

جامعة سعد دحلب بالبليدة

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

أطروحة دكتوراه

التخصص: قانون خاص

التفريق بين الزوجين للضرر والشقاق

في الفقه الإسلامي والقانون

من طرف

أحمد عبود

أمام اللجنة المشكلة من

الدكتور: بن شويخ الرشيد	أستاذ التعليم العالي	جامعة البليدة	رئيسا
الدكتور: العيد حداد	أستاذ التعليم العالي	جامعة البليدة	مشرفا ومقررا
الدكتور: تشوار جيلالي	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	عضوا مناقشا
الدكتور: قاد بن بن علي	أستاذ التعليم العالي	جامعة سيدي بلعباس	عضوا مناقشا
الدكتور: خليل عمرو	أستاذ محاضر "أ"	جامعة البليدة	عضوا مناقشا
الدكتور: كيري غنية	أستاذ محاضر "أ"	جامعة الجزائر	عضوا مناقشا

البليدة جانفي 2012

شكر

الحمد والشكر لله على إتمام هذا البحث...

والشكر الجزيل والتقدير الفائق للأستاذ الفاضل المشرف الدكتور العيد حداد على ما قدمه لي من تسهيلات وإرشادات قيمة وتوجيهات حكيمة.

كما لا يفوتني أن أشكر الأستاذ الفاضل المشرف بالخارج الدكتور محمود عبد الرحمن أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق بجامعة القاهرة على كل ما قدمه لي من نصح وعون.

وأشكر أيضا الأستاذ الفاضل الدكتور بن شويخ الرشيد أستاذ بكلية الحقوق بجامعة سعد دحلب، - البليدة- على ما قدمه لي من مساعدات، بحيث كلما قصدته في مرجع من المراجع إلا وقدمه لي عن طيب خاطر.

والشكر الجزيل لكل من أسدى لي نصحا وقدم لي عوناً.

ملخص

إن موضوع هذه الأطروحة يدور حول طريق من طرق انحلال عقد الزواج وهو التفريق بين الزوجين للضرر والشقاق في الفقه الإسلامي والقانون، وكما هو واضح من عنوان الأطروحة، فقد جاء هذا البحث في إطار مقارنة بين أحكام الفقه الإسلامي (المذاهب الفقهية الإسلامية المعروفة، وقانون الأسرة الجزائري وقانون الأحوال الشخصية المصري، ومدونة الأسرة المغربية). وإن اختيار هذا المنهج يقوم على أساس الاختلاف الفقهي الموجود بين المذاهب الفقهية الإسلامية في مدى جواز التفريق بين الزوجين للضرر والشقاق، كما اقترنت هذه المقارنة بمنهج تحليلي نهدف من خلاله إلى عرض الأقوال الفقهية ومناقشتها وترجيح القول الفقهي الذي يتفق ومقتضيات روح العصر، وفي الوقت ذاته تطرقنا إلى موقف قانون الأسرة الجزائري وقانون الأحوال الشخصية المصري ومدونة الأسرة المغربية من الاختلاف الفقهي حول مدى جواز التفريق للضرر والشقاق، وكيفية معالجة كل قانون لهذا الموضوع.

ولقد جاءت الإشكالية الرئيسية لهذا البحث كالتالي:

ما مدى وجود نظام وقائي من شأنه أن يحمي الأسرة من الضرر والشقاق؟ وما مدى اعتبار إخلال أحد الزوجين بهذا النظام سببا للتفريق بينهما؟ ويترتب على هذه الإشكالية، الإشكاليات الفرعية التالية:

- 1- هل التزام الزوجة بطاعة زوجها هو إنقاص من مكانتها وإهدار لكرامتها؟.
- 2- ما الحكمة من تشريع القوامة الزوجية؟ وما هي القيود الواردة على استعمالها؟.
- 3- هل بإلغاء المشرع للمادة 39 من قانون الأسرة هو إسقاط لالتزام الزوجة بطاعة زوجها؟.
- 4- ما مدى اعتبار الزوجة محلا للمعاشرة الجنسية؟، وما هي القيود الواردة على ممارستها؟.
- 5- ما مدى اعتبار الصداق كالتزام يقع على الزوج كمقابل مادي نظير استمتاعه بزوجته؟ وما هي معالم اعتبار التزام الزوج بدفع الصداق عاملا في وقاية الأسرة من الضرر والشقاق؟.
- 6- ما هو الضابط الشرعي لالتزام الزوج بالنفقة الزوجية؟، وما مدى اعتبار التزام الزوج بالإنفاق على زوجته عاملا هاما في وقاية الأسرة من الضرر من الشقاق؟، وهل تغيير مضمون المادة 37 من قانون الأسرة هو إلغاء للقاعدة الشرعية التي تسقط حق الزوجة في النفقة إذا ثبت نشوزها؟.

7- ما المقصود بالضرر الذي يلحق بالزوجة من زوجها وما هي شروطه؟، وما مدى اعتبار هذا الضرر سببا للتفريق بين الزوجين؟

8- ما مدى حرية الزوجة في إثبات الضرر اللاحق بها من زوجها؟

9- ما المقصود بالشقاق الذي يعتبر محلا للتحكيم بين الزوجين ؟

10- ما هو مفهوم الشقاق الذي نصت عليه الفقرة العاشرة من المادة 53 من قانون الأسرة كسبب من أسباب التطلق ؟، وهل هو الشقاق الذي نصت عليه المادة 56 من قانون الأسرة المتمثل في الخصام الشديد بين الزوجين؟

11- هل النشوز الذي نصت عليه المادة 55 من قانون الأسرة هو الشقاق الذي يستدعي اللجوء إلى التحكيم بين الزوجين؟

12- هل تقتصر مهمة الحكّمين على الإصلاح فقط أم تتعداه إلى التفريق بينهما ؟

13- ما هي الطبيعة الشرعية والقانونية للعمل الذي ينجزه الحكمان؟

ولقد وردت الإجابة على هذه الإشكالية وإشكالاتها الفرعية بطريقتي المقارنة والتحليل بين أحكام الفقه الإسلامي والقانون ، وذلك في إطار خطة تتكون من بابين، باب أول يتضمن النظام الوقائي للأسرة من الضرر والشقاق، وباب ثان يتضمن الأثر المترتب على إخلال أحد الزوجين بالنظام الوقائي للأسرة من الضرر والشقاق.

ولقد تناولنا دراسة النظام الوقائي للأسرة من الضرر والشقاق في فصلين، فصل يتعلق بالالتزامات غير المادية المترتبة على عقد الزواج، وفصل آخر يتعلق بالالتزامات المادية المترتبة على

ولقد تضمن الفصل الأول مبحثين، خصص المبحث الأول لدراسة التزام الزوجة بطاعة زوجها والمبحث الثاني لالتزام الزوجين بالمعاشرة الجنسية بالمعروف.

ولقد حاولنا من خلال هذا الفصل التطرق بدقة وتفصيل لمضمون ومحل التزام الزوجة بطاعة زوجها وأساسه الشرعي المتمثل في القوامة الزوجية ، هذه القوامة التي جعلت الزوج رئيسا وقيما على الأسرة وذلك بالقيام على شؤونها بتكليفه شرعا وقانونا بدفع صداق زوجته والإنفاق عليها، وبالتالي وجبت طاعته ، وإن كان هذا الوجوب ليس إهدارا وإنقاصا لكرامة الزوجة بل وردت هذه الطاعة ضمن إطار شرعي وقانوني يحمي الزوجة من تعسف الزوج في استعمال قوامته الزوجية ، وذلك بتحديد نطاق هذه القوامة المتمثل في طاعة الزوج بالمعروف دون الإضرار بالزوجة ، وتأكيدا لذلك وردت استثناءات شرعية على قاعدة القوامة الزوجية، وذلك اعتبارا لضرورات شرعية تحمي الزوجة من ظلم وتعسف الزوج في ممارسة هذه القوامة.

ولقد بينا من خلال هذا الفصل موقف قانون الأسرة الجزائري الذي ألغى التزام الزوجة بطاعة زوجها، ومن ثم إسقاط القوامة الزوجية من خلال إلغاء المادة 39 من قانون الأسرة.

أما المبحث الثاني تناولنا فيه التزام الزوجين بالمعاشرة الجنسية، وهذا باعتباره من أهم الالتزامات المشتركة التي تلقي على عاتق الزوجين، ولقد بينا من خلاله مفهوم المعاشرة الجنسية بين الزوجين وضوابطها وشروطها، وتوصلنا في الأخير إلى القول أن المعاشرة الجنسية هو التزام مشترك بين الزوجين وليس حق للزوج وواجب على الزوجة كما يرى بعض الفقهاء ، كما أكدنا على تبيان الكيفية الشرعية التي تحفظ حق الزوجين في هذه المعاشرة التي تتم عادة بالتراضي دون إكراه، وذلك تحقيقاً للأساس الذي تبنى عليه الحياة الزوجية وهو المودة والرحمة.

أما الفصل الثاني من الباب الأول، فقد تناولنا من خلال الالتزامات المادية الأساسية المترتبة على عقد الزواج وذلك من خلال مبحثين، مبحث أول خصص لالتزام الزوج بدفع صداق زوجته، ومبحث ثان خصص لالتزام الزوج بالإنفاق على زوجته.

ومن خلال بحثنا في موضوع الصداق كالتزام مادي يقع على عاتق الزوج، حاولنا أن نبين مفهوم الصداق وكذا طبيعته الشرعية والقانونية التي عرفت اختلافاً فقهيًا بين من يعتبره شرط من شروط عقد الزواج وبين من يعتبره أثر من آثار الزواج، ولا يتوقف انعقاد الزواج على دفعه بل يجوز تأجيل ذلك إلى ما بعد الزواج إذا تم الاتفاق بين الزوجين على ذلك عند إبرام عقد الزواج، ومن ثم حاولنا إظهار الحكمة من فرض الصداق كعطية من الزوج لزوجته لتوطيد علاقتهما الزوجية على أساس المودة والرحمة.

أما المبحث الثاني فقد تناولنا فيه التزام الزوج بالإنفاق على زوجته، وذلك من خلال تحديد التعريف الشرعي والقانوني للإنفاق على الزوجة ومضمونه وكيفية تقديره، بحيث تطرقنا لمواقف المذاهب الإسلامية وترجيح القول الفقهي الذي يتماشى وروح العصر، وتوصلنا من خلال هذا المبحث إلى القول: إن الإنفاق هو من مقتضيات القوامة الزوجية التي تجعل الزوج رئيساً للأسرة، وأكدنا أيضاً من خلاله أن النفقة الشرعية المقررة للزوجة ، تفرض حسب سعة وقدرة الزوج المالية وهذا على أساس معيار المعروف.

أما الباب الثاني من الأطروحة يتضمن أثر إخلال أحد الزوجين بالنظام الوقائي للأسرة من الضرر والشقاق، والذي يتمثل في النتائج المترتبة على الإخلال بالالتزامات الغير مادية والالتزامات المادية التي سبق ذكرها في الباب الأول.

ولقد تمت دراسة هذا الباب من الأطروحة في إطار فصلين، فصل أول تناولنا من خلاله حق الزوجة في طلب التفريق بسبب الضرر الذي لحقها من زوجها، وذلك من خلال ثلاث مباحث، ففي المبحث الأول تطرقنا لماهية الضرر الذي يمنح الحق للزوجة في طلب التفريق وكذا أنواع هذا الضرر، كما تناولنا في هذا المبحث الوسائل الشرعية والقانونية التي بواسطتها تثبت الزوجة الضرر المعتبر شرعا للحصول على التفريق بينها وبين زوجها، بحيث تطرقنا إلى الاختلاف الفقهي الحاصل في مسألة إثبات هذا الضرر، بين من يقول بالأخذ بشهادة السماع وبين من يقول شهادة المعاينة مرجحين القول الأول باعتبار أن هذا الضرر غالبا ما يحدث داخل بيت الزوجية ومن الصعب إثباته، ثم تطرقنا في المبحث الثاني إلى الأثر الذي يترتب على إثبات الزوجة لهذا الضرر والمتمثل في التفريق الذي تناولنا من خلاله تعريفه وتمييزه عن باقي المفاهيم الأخرى، وكذا شروط التفريق للضرر وإجراءات رفع دعوى التفريق للضرر أمام القضاء. ولقد أشرنا في هذا السياق إلى التدابير المؤقتة التي قد يتخذها القاضي لحماية الأسرة خلال سير دعوى التفريق.

كما تطرقنا لأهم إجراء إلزامي يقوم به القاضي وهو محاولة الصلح بين الزوجين وإعادة بعث العلاقة الزوجية إلى سابق عهدها.

أما المبحث الثالث تناولنا من خلاله الآثار المترتبة على الحكم بالتفريق بين الزوجين إذا فشلت محاولة الصلح.

وفي الفصل الثاني من الباب الثاني من هذه الأطروحة تطرقنا إلى الشقاق الذي يحدث بين الزوجين والذي قد يؤدي إلى التفريق بينهما.

وقسم هذا الفصل إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول ماهية الشقاق وذلك من خلال تحديد المقصود به ومظاهره المتمثلة في النشوز الذي قد يصدر من أحد الزوجين أو منهما في آن واحد، أما المبحث الثاني فقد تضمن الطريقة التي حددها الشرع والقانون لمعالجة هذا الشقاق، والمتمثلة في التحكيم بحيث قمنا بتحديد مفهومه ومصادر مشروعيته وشروطه، وكذا مراحل الممتثلة في مرحلة تعيين الحكمين، ثم مرحلة الإصلاح كوظيفة أولية وابتدائية للحكمين، وفي الأخير مرحلة التفريق بين الزوجين التي يقررها الحكمين إذا فشلا في الإصلاح بين الزوجين وفي خاتمة هذا المبحث تطرقنا إلى قرار الحكمين وطبيعته الشرعية والقانونية، بحيث أوضحنا من خلال ذلك الاختلاف الحاصل بين موقف الشرع من قرار الحكمين الذي يمنحه قوة ملزمة للقاضي وموقف القانون الذي يعتبر عمل الحكمين غير ملزم للقاضي بحيث يعتبره القانون مجرد تقرير يتضمن معاينة وقائع معينة فقط، ويبقى للقاضي السلطة التقديرية في الأخذ بما ذهب إليه الحكمين أو تركه جانبا.

أما في خاتمة الأطروحة فقد حددنا أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذه الأطروحة، كما قمنا بعرض توصيات واقتراحات من شأنها معالجة النقائص التشريعية، وذلك من خلال إعادة النظر في قانون الأسرة الجزائري عن طريق تنظيم موضوع التفريق بين الزوجين للضرر والشقاق بطريقة مفصلة خاصة فيما يتعلق بتحديد ماهية الشقاق وتنظيم إجراء التحكيم بطريقة مفصلة وجعله إجراء إلزامياً يلجأ إليه القاضي في كل نزاع أسري.

قائمة المختصرات

- م.ع: المحكمة العليا
 - غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا
 - ن.ق: نشرة القضاة
 - م.ق: المجلة القضائية
 - إ.ق.غ.أ.ش: الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا.
 - غ.ق.خ: غرفة القانون الخاص للمحكمة العليا
 - م.أ.م: المجلس الأعلى المغربي
 - ق.م.م: قانون المسطرة المدنية
 - م.أ: مجموعة الأحكام
 - غ.م: الغرفة المدنية للمحكمة العليا
 - ن.س: النشرة السنوية
- **OPU:** Office de Publications Universitaires.

الفهرس

ملخص

شكر

الفهرس

11

مقدمة

15

الفصل 1. النظام الوقائي للأسرة من الضرر والشقاق

16

1.1. الالتزامات غير المادية المترتبة على عقد الزواج

16

1.1.1. التزام الزوجة بطاعة زوجها

16

1.1.1.1 - مفهوم الطاعة

17

1.1.1.1.1. تعريف الطاعة وأدلة ثبوتها

20

2.1.1.1.1. أركان التزام الزوجة بالطاعة

23

2.1.1.1. الأساس الشرعي لالتزام الزوجة بطاعة زوجها

23

1.2.1.1.1. تعريف القوامة الزوجية ومشروعيتها

28

2.2.1.1.1. الآثار المترتبة على القوامة الزوجية

35

3.2.1.1.1. مدى تأثير زواج المسير على القوامة الزوجية

38

4.2.1.1.1. الضوابط الشرعية لاستعمال القوامة الزوجية

47

3.1.1.1. الاستثناءات الواردة على القوامة الزوجية

52

2.1.1. التزام الزوجين بالمعاشرة الجنسية بالمعروف

52

1.2.1.1. ماهية المعاشرة الجنسية وأساسها الشرعي

52

1.1.2.1.1. مفهوم المعاشرة الجنسية بين الزوجين وأدلة مشروعيتها

55

2.1.2.1.1. الطبيعة الشرعية للمعاشرة الجنسية بين الزوجين

60

2.2.1.1. الضوابط الشرعية للمعاشرة الجنسية بين الزوجين

61

1.2.2.1.1. آداب المعاشرة الجنسية بين الزوجين

63

2.2.2.1.1. القيود الواردة على المعاشرة الجنسية

70

3.2.2.1.1. محل المعاشرة الجنسية بين الزوجين

73

2.1. الالتزامات المادية المترتبة على عقد الزواج

73

1.2.1. التزام الزوج بدفع صداق الزوجة

73

1.1.2.1. مفهوم الصداق

74	1.1.1.2.1. تعريف الصداق
77	2.1.1.2.1. الطبيعة الشرعية والقانونية للصداق
81	2.1.2.1. أنواع الصداق وأوصافه
82	1.2.1.2.1. أنواع الصداق
85	2.2.1.2.1. أوصاف الصداق
86	3.1.2.1. استقرار الصداق
90	4.1.2.1. محل الصداق وتقديره
90	1.4.1.2.1. محل الصداق
92	2.4.1.2.1. تقدير الصداق
96	2.2.1. التزام الزوج بالإففاق على زوجته
96	1.2.2.1. مفهوم النفقة
101	2.2.2.1. سبب وجوب نفقة الزوجة وشروط استحقاقها
101	1.2.2.2.1. سبب وجوب نفقة الزوجة
104	2.2.2.2.1. شروط استحقاق نفقة الزوجة
109	3.2.2.1. مشتملات نفقة الزوجة وتقديرها
109	1.3.2.2.1. مشتملات نفقة الزوجة
120	2.3.2.2.1. معايير تقدير نفقة الزوجة
127	الفصل 2 . أثر إخلال أحد الزوجين بالنظام الوقائي للأسرة من الضرر والشقاق
128	1.2. حق الزوجة في طلب التفريق للضرر
128	1.1.2. ماهية الضرر المخول للزوجة حق التفريق
128	1.1.1.2. مفهوم الضرر المخول للزوجة حق التفريق
129	1.1.1.1.2. تعريف الضرر المخول للزوجة حق التفريق
137	2.1.1.1.2. أنواع الضرر المخول للزوجة حق التفريق
143	2.1.1..2. وسائل إثبات الضرر المخول للزوجة حق التفريق
155	2.1.2. أثر إثبات الضرر على عقد الزواج
156	1.2.1.2. مفهوم التفريق وشروطه
156	1.1.2.1.2. تعريف التفريق وتمييزه عن باقي المفاهيم الأخرى
160	2.1.2.1.2. شروط التفريق للضرر المعترف شرعا
162	2.2.1.2. دعوى التفريق للضرر المعترف شرعا
163	1.2.2.1.2. إجراءات دعوى التفريق للضرر المعترف شرعا

168	2.2.2.1.2. التدابير المؤقتة المتخذة من طرف القاضي خلال سير الدعوى
172	3.2.1.2. محاولة الإصلاح بين الزوجين
183	3.1.2. آثار الحكم بالتفريق بين الزوجين للضرر
184	1.3.1.2. التزام الزوجة بالعدة الشرعية
192	2.3.1.2. حضانة الأولاد
192	1.2.3.1.2. تعريف الحضانة وأساسها الشرعي
195	2.2.3.1.2. شروط الحضانة
202	2.2. ماهية الشقاق الموجب للتفريق بين الزوجين
202	1.2.2. مفهوم الشقاق
203	1.1.2.2. تعريف الشقاق
205	2.1.2.2. مظاهر الشقاق
205	1.2.1.2.2. نشوز الزوجة
215	2.2.1.2.2. نشوز الزوج
225	2.2.2. التحكيم بين الزوجين
225	1.2.2.2. مفهوم التحكيم بين الزوجين
226	1.1.2.2.2. تعريف التحكيم ومشروعيته
229	2.1.2.2.2. شروط التحكيم بين الزوجين
242	2.2.2.2. مراحل التحكيم بين الزوجين
243	1.2.2.2.2. مرحلة تعيين الحكّمين
246	2.2.2.2.2. مرحلة الإصلاح بين الزوجين
248	3.2.2.2.2. مرحلة التفريق بين الزوجين
255	4.2.2.2.2. قرار الحكّمين
261	الخاتمة
267	قائمة المراجع

مقدمة

لعل من أعظم النعم التي رزق بها الإنسان هي نعمة الزواج، الذي شرع من أجل تنظيم علاقة زوجية تهدف إلى لقاء بين رجل وامرأة في إطار شرعي لتحقيق أهداف سامية يكون تحقيقها بتوافر المقومات التالية: المودة والرحمة، يقول الله تعالى: (وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً) [1]، فإن غابت المودة بقيت الرحمة واستمر اللقاء بين الزوجين.

ولقد سمي لقاء الرجل بالمرأة في إطار هذه العلاقة بالزواج، والزواج لغة يعني الاقتران، والأزواج: القراء. وتزوجه النوم أي خالطه قال تعالى: (وَزَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ) [1] أي قرناهم [223ص 218].

وبناء على التعريف اللغوي للزواج، فإن معناه الاصطلاحي هو مكمل لمعناه اللغوي، أي أن الزواج اصطلاحاً هو اقتران رجل بامرأة في إطار شرعي، يحل لهما الاستمتاع المشترك لإشباع الغريزة الجنسية وتحقيق هدف المساكنة الذي ورد في قوله تعالى: (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ) [1]، وليس معنى ذلك أن الزواج شرع من أجل الاستمتاع فقط، بل إن هذا الاستمتاع غايته السامية هو إنجاب الأولاد والمحافظة على الأنساب، ومن ثم تكوين أسرة جديدة تمنح المجتمع دفعا جديدا للاستمرار والبقاء

وبناء على ما سبق وضعت الشريعة الإسلامية و القانون نظاما محكما للحفاظ على هذه الأسرة من الزوال والانحلال، وذلك من خلال توزيع الحقوق والواجبات بين الزوجين ومن ثم تحديد الدور الذي يلعبه كل واحد في إطار معيشتها المشتركة على أساس الاختلاف الفطري الموجود بين المرأة والرجل. ومن طبيعة الإنسان أنه خطأ، وبالتالي يمكن للزوج أن يخطأ في معاشرته زوجته، كما يمكن للزوجة أن تخطأ أيضا في معاشرته زوجها، بحيث لا توجد أسرة لا يقع فيها مثل هذه الأخطاء، وذلك بالإخلال بالتزام أو بالالتزامات الأساسية التي هي حقوقهما المترتبة على عقد الزواج، لكنه إذا تكاثرت أخطاء الزوجين وتكررت واستمرت فإن ذلك سيؤدي إلى استنفحال الخصام وانقطاع المساكنة المعنوية بينهما، الأمر الذي يعد عاملا خطيرا يهدد الأسرة بالانحلال. ومن ثم جاءت فكرة هذه الأطروحة التي تدور حول موضوع الضرر والشقاق والأثر المترتب على ثبوتها.

وإن الضرر الذي سيكون جزء من موضوع هذا البحث هو الضرر الذي يلحق بالزوجة بسبب خطأ الزوج في معاشرته زوجته، أي إخلاله بالالتزامات الشرعية والقانونية التي تعتبر من مقتضيات واجب المعاشره بالمعروف، باعتبار أن الزوج المتضرر من أخطاء أو خطأ زوجته له الحرية في إنهاء

عقد الزواج حتى ولو لم يثبت الضرر، بينما الزوجة ملزمة بإثبات الضرر الذي لحقها من زوجها لقبول طلبها بالتفريق، أما إذا عجزت الزوجة عن إثبات ذلك وأصررت على طلبها بالتفريق، فيمكن القول أن الخصام بين الزوجين قد بلغ أشده وصار شقاقا، الواقع الذي تعيشه أسر كثيرة في مجتمعنا المعاصر أدى بها في غالب الحالات إلى الانحلال والزوال نتيجة للفهم الخاطئ الذي يميز عقول بعض الرجال في استعمالهم لقوامتهم الزوجية استنادا إلى أعراف وتقاليد وعادات موروثة لا علاقة لها بالمفهوم الشرعي للقوامة الزوجية.

وعلى هذا الأساس جاء اختيار موضوع هذه الأطروحة لتصحيح مفهوم القوامة الزوجية في إطار الفقه الإسلامي و القانون وكذا تبيان الالتزامات الأساسية التي تترتب على عقد الزواج ، ومن ثم القول بأن التفريق بين الزوجين للضرر والشقاق يمكن تجنبه إذا نفذ الزوجان هذه الالتزامات على أساسها الشرعي وهو المعاشرة بالمعروف، لكن إذا أخل أحدهما بالالتزام من هذه الالتزامات كان ذلك إخلالا ومساسا بنظام الأسرة، الواقع الذي قد يؤدي إلى التفريق بينهما.

وإن أهمية معالجة هذا الموضوع تكمن أساسا في الإشكاليات الشرعية و القانونية التي توصلنا إلى اكتشافها بعد الفحص العميق لمضمون هذا البحث والتي يمكن حصرها في الإشكالية الرئيسية التالية: ما مدى وجود نظام وقائي من شأنه أن يحمي الأسرة من الضرر والشقاق؟ وما مدى اعتبار إخلال أحد الزوجين بهذا النظام سببا للتفريق بينهما ؟ و يترتب على هذه الإشكالية ، الإشكاليات الفرعية التالية:

- 1- هل التزام الزوجة بطاعة زوجها هو إنقاص من مكانتها وإهدار لكرامتها؟.
- 2- ما الحكمة من تشريع القوامة الزوجية ؟ وما هي القيود الواردة على استعمالها؟.
- 3- هل بإلغاء المشرع للمادة 39 من قانون الأسرة هو إسقاط لالتزام الزوجة بطاعة زوجها؟.
- 4- ما مدى اعتبار الزوجة محلا للمعاشرة الجنسية؟، وما هي القيود الواردة على ممارستها؟.
- 5- ما مدى اعتبار الصداق كالتزام يقع على الزوج كقابل مادي نظير استمتاعه بزوجته؟ وما هي معالم اعتبار التزام الزوج بدفع الصداق عاملا في وقاية الأسرة من الضرر والشقاق؟.
- 6- ما هو الضابط الشرعي لالتزام الزوج بالنفقة الزوجية؟، وما مدى اعتبار التزام الزوج بالإنفاق على زوجته عاملا هاما في وقاية الأسرة من الضرر من الشقاق؟، وهل تغيير مضمون المادة 37 من قانون الأسرة هو إلغاء للقاعدة الشرعية التي تسقط حق الزوجة في النفقة إذا ثبت نشوزها؟.

7- المقصود بالضرر الذي يلحق بالزوجة من زوجها وما هي شروطه؟، وما مدى اعتبار هذا الضرر سببا للتفريق بين الزوجين؟

8- ما مدى حرية الزوجة في إثبات الضرر اللاحق بها من زوجها؟

9- ما المقصود بالشقاق الذي يعتبر محلا للتحكيم بين الزوجين ؟

10- ما هو مفهوم الشقاق الذي نصت عليه الفقرة العاشرة من المادة 53 من قانون الأسرة كسبب من أسباب التطليق؟، وهل هو الشقاق الذي نصت عليه المادة 56 من قانون الأسرة المتمثل في الخصام الشديد بين الزوجين؟

11- هل النشوز الذي نصت عليه المادة 55 من قانون الأسرة هو الشقاق الذي يستدعي اللجوء إلى التحكيم بين الزوجين؟

12- هل تقتصر مهمة الحكمين على الإصلاح فقط أم تتعداه إلى التفريق بينهما؟

13- ما هي الطبيعة الشرعية والقانونية للعمل الذي ينجزه الحكمان؟

وللإجابة عن إشكالية الأطروحة الرئيسية وإشكالياتها الفرعية، اعتمدنا على معالجتها في إطار الفقه الإسلامي والقانون، وذلك بإتباع منهجية تحليلية ومقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون كلما اقتضت الضرورة العلمية إجراء هذه المقارنة لتبيان موقف القانون ومرجعياته الفقهية، وكلما ورد اختلاف فقهي في مسألة متعلقة بموضوع هذه الأطروحة، حاولنا بعد عرض أقوال المذاهب الفقهية الإسلامية أن نرجح القول الفقهي الذي يستند إلى حجج وأدلة قوية مع تحديد موقف القانون من هذا الاختلاف، في حالة ثبوته. ولقد جاءت المعالجة القانونية لإشكاليات موضوع هذه الأطروحة في إطار قانون الأسرة الجزائري ابتداء مع تبيان موقف مدونة الأسرة المغربية باعتبار أن كليهما عرفا تعديلات قانونية حديثة في موضوع الضرر و الشقاق، كما ارتأينا أن نضيف موقف قانون الأحوال الشخصية المصري بهدف البلوغ إلى الوصفة العلاجية الصحيحة للإشكاليات التي يطرحها موضوع هذه الأطروحة.

ولم نكتف في معالجة إشكاليات موضوع هذه الأطروحة بموقف القانون فقط بل لجأنا إلى البحث في أعمال القضاء الجزائري والمغربي والمصري، لنعرض موقفه في حالة وجوده في كل مسألة من مسائل هذا البحث. وكذا التعرف على مدى تطابقه مع موقف الفقه الإسلامي والقانون.

وبناء على هذا المنهج وردت خطة هذه الأطروحة مقسمة إلى مقدمة و باابين وخاتمة.

فخصصت الباب الأول للحديث عن النظام الوقائي للأسرة من الضرر و الشقاق لتبيان العوامل الوقائية التي من شأنها توفير حماية كافية للأسرة من كل ضرر وشقاق، وحاولت أن أعالج هذه الوسائل الوقائية بما يخدم موضوع الأطروحة بالتركيز على الجوانب والمظاهر الأساسية لهذه الحماية الوقائية، وذلك باعتبار أن السبب الرئيسي لوقوع الشقاق بين الزوجين هو جهل كل من الزوج والزوجة لالتزاماتهما الشرعية والقانونية المترتبة على عقد الزواج، الواقع الذي يؤدي إلى ظهور الشقاق وتفكك الأسرة.

ومن أجل تبيان مظاهر هذه الوقاية قسمت هذا الباب إلى فصلين، فصل أول خاص بالالتزامات غير المادية المترتبة على عقد الزواج، والمتمثلة في التزام الزوجة بطاعة زوجها وما يترتب عليها من

التزامات فرعية، تمثل الآثار المترتبة على هذا الالتزام، وحرصت في المقابل على تبيان التزامات الزوج نظير التزام زوجته بالطاعة. ثم أنهيت هذا الفصل بالتطرق إلى التزام أساسي مشترك بين الزوجين وهو المعاشرة الجنسية بينهما بالمعروف، مركزا على تبيان مضمون هذه المعاشرة وقيودها ومدى اعتبارها عوامل وقائية للأسرة من الضرر والشقاق، وفصل ثان متعلق بالالتزامات المادية المترتبة على عقد الزواج والمتمثلة في التزامين ماليين هما التزام الزوج بدفع صداق زوجته والتزامه بالإنفاق على زوجته مع التركيز على المظاهر التي تجعلها عاملين أساسيين لوقاية الأسرة من الضرر والشقاق.

أما الباب الثاني من الأطروحة فخصصته لتبيان الأثر المترتب على إخلال أحد الزوجين بالنظام الوقائي للأسرة من الضرر و الشقاق، ومن ثم قسمت هذا الباب إلى فصلين، فصل خاص بالضرر الذي يلحق بالزوجة من زوجها ويخول لها الحق في طلب التفريق وذلك بتبيان ماهية هذا الضرر وشروطه، ووسائل إثباته ومدى اعتباره سببا للتفريق بين الزوجين مع التطرق للأثر المترتب على إثبات هذا الضرر وهو التفريق بين الزوجين، ثم أنهيت هذا الباب بالحديث عن الشقاق في فصل ثاني يتضمن ماهية الشقاق بتعريفه وتحديد الطبيعة الشرعية والقانونية للشقاق الذي يعتبر محلا للتحكيم، ثم انتقلت إلى تبيان مظاهر الشقاق، وفي نهاية هذا الفصل تطرقت للتحكيم بين الزوجين كمرحلة إلزامية في دعوى التفريق بين الزوجين للشقاق.

وأنهيت موضوع هذه الأطروحة بخاتمة تضمنت عرض مختصر لأهم جوانب هذه الأطروحة، والنتائج الأساسية التي توصلت إليها من خلالها، وفي نهاية الخاتمة عرضت بعض التوصيات والاقتراحات التي نراها ضرورية لمعالجة مواطن الخلل والنقص الموجود في قانون الأسرة الجزائري والمتعلقة سواء بالنظام الوقائي للأسرة من الضرر والشقاق أو بالأثر المترتب على الإخلال بالنظام الوقائي للأسرة والمتمثل في الضرر والشقاق الذي قد يؤدي إلى وقوع التفريق بين الزوجين.

ومن ثم تظهر العلاقة العضوية بين الباب الأول الذي نسعى من خلاله إلى تبيان طرق الوقاية من الضرر والشقاق والباب الثاني الذي نهدف من خلاله إلى تقديم الوسائل العلاجية الشرعية والقانونية في حالة إخلال أحد الزوجين بهذا النظام.

الفصل 1

النظام الوقائي للأسرة من الضرر والشقاق

إن أصل النظام في اللغة يعني التأليف وضم شيء إلى شيء آخر، ونظم اللؤلؤ ينظمه نظماً ونظماً ونظمه ألفه وجمعه في سلك فاننظم[226- ص933]، أما اصطلاحاً فهو مجموع القواعد والمبادئ التي تقوم عليها الحياة لينتظم سيرها.

وأصل الوقاية في اللغة وقاه وقاية وواقية: صانه، كوقاه والوقاء، ويكسر، والوقاية مثلثة، وما وقيت به والتوقية: الكلاءة والحفظ[223 ص1394]، وعلى هذا الأساس جاء عنوان هذا الباب بالنظام الوقائي أي النظام الذي يحفظ الأسرة من كل ضرر وشقاق. والأسرة التي نتخذها محورا لهذا البحث هي الأسرة النووية التي أنشئت في ظل عقد الزواج الصحيح بين رجل وامرأة يعيشان معا تحت سقف واحد[194- ص01].

ومن المقرر شرعا وقانونا، أن للأسرة قواعد وأحكام أساسية هدفها تنظم حياة الأسرة على أسس متينة تعتبر بمثابة الركائز الأساسية لضمان بقائها بعيدا عن كل عوامل الضرر والشقاق.

ومن أجل تحقيق هذا النظام لهدفه المتمثل في حماية الأسرة من كل ضرر شقاق، رتب الشارع التزامات غير مادية والتزامات مادية وجب على الزوج والزوجة تنفيذها في إطار شرعي وقانوني.

وبالتالي فالالتزامات الزوج ما هي إلا حقوق للزوجة والعكس صحيح.

وبناء على ذلك جاء تقسيم هذا الباب إلى فصلين:

_ الفصل الأول: الالتزامات غير المادية المترتبة على عقد الزواج

_ الفصل الثاني: الالتزامات المادية المترتبة على عقد الزواج

الالتزامات غير المادية المترتبة على عقد الزواج

إن الالتزام لغة يعني الاعتناق وأصله من لزم بمعنى ثبت ودام، يقال التزم الشيء أو الأمر: أوجبه على نفسه، والتزامه أي اعتنقه، والتزمته بمعنى جعلته في عنقي، فمعنى الالتزام، لزام الشخص نفسه ما لم يكن لازماً له [227 ص 245].

ونعني بالالتزام غير المادي ذلك الواجب المعنوي الذي يترتب في الذمة المعنوية للزوجين، بحيث يكون الزوج أو الزوجة ملتزمين شخصياً دون واسطة مادية يتوقف عليها تنفيذ الالتزام. وإن أهم الالتزامات غير المادية التي تعتبر وسائل وقائية للأسرة من الضرر والشقاق، واجب الزوجة بطاعة زوجها الذي يقابله واجب الزوج بمعاشرة زوجته بالمعروف وكذا واجب الزوجين المشترك بينهما والمتمثل في المعاشرة الجنسية بالمعروف. ومن أجل تبيان ذلك قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين:

- _ المبحث الأول: التزام الزوجة بطاعة زوجها
- _ المبحث الثاني: التزام الزوجين بالمعاشرة الجنسية بالمعروف

1.1.1. التزام الزوجة بطاعة زوجها

لا يمكن أن تستقر الأسرة إلا إذا كان لها رئيس، ورئاسة الأسرة منحت شرعاً للزوج، الأمر الذي يترتب عليه واجب الزوجة في طاعة زوجها في إطار مشروع يمثل عاملاً هاماً في وقاية الأسرة من الضرر والشقاق، ومن ثم يطرح التساؤل حول مفهوم هذه الطاعة وضوابطها الشرعية؟ وكذا العطاء الذي تنتظره الزوجة من زوجها مقابل التزامها بطاعته؟ وسيوضح ذلك من خلال تقسيمنا لهذا المبحث وفق المطالب التالية:

- _ المطلب الأول: مفهوم الطاعة.
- _ المطلب الثاني: الأساس الشرعي لالتزام الزوجة بطاعة زوجها.
- _ المطلب الثالث: الاستثناءات الواردة على القوامة الزوجية.

1.1.1.1. مفهوم الطاعة

من أجل تبيان المفهوم الشرعي لالتزام الزوجة بطاعة زوجها، إشتل هذا المطلب على الفروع

التالية :

- _ الفرع الأول: تعريف الطاعة وأدلة ثبوتها.
- _ الفرع الثاني: أركان التزام الزوجة بالطاعة.

1.1.1.1.1. تعريف الطاعة وأدلة ثبوتها

أولاً: تعريف الطاعة

يقصد بالطاعة، الانقياد والموافقة، وقيل لا تكون إلا على أمر يقال (طاعة وأطاع طاعة) بمعنى الانقياد[226 ص 591].

والإسم طاعة، وأنا طوع يدك أي منقاد لك، ولا تكون الطاعة إلا عن أمر، كما أن الجواب لا يكون إلا عن قول يقال أمره فأطاعه[225 ص 272].

يقول الله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا)[1].

يقول صاحب التفسير الكبير في شأن هذه الآية: « الآية مشتملة على أكثر علم أصول الفقه، فأصول الشريعة كما بين الفقهاء أربعة: الكتاب والسنة والإجماع والقياس، وهذه الآية مشتملة على الأصول الأربعة[35 ص 147، 148] وعرفها البعض بأنها الإتيان بالمأمور به والانتهاج عن المنهى عنه والعصيان بخلافه[15 ص 112].

ومفادها وجوب طاعة كل من أمر الله بطاعته في سبيل الجزم وطاعة ما أمر الله طاعته، طاعة الله والرسول صلى الله عليه وسلم[196 ص 6].

ومن ثم يتضح أن الطاعة حكم جعلي شرعي وأمر يتضمن في حد ذاته مجموعة من الأحكام الشرعية المركبة يصعب تجزئتها، هدفه وغايته موافقة أوامر الله وإرادته وأحكامه في شأن الزواج لا موافقة الإرادة[196 ص 6].

أما المقصود بطاعة الزوجة لزوجها إصطلاحاً هو وجوب طاعته في غير ما نهى الله عنه وتحفظه في نفسها ومالها حال حضرته وغيبته وذلك بالامتثال لأوامره والامتناع عن نواهيهِ والإحسان لأهله باعتباره رئيس العائلة[33 ص 648، 649] لقوله تعالى: (الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ)[1].

وحق الطاعة يتمثل في كل ما هو من آثار الزواج ، وما يكون حكماً من أحكامه[108 ص 162].

والطاعة ليست لذات الزوج بل لمنهج وضعه الله للزوجين ويخضع له الرجل والمرأة ويعاقب كل منهما عند المخالفة، ويعد ناشراً أيضاً عند الاقتضاء[63 ص 76].

ولا يستثنى من هذا الحكم العام الصادر للزوجة بطاعة زوجها إلا إذا طلب منها ما فيه معصية لله عز وجل، فلها حينئذ أن ترفض طلبه، بل يجب أن ترفضه، فمثلاً إذا منعها من الصلاة أو الصوم، أو أمرها بشرب الخمر أو ترك الحجاب الشرعي، أو ارتكاب الفواحش فلا يجوز فقط للزوجة أن تخالف هذا الأمر، بل فرض عليها أن تعصيه، إذ لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، وكل ما عدا هذا فعلى

الزوجة أن تطيع زوجها فيه، فإن لم تفعل كانت عاصية وحق للزوج أن يستخدم ضدها سلطاته]5 ص 40].

ويتضح مما سبق ذكره أن طاعة الزوجة لزوجها في قانون الزواج الإسلامي حكم له ذاتيته وطبيعته الشرعية والقانونية المستقلة، فلا يقاس على الأحكام المترتبة على التصرفات القانونية (العقود) في المعاملات التجارية، البيوع وشبهها، وهو الحكم الشرعي الوحيد المناط بكاهل الزوجة والمسئول عنه مسئولية مطلقة بوصفها طرفاً أصيلاً مستقلاً في الميثاق والعهد مع الله و ليس محلاً للتعاقد]196 ص 8].

وإن قوله سبحانه وتعالى: (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ)، أثبت للأزواج حق الطاعة، لأن القيم لا يكون قيماً إلا إذا نفذت كلمته ووجبت طاعته، ويجب عليها أيضاً أن تمتثل أمره إلا فيما نهى الله عنه، وأن تقر في السكن الذي أعده لها، ولا تخرج منه بغير إذنه]85 ص 122، 123].

ثانياً: أدلة ثبوت الالتزام بالطاعة

لما كانت الزوجة ملزمة بطاعة زوجها، فإن هذه الطاعة ثابتة بأدلة شرعية مصدرها الكتاب والسنة، والإجماع.

1- الكتاب: - قوله تعالى: (فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاصْرَبُوهُنَّ فَإِنِ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً)[1].

يقول صاحب تفسير القرآن العظيم في شرح هذه الآية: (فَالصَّالِحَاتُ) أي: من النساء (قانتات) قال ابن عباس وغير واحد: يعنى مطيعات لأزواجهن (حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ)، وقال السدي وغيره: أي تحفظ زوجها في غيبته في نفسها وماله، وقوله (بِمَا حَفِظَ) أي المحفوظ من حفظه]"33 ص 649].

يقول "الطبري" في تفسيره: "يعني بقوله جل ثناؤه: (فَالصَّالِحَاتُ): المستقيمات الدين، العاملات بالخير. وقوله (قَانِتَاتٌ) يعني: مطيعات لله وأزواجهن. (حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ) فإنه يعني: حافظات لأنفسهن عند غيبة أزواجهن عنهن في فروجهن وأموالهم، وللواجب عليهن من حق الله في ذلك وغيره. عن ابن جريج قال: قلت لعطاء، ما قوله: (حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ)؟ قال: حافظات للزوج. وعن قتادة: (حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ) يقول: حافظات لما استودعهن الله من حقه، وحافظات لغيب أزواجهن]"15 ص 37].

وقال "القرطبي" في قوله تعالى: (فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ). "هذا كله خير، ومقصوده الأمر بطاعة الزوج والقيام بحقه في ماله وفي نفسها في حال غيبة الزوج]"4 ص 168].

قال "الطبري" في تفسير قوله تعالى: (بِمَا حَفِظَ اللَّهُ): "وأما قوله تعالى: (بِمَا حَفِظَ اللَّهُ) فإن القراء اختلفت في قراءته، فقرأته عامة القراء في جميع أمصار الإسلام: (بِمَا حَفِظَ اللَّهُ) برفع اسم الله على معنى: بحفظ الله إياهن إذا صيرهن كذلك. قال ابن جريج: سألت عطاء عن قوله: (بِمَا حَفِظَ اللَّهُ) قال: يقول: حفظهن الله. عن ابن مبارك قال: سمعت سفيان يقول في قوله: (بِمَا حَفِظَ اللَّهُ) قال: بحفظ الله

إياها أنه جعلها كذلك. وقرأ أبو جعفر يزيد بن القعقاع المدني (بِمَا حَفِظَ اللَّهُ) يعني: بحفظهن الله في طاعته، وأداء حقه بما أمرهن من حفظ غيب أزواجهن كقول الرجل للرجل: ما حفظت الله في كذا وكذا، بمعنى: راقبته ولاحظته [15 ص 37].

وإن طاعة الزوجة لزوجها هو في حد ذاته إمتثال لأوامر الله في غيبه الزوج وحضوره وليس معاوضة لما تلقته من حقوق مادية، فالطاعة هنا لها بعد معنوي يتمثل في العمل من أجل مرضاة الله ورسوله و الفوز بالثواب الجزيل.

- قوله تعالى: (وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ) [1] ، قال "القرطبي" في تفسير هذه الآية: أي لهن من حقوق الزوجية على الرجال مثل ما للرجال عليهن، ولهذا قال ابن عباس: إني لأتزين لامرأتي كم تتزين لي، وما أحب أن استنظف كل حقي الذي لي عليها فتستوجب حقها الذي علي. وقال أيضا: أي لهن من حسن الصحبة والعشرة بالمعروف على أزواجهن مثل الذي عليهن من الطاعة فيما أوجبه عليهن لأزواجهن. وقيل: إن لهن على أزواجهن ترك مضارتهن كما كان ذلك عليهن لأزواجهن. قاله الطبري. وقال ابن زيد تنقون الله فيهن كما عليهن أن يتقين الله عز وجل فيكم، والمعنى متقارب والآية تعم جميع ذلك من حقوق الزوجية... وكذلك في شأن الكسوة، هذا كله ابتغاء الحقوق، وإنما يعمل على اللبq والوفاق ليكون عند امرأته في زينة تسرها ويعفها عن غيره من الرجال. قال العلماء: أما زينة الرجال فعلى تفاوت أحوالهم، فإنهم يعملون ذلك على اللبq والوفاق" [4 ص 112].

فإذا كان من واجب المرأة التجميل لزوجها، فإن لها مقابل ذلك من الحق أن يتجمل لها زوجها، وهذا مقتضى القسط والمعروف [173 ص 28].

2- السنة النبوية: ومن الأحاديث التي دلت على ثبوت التزام الزوجة بطاعة زوجها ما يلي:

- عن حصين بن محسن أن عمه له أتت النبي صلى الله عليه وسلم في حاجة ففرغت من حاجتها فقال لها: (أذات زوج أنت؟ قالت نعم، قال: وكيف أنت له؟ قالت: ما ألوه إلا ما عجزت عنه، قال: "فانظري أين أنت منه؟ فإنما هو جنتك ونارك") [21 ص 451].

- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إذا دعا الرجل امرأته إلى فراشه فلم تأت، فبات غضبان عليها، لعنتها الملائكة حتى تصبح) [109 ص 372]، وهذا بطبيعة الحال بدون أن يكون لها مبرر شرعي.

- عن عبد الرحمن بن عوف قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إذا صلت المرأة خمسها، وصامت شهرها، وحفظت فرجها، وأطاعت زوجها، قيل لها: ادخلي من أي أبواب الجنة شئت) [21 ص 313]. ونلاحظ من خلال الحديث كيف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل طاعة الزوج من الفرائض والعبادات الدينية التي إذا أقامتها الزوجة دخلت الجنة.

- عن عمر بن الأحوص قال: حدثني أبي أنه شهد حجة الوداع مع رسول الله فحمد الله وأثنى عليه فذكر ووعظ، فذكر في الحديث قصة فقال: (ألا واستوصوا بالنساء خيرا فإنما هن عوان عندكم ليس تملكون منهن شيئا غير ذلك، إلا أن يأتين بفاحشة مبينة فإن فعلن فاهجروهن في المضاجع واضربوهن ضربا غير مبرح، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا. ألا إن لكم على نسائكم حقا. ولنسائكم عليكم حقا. فأما حقاكم على نسائكم فلا يوطئن فرشكم من تكروهن ولا يأذن في بيوتكم لمن تكرهون. ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن في كسوتهن وطعامهن)[110 ص 25]. فدل أن التأديب لترك الطاعة فيدل على لزوم طاعتهن الأزواج[84 ص 493].

- عن عبد الله بن أبي أوفى قال: لما قدم معاذ من الشام سجد للنبي. قال: (ما هذا يا معاذ؟). أتيت الشام فوافقتهم يسجدون لأساقفتهم وبطارقتهم فوددت في نفسي أن نفعل ذلك بك يا رسول الله، فقال رسول الله: (فلا تفعلوا فإنني لو كنت أمرا أحدا أن يسجد لغير الله لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها. فو الذي نفس محمد بيده لا تؤدي المرأة حق ربها حتى تؤدي حق زوجها ولو سألها نفسها وهي على قتب لم تمنعه)[111 ص 595].

فالأدلة واضحة وصريحة في وصف طاعة الزوجة لزوجها بالالتزام الشرعي الثابت في ذمة الزوجة، فالزوجة الصالحة هي الزوجة الملتزمة بطاعة زوجها بالمعروف.

2.1.1.1.1. أركان التزام الزوجة بالطاعة

إن التزام الزوجة بطاعة زوجها يقوم على أركان أساسية تحدد الإطار العام الذي ينفذ في دائرته هذا الالتزام، وهذه الأركان هي:

- أولا: الاعتراف برئاسة الزوج للأسرة: لقوله تعالى: (الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ) [1].

وبناء على ذلك تلتزم الزوجة بطاعة زوجها في المعروف حتى تمضي السفينة في أمان، ولا يتنازعا في كل صغيرة وكبيرة، وإذا فعلت المرأة ذلك قياما بالواجب وامتثالاً لأمر الله ورسوله، عد ذلك من صالحات أعمالها التي تدخلها الجنة[173 ص 32، 33] كما جاء في الحديث: (إذا صلت المرأة خمسا وحفظت فرجها وأطاعت زوجها. قيل لها ادخلي الجنة من أي أبواب الجنة شئت)[21 ص 313].

- ثانيا: حفظ الزوج في غيبته: ومعنى ذلك ألا تسمح لرجل غير محرم بالدخول إلى بيت الزوجية في غيابه، لأن دخول الغير محرم فيه خيانة لواجب الطاعة لما يؤدي إليه من كشف وإطلاع على العورات وتحريك الانفعالات البشرية، سواء قصدت المرأة ذلك أم لم تقصد، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى الاستهتار

بالقيم الأخلاقية، والحل من قيود الفضيلة والإقبال على الشهوات وهو ما لا يقره عقل ولا دين [99 ص 202].

وقد جاء في الحديث عن عقبة بن عامر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (إياكم والدخول على النساء) فقال رجل من الأنصار أفرأيت الحمو؟ قال: الحمو: الموت [109 ص 198]. وذلك لأن القريب يطيل - عادة - الجلوس، ويطيل الحديث، وقد يكره إليها عيشها و ينغص عليها حياتها، ناهيك بما وراء ذلك من فتنة [173 ص 34] ويستثنى من ذلك أقارب الزوج المعترين من المحارم إذ يجوز لهم الدخول ولو في غيبة الزوج.

- ثالثاً: رعاية أبنائه والعمل بالتعاون مع زوجها على تربيتهم تربية حسنة: وفي هذا الصدد تجدر الإشارة إلى ضرورة أن يتفقا الزوجان على طريقة واحدة في تربية الأبناء بالمعروف، لذا لا يجوز للزوجة أن تخون العهد و تسيء تربيتهم في غيبته.

حيث جاء في الحديث: (المرأة راعية في بيت زوجها وهي مسئولة عن رعيتها) [21 ص 272].

- رابعاً: أن تعين زوجها على فعل الخير: وذلك بعمل الصالحات، واجتناب السيئات، ولا تطالبه بما فوق طاقته، حتى لا يتورط في اكتساب المعيشة ولو من حرام، بل تحذره من ذلك، كما كان نساء السلف الصالح: إذا خرج زوجها من منزله للسعي لطلب العيش والضرب في الأرض، تقول له زوجته وابنته: إياك وكسب الحرام، فإننا نصبر على الجوع والضر، ولا نصبر على النار [173 ص 35].

- خامساً: طاعة زوجها في أمور النظافة الشخصية العادية: مثل إزالة الوسخ والدرن من بدنهما وثيابهما وتقليم أظافرهما ونحو ذلك، لأن النظافة على هذا النحو من مقتضيات الاستمتاع بها وهو حق للزوج، كما أنها من دواعي حسن العشرة وهي مأمورة به كما هو مأمور [55 ص 141].

- سادساً: خدمة الزوجة لزوجها و القيام على شؤون البيت: وذلك لتأدية دورها الطبيعي، غير أن الفقهاء اختلفوا في مدى وجوب خدمة الزوجة لزوجها على ثلاث أقوال:

- القول الأول: وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية و الشافعية و الحنابلة والظاهرية في أن الزوجة ليست ملزمة بالخدمة داخل بيت الزوجية سواء كانت المرأة ممن يخدم مثلها أو ممن لا يخدم مثلها [112 ص 647].

ولقد استدلوا لقولهم بأن الزواج شرع للعشرة الزوجية لأن المعقود من جهتها هو الاستمتاع فلا يلزمها سواه. بمعنى أن عقد النكاح إنما اقتضى الاستمتاع لا الاستخدام وبذل المنافع [16 ص 32].

- القول الثاني: وهو قول المالكية و بعض الحنفية الذين يفرقون بين المرأة التي ممن يخدم مثلها والمرأة التي ليست ممن يخدم مثلها، فالأولى تجب لها الخدمة، أما الثانية وجبت عليها الخدمة، ولقد حدد المالكية الخدمة الواجب بالخدمة الباطنة له، لا خدمة ضيوفه [69 ص 509، 510].

ولقد استدلوا لقولهم بما ورد في الكتاب والسنة والمعقول:

- الكتاب: - قوله تعالى: (وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ) [1] ، والدليل واضح أن خدمة الزوج والبيت هي من قبيل المعروف عند من خاطبهم الله تعالى بكلامه، وأما ترفيه المرأة وخدمة الزوج وكنسه وطحنه وعجنه وغسيله و فرشته وقيامه بخدمة البيت فمن المنكر والله تعالى يقول (وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ) وقال: (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ) وإذا لم تخدمه المرأة بل يكون هو الخادم فهي القوامة عليه، وأيضا فإن العقود المطلقة إنما تنزل على العرف والعرف خدمة المرأة وقيامها بمصالح البيت الداخلة [16 ص 33].

- السنة النبوية: - جاء في الحديث عن علي بن أبي طالب أن فاطمة عليهما السلام أتت النبي صلى الله عليه وسلم تشكو إليه ما تلقى في يدها من الرحي وبلغها أنه جاءه رقيق فلم تصادفه فذكرت ذلك لعائشة فلما جاء أخبرته عائشة قال: فجاءنا وقد أخذنا مضاجعنا فذهبنا نقوم فقال: (على مكانكما) فجاء فقعد بيني وبينها حتى برد قدميه على بطني فقال: (ألا أدلكما على ما هو خير مما سألتما؟ إذا أخذتما مضاجعكما، أو أويتما إلى فراشكما فسبحا ثلاثا وثلاثين واحمدا ثلاثا وثلاثين وكبرا أربعاً وثلاثين فهو خير لكما من خادم) [112 ص 6].

قال "ابن القيم": "لا يصح التفريق بين شريفة و دنيئة وفقيرة وغنية فهذه أشرف نساء العالمين كانت تخدم زوجها وجاءته صلى الله عليه وسلم تشكو إليه الخدمة فلم يشكها" [16 ص 33] فكان ذلك أقوى دليل على وجوب خدمة الزوجة لزوجها.

- ما جاء في الحديث عن أسماء بنت أبي بكر قالت: تزوجني الزبير، و ماله في الأرض من مال ولا مملوك ولا شيء غير فرسه. قالت : فكنت أعلف فرسه، وأكفيه مؤنته، وأسوسه وأدق النوى لناضحه، وأعلفه، وأستقي الماء، وأخرز غربه، وأعجن. ولم أكن أحسن أخبز، وكان يخبز لي جارات من الأنصار، وكن نسوة صدق، وكنت أنقل النوى من أرض الزبير التي أقطعها رسول الله صلى الله عليه وسلم على رأسي، وهي من على ثلثي فرسخ، قالت: فجئت يوما والنوى على رأسي فلقيت رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعه نفر من أصحابه، فدعاني ثم قال: (إخ إخ" ليحملني خلفه، قالت: فاستحييت وعرفت غيرتك، فقال: والله لحملك النوى على رأسك أشد من ركوبك معه، قالت: حتى أرسل إلى أبو بكر بعد ذلك بخادم تكفيني سياسة الفرس، فكانما اعتقني) [156 ص 453، 454]. فكان ذلك دليل على إقرار الرسول صلى الله عليه وسلم خدمة الزوجة لزوجها.

والراجح لدينا من هذا الاختلاف هو القول بوجوب الخدمة على الزوجة مطلقا لأنه ليس من المعقول ولا من العدل أن يكلف الزوج بالعمل والكد للإنفاق على زوجته وبيته وتعفى الزوجة من خدمته وخدمة بيتها، وإن القول بعدم وجوب خدمة الزوجة لزوجها من شأنه أن يحدث خلافا في التوازن الذي يقتضيه توزيع الحقوق والواجبات بين الزوجين، الأمر الذي يهدد استقرار الحياة الزوجية.

إن كل حق يقابله واجب، وقد أوجب الله تعالى للزوجة على زوجها حق النفقة والكسوة والسكنى - فضلا عن المهر- ومن البديهي أن يلقي عليها لقاء ذلك من الأعمال ما يكافئ هذه الحقوق، أما قول الآخرين: إن المهر والنفقة وجبا مقابل استمتاع الرجل، فيرده أن الاستمتاع أمر مشترك بينهما. وإن هذه القضية محلولة بنفسها، فالمرأة المسلمة حقا تقوم بخدمة زوجها وبيتها بحكم الفطرة، وبمقتضى التقاليد التي توارثها المجتمع الإسلامي جيلا عن جيل والمرأة المتمردة أو الشرسة لا تنتظر رأي الدين، ولا يهملها قول أحد من الفقهاء لها أو عليها[172 ص 477، 478].

سابقا: حفظ مال زوجها وعدم التفريط فيه. وقد جاء في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (خير النساء إذا نظرت إليها سرتك وإذا غابت عنها حفظتك في مالك ونفسها).

ولا يجوز لها أن تأخذ من مال زوجها كأصل عام، إلا ما استثنى شرعا بدليل حديث عائشة أن هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح و ليس يعطيني ما يكفيني وولدي، إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم. فقال: (خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف)[109 ص 66]. وذلك في حالة ما إذا أهمل الزوج الإنفاق عليها وعلى البيت وهو قادر على ذلك.

أما إذا أخذت الزوجة من مال زوجها في غير حدود النفقة الواجبة لها بدون إذنه وعلمه ورضاه، فإنها تكون قد فرطت في واجب الحفظ الملقى على عاتقها، وهو المحافظة على مال زوجها، وبالتالي فهي خائنة لزوجها في المال إذا كان غير محرر وسارقة إذا كان المال محررا وإن كانت السرقة في حد ذاتها خيانة[57 ص 352].

2.1.1.1. الأساس الشرعي للالتزام الزوجة بطاعة زوجها

إن التزام الزوجة بطاعة زوجها يرجع أساسا لكون الزوج يتمتع بالقوامة الزوجية، وإيضاحا لماهية هذه القوامة جاء تقسيم هذا المطلب على النحو التالي:

- الفرع الأول: تعريف القوامة الزوجية ومشروعيتها.
- الفرع الثاني: الآثار المترتبة على القوامة الزوجية.
- الفرع الثالث: مدى تأثير زواج المسير على القوامة الزوجية.
- الفرع الرابع: الضوابط الشرعية لاستعمال القوامة الزوجية.

1.2.1.1.1. تعريف القوامة الزوجية ومشروعيتها

يقصد بالقوامة لغة القيام على الأمر، يقال: قام بالأمر، يقوم به قياما فهو قائم وقوام، والقيام على الأمر حفظه ورعايته[228 ص 198]. " قام الرجل المرأة، وقام عليها، مانها وقام بشأنها[223 ص 1162، 1163]. يقال: فلان قوام أهل بيته (وقيام) أهل بيته وهو الذي يقيم شأنهم[134 ص 233].

أما القوامة اصطلاحاً فهي القيام بتدبيرها وتأديبها وإساکها في بيتها ومنعها من البروز، وأن عليها طاعته وقبول أمره ما لم تكن معصية. وقوام فعل للمبالغة من القيام على الشيء والاستبداد بالنظر فيه وحفظه بالاجتهاد[4 ص 168].

وقوله تعالى: (الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ): أي: الرجل قيم على المرأة، وهو رئيسها وكبيرها والحاكم عليها إذا عوجت[33 ص 648]. (الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ) يعني أمراء، عليها أن تطيعه فيما أمرها الله به من طاعته، وطاعته: أن تكون محسنة لأهله حافظة لماله وفضله عليه بنفقته وسعيه[15 ص 37].

يقول الحق سبحانه: (قَوَّامُونَ) يعني متفانين في القيام على أمور استقرار المرأة اقتصادياً واجتماعياً أمام سكن المرأة الذي يعتبر جنة الحياة، وليس المقصود بالقوامة السيطرة، ولكنها المشاركة حسب التكوين الطبيعي لكل منهما[114 ص 111].

وتعني أيضاً قوامون قوامة دائمة والقوامة الدائمة مسئولية شاملة، ولا يطلب من المرأة إلا أن تجعل بيتها سكناً لتعطي لأسرتها الراحة حتى يصير البيت واحة تجد النفوس فيه الاستراحة[114 ص 112].

وأما قوله تعالى: (لِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ) فهو يوجب على المرأة شيئاً وعلى الرجال أشياء، ذلك أن هذه الدرجة هي درجة الرياسة والقيام على المصالح المفسرة بقوله تعالى: (الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ) فالحياة الزوجية حياة اجتماعية ولا بد لكل اجتماع من رئيس، لأن المجتمعين لا بد أن تختلف آراؤهم ورغباتهم في بعض الأمور، ولا تقوم مصلحتهم إلا إذا كان لهم رئيس يرجع إليه في الخلاف، لئلا يعمل كل واحد على ضد الآخر فتتفصم عروة الوحدة الجامعة ويختل النظام[115 ص 27، 28].

والأصل في مشروعية القوامة الأدلة الشرعية التالية:

- قوله سبحانه وتعالى: (الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَحَافُونَ نُسُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاصْرَبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيراً)[1].

فلقد جاءت الآية صريحة الدلالة على ثبوت القوامة للرجال على النساء متضمنة الآثار المترتبة على القوامة وهي النفقة و الطاعة و الحق في معالجة نشوز الزوجة.

- قوله تعالى: (وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ)[1]. أي على الأزواج مثل الذي لهم من الحقوق بالمعروف من حسن العشرة وترك الضرار ونحو ذلك وللرجال عليهن درجة فضيلة من الحق من وجوب طاعتهن لهم لما ساقوه من المهر والنفقة[52 ص 48].

وللاية معنى أن للزوجات مثل الذي عليهن بالمعروف، فإن كانت المرأة تقوم بأعمال المنزل، فالزوج عليه أيضا في المقابل أعمال ومسئوليات، لأن الحياة الزوجية تقوم على توزيع المسؤوليات [114 ص 95].

وهذه الدرجة هي درجة الولاية، لأن كل اجتماع لا بد له من قيم، وهذه مسئولية واضحة، فمن أخذ المسئولية على أساس أنها تحكم واستبداد فهذا أمر عقابه واضح إنه نفور الزوجة وعقاب الله، والدرجة التي رفع الله الرجل بها على المرأة وجعله قواما عليها مرتبطة أيضا بقدرته على السعي والرزق و الإنفاق [114 ص 96، 97].

وإن الدرجة الواردة في الآية الكريمة: (وَلِلرَّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ). أي وللرجال على النساء ميزة وهي فيما أمر تعالى به من القوامة والإنفاق والإمرة ووجوب الطاعة فهي درجة تكليف لا تشريف [116 ص 188].

و بناء على ما سبق ذكره نتساءل: ما هي الحكمة من تقرير القوامة للرجل؟

إن المتمعن في علاقة الزوج بزوجه يدرك أن هناك حياة مشتركة تجمع بينهما في بيت واحد غايته بناء أسرة تقوم على عنصر الدوام والتأبيد، ومن ثم يظهر جليا أن هذه الحياة المشتركة هي عبارة عن شركة معنوية، يسعى من خلالها كل من الزوجين القيام بدوره لإنجاح هذه الشركة، وتحقيق أرباحها المتمثلة في إقامة علاقة زوجية مبنية على المودة والرحمة والسكينة.

ومن أجل دوام هذه الشركة وسيرها سيرا حسنا، لا بد لها من رئيس يشرف عليها و تكون له مهمة رعايتها، ومن ثم نصب الرجل قيما ومسئولا على أسرته في إطار الحدود الشرعية المرسومة له، وليس معنى ذلك إهانة وإهدار لكرامة المرأة، بل بالعكس فالقوامة شرعت لمصلحتها، فماذا لو أسندت القوامة إليها، فهل ستتحمل أعباءها وهي التي تمر بفترات عصبية في حياتها، كفترات الحيض و فترات الحمل والنفاس.

إذن، فجعل القوامة للرجل هو في حد ذاته حماية للمرأة، وتحقيقا لمبدأ العدالة في توزيع المسئوليات والأدوار بين الزوجين، فيظهر جليا أن المسألة تدور حول الاستعداد الفطري للرجل في قيادة الأسرة لما يتمتع به من قوة وقدرة.

ويقول الأستاذ "أحمد موسى سالم" في هذا الشأن: « إن القوامة للرجل لا تزيد عن أن له بحكم أعبائه الأساسية، وبحكم تفرغه للسعي على أسرته والدفاع عنها ومشاركته في كل ما يصلحها أن تكون له الكلمة الأخيرة، بعد المشورة ما لم يخالف بها شرعا أو ينكر بها معروفا أو يجحد بها حقا أن يجنح إلى سفه أو إسراف، من حق الزوجة إذا انحرف أن تراجعته وألا تأخذ برأيه وأن تحتكم في اعتراضها عليه بالحق على أهلها أو أهله أو إلى سلطة المجتمع الذي له عليه أن يقيم حدود الله» [117 ص 147].

ولذلك قال الله تعالى: (يَمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ) بالإضافة على أن المرأة مرهفة العاطفة، قوية الانفعال وأن ناحية الوجدان لديها تسيطر سيطرة كبيرة على مختلف نواحي حياتها النفسية، وذلك ما يتيح لها القيام بوظيفتها الأساسية وهي الأمومة على خير وجه. أما السبب الثاني لقوامة الرجل على امرأته، يتجلى في قوله تعالى: (وَيَمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ). فإنه يعني: وبما ساقوا إليهن من صدق، وأنفقوا عليهن من نفقة [15 ص 37]. وتلك هي الدرجة التي رفع الله الرجل بها على المرأة وجعله قواما عليها مرتبطة بقدرته على السعي للرزق والإنفاق [114 ص 99].

فالنفقة معصوبة بجبين الرجل وحده، وإن إنفاق المرأة في البيت مسلك مؤقت وتطوع غير ملزم، وعليها أن تجعل أوقاتها لتربية أولادها والإشراف العلمي والأدبي عليهم [117 ص 148]. ولقد فهم الفقهاء حقيقة القوامة في الكتاب والسنة، وهي فيهما ليست حقا محصنا ولا التزاما محصنا، بل هي تجمع في طياتها بين الحق و الالتزام [55 ص 14].

فالله تعالى أخبر بأن القوامة للرجال، وذكر فيما ذكر – كسبب لثبوت القوامة- النفقة، وهي التزام يقع على عاتق الرجال، بمقتضاه يسعى في تحصيل ما ينفق به على زوجته، وذكر في مقابل هذا الالتزام التزاما على المرأة بالطاعة وعدم النشوز، وجعل من حق الرجل عند إخلالها بهذا الالتزام أن يتوسل إلى إصلاحها بالوسائل التي ذكرها في الآية الكريمة، قال تعالى: (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبَمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ) [1] وهذا هو الالتزام بالنفقة، ثم قال تعالى: (قَالَصَالِحَاتٌ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ) وهذا التزام المرأة بالطاعة، ثم قال تعالى: (وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنِ اطَّعْتُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا) وهذه هي وسائل معالجة نشوز المرأة [55 ص 14] التي هي مضمون حق الزوج في التأديب.

إذن، يلاحظ أن تنصيب الرجل كقيم على المرأة هو تكليف شرعي بالقيام على شؤون زوجته وشؤون أسرته، فهي مسئولية شرعية حددت معالمها في قوله تعالى: (وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ) أي أن استعمال الرجل للقوامة الزوجية ينبغي أن يكون بما هو معروف في الشرع بضرورة مراعاة حدود الله التي تعتبر الضوابط الشرعية لممارسة القوامة الزوجية والتي مناطها هو عدم التعسف في استعمال حق القوامة بإلحاق الضرر بالزوجة .

« فقوامة الرجل على بيته لا تعني صفة الاستبداد والقهر، بعض الناس يظن ذلك وهو مخطئ، فإن هناك داخل البيت مسلم ما يسمى "حدود الله" وهي كلمة لاحظت في تلاوتي للقرآن الكريم أنها تكررت ست مرات في آيتين اثنتين.

والآيتان في دعم البيت المسلم لا يتصدع، وفي تدارك صدوعه حتى لا ينهار، وهما قوله تعالى: (الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فِيمَا سَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ) ♦ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ).

ما هذه الحدود التي تكررت ست مرات خلال بضعة سطور؟ إنها الضوابط التي تمنع الفوضى والاستخفاف والاستضعاف، ضوابط الفطرة والعقل والوحي التي تقيم الموازين القسط بين الناس، إن البيت ليس وجارا تسكنه الثعالب، أو غابا يضم بين جذوعه الوحوش "[117 ص 146].

إن الزوج و الزوجة إنسانان متكافئان في الحقوق والواجبات ومع صدق العاطفة يكون الرجل ملكا مطاعا نافذ الكلمة ووسيلته في ذلك الوفاء و الإخلاص والحب [117 ص 108].

فالأصل أن القوامة للرجل ، لكن هذا لا يعني التسلط واتخاذ القرارات منفردا ، بل الأصل أن تشاور زوجتك، والله تعالى أمر بالاستشارة بين الرجل ومطلقة في فطام الصغير (فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا) فبالأولى إذا كانا زوجين أن تكون هناك شورى في كل أمر [73 ص 118].

وبالتالي يظهر الإطار العام لحدود الله في شأن القوامة في الامتناع عن ظلم المرأة وإهانتها، فليعلم الرجل أن تكليفه برئاسة الأسرة لا يعنى أن له سلطة إصدار الأوامر وما على الزوجة إلا التنفيذ، بل ينبغي أن نقول أن هذه القوامة ليست إهدارا لإنسانية المرأة بل تبقى المرأة الطرف الذي يلجأ الزوج لاستشارته في كل أمر يتعلق بتسيير شؤون الأسرة، فنجد في بعض الأحوال أن المرأة لها من الحكمة ما يجعلها تساعد الزوج في إعطائه النصائح والآراء التي قد تخفى على الزوج و صدق من قال: "وراء كل رجل عظيم امرأة"، لكن قد يؤدي التشاور إلى الاختلاف في الآراء، فكان لزاما أن يتدخل الرجل باعتباره القيم على الأسرة لحسم هذا الاختلاف بما يحقق مصلحة الأسرة و يقيها من كل ضرر وشقاق.

والقاعدة الشرعية في نظام المنزل: إلترام كل من الزوجين العمل بإرشاد الشرع في كل ما هو منصوص عليه . والتشاور والتراضي في غير المنصوص عليه ومنع الضرر والضرار بينهما، وعدم تكليف أحدهما الآخر ما ليس في وسعه [119 ص 30].

ويتضح أن الإسلام لم يهدر شخصية المرأة بزواجها ، ولم يذبحها في شخصية زوجها كما هو الشأن في التقاليد الغربية التي تجعل المرأة تابعة للرجل، فلا تعرف باسمها و نسبها ولقبها العائلي، بل بأنها زوجة فلان ، فالإسلام فقد أبقى للمرأة شخصيتها المستقلة المتميزة، ولهذا عرفنا زوجات الرسول صلى الله عليه وسلم بأسمائهن و أنسابهن، فخديجة بين خويلد رضي الله عنها، وعائشة بنت أبي بكر الصديق رضي الله

عنه، وحفصة بنت عمر رضي الله عنه، و ميمونة بنت الحارث، و صفية بنت حيى، وكان أبوها يهوديا محارب للرسول صلى الله عليه وسلم [171 ص 98].

2.2.1.1.1. الأثار المترتبة على القوامة الزوجية

خلصنا فيما سبق إلى ثبوت قوامة الزوج على زوجته باعتبارها حقا وواجبا في نفس الوقت، أما اعتبارها حق، فذلك مرجعه التزام الزوجة بطاعة زوجها وبالتالي فآثار هذه القوامة تتجلى فيما يلي:

1- الدخول في مسكن الزوجية و القرار فيه، (الإلتزام بالمساكنة) .

2- إلزام الزوجة باتباع الزوج حيثما ينتقل .

3- منع الزوجة من العمل أو مزاوله حرفة.

أولا- الدخول في مسكن الزوجية و القرار فيه

يستتبع الزواج، كقاعدة عامة، مساكنة كل من الزوجين زوجه، الأمر الذي يقتضي معيشتهما في مكان واحد، والغالب، في المجتمعات المدنية، إقامة الزوجة مع زوجها. فمن واجب الزوجة الانتقال للإقامة في بيت زوجها، ومن حق الزوج أن ينقلها من بيت إلى آخر، ومن بلدة إلى أخرى [184 ص 24].

وفي الشريعة الإسلامية رغم أن القاعدة العامة هي مساكنة كل من الزوجين زوجه، فإنه من الجائز في بعض الأحوال، أن يعيش الزوجان في مكانين مختلفين، فبعض الفقهاء يسمح للزوجة أن تشتترط على زوجها ألا ينقلها من بيتها أو من بلدتها [159 ص 55] ، وفي مثل هذه الحالة إذا أقام الزوج في بيت أو بلدة أخرى، لم يكن من حقه أن يطلب إلى زوجته الانتقال للإقامة معه، و يقتصر الأمر عندئذ على زيارته لها من وقت لآخر، كذلك قد يتحقق عدم المساكنة، على الأقل بصورة جزئية، في حالة تعدد الزوجات، فلكل من الزوجات الحق في أن يكون لها مسكن مستقل، ولذا فإن إقامة الزوج مع كل من زوجاته لن تكون بالضرورة إلا إقامة جزئية، و للرجل طبقا لما يرى بعض الفقهاء، أن يتخذ لنفسه منزلا يستدعي إليه كل واحدة من زوجاته في ليلتها و يومها، وله أن يقصد بعضهم في منازلهن ويستدعي البعض الآخر، ومن الواضح أن المساكنة بمعناها المألوف لا تتحقق في مثل هذه الأحوال [184 ص 26].

وإن تكليف الزوج برئاسة الأسرة يمنحه الحق في اختيار مسكن الزوجية وفق ما يراه مناسباً ويتمشى مع قدرته المالية ، غير أن هذا الاختيار يجب أن يتم في حدود شروط تضمن للزوجة الإقامة في مسكن يمكنها من ممارسة دورها الأسري المنوط بها ، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

الشرط الأول: أن يكون مسكن الزوجية لانقا بالزوجة، وذلك في حدود القدرة المالية للزوج.

الشرط الثاني: أن يكون مسكن الزوجية مستقلا عن أهل الزوج.

الشرط الثالث: أن يتوافر المسكن على المرافق و الوسائل الضرورية للمعيشة المشتركة بين الزوجين.

الشرط الرابع: أن يكون موقع المسكن الزوجية يتوافر على عوامل الأمن والسكينة و ليس مسكنا يلحق ضررا ماديا أو معنويا بالزوجة.

وإذا توافرت هذه الشروط ، تلتزم الزوجة بالسكنى تحت سقف واحد، أي يجمعها بيت واحد، ويشكل هذا الالتزام المظهر المادي الخارجي للمساكنة بين الزوجين[194 ص18] وفي ذلك يقول الله تعالى:(وَقُلْنَا يَا آدَمُ اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ)[1].

و سنتطرق بالتفصيل لهذه الشروط في المبحث الخاص بالنفقة كحق للزوجة.

فإذا توافرت هذه الشروط في مسكن الزوجية فعلى الزوجة الالتزام بالانتقال إليه، ولا يجوز لها الامتناع بعد أن يدعوها زوجها إلى الدخول، لأنها إذا رفضت الانتقال إلى هذا المسكن أصبحت ناشزة وعاصية لزوجها بخروجها عن طاعته، مما يترتب عليه سقوط نفقتها، ولا سكنى لها في قول عامة أهل العلم[84 ص 396].

وإن انتقال الزوجة لبيت الزوجية ليس حقا مطلقا للزوج بموجب قوامته، بل للزوجة حالات تمتنع فيها عن الانتقال و الدخول إلى هذا البيت، و يكون امتناعها مشروعاً وهي:

- الحالة الأولى: يحق للمرأة أن ترفض الدخول إلى بيت الزوجية إذا تأخر أو امتنع الزوج عن تسليمها معجل صداقها تطبيقاً لقوله تعالى:(وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْنَ بِالْمَعْرُوفِ) باعتباره من أهم حقوقها المادية التي سنتطرق إليها عند البحث في إلزام الزوج بدفع صداق زوجته.

- الحالة الثانية: إن الرجل باعتباره قيماً على زوجته، فرض عليه تهيئة مسكن الزوجية بشروطه الشرعية، و لا تلزم الزوجة بتهيئته حتى ولو كان لها سكنا ملكا لها، فليس هناك ما يلزمها شرعا أن تجعله مسكناً للزوجية إلا إذا كان ذلك برضاها التام و السليم، لذلك يحق لها أن تمنع زوجها من الدخول فيه، كما لها الحق في الامتناع عن تسليم نفسها إليه، إلا إذا هياً مسكناً زوجياً لائقاً بها و يتناسب مع سعته المالية، وكان بذلك امتناعاً مشروعاً و لا يسلبها الحق في النفقة لأنها ليست ناشزاً.

- الحالة الثالثة: يشترط في مسكن الزوجية أن يكون ملكاً للزوج أو مستأجراً أو معاراً له، وإذا كان المسكن مغصوباً أي تم الاستيلاء عليه بطرق غير مشروعة ، فللزوجة الحق في الامتناع عن الانتقال إليه و تسليم نفسها لزوجها، فامتناعها في هذه الحالة يعد حماية لها من اتهامها في المساهمة في عملية الغصب، وعدم الوقوع في الإثم الناتج عن غصب هذا المسكن واستخدامه. وإن ترك الاختيار للزوج في ذلك، مرجعه إلى أنه بحكم رياسته للأسرة هو الذي يعرف المكان اللائق لها والذي فيه تستقر المعيشة الزوجية الواجبة، وحق الزوج هذا يتقيد بوجود أن يكون محققاً لغرض الاستقرار والأمان، فإذا كان المسكن الذي اختاره الزوج بحالة لا تمكن الزوجة من استيفاء حقوقها المشروعة من الزوج، لا يكون مسكناً شرعياً و لا تلزم الزوجة بالقرار فيه، وكذلك الحكم لو كان المسكن بحال يلحق الزوجة بسببها ضرر أو يخشى معها حصول

الضرر، وقد مثلوا لذلك بما لو كان في المسكن آخرون يمنعها وجودهم معها من المعاشرة الزوجية و التمتع بما هو من نتائج هذه المعاشرة [36 ص 180].

- الحالة الرابعة: يجوز للزوجة أن ترفض الانتقال إلى مسكن الزوجية و تسليم نفسها إلى زوجها، إذا فرض عليها الجمع بينها وبين ضررتها في نفس المسكن، أو في مسكن يشاركها فيه أهل الزوج، أو في مسكن لا يتوافر على الشروط الضرورية للسكن الملائم و المريح.

فالمسكن الشرعي يجب أن يكون خاليا من الضررة، لأن وجود الضررة في ذاته إيذاء لها كما جرت بذلك العادة ودل الاستقراء [194 ص 23]. جاء في التاج والإكليل: " قال " ابن سلمون": من تزوج امرأة وأسكنها مع أبيه وأمه وأهله فشكت الضرر لم يكن له أن يسكنها معهم. قال "ابن الماجشون": وليس للزوج أن يسكن أولاده من امرأة أخرى مع زوجته في مسكن واحد يجمعهم إلا أن ترضى بذلك" [118 ص 548]. وتظهر الحكمة جلية من ذلك في حماية الزوجة من الضرر الذي يجب رفعه والاحتياط له بإسكان الزوجة في مسكن مستقل.

فإذا توافرت شروط المسكن الشرعي و تسلمت الزوجة كامل صداقها فليس لها الحق في الامتناع من الدخول إلى مسكن الزوجية و تسليم نفسها إلى زوجها، وبالتالي فدخولها إلى هذا المسكن لا يعني أن لها الحق في الخروج منه في أي وقت تشاء، بل يلزمها الشرع أن تلتزم الإقامة و القرار في مسكن الزوجية و عدم الخروج منه إلا بإذن زوجها.

والمعروف شرعا أن إقامة الزوجة في مسكن الزوجية و عدم خروجها منه إلا بإذنه، ليس أمرا من صنع الزوج، بل مصدره الأدلة الشرعية الواردة في إلزام الزوجة بالقرار في مسكن الزوجية، وما دور الزوج في هذه الحالة إلا القيام على تطبيق هذا الأمر الشرعي بالمعروف. وإن مصدر هذه الأدلة الشرعية هو القرآن الكريم، السنة النبوية الشريفة، وما يقتضيه المعقول.

- القرآن الكريم: قوله تعالى: (وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ) [1].

قال "ابن كثير": " أي ألزمن بيوتكن فلا تخرجن لغير حاجة " [33 ص 584].

وقال " محمد علي الصابوني " في تفسير قوله تعالى: (وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ) " أي ألزمن بيوتكن ولا تخرجن لغير حاجة، ولا تفعلن كما تفعل الغافلات، المتسكعات في الطرقات لغير ضرورة " [116 ص 524].

- السنة النبوية - ما روى ابن عباس رضي الله عنهما - أنه قال: رأيت امرأة أتت إلى النبي صلى الله عليه وسلم وقالت: يا رسول الله: ما حق الزوج على زوجته؟ قال: (حقه عليها ألا تخرج من بيتها إلا بإذنه...) [165 ص 307].

- ما روي عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم: (إذا استأذنت امرأة أحدكم إلى المسجد فلا يمنعها) [113 ص 592].

- ما رواه عبد الله بن عباس - رضي الله عنهما- أن امرأة من خثعم أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله أخبرني ما حق الزوج على زوجته: فأني امرأة أيم، فإن استطعت، وإلا جلست أيمًا، قال: (فإن حق الزوج على زوجته إن سألتها نفسها وهي على ظهر قتب أن لا تمنعه نفسها، ومن حق الزوج على زوجته ألا تصوم تطوعًا إلا بإذنه، فإن فعلت جاعت وعطشت، ولا يقبل منها، ولا تخرج من بيتها إلا بإذنه، فإن فعلت لعنتها ملائكة السماء و ملائكة الرحمة و ملائكة العذاب حتى ترجع، قالت لا جرم، لا أتزوج أبداً)[165 ص 307].

فالدليل واضح أن الأصل هو إلزام الزوجة بالقرار في بيت الزوجية وعدم الخروج منه إلا بإذن زوجها، ويظهر ذلك في قوله صلى الله عليه وسلم: (إذا استأذنت)، واستئذانها إياه في الخروج إلى غير المسجد أولى[55 ص 124].

- المعقول: من حق الزوج على زوجته أن تقيم معه في المسكن الذي أعده لها ووفر لها أسباب الراحة فيه وجعلها المسئولة عنه، فتلك مملكتها، عليها رعايتها وتنظيمها وتجميلها وإشاعة البهجة والسرور فيها... وما ألزم الشارع سبحانه المرأة بهذا الأمر وهو القرار في البيت إلا لحماية الأسرة والمحافظة على أواصر المحبة بين أفرادها وليس حبس المرأة في البيت و تضيق الخناق عليها في الخروج منه، ولذلك نرى الإسلام يجيز للمرأة أن تخرج للعمل وتكسب قوتها وتشتري ما يلزم لها من السوق إذا لم يكن لها من الرجال من يقوم بهذا العمل بدلا عنها، وما شرع كل هذا إلا لأجل راحة المرأة والحفاظ عليها والشفقة بها والبعد لها عن مزاحمة الرجال حتى تعيش عيشة معززة مكرمة[151 ص 300، 301].

وإن قرار الزوجية في بيت الزوجية وعدم خروجها منه إلا لمصلحة شرعية و بإذن الزوج، يقتضيه توزيع الأدوار بين الزوجين، فإذا كلف الزوج بالسعي و العمل للإنفاق على أسرته، فإن الزوجة كلفت بدورها داخل بيت الزوجية لرعاية الأولاد والتفرغ لتربيتهم تربية سليمة، بالإضافة إلى أن قرار الزوجية في بيت الزوجية من شأنه أن يوفر لزوجها الراحة النفسية والاطمئنان القلبي، وحماية لها من كل الشبهات و الظنون، الأمر الذي يساهم في استقرار الحياة الزوجية.

وأخيرا، فإن مما يعين على الوفاء بهذا الحق أن يكون الزوج لزوجته كما يريد لها لنفسه فيوفئها حقها من الإيناس والاستمتاع والمشاركة في الأعباء المنزلية، والترويج عنها ما استطاع إلى ذلك سبيلا، فإن أغناها بنفسه استغنت عن غيره، وإن انصرف عنها كلت ومالت إلى الخروج[22 ص 187].

