة بسبب الظهار تقع طلاقاً بائناً، وذلك ما يترجح لدينا حتي يتسني للزوجة أن تضع حداً للضرر الواقع عليها.

الفرق بين الطلاق والفسخ :

يترتب علي اعتبار الفرقة طلاقاً أو فسخاً عدة فروق هي:

أولاً: إذا اعتبرت الفرقة طلاقاً فإنها تحسب من الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج علي زوجته بحيث لو عادت الحياة الزوجية بينهما مرة أخري فإنها تحسب عليه ولا يملك علي زوجته إلا ما بقي من عدد الطلقات الثلاث، ولواعتبرت فسخاً لا تحسب من الطلقات الثلاث وتعود إليه بها كاملة.

ثانياً: إن الطلاق من قبيل تصرفات الإسقاط حيث يترتب عليه أثره وهو التفريق بمجرد النطق باللفظ الموضوع له، حتي ولو لم يقصد وقوعه كما في وقوع طلاق الهازل أو السكران، أما الفسخ فلا بد أن يكون له سبب مقنع يصلح حمله عليه.

ثالثاً: إن الطلاق مختص بالزوج،ولا يملك أحد أن يمارسه نيابة عنه إلا بتوكيل أو تفويض منه، أما الفسخ فإنه كما يكون للزوج يكون للزوجة ويكون لغيرهما بغير توكيلهما كالقاضي.

(١) بدائع الصنائع- جـ٤- ص١٩٦٥، والمغني- جـ٧- ص٣٥٥ وما بعدها.

رابعاً: إن الطلاق له أقسام عدة باعتبار عدده وما إذا كان رجعياً أو بائناً، كما ينقسم باعتبار حصول آثاره إلي منجز ومعلق، ومن حيث حكمه الشرعي التكليفي إلي طلاق سني وطلاق بدعي، أما الفسخ فلا ينقسم إلي شئ من ذلك، بل قد لا يملك فيه الزوج أن يعود إلي عصمة زوجته أبداً كما في فرقة اللعان علي ما رآه عامة الفقهاء خلافاً لأبي حنيفة ومحمد[1].

خامساً: أن الطلاق هو إنهاء الزواج مع كفالة الحقوق الناشئة عنه من المهر ونحوه ولا يكون إلا في العقد الصحيح، أما الفسخ فهو نقض العقد من أصله أو منع استمراره ويكون غالباً في العقد الفاسد أو غير اللازم، ويري الإمام مالك أن الاعتبار في التفرقة بين الطلاق والفسخ مرده إلي السبب الموجب للتفريق؛ فإن كان من الشرع لا برغبة الزوجين كان فسخاً؛ وإن كان السبب هو رغبة الزوجين مثل الرد بالعيب كان طلاقاً[2].

(١) زاد المعاد - لابن القيم- جـ٤- ص١٠٤ وراجع : سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين للدكتور الشافعي عبد الرحمن- ص٧٨ وما بعدها

(٢) لمجتهد- جـ٢- ص٧٠.

المبحث الثاني

الحقوق المالية الناشئة عن التفريق

يتوقف الحكم بتسليم الحقوق المالية للزوجة بعد التفريق علي دورها في حصول ذلك التفريق؛ فإذا كانت قد سعت إليه وعملت من أجله، أو كان النشوز من قبلها أو تمت الفرقة بناء علي رغبتها أو اتفاقها نظير مال بعينه تبذله لزوجها فداء لنفسها؛ كما في الطلاق علي مال، أو الخلع، فإن مقدار ما يستحق لها من الحقوق المالية يتأثر بذلك.

ويمكن ضبط ذلك بأن كل فرقة جاءت بسبب من قبل الزوجة، فإن حقوقها المالية تسقط بهذا السبب، حيث لا يجوز أن تستفيد من سعيها لهدم الأسرة، كما أن حصولها علي التفريق نظير سقوط تلك الحقوق يكون هو الجزاء الأقرب للصواب فإذا افتدت المرأة نفسها في الخلع بأن ترد للزوج ما أخذته منه، يكون عليها أن تبذل ما اتفقت عليه مع زوجها، ويكره عند الحنفية أن يأخذ الزوج منها أكثر مما أعطاها؛ وذلك لما ورد في قصة ثابت بن قيس، حيث قال النبي صلي الله عليه وسلم: « أتردين إليه حديقته؟»، قالت: نعم وزيادة. فقال النبي صلي الله عليه وسلم:« أما الزيادة فلا»[1]، وهذا قول عطاء وطاووس والزهري وعمرو بن شعيب.

وقد أجاز الجمهور أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها مادام النشوز من جهتها، لكن لا يستحب له ذلك؛ لقول الله تعالي:" **ولا يحل لكم أن تأخذوا مما ءاتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به**"[2] حيث نفي الله - تعالي- الإثم في أخذ الرجل من الزوجة مقابل طلاقها قليلاً كان أو كثيراً ، والنهي عن الزيادة في حديث ثابت محمول علي خلاف الأولي، وقد روي عن ابن عباس وابن عمر أنهما قالا:« لو اختلعت امرأة من زوجها بميراثها وعقاص رأسها كان ذلك جائزاً» وقد قالت الربيع بنت معوذ: اختلعت من زوجي بما

(١) نيل الأوطار للشوكاني- جـ٦- ص٢٤٦.