ويتضح جليا من خلال ما سبق أن من مظاهر طاعة الزوجة لزوجها - باعتباره رئيس العائلة - أن يتسم سلوكها بالعفة والاحتشام فتتجنب الخروج من بيتها، وإذا خرجت فبإذن زوجها وأن تحاول جهدها الابتعاد عن صحبة الرجال الغرباء و الابتعاد عن مواطن الزلل ومنازل الريب[184 ص 21].

ثانياً: إلزام الزوجة بإتباع الزوج حيثما ينتقل

الأصل أن للزوج الحق في أن تنتقل زوجته معه في حال السفر من مكان إلى آخر، بشرط أن تثبت أمانته عليها، وأن يكون السفر إلى مكان مأمون، وهذا الذي اتفقت في شأنه المذاهب الفقهية. فللحنفية في هذه المسألة رأيين: فالرأي الأول لا يجيز للزوج السفر بزوجه، وعلته في ذلك خشية من الضرر الذي يصيب المرأة بسبب بعدها عن أهلها. أما الرأي الثاني: فيجيز للزوج السفر بزوجه بشرط أن يكون الرجل مأموناً عليها وذو أخلاق حميدة، يراعي مقومات الحياة الزوجية من حقوق وواجبات، والملاحظ من خلال رأي الحنفية بشقيه مرده التعبير فقط، فكل الرأيين يرفضان إساءة الزوج في استعمال حق السفر بزوجه إذا كان في السفر ضرراً مادياً أو معنوياً يلحق بالزوجة [86 ص 165].

أما المالكية فقد أجازوا للزوج السفر بزوجه إلى المكان الذي يريد، سواء قبل الدخول أو بعده مقيدين هذا الحق بالشروط التالية:

- 1- أن يكون قد قدم لها صداقها إذا كان موسراً، أما إذا كان معسراً فيكون الصداق ديناً في ذمته.
 - 2- أن يكون حراً، فالعبد لا يحق له السفر بامرأته ولو كانت أمة.
 - 3- أن يكون الرجل حميد الخلاق ومعروف بحفظ الأمانة.
 - 4- أن يكون البلد المراد السفر إليه مكاناً يضمن لزوجه الاتصال بأهلها واتصال أهلها بها [86 ص 166].
- أما الحنابلة والشافعية فذهبوا إلى نفس الرأي، فمناطق سفر الزوج بزوجه هو المصلحة، وامتناع الزوجة عن السفر مرجعه خشية الضرر الذي قد يلحق بها، ويضيف الحنابلة أن الزوجة إذا اشترطت عند إبرام العقد البقاء في بلدها وعدم مغادرته، كان الزوج مقيداً بهذا الشرط وملزماً بتنفيذه، وعند إخلاله بهذا الشرط يحق للزوجة طلب فسخ الزواج [86 ص 166].

وبنا على ما سبق من أقوال الفقهاء، فقوامة الرجل على زوجته لا تمنحه الحق في الانتقال بزوجه بالإكراه إذا كان في ذلك ضرراً سيلحقها مادياً ومعنوياً، خاصة إذا كانت معالم الضرر ظاهرة كفساد أخلاق زوجها وعدم أمانته أو كان المكان المراد الانتقال إليه لا يتوفر على الأمن والسكينة لوجوده بين جيران غير صالحين.

وفى ذلك مظهر من مظاهر حماية الزوجة من تعسف الزوج في استخدام قوامته، لذا فمناطق امتناع الزوجة من الانتقال أو السفر مع زوجها هو المصلحة المتمثلة في الوقاية من وقوع الضرر.

ثالثاً: منع الزوجة من العمل أو ممارسة حرفة معينة

إن الأصل في دور الزوجة هو احتباسها لحق زوجها وتفرغها كاملاً لواجباته وقرارها في المنزل وعدم الخروج منه إلا بإذنه. لكن قد ترغب الزوجة في العمل أو في ممارسة حرفة معينة خارج بيت

الزوجية، فهل بمقتضى القوامة الزوجية، يجوز للزوج أن يمنعها من ذلك؟ نعم، له أن يمنعها من ذلك، لأن للزوج الحق في أن يكون وقت الزوجة ملكا له و لكن يمكنها العمل بشرط أن يأذن لها زوجها.

وبالتالي نقول أن عمل المرأة مباح، لأن الشريعة الإسلامية أكدت مبدأ المساواة بين البشر في الحقوق العامة، ومن هذه الحقوق حق العمل، فقد كفل الإسلام لجميع أفراد الناس الحق في أن يسعوا في تحصيل الرزق، مادام هذا التحصيل بالوسائل المشروعة التي لا تتنافى مع قواعد الأخلاق و المثل العليا التي أرستها شريعة الإسلام ، لكل فرد أيضا الحق في الراحة بعد عمله، لا يجوز لأي سلطة أن تمنعه من حقه في هذين الأمرين [185 ص7].

وقد حثت الشريعة الإسلامية على أن يسعى الناس في سبيل تحصيل الرزق، فقال تبارك و تعالى ممتنا على عباده بأن هيا لهم الأرض [185 ص7] - (هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ ذَلُولًا فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِن رِّزْقِهِ) [1].

ويقول الله تعالى في جزاء العمل الصالح: (مَنْ عَمِلَ صَالِحًا مِّنْ ذَكَرٍ أَوْ أَنْتَى وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَنُحْيِيَنَّهٗ حَيَاةً طَيِّبَةً وَلَنَجْزِيَنَّهُمْ أَجْرَهُمْ بِأَحْسَنِ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ) [1].

ونرى من خلال الآية كيف ساوى الله تعالى بين الرجل و المرأة في الجزاء عند العمل الصالح. ثم يقول الله تعالى: (لا أضيعُ عملَ عاملٍ منكم من ذكرٍ أو أنثى بعضكم من بعض) [1].

ومن ثم فإن خروج المرأة إلى العمل أصبح ضرورة عملية و اجتماعية ذلك أن المرأة في عصرنا و مجتمعا، قد دخلت المدارس والجامعات، واشتركت في ضروب الحياة العامة، وأسهمت بقدر وافر في الإنتاج والخدمات و تولت أرفع الوظائف والمناصب، ووقفت إلى جانب الرجل سواء بسواء، ولهذا فقد أضحت عملها ومشاركتها في الإنتاج والخدمات، من لزوميات مجتمعا و ضرورياته، لاسيما في هذا العصر الذي تتسابق فيه كافة الأمم والدول إلى مستوى أفضل، وتتصارع فيه القوى بكافة طاقاتها وجهود أفرادها رجالا ونساء... ومن ثم فقد أصبح خروج المرأة إلى العمل، أمرا ضروريا لإمكان مساهمة ركب الحياة وتحمل مسؤوليتها و مواجهة تحدياتها، ولم يعد من الممكن أو التحمل في عصرنا و ظروفنا أن يقوم مجتمعا وإنتاجنا و صراعنا مع الحياة على أساس احتباس المرأة في المنزل و ضياع إمكانياتها، مع أنها تمثل نصف المجتمع، إن المجتمع والإنتاج، في مثل حياتنا لا يمكن أن يقوم على نصفه، وإلا اختل نظامه وتعرض للخراب والضرر... مع أن القواعد الشرعية تقضي بأن "الضرر يزال شرعا" و "يتحمل الضرر الخاص، لدفع الضرر العام" و "الضرورات تبيح المحظورات" والحاجات تنزل منزلة الضرورات في إباحة المحظورات" [87 ص74،75].

وبالفعل فالمرأة قد أثبتت كفاءتها وقدرتها على منافسة الرجل في بعض الوظائف بل وثبت أيضا تفوقها عليه في أدائها، فلماذا نحرّمها من هذا العمل الصالح الذي تبتغيه لوجه الله لكسب رضاه وأجره.

فإذا كانت المرأة موظفة أو ذات حرفة خارج البيت، وكان زوجها قد رضي بهذا العمل فلا يحق له أن يمنعها من الخروج فيما بعد، أو كما لو اشترطت على زوجها عند إبرام عقد الزواج الاحتفاظ بوظيفتها ووافقها على ذلك، فلا يجوز أن يمنعها من ممارسة هذه الوظيفة خارج منزل الزوجية وعليه الالتزام بتنفيذ ما اتفق عليه مع زوجته، أو إذا ما أراد منعها من الخروج إلى العمل ولم تمتنع، فلا تكون ناشزة طبقاً لما اشترطته على زوجها وخاصة إذا كان عملها لا يلحق أي ضرر بالأسرة بل بالعكس يساهم في ازدهارها واستقرارها و يساعد الزوج على تحمل نفقات الحياة الزوجية. وبالتالي قد تساعده في معالجة عجزه في تحمل مقتضيات القوامة الزوجية وأهمها الإنفاق على الأسرة، إذن، ألا يعتبر عمل المرأة في هذه الحالة عاملاً لإنقاذ لأسرة قاربت على الانحلال والزوال؟

وبالنسبة لضوابط عمل المرأة يقول د/ "محمد رأفت عثمان": «إذا انتهينا إلى أن عمل المرأة مباح فلا بد أن نؤكد الأمور التالية:

- الأمر الأول: أن يكون ذلك بإذن زوجها إذا كانت متزوجة لأن للزوج الحق في أن تكون ملكاً له، أو بإذن وليها إذا لم تكن متزوجة.

- الأمر الثاني: لا تخرج من بيتها متعطرة، لأن الشرع نهى خروج المرأة المتعطرة.

- الأمر الثالث: ألا تكون بصورة مثيرة للرجال في ملابسها أو تصرفاتها.

- الأمر الرابع: ألا تكون طبيعة عملها مؤدية إلى خلوتها برجل أجنبي لأن الرسول صلى الله عليه وسلم، نهى عن أن يخلو الرجل بامرأة أجنبية عنه، و بين أن الشيطان يكون ثالثهما، والرجل الأجنبي هو الذي يجوز له أن يتزوج من المرأة....

- الأمر الخامس: أن لا يؤدي عمل المرأة ضياع أو الإخلال بواجب، فإذا أدى عمل المرأة إلى ضياع حقوق الزوج على زوجته، أو ضياع حقوق الأولاد على أهمهم من الرعاية وحسن التربية، فإن عملها حينئذ لا يكون مشروعاً إلا إذا تنازل الزوج عن حقه قبل زوجته وسمح لها بأن تعمل فلها الحق في هذه الحالة أن تعمل.

- الأمر السادس: أن لا يكون عمل المرأة مؤدياً إلى تزامم الرجال و تختلط بهم اختلاطاً مردولاً، لأن المجتمع الملتزم بأداب الإسلام و أحكامه لا يجعل المرأة تضطر إلى هذا، فهو ملزم بمساعدة المرأة، بنتاً، أو أختاً، أو زوجة، أو مطلقة، أو أرملة.

- الأمر السابع: أن يكون عمل المرأة مباحاً، فلا يجوز أن تعمل راقصة مثلاً، أو في ملهى، وما مائل ذلك.

- الأمر الثامن: أن تستر ما يجب ستره من جسمها، وهو ما عدا الوجه و الكفين، وإذا كانت هذه الأمور المذكورة شروطاً في جواز عمل المرأة بمعنى أنه لو اختل أمرها منها كان عمل المرأة حراماً، فإنه من

المستحب أن لا تعمل إلا في المجالات التي تناسبها كالعامل في المناجم مثلا، وهذا متروك لظروف كل عصر وأعراف الناس و طاقة تحملها [185ص 25 ، 26].

3.2.1.1.1. مدى تأثير زواج المسيار على القوامة الزوجية

يقول د" يوسف القرضاوي" في تعريف مصطلح المسيار: «وأنا لا أعرف معنى "المسيار" فهي ليست كلمة معجمية فيما رأيت، وإنما هي كلمة عامية دارجة في بعض بلاد الخليج، يقصدون منها: المرور وعدم المكث الطويل [170 ص 11].

فالمسيار كلمة مستجدة، إذ ليس لها أصل أو مدلول في المفهوم اللغوي أو الشرعي، إلا أن تكون هذه الكلمة من اصطلاح العوام، إذ يصطنعون ضربا من النكاح المستور تحقق به رغائب للزوجين من غير افتئات محذور، وبحالات يخالف الشرع مخالفة ظاهرة، وذلك أن فريقا من الرجال يبتغون الزواج من نساء أخريات من غير إظهار شائع ولا إعلان مستطير، مع الاتفاق بين العاقدين على ديمومة المكث للزوجة الثانية في بيت أهلها وأن يعفو عنه في المهر والنفقة [167 ص 59].

وإن كلمة المسيار اصطلاح عرفي لم تعرف في اللغة العربية، ولم تعرف في الفقه الإسلامي، وإنما هي كلمة دارجة على لسان الناس في بعض دول الخليج، ولعل الخليجيين يسمون الزيارات التي يقوم بها الأصدقاء والأقرباء مسيار، لأن الزائر يسير إلى المضيف في زيارة قصيرة، وأطلق الاسم على الزواج لتشابهه علاقة الزوج بزوجه مسيارا، حيث يقوم الزوج بزيارات سريعة لزوجه مسيارا فذهب للزواج [167 ص 60].

إن (مسيار) صيغة مبالغة، يوصف بها الرجل الكثير السير، فنقول: رجل مسيار، وسيار، ثم سمي بهذا النوع من الزواج، لأن المتزوج في هذا النوع من الزواج لا يلزم بالحقوق الزوجية التي يلزمه بها الشرع، فكأنه زواج السائر الماشي الذي يتخفف في سيره من الأثقال والمتاع، ولعدم التزامه بالحقوق التي يقتضيها الزواج من النفقة والمبيت لا الزوج المقيم الملتزم بكل مقتضيات الزواج [40 ص 161].

وقال الشيخ: "عرفات الدمشقي": "المسيار كلمة تعود إلى لهجة أهل البوادي، والمراد بها التيسير عليها، بما يعني السير إلى المرأة، من ناحية، وإدخال السرور عليها من ناحية أخرى" [167 ص 159].

وجاءت تسمية هذا الزواج بالمسيار من باب كلام العامة، وتمييزا له عما تعارف عليه الناس في الزواج العادي، لأن الرجل في هذا الزواج يسير إلى زوجته في أوقات متفرقة ولا يستقر عندها طويلا [22 ص 159].

وما يمكن قوله أن المسيار مصطلح جديد لم يرد في اصطلاح اللغويين، ولم يرد في اصطلاح علماء الشرع، بل هو اصطلاح عرفي تصالح بعض الناس على تسميته حتى أشتهر بعد اقترانه بالزواج، فأصبح هذا المركب الإضافي إسما على نوع من أنواع الزواج [167 ص 61].

أما عن تعريف زواج المسيار، يقول د" يوسف القرضاوي: « إن زواج المسيار كما يسمى، ليس شيئا جديدا، إنما هو أمر عرفه الناس من قديم، وهو الزواج الذي يذهب فيه الرجل إلى بيت المرأة، ولا تنتقل المرأة إلى بيت الرجل، وفي الغالب: تكون هذه زوجة ثانية، وعنده زوجة أخرى هي التي تكون في بيته و ينفق عليها، فروح هذا الزواج هو إعفاء الزوج من واجب المسكن والنفقة والتسوية في القسم بينها وبين زوجته الأولى أو زوجاته، تنازلا منها فهي تريد رجلا يعفها ويحصنها ويؤنسها، وإن لم تكلفه شيئا بما لديها من مال وكفاية تامة» [170 ص 9، 10].

ويعتبر زواج المسيار زواجا صحيحا شرعا متى توافرت فيه أمور أربعة وهي: الإيجاب والقبول من أهلها، والإعلام، ولو في حده الأدنى وعدم التأقيت والمهر ولو تنازلت عنه المرأة بعد ذلك، فالزواج صحيح شرعا، وإن تنازلت المرأة فيه عن بعض حقوقها، ما عدا حق الجماع الذي لا يجوز أن يشترط في العقد، لأنه شرط ينافي مقصود العقد فيبطله [170 ص 12].

ومن ثم فإن زواج المسيار زواج صحيح شرعا ما دام قد توافرت فيه الشروط الشرعية والقانونية للزواج، وكل ما في الأمر أن الزوجة تنازلت عن بعض حقوقها برضاها لتحقيق مصلحتها في إعفائها وإحصانها من الوقوع في الحرام وهي عاقلة بالغة رشيدة.

لكن التساؤل الذي يطرح في زواج المسيار هو: هل يفقد الزوج قوامته الزوجية؟ أو بعبارة أخرى، هل عدم دفعه المهر وعدم إنفاقه على زوجته يكون قد تنازل ضمنا على قوامته الزوجية؟

لقد أجاب د/ يوسف القرضاوي " على هذا التساؤل في سياق مناقشته لبعض المعترضين القائلين أن زواج المسيار يناقض ما قرره الله تعالى من حق الرجل في القوامة على المرأة، والمسئولية عن الأسرة، لأنه لا ينفق على المرأة، ولا يتحمل تبعاتها في السكنى والنفقة. فقال: إن الله تعالى جعل قوامة الرجال على النساء بأمرين:

- أولهما: بما فضل الله بعضهم على بعض.

- و ثانيهما: بما أنفقوا من أموالهم.

أما الأول فيراد به: ما خص الله به الرجل من قدرة على التحمل والصبر على متاعب القيادة ومسئوليتها أكثر من المرأة.

وأما الثاني، فيكفي الرجل هنا أن يدفع الصداق، حتى يقال: إنه أنفق من ماله، ولهذا يستحق القوامة بمجرد الدخول قبل بدء النفقة اليومية.

فهذا وذلك كافيان أن يكون الرجل قواما ومسئولا، ولا يعني قبول الرجل تنازل المرأة عن النفقة أن يتنازل هو عن القوامة [170 ص 21].

ويضيف قائلا "القوامة قائمة على أساس الرجولة، يعني الرجل مسئول، فالقوامة جزء والإنفاق جزء، وإنما لو فرض أن كانت امرأته غنية تنفق على البيت، هل معنى هنا أنه لا يصبح مسئولا عن البيت؟ لا هو المسئول وهو القوام من غير شك".

بينما يرى د/ رائد عبد الله نمر بدير "خلاف ما ذهب إليه د/ يوسف القرضاوي بحيث يقول: «ويمكن أن أعلق على كلام القرضاوي بأنه كلام يتفق مع الإنفاق في زواج المسيار من وجه و يختلف عنه من وجوه، الأمر الذي يجعل المقارنة بين هذه الفرضية وإنفاق المرأة في زواج المسيار مقارنة مع فارق كبير، لأن الفرض الذي جاء به د/ يوسف القرضاوي" من إنفاق إمراة غنية على بيتها لا يفقد الرجل قوامته، هذا في حال أنها تنفق طواعية لا ملزمة ولا مشترط عليها، ولها أن تمتنع في أية لحظة من الإنفاق على زوجها، أو نفسها، أو بيتها ولها – وإن كانت غنية – أن تتقدم إلى القضاء بدعوى نفقة إذا لم ينفق عليها زوجها وكانت محتبسة له في بيت الزوجية أو مستعدة للاحتباس، ولا يستطيع أحد أن يحرك بنت شفة حول استحقاق المرأة الغنية للنفقة إذا توافرت أسبابها... وبما أن المرأة في زواج المسيار تتنازل عن نفقتها وعن حقها في المبيت وعن مهرها وهذا أهم استحقاق قوامة الرجل على المرأة، فإن الرجل يفقد جزءا كبيرا من قوامته، والجزء المتبقي هو شكل لا أكثر ولا أقل، وحتى ولو لم يذكر ذلك صراحة عند مجلس عقد الزواج، إذ لا يمكن أن يستشعر أو يطمئن الرجل بأنه قوام على زوجته التي لا ينفق عليها ولا يبيت عندها، ولا يدفع لها مهرا... لأن الزوج غرم الإنفاق وغم القوامة وهذا غير متحقق في زواج المسيار» [167 ص 102].

يقول د/ "حسام الدين عفانه" ردا على ذلك: «إن قوامة الرجل ثابتة بنص الكتاب الكريم والسنة النبوية، ولا تسقط في زواج المسيار ولا في غيره، ورأي "القرضاوي" هو الصحيح في هذه المسألة» [167 ص 103].

وتأكيدا لما سبق يقول د/ "حسين صلاح الصغير عبد الله": «ولا خلاف على عدم تأثر قوامة الزوج بتنازل المرأة عن جزء من النفقة أو إعسار الزوج بها مع رضا المرأة بالمقام معه، ومن ثم فلا تخرج من البيت إلا بإذنه، ولا تعصيه فيما يأمرها به من معروف، وإلا كانت ناشزا، له أن يتولى تفويمها بالطريق الشرعي، فضلا عما يلحقها من إثم من جزاء هذا النشوز. و يأتي هذا الاتفاق من منطلق تنازل المرأة عن جزء من النفقة لا يسقط حقها في مطالبة الزوج النفقة بعد ذلك فلها أن تطلب منه مسكنا خاصا أو تطلب منه الإنفاق عليها، وإلا فلا قوامة له عليها حينئذ» [55 ص 82].

وبالتالي فالمتمتع في حقيقة زواج المسيار لا يجد علاقة وتلازم بين تنازل المرأة عن حقها في الإنفاق وتأثير ذلك على قوامة الرجل بالتنازل عليها [172 ص 298].

ما نراه في هذه المسألة هو ترجيح القول الأول وهو قول د. "يوسف القرضاوي" لقوة دليبه، لأن الزوجة في زواج المسيار تنازلت عن حقها في النفقة و المهر و القسم و المبيت بإرادتها الحرة دون ضغط أو إكراه فليس معنى ذلك سقوط قوامة الرجل على زوجته تلقائياً.

فيبقى الرجل قواماً ومسئولاً على امرأته. فهب أن رجلاً أنفق على أسرته لمدة طويلة وتوقف عن العمل فجأة ، فهل تسقط عنه القوامة ولا يصبح رئيساً للعائلة ؟

إذا سلمنا وقلنا تسقط القوامة في هذه الحالة ، فإننا سنفتح باباً واسعاً لتسود الفوضى داخل بيت الزوجية التي ستؤدي حتماً إلى هدم دعائم هذه الأسرة والقضاء عليها، فالقوامة ثابتة بالكتاب و السنة النبوية ولا يجوز الاتفاق على إسقاطها بأي حال من الأحوال.

4.2.1.1.1 . الضوابط الشرعية لاستعمال القوامة الزوجية

لا يجب أن نفهم أن القوامة الزوجية هي تسلط واستبداد من طرف الزوج، بل هناك ضوابط شرعية تمنع الزوج من سوء استعمال القوامة بالظلم و القهر، وتتمثل هذه الضوابط فيما يلي:
أولاً- أن يدفع لها صداقها: باعتباره حقاً من حقوقها المادية كهدية ونحلة لإشعارها بمودته ورغبته في الارتباط بها، لقوله تعالى: (وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِئِنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُنَّ فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا) [1].

ثانياً- أن ينفق عليها: وذلك في كل ما تحتاج إليه من طعام ومشرب وملبس وزينة ومسكن وعلاج في حدود سعته وقدرته لقوله تعالى: (لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ) [1].
ثالثاً- أن يعاشرها بالمعروف: لقوله تعالى: (وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) [1] ومقتضى ذلك أن يكون حسن الخلق معها، لطيف المعشر معها، بالقول والفعل، غير فظ ولا غليظ، فقد عظم الله حقهن [174 ص 29] لقوله تعالى: (أَخْذَنْ مِنْكُمْ مِّثْقَالًا غَلِيظًا) [1] وفي حجة الوداع أوصى النبي صلى الله عليه وسلم خيراً بالنساء فقال: (فاتقوا الله في النساء) [156 ص 615] ، وقال صلى الله عليه وسلم: (استوصوا بالنساء خيراً) [156 ص 52].

قال " القرطبي " في شرحه لقوله تعالى: (وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)، أي : على ما أمر به الله من حسن المعاشرة والخطاب للجميع، إذ لكل أحد عشرة ، زوجا كان أو وليا، ولكن المراد بهذا الأمر في الأغلب الأزواج وهو مثله قوله تعالى: (فِيمَسَاكٍ بِمَعْرُوفٍ) وذلك توفية حقها من المهر والنفقة وألا يعبس في وجهها بغير ذنب، وأن يكون منطلقاً في القول لا فظاً ولا غليظاً ولا مظهراً ميلاً إلى غيرها... فأمر الله سبحانه وتعالى بحسن صحبة النساء إذا عقدوا عليهن لتكون أدمة ما بينهم، وصحبتهم على الكمال، فإنه أهدأ للنفس وأهنأ للعيش [4 ص 94].

وقال " ابن كثير": « أي طيبوا أفعالكم لهن، وحسنوا أفعالكم وهيأتكم بحسب قدرتكم، كما تحب ذلك منها، فافعل أنت بها مثله» [33 ص 616]. وقال " الطبري": " وخالقوا أيها الرجال نساءكم، وصاحبوهن بالمعروف، يعني بما أمرتم به من المصاحبة. وذلك إمساكهن بأداء حقوقهن التي فرض الله جل ثناؤه لهن عليكم إليهن... [15 ص 207]. (وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)، المعروف هنا: النصفه وحسن الصحبة مع الأهل [41 ص 329].

وإن المعاشرة بالمعروف، تكون بالعشرة الطيبة التي تفيد الحب القلبي والتفاهم العقلي، والتناغم الجسدي وهو ما اعتبره ضرورة أن تجتمع هذه العناصر الثلاثة لتكون الحياة الزوجية سعيدة [72 ص 11]. والمعروف: هو كلمة قرآنية تعني، ما تعارف عليه أهل الفضل و الصلاح مما تقره الفطرة السليمة ويؤيده العقل الرشيد، والمعروف: هو الذي يحدد تفاصيل الحدود والأحكام...، والمعاشرة بالمعروف المطلوبة من كلا الطرفين، إنما يحددها العرف الصالح، إذ ليس من المناسب أن يأتي الشرع بالجزئيات والتفاصيل في هذه الأمور، ولكن ما تعارف عليه أهل الإيمان والخير، وتراضي عليه المسلمون، فهو معتبر شرعا كما قال "ابن مسعود": « ما رآه المسلمون حسنا، فهو عند الله حسن وما رآه المسلمون قبيحا فهو قبيح » [173 ص 36].

وفي ذلك قال الله تعالى: (وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) [1] ،

- (وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) [1].

- (وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ) [1]

- (أَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَخُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ) [1].

وحسن المعاشرة بالرفق واللين والمودة والوفاء بكل ما يعد به زوجته و يمنحها الشعور بالأمان والثقة، وأن يمتعها بحقها من الدفء العاطفي، ويوفيهما قسطها من المعاشرة ويعفها يمنحها من المفسدين، ويسكنها مسكنا آمنا تحبه، وينفق عليها دون بخل وإسراف، ويهديها، فالمرأة تحب الهدية والنساء يغرهن الثناء فيحدثها عن جمالها وإعجابه بها ورضاه عنها وبكل ما هي عليه، و يشعرها أنها المرأة الأثيرة والوحيدة في قلبه، ولا يحدثها عن غيرها، ولا يتطلع إلى غيرها، ويبيدي إعجابه بشيء من النساء ليست عليه لئلا تتهم نفسها [153 ص 66].

ومن مقتضيات المعاشرة بالمعروف هو عدم الإضرار بالزوجة سواء كان إضرارا ماديا بالتعدي عليها بالضرب أو الإضرار بها معنويا كسبها وشتمها بكلام جارح، لأن المسلم بطبعه ليس بفحاش ولا طعان ولا بذئ وهذا ما يقتضيه تعامله مع الناس فمن الأولى أن يكون ذلك مع زوجته، وذلك صيانة وحفاظا على كرامتها ، وحتى لو أراد تأنيبها فعليه أن يكون لطيفا ولبقا وبعيدا عن الأولاد والناس ولقد وردت عدة نصوص تنهي الزوج عن الإضرار بزوجه كقوله تعالى: (وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ) [1].

هذا بالنسبة للمطلقة التي هي في العدة فالتى هي في العصمة أولى بعدم الإضرار [55 ص 92]

وقوله تعالى: (وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لَّتَعْتَدُوا) والآية وردت في تحريم المراجعة بنية الإضرار بالزوجة، إلا أنها تدل على تحريم إضرار الزوج بزوجه على أي نحو [119 ص 397].

وجاء في الحديث عن معاوية القشري قال: قلت يارسول الله، ما حق زوجة أحدنا علينا؟ قال: (أن تطعمها إذا طعمت وتكسوها إذا اكتسيت واكتسبت، ولا تضرب الوجه، ولا تقبح ولا تهجر إلا في البيت). قال أبو داود: ولا تقبح أن تقول قبحك الله [62 ص 180]. فالحديث صريح في النهي عن الإضرار بالزوجة سواء كان ضررا ماديا أو ضررا معنويا.

ومن إكرام الزوجة أن يتجنب إيذاءها ويشعرها بحبه لها، ويتخير من الكلام وألا يجرح مشاعرها أو يثير غضبها وانفعالها، فإن الكلمة الطيبة تزيد فيما بينهما من الحب والمودة، أما الكلمة الخبيثة فإنها تنفر القلوب و تقطع الأواصر، وربما تؤدي إلى إشعال نار العداوة بينهما، فتتسع هوة الخلاف بينهما و يحل الشقاق محل الوفاق فيقع الطلاق [120 ص 63، 64].

قال الإمام "الغزالي": « وأعلم أنه ليس من حسن الخلق معها كف الأذى عنها، بل احتمال الأذى منها، والحلم عند طيشها وغضبها، إقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم فقد كانت أزواجه يراجعنه الكلام، وتهجره الواحدة منهن يوما إلى الليل» [3 ص 99].

ومن المعاشرة بالمعروف، أن يزيد على احتمال الأذى بالمداعبة والمزاح، فهي التي تطيب قلوب النساء، كما كان يفعل النبي صلى الله عليه وسلم، حتى أنه سابق عائشة يوما فسبقته، ثم سابقها يوما آخر فقال (هذه بتلك) [21 ص 377] ، أي أنهما تعادلا بلغة الرياضيين اليوم [173 ص 31].

ومن المعاشرة بالمعروف، السماح للزوجة بالتعبير عن رأيها باعتبار الزواج شركة بين الزوجين فلا يستبد الرجل بأمر الأسرة، ويصبح (دكتاتوراً) يأمر و ينهي دون أن يناقش أو يحاور، كلا بل ينبغي للرجل أن يشاور امرأته فيما يهمه من أمر الأسرة وغيره، و يشرك امرأته معه ، تحمل همه، و تنصح له بما ترى من رأي قد يكون هو الأرشد [173 ص 33].

وإذا كانت البيت مؤسسة تربوية أو شركة اقتصادية فلا بد له من رئيس والرياسة لا تلغى البتة الشورى والتفاهم وتبادل الرأي والبحث المخلص عن المصلحة. إن هذا قانون مطرد في شؤون الحياة كلها فلماذا يستثنى منه البيت؟ وقوله تعالى في صفة المسلمين: (وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ) [1]، نزل في مكة قبل أن تكون هناك شؤون عسكرية أو دستورية، وعموم الآية يتناول الأسرة والمجتمع [117 ص 147]. كيف والمشورة بينهما مما يشعر المرأة بأنها ذات مسئولية مشتركة وأنها تعيش في جو حياة مشتركة، يههما صلاحها، ويوغر صدرها فسادها، فتكتل قواها، وتجمع أمرها على الحفظ والصيانة، وكمال الإشراف والرعاية [152 ص 159].

والحكمة من إيجاب المعاشرة بالمعروف عائدة على الزوجين باستقرار الحياة الزوجية و قطع أسباب النزاع والشقاق والخلاف بينهما، وهو الأمر الذي ينعكس على ما قد يقدره الله بينهما من أولاد،

فالتفاهم بين الزوجين والاحترام المتبادل يولد أسرة مستقرة نفسياً، وبالجملة أسرة صالحة تكون حلقة من حلقات الصلاح والنجاح في مجتمع الأمة الإسلامية الصالحة [55 ص 89].

هذا ولقد أكدت الفقرة الثانية من المادة 36 من قانون الأسرة على المعاشرة بالمعروف بين الزوجين حيث جاء في نصها على أنه: « يجب على الزوجين...2- المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة». ولم تكثف المادة 36 بالحث على المعاشرة بالمعروف بين الزوجين بل حددت أيضاً الأسس والدعائم التي تقوم عليها هذه المعاشرة وهي: الاحترام، المودة، الرحمة، وتأكيداً ذلك قضت المحكمة العليا على أنه: « حيث أن الحياة الزوجية لا يمكن أن تستمر بين الزوجين كما يجب شرعاً لفقدان العطف والحنان والمحبة الخالصة» [201 ص 42].

ونصت أيضاً الفقرة الثانية من المادة 51 من مدونة الأسرة المغربية على ضرورة المعاشرة بالمعروف حيث جاء فيها على أن: «الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين:.... - المعاشرة بالمعروف و تبادل الاحترام و المودة والرحمة والحفاظ على مصلحة الأسرة».

رابعاً: أن يحفظ سرها

يلتزم الزوج بعدم إفشاء أسرار زوجته، بعدم إظهارها للغير، ويقصد بالسر ما يفضي به الإنسان إلى آخر طالبا منه عدم إفشائه أو يستفاد ضمناً من قرائن الحال ضرورة كتمه لتعلقه بخصوصيات الإنسان. وإن حفظ أسرار الزوجة يقتضيه الوفاء الذي ينبغي أن يكون متبادلاً بين الزوجين، فالزوج لباس لزوجته و الزوجة لباس لزوجها، قال تعالى: (هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لِهِنَّ) [1] ، فتلك قمة ما ينبغي أن تصل إليه العلاقة الزوجية وما ينبغي أن تكون عليه من ثقة بين الزوجين وحفظ الأمانة الذي من شأنها أن يرفع قدر كل منهما وتقديرهما لبعضهما البعض، وقد جاء في حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: (اتقوا الله في النساء أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله) [21 ص 69].

وإن إفشاء الزوج سر من أسرار الزوجة يعتبر خيانة عظمى بدليل قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمَانَاتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ) [1] ، وقوله صلى الله عليه وسلم: (إن من شر الناس منزلة يوم القيامة الرجل يفضي إلى امرأته وتفضي إليه ثم ينشر سرها) [156 ص 31].

فلا يجوز للزوج ولا حتى للزوجة أن يفشي سر الآخر مراعاة للمودة والألفة التي تربطهما، فيتضح من ذلك أن حفظ الزوج سر زوجته ما هو إلا صيانة وحماية لحياتها الخاصة التي لا يجوز له المساس بمقوماتها بدافع قوامته الزوجية.

ولعل أهم الأسرار التي يجب على الزوج حفظها هي أسرار ما يجري بينهما في الفراش، إفشاء ذلك يعد مساساً خطيراً بكرامة المرأة وخيانة للوفاء و الثقة بين الزوجين، فأعز ما تملك الزوجة من أسرار حياتها الزوجية هي أسرار استمتاعها الجنسي، فبمجرد ما تعلم بإفشاء زوجها لذلك، فإنها حتماً لن تقبل

بذلك، ومن ثم نتساءل ماذا بقي للحياة الزوجية من بعد ذلك؟ وهذا دليل قاطع على لؤم طبع الزوج وفساد مروءته.

خامسا - ألا يتصرف في مالها إلا برضاها.

لا يحق للزوج شرعا باسم القوامة الزوجية أن يتصرف في أموال زوجته إلا برضاها، تطبيقا للمبدأ المعروف وهو مبدأ انفصال الذمم بين الزوجين، بحيث تبقى كل ذمة مستقلة عن الأخرى، الحكم الذي يمنح للزوجة الحق في التصرف في أموالها بحرية دون اعتراض من زوجها، بمعنى أن قوامة الزوج لا تمتد إلى أموال الزوجة.

وهذا ما أكدته المادة 37 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: « لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر. غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لا حق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانهما خلال الحياة الزوجية و تحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما».

ونلاحظ أن الفقرة الثانية من المادة 37 قدمت حلا واقتراحا للزوجين حول الأموال المكتسبة بالاشتراك بينهما خلال الحياة الزوجية يتمثل في توثيق هذا الاكتساب في محرر عرفي أو رسمي يحدد طبيعة هذه الأموال ونسبة حق كل منهما فيها، وهو اقتراح من شأنه أن يحقق حماية للزوجين من غدر وخيانة الآخر. كما يعد عاملا هاما في تجنب الشقاق الذي قد يحصل عند عجز أحد الطرفين على إثبات ملكيته لنسبته في هذه الأموال.

فإذا أخذ الزوج من مال زوجته خلسة دون رضا الزوجة اعتبر سارقا كالأجنبي [69 ص 339]. قال الله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ) [1]. قال "القرطبي" في شأن هذه الآية: "فإن الخطاب في الآية موجه لأزواج النساء إذا حبسوهن مع سوء العشرة طماعية في إرثها أو يفتدين ببعض مهرهن، وهذا أصح" [4 ص 94]. ولو كان للزوج حق في مال زوجته لما ورد هذا النهي [55 ص 161].

وقال تعالى (وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قَنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا) [1]. أي: "إذا أراد أحدكم أن يفارق امرأة ويستبدل مكانها غيرها، فلا يأخذن مما كان أصدق الأولى شيئا، ولو كان قنطارا من مال" [33 ص 616]. فإذا ورد النهي عن أخذ الزوج من مهر زوجته إذا أراد فراقها، فإن ذلك بالقياس يمتد إلى كل أموالها المنقولة والعقارية حال قيام الرابطة الزوجية من باب أولى.

رابعا - أن يعدل بين زوجاته. من الضوابط الشرعية الأساسية للقوامة الزوجية هو عدل الزوج بين زوجاته في حالة التعدد، وأدلة ذلك من الكتاب والسنة:

- الكتاب: - قوله تعالى: (فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا) [1]. فالآية تدل على تحريم التعدد على من يخاف على نفسه ظلم زوجة محابة لأخرى و تفضيلا لها عليها، وعلى تحريمه بالأولى إذا كان عازما على هذا الظلم بأن كان يريد أن يضارها لكرهه لها [115 ص 48].

- قوله تعالى: (وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) [1]. فليس من المعاشرة بالمعروف تفرقة الزوج بين زوجاته فيفضل واحدة ويهمل الأخرى.

- السنة النبوية: - عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (من كانت له امرأتان يميل لإحدهما على الأخرى جاء يوم القيامة يجرد أحد شقيه ساقطا أو مائلا) [121 ص 309].

قال "الشوكاني": «فهو دليل على تحريم الميل إلى إحدى الزوجتين دون الأخرى إذا كان ذلك في أمر يملكه الزوج كالقسمة والطعام والكسوة، ولا يجب على الزوج التسوية بين الزوجات فيما لا يملكه كالمحبة ونحوها...» [212 ص 309].

عن عائشة رضي الله عنها، أنها قالت: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم بين نسائه في المبيت فيعدل و يقول: (اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك). قوله: (فلا تلمني فيما تملك ولا أملك). قال الترمذى: يعنى به المودة والرحمة، وكذلك فسره أهل العلم [121 ص 310]. أما بالنسبة لموقف القانون من القوامة الزوجية، فنجد أن قانون الأسرة الجزائري عرف موقفين مغايرين في القوامة الزوجية.

فلقد كانت المادة 39 من قانون الأسرة تنص على أنه: «يجب على الزوجة:

1- طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة...».

كقاعدة عامة اعتبر الزوج بمقتضى هذه المادة رب ورئيس الأسرة يتمتع في ظلها بسلطات شرعية محددة سبق لنا ذكرها، وبمقتضى ذلك وجب على الزوجة طاعته فيما يصدره من أوامر مشروعة ولها الحق في الاعتراض و رفض طاعة الزوج إذا كانت هذه الأوامر غير مطابقة للقانون والأخلاق [229]. وتطبيقا لذلك وتبيانا لمظهر من مظاهر رئاسة الزوج للأسرة قضت المحكمة العليا على أنه: «من المقرر شرعا وما جرى به قضاء المجلس الأعلى أن الشريعة الإسلامية تفرض على الزوجة الالتحاق بمنزل زوجها، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لقاعدة مقررة شرعا، إذا كان الثابت شرعا أن المحل الزوجي هو منزل الزوج وليس منزل الزوجة، فإن قضاة الاستئناف بقضائهم عكس ذلك خرقوا قاعدة مقررة شرعا وعملا، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على مخالفة هذا المبدأ» [201 ص 46].

كما قضت أيضا: «إن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي، هو أنه من الواجب على الزوجة متابعة زوجها والالتحاق به أين طاب عيشه، وحيث أن وجه الطعن الوحيد غير صحيح، مما يستوجب معه

رفض طلب الطعن» [201 ص 46]. وذلك تأكيداً لالتزام الزوجين بالمساكنة المشتركة الذي تفرضه طبيعة الزواج. فالمرأة ملزمة باتباع زوجها للإقامة معه في المسكن الذي يختاره لإنطلاق هذه المعيشة [230].

وبناء على ما سبق ذكره، فالزوج يتمتع بموجب المادة 39 بحق القوامة الزوجية التي منحه إياه الشرع والقانون ويعتبر بمقتضى ذلك رئيس العائلة CHEF DE FAMILLE.

وما نلاحظه أن المادة 39 لم تحدد مفهوم الطاعة ومظاهرها، لذلك وجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي سبق ذكرها والتي تعتبر الزوج قيم الأسرة وجبت طاعته وذلك في إطار تشاوري يجعل المرأة مستشارة للزوج في تسيير شؤون الأسرة. هذا بالنسبة للموقف الأول لقانون الأسرة من القوامة الزوجية.

أما الموقف الثاني نستنتجه من الأمر رقم 02/05 [213] المعدل لقانون الأسرة والذي يتمثل في إلغائه للمادة 39 الذي بموجبه فقد الزوج قوامته الزوجية ولم يصبح رئيساً للعائلة.

وبمقتضى هذا التعديل أصبح التشاور والقيام على شؤون الأسرة يتم بالتشاور بين الزوجين، دون أن يكون للزوج الأمر الفاصل باعتباره رئيس العائلة، وهذا ما نصت عليه المادة 36 من قانون الأسرة بقولها على أنه: «يجب على الزوجين:...

4 - التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات.

و بناء على ذلك، هل سقط حق الزوج في الطاعة باعتباره قيماً على الزوجة والأسرة؟

يبدو أن الإجابة عن هذا التساؤل مصدرها إلغاء المادة 39 من قانون الأسرة واستبدالها بالمادة 36 المذكورة أعلاه، وبالتالي سقط حق الزوج في الطاعة، فلا يمكن له أن يأخذ موقفاً أو رأياً إلا بعد الرجوع إلى زوجته لمشاركته في إتخاذ ذلك.

لكن، وباعتبار الأسرة شركة بين طرفين، فلا يمكن أن تترك بلا مدير، ولا يمكن أن يكون لها مديران، لأن السفينة التي لها رئيسان مصيرها الغرق! ولا يمكن أن تكون المرأة هي المدير، لما يغلب عليها من العاطفة، التي هي ضرورية للأمومة، ولأنها لم تغرم في تأسيس الأسرة بخلاف الرجل الذي ينظر في هذا الأمر بعين العقل، و يتبصر في العواقب والمآلات، وهو الذي غرم في إنشاء هذه المؤسسة الشيء الكثير، فإذا إنهدمت، فإنها ستهدم على رأسه [173 ص 32].

وليس معنى ذلك إهمال رأي المرأة ومنعها من إبداء رأيها في تسيير و تدبير شؤون البيت، بل من حقها أن تبدي رأيها و تناقش رأي زوجها بالمعروف. ويحق لها أن ترفض طاعة زوجها إذا كان فيه مساس بكرامتها أو حق من حقوق المشروعة.

وبالتالي، نتساءل عن مصير القوامة الزوجية وأثارها في ظل قانون الأسرة الجزائري خاصة بعد إلغاء المادة 39 من قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 02/05 ؟ ويتضح أنه بإلغاء المادة 39 سقط حق الزوج في الطاعة، وبالتالي لم يعد يتمتع بالقوامة الزوجية. ولم يكتف المشرع بإلغاء المادة 39 بل ألغى

أيضا المادة 37 واستبدالها بمادة أخرى تنص على مبدأ انفصال الذم بين الزوجين. ولقد كانت تنص المادة 37 على وجوب النفقة الشرعية على الزوج إلا إذا ثبت نشوز الزوجة. فيتضح جليا أنه بموجب تغيير مضمون المادة 37 من قانون الأسرة يعتبر النص القديم لهذه المادة لاغيا، وبالتالي فالزوجة الناشز التي أخلت بالتزام طاعة زوجها تبقى مستحقة للنفقة الزوجية، إذن، أليس هذا الإلغاء الضمني ببساطة إسقاط لحق الزوج في الطاعة؟!

فالقوامة هي رعاية الزوج لزوجته والمحافظة عليها لحمايتها من كل ما من شأنه أن يضرها ويؤذيها بالإضافة إلى تلبية حاجاتها المختلفة في حدود سعته المالية.

ونلاحظ من خلال موقف قانون الأسرة من القوامة الزوجية أنه سائر ما ذهب إليه القانون المدني الفرنسي [204] بحيث كانت المادة 213 منه قبل تعديلها سنة 1970 تنص في الفقرة الأولى على أن: «الزوج هو رئيس العائلة، وهو يباشر هذه المهمة في الصالح المشترك للبيت والأولاد، وتشاطره الزوجة في إدارة العائلة أدبيا وماديا و بذل الجهد في المحافظة عليها وتربية الأولاد وتهيئة أسباب مستقبل حياتهم». لكن، تدخل المشرع الفرنسي بالقانون رقم 70-459 الصادر في 04 جوان 1970 لتعديل نص المادة 213، وذلك بإلغاء سلطة الزوج في رئاسة الأسرة بحيث نصت على ضمان الزوجين معا إدارة الأسرة ماديا ومعنويا وتربية الأولاد وتهيئة مستقبل حياتهم [204].

و إن إلغاء سلطة الزوج كرئيس للأسرة وتجريده من حقه في الطاعة، من شأنه أن ينعكس سلبا على العلاقة الزوجية و يفتح المجال واسعا لبروز الشقاق والعداوة التي قد تؤدي حتما إلى استعمال العنف من طرف الزوج سعيا منه لاسترجاع مكانته كرئيس للأسرة بالقوة و الإكراه.

وبالتالي يظهر جليا التشابه بين الفقرة الرابعة من المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 213 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلها.

إن إلغاء قانون الأسرة الجزائري للمادة 39 السابقة الذكر يرجع أساسا إلى سعيه لتكييف ومطابقة النصوص القانونية الداخلية مع الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، ومنها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 [203]، حيث نصت المادة 16 منها على أنه: « تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، وبوجه خاص تضمن على أساس المساواة بين الرجل والمرأة... - نفس الحقوق والمسئوليات أثناء الزواج وعند فسخه. - نفس الحقوق والمسئوليات بوصفها أبوين بغض النظر عن حالتها الزوجية في الأمور المتعلقة بأطفالهما، وفي جميع الأحوال يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول. - نفس الحقوق والمسئوليات فيما يتعلق بالولاية و القوامة و الوصاية على الأطفال وتبنيهم، وما شابه ذلك من الأعراف حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني و في جميع الأحوال يكون لمصالح الأطفال الاعتبار الأول.

- نفس الحقوق الشخصية للزوج و الزوجة بما في ذلك الحق في اختيار إسم الأسرة والمهنة ونوع العمل...».

وما نلاحظه على هذه المادة أنها أرادت أن تضع مساواة مطلقة بين الزوجين في الحقوق والواجبات مما يتعارض بلا شك مع الخصائص الفطرية الذي تميز الزوجين، كما أن السعي من أجل تحقيق هذه المساواة المطلقة سيؤدي حتما إلى زرع بذور الشقاق والخلاف، وبالتالي إنهيار بنيان العلاقة الزوجية .
و نفس الموقف اتخذه المشرع المغربي في مدونة الأسرة [217] بحيث تنص الفقرة الثالثة والرابعة من المادة 51 على أنه: « 3 - تحمل الزوجة مع الزوج مسؤولية تسيير شؤون البيت والأطفال.

4- التشاور في اتخاذ القرارات المتعلقة بتسيير شؤون الأسرة والأطفال وتنظيم النسل.».

ونلاحظ أن مدونة الأسرة المغربية قد نصبت رئيسين للأسرة وذلك بتحميلهما مسؤولية إدارة شؤون الأسرة للزوج و الزوجة معا، مع التأكيد على اتخاذ القرارات في تسيير شؤون الأسرة بالتشاور، لكن ماذا لو اختلف الزوجان في اتخاذ قرار معين؟ فأبي القرارين ينفذ؟ إنها بالفعل إشكالية طرحتها المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري و المادة 51 من مدونة الأسرة المغربية.

أما أحكام الطاعة في القانون المصري فتظهر عند النزاع حولها، و ذلك بقراءتنا للمادة 11 مكرر ثانيا من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985 والتي تنص على أنه: «إذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع، وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة بإعلان عل يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها، وعليها أن تبين في هذا الإعلان المسكن، وللزوجة أن تبين في صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التي تستند إليها في امتناعها عن طاعته وإلا حكم بعدم قبول اعتراضها...».

ويتضح من ذلك أن الزوجة ملزمة بطاعة زوجها، ويكون استحقاقها للنفقة مرتبط بمدى التزامها بهذه الطاعة. ونلاحظ أن المشرع المصري لم يتأثر بهذه الاتفاقية وأبقى على حق الزوج في الطاعة باعتباره رئيس الأسرة.

ويتضح كذلك من مضمون هذه المادة أن الزوجة لها الحق في الامتناع عن طاعة زوجها إذا استندت إلى مبررات شرعية.

ومن بين هذه المبررات الشرعية ما ذكرته الفقرة الخامسة من المادة الأولى من القانون رقم 1929/25 المعدل بالقانون 1985/100 بأنه لا يجوز الاعتراض على خروج زوجته، بل ولا تحتاج إلى إذنه للخروج من منزل الزوجية في الأحوال التي يباح فيها ذلك بحكم الشرع أو ما جرى به عرف أو قضت به ضرورة، ولا لخروجها للعمل المشروع ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروط مشوب بإساءة استعمال الحق، أو منافع لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه.

وكما يقول المستشار "نصر الجندي" فإن المرجع في تحديد الأحوال التي يباح فيها الخروج بحكم الشرع هو فقه المذهب الحنفي، ومن الأحوال التي يجري بها العرف المرجع، هو العرف الذي لا يتعارض مع الكتاب أو السنة، فإن صح العرف شرعا فمعتبر، وإن عارض نصا مذهبيا- في مؤلفات الحنفية - نزولا على قاعدة «لا ينكر تغير الأحكام المبينة على المصلحة و العرف -بتغير الزمان» [22 ص 186]. أما تحديد ما إذا كان استعمال المرأة لحقها في الخروج مشوبا أو غير مشوب بإساءة استعمال الحق وينافي أو لا ينافي مصلحة الأسرة فيخضع لتقدير قاضي الدعوى متى كان تقديره قائما على أسباب تبرره [22 ص 186].

ويبدو أن المظهر الأساسي لتعسف الزوجة في استعمالها حقها في الخروج هو إلحاقها ضررا بالزوج وذلك بإخلالها بحق من حقوقه المترتبة على عقد الزواج، أو إهمالها لشؤون بيتها بمعنى إخلالها بالضوابط الشرعية لخروج الزوجة للعمل.

ويبدو أن الأحوال التي يباح فيها بحكم الشرع خروج الزوجة بدون إذن زوجها لا تخرج عن نطاق الاستثناءات الواردة على استعمال القوامة الزوجية.

3.1.1.1. الاستثناءات الواردة على القوامة الزوجية

إذا كان للزوج الحق في منع زوجته من الخروج من بيت الزوجية ، فإن ممارسة هذا الحق ليست مطلقة، بل هو حق نسبي ترد عليه استثناءات شرعية تجيز للزوجة الخروج بدون إذنه، ويكون ذلك بحسب الغرض من خروج الزوجة، هل هو واجب أو مندوب أو مباح. وتتمثل هذه الاستثناءات فيما يلي:

أولاً: خروج الزوجة بدون إذن زوجها لزيارة والديها ومحارمها

لا يحق للزوج أن يمنع زوجته من الخروج لزيارة والديها ومحارمها، لأن هذه الزيارة صلة للرحم التي هي فرض من فرائض الإسلام بالإضافة إلى الواجب الملقى على الزوجة في البر بالديها والإحسان إليهما، وذلك بزيارتها والقيام على شؤونهما سواء كانت متزوجة أو غير متزوجة. ولكن بالرغم من ذلك لم يتفق الفقهاء على جواز خروجها لزيارة والديها ومحارمها دون إذن زوجها واختلفوا على قولين:

- القول الأول: لا يجوز للزوج أن يمنع زوجته من زيارة أبويها ومحارمها، وهذا قول الحنفية [60 ص 370] والمالكية [69 ص 511].

ولقد اختلف الحنفية والمالكية في تحديد عدد الزيارات فالحنفية قالوا يجوز زيارة والديها مرة كل أسبوع وزيارة محارمها مرة كل سنة، واشترط أبو يوسف في زيارة أبويها بعدم قدرتهما على المجيء إليها، فإن كان باستطاعتها إتيانها فلا يجوز لها الخروج، أما المالكية فلم يحددوا ذلك بمرات

معينة وتركوا الأمر إلى ما تعارف عليه الناس. واستدل أصحاب هذا القول بأدلة وردت في الكتاب والسنة النبوية والمعقول.

– الكتاب - قوله تعالى:(وعاشروهن بالمعروف)، فالآية تضمنت أمرا للأزواج بمعاشرة زوجاتهم بالمعروف، وهذا دليل على الوجوب وليس من المعروف أو من العشرة بالمعروف أن يرفض الزوج طلب زوجته بزيارة والديها وخاصة إذا كانا مريضين، الأمر الذي يجعلهما في حاجة لزيارتها ومساعدتها[96 ص 216] .

- قوله تعالى: (وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهَنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ أَنِ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ ٣٠ وَإِنْ جَاهَدَاكَ عَلَىٰ أَنْ تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا وَاتَّبِعْ سَبِيلَ مَنْ أَنَابَ إِلَيَّ ثُمَّ إِلَيَّ مَرْجِعُكُمْ فَأُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ)[1].

فالآية صريحة في الحث على البر بالوالدين وطاعتها والإحسان إليهما، وإن قطع زيارتهما وإهمالهما يعتبر من العقوق، وبالتالي كان للزوجة الحق في الخروج لزيارتها دون إذن زوجها إذا لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، وذلك دون إفراط ولا تفريط.

- السنة النبوية: - قول الرسول صلى الله عليه وسلم في تحديده لأكبر الكبائر: (عقوق الوالدين). فعن عبد الرحمان بن أبي بكره عن أبيه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (ألا أنبئكم بأكبر الكبائر) قلنا: بلى يا رسول الله قال: (الإشراك بالله وعقوق الوالدين)...[113 ص 133].

- ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: من أحق الناس بحسن صحابتي؟ قال: (أمك) قال: ثم من؟ قال: (ثم أمك) ثم من؟ قال: (ثم أمك) قال: ثم من: قال: (ثم أبوك)[113 ص 132].

ويظهر جليا أولوية حق الوالدين على حق الزوج في الطاعة، لذا استثنيت زيارة الوالدين من دائرة القوامه الزوجية، ولا تحتاج الزوجة لإذن زوجها لزيارتها.

- القول الثاني: وهو قول الشافعية[6 ص 469] والحنابلة[158 ص 220] الذي يمنح للزوج بموجب قوامته الزوجية الحق في منع زوجته من الخروج ولو لزيارة والديها أو حضور جنازة أحدهما، لأن خروجها بدون إذنه هو إخلال بالتزامها بطاعة زوجها. وخروجها في هذه الحالة عصيان والعصيان خيانة لأن الزوجة يجب عليها أن تحفظ شرف زوجها وعرضه و ذلك لأن خروجها بدون إذنه يعرضها للشك والشبهة[57 ص 296].

وقد استدل أصحاب هذا القول بما ورد في السنة النبوية والمعقول.

- السنة النبوية:- ما روي عن أنس رضي الله عنه أن رجلا سافر ومنع زوجته من الخروج، فمرض أبوها، فاستأذنت رسول الله صلى الله عليه وسلم في عيادة أبيها، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إتقي الله ولا تخالفي زوجك) فمات أبوها، فاستأذنت رسول الله صلى الله عليه وسلم في حضور جنازته، فقال

لها: (إتقي الله ولا تخالفى زوجك) فأوحى الله إلى النبي صلى الله عليه وسلم أنني قد غفرت لأبيها بطاعتها لزوجها[165 ص 313].

فالحديث صريح الدلالة على منع الزوج لزوجته من الخروج لزيارة أبيها، أو حضور جنازته، فكان ذلك دليلا على المنع. وقد تعرض الاستدلال بهذا الحديث إلى النقد التالي:

- سند هذا الحديث ضعيف، لأن فيه بن عقيل الخزامي[122 ص 389].

- إن مضمون هذا الحديث يعارض أحكاما مجمع عليها. قال الله سبحانه وتعالى: (وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا يَأَهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا)[1]. و قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (حق المسلم على المسلم خمس، رد السلام و عيادة المريض، وإتباع الجنائز، وإجابة الدعوة، وتشميت العاطس)[113 ص 273].

وأمام هذا الاختلاف، فإننا نرجح القول الأول الذي يجيز للزوجة الخروج من بيت الزوجية لزيارة والديها أو محارمها دون إذن زوجها لأنه يستند إلى أدلة شرعية قوية لا يرقى إليها أي طعن أو شك، فالزوج الذي يمنع زيارة زوجته لو والديها أو محارمها قد أدخل بواجب المعاشرة بالمعروف، وسيدخل الشك في نفس الزوجة ويفقدها الثقة فيه و يغير مشاعرها نحوه، فالذي لا يجب الخير لوالدي زوجته كيف يمكن العيش معه في أمان. فنعتقد أن تطبيق القول الثاني سيؤدي حتما إلى زرع الكراهية في نفس الزوجة إذا تعسف الزوج في عدم الإذن لها لزيارة والديها، الأمر الذي ينذر بوقوع الشقاق بينهما.

أما موقف قانون الأسرة من هذا الاختلاف فقد أخذ نسبيا بالقول الأول الذي ذهب أصحابه – الحنفية والمالكية- إلى جواز خروج الزوجة لزيارة أبويها ومحارمها بدون إذن زوجها وذلك من خلال الفقرة السابعة من المادة 36 التي تنص على أنه: « يجب على الزوجين...: 7- زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف ».

ويتضح أن قانون الأسرة الجزائري لم يحدد عدد الزيارات المسموح لها بدون إذن الزوج وهذا في اعتقادنا اعتمادا لقول المالكية بعدم تحديد هذه الزيارات وتركها لما تعارف عليه الناس (أي العرف السائد المطابق للشرع) غير أن الفقرة السابعة من المادة 36 أضافت الأقارب ولم تحدد من هم هؤلاء الأقارب؟ هل هم من المحارم أم أن اللفظ جاء عاما يشمل كل الأقارب سواء كانوا محارم أو غير محارم؟

فحسب حرفية الفقرة السابعة، يبدو أن قانون الأسرة لا يفرق بين المحارم وغير المحارم، وهذا مخالف لما ذهب إليه الفقهاء في أن الأقارب غير المحارم لا يجوز زيارتهم أو استضافتهم إلا بإذن الزوج وفي حضوره.

في حين نجد أن قانون الأسرة الجزائري كان له موقفا مغايرا للذي نصت عليه الفقرة السابعة من المادة 36 بحيث نصت الفقرة الأولى من المادة 38 الملغاة على أنه: « للزوجة الحق في: - زيارة أهلها من المحارم واستضافتهم بالمعروف». فالمادة 38 صريحة في منح الزوجة الحق في زيارة والديها وأهلها من المحارم كعمها أو خالها طبقا لما هو متعارف عليه في وسط الزوجين وهذا ما قال به الفقهاء. ولا ندري ما

الحكمة التي جعلت قانون الأسرة يغير من موقفه و يسمح للزوجة أن تزور وتستضيف كل أقاربها بدون استثناء؟

فلقد منحت الزوجة حرية واسعة للخروج بدون إذن زوجها خاصة إذا كان للزوجة أقارب كثيرين الواقع الذي من شأنه أن يكون عاملا لظهور الشقاق بين الزوجين في حالة إفراط الزوجة وتعسفها في استعمال هذا الحق.

فالحكمة من هذا التعديل هو تحقيق المساواة بين الزوج و الزوجة في زيارة واستضافة الأقارب. والذي يجب أن نشير إليه في هذا السياق، أن الإشكال لا يطرح في زيارة واستضافة المحارم، وإنما يطرح الاشكال في زيارة واستضافة الأقارب غير المحارم خاصة إذا كثرت زياراتهم واستضافتهم الأمر الذي قد يثير الشبهة و الظنون السيئة. لذلك فإنه من الضروري إعادة النظر في الفقرة السابعة من المادة 36 لإزالة هذا الخلل.

ونجد أن مدونة الأسرة المغربية ذهبت أيضا إلى اعتماد قول الحنفية و المالكية بحق الزوجة في الخروج بدون إذن زوجها لزيارة أبويها أو محارمها، وذلك ما نصت عليه الفقرة الخامسة من المادة 51 على أن: « الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين...:

5 - حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر ومحارمه وزياراتهم واستزاراتهم بالمعروف» .

ونلاحظ من خلال الفقرة الخامسة من المادة 51 من مدونة الأسرة المغربية أنها خالفت موقف قانون الأسرة في السماح للزوجة بزيارة واستضافة الوالدين أو المحارم فقط وهذا ما يتماشى مع موقف الفقهاء.

ثانيا - خروج الزوجة بدون إذن زوجها لأداء فريضة الحج.

إن الحج إلى بيت الله ركن من أركان الإسلام لقوله تعالى: (وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا) [1].

وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (بني الإسلام على خمس، شهادة ألا إله إلا الله وأن محمد رسول الله وإقام الصلاة وإيتاء الزكاة والحج وصوم رمضان)[113 ص 19].

فإذا كانت المرأة قادرة على الحج فلا يجوز للزوج أن يمنعها من أداء فريضة الحج بشرط أن تسافر للحج مع محرم وكان الطريق والرفقة مأمونين[158 ص 6]. وهذا هو الأصح لأنه حج مفروض، فإن لم يأذن لها خرجت بلا إذنه، لأن الحج واجب وترك الواجب معصية، ولا طاعة لمخلوق في معصية الخالق. وقد جوز لها الشافعية أن تحج مع نساء مأمونات ليس معهن رجل ، قربت المسافة أم بعدت إذا تحقق الأمن. أما إذا كان زوجها في حاجة إليها بأن كان مريضا أو ذا عيال لا يستطيع أن يعولهم أثناء تغيبها عنه، ولا يجد من يسد مسدها في ذلك، فإنها لا يجب عليها الحج حتى يستغني زوجها عنها لأنها تعتبر في حكم العاجز

عنه. والحج واجب على التراخي عند كثير من الفقهاء، فإذا فاتها الحج في هذا العام مثلا فقد تتمكن من أدائه في العام الذي بعده وهكذا ، والله بعباده رءوف رحيم[120 ص 580].

وهذا لقوله تعالى: (وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا) ، فالآية دليل على وجوب الحج عند الجمهور... وأجمع المسلمون على ذلك إجماعا ضروريا[33 ص 512].

ويقاس خروج المرأة للحج بدون إذن زوجها على الصوم و الصلاة بدون إذن الزوج ، فإذا كان لا يحق للزوج أن يمنع زوجته من الصلاة المفروضة وصوم رمضان، فإنه بالقياس على ذلك لا يحق له أن يمنعها من الخروج للحج باعتباره واجب عليها. أما حج التطوع فللزوج أن يمنعها منه، وذلك لأن حق الزوج واجب فليس لها تفويته بما ليس واجب[158 ص 06].

ثالثا- خروج الزوجة بدون إذن زوجها لقضاء حوائجها.

إذا تقاعس الزوج في قضاء حوائج زوجته الضرورية جاز لها الخروج لقضاءها بدون إذنه ولا يجوز له منعها لاعتبار ذلك من باب الضرورة، فالضرورات تبيح المحظورات.

وهذا ما قال به الفقيه "البهوتي" في أنه يحرم على الزوجة الخروج بلا إذنه، هذا إذا قام الزوج بحوائجها الضرورية وإن لم يتم بحوائجها فلا بد لها من الخروج للضرورة[160 ص 117].

رابعا - خروج المرأة للعمل بدون إذن زوجها.

ويكون هذا الخروج في حالة ما إذا كانت الزوجة موظفة قبل إبرام عقد الزواج واشترطت على الرجل الاحتفاظ بوظيفتها بعد الزواج خارج منزل الزوجية ووافق على هذا الشرط فلا يمكنه أن يمنعها بعد ذلك عن مواصلة العمل.

و يعتبر هذا الشرط ملزما للزوج وجب عليه تنفيذه، أما إذا أراد منعها من العمل ولم تستجيب لهذا المنع واستمرت في عملها لا تعتبر ناشزة ولا تسقط نفقتها، فخروجها مشروع لأنه مبني على اشتراطها في عقد الزواج، ولكن بشرط ألا يترتب على هذه الوظيفة ضررا بالأسرة أما إذا لم تشترط ذلك، فلا يحق لها الخروج للعمل إلا بموافقة زوجها، لأن حق الزوج في الاحتباس الكامل من المرأة لا يتحقق في حالة الخروج للعمل فكان لابد من رضاه بنقصان حقه. هذا وينبغي ملاحظة اشتراط قيام المرأة على رعاية بيتها وزوجها خير قيام، أما إن قصرت في واجبها، فإن للزوج أن يمنعها من الخروج للعمل وإن وافق لها ابتداء، لأنها بذلك تجاوزت حدود حقها في الخروج ، وقصرت فيما فرض عليها، والمجازرة أشد خطرا من التعسف، وأولى بالمنع والدفع منه ، فلا يسمح لها بالخروج[97 ص 140].

خامسا - خروج الزوجة بدون إذن زوجها للضرورة

يجوز للزوجة أن تخرج من بيت الزوجية بدون إذن زوجها بدافع الضرورة، كإشراف البيت على الانهدام فلها العذر في ذلك وليست ناشزا[123 ص 556] ، نتيجة وقوع زلزال عنيف أو نشوب حريق ، وهذا هربا من الهلاك وتجنبا للضرر الذي قد يلحقها بسبب ذلك لو بقيت في البيت.

وهذا لقوله تعالى: (وَلَا تُقْفُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ)[1] والضرورة تقاس بقدرها، أي كلما كان مكوث الزوجة داخل البيت سيعرضها للهلاك وجب عليها الخروج بدون إذن زوجها ولا إثم عليها.

2.1.1. إلتزام الزوجين بالمعاشرة الجنسية بالمعروف

مما لا شك فيه أن أهم الإلتزام يقع على عاتق الزوجين هو تمكين كل واحد منهما الآخر من إشباع رغبته الجنسية، وهذا تحقيقاً للهدف الأساسي من الزواج وهو إعفاف الزوجين. ولن تحقق المعاشرة الجنسية هذا الهدف إلا إذا مارسها الزوجين في إطارها الشرعي المعروف. ومن أجل إيضاح ورسم هذا الإطار جاء تقسيم هذا المبحث على النحو التالي:

- _ المطلب الأول: ماهية المعاشرة الجنسية وأساسها الشرعي.
- _ المطلب الثاني: الضوابط الشرعية للمعاشرة الجنسية بين الزوجين.

1.2.1.1- ماهية المعاشرة الجنسية وأساسها الشرعي

إن الهدف من التطرق لماهية المعاشرة الجنسية بين الزوجين هو تبيان الوجه الشرعي لهذه المعاشرة ومظاهرها، ومن ثم تبيان مصدر مشروعيتها هذه المعاشرة، وسنوضح ذلك في الفروع التالية:

- _ الفرع الأول: مفهوم المعاشرة الجنسية بين الزوجين وأدلة مشروعيتها.
- _ الفرع الثاني: الطبيعة الشرعية للمعاشرة الجنسية بين الزوجين.

1.1.2.1.1. مفهوم المعاشرة الجنسية بين الزوجين وأدلة مشروعيتها

"لا تتضمن الشرائع الحديثة عادة النص صراحة على الإلتزام كل من الزوجين بتمكين زوجه من الإلتصال الجنسي، ولا يعني ذلك أن هذه الشرائع لا تعد المعاشرة واجبا على كل من الزوجين نحو الآخر. وربما كان السبب في عدم النص عليه هو أنه مفهوم ضمنا ومن ثم فهو ليس بحاجة إلى نص خاص. وربما كان السبب في ذلك أن هذا الوجه من وجوه العلاقة بين الزوجين ليس من السهل ضبطه في نصوص، أو ربما ليس من اللائق صياغته في مواد، ومع ذلك فإن الجانب الجنسي للعلاقات بين الزوجين من أكثر جوانبها أهمية في الحياة العملية. فرغم أن غالبية الناس تتحرج من الإلتجاء إلى القضاء عندما تثور بعض المشاكل بخصوصه ويفضلون حلها بعيدا عن المحاكم لا يود أن ينشر على الملأ حياته الخاصة في أكثر جوانبها خصوصية، فإن المنازعات التي تعرض على القضاء وتتصل بمسائل من هذا القبيل ليست نادرة، وتثور هذه المسائل في الأعم الأغلب، بمناسبة دعاوى الطلاق بوصفها أسباب تبرره، ويكون مطلوبا من القضاء الفصل فيما إذا كانت تكفي لمنح الطلاق"[184 ص 493، 494].

وتعتبر المعاشرة الجنسية بين الزوجين من أبرز الحقوق المشتركة بين الزوجين، وهو ذلك الحق الذي خف الكلام الصريح فيه وهو الاستمتاع والمعاشرة بيد أنه السبب إلى مصالح الزواج وأهمها كالتناسل و السكن و المودة والرحمة، وكيف لا يكون وهو إرواء إحدى شهوتين عليهما تقوم الحياة، ومن أجلهما كان التشريع كله" [78 ص 8].

والاستمتاع طلب التمتع ومعناه التلذذ يقال تمتع بالشيء أي تلذذ به، والمتاع كل شيء يتمتع به، وأصله من قولهم: حبل ممتع أي طويل، وكل من طالت صحبتته مع الشيء متمتع به [35 ص 307]. ومع أن التعبير بالاستمتاع لم يبرز في التبويب الفقهي القديم فإن بعض مشايخنا من المعاصرين أخذوه من تعبير الإمام "الكاساني" الحنفي في بدائعه [23 ص 172] حيث قال: " وهذا الحكم وهو حل الاستمتاع مشترك بين الزوجين فإن المرأة كما تحل لزوجها فزوجها يحل لها " [84 ص 331]. وقد أنس الكاساني في استعماله بالتعبير القرآني: (فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ) [1]. وكان رحمه الله موفقا إذا عول على هذا الاستعمال دون غيره، لأن الاستعمالات الأخرى الواردة في القرآن الكريم كالإفاضة [1] والمس [1]، والتغشي [1]، والإتيان [1]، واللمس [1] والقرب [1] كلها دون لفظة الاستمتاع في العموم، وهو يشملها جميعا، ويفوقها في إحياءاته النفسية، بحصول الألفة والمودة والسكن، وهي مداخل الاستقرار والعفة [22 ص 172].

ويتضح من ذلك، أن المعاشرة الجنسية هي حل استمتاع كل واحد من الزوجين بالآخر في حدود الضوابط الشرعية، ولذلك فعلى كل منهما أن يجيب طلب الآخر للاستمتاع ولا يجوز له الامتناع عن ذلك إلا إذا اثبت وجود مانع شرعي يبرر هذا الامتناع [128 ص 326، 327].

والمعاشرة الجنسية هي الاستمتاع من الطرفين بالنظر واللمس والتقبيل والضم والمفاخضة أو كان بالجماع وهذا ما يعرف بالاتصال الجنسي [54 ص 7].

والفعل المادي لاستمتاع أحد الزوجين بالآخر لا يمكن أن ينفرد به أحدهما بل لا بد من مشاركتها معا حتى يحصل هذا الاستمتاع وهذه المشاركة تدعو إليها طبيعة الفعل ذاته [36 ص 195، 196]. وقد وردت عدة نصوص من القرآن والسنة النبوية للدلالة على مشروعية المعاشرة الجنسية بين الزوجين نذكر منها:

- القرآن الكريم: - قال تعالى: (وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ ۗ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ) [1].

- (نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ) [1] فدللت هذه الآية صراحة على إباحة المعاشرة الجنسية بين الزوجين.

- (أَجَلٌ لَّكُمْ لَيْلَةُ الصِّيَامِ الرِّقْتُ إِلَىٰ نِسَائِكُمْ هُنَّ لِيَاسٌ لَّكُمْ وَأَنْتُمْ لِيَاسٌ لَّهُنَّ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ كُنْتُمْ تَخْتَانُونَ أَنْفُسَكُمْ فَتَابَ عَلَيْكُمْ وَعَفَا عَنْكُمْ فَالآنَ بَاشِرُوا هُنَّ) [1].

فكانت هذه الآية دليلاً آخر على مشروعية وحل الاتصال الجنسي بين الزوجين.

- (وَرَبَّائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّن نَّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ) [1] ، ومعنى الدخول في هذه الآية هو الجماع.

- السنة النبوية: - وردت عدة أحاديث نبوية شريفة تدل على مشروعية المعاشرة الجنسية بين الزوجين نذكر بعض منها:

- قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (فاتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمان الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله) [156 ص 615].

- (يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإن له وجاء) [156 ص 3]. يحث الحديث الشباب على المعاشرة الجنسية في إطارها الشرعي وهو الزواج باعتباره الوسيلة المثلى لحفظ الفرج عن الحرام.

- (إذا أحدكم أعجبتة المرأة ، فوقع في قلبه، فليعمد إلى امرأته فليواقعها، فإن ذلك يرد ما في نفسه) [156 ص 5].

وإن المعاشرة الجنسية بين الزوجين ليست أمر مشروعاً فحسب ولكنه عمل يبتغي به المسلم أجراً من الله تعالى حيث يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم:

- (وفي بضع أحدكم صدقة، قالوا: يا رسول الله أيأتي أحدنا شهوته ويكون له فيها أجر؟ قال: أرأيتم لو وضعها في حرام أكان عليه فيها وزر؟ فكذلك، إذا وضعها في الحلال كان له أجر) [156 ص 488].

- عن جابر قال: تزوجت، فقال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم: (ما تزوجت؟ فقلت: تزوجت ثيباً، قال: مالك وللعداري ولعابها) [109 ص 380].

وبالتالي، فإن الإسلام شرع المتعة الجنسية وجعلها من زينة الحياة الدنيا وطيبة من الطيبات جميعها خاصة يوم القيامة [79 ص 21].

قال تعالى: (قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ قُلْ هِيَ لِلَّذِينَ آمَنُوا فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا خَالِصَةٌ يَوْمَ الْقِيَامَةِ كَذَلِكَ نُفَصِّلُ الْآيَاتِ لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ) [1].

واستناد لما سبق يتضح الأساس الشرعي للمعاشرة الجنسية بين الزوجين الذي يبين حل ومشروعية المتعة الجنسية التي تعتبر المقصود الأساسي للزواج وذلك في إطار عقد زواج صحيح منظم شرعاً وقانوناً.

وإن الحكمة من مشروعية المعاشرة الجنسية بين الزوجين هو قضاء وإشباع الشهوة الجنسية التي وضعها الله في الإنسان كغريزة جنسية وذلك وقاية للزوجين من الوقوع في معاشرة جنسية فاحشة وما يترتب عليها من أضرار، بالإضافة إلى الحكمة الأساسية الأخرى من المعاشرة الجنسية وهي التناسل، وإنجاب الذرية، وحفظ النوع الإنساني.

ولتبيان فوائد المعاشرة الجنسية بين الزوجين فقد قال الفقيه "ابن القيم" [16 ص 146]: "وأما الجماع والباه فكان هديه فيه أكمل هدي يحفظ به الصحة ويتم به اللذة وسرور النفس ويحصل به مقاصده التي وضع لأجلها، فإن الجماع وضع في الأصل لثلاثة أمور هي مقاصده الأصلية :

1- حفظ النسل ودوام النوع إلى أن تتكامل العدة التي قدر الله بروزها إلى هذا العالم.

2- إخراج الماء الذي يضر احتباسه واحتقانه بجملة البدن.

3- قضاء الوطر، ونيل اللذة، والتمتع بالنعمة، وهذه وحدها هي الفائدة التي في الجنة، إذ لا تناسل هناك ولا احتقان يستقرغه الإنزال، وفضلاء الأطباء يرون أن الجماع من أحد أسباب حفظ الصحة...".

وإن العلاقة الجنسية بين الزوجين أمر له خطره وأثره في الحياة الزوجية وقد يؤدي عدم الاهتمام بها أو وضعها في غير موضعها إلى تكدير هذه الحياة وإصابتها بالاضطراب والتعاسة. وقد يفضى تراكم الأخطاء فيها إلى تدمير الحياة الزوجية والإتيان عليها من القواعد [172 ص 484].

2.1.2.1.1. الطبيعة الشرعية للمعاشرة الجنسية بين الزوجين

لقد اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة الشرعية للمعاشرة الجنسية بين الزوجين على عدة أقوال هي:

- القول الأول: إن المعاشرة الجنسية بين الزوجين حق للزوج والتزام على الزوجة، وهو قول الشافعية [18 ص 170] والحنفية [84 ص 489] ولا يجب على الزوج قضاء إلا مرة واحدة في العمر. والزيادة على ذلك تجب فيما بينه وبين الله تعالى من باب حسن المعاشرة واستدامة النكاح. وقد استدل أصحاب هذا القول بقوله تعالى: (نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ) [1] ، وقوله تعالى: (فأتوهن من حيث أمركم الله) [1]. وحسب هذا القول تعتبر المرأة محلا لعقد الزواج تأكيدا للتعريف التقليدي لعقد الزواج وهو التمتع بآدمية.

- القول الثاني: ومفاده أن المعاشرة الجنسية حق لكل من الزوجين تجاه الآخر، يترتب عليه إلزام كل واحد من الزوجين تلبيبة حاجية الآخر في الوطء بل يجبر على ذلك عن طريق القضاء وهذا ما قال به المالكية [136 ص 19] والحنابلة [158 ص 340] والظاهرية [83 ص 178].

وأوجه الاستدلال لهذا القول تتمثل فيما يلي:

- وحيث أوجبنا الوطء فإنما هو إيفاء حق الزوجة لا غير.
- لأن مصالح النكاح أكثر فإنه يشتمل على تحصين الدين وإحرازه وتحصين المرأة وحفظها.
- وهو أن الزوج إذا امتنع من وطء زوجته بقصد الإضرار بها تضرب لها المدة كما تضرب للمولى فإما أن يطأ أو يطلق [101 ص 176].

ويؤيد هذا القول ما روى أن "كعب بن سور" كان جالسا عند "عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فجاءت امرأة وقالت: يا أمير المؤمنين إن زوجي يصوم النهار و يقوم الليل، فقال عمر: ما أحسنك ثناء

على زوجك، فقال كعب: يا أمير المؤمنين إنها تشتكي إليك زوجها، فقال عمر، أحكم بينهما فإنك فهمت من أمرها ما لم أفهم، فقال كعب، أراها إحدى نساءه الأربع يفطر لها يوماً، ويصوم ثلاثة أيام، فاستحسن عمر ذلك منه وولاه قضاء البصرة [158 ص 220].

فلقد اعتبرت هذه الواقعة دليلاً على أن الزوجة لها الحق الخالص في المعاشرة الجنسية مثل الرجل، ولها أن تطلب من القاضي إلزامه بذلك، وقد أخذت معظم القوانين بهذا الرأي ومنحت الزوجة الحق في طلب التفريق إذا كان الزوج عاجزاً جنسياً [80 ص 169].

والجماع واجب على الرجل للمرأة إذا انتفى العذر [18 ص 170].
وتقتضي المعاشرة بالمعروف أن يعف الزوج زوجته بالاتصال الجنسي، فإن من المقاصد الأساسية للزواج، إلى جانب الإنجاب والتعاون على الاستقرار النفسي ومباشرة النشاط العام، يحصن الفرج و يسكن الشهوة، و إعفاف النفس من التطلع إلى المتعة المحرمة [81 ص 133].

ولما كانت المرأة مخلوقاً بشرياً كالرجل، ركبت فيها الشهوة كما ركبت فيه، وكانت هي مثله في الحاجة إلى الأعفاف وتلبية نداء الغريزة. وقد تكون هي بعض الأحيان أشد حاجة إلى ذلك، إذا توافرت لها الراحة الجسمية والنفسية في المنزل، وكان الرجل في الوقت نفسه مشغولاً مرهقاً بهوم الحياة الثقيلة وتبعاتها الجسمية التي لا تدعه يهنأ براحة جسمية أو فكرية في كثير من الأحيان حتى يفكر في الاتصال الجنسي [81 ص 133].

ولما كان الجماع حقاً للزوجة كما هو حق للزوج فقد حرم الله تعالى على الزوج عدم جماعها لمدة أربعة أشهر، ولهذا فقد حرم الله الإيلاء كما حرم الظهار وفاء بحق المرأة في جماع زوجها، فالإيلاء والظهار صور مختلفة لعدم جماع الزوجة غضبا عليها للإضرار بها وإهانتها فلا هي زوجة تمارس حقوقها معه، ولا هي مطلقة حرة ليغنيها الله بزواج آخر، وإنما هي معلقة، زوجة بالاسم فقط، وكانت هذه الأفعال ميراثاً من الجاهلية وصدراً من الإسلام حتى أبطلها الله تعالى وأنصف المرأة ورد عليها حقها تقديراً لإنسانيتها ومكانتها [82 ص 65].

وقد سئل الشيخ "ابن تيمية" عن الرجل إذا صبر على زوجته الشهر والشهرين لا يطؤها: فهل عليه إثم أم لا؟ وهل يطالب الزوج بذلك؟ فأجاب: يجب على الرجل أن يطأ زوجته بالمعروف، وهو من أوكدها عليه: أعظم من إطعامها [27 ص 213].

وإن التقصير في إعفاف الزوجة له أضرار جسمية، فهو يورث كراهتها لزوجها، وعدم إخلاصها في أداء واجبها نحوه، واستشرافها للذة التي قد تطلبها من غيره، والتفكير في الخلاص منه، وفيه ضرر عليه أيضاً بعد أمنه عليها عند غيابه، فالغريزة الجنسية أقوى الغرائز في سلوك الإنسان أو من أفواها، والويل لمن لم يتنبه إليها. ولأهمية هذا الحق رأى بعض العلماء استعانة الرجل بالأدوية والمقويات الحلال التي تزيد من قدرته على الوفاء بهذا الحق [81 ص 141].

وقال صاحب "المغنى" والوطء واجب على الرجل إذا لم يكن به عذر، وبه قال مالك، وعلى قول القاضي: لا يجب إلا أن يتركه للإضرار. وقال الشافعي: لا يجب عليه لأنه حق له فلا يجب عليه كسائر حقوقه" [158 ص 220].

والقول الذي لا يلزم الزوج بمباشرة زوجته لا يقف أمام قول الجمهور بوجوب ذلك [81 ص 141].

وتأكيدا لإلزامية المعاشرة الجنسية بين الزوجين قال "ابن حزم": "وفرض على الرجل أن يجامع امرأته التي هي زوجته وأدنى ذلك مرة في كل طهر— إن قدر على ذلك- وإلا فهو عاص لله تعالى، وبرهان ذلك قول الله عز وجل: (فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ) [83 ص 173].

فالمعاشرة حق لكل من الزوجين وواجب عليه نحو الزوج الآخر، فالزوجة ملزمة بتمكين زوجها والزوج ملزم بالاتصال بزوجه، والمعاشرة مقصورة لذاتها باعتبارها متعة، ومقصودة باعتبارها وسيلة لتحقيق غرض آخر وهو إنجاب ذرية، ولكل من الزوجين مصلحة في الحصول عليها [184 ص 14]. ويتضح مما سبق ذكره في اختلاف الفقهاء حول الطبيعة الشرعية للمعاشرة الجنسية أن القول الثاني أجدر بالترجيح باعتباره يحقق العدالة والتوازن في توزيع الحقوق والالتزامات بين الزوجين، فإنه من غير المقبول أن نفر للرجل بأحقيته في الاستمتاع بزوجه ونسب المرأة ذلك فهذا انتقاص من كرامتها وإنسانيتها فهي ليست محلا في عقد الزواج بل هي طرف أصيل له حقوق والتزامات، وفي ذلك يقول الله عز وجل: (وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ) [1].

وإن تطبيق القول الأول بإقرار الحق الخالص للزوج في المعاشرة الجنسية دون الزوجة التي يعتبر بالنسبة إليها التزام واجب تنفيذه من شأنه منح الزوج حرية واسعة في استعمال هذا الحق بالطريقة التي يريد وفي الوقت الذي يشاء. وبمقتضى هذا القول لا يجوز لها أن تطالب زوجها بالمعاشرة الجنسية وفي ذلك ظلم كبير للزوجة مما ينتج عنه ضررا نفسيا جسيما يؤثر حتما على تأدية دورها في الحياة الزوجية.

والواقع أن التزام الإحصان بين الزوجين كأى التزام قانوني آخر له وجهين: وجه إيجابي: يتمثل في إعفاف كل من الزوجين الآخر بالمعاشرة الزوجية المستوفية لشروطها وآدابها الشرعية. ووجه سلبي: يتمثل في امتناع كلا الزوجين عن كل ما يمكن أن يمس أحدهما في شرفه وعرضه [194 ص 49، 50].

فإذا كانت المعاشرة الجنسية إلتزام يقع على عاتق الزوجين، فإنه في نفس الوقت يقابله حق كل منهما تجاه الآخر في التمكين من الاستمتاع المشروع، ومن ثم يطرح التساؤل حول مدى حرية الزوجين في استعمال هذا الحق؟.

لم يتفق الفقهاء حول المقدار المناسب للمعاشرة الجنسية بين الزوجين، واختلفوا على النحو التالي:

يرى الحنفية أن الزوج ملزم قضاء أن يجامع زوجته مرة واحدة في مدة الزواج [84 ص 489]، بمعنى أن الزوج يكفي أن يجامع زوجته مرة واحدة طوال مدة عقد الزواج، وبذلك تكون الزوجة قد استوفت حقها قضاء، ولا يملك القاضي فيما بعد إلزامه بالوطء [54 ص 13].

وهذا القول لم نجد له دليلاً كما أنه يبدو غريباً لمنافاته مقصود الزواج ودفع ضرر الشهوة، وحكم الإيلاء ينقضه، فقد قلنا بأن من حلف على زوجته أن لا يجامعها ومضى على تنفيذه أربعة أشهر، حق لزوجه هذه أن تطلب الطلاق إن لم يرجع، فحق الزوجة كما يفيد النص لم يقتصر على المرة الواحدة في ظل العقد [54 ص 13].

ويقول المالكية [31 ص 34] وقول لأبي حنيفة [84 ص 492]: الوطء واجب على الزوج للمرأة عند مالك إذا انتفى العذر، بالحجج التالية:

1- قبول عمر بن الخطاب رضي الله عنه لقضاء كعب بن سور حيث أوجب للمرأة ليلة من كل أربع ليال.

2- للزوج أن يسقط حقها عن ثلاثة أيام بأن يتزوج ثلاثة آخر سواها، فلما لم يتزوج فقد جعل ذلك لنفسه فكان الخيار له في ذلك، فإن شاء صرف ذلك إلى الزوجات وإن شاء صرفه إلى صيامه وأشغاله [84 ص 492].

ومن خلال هذا القول يمكننا أن نستدل ملاحظتين هامتين:

1- أما قصة كعب بن سور فهي محتملة لأن تكون تقديراً شخصياً مناسباً لحال الزوجين المعروضة فيها، فهي واقعة عين لا يقاس عليها غيرها، ولا تكون قاعدة عامة لكل الأزواج، فعلها في ذلك مثل تقدير النفقة التي يراعى فيها حال الزوجين من اليسر والإعسار [179 ص 95].

2- أما القول بأن للرجل أن يتزوج بثلاث غير زوجته فله الحق في إسقاط حق الواحدة في ثلاث ليال فالرد عليه هو أن جواز التزوج بأربع لا يقتضي أنه إذا تزوج بواحدة يكون لها حال الإنفراد ما لها حال الاجتماع [27 ص 247].

ويرى الحنابلة [158 ص 5] أن وطء الزوجة زوجته مقداره مرة كل أربعة أشهر وحجتهم في ذلك أن تقدير الله تعالى للوطء بأربعة أشهر في حق المولي، فجاز تعميم ذلك في المعاشرة الجنسية بين الزوجين مطلقاً، لأن ما وجب أدائه إذا حلف على تركه وجب أدائه إذا لم يحلف كالنفقة وسائر الواجبات، فيحققه أن اليمين لا تجعل غير الواجب واجباً إذا أقسم على تركه فوجوبه معها يدل على وجوبه قبلها، ولأن وجوبه في الإيلاء إنما كان لدفع حاجة المرأة وإزالة الضرر عنها وضررها لا يختلف بالإيلاء وعدمه فلا يختلف الوجوب [158 ص 5].

ويمكن مناقشة هذا الرأي بأن القياس على الإيلاء قياس مع الفارق، حيث أن المولى ألزم نفسه باليمين على ترك وطء الزوجة كراهة أو عقوبة لها مدة أربعة أشهر، فإذا مضت هذه المدة خير الزوج

بين الفيئة أو الطلاق، وله شروط وأحكام تختص به من أهمها الحلف بالله وبأسمائه وصفاته على عدم قربان المرأة مدة أربعة أشهر أو أكثر، فالإيلاء له حكم شرعي شرعه الله تعالى وحفه بالضوابط الشرعية حتى ينصف المرأة من جور الجاهلية حيث كان الرجل إذا غضب من زوجته حلف ألا يطأها السنة أو سنتين أولاً يطأها أبداً، فتبقى المرأة كالمعلقة، فأنصف الإسلام المرأة ووضع للإيلاء أحكاماً خففت من أضراره وحدد للمولي أربعة أشهر مع الحفاظ على حق الرجل في تأديب امرأته، فهو حالة استثنائية في الحياة الزوجية شرع لتنظيم خلل في العلاقة الزوجية، فلا يلحق به في أحكام الوطء الذي هو قائم على المحبة والرغبة الصادقة بين الزوجين [179 ص 95، 96].

وبالفعل فالقياس على الإيلاء لتحديد مقدار وطء واستمتاع الزوجين قياس غير صالح ولا يتناسب البتة مع أهم مقصود من مقاصد الزواج وهو إحسان وإعفاف الزوجين، فلنتصور لو أخذنا بهذا الرأي كيف ستكون الحياة الزوجية، فحتماً سيقع الاضطراب ويختل ميزان الحقوق الزوجية، ويدب الخلاف، فهل يعقل أن ينتظر الزوجان أربعة أشهر ليحصل الوطء؟

وصرح الظاهرية [83 ص 173] بوجوب أن يجامع الرجل امرأته وهي زوجته على الأقل مرة واحدة في كل طهر بحيث يقول الفقيه الظاهري "ابن حزم": "وفرض على الرجل أن يجامع امرأته التي هي زوجته، وأدى ذلك مرة في كل طهر - إن قدر على ذلك - وإلا فهو عاص لله... [83 ص 173]. ودليلهم في ذلك: قوله تعالى: (فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ) [1]، وما رواه عبد الله بن عامر بن ربيعة قال: "إنا لنسير مع عمر بن الخطاب بالرف من جمدان إذ عرضت له امرأة من خزاعة شابة فقالت: يا أمير المؤمنين إن امرأة أحب ما تحب النساء من الولد وغيره ولي زوج شيخ، والله ما برحنا حتى نظرنا إليه يهوى شيخ كبير، فقال لعمر: يا أمير المؤمنين إني لمحسن إليها وما ألوها، فقال له عمر: أتقيم لها طهرها؟ فقال: نعم، فقال لها عمر: انطلق مع زوجك والله إن فيه لما يجزي أو قال يغني المرأة المسلمة" [83 ص 173].

ورداً على قول الظاهرية جاء في تفسير القرآن العظيم: "...وذهب ابن حزم إلى وجوب الجماع بعد كل حيضة، لقوله تعالى: (فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ) وليس له في ذلك مستند لأن هذا أمر بعد الحظر" [33 ص 353].

أما ما جاء في القضية التي حكم فيها عمر بن الخطاب فهي خاصة بالطرفين المتنازعين وبالتالي لا يمكن اعتبار قضاء عمر قاعدة عامة تطبق في شأن المعاشرة الجنسية بين الزوجين.

أما القول الأخير فهو ما صرح به شيخ الإسلام "ابن تيمية" أن وطء الزوج لزوجته لا يحدد بمقدار معين، ومعياره هو كفاية الزوجة بمدى استطاعته في إتيان ذلك، وفي هذا الصدد سئل شيخ الإسلام "ابن تيمية" عن رجل إذا صبر على زوجته الشهر والشهرين لا يطأها: فهل عليه إثم أم لا؟ وهل يطالب الزوج بذلك؟ فأجاب: "يجب على الرجل أن يطأ زوجته بالمعروف، وهو من أوكدها عليها،

أعظم من إطعامها، والوطء الواجب قيل: إنه واجب في كل أربعة أشهر مرة، وقيل: بقدر حاجتها وقدرته، كما يطعمها بقدر حاجتها وقدرته، وهذا أصح القولين، والله أعلم" [27 ص 213].

وفي ذلك يقول "القرطبي": "ثم عليه أن يتوخى أوقات حاجتها إلى الرجل فيعفها ويغنيها عن التطلع إلى غيره وإن رأى الرجل من نفسه عجزا عن إقامة حقها في مضجعها أخذ من الأدوية التي تزيد في باهه وتقوي شهوته حتى يعفها" [4 ص 112].

فالأوفق أن يترك عدد المرات وتحديد الفترات للزوج والزوجة، من حيث وجود الداعي إليه وعدم المنع منه [81 ص 141، 142] وبصفة عامة فإن أوقات الجماع وتحديدتها يكون وفقا لحاجة الزوجين، وللزوجة أن تنال حظها من زوجها متى شاءت، وللزوج مثل ذلك [74 ص 116، 117]، قال تعالى: (نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ) [1].

و الأرجح من الأقوال السابقة التي وردت في تحديد مقدار المعاشرة الجنسية بين الزوجين، هو ما أفتى به شيخ الإسلام "ابن تيمية" بعدم تحديد مقدار معين للوطء. وفي الواقع فطبيعة الغريزة الجنسية التي تحتاج إلى إشباع مستمر لا يمكن بأي حال من الأحوال أن نحدد لها مقدار معين، فهي كما شبهها "ابن تيمية" مثل النفقة يحدد مقدارها بالمعروف والكفاية، وتحديد ذلك يعتمد على معيار شخصي، بحيث يخضع ذلك لإرادة وإتفاق الزوجين حسب الظروف الجسمية والنفسية لكل منهما وقدرتهما على ذلك.

فالاتصال الجنسي عبارة عن رغبة تحتاج إلى وجود تجانس واتفاق بين الزوجين لتحقيقها، ومن ثم لا يمكن أن نفرض على الزوجين مقدار معين للاتصال الجنسي بينهما، بالإضافة إلى عدم ثبوت نص شرعي يحدد عدد المرات التي يطأ فيها الزوج زوجته و بالتالي فأي تحديد لذلك يخضع غالبا لعرف وعادات الناس.

وبناء على ما سبق ذكره فلا إلزام على الزوجين بالاتصال الجنسي بمدة معينة. وتعتبر المخالطة الجسدية أو المعاشرة الزوجية التزاما من كلا الطرفين قبل الآخر وحقا له في نفس الوقت فلا يجوز لأحدهما الامتناع عن ذلك إلا لمبرر شرعي [194 ص 50].

2.2.1.1. الضوابط الشرعية للمعاشرة الجنسية بين الزوجين

إن الحديث عن الضوابط الشرعية للمعاشرة الجنسية بين الزوجين هو السعي من أجل تحديد الطرق الشرعية التي تحفظ هذه المعاشرة من كل عوامل النفور والكراهية التي قد تظهر من خلال الممارسة غير الشرعية لهذه المعاشرة، لذلك أقر المشرع تلك الضوابط التي تتجلى في الفروع التالية:

- الفرع الأول: آداب المعاشرة الجنسية بين الزوجين.

- الفرع الثاني: القيود الواردة على المعاشرة الجنسية بين الزوجين.

- الفرع الثالث: محل المعاشرة الجنسية بين الزوجين.

1.2.2.1.1. آداب المعاشرة الجنسية بين الزوجين

أولاً: التسمية و التستر عند المعاشرة الجنسية بين الزوجين

من آداب الاتصال الجنسي بين الزوجين أن يباشره بتسمية الله باعتبار أن المعاشرة الجنسية بين الزوجين عبادة يؤجر عليها و في ذلك روي عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لو أن أحدكم إذا أتى أهله قال: بسم الله اللهم جنبنا الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتنا، فإن قدر بينهما في ذلك ولد لن يضر ذلك الولد الشيطان أبداً) [121 ص 287].

وقول الرسول صلى الله عليه وسلم في الحديث: (لن يضر الولد الشيطان أبداً)، معناه: لا يطعنه في بطنه عند الولادة، فقد ثبت في الصحيح أن كل بني آدم يطعنه الشيطان في بطنه حين يولد إلا من استثنى من ذلك كيحي ويسى عليهما السلام، وكل ولد قد سمى الله أبوه قبل الجماع [120 ص 70]. وقيل: لم يضره بمشاركة أبيه في جماع أمه كما جاء عن مجاهد أن الذي يجامع ولم يسم، يلتف الشيطان على إحليله فيجامع معه، وقيل: لا يفتنه في دينه في بركة التسمية، وقيل: لا يضره في بدنه، وكل هذه المعاني محتملة و الله أعلم [120 ص 70].

ومن المستحب الاستتار عند الاتصال الجنسي بالقدر الممكن، ومن المكروه أن يتم الاتصال وهما عاريين، كما يجب أن يستتر الزوجان عند الاتصال الجنسي عن الناس، أي يجب أن يتم الجماع خلوة لتحقيق غرضه والتمثل في قضاء الشهوة الجنسية وتحقيق اللذة والمتعة، وإنه من الحرام أن يطلب الزوج مباشرة زوجته دون تحقق الخلوة الكاملة، وتأكيد لذلك، ثبت في حديث بهز بن حكيم عن أبيه عن جده قال: " قلت يانبي الله عورتنا ما نأتي منها وما نذر؟ قال: "إحفظ عورتك إلا من زوجتك أو ما ملكت يمينك"، قلت يارسول الله إذا كان القوم بعضهم في بعض، قال: "إن استطعت أن لا يراها أحد فلا يراها"، قال قلت إذا كان أحدنا خالياً، قال: " فانه أحق أن يستحيا من الناس" ففي هذا الحديث الأمر بستر العورة في جميع الأحوال، والإذن بكشف ما لا بد منه للزوجات والمملوكات حال الجماع ولكنه ينبغي الاقتصاد على كشف المقدار الذي تدعو الضرورة إليه حال الجماع " [121 ص 288].

ثانياً: إلزام الزوجين بعدم الحديث عما وقع بينهما أثناء الاتصال الجنسي

حرم على الزوجين إفشاء الأسرار التي تقع بينهما والمتعلقة بالاتصال الجنسي ومقدماته من قبيلات وأحضان وغير ذلك [54 ص 19].

فعن أبي سعيد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (إن من شر الناس عند الله منزله يوم القيامة الرجل يفضي إلى المرأة وتفضي إليه ثم ينشر سرها).

وعن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما سلم أقبل علينا بوجهه فقال: (هل منكم الرجل إذا أتى أهله أغلق بابيه وأرخصي ستره، ثم يخرج فيحدث فيقول: فعلت بأهلي كذا وفعلت بأهلي كذا)؟ فسكتوا فأقبل على النساء، فقال: (هل منكن من تحدث)؟

فجثت فتاة كعاب على إحدى ركبتيها وتناولت ليراها رسول الله صلى الله عليه وسلم ويسمع كلامها فقالت: أي والله، إنهم يتحدثون، وإنهن ليتحدثن، فقال عليه السلام: (هل تدرون ما مثل من فعل ذلك؟ إن مثل من فعل ذلك مثل شيطان وشيطانة لقي أحدهما صاحبه بالسكة ففضى حاجته منها والناس ينظرون إليه). وكفى بهذا التشبيه تنفير المسلم من ارتكاب هذه الحمافة، وذلك الإسفاف فليس يرضى مسلم لنفسه أن يكون شيطانا أو كالشيطان[169 ص 175].

والحديثان يدلان على تحريم إفشاء أحد الزوجين لما يقع بينهما من أمور الجماع، وذلك لأن كون الفاعل من أشر الناس وكونه بمنزلة شيطان لقي شيطانه ففضى حاجته منها والناس ينظرون، من أعظم الأدلة الدالة على تحريم نشر أحد الزوجين للأسرار الواقعة بينهما الراجعة إلى الوطاء ومقدماته، فإن مجرد فعل المكروه لا يصير به فاعله من الأشرار فضلا عن كونه من شرهم. وكذلك الجماع بمرأى من الناس لا شك في تحريمه، وإنما خص النبي صلى الله عليه وسلم في حديث "أبي سعيد" الرجل، فجعل الزجر المذكور خاصا به ولم يتعرض للمرأة، لأن وقوع ذلك الأمر في الغالب من الرجال، قيل وهذا التحريم إنما هو في نشر أمور الاستمتاع ووصف التفاصيل الراجعة إلى الجماع وإفشاء ما يجري من المرأة من قول أو فعل حال الوقاع، وأما مجرد ذكر نفس الجماع، فإن لم يكن فيه فائدة و إليه حاجة فمكروه لأنه خلاف المروءة ومن التكلم بما لا يعني... وقد ثبت في الصحيح عنه صلى الله عليه وسلم: (من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيرا أو ليصمت)[121 ص 292، 293].

ثالثا: ألا يتصل جنسيا بزوجه في حضور الزوجة الأخرى

وفى ذلك يقول "ابن قدامة": "وليس للرجل أن يجمع بين امرأته في مسكن واحد بغير رضاها صغيرا كان أو كبيرا لأن عليهما ضررا لما بيناه من العداوة والغيرة واجتماعهما يثير المخاصمة والمقاتلة وتسمع كل واحد منهما حسه إذا أتى إلى الأخرى أو ترى ذلك، فإن رضيتا بذلك جاز لأن الحق لهما فلهما المسامحة بتركه، وكذلك إن رضيتا بنومه في لحاف واحد، وإن رضيتا بأن يجامع واحدة بحيث تراه الأخرى لم يجز، لأن فيه دناءة وسخفا وسقوط مروءة فلم يبح برضاها..."[158 ص 220].

رابعا: ضرورة مراعاة الحالة النفسية للزوجة عند معاشرتها

ومن آداب المعاشرة الجنسية أن يراعي الزوج الحالة النفسية لزوجته عند معاشرتها جنسيا، فمن حق الزوجة على زوجها أن لا يجبرها على الجماع وهي حزينة أو مهمومة لأي سبب من الأسباب، فهذا من حسن العشرة ومن الأدب الإنساني، وذلك مراعاة لحالتها النفسية والعاطفية التي لا تتقبل هذا الأمر

في مثل هذه الظروف [82 ص 68، 69]. فعن عبد الله بن زمعة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد ثم يجامعها في آخر اليوم) [112 ص 586].
وقياسا على هذا الحديث لا يصح للزوج أن يجامع زوجته وهي حزينة أو مريضة أو مهمومة، فإن هذا من حسن المعاشرة، ومن كرم الأخلاق [82 ص 69]. وفي هذا الصدد يقول "ابن قيم الجوزية":
"من بين الجماع الضار ألا يكون على تعب ولا أثر حمام ولا استفراغ ولا انفعال نفساني كالغم والهم والحزن..." [16 ص 150].

والقول بذلك تأكيد لتنوع الأهداف المرجوة من المعاشرة الجنسية بين الزوجين. فالإتصال الجنسي بين الزوجين لم يشرع لمجرد التناسل فقط، بل شرع أيضا للمتعة واللذة أي قضاء الشهوة، ولا تتحقق المتعة إلا إذا توافر الاستعداد المعنوي للإستمتاع الجنسي، فالجماع ليس مجرد فعل مادي فقط وإنما فعل مزدوج يجمع بين الجانب المادي والجانب المعنوي لتحقيق الاستقرار النفسي وتوطيد عرى المودة والرحمة بين الزوجين.

1.1.2.2. القیود الواردة على المعاشرة الجنسية

أولاً: وجوب إتيان الزوجة في فرجها لا في دبرها

يعتبر فرج المرأة قبلها موضع شهوتها الجنسية والموقع الطبيعي لمباشرة الزوجة جنسيا، ففيه قناة المهبل التي هي مسلك عضو الرجل، وهي تتكيف مع عضوه فتتمدد وتتسع حسب حاله، وفيه من للزوجة و الحرارة و الإفرازات ما يستمتع به الرجل وينشط دون إجهاد منه أو منها [54 ص 22].
ومباشرة الزوجة في دبرها فعل مناف للفطرة ومخالف للطبع، ويحرمه الشرع، قال الله تعالى: (نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَيَّ شَيْئُمْ) [1] ، قال "ابن عباس" [33 ص 353]: الحرث موضع الولد أي كيف شئتم مقبلة ومدبرة في صمام واحد كما ثبتت بذلك الأحاديث قال البخاري: حدثنا أبو نعيم حدثنا سفيان عن ابن المنكدر قال سمعت جابرا قال: كانت اليهود تقول: إذا جامعها من ورائها جاء الولد أحول فنزلت (نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَيَّ شَيْئُمْ). فالحرث: موضع الغرس والزرع وهو هنا محل الولد، إذ هو المزروع، فالأمر بإتيان في الفرج خاصة [43 ص 192].

وقال الله تعالى: (فَأَتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ) [1]... فأتوهن في المكان الذي أحله الله لكم، وهو مكان النسل و الولد القبل لا الدبر [116 ص 142].

فإنه لم يخلق الدبر للجماع، ولا يحصل بالوطء فيه حمل بخلاف القبل، فما هو إلا فتحة متصلة بالأمعاء الغليظة يخرج منها الغائط أو الفضلات المتخلفة عن الهضم، وهي قذرة بخسة ذات رائحة كريهة، يعافها الطبع الإنساني و ينفر منها فضلا عن بعض الحيوانات، والواطئ في الدبر يستقبل هذه النجاسة بوجهه ويلابسها وهذا من أسباب تحريم الوطء في الدبر [54 ص 22].

ولقد قال جمهور الفقهاء بتحريم معاشره الزوجة جنسيا في موضع الدبر [8 ص 221].
فليس من شأن الدين أن يحدد للرجل هيئات المباشرة وكيفيةها إنما الذي يهتم الدين أن يتقي
الزوج الله و يعلم أنه ملاقيه فيتجنب الدبر [169 ص 174].

ولجمهور الفقهاء أدلة من القرآن والسنة تدل على تحريم معاشره الزوجة في الدبر وهي:
- القرآن الكريم: - لقد حرم الله مباشرة الزوجة أثناء حيضها بقوله: (وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَدَى
فَاعْتَزَلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ) [1]. وإذا حرم الله الجماع أثناء الحيض مؤقتا لتجنب الضرر فأولى أن
يحرم إتيان الزوجة في دبرها بسبب الضرر الدائم المترتب على ذلك [54 ص 22].
- قوله تعالى: (فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ) وهذا بعد قوله تعالى: (فَاغْتَسَلُوا النِّسَاءَ
فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهَرْنَ) وكما هو معلوم أن المحيض موضعه قبل المرأة فإذا زال عنها
ذلك يجوز للزوج الاتصال من حيث الموضع الذي أمر الله به وهو الفرج وفي ذلك دلالة قوية على
تحريم إتيان الزوجة في دبرها.

- قوله تعالى: (نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ) أي نساؤكم مكان زرعكم وموضع
نسلكم وفي أرحامهن يتكون الولد، فأتوهن في موضع النسل والذرية ولا تتعدوه إلى غيره قال ابن
عباس: "إسق نباتك من حيث ينبت". ومعنى (أَنَّى شِئْتُمْ) أي كيف شئتم، قائمة وقاعدة ومضطجعة بعد أن
يكون في مكان الحرث "الفرج" وهو رد لقول اليهود: إذا أتى الرجل امرأته في قبلها من دبرها جاء الولد
أحول [116 ص 142].

- قوله تعالى: (وَقَدِّمُوا لِأَنفُسِكُمْ) [1] يدل على أن هناك شيئا يرغب فيه، و شيئا لا يرغب فيه
ويجوز منه، أما ما يرغب فيه هو ما يقدم للنفس وهو ينفعها في المستقبل وهو الولد الصالح. وأما ما
يرغب عنه فهو إضاعة مادة النسل ووضعها في غير موضع الحرث [234 ص 115]. وفي ذلك يقول
الشاعر:

إنما الأرحام أرضون لنا محترثات فعلينا الزرع فيها وعلى الله النبات.

- السنة النبوية: - لقد استدلل جمهور الفقهاء بعدة أحاديث تنهي عن إتيان الزوجة في الدبر نذكر منها ما
يلي:

- عن أمير المؤمنين علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (لا
تأتوا النساء في أعجازهن، وقال مرة: في أدبارهن) [21 ص 138].

- وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الذي يأتي
امرأته في دبرها: (هي اللوطية الصغرى) [21 ص 426].

- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (ملعون من أتى
امرأته في دبرها) [62 ص 344].

ولا شك أن الأحاديث المذكورة في الباب القاضية بتحريم إتيان النساء في أدبارهن يقوى بعضها بعضا فتنتهض لتخصيص الدبر من ذلك العموم الوارد في قوله تعالى: (فَأَتُوا حَرَثَكُمْ أَيْ شِئْنُمْ) [121] ص [295].

قال "ابن تيمية": " وطء المرأة في دبرها حرام بالكتاب و السنة، وهو قول جماهير السلف والخلف، بل هو اللوطية الصغرى... وأباح للرجل أن يأتي امرأته من جميع جهاتها، لكن في الفرج خاصة، ومتى وطئها في الدبر وطاوعته عزرا جميعا، فإن لم ينتهيا وإلا فرق بينهما، كما يفرق بين الرجل الفاجر ومن يفجر به" [27 ص 218].

يقول "ابن القيم": " وأما الدبر فلم يباح قط على لسان نبي من الأنبياء ومن نسب إلى بعض السلف إباحة وطء الزوجة في دبرها فقط غلط عليه" [16 ص 148].

ويضيف "ابن تيمية" تأكيدا لذلك بقوله: " الوطء في الدبر حرام في كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم وعلى ذلك عامة أئمة المسلمين: من الصحابة، والتابعين وغيرهم، فإن الله تعالى قال: (نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأَتُوا حَرَثَكُمْ أَيْ شِئْنُمْ) والحرث موضع الزرع والولد إنما يزرع في الفرج لا في الدبر (فَأَتُوا حَرَثَكُمْ) وهو موضع الولد، (أنى شئتم) أي من أين شئتم: من قبلها ومن دبرها، وعن يمينها وعن شمالها فالله تعالى سمى النساء حرثا، وإنما رخص في إتيان الحروث، والحرث إنما يكون في الفرج. وقد جاء في غير أثر: أن الوطء في الدبر هو اللوطية الصغرى، وقد ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: (إن الله لا يستحي من الحق لا تأتوا النساء في حشوشهن) و(الحش) هو الدبر، وهو موضع القدر، والله - سبحانه - حرم إتيان الحائض، مع أن النجاة عارضة في فرجها، فكيف بالموضع الذي يكون فيه النجاسة المغلظة. وأيضا هذا من جنس اللواط، ومذهب أبي حنيفة وأصحاب الشافعي وأحمد وأصحابه أن ذلك حرام لا نزاع بينهم، وهذا هو الظاهر من مذهب مالك وأصحابه، لكن حكي بعض الناس عنهم رواية أخرى بخلاف ذلك، ومنهم من أنكر هذه الرواية وطعن فيها" [27 ص 219].

ولقد قال: "د/ عبد القادر أحمد عطا" في سياق رده عن شبهات خطيرة في إتيان الزوجة في الدبر: "لا يمكن أن يتصور العقل السليم أن أصحاب الرسول صلى الله عليه وسلم ولاسيما عبد الله بن عمر أشبه الناس بأبيه في العدل يقول بإباحة إتيان الزوجة في دبرها، ثم يتابعه على هذا القول: زيد بن أسلم، وسعيد بن المسيب، ونافع، ومحمد بن كعب القرظي، وعبد الملك بن الماجشون والإمام مالك بن أنس، والإمام الشافعي، وقال ابن العربي: إن ابن شعبان أسند جواز هذا القول إلى زمر كثيرة من الصحابة و التابعين ونقل القرطبي في تفسيره والقفال الشاشي في كتابه "اختلاف الفقهاء" أن مالكا "كتب كتابا سماه "السر" قال فيه بذلك، وأورد ابن قدامة هذا القول في "المغنى" منسوبا إلى مالك، وابن عمر، وزيد بن أسلم".

هذه الأكذوبة الكبرى قد يقع عليها من لا خبرة له بأصول الشريعة الإسلامية وينقد الحديث فيضع المسألة موضع الشك في التحريم، وهي في الحقيقة إما من اشتباه الألفاظ على رواة السنة، أو من ألعيب الشيعة الإمامية الذي قالوا بحل إتيان الزوجة والأمة والمملوك الذكر في الدبر على وجه القطع في كتبهم... وأصل المشكلة أن الشيعة الإمامية فسروا (أنى) من قوله تعالى: (فَأَتُوا حَرَثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ) بأن معناها (أنى) يعني المكان، فصار معنى الآية عندهم: فأتوا حرتكم في أي مكان شئتم فحدث التناقض بين أولها وآخرها... وأباح إتيانها في مكان ليس محلا للزرع، أما التفسير الصحيح فهو أن (أنى) بمعنى (كيف) يعني على أي وضع شئتم في المكان المشروع" [78 ص 242، 243].

وتأكيدا لذلك جاء في تفسير "ابن كثير" أن مالك بن أنس سئل عن قوله في إتيان النساء في أدبارهن قال: ما أنتم إلا قوم عرب هل يكون الحرث إلا موضع الزرع؟ لا تعدو الفرج، ثم قيل له يا أبا عبد الله إنهم يقولون إنك تقول ذلك، قال: يكذبون علي يكذبون علي، وهذا هو الثابت عنه وهو قول أبي حنيفة والشافعي وأحمد بن حنبل وأصحابهم قاطبة وهو قول سعيد بن المسيب وأبي سلمة وعكرمة وطاووس وعطاء وسعيد بن جبير وعروة بن الزبير [33 ص 359].

وإذا كان الله حرم الوطء في الفرج لأجل الأذى العارض فما الظن بالحش الذي هو محل الأذى اللازم مع زيادة المفسدة بالتعرض لانقطاع النسل والذريعة القريبة جدا من أدبار النساء إلى أدبار الصبيان، وأيضا فللمرأة حق على الزوج في الوطء ووطئها في دبرها يفوت حقها ولا يقضي وطرها ولا يحصل مقصودها، وأيضا فإن الدبر لم يتهيأ لهذا العمل ولم يخلق له وإنما الذي هيئ له الفرج، فالعادلون عنه إلى الدبر خارجون عن حكمة الله وشرعه جميعا، وأيضا فإن ذلك مضر بالرجل ولهذا ينهى عنه عقلاء الأطباء من الفلاسفة وغيرهم، لأن للفرج خاصية في اجتذاب الماء المحتقن وراحة الرجل منه، والوطء في الدبر لا يعين على اجتذاب جميع الماء ولا يخرج كل المحتقن لمخالفته للأمر الطبيعي [16 ص 149، 150].

ثانيا: منع وطء الزوجة في الفرج أثناء الحيض [139 ص 18، 19]

إن الدم الذي يخرج من فرج المرأة ثلاثة دماء:

دم حيض: وهو الدم الذي يخرج على جهة الصحة، ولونه أسود خائر تعلوه حمرة وهو خلقة في النساء، وطبع معتاد معروف منهن يخرج في أوقاته بعد البلوغ [181 ص 840]. وعرف دم الحيض أيضا بأنه الدم الخارج من فرج المرأة وهي غير مريضة مرضا بسبب سيلان هذا الدم، ويبدأ في العادة عند البلوغ، ويكون لونه أسودا أو أحمرًا أو أصفرا، وفي العادة يأتي المرأة كل شهر، ودم الحيض متميز عن غيره ومعروف عند النساء [67 ص 37].

- دم استحاضة: فالاستحاضة هي استمرار الدم على المرأة بحيث لا ينقطع عنها أبداً أو ينقطع عنها مدة يسيرة كالיום واليومين في الشهر ويعرف أيضا بدم الفساد، الخارج قبل التسع، ودم الأيسة ويقال دم استحاضة[11 ص 8].

- دم نفاس: وهو دم يخرج من المرأة عند الولادة وبعدها، وحتى ولو ولدت المرأة قبل تمام أشهر الحمل، كما يحدث في سقوط الجنين[67 ص 40].

ويستدل على منع وطء الزوج لزوجته في الفرج أثناء المحيض بما ورد في الكتاب والسنة والإجماع.

1- الكتاب: - يقول الله عز وجل: (وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَدَىٰ فَأَعْتَزَلُوا النَّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ [1]).

ولقد جاء في تفسير القرآن العظيم[33 ص 351] في سبب نزول هذه الآية ما روي عن أنس أن اليهود كانت إذا حاضت المرأة منهم لم يؤاكلوها ولم يجامعوها في البيوت فسأل أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم النبي صلى الله عليه وسلم فأنزل الله عز وجل: (وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَدَىٰ فَأَعْتَزَلُوا النَّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ) حتى فرغ من الآية فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (اصنعوا كل شيء إلا النكاح) فبلغ ذلك اليهود فقالوا: ما يريد هذا الرجل أن يدع من أمرنا شيئا إلا خالفنا فيه فجاء أسيد ابن حضير وعباد بن بشر فقالا يا رسول الله: إن اليهود قالت كذا فكذا أفلا نجتمعن؟ فتغير وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى ظننا أن قد وجد عليهما فخرجا فاستقبلهما هدية من لبن إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأرسل في آثارهما فسقاها فخرقا أنه لم يجد عليهما.

- وقوله عز وجل: (فَاعْتَزَلُوا النَّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ) يعني الفرج لقوله: (اصنعوا كل شيء إلا النكاح)[33 ص 351].

ولقد جاء في صفوة التفاسير[116 ص 141، 142] تفسيراً لقوله عز وجل: (وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ) ويسألونك يا محمد صلى الله عليه وسلم عن إتيان النساء في حالة الحيض أيجل أم يحرم؟ فقل لهم: إنه شيء مستقذر ومعاشرتهن في هذه الحالة فيه أذى للزوجين. (فَاعْتَزَلُوا النَّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ) أي اجتنبوا معاشرتهن في حالة الحيض (وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ) أي لا تجامعهن حتى ينقطع عنهم دم الحيض ويغتسلن، والمراد التنبيه على أن الغرض عدم المعاشرة لا عدم القرب منهم وعدم مؤاكالتهن ومجالستهن كما كان يفعل اليهود إذا حاضت عندهم المرأة (فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ) أي فإذا تطهرن بالماء فأتوهن في المكان الذي أحله الله لكم، وهو مكان النسل والولد القبل لا الدبر.

وعندما سئل "البعض" بعض المؤمنين عن المحيض قال الحق (قُلْ هُوَ أَدَى) ... وحين تسمع كلمة (أدى) فمعنى ذلك أن الحق قد أعطى الحكم، و الحق هو الخالق الأعلم بأسرار خلقه، والمحيض يطلق على المكان وزمان الحيض، وحين يقول الحق عن المحيض أنه أدى، فمعنى ذلك أنه يهيبئ الذهن إلى أن هناك حكما يترتب على قوله: (قُلْ هُوَ أَدَى) و الحكم هو الحظر[114 ص 158].

2- السنة النبوية: - حديث عائشة رضي الله عنها قالت: كانت إحدانا إذا كانت حاضئا، فأراد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يباشرها، أمرها أن تتزر في فور حيضتها، ثم يباشرها. وأيكم يملك إربه كما كان النبي صلى الله عليه وسلم يملك إربه؟ وأن يباشرها: بملاقاة البشرة للبشرة من غير جماع. في فور: أي في ابتداء. يملك إربه: معناه أضببطكم لشهوته، أو عضوه الذي يستمتع به[109 ص 82].
- حديث ميمونة، قالت: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أراد أن يباشر امرأة من نسائه، أمرها فاتزرت وهي حائض[109 ص 82].

- حديث النبي صلى الله عليه وسلم المروى عن ثابت عن أنس أن اليهود كانوا إذا حاضت المرأة فيهم لم يؤاكلوها، ولم يجامعوها في البيوت، ولم يساكنوهن في بيت واحد، فسأل أصحاب النبي، النبي صلى الله عليه وسلم. فأنزل الله عز وجل: (وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ) فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إصنعوا كل شيء إلا النكاح) فبلغ ذلك اليهود، فقالوا ما يريد هذا الرجل أن يدع من أمرنا شيئا إلا خالفنا فيه، فجاء أسيد بن حضير وعباد بن بشر فقالا: يارسول الله، اليهود تقول كذا وكذا فلا نجتمعن؟ فتغير وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم - حتى ظننا أن قد وجد علينا (أي غضب علينا)- فخرج فاستقبلهما هدية من لبن إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأرسل في آثارهما فسقاهما، فعرفا أن لم يجد عليهما[156 ص 162].

فمن خلال هذه الأحاديث، نلاحظ أن الأصل هو جواز مباشرة الحائض إلا ما استثناه الرسول صلى الله عليه وسلم وهو الامتناع عن وطء الزوجة الحائض في فرجها وهذا تأكيدا لما قاله عز وجل: (قُلْ هُوَ أَدَى).

3- الإجماع: وجملته: أن الاستمتاع من الحائض فيما فوق السرة دون الركبة جائز بالنص والإجماع والوطء في الفرج محرم بهما[158 ص 388].

فلا بأس على المسلم أن يستمتع بامرأته بعيدا عن موضع الأذى، وبهذا وقف الإسلام - كشأنه دائما- موقفا وسطا بين الطرفين في مباحة الحائض إلى حد الإخراج من البيت و المتطرفين في المخالطة إلى حد الاتصال الجنسي[169 ص 173].

ثالثاً: الامتناع عن معاشره الزوجة في نهار رمضان

لقد استدلت الفقهاء على ضرورة امتناع الزوج عن وطء زوجته في نهار رمضان بما ورد من أدلة في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وإجماع العلماء.

1- القرآن الكريم: - قوله عز وجل: (قَالَآنَ بَاشِرُوهُنَّ وَابْتَغُوا مَا كَتَبَ اللّهُ لَكُمْ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَبَيِّنَ لَكُمْ الخَيْطَ الأَبْيَضُ مِنَ الخَيْطِ الأَسْوَدِ مِنَ الفَجْرِ ثُمَّ أَتُمُوا الصَّيَّامَ إِلَى اللّيلِ) [1]، فالمقصود بقوله: (قَالَآنَ بَاشِرُوهُنَّ) أي جامعوهن (وَابْتَغُوا مَا كَتَبَ اللّهُ لَكُمْ) يعني الولد [33 ص 303] والمعنى المقصود من هذه الآية أي جامعوهن في ليال الصوم واطلبوا بنكاحهن الولد ولا تباشرهن من أجل قضاء الشهوة فقط، وكلوا واشربوا إلى طلوع الفجر، وامسكوا عن الطعام والشراب و النكاح إلى غروب الشمس [116 ص 122، 123].

لقد دلت الآية على إباحة الشارع الحكيم الوطء من وقت الإفطار إلى طلوع الفجر فقط، فدل على أنه لا يصح الوطء خارج هذا الوقت أي لا يصح الوطء بعد طلوع الفجر ولا قبل الغروب [234 ص 109].

2- السنة النبوية: - ما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: بينما نحن جلوس عند النبي صلى الله عليه وسلم إذ جاءه رجل فقال: يا رسول الله هلكت قال: (مالك) قال: وقعت على امرأتي وأنا صائم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (هل تجد رقبة تعتقها؟) ، قال: لا، قال: (فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين) قال: لا، فقال: (فهل تجد إطعام ستين مسكيناً؟) قال: لا، قال: فمكث النبي صلى الله عليه وسلم، بينما نحن على ذلك أتى النبي صلى الله عليه وسلم بعرق فيها تمر، والعرق المكث، قال: (أين السائل؟) فقال: أنا، قال: (خذها فتصدق به)، فقال: الرجل أعلى أفقر مني يارسول الله؟ فو الله ما بين لا بتيها يريد الحرتين أهل بيت أفقر من أهل بيتي فضحك النبي صلى الله عليه وسلم حتى بدت أنيابه ثم قال: (أطعمه أهلك) [113 ص 422].

دل هذا الحديث على أن من واقع امرأته وهو صائم عامداً، فسد صومه، وتجب عليه الكفارة، سواء أنزل أم لم ينزل، لأن النبي صلى الله عليه وسلم - لم يستفسر عن الإنزال أو عدمه، إذ لو كان فيه فرق لاستفسر عن ذلك، لأن تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز [234 ص 110].

3- الإجماع: - اتفق العلماء بالإجماع على عدم جواز إتيان الزوجة في الفرج في نهار رمضان سواء كان ذلك بالإنزال أو عدم الإنزال وذلك باعتباره سبب مفسد للصوم، ويجب بحدوثه القضاء والكفارة [121 ص 222، 223].

4- الامتناع عن إتيان الزوجة في مدة الإحرام: - لقد استدلت العلماء على النهي عن معاشره الزوجة أثناء الإحرام بقوله تعالى: (فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الحَجِّ) [1]. أي لا يقرب النساء ولا يستمتع

بهن فإنه مقبل على الله قاصد لرضاه، فعليه أن يترك الشهوات، وأن يترك المعاصي والجدال والخصام مع الرفقاء[116 ص ص129].

وقوله: (فَلَا رَفَثَ) أي من أحرم بالحج أو العمرة فليتجنب الرفث وهو الجماع، كما قال الله تعالى: (أَحَلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ) وكذلك يحرم تعاطي دواعيه من المباشرة والتقبيل ونحو ذلك وكذلك التكلم به بحضرة النساء[33 ص 324].

ولقد أجمع المسلمون على أن وطء النساء على الحاج حرام من حين يحرم[39 ص 264] ، لقوله تعالى:(فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ) . ويدخل في مفهوم الجماع المحظور أثناء الإحرام كل ما هو من مقدماته ودواعيه، كالقبلة واللمس بشهوة والكلام عن الجماع مع الرجال والنساء، وقراءة الكتب والروايات والمجلات والقصص والأشعار التي تبعث الشهوة الكامنة وتثير الغزيرة الجنسية[120 ص 597].

أما الجماع فهو من أشد الجرائم بالنسبة للمحرم الذي أعلن توجهه بقلبه وقلبه إلى خالقه ورازقه عز وجل، ومن هنا ترتب عليه فساد الحج ووجوب القضاء حتى ولو كان الحج نفلا، أما اللمس والتقبيل اللذان لم يترتب عليهما إنزال فإن كان قد قصد بهما أو أحدهما الشهوة فقد ارتكب إثما، وإن لم يكن قصد الشهوة فلا إثم عليه، ولكن يكون تركه أولى[120 ص 597].

1.1.2.3. محل المعاشرة الجنسية بين الزوجين

إن الحديث عن محل المعاشرة الجنسية بين الزوجين يهدف أساسا إلى تبيان مضمون الفعل الجنسي فالمقصود بالفعل الجنسي الفعل المتصل بالحياة الجنسية، وفكرة الفعل الجنسي متسعة النطاق، فهي لا تقتصر على العلاقة الطبيعية، بل تتسع كذلك للعلاقة الجنسية غير الطبيعية وتهدف مثلها إلى إشباع الرغبة الجنسية[194 ص 52].

ومن ثم وجبت الإشارة إلى أن الفعل الجنسي شرع لتحقيق غرضين أساسيين هما: إبتغاء النسل وحفظ النوع وقضاء الشهوة الجنسية تحقيقا لمنعه الفعل الجنسي.

ومن الأوهام الخاطئة أن المباشرة الزوجية شرعت لاإبتغاء النسل وحفظ النوع، وأن المتعة فيها إنما وضعها الله للتشجيع على تحقيق هذا الهدف وحسب، وقد غفل أولئك عن أن الدافع الجنسي عند الحيوان لا ينشط في الأعم الغالب بل يشعر به الحيوان ولا يسعى في ممارسته إلا في موسم معين، ولغرض محدد هو الإخصاب، أي لحفظ النوع فحسب، ولو كان هذا الدافع بالنسبة للإنسان لجعله الله كما هو في الحيوان دون زيادة. وقد يقولون أن الله إنما أراد بتلك الزيادة – أي اشتهاه المتعة في غير موسم الإخصاب – نوع ابتلاء للإنسان فينظر أيطيع أم يعصي، وهذا القول كان يمكن أن نعتبره مقبولا، لو أن أوامر الدين جاءت تخص الإنسان على الصبر على هذا البلاء، وتأمره أن يكف عن طلب المتعة بعد

تحقق الحمل إلى أن تتم الولادة وتستعد المرأة لحمل جديد، لكن واقع الحال أن ليس هناك نص واحد في شريعتنا يشير من قريب أو من بعيد إلى هذا الأمر [79 ص 113].

فالنصوص متكاثرة في القرآن والسنة، تدل على السماح بالمباشرة الزوجية بغرض الاستمتاع في كل الظروف حتى في ليالي شهر الصيام والقيام [79 ص 113].

ومن أجل تحقيق غرض الاستمتاع من المعاشرة الجنسية بين الزوجين، شرعت مقدمات للفعل الجنسي تعتبر ضرورية لقضاء شهوة الزوجين قبل مباشرة عملية الوطء.

لذا كان من مقدمات الاتصال الجنسي بين الزوجين التقديم بالتلطف بالكلام والتقبيل [3 ص 109]، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لا يقعن أحدكم على امرأته، كما تقع البهيمة، وليكن بينهما رسول قيل وما الرسول يا رسول الله؟ القبلة والكلام [172 ص 487] ، وقال: "ثلاث من العجز في الرجل... وذكر منها أن يقارب الرجل زوجته فيصيبها (أي يجامعها) قبل أن يحدثها ويؤنسها ويضاجعها فيقضي حاجته منها، قبل أن تقضي حاجتها منه) [172 ص 487].

وفي ذلك قال "الغزالي": "ثم إذا قضى وطره فليتمهل على أهله حتى تقضي هي أيضا نهمتها، فإن إنزالها ربما يتأخر، فيهبج شهوتها، ثم القعود عنها إيذاء لها. والاختلاف في طبع الإنزال يوجب التناظر مهما كان الزوج سابقا إلى الإنزال، والتوافق في وقت الإنزال أذ عندها، ليستغل الرجل بنفسه عنها، فإنها ربما تستحي" [3 ص 109].

وما ينبغي تقديمه على الجماع ملاعبة المرأة وتقبيلها ومص لسانها، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يلاعب أهله ويقبلها وروى أبو داود في سننه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل عائشة ويمص لسانها وذكر عن جابر عبد الله قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المواقعة قبل الملاعبة... [16 ص 147].

وأحسن أشكال الجماع أن يعلوا الرجل المرأة مستقر شالها بعد الملاعبة والقبلة وبهذا سميت المرأة فراشا... وأردأ أشكاله أن تعلوه المرأة وجامعها على ظهره وهو خلاف الشكل الطبيعي الذي طبع الله عليه الرجل والمرأة بل نوع الذكر والأنثى وفيه من المفاصد أن المنى يتعسر خروجه كله فربما يبقى في العضو منه بقية فيتعفن ويفسد وأيضا فربما سال إلى الذكر رطوبات من الفرج، وأيضا فإن الرحم لا يتمكن من الاشتمال على الماء واجتماعه فيه وانضمامه عليه لتخليق الولد... [16 ص 148].

وكان أهل الكتاب إنما يأتون النساء على جنوبهن على حرف ويقولون هو أيسر للمرأة وكانت قريش والأنصار تشرح النساء على أفقائهن فعابت اليهود عليهم ذلك [16 ص 148] فأنزل الله عز وجل: (نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ).

هذا، ولقد اتفق الفقهاء على جواز نظر الرجل إلى جميع بدن زوجته حتى إلى فرجها، ونظر الزوجة إلى جميع بدن زوجها [71 ص 207].

وقال الحنابلة: ويكره النظر إلى الفرج [158 ص 340] ، لقول عائشة رضي الله عنها: "ما رأيت فرج رسول الله صلى الله عليه وسلم قط" وقال الشافعية بکراهة النظر إلى الفرج لحديث عائشة رضي الله عنها السابق ذكره، وتكون الكراهة شديدة عندهم إذا كان النظر إلى باطن الفرج [45 ص 159].

وباعتبار أن الفرج محل الاستمتاع فجاز النظر إليه كبقية البدن [179 ص 51]. وفي هذا الصدد يقول د/"يوسف القرضاوي": "... وفي مجتمع مثل المجتمع الأمريكي وغيره من المجتمعات الغربية نجد أن لهم عادات في اللقاء الجنسي بين الزوجين، تخالف ما درجنا عليه في أوطاننا مثل التعري عند الجماع، أو نظر الرجل إلى فرج امرأته، أو لعب المرأة بذكر زوجها وتقبيله ونحو ذلك مما قد يدفعهم إليه ما أصيبوا من برود جنسي نتيجة لانتشار الإباحية والتحلل والعري - مما يجعل الرجل، وربما المرأة أيضا - في حاجة إلى مثيرات غير عادية، فهذه أشياء قد تنكرها أنفسنا، وتنفر منها قلوبنا، وتستسخرها عقولنا، ولكن هذا شيء وتحريمها باسم الدين شيء آخر، ولا ينبغي أن يقال في شيء: حرام إلا أن يوجد في القرآن والسنة الصحيحة، النص الصحيح على حرمة، وإلا فالأصل الإباحة.

ولا نجد هنا النص الصحيح الصريح الدال على حرمة هذا السلوك مع الأزواج، وهذا ما جعلني في زيارتي لأمريكا في مؤتمرات إتحاد الطلبة المسلمين، وزيارتي للمراكز الإسلامية في عدد من الولايات، إذا سئلت عن هذا الأمر وهو غالبا يأتي من المسلمات الأمريكيات أن أميل إلى التيسير لا التعسير، والتسهيل لا التشديد، والإجازة لا المنع، لحديث: (أحفظ عورتك إلا من زوجتك أو ما ملكت يمينك). ولقوله تعالى: (وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ ۗ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ) ... فأمر الله عز وجل أن يحفظ الفرج إلا على الزوجة، وملك اليمين، فلا ملامة في ذلك، وهذا عموم في رؤيته ولمسه ومخالطته. وما نعم للمخالف تعلقا إلا بأثر سخييف عن امرأة مجهولة عن أم المؤمنين (ما رأيت فرج رسول الله صلى الله عليه وسلم قط) [172 ص 353، 354].

ومن خلال ذلك نرى أن الأدلة قوية وصريحة في جواز المعاشرة الجنسية بين الزوجين بالطريقة التي تحقق لهما اللذة وتقضي الشهوة حتى ولو تطلب ذلك النظر من أحد الزوجين لبدن الآخر بما في ذلك الفرج، و يكفي الاستدلال في ذلك بالحديث الوارد في صحيح البخاري عن ابن عباس رضي الله عنه عن ميمونة أم المؤمنين قالت: "أدنيت لرسول الله صلى الله عليه وسلم غسله من الجنابة فغسل كفيه مرتين أو ثلاثا ثم أدخل يده في الإناء ثم أفرغ به على فرجه وغسله بشماله ثم ضرب بشماله الأرض فدلكتها دلكا شديدا ثم توضأ وضوءه للصلاة ثم أفرغ على رأسه ثلاث حفات ملء كفه ثم غسل سائر جسده ثم تنحى عن مقامه ذلك فغسل رجليه ثم أتيت به بالمنديل فرده" [113 ص 168]. وكذا الحديث المروى عن عائشة قالت: "كنت أغتسل أنا والنبي صلى الله عليه وسلم من إناء واحد من قرح واحد يقال له: الفرق" [113 ص 169، 170].

2.1. إلتزامات المادية المترتبة على عقد الزواج

نعني بالالتزام المادي ذلك الإلتزام المالي الذي رتبته الشرع والقانون في ذمة الزوج بحيث يعتبر في المقابل حقا ماليا للزوجة.

وإن الهدف من تقرير هذه الإلتزامات هو بدون شك ضمانا لبقاء واستمرار العلاقة الزوجية ووقاية لها من كل عوامل النفور والشقاق، وبالتالي تظهر الحكمة الأساسية في التنوع الحاصل في الإلتزامات المترتبة على عقد الزواج والمتمثل في وجود إلتزامات غير مادية والتي تركز على الجانب المعنوي، وأخرى مادية تعتمد على الجانب المادي وذلك بغية إيجاد التوازن بين مقتضيات الأسرة المعنوية والمادية.

وبناء على ذلك جاء تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

- المبحث الأول: إلتزام الزوج بدفع صداق الزوجة.
- المبحث الثاني: إلتزام الزوج بالإنفاق على زوجته.

1.2.1. إلتزام الزوج بدفع صداق الزوجة

لم يفرض الشرع الصداق على الزوج اعتبارا لغاية مادية بحتة، بل ألزم الزوج به من أجل هدف سام يتجلى مضمونه في إشعار الزوجة بالإرادة الصادقة من زوجها في الارتباط بها، فكانت غاية مشروعيته هو إقامة بناء الأسرة على ركيزة قوية تمنحها القوة اللازمة من أجل الاستمرار، ومن أجل إيضاح ذلك قسمنا هذا المبحث إلى المطالب التالية:

- المطلب الأول: مفهوم الصداق.
- المطلب الثاني: أنواع الصداق وأوصافه.
- المطلب الثالث: استقرار الصداق.
- لمطلب الرابع محل الصداق وتقديره.

1.1.2.1. مفهوم الصداق

إن تحديد مفهوم الصداق يقتضي تقسيم هذا المطلب إلى الفروع التالية:

- الفرع الأول: تعريف الصداق
- الفرع الثاني: الطبيعة الشرعية والقانونية للصداق

1.1.1.2.1. تعريف الصداق

(الصداق) بفتح الصاد وكسرها مهر المرأة وكذا الصدقة ، ومنه قوله تعالى: (وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً). (والصدقة) بوزن الفرقة مثله. (وأصدق) المرأة سمي لها صداقاً[35 ص 151].
والصداق: مهر المرأة، وجمعها في أدنى العدد أصدقة، والكثير صدق. وهذان البناءان إنما هما على الغالب. وقد أصدق المرأة حين تزوجها أي جعل لها صداقاً، وقيل: أصدقها سمي لها صداقاً. قال أبو إسحاق في قوله تعالى (وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً)، الصدقات جمع الصدقة، ومن قال صدقة قال صدقاتهن، قال: ولا يقرأ من هذه اللغات بشيء لأن القراءة سنة. وفي حديث عمر رضي الله عنه: لا تغالوا في الصدقات، هي جمع صدقة وهو مهر المرأة، وفي رواية: لا تغالوا في صدق النساء، جمع صداق. وفي الحديث: وليس عند أبويكما ما يصدقان عدا أي يؤديان إلى أزواجنا الصداق[225 ص 2420].

قال الماوردي: وله في الشرع ستة أسماء: جاء كتاب الله تعالى منها بثلاثة: الصداق، والأجر، والفريضة، وجاءت السنة بإسمين: المهر، والعلائق، وجاء الأثر عن عمر باسم: العقور[37 ص 3].
وفي الصداق لغات، فيقال: صدقة بفتح الصاد وضم الدال وصدقة بسكون الدال فيها، مع فتح الصاد وضمها وهو في الأصل مأخوذ من الصدق، لأن فيه إرادة ورغبة الزوج في بذل المال، وبالتالي نقول أن المقصود لغة بالصداق دفع المال المشعر بالرغبة في عقد الزواج، فيكون التعريف اللغوي مقتصرًا على وجوب الصداق بالعقد فقط وهو معني أخص من التعريف الاصطلاحي لأن هذا المعنى قد يمتد إلى ما يدفع للمرأة حتى في الوطء بشبهة وغيره[86 ص 94].

ولفظ الصداق هي الأكثر إشعاراً بحقيقة ما يبذل للمرأة والرغبة فيها، لذا فهي الأكثر شيوعاً في لغة الفقهاء، وتقاربها في الشهرة لفظة المهر، وكلاهما أكثر استعمالاً من أسمائه الأخرى[22 ص 195].
أما تعريف الصداق اصطلاحاً فقد عرف اختلافاً فقهيًا حول سببه والهدف منه. فالمالكية يعرفون الصداق بما يمنح للزوجة نظير الاستمتاع بها أي أن الصداق كالثمن في مقابلة السعلة يشترط فيه ما يشترط في الثمن إثباتاً ونفيًا[69 ص 293]. وعرفه الشافعية بأنه ما تستحقه المرأة عوضاً في عقد النكاح[124 ص 05].

بينما عرفه الحنابلة بأنه عوض في عقد معاوضة، لأنه يشترط أن يكون معلوماً كالثمن، فاشتراط كونه معلوماً كالعوض في البيع[13 ص 132].
أما الحنفية عرفوه بأنه إسم للمال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة البضع، إما بالتسمية أو بالعقد[125 ص 110].

كما عرفه بعض الفقهاء بالقول: " المهر أو الصداق هو ما تعطاه المرأة لحلية الإستمتاع بها وهو واجب... "[10 ص 374].

فمن خلال هذه التعاريف الفقهية يعتبر الصداق عوض عن الانتفاع بالمرأة، فعقد الزواج بهذا المفهوم هو عقد معاوضة يقتصر فيه الاستمتاع على الرجل فقط وكأن هذا الأخير يشترى الاستمتاع الجنسي الذي تعتبر المرأة محلا له . ونتيجة لهذه التعاريف اعتبر بعض الفقهاء الغربيين أن الصداق يعتبر ثمنا للبيع، ومن أبرزهم الفقيه " Morand " الذي يعتبر عقد الزواج بمثابة عقد بيع[229 ص 80].

كما اعتبر فقيه غربي آخر " Perron " أن المرأة تباع جزء من بضعتها، ففي السوق نشترى السلعة وفي الزواج نشترى الجهاز التناسلي للمرأة[233 ص 13].

ويظهر جليا أن ما ذهب إليه الفقهاء الغربيون في اعتبار الصداق في القانون الإسلامي هو ثمن تسليم المرأة لزوجها، غير سديد لأنهم فسروا تعاريف الفقهاء تفسيراً حرفياً.

وما قول المالكية بأن الصداق كالثمن في عقد الزواج، هو فقط للاستدلال بأن الصداق ركنا من أركان عقد الزواج، وإنه يفسد بشرط نفي الصداق، كما يفسد البيع بشرط نفي الثمن. وهذا باعتبار عقد البيع عقدا نموذجيا في الفقه الإسلامي، وليس المقارنة بالبيع، هاهنا، بيع وشراء المرأة كما فهم بعض المستشرقين[50 ص 102].

وفي الحقيقة يختلف الصداق إختلافا جذريا عن الثمن في عقد البيع، ويظهر ذلك من خلال مظاهر الفرق بينهما التالية: لا يمكن للمرأة إعادة بيعها، ولا يمكن أن تشتملها تركة الزوج في حالة وفاته[229 ص 81].

إذا قلنا أن الزوج يكتسب بموجب دفعه الصداق حق استعمال شخص زوجته، فلماذا لا ينتقل هذا الحق لورثته؟[229 ص 81].

بينما يرى فريق آخر من الفقهاء أن النكاح يصح وإن لم يسم فيه مهرا، لأن النكاح عقد انضمام وازدواج لغة فيتم بالزوجين، ثم المهر واجب شرعا إبانة لشرف المحل فلا يحتاج إلى ذكره لصحة النكاح، وكذا إذا تزوجها بشرط أن لا مهر لها لما بينا، وفيه خلاف مالك[107 ص 175].

وإن المهر حق من حقوق الزوجة على زوجها...، وقد شرع على أنه هدية لازمة وعطاء مقرر وليس عوضا كما فهم بعض الناس[108 ص 169].

ومحاولة للتقريب بين تعريف الفريقين للصداق قال بعض العلماء: " إن من نظر إلى الظاهر من كون الصداق في مقابلة منفعة البضع جعله عوضا عن هذه المنفعة، ومن نظر إلى الحقيقة والباطن من كون الزوجة تستمتع بزوجها كما يستمتع بها هو أيضا جعل الصداق تكرمة وعطاء من الله مبتدأة وصادرة من الزوج لتحصل الألفة والمحبة بين الزوجين[126 ص 8].

ويتضح أن الصداق عوض في الظاهر فقط بدليل أن الله سبحانه حرره من عنصر الثمنية فلم يجعل - في الصحيح - حد لأقله ولا لأكثره، وجعل للمطلقة قبل الدخول والخوة الصحيحة نصف المسمى أو المتعة، ولو كان عوضا حقا ما وجب لها شيء لعدم الانتفاع بها أصلا [23 ص 326].

ولقد سماه القرآن الكريم صدقة ونحلة حيث قال تعالى: (وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً) [1] - أي عطاء - وهذا التعبير يدل على أن المهر شرع ليكون هدية من الزوج لزوجته ولكنها هدية لازمة لزوما لزوجها متراخيا من غير وكس ولا شطط ومن غير عنذ ولا إجهاد وهو بذلك هدية لتقريب القلوب، ولذا منع النبي صلى الله عليه وسلم علي بن أبي طالب من الدخول على زوجته بنته عليه الصلاة والسلام حتى يعطيها شيئا من المهر [108 ص 169].

وإذا فحصنا جيدا التعريفين الفقهيين للصداق، فإننا نميل إلى ترجيح التعريف الثاني للصداق على أنه إبانة لشرف المحل وخطورته، فطبيعة العلاقة التي تربط بين الزوجين والتي تبنى على أساس المودة والرحمة والمعاشرة بالمعروف، تدب لنا أن هذه العلاقة هي أسمى من أن تكون خاضعة للمساومة والمعاوضة، فالزام الزوج بدفع الصداق للزوجة دليل على خطورة الخطوة التي سيخطوها الرجل، والتي ستبين له أن المرأة التي ينوي الارتباط بها لها من الشرف والكرامة ما يجعلها تستحق عطية وهدية، تشعرها بإرادته الجادة في الارتباط بها، وبذلك يشعر الزوج بأهمية الميثاق الزوجي الغليظ، يدفعه للسعي جاهدا للحفاظ عليه من كل عوامل الانحلال والزوال [84 ص 407].

يقول الله تعالى (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ). ولما أخرج القرآن عقد الزواج عن أن يكون عقد تملك طرفاه مبيع وثمان، أفرغ على المال الذي يبذله الرجل للزوجة صبغة "الصدقات" ووصفه بأنه نحلة، والنحلة ما يمنح عن طيب نفس دون أن يكون عوضا عن شيء، ولا ريب أن الصلة بين الزوجين أعلى وأشرف من أن يجعل عوضها دراهم معدودة، فليس المهر في نظر الإسلام ثمنا، ولا عوضا عن شيء يملكه الرجل في المرأة كما يظن كثير من الناس، وإنما هو آية من آيات المحبة والتقدير، ولذلك كان واجبا على الرجل، وإن اتفقا الزوجان على أن لا مهر للزوجة [154 ص 140، 141] (وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً).

إذن هنالك حكمة كبيرة من وراء تشريع المهر للنساء باعتباره واجبا لهن على الرجال، فالحكمة تتعدى من دفع دنانير أو دراهم قلت أو كثرت تدفع للمرأة كمهر لها، فالمهر رمز وإعلان من الرجل أنه راغب في المرأة، ودليل قوي على حب اقترائه بها، وللمهر دور وقائي في ترابط الأسرة والتروفي في مسألة الطلاق [167].

لقد عرفت المادة 14 من قانون الأسرة الصداق بقولها أن: "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء" [229 ص 79].

ويلاحظ أن قانون الأسرة قد عرف الصداق بأنه نحلة تدفع للزوجة ، وهذا تطبيقاً لقوله تعالى: (وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً)[1].

والنحلة بموجب الآية الكريمة هي العطية المأخوذة عن طيب نفس [116 ص 259]، أي هدية يدفعها الزوج تعبيراً عن رغبته في الزواج بالمرأة التي اختارها [222].
وبقراءتنا للنص الفرنسي للمادة 14 نلاحظ أنه لم يتضمن كلمة نحلة مما يدفعنا إلى القول أنه من اللازم إعادة النظر في النص الفرنسي لإزالة هذا الاختلاف وتحقيق التطابق بين النصين.
وبالتالي ابتعد قانون الأسرة الجزائري عن التعريف الفقهي التقليدي الذي اعتبر الصداق مقابلاً مالياً تقبضه المرأة من أجل الاستمتاع بها.

أما مدونة الأسرة المغربية فقد عرفت الصداق في المادة 26 بقولها أن: "الصداق هو ما يقدمه الزوج لزوجته إشعاراً بالرغبة في عقد الزواج وإنشاء أسرة مستقرة وتثبيت أسس المودة والعشرة بين الزوجين، وأساسه الشرعي هو قيمته المعنوية والرمزية وليس قيمته المادية" ونلاحظ أن هذا التعريف يقترب من تعريف قانون الأسرة الجزائري للصداق من ناحية المعنى، فمدونة الأسرة المغربية اعتبرت الصداق عطية تعبر عن الرغبة في الزواج، وإن لم تنص على ذلك صراحة ولكن نستنتج ذلك من القول بإشعار الرغبة في عقد الزواج ، فمثل هذا الإشعار لا يظهر إلا بما يقدمه الزوج لزوجته من نحلة وعطية عن طيب خاطر [32 ص 73]. ولم تكتف مدونة الأسرة المغربية بتعريف الصداق بماهيته بل أضافت لهذا التعريف الأهداف التي يرمي الصداق إلى تحقيقها، وهي إنشاء أسرة مستقرة على أساس المودة والعشرة الطيبة بين الزوجين، بالإضافة إلى تأكيد المادة 26 على الحكمة المشروعة من الصداق، وهي القيمة المعنوية وليس القيمة المادية، ومن ثم يتجلى لنا أن مدونة الأسرة المغربية لم تتبن التعريف الفقهي التقليدي للصداق على أنه عوض البضع في النكاح.

2.1.1.2.1. الطبيعة الشرعية و القانونية للصداق

لا يختلف أهل العلم على الطابع الإلزامي للصداق باعتباره واجب على الزوج تجاه زوجته ودليل إلزامه ثابت بالكتاب والسنة والإجماع

1- الكتاب: - وردت عدة آيات للدلالة على مشروعية الصداق منها: قوله تعالى: (وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً)[1]. أي وأعطوا النساء مهورهن عطية واجبة وفريضة لازمة... وليس ينبغي لأحد أن ينكح امرأة بعد النبي صلى الله عليه وسلم إلا بصداق واجب، ولا ينبغي أن يكون تسمية الصداق كذباً بغير حق [15 ص 160]. والخطاب في الآية للأزواج، قاله ابن عباس وقتادة وابن زيد وابن جريج . أمرهم الله تعالى بأن يتبرعوا بإعطاء المهور نحلة منهم لأزواجهم... النحلة بكسر النون وضمها لغتان. وأصلها من العطاء، نحلت فلانا شيئاً أعطيته، فالصداق عطية من الله تعالى للمرأة وقيل: " نحلة " أي عن طيب نفس

من الأزواج من غير تنازع. وقال قتادة : معنى " نحلة " فريضة واجبة . وقال ابن جريج وابن زيد : فريضة مسماة [4 ص 23].

ولقد دلت الآية دلالة واضحة على إلزام الزوج بصداق زوجته فقوله تعالى: (وآتوا) أي ادفعوا على سبيل الأمر إلى أزواجكم المهور ومن ثم كان الصداق التزاما مشروعاً ثابت في ذمة الزوج [157 ص 95، 96].

وقوله تعالى: (فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً) [1].

2 - السنة النبوية: - هناك عدة أحاديث تدل على إلزام الزوج بدفع صداق زوجته، منها ما روي عن سهل بن سعد الساعدي أنه قال : " جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إنني وهبت نفسي لك فقامت قياماً طويلاً ، فقام رجل فقال يا رسول الله زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (هل عندك من شيء تصدقها إياه ؟ قال ما عندي إلا إزاري هذا، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : (إن أعطيتها إزارك جلست ولا إزار لك). فالتمس شيئاً فقال ما أجد شيئاً. فقال: (إلتمس ولو خاتماً من حديد)، فالتمس فلم يجد شيئاً فقال له النبي صلى الله عليه وسلم (هل معك من القرآن شيء) فقال نعم سورة كذا وسورة كذا، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: (زوجتكها بما معك من القرآن) [109 ص 366].

فالحديث دلالة قاطعة على إلزامية ومشروعية الصداق، فرغم فقر الرجل وعجزه عن دفع شيء كصداق للمرأة، إلا أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يعفه من دفع الصداق، فقرر له دفع صداقها في شكل تعليم القرآن كمنفعة تتلقاها المرأة بمناسبة زواجها.

بالإضافة إلى أن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يثبت عنه أن رخص لأحد الأزواج بدون دفع الصداق وفي ذلك دلالة على إلزاميته.

3- الإجماع: - إنعقد إجماع علماء الأمة الإسلامية على وجوب وإلزامية الصداق [4 ص 29] ومشروعيته بالأدلة الواردة في الكتاب والسنة .

وبناء على ما سبق فلقد ثبت بالكتاب والسنة والإجماع إلزامية الصداق على الزوج، لكن الإجماع لم ينعقد حول التكليف الشرعي للصداق. فهل هو ركن من أركان عقد الزواج ؟ أم شرط من شروط صحته ؟ أم أنه أثر من أثاره فيصح العقد وإن لم يذكر فيه الصداق؟
لقد اختلف الفقهاء في الإجابة عن هذا التساؤل على قولين :

- القول الأول: وهو قول جمهور الفقهاء الحنفية [100 ص 304] الشافعية [38 ص 233] والحنابلة [101 ص 277] بأن الصداق ليس ركناً من أركان الزواج إذ يصح بدون ذكر الصداق أو السكوت عليه .

ولقد استدل جمهور الفقهاء لقولهم بما ورد في الكتاب والسنة والمعقول.

ففي كتاب الله ورد قوله تعالى: (لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً) [1].

فالآية صريحة في صحة الطلاق قبل الدخول والخلوة، وإنه عند عدم الفرض يجب المتعة، وتفيد بطريق الاقتضاء صحة الزواج دون تسمية مهر اذ لا طلاق إلا في زواج صحيح [4 ص 196].
أما الاستدلال من السنة النبوية، فلقد وردت عدة أحاديث منها:

- ما روي عن "علقمة عن ابن مسعود" أنه سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقا ولم يدخل بها حتى مات فقال ابن مسعود: لها صداق مثلها ولا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث، فقام معقل بن سنان الأشجعي فقال: قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في بروع بذت واشق بمثل ما قضيت. ففرح ابن مسعود [110 ص 231].

- ما روي عن "عقبة بن عامر" أن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوج امرأة رجلا فدخل بها ولم يفرض لها صداقها، فحضرتة الوفاة فقال: "أشهد كم أن سهمي بخبير لها" [121 ص 266].
والدليل واضح من الحديثين بصحة الزواج بدون ذكر الصداق وبالتالي لا يعتبر ركنا من أركانه ولا شرطا من شروط صحته، لأن القصد بالنكاح الوصلة والإستمتاع دون الصداق، فصح من غير صداق [7 ص 71].

وباعتبار النكاح عقد انضمام وازدواج لغة فيتم بالزوجين والمهر واجب شرعا إبانة لشرف المحل فلا يحتاج ذكره لصحة النكاح [60 ص 152].

- القول الثاني: وهو قول المالكية [69 ص 294] في أن الصداق ركن من أركان عقد الزواج لا يصح بدون تسميته ودليلهم هو أن الصداق كالثمن، أي الصداق في مقابلة السلعة فيشترط فيه ما يشترط في الثمن إثباتا ونفيا [69 ص 294] ، وإن الله سبحانه جعل الصداق عوضا وأجراه مجرى سائر أعواض المعاملات المتقابلات بدليل قوله تعالى: (فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً) [1] فسماه أجرا فوجب أن يخرج به عن النحل إلى حكم المعاوضات [44 ص 317]. فوجه الدلالة واضح من خلال القياس على عقد البيع الذي لا ينعقد إلا بذكر الثمن فكان الصداق كالثمن لا ينعقد بدون عقد الزواج. والحقيقة أن استدلال المالكية بالقياس على الثمن في عقد البيع في اعتبار الصداق ركنا وعوضا، إستدلال ضعيف لأن الصداق ليس عوضا بدليل وجوبه بالطلاق قبل الدخول أو الموت ، وقد حكم الله في الطلاق قبل الدخول بنصف المسمى أو المتعة، وقيس الموت عليه [23 ص 330].

ومن خلال عرض اقوال الفقهاء المختلفة حول التكليف الشرعي للصداق فإننا نميل إلى ترجيح رأي جمهور الفقهاء لقوة أدلته في اعتبار الصداق أثر من آثار عقد الزواج، لأنه في حقيقته عطية ونحلة، وليس ثمنا في عقد الزواج. وإذا كان الصداق بهذا الوصف، فيجوز السكوت عليه وعدم ذكره في عقد

الزواج ويكون الزواج صحيحا، وليس معنى ذلك إسقاط الصداق كالتزام شرعي بل يفرض في هذه الحالة مهر المثل.

وإن ترجيح هذا القول من شأنه أن يشجع على الإقبال على الزواج دون عوائق، ويبعد التفكير المادي الذي يطغى على الزواج في وقتنا الحاضر، ويبقى ذكر الصداق من عدمه وتعجيله أو تأجيله يخضع لإرادة الرجل والمرأة، ولكن لا يجوز لهما الاتفاق على إسقاطه كالتزام شرعي ثابت في ذمة الزوج لأن مثل هذا الاتفاق في التعبير القانوني مخالف للنظام العام .

وأمام هذا الاختلاف الفقهي، تبنى قانون الأسرة الجزائري قول المالكية بأن الزواج لا يتم إلا بعد تسمية الصداق، وذلك من خلال قراءتنا للمادة التاسعة مكرر منه التي تنص على أنه: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية:

أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدان، إنعدام الموانع الشرعية للزواج". ونلاحظ أن قانون الأسرة الجزائري يعتبر الصداق شرط من شروط صحة الزواج، وإن كانت المادة التاسعة (مكرر) وردت ضمن إطار أركان عقد الزواج، فكان من الصحيح إدراجها في باب خاص بها يطلق عليه شروط صحة عقد الزواج، لأن المادة التاسعة [213] تعتبر التراضي بين الزوجين هو الركن الوحيد الذي ينعقد به الزواج.

وبمقارنة المادة التاسعة المعدلة بموجب القانون رقم 05/02 والمادة التاسعة قبل التعديل، نلاحظ أن الصداق كان ركنا من أركان الزواج بحيث نصت المادة التاسعة قبل التعديل على أنه: " يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصداق".

وتأكيدا لقول المالكية، فقد أوجب قانون الأسرة الجزائري ذكر وتسمية الصداق في عقد الزواج، وهذا استنادا للمادة الخامسة عشر التي تنص على أنه: "يحدد الصداق في العقد، سواء كان معجلا أو مؤجلا" وتطبيقا لذلك يجب على ضابط الحالة المدنية أو الموثق التأكد من اتفاق الأطراف على الصداق، وفي حالة تأكده من عدم تحديد الصداق، وجب عليه رفض العقد، غير أن المحكمة العليا أجازت الزواج بدون تحديد الصداق بقولها: " إن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج، لأنه عند النزاع يقضي للزوجة بصداق المثل.

وتأكيدا لذلك قضت محكمة النقض المصرية: " الإجماع على أن أداء المهر واجب شرعا للزوجة على زوجها إبانة لشرف المحل وإن صح النكاح بدونها، بحيث يجوز لها أن تمتنع عن أن تزف إلى زوجها والدخول في طاعته حتى تستوفي الحال من صداقها الذي اتفق على تعجيله، ولا تعد بهذا الامتناع ناشرا عن طاعته" [202 ص 25].

ونلاحظ أن ما قضت به المحكمة العليا مطابقا لقضاء محكمة النقض المصرية، ومن ثم اعتبرت المحكمة الصداق أثر من آثار عقد الزواج، ونعتقد أن هذا القرار هو انضمام لموقف جمهور الفقهاء

القائل بأن الصداق أثر من آثار الزواج. ويبدو أن هذا الموقف يتمشى وضرورة العمل على استقرار الحياة الزوجية وإضفاء الطابع المعنوي على عقد الزواج الذي يرتكز أساسا على ضرورة توافر دعائم الحياة الزوجية وهي المودة والرحمة والسكن التي تعتبر هي القوام الأساسي لبناء علاقة زوجية متماسكة، وحتى ولو سكت الزوجان عن ذكر الصداق فالحل موجود، فالزوج يبقى ملزما بدفع مهر المثل للزوجة بعد الدخول طبقا لضوابطه الشرعية.

أما مدونة الأسرة المغربية ، فلم تختلف عن موقف قانون الأسرة الجزائري في اعتبار الصداق شرط من شروط صحة عقد الزواج، وبذلك أخذت بما ذهب إليه المالكية ، فنصت المادة 13 منها على أنه: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- أهلية الزوج والزوجة.
- عدم الاتفاق على إسقاط الصداق.
- ولي الزوجة عند الاقتضاء.
- سماع العدلين بالتصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه.
- إنتفاء المانع الشرعية".

ونلاحظ أن المشرع المغربي لم يكتف بذكر الصداق كشرط لصحة الزواج بل أكد على عدم جواز التواطؤ على تركة لقوله تعالى: (وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً) [1]. فدل ذلك صراحة على أن الصداق شرط من شروط صحة عقد الزواج .

وتأكيدا لذلك نصت المادة 27 من مدونة الأسرة على انه: " يحدد الصداق وقت إبرام العقد، وفي حالة السكوت عن تحديده، يعتبر العقد زواج تفويض.

إذا لم يتراض الزوجان بعد البناء على قدر الصداق في زواج التفويض، فإن المحكمة تحدده مراعية الوسط الاجتماعي للزوجين".

والذي نلاحظه من خلال قراءتنا لنص المادة 27 من مدونة الأسرة هو أن المشرع المغربي قد تناول التكييف الشرعي للصداق بنوع من التفصيل خاصة عند نصه في المادة السابعة والعشرون على حالة سكوت الأطراف عن الاتفاق على تحديد الصداق، والسكوت كما هو معلوم وضع سلبي لا يمكن ان نستنتج منه موقفا معينا، ومن أجل معالجة هذه الحالة اعتبر هذا السكوت زواج تفويض. وزواج التفويض هو عقد بلا ذكر مهر، ولا إسقاطه، ولا صرفه لحكم أحد [131 ص 124].

2.1.2.1. أنواع الصداق وأوصافه

قد يتنوع الصداق حسب الظروف المحيطة بإبرام عقد الزواج إلى نوعين هما: الصداق المسمى وصداق المثل.

كما قد يأخذ الصداق وصفين يحددان زمن تنفيذ الزوج لالتزامه بدفع الصداق، لذلك جاء تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

- الفرع الأول: أنواع الصداق
- الفرع الثاني: أوصاف الصداق

1.2.1.2.1. أنواع الصداق

أولاً: الصداق المسمى

هو ما يترضى عليه المتعاقدان وينصان عليه في العقد أو يتراضيان عليه بعده بالتراضي. ويلتحق به ما يضيفه الزوج إلى الصداق وتقبله الزوجة، إذا كانت الإضافة بقصد زيادة الصداق، وحصلت أثناء قيام الزوجية، والزوج أهلاً للتبرع، كما يلحق به كل ما جرى العرف بتقديمه من الزوج لزوجته، إذ المعروف عرفاً بمنزلة المشروط، فيلحق بالصداق، إلا إذا لوحظ عند التسمية اعتباره أو نفيه [23 ص 346].

ولقد جرى العرف في الصداق المسمى أن يكون نقداً تسهل به عملية التعامل وقضاء مستلزمات وحاجيات المرأة.

ثانياً: صداق المثل

صداق المثل هو الذي يجب لإمرأة تماثل الزوجة في الصفات وقت العقد [186 ص 178]. وفي تعريف آخر هو ما يدفع لنظائر المرأة من نساء أهلها أو أهل بلدها، ونظائرها من المماثلات لها فيما يعتد به من صفات الزوجة، كالدين والأدب والعقل والتعليم والجمال والسن والبركة والثبوبة وكونها ولوداً أو عقيماً [168 ص 233]. ويجب صداق المثل في الأحوال التالية:

- إذا أفتق الطرفان أو وليهما على أن الزواج بدون صداق، فمثل هذا الشرط لا يصح ويجب في هذه الحالة صداق المثل لأن الصداق إنما وجب بحكم الشرع فلا يملك أحد أن يسقطه [186 ص 179].
- إذا كان الصداق المسمى في العقد فاسداً كما لو كان مالا لا يجوز التعامل فيه أو كان مجهولاً جهالة فاحشة فالعقد في هذه الحالة صحيح ويجب للمرأة مهر المثل.
- يكون صداق المثل واجب في الوطء بشبهة، وهذا باتفاق الفقهاء.
- يجب صداق المثل بالدخول في العقد الفاسد، أما إذا لم يثبت الدخول بالزوجة في العقد الفاسد فلا صداق لأنه لا يثبت بمجرد العقد الفاسد.
- يثبت الصداق للمرأة في زواج التفويض وهو الزواج الذي لم يسم للمرأة فيه صداقاً وذلك بالسكوت عنه.

- ولقد اختلف الفقهاء في تقدير مهر المثل، بسبب الاختلاف في جهة التماثل من النساء، هل هي جهة الأب أم الأم؟

فيرى الحنفية [107 ص 350] أن مهر المثل يفرض بالرجوع الى قريبات هذه المرأة من جهة الأب لا من جهة الأم كأختها الشقيقة أو عمتها أو ابنة عمها وهذا استنادا لقول ابن مسعود (لها مهر مثل نسائها لا وكس ولا شطط) وهن أقارب الأب، لأن الإنسان من جنس قوم أبيه، فقيمة الشيء تعرف بالنظر في قيمة جنسه، والإنسان من جنس أبيه لا من جنس قوم أمه.

وتعتبر المماثلة لدى الحنفية وقت العقد بالأوصاف التالية: السن، الجمال، المال، البلد والعصر والعقل والدين والبقارة والثوبية والعفة والعلم والأدب وكمال الخلق [125 ص 150، 151]، أما المالكية [25 ص 82] فيرون أن المعتبر في صداق المثل هو الدين والمال والحسب والبلد.

وذهب الشافعية إلى أن المثل يراعى فيه الأقرب من المرأة من نساء العصبية أي النساء اللواتي يكن عصبية لو كن ذكورا [235 ص 285] ، فحسب الشافعية، يراعى في تلك المرأة المطلوب مهر مثلها، أقرب من تنسب من نساء العصبية إلى من تنسب هذه المرأة المذكورة إليه، كالأخت وبنت الأخ والعمة لا الجدة ولا الخالة... ويعتبر مع ما تقدم، سن وعفة وعقل وجمال ويسار وفصاحة وبقارة وثيوبية... وإنما لم يعتبر الجمال وكذا المال في الكفاءة لأن مدارهما على دفع العار، ومدار المهر على الرغبات [45 ص 296].

وذهب الحنابلة إلى القول بأنه ينبغي أن يعتبر الأقارب، فالأقرب فالأقرب، فأقرب نساء عصباتها إليها أخواتها ثم عماتها ثم بنات عمها الأقرب فالأقرب، ولأن شرف المرأة معتبر في مهرها وشرفها بنسبها، وأمها وخالتها لا تساويانها في نسبها فلا تساويانها في شرفها. ويعتبر أن تكون في مثل حالها في دينها وعقلها وجمالها ويسارها وبقارتها وثيوبتها وصراحة نسبها وكل ما يختلف لأجله الصداق، وأن تكون من أهل بلدها لأن عادة البلاد تختلف في المهر، فإن لم يكن في عصباتها من هو في مثل حالها فمن نساء أرحامها كأمتها وجداتها وخالاتها وبناتهن، فإن لم يكن فأهل بلدها، فإن لم يكن فنساء أقرب البلدان إليها ، فإن لم يوجد إلا دونها زيد لها بقدر فضيلتها، وإن لم يوجد إلا خير منها نقصت بقدر نقصها [158 ص 97].

ويبدو أن ما ذهب إليه الحنابلة في شأن تحديد مهر المثل جدير بتربيحه كونه يحقق مبدأ التدرج في تحديد الجهة التي يرجع إليها كمثل لها لتحديد مهرها.

لم ينص قانون الأسرة الجزائري في المادة 15 قبل تعديلها بموجب الأمر رقم 05-02 [213] على صداق المثل في حالة عدم تحديد قيمة الصداق وقت العقد، ثم استدرك هذا الفراغ بإضافة فقرة ثانية للمادة 15 التي نصت على أنه: " في حالة عدم تحديد الصداق تستحق الزوجة صداق المثل" إلا أنه لم

يعرف ما المقصود بمهر المثل . وصادق المثل في قول الفقهاء: مهر امرأة تماثل الزوجة من أسرة أبيها، كأختها وعمتها، أو بنت أختها، أو بنت عمها[42 ص 57، 58].

ويكون التماثل بتساوي الزوجة مع مثيلاتها وقت العقد في السن والجمال والأدب والعقل والعلم وغيره لأن الصداق يختلف باختلاف هذه الأوصاف[42 ص 58].

بالإضافة إلى إشارة قانون الأسرة لمهر المثل في المادة 33 دون تعريفه أيضا، والذي تستحقه الزوجة في العقد الفاسد الذي تم فيه الدخول بحيث نصت هذه المادة على أنه: "...إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

فنلاحظ أن الزوج ملزم بدفع صداق المثل للزوجة في العقد الفاسد إذا تحققت واقعة الدخول الحقيقي، وهذا حكم من شأنه أن يساهم في استقرار العلاقة الزوجية.

ولقد تطرق القانون الأردني[111] صراحة إلى أنواع المهر بتعريف كل منهما حيث نصت المادة 44 من قانون الأحوال الشخصية الأردني على أن: "المهر مهراّن: مهر مسمى وهو الذي يسميه الطرفان حين العقد قليلا كان أو كثيرا، ومهر المثل، وهو مهر مثل الزوجة وأقرانها من أقارب أبيها وإذا لم يوجد لها مثل من قبل أبيها فمثيلاتها وأقرانها من أهل بلدتها".

ونرى أن القانون الأردني كان موفقا عندما عرف المهر المسمى ومهر المثل الذي اتخذ فيه موقفا بتحديد الجهة التي يرجع إليها لتحديد مهر المثل وهي جهة أبيها وهذا تجسيدا لرأي جمهور الفقهاء. وذلك من شأنه أن يقطع كل نزاع وشحناء.