(٢) من الآية ٢٢٩ من سورة البقرة.

دون عقاص رأسي فأجاز ذلك عثمان بن عفان- رضي الله عنه- ولم يخالفه أحد من الصحابة واشتهر ذلك من غير نكير فيكون إجماعاً ولم يصح عن علي - رضي الله عنه- خلافه.

أما إذا كان الكره من قبل الزوج أو اضطرها إلي طلب التفريق بأن ضيق عليها وعاشرها معاشرة سيئة ليحملها علي الطلاق فلا يحل له أن يأخذ منها شيئاً لقول الله تعالي: " **ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا**"، وقوله تعالي: " **ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما ءاتيتموهن**"، وهذا يدل علي أنه لا يحل له أن يأخذ منها شيئاً في حالة الإضرار ولو أخذ منها شيئاً وجب عليه أن يرده إليها.

كما لا يجوز أن يكون التفريق بسبب إضرار الزوج بها سبباً لانتقاص حقوقها المالية فتستحق بتلك الفرقة ما تأخر من صداقها كاملاً إذا كانت الفرقة بعد الدخول، أو ما بقي من نصفه إن تمت الفرقة قبله، كما تستحق كافة حقوقها المالية مثل نفقة العدة والمتعة والتعويض المالي عن إساءة الزوج لاستعمال حق الطلاق، أو ما يكون قد ألحقه بها من أضرار.

كما لا يخل التفريق بحق الأم في حضانة أطفالها إذا توافرت شروط تلك الحضانة في جانبها، ولم تتزوج غير زوجها الذي طلقها والذي هو والد الأطفال المحضونين لها ففي تلك الحالة تكون أحق بحضانة الصغار؛ لأن تقرير حضانة الأطفال لها وهم في سن صغير يكون في صالح الصغار؛ لأنها أكثر حنواً وأعظم رعاية لهم من غيرها، والحضانة مراعي فيها مصلحة الصغير.

وإذا كانت المرأة بعد التفريق فقيرة لا تملك شيئاً، وكان الزوج موسراً فليس هناك ما يمنع شرعاً من أن يحكم لها القاضي بمبلغ مالي يمكن أن تعيش منه يراعي في مقدار المتعة؛ لأنها تعويض لها عن ألم الفرق، وبهذا يمكن أن نحافظ علي المرأة بعد التفريق في ظل عدم ملكيتها لشئ،ومن ثم تبدو ملامح الوسطية والحق في هذا التشريع العظيم الذي يقيم العلاقة بين الزوج وزوجته علي أسس عادلة متوازنة، فتبارك الله العظيم الذي شرع أحكامه وأنزل مصادره، هذا وبالله التوفيق...

أ.د/ عبد الله مبروك النجار

الموضوع الصفحة

العنوان	٦٥
تقديم	٦٧
خطة الدراسة	٧٠
الفصل الأول:	٧١
المبادئ العامة للتفريق القضائي بين الزوجين	٧١
المبحث الأول:	٧١
(١) مفهوم التفريق القضائي	٧١
(٢) شروط التفريق القضائي	٧٢
الشرط الأول: وقوع الضرر بالزوجة من جانب الزوج	٧٢
مفهوم الضرر كشرط للتطليق القضائي	٧٣
الشرط الثاني: عدم رضاء الزوجة بوقوع الضرر عليها	٧٧
الشرط الثالث: أن تلجأ الزوجة إلي القضاء مطالبة بالتفريق	٧٨
الشرط الرابع: أن يكون الضرر جسيماً لا تستقيم العشرة معه	٧٩
المبحث الثاني	٨٠
التطبيقات العملية للضرر الموجب للتفريق القضائي	٨٠
أولاً: الضرر الواقع علي الحقوق المالية للزوجة	٨٠
ثانياً: الضرر الواقع علي الحقوق الأدبية للزوجة	٨٢
(١) الضرر الأدبي الناشئ عن سوء العشرة	٨٣
(٢) الضرر المجيز للخلع	٨٣

الموضوع	الصفحة
(٣) الضرر الأدبي الناشئ عن اللعان	٨٥
(٤) الضرر الأدبي الناشئ عن غياب الزوج	٨٦
ثالثاً: الضرر الواقع علي الحقوق الإنسانية	٨٧
(١) الضرر الإنساني الناشئ عن تصرف الزوج	٨٧
(٢) الضرر الإنساني الناشئ عن الأمور غير الإرادية	٩٠
الفصل الثاني	٩٢
الآثار الناشئة عن التفريق القضائي	٩٢
المبحث الأول:	٩٣
فصم رابطة الزوجية بالتفريق القضائي	٩٣
الفرق بين الطلاق والفسخ	٩٤
المبحث الثاني	٩٩
الحقوق المالية الناشئة عن التفريق	٩٩