أما بالنسبة لمدونة الأسرة المغربية ، فبقرائتنا لنصوصها لا نجد نصا يتكلم عن أنواع الصداق إلا ما أشار إليه نص المادة 60 لمهر المثل الذي يلزم به الزوج في حالة الزواج الفاسد الذي تم فيه الدخول بحيث نصت المادة 60 على أنه: "يفسخ الزواج الفاسد قبل البناء ولا صداق فيه إذا لم تتوافر في الصداق شروطه الشرعية، ويصحح بعد البناء بصداق المثل، وتراعي المحكمة في تحديده الوسط الاجتماعي للزوجين"

ونلاحظ، أن نص المادة 60 من مدونة الأسرة المغربية يقابل نص المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري غير أن المشرع المغربي ومنعا لتعسف الزوجة في طلب الصداق أو تعسف الزوج في عرض مقدار الصداق بمنحه الزوجة صداقا يقل عن صداق أمثالها، حدد الإطار الذي تحدد فيه المحكمة مقدار هذا المهر إذا ما طلب منها ذلك، وهو الوسط الاجتماعي للزوجين، أي وسط البلدة التي يعيشان فيها، وهذا عاملا من شأنه منع وقوع الضرر كوسيلة وقائية. وما تجدر الإشارة إليه هو أن مسألة صداق المثل لا تطرح في القانون المغربي بحدة لأن مدونة الأسرة أوجبت تسمية المهر رسميا في عقد الزواج بحضور الشاهدين العدليين المكلفين بتوثيق عقد الزواج وهذا ما أخذ به أيضا قانون الأسرة الجزائري

بموجب نص المادة 15 التي فرضت تحديد الصداق في العقد ، غير أنه ثبت في الواقع العملي أن نموذج عقد الزواج المسلم من طرف ضابط الحالة المدنية لا يشير في بياناته تحديد الصداق المتفق عليه الأمر الذي يتعارض مع نص المادة 15.

2.2.1.2.1. أوصاف الصداق

يجوز تعجيل المهر أو تأجيله، أو تعجيل البعض، وتأجيل البعض الآخر، حسب عادات الناس، وعرفهم ويستحب تعجيل جزء منه [43 ص 159] ، لما روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم منع عليا أن يدخل بفاطمة حتى يعطيها شيئا، فقال: وما عندي شيء، فقال: أين درعك الحطمية؟ [62 ص 162].

وإن الصداق المعجل والصداق المؤجل ليس من قبيل أنواع الصداق، بل هما من أوصافه المتفق عليها، حيث جرى العرف أن يكون الصداق مقسما بين معجل ومؤجل أو ما يسمى مقدم الصداق ومؤخره، فيدفع المقدم أولا عند إبرام العقد أو بعده و عادة ما يكون قبل الدخول، أما المؤخر فلا يدفع إلا عند أقرب الأجلين الطلاق أو الوفاة [168 ص 237].

وإن تقسيم الصداق إلى مقدم ومؤخر، مرجعه إلى العرف الذي لا يخالف قاعدة شرعية، فهو لهذا السبب عرف شرعي ولما فيه من مصلحة في التيسير على العباد في عقود زواجهم [168 ص 237].

وبالفعل فتأجيل الصداق كله أو بعضه فيه رفع للمشقة والحرص على الرجل الذي لا يستطيع أن يدفع الصداق وقت العقد بسبب ظروفه المالية، ولكن ليس معنى ذلك إعفائه من الصداق بل يبقى دينا في ذمته و ينتقل إلى ورثته عند وفاته، و بديهي يتم ذلك بتراضي الطرفين.

فإذا اتفق الزوجان على أن يكون الصداق معجلا في جزء منه و مؤجلا في الجزء الآخر، كان الزوج ملزما أن يدفع لها المعجل حتى يتمكن من الدخول بها، ولها الحق في الامتناع عن تسليم نفسها إذا لم تقبض الصداق المعجل.

أما إذا قبضته فلا يجوز لها أن تمتنع عنه بالاتفاق، ولكن إذا عجز الزوج عن دفع الصداق المعجل فهل للزوجة طلب حل الرابطة الزوجية ؟

حسب مذهب الحنفية [86 ص 163] ، يبقى للزوجة الحق أن ترفض تسليم نفسها حتى يدفع الزوج المعجل من الصداق، ولاحق للزوجة في فسخ الزواج، ولا تنقيد بإذنه في السفر.

وقال الحنابلة [86 ص 165] : إذا عجز الزوج عن دفع الصداق الحال قبل الدخول، كان لها طلب الفسخ، بشروط: أحدها أن تكون مكلفة ، فإذا كانت صغيرة فليس لها ذلك، وكذا لوليها خلافا للشافعية. ثانيها أن تكون حرة، فإن كانت أمة كان هذا الحق لسيدتها. كما يقول الشافعية. ثالثها: أن لا

تكون عالمة بعسره، فإن تزوجته وهي عالمة بأنه معسر فلا حق لها في الفسخ. رابعها: أن يصدر الفسخ من الحاكم، فليس للمرأة الفسخ من تلقاء نفسها ولها الحق في الفسخ ولو بعد الدخول والوطء، خلافا للمالكية، والشافعية.

أما المالكية، فيقولون أن الزوجة إذا طالبت بمعجل مهرها قبل البناء، فادعي العدم أجله الحاكم مدة يقدرها باجتهاده لإثبات عسره، ثم ينظر إلى ميسرة لعله يتيسر حاله. فإذا عجز بعد ذلك طلق القاضي عليه أو تطلق المرأة نفسها أو القاضي بحكم منه. ويشترط في التطلاق على المعسر أن يكون قبل الدخول، أما بعد الدخول فلا طلاق على المعسر بالصدّاق على حال، وإذا طلقت كان لها نصف الصّدّاق ترجع به عليه إذا تيسر [86 ص 163، 164].

أما الشافعية قالوا: إذا عجز عن دفع المهر بإعساره صبرت الزوجة عليه فذاك وإلا فلها فسخ الزواج [86 ص 164].

ونعتقد أن الزوجة التي رفض زوجها إعطاءها معجل صدّاقها لعجزه، لها الحق في طلب التطلاق، استناد للضرر المعتبر شرعا الذي قد يصيب الزوجة ماديا أو معنويا، خاصة إذا أصر الزوج على الامتناع عن تنفيذ التزامه بدفع الصّدّاق دون مبرر شرعي مما يظهر نيته في الإضرار بزوجته ومن ثم لا نرى مانعا من تطبيق نص الفقرة العاشرة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري التي تمنح الحق للزوجة في طلب التطلاق للضرر الصادر عن الزوج والمعتبر شرعا.

3.1.2.1- إستقرار الصّدّاق

قد يستقر الصّدّاق كله وقد يستقر بعضه و قد يسقط في حالات معينة، وتتمثل حالات استقرار الصّدّاق فيما يلي:

- الحالة الأولى: الدخول الحقيقي: إتفق الفقهاء على أن الدخول الحقيقي يستقر به الصّدّاق كله سواء كان صدّاقا مسمى أو صدّاق مثل، وتستحقه الزوجة كاملا ولا يسقط منه شيء إلا إذا تنازلت عنه أو عن جزء منه برضاها.

ونعني بالدخول الحقيقي، إنتقال الزوجة إلى بيت زوجها بحيث يطلع عليها زوجها ويتصل بها جنسيا، لأنه بالدخول الحقيقي تبدأ الحياة الزوجية بمرحلة تختلف عما كانت عليه من قبل، وتكون الزوجة قد قامت بواجبها حيث مكنته من نفسها فكان لزاما أن تجب لها سائر حقوقها على الزوج وجوبا مؤكدا وأولها الصّدّاق، حيث يصبح غير قابل للإنقاص أو الإسقاط إلا إذا تنازلت عنه فهذا حقها [168 ص 238].

والعلة في استقرار المهر و تأكده بالدخول الحقيقي، هي أن النصوص الشرعية التي بيّنت الأمور المسقطة إنما يعمل عمله إذا وجد قبل الدخول، لأن الزوج بدخوله بمن تزوجها دخولا حقيقيا قد

استوفى المقصود بالزواج من الاستمتاع بزوجته، والشيء باستيفاء المقصود منه يأخذ حكمه كاملاً، وإذا كان الدخول مع الشبهة في العقد الفاسد يوجب مهر المثل غير قابل للسقوط [49 ص 200].

- الحالة الثانية: الخلوة الصحيحة: في النكاح الصحيح تؤكد المهر كالدخول الحقيقي، والخلوة الصحيحة هي التي يجتمع فيها الزوجان في مكان يأمنان فيه من اطلاع الغير عليهما، ولم يكن ثمة مانع يمنع من الدخول الحقيقي، فإن حصل الاجتماع على ذلك النحو، فقد حصلت الخلوة وتأكد المهر، ووجدت العدة، ولو لم يحصل في الاجتماع دخول حقيقي [108 ص 189].

غير أن الفقهاء اختلفوا في اعتبار الخلوة الصحيحة من أسباب تأكيد الصداق وذلك على ثلاثة

أقوال:

القول الأول: وهو قول الحنفية [100 ص 319] والحنابلة [132 ص 127] الذي يرى أن الخلوة الصحيحة هي التي يخلو بها في مكان يأمنان فيه من إطلاع الناس عليهما كدار وبيت دون الصحراء والطريق الأعظم والسطح الذي ليس على جوانبه سترة، وكذا إذا كان الستر رقيقاً أو قصيراً بحيث لو قام إنسان يطلع عليهما يراهما. وألا يكون مانع من الوطء حساً ولا طبعاً ولا شرعاً، ولأن الخلوة تكمل الصداق كالوطء، وتوجب حقاً لها وهو المهر وحق عليها وهو العدة. ولقد استدلت الحنفية والحنابلة لقولهم بما ورد في الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

فقد ورد في الكتاب قوله تعالى: (وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ۗ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا) [1].

فالمقصود بالإفضاء في الآية هو الإخلاء بالزوجة، قال الكلبي: الإفضاء إذا كان معها في لحاف واحد جامع أو لم يجمع و قال الفراء: الإفضاء أن يخلو الرجل بالمرأة وأن يجمعها.... وعلى أن معنى "أفضى" خلا وإن لم يكن جامع والصحيح إستقراره بالخلوة مطلقاً وبه قال أبو حنيفة وأصحابه : إذا خلا بها خلوة صحيحة يجب كمال المهر والعدة دخل بها أو لم يدخل بها [4 ص 98].

ومن ثم يظهر الدليل على وجوب الصداق كله للزوجة بعد حصول الخلوة الصحيحة ونهى الله عن أخذ شيء منه.

أما دليلهم من السنة ما رواه الدارقطني عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (من كشف خمار امرأته ونظر إليها وجب الصداق دخل أو لم يدخل) [4 ص 98].

وأما إجماع الصحابة فيظهر مما رواه الإمام أحمد والأثرم بإسنادهما عن زرارة بن أوفى قال: " قضى الخلفاء الراشدون المهديون أن من أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد وجب المهر ووجدت العدة..." [158 ص 97].

القول الثاني: وهو ما قال به الشافعية[7 ص 73] والظاهرية[83 ص 483] في أن الخلوة الصحيحة لا تؤثر على استقرار الصداق كله، بل يستقر بالدخول الحقيقي والوفاة.

القول الثالث: وهو ما ذهب إليه المالكية إلى أن خلوة الاهتداء يستقر بها كامل الصداق، وخلوة الاهتداء هي من الهدوء والبناء والسكون لأن كل واحد من الزوجين سكن للآخر واطمأن إليه وخلوة الاهتداء هي المعروفة عندهم بإرخاء الستور[69 ص 300]. ويطلق عليها خلوة بناء التي يجب أن تحصل بعد انتقال الزوجة إلى زوجها بالزفاف وإقامتها معه مدة سنة كاملة حتى ولو لم يقع الدخول مع توافر كل الأسباب المهيئة له، فامتداد الإقامة لمدة سنة دون حصول دخول حقيقي يقوم مقام الدخول الحقيقي بشرط بلوغ الزوج وقدرة الزوجة على الوطء وسلامتهما من العيوب التي توجب الخيار[133 ص 38]، وبالتالي تقوم خلوة الاهتداء مقام الدخول الحقيقي في استقرار الصداق كله. ونلاحظ أن المالكية قد اتخذوا مذهباً وسطاً فهم لم يجعلوا الخلوة مؤكدة للصداق مطلقاً كما ذهب الحنفية و الحنابلة ولم يمنعوا أثرها بإطلاق كما فعل الشافعية والظاهرية وإنما قسموا الخلوة إلى نوعين خلوة اهتداء و خلوة زيارة[186 ص 193]. أما خلوة الزيارة فهي تحصل قبل الزفاف ولا يتأكد بها الصداق و يصدق قول الزائر منهما في حصول الوطء أو عدم حصوله[69 ص 301].

ويعود سبب اختلاف الفقهاء[39 ص 397] في مدى اعتبار الخلوة الصحيحة من أسباب استقرار الصداق إلى معارضة حكم الصحابة في ذلك لظاهر الكتاب، و ذلك أنه نص تبارك و تعالى في المدخول بها المنكوحة أنه ليس يجوز أن يؤخذ من صداقها شيء في قوله تعالى: (وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ) [1].

ونص في المطلقة قبل المسيس أن لها نصف الصداق فقال تعالى: (وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ) [1]. وهذا نص – كما ترى – في حكم كل واحدة من هاتين الحاليتين – أعني – قبل المسيس و بعد المسيس – ولا وسط بينهما فوجب بهذا إيجاباً ظاهراً أن الصداق لا يجب إلا بالمسيس، والمسيس ههنا، الظاهر من أمره أنه الجماع، وأمام الأحكام الواردة في ذلك عن الصحابة فهو أن من أغلق باباً وأرخى ستراً فقد وجب عليه الصداق[39 ص 29]. فالمس كناية عن الاتصال، لذلك فالخلوة وحدها بدون اتصال جنسي لا تؤكد المهر كله للزوجة[32 ص 84].

كما يعود سبب اختلافهم في مدى اعتبار الخلوة بشروطها إلى تفسير معنى "الإفضاء" والمسيس المذكورين في القرآن الكريم، فالقول الذي ذهب إلى اعتبار الإفضاء كالمسيس يطلق على الجماع أو الوطء لا يعترف بالخلوة إلا إذا كان هناك مسيس، و إلا وجب الصداق و ليس كاملاً لقوله تعالى: (وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ) [1] ، أما من قال أن الإفضاء أعم من المسيس، فإنه يدخل في مفهومه مجرد اختلاء الزوج بزوجه في إطار شرعي وإن لم يحصل وطء، وبالتالي وجب كامل الصداق لقوله تعالى: (وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ

إلى بَعْضٍ وَأَخَذَنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا)[1] ، وكأنهم اعتبروا الإفشاء شاهداً على حصول الجماع[23 ص 371].

والذي نراه من خلال عرض أقوال الفقهاء أن القول الذي يرى أن الخلوة الصحيحة تعد سبباً من أسباب استقرار الصداق جدير بالترجيح، وهذا باعتبار أن الخلوة لا تتم إلا بين الزوج وزوجته ولا يمكن لشخص آخر أن يطلع عليهما، فالجماع في حد ذاته يحصل بين الزوجين في غاية السرية بسبب طابعية الجنسي الذي يقتضي الاختلاء، فكان من اللازم اعتبار الخلوة من مؤكدات الصداق احتياطاً وحماية للعلاقة الزوجية من كل ضرر و شقاق مما يؤدي إلى توفير عامل هام لاستقرار الحياة الزوجية، لذلك فالزوج بصداق زوجته لا يقتصر على الدخول الحقيقي فقط بل يمتد حتى إلى الخلوة الصحيحة التي تجمعها مع زوجته في مكان آمن بعيد عن أعين الناس، وفي ذلك حماية للزوجة في استحقاق صداقها كاملاً.

أخذ قانون الأسرة الجزائري بالمذهب المالكي في تحديد سببين أساسيين لاستقرار الصداق هما، الدخول الحقيقي والوفاء، وهذا ما تنص عليه المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: (تستحق الزوجة الصداق كاملاً بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول).

و بنفس المذهب أخذت أيضاً مدونة الأسرة المغربية بواقعتي الدخول الحقيقي والوفاء لتأكيد الصداق كله، وذلك بموجب الفقرة الأولى من المادة 30 منها التي تنص على أنه: (تستحق الزوجة الصداق كله بالبناء أو الموت قبله).

و تأكيداً لذلك قضت المحكمة العليا على أنه: (من المقرر فقهاً و شرعاً أن الزوجة تستحق الصداق كاملاً بمجرد الدخول و اختلاء الزوج بها، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ولما كان ثابتاً -في قضية الحال - أن الزوج لم يدخل بزوجته بعد انتقالها إلى داره لكونه كان في حالة اعتقال مما يتعذر إتمام الخلوة...)[201 ص 82].

ولقد أكدت المادة 32 من مدونة الأسرة المغربية على واقعة الوفاة قبل البناء أو الدخول لتستحق الزوجة صداقها كاملاً في حين نجد أن المشرع الجزائري لم يفرق بين الوفاة قبل الدخول أو بعده، لأن الوفاة بعد الدخول تسقط حكمها السابق لاستحقاق الصداق كله باعتبار أن واقعة الدخول الحقيقي قد تحققت، لذا كان لزاماً أن تعدل المادة 16 من قانون الأسرة للتأكيد على أن استحقاق الزوجة للصداق كاملاً يكون بوفاة الزوج قبل الدخول أو البناء .

و لم يأخذ المشرع الجزائري و المشرع المغربي بالخلوة الصحيحة كسبب لاستقرار الصداق كله غير أن قراءتنا لبعض قرارات المحكمة العليا توحى لنا لأول وهلة أنها خالفت ما ذهب إليه المشرع في اعتبار الخلوة الصحيحة سبباً من أسباب تأكيد الصداق و استقراره كله ، و ذلك بقضائها على أنه: (من

المقرر شرعا و قانونا، أنه إذا أبرم عقد زواج صحيح و تأكدت الخلوة بين الزوجين، أصبح للزوجة الحق في جميع توابع العصمة وكامل صداقها حتى ولو لم يقع إحتفال بالدخول...)[199 ص 15].
كما قضت أيضا على أنه: (من المتفق عليه فقها أن الخلوة الصحيحة توجب جميع الصداق المسمى. ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بما يثيره الطاعن بعدم إتمام الدخول بزوجه غير مبرر ويستوجب رفضه)[201 ص 81].

وبقراءتنا لقراري المحكمة العليا في شأن الخلوة الصحيحة لم يتبين لنا مفهوم الخلوة الذي تعتمده المحكمة العليا في قضائها، هل هي الخلوة التي تقع قبل الدخول أو الخلوة التي تقع بعد انتقال الزوجة إلى بيت زوجها؟.

لقد أجابتنا المحكمة العليا بالفصل في هذا الإشكال بقولها على أنه: (من المقرر شرعا أن انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية و اختلاء الزوج بها في بيته و غلق بابه عليها و هو الذي يعبر عنه شرعا "إرخاء الستور" أو "خلوة الاهتداء" يعتبر دخولا فعليا يترتب عليه الآثار الشرعية وتنتال كامل صداقها [201 ص 83].

ونلاحظ بمقتضى هذا القرار، أن المحكمة العليا قد بيّنت المقصود من الخلوة وهي خلوة "الاهتداء" التي يقول بها المالكية والتي تتم بعد انتقال الزوجة لبيت زوجها وبعد إرخاء الستور و غلق بابه عليها، و ذلك دليلا على تبني قضاء المحكمة العليا لقول المالكية في شأن الخلوة المؤكدة لكامل الصداق.

4.1.2.1. محل الصداق وتقديره

نعني بمحل الصداق مضمونه أي مكونات هذا الصداق وكذا البحث عن مدى تحديد الشرع لمقداره، وإيضاحا لذلك قسم هذا المطلب إلى فرعين:

- الفرع الأول: محل الصداق.

- الفرع الثاني: تقدير الصداق.

1.4.1.2.1. محل الصداق

يشترط في الصداق أن يكون مالا متقوما، والمال هو ما يمكن حيازته والانتفاع به انتفاعا عاديا و مشروعا كالذهب والفضة والعروض مثل الثياب والعقار و نحو ذلك[186 ص 156].
أما إذا كان محل الصداق شيئا غير متقوم بالمال فلا يصح أن يكون صداقا، بمعنى أن محل الصداق يجب أن يكون مالا قابلا للتعامل فيه بالبيع والإيجار مثلا ، وبالتالي يكون الصداق غير مشروع إذا كان محله مخالفا للنظام العام.

فالصداق المشروع هو الذي يرد على منافع مشروعة، وهذا باتفاق الفقهاء غير أنهم اختلفوا في شروط هذه المنفعة، فيرى الحنفية أن من شروط هذه المنفعة أن تكون مالا أو تلحق بالمال [84 ص 407]. أما المالكية فقد اشترطوا كونه منتفعا به للزوجة متمولا مقدور على تسليمه [124 ص 17].

أما الشافعية فيعتبرون أن كل ما لم يكن مالا ولا في مقابلة مال، لم يجز أن يكون مهرا [124 ص 17]، أما الحنابلة فعندهم كل ما جاز أن يكون ثمنا أو أجرة جاز أن يكون صداقا [101 ص 227].

وبالتالي يصح الصداق بالمنافع المشروعة القابلة للتقويم بالمال وهذا لتمكين الزوجة من الانتفاع بصداقها انتفاعا مشروعاً. فالمنافع التي لا تقدر بمال لا تصلح أن تكون محلا للصداق، كأن يجعل الزوج مهر زوجته ألا يتزوج عليها أو بأن تبقى مع أهلها ولا ينقلها إلى بلد آخر، فهذه المنافع لا تصلح بأن تكون مهرا عند جمهور الفقهاء لأنها لا تقدر بمال وإن كانت تشكل منفعة للزوجة.

وإن الحديث عن مجال الصداق يثير مسألة نكاح الشغار [32 ص 79] ، فالمتفق عليه أنه لا يجوز الاتفاق على أن يكون محل الصداق الزواج من ابنته أو ممن تحت ولايته ففي هذه الحالة يكون محل الصداق غير مشروع لأن المنفعة غير مشروعة.

وإذا كان الفقهاء قد اتفقوا على جواز أن تكون المنفعة المشروعة محلا للصداق فإنهم اختلفوا في اعتبار تعليم القرآن منفعة تصلح كصداق على قولين:

- القول الأول: وهو رأي جمهور الفقهاء المالكية [25 ص 81] الشافعية [45 ص 303] الحنابلة [158 ص 97] الذي يقول بصلاحيّة تعليم القرآن كصداق للمرأة لاعتبار المنفعة التي تكتسبها الزوجة من ذلك، ولقد استدلل جمهور الفقهاء بحديث سهل بن سعد أن النبي صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت: يا رسول الله إنني وقد وهبت نفسي لك، فقامت قياما طويلا، فقام رجل فقال: يا رسول الله زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (هل لك من شيء تصدقها إياه؟) فقال: ما عندي إلا إزارى هذا، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: (إن أعطيتها إزارك جلست لا إزار لك، فالتمس شيئا)، فقال: ما أجد شيئا، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: (هل معك من القرآن شيء)؟ فقال: نعم سورة كذا وسورة كذا لسور يسميها، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: (قد زوجتكها بما معك من القرآن) [21 ص 460].

والحديث يدل على جعل المنفعة صداقا ولو كانت تعليم القرآن (وقوله بما معك من القرآن) وجهين أظهرهما أن يعلمها ما معه من القرآن أو مقدارا معيناً منه، ويكون ذلك صداقا وقد جاء هذا التفسير عن مالك و يؤيده قوله في بعض طرقه الصحيحة فعلمها من القرآن، وعين في حديث أبي هريرة مقدار ما يعلمها وهو عشرون آية [121 ص 264].

- القول الثاني: وهو ما ذهب إليه الحنفية إلى أن تعليم القرآن لا يصلح أن يكون صداقا، فالمعلوم أن المسمى وهو السورة من القرآن لا يوصف بالمالية ولنا قوله تعالى: (وَأَحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَلِكَ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ) شرط أن يكون المهر مالا، فإذا لم يكن مالا لا يكون مهرا، فلا يصح تسميته مهرا. و قوله تعالى: (فَنَصِفُ مَا قَرَضْتُمْ) أمر بتنصيف المفروض في الطلاق قبل الدخول فيقتضي كون المفروض محتملا للتنصيف وهو المال، وأما الحديث فهو في حد الأحاد ولا يترك نص الكتاب بخبر الواحد لأن السورة من القرآن لا تكون مهرا بالإجماع وليس فيه ذلك تعليم القرآن ولا ما يدل عليه، ثم تأويلها زوجتها بسبب ما معك من القرآن وبحرمته وبركته لا أنه كان ذلك النكاح بغير تسمية مال[84 ص 410].

ونرى من خلال هذا الاختلاف الفقهي أن قول جمهور الفقهاء هو الراجح من القولين، وذلك لقوة سندهم المتمثل في حديث سهل بن سعد المتفق عليه والذي يدل دلالة قاطعة على إجازة النبي صلى الله عليه وسلم لتعليم القرآن للمرأة كمحل للصداق. فالصداق شرع في الأصل حقا للمرأة تنتفع به فإذا رضيت بالعلم و الدين و إسلام الزوج و قراءته للقرآن كان هذا من أفضل المهور و انفعها وأجلها[16 ص 29].

وبالتالي فالعبرة من الصداق هو مدى انتفاع المرأة بمحلّه سواء كان الانتفاع ماديا أو معنويا، ونعتقد أن إجازة النبي صلى الله عليه وسلم تعليم القرآن كصداق لا يكون إلا إذا لم يجد الرجل ما يقدمه من منفعة مادية، و أن الشروط التي حددها الفقهاء لصلاحية الصداق ما هي إلا ضمانات فعلية للمرأة لتحصل على صداق تنتفع به حقيقة، لذا وجب أن يكون الصداق مالا متقوما، أو منفعة مشروعة إذا تعذر على الرجل تقديم منفعة مادية ورضيت المرأة بذلك، وضمانا أيضا لاستيفائها الصداق فكان لزاما أن يكون معلوما وقابلا للتسليم.

2.4.1.2.1. تقدير الصداق

لم يتفق الفقهاء حول تقدير الحد الأدنى للصداق، فمنهم من يرى بضرورة تحديد حد أقل للصداق و منهم من يرى عكس ذلك بأنه لا حد لأقل الصداق.

- القول الأول: لقد حدد الحنفية أدنى المقدار الذي يصلح مهرا وهو عشرة دراهم أو ما قيمته عشرة دراهم وهذا عندنا أي أقل المهر شرعا للحديث: " لا مهر أقل من عشرة دراهم " وهو إن كان ضعيفا فقد تعددت طرقه والمنقول في الأصول أن الضعيف إذا تعددت طرقه فإنه يصير حسنا إذا كان ضعفه بغير الفسق، ولأنه حق الشرع وجوبا إظهار لشرف المحل فيقدر بماله خطر وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة[84 ص 409].

وأما استدلالهم بالمعقول فهو قياس نصاب القطع في السرقة لأن حق الشرع متعلق به إبانته لخطر البضع، صيانة له عن شبهة الابتذال بإيجاب ما له خطر في الشرع، فإن كان المسمى أقل من عشرة يكمل عشرة عند أصحابنا الثلاثة و قال زفر فيجب مهر المثل [84 ص 409].

- القول الثاني: وهو ما ذهب إليه المالكية بقولهم ولا حد لأكثر الصداق و أقله ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الفضة أو ما يساوي أحدهما [18 ص 80].

ودليلهم في ذلك القياس على نصاب القطع في السرقة فهو عندهم ربع دينار أو ثلاثة دراهم عكس ما ذهب إليه الحنفية في اعتبار نصاب القطع في السرقة هو عشرة دراهم [39 395].

ولقد انتقد ابن حزم الظاهري، اللجوء إلى هذا القياس بقوله: " وأما قولهم: إنه قياس على قطع يد السارق ؟ فهو أسخف قياس في العالم لأنه لا شبه بين النكاح والسرقة، و أيضا : فإن اليد تقطع والفرج لا يقطع، والنكاح طاعة والسرقة معصية" [83 ص 92].

- القول الثالث: وهو قول جمهور الفقهاء من الشافعية و الحنابلة وإسحاق وأبو ثور وفقهاء المدينة من التابعين : ليس لأقله حد، وكل ما جاز أن يكون ثمنا وقيمة لشيء جاز أن يكون صداقا وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك [39 ص 393].

واستدل الشافعية والحنابلة ومن وافقهم على أنه لا حد لأقل الصداق بما ورد في الكتاب والسنة. ففي كتاب الله هناك عدة آيات تدل على ذلك منها: قوله تعالى: (وَأَجَلَ لَكُمْ مَّا وَرَاءَ ذَلِكَ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ) [1] فكل ما يسمى مالا قل أو أكثر تصح تسميته مهرا. ولقوله صلى الله عليه وسلم: (التمس ولو خاتما من حديد) والخاتم من حديد لا يساوي عشرة دراهم ولا خمسة ولا ثلاثة [108 ص 172]، ولقد ورد لفظ المال في الآية مطلق غير محدد بمقدار معين. بالإضافة إلى أنه لم يرد شرعا ما يدل على تقييد الصداق بمقدار أدنى. فعلمنا من ذلك أن كل ما يسمى مالا في العرف والشرع يصح تسميته مهرا [128 ص 345] ، وقوله تعالى: (فَأَنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَأَتَوْهُنَّ أَجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) [1]. فالأجر حسب الآية هو الصداق، وذكر مطلقا دون تحديد لمقداره.

وأما في السنة النبوية فقد وردت فيها عدة أحاديث تدل على عدم وجوب تحديد الحد الأقل للصداق ومنها حديث سهل بن سعد الساعدي المتفق على صحته وفيه: أن رسول صلى الله عليه وسلم قال للراغب في الزواج (التمس شيئا) فقال الرجل: ما أجد شيئا، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (التمس ولو خاتما من حديد) قالوا: هذا دليل على أنه لا قدر لأقله لأنه لو كان له قدر لبينه إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة [39 ص 394].

و للحديث دلالة أخرى على أن الشيء الذي يصلح أن يكون محلا للصداق يجب أن يكون له قيمة في الجملة، لأن اللفظ الوارد في الحديث و إن كان يشمل الخطير والتافه إلا أن المراد فيه ما له قيمة

في الجملة، و الصحابي رضي الله عنه قد فهم ذلك المراد لأنه لم يكن يقدم شيئاً تافهاً كالنواة ونحوها، لذلك قد نفى أن يكون عنده شيء له قيمة [14 ص 211].

وبالتالي فالنواة و حبة البر و الشعير ونحوها لا تصلح أن تكون محلاً للصداق خلافاً لما قام ابن حزم الظاهري [83 ص 90].

- ما أخرجه الدارقطني و البيهقي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (أدوا العلائق)، قيل: يا رسول الله وما العلائق؟ قال: (ما تراضي به الأهلون) ووجه الدلالة في الحديث ظاهرة في دور التراضي بين الرجل و المرأة في تحديد قيمة الصداق سواء بالقليل أو بالكثير.

- ما رواه عامر ابن ربيعة أن امرأة من بن فزازه تزوجت على نعلين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (أرضيت من نفسك ومالك بنعلين؟ قالت: نعم فأجازه) [110 ص 189].

- ما رواه جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لو أن رجلاً أعطى امرأة صداقاً ملئ يديه طعاماً كانت له حلالاً) [21 ص 323].

ونستنتج من الحديثين جواز أن يكون الصداق شيئاً حقيراً كالنعلين، و المد من الطعام، قال القاضي عياض: الإجماع على أن مثل أن الشيء الذي لا يتمول ولا له قيمة لا يكون صداقاً ولا يحل به النكاح، فإن ثبت نقله فقد خرق هذا الإجماع أبو محمد بن حزم فقال: "يجوز بكل شيء ولو كان حبة من شعير.... ولا شك أن الخاتم من حديد له قيمة وهو أعلى خطر من النواة و حبة الشعير [121 ص 260]. إن التقديرات لا تعرف بالرأي و إنما تعرف بتقدير الشارع، ولم يصح في التقدير حديث، فالحديث الذي استدل به الحنفية ضعفه رجال الحديث... والأحاديث التي استدل بها غيرهم ليست صريحة في التحديد. بل كل ما فيها أن كلا منها يوافق مهراً من المهور الواقعة في عصر النبوة، وهذا لا يدل على أنه المقدر الذي استند إليه الحنفية وقد علمت ما فيه. و فوق ذلك فإنه جزء من حديث ولفظه (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل ولا مهر أقل من عشرة دراهم) و الحنفية أنفسهم تركوا العمل به في باب الولاية و عدالة الشهود فكيف يأخذون به في باب المهر؟ [128 ص 347].

ويبدو، أن الراجح من هذا الاختلاف الفقهي حول الحد الأدنى للصداق، هو القول بعدم تحديد أقل الصداق لأن الأدلة الواردة فيه متفق على صحتها و تتماشى مع طبيعة الصداق، خاصة الدليل المأخوذ من حديث "خاتم من حديد" فإذا قلنا أن الصداق عطية من الرجل للمرأة، فلا يمكن أن نحدد له مقداراً معيناً ويبقى ذلك خاضعاً لاتفاق الطرفين.

أما بالنسبة لأكثر الصداق فقد اتفق الفقهاء على أنه ليس لأكثره حد [39 ص 393]. و يخضع تقديره لتراضي الطرفين و على أساس القدرة المالية للزوج، فكل شخص له الحرية في تقديم الصداق الذي يتماشى مع ما يقدر عليه لقوله تعالى: (وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا) [1].

و بدافع التيسير على الناس حاول عمر إين الخطاب رضي الله عنه منع المغالاة في المهور بحيث خطب في الناس قائلاً: " لا تغلوا صدق النساء، فإنها لو كانت مكرمة في الدنيا أو تقوى في الآخرة لكان أولاكم بها رسول الله صلى الله عليه وسلم، ما أصدق قط امرأة من نسائه ولا أصدقتم امرأة من بناته فوق إثني عشرة أوقية" [110 ص 1192]. وقد أخرج "عبد الرزاق عن عمر" أنه قال: " لا تغلوا في مهر النساء ، فقالت امرأة ليس ذلك لك يا عمر ، إن الله تعالى يقول: (وَأَتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا) فقال عمر: "إمرأة خاصمت عمر فخصمته". وفي رواية: "إمرأة أصابت ورجل أخطأ" [121 ص 263].

و يتضح من خلال هذه الواقعة أنه لا يجوز تحديد حدا أقصى للصدقات بل يبقى ذلك خاضعا لاتفاق الرجل و المرأة ، و إن كان يحبذ عدم المغالاة في المهور لما ورد عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (إن أعظم النكاح بركة أيسره مؤنة) [21 ص 121].

وإن الإمام عمر إذا كان قد غلب في هذه المخاصمة، فإنه لم يكن الباعث الذي بعثه إلا مستمدا من روح الشريعة، و هو تيسير الزواج الذي دعا إليه النبي صلى الله عليه وسلم [108 ص 173]. والواقع أن التشديد على الأزواج بالغلو في المهر كما شاع ذلك بين الناس و في جميع طبقاتهم، ليس من مصلحة الفتيات، و لا من هناءتهن في حياتهن الزوجية. فالزوج الذي يستدين بسبب زواجه، كثيرا ما يصاب بانقباض النفس وضيق الصدر وكثيرا ما يقترن ذلك بنظرته إلى من كانت سببا في شقائه بالدين المؤرق [152 ص 153، 154].

ومن هنا، كان من الوصايا التي تلحق بالتعرف، والاختيار، والرضا، والكفاءة يسر المهور وعدم المغالاة فيها، وبه تشرح الصدور، وتقوى الألفة، وتطيب الحياة. هذا ما تراه الشريعة من الوسائل التي يجب مراعاتها قبل الإقدام على عقد الزواج، تركيزا له على الأسس القوية المتينة، وبعدها له عن اللبنيات الرطبة التي لا تلبث أن تذوب، فينهار البنيان، ويسقط العرش، ويتلاشى الأمل [152 ص 154].

ثم إن المغالاة في الصداق مع العجز عن توفيره يورث العداوة بين الزوجين، مما يكون له أسوأ الأثر على عشرتهما... ويبقى العلاج بتربية النفوس على تقوى الله ومراعاته أولا وآخرا، وعدم الإضرار بالأزواج من الأولياء، وأن يكون الضابط في تحديد المهر قدرة الزوج وإمكانياته لا المباهاة والمراءاة، فكم من البيوت تعست مع غلاء المهور ، وكم من البيوت سعدت لما قنعت بما فرض لها [97 ص 108، 113].

ويتضح أن المغالاة في المهور لا يمنعها مانع شرعي غير أنها ستؤدي إلى إضفاء الطابع المادي على العلاقة الزوجية بعيدا عن مشاعر المودة والرحمة ، مما يؤثر حتما على استقرار الحياة الزوجية .

2.2.1. التزام الزوج بالإنفاق على زوجته

لم ينصب الزوج قيما على زوجته للاستعلاء عليها، بل شرعت قوامته مقترنة بجانب تكليفي مادي يعتبر دليلا قويا على مدى صلاحية الزوج ليكون قيما على زوجته، ويتمثل هذا الجانب في إلزام الزوج بالإنفاق على زوجته في إطار شرعي وقانوني ، ومن ثم يعتبر هذا الإلتزام من أهم مقتضيات القوامة الزوجية.

وبناء على ذلك سنتناول في هذا المبحث التزام الزوج بالإنفاق على زوجته عن طريق المطالب

التالية:

- المطالب الأول: مفهوم النفقة.
- المطالب الثاني: سبب وجوب النفقة.
- المطالب الثالث: مشتملات نفقة الزوجة وتقديرها

1.2.2.1. مفهوم النفقة

يقال (نفقت) الدابة ماتت وبابه دخل. و(نفق) البيع ينفق بالضم (نفاقا) راج. و(النفاق) بالكسر فعل (المنافق). و(أنفق) الرجل افتقر وذهب ماله ومنه قوله تعالى: (إِذَا لَأْمَسْتُمْ خَشْيَةَ الْإِنْفَاقِ). و(أنفق) الدراهم من النفقة[35 ص 280].

و(النفاق) بالكسر جمع النفقة من الدراهم، و(نفق) الزاد ينفق أي نفذ، وقد (أنفقت) الدراهم من النفقة. ورجل (منفاق) أي كثير النفقة، والنفقة ما أنفقت وإستنفقت على العيال وعلى نفسك، والنفق السريع الانقطاع عن كل شيء يقال سير نفق أي منقطع[225 ص 357].

ونفق البيع نفاقا، كسحاب: راج. ونفقت السوق: قامت. ونفق الرجل والدابة نفوقا: ماتا. ونفق السلعة تنفيقا: روجها، كأنفقها[8 ص 939].

والنفقة في اللغة أيضا إسم لما ينفقه الإنسان على غيره من النقود ونحوها من الأموال[151 ص 271].

وقد غلب إطلاق النفقة فيما ينفقه الإنسان على عياله ونحوهم، وهي بهذا المعنى تتضمن معنى ما اشتقت منه، إذ فيه هلاك المال بالنسبة للمنفق، ورواج الحال، بالنظر إلى المنفق عليه[22 ص 253].

أما تعريف النفقة اصطلاحا فلقد عرفها الحنفية بالإدراج على شيء بما فيه بقاؤه، أي ما يتوقف عليه بقاء الشيء على نحو مأكول وملبوس وسكنى وقيل هي: الطعام والكسوة والسكنى وفي العرف الطعام فقط. وإن النفقة هنا ليست مشتقة من النفوق بمعنى الهلاك، ولا النفاق، بل هي الطعام والكسوة والسكنى[60 ص 628].

أما المالكية فقد عرفوا النفقة بما به قوام معتاد حال الأدمي دون سرف[236 ص 607].

وعرف الشافعية النفقة بأنها ما ثبت في القرآن والسنة بيان أن على الرجل ما لا غنى بامرأته عنه من نفقة وكسوة وخدمة في الحال التي لا تقدر على ما لا صلاح بدونها من زمانة ومرض إلا به. ويحتمل أن يكون عليه لخدمها نفقة إن كانت ممن لا تخدم نفسها [34 ص 303].
وعرفها الحنابلة على أنها شرعا كفاية من يمونه خبزا وإداما وكسوة وسكنا وتوابعها [135 ص 577].

والنفقة عرفا أي في العرف الطارىء في لسان أهل الشرع هي الطعام فقط، ولذا يعطفون عليه الكسوة والسكنى والعطف يقتضي المغايرة [125 ص 628]. وهذا هو الغالب عند الحنفية والجمهور في إطلاق لفظ النفقة على الطعام فقط [22 ص 253، 254].
وقد غلب هذا الاستعمال الأخير على الدلالة القانونية في مصر، حتى استقر العمل على أن للنفقة معنى خاص يقصد به الطعام فقط، ومعنى عام يشمل الطعام والكسوة والسكنى [22 ص 254].
والمقصود بالنفقة هنا: توفير ما تحتاج إليه الزوجة من طعام، ومسكن، وخدمة، ودواء، وإن كانت غنية [43 ص 169].
أجمع الفقهاء على وجوب النفقة على الزوج [39 ص 421]، وذلك بثبوت مشروعيتها من الكتاب والسنة والإجماع.

- الكتاب: - قوله تعالى: (لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ وَمَن قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكْفِ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَّا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا) [1].
قال القرطبي: « أي لينفق الزوج على زوجته و على ولده الصغير على قدر وسعه... » [4 ص 170].

ونستخرج من قراءتنا للآية أمر بالإنفاق وهو مطلق يفيد الوجوب حيث لا صارف له عنه [128 ص 418].

- قوله تعالى: (وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا) [1]. أي وعلى والد الطفل نفقة الوالدات وكسوتهن بالمعروف أي بما جرت به عادة أمثالهن في بلدن من غير إسراف ولا إقتار بحسب قدرته في يساره وتوسطه وإقتاره [33 ص 383].
- قوله تعالى: (الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ) [1].
قال الطبري: « فضل الله الرجال على أزواجهم من سوقهم إليهن ومهورهن وإنفاقهم عليهن من أموالهم ، وكفايتهم إياهن مؤنهن [15 ص 37].

وقال القرطبي: « متى عجز عن نفقتها لم يكن قواما عليها » [4 ص 168].
قال الله تعالى: (وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ) [1]، وإن ورد ذلك في حق المطلقات فهو أوجب وأؤكد بالنسبة للزوجات حال قيام العلاقة الزوجية [108 ص 231].

- السنة النبوية: - ما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم في خطبة الوداع من قوله: (فاتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمان الله. واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولكم عليهن ألا يوطئن فرشكم أحد تكرهونه. فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح. ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف)[156 ص 615].

- ما روي عن معاوية القشيري قال: قلت يا رسول الله: ما حق زوجة أحدنا عليه؟ قال: (أن تطعمها إذا طعمت، وتكسوها إذا اكتسيت، ولا تضرب الوجه ولا تقبح إلا في البيت). دل الحديث على وجوب نفقة الزوجة وكسوتها[21 ص 701، 702].

- قوله صلى الله عليه وسلم: عن عائشة رضي الله عنها أن هند بنت عتبة، قالت: يارسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني وولدي إلا ما أخذت منه - وهو لا يعلم - قال: (خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف)[121 ص 115]. والحديث فيه دلالة على وجوب نفقة الزوجة على زوجها[121 ص 115].

- الإجماع: - وقد اتفق أهل العلم من السلف والخلف على وجوب نفقة الزوجة على زوجها بمقتضى هذه الأدلة ما لم تكن ناشزا[120 ص 61].

قال ابن رشد[39 ص 421]: «اتفقوا على أن من حقوق الزوجة على الزوج النفقة والكسوة لقوله تعالى: (وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)[1] ، وقوله صلى الله عليه وسلم لهند: (خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف). قال ابن قدامة: « وأما الإجماع: إتفق أهل العلم على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن إلا الناشز منهن»[158 ص 347].

والحق أن جميع علماء المذاهب الإسلامية قاطبة مجمعون على ذلك، مع اختلاف في قدر هذه النفقة أو سبب وجوبها[73 ص 66، 67].

وبمقتضى وجوب نفقة الزوجة على زوجها فإنها تختلف عن نفقات الأقارب فيما ذكره كل من ابن القيم[16 ص 150، 151] والسيوطي[52 ص 792] في كون: أن نفقة الزوجة تجب لها مع يسار الزوج وإعساره بخلاف نفقة الأقارب فلا تجب إلا عند يسار المنفق، وإن نفقة الزوجة تجب لها فيما مضى إذا لم ينفق عليها في مدة ماضية ولا يجب لقريب نفقة ماضية .

- المعقول: فإذا كانت المرأة ملزمة بالقرار والاحتباس في بيت الزوجية التزاما منها بطاعة زوجها والتفرغ للحياة الزوجية، فكان لزاما أن ينفق عليها ويقضي حوائجها.

وتأكيد لذلك قال "الكاساني": « وأما المعقول فهو أن المرأة محبوسة بحبس النكاح حقا للزوج ممنوعة عن الاكتساب بحقه، فكان نفع حبسها عائدا إليه، فكانت كفايتها عليه»[84 ص 22].

وقال "ابن قدامة": "وفيه ضرب من العبرة وهو أن المرأة محبوسة على الزوج يمنعها من التصرف والاكتساب فلا بد من أن ينفق عليها"[158 ص 347].

وجاء في "المبسوط": « لأنها محبوسة لحق الزوج ومفرغة نفسها له، فتستوجب الكفاية عليه في ماله كالعامل على الصدقات لما فرغ نفسه لعمله للمسلمين استوجب الكفاية في مالهم» [71 ص 180].
 لم يحدد قانون الأسرة الجزائري تعريفاً للنفقة، وإنما يستنتج من قراءتنا للمادة 78 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: « تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة».

فالنفقة حسب هذه المادة هي كل ما تحتاجه الزوجة من غذاء وكسوة وعلاج وسكن وأجرة ومن حوائج ضرورية بحكم العرف والعادة السائدين في وسطها الاجتماعي. وهو تعريف يحدد أهم مشتملات النفقة على سبيل المثال لا الحصر، إذ يبقى التعريف مفتوحاً لكل ما يقتضيه العرف والعادة من ضروريات النفقة بكل مشتملاتها ولا يقتصر على الطعام فقط.

"لقد اعتبر قانون الأسرة نفقة الزوجة واجبا على الزوج وذلك بموجب المادة 74 التي تنص على أنه: « تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه مع مراعاة أحكام المواد 78 و 97 و 80 من هذا القانون».

ولقد كان قانون الأسرة يقضي صراحةً بوجود نفقة الزوجة على زوجها بنص الفقرة الثانية من المادة 37 التي نصت - قبل إلغائها - على أنه: « يجب على الزوج نحو زوجته: - النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها...».

وبموجب هذا الإلغاء، أصبح التزام الزوج بالإنفاق على زوجته منصوصاً عليه في الفصل الثالث من الباب الثاني من قانون الأسرة ضمن المواد 74، 78، 79، 80. ونلاحظ أن الباب الثاني المدرج في إطاره الفصل الثالث يتعلق بانحلال الزواج، في حين تعتبر النفقة حقاً من الحقوق المادية للزوجة، وكان من اللازم إدراجها ضمن حقوق الزوجة كما كانت مدرجة في إطار المادة 37 الملغاة، باعتبار أن التزام الزوج بالإنفاق على زوجته يسري تنفيذه من يوم دخول الزوجة إلى بيت الزوجية كأصل عام وليس من تاريخ الطلاق، فهل يعقل أن تنتظر الزوجة إلى أن ينحل عقد الزواج لتستحق النفقة؟

وبناء على ذلك، يبدو أن إلغاء المادة 37 من قانون الأسرة غير مؤسس. بالإضافة إلى ذلك، نلاحظ أن هناك تعارض بين عنوان الفصل الثالث باللغة العربية وهو (النفقة) وعنوان الفصل الثالث باللغة الفرنسية وهو (النفقة الغذائية). (pension alimentaire). لذا يجب تصحيح هذا الخطأ لإزالة هذا الخلل في الترجمة، لأن النفقة الغذائية هي عنصر من عناصر النفقة وليست جوهرها. وتأكيداً لالتزام الزوج بالإنفاق على زوجته قضت المحكمة العليا على أنه: « من المقرر شرعاً بأن النفقة حق ثابت من حقوق الزوجة يتعين على القاضي الحكم بها» [201 ص 154].

ونفس الموقف اتخذته مدونة الأسرة المغربية التي لم تعرف نفقة الزوجة، وإنما نستنتج هذا التعريف من المادة 189 التي تنص على أنه: « تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، وما يعتبر من الضروريات والتعليم والأولاد مع مراعاة أحكام المادة 168 ».

كما اعتبرت مدونة الأسرة النفقة واجبة على الزوج من خلال المادة 194 التي تنص على أنه: « تجب نفقة الزوجة على زوجها بمجرد البناء، وكذا إذا دعت للبناء بعد أن يكون قد عقد عليها... ».

أما القانون المصري فلم يعرف بصفة مباشرة النفقة بحيث تناولت المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 [206] بيان النفقة بأنها تشمل الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج، وغير ذلك ما يقضي به الشرع، هذا البيان ليس تعريفاً للنفقة بالماهية – أي ماهية النفقة- وإنما هو تحديد لبعض عناصرها، ولذلك لا يعتبر تعريفاً جامعاً لكل عناصر النفقة، ولا مانعاً من أن يدخل تحته عناصر أخرى ليست واردة فيه مثل أجر الخادم، ولذلك أدخل القانون في التعريف عبارة: « وغيرها مما يقضي به الشرع » أي كل ما يقضي به الشرع باعتباره نفقة يكون من النفقة، ولم ينص القانون على أن ما يقضي به العرف يعتبر نفقة لأن العرف ليس ضابطاً من ضوابطها، ولا يكون له اعتبار فيها إلا إذا أقره الشرع، فقد يكون هناك عرف في مكان أو زمان، إلا أن الشرع لا يقره فيكون عرفاً فاسداً لا اعتبار له [30 ص 7، 8].

أما بالنسبة لوجوب النفقة فقد نصت عليها المادة الأولى في فقرتها الأولى على أنه: « تجب نفقة الزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكماً حتى ولو كانت موسرة أو مختلفة معه في الدين ». وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية بقولها على أن: " النص في المادة الأولى من القانون 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985 على أنه: " تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكماً حتى ولو كانت موسرة... يدل على أن نفقة الزوجة واجبة شرعاً على زوجها بمجرد العقد جزاء احتباسها، فقيرة كانت أو غنية... " [202 ص 236].

ولقد نصت مجلة الأحوال الشخصية التونسية [208] في الفقرة الرابعة من الفصل 23 على التزام الزوج باعتباره رئيس العائلة بالإنفاق على زوجته وأبنائه في حدود حاله وحالهم في إطار مضمون النفقة، كما تلتزم الزوجة بالمساهمة في الإنفاق على الأسرة إذا كان لها مال.

وبهذا نجد أن المشرع التونسي قد ألزم الزوجة هي الأخرى أن تتفق على الأسرة إن كان لها مال تتفق منه، وهو ما لم نجد له سنداً شرعياً، بل ويقرب الأمور لأن إنفاق المرأة على نفسها وعلى أولادها من الناحية الشرعية والقانونية لا يكون إلا في حالة إعسار الزوج، أو فقده إذا لم يكن له مال، أو في حالة وفاته [29 ص 147].

2.2.2.1. سبب وجوب نفقة الزوجة وشروط استحقاقها

مما لا شك فيه أن نفقة الزوجة تقوم على سبب شرعي يمثل نقطة بداية تنفيذ الزوج لإلتزامه بالإففاق على زوجته، كما أن توافر هذا السبب لا يكفي لاستحقاق الزوجة النفقة، بل يجب أن تتوافر شروط لاستحقاقها ، وإيضاحاً لذلك ورد تقسيم هذا المطلب إلى الفرعين التاليين:

_ الفرع الأول: سبب وجوب النفقة للزوجة.

_ الفرع الثاني: شروط استحقاق نفقة الزوجة.

1.2.2.2.1. سبب وجوب نفقة الزوجة

اختلف الفقهاء في سبب وجوب نفقة الزوجة على قولين:

- القول الأول: وهو قول جمهور الفقهاء- المالكية[69 ص 508] والشافعية[101 ص 347] والحنابلة[45 ص 542] في أن سبب وجوب نفقة الزوجة هو التمكين بعد العقد الصحيح وهو ما يقصد به تسليم الزوجة نفسها للزوج لتمكينه من الاستمتاع لأنها معاوضة في مقابلة التمكين من الاستمتاع ، ولقد استدل أصحاب هذا القول بالحجج التالية:

1- أن نفقة الزوجة تجب مقابل التزام الزوجة بطاعة زوجها بالدخول في مسكن الزوجية وتمكين زوجها من الاستمتاع بها[69 ص 508].

2- أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضي الله عنها وهي بنت ست سنين ولم ينقل أن أنفق عليها قبل الدخول، ولو كان حقاً لها لساقه إليها. فكان ذلك دليلاً على أن سبب وجوب النفقة هو التمكين[45 ص 542].

3- إن العقد لا يوجب إلا المهر فقط فلا يمكن أن نحمل الزوج التزامين ماديين في نفس الوقت، لأن العقد لا يوجب عوضين مختلفين[45 ص 542].

- القول الثاني: وهو قول الحنفية في أن سبب وجوب النفقة هو حبس الزوجة لنفسها رعاية لمصلحة زوجها والتزامها بطاعته فيما ألزمها الشرع به. ولفقهاء الحنفية أقوال في ذلك نذكر منها:

- « قال أصحابنا سبب وجوبها استحقاق الحبس الثابت بالنكاح للزوج عليها » [84 ص 22].

- « ولأنها محبوسة لحق الزوج، ومفرغة نفسها له، فتستوجب الكفاية عليه في ماله، كالعامل

على الصدقات لما فرغ نفسه لعمل المساكين استوجب كفايته في مالهم، والقاضي لما فرغ نفسه لعمله

للمسلمين استوجب الكفاية في مالهم » [71 ص 180].

« إن سبب وجوب النفقة ليس هو العقد ولكن تفرغها نفسها لخدمة الزوج » [71 ص 185].

« النفقة واجبة للزوجة على زوجها، مسلمة كانت أو كافرة إذا سلمت نفسها إلى منزله... لأن النفقة جزاء الاحتباس، فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره، كانت نفقته عليه، أصله القاضي والعمل في الصدقات» [100 ص 340].

« والسبب في وجوب نفقة الزوجة هو العقد الصحيح بشرط وجود الاحتباس أو الاستعداد له» [108 ص 231].

ويتضح أن الحنفية لا يعتبرون مجرد عقد الزواج سببا لوجوب النفقة بل الاحتباس الثابت للزوج على الزوجة بمقتضى هذا العقد لمصلحة الزوج ومنفعته، بحيث يؤدي هذا الاحتباس إلى المقصود بالزواج من استيفاء الزوج حقوقه الزوجية.

والاحتباس لحق الزوج يتكون من عنصرين:

أ- إحتباس الحل لصالح الزوج وحده - دون غيره - وامتناع عن الغير مطلقا، فما أحله الله بالزواج كان قبل الزواج حراما على المرأة وعلى الرجل على حد سواء.

ب- التمكين الذي يقصد به تمكين الزوجة زوجها من نفسها على نحو ما شرع الله، وأحل لهما. هذا التمكين متبادل بين الزوجين، وليس قاصرا على الزوجة وحدها، ومقتضى هذا التمكين أن الزوجة صالحة للدخول بها [30 ص 13، 14].

- القول الثالث: وهو قول الظاهرية [83 ص 249] بأن ينفق الرجل على امرأته من حين يعقد نكاحها دعي إلى البناء أو لم يدع - ولو أنها في المهد - ناشزا أو غير ناشز غنية أو فقيرة، ذات أب كانت أو يتيمة بكرا أو ثيبا... وبرهان ذلك ما ذكرناه بإسناده قبل من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم في النساء: (ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف). وهذا دليل يوجب لهن النفقة من حين العقد. ونلاحظ أن سبب وجوب النفقة عند الظاهرية هو مجرد العقد، حتى ولو لم تسلم الزوجة نفسها للاستمتاع بها ولا فرق في ذلك بين الناشز وغير الناشز ودليل الظاهرية هو عموم مفهوم الآيات والأحاديث التي سبق ذكرها في مشروعيتها ووجوب النفقة للزوجة مطلقا دون اشتراط تحقق واقعة التمكين.

والواقع أنه بإمعان النظر في هذا الخلاف نجده محصورا في فريقين هما الجمهور والظاهرية، فالظاهرية عولوا على مجرد العقد فجعلوه سببا، بخلاف الجمهور فإنهم يعتبرون العقد الصحيح وأثره في سببية النفقة، أعنى وجوبها [55 ص 24].

والاختلاف الحاصل بين جمهور الفقهاء والحنفية اختلافا غير مؤثر فالحنفية يعتبرون سبب وجوب النفقة هو الاحتباس لمصلحة الزوج، ومصلحة الزوج هنا تكمن أساسا في تسليمها لزوجها ليحصل مقصود الزواج وهو الاستمتاع المشترك بينهما، ودليل ذلك ما قال به صاحب البدائع على أن سبب وجوب النفقة، ليس مجرد عقد الزواج بل الاحتباس الثابت للزوج على الزوجة بمقتضى هذا العقد

لمصلحة الزوج ومنفعته بحيث يؤدي هنا الاحتباس إلى المقصود بالزواج من استيفاء الزوج حقوق الزوجية[84 ص 22].

ويتضح مما سبق ذكره أن سبب وجوب نفقة الزوجة على زوجها عند جمهور الفقهاء هو قيام الزوجية حقيقية أو حكما، بما تقتضيه من حبس الزوجة نفسها لرعاية شؤون الزوج ودخولها في طاعته، وتسليم نفسها إليه وتمكينه تماما من الاستمتاع بها[192 ص 148].

ويبدو من قول الظاهرية بوجوب النفقة بمجرد العقد سواء حصلت واقعة التمكين أو لم تحصل، أنه قول يفتقد إلى قوة الدليل، فليس من المعقول أن تجب النفقة للزوجة وهي عاصية لزوجها، بدعوى أن النفقة واجبة بالعقد، فمن شأن ذلك أن يحدث خلافا في التوازن بين الحقوق والواجبات الزوجية، فليس من العدل أن تمتنع الزوجة من تسليم نفسها لتمكين زوجها بالاستمتاع بها و يبقى الزوج مستمرا في الإنفاق. فالشرع قد فرض للزوجة حقوقا وفرض عليها في مقابل هذه الحقوق واجبات، فإن قامت بما عليها من واجبات أخذت مالها من حقوق[120 ص 61].

لذا نرى أن قول جمهور الفقهاء بوجوب نفقة الزوجة بالتمكين وهو تسليم نفسها لزوجها بعد تحقق واقعة الاحتباس جدير بالترجيح لقوة أدلته.

قال تعالى: (وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ) [1] فهذه الآية تقرر أن ميزان العدل في الإسلام أن يعطي المرء من الحقوق مثلما عليه من الواجبات، فإن امتنعت المرأة عن طاعة زوجها ولم تمكنه من نفسها ولم تنتقل معه إلى بيته كما يريد فلا نفقة لها عليه[120 ص 62].

أما موقف القانون من سبب وجوب نفقة الزوجة فإن قانون الأسرة الجزائري ذهب إلى ما قال به جمهور الفقهاء على أن سبب التزام الزوج بالإنفاق على زوجته يرجع إلى تحقق واقعة التمكين أي تسليم الزوجة نفسها لزوجها للاستمتاع المشترك بينهما وذلك من خلال المادة 74 التي تنص على أنه: « تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80 من هذا القانون ». والدخول بالزوجة يعني تسليم الزوجة نفسها لزوجها من أجل الاتصال الجنسي و يقابلها في النص الفرنسي مصطلح (Consummation).

ويتضح من نص المادة 74 أن سبب وجوب النفقة في قانون الأسرة هو التسليم أو التمكين سواء كان تسليميا حقيقيا بانتقال الزوجة إلى بيت زوجها وحصول واقعة الاستمتاع بينهما أو تسليمها حكما عندما تطلب الزوجة من زوجها إتمام التسليم أو الدخول بها، وهذا ما قال به المالكية في جواز دعوة الزوجة زوجها بالدخول بها إذا لم يدع زوجته للدخول بها، حيث قال مالك: لا تجب النفقة على الزوج حتى يدخل بها، أو يدعى إلى الدخول بها... [39 ص 421].

وهذا ما قضت به المحكمة العليا بقولها: « إن حق النفقة مرتبط بحق التمتع بالزوجة ولو حكما » [201 ص 44]. فموقف المحكمة العليا صريح في ربط التزام الزوج بالإنفاق على زوجته

بتحقيق واقعة التمتع المشترك بينهما ولو حكما، لأنه قد يحدث أن تبدي الزوجة رغبتها في التمكين غير أن الزوج يبدي تماطلا وتقااسا في تحقيق ذلك لمدة طويلة دون أي مبرر شرعي، فمن العدل هنا أن يلزم الزوج بالإففاق على زوجته وذلك لإزالة الضرر الذي يلحقها من عدم الإففاق، لأن الزوجة أبدت استعدادا لتسليم نفسها وهذا هو التسليم الحكمي.

وبنفس الحكم أخذت مدونة الأسرة المغربية في المادة 194 التي تنص على أنه: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بمجرد البناء، وكذا إذا دعت للبناء بعد أن يكون قد عقد عليها". ويبدو أن مدونة الأسرة أخذت أيضا بما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائل بوجود نفقة الزوجة بسبب التمكين، وهو ما يعني البناء الذي جاء في المادة 194 والدعوة إلى البناء بعد إتمام العقد وهو قول المالكية.

ولم يخالف القانون المصري ما ذهب إليه قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية في الأخذ بما قال به جمهور الفقهاء وذلك بالرجوع إلى المادة الأولى من القانون 1920/25 التي تنص في فقرتها الأولى على أنه: «تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكما حتى ولو كانت موسرة أو مختلفة معه في الدين...».

ونلاحظ أن المادة مستوحاة من الفقه الحنفي الذي يعتبر سبب إلتزام الزوجة بالإففاق على زوجته هو الاحتباس الذي يترتب عليه تسليم نفسها إلى زوجها ولو حكما أي بإيداء استعدادها للتسليم، و بالتالي الدخول في طاعة زوجها.

وأكدت الفقرة الأولى من المادة الأولى السابقة الذكر ما قال به الفقهاء على أن النفقة هي جزاء احتباس الزوجة في بيت الزوج حتى ولو كان موسرة أو مختلفة معه في الدين الحكم الذي قضت به محكمة القاهرة الكلية لأحوال الشخصية بقولها: «إن السبب في وجوب نفقة الزوجة هو العقد الصحيح، بشرط وجود الاحتباس أو الاستعداد له... وهو الطاعة. فإذا رفعت الأمر للقاضي، فلا بد أن تثبت السبب والشرط، فإذا حدث نزاع في أحدهما بإنكاره، فلا بد أن تثبته، فإذا أنكر المدعي عليه الزوجة، فلا بد أن تثبتها، ويجب عليها أن تثبت الطاعة إذا أنكرها» [87 ص 37].

2.2.2.2.1. شروط استحقاق نفقة الزوجة

خلصنا فيما سبق إلى أن سبب التزام الزوج بالإففاق على زوجته هو تمكين الزوجة لزوجها من الاستمتاع بها سواء تحقق التمكين أو كانت مستعدة للتمكين كأن تدعه لذلك كما يقول المالكية. لكن النفقة لا يسقط وجوبها بمجرد انتهاء التمكين بل تبقى الزوجة مستحقة لنفقتها حال قيام الزوجية ومن ثم نتساءل عن شروط استحقاق الزوجة للنفقة واستقرارها ؟

الشرط الأول: أن يكون الزواج صحيحا

لا تستحق الزوجة النفقة إلا إذا كانت علاقتها بالرجل ناتجة عن زواج صحيح توفرت شروطه الشرعية و القانونية، فإذا كان عقد الزواج فاسدا أو باطلا فلا تستحق الزوجة النفقة، لأن التمكين لا يصح مع فساد النكاح ولا يستحق ما فيه مقابلته [69 ص 508].

فتجب النفقة للزوجة على زوجها بنكاح صحيح، فلا نفقة على مسلم في نكاح فاسد، لانعدام سبب الوجوب وهو حق الحبس الثابت للزوج عليها بالنكاح [125 ص 628].

الشرط الثاني: أن تكون الزوجة قادرة على التمكين

لتبيان هذا الشرط وجب التطرق إلى حالتين أساسيتين يطرح فيهما التساؤل عن مدى استحقاق الزوجة النفقة؟ وهما:

- الحالة الأولى: نفقة الزوجة الصغيرة: لقد اختلف الفقهاء في استحقاق الزوجة الصغيرة التي لا تحتمل الوطء للنفقة، وسبب اختلافهم: هل النفقة لمكان الاستمتاع أو لمكان أنها محبوسة للزوج كالغائب والمريض [39 ص 422].

ذهب جمهور الفقهاء، الحنفية [71 ص 191] المالكية [69 ص 508] والحنابلة [158 ص 347]، والشافعية في القول الأظهر [38 ص 15] أن الزوجة الصغيرة الغير قادرة على التمكين لعدم احتمالها الوطء لا تستحق النفقة لأن النفقة هي جزاء عن التمكين والاستمتاع فعدم احتمال الزوجة الصغيرة للوطء هو تفويت لحق الزوج في الاستمتاع.

أما من خالف جمهور الفقهاء من الظاهرية [83 ص 249] والشافعية في قول آخر [39 ص 421] فيقول باستحقاق الزوجة النفقة حتى ولو كانت صغيرة لا تطيق الوطء لأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: (ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف). ولاشك في أن الله عز وجل لو أمر استثناء الصغيرة والناشر لما أغفل ذلك حتى يبينه له غيره، حاش لله من ذلك [83 ص 249].

ويظهر من خلال ما سبق أن قول الجمهور هو المرجح وذلك لما رجحناه في سبب وجوب النفقة وهو التمكين. بالإضافة إلى أن زواج الصغيرة التي لا تحتمل الوطء لا يحقق أهم مقصود من الزواج وهو حل الاستمتاع بين الزوجين الذي يؤدي إلى إحصانها. فالتزام الزوج بالإنفاق على زوجته في هذه الحالة إخلال بالتوازن بين الحقوق و الواجبات الزوجية الذي يضمن استقرار الحياة الزوجية.

- الحالة الثانية: نفقة الزوجة المريضة: الأصل في وجوب نفقة الزوجة على زوجها هو عقد الزواج الصحيح شرعا بشرط تمكين زوجها من نفسها، وهو ما يسميه الفقهاء بالتسليم الحقيقي أو الحكمي، ومعنى ذلك أن تكون الزوجة قادرة على التسليم وصالحة له، ولذلك يثور التساؤل عن نفقة الزوجة المريضة فهل هذه النفقة مستحقة لها رغم مرضها أم أن المرض يؤثر على استحقاق النفقة رغم قيام الوجوب بعقد الزواج [30 ص 49].

اتفق الفقهاء على استحقاق الزوجة المريضة للنفقة إذا انتقلت إلى زوجها سليمة ثم سقطت مريضة في بيت الزوجية، باعتبار أن الزوجة قد التزمت بالاحتباس.

فقال الشافعية بوجود نفقة الزوجة إذا تسلم الزوج زوجته وهي مريضة لا يمكن وطؤها لمرضها لأنه وجد التمكين من الاستمتاع، وما تعذر فهو بسبب لا تنسب فيه إلى التفريط [37 ص 340]. وقال الحنفية في ظاهر القول باستحقاق الزوجة للنفقة بعد انتقالها إلى بيت الزوجية صحيحة ثم مرضت مرضاً يمنعها من الوطء، وحتى لو مرضت الزوجة في بيت زوجها بعد الدخول ثم انتقلت إلى دار أبيها وإن كان لا يمكن نقلها فتستحق النفقة [84 ص 27].

ويؤكد الحنفية قولهم، وفي المريضة إن تحولت إلى بيته وهي مريضة فله أن يردها بل ينفق عليها إلا أن يتناول مرضها، وهذا استحسان لأن النكاح يعقد للصحة والألفة وليس من الألفة أن يمتنع عن الإنفاق أو يردها لقليل مرض [71 ص 191].

وقال الحنابلة باستحقاق الزوجة للنفقة حتى ولو تعذر وطؤها، لمرض أو حيض أو رتق أو نحوه، سواء كان الزوج كبيراً أو صغيراً، يمكنه الوطء أولاً يمكنه، كالعنين والمحبوب والمريض. هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب [101 ص 374].

وبذلك يقول أيضاً الظاهرية [83 ص 254] باستحقاق الزوجة المريضة التي لا يمكن جماعها للنفقة. وسئل "ابن تيمية" عن رجل له زوجة، وله مدة سبع سنين لم ينتفع بها لأجل مرضها، فهل تستحق عليه نفقة أم لا؟ فإن لم تكن تستحق وحكم عليه حاكم: فهل تجب عليه إعطاؤه أم لا؟ فأجاب: نعم تستحق النفقة في مذهب الأئمة الأربعة [27 ص 247].

فإذا مرضت الزوجة قبل انتقالها لبيت الزوجية ومنعها مرضها من الانتقال وتسليم نفسها لزوجها فالأصل فيه عدم استحقاقها للنفقة لعدم توافر سبب النفقة وهو التسليم الحقيقي أو الحكمي، أما إذا مرضت الزوجة مرضاً لا يمنعها من الانتقال إلى بيت زوجها، وكانت غير مانعة من تسليم نفسها لزوجها، فإنها تستحق النفقة، فالتسليم في حق التمكين من الوطء إن لم يوجد في حق التمكين من الاستمتاع، وهذا يكفي لوجوب النفقة كما في الحائض والنفساء والصائمة صوم رمضان، وإذا امتنعت فلم يوجد منها التسليم رأساً فلا تستحق النفقة [84 ص 27].

أما إذا مرضت الزوجة قبل انتقالها إلى بيت زوجها ورفضت تسليم نفسها فلا تستحق النفقة لنشوزها [55 ص 30].

وخلافاً لقول جمهور الفقهاء، فقد روي أن أبا يوسف صاحب أبي حنيفة أنه قال في المرأة البالغة المريضة التي لم يدخل بها زوجها أنه لا نفقة لها عليه إذا كان مرضها يمنع من وطئها، فإن بنى بها وهي كذلك فله أن يردها ولا ينفق عليها حتى يقدر على جماعها فإن أمسكها فعليه نفقتها قال: فإن مرضت عنده - بعد أن دخل بها صحيحة - فعليه نفقتها وليس له ردها. قال: فإن بنى بالرتقاء فعليه

نفقتها وليس له ردها . وردا على هذا القول، قال "ابن حزم": وهذه مناقضات طريفة في السخافة جدا[83 ص 254].

ويتضح من خلال ما سبق أن مرض الزوجة لا يسقط التزام الزوج بالإففاق على زوجته سواء كان ذلك بعد انتقالها إلى بيت زوجها أو قبله، بشرط ألا يمنعها المرض من الانتقال وأبدت استعدادها لذلك.

والقول بذلك نتيجة حتمية لما يجب أن تكون عليه العلاقة الزوجية من مودة ورحمة وتآلف، فالزوج الذي يمتنع عن الإففاق على زوجته بداع تقويت حقه في الاستمتاع و الوطء لا خير فيه ولا يمكن أن نستأنه على الزوجة. ناهيك عن ما في هذا التصرف من دناءة وخيانة للوفاء الذي يعتبر السياج الواقي للأسرة من كل ضرر وشقاق.

أما إذا كان لم ينتفع الزوج بزوجه بعد انتقالها إلى بيته بسبب صغره أو مرضه، فإنه يبقى ملزما بالإففاق على زوجته وهذا ما قال به جمهور الفقهاء باعتبار أن تقويت الاستمتاع عن الزوج يرجع سببه إلى الزوجة التي التزمت بالدخول في طاعة زوجها بالتسليم بل سببه هو عجز الزوج عن استيفاء حقه في الوطء[100 ص 546].

إلا أن هناك بعض المالكية من خالف قول جمهور الفقهاء بالقول بعدم التزام الزوج الصغير بالنفقة ولو كانت قادرة على الوطء فهي ملزمة للزوج البالغ لا على الصغير[69 ص 508].
ففي هذه الحالة لم تقصر الزوجة في أداء واجبها، فلماذا لا تستحق النفقة؟ إذن فرأي جمهور الفقهاء جدير بالترجيح.

أما بالنسبة لموقف قانون الأسرة من نفقة المريضة فلا نجد نصا يمنعها أو يجيزها ولكن يمكن أن نستنتج ذلك من خلال قراءتنا لنص المادة 78 التي تنص على أنه: "تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج الطبي والسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة".

فنص المادة 78 اعتبر العلاج الطبي من مشتملات النفقة فإذا كان الزوج ملزما بمصاريف ونفقات العلاج فمن باب أولى يكون ملزما بالنفقة على زوجته المريضة بكل ما تشتمله النفقة من عناصر وضروريات.

وهذا ما يمكن واستنتاجه أيضا من نص المادة 189 من مدونة الأسرة المغربية التي تنص على أنه: «تشمل النفقة الكسوة والعلاج، وما يعتبر من الضروريات والتعليم للأولاد، مع مراعاة أحكام المادة 168 أعلاه».

وبالرغم من عدم وجود نص صريح في مدونة الأسرة خاص باستحقاق الزوجة المريضة للنفقة إلا أنه بالرجوع إلى المادة 400 من مدونة الأسرة والتي تلزم بالرجوع إلى المذهب المالكي في حالة عدم وجود نص في المدونة، فإن الراجح لدى المالكية هو وجوب النفقة للزوجة المريضة.

ولقد أكدت صراحة الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المصري رقم 25 لسنة 1920 على استحقاق الزوجة المريضة للنفقة بقولها على أنه: "ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها النفقة". ومفاد هذا النص أن مجرد المرض لا يمنع استحقاق الزوجة للنفقة على زوجها [30 ص 50].

الشرط الثالث: ألا ترفض الزوجة تسليم نفسها إلى زوجها بغير عذر مشروع

لا تستحق الزوجة النفقة إلا إذا سلمت نفسها لزوجها للاستمتاع المشترك بينهما، وذلك شرط أساسي لاستحقاقها النفقة. وفي حالة امتناعها يمكن وصفها بزوجة ناشزة لا تستحق النفقة. لكن إذا كان رفضها للتسليم مبنيًا على عذر مشروع أو كان بسبب ناتج عن الزوج، فإنها تستحق النفقة. وبناءً على ذلك فطاعة الزوجة لزوجها بتلبية دعوته للجماع ليست مطلقة بل لها الحق في رفض الجماع و يكون رفضها مشروعًا لا يؤثر على استحقاقها للنفقة إذا كان لعذر مشروع، ومن ثم ينبغي الإشارة إلى ضرورة التفريق بين مظهرين لرفض الزوجة للتسليم فالمظهر الأول هو الرفض غير المشروع عن تسليم الزوجة نفسها لزوجها و المظهر الثاني هو الرفض المشروع عن التسليم. وتتمثل صور الرفض غير المشروع لهذا التسليم في الصور التالية :

- 1- رفض الزوجة الانتقال إلى البيت المعد للحياة الزوجية بدون سبب مشروع وكان مسكن الزوجية متوفرًا على شروطه الشرعية.
- 2- خروج الزوجة من بيت الزوجية بدون إذن زوجها، أو بدون عذر شرعي بعد أن انتقلت إليه.
- 3- رفض الزوجة إتباع زوجها إلى حيث يعمل أو يعيش، مع توافر شروط الأمان في السفر وفي المكان الذي ينتقلان إليه.
- 4- إذا أساءت الزوجة استعمال حقها في العمل أو الاحتراف، بتجاوزها للضوابط الشرعية لخروجها للعمل، أو كان عملها سببًا في إهمالها لمقتضيات الحياة الزوجية وهو غير راض بذلك، ما لم تشترط ذلك قبل الزواج.
- 5- إذا كانت محبوسة في جريمة أو دين بظلم منها.
- 6- إذا سافرت بغير محرم بالرغم من منعه لها أو لم تستأذنه.
- 7- إذا رفضت الدخول بها في بيتها الذي تقيم فيه مع اتخاذها بينا للمساكنة الزوجية ولم تطلب أو تشترط عليه الدخول عليها في مسكنه الخاص [55 ص 33].

أما صور الرفض المشروع فهي:

- 1- خروجها للعمل بصفة مشروعة على أساس اشتراطها عند إبرام عقد الزواج الاحتفاظ بعملها.
- 2- عدم توافر الشروط الشرعية في المسكن المهيب للحياة الزوجية.
- 3- عدم تسليمها ما اتفق عليه من الصداق.

- 4- خوف الزوجة من السفر مع زوجها لاعتباره غير مأمون عليها.
- 5- خروج الزوجة من منزل الزوجية للضرورة كتهدم المنزل أو خشية سقوطه لتصدع جدرانها.
- 6- خروجها لقضاء حوائجها إذا تقاعس زوجها عن قضائها[55 ص 33].
- ويتضح مما سبق عرضه أن الزوجة تستحق نفقتها إذا رفضت تسليم نفسها لزوجها وكان رفضها مشروعاً ولا تعتبر ناشزة. أما إذا رفضت التسليم دون مبرر مشروع سقطت نفقتها باعتبارها ناشزاً. بخلاف ما قال به الظاهرية بوجوب النفقة على الزوجة مطلقاً حتى وإن ثبت نشوزها[83 ص 249] بدليل قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف).

3.2.2.1. مشتملات نفقة الزوجة وتقديرها

لقد تبين أن النفقة تجب بالاحتباس المشروط بالتمكين وهو ما قال به جمهور الفقهاء، ومن أجل استقرار هذه النفقة وجب توافر شروط أهمها تحقق الاحتباس لمصلحة الزوج، وهذا ما يعني التزام الزوجة بالدخول في طاعة زوجها ومن ثم يطرح التساؤل. مما تتكون نفقة الزوجة؟ وما هي معايير تقديرها؟. وللإجابة عن هذا التساؤل جاء تقسيم هذا المطلب إلى الفرعين التاليين:

- الفرع الأول: مشتملات نفقة الزوجة.

- الفرع الثاني: معايير تقدير نفقة الزوجة.

1.3.2.2.1. مشتملات نفقة الزوجة

اتفق الفقهاء على أن نفقة الزوجة تشمل الطعام والكسوة والسكن، وذلك على أساس ما ورد من آيات في القرآن الكريم وأحاديث في السنة النبوية الشريفة. لكنهم اختلفوا في ملحقات وتوابع النفقة الزوجية.

أولاً- مسكن الزوجية

يعتبر مسكن الزوجية أهم عناصر النفقة باعتباره محل الإقامة الذي ينفذ فيه إلتزام المساكنة بين الزوجين بحيث يقول الله تعالى: (أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ) [1] ، وإن كانت وردت في سكنى المعتدة من الطلاق، إلا أنها تدل على أن سكنى من في العصمة واجبة من باب أولى[55 ص 35].

وقد اتفق الفقهاء على أن الإسكان على الزوج للنص الوارد في وجوبه للمطلقة الرجعية[39 ص 422]. قال "ابن قدامة": « إذا وجبت السكنى للمطلقة فالتى في صلب النكاح أولى... ولأن الزوجة لا تستغني عن المسكن للاستتار عن العيون وفي التصرف و الاستمتاع وحفظ المتاع... ولأنه واجب لها لمصلحتها في الدوام » [158 ص 347].

ولا يوجد خلاف بين فقهاء الأمة في وجوب توفير سكن للزوجة، وإن وجد خلاف فهو للمطالبة ثلاثا هل لها السكن مع النفقة أم لا ؟ مسألة من الخلافات المشتهرة في الفقه الإسلامي ولا مكان لها هنا [72 ص 73].

كما اتفق الفقهاء على أن الزوج هو الوحيد المكلف بإعداده وفق شروطه، بدءا باختياره وتحديد مقره وانتهاء بتجهيزه ودعوة الزوجة إليه إنطلاقا من تحمله شرعا بواجب النفقة، ومن مشتقات النفقة الإسكان ، فالأمر بالإنفاق أمر بالإسكان [194 ص 21].

ونظرا لأهمية مسكن الزوجية في بناء الأسرة على أساس الاستقرار والدوام فقلد اشترط الفقهاء مواصفات في سكن الزوجية وهي:

1- أن يكون مسكن الزوجية خاصا بالزوجين

للزوجة الحق أن تطلب سكنا خاصا بها وفي ذلك أقوال كثيرة للفقهاء في تأكيد هذا الحق نذكر منها:
- قول الحنفية: « وعلى الزوج أن يسكنها في دار مفردة ليس فيها أحد من أهله إلا أن تختار ذلك، لأن السكنى من كفايتها فتجب لها كالنفقة، وقد أوجب الله تعالى مقرونا بالنفقة، وإذا وجب حقا لها ليس له أن يشرك غيرها فيه لأنها تتضرر به، فإنها لا تأمن على متاعها، ويمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع، إلا أن تختار لأنها رضيت بانتقاص حقها وإن كان له ولد من غيرها فليس له أن يسكنه معها لما بينا، ولو أسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها لأن المقصود قد حصل» [100 ص 542].

- « إن أراد أن يسكن معها أمه وأخته أو أحد من أقاربه، فقالت المرأة: لا أسكن معهم فلها ذلك، لأنها إذا لم تكن خالية لا يمكنها أن تنام وتظهر متى شاءت» [9 ص 35].

- « ولو أراد الزوج أن يسكنها مع ضررتها أو مع أحمائها كأم الزوج وأخته وابنته من غيرها وأقارب فأبت ذلك عليه أن يسكنها في منزل مفرد لأنهن ربما يؤذنها ويضرون بها في المساكنة وإباؤها دليل الأذى والضرر، لأنه يحتاج أن يجامعها ويعاشرها في أي وقت يتفق، ولا يمكنه ذلك إذا كان معها ثالث» [84 ص 32].

- قول المالكية: -« قال ابن فرحون: إن من حقها ألا تسكن مع ضررتها ولا مع أهل زوجها ولا مع أولاده في دار واحدة، فإن أفرد لها بيتا في الدار ورضيت فذلك جائز، وإلا قضى عليه بمسكن يصلح لها» [136 ص 541، 542].

- قول الحنابلة: -« و ليس للرجل أن يجمع بين إمرأتيه في مسكن واحد بغير رضاها صغيرا كان أو كبيرا لأن عليهما ضررا لما بينهما من العداوة والغيرة، واجتماعهما يثير المخاصمة والمقاتلة وتسمع كل واحد منهما حسه إذا أتى إلى الأخرى أو ترى ذلك، فإذا رضيتا بذلك جاز لأن الحق لهما، فلهما المسامحة بتركه...» [158 ص 220].

ويتضح من قول الفقهاء أنه ليس من العيب أن يكون للزوجة مسكناً مستقلاً وخصوصاً بها فالزواج نظام يحتاج إلى مقومات وقائية للحفاظ عليه ومن بينها أن يكون للزوجة مسكناً خاصاً بها لتؤدي دورها في إطار شرعي لا ينقص حقاً من حقوق الزوج.

هذا وإن حق الزوجة في سكن خاص بها يوافق الفطرة الصحيحة و يبقى أن هذا حق للمرأة لها الحرية في التنازل عليه دون إكراه إكراهاً لزوجها، خاصة إذا كانت له أم عليلة وحيدة لا عائل لها، ولكن لا يحق للزوج بأي حال من الأحوال أن يجبرها على ذلك إلا إذا تنازلت عنه عن طيب خاطر [72 ص 75].

ويمكن القول بأن أساس اتفاق الفقه بصفة عامة على ضرورة استقلال بيت الزوجية هو ربطهم النفقة، ومنها الإسكان، بالاستمتاع وتأثير السكن غير المستقل على العلاقة الجنسية بين الزوجين [194 ص 24].

2- أن يكون المسكن مأموناً وبين جيران صالحين

ورد هذا الشرط عند الفقهاء خاصة المالكية في معرض تفصيلهم لأحكام الضرر وإثباته، حيث اشترطوا على الزوج أن يسكن زوجته بين جيران صالحين.

قال ابن "سلمون": "وإذا ترددت المرأة بشكوى ضرر زوجها بها أمر جيرانها بتفقد أحوالها، فإن لم يكن في الجيران من تجوز شهادته أمره بالسكنى بين قوم صالحين ولا يلزمه أن ينقلها من سكنى البادية إلى الحاضرة ولكن يأمره بإسكانها حيث يجاورها من يشهد لها، وكذلك إن كان من طرف الحاضرة أمره بالسكنى بها في موضع يتبين فيه حالها، وكذلك إن اشتكت الوحشة ولم تشتك الضرر فعليه أن يضمها إلى موضع مأمون...". [236 ص 495].

« إن الرجل إذا لم يكن له زوجة فينبغي له أن يسكن بين قوم صالحين، فإذا كان ذا زوجة كان أحوج إلى جيران صالحين» [9 ص 34]. « ويأمره بإسكانها بين جيران صالحين بحيث لا تستوحش. ومفاده أن البيت بلا جيران ليس مسكناً شرعياً» [77 ص 660].

3- أن يكون المسكن الزوجي متوفراً على كل المرافق والأدوات الضرورية اللازمة، للحياة الزوجية

بالإضافة إلى ضرورة أن يكون السكن ذا تهوية جيدة يسمح بقدر كبير من التهوية تعيش فيه الزوجة كإنسان يجب مراعاة حاجياتها ورقتها [72 ص 76، 77] وتأكيداً لذلك يقول "أبو العباس الشافعي": «ليس للزوج أن يسد طاق مسكنها عليها، وله إغلاق الباب» [137 ص 199].

4- أن يكون المسكن لائقا بحال الزوج.

فإن كان مثله لا يسكن إلا في قصر فلا تسكن إلا فيه كيفما كانت حالها، وإن كان مثله لا يسكن إلا في جناح من منزل لا يسكنها إلا فيه، وإن كان مثله يسكن في حجرة، يكون المسكن الشرعي لها حجرة لها غلق تأمين فيه على متاعها ويكون له مرافق شرعية [108 ص 241].

ويبدو مما سبق أن هذه المواصفات هي الحد الأدنى الذي يجب توافره في مسكن الزوجية ليكون صالحا للمساكنة بين الزوجين، وبناء أسرة سليمة تنشأ في ظل الطمأنينة والأمان بعيدة عن كل ضرر وشقاق. ويبقى للزوج حسب قدرته إضافة مواصفات وشروط أخرى للمسكن الزوجي تضيف عوامل أخرى للراحة و السكينة.

ويترجح لنا من اطلاعنا على الموقف الفقهي من هذا الالتزام، أن كل مسكن لا يعتبر "بيتا للزوجية" كما لا يعتبر الخروج منه نشوزا أو إخلالا موجبا للجزاء إلا إذا توفرت فيه شروطه. فمضمونه يتلخص لدى الفقه في توافر شروطه الشرعية [194 ص 21].

هذا، وقد نصت المادة 78 من قانون الأسرة على مسكن الزوجية كعنصر من عناصر النفقة بقولها أنه: « تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة».

وتأكيدا لحق الزوجة في السكن الخاص و المستقل كحق متفرع عن حق النفقة، قضت المحكمة العليا على أنه: « إذا كان الثابت شرعا أن المحل الزوجي هو منزل الزوج وليس منزل الزوجة، فإن قضاة الاستئناف بقضائهم عكس ذلك خرقوا قاعدة مقررة شرعا ومحلا...» [201 ص 46].

- « إن للزوجة الحق في مطالبة زوجها بإسكانها منفردة ومستقلة عن أهله ولو لم تكن تحفظت بذلك الحق حين عقد النكاح أو سبق لها أن سكنت مع أقارب زوجها ثم اشتكت الضرر بسبب جوارهم» [201 ص 43].

وجدير بالإشارة أن المحكمة العليا أكدت على أن حق الزوجة في المسكن الخاص لا يسقط بعدم اشتراطه عند إبرام عقد الزواج أو كونها قد رضيت عند انتقالها إلى بيت زوجها السكن مع أقاربه. ثم تؤكد المحكمة العليا على ذلك في قرار آخر بقولها أنه: « من المقرر شرعا أن للزوجة الحق في مطالبة زوجها بإسكانها منفردة ومستقلة عن أهله ولو لم تكن قد احتفظت بهذا الحق حين أبرم عقد الزواج أو سبق أن سكنت مع أقارب زوجها ثم اشتكت بسبب الضرر الذي لحق بها منهم، فإن القضاء بما يخالف هذه الأحكام يعد خرقا لما أقرته من مبادئ، وعليه يستوجب نقض القرار الذي ألزم الزوجة باستئناف الحياة الزوجية مع زوجها بمنزل أهله بسبب أزمة السكن السائدة في العاصمة» [201 ص 43].

كما قضت أيضا بقولها أنه: « من المقرر فقها وقضاء أن إسكان الزوجة بعيدة عن أقارب زوجها حقا من حقوقها، وإن تمادى الزوج في رفض طلب توفير لها لا يخول له الشرع إجبارها على العودة إلى المسكن الذي يسكنه أقاربه وخاصة مع الضرة ولو لم يثبت الضرر لها بمشاجرة ونحوها، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق الشريعة الإسلامية في غير محله ويستوجب الرفض» [201 ص 44].

وتؤكد المحكمة العليا من خلال هذا القرار أن مطالبة الزوجة زوجها بإسكانها في مسكن خاص لا يشترط فيه أن تتضرر من السكن مع أهله أو ضررتها وذلك ما يؤكد الفقه الإسلامي في أن حق الزوجة في المسكن حق خالص غير معلق على شرط أو أجل.

ولم ترهق المحكمة العليا كاهل الزوج بالإستجابة فورا لطلب الزوجة بمسكن خاص بل منحت الزوج الوقت المعقول لتوفيره حسب قدرته حيث قضت بأنه: « من المقرر شرعا أن للزوجة الحق في السكن المنفرد بعيدا عن أهل الزوج، فليس معنى هذا أنها تطلق إذا لم يكن لها ذلك حالا، بل يجري عليه ما يجري على النفقة، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة الشريعة الإسلامية والخطأ في تطبيقها في غير محله يستوجب رفضه» [201 ص 45]. وفي ذلك تأكيد على اعتبار المسكن الزوجي عنصرا من عناصر النفقة.

أما القانون المصري فلقد اعتبر المسكن الزوجي من مشتملات النفقة الزوجية بموجب الفقرة الرابعة من المادة الأولى من قانون 25 لسنة 1920 التي تنص على أنه: « وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك ما بقضي به الشرع».

ونصت أيضا الفقرة الثانية من المادة 189 من مدونة الأسرة المغربية على اعتبار المسكن من مكونات النفقة الزوجية والتي جاء في مضمونها على أنه: « تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، وما يعتبر من الضروريات والتعليم للأولاد، مع مراعاة أحكام المادة 168». وفي الأخير يجب التأكيد بأنه إذا كان للزوج الحق في اختيار المسكن إلا أنه ينبغي ألا يتعسف في استعمال هذا الحق، كأن يقصد من مجرد تغيير المنزل مضايقة زوجته [194 ص 22].

ثانيا: الطعام و الشراب

يقول الله تعالى: (وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) [1]. فما يجب للمرأة عليه من الرزق والكسوة هو بالمعروف، وهو العرف الذي يعرفه الناس من حالهما نوعا وقدرها وصفة وإن كان ذلك بتنوع حالهما من اليسار والإعسار [27 ص 84]. ولعل المقصد الأول للرزق هو الطعام والشراب [72 ص 77]. وفي ذلك يقول ابن قدامه: « وجملة الأمر: أن المرأة إذا سلمت نفسها إلى الزوج على الوجه الواجب عليها فلها عليه جميع حاجتها من مأكل ومشروب وملبوس ومسكن» [158 ص 347].

و يشترط الفقهاء في الطعام و الشراب الشروط التالية:

1- أن يكون مقداره كافيا: عملا بالحديث الشريف: (خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف). ويعتبر المعروف من رواية هند هو أن نفقة الزوجة تقدر بالكفاية، وتختلف باختلاف من تجب له النفقة في مقدارها. وبهذا قال أبو حنيفة ومالك [158 ص 347].

ولأن المرأة محبوسة لحق الزوج ومفرغة نفسها له فتستوجب الكفاية عليه في ماله [71 ص 180].

ويفرض الطعام بمقدار ما يعلم أنه تقع به الكفاية ويعتبر المعروف في ذلك وهو فوق التقدير ودون الإسراف لأنه مأمور بالنظر من الجانبين [71 ص 180].

وإطعام الزوج لزوجته لا يحتاج إلى قدر معين، فتجب نفقة الطعام بمعيار الكفاية دون الالتزام بقدر معين [69 ص 509]. يقول ابن قدامة: هي نفقة قدرها الشرع بالكفاية [158 ص 347].

2- أن يكون متنوعا: بمعنى أنه ليس للزوج أن يقدم طعاما من نوع واحد لزوجته، مدعيا أن فيه الكفاية عن غيره [72 ص 78]، وفي هذا السياق نلاحظ أن الفقهاء قد سهبوا في الحديث عن أنواع الطعام من الحبوب والإدام والدهن واللبن واللحم والفواكه. قال الشافعي: وإن كانت ببلد يقتاتون فيه أصناف من الحبوب كان لها الأغلب من قوت مثلها في ذلك البلد [138 ص 115].

وقد بالغ الفقهاء في التفصيل في حق المرأة في الطعام حتى بلغ بصاحب "تكملة المجموع" أن الرجل لا يعفى من طعام اليوم حتى ولو بقى طعام من أمس، بمعنى أن يكون الطعام طازجا، لكن هذا من المبالغة التي يخشى لو أقرت حقا للزوجة أن تهدر الكثير من النعم التي أمرنا بصيانتها والانتفاع بها، فكثير من الناس يأكلون ويفيض عنهم ما يدخرونه في ثلاجات و يستخرجونه لطعام يوم بل أيام أخرى طواعية بلا كراهية [72 ص 79].

ويبدو مما سبق، أنه لا يمكن أن نحدد قائمة إلزامية للزوج تتضمن أنواع الطعام والشراب التي يلتزم بها في إطار إنفاقه على زوجته، بل الأمر يعود إلى ما تعارف عليه الناس في الوسط الاجتماعي للزوجين من مأكول ومشرب في حدود قدرة الزوج وسعته.

ونصت المادة 78 من قانون الأسرة على اعتبار الطعام والشراب من مشتملات النفقة بقولها: «تشمل النفقة الغذاء...».

وتقابلها المادة 189 من مدونة الأسرة المغربية التي تنص على أنه: «تشمل النفقة الغذاء...». وكذا الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المصري رقم 25 لسنة 1920 التي تنص على أنه: «وتشمل النفقة: الغذاء...».

ثالثا- الكسوة

لقد دل قوله تعالى: (وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) على وجوب الكسوة على الزوج لزوجته كعنصر من عناصر النفقة. ولقد تطرق الفقهاء بالتفصيل لمقدار هذه الكسوة بالأقوال التالية:

- « وعليه أن يأتيها بكسوتها كذلك، لأن هذه صفة الرزق والكسوة» [83 ص 250].
 - « و يفرض لها من الكسوة ما يصلح للشتاء و الصيف فإن بقاء النفس بهما، وكما لا تبقى النفس بدون المأكول عادة لا تبقى بدون الملبوس عادة، والحاجة إلى ذلك تختلف باختلاف الأوقات والأمكنة، فيعتبر المعروف في ذلك» [45 ص 542].
 - «وقد جرى العرف أن يكسو الزوج زوجته بكسوتين كاملتين (للنوم وللمنزل وللخروج) كل سنة أحدهما للصيف والأخرى للشتاء وإذا رفض الزوج شراء الكسوة، جاز للزوجة أن تقاضيه ليفرض لها قدرا معيناً من المال في مقابل الكسوة في كل ستة أشهر» [45 ص 512].
 - « وتفرض الكسوة للزوجة في كل نصف حول مرة، لتجدد الحاجة حرا وبردا» [77 ص 635].
 - « والكسوة بالمعروف هي الكسوة التي جرت عادة أمثالها بلبسه» [158 ص 347].
- وإذا كان الواجب هو الكفاية بالمعروف، فمعلوم أن الكفاية بالمعروف تتنوع بحالة الزوجة في حاجتها، وبتنوع الزمان والمكان، وبتنوع حال الزوج في يساره وإعساره، وليست كسوة القصيرة الضئيلة ككسوة الطويلة الجسيمة، ولا كسوة الشتاء ككسوة الصيف ولا كفاية طعامها كطعامه، ولا طعام البلاد الحار كالبلاد الباردة، ولا المعروف في بلاد الفاكهة والخمير [27 ص 85] ، وفي مسند الإمام "أحمد" وسنن "أبي داود" و"ابن ماجه" عن حكيم ابن معاوية الخيري عن أبيه أنه قال: قلت يا رسول الله: ما حق زوجة أحدنا عليه؟ قال: (تطعمها إذا أكلت، وتكسوها إذا اكتسيت، ولا تضرب الوجه، ولا تقبح، ولا تهجر إلا في البيت).
- ويظهر جليا أن الكسوة تخضع أيضا للضابط الأساسي في المعاشرة بين الزوجين وهو المعروف.

ويبدو من الحديث السابق الذكر أن النبي صلى الله عليه وسلم أراد أن يمنع الظلم على الزوجة في إجابته عن السؤال الموجه إليه، بحيث أمره بأن يكون عادلا في إنفاقه على زوجته، فإذا اقتنى لنفسه كسوة فعليه أن يفكر في زوجته ويكسوها مما إكتسى، وذلك ما تقتضيه المعاشرة بالمعروف والمساواة بين الزوجين في الطعام والشراب والكسوة، فالرجل الذي ينفق على نفسه طعاما وشرابا وكسوة ويهمل زوجته، هو رجل أناني الطبع وخائن للعهد و الوفاء لقوله تعالى: (وَأَخَذْنَ مِنْكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا).

وقد نصت المادة 78 من قانون الأسرة على وجوب الكسوة كعنصر أساسي للنفقة بقولها: «تشمل النفقة: الغذاء والكسوة...»، والمادة 189 من مدونة الأسرة المغربية التي تنص على أنه: «تشمل النفقة: الغذاء والكسوة...».

ونصت المادة الأولى من القانون المصري رقم 25 لسنة 1920 في فقرتها الثالثة على أنه: «وتشمل النفقة: الغذاء و الكسوة...».

رابعاً- ملحقات النفقة الزوجية

لا يجب أن نحصر نفقة الزوجة في نفقة الطعام و الشراب و الكسوة والسكن بل لها توابع وملحقات حددها وفصل فيها الفقهاء عند بحثهم في النفقة بمشتملاتها الثلاث، ومن بين هذه الملحقات، نفقة العلاج، نفقة الزينة، ونفقة الخادم.

1- نفقة العلاج: إذ أن من أغرب ما اختلف فيه الفقهاء هو ما يتعلق بنفقة علاج الزوجة. فهل تعتبر الأدوية وأجرة الطبيب من مشتملات النفقة، بحيث يلزم بها الزوج إذا مرضت زوجته واحتاجت إلى الطبيب والدواء أم لا [55 ص 63] ؟

يرى جمهور الفقهاء [45 ص 548] أن نفقة علاج الزوجة ودوائها لا يعتبر من مشتملات النفقة وبالتالي لا تعتبر واجبة على الزوج.

ولقد استدلت القائلون بعدم وجوب نفقة العلاج بدليل عقلي واه وهو أن التداوي لحفظ أصل الجسم، ومن ثم لا يجب على الزوج الذي هو مستحق للانتفاع بالمرأة قياساً على مستأجر الدار ونحوها فلا يلزمه حفظ أصل الدار أو بناء ما يقع من أصوله بل هي واجبة على المالك [55 ص 63].

ويبقى للزوجة الحل في العلاج هو الأخذ من مالها إن كان لها مال، أو تلجأ إلى من هو ملزم بنفقتها غير الزوج . ومن ثم نقول أن ما استدلت به جمهور الفقهاء لا يرقى إلى الدليل القوي، لذا يبدو أن حجتهم ضعيفة بل غريبة! فالقياس على عقد الإيجار في الإنفاق على حفظ الدار المستأجرة قياس مع الفارق، فالمرأة ليست محلاً للانتفاع بها في عقد الزواج، بل هي طرف أصيل في تكوين هذا العقد وتنفيذه. فالزوج الذي يرفض الإنفاق لعلاج زوجته يكون قد نقض العهد والميثاق الغليظ الذي يقوم على أساس الثقة والوفاء وبمثل هذا التصرف يكون الزوج قد زرع في نفس زوجته بذور النفور والكرهية التي تنذر بوقوع الشقاق الخطير الذي قد يؤدي إلى زوال العلاقة الزوجية.

ويتضح مما سبق أن القول الراجح هو القائل باستحقاق الزوجة لنفقة الدواء والعلاج لقوة أدلته فإذا كان الطعام و الشراب و الكسوة عناصر هامة في تكوين نفقة الزوجة لحفظها من الهلاك، فنفقة الدواء والعلاج وأجرة الطبيب لا تقل أهمية في حفظ صحة الزوجة من الهلاك، فهل يعقل أن نطلب من الزوجة المريضة طاعة زوجها والقيام على شؤون البيت ونرفض في نفس الوقت تحمل نفقات دوائها وعلاجها ؟

وإن القول بعدم إلتزام الزوج بنفقة التداوي والعلاج، يتعارض مع ما يقتضيه واجب الوفاء إبان محنتها لأنها إذا ذاك تكون في أسوأ حالاتها النفسية، فوقوف الزوج بجانبها يعتبر من أكبر العوامل الفعالة في رفع معنوياتها مما يساعد على التعجيل بشفاؤها، أما التخلي عنها فإنه يزيد حالتها النفسية ويترك في أعماقها جرحا داميا يكون أقسى عليها مما تعانيه من آلام مرضها، ومن ثم يصعب على الأيام علاجه، إذ تصاب بصدمة كبرى وخيبة أمل عظمى حين ترى أقرب الناس إلى نفسها وأحبهم إلى قلبها والذي طالما وقفت بجانبه في محنه وشدائده، إذ به اليوم يتخلى عن مروءته وأخلاقه فيضمن عليها بما ينقذ حياتها من بين برائن المرض الذي يوشك أن يؤدي بها [76 ص 442، 443].

وكمحاولة لإيجاد المبررات التي دفعت جمهور الفقهاء لهذا القول يرى الفقيه "وهبة الزحيلي" أن مداواة لم تكن في زمنهم حاجة أساسية، فلا يحتاج الإنسان إليها غالبا، لأنه يلتزم قواعد الصحة والوقاية، فاجتهادهم مبنى على عرف قائم في عصرهم. أما الآن فقد أصبحت الحاجة إلى العلاج كالحاجة إلى الطعام و الغذاء بل هي أهم [166 ص 794، 795] ، لأن المريض يفضل غالبا ما يتداوى به عن كل شيء، وهل يمكنه تناول الطعام وهو يشكو ويتوجع من الآلام والأوجاع التي تبرح به وتهدده بالموت ؟ وهل من حسن العشرة أن يستمتع الزوج بزوجته حال الصحة، ثم يردّها إلى أهلها لمعالجتها حال المرض؟ وردا على هذا الرأي قال د/ "حسن صلاح الصغير عبد الله" [55 ص 65]: « وهذا اعتذار بعيد، فالحاجة إلى التداوي حاجة أساسية في كل عصر ومصر، كيف وقد عداها الإنسان من قديم الزمن نعمة أساسية من نعم الله عليه، قال تعالى على لسان أبي الأنبياء إبراهيم عليه السلام: (الَّذِي خَلَقَنِي فَهُوَ يَهْدِينِ ۖ وَالَّذِي هُوَ يُطْعِمُنِي وَيَسْقِينِ ۖ وَإِذَا مَرَضْتُ فَهُوَ يَشْفِينِ) [1] وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالتداوي فقال: (تداووا فإن الله تعالى لم يضع داء إلا ووضع له شفاء أو دواء) [110 ص 152].

وإذا كان الشرع لم يحدد النفقة وإنما أوجبها وترك أمر تقديرها إلى العرف، فليأخذ ثمن الدواء والعلاج للزوجة حكم العرف، وما من شك أن أهل العرف يذمون الزوج القادر و ينكرون عليه إذا أهمل زوجته المحتاجة إلى العلاج وتركها بدون طبيب تماما كما يذمون الوالد إذا أهمل أولاده المرضى مع قدرته على شراء الدواء وأجرة الطبيب [49 ص 251].

وهذا ما أخذ به قانون الأسرة الجزائري في المادة 78 التي تنص صراحة على اعتبار العلاج من مشتملات النفقة وذلك بقولها: « تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج... » ونلاحظ أن النص العربي للمادة 78 استعمل مصطلح العلاج فقط بينما النص الفرنسي للمادة ينص على العلاج الطبي: ART 78 « L'entretien consiste en la Nourriture, l'habillement, les soins médicaux».

وبالتالي فالزوج مكلف بنفقة العلاج الطبي و ليس أي علاج عشوائي ومن ثم يبدو أنه من الضروري إعادة صياغة النص العربي للمادة 78 لتحقيق التطابق اللفظي.

ونسف الموقف أخذته مدونة الأسرة المغربية في المادة 189 التي تنص على أنه: «تشمل النفقة: الغذاء والكسوة و العلاج...» وذهب القانون المصري رقم 25 لسنة 1920 إلى نفس الموقف بقوله في الفقرة الثانية في المادة الأولى أنه: «وتشمل النفقة: الغذاء والكسوة ومصاريف العلاج...».

ونلاحظ أن كل من القوانين الثلاث عارضت رأي جمهور الفقهاء في عدم استحقاق نفقة التداوي و العلاج واعتبرت العلاج من مشتملات النفقة الزوجية الضرورية مثله مثل الغذاء والكسوة والسكن وذلك تطبيقاً لقوله تعالى: (وَاعْشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) فليس من المعروف أن يترك الزوج زوجته طريحة الفراش دون علاج بل هو من المنكر الذي لا يرضاه أحد وخيانة لواجب الوفاء.

2 - نفقة الزينة: أما بالنسبة لمواد التنظيف والزينة والطيب، فلا خلاف بين الفقهاء على أن مواد الزينة والطيب وأدوات التنظيف التي تستعملها الزوجة باعتبارها ضرورية لصيانتها والحفاظ على نظافتها فإنها تعتبر من ملحقات وتوابع النفقة وتجب على الزوج لزوجته.

وفي ذلك يقول "ابن قدامه": « يجب للمرأة ما تحتاج إليه من المشط والدهن لرأسها والصدر أو نحوه مما تغسل به رأسها، و ما يعود بنظافتها أن ذلك يراد للتنظيف فكان عليه. وأما الطيب فما يراد منه لقطعه السهولة كدواء العرق لزمه لأنه يراد للتنظيف...» [158 ص 347].

وبالتالي فاستحقاق الزوجة لنفقة الزينة والطيب وأدوات التنظيف لاستعمالها من أجل نظافتها، تقتضيه الفطرة السليمة التي ترفض العيش في وسط الأدران والأوساخ، لذلك كانت هذه النفقة ضرورية مثلها مثل الطعام والشراب والكسوة و السكن.

يبقى تحديد هذه الأدوات مرجعه عادة الناس وأعرافهم في اعتبار ما هو من وسائل وأدوات النظافة لأن ما ذكره الفقهاء من أدوات هو ما كان معروفاً في زمنهم.

3 - نفقة الخادم: ذهب جمهور الفقهاء- الحنفية - المالكية - الشافعية - الحنابلة- على وجوب توفير الخادم للزوجة إذا كانت من لا تخدم نفسها بسبب مرضها أو لكونها من ذوات الأقدار أو لا يليق بها خدمة نفسها، بأن كانت ممن تخدم في بيت أبيها مثلاً، وكان زوجها موسراً بالإضافة التزامه لمؤنته ونفقته وأجرته [71 ص 180].

والقول بذلك يقتضيه واجب المعاشرة بالمعروف بين الزوجين لقوله تعالى: (وَاعْشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) [1]. ومن العشرة بالمعروف أن يقدم لها خادماً ولأنه مما تحتاج إليه في الدوام فأشبهه بالنفقة ويصلح ذلك بواحد [158 ص 347].

وإذا وجب على الرجل إخدام زوجته لوجود ما يقتضي ذلك فالرأي لدى جمهور الفقهاء أنه لا يجب عليه حينئذ أكثر من خادم واحد لأنها حاجتها ترتفع بالخادم عادة وما زاد على الواحد، فالتجمل

والزينة، ووجوب النفقة على الزوج للكفاية، فكما لا يزيد على قدر الكفاية في نفقتها فكذلك في نفقة خادمها [71 ص 180].

وروي عن الإمام مالك أنه قال: «إن كان لا يصلح للمرأة إلا أكثر من خادم فعليه أن ينفق على أكثر من واحد، ونحوه قال أبو ثور: إذا احتل الزوج ذلك فرض لخادمين، ولنا: إن الخادم الواحد يكفيها لنفسها، والزيادة تراد لحفظ ملكها أو التجميل وليس عليه ذلك» [158 ص 347].

وذهب "ابن حزم" الظاهري إلى القول بخلاف ما قال به جمهور الفقهاء بأن الزوج غير ملزم بالإنفاق على خادم زوجته حيث قال: «وليس على الزوج أن ينفق على خادم لزوجته ولو أنه ابن الخليفة وهي بنت خليفة، إنما عليه أن يقوم لها بمن يأتيها بالطعام والماء مهياً ممكناً للأكل غدوة وعشية، وبمن يكفيها جميع العمل من الكنس والفرش وعليه أن يأتيها بكسوتها كذلك لأن هذه صفة الرزق والكسوة، ولم يأت نص قط بإيجاب نفقة خادمها عليه فهو ظلم وجور» [83 ص 250].

وعجيب رأي "ابن حزم"، فإذا كان الخادم حسب رأيه مكلفاً بكل هذه الأعمال فكيف لا ينفق عليه. فالخادم محبوس ومتفرع لمنفعة الزوجة فوجب عليه نفقته طبقاً للقاعدة التي تقول: كل محبوس لمنفعة غيره، يلزمه نفقته.

ونستخلص مما سبق أن نفقة خادم الزوجة تجب بتوفر شرطين هما:

- الشرط الأول: أن تكون ممن تخدم في بيت أهلها.

- الشرط الثاني: أن يكون الزوج موسراً وقادراً على توفير الخادم.

لم ينص قانون الأسرة الجزائري على نفقة الزينة والتنظيف ونفقة الخادم وليس معنى ذلك أنه لا يوجب هاتين النفقتين، بل بالعكس يمكن استنتاج ذلك من خلال نص المادة 78 التي تنص على أنه: «تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة».

وبناء على ذلك يمكن القول أن ملحقات النفقة الزوجية من أدوات الزينة والتنظيف ونفقة الخادم تدخل ضمن الضروريات التي يقتضها العرف والعادة السائدين في المجتمع الجزائري.

فالمعروف في الوسط الاجتماعي للزوجة أن أدوات الزينة والتنظيف والطيب أو ما يعرف بوسائل وأدوات التجميل يعد من الضروريات التي لا يمكن للزوجة أن تستغني عنها، بحيث لا يكاد يخلو بيت من هذه الأدوات والآلات.

أما بالنسبة لمدونة الأسرة المغربية فإننا نستنتج قولنا السابق من خلال المادة 189 التي تنص على أنه: «تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج وما يعتبر من الضروريات...». وأيضا من خلال الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون المصري رقم 25 لسنة 1920 التي تنص على أنه: «تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك ما يقضي به الشرع».

أما بالنسبة لنفقة الخادم فلا يمكن أن تكون ضرورة يقرها الشرع والقانون إلا إذا توافر فيها الشرطان السابق ذكرهما.

2.3.2.2.1 . معايير تقدير نفقة الزوجة

إذا كانت نفقة الزوجة واجبة بالشروط والمشمولات السابق ذكرها، فهل لها تقدير شرعي وقانوني مسبق وفق معايير معينة؟

- أولاً: طريقة تقدير النفقة

لم يتفق الفقهاء حول الطريقة التي يضبط بها مقدار النفقة فجاء اختلافهم كالتالي:

1- تقدير نفقة الطعام: للفقهاء في تقدير نفقة الطعام قولين:

القول الأول: وهو قول جمهور الفقهاء- الحنفية، المالكية والحنابلة والظاهرية - باعتبار معيار الكفاية في تقدير نفقة الطعام وهذه بعض أقوالهم:

قال الأحناف: « فإن النفقة تجب بطريق الكفاية » [100 ص 340].

وقالوا أيضاً: « ليس في النفقة عندنا تقدير لازم لأن المقصود من النفقة الكفاية وذلك مما يختلف فيه طباع الناس وأحوالهم ويختلف باختلاف الأوقات أيضاً، ففي التقدير بمقدار إضرار بهما ... » [60 ص 370].
قال المالكية: « يجب على الزوج البالغ لزوجته المطيعة المكنة ما تأكله [69 ص 509] وذهب مالك إلى أنها غير مقدرة بالشرع... » [39 ص 422].

وقال الحنابلة: « ويرجع في تقدير الواجب إلى اجتهاد الحاكم أو نائبه إن لم يتراضيا على شيء فيفرض للمرأة قدر كفايتها من الخبز والأدم » [158 ص 347].

أما الظاهرية فقالوا: « إنما تجب لها النفقة مياومة لأنه هو رزقها فإن تعدى من أجل ذلك وأخر عنها الغذاء أو العشاء أدب على ذلك » [83 ص 250].

ودليل قول جمهور الفقهاء مستنبط من الكتاب والسنة.

- الكتاب: قوله تعالى: (وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) [1] و يظهر من الآية الكريمة أن الله تعالى لم يقيد النفقة بمقدار معين، بل تجب بمعيار المعروف، والمعروف هو إنفاق الزوجة على زوجها في حدود ما يكفيها من الطعام الذي هو الرزق في الآية الكريمة.

- السنة النبوية: - ماروي أن هند امرأة أبي سفيان قالت: يا رسول الله : إن أبا سفيان رجل شحيح، وإنه لا يعطيني ما يكفيني وولدي، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف).
فالحديث صريح في وجوب نفقة الزوجة بما يكفيها وولدها بمقتضى المعروف.

- ما جاء في الحديث، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب الناس فقال: (اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم، أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولهن عليكم رزقهن

وكسوتهن بالمعروف). فدل هذا الحديث أيضا أن تقدير نفقة الطعام للزوجة مناطه المعروف، والمعروف هو ما يسد حاجتها من الأكل و الشراب.

- القول الثاني: وهو قول الشافعية بأنه: « وهو الذي يقدر على النفقة بماله أو كسبه، لزمه في كل يوم مدان وإن كان معسرا. وهو الذي لا يقدر على النفقة بمال ولا كسب لزمه كل يوم مد لقوله تعالى: (لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا)» [1] ففرق بين الموسر والمعسر، أوجب على كل واحد منهما على قدر حاله، ولم يبين المقدار فوجب تقديره بالاجتهاد، وأشبهه ما تقاس عليه النفقة الطعام في الكفارة، لأنه طعام يجب بالشرع لسد الجوعة، وأكثر ما يجب في الكفارة للمسكين مدان في فدية الأذى، وأقل ما يجب مد وهو في كفارة الجماع في رمضان، فإن كان متوسطا لزمه مد ونصف لأنه لا يمكن إلحاقه بالموسر وهو دونه، ولا بالمعسر وهو فوجه فجعل عليه مد ونصف [37 ص 355].

و يبدو أن حجج هذا القول ضعيفة للأسباب التالية:

- لا يمكن الاستدلال بهذه الآية لأنها في حد ذاتها حجة ضد هذا القول، فهي لم تحدد مقدار معين بالوزن، فكان التقييد به تقييدا مطلقا وهو لا يجوز إلا بدليل [55 ص 44].

- إن القول بتحديد نفقة الطعام بمقدار معين قياسا على الكفارة هو قياس مع الفارق، لأن اعتبار النفقة بالكفارة في القدر لا يصح لأن الكفارة لا تختلف باليسار والإعسار، ولا هي مقدره بالكفارة وإنما اعتبرها الشرع بها في الجنس دون القدر، ولهذا لا يجب فيها الأدم [158 ص 347].

ويبدو جليا أن القول الراجح هو قول جمهور الفقهاء لأنه لم يثبت نصا شرعيا من الكتاب والسنة يحدد مقدار معين للطعام، لأن تقدير ذلك يتعارض مع الفطرة والطبع الإنساني، فحاجة الأكل تختلف من شخص لآخر، فكان من المعقول عدم تقدير ذلك وتركه لمعيار الكفاية التي تخضع لضابط المعروف.

واعترافا بصحة أدلة قول جمهور الفقهاء جاء في المرجع الفقهي الشافعي "مغني المحتاج": "وقيل، ونسب للقديم: إنها منوطة بالكفاية كنفقة القريب، لظاهر قوله لهند: "خذي مايكفيك ويكفي ولدك بالمعروف". قال المصنف في شرح مسلم: وهذا الحديث يرد على أصحابنا تقديرهم نفقة الزوجة بالأمداد. قال الأزرعي: لا أعرف لإمامنا رضي الله تعالى عنه سلفا في التقدير بالأمداد ولولا الأدب لقلت: الصواب أنها بالمعروف تأسيا وإتباعا» [45 ص 542].

2- تقدير نفقة الكسوة: لا خلاف بين الفقهاء في أن نفقة الكسوة من مشتقات النفقة لقوله تعالى: (وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) [1]، وقول النبي صلى الله عليه وسلم: (ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف). ولقد اتفق الفقهاء أن تقدير نفقة الكسوة مرجعه الكفاية، أي ما يسد حاجياتها الضرورية من ملابس شتوية وصيفية.

والكسوة بالمعروف هي ما ينفق عليها من الكسوة أدنى ما يكفيها من الصيفية والشتوية، وإن كان متوسطا ينفق عليها أوسع من ذلك بالمعروف ومن الكسوة أرفع من ذلك بالمعروف، وإن كان غنيا ينفق عليها أوسع من ذلك بالمعروف من الكسوة أرفع من ذلك بالمعروف. وإنما كانت النفقة والكسوة بالمعروف، لأن دفع الضرر عن الزوجين واجب وذلك في إيجاب الوسط من الكفاية وهو تفسير المعروف فيكفيها من الكسوة في الصيف قميص وخمار وملحفة وسراويل أيضا في عرف ديارنا على قدر حاله من الخشن واللين والوسط والخشن إذا كان من الفقراء واللين إذا كان من الأغنياء، والوسط إذا كان من الأواسط، وذلك كله من القطن أو الكتان على حسب عادات البلدان [84 ص 33].

هكذا ذكر العلماء بحسب ما هو معروف زمنهم مما يلبسه أهل اليسار والإعسار، ولا شك أن العرف قد اختلف في زماننا، ليراعي ذلك عند تقدير نفقة الكسوة [55 ص 48].

3- تقدير نفقة السكن: سبق الذكر أن المسكن من مشتقات النفقة ولا خلاف بين الفقهاء في ذلك على أن للزوجة الحق في مسكن خاص ومستقل عن أهل الزوج لقوله تعالى: (أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِّنْ وُجْدِكُمْ) [1]، وقوله تعالى: (وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) [1].

ومن مقتضيات المعروف أن يسكن الزوج زوجته في مسكن، ولأنها لا تستغني عن المسكن للاستئثار عن العيون وفي التصرف والاستمتاع وحفظ المتاع. ويكون المسكن على قدر يسارهما وإعسارهما لقوله تعالى: (مِّنْ وُجْدِكُمْ) [158 ص 347].

و يعتبر في تقدير المسكن معيار الكفاية الذي يتحقق بتوافر الشروط التي حددها الفقهاء ليكون المسكن شرعيا وقابلا للمساكنة بين الزوجين، وهي شروط أساسها المعروف أي ما تعارف عليه الناس من مواصفات المسكن الزوجي.

أما تقدير نفقة التداوي والعلاج، فمرجعه معيار الكفاية الذي يحدد نفقة العلاج وطبيعة المرض، فالزوج ملزم بالإنفاق على زوجته بما يكفيها من أدوية للعلاج إلى غاية شفائها، وتقديرها يخضع لعامل الزمن الذي يحدد وقت وجوبها ووقت انتهائها.

ثانيا: أساس تقدير نفقة الزوجة

إن تحديد أساس تقدير نفقة الزوجة يقتضي طرح التساؤل التالي: بحال من تقدر النفقة؟ هل بحال الزوج أم بحال الزوجة أم بحالهما معا؟

لم يتفق الفقهاء في الإجابة عن هذا التساؤل، وانقسموا على رأيين:

- الرأي الأول: وهو ما قال به فقهاء المالكية والحنابلة والخصاف من الحنفية وهو المفتى عندهم أن أساس تقدير نفقة الزوجة هو حال الزوجين معا، فإذا كان الزوجان موسرين وجبت للزوجة نفقة اليسار، أما إذا كانا معسرين فللزوجة نفقة الإعسار، أما إذا كانا متوسطين فلها عليه نفقة المتوسطين، وإذا كان

أحدهما موسرا والآخر معسرا فعليه نفقة المتوسطين أيهما كان الموسر، وقال أبو حنيفة ومالك: يعتبر حال المرأة على قدر كفايتها لقوله تعالى: (وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) والمعروف الكفاية، ولأنه سوى بين النفقة والكسوة، والكسوة على قدر حالها فكذلك النفقة، وقال النبي لهند: (خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف). فاعتبر كفايتها دون حال زوجها [158 ص 347].

واستدل أصحاب الرأي الأول بما ثبت في كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم.

- الكتاب : قوله تعالى: (وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) [1] ، وقوله تعالى: (لِيُنْفِقْ دُونَ سَعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا) [1].

- السنة النبوية:- قول الرسول صلى الله عليه وسلم لهند امرأة أبي سفيان: (خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف).

فدلت الآيتان الكريمتان على اعتبار حال الزوج في تقدير النفقة ودل الحديث النبوي على اعتبار

حال الزوجة.

- الرأي الثاني: قال به الشافعية والظاهرية وفي قول " للكرخي " من الحنفية وهو ظاهر الرواية عند الحنفية، ومقتضاه أن أساس تقدير نفقة الزوجة هو حال الزوج في اليسار والإعسار، ولا عبرة بحال الزوجة سواء كانت موسرة أو معسرة.

فإذا كان حال الزوج موسرا وجبت عليه نفقة اليسار، وإذا كان حال الزوج معسرا وجبت نفقة الإعسار [45 ص 542]. فالرجل ملزم بالإنفاق على امرأته من حين يعقد نكاحها دعي إلى البناء أو لم يدع ولو أنها في المهد، ناشزا أو غير ناشز، غنية كانت أو فقيرة، ذات أب أو كانت يتيمة، بكرًا أو ثيبًا، حرة كانت أو أمة على قدر ماله. فالموسر على حسب مقداره والمتوسط على قدر طاقته، والمقل أيضا على حسب طاقته [83 ص 249].

وأساس قولهم الأدلة الواردة في الكتاب و السنة:

- الكتاب: - قوله تعالى: (لِيُنْفِقْ دُونَ سَعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا) [1]. قال الإمام الشافعي: رضي الله عنه وأصحابه: النفقة مقدرة محددة، ولا اجتهاد لحاكم ولا لمفت فيها، وتقديرها هو بحال الزوج وحده من يسره وعسره ولا يعتبر بحالها وكفايتها... فحسب الآية السابقة جعل الاعتبار بالزوج في اليسر والعسر دونها، ولأن الاعتبار بكفايتها لا سبيل إلى علمه للحاكم ولا لغيره، فيؤدى إلى الخصومة، لأن الزوج يدعى أنها تلتمس فوق كفايتها، وهي تزعم أن الذي تطلب تطلبه قدر كفايتها، فجعلناها مقدرة قطعا للخصومة [4 ص 170]. ويمكن الإجابة عن ذلك بما قاله د/ " حسن صلاح الصغير عبد الله: " إن أمر الكفاية ليس مبنيًا على العلم اليقيني حتى ننفي على القاضي السبيل إليه، بل هو موكل إلى اجتهاده وغالب ظنه فيما هو كان للزوجة بحسب المعروف بين

الناس، وتقديره يرفع الخلاف، لكن لا يحال بين أحد الزوجين أن يطعن في تقدير القاضي إذا ما أثبت خطأه في التقدير، والقاضي أسير البينة[55 ص 46].

- السنة النبوية: - ما جاء في حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم عن معاوية القشيري قال: أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقلت ما تقول في نساءنا؟ فقال: (أطعموهن مما تاكلون، وأكسوهن مما تكتسبن، ولا تضربوهن ولا تقبحوهن) [62 ص 182].

إن إجابة رسول الله صلى الله عليه وسلم عن السؤال تحمل دلالة صريحة في اعتبار حال الزوج، فأمره الرسول صلى الله عليه وسلم بإطعام زوجته مما قدر عليه في إطعامه وإطعام زوجته، وأن يكسوها مما قدر عليه في كسوته وكسوة زوجته وكأن النبي صلى الله عليه وسلم ينهى الزوج من خلال هذا الحديث أن يعتني بنفسه ويهمل زوجته، فإذا أراد أن يأكل لحماً فلتأكل زوجته اللحم، وإذا كسا نفسه عليه أن يكسو زوجته ولا يهملها، وهذا ما يقتضيه حسن العشرة بين الزوجين.

وبناء على الحجج القوية للرأي الثاني فإنه جدير بالترجيح فقول الله تعالى: (لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِشْرًا مَّا آتَاهَا) [1] دليل كاف في اعتبار حال الزوج في تقدير نفقة الزوجة، لأنه من غير المقبول أن تكلف زوجا معسرا نفقة الموسرين حتى ولو كانت زوجته موسرة، أو زوجا موسرا بنفقة المعسرين حتى ولو كانت زوجته معسرة.

فليس حال الزوج باليسار أو الإعسار أمر خفيا، فالعلاقة الزوجية تبنى على مبدأ التراضي فإذا رضيت الزوجة الموسرة بالارتباط بزواج معسر فلا يمكنها أن تطالبه فيما بعد بنفقة الموسرين، وإذا ارتبط الزوج الموسر بزوجة معسرة فلا يمكنه أن ينفق نفقة المعسرين، بحجة إعسار زوجته، هذا ويبقى مناط تقدير النفقة الزوجية هو ضابط الكفاية والمعروف أي ما تعارف عليه الناس من عادات وأعراف. وفي تقدير النفقة، ذهب قانون الأسرة الجزائري إلى ما قال به المالكية والحنابلة وبعض الأحناف، في اعتبار حال الزوجين في تقدير النفقة الزوجية، وذلك طبقا للمادة 79 التي تنص على أنه: «يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم».

وتأكيدا لذلك قضت المحكمة العليا على أنه: «من المقرر فقها وقضاء أن تقدير النفقة المستحقة للزوجة يعتمد على حال الزوجين يسرا وعسرا، ثم حال مستوى المعيشة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقواعد الشرعية، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن جهة الاستئناف قضت بتخفيض النفقة المحكوم بها للزوجة ابتدائيا دون أن تبحث عن دخل الزوج وحال معيشة الزوجة، ودون حساب مستوى المعيشة السائدة في المكان الذي يعيش فيه الزوجان، فإن بقضائها كما فعلت خالفت القواعد الشرعية، ومتى كان ذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه» [201 ص 149].

وقضت أيضا على أنه: « من المقرر شرعا وقانونا أن تقدير النفقة يكون حسب وسع الزوج إلا إذا ثبت نشوز الزوجة، ومن المقرر أيضا أن يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم...» [201 ص 149].

ونلاحظ من خلال القرارين أن المحكمة العليا أكدت على ما نصت عليه المادة 79 من قانون الأسرة على ضرورة مراعاة مستوى المعيشة وظروفها وذلك بالنظر إلى مستوى الأسعار في السوق ومدى تأثيرها على الحالة المالية للزوج.

أما مدونة الأسرة المغربية ، فمبدئيا أخذت بما ذهب إليه المالكية والحنابلة وبعض الأحناف في تقدير نفقة الزوجة بحال الزوجين وذلك من خلال الفقرة الثانية من المادة 189 التي تنص: « يراعى في تقدير كل ذلك، التوسط ودخل الملزم بالنفقة، وحال مستحقها، ومستوى الأسعار، والأعراف والعادات السائدة في الوسط الذي تفرض فيه النفقة ».

إذن فالأصل في تقدير نفقة الزوجة حسب المادة 189 هو حال الزوجين مع ضرورة مراعاة معايير التقدير التالية:

- مستوى الأسعار.

- الأعراف والعادات السائدة في الوسط الاجتماعي للزوجين وهذا ما يطلق عليه بالمعروف.

وتجدر الإشارة إلى أن مدونة الأسرة المغربية حددت ضابطا قانونيا في تقدير نفقة الزوجة وهو التوسط الذي يبدو معناه مبدأ الكفاية في تقدير نفقة الزوجة غير أن ذلك يتعارض مع تطبيق معيار حال الزوجين في تقدير النفقة الزوجية ، فنفقة الوسط بين اليسار والإعسار لا تقدر إلا في حالة ما إذا كان الزوج موسرا والزوجة معسرة أو الزوجة موسرة و الزوج معسرا.

أخذ القانون المصري رقم 25 لسنة 1929 بمعيار حال الزوج عند تقدير نفقة الزوجة فنصت الفقرة الأولى من المادة السادسة عشر منه على أنه: « تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسرا أو عسرا على ألا تقل النفقة في حالة اليسر عن القدر الذي يفي بحاجتها الضرورية». وفي ذلك اعتماد لقول الشافعية والظاهرية في تقدير النفقة باعتبار حال الزوج.

وبينت المذكرة الإيضاحية أنه لا يجب أن تأخذ الزوجة من زوجها أكثر مما يقدر عليه، لأنها تعاقدت معه على أن ينفق عليها ما يستطيع حسب اختلاف الأزمان والأحوال [30 ص 28].

هذا ويجب ملاحظة أن النفقة المقررة للزوجة على زوجها ليست سببا للكسب على حساب الزوج، ولو كان موسرا، لأن النفقة قصد بها مواجهة ما قرره المشرع نفقة وما يجري على اعتباره نفقة، فإذا كانت الزوجة تنفق المال في أمور لا يعتبرها الشرع ولا يقرها، فإن هذا الإنفاق لا يدخل وقت تقدير نفقتها على زوجها، ولذلك لا يكون من المقبول شرعا أن تورد في عناصر المبلغ الذي تطالب به

على الزوج مقابل دخول السينما أو المسارح أو ما تدفعه في صالونات الحلاقة شهريا، أو ثمن ما تشربه مما لا يحله الله ولا شرعه [30 ص 28].

ونستنتج أن القانون المصري يعتمد على أساس حال الزوج يسرا وعسرا في تقدير النفقة مع مراعاة ضابط الكفاية في تقديرها كحد أدنى إذا كان الزوج معسرا وذلك بتوفير الحاجيات الضرورية التي لا يمكن الاستغناء عنها.

الفصل 2

أثر إخلال أحد الزوجين بالنظام الوقائي للأسرة من الضرر والشقاق

تبيين لنا من خلال الباب الأول النظام الشرعي الذي يضمن الوقاية اللازمة للأسرة من الضرر والشقاق، بحيث إذا قام كل واحد من الزوجين بدوره في الحفاظ على هذا النظام سار ركاب الأسرة في أمان واستقرار، لكن إذا قصر الزوج أو الزوجة في أداء دورهما في إطار هذا النظام سيقع الخلل حتما وتبدأ معالم الضرر والشقاق في الظهور، ويبدأ الصراع بين الزوجين الذي يصل إلى إضرار الزوج بزوجه باستعماله الخاطئ لقوامته الزوجية أو الإخلال بمقتضياتها الشرعية، أو قد تستعلي الزوجة على زوجها وتمتنع عن طاعته الواجبة دون عذر شرعي أو قد يستعلي الزوجين عن بعضهما البعض بنشورهما معا.

فإذا بلغت الأسرة إلى مثل هذا الواقع نجد أنفسنا متسائلين عن الأثر الذي يترتب على الإخلال بالنظام الوقائي للأسرة من الضرر والشقاق؟ أي ما هي الوسائل العلاجية الشرعية والقانونية التي من شأنها القضاء على هذا الإخلال؟ ونعني بالإخلال في هذا السياق هو عدم تنفيذ أحد الزوجين لالتزامه الشرعي والقانوني الملقى على عاتقه للمحافظة على هذا النظام الوقائي.

وللإجابة على هذا التساؤل جاء تقسيم هذا الباب إلى فصلين:

- _ الفصل الأول: حق الزوجة في طلب التفريق للضرر
- _ الفصل الثاني: ماهية الشقاق الموجب للتفريق بين الزوجين

1.2. حق الزوجة في طلب التفريق للضرر

نصب الشرع الزوج قيما على زوجته أي رئيسا للأسرة بما فضل الله الرجال على النساء في إطار توزيع الأدوار بين الزوجين لضمان التوازن في ترتيب وتوزيع الحقوق والواجبات على الزوجين، لكن قد يستعمل الزوج هذه القوامة لتحقيق مصالح غير شرعية بتعسفه وظلمه للزوجة بإلحاق الضرر بها، فيختل النظام الوقائي للأسرة. ومن أجل رفع هذا الضرر أجاز المذهب المالكي للزوجة الحق في طلب التفريق للضرر دون المذاهب الفقهية الأخرى التي أكتفت بالقول بضرورة تأديب وتعزير الزوج ليتوقف عن الإضرار بزوجته كعلاج للوضع الذي بلغته الأسرة.

وبناء على ما سبق، تناولنا حق الزوجة في طلب التفريق للضرر على النحو التالي:

- المبحث الأول: ماهية الضرر المخول للزوجة حق التفريق
- المبحث الثاني: أثر إثبات الضرر على عقد الزواج
- المبحث الثالث: آثار الحكم بالتفريق للضرر

1.1.2. ماهية الضرر المخول للزوجة حق التفريق

إذا كان للزوجة الحق في طلب التفريق إذا أضر بها الزوج ماديا أو معنويا، فكان لزاما تبيان حقيقة هذا الضرر بتعريفه وتحديد طبيعته وأنواعه حتى نصل إلى معرفة الطبيعة الشرعية والقانونية للضرر التي يخول للزوجة أن تطلب التفريق من أجل إزالة هذا الضرر.

وإيضاحا لذلك، جاء تقسيم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

- المطلب الأول: مفهوم الضرر المخول للزوجة حق التفريق
- المطلب الثاني: وسائل إثبات الضرر المخول للزوجة حق التفريق

1.1.1.2- مفهوم الضرر المخول للزوجة حق التفريق

إن الحديث عن مفهوم الضرر يقتضي التطرق للتعريف العام للضرر والتعريف الخاص له الذي يكون أساسا لطلب الزوجة التفريق، وكذا أنواع الضرر المخول لها حق التفريق، لذلك تناولنا هذا المطلب في الفروع التالية:

- الفرع الأول: تعريف الضرر المخول للزوجة حق التفريق
- الفرع الثاني: أنواع الضرر المخول للزوجة حق التفريق

1.1.1.1.2. تعريف الضرر المخول للزوجة حق التفريق

أولاً: تعريف الضرر بوجه عام

الضرر والضرر لغتان: ضد النفع، والضرر المصدر، والضرر الإسم، وقيل لغتان كالشاهد والشاهد، فإذا جمعت بين الضر والنفع فتحت الضاد، وإذا أفردت الضر ضمنت الضاد إذا لم تجعله مصدراً، كقولك، ضرر ضراً، هكذا تستعمله العرب.

قال أبو الدقيش: «الضر ضد النفع، و الضر، بالضم، الهزال، وسوء الحال».

وقوله عز وجل: (وَإِذَا مَسَّ الْإِنْسَانَ الضُّرُّ دَعَانَا لِجَنبِهِ) [1]، وقال: كأن لم يدعنا إلى ضر مسه، فكل ما كان من سوء حال وفقر أو شدة في بدن فهو ضر، وما كان ضدا للنفع فهو ضر، وقوله عز وجل: (لَا يَضُرُّكُمْ كَيْدُهُمْ)، من الضرر، وهو ضد النفع، والمضرة خلاف المنفعة وضره يضره ضراً وضر به وأضر به وضاره مضارة وضراراً، والإسم الضر، وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: (لا ضرر ولا ضرار) [21 ص 446]. ولكل واحد من اللفظين معنى غير الآخر: فمعنى قوله لا ضرر أي لا يضر الرجل أخاه، وهو ضد النفع، وقوله ولا ضرار أي لا يضر كل واحد منهما صاحبه، فالضرار منهما معا والضرر فعل واحد، ومعنى قوله: ولا ضرار أي لا يدخل الضرر على الذي ضره ولكن يعفو عنه: كقوله عز وجل: (وَلَا تَسْتَوِي الْحَسَنَةُ وَلَا السَّيِّئَةُ ادْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ فَإِذَا الَّذِي بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ عَدَاوَةٌ كَأَنَّهُ وَلِيٌّ حَمِيمٌ)، قال ابن الأثير: قوله لا ضرر أي لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئاً من حقه، والضرار فعال من الضر، أي لا يجازيه على إضراره بإدخاله الضرر عليه، والضرر فعل الواحد والضرار فعل الاثنين، والضرار ابتداء الفعل، والضرر الجزاء عليه، وقيل: الضرر ما تضر به صاحبك وتنتفع أنت به، والضرار أن تضره أنت من غير أن تنتفع، وقيل: هما بمعنى واحد وتكرارهما للتأكيد [225 ص 472].

أما تعريف الضرر فقها فقد عرفه الفقهاء بعدة تعريفات منها:

- «الضرر هو الألم الذي لا نفع فيه يوازيه أو يربى عليه وهو تقيض النفع» [44 ص 54].
- «ابتداء الفعل بمعنى: وقوع الضرر على الغير كتنقصان حقه أو إيلاجه بإصابة جسمه أو عضو من أعضائه أو سلب ماله» [65 ص 40].
- «الضرر أن يدخل على غيره ضرراً بما ينتفع هو به، والضرار أن يدخل على الغير ضرراً بلا منفعة له به كمن منع مالا يضره و يتضرر به الممنوع» [17 ص 267].
- «الأذى الذي يصيب الإنسان في نفسه أو ماله أو عرضه أو عاطفته» [140 ص 62].
- " والضرر إما أن يكون مادياً أو معنوياً، فالضرر المادي هو الذي يصيب الدائن سواء في جسمه، ويسمى ضرر جسماني، أو في ماله، ويسمى ضرر مالي. أما الضرر الأدبي أو المعنوي فهو الذي يصيب الإنسان إما في شرفه أو في عاطفته أو شعوره أو كل ضرر يصيب الشخص من مجرد

الاعتداء على حق ثابت له أو ضرر يصيب الجسم، وينتج عنه الجروح والتلف، فيسبب آلاماً[105] ص 198، 199].

ومن خلال عرض تعريفات الفقهاء للضرر يمكن القول أنها تدور في مجملها حول معنى واحد وهو إلحاق الأذى بالغير.

ثانياً: تعريف الضرر المخول للزوجة حق التفريق

أما تعريف الضرر الذي يلحق بالزوجة من فعل زوجها والمخول لها حق طلب التفريق فله مظهرين:

- المظهر الأول: وهو الضرر الذي يلحق الزوجة بمفهومه الواسع، كالضرر الذي يلحقها نتيجة عدم الإنفاق عليها، أو بسبب عيب في الزوج أو بسبب حبسه أو غيبته... إلخ.

- المظهر الثاني: وهو الضرر الناشئ عن إساءة العشرة من طرف الزوج وهو موضوع دراستنا في هذا الفصل.

وقد عرف الفقهاء الضرر الناتج عن إساءة عشرة الزوج لزوجته بعدة تعريفات نذكر منها:

- « وهو الإضرار بالزوجة بالضرب أو الشتم في غير حقه أو تجويع أو عدم كلام أو تحويل وجهه عنها في فراشه. قال مالك: وليس عندنا في قلة الضرر أو كثرتة شيء معروف» [236 ص 495].

- « وألفاظ الضرر التعدي واسعة في مدلولها ومعانيها، وطبيعي أن الرجل الذي يمسك امرأة بغرض التعدي والضرر سوف يؤذيها بأي طريقة، ويلحق بها متاعب نفسية وجسدية، فإن كان الرجل وضيع الدرجة والطبقة، فسيضربها مثلاً ويشتمها ويسبها، وإن كان رفيع القدر عالي الطبقة، فسيسلك في إذلالها وإيذائها سبلاً وطرائق أخرى، ولفظ الضرر والتعدي يشملها جميعاً، وكل هذه الأفعال في نظر القرآن محظورة ممنوعة، والزوج الذي يعامل زوجته على هذا النحو يكون قد تعدى حده المشروع، و يحق للزوجة في هذه الحالة أن تستعين بالقانون للتخلص منه » [5 ص 37].

ويتضح مما سبق من تعريفات الضرر المخول للزوجة حق التفريق، أن هذا الضرر يقوم على أساس خطأ من الزوج يتجلى في إيذائه لزوجته بالقول أو الفعل إيذاء يترتب عليه إما ضرراً مادياً أو ضرراً معنوياً، فهي تعريفات تصب في تعريف متقارب، وهو أن المقصود بالضرر الذي لحق الزوجة من تصرفات وسلوك الزوج هو ذلك الضرر الناتج عن إيذاء الزوج لزوجته، وهذا الإيذاء إما أن يكون إيجابياً أو سلبياً، مادي أو معنوي وهو كل ما يجاوز حق التأديب المباح شرعاً، ولا ترى الزوجة الصبر عليه ويستحيل معه دوام العشرة بين أمثالها. ويشمل أي نوع من أنواع الإيذاء تتضرر منه الزوجة [28 ص 424].

- « كل ما يلحق الأذى أو الألم ببدن الزوجة أو نفسها أو يعرضها للهلاك » [114 ص 344].

- «ولها أي للزوجة التطلق على الزوج بالضرر، وهو ما لا يجوز شرعا كهجرها بلا موجب شرعي، وضربها كذلك وسبها وسب أبيها نحو: يا بنت الكلب، يا بنت الكافر، يا بنت الملعون، كما يقع كثيرا من رعاغ الناس، ويؤدب على ذلك زيادة على التطلق كما هو ظاهر، وكوطئها في دبرها» [20 ص 344].

هذا، وقد نصت المادة 242 من القانون المدني الفرنسي [204] على أنه يجوز لأحد الزوجين طلب الطلاق بسبب وقائع مسندة للزوج الآخر عندما تمثل هذه الوقائع انتهاك خطيرا أو متكررا للواجبات والالتزامات الزوجية، والتي تجعل بقاء الحياة المشتركة بين الزوجين مرفوضا ولا يمكن التسامح فيه.

وإن تحليل نص المادة 242 يبين أن سبب الطلاق يتفرع في الواقع من ثلاثة عناصر وهي: وجوب خطأ من جهة، أي انتهاك لواجبات والتزامات الزواج ووجوب من جهة أخرى أن يكون هذا الانتهاك "خطيرا أو متكررا" من جهة أخرى، وأخيرا يجب أن يجعل الخطأ بقاء الحياة المشتركة مرفوضا وغير مسموح به.

وبالنسبة لمفهوم الإخلال بالواجبات والتزامات الزواج، فهو مفهوم جد واسع الأمر الذي يمنح للقاضي سلطة تقديرية في تحديد الخطأ [231 ص 200].

لم يعرف قانون الأسرة الجزائري الضرر المخول للزوجة طلب التفريق، وإنما اكتفى بالإشارة إليه كسبب من أسباب التفريق بين الزوجين بطلب من الزوجة، وذلك من خلال الفقرة العاشرة من المادة 53 التي تنص على أنه: «يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب التالية... 10- كل ضرر معتبر شرعا».

ولعل سبب عدم تعريفه للضرر يرجع أساسا إلى طبيعة الضرر التي لا يمكن تحديدها بمادة قانونية، بل يترك أمر تقديره للقاضي وفق شروط ومعايير معينة.

ويظهر أن الفقرة العاشرة من المادة 53 مصدرها الفقه المالكي الذي يجيز للزوجة طلب التفريق للضرر الذي لا يجوز شرعا، وبالتالي يعتبر الفقه المالكي هو المرجع الأساسي لتحديد مفهوم الضرر وأنواعه وشروطه، وبذلك نعتبر موقف المشرع الجزائري بعدم تعريفه للضرر موقف سليم من الناحية التشريعية.

أما مدونة الأسرة المغربية فقد عرفت الضرر بموجب الفقرة الثانية من المادة 99 على أنه: «يعتبر ضررا مبررا لطلب التطلق، كل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية».

ويتضح من نص المادة 99 من مدونة الأسرة أنها وضعت تعريفا ضابطا لمقومات الضرر الذي يلحق الزوجة، وهو كل سلوك مشين أي سلوك منكر شرعا أو فيه مساس بالأخلاق الحميدة بمعنى كل إساءة تخل بواجب المعاشرة بالمعروف من طرف الزوج. هذا ويعتبر نص المادة 99 وسيلة تساعد القاضي في فحص سلوك الزوج تجاه زوجته للحكم بمدى اعتبار هذا السلوك ضرا شرعيا.

وإن الصياغة التي صيغ بها النص أعلاه، تجعله قادرا على احتواء صور للأضرار التي لا تقع تحت حصر، ومن ذلك أغلب الأفعال ذات الطبيعة الجنائية والأفعال التي ليست ذات طبيعة جنائية ولكنها تتنافى مع الأخلاق الحميدة التي يجب أن تسود بين الزوج وزوجته، ومن ذلك منع أقارب الزوجة من زيارتهم لها، أو الإساءة المتعمدة لأمها أو لأبيها، أو طردها من البيت في وقت متأخر من الليل أو تحويل البيت للقمار أو شرب الخمر مع رفقاء السوء [142 ص 135].

وهكذا فإن المادة 99 من مدونة الأسرة تضعنا أمام تكييف تشريعي، أي أمام صور اعتبرها المشرع عبارة عن أضرار تبيح للزوجة طلب تطليقها من زوجها، مع ترك هامش للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، فيما يخص إلحاق الإساءة المادية أو المعنوية بالزوجة بكيفية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في علاقتها مع زوجها الذي يضر بها [142 ص 135].

وبالتالي فالمادة 99 من مدونة الأسرة حددت نطاقا واسعا للضرر بتحديد لها لمناط الضرر في السلوك المشين والمذموم، وفي ذلك حماية للزوجة من كل تصرف مسيء من الزوج، وتعزيزا لحريتها في التخلص من هذه العلاقة الزوجية التي أصبحت مصدرا للإضرار بها وإهانتها.

أما بالنسبة للقانون المصري فلم يحدد المقصود بالضرر في نص المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 التي تنص على أنه: «إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها، يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق، وحينئذ يطلقها القاضي طلقا بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما، فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكيمين وقضى على الوجه المبين بالمواد (7، 8، 9، 10، 11)».

ويمكن القول أنه إذا كان المرجح الفقهي لهذه المادة هو المذهب المالكي فإنه من اللازم الرجوع إليه لتعريف الضرر وتحديد أحكامه. وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية التي قضت على أن: «التطليق للضرر الذي تحكمه المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 مستقى من مذهب المالكية، ولم يعرف المشرع المقصود بالإضرار المشار إليه فيها، واقتصر على وصفه بأنه مالا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها، وإذا كان المقرر أنه إذا أطلق النص في التشريع وجب الرجوع إلى مأخذه وكانت مضارة الزوجة وفق هذا المذهب تتمثل في كل إيذاء للزوجة بالقول أو بالفعل بحيث تعد معاملة الرجل في العرف معاملة شاذة ضارة تشكو منها المرأة ولا تطبيق الصبر

عليها، فهي بهذه المثابة كثيرة الأسباب متعددة المناحي متروك تقديرها لقاضي الموضوع، مناطها أن تبلغ المضارة حدا يحمل المرأة على طلب الفرقة» [197 ص 326، 327].
وقضت أيضا على أنه: «...وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة على أن المقصود بالضرر في هذا المجال هو إيذاء الزوج وزوجته بالقول أو بالفعل إيذاء لا يليق بمثلها، بحيث تعتبر معاملة الزوج لزوجته في العرف معاملة شاذة ضارة تشكو منها المرأة ولا ترى الصبر عليه...» [197 ص 327].

وقضت في حكم آخر على أن: «... ذلك أنه لما كان الضرر الموجب للتفريق وفقا لنص المادة السادسة من القانون رقم 25 سنة 1929 هو إيذاء الزوج وزوجته بالقول أو بالفعل إيذاء لا ترى المرأة الصبر عليه ويستحيل معه دوام العشرة بين أمثالها مما تستقل محكمة الموضوع بتقديره دون رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة مستمدة مما له أصل ثابت بالأوراق...» [197 ص 328].

ولا يكون الضرر سببا شرعيا وقانونيا للتفريق بين الزوجين إلا إذا بلغ حدا من الجسامة ما يجعل الزوجة في وضع يصعب عليها الاستمرار في الحياة الزوجية. وهذا ما أكدته المادة السادسة من القانون المصري رقم 25 لسنة 1929 التي نصت على أنه: «إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها...». وذلك على خلاف المكتفى به في المذهب المالكي من أن يكون ما صدر من الزوج "لا يجوز شرعا" ومن أمثلته بالمعيار المالكي "الهجر بلا موجب، أو قطع كلامه عنها أو ولى وجهه عنها في الفراش، أو يمنعها زيارة والديها أو شتمها... ونحو ذلك. وقد قيد هذا المعيار المالكي كما قلنا بقيد ما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها، حتى لا يكون الأخذ بمذهب المالكية على إطلاقه داعيا لإغراء المشاكسات على فسم عرى الزوجية بلا مبرر أو بمبرر لا يكون في العرف داعيا للتطبيق» [22 ص 496].

ومعنى ذلك أن المادة اشترطت درجة معينة في الضرر الذي يجيز التطلق، ولم يجعل الشارع أي إضرار بالزوجة كاف لطلب التطلق، لأن الحياة الزوجية لا تخلو من زلة يسيء فيها أحد الزوجين إلى الآخر، ومن ثم فإن إتخاذ الإساءة العادية موجبا للتفريق ليس فيه مصلحة المجتمع لأنه يهدد الأسرة بانحلال وروابط الزوجية والمصاهرة بالانقطاع، ومن ثم فإن اشتراط أن يكون الضرر بحيث لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها مقتضية مصلحة المجتمع و خير الأسرة [114 ص 373]. وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية حيث قضت على أنه: «يشترط للحكم بالتطبيق للضرر وفق المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 توافر وقوع الضرر أو الأذى من جانب الزوج دون الزوجة وأن تصبح العشرة مستحيلة بين أمثالها ... الخ» [197 ص 373].

وقضت أيضا على أن: « مفاد المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 أن الشارع أوجب كي يحكم القاضي بالتطليق، أن يكون الضرر أو الأذى واقعا من الزوج دون الزوجة وأن تصبح العشرة بين الزوجين مستحيلة بين أمثالها» [197 ص 374].

أما معيار الضرر الذي لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثال الزوجين هو معيار شخصي لا مادي، وهو يختلف باختلاف بيئة الزوجين وثقافتهما ووسطهما الاجتماعي، فما يعتبر ضررا يستحيل معه دوام العشرة في بيئة أو ثقافة أو وسط اجتماعي قد لا يعتبر كذلك في غيره. فاعتداء الزوج على زوجته بالضرب أو السب قد لا يعد ضررا تستحيل معه دوام العشرة بين أمثالها إذا كانا من الطبقة الدنيا التي ألفت المعاملة على هذا النحو، وقد يكون مجرد تولية الظهر للزوجة في الفراش أو قطع الكلام عنها أو الإشاحة بالوجه ضررا يستحيل معه دوام العشرة بين أمثالها إذا كانا الزوجان ينتميان إلى طبقة راقية على قدر مرتفع من الثقافة [197 ص 375].

ويجب بداهة أي يكون الضرر على الزوجة جسيما، والمعول عليه في معرفة جسامته الضرر مرجعه إلى العرف الاجتماعي والمستوى الثقافي للمرأة ووضعها في الوسط الذي تعيش فيه، فقد يكون ضررا ما جسيما بالنسبة لزوجة وغير جسيم بالنسبة لغيرها، والقاضي هو الذي يستبين ذلك وفقا لكل حالة على حدة. ويكون رأيه في الموضوع نهائيا وحاسما طالما بني على أسباب ومعايير موضوعية مجردة [182 ص 79].

وفي هذا السياق قضت محكمة النفض المصرية على أن: « الضرر معياره شخصي، تقديره موضوعي، اختلافه باختلاف بيئة الزوجين وثقافتهما والوسط الاجتماعي الذي يحيطهما م 6 ق 25 لسنة 1929. تعدد الخصومات القضائية، دخولها فيه » [197 ص 376].

وقضت في حكم آخر: « الضرر الموجب للتطليق م 6 ق 25 لسنة 1929 ماهيته، معيار شخصي تقديره بما يجعل دوام العشرة مستحيلا موضوعي » [197 ص 376].

وقضت أيضا على أن: « التطليق للضرر م 6 من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 مناطه، ثبوت الضرر بما لا يستطيع معه دوام العشرة، تقدير الضرر من سلطة محكمة الموضوع » [197 ص 377]. وإن القول أن الضرر يجب أن يكون إلى درجة لا يستطيع فيها الزوجان دوام العشرة الزوجية بينهما، وهذا اشتراط لم أجده في المصدر التاريخي وهو المذهب المالكي رغم أن أكثر القوانين العربية نصت على ذلك، والذي أراه أن مجرد ادعاء الضرر وثبوته لدى القاضي يجب أن يكون سببا مبررا للتفريق ولو لم يصل إلى درجة عدم استطاعة استمرار المعيشة المشتركة بينهما، وبخاصة إذا عرفنا أن المذهب المالكي لم يشترط مثل هذا الشرط [104 ص 96]. فقد نقل عن الإمام مالك قوله: " وليس عندنا في قلة الضرر وكثرته شيء معروف " [236 ص 495]. غير أننا لا نوافق هذا الرأي، فالقول أن كل ضرر مهما كانت طبيعته خطيرا أو تافها يصلح أن يكون سببا للتطليق من

شأنه أن يفتح الباب واسعا للجوء إلى القضاء حتى لأتفه الأضرار، فالأصل دائما هو الحفاظ على الرابطة الزوجية، ولا يمكن حل هذه الرابطة إلا إذا كان الضرر جسيما وخطيرا يؤثر تأثيرا واضحا على استمرار الحياة الزوجية.

لم تنص الفقرة العاشرة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري على شرط جسامته الضرر بل اكتفت بوصفه بأنه: « كل ضرر معتبر شرعا » وذلك تطبيقا للمعيار المالكي الذي يصف الضرر الموجب للتفريق بالضرر الذي لا يجوز شرعا والذي يتمثل في إيذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل ما يؤدي إلى الإخلال بحقها المشروع في معاشرتها بالمعروف، ومقتضى ذلك أن يكون عادلا ورحيما، وفي ذلك يقول الله عز وجل: (وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لَّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ) [1].

وبالتالي فما لا يجوز شرعا هو كل فعل أو قول حرمه الشرع ونهى عنه يؤدي إلى الإضرار بالزوجة.

وتأكيدا لضرورة أن يكون الضرر خطيرا قضت المحكمة العليا على أنه [201 ص 84]: « متى كان من المقرر شرعا أنه لا يسوغ للزوجة أن تطلب التطليق أو الحصول عليه إلا بعد أن تثبت الضرر الخطير والمستمر الذي لحقها من بعلمها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية، ولما كان ثابتا- في قضية الحال- أن قضاة الاستئناف برروا قرارهم بالتطليق على مجرد تصميم الزوجة على التفريق بينها وبين زوجها وعلى استحالة الحياة المشتركة، فإن هذا التبرير يعد مخطئا ولا يكفي للتطليق، مما يستوجب معه نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار بمخالفة هذا المبدأ ».

وتأكيدا للضرر المعتبر شرعا الذي نصت عليه الفقرة العاشرة من المادة 53 من قانون الأسرة قضت المحكمة العليا بقولها: « إن التعدي على الزوجة وإهانتها ومس كرامتها بصفة صيرت علاقتها الزوجية أمرا مستحيلا هي أسباب كافية لتبرير تطليقها والمصادقة على الحكم المعاد... » [201 ص 266].

وقضت أيضا: « إن ضرب الزوجة المبرح يعتبر من الأضرار المعتبرة شرعا التي تستوجب التطليق دون اشتراط صدور حكم جزائي » [201 ص 280، 281].

أما مدونة الأسرة المغربية فلم تشترط صراحة أن يكون الضرر جسيما وإنما يمكن استنتاج ذلك من خلال قراءة الفقرة الثانية من المادة 99 التي تنص على أنه: « يعتبر ضرا مبررا لطلب التطليق، كل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مغل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية ». فالإساءة المادية أو المعنوية التي تلحق الزوجة من تصرف زوجها المشين أو المنافي للأخلاق الحميدة و التي تجعل الزوجة غير

قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية لا بد أن تكون إساءة جسيمة وخطيرة لا يمكن التعايش معها.

وتجدر الإشارة إلى أن مدونة الأحوال الشخصية الملغاة كانت تتحدث عن الضرر الذي لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها مسايرة لما ذهب إليه القانون والقضاء المصري، وحسنا فعل المشرع المغربي عندما أزال هذه العبارة من مدونة الأسرة، حيث أصبح معيار الضرر موضوعيا لأن النساء عندنا كالرجال يتساوون كلهم من حيث الكرامة الإنسانية[142 ص 141].

وهذا ما يمكن القول به بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري الذي يأخذ بالمعيار الموضوعي في تقدير الضرر ليكون أساسا شرعيا للتفريق بين الزوجين، لأن الفقرة العاشرة من المادة 53 وصفت الضرر بالمعتبر شرعا، أي كل تصرف بالقول أو الفعل يخل بحق الزوجة في المعاشرة بالمعروف. ومن ثم يبدو أن موقف القانون المصري في أخذه بالمعيار الشخصي غير موفق فتطبيقه يتعارض مع قول المالكية في اعتبار أن الضرر هو كل ما لا يجوز شرعا.

ويتضح ذلك من بعض الأحكام القضائية التي أصدرها القضاء المصري كحكم محكمة أسيوط الذي جاء فيه: « إن اعتداء الزوج على زوجته بالضرب أو السب قد لا يعد ضرر تستحيل معه دوام العشرة بين أمثالها إذا كانا من الطبقة الدنيا التي ألقت المعاملة على هذا النحو وأصبح ذلك أمرا لا يثير الاشمئزاز» [193 ص 378].

وفي حكم آخر قضت محكمة استئناف القاهرة بقولها: « حيث اعتبرت المحكمة أن اعتداء الزوج على الزوجة بالسب لا يعد بالنسبة لوسطها الاجتماعي ضررا يوجب التطلق» [193 ص 384].

فبالرغم أن السب لا يجوز شرعا، إلا أن القضاء لم يعتبره ضررا يبيح طلب التطلق، لأنه أمر مألوف في الطبقة الدنيا، وهذا ما نراه مخالفا للشريعة[193 ص 384].

فتعدي الزوج على زوجته بالضرب والسب سلوك مشين يحرمه الشرع مهما كانت الظروف وأعراف وعادات الوسط الاجتماعي، فواقعة الضرب في حد ذاتها إهانة لكرامة ومشاعر الزوجة مهما كانت طبقتها وحتى ولو تحملته الزوجة لمدة طويلة فليس معنى ذلك أنه راضية بهذا الانتهاك الجسيم لكرامتها، والقول بأن الضرب لا يعتبر ضررا بالنسبة للزوجة التي ألفته ولا يثير اشمئزازها هو تشجيع للزوج لمواصلة هذا العنف ضد زوجته، وبالتالي يبدو أنه من الضروري إعادة النظر في المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 لتحقيق الانسجام مع أحكام الشريعة الإسلامية[193 ص 377، 378].

ويمكن القول أن اشتراط خطورة الضرر تذكير وتأكيد على ضرورة وجود مجالا واسعا للتسامح بين الزوجين، وليس من المقبول للقضاء ولا للحرية أن يتدخل القاضي في نزاعات تافهة لا

معنى لها[232 ص 170]. وهذا يطابق ما ذهب إليه الفضاء الفرنسي التقليدي الذي كان يأخذ في الاعتبار لقياس خطورة وقائع السب والإهانة، الوسط الاجتماعي ودرجة تربية الزوجين بحيث يقول في هذا الصدد الفقيه الفرنسي "كاربونيي" : "CARBONNIER"

«Une jurisprudence traditionnelle Tenait compte du milieu social, du degré d'éducation des époux pour mesurer la gravité de L'injure: ex, Req. 25 Mai 1998. D98, 1, 367, req- 26 juillet 1943, D.A.11. Cette Manière de relativiser la cause de divorce se comprenait Bien avec la notion première de l'injure terme de mépris ou d'invective: la diversité des vocabulaires selon les classes sociales est un phénomène sociolinguistique, Mais déjà pour peu que la notion Fut élargie jusqu'a englober toutes les atteintes à l'honneur, la discrimination devenait contestable: l'honneur n'est pas réservé à l'élite. La loi 1975, en effaçant de l'a. 242 toute allusion à l'injure, a favorisé une conception ou les fautes conjugales sont stéréotypées sans référence aux catégories socioprofessionnelles».

وبالفعل، فقياس خطر الضرر بالرجوع إلى الوسط الاجتماعي للزوجين ودرجة تربيتهم لا يمكن قبوله وهو تمييز لا أساس له من الصحة، فالشرف كما ذكر الفقيه الفرنسي "كربونيي" ليس مخصصا ومحجوزا للنخبة أو لفئة سامية في المجتمع، بل يبقى مفهوم الشرف والكرامة واحد لا يختلف باختلاف الفئات الاجتماعية والمهنية.

2.1.1.1.2. أنواع الضرر المخول للزوجة حق التفريق

أولاً: الضرر المادي

عرف الضرر المادي بوجه عام بعدة تعريفات نذكر منها:

" الضرر المادي هو تلك الخسارة التي تلحق المضرور نتيجة المساس بحق من حقوقه أو مصلحته المشروعة "[102 ص 247].

« والضرر المادي هو الذي يصيب الشخص في جسمه أو ماله أو يترتب عليه انتقاص حقوقه المالية أو تفويت مصلحة مشروعة له ذات قيمة مالية...» [66 ص 37].

يتمثل الضرر المادي في الخسائر المالية التي تتأتى نتيجة المساس بالحق المالي ومن ناحية ثانية قد يترتب الضرر المادي نتيجة المساس بحق غير مالي، فالمساس بسلامة الجسم يترتب ضررا ماديا[237 ص 272].

أما الضرر المادي الذي يجيز للزوجة طلب التفريق، فهو كل ما يلحق الأذى ببدن المرأة، ومنه ضربها باليد أو بألة، وبإحداث جرح في بدنها أو كدمة أو كسر ونحو ذلك، ومن الضرر المادي إلحاق الأذى ببدن المرأة بغير الضرب والجرح كالقاء الماء الحار عليها ونحو ذلك مما لا يجوز شرعا و يلحق الأذى ببدن المرأة[114 ص 330].

ويمكن أن يكون الضرر ماديا بتعدي الزوج على أموال الزوجة العقارية أو المنقولة، ومن ثم يكون الضرر ماليا، فقد توكل الزوجة زوجها للقيام بإدارة أموالها وصيانتها، فيتصرف فيها تصرفا يؤثر في قيمتها، كالقيام بتبديد منقولاتها أو التصرف فيها.

كما يعد ضررا ماديا الاستيلاء و تحويل راتب الزوجة دون علمها أو رضاها، وقد يكون الضرر ماديا أيضا بامتناع الزوج عن دفع معجل الصداق بعد الدخول بها دون مبرر شرعي. وبالتالي فالضرر المادي قد يمتد إلى الإخلال والمساس بمصلحة مالية للزوجة ولا يقتصر على الإيذاء الجسماني فقط، بمعنى أن نطاق الضرر المادي قد يشمل الإيذاء المالي والإيذاء الجسماني، وهو النطاق الشرعي الذي حدده المالكية للضرر، وهو ما لا يجوز شرعا.

ومن ثم يشترط في الضرر المادي الموجب للتفريق أن يكون محققا أي مؤكد الوقوع فمجرد التهديد بضرب الزوجة أو بالاعتداء عليها أو التصرف في أموالها دون رضاها لا يجيز لها طلب التفريق باعتبار أن الضرر في هذه الحالة هو احتمالي فقط.

وكون الضرر محققا وقوعه أو أنه سيقع حتما على سبيل الجزم وهو ما يعرف بالضرر المستقبل كضرب الزوجة ضربا شديدا جعله قابلا للتفريق والاشتداد مع مرور الزمن و بتأكيد من الأطباء.

ومن بين التطبيقات القضائية الواردة في الضرر المادي كنوع من أنواع الضرر المخول للزوجة حق التفريق نذكر بعض الأحكام القضائية:

قضي بأنه : « من الضرر الموجب للطلاق، ابتزاز الزوج أموال زوجته، لأن هذا ليس من مقاصد الزواج الشرعية، ولا يشترط في مثل هذا النوع من الضرر إقامة الزوج مع زوجها، لأن الضرر الذي يشترط فيه ذلك هو الضرر الجسماني، فامتناعها عن طاعته، لا يعود عليه لأن الضرر الذي تحقق بالخصومات الناشئة بسبب أموالها »[165 ص 119].

- « وحيث أن النعي غير سديد، ذلك أنه لما كان إتيان الزوج زوجته في غير موضع الحرث يشكل ضررا لا تستقيم به الحياة الزوجية و يوجب التفريق عند ثبوته في معنى المادة السادسة من القانون

رقم 25 لسنة 1929، وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه أورد أن الطاعن كان يأتي المطعون عليها خلال فترة الزوجية من دبر دون رضاها و رغم اعتراضها وأن ذلك تأيد بتقرير الطبيب الشرعي الذي أسفر الكشف الطبي عليها عن وجود إرتخاء واضح بالعضلة العاصرة الشرجية وشكل منطقة الشرج مما يشير إلى أنها متكررة الاستعمال من فترة يتعذر تحديدها، وأن هذا الفعل ينطوي على إضرار بالمطعون عليها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها، وكان لمحكمة الموضوع كامل الحرية في تقدير القوة التدليلية لتقارير الخبراء المقدمة في الدعوى والجزم بما لم يقطع به الخبير في تقريره متى كانت وقائع الدعوى قد أيدت ذلك وأكدت لديها وتستطيع نفسها أن تشق طريقها لإبداء الرأي فيها طالما أن المسألة المطروحة ليست من المسائل الفنية البحتة، فإن الحكم المطعون فيه يكون في مطلق حقه إذا هو أدخل زمان تكرار الاستعمال ضمن الفترة التي استغرقتها الحياة الزوجية... الخ» [197 ص 336، 337].

وإن كان إتيان الزوج زوجته في دبرها من الوقائع المادية التي يصعب إثباتها من طرف الزوجة، فتبقى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع الذي يفحص مدى حجية الأدلة المقدمة من طرف الزوجة وخاصة من خلال تقرير الخبرة الطبية.

وقضت محكمة النقض أيضا على أن: « إقامة الطاعنة دعواها بطلب التخليق على المطعون ضده لإعتدائه عليها بالضرب والسب وتبديد منقولاتها وإصابتها بمرض مستحکم، إقامة الحكم المطعون فيه قضاءه برفض الدعوى على سند أن المطعون فيه غير مصاب بالمرض الذي ادعته الطاعنة دون أن يعرض لما ادعته من صور الإضرار الأخرى وما قدمته من مستندات وصور، قصور » [197 ص 336].

وقضت المحكمة العليا في هذا الصدد بأنه: «...وقد وقع قبل ذلك حكم بينهما بالطلاق من محكمة الجزائر في 1965/04/07، ثبت فيه تعدي الزوج على زوجته بالشتيم والضرب المبرح كما شهدت به شهادة طبية ثم على شهادتين طبييتين أيضا، فاستفاد القضاة من كل ذلك أن الزوج يتعدى على زوجته بالعنف والضرب والشتيم الخطير بصفة صيرت علاقة الزوجية أمر مستحيلا، وهي أسباب كافية لتبرير المصادقة على الحكم بالطلاق مما يتعين معه رد الوجه » [201 ص 61، 62].

«... وحيث أن الزوجة استشهدت بثلاث شهادات طبية تثبت أن زوجها ضربها وجرحها أمام المجلس ولم تقدمها للقاضي الأول، فإن هذا لا يعتبر دعوى جديدة لم تسبق إثارتها أمام المحكمة الابتدائية، وإنما الاستدلال بها من قبل التوسع الممكن القبول لا من قبل الطلب الجديد، ومن ثم فإن القرار جاء معللا تعليلا كافيا والوجه مردود على صاحبه» [201 ص 267، 268].

« حيث أنه يتضح من الرجوع إلى القرار المطعون فيه أن القضاء ركزوا حكمهم في إصدار التخليق للضرر الذي جاء نتيجة حكم جزائي صدر عن الطاعن في 23 نوفمبر 1982، غير أنهم لم

ينظروا إلى الحكم المذكور ولم يوجبوا إحضاره أمامهم حتى يستتبطوا مدى خطورة الضرب المؤدى إلى الضرر البين الذي تستحق به الزوجة التطلق، وهل كان الضرب من قبيل التأديب أي الضرب غير المبرح الذي قال به الفقه. وحيث عدم إرفاق ملف الطعن بالحكم المذكور من جانب المطعون ضدها التي أمرت بإحضاره يجعل الضرب المعول عليه غير ثابت من حيث خطورته مما يستحيل على المحكمة العليا أن تمارس حق رقابتها كما ينبغي، وعليه فإن القرار المطعون فيه جاء مشوبا بالقصور والنقص مما يستوجب نقضه» [201 ص 267، 268].

«حيث يثبت بالرجوع إلى القرار المطعون فيه وأوراق ملف الطعن أن المجلس بعد سماع ملاحظات الطرفين وممارسة السلطة التقديرية المخول له، أسس قراره على عدة شهادات تثبت أن الزوج يستعمل عدة مرات العنف على زوجته وأنه اعترف بالضرب وأن محكمة حسين داي - القسم الجزائري- حكمت على المدعي في الطعن مرتين في 27 سبتمبر 1980 و 01 مارس 1982، ومن ثم فإن الطلاق الذي صرح به المجلس بطلب الزوجة جاء معللا وأن القرار لم يخالف الشريعة الإسلامية مما يستوجب رد الوجهين» [201 ص 268].

وجاء في قرار حديث لمحكمة الاستئناف بمراكش: «...إن محكمة الاستئناف بناء على البحث الذي قام به السيد المستشار المقرر بحضور الطرفين وبناء على الليف المدلى به من طرف المدعية فرعيا والذي يؤكد شهوده أنهم يعرفون الطرفين ويعلمون بواسطة السماع الفاشي والمستفيض أن المستأنف يضر بزوجه المستأنف عليها بأنواع الضرر كالشتم والسب والضرب وأنه لا يعاملها معاملة الزوجة وأنه أصر على ذلك وتمادى فيه .

وحيث أن المحكمة الابتدائية التي حكمت بالتطليق بعد أداء المدعية اليمين على أن زوجها يضربها، وحيث أن مزاعم المدعي الأصلي يكذبها الليف المدلى به من طرف المدعية والذي يثبت بموجبه الضرر الذي تدعيه المدعية الشيء الذي يجعل الحكم المستأنف فيما يخص التطليق في محله ويتعين تأييده» [142 ص 136].

ثانيا: الضرر المعنوي

لا يقتصر الضرر المخول للزوجة طلب التفريق على الضرر المادي فقط ، فلم يثبت لدى فقهاء المالكية أن قصروا التفريق عليه فقط، وهذا ما نستنتجه من قولهم حيث جاء في الشرح الكبير "للرددير:" « ولها أي الزوجة التطلق على الزوج بالضرر، وهو ما لا يجوز شرعا كهجرها بلا موجب شرعي، وضربها لذلك وسبها وسب أبيها نحو: يا بنت الكلب، يا بنت الكافر، يابنت الملعون، كما يقع كثيرا من رعاك الناس» [20 ص 344].

فسب و شتم الزوجة يعتبر إهانة وانتقاصا من كرامتها الأمر الذي ينتج عنه ضررا معنويا ونفسيا يؤثر على مشاعرها ويجعلها تشعر بالظلم والهوان مما يلقي في نفسها كراهية زوجها والنفور منه.

فإهمال الزوج زوجته بعدم الكلام معها و تحويل وجهه عنها في الفراش، يسبب لها حتما ضررا معنويا جسيما خاصة إذا استمر لمدة طويلة، الواقع الذي من شأنه أن يفقد الحياة الزوجية أساسها الشرعي المتمثل في المعاشرة بالمعروف، وذلك باعتبار أن المرأة رهيفة الإحساس والعاطفة وسريعة التأثر.

ويمكن القول أن الضرر المعنوي الذي يخول للزوجة طلب التفريق، هو كل ما يلحق الألم في نفس الزوجة، ومنه إسماعها الكلام القبيح من سب و شتم لها ولوالديها أو تشبيهها بما يعتبر شتما لها مثل تشبيهها بالكلب أو الحمار أو تشبيه والديها بذلك.

ومن الضرر المعنوي أيضا ترك الكلام معها أو ترك المبيت في فراشها دون وجه حق وهو ما يسمى بالهجر، ومنه أيضا ترك وطئها دون مبرر شرعي، ومن الضرر المعنوي ما يكون بمظهر الزوج مثل إظهار العبوس لها و تقطيب الحاجبين في مواجهتها ورفع الصوت عليها، وعدم الإصغاء لحديثها معه كأن يتشاغل عنها بشيء ما و يتركها تتكلم و يمضي [141 ص 319].

فالضرر المعنوي هو كل ما يصيب الزوجة من آلام نفسية نتيجة المساس بكرامتها وشرفها و عرضها أو بكرامة و شرف و عرض والديها أو حتى أقاربها، وذلك بكل ما يصدر عن الزوج من تحقير في المخاطبة أو امتهان في المعاملة.

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا: « إن التعدي على الزوجة وإهانتها ومس كرامتها بصفة صيرت علاقتها الزوجية أمرا مستحيلا هي أسباب كافية لتبرير تطليقها والمصادقة على الحكم المعاد» [201 ص 266].

- « إن تصريح الطاعن أمام الحاضرين بأنه لم يجد زوجته بكرا ومع ذلك لم يحتفظ بها، دليل على أنها لم تكن كذلك، وأن القصد هو تلطيخ سمعتها والظعن في شرفها لا غير، ومن ثم فالحكم بتطليقها هو الجزاء الشرعي في القضية مما أصابها من ضرر، وموافقة المجلس على الحكم هو ما تقرره القواعد الشرعية» [201 ص 267].

وقضى المجلس الأعلى المغربي في نقضه حكما لقاضي الموضوع لأنه اعتبر اتهام الزوج زوجته بالخيانة الزوجية لا يشكل ضرر مبيحا للتطليق حيث جاء فيه: «... إن الطاعنة أدلت بمحضر الضابطة القضائية التي اشتكى إليها المطلوب في النقص بأن زوجته الطاعنة تتعاطى الفساد مع شخص أجنبي سماه بالمحضر واستمع فيه إلى شهادته ولا ينازع المطلوب في المحضر، وما صرح به فيه، ومحكمة القرار عللت حكمها بأن الطاعنة لم تتبع المسطرة المتبعة في اللعان دون أن تذكر ما

هي هذه المسطرة التي لم تتبعها الطاعنة، كما أن الحكم الابتدائي الذي أيده القرار قد علل بأن تصريح المطلوب باتهام زوجته لا يعد ضررا مع أن إتهام الزوج لزوجته صريح بالزنا وبتعاطي الفساد يعد ضررا فادحا عليها يصح لها اعتباره ضررا إن قذفها في نكاحه - الزرقاني- إن قذفها بزنى من قبل أو دبر، أي أدعى حصوله منها طوعا ورفعته لأنه من حقها ولا من كونه قذفا صريحا لا تعريضا وأدب فيه فقط على الراجح في زمن نكاحه أو قبله... وبذلك يكون تعليل القرار تعليلا ناقصا... «[142 ص 135، 136].

وبالفعل قذف الزوج لزوجته بالزنا وتعاطي الفساد دون إثباته يعتبر تشهيرا بسمعة الزوجة ومساسا بعرضها وشرفها، مما يسبب لها ضررا معنويا لا تستقيم معه الحياة الزوجية وتصبح المعاشرة الزوجية مستحيلة وفي ذلك أساس قوي لقبول طلب الزوجة التفريق للضرر. وقد اعتبر المجلس الأعلى المغربي أن إدانة الزوج بتهمة النصب والاحتيال وانتحال صفة وكيل الملك من باب الضرر المعنوي الذي يبرر طلب التطليق للضرر [142 ص 137]. وبالفعل فإنه من الصعب احتمال العيش مع زوج مدان بجريمة لأن الضرر المعنوي الذي يلحق الزوجة من جراء ذلك ضرر جسيم يجعل من استمرار الحياة الزوجية أمر في غاية الصعوبة.

هذا، ويأخذ الضرر الذي يلحق بالزوجة صورتين، صورة ضرر إيجابي وصورة ضرر سلبي. فيكون الضرر إيجابيا كالتعدي بالقول أو الفعل، وقد يكون سلبيا بهجر الزوج لزوجته ومنعه الكلام عنها [197 ص 326]. بمعنى أن الضرر الذي يصيب الزوجة من زوجها قد يكون ناتج عن سلوك إيجابي وهو القيام بعمل كالاغتداء على الزوجة بالسب والضرب، كما قد يكون سلبيا بالامتناع عن قيام بعمل كترك وطء زوجته دون مبرر شرعي أو إهمالها وهجرها والامتناع عن الكلام معها. وفي ذلك يقول المالكية: " إذا قطع الرجل كلامه عن زوجته أو حول وجهه عنها في فراشها فذلك من الضرر بها ولها الأخذ بشرطها " [118 ص 264].

وإن أهم صورة قد تتضرر منها الزوجة معنويا هو ترك الزوج وطء زوجته أي امتناعه المتعمد عن معاشرة زوجته وفي هذه الحالة يكون الزوج متعسفا ومخلا بمقصد من المقاصد الأساسية لعقد الزواج وهو قضاء الوطر وإشباع الغريزة و يحق للزوجة بمقتضى ذلك الإضرار أن ترفع أمرها للقاضي طالبة التفريق، وذلك ما ذهب إليه المالكية والحنابلة والظاهرية وقول عند الشافعية، وهذا يترجم لدينال [182 ص 87].

وبالفعل فترك الوطاء من الأضرار الجسيمة التي تلحق الزوجة والتي تسبب لها آلاما نفسية بسبب الإخلال بحقها في المعاشرة الجنسية، الواقع الذي يمنحها الحق في طلب التفريق، خاصة إذا كان الزوج متعمدا في الامتناع عن معاشرتها.

وتأكيدا لذلك صرح المالكية: « قال مالك: من يريد العبادة أو ترك الجماع لغير ضرر ولا علة قال له: إما وطئت أو طلقت» [118 ص 264].

ومن صور الضرر السلبي الذي قد يلحق الزوجة من تصرف زوجها وهو امتناعه عن قول الحقيقة عن وضعه ومركزه الاجتماعي وذلك بتغريرها وإيهاؤها بالكذب والتغريب بما ليس فيه وبما لا يملكه. فإذا غرر الزوج بصفة ليست فيه، بأن أوهمها أنه في منصب أو مركز مالي أو أدبي رفيع، ثم استبان لها أنه كان كاذبا فيما أخبر به، وفيما تحدث عن نفسه يكون لها خيار الفسخ، وبمقتضى ما لها من حق الخيار يجوز لها أن ترفع أمرها إلى القاضي مطالبة التفريق بناء على أن الحياة الزوجية قوامها السكنينة والرحمة، والزوج الكاذب غير مأمون الجانب فلا يتحقق منه سكن ولا أمن ولا ألفه [182 ص 88].

ومثل هذا التصرف خيانة عظمى تقع على نفس الزوجة وقعا شديدا وتصدمها عند معرفتها لحقيقة الزوج المزيف. وذلك ضرر معنوي يجعل الحياة المشتركة مستحيلة بين الزوجين، ومن ثم يحق للزوجة أن تطلب التفريق للضرر الناتج عن تغريب وتدليس الزوج.

2.1.1.2. وسائل إثبات الضرر المخول للزوجة حق للتفريق

لا يكفي مجرد إدعاء الزوجة بتضررها من سلوك زوجها بل يجب عليها أن تثبت وقوع الضرر فعلا، ومن ثم نتساءل ما هي الوسائل الشرعية والقانونية التي تمكن الزوجة من إثبات الضرر؟

في الغالب يثبت الضرر الموجب للتفريق بين الزوجين بوسيلتين أساسيتين هما:

- الإقرار الصادر عن الزوج بتعديه على زوجته.

- شهادة الشهود.

أولا- الإقرار الصادر عن الزوج بتعديه على زوجته

إن المدعى عليه إما منكر أو مقر، وهو أقرب لغلبة الصدق، والإقرار لغة: الإثبات، يقال قر الشيء: إذا ثبت. وشرعا إخبار بحق عليه للغير [77 ص 144].

أما المقصود بالإقرار اصطلاحا فقد عرفه الفقهاء بعدة تعريفات لا تكاد تختلف إلا في الألفاظ

فقط ونذكر منها: - « قول يوجب حقا على قائله» [136 ص 215].

- «إعلم أن الإقرار إخبار عن ثبوت الحق» [107 ص 331]. ويشترط لصحة الإقرار ألا يكون المقر صبيا أو مجنونا فلا يصح إقرارهما [13 ص 331]. فلا يقبل بحال إقرار المجنون والمحجور عليه بسفه [48 ص 20]. وذلك تطبيقا لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (رفع القلم عن ثلاث: عن ثلاث: النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل) [21 ص 145].

وبناء على ما سبق يمكن أن يثبت الضرر اللاحق بالزوجة بإقرار من الزوج بما تدعيه الزوجة من وقائع مادية تشكل الضرر الموجب للتفريق، وهو إخبار من الزوج على قيامه بالإضرار بزوجه سواء بالتصريح لفظاً أو كتابة أو إشارة.

ويبقى للقاضي السلطة التقديرية في قبول الإقرار كوسيلة لإثبات الضرر، كما يمكن للقاضي أن يستنتج هذا الإقرار بقرائن قوية من خلال عرض الزوج للوقائع في مذكرات رده على إدعاءات زوجته.

ويجب التأكيد أن هذا الإقرار هو إقرار قضائي يتم أمام القضاء وأثناء سير دعوى الطلاق، أما الإقرار الصادر خارج الدعوى (عن طريق رسالة مثلاً) فلا يعتد به القاضي إلا على سبيل التوجيه [231 ص 222].

ثانياً- شهادة الشهود

الشهادة خبر قاطع. تقول (شهد) على كذا من باب سلم. والمشاهدة المعاينة. (وشهده) بالكسر (شهوداً) أي حضره فهو (شاهد) وقوم (شهود) أي حضور [134 ص 147]. وفي ذلك يقول تعالى: (وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ) وقوله تعالى: (وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ) والشهادات جمع: شهادة، وهي مصدر شهد من الشهود أي الحضور: إن الشهادة مأخوذة من العلم، أو الإعلام [37 ص 199] ، من قوله تعالى: (شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ) [1].

أما المقصود بها فقهاً فهي "إخبار حاكم عن علم ليقضى بمقتضاه" [20 ص 164] وعرفت أيضاً بأنها " إخبار عن شيء بلفظ خاص" [137 ص 292] و الشهادة حجة شرعية تظهر الحق المدعى به: أي تبينه، لهذا سميت ببينة" [161 ص 575]. وانعقد الإجماع بين الأئمة بلا خلاف في تعلق الحكم بالشهادة، وتحمل الشهادة فرض. وحاصله: أنه إذا دعي رجل لتحمل الشهادة في نكاح أو دين وجب عليه الإجابة لقوله تعالى: (وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا). ولذلك أداء الشهادة فرض، وهو إذا كان مع رجل شهادة لآخر، فدعاه المشهود إلى أدائها عند الحاكم وجب عليه أداؤها عند الحاكم لقوله تعالى: (وَلَا تَكْنُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْنُمْهَا فإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ). فنهى عن كتمان الشهادة. وتوعد على كتمانها. فدل على أنه يجب إظهارها [48 ص 347].

وحتى تكون الشهادة صحيحة يجب أن يتوافر فيها ثلاث شروط هي:

1- أن يكون الشاهد عاقلاً وقت تحمل الشهادة، فلا يصح التحمل من المجنون والصبي الذي لا يعقل، لأن تحمل الشهادة عبارة عن فهم الحادثة وضبطها، ولا يحصل ذلك إلا بألة الفهم والضبط وهي العقل [84 ص 404].

2- أن يكون الشاهد بصيرا وقت تحمل الشهادة، فلا يصح التحمل من الأعمى، وعند الشافعي رحمه الله: البصر ليس بشرط لصحة التحمل ولصحة الأداء ولنا: أن الشرط هو السماع عن الخصم، لأن الشهادة تقع له ولا يعرف كونه خصما إلا بالرؤية، لأن النغمات يشبه بعضها بعضا [84 ص 404].

3- أن تكون الشهادة منقولة عن الشاهد نفسه لا عن غيره، ويستثنى من هذا الشرط بعض المسائل التي تصح فيها الشهادة بالتسامع مثل النكاح والنسب والموت لأن مبنى هذه الأشياء على الاشتهار فقامت الشهرة فيها مقام المعاينة [84 ص 404].

فالأصل أن إثبات الضرر الموجب للتفريق يتم بكل وسائل الإثبات وأنه لمن الواضح أن الوسيلة الأكثر استعمالا هي شهادة الشهود [231 ص 219].

لكن كيف تكون الشهادة لإثبات هذا الضرر الذي يحدث غالبا في بيت الزوجية، فهل يكفي أن ينقل الشاهد ما سمعه من أحوال الزوجين لإثبات الضرر؟

المعمول به لدى الأحناف أن شهادة التسامع لا تصلح لإثبات الضرر الموجب للتفريق، فالأصل عندهم الشهادة تقبل معاينة لا تسامعا وإن وضع الأحناف بعض الاستثناءات على هذا الأصل على سبيل الاستحسان ورفع الحرج ويبقى رغم ذلك إثبات الضرر الموجب للتفريق يخضع للأصل وهو شهادة المعاينة [238 ص 107].

أما المالكية فرأيهم مخالف لما ذهب إليه الأحناف، فشهادة السماع تجوز عندهم لإثبات الضرر الذي تدعيه الزوجة وقولهم في ذلك هو: «ويثبت الإضرار بالشهادة أو بسماع شاع في الوجود، يعني أن إضرار الزوج بزوجه يتم بأحد أمرين: إما بشهادة الشهود به ومعاينتهم إياه لمجاورتهم للزوجين لقربتهم منهما ونحو ذلك، وإما بالسماع الفاشي المستفيض على ألسنة الجيران والخدم وغيرهما» [145 ص 192].

وبالرغم من أن القانون المصري رقم 25 لسنة 1929، تبني قول المالكية في أحكام التفريق للضرر، إلا أن ذلك لم يمتد إلى أحكام المالكية في إثبات الضرر، بحيث لم ينص على قواعد خاصة لإثبات الضرر، ولم يحل في إثبات الضرر لمذهب المالكية وبالتالي كان لزاما الأخذ بالرأي الراجح لدى الحنفية في إثبات هذا الضرر وذلك عملا بالمادة الثالثة من قانون الإجراءات التقاضي رقم 211 لسنة 2000 [197 ص 365]. وهذا ما أكدته محكمة النقض بقولها على أنه: «المقرر في قضاء محكمة النقض أن المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 بشأن بعض أحكام الأحوال الشخصية وإن استمدت أحكامها فيما يتعلق بدعوى التطلق للضرر من مذهب الإمام مالك، إلا أنها إذ لم تتضمن قواعد خاصة بطرق إثبات عناصرها فيتعين الرجوع في شأنها إلى أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة عملا بنص المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي أحالت إليها المادة السادسة من القانون رقم 462 لسنة 1955 بإلغاء المحاكم الشرعية والمجالس المليية ومن

ثم يتعين لثبوت الضرر الموجب للتطليق قيام البينة عليه من رجلين أو رجل وامرأتين» [197 ص 357].

هذا، و يؤكد القضاء المصري على عدم قبول شهادة التسماع والأخذ بالشهادة الأصلية وهي شهادة المعاينة للضرر الواقع للزوجة من زوجها و في هذا الصدد نذكر بعض الأحكام لمحكمة النقض : « وهي بهذه المثابة شهادة سماعية لا يصح التعويل عليها ولا تتوافر بها نصاب البينة الشرعية على المضارة وهي رجلين عدليين أو رجل وامرأتين عدول وفقا للراجح في مذهب الإمام أبي حنيفة الواجب الإلتباع، إعمالا لنص المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية... الخ» [197 ص 358].

« المقرر في قضاء هذه المحكمة (محكمة النقض) أن الأصل في الشهادة وجوب معاينة الشاهد محل الشاهدة بنفسه فلا يجوز أن يشهد بشيء لم يعاينه عينا أو سماعا في غير الأحوال التي تصح فيه الشهادة بالتسماع، وليس من بينها الشهادة في التطليق للإضرار، ولما كان البين من الحكم المطعون فيه ومن الصورة الرسمية لمحضر التحقيق الذي أقرته محكمة أول درجة أن الشاهد الأول من شاهدي المطعون عليها، لم ير بنفسه اعتداء بالسب من الطاعن على المطعون عليها أو واقعة طرده إياها من منزل الزوجية، وأن شهادته في هذا الخصوص نقلا عنها ، فإن أقواله بهذه المثابة لا تقبل كبينة على الإضرار الموجب للتطليق » [197 ص 359].

« الشهادة على التطليق للضرر، لا تصح بالتسماع، وجوب معاينة الشاهد بنفسه عينا أو سماعا مشاهدة الشاهد آثار الضرب على وجه الطاعنة وعدم مشاهدته المطعون ضده يضربها أو سمعه يسبها أثره عدم اكتمال نصاب الشهادة» [197 ص 361].

وذهب المالكية إلى اشتراط صدور الشهادة من رجلين عدلين بحيث قال القفهي "ابن عاصم الأندلسي": « معناه أن ضرر أحد الزوجين يثبت بأحد أمرين، إما بشهادة عدلين فأكثر بمعاينتهم، وإما بالسماع الفاشي المستفيض... ولا يجوز في السماع بالضرر شهادة النساء وحدهن لأن الطلاق من معاني الحدود فلا تجوز فيه شهادة النساء» [236 ص 495].

لم يضع قانون الأسرة الجزائري قواعد خاصة بإثبات الضرر الموجب للتفريق، مما يجعلنا نقول مرة أخرى: إنه باعتبار أن قانون الأسرة الجزائري قد استمد أحكام التفريق للضرر من المذهب المالكي، فإنه من اللازم الرجوع إليه لمعرفة وتطبيق الأحكام الخاصة بإثبات الضرر الموجب للتفريق.

وفي هذا قضت المحكمة العليا على أنه: « من المقرر شرعا وقانونا أنه عند الحكم بالتطليق يتعين على القاضي تبيان نوع الضرر اللاحق بالزوجة وذكر وسائل إثبات الضرر، فإذا ثبت الضرر للقاضي بشهادة الشهود فلا بد من ذكرهم على الصفة التي يتطلبها القانون. ومن ثم يستوجب نقض

القرار الذي اكتفى بذكر المادة 53 فقط، وكذلك لعدم مراعاته للقواعد الشرعية في التطبيق»[201 ص 92].

وتأكيدا لما ذهب إليه المالكية في جواز الأخذ بشهادة السماع قضت المحكمة العليا على أنه: «إن لقضاة الموضوع الحرية المطلقة في تقدير الحجج المطروحة لديهم بصفة قانونية وقوة إثباتها، ويكون قائما على أساس من القانون ومعللا تعليلا كافيا، الحكم الصادر بالطلاق بناء على شهادات حررت بصفة قانونية ولو كانت شهادة سماع تفيد أن الزوج يتعدى على زوجته بالعنف والضرب المبرح، فالوجه لا أساس له من الصحة»[201 ص 61]. ونلاحظ أن المحكمة العليا أخذت بموجب هذا القرار بالشهادة الكتابية المحررة بصفة قانونية، وبالتالي حسب القضاء الجزائري فالشهادة قد تكون لفظا أو كتابة.

ونستنتج من خلال ما سبق ذكره أن القضاء الجزائري أخذ بشهادة الشهود معاينة وسماعا، وفي نفس الاتجاه ذهب القضاء المغربي في قرار حديث لمحكمة الاستئناف بمراكش على أنه: «إن محكمة الاستئناف بناء على البحث الذي قام السيد المستشار المقرر بحضور الطرفين وبناء على الليف المدلى به من طرف المدعية فرعيا والذي يؤكد شهوده أنهم يعرفون الطرفين ويعلمون بواسطة السماع الفاشي والمستفيض أن المستأنف يضر بزوجه المستأنف عليها بأنواع الضرر كالشتم والسب والضرب والجرح وأنه لا يعاملها معاملة الزوجة وأنه أصر على ذلك وتمادى فيه...»[142 ص 136].

وفي هذا السياق يجدر التساؤل حول مدى اعتبار القضاء الجزائري الشهادة الطبية كوسيلة إثبات للتعدي على الزوجة بالضرب من زوجها؟

لقد عرف القضاء الجزائري في ذلك موقفين، الموقف الأول أجاز فيه للزوجة إثبات ضرب زوجها بواسطة شهادة طبية بحيث جاء في قرار للمحكمة العليا على أنه: «...وقد وقع قبل ذلك حكم بينهما بالطلاق من محكمة الجزائر في 1965/04/07 ثبت فيه تعدي الزوج على زوجته بالشتم والضرب المبرح كما شهدت به شهادة طبية ثم على شهادتين طبييتين أيضا، فاستفاد القضاء من كل ذلك أن الزوج يتعدى على زوجته بالعنف والضرب والشتم الخطير بصفة صيرت علاقتهما الزوجية أمرا مستحيلا...»[201 ص 62].

أما الموقف الثاني فيظهر من خلاله تغيير المحكمة العليا لقضائها بقولها أنه: «...كما أن إدعاء الزوجة على زوجها بضربه إياها لا يكتفي في إثباته بشهادة الطبيب إذ هي لا تعتبر بينة شرعية لعدم إفادتها القطع بأن الضرب المشهود وقع فعلا من الزوج، يقول خليل: وبتعديه أي الزوج على زوجته بالضرب أو الهجر و ثبوته بالبينة أو الإقرار زجره من طرف الحاكم»[201 ص 81].

ونفس الموقف اتخذته في قرار آخر حيث جاء فيه على أنه: «من المقرر شرعا وقانونا أن تقديم الشهادات الطبية وحدها لإثبات الضرر في التطلاق لا يعمل بها باعتبار أن الطبيب لم يشاهد فاعل الضرب وإنما يشهد بما يراه على جسد الإنسان، ومن ثم القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفة للقواعد الشرعية و القانونية».

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الاستئناف الذين ألغوا الحكم المستأنف لديهم ومن جديد حكموا بالطلاق بطلب من الزوجة بناء على تقديم الشهادات الطبية وحدها دون وجود أي سبب تطلق به الزوجة على زوجها، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية والقانونية، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار دون إحالة» [201 ص 274، 275].

وبالفعل فقد أحسنت المحكمة العليا بقولها أن الشهادة الطبية لا تعتبر وسيلة لإثبات الضرب الحاصل من طرف الزوج على زوجته باعتبار أن الطبيب لم يشاهد واقعة الضرب، وإنما شهادته تنصب فقط على معاينة آثار الضرب وتوثيقها في شهادة طبية مكتوبة.

ويجدر بنا أن نشير في هذا الصدد أن قانون الأحوال الشخصية الكويتي [214] أخذ صراحة بجواز إثبات الضرر الموجب للتفريق بشهادة السماع، وهو ما جاء في المادة 134 منه التي تنص على أنه: «يكفي لإثبات الضرر بالسماع المبني على الشهرة في نطاق حياة الزوجين، ولا تقبل هذه الشهادة في نفي الضرر».

وقد استندت المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتي إلى فقه المالكية، معللة ذلك بأن الضرر الزوجي يكون أحيانا من الصعوبة إثباته بالرغم من أن وجوده ملموس و لتسهيل إثباته وإرساء للعدالة قبلت الشهادة على الضرر بالسماع وقصد بها الشهرة في محيط الزوجين، وتحديد هذا المحيط متروك لمحكمة الموضوع. والقانون قد قبل الشهادة بالسماع لإثبات الضرر، أما نفي الضرر فهو غير مقبولا بالسماع [193 ص 380].

أما إثبات الضرر الموجب للتفريق في مدونة الأسرة المغربية فقد نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 100 بقولها على أنه: «تثبت وقائع الضرر بكل وسائل الإثبات بما فيها شهادة الشهود، الذين تستمع إليهم المحكمة في غرفة المشورة».

ومن خلال الفقرة الأولى من المادة 100 من مدونة الأسرة، يتضح أن المشرع فتح الباب على مصراعيه بخصوص إثبات الضرر المبرر للتطلاق، حيث للزوجة -حسب ما تقتضيه ظروف القضية - أن تلجأ إلى القواعد الموضوعية للإثبات، والمضمنة في قانون الإلتزامات والعقود، ومن ذلك الإقرار والكتابة وشهادة الشهود والقرائن واليمين بنوعيهما، الحاسمة والتمتمة، أو أن تطلب تطبيق قواعد إجرائية كالأبحاث والخبرة، بل وتطبيقا للفصل 55 من قانون المسطرة المدنية للمحكمة أن تلجأ تلقائيا لإجراءات التحقيق في القضية [142 ص 140].

وقد نبه المشرع في حالة وجود شهادة شهود أن تستمع المحكمة إليهم في غرفة المشورة، أي بعيدا عن العلنية، حفاظا على أسرار الزوجين المتنازعين[142 ص 141].

وإذا كان قانون الأسرة الجزائري لم ينص على طرق خاصة لإثبات الضرر الموجب للتفريق، فيبدو أنه لا مانع من اللجوء إلى القواعد العامة في الإثبات المنصوص عنها في القانون المدني وهي الكتابة، القرائن اليمين باعتبار أن الضرر واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات.

فإثبات الضرر عن طريق الكتابة يكون في غالب الأحوال عن طريق الرسائل المكتوبة والمتبادلة بين الزوجين كحيازة الزوجة لرسالة أو رسائل محررة بخط زوجها تتضمن عبارات سب وشتم مهينة، كما يمكن أن تحوز الزوجة لرسالة صادرة عن زوجها ومرسلة إلى شخص من الغير يفشي له فيها أسرار زوجته، أو تتضمن ألفاظ سب وشتم أو قذف لزوجته ويمكن أيضا أن تكون الرسائل الصادرة من الزوج دليلا لإثبات خيانتة لزوجته مع امرأة أخرى... أو التي تلقاها منها.

وإذا كانت الزوجة تلجأ إلى الاستعانة بطبيب في تشخيص حالة الاعتداء والعنف الممارس ضدها من طرف الزوج وتحديد مدى العجز المؤقت أو الدائم الذي خلفه الضرر الناتج عنهما. والملاحظ أن هذه الشهادة لا تتمتع بأي قوة إثباتية أمام القضاء المغربي، بحيث رفض المجلس الأعلى المغربي شهادة طبية واعتبرها عديمة الجدوى، وجاء في معرض جوابه[194 ص 284]: « ليس من الضروري أن تعزز الشهادة بشهادة طبية تثبت وقوع الضرب والجرح مما يظنه من طبيب أو غيره، وإنما اشترطت البينة الشرعية وهذه البينة موجودة بالملف والمتمثلة في الملفين عدد... يشهد شهوده بوقوع الضرر المدعى به. حقا فالمحكمة استمعت إلى بعض الشهود الواردين في اللفيف، فأكدوا ما ورد في شهادتهم باللفيف، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه باشتراطها لتعزيز شهادة الشهود بشهادة طبية يكون تعليلها تعليلا فاسدا»[194 ص 284]. وفي أحسن الأحوال وحتى وإن اعتمدت المحكمة على الشواهد الطبية التي تدلي بها المرأة لتدعيم دعواها، فإنها لا تعتمدها كأصل لإثبات الضرر ولا توردها إلا على سبيل الاستئناس فقط، أو إذا كانت معززة بأحكام جنحية أو شواهد أخرى إذ يتطلب الأمر إثبات الضرر بوسائله الشرعية[194 ص 285]. وتأكيدا لذلك قضى المجلس الأعلى المغربي على أنه: "... بالإضافة إلى أن ثبوت الضرر يتعلق بالواقع ويخضع لقضاة الموضوع فإن المحكمة لم تستند إلى شواهد طبية فقط، رغم ما أثبتته من انهيار عصبي بسبب تصرف الزوج بل استندت إلى شهادة العمل والهجوم وأحكام جنحية... التي أثبتت أن الزوج غير مأمون في نفسه، وأن المحكمة عجزت عن إجراء الصلح بين الزوجين لوجود الزوج خارج البلد وتخلفه عن الحضور... الشيء الذي كان معه الحكم مرتكزا على أساس"[194 ص 284]. إننا نرى أمام عدم اعتداد القضاء المغربي بالقوة الإثباتية للشواهد الطبية المسلمة من طرف أطباء القطاع الخاص أو

العام، تطبيق مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 59 من ق.م.م المتعلقة بالخبرة في حالات الضرر الناتج عن الضرب وتداعياته الجسدية والنفسية أو الضرر الناتج عن المعاشرة الزوجية الشاذة. خصوصا وقد عمل القضاء المغربي بالخبرة الطبية واعتمد على نتائجها في أحكامه[194 ص 285].

وقد يثبت الضرر أيضا بالقرائن بحيث يقول فقهاء المالكية بجواز إثبات الضرر بالقرائن وفي هذا يصرح الفقيه المالكي "النفراوي": «للمرأة التطبيق بالضرر الثابت ولو بقرائن الأحوال»[31 ص 63].

والقرائن هي عبارة عن وسائل إثبات غير مباشرة كالعناصر المستخلصة من معاينة ما، أو في ملف جنائي أو تحقيق اجتماعي[229 ص 203].

ويقصد بالقرائن أيضا ما يستنبطه القاضي من دلائل الحال وشواهد من واقعة معلومة الدلالة على أمر مجهول، ولا يشترط وجود عدة قرائن لإثبات الضرر، بل يكفي في ذلك مجرد القرينة الواحدة التي يستمددها القاضي من وقائع الدعوى وأوراقها وظروفها ليصل إلى ما يطمئن إليه ويرجحه[195 ص 458].

وتأكيدا لإثبات الضرر بالقرائن قضت محكمة النقض المصرية بذلك في عدة أحكام نذكر منها على سبيل المثال: «من القرائن ما نص عليه الشارع واستنبطه الفقهاء باجتهادهم ومنها ما يستنبطه القاضي من دلائل الحال وشواهد وكتب المذهب مملوءة باعتبار القرائن في مواضع كثيرة، وبالرجوع إلى اللائحة قبل إلغاء ما ألغي من نصوصها بالقانون رقم 462 لسنة 1955 يبين أنها كانت تنص في المادة 123 منها على أن: «الأدلة الشرعية هي ما يدل على الحق ويظهره من إقرار وشهادة ونكول على الحلف وقرينة قاطعة».

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه اللائحة ما نصه: «ليس الغرض من الدليل الذي يقدم للقضاء سوى إبانة الحق وإظهاره وقد يعرض في الدعوى من القرائن القاطعة ما يرجح كفة أحد الخصمين و يدل على الحق في الخصومة وليس من العدالة ولا من الحق أن تهدر دلائلها ويحجر على القضاء الأخذ بها وقد جاءت الشريعة الغراء باعتبارها، واعتمد الفقهاء في صدر الإسلام في أفضيتهم عليها، لذلك أضيفت القرينة القاطعة إلى الأدلة الشرعية المقبولة وعرف الدليل للإرشاد ما هو المقصود منه ليسير القضاة في التطبيق على وفقه، والواقع في ذلك أن القضاء فهم». ومن القرائن ما لا يسوغ تعطيل شهادته، إذ منها ما هو أقوى بكثير من البينة والإقرار وهما خبران يتطرقان إليهما الصدق والكذب[197 ص 367].

- «...إلا أنه لما كانت القرينة القاطعة هي ما يستخلصه المشرع أو القاضي من أمر معلوم الدلالة على أمر مجهول، وهي أمانة ظاهرة تفيد العلم عن طريق الاستنتاج بما لا يقبل شكاً أو

احتمالاً، وهي بهذه المثابة تغنى عن المشاهدة، وكان ما ساقه حكم محكمة أول درجة من أن شهود المطعون عليها لم يبينوا واقعة محددة لاعتداء الطاعن عليها لم يكن من قبيل استخلاص القرينة، بل هو تقدير لأقوال الشهود، وكانت محكمة الدرجة الثانية ليست ملزمة إذا هي ألغت الحكم الابتدائي بالرد على جميع ما ورد به ما دامت أسبابها كافية لحمل قضائها، وحسبها أن تورد الدليل السانغ لما قضت به، وكانت محكمة الاستئناف قد اعتمدت أقوال هؤلاء الشهود نتيجة اطمئنانها إليها بمقتضى سلطتها في الترجيح بين البيئات فإن النص يكون على غير أساس» [197 ص 367 ، 368].

- «...وكتب الحنفية مملوءة باعتبار القرائن في مواضع كثيرة اعتبار بأن القضاء فهم ومن القرائن ما لا يسوغ تعطيل شهادته إذ منها ما هو أقوى من البيينة و الإقرار وهما خبران يتطرق إليهما الصدق و الكذب» [197 ص 368].

أما إثبات الزوجة للضرر الموجب للتفريق عن طريق اليمين، فمبدئياً لا يمكن استعماله في مسائل الطلاق وإنما قد يستعمل اليمين ليس من أجل إثبات الطلاق، وإنما من أجل الحصول عليه، فإنه من المستساغ أن يوجه القاضي حسب ما يراه مناسباً حلف اليمين للزوج على إدعاءات زوجته، كما يمكن للزوجة المدعية توجيه اليمين لزوجها حول الوقائع التي تدعي بصدورها منه دعماً لطلبها ولا يمكن للقاضي أن يستبعد هذه الوسيلة في الإثبات الحكم الذي تم تقريره من طرف محكمة معسكر سنة 1935 [229 ص 203]. وإن كان ذلك مقبول من الناحية النظرية، لكن قد تظلم الزوجة عندما توجه الزوجة اليمين لزوجها لإثبات ما تدعيه، بنفيه وإنكاره لوقوع الضرر، فأمام نقص وانعدام الوازع الديني في وقتنا الحاضر فقد يحلف الزوج بعدم إضراره بزوجه كذباً وانتقاماً منها فيرفض طلبها.

ويبقى لنا سؤال جدير بالإثارة وهو: هل يمكن للزوجة استعمال الحكم الجنائي الصادر بإدانة الزوج في جنحة تعديه عليها بالضرب والسب والشتم لإثبات الضرر الناتج عن هذا التعدي؟
تنص المادة 456 من قانون الإجراءات الجنائية المصرية على أن أنه: « يكون الحكم الجنائي الصادر من المحكمة الجنائية بالبراءة أو الإدانة قوة الشيء المحكوم به أمام المحاكم المدنية في الدعاوى التي لم يكن قد فصل فيها نهائياً فيما يتعلق بوقوع الجريمة وبوصفها القانوني ونسبتها إلى فاعلها و يكون للحكم بالبراءة هذه القوة سواء بنى على انتفاء التهمة أو على عدم كفاية الأدلة، ولا تكون له هذه القوة إذا كان مبنياً على أن الفعل لا يعاقب عليه القانون».

وتنص المادة 102 من قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية المصري على أنه: « لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً ».

وبناء على ما سبق لا يستعمل الحكم الجنائي في إثبات الضرر الموجب للتفريق أمام المحكمة المختصة إلا بتوافر الشروط التالية:

- 1- أن يكون الفعل الذي فصل في شأنه جنائياً هو نفسه الذي أثير أمام المحكمة المدنية، أي وحدة الواقعة بين الدعوى الجنائية ودعوى التفريق للضرر.
- 2- أن يكون الحكم الجنائي المراد استعماله لإثبات الضرر، صادراً عن محكمة جنائية، سواء كانت محكمة عادية كمحكمة الجناح أو محكمة عسكرية.
- 3- أن يكون الحكم الجنائي سابقاً على الحكم المدني.
- 4- أن يكون الحكم الجنائي باتاً وفاصلاً في موضوع الدعوى الجنائية، والحكم البات هو الذي لا يجوز الطعن فيه بطرق الطعن العادية (المعارضة أو الاستئناف) أو النقض، إما لاستنفاد الطعن أو لفوات ميعاده.
- 5- أن تكون الوقائع المحتج بها بمقتضى الحكم الجنائي قد فصل فيها هذا الحكم، وكان فصله فيها ضرورياً للحكم في الدعوى الجنائية [197 ص 369، 370].

وعلا بذلك جاءت أحكام محكمة النقض المصرية التي نذكر منها: «و يتبين من هذا الذي أورده الحكم أن المحكمة عولت في تحقق حصول الضرب و الإيذاء على ما ثبت لديها من الحكم الجنائي وهو حجة على الطاعن بما ورد فيه وعنوان للحقيقة وإذا كانت المحكمة أيدت اقتناعها بالأوراق الرسمية وبما حصلته من البيئة الشرعية من رؤية الشاهدين للإصابات وأثرها بالمطعون عليها وقت الحادث، فإن هذا تقدير موضوعي للأدلة ما يستقل به قاضي الموضوع... الخ» [197 ص 371].

- «...لما كان ذلك وكان الثابت من الشهادة الرسمية المقدمة من الطاعنة أمام محكمة الموضوع أن المطعون ضده قدم للمحاكمة بالجنحة رقم 780 لسنة 1985 السويس لأنه أحدث عمداً بالطاعنة الإصابات الموصوفة بالتقرير الطبي و التي تحتاج لعلاج مدة لا تزيد عن عشرين يوماً وحكم عليه بغرامة مقدارها عشرين جنيهاً وتأييد الحكم إستئنافياً... وهو ما يكفي وحده لثبوت الضرر الذي يجوز للزوجة طلب التظليق بسببه...» [197 ص 371].

- «...وكان لمحكمة الموضوع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - السلطة التامة في تقدير الأدلة الجائز الأخذ بها في الدعوى فلها الأخذ بأسباب حكم آخر قدم لها ولو لم يعد نهائياً طالما استندت إليه لا باعتبار أنه له حجية تلزمها وإنما لاقتناعها بصحة النظر الذي ذهب إليه، وكان الثابت أن الحكم المطعون فيه لم يستند في ثبوت واقعة تعدي الطاعن على زوجته المطعون عليها بالسب في مكان عام إلى إلزامه بحجية الحكم الجنائي غير النهائي المقدم في الدعوى، إنما أقام قضاءه بثبوت هذه الواقعة على ما استخلصه من أقوال شاهدي الإثبات ومن واقع صدور الأحكام الرسمية المقدمة

من المطعون عليها و يؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها وهو من الحكم استخلاص موضوعي سائغ له أصله الثابت بالأوراق...» [197 ص 372].

ونلاحظ من خلال هذا الحكم الأخير لمحكمة النقض المصرية أنها أجازت للمحكمة أن تستند إلى أسباب حكم جنائي غير بات، طالما اقتنعت بأن الأسباب الواردة في هذا الحكم تمثل اتجاهها صحيحا يمكن الاعتماد عليه.

ويبدو أن ذلك يتمشى و السلطة التقديرية التي تتمتع بها محكمة الموضوع في الأخذ بوسائل الإثبات و استخلاص الوقائع المنتجة للضرر.

ولقد أخذ أيضا القضاء المغربي بحجية الحكم الجنائي في إثبات الضرر الذي تدعيه الزوجة بحيث سبق لنا أن ذكرنا أن المجلس الأعلى المغربي اعتبر أن إدانة الزوج بتهمة النصب والاحتيال وانتحال صفة وكيل الملك من باب الضرر المعنوي الذي يبهر طلب الزوجة التطليق للضرر، وحتما لم يقض المجلس الأعلى المغربي بهذا القرار إلا بعد إطلاعه على الحكم الجنائي الذي يدين الزوج. وفي سياق الحديث عن إثبات الضرر الموجب للتفريق، يثور التساؤل التالي: إذا كانت الزوجة ملزمة بإثبات الضرر الذي تدعيه ضد زوجها، فهل يشترط أن يثبت أيضا تكرار هذا الضرر؟

بالرجوع إلى أحكام الضرر في الفقه المالكي نجدها لا تشترط تكرار الضرر في المشهور عندهم، بل يكفي إثبات وقوعه مرة واحدة ليكون ضررا موجبا للتفريق بين الزوجين، لأنه لا يعقل أن نطلب من الزوجة أن تنتظر مرة أخرى ليتعدى عليها الزوج بالضرب للقول بتكرار الضرر!! ولأن المطلوب شرعا هو إزالة الضرر وليس اشتراط تكراره لإزالته.

وفي هذا جاء في "حاشية الدسوقي": «...ولو لم تشهد البينة بتكرره، فإن لم يثبت فالوعظ فقط» [69 ص 342]. وهذا ما حكمت به محكمة النقض المصرية، بقولها على أنه: « إذا كان المقرر في فقه المالكية أن للزوجة طلب التفريق إذا أوقع الزوج بها أي نوع من أنواع الإيذاء بالقول أو الفعل الذي لا يكون عادة بين أمثالها ولا يستطاع معه دوام العشرة بينهما وأنه لا يشترط لإجابتها إلى طلبها وفق المشهور عندهم أن يتكرر إيقاع الأذى بها، يكفي لذلك أن يثبت أن زوجها أتى معها ما تتضرر منه ولو مرة واحدة... الخ » [197 ص 352].

-«...وأنه لا يشترط لإجابتها إلى طلبها وفق المشهور عندهم- أي المالكية - أن يتكرر إيقاع الأذى بها بل يكفي لذلك أن تثبت أن زوجها أتى معها ما تتضرر منه ولو مرة واحدة...» [197 ص 353].

أما قانون الأسرة الجزائري فلم ينص على ذلك، كما لم نجد حكما قضائيا في ذلك، وبالتالي وجب الرجوع إلى المشهور في المذهب المالكي، القاضي بعدم اشتراط تكرار الضرر باعتبار

المصدر الفقهي للفقرة العاشرة من المادة 53 من قانون الأسرة و الذي نلجأ إليه في تفسير النص وشرح أحكامه .

وإذا أثبتت الزوجة وقوع الضرر عليها من طرف زوجها سواء كان ضررا ماديا أو ضررا معنويا، فهل يحق لها طلب التفريق لإزالة هذا الضرر؟

لم يتفق الفقهاء في الإجابة على هذا التساؤل، واختلفوا على النحو التالي:

1- رأي الحنفية: يرى فقهاء الحنفية أن الزوجة إذا اشتكت عند القاضي أن الزوج يضر بها وطلبت من القاضي أن يأمره أن يسكنها بين قوم صالحين، فإن علم القاضي أن الأمر كما قالت زجره عن ذلك ومنعه من التعدي عليها، وإن لم يعلم فإن كان جيران هذه الدار قوما صالحين أقرها هنا وسأل عنهم، فإن ذكروا منه ما ذكرت زجره عن ذلك ومنعه من التعدي عليها، وإن ذكر بأنه لا يؤذيها تركها، وإن لم يكن في جواره من يوثق به أو كانوا يميلون إليه، أمره أن يسكنها بين قوم صالحين ويسأل عنهم وبين الأمر على جبرهم[112 ص 172].

واستدل الحنفية بقول الله عز وجل: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعُثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا)[1]. قالوا: أن هذه الآية قصرت عمل الحكام على محاولة الإصلاح بين الزوجين ولم تجعل لهما حق التفريق، فيبقى هذا على الأصل للزوج وحده إلا إذا وكلهما بذلك حيث لا كتاب ولا سنة ولا أثر يدل على ثبوت هذا الحق لغيره[128 ص 581، 582].

2- رأي الشافعية: يرى الشافعية أن سوء العشرة بين الزوجين يتحقق إما بفعل نشوز المرأة أو بإيذاء الرجل إياها، وإما أن يكون بسببهما بإساءة كل منهما للآخر، وصارا من القول والفعل إلى ما لا يحل لهما، ولا يحسن وتماديا، بعث الإمام حكما من أهله وحكما من أهلها مأمونين برضا الزوجين وتوكيلهما إياهما بأن يجمعا أو يفرقا إذا رأيا[124 ص 245].

3- رأي المالكية: لقد خالف المالكية رأي الحنفية والشافعية وذلك بمنحهم الحق للزوجة إذا استطاعت إثبات الضرر الذي لحقها من زوجها أن تطلب التطلاق وتأكيدا لذلك يقول "الخطاب" في "مواهب الجليل": « ولها التطلاق بالضرر إذا شهدت البينة به... ولها أن تقيم ويزجره الحاكم إلا أن يكون المراد أن لها التطلاق بالضرر إذا شهدت البينة به ولو لم تشهد بتكرره... » [136 ص 263، 264].

وأخذت أغلب القوانين العربية[207] بمذهب الإمام مالك في التفريق للضرر وذلك اعتبارا للحجة القوية التي يقوم عليها، والتمثلة في قوله عز وجل: (فَاِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ)[1]. وطبيعي أنه باستحالة العشرة بسبب إضرار الزوج بزوجته، يجب على الزوج أن يسرح زوجته بإحسان وإلا طلقها القاضي نيابة عنه لإزالة الضرر عن الزوجة كحل أخير، وقوله

تعالى: (وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأُمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لَنْتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ) [1].

أما موقف الحنابلة فقد اختلفت الرواية عن أحمد في الحكمين ففي إحدى الروايتين عنه أنهما وكيلان لهما لا يملكان التفريق إلا بإذنهما، لأن البضع حقه والمال حقه وهما رشيدان فلا يجوز لغيرهما التصرف فيه إلا بوكالة منهما وولاية عليهما، والثانية أنهما حاكمان ولهما أن يفعلوا ما يريان من جمع أو تفريق بعوض أو بغير عوض [158 ص 220].

وإن الزوج الذي يلحق الضرر بزوجه بإهانتها بالسب والشتم والضرب دليل على خبثه ولؤمه، وفي ذلك يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلي) [110 ص 299]. وفي ذلك تنبيه على أعلى الناس رتبة في الخير وأحقهم بالإنصاف به هو من كان خير الناس لأهله، فإن الأهل هم الأحقاء بالبشر وحسن الخلق والإحسان وجلب النفع ودفع الضرر، فإذا كان الرجل كذلك فهو خير الناس وإن كان على العكس من ذلك فهو في الجانب الآخر من الشر، وكثيرا ما يقع الناس في هذه الورطة، فترى الرجل إذا لقي أهله كان أسوأ الناس أخلاقا وأشحهم نفسا وأقلهم خيرا، وإذا لقي غير الأهل من الأجانب لانت عريكته وانبسبت أخلاقه وجادت نفسه وكثر خيره، ولا شك أن من كان كذلك فهو محروم التوفيق زائع عن سواء الطريق [121 ص 300].

وإن القول بحق الزوجة في طلب التفريق للضرر الناتج عن سوء عشرة زوجها هو تطبيق لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار) [162 ص 31] الذي يعتبر أصل من أصول الشريعة الإسلامية الذي تصدر عنه و ترجع إليه أحكام "إساءة استعمال الحق في الفقه الإسلامي" [187 ص 3].

وإن قول المالكية بأن للزوجة التطلق للضرر هو ما لا يجوز شرعا ، هدفه رفع الضرر وإزالته باعتباره مخالفة لما شرعه الله و رسوله صلى الله عليه وسلم من حقوق للزوجة، وذهب البعض إلى أن ما اعتبر حراما في الشريعة الإسلامية إنما حرم بناء على قاعدة إزالة الضرر، وأن أنواع الظلم اعتبرت حراما لأن الإضرار إنما ينشأ عن الظلم [187 ص 29] وإن إضرار الزوج بزوجه ظلم والظلم حرام لإخلاله بواجب العشرة الطيبة وهناك عدة قواعد فقهية تؤيد ذلك منها:-
الضرر يزال- الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف – الضرر يدفع بقدر الإمكان.

2.1.2. أثر إثبات الضرر على عقد الزواج

ذكرنا سابقا أن للزوجة الحرية في إثبات الضرر الذي ألحقه الزوج بها وذلك لأن الضرر واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات بما فيها الإقرار، الشهادة، القرائن و اليمين والكتابة.

فإذا ثبت الضرر الذي تدعيه الزوجة من زوجها، فما هو الأثر الذي يترتب على عقد الزواج؟
بمعنى ما مصير عقد الزواج بعد إثبات الزوجة للضرر؟.

للإجابة على هذا التساؤل جاء تقسيم هذا المبحث على النحو التالي:

- _ المطلب الأول: مفهوم التفريق وشروطه
- _ المطلب الثاني: دعوى التفريق للضرر المعتبر شرعا
- _ المطلب الثالث: محاولة الإصلاح بين الزوجين

1.2.1.2. مفهوم التفريق و شروطه

إذا أثبتت الزوجة الضرر اللاحق بها من زوجها يصبح من اللازم علاج ذلك بالتفريق بينهما، الأمر الذي يجعلنا نتناول هذا المطلب في الفروع التالية:

- _ الفرع الأول: تعريف التفريق وتمييزه عن باقي المفاهيم الأخرى.
- _ الفرع الثاني: شروط التفريق للضرر المعتبر شرعا.

1.1.2.1.2. تعريف التفريق وتمييزه عن باقي المفاهيم الأخرى

أولاً: التفريق لغة واصطلاحاً

التفريق في اللغة، مصدر فرق، وفعله الثلاثي فرق، يقال فرقت بين الحق والباطل، أي فصلت بينهما، وهو في المعاني بالتخفيف يقال: فرقت بين الكلامين، وبالتشديد في الأعيان، يقال فرقت بين العيدين قاله ابن الأعرابي والخطابي: وقال غيرهما: هنا بمعنى واحد، والتشديد للمبالغة و التفريق من الفرقة، والفرقة في اللغة إسم يوضع موضع المصدر الحقيقي، من الافتراق ضد الاجتماع[225 ص 174].

يقال فرق بينهما فرقا وفرقانا: فصل. والفاروق (عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه)، لأنه فرق بين الحق والباطل[223 ص 930].

أما التفريق اصطلاحاً، هو إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم قضائي، أي إنهاء هذه العلاقة يتم بالضرورة عن طريق القاضي، كالتفريق للضرر والشقاق والامتناع عن الإنفاق أو بدون من أحد حفظاً لحق الشرع، كما إذا ارتد أحد الزوجين[146 ص 197].

وعرف د/ "عبد الله مبروك النجار" التفريق القضائي بين الزوجين بأنه: «الاستعمال الاستثنائي لحق الطلاق الذي أناطه الشارع بالزوج، و ذلك 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 سكينه ومودة ورحمة ليس له وجود في حياتهما، هنا يكون على الزوج أن يطلق، فإذا قعد عن الطلاق

قعودا مقرونا بنية الإضرار بالزوجة أو قصد التعدي على حقوقها، يكون للقاضي أن يستعمل ذلك الحق نيابة عنه، ومعلوم أن نيابة القاضي إنما هي نيابة عامة تعطيه صلاحية إمضاء التصرفات الشرعية جبرا عن أصحابها إن هم تجاوزوا في استعمال تلك التصرفات عن الحدود الشرعية المقررة لها، أو ركبوا متن الشطط في التمسك بتلك الحقوق إلى الحد الذي يجعل مفسدة ذلك التمسك طاغية على 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 بقائها في عصمته، ومن ثم يمكن تعريف التفريق القضائي بأنه: إيقاع الطلاق على الزوج جبرا عنه بواسطة القاضي عند قيام أسبابه الشرعية أو هو: تطليق القاضي على الزوج عند امتناعه عن طلاق زوجته مع قيام أسباب الطلاق و توافر شروطه» [182 ص 71، 72].

ولا يجوز للقاضي أن يتدخل للتفريق بين الزوجين إلا إذا فات الإمساك بالمعروف، وامتنع الزوج عن التسريح بإحسان، فحينئذ يقوم القاضي بالتفريق بينهما دفعا للظلم عن الزوجة [174 ص 377].

ثانيا- تمييز التفريق عن المفاهيم المشابهة له

1- الطلاق: الطلاق في اللغة عبارة عن القيد وهو مأخوذ من الإطلاق، يقول الرجل أطلقت الرجل أطلقت إبلي، وأطلقت أسيري، وطلقت امرأتي، فالكل من الإطلاق، وإنما اختلف اللفظ لاختلاف المعنى [71 ص 544].

أما الطلاق اصطلاحا فقد عرفه الفقهاء على النحو التالي:

عرفه المالكية على أنه: «صفة حكومية ترفع حلية متعة الزوج بزوجه» [136 ص 286]. "رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح" [236 ص 544].

وعرفه الحنابلة على أنه: « حل قيد النكاح» [158 ص 323].

وعرفه الشافعية على أنه: « حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه» [45 ص 356].

وعرفه الحنفية على أنه: « رفع قيد النكاح في الحال "بالبائن أو المأل" بالرجعي بلفظ مخصوص هو ما اشتمل على الطلاق فخرج الفسوخ، كخيار عتق، وبلوغ، وردة فإنه فسخ لا طلاق» [77 ص 249]. «رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح» [60 ص 251].

ويدور المعنى اللغوي والاصطلاحي للطلاق في دائرة واحدة، ذلك لأن الطلاق في الشرع

حل عقدة التزويج فقط وهو موافق لمدلوله اللغوي [47 ص 10].

ومن خلال هذه التعاريف، نلاحظ أنها وإن اختلفت فهو اختلاف تنوع وليس تضاد بحيث يدور معناها الأساسي في حل عقدة النكاح ومن ثم نقول أن الطلاق هو حل الرابطة الزوجية في الحال أو المآل بألفاظ مخصوصة أو بألفاظ تفيد معناها.

ويكون انحلال الرابطة الزوجية إما في الحال عن طريق طلاق بائن، أو في المآل عن طريق طلاق رجعي.

ويظهر جليا الفرق بين الطلاق والتفريق، فالتفريق يقع بحكم القاضي أما الطلاق فيوقعه الزوج كقاعدة عامة باعتباره من التصرفات التي يملكها وما اشترط إصداره لحكم قضائي إلا لبسط رقابة على ظروف إيقاع الزوج للطلاق من حيث صحته ومدى تعسفه في إيقاعه والقاضي لا يملك في هذه الحالة أي سلطة تقديرية لرفض طلاق الزوج.

والطلاق بحسب معناه الشرعي يصدق على الطلاق الذي يصدر بعبارة الزوج وحده، كما يصدق على الطلاق الذي يصدر بعبارة المرأة التي فوضها زوجها حق إيقاع الطلاق، كما يصدق على الطلاق الذي يتم باتفاق الزوجين ، كذلك يصدق معنى الطلاق الشرعي على الطلاق الصادر من القاضي بالتفريق بين زوجين في الأحوال المنصوص عليها شرعا [98 ص 203].

أما التفريق بين الزوجين بحكم القاضي فهو عبارة عن تطليق القاضي الزوجة عن زوجها، فله في هذا الصدد السلطة التقديرية في قبول طلب الزوجة أو رفضه في حالة عجز الزوجة عن إثبات الضرر، فمهمة القاضي في الطلاق هي توثيقه في حكم قضائي للإثبات وليست مهمته التفريق بين الزوجين.

أما في دعوى التفريق فالقاضي هو الذي يملك سلطة التفريق بين الزوجين نيابة عن الزوج إذا رفض أن يطلق زوجته، فهو منشئ لحالة التفريق إذا توافرت أسبابها، بالإضافة إلى أن الطلاق قد يقع رجعيا أو بائنا حسب شروط كل منهما، أما التفريق بين الزوجين للأسباب الشرعية والقانونية فيقع في معظم الحالات بائنا، ورغم هذا الفرق إلا أنهما يشتركان في نفس الآثار المترتبة على انحلال عقد الزواج باعتبار أن كلاهما ينهي الرابطة الزوجية في المستقبل.

ويبدو لنا أن التفرقة بين الطلاق والتطليق في الشريعة لا أساس لها ولا جدوى منها، فهي لا أساس لها لأن الأصل في الشريعة الإسلامية في الطلاق أن يصدر بعبارة الزوج وحدها، وعندما أجازت الشريعة الإسلامية للقاضي " التطليق " لم تجزه إلا عندما تفوت بين الزوجين العشرة بالمعروف فيتعين التسريح بإحسان الذي إذا طلبته الزوجة ورفضه الزوج تولى القاضي ذلك نيابة عنه بحكم الشرع، ولما كانت الأحكام التي تسري على طلاق القاضي هي نفسها الأحكام التي قررها الشرع لطلاق الزوج ، فإنه لا جدوى من وراء التفرقة بين الطلاق والتطليق في الشريعة الإسلامية [98 ص 203].

2- الفسخ: يقصد بالفسخ لغة النقص والإزالة، أما اصطلاحاً فهو حل رابطة العقد وزوال الآثار المترتبة على عقد الزواج ونرى أن الفسخ يقترب من مفهوم الطلاق لكنه يختلف عنه من حيث أن الفسخ نقض للعقد المنشئ لهذه الآثار، أما الطلاق فلا يرتب نقض العقد بل ينهي آثاره فقط [146 ص 196] وبالفعل فالتفريق أو التطلق هو إنهاء لعقد الزواج من حيث آثاره، وقد يكون إنهاء مؤقتاً للزوجية.

وما يعد فسخاً عند جمهور الفقهاء يتضمن كل فرقة يقصد بها نقض العقد بسبب خلل قديم يمنع نشوءه، أو طارئ يمنع بقاءه والتي تتمثل فيما يلي:

- الفرقة لفساد العقد. - الفرقة لطروء حرمة المصاهرة.
- الفرقة للغبن في المهر. - التفريق بخيار البلوغ أو الإفاقة.
- التفريق لعدم الكفاءة. وبالتالي فالفرقة المعدة طلاقاً تنتوع إلى طلاق بائن وطلاق رجعي وينتقص به عدد ما يملكه الزوج من الطلقات وما يعد فسخاً لا ينتقص به عدد الطلقات فيبقى للزوج على زوجه ما ملكه الشارع فيها، كما أن الفرقة المعتبرة طلاقاً لا تلحق إلا الزواج الصحيح بينما الفرقة بالفسخ تلحق الزواج الصحيح وغيره [99 ص 18، 19].

هذا وقد اعتبر قانون الأسرة الجزائري في المادة 48 المعدلة بموجب الأمر 02/05 التفريق بين الزوجين للضرر طلاقاً حيث جاء في نصها: «مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون».

ثم تغير الوصف وأصبح التفريق بين الزوجين للضرر تطبيقاً وذلك ما نصت عليه المادة 53 بقولها على أنه: «يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب التالية...» و يقابل مصطلح التطلق في النص الفرنسي للمادة 53:

" IL est permis à l'épouse de demander le divorce..."

ومن ثم وجب إعادة النظر في المواد السابقة لضبط صياغة المصطلحات من أجل تحقيق التطابق بين النصوص لأن هناك فرق واضح بين الطلاق و التطلق أو التفريق. أما القانون المصري فقد استعمل مصطلح التفريق بموجب المادة السادسة من القانون 25 لسنة 1929 حيث جاء فيها على أنه: «...يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق...».

بينما استعمل المشرع المغربي مصطلح "التطلق" في المادة 100 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه: «يعتبر ضرراً مبرراً للتطلق...» ويبدو أنه لا يوجد فرق بين التطلق والتفريق باعتبار أسبابهما وآثارهما واحدة و الاختلاف حاصل في اللفظ فقط.

2.1.2.1.2. شروط التفريق للضرر المعتبر شرعا

لا يمكن للزوجة أن تحصل على التفريق بينها وبين زوجها إلا توافرت شروط هي:

- 1- إثبات الزوجة للضرر الذي لحقها من زوجها.
 - 2- أن يكون الضرر خطيرا وجسيما.
 - 3- أن يعجز القاضي عن تحقيق الصلح بين الزوجين.
 - 4- أن تطلب الزوجة التفريق من القاضي.
- الشرط الأول: يجب أن يكون الضرر الذي تدعيه الزوجة ضد زوجها محققا، أي وقع فعلا وليس ضررا يحتمل وقوعه في المستقبل، وسبق لنا أن تطرقنا إلى تعريف الضرر وقلنا أنه كل إيذاء مادي أو معنوي يلحق الزوجة كالاعتداء عليها بالضرب والسب والشتم أو سب والديها أو أحد أقاربها أو الاعتداء على أموالها بالتصرف فيها دون رضاها وذلك بتبديدها أو سرقتها.
- هذا ولا يشترط قانونا ولا شرعا تكرار وقوع الضرر بل يكفي أن يقع مرة واحدة [204].
- وتطبيقا لهذا الشرط أكدت المحكمة العليا على أنه: « من المقرر شرعا أن تطليق المرأة على زوجها من غير أن تأتي بأسباب شرعية التي تعتمد عليها ومن غير أن تثبتها بأدلة وحجج تقبل شرعا يعد خرقا للقواعد الشرعية، لما كان من الثابت – في طعن قضية الحال- أن المطعون ضدها أقامت دعوى بهدف تطليقها من زوجها بناء على أنه يهينها أو يسيء إليها دون أن تدعم أقوالها بدليل، فإن قضاة المجلس بالإغائهم الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء بتطليقها خرقوا النصوص الفقهية وحكموا دون دليل، ومتى كان ذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه » [201 ص 271].

الشرط الثاني: أن يكون الضرر جسيما [204]: سبق لنا وأن تطرقنا إلى هذا الشرط الأساسي الذي يحدد الطبيعة القانونية للضرر الموجب للتفريق بين الزوجين، وإن اشترط هذا الشرط تقتضيه مصلحة الأسرة والمجتمع والمتمثلة في ضرورة استقرار الحياة الزوجية التي ليست بمنأى عن الخلافات والأضرار البسيطة التي يمكن للزوجة أن تتحملها و تصبر عليها.

فالضرر الجسيم الذي يلحق الزوجة من تعدي زوجها يجعلها غالبا غير قادرة على مواصلة المعيشة المشتركة مع زوجها، وغالبا يبقى للقاضي سلطة تقدير خطورة الضرر من خلال الوقائع المادية الثابتة في ملف الدعوى.

الشرط الثالث: أن يعجز القاضي عن تحقيق الصلح بين الزوجين: لا يمكن الحكم بالتفريق بين الزوجين للضرر إلا إذا باشر القاضي مهمة الإصلاح بينهما كإجراء وقائي من الحكم بالتفريق، وذلك ما نصت عليه المادة السادسة من القانون المصري رقم 25 لسنة 1929 بقولها على أنه: « إذا أدعت

الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها، يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما...». فيتضح جليا أن المادة اشترطت للقضاء بالتفريق بين الزوجين أن تجرى محاولة صلح بين الزوجين و يثبت العجز عن تحقيق ذلك.

لم ينص قانون الأسرة الجزائري على هذا الشرط في الفقرة العاشرة من المادة 53 وليس معنى ذلك أنه لا يشترطه، وإنما نستنتج من أحكام الفقرة الأولى من المادة 49 التي تنص على أنه: « لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (03) أشهر إبتداء من تاريخ رفع الدعوى».

وتشترط أيضا مدونة الأسرة المغربية ثبوت عجز القاضي عن الإصلاح بين الزوجين وذلك بعد مباشرته لهذا الإجراء، وذلك ما نستنتج من الفقرة الأولى من المادة 113 التي تنص على أنه: «يبيت في دعاوى التطلاق المؤسسة على أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة 98 أعلاه، بعد القيام بمحاولة الإصلاح باستثناء حالة الغيبة، وفي أجل أقصاه ستة أشهر ما لم توجد ظروف خاصة».

الشرط الرابع: أن تطلب الزوجة من القاضي التفريق: وهذا ما يؤكد المذهب المالكي: «... حيث لم يكن لها شرط به لها أن توقع الطلاق أيضا، لكن بعد رفعها إياه للحاكم وبعد أن يزجره القاضي بما يقتضيه اجتهاده من ضرب أو سجن أو توبيخ أو نحو ذلك، ولم يرجع عن إضرارها، ولا تطلق نفسها قبل الرفع والزجر. فالطلاق بيد الحاكم فهو الذي يتولى إيقاعه إن طلبته الزوجة، وامتنع عنه الزوج» [236 ص 499].

ولا يمكن أن يقع التفريق بين الزوجين إلا إذا لجأت الزوجة إلى القضاء مطالبة بالتفريق، لأن الحق مطلوب لا محمول، فإذا وقع الضرر فعلا، ولم ترض به الزوجة، ثم لم ترفع أمرها إلى القضاء، فإنه لا يمكن الحكم بالتفريق.

كما أن الحكم بالتفريق يحتاج إلى قيام الأسباب التي تكفي لحمله، وهذه الأسباب لن يتسنى إظهارها إلا من خلال دعوى ترفعها الزوجة مصحوبة بالأدلة على وجود الضرر، وتتيح للمحكمة أن تكشف عن وجود الحق في الموضوع، والحكم بالتفريق مآله: التزام الزوج بما لم يلزم نفسه به، وهذا الالتزام لن يتسنى إمضاؤه عليه إلا بحكم مذيّل بالصيغة التنفيذية التي تفرض على الزوج الرضا بحكم القضاء و التسليم به [182 ص 78].

هذا وقد ساوت بعض القوانين العربية بين الزوجين ، فمنحت لكل منهما الحق في طلب التفريق للضرر الناشئ عن سوء العشرة [204]، فقد نص قانون الأحوال الشخصية السوري في

الفقرة الأولى من المادة 112 على أنه: « إذا ادعى أحد الزوجين إضرار الآخر به بما لا يستطيع معه دوام العشرة يجوز له أن يطلب من القاضي التفريق » .

قد يقال أن الزوج يملك الطلاق في كل لحظة، فهذا الحق يجب أن يكون خاصا بالزوجة التي لا تملك الطلاق بالإرادة المنفردة. والجواب على هذا أن حق طلب التفريق أعطاه الشارع لكل من الزوجين نظرا لترتيب الآثار المالية كما لو كانت الزوجة هي المخطئة فكيف يتحمل أذاها دفع مؤخر صداقها؟ وحسنا ما فعل القانون السوري لئلا يتخذ الزوجان والعناد والشقاق وسيلة للفراق وتقبض مؤخر مهرها والذي قد يكون فاحشا[104 ص 94، 96].

ونصت المادة 126 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أنه « لكل من الزوجين قبل الدخول أو بعده، أن يطلب التفريق بسبب إضرار الآخر به قولاً أو فعلاً، بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها » .

نجد أن المشرع الكويتي لم يقصر طلب التفريق للضرر على الزوجة، بل جعله حقا للطرفين، إذا تحقق الضرر، وقد عللت المذكرة الإيضاحية هذا الاتجاه الذي خالف الفقه المالكي، بأن التفريق بين الزوجين عن طريق التحكيم المأخوذ عن الفقه المالكي، وهو أصح القولين عن الحنابلة، أصبح السائد في قوانين الأحوال الشخصية بالبلاد الإسلامية، أظهر تطبيقه الكثير من العيوب والقصور، ولذلك عدلت أحكامه تعديلا يتلافى العيوب التي تشوبه، ويمد أوجه النقص ويحقق الغرض منه، وذلك بجعل طلب التفريق غير مقصور على الزوجة[193 ص 371].

وتعقيباً على ما سبق، فإن منح الزوج الحق في طلب التفريق للضرر مساواة مع زوجته يعتبر في حد ذاته إخلال بالنظام الشرعي والقانوني للطلاق، فالزوج له شرعا وقانونا الحق في إنهاء العلاقة الزوجية عن طريق الطلاق ولو لم يثبت الضرر الذي لحقه من زوجته فكيف نمنحه وسيلة أخرى للتفريق بينه وبين زوجته.

إن التفريق للضرر شرع أصلا لرفع الظلم الواقع على الزوجة حينما يرفض الزوج التسريح بإحسان بعد تعذر الإمساك بمعروف.

فنعتقد أنه حتى ولو منح للزوج أيضا الحق في طلب التفريق للضرر فإنه إذا تضرر من فعل أو قول الزوجة فإنه حتما لا يلجأ إلى هذه المادة بل يستعمل حقه الشرعي والقانوني في إيقاع الطلاق دون قيد أو شرط لرفع وإزالة هذا الضرر.

2.2.1.2. دعوى التفريق للضرر المعتبر شرعا

لا يمكن التفريق بين الزوجين للضرر إلا بإتباع إجراءات قانونية للحكم بالتفريق، ومن أجل الإطلاع على هذه الإجراءات تناولنا هذا المطلب في الفروع التالية:

- _ الفرع الأول: إجراءات دعوى التفريق للضرر المعترف شرعا
- _ الفرع الثاني: التدابير المؤقتة المتخذة من طرف القاضي خلال سير دعوى التفريق

1.2.2.1.2. إجراءات دعوى التفريق للضرر المعترف شرعا

أولاً: المحكمة المختصة بالنظر في دعوى التفريق للضرر المعترف شرعا

يجب أن تتأكد المحكمة المعروض عليها طلب الزوجة للتفريق للضرر من اختصاصها النوعي والمحلي لمباشرة النظر في هذه الدعوى و الفصل فيها.

فبالنسبة للمحكمة التي حولها القانون النظر والفصل في طلب الزوجة للتفريق للضرر فمرجعه الفقرة الثانية من المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد والتي نصت على أنه: " تفصل المحكمة في جميع القضايا، لاسيما المدنية والتجارية والبحرية والاجتماعية والعقارية وقضايا شؤون الأسرة والتي تختص بها إقليميا " .

أما اختصاص المحكمة الإقليمي للنظر في دعوى التفريق للضرر فقد نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بقولها على أنه: " في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي " .

ونلاحظ في هذا الشأن أن المشرع استعمل في الفقرة الثالثة من المادة 426 مصطلح الطلاق كمفهوم عام يتضمن الطلاق الذي يوقعه الزوج والتطليق الذي يقع بواسطة القضاء ويطلب من الزوجة والذي من ضمن حالاته التفريق بين الزوجين للضرر، وهذا ما تؤكدته المادة 48 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: « مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون » .

وبالتالي فالجهة القضائية المختصة نوعيا للنظر والفصل في طلب الزوجة للتفريق للضرر هي المحكمة كدرجة أولى وابتدائية للتقاضي، أما المحكمة المختصة إقليميا فهي المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية وهو محل إقامتهما المشتركة أي مقر سكنهما حتى ولو غادر الزوج أو الزوج مقر الزوجية لمدة طويلة، وحتى ولو لم تغير الزوجة موطنها القانوني السابق على الزواج أي موطنها في عزوبتها وهو غالبا موطن والدها أو وليها، وواقعة انتقالها إلى مسكن الزوجية يترتب عليها تغير موطنها فعليا، ومن ثم فإذا أرادت أن ترفع طلب التفريق للضرر فعليها أن توجه طلبها أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية.

أما بالنسبة للقانون المصري فقد وضع تنظيمًا قضائيا خاصا بالمنازعات الأسرية بإسناده مهمة الفصل في هذه المنازعات لمحاكم الأسرة التي أنشئت بموجب القانون رقم 10 لسنة 2004،

حيث جاء في فقرته الأولى من المادة الأولى على أنه: «تنشأ بدائرة اختصاص كل محكمة جزئية محكمة للأسرة يكون تعيين مقرها بقرار من وزير العدل».

وتبريرا لإنشاء محاكم الأسرة جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 10 لسنة 2004 على أن القانون رقم 10 لسنة 2000 قد أخذ بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية في المادة العاشرة منه باقتراح مجلس الشورى السالف ذكره إذ نصت فقرتها الثانية على أن: «يكون للمحكمة الابتدائية المختصة محليا بنظر دعوى الطلاق أو التطلق أو التفريق الجسماني - دون غيرها- الحكم ابتدائيا في دعاوى النفقات أو الأجور وما في حكمه سواء للزوجة أو الأولاد أو الأقارب وحضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمه والانتقال به ومسكن حضانته».

ولما كان التطبيق العملي لهذا الحكم قد كشف عن عدم كفايته لتحقيق غايات الأخذ بنظام محكمة الأسرة بالمعنى الدقيق والشامل كما عرفته النظم المقارنة، والكفيل بتحقيق عدالة أوفى وأقرب منالاً، جعلها ملائمة لطبيعة المنازعات التي تطرح عليها والمتقاضين الذين يلجأون إليها والأشخاص الذين يشهدون جلساتها، والصغار منهم على وجه الخصوص فقد صار لزاما استحداث تشريع مستقل ينشئ محاكم للأسرة تفي بالغرض المنشود و تستوفي المقومات المشار إليها[58] ص [26].

نظمت الاختصاص المحلي لدعوى التفريق للضرر المادة 12 من قانون محاكم الأسرة حيث نصت على أنه: «تكون محكمة الأسرة المختصة محليا، بنظر أول دعوى ترفع إليها من أحد الزوجين مختصة محليا دون غيرها، بنظر جميع الدعاوى التي ترفع بعد ذلك من أيهما، أو تكون متعلقة أو مترتبة على الزواج أو الطلاق أو التطلق أو التفريق الجسماني أو الفسخ، وكذلك دعاوى النفقات أو الأجور وما في حكمها سواء للزوجة أو الأولاد أو الأقارب ودعاوى الحبس لامتناع المحكوم عليه عن تنفيذ الأحكام الصادرة بها، وحضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمه، والانتقال به ومسكن حضانته، وجميع دعاوى الأحوال الشخصية، وذلك كله مع سريان أحكام الفقرتين الرابعة والخامسة من المادة 10 من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المشار إليه...».

وتحدد المحكمة المختصة محليا بنظر أول دعوى ترفع إليها وفقا للمعايير التي حددتها المادة 15 من القانون المصري رقم 01 لسنة 2000 المتعلق بتنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، حيث جاء في فقرتها الخامسة على أنه: «1) تختص المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي أو المدعى عليه بنظر الدعوى المرفوعة من الأولاد أو الزوجة أو الوالدين أو الحاضنة حسب الأحوال، في المواد الآتية: ... د- التطلق والخلع والإبراء والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها الشرعية».

وبالتالي فحسب القانون المصري فللزوجة الاختيار بين موطنها كمدعية أو موطن زوجها كمدعى عليه خلافا لما يقضي به قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الذي حدد الاختصاص المحلي في دعوى التفريق للضرر للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاص مسكن الزوجية.

ويبدو أن موقف القانون المصري يتسم بالتيشير على الزوجة في الاختيار بين موطنها وموطن زوجها خاصة إذا كان موطنه بعيدا عن موطنها.

أما بالنسبة لمدونة الأسرة المغربية، فلقد نصت المادة 212 من ق.م.م على أنه: "يقدم وفقا للإجراءات العادية مقال التطلاق إلى المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرة نفوذها بيت الزوجية أو موطن الزوجة أو موطن الزوجية أو التي أبرم فيها عقد الزواج". ونلاحظ أن نص المادة 212 تحدث عن تقديم مقال بخصوص التطلاق مكتوبا إلى المحكمة وعن الاختصاص المكاني، أما سبب التطلاق فتكلفت به مدونة الأسرة [142 ص 156].

وبالتالي فقد وسع المشرع من هذا الاختصاص فقرر أن دعوى التطلاق لأي سبب كان ترفع أمام : أ- المحكمة التي يوجد بدائرة نفوذها بيت الزوجية .

ب- المحكمة التي يوجد بدائرتها موطن الزوجة.

ج- المحكمة التي يوجد بدائرتها موطن الزوجية.

د- المحكمة التي أبرم عقد الزواج بدائرتها [142 ص 157].

وتظهر جليا الاختيارات التي وضعها القانون المغربي للزوجة تيسيرا لها في عملية التقاضي لتختار الموطن الذي يتلاءم وظروفها خلافا لما قضى به المشرع الجزائري الذي حصر الاختصاص في دعوى الطلاق بصفة عامة في موطن واحد وهو مسكن الزوجية، لذا يبدو من الضروري إعادة النظر في مسألة الاختصاص المحلي لدعوى التطلاق التي ترفعها الزوجة بوضع عدة خيارات لرفع دعوى التطلاق تسهلا للزوجة في عملية التقاضي كما فعل المشرع المغربي.

أما بالنسبة للاختصاص النوعي فإن المحكمة المختصة نوعيا في القضايا الأسرية – ومن بينها دعاوى التطلاق – هي المحكمة الابتدائية المختصة مكانيا، مع مراعاة ما جاءت به الفقرة الثالثة والرابعة من الفصل الثاني من التنظيم القضائي للمملكة بعد تعديله وتنظيمه بالقانون 30-70 وقد جاء فيهما: " تنظر أقسام قضاة الأسرة في قضايا الأحوال الشخصية والميراث... ويمكن لكل غرفة أن تبحث وتحكم في كل القضايا المعروضة على المحكمة كيفما كان نوعها باستثناء ما يتعلق بأقسام قضاء الأسرة" [142 ص 158].

ثانياً: كيفية رفع الدعوى التفريق للضرر

بالرجوع إلى قانون الأسرة لا نجد نصاً يحدد كيفية رفع دعوى التفريق للضرر، مما يلزمنا الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد لمعرفة هذه الكيفية الإجرائية.

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد نجد أن المادة 436 منه نصت على أنه: "ترفع دعوى الطلاق من أحد الزوجين أمام قسم شؤون الأسرة، بتقديم عريضة وفقاً للأشكال المقررة لرفع الدعوى". ولقد حددت المادة 14 و15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية هذه الأشكال بحيث نصت المادة 14 على أنه: "ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف".

ونلاحظ أن المادة 436 نصت على رفع دعوى الطلاق من أحد الزوجين أمام قسم شؤون الأسرة والصحيح هو رفع الدعوى أمام المحكمة كما نصت عليه المادة 14 لأن وجود قسم خاص بشؤون الأسرة ليس إلا تنظيمًا داخلياً لتسهيل عمل المحكمة.

أما بالنسبة للبيانات الشكلية التي يجب أن تتضمنها عريضة دعوى التفريق للضرر فمرجعه القاعدة العامة التي نصت عليها المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بقولها أنه: "يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى، تحت طائلة عدم قبولها شكلاً، البيانات التالية: " – الجهة القضائية المختصة التي ترفع أمامها الدعوى.

- _ اسم ولقب المدعى وموطنه .
 - _ اسم ولقب وموطن المدعي عليه ، فإن لم يكن له موطن معلوم فأخر موطن له.
 - _ عرضاً موجزاً للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى.
 - _ الإشارة، عند الاقتضاء، إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى".
- أما بالنسبة لموضوع العريضة فعلى الزوجة أن تعرض الوقائع المادية التي تمثل السبب القانوني الذي تستند إليه في طلبها للتفريق والمتمثل في الضرر الذي لحقها من سلوك وتصرفات زوجها مع وسائل إثباتها لهذا الضرر وأساسها القانوني.
- ويجب أن تودع مع هذه العريضة وثيقة الزواج الرسمية لإثبات صفتها كزوجة متضررة من سلوك زوجها، وفي الأخير تحدد طلبها الأصلي وهو التفريق بينها وبين زوجها، وطلباتها الفرعية بالتفصيل.

أما بالنسبة لكيفية رفع دعوى التفريق للضرر في القانون المصري فمرجعها القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 63 من قانون المرافعات المصري التي تنص على أنه: «ترفع الدعوى

أمام المحكمة بناء على طلب المدعي بصحيفة توضع قلم كتاب المحكمة ما لم ينص القانون على غير ذلك». وتطبيق ذلك مرده المادة 13 من القانون المصري لمحكمة الأسرة رقم 10 لسنة 2004 التي نصت على أنه: "يتبع أمام محاكم الأسرة ودوائرها الاستثنائية القواعد المقررة في هذا القانون وفي قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المشار إليه، وتطبق فيما لم يرد به نص خاص فيهما أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية وأحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية وأحكام القانون المدني في شأن إدارة وتصفية الشركات".

ويجب أن تشمل صحيفة الدعوى البيانات الآتية المنصوص عليها في المادة 63 من قانون المرافعات المدنية والتجارية وهي:

1- إسم المدعى ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه وإسم من يمثله ولقبه ومهنته أو وظيفته وصفته وموطنه.

- إسم المدعى عليه ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه فإن لم يكن له موطن معلوم فأخر موطن كان له.

2- تاريخ تقديم الصحيفة.

3- المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى.

4- بيان موطن مختار للمدعى في البلدة التي بها مقر المحكمة إن لم يكن له موطن فيها

5- وقائع الدعوى وطلبات المدعى وأسانيدها.

ويتضح من اتجاه المشرع في الأحكام المنظمة لقانون محكمة الأسرة أنه اتجه إلى نفس الأحكام السابقة عليه في القانون رقم 01 لسنة 2000 بالإحالة إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية [53 ص 2، 68] ونفس الموقف اتخذه المشرع الجزائري بإخضاع الجانب الإجرائي لدعوى الطلاق والتطليق لقانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك بعدم النص عليه في قانون الأسرة.

أما بالنسبة للقانون المغربي فقد نص الفصل 212 من ق.م.م. على أنه: «يقدم وفقا للإجراءات العادية مقال التطليق إلى المحكمة الابتدائية التي توجد بدائرة نفوذها بيت الزوجية أو موطن الزوجة أو موطن الزوجية أو التي أبرم فيها عقد الزواج».

و يستنتج من نص المادة 212 المذكورة أعلاه أن دعوى التطليق لأي سبب كان ترفع إلى المحكمة وفقا للإجراءات العادية المنصوص عليها في الفصول من 31 إلى 41 من قانون المسطرة المدنية. وهكذا ترفع دعوى التطليق إلى قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بمقال مكتوب، ويقدم هذا المقال أساسا من المدعي أو من وكيل عنه (الفصل 31 من ق.م.م.) يتضمن ما أوجبه القانون من بيانات (الفصل 32 من ق.م.م.) ومن ذلك بالخصوص "موضوع الدعوى والوقائع والوسائل المثارة" مقابل وصل يسلمه كاتب الضبط للمدعى يثبت فيه عدد المستندات المرفقة ونوعها، دفعا لكل

إهمال أو تلاعب، وبمجرد تقييد المقال، يعين الرئيس حسب الأحوال قاضيا مقررا في القضية[142] ص 156، 157].

2.2.2.1.2. التدابير المؤقتة المتخذة من طرف القاضي خلال سير دعوى التفريق

إن إيداع الزوجة العريضة الافتتاحية لدى كتابة ضبط المحكمة المختصة هدفه عرض النزاع الموجود بين الزوجة وزوجها بسبب الضرر الذي لحقها منه و التي تطلب على أساسه التفريق، وتبدأ مرحلة جديدة في هذا النزاع يمكن تسميتها بمرحلة إعلان النزاع الأسري أمام القضاء، مما يقتضي اتخاذ تدابير مؤقتة لحماية مصالح الزوجة المادية و المعنوية من رد فعل زوجها على هذه الدعوى.

لقد كانت هذه التدابير غائبة في قانون الأسرة مع أن الأمر رقم 274/59 المؤرخ في 04 فيفري 1959 والمرسوم رقم 1082/59 المؤرخ 17/09/1959 والمتعلق بتطبيق نفس الأمر، قد نظما هذه التدابير والتي هي ضرورية في دعوى الطلاق[42 ص 118].

ولقد نصت الفقرة الثانية من المادة الثامنة من الأمر الصادر في 04 فيفري سنة 1959 على هذه التدابير بقولها أنه: "يجوز للقاضي طوال نظر الدعوى، أن يتخذ ولو من تلقاء نفسه، ما يراه مناسباً من التدابير المؤقتة بشأن إقامة الزوجين والمحافظة عليها وبشأن حضانة الأولاد "

كما نصت المادة 15 من المرسوم الصادر في 17 سبتمبر سنة 1959 في الفقرة الأولى منها على أنه: "علاوة على التدابير المؤقتة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة الثامنة من الأمر الصادر في 04 فيفري 1959 المشار إليه سالفاً، يجوز للقاضي أن يتخذ كل التدابير الضرورية للمحافظة على أموال الزوجين أثناء سير الدعوى، وهذه التدابير وتلك، تخضع لتقدير قاضي الموضوع، وهي غير قابلة للاستئناف. وللقاضي في أي وقت أن يلغيها أو يعدلها إذا ما رأى ذلك مفيداً سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الطرفين، ويكون بصفة خاصة إذا كان أحد الزوجين قد امتنع بدون عذر قانوني عن الاستجابة لاستدعاء القاضي له بالحضور".

وأمام هذا الفراغ القانوني جاءت المادة 57 مكرر من قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05-02 لتعالج الاضطراب الذي قد يمس تنظيم الأسرة خلال هذه المرحلة بحيث نصت على أنه: «يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر عريضة[58 ص 510، 511] في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة و الحضانة و الزيارة و المسكن».

وبقراءتنا للمادة 57 مكرر نستخلص القواعد القانونية التالية:

1- يجوز للقاضي اتخاذ أي تدبير مؤقت أثناء نظره في الدعوى.

2- تتميز هذه الأوامر بالصفة الإستعجالية .

3- تحديد على سبيل المثال – المسائل التي يمكن أن تتخذ في شأنها التدابير المؤقتة وهي: - النفقة – الزيارة – الحضانة – المسكن، وهي التي تعد غالبا أسباب إضطراب تنظيم الأسرة خلال هذه المرحلة. ولم تنص المادة 57 مكرر صراحة على جواز اتخاذ القاضي لهذه التدابير من تلقاء نفسه كما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الثامنة من الأمر الصادر بتاريخ 04 فيفري 1959. ويبدو من تمعننا في نص المادة 57 أن القاضي يمكنه اتخاذ مثل هذه التدابير من تلقاء نفسه بدليل صياغتها، فالمادة تنص على أنه: "يجوز للقاضي" فالأمر هنا جوازي للقاضي للفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة... وليس في جميع طلبات التدابير المؤقتة. وبموجب إصدار قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد أكد المشرع مرة أخرى على جواز اتخاذ القاضي من تلقاء نفسه هذه التدابير المؤقتة التي تصدر بموجب أمر غير قابل للطعن، سواء في مرحلة إجراء الصلح أو مرحلة مناقشة موضوع الدعوى بعد فشل محاولات الصلح، وهذا ما نستنتجه من المادة 442 التي تنص على أنه: "يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة، كما يجوز له إتخاذ ما يراه لازما من التدابير المؤقتة بموجب أمر غير قابل لأي طعن".

ونرى في ذلك حماية للزوجة ومصالحها أثناء نظر القاضي في دعوى التفريق للضرر. ويمكن إدراك الحكمة من جواز اتخاذ تلك التدابير المؤقتة من قبل القاضي الذي ينظر دعوى الطلاق، وهي أن الزوجين أو أحدهما لا يقيمان دعوى الطلاق في الغالب إلا عند قيام سوء تفاهم حاد بينهما يؤثران بسببه أو يؤثر أحدهما الفرقة النهائية، وقد يدفع ذلك أحدهما أو كليهما إلى محاولة الإضرار بالآخر أثناء نظر الدعوى وقبل صيرورة كل منهما أجنبيا على الآخر، ويظهر فائدة ذلك جليا في حال طلب أحد الزوجين الطلاق بسبب إيذاء الآخر له بالقول أو بالفعل [188 ص 50]. وبالتالي تظهر الضرورة في تسوية الحياة المادية للأسرة خلال هذه الفترة من الدعوى باعتبار أن الزواج لا يزال قائما ما دام لم يصدر حكما بالطلاق، لأن وجود الدعوى يجعل السير العادي للأسرة شبه مستحيل ومن ثم نشأت سلطة القاضي في اتخاذ هذه التدابير [231 ص 216]. وما يميز هذه التدابير أنها ذات طابع استعجالي، غايتها الوقاية من خطر نو طابع مادي أو مالي [232 ص 211].

ويظهر أهمية ذلك عندما ترفع الزوجة دعوى التفريق بينها وبين زوجها بسبب إيذائه لها بالضرب أو السب والشتم، فاتخاذ مثل هذه التدابير يمثل وسيلة لحمايتها من أي خطر قد يصدر عن سلوك الزوج خلال هذه المرحلة.

ولقد أوكل المشرع للقاضي من دون جهة قضائية أخرى إتخاذ هذه التدابير، لأنه أعلم بحال الزوجين، فقد يأمر بالإقامة المستقلة للزوجة بعيدا عن الزوج إذا ما رأى أنه يدأب على إيذائه لها

بالضرب المبرح أو يحكم عليه بالغرامة لهذا السبب، وهو الذي يأمر بالحجز التحفظي على مال أي منهما الموجود تحت يد الآخر أو في منزل الزوجية، وهو الذي يأمر بنزع الأولاد من حضانة الزوجين ووضعهم عند أمين أو يأمر بحضانة أمهم لهم بصفة مؤقتة في المكان الذي أذن لها بالإقامة فيه بعيدا عن الزوج ونحو ذلك [188 ص 50، 51].

وهذا ما يؤكد الفقه المالكي، حيث ثبت في أحكامه أن المرأة إذا اشتكت من ضرر زوجها وتكررت الشكوى منها وعجزت عن إثبات الضرر، فللقاضي أن يأمر بإسكانها بين قوم صالحين ليتبين له حالها [136 ص 254].

وتنصب التدابير المؤقتة غالبا على مسكن الزوجين، فقد يرخص القاضي للزوجين بالإقامة المنفصلة، ويحدد أيضا الزوج الذي يحق له الانتفاع بالسكن وإنه من الضروري أن يحدد القاضي النتائج المالية المترتبة على تخصيص مسكن الزوجية للإقامة و الانتفاع به من أحد الزوجين [231 ص 216].

ويجوز للقاضي أن يصدر أمرا على عريضة على سبيل الاستعجال بطلب من الزوجة ليقدر لها نفقة مؤقتة خلال الدعوى للإنفاق على نفسها وأولادها الذين هم في حضانتها، كما يمكن للزوجة أن تطلب من القاضي استصدار أمر على عريضة لتمكينها من زيارة أولادها إذا كانوا عند والدهم إذا رفض هذا الأخير هذه الزيارة.

وخلال هذه الفترة يمكن للزوجة أن تطلب من القاضي إعادة النظر في التدبير المتخذ بتعديله ليتناسب مع الظروف الطارئة التي أثرت على فعاليته وفائدته كمطالبة الزوجة إعادة النظر في الأمر بالنفقة المخصصة لها مؤقتا.

ويجب على الزوجة في هذه الحالة أن تؤسس طلبها بإثبات ظهور وقائع جديدة جعلت من مقدار النفقة غير كاف لضروريات الحياة وإلا رفض طلبها.

وبالتالي فالتدابير المؤقتة التي نصت عليها المادة 57 مكرر من قانون الأسرة تمثل وسائل وقائية لتنظيم مرحلة الخصومة الأسرية ولكن كان من الأجدر أن تمنح للقاضي سلطة اتخاذ التدابير المؤقتة من تلقاء نفسه لأنه أعلم بحال الزوجين من خلال نظره في دعوى التفريق.

وكان يمكن أن يكون نظام التدابير المؤقتة أكثر فائدة لو اشترط في اتخاذ القاضي لتلك التدابير أخذ رأي النيابة العامة، لأن النيابة هي التي بوسعها لما لها من خبرة في التحقيق وقدرة على متابعة أقدار على تزويد القاضي بحقيقة أوضاع الزوجين و الكشف عن الظالم منهما وما يلزم لتقاضي ظلمه وإيدائه. وأما عن سقوط كل تلك التدابير الوقتية بمجرد صيرورة الحكم بالطلاق نهائيا، لأنه بصيرورة الحكم بالطلاق نافذا من كل وجه يصبح كل من الزوجين أجنبيا عن الآخر وهذا معناه انفصالهما في الإقامة وانفصال أموالهما، والحكم بالطلاق لا بد أن يتضمن الحكم بحضانة الأولاد

وذلك يسقط القرار السابق، ومن جهة أخرى، فإنه بصيرورة حكم الطلاق نهائياً يخرج الموضوع كله من ولاية القاضي فيسقط بذلك كل قرار سبق له إصداره بسلطته الولائية لا القضائية[188 ص 51]. أما بالنسبة للقانون المصري، فقد نصت الفقرة الرابعة من المادة العاشرة من القانون رقم 01 لسنة 2000 على التدابير المؤقتة بقولها: « وللمحكمة أثناء سير الدعوى أن تصدر أحكاماً مؤقتة واجبة النفاذ بشأن الرؤية أو بتقرير نفقة وقتية أو تعديل ماعساها تكون قد قررتها من نفقة بالزيادة أو النقصان.

ولا يجوز الطعن على تلك الأحكام المؤقتة التي تصدر أثناء سير هذه الدعاوى إلا بصدور الحكم النهائي". فحسب منطوق الفقرة الرابعة من المادة العاشرة فإن المحكمة لها سلطة جوازية في إصدار هذه الأحكام المؤقتة ولو من تلقاء نفسها، وذلك خلال سير الدعوى مما يدل على أن صلاحية هذه الأحكام مؤقتة إلى غاية إصدار حكم المحكمة في دعوى التفريق للضرر. هذا، ولم تجز الفقرة الخامسة من المادة العاشرة الطعن في هذه الأحكام المؤقتة التي تصدر أثناء سير الدعوى إلا بصدور الحكم النهائي فيها. وبناء عليه، نتساءل إذا كانت هذه الأحكام مؤقتة فمعنى ذلك أنها تسقط وتنتهي بصدور الحكم النهائي إذن ما جدوى جواز الطعن فيها مع هذا الحكم؟.

ونصت المادة 121 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: « في حالة عرض النزاع بين الزوجين على القضاء، وتعذر المساكنة بينهما، للمحكمة أن تتخذ التدابير المؤقتة التي تراها مناسبة بالنسبة للزوجة و الأطفال تلقائياً أو بناء على طلب، وذلك في انتظار صدور الحكم في الموضوع، بما فيها اختيار السكن مع أحد أقاربها أو أقارب الزوج، وتنفيذ تلك التدابير فوراً على الأصل عن طريق النيابة العامة ».

و نستنتج من خلال قراءة هذه المادة القواعد القانونية التالية[142 ص 160]:

- 1- إن اتخاذ التدبير المؤقتة في إطار النص أعلاه، مشروط باستحالة المساكنة بين الزوجين، أما إذا ظهر للمحكمة أن المساكنة المشتركة لا تزال قائمة بين الزوجين ترفض المحكمة طلب اتخاذها.
- 2- يجوز للمحكمة أن تتخذ هذه التدابير من تلقاء نفسها، رغم القاعدة التي تقضي بأنه ليس للمحكمة أن تقضي إلا بما طلب، وذلك بشرط أن تسبب موقفها.
- 3- تهدف هذه الإجراءات المؤقتة الواجب اتخاذها في إطار المادة 121 إلى حماية الزوجة أو حماية الأولاد أو حماية هذين العنصرين معاً.
- 4- إمكانية إسكان الزوجة عند أحد أقارب الزوج أو عند أحد أقاربها، حسب ما تراه المحكمة، وإسكان الزوجة إجراء ورد على سبيل المثال فقط.
- 5- تتخذ التدابير الحمائية التي نحن بصدها قبل صدور الحكم الفاصل في النزاع، أما إذا صدر الحكم القاضي بالتطليق فلم يعد هناك محل لتلك التدابير على ما يتضح من النص أعلاه.

6- تنفذ التدابير المؤقتة التي اتخذتها المحكمة بواسطة النيابة العامة بكيفية استعجاليه وعلى الأصل. ويمكن القول أن مدونة الأسرة المغربية قد عالجت موضوع التدابير المؤقتة المتخذة أثناء سير دعوى الطلاق بنوع من التفصيل، واشترطت لاتخاذ هذه التدابير أن تتحقق واقعة تعذر المساكنة، أي وجود انفصال بين الزوجين وقطع للإقامة المشتركة بينهما، وهذا واقع يفرض غالبا في دعوى التفريق التي ترفعها الزوجة للقضاء لرفع وإزالة الضرر، الأمر الذي يحتم عليها الابتعاد عن الإقامة مع زوجها خوفا من أن يتعدى عليها مرة أخرى بالضرب والشتم خاصة وأنها كشفت ممارساته أمام القضاء.

بالإضافة إلى ما سبق، وضمانا لتنفيذ التدابير المؤقتة فقد أسندت المادة 121 من مدونة الأسرة المغربية مهمة تنفيذها إلى النيابة العامة بحيث نصت على أنه: "... وتنفذ تلك التدابير فورا على الأصل عن طريق النيابة العامة " وذلك من شأنه أن يمنح القوة التنفيذية اللازمة لهذه التدابير ويوفر الحماية اللازمة للزوجة أثناء هذه المرحلة، الاتجاه الذي نرى أن يسايره المشرع الجزائري.

3.2.1.2. محاولة الإصلاح بين الزوجين

ألزمت المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري - المعدلة بموجب الأمر رقم 02-05 - القاضي بإجراء الصلح بين الزوجين وذلك بنصها على أنه: « لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى. يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط و الطرفين » [213].

وقد أكدت المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد على إلزامية الصلح، حيث جاء في نصها على أن: " محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية". ولقد عرفت المحكمة العليا الصلح في مجال النزاع الأسري بقولها: « من المقرر قانونا أن الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه». يلاحظ أن تعريف المحكمة العليا للصلح مرجعه نص المادة 459 من القانون المدني، و بالتالي فالصلح الذي نصت عليه المادة 49 من قانون الأسرة هو صلح قضائي يتخذ وصف العقد الذي يضع بموجبه الزوج والزوجة حدا لنزاعهما، وما دور المحكمة سوى مراقبة صحة وسلامة هذا الصلح، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في اجتهادها القضائي. ومن ثم يعتبر الصلح إجراء جوهري لصحة الحكم بالتفريق بين الزوجين بسبب الضرر، وهذا ما أكدته عدة قرارات قضائية صادرة عن المحكمة العليا نذكر بعضها:

« يستوجب نقض الحكم الذي حكم بالطلاق بين الطرفين إنطلاقاً من السبب الوحيد أن الحياة الزوجية صارت مستحيلة، دون أن يقدم أي طلب طلاق، ودون الصلح المنصوص عليه في المسألة ودون سماع المعنيين في هذا الشأن، مما يوضح جلياً خرق قضاة الموضوع للقانون» [201 ص 231].

« من المقرر قانوناً أن محاولة الصلح المنصوص عليها في المادة 49 هي إجراء جوهري في صلح الزوجين معاً قصد إعطائهما فرصة تسمح باختبار العلاقة التي تربطهما، ومن ثم فإنه يستوجب نقض وإبطال القرار الذي أغفل جلسة الصلح مكتفياً أنه وقع توجيه الاستدعاء للزوجين وقد حضر الزوج و تغيبت الزوجة دون التنصيص على أن الزوجة قد تسلمت الاستدعاء فعلاً » [201 ص 71].

وإن إجراء محاولة الصلح ملزم للقاضي حتى في حالات التخليق المخول للزوجة بموجب المادة 53 من قانون الأسرة، لأن مصطلح الطلاق المذكور في المادة 49 من قانون الأسرة ورد بمفهومه الواسع بما فيه الطلاق الذي يوقعه الزوج والتخليق الذي تطلبه الزوجة و يحكم به القاضي. ولم تبين المادة 49 من قانون الأسرة كيفيات عقد جلسات الصلح. وأمام هذا الفراغ القانوني، جاءت المواد من 439 إلى 444 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد لتملاً هذا الفراغ وترسم للقاضي الإطار الإجرائي التي تتم فيه محاولات الصلح. فقد ألزمت المادة 439 القاضي بإجراء محاولات الصلح في جلسات سرية، بحيث نصت على أن: "محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية". بمعنى أن محاولات الصلح تجرى أمام القاضي وخارج قاعة الجلسات، وبحضور الزوجين شخصياً دون ممثليهما أو محاميتهما [42 ص 116].

ومن أجل المعرفة المفصلة لمعطيات النزاع الأسري فعلى القاضي أن يستمع إلى ادعاءات كل زوج على انفراد، ثم يجمع بينهما للاستماع لهما معاً .

وبغية تحقيق محاولات القاضي للصلح بين الزوجين، منحت المادة 440 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد للزوجين إمكانية طلب حضور أحد أفراد العائلة ليشارك ويساعد القاضي في محاولة الصلح بحيث نصت على أنه: "في التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح، يستمع القاضي إلى كل زوج على انفراد ثم معاً. ويمكن بناء على طلب الزوجين حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح. "ونرى في منح الزوجين إمكانية طلب إحضار أحد أفراد العائلة للمشاركة في عملية الإصلاح بينهما عاملاً هاماً يساعد القاضي في إنجاح محاولات الصلح، باعتبار أن هذا الشخص قريب من الزوجين وأعلم بحالهما.

ونلاحظ حسب صياغة الفقرة الثانية من المادة 440 المذكورة أعلاه، أن حضور أحد أفراد العائلة للمشاركة في محاولة الصلح مقيد بطلب الزوجين، بمعنى يشترط اتفاق الزوجين على حضوره

سواء كان من عائلة الزوج أو عائلة الزوجة ،ويبقى للقاضي السلطة التقديرية في الموافقة على طلبهما حسب مدى جدية وفائدة حضور هذا الشخص للمساهمة في محاولة الصلح. وفى إطار مساعدة القاضي لتحقيق الصلح بين الزوجين، خولت المادة 425 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد لرئيس قسم شؤون الأسرة صلاحية اللجوء إلى تعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أي مصلحة مختصة في موضوع النزاع الأسري، وذلك على سبيل الاستشارة التي قد يحتاجها القاضي إذا استشكل عليه الأمر لرفع كل لبس أو غموض يعتريه خلال محاولته الصلح بين الزوجين، بحيث جاء في الفقرة الأولى من المادة 425 على أنه: "... ويجوز له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون، أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أي مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة... يمكن اللجوء إلى الاستشارة في أي وقت وحتى أثناء إجراءات الصلح".

وقد يمنح أحد الزوجين ظرفاً طارئاً يجعل حضوره لجلسة الصلح مستحيلاً، ففي هذه الحالة أجازت المادة 441 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد للقاضي إما أن يؤجل جلسة الصلح لتاريخ لاحق حسب طبيعة الظرف الطارئ، وإما أن يلجأ إلى انتداب قاضي آخر ليستمع لهذا الزوج ويعرف موقفه من الصلح الذي يعرضه القاضي، وذلك بموجب إنابة قضائية. أما إذا كان غياب أحد الزوجين غير مبرر بالرغم من تلقيه استدعاء الحضور لجلسة الصلح ، يقوم القاضي بتحرير محضر يعاين ويثبت من خلاله هذا الغياب الذي يعتبر قرينة قاطعة على رفض هذا الزوج للصلح المعروف. وهذا ما أكدته المحكمة العليا بقولها: "إن عدم حضور أحد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجراءاتها عدة مرات يجعل القاضي ملزماً بالفصل في الدعوى رغم عدم حضور أحدهما، لأن المادة 49 من قانون الأسرة تحدد مهلة إجراء الصلح بثلاثة أشهر"[201 ص 235].

وفى إطار سلطته التقديرية في إجراء محاولة الصلح ، يجوز للقاضي إذا تأكد من وجود إرادة لدى الزوجين في الصلح أن يمنحهما مهلة معقولة للتفكير جيداً في عواقب التفريق بينهما، وهذا بعد هدوء أعصابهما والحضور مرة أخرى لجلسة صلح جديدة، وذلك بشرط ألا تتجاوز محاولات الصلح بما فيها مهلة التفكير الممنوحة للزوجين مدة ثلاثة أشهر من تاريخ الدعوى، بحيث نصت على أنه: "يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة للتفكير لإجراء محاولة صلح جديدة.... وفى جميع الحالات، يجب أن لا تتجاوز محاولات الصلح ثلاثة (3) أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق".

أما الصلح في القانون المصري فقد نصت عليه المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل و المتمم حيث جاء فيها على أنه : « إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلاقاً بائناً إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما...» .

ونصت أيضا على إلزامية عرض الصلح على الزوجين الفقرة الثانية من المادة 18 من القانون المصري رقم 01 لسنة 2000 المتعلق بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، فجاء في مضمونها على أنه: « وفي دعاوى الطلاق و التظليق لا يحكم بها إلا بعد أن تبذل المحكمة جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز عن ذلك فإن كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما ولا تزيد عن ستين يوما .»

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بإلزامية الصلح بين الزوجين في دعاوى الطلاق بقولها: « لما كان النص في المادة السادسة من المرسوم رقم 25 لسنة 1929 على أنه: « إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها طليقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما...» يدل على أن الشارع اشترط للحكم بالتظليق في هذه الحالة أن يثبت إضرار الزوج بزوجه بما لا يستطاع معه دوام العشرة وأن يعجز القاضي عن الإصلاح بين الزوجين المتخاصمين فإن هي قضت بالتظليق دون أن تحاول التوفيق بينهما كان قضاؤها باطلا، باعتبار أن سعيها للإصلاح قبل الحكم بالتفريق إجراء جوهري أوجب القانون و لصيق بالنظام العام...» [197 ص ص 380].

ومن أجل تفعيل عملية الصلح بين الزوجين، إستحدث المشرع المصري مرحلة جديدة لتسوية المنازعات الأسرية تسبق مرحلة اللجوء إلى المحكمة بهدف منع وصول الخلافات الأسرية إلى ساحات المحاكم التي تستغرق وقتا قد يكون طويلا للفصل في النزاع وهذا الوقت يعتبر ضائع بلا فائدة من عمر أفراد الأسرة صاحبة النزاع بالإضافة إلى أن حل النزاع الأسري عن طريق مكاتب التسوية وديا يكون أقرب إلى التنفيذ الفوري بصورة ودية نظرا لرضا الطرفين [58 ص 255].

ولقد جاء تنظيم العمل بمكاتب التسوية الأسرية في قانون محاكم الأسرة رقم 10 لسنة 2004 وذلك في المواد 5، 6، 7، 8، ولقد نصت المادة الخامسة منه على أنه: « تنشأ بدائرة اختصاص كل محكمة جزئية مكتب أو أكثر لتسوية المنازعات الأسرية يتبع وزارة العدل ويضم عددا كافيا من الأخصائيين القانونيين والاجتماعيين والنفسيين الذين يصدر بقواعد اختيارهم قرار من وزير العدل بعد التشاور مع الوزراء المعنيين ويرأس كل مكتب أحد ذوي الخبرة من القانونيين أو من غيرهم من المختصين في شؤون الأسرة المقيدون في جدول خاص يعد لذلك من وزارة العدل و يصدر بقواعد وإجراءات وشروط القيد في هذا الجدول قرار من وزير العدل».

ويلاحظ أن المشرع أحسن صنعا عندما فطن إلى ذلك التشكيل الذي يعتبر بداية لحل المسألة قبل وصولها إلى المحكمة، وهو قد جمع بين تشكيلة الجانب القانوني والاجتماعي والنفسي وبذلك

يكون قد عالج المسألة بشكل صحيح نظرا لما في مسائل الأحوال الشخصية من خصوصية وتعقيد تتطلب أشخاص ذوي إمكانيات خاصة وذوي خبرة في مجال الأحوال الشخصية [53 ص 93].

ويلاحظ أن رئاسة هذه المكاتب يتولاها ذوي الخبرة من القانونيين أو من غيرهم ممن لهم خبرة ومعرفة بشؤون الأسرة، وذلك ضمنا لأداء هذه المكاتب لدورها في تسوية النزاعات الأسرية وديا عن طريق الصلح بين الزوجين.

ويتضح من نص المادة الخامسة المذكورة آفا أن مكتب التسوية الأسرية ينشأ في كل محكمة جزئية ويتبع هذا المكتب وزارة العدل.

ويتكون هذا المكتب من عدد كاف من الأخصائيين القانونيين والاجتماعيين والنفسيين الذين يعينون بقرار من وزير العدل.

ولقد نصت الفقرة الأولى من المادة السادسة من القانون رقم 10 لسنة 2004 على إلزامية اللجوء إلى هذه المكاتب لعرض طلب التسوية الودية للنزاع الأسري حيث جاء في مضمونها على أنه: « يجب على من يرغب في إقامة دعوى بشأن إحدى مسائل الأحوال الشخصية التي يختص بها محاكم الأسرة أن يقدم طلبا لتسوية النزاع إلى مكتب تسوية المنازعات الأسرية ».

ونصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه: « وتتولى هيئة المكتب الاجتماع بأطراف النزاع، وبعد سماع أقوالهم تقوم بتبصيرهم بجوانبه المختلفة وآثاره وعواقب التمادي فيه، وتبدي لهم النصح والإرشاد في محاولة لتسويته وديا حفاظا على كيان الأسرة ».

ويتضح أن الزوجة التي تريد التفريق بينها وبين زوجها بسبب الضرر الذي لحقها منه، لا يمكنها حسب القانون المصري اللجوء مباشرة إلى محكمة الأسرة كما هو الحال في قانون الأسرة الجزائري بل يجب عليها أن تقدم طلب تسوية النزاع الأسري إلى مكتب تسوية النزاعات الأسرية المختص.

وإن المهمة الأساسية المسندة لهذه المكاتب هو بذل مساعي التوفيق بين الأطراف المتنازعة بهدف الوصول إلى الصلح كلما أمكن. وهي تقوم بهذه المهام الموكولة إليها في مرحلة سابقة على التقاضي أي قبل اللجوء لمحاكم الأسرة بهدف رأب صدع الأسرة والتوفيق بين أطرافها [64 ص 128، 129].

وتقوم هيئة المكتب بالاجتماع بأطراف النزاع وسماع أقوالهم وتتولى هيئة المكتب تبصرة الخصوم بجوانب النزاع المختلفة وآثار ذلك على العلاقات الأسرية مع بيان عواقب التمادي في النزاع على الطرفين وما بينهما من أولاد، وتعمل بقدر المستطاع على تقريب وجهات النظر المتعارضة بهدف التوصل إلى تسوية النزاع صلحا بين الأطراف المتنازعة في مرحلة تسبق مرحلة التقاضي [64 ص 129].

ولقد نصت المادة الثامنة من قانون محاكم الأسرة على أنه: « يجب أن تنتهي التسوية خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تقديم الطلب ولا تجاوز هذه المدة إلا باتفاق الخصوم، فإذا تم الصلح يتولى رئيس مكتبه تسوية المنازعات الأسرية إثباته في محضر يوقعه أطراف النزاع و يلحق بمحضر الجلسة التي تم فيها، ويكون له قوة السندات واجبة التنفيذ و ينتهي به النزاع في حدود ما تم الصلح فيه.

وإذا لم تسفر الجهود عن تسوية النزاع وديا في جميع عناصره أو بعضها وأصر الطلب على استكمال السير فيه يحرر محضر بما تم منها و يوقع من أطراف النزاع أو الحاضرين عنهم و يرفق به تقارير الأخصائيين و تقرير من رئيس المكتب و ترسل جميعا إلى قلم كتاب محكمة الأسرة المختصة التي ترفع إليها الدعوى وذلك في موعد غايته سبعة أيام من تاريخ طلب أي من أطراف النزاع و ذلك للسير في الإجراءات القضائية فيما لم يتفق عليه أطراف المنازعة » .

ولقد حددت المادة الثامنة المذكورة أعلاه الإجراءات التي يجب مراعاتها في حالة الصلح بين الزوجين أو حالة عدم الصلح و يلاحظ أن هذه المادة قد حددت أجل خمسة عشر يوما لتسوية النزاع الأسري بالصلح أو بعدم الصلح، وهو أجل قصير وغير كاف لإجرائه نظرا للطابع الخاص للمعقد الذي يميز النزاعات الأسرية التي تحتاج إلى أجل معقول لمباشرة عدة محاولات للصلح عسى أن تؤتي ثمارها، وإن كانت المادة العاشرة قد أجازت تمديد هذا الأجل إذا رغب الزوجان في ذلك وعندما تكون لديهم الإرادة الجدية في الصلح والعودة إلى الحياة الزوجية.

ويبدو أيضا أن مدة (سبعة أيام) قصيرة وغير كافية ليتمكن مكتب تسوية النزاع الأسري في السير في الإجراءات القضائية ومن المستحسن أن يوحد المشرع المدة سواء بالنسبة لتسوية المنازعة صلحا أو عدم تسويتها صلحا حتى تكون هناك مدة مناسبة للحالتين حتى يتمكن أطراف النزاع من التروي والتفكير في الآثار المترتبة على ذلك، ثم يترك الأمر للإجراءات القضائية أخيرا[53 ص 129].

ونرى أن التجربة المصرية في استحداث مكاتب لتسوية النزاعات الأسرية التي ينظمها القانون رقم 10 لسنة 2004 جديرة بالتنويه والاستحسان[58 ص 255] للدور الوقائي التي تمارسه في تحقيق الصلح بين الأزواج .

ولا شك أن إنشاء هذه المكاتب وقيامها بمحاولة تسوية النزاع صلحا بين أطرافها في مرحلة سابقة على اللجوء إلى محاكم الأسرة، من شأنه أن يكون عاملا مساعدا للتخفيف عن كاهل محاكم الأسرة بوضع حد للنزاعات الأسرية بإنهائها صلحا بالتوفيق بين أطرافها مما يقلل من اللجوء إلى المحاكم، وهذا يخفف بدوره العبء على القضاة فضلا عما ستحققه مكاتب التسوية على الصعيد

الاجتماعي برأب تصدع الأسرة والمحافظة على الروابط الأسرية والعمل على استقرارها والتوفيق بين أطرافها[64 ص 129].

ونصت أيضا الفقرة الأولى من المادة 113 من مدونة الأسرة المغربية على ضرورة إجراء محاولة الصلح بين الزوجين بقولها: « يبت في دعوى التطلق المؤسسة على أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة 98 أعلاه، بعد القيام بمحاولة الإصلاح، باستثناء حالة الغيبة، وفي أجل أقصاه ستة أشهر، ما لم توجد ظروف خاصة ».

ومحاولة الإصلاح إجراء اقتضته مصلحة الأسرة، وهي مصلحة اجتماعية هامة، ومن ثم فهي من صميم النظام العام، لذلك فهي ملازمة لكل حالة تعرض على القضاء، تهدف إلى التفرقة بين الزوجين بالطلاق أو التطلق، باستثناء حالة التطلق للغيبة، حيث يتعذر إجراؤها عمليا في هذه الحالة، وذلك أن محاولة الإصلاح تقتضي الحضور الشخصي للزوجين معا[142 ص 159]. وأكد المجلس الأعلى المغربي على ذلك بقوله: « إن إجراء التصالح من النظام العام »[142 ص 159]. هذا وبالرغم من النص على إلزامية الصلح في حالات التطلق التي حددتها مدونة الأسرة في المادة 98 إلا أنها لم تحدد كيفية إجراء ذلك.

وأمام هذا الفراغ القانوني فيبدو من السليم الاعتماد على ما ذهب إليه د/"الكشور"[142 ص 159] في الرجوع إلى المادة 82 من مدونة الأسرة لتحديد الكيفية الإجرائية للصلح في حالات التطلق باعتبارها قاعدة عامة في موضوع إجراء الإصلاح بين الزوجين.

ولقد جاء في الفقرة الثانية من المادة 82 من مدونة الأسرة على أن: « للمحكمة أن تقوم بكل الإجراءات، بما فيها انتداب حكمين أو مجلس العائلة، أو من تراه مؤهلا لإصلاح ذات البين، وفي حالة وجود أطفال تقوم المحكمة بمحاولتين للصلح تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما. إذا تم الإصلاح بين الزوجين حرر به محضر وتم الإشهاد به من طرف المحكمة ».

ويتضح من خلال المادة 82 من مدونة الأسرة أن للمحكمة سلطة تقديرية في إجراء محاولة الصلح بين الزوجين وذلك بالاعتماد على الاختيارات التي حددتها المادة 82 وهي:

1- إختيار الحكمين[142 ص 159].

2- إختيار مجلس العائلة.

3- إختيار من تراه مؤهلا لإصلاح ذات البين.

ويبدو أن تحديد المادة 82 لهذه الاختيارات ورد على سبيل المثال بدليل الصياغة التي جاءت بها هذه المادة: « للمحكمة أن تقوم بكل الإجراءات، بما فيها انتداب حكمين أو مجلس العائلة... ».

فلمحكمة أن تلجأ لأي إجراء تراه مناسبا وفعالا لإجراء عملية الصلح بين الزوجين.

وطبقا للمادة 82 من مدونة الأسرة يتم إثبات الصلح بين الزوجين عن طريق تحرير محضر يخضع للإشهاد عليه من طرف المحكمة أما إذا عجزت المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين تتبع نفس الطريقة في الإثبات.

ويظهر أن مدونة الأسرة المغربية وضعت حولا عملية للتخفيف على القاضي في عملية الإصلاح بين الزوجين، فمنحته الاختيارات السابق ذكرها لضمان نجاح عملية الصلح بإسنادها لأشخاص لهم من الخبرة في شؤون الأسرة ما يمكنهم من القيام بدورهم في الإصلاح بطرق سليمة. ولقد أسندت المادة 49 من قانون الأسرة مهمة إجراء الصلح للقاضي وحده دون تدخل من طرف آخر كأصل عام، إلا في حالة طلب الزوجين إحضار أحد أفراد العائلة للمشاركة في محاولات الصلح، وهذا ما جاءت به الفقرة الثانية من المادة 440 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد السابق الذكر.

وعندما يباشر القاضي عملية الصلح باستدعاء الزوجين، فإن ذلك يهدف أساسا إلى بذل جهد كبير للإصلاح بينهما، غير أن ملاءمة وأهمية الصلح أدت إلى وجود تقديرات وأراء مختلفة، فالملاحظ عمليا يثبت أن فعالية الصلح ضعيفة بحيث أن عدد الأزواج الذين يخرجون متصالحين محدود جدا، وفي غياب الإحصائيات في هذا المجال، يمكننا أن نتساءل هل عمليات الصلح المحققة بهذه الطريقة تبقى فعلا دائمة [231 ص 214] ؟

ومن المؤسف أن نقول أن معظم دعاوى الطلاق أو التطلق التي انتهت بالصلح لم تدم طويلا لتعرض من جديد على القضاء.

وإن الشروط المادية التي تدور في إطارها محاولات الصلح، لا تكون دائما ملائمة لإنجاح الصلح، فغالبا ما يكون القضاة مرتبطين بأعمال قضائية أخرى تجعلهم غير قادرين على التفرغ لإجراء محاولة الصلح وإعطائها الوقت المستحق للتعمق مع الزوجين في الصعوبات التي تعترى حياتهما الزوجية [231 ص 214، 215].

وبالفعل، فهل يعقل أن يتفرغ القاضي جيدا لمحاولة الصلح، خاصة إذا علمنا أن القاضي قد يجري عدة محاولات صلح في اليوم، فمثل هذا الواقع يؤثر كثيرا في نجاح عملية الصلح، ونتيجة لذلك أصبحت محاولة الصلح بين الزوجين مجرد تطبيق لإجراء شكلي فرضه القانون على القاضي قبل التفريق بينهما. لذا يبدو لنا من الضروري معالجة هذا الوضع باللجوء إلى نظام التحكيم المنصوص عليه شرعا لضمان إجراء الصلح بشروط وظروف من شأنها تحقيق النتائج المرجوة من عملية الصلح.

وإن القاضي عند إجرائه لمحاولة الصلح بين الزوجين، يجعلنا نفترض أنها لا تخرج عن

فرضيتين:

- الفرضية الأولى: وهي الفرضية التي يتحقق فيها الصلح بين الزوجين ويتم ذلك غالبا بتنازلات متبادلة بينهما لتحقيق هذه النتيجة.

وإن وجود الصلح مسألة واقع، تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ويكون الصلح موجودا بتوافر عنصرين:

- عنصر مادي: ويظهر في عودة الحياة المشتركة بين الزوجين ولا يعني ذلك حتما عودة العلاقات الجنسية بين الزوجين، وإن كانت واقعة عودة الزوجين للحياة المشتركة تدل على ذلك [232 ص 173].

- عنصر نفسي: ويتمثل في الإرادة الصريحة أو الضمنية لنسيان الخطأ واستعادة الحياة المشتركة وإذا كان الأمر يتعلق إلا بنسيان الخطأ، فهو عفو من الزوج المضرور وبإرادته، وإن كانت عودة الحياة المشتركة بين الزوجين تتطلب غالبا وجود إرادة الزوجين بما فيها إرادة المضرور وإرادة المسئول عن الضرر [232 ص 173].

وإذا تحقق الصلح بين الزوجين، فإنه يترتب أثرا أساسيا وهو إزالة سبب طلب الزوجة للتفريق وهو الضرر الذي لقحها من زوجها سواء كان ضررا ماديا أو معنويا وبالتالي القضاء على النزاع الأسري.

ويبقى للزوجة الحق في رفع طلب جديد إذا نقض الزوج اتفاق الصلح وذلك بالتعدي عليها مرة أخرى ماديا أو معنويا.

ويمكن للزوجة بعد تنفيذ الصلح أن ترفع طلبا بالتفريق حتى بالنسبة لأخطاء الزوج السابقة على الصلح و التي لم تكتشف إلا بعد تحقيق الصلح وعودة الحياة المشتركة بينهما [232 ص 174].
ولإثبات واقعة الصلح بين الزوجين نصت الفقرة الثانية من المادة 49 من قانون الأسرة المضافة بالأمر رقم 02/05 على ضرورة إفراغ القاضي لاتفاق الصلح المبرم بين الزوجين في محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه القاضي وكاتب الضبط والزوجين حيث جاء فيها: « يتعين على القاضي تحرير محضر مساعي ونتائج محاولات الصلح، ويوقعه مع كاتب الضبط والطرفين ». وهذا ما أكدته أيضا المادة 443 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد حيث جاء في نصها على أنه: " يثبت الصلح بين الزوجين بموجب محضر، يحرر في الحال من أمين الضبط تحت إشراف القاضي. يوقع المحضر من طرف القاضي وأمين الضبط والزوجين ويودع بأمانة الضبط. يعد محضر الصلح سندا تنفيذيا". ونلاحظ أن نص المادة 443 ما هو إلا تكرار للفقرة الثانية من المادة 49 من قانون الأسرة المذكورة أعلاه باستثناء الفقرة الثالثة من المادة 443 التي اعتبرت محضر الصلح بين الزوجين سندا تنفيذيا من شأنه أن يمنح القوة التنفيذية لبنود اتفاق الصلح المبرم بينهما.

- الفرضية الثانية: وهي الفرضية الغالبة، والمتمثلة في فشل محاولات الصلح بين الزوجين، وبالتالي تنقضي المرحلة الأولى في سير الدعوى، وتبدأ مرحلة أخرى وهي المرحلة التي تبدأ بإحالة القضية للمناقشة في موضوعها، وهذا ما أكدته الفقرة الرابعة من المادة 443 التي تنص على أنه: "في حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له، يشرع في مناقشة موضوع الدعوى". وليس معنى ذلك أنه لا يجوز للزوجين التصالح في هذه المرحلة بل يمكن لهما التصالح خارج القضاء ويعلمان القاضي بذلك، مما يؤدي إلى انقضاء دعوى التفريق للضرر.

بعد فشل الصلح بين الزوجين تنطلق مرحلة الجلسة وسير الخصومة، فعلى الزوجين إلداء بطلباتهم ودفعوهم، كما لهم تدعيم إدعاءاتهم بما لديهما من الحجج والأدلة المقررة قانوناً[42 ص 117].

وتكون المحكمة مختصة في النظر في الطلبات المقابلة والطلبات العارضة التي ترفع أثناء سير الدعوى[42 ص 117].

ويخضع سير الجلسة والخصومة للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

وبعد انقضاء مرحلة سير الجلسة و الخصومة بتقديم الزوجة لطلباتها ووسائل إثبات الضرر وتقديم الزوج لدفعه تصبح الدعوى جاهزة للفصل فيها، فإذا استطاعت الزوجة تقديم أدلة إثبات شرعية وقانونية كافية، حكم القاضي بالتفريق بينها وبين زوجها، وبالتالي تنحل الرابطة الزوجية.

ولا بد للحكم القاضي بالتفريق بين الزوجين أن يكون مسبباً[42 ص 120] بمعنى بيان الأسباب الواقعية والقانونية التي استند إليه القاضي لإصدار حكمه[231 ص 223].

ويجب أن يتضمن الحكم الأدلة التي بني عليها للتفريق بين الزوجين للضرر، كما يجب أن يذكر في الحكم أن القاضي أجرى محاولة للصلح بين الزوجين وترتب عليها الفشل، وينبغي أن يتضمن منطوق الحكم القاضي بالتصريح بالتفريق بين الزوجين بطلقة بائنة، مع تقدير نفقة للزوجة المطلقة كنفقة الإهمال ونفقة العدة والمسكن - إن اقتضى الأمر ذلك - وتعيين من تسند له الحضانة مع تحديد نفقة المحضون ومنح السكن للحاضن من أجل ممارسة الحضانة، وإلا تقدير أجره السكن، وتنظيم حق زيارة المحضون لمن تمنح له نفس الحق، وكذلك الفصل في النزاع القائم حول المتاع بين الزوجين، وهذا طبقاً لحكم المادة 73 من قانون الأسرة[42 ص 121].

ويختتم الحكم بتعيين المتحمل للمصاريف القضائية، ويصدر الأمر في الحكم ذاته بتسجيل الحكم بالتفريق في سجل الحالة المدنية طبقاً للمادتين 59 و60 من الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 1970/02/19 المتعلق بالحالة المدنية.

من المقرر أن كل طلاق يوقعه الزوج على زوجته يتحدد بوصفه الشرعي من جهة العدد والوصف، وهو كذلك قد يكون رجعيا وقد يكون بائنا، والبيونة قد تكون صغرى يمكن للزوج أن يراجع زوجته بعقد ومهر جديدين، إلا بعد أن تنكح زوجا غيره ويطلقها ثم تنقضي عدتها منه [182 ص 93] عملا بقوله تعالى: (الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ) [1].

لكن الأمر في التفريق القضائي مختلف، لأنه في حالة الحكم به عند الضرر يكون سببا لإنهاء ما تعاني منه الزوجة من عنت ومشقة مع زوجها، ومثل هذا الإنهاء لن يتحقق إذا ما كان الطلاق الواقع رجعيا، إذ من خلاله يمكن أن يستعيد الزوج زوجته بالمراجعة، و يلحق بها المضار التي كانت واقعة عليها قبل التطليق، ولذلك فإن الذي يلائم حال التفريق أن يقع طلاقا بائنا، أو فسحا للعقد، حتى لا يستبد الزوج بإعادة الزوجة مرة ثانية إلى عصمته دون إرادة منها، وتردد التفريق بين الطلاق البائن والفسخ أمر يكاد يكون محل اتفاق في الفقه [182 ص 93].

والواقع بالتفريق للضرر طلقة بائنة ليس من حق الزوج أن يراجعها في العدة [122 ص 195] ، وتأكيدا لذلك ورد في "حاشية الدسوقي" على الشرح الكبير" قوله: « ولها التطليق بالضرر أي لها التطليق طلقة واحدة وتكون بائنة» [69 ص 195].

فالطلاق الذي يقع يكون طلاقا بائنا، لأنه لا يزال الضرر إلا بذلك، إذ لو كان له أن يراجع مازال ضرره، فلا بد أن يكون بائنا [108 ص 316]. فالطلاق البائن ينهي العلاقة الزوجية حالا وبمجرد توقيعه، وإذا ما أراد الزوج استئناف العلاقة الزوجية بينهما، وجب أن يتم ذلك بواسطة عقد زواج جديد يخضع لجميع الشروط الشكلية و الموضوعية التي يفرضها قانون الأسرة بهذا الصدد، وفي مقدمة هذه الشروط توافر رضا الزوجة طبعاً [142 ص 118].

فإزالة الضرر الواقع على الزوجة والذي كان محلا للحكم بالتفريق لا يتحقق إلا إذا انقطعت العلاقة الزوجية بين الزوجة وزوجها، ومن ثم تظهر الحماية الشرعية والقانونية للمرأة من الضرر الذي لحقها من إيذاء الزوج لها إيذاء ماديا أو معنويا.

إن إنهاء عقد الزواج بالطلاق أو التطليق، يحل الرابطة الزوجية، وذلك للمستقبل، وليس من يوم إنشاء عقد الزواج، وبالتالي فما ترتب عليه من ذي قبل من بعض الآثار، فلا يزول، وهذا هو الفرق ما بين إبطال أو فسخ عقد الزواج، وانحلاله [42 ص 123].

ولقد أكدت المادة 122 من مدونة الأسرة المغربية على اعتبار التطلق بين الزوجين للضرر طلاقاً بائناً، بحيث نصت في فقرتها الأولى على أن: "كل طلاق قضت به المحكمة فهو بائن، إلا في حالتي التطلق للإيلاء وعدم الإنفاق".

واعتبرت أيضاً المادة السادسة من القانون المصري رقم 25 لسنة 1929 التفريق بين الزوجين للضرر طلاقاً بائناً بحيث جاء في نصها على أنه: "إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها، يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طليقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما...".

وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية بقولها: "متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى ثبوت الضرر الحاصل من الضرب والإيذاء والهجر، فإنه لا يكون قد خالف القانون في المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 التي تنص على أن الطلاق مع إضرار الزوج بزوجه يكون بطلقة بائنة" [202 ص 107].

وإن الحكم بالتفريق بين الزوجين يؤدي إلى انحلال الرابطة الزوجية و ينشئ مركزاً قانونياً جديداً يتمثل في مركز الزوج المطلق (Conjoint divorcé) [229 ص 203] فهو بذلك حكم منشئ، فالزوجة عندما قدمت طلبها للتفريق للضرر إنما تريد إنهاء مركزها القانوني كزوجة نشأ عن عقد زواج سابق.

وإن القول بأن الحكم بالتفريق بين الزوجين للضرر هو حكم منشئ باعتبار أن القاضي له سلطة تقديرية في قبول طلب الزوجة بالتفريق أو رفضه لإنعدام وسائل إثبات الضرر، أما الحكم الذي يصدر في دعوى الطلاق التي يرفعها الزوج، فحكم القاضي فيها كاشفاً لإرادة الزوج في الطلاق.

غير أن تفسيرنا لعبارة المادة 49 من قانون الأسرة وهي: «لا يثبت الطلاق إلا بحكم...» يؤدي بنا إلى القول أن حكم الطلاق بمفهومه الواسع (الطلاق و التطلق) هو حكم كاشف لواقعة الطلاق فقط، بمعنى أن هذه العبارة لا تميز بين طبيعة الطلاق الذي يوقعه الزوج و يصدره الحكم القضائي لإثباته وبين طبيعة الحكم بالتطلق الذي يصدره القاضي بناء على طلب الزوجة الذي يعتبر حكماً منشئاً، وبطبيعة الحال يعتبر في نفس الوقت وسيلة إثبات تستعملها الزوجة لإثبات مركزها القانوني كأمراة مطلقة، لذا يبدو أنه من الضرورة إعادة النظر في صياغة المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري لإزالة هذا الخلط والتعارض في المفاهيم.

3.1.2. آثار الحكم بالتفريق بين الزوجين للضرر

لكل حكم قضائي آثار تترتب عليه وتختلف باختلاف طبيعة كل حكم، فالحكم بالتفريق بين الزوجين يترتب آثاراً شرعية قانونية غايتها الأساسية هي تنظيم الواقع الذي سيؤول إليه حال الزوجين

بعد الحكم بالتفريق بينهما بما يقطع كل أسباب النزاع التي قد تظهر بعد الحكم بالتفريق، وإيضاحاً لذلك جاء تقسيم هذا المبحث على النحو التالي:

_ المطلب الأول: التزام الزوجة بالعدة الشرعية

_ المطلب الثاني: حضانة الأولاد

1.3.1.2. إلتزام الزوجة بالعدة الشرعية

إن الأثر الأول الذي يترتب على الحكم بالتفريق بين الزوجين للضرر هو ضرورة التزام الزوجة بالعدة المقررة شرعاً وقانوناً.

وإن العدة في اللغة مأخوذة من العدد، فهي مصدر سماعي لعد، بمعنى أحصى فقول: عدت الشيء عدة إذا أحصيته إحصاءً وتطلق العدة لغة على أيام حيض المرأة، أو أيام طهرها، وهذا غير المعنى الشرعي، لأن المعنى الشرعي ليس هو نفس أيام حيض المرأة، بل هو انتظار المرأة انقضاء هذه الأيام بدون أن تتزوج على أن المعنى الشرعي ليس هو نفس أيام حيض المرأة، بل هو انتظار المرأة انقضاء هذه الأيام بدون أن تتزوج على أن المعنى الشرعي أعم من انتظار مدة الحيض أو الطهر، إذ قد يكون بالأشهر، كما يكون بوضع الحمل [88 ص 448].

يقال عدة المرأة أيام أقرائها، وقد اعتدت وانقضت عدتها [224 ص 175]، أما معنى العدة اصطلاحاً فهي المدة التي جعلت دليلاً على براءة الرحم لفسخ النكاح أو موت الزوج أو طلاقه [69 ص 486].

فالعدة في عرف الشرع إسم لأجل ضرب لانقضاء ما بقي من آثار النكاح [84 ص 277]. وقوله لانقضاء ما بقي من آثار النكاح معناه أن النكاح له آثار مادية وهي الحمل، وأدبيه وهي حرمة الزوج، فضرب هذا الأجل لتتقضي به هذه الآثار [88 ص 513].

وفي تعريف آخر للعدة هي بكسر العين المهملة: إسم لمدة تتربص بها المرأة عن التزوج بعد وفاة زوجها أو فراقه إما بالولادة أو الأقران أو الأشهر [148 ص 767].

ويمكن تعريف العدة بتعريف أوضح: هي مدة حددها الشارع بعد الفرقة، يجب على المرأة الانتظار فيها بدون زواج حتى تنتقضي المدة [166 ص 625]. بمعنى ذلك الأجل الذي أوجبه الشارع على المرأة أن تتربصه بدون زواج عند حدوث الفرقة بينها وبين زوجها، بسبب الطلاق بعد الدخول، و الخلو الصحيح، أو بسبب الموت [239 ص 178].

وإن الحديث عن العدة يعني في الحقيقة الحديث عن المدة أو المهلة التي أوجب كل من الشريعة و القانون على الزوجة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها أن تتربص، ولا تتزوج إلا بعد انتهاء الأجل المحدد شرعاً وقانوناً [89 ص 285].

أما الرجل فلا يجب عليه الانتظار بعد مفارقة زوجته، فله التزوج بغيرها متى شاء و بأي امرأة شاء إلا إذا كانت المرأة التي يريد التزوج بها محرمة عليه لمانع مؤقت بسبب زواجه السابق بمن طلقها [128 ص 627، 628].

وللعدة أساس شرعي يضيف عليها الطابع الإلزامي، فقد قال الله عز وجل: (يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ) [1].

وقال الله تعالى في آية أخرى: (وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنْنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ) [1].

ويقول تعالى أيضا: (وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ) [1].

وأما إلزامية العدة من السنة فهناك عدة أحاديث تلزم الزوجة المطلقة بالعدة نذكر منها ما ثبت عن فاطمة بن قيس أن أبا عمر بن حفص طلقها بنته وهو غائب، فأرسل إليها وكيله بشعير فتسخطته، فقال: والله ما لك علينا من شيء فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له، فقال لها: (ليس لك عليه نفقة، وأمرها أن تعتد أم شريك) ثم قال: "إن تلك امرأة يغشاها أصحابي، اعتدى في بيت ابن أم كلثوم فإنه رجل أعمى تضعين ثيابك، وإذا حلت فأذنيني" [62 ص 365].

وإن وجوب العدة على المرأة المطلقة، هو التعرف عن براءة وفراغ الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح [107 ص 275].

فالحكمة جلية من وجوب العدة، وهي الاستيثاق من براءة الرحم أو شغله بحمل من الزوج السابق: حتى تصان الأنساب و تحفظ فلا تختلط ببعضها، لأن اختلاط الأنساب يؤدي إلى اختلال المجتمع وانهيار بنيانه، فلا يمكن التعرف على النسب الحقيقي لأفراده [239 ص 179].

وإن المرأة المطلقة بموجب حكم التفريق للضرر تكون عدتها بالطرق التالية.

أولا: إذا كانت الزوجة المطلقة من ذوات الحيض

ففي هذه الحالة تعتد بثلاثة قروء، تطبيقا لقوله تعالى: (وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ) [1].

واختلفوا في الآية في الأقراء ما هي؟ فقال قوم: هي الأطهار، أعنى الأزمنة التي بين الدمين وقال قوم: هي الدم نفسه، وممن قال إن الأقراء هي الأطهار، أما من فقهاء الأمصار "فمالك" و"الشافعي" وجمهور أهل المدينة وأبو ثور وجماعة، وأما من الصحابة "فابن عمر" و"زيد بن ثابت" وعائشة"، وممن قال إن الأقراء هي الحيض، أما من فقهاء الأمصار "فأبو حنيفة" و"الثوري" و"الأوزاعي" و"ابن أبي ليلى" وجماعة، وأما من الصحابة "فعلي" و"عمر بن الخطاب" و"ابن مسعود وأبو موسى الأشعري" رضي الله عنهم [39 ص 449].

وسبب الخلاف اشتراك إسم القرء، فإنه يقال في كلام العرب على حد سواء على الدم وعلى الأظهار [39 ص 449].

فمن أقوى ما تمسك به من رأى أن الأقرء هي الأظهار، حديث ابن عمر المتقدم، وقوله صلى الله عليه وسلم: (مره فليراجعها حتى تحيض ثم تطهر ثم تحيض ثم تطهر، ثم يطلقها إن شاء قبل أن يسمها، فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء). قالوا: وإجماعهم على أن طلاق السنة لا يكون إلا في طهر لم تمس فيه وقوله عليه الصلاة والسلام: (فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء) دليل واضح على أن العدة هي الأظهار لكي يكون الطلاق متصلا بالعدة. ويمكن أن يتأول قوله: "فتلك العدة" أي فتلك مدة استقبال العدة، لئلا يتبعض القرء بالطلاق في الحيض [39 ص 450].

وأقوى ما تمسك به الفريق الثاني أن العدة إنما شرعت لبراءة الرحم، وبراءتها إنما تكون بالحيض لا بالأظهار، ولذلك كان عدة من ارتفع الحيض عنها بالأيام، فالحيض هو سبب العدة بالأقرء، فوجب أن تكون الأقرء هي الحيض. واحتج من قال الأقرء هي الأظهار لا القضاء الحيض، فلا معنى لاعتبار الحيضة الأخيرة، وإذا كان ذلك فالثلاث المعتبر التمام: أعني المشترط هي الأظهار التي بين الحيضتين، ولكلا الفريقين احتجاجات طويلة، ومذهب الحنفية أظهر من جهة المعنى، وحثهم من جهة المسموع متساوية، أو قريب من متساوية [39 ص 450].

ويبدو أن ما ذهب إليه الفريق الثاني هو الراجح، والذي مفاده أن المقصود بالقرء هو الحيض ودليل ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: (تدع الصلاة أيام أقرائها) [62 ص 58] وقوله عليه الصلاة والسلام لفاطمة بنت أبي حبيش: (إنما ذلك عرق، فانظري إذا أتى قرؤك فتطهري، ثم صلي ما بين القرء إلى القرء) [62 ص 57].

وقول "ابن قيم": "وإن لفظ القرء لم يستعمل في كلام الشارع إلا للحيض ولم يجئ عنه في موضع واحد استعماله للطهر، فحمله في الآية على المعهود المعروف من خطاب الشارع أولى بل متعين فإنه صلى الله عليه وسلم قال للمستحاضة: (دع الصلاة أيام أقرائك) وهو صلى الله عليه وسلم هو المعبر عن الله تعالى وبلغه قومه نزل القرآن، فإذا ورد المشترك في كلامه على أحد معنييه وجب حمله في سائر كلامه عليه إذا لم تثبت إرادة الآخر في شيء من كلامه البته، و يصير هو لغة القرآن التي خوطبنا بها وإن كان له معنى آخر في كلام غيره، و يصير هذا المعنى الحقيقة الشرعية في المشترك بأحد معنييه...

وإذا ثبت استعمال الشارع لفظ القرء في الحيض علم أن هذا لغته، فيتعين حمله عليها في كلامه، ويوضح ذلك ما في سياق الآية من قوله تعالى: (وأولئات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن) [1]، وهذا هو الحيض والحمل عند عامة المفسرين والمخلوق في الرحم إنما هو الحيض

الوجودي، ولهذا قال السلف والخلف هو الحمل و الحيض وقال بعضهم الحيض ولم يقل أحد قط أنه الطهر... وأيضا فقد قال سبحانه وتعالى: (وَاللَّائِي يَيْسُنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضُنَّ)[1]، فجعل كل شهر بإزاء حيضة وعلق الحكم بعدم الحيض لا بعدم الطهر من الحيض"[16 ص 188]، ولأن الحيض أمر حسي مادي يمكن جعله علامة على مضي الأجل أو بعضه"[108 ص 183، 184].

ولقد اعتمد المشرع المغربي رأي المالكية والشافعية القائل بتفسير القرء بالطهر وذلك في المادة 136 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه: "تعتد غير الحامل بمايلي: 1- ثلاثة أطهار كاملة لذوات الحيض".

أما المشرع الجزائري، فلا يتضح موقفه من هذا الاختلاف حيث استعمل في المادة 58 من قانون الأسرة لفظ قروء، بحيث جاء في نصها على أنه: "تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء...".

إلا أنه وبقراءتنا للنص الفرنسي للمادة 58 نلاحظ أن المشرع الجزائري قد استعمل

مصطلح: «...est tenue d'observer une retraite légale dont la durée est de trois périodes du pureté menstruelle...»

وهذا ترجمة للفظ القروء وهو الطهر من الحيض و بالتالي يبدو أن قانون الأسرة الجزائري تبنى رأي المالكية والشافعية في اعتبار القروء هي الأطهار.

وعلى هذا، وبناء على القول الراجح – وهو المعمول به قضاء في مصر فعدة المطلقة التي تحيض، إذا كانت غير حامل، هي ثلاث حيضات كاملات[239 ص 183، 184].

ثانيا: إذا كانت الزوجة المطلقة ليست من ذوات الحيض

قد تكون الزوجة المطلقة في وضع يجعلها لا تحيض، إما لصغرها أو لبلوغها سن اليأس، ومن ثم يطرح التساؤل عن كيفية التزام الزوجة المطلقة في هذه الحالة للعدة الشرعية؟

لقد حدد الشارع عدتها بثلاثة أشهر كاملة، وذلك تطبيقا لقوله تعالى: (وَاللَّائِي يَيْسُنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضُنَّ)[1].

وجمهور أهل السنة يقولون: إن الآية أوجبت الاعتداد بالأشهر الثلاثة على من لم تحض سواء بلغت بالسن أو لن تبلغ بأخرها: (وَاللَّائِي لَمْ يَحْضُنَّ) وهو مطلق سن اليأس(وَاللَّائِي يَيْسُنَ مِنَ الْمَحِيضِ) وهذه ترتاب في أمر حيضها، لأن طور اليأس عند المرأة يبدأ عادة باضطراب عاداتها في المحيض بالطول والقصر والقرب والبعد، واختلاف لون الدم، وفي هذه الحالة يعتربها الشك في دمها هل هو دم حيض أو استحاضة، ثم يأتي بعد ذلك دور الانقطاع التام، ولا أدل على ذلك من الاختلاف في تقديره، فإذا دخلت المرأة دور الارتباب تكون عدتها ثلاثة أشهر، ويستمر كذلك في الدور الثاني

حيث لا حيض من باب أولى، ففائدة القيد لتدخل المرتابة، ومعنى (إن ارتبتم) إن حصل لكم ريب في دم المرأة البالغة مبلغ اليأس أ هو حيض أو استحاضة[128 ص 637].

ولقد نصت على هذه الحالة المادة 58 من قانون الأسرة بقولها: "تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، و اليأس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق". ويلاحظ أن المادة 58 اقتصررت على ذكر حالة المطلقة التي بلغت اليأس بدون ذكر عدة الصغيرة، باعتبار أن قانون الأسرة يمنع زواج الصغيرة التي لن يثبت لديها الحيض[213] ، في حين سكت عن ذكر حالة المطلقة التي لم تحض أصلا.

ونصت عليها المادة 136 من مدونة الأسرة المغربية حيث جاء فيها على أنه: "تعتد غير الحامل... 2- ثلاثة أشهر لمن لم تحض أصلا، أو التي يئست من المحيض، فإن حاضت قبل انقضائها استأنفت العدة بثلاثة أطهار...".

ونلاحظ أن المشرع الجزائري ذكر في نص المادة 58 حالة الزوجة المطلقة اليائسة من المحيض فقط ، في حين قد تكون الزوجة المطلقة صغيرة ولم تعرف الحيض قط، فتلزم العدة بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق الأمر الذي أكده المشرع المغربي في نص المادة 136 من مدونة الأسرة.

وإذا شرعت في العدة بالشهور لصغرها أو لبلوغها سن الإياس ثم حاضت لزمها الانتقال إلى الحيض، لأن الشهور بدل عن الحيض فلا يجوز الاعتداد بها مع وجود أصلها. وإن انقضت عدتها بالشهور، ثم حاضت، لم يلزمها الاستئناف للعدة بالأقراء، لأن هذا حدث بعد انقضاء العدة[43 ص 333].

وإن شرعت في العدة بالأقراء أو الأشهر، ثم ظهر لها حمل من الزوج فإن العدة تتحول إلى وضع الحمل، و الحمل دليل على براءة الرحم من جهة[43 ص 333].

أما إذا طلقت المرأة وهي من ذوات الأقراء، ثم إنها لم تر الحيض في عاداتها، ولم تدر ما سببه، فإنها تعتد سنة: تتربص مدة تسعة أشهر لتعلم براءة رحمها، لأن هذه المدة هي غالبا مدة الحمل، فإذا لم يبين الحمل فيها، علم براءة الرحم ظاهرا، ثم تعتد بعد ذلك عدة الأيسات ثلاثة أشهر، وهذا ما قضي به عمر رضي الله عنه قال "الشافعي": هذا قضاء عمر بين المهاجرين والأنصار، ولا ينكره منهم منكر علمناه[43 ص 329].

- ثالثا: إذا كانت الزوجة المطلقة حاملا: لقد بين الله عز وجل عدة الزوجة المطلقة الحامل بقوله: (وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ) [1]. فدل قوله سبحانه (أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ) على أنها إذا كانت حاملا بتوأمين لم تنقض العدة حتى تضعهما جميعا... ودلت على أن العدة تنقضي

بوضعه على أي صفة كانت حيا أو ميتا تام الخلقة أو ناقصا نفخ فيه الروح أو لم ينفخ...[16 ص 184]. ولأن العدة تراد لبراءة الرحم. وبراءة الرحم تحصل بوضع الحمل[48 ص 146].

فالزوجة التي فارقت زوجها بموجب حكم التفريق للضرر، ملزمة بالبقاء في عدتها طول الحمل إلى غاية الولادة ولقد نصت المادة 60 من قانون الأسرة على عدة الحامل بقولها: "عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة". ونلاحظ أن المشرع الجزائري قد حدد المدة القصوى لعدة الزوجة الحامل المطلقة تسعة أشهر واستثناء يضاف الشهر العاشر كأقصى مدة لوضع الحمل. أما المشرع المغربي فقد نص على عدة الزوجة المطلقة الحامل في المادة 133 من مدونة الأسرة بقوله: "تنتهي عدة الحامل بوضع حملها أو سقوطه".

ونلاحظ أن المشرع المغربي قد نص على حالة سقوط الحمل لسبب من الأسباب كالإجهاض واعتبره سببا قاطعا لعدة الزوجة المطلقة الحامل.

ولقد عالج المشرع المغربي حالة افتراض وقوع نزاع ناتج عن إدعاء الزوجة الشك في ثبوت الحمل، وذلك بعرض النزاع على القضاء الذي يلجأ إلى الاستعانة بالخبرة الطبية التي تؤكد مدى ثبوت الحمل ووقت وقوعه، وذلك لإلزام الزوجة المطلقة بمواصلة العدة أو الانتهاء منها، بحيث جاء نص المادة 134 على أنه: "في حالة ادعاء المعتدة الريبة في الحمل، وحصول المنازعة في ذلك، يرفع الأمر إلى المحكمة التي تستعين بذوي الاختصاص من الخبراء للتأكد من وجود الحمل وفترة نشوئه لتقرر استمرار العدة أو انتهائها".

يجب على المعتدة أن تلتزم ببيت الزوجية حتى تنقضي عدتها، ولا يحل لها أن تخرج منه، ولا يحل لزوجها أن يخرجها منه، ولو وقع الطلاق أو حصلت الفرقة وهي غير موجودة في بيت الزوجية وجب عليها أن تعود إليه بمجرد علمها[43 ص 334].

وتأكيدا لذلك يقول الله تعالى: (يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ [1]) ، (لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ) ، أي في مدة العدة لها حق السكن على الزوج ما دامت معتدة منه فليس للرجل أن يخرجها ولا يجوز لها أيضا الخروج لأنها معتقلة لحق الزوج أيضا[33 ص 465].

وقوله تعالى: (إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ) ، والفاحشة المبيينة تشمل الزنا كما قال "ابن مسعود" و"ابن عباس" و"سعید بن المسیب" ... وغيرهم، وتشمل ما إذا نشزت المرأة أو بذت على أهل الرجل وآذتهم في الكلام والفعال كما قاله "ابن بن كعب" و"ابن عباس" وغيرهم[33 ص 456].

وتطبيقا لذلك نصت المادة 61 من قانون الأسرة على أنه: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها، إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".

كما نصت على ذلك المادة 131 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: "تعدت المطلقة والمتوفى عنها زوجها في منزل الزوجية أو في منزل آخر يخصص لها".

ونلاحظ أن المادة 131 من مدونة الأسرة المغربية قد وضعت إمكانية قضاء المطلقة عدتها في منزل آخر إذ تعذر بقاءها في بيت الزوجية لسبب من الأسباب. كأن يهدم أو يخشى سقوطه أو تخاف فيه على نفسها أو مالها أو يخرجها الورثة منه [149 ص 78].

وبناء على ما سبق، هل تستحق الزوجة المطلقة بموجب حكم التفريق للضرر نفقة العدة؟

لم يتفق الفقهاء في الإجابة على هذا السؤال وجاء اختلافهم على ثلاثة أقوال:

- القول الأول: وهو قول الحنفية [71 ص 201] في أن لها النفقة و السكن ما دامت في العدة، وتأكيدا لذلك يقول الفقيه الحنفي "السرخسي": " فعلمائنا قالوا: النفقة و السكن كل واحد منهما حق مالي مستحق لها بالنكاح وهذه العدة حق من حقوق النكاح فكما يبقى باعتبار هذا الحق ما كان لها من استحقاق السكنى فكذاك النفقة " [71 ص 201].

ولأن قوله تعالى: (وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٌ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ)، لإزالة إشكال كان عسى أن يقع، فإن مدة الحمل تطول عادة، فكان يشكل أنها هل تستوجب النفقة بسبب العدة في مدة الحمل وإن طالت؟ فأزال الله تعالى هذا الإشكال بقوله: (حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ)، وإن استحقاق المطلقة البائن للنفقة إذا كانت حاملا، يجب لها لا للولد بدليل أنه لا تجب في مال الولد وإن كان له مال أوصى له به، وإنما لا تتعدد بتعدد الولد [71 ص 201].

فإذا ثبت أن النفقة لها فقلنا: لا بد من سبب لاستحقاقها للنفقة على زوجها، ولا سبب لذلك سوى العدة و الحامل والحائل في هذا السبب سواء [71 ص 202].

- القول الثاني: وهو قول الإمام أحمد [158 ص 193] بأن المطلقة بائنا لا تستحق النفقة إلا إذا كانت حاملا، بدليل قوله تعالى: (أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجُوهِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِئُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٌ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ)، فأوجب لها السكنى مطلقا، ثم خص الحامل بالإنفاق عليها. وبدليل ما جاء في قول "فاطمة بنت قيس" أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها: (ليس لك عليه نفقة ولا سكنى).

- القول الثالث: وهو قول الشافعي ومالك [39 ص 453] ، قال مالك: سمعت ابن شهاب يقول: المبتوتة لا تخرج من بيتها حتى تحل، وليست لها نفقة، إلا أن تكون حاملا فينفق عليها حتى تضع حملها، ثم قال: وهذا الأمر عندنا [43 ص 337] وتأكيدا لذلك يقول الفقيه المالكي "الدردير": " واعلم

أن المعتدة من وفاة أو طلاق بائن لا نفقة لها على زوجها، لأن النفقة في نظر الاستمناع وقد عدم، إلا إذا كانت حاملا فلها النفقة من أجل الحمل...وأما السكنى هي واجبة لها اتفاقا مطلقا في المطلقة [25] ص 671].

ويبدو أن القول الأول وهو قول الحنفية باستحقاق المطلقة طلاقا بائنا للنفقة والسكن في العدة سواء كانت حاملا أو حائلا، هو الراجح من بين هذه الأقوال لقوة أدلته.

فاستناد أصحاب القول الثاني والثالث على ما جاء في قصة فاطمة بنت قيس أنكره عمر بن الخطاب رضي الله عنه بقوله: "لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا بقول امرأة لا ندري أصدقت أم كذبت أم نسيت..."، وقالت عائشة رضي الله عنها مفندة ما قالته فاطمة بنت قيس: تلك المرأة فتنت العالم بروايتها هذا الحديث [71 ص 201].

ولقد تبني المشرع الجزائري قول الحنفية باستحقاق الزوجة المطلقة طلاقا بائنا للسكنى والنفقة خلال مدة العدة، وذلك من خلال المادة 61 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".

وتأكيدا لذلك قضت المحكمة العليا على أنه: "من المقرر فقها وقضاء بأن نفقة العدة تمنح لكل زوجة مطلقة في جميع الحالات، لأنها مقررة لها شرعا" [201 ص 335].

كما قضت في قرار آخر على أنه: "حيث أن كل مطلقة بعد البناء عليها تعند وهي في أثناء هذه المدة محبوسة من أجل الزوج، وعلى كل مطلق أن ينفق على مطلقاته..." [201 ص 334].

أما القانون المصري، فقد أخذ أيضا بقول الحنفية وهذا ما نستنتجه من نص المادة 18 مكرر من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 الذي جاء فيه: "الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل...".

وإذا كانت المادة المذكورة لم تذكر السكن كما ذكرت النفقة، فلأن النفقة في القانون تشمل السكن - أيضا- وهذا واضح من المادة 01 في فقرتها الثالثة من القانون رقم 25 لسنة 1929 والمعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 ونصها: "وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك ما يقضي به الشرع" [239 ص 242].

وإن كانت المادة 18 مكرر السابقة الذكر تتعلق بالطلاق الذي يوقعه الزوج إلا أنه يمكن تطبيقها على التطليق الصادر من القاضي بسبب الضرر الذي ألحقه بزوجه وهذا ما تؤكدته محكمة النقض المصرية على أن: "المشرع الإسلامي جعل للرجل أن يوقع الطلاق ويستقل بإيقاعه، فإذا تدخل القاضي في الأحوال التي يكون فيها الحكم بتطليق الزوجة على زوجها، فإن فعله هذا وعلى

مذهب الحنفية ويضاف إلى الزوج فكأنه طلقها بنفسه ما يستوي معه في شأن استحقاق المتعة أن يكون الطلاق من نفس الزوج أو من القاضي نيابة عنه، ولا يغير من ذلك ما ورد في نص المادة 18 مكرر من القانون رقم 25 لسنة 1929 باستحقاق الزوجة للمتعة من عبارة " إذا طلقها زوجها" لأن هذه العبارة مقررة للوضع الشرعي من أن الطلاق ملك للزوج وحده دون سواه، سواء استعمل حقه هذا بنفسه أو بمن ناب عنه نيابة شرعية مثل القاضي، ولجوء الزوجة إلى القاضي لتطبيقها على زوجها بسبب مضارته لها و ثبت هذه المضارة فيه إكراه لها على طلب التطبيق لتدفع الضرر عنها بما لا يتوافر به الرضا بالطلاق[202 ص 224].

وتأكيدا لحق الزوجة المطلقة في نفقة العدة، قضت محكمة النقض المصرية على أنه: " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن لفظ النفقة في القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 44 لسنة 1979 والمرسوم بقانون 78 لسنة 1931 بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية - قد جاء عاما مطلقا فيشمل نفقة الزوجية و نفقة العدة على سواء ولأن نفقة العدة هي في حقيقتها نفقة زوجة على زوجها وكان الحكم المطعون فيه إذ أيد الحكم الابتدائي بتطبيق المطعون عليها على الطاعن و عدله بجعل المقضى به نفقة زوجية نفقة عدة لها من تاريخ الحكم بالتطبيق لحين انقضاء عدتها شرعا يكون قد فصل في طلب كان مطروحا أمام محكمة أول درجة"[202 ص 231].

لم يتخذ المشرع المغربي نفس الموقف الذي اتخذه المشرع الجزائري والمشرع المصري، بحيث اعتمد قول المالكية والشافعية في ثبوت حق السكن للمطلقة طلاقا بانئا وحتى تنتهي عدتها دون النفقة، إلا إذا كانت حاملا فتستحق السكن والنفقة حتى تضع حملها، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 196 من مدونة الأسرة على أن: "المطلقة طلاقا بانئا إذا كانت حاملا، تستمر نفقتها إلى أن تضع حملها، وإذا لم تكن حاملا، يستمر حقها في السكن فقط".

2.3.1.2. حضانة الأولاد

إن السؤال الذي يطرح - قبل أو بعد الحكم بالتفريق بين الزوجين للضرر اللاحق بالزوجة- هو: من المكلف شرعا وقانونا بحضانة الأولاد؟ هل هو الزوج أم الزوجة؟ إن الإجابة على هذا السؤال تقتضى منا التطرق لتعريف الحضانة وأساسها الشرعي في الفرع الأول، وشروط الحضانة وانتهاءها في الفرع الثاني.

1.2.3.1.2. تعريف الحضانة وأساسها الشرعي

الحضانة في اللغة تستعمل في معنيين:

أحدهما: جعل الشيء في ناحية يقال: حضن الرجل الشيء أي المنزلة فجعله من ناحية منه.

والثاني: الضم إلى الجنب يقال: حضنته واحتضنته إذا ضمته إلى جنبك، والحضن الجنب فحضانة الأم ولدها هي ضمها إياه إلى جنبها واعتزالها إياه من أبيه ليكون عندها فتقوم بحفظه وإسماكه وغسل ثيابه[84 ص 59].

أما المقصود بالحضانة اصطلاحاً، فقد عرفها الفقيه المالكي "ميارة" بقوله: "حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه وملبسه ومضجعه وتنظيف جسمه"[145 ص 268].
والحضانة بفتح الحاء مصدر حضنت الصغير حضانة، أي: تحملت مؤنته وتربيته، والحاضنة التي تربي الطفل، سميت به لأنها تضم الطفل إلى حضنها[13 ص 230].
وعرفها الفقهاء: بأنها عبارة عن القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة، أو المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأمره، و تعهده بما يصلحه، ووقايته مما يؤذيه ويضره، وتربيته جسمياً ونفسياً وعقلياً، كي يقوى على النهوض بتبعات الحياة والاضطلاع بمسئولياتها[43 ص 238].
والولد منذ يولد محتاج لمن يعني به ويقوم على تربيته وحفظه وتدبير كل ما يلزمه في حياته، لأنه في حياته الأولى يكون عاجزاً عن القيام بمصالح نفسه غير مدرك لما يضره وما ينفعه[90 ص 191].

وعرفت الفقرة الأولى من المادة 62 من قانون الأسرة الحضانة بقولها أن: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".
كما عرفت الفقرة الأولى من المادة 163 من مدونة الأسرة المغربية الحضانة بقولها أن :
"الحضانة حفظ الولد مما قد يضره، والقيام بتربيته ومصالحه".

وإن الأساس الشرعي للحضانة يتبين من خلال القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة .
- أولاً: القرآن الكريم: - قال الله تعالى: (وَفَلِّ رَبُّ ارْحَمُهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا)[1].
- قال تعالى: (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِمَّ الرِّضَاعَةَ)[1] ، فالأم أحق برضاعة إبنها وكفالتها إلى أن يستغنى عنها[26 ص 89].
- قال تعالى: (فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنْبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا كُلَّمَا دَخَلَ عَلَيْهَا زَكَرِيَّا الْمِحْرَابَ وَجَدَ عِنْدَهَا رِزْقًا قَالَ يَا مَرْيَمُ أَنَّى لَكِ هَذَا قَالَتْ هُوَ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يَرْزُقُ مَنْ يَشَاءُ بِغَيْرِ حِسَابٍ)[1] ، و(كفلها) بتشديد الفاء، أي جعله كافلاً لها[33 ص 480].

والمعنى: سلك بها طريق السعداء، عن ابن عباس. وقال قوم: معنى التقبل التكفل في التربية والقيام بشأنها[4 ص 69].

- ثانياً: السنة النبوية: - وتستمد الحضانة أساسها الشرعي من السنة النبوية أيضاً، فقد روي عن عبد الله بن عمرو أن امرأة قالت، يا رسول الله، إن إبني كان بطني له وعاء، وثدي له سقاء، وحجري له

حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني؟ فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: (أنت أحق به، ما لم تنكحي) [62 ص 364].

الحديث دليل على أن الأم أحق بحضانة ولدها إذا أراد الأب انتزاعه منها، وقد ذكرت هذه المرأة صفات اختصت بها تقتضي استحقاقها وأولويتها بحضانة ولدها، وأقرها على ذلك وحكم لها، ففيه تنبيه على المعنى المقتضى للحكم، وأن العلل و المعاني المعتبرة في إثبات الأحكام مستقرة في الفطر السليمة، والحكم الذي دل عليه الحديث لا خلاف فيه وقضى به أبو بكر و عمر رضي الله عنهما [148 ص 804].

ودل الحديث على أن الأم إذا نكحت سقط حقها من الحضانة، وإليه ذهب الجماهير، قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم. وذهب الحسن وابن حزم إلى عدم سقوط الحضانة بالنكاح، واستدل بأن أنس بن مالك كان عند والدته وهي مزوجة، وكذا أم سلمة تزوجت بالنبي صلى الله عليه وسلم، وبقي ولدها في كفالته. وكذا ابنة حمزة قضى بها النبي صلى الله عليه وسلم لخالتها وهي متزوجة [148 ص 804].

يقول الشوكاني: (قوله: أنت أحق به) فيه دليل على أن الأم أولى بالولد، ما لم يحصل مانع من ذلك بالنكاح، لتقيده صلى الله عليه وسلم للأحقية بقوله: (ما لم تنكحي) وهو مجمع على ذلك...، فإن حصل منها النكاح بطلت حضانتها، وبه قال مالك والشافعية و الحنفية والعترة، وروى أن عثمان رضي الله عنه أنها لا تبطل بالنكاح، وإليه ذهب الحسن البصري وابن حزم واحتجوا بما روى: (أن أم سلمة تزوجت بالنبي صلى الله عليه وسلم وبقي ولدها في كفالتها) وبما تقدم في حديث ابنة حمزة و يجاب عن الأول بأن مجرد البقاء مع عدم المنازع لا يصلح للاحتجاج به على محل النزاع لاحتمال أنه لم يبق له قريب غيرها، وعن الثاني بأن ذلك في الخالة ولا يلزم في الأم مثله [121 ص 122].

ولقد اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة الحضانة فمنهم من قال أنها حق للحاضنة، ومنهم من قال أنها حق للمحضون، والقول الثالث، أنها حق لهما معا.

والظاهر أن الحضانة حق للحاضن و المحضون معا فالمحضون صاحب حق في أن يكون عند أمه أو في حضانة النساء عموما، على الترتيب الذي أورده الفقهاء، في فترة معينة من حياته، إذ يكون عند أبيه، أو عند الرجال على الترتيب الوارد أيضا في الفقه في فترة معينة، لأن الرجال فيها أقدر على التعليم والتثقيف، وأخذ الغلام بأخلاق من الرجال، و حفظ البنات من السقوط في هوة الفساد في عصر عم فيه الفساد، واشتدت الحاجة إلى ذلك [90 ص 198].

ومن ناحية أخرى: هي حق للحاضن، لأن الشارع جعل لها ذلك بنظام خاص، ومصلحة المحضون في ذلك، ومصلحة الحاضن في أن يشب المحضون على الجادة، وأن يبتعد عما هو شائن، وأن يسير في الطريق السوي [90 ص 198].

وإذا كانت الحضانة هكذا حقا للمحضون وحقا للحاضن، فهي من ناحية أخرى تكون واجبة على الحاضن وواجبة على المحضون، لأن الواجب هو الذي يقابل الحق، فلا يمكن أن يحصل هذا الحق إلا يجعل الحضانة واجبة على الحاضن، وواجبة على المحضون سويًا [90 ص 199]. ومقتضى ذلك، أن الحاضنة تجبر على الحضانة، والحاضن كذلك يجبر عليها، إذ في هذا الجبر رعاية حق المحضون، وأن الحاضن لا يمكنه أن يمتنع عن الحضانة أو تسقط حقه فيها، لأن حقه المحضون متعلق بأن يكون عنده [90 ص 199].

ويتبين من خلال المادة 64 من قانون الأسرة أن الحضانة هي حق للأم وذلك بقولها على أن: "الأم أولى بحضانة ولدها..." كما أكدت صياغة المادة 66 من قانون الأسرة على حق الأم في حضانة ولدها بقولها أنه: "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم..."، وإذا كانت الحضانة حق للأم فهي حق ضمني للمحضون الذي يحتاج إلى الكفالة والرعاية والقيام على شؤونه المختلفة. والحضانة في الأصل حق للزوجين معا ما دام مجتمعين لم يفترقا لسبب من الأسباب كالطلاق أو التطليق أو الوفاة، وهذا ما أكده المشرع المغربي من خلال الفصل 99 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، والمادة 164 من مدونة الأسرة الحالية التي نصت على أن: " الحضانة من واجبات الأبوين ما دامت علاقة الزوجية قائمة " [142 ص 321]. وهي في نفس الوقت حق للحاضن بعد حصول الفرقة لسبب من الأسباب وهذا ما نستنتجه من نص المادة 165 من مدونة الأسرة المغربية التي تنص على أنه: "إذا لم يوجد بين مستحقي الحضانة من يقبلها..." فالأمر حسب المادة 165 اختياري للحاضن الذي له الحرية في قبول أو رفض الحضانة.

ولقد اعتبر المشرع المصري الحضانة حق للمرأة وذلك من خلال الفقرة الأولى من المادة 20 من القانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 والتي نصت على أنه: " ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير أو الصغيرة الخامسة عشرة..."، وكذا الفقرة الخامسة من نفس المادة التي نصت: " ويثبت الحق في الحضانة للأم..."

2.2.3.1.2. شروط الحضانة

حتى تكون الأم المطلقة أحق بحضانة أولادها الصغار، فلا بد أن تكون أهلا لذلك، ولا تتحقق أهليتها للحضانة إلا بتوفر شروط الحضانة فيها، وهي الشروط التي استنبطها الفقهاء من نصوص الشريعة وقواعدها العامة، التي تحرص على رعاية الصغير، وتوفير الراحة والأمان له [239 ص 321].

وشرط ممارسة الأم المطلقة لحقها في حضانة أولادها تتمثل فيما يلي:

- الشرط الأول: البلوغ: فمن الطبيعي أن تكون الأم الحاضنة قد بلغت سنا معينة يمكنها من القيام بالحضانة بالطريقة الشرعية الصحيحة، لذا فالصغيرة لا يمكنها أن تكون حاضنة لغيرها لأنها هي في حد ذاتها في حاجة إلى من يحضنها ويقوم على شؤونها، ولقد اتفق الفقهاء على إلزامية هذا الشرط.

- الشرط الثاني: العقل: فلا حضانة لمجنون ولو كان جنونه متقطعا لأن الحضانة ولاية وليس هو من أهلها، ولأنه لا يتأتى منه الحفظ ولا التعهد بأمر غيره، بل هو نفسه يحتاج إلى من تحضنه [122 ص 438].

- الشرط الثالث: الأمانة والعفة: وقد جمع العلماء بينهما لتلازمهما إذا العفة بكسر العين: الكف عما لا يحل ولا يحمى، والأمانة ضد الخيانة، فكل عفيف أمين وعكسه [122 ص 438] فلا حضانة لفاسق لأنه يلزم من فسق الحاضن ضياع المحضون أو فساد أخلاقه وسوء تربيته [20 ص 454].

ومن ثم يجب أن تكون الأم المطلقة أمينة على أخلاق الصغير، فإن كانت فاسقة كاحترافها الرقص أو النشل أو ارتكاب الفاحشة فإنه يسقط حقها في الحضانة بأحد أمرين: عدم قيامها بشؤون الطفل وإهماله، والخوف على أخلاق الصغير أن تتأثر بها، فإن لم يوجد شيء منهما لا يسقط حقها فيها [128 ص 744].

يقول "ابن القيم" رحمه الله بعدم اشتراط العدالة في الحاضن حيث جاء في قوله: "... مع أن الصواب أنه لا تشترط العدالة في الحاضن قطعا وإن شرطها أصحاب أحمد والشافعي رحمهما الله وغيرهم، واشتراطها في غاية البعد ولو اشترط في الحاضن العدالة لضاع أطفال العالم، ولعظمت المشقة على الأمة واشتد العنت ولم يزل من حين قام الإسلام إلى أن تقوم الساعة أطفال الفساق لا يتعرض لهم أحد في الدنيا مع كونهم هم الأكثرين ومتى وقع في الإسلام انتزاع الطفل من أبيه أو أحدهما بفسقه؟ وهذا في الحرج والعسر. واستمرار العمل المتصل في سائر الأمصار والأعصار على خلافه بمنزلة اشتراط العدالة في ولاية النكاح فإنه دائم الوقوع في الأمصار والقرى والبوادي، مع أن أكثر الأولياء الذين يلون ذلك فساق ولم يزل الفسق في الناس ولم يمنع النبي صلى الله عليه وسلم ولا أحد من الصحابة فاسقا في تربية ابنه وحضانتة له، ولا من تزويجه موليته، والعادة شاهدة بأن الرجل لو كان من الفساق فإنه يحتاط لابنته ولا يضيعها ويحرص على الخير لها بجهد وإن قدر خلاف ذلك فهو قليل بالنسبة إلى المعتاد، والشارع يكتفي في ذلك بالباعث الطبيعي ولو كان الفاسق مسلوب الحضانة وولاية النكاح لكان بيان هذا للأمة من أهم الأمور واعتناء الأمة بنقله، وتوارث العمل به مقدما على كثير مما نقلوه، وتوارثوا العمل به، فكيف يجوز عليهم تضييعه واتصال العمل بخلافه ولو كان الفسق ينفي الحضانة لكان من زنى، أو شرب الخمر، أو أتى كبيرة فرق بينه وبين أولاده الصغار والتمس لهم غيره» [16 ص 132، 133].

ولقد أكدت المحكمة العليا على شرط العفة وحسن الخلق بحيث قضت بأنه: " من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون، ومتى تبين - في قضية الحال- أن قضاة الموضوع كما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من ق. أ. ومتى كان كذلك، استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة".

وقضت في قرار آخر بأنه: " متى كان من المقرر شرعا أن سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها، فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا" [201 ص 340].

- الشرط الرابع: ألا تكون متزوجة بغير ذي رحم محرم من الصغير: بأن تكون غير متزوجة أو متزوجة بقريب محرم منه كعمه أو جده مثلا [128 ص 744].

فإن كانت متزوجة من أجنبي، أو من قريب غير محرم كابن عمه، أو من محرم غير قريب كأخيه من الرضاع سقط حقها في الحضانة، لأن الغالب في هؤلاء، ألا يعطفوا على الصغير كعطف قريبه المحرم، ويزيد الأجنبي أنه يبغضه ويقسو عليه لأن الزوج غالبا لا يحب ابن زوجته فينشأ الطفل في جو يسوده البغض والكراهية فيتعد نفسيًا [128 ص 744] ، ودليل ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم للمرأة المطلقة التي أراد زوجها أن ينزع ولده منها: (أنت أحق به، ما لم تنكحي).

وقد قال بهذا الشرط فقهاء الحنفية والمالكية، وقال الشافعية والحنابلة يبطل مطلقا لأن الدليل لم يفصل وهو الظاهر [121 ص 122]، ولأنها تشتغل عن الحضانة، بحقوق الزوج [13 ص 234] بمعنى أن زواج الحاضنة بغير أب المحضون يسقط حقها في الحضانة مطلقا، أي سواء كان الزوج أجنبيا من المحضون أو قريبا له، وسواء كانت قرابته محرمية أو غير محرمية، وسواء كان المحضون ذكرا أو أنثى [239 ص 324] ودليلهم في ذلك بما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص: أن امرأة أنت النبي صلى الله عليه وسلم وقالت: يارسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينزعه مني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (أنت أحق به، ما لم تنكحي)، لأنها إذا تزوجت اشتغلت باستمتاع الزوج عن الحضانة [37 ص 421].

وروى هاهنا عن أحمد: إذا تزوجت الأم وابنها صغير، أخذ منها [159 ص 383]. وقال "الحسن البصري" و"ابن حزم": إنه لا يسقط حق الأم في الحضانة بزواجها إذا كانت مأمونة وكان الذي تزوجها مأمونا. وهذا أنس في حضانة أمه، ولها زوج وهو أبو طلحة بعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم [83 ص 145].

والظاهر أن الراجح من ذلك هو ما قال به الحنفية والمالكية، وهو أن زواج الحاضنة لا يسقط حقها في الحضانة إذا تزوجت بذي رحم محرم من المحضون، بخلاف ما إذا تزوجت بأجنبي عنه أو بذي رحم غير محرم منه، فإن زواجها بأي منهما يسقط حقها في الحضانة، وذلك حرصاً على مصلحة الصغير حتى لا ينشأ في جو من البغض والكراهية فيصاب بالأمراض والعلل النفسية [239 ص 325].

وإن القول بسقوط الحضانة مطلقاً عن الحاضنة بزواجها يعتبر حكماً فيه نوع من العسر والحرج على الحاضنة والمحضون لأن إطلاق الحكم في هذه الحالة قد يضر بالمحضون بالتوسع في إبعاده عن أمه بمجرد الزواج، كما يعتبر ذلك بمثابة تقييد لحرية الأم الحاضنة في الزواج مرة أخرى. ولقد أخذ المشرع الجزائري بما ذهب إليه الحنفية والمالكية، بحيث نصت المادة 66 من قانون الأسرة على أنه: " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".

وتأكيداً لذلك قضت المحكمة العليا: "إن الجدير بالملاحظة، أن في قضية الحضانة، فالشريعة الإسلامية تراعي بالدرجة الأولى مصلحة المحضون وشروط جدية تكون متوفرة في الشخص الذي يكلف بالحضانة، من جملتها أن الحاضنة لا تكون متزوجة برجل أجنبي عن الأولاد..." [201 ص 364].

وقضت أيضاً بأنه: " من المقرر قانوناً أنه يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون" [201 ص 366].

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد ميز بين حالتين حالة الأم إذا كانت حاضنة، وحالة غير الحاضنة.

1- حالة زواج الحاضنة غير الأم: لقد نصت على هذه الحالة المادة 174 من مدونة الأسرة المغربية على أن: " زواج الحاضنة غير الأم، يسقط حضانتها إلا في الحالتين الآتيتين:
- إذا كان زوجها قريباً محرماً أو نائباً شرعياً للمحضون.
- إذا كانت نائباً شرعياً للمحضون".

فحسب هذا النص، فإن زواج الحاضنة من شخص له علاقة قرابة وعلاقة محرمة في ذات الوقت مع المحضون كخاله مثلاً، أو زواجها مع شخص ليست له معه هذه العلاقة ولكنه عين نائباً شرعياً عليه، لا يسقط الحضانة، كما لا تسقط الحضانة متى كانت المرأة الحاضنة هي نفسها نائباً شرعياً عن المحضون [142 ص 338]. فالقاعدة حسب المشرع المغربي، أنه يشترط في الحاضنة غير الأم ألا تكون متزوجة إلا ما استثنته المادة 174 من مدونة الأسرة.

2- حالة زواج الحاضنة الأم: تنص المادة 175 من مدونة الأسرة: " زواج الحاضنة الأم، لا يسقط حضانتها في الأحوال التالية:

- إذا كان المحضون صغيرا لم يتجاوز سبع سنوات، أو يلحقه ضرر من فراقها.
- إذا كانت بالمحضون علة أو عاهة تجعل حضانتها مستعصية على غير الأم.
- إذا كان زوجها قريبا محرما أو نائبا شرعيا للمحضون.
- إذا كانت نائبا شرعيا للمحضون...".

والجديد في المادة 175 أن زواج الأم لا يسقط حضانتها مطلقا متى كان المحضون صغيرا لم يتجاوز سبع سنوات، أو تجاوز هذا السن وتأكد أن الطفل يلحقه ضرر من فراق أمه. وهل يوجد طفل في هذا السن لا يلحقه ضرر كبير من فراقه لأمه؟ [142 ص 339].
ولا تسقط الحضانة عن الأم أيضا ولو تزوجت وتجاوز المحضون سن السبع سنين من عمره، متى كانت بهذا المحضون علة أو عاهة تجعل حضانتها مستعصية على غير الأم [142 ص 339].

وهكذا يتضح أنه أصبح من الصعوبة بمكان إسقاط الحضانة عن الأم رغم زواجها، علما أن إبقاء المحضون إلى جانب أمه تخدم مصلحته، إذ لا يوجد في الوجود هو من أحن عليه منها ولو كان أبوه، متزوجة كانت أو غير متزوجة [142 ص 339].

ولقد أكد القضاء المغربي ذلك، بحيث جاء في حكم المحكمة الابتدائية "بسيدي بنور": " حيث أن من شأن افتراق المحضون عن أمه أن يلحق بعض الضرر المتمثل في الاضطراب في متابعة دراسته، وكذا نفسيته، الأمر الذي يتحتم الإبقاء على حضانة الأم للابن المحضون رغم زواجها، وذلك رعاية لمصلحة المحضون، تطبيقا للفقرة الأولى من المادة 175 من مدونة الأسرة، وكذا ما قال به بعض الفقه: " إذا كان الصبي قد ألف من هو عندها بحيث يخشى على عقله أو جسمه أو صحته لو نزع منها فيبقى لها... " حاشية 259/2، الزرقاني .

وحيث اعتبارا لما سبق يكون الطلب غير مبرر، الأمر الذي يتعين عدم الاستجابة إليه".

ويبدو أن الحالات التي حددتها المادة 175 من مدونة الأسرة المغربية تدخل في نطاق المادة 66 من قانون الأسرة التي تقيد استحقاق الحضانة بعدم التزوج بغير قريب محرم والتنازل عنها بعدم إضرار ذلك بمصلحة المحضون، فالسقوط ها هنا مقيد بمراعاة مصلحة المحضون التي تعتبر معيار موضوعيا لسقوط الحضانة.

والجدير بالذكر أن المشرع المغربي لم يعتمد على القول الفقهي الذي أسقط الحضانة بصفة مطلقة بزواج الأم الحاضنة، بل عالج المسألة بما يخدم مصلحة الحاضنة والمحضون في الوقاية من

الضرر الذي قد يلحقهما من إسقاط الحضانة، كما أن المشرع الجزائري قيد سقوط الحضانة بشرط المصلحة الذي يجب مراعاته لإسقاطها.

- الشرط الخامس: قدرة الحاضنة على القيام بواجبات الحضانة: فلا حضانة لكفيفة أو ضعيفة البصر، ولا لمريضة مرضا معديا، أو مرضا يعجزها عن القيام بشؤونها، ولا لمتقدمة في السن يحوجها إلى رعاية غيرها لها، ولا لمهملة لشؤون بيتها كثيرة المغادرة له، بحيث يخشى من هذا الإهمال ضياع الطفل وإلحاق الضرر به، أو لقاطنة مع مريض مرضا معديا، أو مع من يبغض الطفل، ولو كان قريبا له، حيث لا تتوفر له الرعاية الكافية، ولا الجو الصالح[43 ص 342].

ولقد ورد هذا الشرط لدى فقهاء المالكية بحيث يقول الفقيه المالكي "الدردير": "(والكفالة): أي القدرة على القيام بشأن المحضون، إلا أن يكون عندها من يحضن، أو دخلت الكاف العمى والصم والخرس والمرض والإقعاد.." [20 ص 508]. ولا نعلم أن هناك من يقول بغير ذلك [239 ص 322] باعتبار أن الشرط تحصيل حاصل لضمان تحقيق الحضانة لهدفها الأساسي وهو تربية الطفل تربية سليمة فلا يمكن لمن هو عاجز عن تأدية واجب الحضانة لسبب من الأسباب، كالمرض أو العمى أن يقوم بشؤون المحضون فهو أولى بالمساعدة والرعاية.

وفي سياق الحديث عن الحضانة، يطرح التساؤل التالي: ما مدى اعتبار إسلام الحاضنة كشرط لممارسة حضانة الصغير المسلم؟

لقد اختلف الفقهاء في الإجابة على هذا التساؤل على قولين:

- القول الأول: ومفاده عدم اشتراط إسلام الحاضنة أو غيرها في حالة ما إذا كان المحضون مسلما، ومن أصحاب هذا القول: "أبو ثور"، الحنفية، والمالكية، و"أبو سعيد الأصبخري" و"ابن حزم الظاهري" [20 ص 529].

ودليل أصحاب هذا القول ما يلي:

1- ما روى رافع بن سنان: أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم، فأقعد النبي صلى الله عليه وسلم الأم ناحية، والأب ناحية، وأقعد الصبي بينهما، فمال إلى أمه، فقال: (اللهم أهده) فمال إلى أبيه فأخذه [62 ص 332].

وفي الحديث دليل على ثبوت حق الحضانة للأم الكافرة وإن كان الولد مسلما، إذ لو لم يكن لها حق لم يقعه النبي صلى الله عليه وسلم بينهما، وإلى هذا ذهب أهل الرأي والثوري [148 ص 805].

2- و يستوي إن كانت الأم مسلمة أو كتابية أو مجوسية لأن حق الحضانة لها للشفقة على الولد ولا يختلف ذلك باختلاف الدين [71 ص 209] ، ولكن إذا خيف أن يألف الكفر، نزع منها وإن لم يعقل

دينا[60 ص 370]. بمعنى أن الحضانة تسقط عن الأم غير المسلمة إذا ثبت أن هناك أمارات تدل على تأثر المحضون بدين أمه.

ويؤكد المالكية على ذلك بالقول: إن خيف على المحضون منها فساد كأن تغذه بلحم خنزير أو خمر، وبالتالي وجبت مراقبة الحاضنة غير المسلمة[20 ص 529].
- القول الثاني: ومفاده اشتراط إسلام الحاضنة، فإذا ثبت أن الأم غير مسلمة سقطت حضانتها وانتقلت إلى من يليها في درجة الاستحقاق، وقال بهذا الرأي فقهاء الشافعية والحنابلة[37 ص 426].
ودليل أصحاب هذا القول ما يلي:

1- لأن الحضانة جعلت لحظ الولد، ولاحظ للولد (المسلم) في حضانة الكافر، لأنه يفتنه عن دينه، وذلك من أعظم الضرر، والحديث منسوخ، لأن الأمة أجمعت على أنه لا يسلم الصبي المسلم إلى الكافر[7 ص 216].

2- أن الله سبحانه وتعالى قطع الموالاتة بين المسلمين والكفار وجعل المسلمين بعضهم أولياء بعض، والكفار بعضهم أولياء بعض، والحضانة من أقوى أسباب الموالاتة التي قطعها الله بين الفريقين[122 ص 440] ، ولأن الحاضن يكون حريصا على تربية الطفل على دينه، يقول الله تعالى: (وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا)[1]. والحضانة ولاية لا بد فيها من مراعاة مصلحة المولى عليه، وحديث رافع قد عرفت عدم انتهاضه، وعلى القول بصحته فهو منسوخ بالآيات القرآنية هذه، وكيف تثبت الحضانة للأم الكافرة مثلا وقد اشترط الجمهور وهم الهادوية وأصحاب أحمد والشافعي، عدالة الحاضنة، وأنه لا حق للفاسقة فيها...[148 ص 805، 806].

إن القول الثاني وهو قول الشافعية والحنابلة جدير بالترجيح لقوة أدلته، فمن باب الاحتياط وضمانا لنشوء المحضون على عقيدة الإسلام، فإنه من الضروري أن تكون الحاضنة مسلمة، ويكفي في هذا المقام الاستدلال بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يمجسانه أو يمجسانه)[113 ص 455].

وغني عن البيان أن الطفل المحضون سيتأثر لا محالة في مرحلة حضانتها وهي مرحلة التربية والإنشاء بسلوك وعادات وتقاليده أمه الحاضنة، فهل يمكن لهذه الأخيرة أن تترك دينها لتعلم المحضون دين الإسلام؟

وبقراءتها للمادة 62 من قانون الأسرة التي تنص على أن: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهرة على حمايته وحفظه صحة وخلقا" يتبين لنا أن المشرع الجزائري لا يشترط إسلام الحاضن لاستحقاق حضانة الصغير المسلم بدليل قوله: "والقيام بتربيته على دين أبيه" فكأنه يخاطب بذلك المرأة الحاضنة غير المسلمة.

وتأكيدا لذلك، قضت المحكمة العليا: "من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه...". وفي ذلك اعتماد لرأي الحنفية والمالكية في شأن عدم اشتراط إسلام الحاضنة.

أما بالنسبة للمشرع المغربي، فلم نجد نصا في مدونة الأسرة يبين لنا موقفه من الاختلاف الفقهي حول مدى اعتبار إسلام الحاضنة كشرط من شروط ممارسة الحضانة، وإن كان المشرع المغربي سبق له أن تطرق لهذا الموضوع من خلال نصه في الفصل 108 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة بقوله على أنه: "إذا كانت الحاضنة على غير دين المحضون ولم تكن أما لم يكن لها الحق في الحضانة إلا في السن الخمس الأولى من عمر المحضون، فإذا كانت الحاضنة أما صحت حضانتها بشرط أن لا يتبين استغلالها للحضانة لتنشئة المحضون على غير دين أبيه".

وأمام هذا الفراغ القانوني في مدونة الأسرة المغربية، وجب الرجوع إلى نص المادة 400 من مدونة الأسرة التي تحيل على المذهب المالكي لمعالجة كل مسألة لم يرد النص عليها في هذه المدونة و المشهور لدى الفقه المالكي عدم اعتبار اتحاد الدين بين الحاضنة والمحضون شرطا لممارسة الحضانة إلا إذا خيف على المحضون التأثير بدين الحاضنة في حالة وجود شبهة تدل على أن الحاضنة تربيته على دينها ، الأمر الذي يترتب عليه إسقاط حضانتها ونزعه منها.

2.2. ماهية الشقاق الموجب للتفريق بين الزوجين

قد تعجز الزوجة عن إثبات الضرر التي تدعيه من زوجها مما يجعلها في وضع حرج قد يؤدي إلى تقادم الضرر الذي لحقها من زوجها، فهل نتركها في هذا الوضع بدعوى عجزها عن إثبات الضرر الذي تدعيه من زوجها ؟ الأمر الذي يجعلنا نتساءل ماهي الوسائل الشرعية والقانونية التي يمكن اللجوء إليها لعلاج هذا الوضع ؟

إن الأمر يتعلق حتما ببلوغ الزوجين إلى حال الشقاق الذي يصعب فيه معرفة المسئول من الزوجين عن ذلك الأمر الذي اختلف الفقهاء في معالجته والتطرق إليه.

وإجابة عن التساؤل السابق جاء تقسيم هذا الفصل إلى المباحث التالية:

_ المبحث الأول: مفهوم الشقاق

_ المبحث الثاني: التحكيم بين الزوجين بسبب الشقاق

1.2.2. مفهوم الشقاق

ليس من السهل أن نعرف الشقاق من أول وهلة، بل الأمر محل خلاف فقهي وقانوني أدى إلى وجود بعض التباين في تحديد مفهوم موحد للشقاق، فهل الشقاق هو نشوز أحد الزوجين أو نشوز

الزوجين معا في وقت واحد؟ فإذا كانت الإجابة بالإيجاب فما هي مظاهر ومعالم هذا النشوز؟ للإجابة على هذين التساولين تناولنا مضمون هذا المبحث في المطالب التالية:

_ المطلب الأول: تعريف الشقاق

_ المطلب الثاني: مظاهر الشقاق

1.1.2.2. تعريف الشقاق

الشقاق لغة مشتق من الشق بالكسر وهو نصف الشيء، والشق أيضا الناحية من الحبل وفي حديث أم زرع: "وجدني في أهل غنيمة بشق" [224 ص 114]. وإن شق الشيء فهذا يدل على انصداع فيه، تقول شقت الشيء أشقه شقا، إذا أصدعته، وبيده شقوق، و بالدابة شقاق، و الأصل واحد. و الشقة: شظية تشظى من لوح أو خشبة [227 ص 170].

ومن الباب: الشقاق وهو الخلاف، وذلك إذا انصدعت الجماعة وتفرقت يقال: شقوا عصا المسلمين، وقد انشقت عصا القوم بعد التئامها، إذا تفرق أمرهم، ويقال أصاب فلان شق و مشقة، وذلك الأمر الشديد كأنه من شدته يشق الإنسان شقا [227 ص 171].

والمشاققة و الشقاق: الخلاف والعداوة [223 ص 144]. قال الشاعر:

وإلا فاعلموا أنا و أتم في شقاق بغاة ما بقينا في شقاق.

والشقاق مأخوذ من كلمة الشق، والشق بمعنى إبعاد شيء آخر مثل النجار حين يشق الخشب [114 ص 208].

وعرف الشقاق أيضا بأنه غلبة العداوة و الخلاف بين اثنين وسمى ذلك شقاقا لأن كل فريق من فرقتي العداوة قصد شقا أي ناحية غير شق صاحبه [225 ص 112].

ولقد ورد ذكر الشقاق في عدة مواضع في كتاب الله: (وَإِنْ تَوَلَّوْا فَإِنَّمَا هُمْ فِي شِقَاقٍ فَسَيَكْفِيكَهُمُ اللَّهُ) [1] ، وقوله تعالى: (وَإِنَّ الَّذِينَ اخْتَلَفُوا فِي الْكِتَابِ لَفِي شِقَاقٍ بَعِيدٍ) [1]. وقوله تعالى: (وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصَلِّهِ جَهَنَّمَ) [1].

وفي تفسير هذه الآية يقول "ابن كثير": «ومن سلك غير طريق الشريعة التي جاء بها الرسول صلى الله عليه وسلم فصار في شق و الشرع في شق» [33 ص 731].

قال تعالى: (وَإِنَّ الظَّالِمِينَ لَفِي شِقَاقٍ بَعِيدٍ) [1] قال "ابن كثير": «أي في ضلال ومخالفة و عناد بعيد أي عن الحق و الصواب» [33 ص 282].

ومن خلال هذه الآيات نجد أن الشقاق لا يعني دائما العداوة بل معناه الأكيد هو الخلاف وبمعنى أصح هو الاختلاف في الاتجاهات فكل فريق يختار اتجاه غير الآخر [193 ص 181].

إن معنى الشقاق اصطلاحاً يدور حول معنى وهو أن المقصود بالشقاق بين الزوجين وقوع الخلاف والعداوة بينهما على نحو يستدعي تدخل الآخرين للإصلاح [153، 154].
وعرف الشقاق بذلك الوضع الذي يكون فيه الزوجين في دائرة الخلاف والعداوة، ويصر كل منهما على اتخاذ سلوك يسعى من خلاله بالشق على نفس صاحبه، مما يتعارض ومقتضيات المودة والرحمة والسكن إلى الآخر [24 ص].
وعرف الشقاق أيضاً بأنه الخلاف العميق والمستمر بين الزوجين لدرجة يتعذر معها استمرار العلاقة الزوجية.

وفي تعريف آخر للشقاق، فهو ذلك النزاع الشديد بين الزوجين ودوام السباب الفاحش والتضارب بينهما مما يلزم القاضي بعث حكماً من أهله وحكما من أهلها لينظرا في أمرهما ويصلحا بينهما أو يفرقا إن عسر الإصلاح [38 ص 346].
يقول "القرطبي" في تعريف الشقاق: "فكان كل واحد يأخذ شقا غير شق صاحبه، أي ناحية غير ناحية صاحبه" [4 ص 174].

لم يعرف قانون الأسرة الجزائري الشقاق بل اكتفى بالنص عليه في المادتين 53 و56، بحيث نصت المادة 53 على أنه: «يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب التالية... 8- الشقاق المستمر بين الزوجين...». ونصت المادة 56: «إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما...».

ونلاحظ أن المادة 56 قد عرفت الشقاق بطريقة غير مباشرة باعتباره ذلك الخصام الشديد بين الزوجين والذي لا يثبت فيه الضرر.

ولقد فوجئنا بإضافة المشرع للمادة 8/53 سببا من أسباب التطلاق وهو الشقاق المستمر بين الزوجين وذلك بموجب التعديل الذي طرأ على قانون الأسرة الجزائري بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، ومن ثم نجد أنفسنا متسائلين عن مفهوم الشقاق الذي نصت عليه المادة 53؟، وما هو الفرق بينه وبين الشقاق المنصوص عليه في المادة 56؟.

والشقاق يأخذ مظهرين إما أن يكون نزاعاً متبادلاً بين الزوجين دون أن يثبت الضرر، وإما أن يكون شقاقاً صادراً عن أحد الزوجين، ويسمى حينئذ نشوزاً وذلك بعد اكتشافه من طرف الحكّمين وكلاهما له أحكام خاصة، إذن كان من الأجدر على المشرع أن يعرف الشقاق في المادة 53 وشروطه حتى يتسنى لنا معرفة الفرق بينه وبين الشقاق المنصوص عليه في المادة 56.

ونعتقد أن الفقرة الثامنة من المادة 53 مصدرها الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا حيث قضت على أنه: «من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطلاق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضرراً شرعياً».

ومتى تبين- في قضية الحال- أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج وأن الزوج هو المسئول عن الضرر لأنه لم يمتثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة، مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلب التعويض، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطبيق الزوجة لطول الخصام وبتظلم الزوج و تعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون".

ويمكن أن نستخلص من خلال هذا القرار أن المقصود من الشقاق الذي أضيف للمادة 53 هو ذلك الخصام الطويل بين الزوجين والممتد لفترة زمنية نتيجة لنزاع بينهما لم يجد له حلا، مما يجعل الحياة الزوجية صعبة الاستمرار بسبب الضرر الذي لحق الزوجة نتيجة الخصام الطويل.

أما مدونة الأسرة المغربية فلم تعرف أيضا الشقاق، بل نصت عليه في المادة 94 بقولها على أنه: « إذا طلب الزوجان أو أحدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يخاف منه الشقاق، وجب عليها أن تقوم بكل المحاولات لإصلاح ذات البين طبقا لأحكام المادة 82» .

ونصت المادة 97 من مدونة الأسرة على أنه: « في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق، تثبت المحكمة ذلك في محضر وتحكم بالتطليق و بالمستحقات طبقا للمواد 83 و84 و85 أعلاه» .

فالشقاق من منظور مدونة الأسرة هو اختلال الاحترام والود بين الزوجين وارتفاع أحدهما على الآخر معاداة له بشكل يخل بالحقوق والواجبات المتبادلة بينهما ويحول دون استمرار علاقتهما[142 ص 102].

فإذا وقع الشقاق بين الزوجين نظر الحاكم فإن بان أنه من المرأة وحدها، أو من الرجل وحده فهو نشوز[175 ص 154]. فحكم الشقاق بالتعدي بين الزوجين، وهو إما أن يكون منها أو منه أو منهما[123 ص 329]. ويسمى النشوز شقاقا، لأن الإنسان إذا بغض شخصا يعطيه شقه[61 ص 2793].

2.1.2.2. مظاهر الشقاق

إن الحديث عن مظاهر الشقاق ماهو إلا إجابة عن التساؤل حول مضمون الشقاق الواقع بين الزوجين ومعالجته ؟ لذلك تناولنا هذا المطلب بالتقسيم التالي:

- الفرع الأول: نشوز الزوجة

- الفرع الثاني: نشوز الزوج

1.2.1.2.2. نشوز الزوجة

أولا: تعريف النشوز

النشز المكان المرتفع من الأرض، كالنشاز بالفتح، والنشز محركة ج: نشوز وأنشاز ونشاز، الارتفاع في مكان ينشز وينشز. ونشز بقرنه: احتمله فصرعه. ونشزت نفسه: جاشت. ونشزت المرأة

تنشز وتنشز نشوزاً: إستعصت على زوجها وأبغضته، ونشز بعلمها عليها: ضربها وجفاها. وعرق ناشز: منتبر يضرب من داء. وقلب ناشز: إرتفع عن مكانه رعباً. وأنشز عظام الميت: رفعها إلى مواضعها، وركب بعضها على بعض. ونشز الشيء: رفعه عن مكانه... [223 ص 550، 551].

أما النشوز عند الفقهاء، فقد عرفه الحنفية بأنه خروج الزوجة من بيت زوجها بغير حق، وامتناعها عن تسليم نفسها لزوجها بغير عذر [84 ص 27]. ونلاحظ أن هذا التعريف هو تبيان لسبب من أسباب النشوز فقط.

وعرفه المالكية بأنه خروجها عن طاعته بمنعها التمتع بها أو خروجها بلا إذن لمحل تعلم أنه لا يأذن فيه، أو تركت حقوق الله تعالى كالغسل والطهارة والصلاة، أو إذا أغلقت الباب دونه، أو خانتها في نفسها أو ماله [20 ص 342].

أما الشافعية فعرفوا النشوز شرعاً بأنه الخروج عن طاعة الزوج، وهو لغة الخروج عن الطاعة مطلقاً [61 ص 2493].

أما الحنابلة فقد عرفوا النشوز بأنه معصية الزوج فيما فرض الله عليها من طاعته، مأخوذ من النشز وهو الارتفاع، فكأنها ارتفعت وتعالى عما أوجب الله عليها من طاعته [158 ص 220]. وقد عرف ابن تيمية رحمه الله نشوز الزوجة في قوله تعالى: (وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ) هو أن تنشز عن زوجها، فتتفر عنه بحيث لا تطيعه إذا دعاها للفراش، أو تخرج من منزله بغير إذنه، ونحو ذلك بما فيه امتناع عما يجب عليها من طاعته [27 ص 212].

ومن خلال عرضنا لتعاريف الفقهاء لنشوز الزوجة، نلاحظ أن النشوز له معنى ضيق ومعنى واسع.

فالمعنى الضيق أو ما يعرف بالنشوز المسكني، وهو عدم انتقال الزوجة إلى منزل الزوجية أو هجرها إياه أو منعها زوجها من دخول منزلها الذي يعيشان فيه دون أن تطلب النقلة إلى منزل آخر يعده لهما [87 ص 59].

أما المعنى الواسع للنشوز فلا يراد به عدم الانتقال إلى مسكن الزوجية أو هجره أو منع الزوج من دخوله إن كانا يقيمان في منزلهما. بل مفاده كل خروج عن الطاعة بما من شأنه تفويت حق الاحتباس المقرر للزوج على زوجته: ذلك أن الطاعة ليس كل معناها التزام المساكنة، فالتزام المساكنة ليس كل الالتزامات المترتبة على عقد الزواج، كما أنه لا يحمل كل معاني الطاعة. فالطاعة يراد بها معنى أشمل. ويقصد بها – عدا إقامة الزوجة مع زوجها في مسكن – أمور كثيرة، منها تدبير شؤون المنزل، والقرار فيه، وعدم مغادرته بدون مسوغ، والاحتباس لحقوق الزوج، والتفرغ

لمصالحه، وهو الاحتباس الذي يمنعها من كسب المال بنفسها أو الخروج من المنزل بدون إذنه[87 ص 59، 60]...الخ.

وبالتالي نقول أن نشوز الزوجة هو الخروج عن طاعة الزوج فيما أوجبه الشرع وهذا ما قال به جمهور الفقهاء أما ما جاء به الحنفية في تعريف النشوز ما هو إلا إحدى حالات وصور النشوز الذي يؤدي إلى تفويت الاحتباس.

لم يعرف قانون الأسرة نشوز الزوجة بل اكتفى بالنص عليه في المادة 55 على أنه: « عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق و بالتعويض للطرف المتضرر ». غير أنه بقراءة النص الفرنسي للمادة 55 الذي جاء فيه:

« en cas d'abandon du domicile conjugal par l'un des deux époux, le juge accorde le divorce et le droit aux dommages et intérêts a la partie qui subit le préjudice ».

نلاحظ أن قانون الأسرة الجزائري قد حدد بصفة غير مباشرة معنى النشوز وهو المعنى الضيق المراد به ترك الزوجة لمنزل الزوجية دون مبرر شرعي، وبذلك فقد أخذ قانون الأسرة بتعريف الحنفية السابق ذكره.

وكان من الأجدر ألا يستعمل قانون الأسرة مصطلح النشوز لأنه معناه – كما ذكرنا سابقا – هو إخلال الزوجة بالتزام الطاعة لزوجها، أما ترك الزوجة لمنزل الزوجية ما هو إلا صورة من صور النشوز فقط ويبدو أن صياغة النص الفرنسي هي الصحيحة الأمر الذي يستدعي إعادة صياغة النص العربي للمادة 55 ليصبح كالتالي: « عند ترك أحد الزوجين لبيت الزوجية... ».

وتطبيقا لذلك جاءت قرارات المحكمة العليا لتؤكد على الأخذ بالمعنى الضيق للنشوز، حيث ورد في بعض قراراتها على أنه: « حيث ثبت لدى المجلس إمتناع الزوجة من أن ترجع إلى المنزل الذي أعده لها زوجها بمحل عمله كما اشترطت واعتمد على شهادة منفذ الحكم بالرجوع. وحيث أنها امتنعت من الاستجابة فلهذا اعتبرها بحق ناشزا وأسقط حقها في النفقة...» [201 ص 292].

- « من المقرر شرعا أن سقوط النفقة عن الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت أنها بلغت بالحكم النهائي برجوعها لمحل الزوجية وبعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم مما يجعلها ناشزا عن طاعة زوجها...» [201 ص 293].

- « إن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي أن الزوجة لا تعتبر في حالة النشوز إلا إذا صدر عليها حكم بالرجوع و نفذ عليها بصفة قانونية بعدما أصبح نهائيا ولم تمتثل لذلك القضاء» [201 ص 294].

ثانياً: وسائل معالجة نشوز الزوجة.

لقد حدد القرآن الكريم وسائل وطرق لمعالجة نشوز الزوجة وأوكل القيام بها إلى زوجها مع تحديد مكان ممارستها وهو بيت الزوجية، وذلك انطلاقاً من قوله تعالى: (وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْتَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً) [1].

وتعتبر هذه الوسائل التي ذكرها القرآن كمرحلة أولى لمعالجة النشوز الصادر عن الزوجة حتى لا يتطور ويستحكم ليصل إلى درجة تنذر بالخطر على العلاقة الزوجية، وتتمثل هذه الوسائل في الموعظة ثم الهجر و في الأخير الضرب.

1- الموعظة: الموعظة كما عرفها "القرطبي" [4 ص 168]: هي التذكير بما أوجب الله عليهن من حسن الصحبة وجميل العشرة للزوج، والاعتراف بالدرجة التي له عليها.

إذن فالبدائية هي الموعظة التي تتم بالنصح بالرفقة، بأن ينتهز الرجل الفرصة المناسبة لكي يكون الوعظ والإرشاد مقبولاً [141 ص 273]. والوعظ تذكير بالعواقب [2 ص 377].

والوعظ والعظة: تذكرك الإنسان بما يلين قلبه من ثواب وعقاب، وقد وعظه وعظا. واتعظ: قبل الموعظة.

وإن علاج نشوز الزوجة بالموعظة أمر مندوب، لكنه لا يكون مندوباً إلا إذا جزم بإفادته، أو ظنها، أو شك فيها فإن جزم أو ظن عدمها هجرها [69 ص 342].

ولقد اختلف الفقهاء في تحديد الزمن الذي تستحب فيه الموعظة على قولين:

- القول الأول: يرى أصحاب هذا القول أن الوقت الذي يستحسن فيه استعمال الموعظة هو عند خوف النشوز، ووجه صرف الخوف في هذا الموضع إلى العلم في قول هؤلاء نظير صرف الظن إلى العلم لتقارب معنييهما "واللاتي تعلمون نشوزهن". قال جماعة من أهل التأويل: معنى الخوف في هذا الموضع: الخوف الذي هو خلاف الرجاء ومعنى ذلك إذا رأيت منهن ما تخافون أن ينشزن عليكم من نظر إلى ما لا ينبغي لهن أن ينظرن إليه ويدخلن ويخرجن، واستربتن بأمرهن فعظوهن وأهجرهن [15 ص 37].

وقد استدل أصحاب هذا القول باستحباب الموعظة عند خوف النشوز وإن لم يقع بظاهر قوله تعالى: (وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْتُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيراً).

- القول الثاني: ومفاده أن الوقت المستحب للموعظة هو الوقت الذي يتأكد فيه الزوج من وقوع أمارات وعلامات النشوز قولاً وفعلاً والمتمثلة غالباً في عدم إسراع الزوجة في إجابته على غير عاداتها، أو لا تظهر احترامه ولا كرامته ولا ترد عليه إلا متبرمة، أو عابسة وبكلام قاس بعد أن كان

كلامها لنا ولطيفا مع إطاعته في فراشه، أو تظهر له الإعراض والعبوس بعد اللطف وجب العظة لا الهجران والضرب [37 ص 126، 128].

وقد استدلت أصحاب هذا القول بقوله تعالى: (وَاللَّائِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ).

ومن خلال عرض هذين القولين فإننا نرجح القول الثاني المتمثل في اختيار وقت الموعدة عند ظهور أمارات النشوز بالقول أو الفعل وذلك قبل استحكام النشوز واتخاذها لمظهر العصيان والتمرد، وهذا على سبيل الوقاية والاحتياط.

2- الهجر: قد يجد الزوج أن موعظته لزوجته لم تجد نفعا، وبقي سلوك الزوجة يتميز بالتعالي والارتفاع مما يجعله يتساءل عن الحل، فالآية الكريمة السابقة الذكر قد منحتة وسيلة ثانية لعلاج نشوز زوجته وذلك بالانتقال إلى نوع من التشديد في العلاج، فله الحق في هجرها للتعبير عن غضبه، ومن ثم نتساءل، ما المقصود بالهجر هنا؟

لقد اختلف الفقهاء في المقصود بالهجر على عدة أقوال أهمها:

- القول الأول: يرى أصحاب هذا القول أن المقصود بالهجر هو الامتناع عن الجماع وذلك بملازمة الزوج لفراش الزوجية دون أن يجامع زوجته بأن يوليها ظهره، وبهذا قال غير واحد وزاد آخرون منهم: السدي، والضحاك، وعكرمة وابن عباس وبعض المفسرين [4 ص 168].

فهو أمر بالهجر في المضجع فقط، وليس أمرا بالهجر في الحجرة، أي لا ينام الرجل في حجرة و تنام المرأة في حجرة أخرى، وإنه أمر بعدم فضح المسألة وأمر بأن يظل الزوجان معا في غرفة واحدة. وإنه هجر في المضجع فلو هجرها الرجل ونام في غرفة أخرى، أو ترك البيت إلى مكان آخر فهذا يورث في المرأة غريزة العناد [114 ص 275].

- القول الثاني: و تأكيدا لهذا القول يقول الشيخ "الدردير": « إذا لم يفد الوعظ هجرها أي تجنبها في المضجع فلا ينام معها في فرش لعلها ترجع عما هي عليه من المخالفة » [20 ص 342].

وإن القول بذلك يجعلنا نرد عليه بما قاله الشيخ "محمد رشيد رضا" بأن: "تعمد هجر الفراش أو الحجرة زيادة في العقوبة لم يأذن بها الله تعالى، وربما يكون سببا لزيادة الجفوة، وفي الهجر في المضجع نفسه معنى لا يتحقق بهجر المضجع أو البيت الذي هو فيه لأن الاجتماع في المضجع هو الذي يهيج شعور الزوجة، فتسكن نفس كل من الزوجين إلى الآخر، ويزول اضطرابها الذي أثرته الحوادث قبل ذلك، فإذا هجر الرجل المرأة وأعرض عنها في هذه الحالة رجي أن يدعوها ذلك الشعور والسكون النفسي إلى سؤاله عن السبب ويهبط بها من نشز المخالفة، إلى صفصف الموافقة [115 ص 39].

- القول الثالث: ومفاده أن يهجرها بالامتناع عن الكلام معها في حال مضاجعته إياها لا أن يترك جماعها ومضاجعتها ، لأن ذلك حق مشترك بينهما فيكون في ذلك عليه من الضرر ما عليها فلا يؤدبها بما يضر بنفسه ويبطل حقه[84 ص 493].

- القول الرابع: هو قول "الطبري" بأنه: " فإذا كان في كل هذه المعاني ما ذكرنا من الخلل اللاحق، فأولى الأقوال بالصواب في ذلك أن يكون قوله: (وَاهْجُرُوهُنَّ) موجهاً معناه إلى معنى الرباط بالهجر على ما ذكرنا من قبل من قيل العرب للبعير إذا ربطه صاحبه بحبل (هجر البعير إذا ربطه صاحبه بالهجر يربط حقوبها ورسغها) فإن أبين الأوبة من نشوزهن فاستوثقوا منهن رباطاً في مضاجعهن، يعني في منازلهن وبيوتهن التي يضطجعن فيها ويضاجعن فيها أزواجهن[15 ص 37].

ولقد رد القاضي "أبو بكر بن العربي" على هذا القول بقوله: « يالها من هفوة من عالم بالقرآن والسنة، والذي حمله على هذا التأويل حديث غريب رواه ابن وهب عن مالك: أن أسماء بنت أبي بكر الصديق امرأة الزبير بين العوام كانت تخرج حتى عوتب في ذلك، قال: وعتب عليها وعلى ضررتها، ففقدت شعر واحدة بالأخرى، وضربها ضرباً شديداً وكانت الضرة أحسن اتقاء، وكانت أسماء لا تتقي الضرب فكان الضرب بها أكثر وأثر، فشكت إلى أبيها أبي بكر فقال لها: أي بنية أصبري، فإن الزبير رجل صالح، ولعله أن يكون زوجك في الجنة، ولقد بلغني أن الرجل إذا ابتكر بالمرأة تزوجها في الجنة»[44 ص 418].

وبناء على ما سبق ذكره من أقوال مختلفة في تفسير الهجر كوسيلة لعلاج نشوز الزوجة، فإننا نرى ترجيح القول الأول الذي يفسر الهجر بالامتناع عن الجماع مع ملازمته لفراش الزوجية، وذلك من شأنه أن يثير مشاعر الزوجة وتصلها رسالة الزوج بأنه غاضب منها، فإن كانت تحبه فذلك سيؤثر فيها ولا يمكنها أن تصبر على موقفها فتعود إلى رشدها، أما إذا أصرت على موقفها فيدل ذلك على بغضها له فينأكد من نشوزها.

بالإضافة إلى حرص الزوج ألا يظهر تخوفه من نشوز زوجته، لأنه ما زال في سريره بجانب زوجته داخل غرفة نومها المغلقة عليها، وبذلك لا يعلم أحد عن خلاف الرجل وزوجته شيئاً[114 ص 275].

كما أن الآية الكريمة التي حددت وسائل علاج نشوز الزوجة جاءت صريحة: (وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ) أي الهجر في المضجع وهو فراش الزوجية وليس خارجه.

3- الضرب: تأتي مرحلة الضرب: (وَاضْرِبُوهُنَّ) بعد الوعظ والهجر وهي المرحلة التي يتأكد فيها الزوج أن زوجته قد بالغت في نشوزها واستعلت عليه، لكن هل للزوج مطلق الحرية في ضرب زوجته بالكيفية التي يراها مناسبة؟ إذن ما المقصود بالضرب هنا؟ إنه الضرب الخفيف، وهو فقط دليل على عدم الرضا ولذلك قال بعض العلماء: لتضربها بالسواك، والسواك كما نعلم لا يؤذي ولا

يؤلم بل هو ضرب فيه دلالة يعطي صلحا، وقد علمنا الحق هذه المسألة عندما أقسم بنبي الله أيوب عليه السلام أن يضرب زوجته مائة ضربة[114 ص 276]... فقال الحق: (وَخَذُ بِيَدِكَ ضِعْفًا فَأَضْرِبْ بِهِ وَلَا تَحْنَثْ إِنَّا وَجَدْنَاهُ صَابِرًا نِعَمَ الْعَبْدِ إِنَّهُ أَوَّابٌ) [1].

والضغث: هو حزمة من الحشائش فيها مائة عود.. فعندما يضربها بهذا الضغث المكون من مائة عود يكون قد ضربها مائة ضربة دون أن يحنث بالقسم، وعندما نجد الزوجة أو الضرب مشوب بحنان الضارب فإنها تهدأ، أو تحس بالمودة[114 ص 276].

وبناء عليه ، فقد أجمع الفقهاء على جواز استعمال الضرب لتأديب النساء[84 ص 493].

ولقد استدلت الفقهاء على إجماعهم بالقرآن و السنة والمعقول .

- القرآن الكريم: - قوله تعالى: (وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ) [1].

فبمقتضى هذه الآية، فالضرب المباح هو ضرب الأدب غير المبرح، وهو الذي لا يكسر عظما، ولا يشين جارحة، كاللكزة ونحوها، فإن المقصود منه هو الإصلاح لا غير، فلا جرم أنه إذا أدى إلى الهلاك وجب الضمان[4 ص 168].

وقوله: (وَاضْرِبُوهُنَّ) أي: إذا لم يرتدعن بالموعظة ولا بالهجران، فلكم أن تضربوهن ضربا غير مبرح[33 ص 650].

وإن معنى الضرب في الآية الكريمة هو ضرب الأدب والإصلاح ضرب المصلح المربي المشفق على رعيته، وليس ضرب القتل أو الإيذاء و الإلتلاف[59 ص 75].

ومن النساء بل من الرجال من لا يقيمه إلا الأدب - الضرب-، فإن علم ذلك الرجل فله أن يؤدب - يضرب- وإن ترك فهو أفضل[44 ص 421].

- السنة النبوية: - روي عن جابر بن عبد الله عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه خطب بعرفات في بطن الوادي فقال: (فاتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمان الله واستحلتم فروجهن بكلمة الله، ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه، فإن فعلن فاضربوهن ضربا غير مبرح، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف)[156 ص 615].

- ما روي عن "عمر بن الأحوص" أنه شهد حجة الوداع مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فحمد الله وأثنى عليه وذكر ووعظ ثم قال: (استوصوا بالنساء خيرا، فإنهن عندكم عوان ليس يملكون منهن شيئا غير ذلك إلا أن يأتين بفاحشة مبينة، فإن فعلت فاهجروهن في المضاجع، واضربوهن ضربا غير مبرح، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا، إن لكم على نسائكم حقا، ولنسائكم عليكم حقا، فأما حقاكم على نسائكم، فلا يوطئن فرشكم من تكرهون، ولا يأذن في بيوتكم من تكرهون، ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن في كسوتهن و طعامهن)[111 ص 594].

وبالتالي نستدل أن للزوج الحق في ضرب زوجته الناشز ضربا غير مبرح، بحيث يكون هدفه الإصلاح و التأديب لا غير.

والواقع أن التأديب المادي لأرباب الشذوذ والانحراف الذين لا تنفع فيهم الموعظة ولا الهجر، أمر تدعو إليه الفطرة ويقضي به نظام المجتمع [152 ص 164].

وبعد التطرق إلى مشروعية ضرب الزوجة الناشز وأدلته الشرعية، نتساءل عن الطريقة الشرعية لممارسة هذا الحق؟

إن المتفق عليه أن الضرب الذي قرره الشرع ليس الضرب المؤلم والمؤذي، إنما شرع الضرب من أجل إصلاح حال الزوجة لا غير، فدافعه ليس الانتقام والتعدي بل يجب على الزوج أن تكون نيته معالجة نشوز الزوجة الذي يعكر صفو الحياة الزوجية.

ففي الحديث " عن حكيم بن معاوية القشري" عن أبيه قال: (قلت يارسول الله: ما حق زوجة أهدنا عليه؟ قال: (أن تطعمها إذا أطعمت، وتكسوها إذا اكتسيت، ولا تضرب الوجه، ولا تقبح، ولا تهجر إلا في البيت) [62 ص 341].

وتفسيرا للضرب غير المبرح قال عطاء : قلت لإبن عباس: « وما الضرب غير المبرح؟ قال السواك ونحوه» [15 ص 37].

قال الإمام النووي: « وأما الضرب، فهو ضرب تأديب وتعزير، وينبغي ألا يكون مدميا، ولا مبرحا، ولا على الوجه والمهالك، فإن أفضى إلى تلف، وجب الغرم، لأنه تبين أنه إتلاف لا إصلاح، ثم الزوج وإن جاز له الضرب، فالأولى له العفو، بخلاف الولي، فإنه لا يترك ضرب التأديب للصبى، لأن مصلحته للصبى. وفي الحديث، النهي عن ضرب النساء وأشار الشافعي رحمه الله إلى تأويلين له. أحدهما: أنه منسوخ بالآية أو حديث آخر بضربهن. والثاني: حمل النهي على الكراهة، أو ترك الأولى، وقد يحمل النهي على الحال الذي لم يوجد فيه السبب المجرى للضرب. قلت: هذا التأويل الأخير هو المختار، فإن النسخ لا يصار إليه إلا تعذر الجمع» [38 ص 345].

ومن خلال ما سبق ذكره في طريقة وصفة الضرب المشروع للزوجة الناشز بإمكاننا أن نستخلص شروط الضرب المشروع وهي:

1- أن يراعي الزوج الترتيب الذي حددته الآية الكريمة المشرعة لوسائل علاج نشوز الزوجة حتى يحقق العلاج هدفه.

2- ألا يكون الضرب مبرحا بأن يكون خفيفا لا مدميا ولا مزمنا، قد يؤدي إلى الإضرار بالنفس أو العضو، ما يجعله فعلا يتصف بالتعدي على السلامة الجسدية للزوجة ومن ثم يتحول إلى جريمة عنف يعاقب عليها القانون.

3- أن يتجنب الزوج الضرب على الوجه، لأن الوجه مجمع المحاسن ففي الحديث - (ولا تضرب الوجه) - فهو أشرف الأعضاء، إذ يشمل على الحواس الجليلة السمع والبصر والشم والذوق، فربما أدى الضرب عليه إلى تعطيل شيء من هذه الحواس [55 ص 187].

وما تجدر الإشارة إليه هو أن الضرب كوسيلة لعلاج نشوز الزوجة لا تعتبر وسيلة ملزمة للزوج بحيث اعتبر بعض الفقهاء أن الزوج لا يلجأ إلى الضرب إلا إذا اعتقد إفادته وتحقيقه لهدفه، وهو علاج نشوز الزوجة [69 ص 342].

بالإضافة إلى عدم إلزامية الضرب، فإن تركه أفضل وإن كان مباحا فقد ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ضرب النساء بقوله: (لا تضربوا إماء الله) فجاء عمر فقال: قد ذر النساء على أزواجهن فرخص لهم في ضربهن، فأطاف بآل رسول الله صلى الله عليه وسلم نساء كثير يشكون أزواجهن، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لقد طاف بآل محمد صلى الله عليه وسلم نساء كثير يشكون من أزواجهن ليس أولئك بخياركم) [95 ص 147].

وفي حديث آخر عن " عبد الله بن زمعة " قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (أ يضرب أحدكم امرأته كما يضرب العبد، ثم يجامعها في آخر اليوم).

وتقول " عائشة " رضي الله عنها: « ما ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا قط بيده، ولا امرأة ولا خادما، إلا أن يجاهد في سبيل الله. وما نيل منه شيء قط فينتقم من صاحبه، إلا أن ينتهك شيء من محارم الله، فينتقم الله عز وجل » [156 ص 517].

وإذا كان ضرب الزوجة الناشز غير ملزم للزوج. فهل له الحق أن يستعمله دون مراعاة الوعظ والهجر؟ لقد اختلف الفقهاء في الإجابة عن هذا التساؤل على ثلاثة آراء:

- الرأي الأول: يرى أصحاب هذا الرأي أن الزوج ملزم بمراعاة الترتيب الوارد في الآية الكريمة لعلاج نشوز الزوجة، فبيدأ بالوعظ المتسم بالرفق واللين، ثم ينتقل إلى الهجر إذا لم تتعظ الزوجة بنصائح وإرشادات زوجها، وإلا لجأ إلى الضرب غير المبرح، وهذا ما أخذ به الحنفية والشافعية في الجديد وبعض المالكية والإمام أحمد في رواية عنه [84 ص 493].

ولقد استدل أصحاب هذا الرأي بما ورد في القرآن الكريم والسنة النبوية والمعقول.

فاستدلهم من القرآن الكريم هو قوله تعالى: (وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُنَّ) [1]. فظاهر الآية وإن كان بحرف الواو الموضوع للجمع المطلق، لكن المراد منه الجمع على سبيل الترتيب والواو تحتل ذلك، فإن نفع الضرب وإلا رفع الأمر للقاضي ليوجه إليهما حكيمين [84 ص 493].

أما استدلالهم من السنة النبوية فيتمثل فيما روي عن عمرو بن الأحوص أنه شهد حجة الوداع مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فحمد الله وأثنى عليه ذكر ووعظ فقال: (استوصوا بالنساء خيرا،

فإنهن عندكم عوان. ليس تملكون منهن شيئاً غير ذلك، إلا أن يأتين بفاحشة مبينة، فإن فعلن فاهجروهن في المضاجع واضربوهن ضرباً غير مبرح، فإن أظعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً...)[111] ص 594].

والحديث صريح في ضرورة مراعاة الترتيب في علاج نشوز الزوجة وفق الترتيب الوارد في الآية الكريمة.

قال "علي بن أبي طلحة" عن "ابن عباس": "يهرها في المضجع، فإن أقبلت، وإلا فقد أذن الله لك في أن تضربها ضرباً غير مبرح، ولا تكسر عظماً، فإن أقبلت وإلا فقد أحل الله لك منها الفدية[33 ص 650].

أما الاستدلال بالمعقول فمفاده قول "ابن قدامة": "وجه قول الخرقى المقصود زجرها في المستقبل، وما هذا سبيله يبدأ فيه بالأسهل فالأسهل، كمن هجم منزله فأراد إخراجه، وأما قوله: (وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ) ففيها إضمار تقديره، واللاتي تخافون نشوزهن فنشوزهن، فاهجروهن في المضاجع فإن أصررن فاضربوهن[158 ص 220].

- الرأي الثاني: وهو ما روي عن الإمام أحمد، إذا عصت المرأة زوجها فله ضربها ضرباً غير مبرح. فظاهر هذا إباحة ضربها بأول مرة[158 ص 220]. ودليل ذلك قوله تعالى: (وَاضْرِبُوهُنَّ) وما يقتضيه المعقول: هو أن عقوبات المعاصي لا تختلف بالتكرار وعدمه كالحدود[158 ص 220].

ونعتقد أن الرأي الجدير بالترجيح هو الرأي الأول القائل بضرورة مراعاة الترتيب في علاج نشوز الزوجة بمعنى أن الزوج لا يملك الحرية في البدء بوسيلة الضرب مباشرة بمجرد خوفه من نشوز زوجته، وذلك باعتبار أن مراعاة هذا الترتيب يتماشى والحكمة التي وردت من أجلها هذه الآية الكريمة وهي علاج نشوز الزوجة وهو في مهده، فكأنها تقدم وصفاً طبية يقتضي الأخذ بها وفق الطريقة التي تضمن العلاج الصحيح بمراحل محددة، والقفز على هذه المراحل يؤدي حتماً إلى فشل هذا العلاج.

فإصلاح حال الزوجة الناشز يقتضي التدرج في تطبيق هذا العلاج، فمن النساء من يكفيها الوعظ ومنهن لا يصلح حالها إلا بأشد من ذلك ويظهر هنا المعنى جلياً عند تتبع الأدوار التي مر عليها حق التأديب قبل أن تستقر أحكامه تشريعاً[36 ص 191].

ويتبين لنا أن النشوز أفة الحياة الزوجية والقضاء عليه في المهد وقبل ظهوره أفضل من انتظار ظهوره ثم علاجه، إن هذه الوسائل التي شرعها الحق سبحانه و تعالى وجعلها في يد الزوج لإصلاح نشوز الزوجة إذا ما ظهرت بوادره أو تحقق وقوعه، كثير من الأزواج لا يحسن استخدام بعضها. فالوعظ مهمة لا يجيدها كل الأزواج، فهي تقوم على مخاطبة العقل والضمير، والعاطفة

والتذكير بأيام الله، وهذا ما لا يجيده كل الأزواج، ولا شك أن الوسيلة إذا لم يحسن استعمالها، أو قام بها من لا يجيدها لا تأتي بالثمار المرجوة منها، بل ستؤدي إلى زيادة الشقاق بين الزوجين واستفحالها، وفي المقابل فإن بعض الزوجات الشرسات لا يجدي معهن إلا الضرب، وبعضهن الهجر أشد وطأة على نفسها من الضرب، و البعض منهن الملامة تكفيها [191 ص 219].

فلو لم يكن اللجوء إلى هذه الوسائل على سبيل الترتيب لما ذكر الله تعالى الوعظ والهجر واكتفى بوسيلة الضرب فقط.

2.2.1.2.2. نشوز الزوج

- أولاً: تعريف نشوز الزوج

نشوز الزوج هو تعاليه على زوجته وإعراضه عنها بوجهه أو بنفسه أو الظن عليها بشيء من حقوقه [92 ص 65].

وإن الرجل أخذ المرأة سكناً له وبات بينهما مودة ورحمة، فقد أفضى إليها وأفضت إليه، فإن خافت أن يستعلي عليها زوجها بالنفقة أو بالاحتكار. أو ضاعت منها مودته ورحمته هنا محله نشوز، فهو قد استعلي عن المستوى الذي يجمع الزوجين [114 ص 250].

وقد عرف الحنفية نشوز الزوج بقولهم: - "وإن نشز الزوج أي كرهها وباشر أنواع الأذى" [93 ص 445].

- "ونشز الرجل من امرأته تركها وجفاها. والنشوز يكون من الزوجين وهو كراهة كل واحد منهما صاحبه" [60 ص 370].

- كما عرفوه أيضاً: "النشوز هو النفرة والجفاء، سواء كان من قبل الزوج أو الزوجة" [91 ص 91].

أما المالكية فقد عرفوا نشوز الزوج بتعديه على زوجته بأن كان يضارها بالهجر أو الضرب أو الشتم أو غيره [69 ص 342].

كما عرف الشافعية نشوز الزوج بقول الفقيه "النووي" في حديثه عن نشوز الزوج: "الحال الثاني: أن يتعدى الرجل" وفي سياق ذلك عرف نشوز الزوج بالتعدي: وذلك بالامتناع عن أداء حقها كنفقة وقسم أو كان يسيء خلقه ويؤذيها ويضربها بلا سبب. وقد لا يمنعها حقاً ولا يؤذيها بضرب ونحوه لكن يكره صحبتها لمرض أو كبر، ولا يدعوها إلى فراشه [38 ص 346]. وعرفوه أيضاً بمنع الزوج حقها بالظلم والعدوان [223 ص 236].

وقد عرف الحنابلة نشوز الزوج بإعراضه عن زوجته لرغبته عنها، لمرضها أو كبرها أو غيرهما [159 ص 138].

أما الظاهرية فيعتبرون نشوز الزوج هو عدم معاشرة الزوجة بالمعروف وذلك بعدم الإحسان إليها [83 ص 224].

ومن خلال عرضنا لتعريف نشوز الزوج لدى الفقهاء نستنتج أن نشوز الزوج قد يتخذ عدة مفاهيم تشكل الإطار العام لنشوز الزوج المتمثل فيما يلي:

- تعديه وإيذائه لزوجته بالضرب وإساءة عشرته.
- هجرها في الفراش و في الكلام.
- امتناعه عن أداء حقوق زوجته من نفقة وغيرها.
- ترفع واستعلاء الزوج على زوجته. ونلاحظ أن هذه التعاريف ما هي إلا أوجه الإخلال بالتزام الزوج بمعاشرة زوجته بالمعروف.

وإن أصل نشوز الزوج هو قوله تعالى: (وَإِن امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنفُسُ الشُّحَّ وَإِن تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا) [1]. وقراءتنا للآية الكريمة تجعلنا نتساءل عن الفرق بين النشوز والإعراض؟

يؤدي النشوز والإعراض إلى نفس النتيجة وهي وقوع الكراهية بين الزوجين غير أن ذكرهما في الآية الكريمة السالفة الذكر يعني حتما وجود فرق بينهما يتمثل فيما يلي:

- إن الإعراض أقل ضررا من النشوز. "فالإعراض... أخف من النشوز" [240 ص 363].
- إن النشوز كما سبق تعريفه هو استعلاء الزوج عن زوجته والامتناع عن تادية حق من حقوقها، كسوء معاشرتها أو عدم الإنفاق عليها أو عدم إعفافها... أما الإعراض فهو الامتناع أو التقليل من الحديث والجلوس مع زوجته وموانستها دون الامتناع عنها مع إعطائها كل حقوقها [114 ص 280، 281].

ونلاحظ أن النشوز أعم وأشمل، فهو قد يصدر من الزوج أو الزوجة فيتضمن كل عصيان وإساءة العشرة من قبل الزوجين بينما الإعراض له معنى ضيق وأقل شأنًا من النشوز [190 ص 40].

وفى سياق التمييز بين النشوز والإعراض قال "الطبري": «نشوزا يعني: استعلاء بنفسه عنها إلى غيرها، أثره عليها وارتفاعا بها عنها، إما لبغضة وإما لكراهة منه بعض أشياء بها، إما دمامتها، وإما سنها وكبرها أو غير ذلك من أمورها، أو (إعراضا) يعني: انصرافا عنها بوجهه أو ببعض منافعه التي كانت لها منه» [15 ص 196].

قال "القرطبي": "قال النحاس: الفرق بين النشوز والإعراض أن النشوز التباعد، والإعراض ألا يكلمها ولا يأنس بها" [4 ص 403].

ثانياً: مظاهر نشوز الزوج

لقد تطرقنا إلى أصل نشوز الزوج وتعريفه و تبين لنا أن هذا النشوز يدور حول معنى واحد وهو إخلال الزوج بالتزاماته الشرعية المترتبة على عقد الزواج والتي هي بمثابة حقوق الزوجة، ويتجلى هذا الإخلال فيما يلي:

- 1- عدم دفع المهر.
- 2- الامتناع عن الإنفاق على زوجته.
- 3- إساءة عشرة الزوجة والإضرار بها.
- 4- الظهار..
- 5- الإيلاء.
- 6- الامتناع عن وطء الزوجة دون عذر شرعي.
- 7- العزل أثناء المعاشرة الجنسية دون رضا الزوجة.

1- عدم دفع المهر: ذكرنا في الباب الأول أن المهر شرع على سبيل الإلزام كعطية تطيبها لقلب المرأة وتشريفها لها ، فكان حقاً لها لا يجوز لأي كان أن يشاركها فيه ولها الحرية في التصرف فيه كما تشاء ، أو التنازل عنه عن طيب خاطر.

وقد ذهب الفقهاء بالإجماع على أن الزوج ملزم بتسليم المهر لزوجته إذا سلمت نفسها إليه ومكنته منها، وذلك تطبيقاً لقوله تعالى: (وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً)[1].

فالمرأة لها منع نفسها حتى تقبض صداقها المعجل لأن في إجبارها على تسليم نفسها أولاً هو خطر في إتلاف البضع، والامتناع عن بذل الصداق فلا يمكن الرجوع فيه[159 ص 94].
وحماية لحق الزوجة في الانتفاع بصداقها، لها الحق في منع نفسها عن زوجها حتى تستلم معجل صداقها.

و بناء على ذلك فرفض الزوج دفع مهر الزوجة سواء كان معجلاً أو مؤجلاً هو عبارة عن نشوز يمنح الزوجة الحق في طلب مهرها بالتراضي أو بالتقاضي وإذا أصر الزوج على نشوزه كان لها الحق في طلب التطلاق على أساس الضرر المعترف شرعاً.

2- الامتناع عن الإنفاق على زوجته: لقد سبق لنا أن تطرقنا للنفقة كحق من حقوق الزوجة يلزم الزوج بها باعتبارها واجبا لها شرعاً، وهذا بمقتضى الكتاب والسنة والإجماع و المعقول حتى ولو كانت الزوجة ميسورة الحال.

ولقد اعتبرت المحكمة العليا عدم توفير الزوج السكن المنفرد للزوجة كعنصر من عناصر النفقة نشوزاً وذلك بقولها أنه: " من المقرر قانوناً أنه عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق

والتعويض للطرف المتضرر. ومتى تبين - في قضية الحال- أن الطاعن ثبت نشوزه بامتناعه عن توفير السكن المنفرد المحكوم به للزوجة وتعويضها، طبقوا صحيح القانون".

ونلاحظ أن المحكمة العليا أخذت بالمفهوم الواسع للنشوز ولم تكتف بالمعنى الضيق الوارد في المادة 55 من قانون الأسرة وهذا مسلك صحيح من الناحية الشرعية باعتبار أن نشوز الزوج هو الإخلال بحق من حقوق الزوجة .

فالنفقة في الشرع هي ما يوفره الزوج لزوجته من طعام وشراب و مسكن وملبس مناسب وعلاج وكل ما يعتبر من الضرورات حسب العرف والعادة السائدين بلا تقصير ولا إسراف تطبيقاً لقوله تعالى: (لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا) [1].

3- إساءة عشرة الزوجة بالإضرار بها: تطرقنا لذلك في الفصل السابق وقلنا أن الزوجة لها الحق في طلب التفريق إذا أضر بها الزوج بكل ضرر معتبر شرعاً، فتجاوز الزوج لحدود التأديب وخاصة بضربه زوجته ضرباً مبرحاً يعتبر نشوزاً وكذا سبها و شتمها أي إساءة عشرتها بكل ضرر مادي أو معنوي. والنص القرآني صريح في ذلك إذ يقول الله تعالى: (وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لَّنَعْتَدُوا وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا) [1] فالنص واضح في النهي عن الإضرار بالمرأة معتبراً ذلك اعتداء عليها وفيه ظلم للنفس وهو من أشد أنواع الظلم.

4 - الإيلاء: قد يحدث أن يمتنع الزوج عن إتيان زوجته عمداً بغير عذر لديه، وقد يظهر الزوج عزمه على ذلك بدليل ظاهر ويؤكد فيحلف على ذلك فيقال له مول ويسمى عمله هذا إيلاء [36 ص 203]. وأصل الإيلاء قوله تعالى: (لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثَرْبُصٌ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَإِنْ قَاؤُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ٥ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ). فالإيلاء هو أن يحلف الرجل أن لا يبطأ زوجته إما مدة هي أكثر من أربعة أشهر أو أربعة أشهر، أو بإطلاق على الاختلاف المذكور [39 ص 457].

وحكم الإيلاء عند الحنفية، أن الزوج إذا جامع زوجته في مدة الأربعة أشهر انحل الإيلاء وعليه بكفارة اليمين [93 ص 442، 443].

وقد ذهب جمهور الفقهاء ، مالكا والشافعي وأحمد إلى أن الزوجة لا تطلق تلقائياً بمضي المدة وإنما للزوجة الخيار بين مطالبته بالفيئة وإما بالطلاق. بينما ذهب أبو حنيفة وأصحابه والثوري وبالجملة الكوفيون إلى أن الطلاق يقع بانقضاء الأربعة أشهر إلا أن يفيء فيها، وهو قول ابن مسعود وجماعة من التابعين [39 ص 457].

وفي الإيلاء قصد الإضرار والتعنت بمنع حق الزوجة في الجماع، والتفريق بينهما لدفع الضرر عنها عند فوات الإمساك بالمعروف [71 ص 19].

ويرى الإمام مالك أن حكم الإيلاء يلحق بالزوج إذا ترك الوطء بنيته الإضرار وإن لم يحلف على ذلك لأنه سواء حلف أو لم يحلف فالضرر موجود في الحالتين جميعاً، لأن مالك قد اعتمد على المعنى، فالحكم قد لزمه باعتقاده ترك الوطء، وسواء شد ذلك الاعتقاد بيمين أو بغير يمين. أما جمهور الفقهاء فيرى بعدم لحوق حكم الإيلاء للزوج [39 ص 458].

و يظهر جلياً نشوز الزوج في الإيلاء بقصده إلحاق الضرر بالزوجة بالامتناع عن وطئها لمدة أربعة أشهر، وهو إخلال بالحق المشترك بين الزوجين وهو الاستمتاع الجنسي، ولكن إذا حلف الزوج ألا يجامع زوجته لأنها مريضة مرضاً شديداً فلا يعتبر إيلاء بل هو في مصلحة زوجته لدرء الضرر عنها.

5- الظهار: الظهار مشتق من الظهر، وهو أن يقول الزوج لزوجته أنت على كظهر أمي. وقد كان الظهار في الجاهلية طلاقاً، فلما جاء الإسلام أبطله وأنكره، لما فيه من تزوير و قلب للحقائق، فإنها لا تصير أمه أبداً، وأوجب على المظاهر أن يكفر عما وقع منه بعقوبة كاملة أو بصيام شهرين متتابعين أو بإطعام ستين مسكيناً [120 ص 14].

وأصل الظهار قوله تعالى: (قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ ۝ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوفٌ غَفُورٌ ۝ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ذَلِكَ تُوعِظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ۝ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ذَلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ) [1].

والمجادلة هي: خولة بيت ثعلبة، وكانت زوجة لرجل من الأنصار اسمه "أوس ابن الصامت"، ذهبت تشتكي إلى الله تعالى زوجها، و تقول للرسول صلى الله عليه وسلم: (أكل مالي، وأفنى شبابي، ونثرت له بطني، حتى إذا كبرت سني وانقطع ولدي ظاهر مني، وقال: أنت علي كظهر أمي، ثم خرج فجلس في نادي قومه ساعة، ثم دخل علي يريدني، عن نفسي، قلت كلا، لا تخلص إلي حتى يحكم الله تعالى و رسوله صلى الله عليه وسلم بيننا بحكمه) [114 ص 305].

فعن خويلة بنت مالك بن ثعلبة قالت : ظاهر مني زوجي أوس بن الصامت، فجنبت رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكو إليه ورسول الله يجادلني فيه ويقول: (إتقي الله فإنه ابن عمك)، فما برحت حتى نزل القرآن (قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا)، إلى الفرض فقال: (يعتق رقبة)، قالت: لا يجد، قال: (فيصوم شهرين متتابعين)، قالت: يا رسول الله إنه شيخ كبير ما به من صيام، قال: (فليطعم ستين مسكيناً)، قالت: ما عنده من شيء يتصدق به، قالت: فأتي ساعتئذ بعرق من تمر، فقلت

يا رسول الله فإني أعينه بعرق آخر، قال: (قد أحسنت، اذهبي فاطمي بها عنه ستين مسكينا، وارجعي إلى ابن عمك) [62 ص 354].

ولقد أجمع الفقهاء على اعتبار الظهار حرام، لأن الذي يقول لامرأته أنت علي كظهر أمي يجعلها كأمه، وهي في الواقع ليست بأمه، لأن الأم هي التي ولدته، فقوله فحش في القول وكذب على الله وهذا هو معنى قوله تعالى: (الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مَنْ نَسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوفٌ غَفُورٌ).

والظهار بالصيغة قد يقع بالظهار الصريح أو الظهار بالكناية. فالظهار الصريح هو ما كانت صيغته تحتل الظهار وغيره، كأن يقول الرجل لامرأته في حال نزاع أنت عندي كأمي أو مثل أمي، فإنه يحتل الظهار ويحتل الطلاق أو غيره وفي هذه الحالة لا يكون ظهار إلا بالنية، فإن أراد بقوله هذا الظهار كان ظهارا، وإن أراد الطلاق كان طلاقا، وإن لم يرد هذا أو ذلك بل أراد معنى آخر كالمحبة و التقدير فكما أراد، لأن العبرة في صيغة الكناية بالنية [54 ص 128].

وليكون الظهار صحيحا، يجب أن يصدر من الزوج، فلا ظهار من الزوجة لأن الله قال: (وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نَسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا) فقد أسند الظهار إلى الرجال وهم الأزواج، فلا يكون للنساء ظهار [54 ص 129].

كما يجب أن يصدر الظهار من الزوج وهو في حالة عقلية سليمة فظهار المجنون والمعتوه لا يعتد به وكذا ظهار الزوج النائم و المغمى عليه وهذا قياسا على عدم جواز طلاقهم.

ويتضح من خلال ما سبق أن الظهار لا يؤثر على استمرارية عقد الزواج، فيبقى عقد الزواج صحيحا وهذا ما اتفق عليه الفقهاء وإذا أراد الزوج العود بعد الظهار فقد فرضت عليه الكفارة تطبيقا لقوله تعالى: (وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نَسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا).

ولقد اختلف الفقهاء في تفسير العود ولعل المعنى الذي قال به المالكية والحنفية بأنه العزم على الوطء أي إرادة الجماع [107 ص 231] هو المعنى الصحيح من العود المذكور في الآية الكريمة، لأن تفسير العود بالرجوع إلى الظهار غير معقول، وهو تفسير ظاهري [83 ص 191، 192] لا يتماشى مع سياق الآية.

ومن ثم فإذا أراد المظاهر أن يعيد حقه في الاستمتاع، فما عليه إلا الكفارة التي تتمثل فيما يلي:

- عتق رقبة عبد أو أمة.
- صيام شهرين متتابعين.
- إطعام ستين مسكينا إذا كان لا يستطيع صيام شهرين متتابعين لعذر مشروع، ويكون الإطعام إما في يوم واحد للستين مسكينا أو على أيام ولا بديل لهذا النوع من الكفارة [54 ص 133].

وقال جمهور الفقهاء [7 ص 145] بتحريم الاتصال جنسيا بالزوجة قبل الإطعام كالعتق والصيام. والعلة في ذلك واضحة باعتبار أن الكفارة الواجبة على الزوج ماهي إلا الوسيلة الشرعية التي ترفع بها الحرمة ليستطيع أن يجامع زوجته من جديد.

وإن كان ابن حزم الظاهري [83 ص 189] يقول بعدم تحريم الاتصال جنسيا بالزوجة قبل الإطعام لأن الله لم ينص فيه أن يكون قبل التماس، فقد قال تعالى: (مَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فِإِطْعَامِ سِتِّينَ مِسْكِيًّا) ولم يقل من قبل أن يتماسا كما قال في النوعين السابقين مما يدل على أن التماس قبل الإطعام ليس حراما.

ونرى أن رأي جمهور الفقهاء جدير بالترجيح لتماشيه مع الهدف من الكفارة، فلو جاز للزوج وطء زوجته قبل قيامه بالكفارة، لسقطت الحكمة من وجوبها وهي عقاب الزوج المظاهر وتنبية للضرر الذي ألحقه بالزوجة في حرمانها من حقها في الاستمتاع الجنسي.

وبالتالي تعتبر كفارة الظهار وسيلة شرعية لعلاج نشوز الزوج المتمثل في إعراضه عن وطء زوجته لإلحاق الضرر بها، وهذا إذا رغب الزوج استرجاع حقه في الاستمتاع جنسيا.

6- الامتناع عن وطئ الزوجة دون عذر شرعي: سبق لنا وأن ذكرنا أن حق الاستمتاع بين الزوجين، هو حق مشترك بينهما ، فكل واحد ملزم بإجابة الطرف الآخر إذا دعاه للاستمتاع، فلا يمكن القول أن هذا الحق مقتصر على الزوج فقط بل يكاد يجمع الفقهاء على أن الزوجة هي أيضا لها حق الاستمتاع. وبالتالي ترى أغلبية الفقهاء أن الزوج ملزم بأن يلبي رغبة الزوجة الجنسية في إطارها المشروع متى كان قادرا على ذلك، لأن من بين الأهداف السامية لعقد الزواج هو إشباع الرغبة الجنسية بطريقة مشروعة، الواقع الذي يؤدي إلى إعفائها، وامتناع الزوج عن الاتصال بزوجه جنسيا قد يدفعها إلى التفكير في الوقوع في الحرام، وتأكيدا لذلك قال "القرطبي": « ثم عليه أن يتوخى أوقات حاجتها إلى الرجال فيعفها و يغنيها عن التطلع إلى غيره. وإن رأى الرجل من نفسه عجزا عن إقامة حقها في مضجعها أخذ من الأدوية التي تزيد في باهه وتقوى شهوته حتى يعفها» [4 ص 112].

وفي ذلك سئل "ابن تيمية" عن الرجل إذا صبر على زوجته الشهر و الشهرين لا يطئها: فهل عليه إثم أم لا ؟ وهل يطالب الزوج بذلك ؟ فأجاب: يجب على الرجل أن يطأ زوجته بالمعروف، وهو من أوكدها حقها عليه: أعظم من إطعامها (الوطء الواجب) قيل: إنه واجب في كل أربعة أشهر مرة، وقيل: بقدر حاجتها وقدرته، كما يطعمها بقدر حاجتها وقدرته وهذا أصح القولين [27 ص 213]. والله أعلم.

7- العزل أثناء المعاشرة الجنسية دون رضا الزوجة: العزل في اللغة: عزله يعزله فاعترل وانعزل وتعزل: نحاه جانبا فنتحى. وعزل الرجل عنها لم يرد ولدها، كاعتزالها [223 ص 1044].

والعزل في الاصطلاح: هو النزع بعد الإيلاج لينزل خارج الفرج [84 ص 449].

ولقد اختلف الفقهاء في إباحة العزل أو كراهته على ثلاثة أقوال:

- القول الأول: ومفاده أن العزل مباح بصفة مطلقة سواء كان عن حرة أو أمة وسواء كان بإذن المرأة أم لا، وقال بهذا الرأي الإمام الغزالي [3 ص 110].

ولقد استدلل الإمام الغزالي على قوله بإباحة العزل مطلقا بما ورد عن جابر أنه قال: "كنا نعزل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم والقرآن ينزل وفي لفظ آخر كنا نعزل، فبلغ ذلك نبي الله صلى الله عليه وسلم فلم ينهنا". كيف لا يكون العزل مباحا والحديث متفق عليه في الصحيحين [3 ص 112].

- القول الثاني: يرى أصحاب هذا القول وهم أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد بن حنبل، أن العزل إذا كان في وطء جاريتيه لا يحرم حتى بدون إذن منها، والعزل عند وطء زوجته قد يكون عزل عن زوجه جارية مملوكة لغيره أو حرة، ولكل منهما حكمه، فإذا كانت الزوجة جارية مملوكة لغيره فإن العزل عنها غير محرم حتى بدون إذنها وهذا الرأي للشافعي، أما المالكية وبعض فقهاء الحنابلة فيذهبون إلى أن الزوجة الجارية لا يجوز العزل عنها إلا بإذن سيدها، وأما الزوجة الحرة فلا يجوز العزل عنها إلا بإذنها، وهذا ما ذهب إليه الحنفية والمالكية وأصحاب الشافعي في أحد رأيين عندهم وظاهر كلام أحمد بن حنبل [84 ص 494].

ولقد استدلل أصحاب هذا القول بأنه لا يجوز العزل عن الزوجة الحرة إلا بإذنها بالسنة والمعقول. أما استدلالهم من السنة ما رواه ابن عمر بحيث قال: «نهى النبي أن يعزل عن الحرة إلا بإذنها». (رواه أحمد وابن ماجه) [13 ص 193، 194]. والحديث صريح في وجوب استئذان الزوجة الحرة في العزل عند الاتصال بها جنسيا.

أما استدلالهم من المعقول فيتمثل في أن الاستمتاع الجنسي وقضاء الشهوة وإنجاب الولد حق مشترك بين الزوجين وبالتالي فإن الوطء متى كان عن إنزال فإنه يكون سببا لوجود الولد وبالعزل يفوت الولد، ويتضح أن عزل الزوج عن زوجته دون رضاها هو تفويت لحقها في إنجاب الولد وقضاء الشهوة. وباعتبار العزل يقطع النسل من غير ضرر يلحقه. وقد حث النبي صلى الله عليه وسلم على تعاطي أسباب الولد: (تناكحوا تناسلوا تكثروا)، وقال: (سوداء ولود خير من حسناء عقيم). إلا أن يكون لحاجة مثل أن يكون في دار حرب فتدعو حاجته إلى الوطء فيطأ ويعزل [84 ص 494].

- القول الثالث: وهو ما قال به "ابن حزم" الظاهري الذي يرى تحريم العزل مطلقا سواء كان عن الزوجة الحرة أو المملوكة أو كانت جارية سواء أذنت فيه أم لا، بحيث قال: «ولا يحل العزل عن حرة ولا عن أمة» [83 ص 222].

ولقد استدلت الظاهرية على قولهم بتحريم العزل مطلقا بما ورد في السنة والأثر. فلقد ورد في السنة ما رواه مسلم عن عائشة رضي الله عنها عن جدامة بنت وهب أخت عكاشة قالت: " حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم في أناس فسألوه عن العزل، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (ذلك الوأد الخفي) [156 ص 35] وقرأ: (إِذَا الْمَوْؤُودَةُ سُئِلَتْ) [1].

فيتضح من الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم شبه العزل بالوَأد الخفي والوَأد حرام فيكون العزل حراما. قال "ابن حزم": « هذا خبر في غاية الصحة» [83 ص 222، 223].

أما ما ورد في الأثر فهو ما روي عن عبيد الله بن عمر عن نافع، أن ابن عمر كان لا يعزل، وقال: لو علمت أحدا من ولدي يعزل لنكته، قال ابن حزم: "لا يجوز أن ينكل على شيء مباح". وما ثبت عن علي بن أبي طالب أنه كان يكره العزل، وصح عن ابن مسعود - رضي الله عنه - أنه قال في العزل: « هي الموءودة الصغرى» [83 ص 223].

ومن خلال عرض هذه الأقوال في حكم العزل، فإننا نرى ترجيح القول الثاني لقوة أدلته، فإذا قلنا أن الاستمتاع الجنسي هو حق مشترك بين الزوجين فمن المعقول أن نقول أن للزوجة الحق في الاستمتاع الجنسي الكامل، ومن أجل ذلك وجب على الزوج ألا يعزل عن زوجته إلا إذا رضيت بذلك باعتباره من خالص حقها.

وفي ذلك يقول الإمام الغزالي: « إذا قضى وطره فليتمهل على أهله حتى تقضي هي أيضا نهمتها، فإن إنزالها ربما يتأخر فيهيح شهوتها، ثم القعود عنها إيذاء لها، والاختلاف في طبع الإنزال يوجب التنافر مهما كان الزوج سابقا إلى الإنزال، والتوافق عند الإنزال أذ عندها لينشغل الرجل بنفسه عنها فإنها ربما تستحي» [3 ص 109].

إذن فالعزل المشروع هو نتيجة لتراضي الزوجين وهذا لأسباب مختلفة كتتنظيم النسل حفاظا على صحة الزوجة لتؤدي دورها كاملا في تربية أولادها والقيام على شؤون البيت، أو لمنع حدوث حمل يضر بصحة الزوجة، أو كثرة عيال وعدم القدرة على الإنفاق.

يقول الإمام "الغزالي" الشافعي في الإحياء تبيانا للنيات الباعثة على العزل: "الخوف من كثرة الحرج بسبب كثرة الأولاد، والاحتراز من الحاجة إلى التعب في الكسب ودخول مداخل السوء، وهذا أيضا غير منهى عنه. فإن قلة الحرج معين على الدين نعم الكمال والفضل في التوكل والثقة بضمان الله" [3 ص 111]. وبالتالي الحفاظ على استقرار الحياة الزوجية التي نشأت عن عقد قوامه التراضي والتوافق في تحقيق أهدافه السامية ومنها إشباع الغريزة الجنسية، ولكن إذا أصر الزوج على العزل دون اعتبار لإرادة الزوجة -وخاصة إذا اعتاد على تكراره- فإن نية الإضرار واضحة في حرمان زوجته من الاستمتاع الجنسي مما يعد ظلما أكبر ونشوزا يستدعي علاجه بالطرق المشروعة.

- ثالثاً: معالجة نشوز الزوج: إن الإسلام عالج نشوز المرأة وعصيانها لزوجها فإنه عالج أيضاً نشوز الرجل بما يحقق للمرأة عدم الإعراض عنها والإضرار بها [175 ص 147] وذلك في قوله تعالى: (إِنَّ امْرَأَةً خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا) [1].

وقد دلت هذه الآية الكريمة على الطريقة الحكيمة في معالجة نشوز الرجل، وهذه الطريقة تتمثل في أنه إذا خافت المرأة نشوز زوجها أو إعراضه عنها إما لمرض بها، أو كبر، أو دمامة يسن لها أن تضع عنه حقوقها من النفقة أو الكسوة، أو القسم، أو غير ذلك لتطيب بذلك نفسه [175 ص 147] (والصلح غير) لفظ عام مطلق يقتضي أن الصلح الحقيقي الذي تسكن إليه النفوس ويزول به الخلاف خير على الإطلاق، ويدخل في هذا المعنى جميع ما يقيه عليه الصلح بين الرجل وامرأته في حال أو وطء أو غير ذلك، والصلح خير من الفرقة، فإن التمادي على الخلاف والشحناء والمباغضة هو قواعد الشر، وقال عليه الصلاة والسلام في البغضة: (إنها الحالقة) يعني حالقة الدين لا حالقة الشعر [4 ص 403].

فإن رجع الزوج من النشوز فيها ونعمت، وإذا تمادى في نشوزه لها حتى منعها من النفقة أو الكسوة، أو القسم أو غير ذلك، فإن القاضي يلزمه توفيقه إذا طلبته، فإن تمادى في نشوزه حتى أتاها بالضرب بلا سبب فإن القاضي ينهيه من غير تعزير، وإن كان القياس جوازه إلا أنه يمتنع على ما ذهب إليه السبكي، وهو رأي وجيه وتظهر وجاهته: في أن إساءة الخلق بين الزوجين تكثر والتعزير عليها يورث وحشة ولذا فإنه إقتصر على نهية رجاء أن يلتئم الحال بينهما [175 ص 148].

وإن كان للمالكية رأي مخالف في علاج حالة تمادي الزوج في نشوزه بهجر زوجته أو ضربها أو شتمها، زجره الحاكم أي إذا رفعت إلى الحاكم وأثبتت تعدي الزوج واختارت البقاء معه، فالحاصل أنه يعظه أولاً إن جزم بالإفادة أو ظنها أو شك فيها فإن لم يفد ذلك ضربه إن جزم بالإفادة، أو ظنها، وهذه الطريقة ظاهر النقل، وهناك طريقة أخرى أولاً فإن لم يفد أمرها بهجره، فإن لم يفد ضربه والطريقتان على حد سواء [69 ص 344].

وفي نقد قول فقهاء المالكية يقول د/أشرف محمود الخطيب: "ويبدو أن فقهاء المالكية أرادوا أن يعالجوا نشوز الرجل لزوجته بالوعظ والهجر والضرب كما عالج القرآن الكريم نشوز المرأة لزوجها فقاوسوا هذا على ذلك، ولكن يؤخذ على رأي المالكية عدة مأخذ:

المأخذ الأول: أن صبر الرجل على ترك الجماع في حالة هجرها له أضعف من صبر المرأة، وربما يدفعه ذلك إلى شدة غضبه عليها، أو ارتكاب ما حرم الله ورسوله صلى الله عليه وسلم.

المأخذ الثاني: أن الإسلام حرم على المرأة إذا دعاها زوجها إلى الفراش أن تمتنع عنه لدرجة أن الملائكة تلعنها حتى تصبح وفي ذلك يقول النبي صلى الله عليه وسلم: (إذ دعا الرجل امرأته إلى فراشه فأبت أن تجيء لعنتها الملائكة حتى تصبح) [113 ص 284].

المأخذ الثالث: إن ضرب الزوج حتى ولو كان من قبل الحاكم يورث وحشة بين الزوجين، وما دام الأمر كذلك فإن علاج نشوز الزوج لا يكون بهاتين الوسيلتين، وإنما يمكن أن يكون بالوعظ أو بأي وسيلة أخرى غير الهجر والضرب [175 ص 148، 149].

بينما ذهب الشافعية والحنابلة إلى القول أن الزوج إذا صدر من جهته نشوز كإخلاله بحق زوجته في القسم أو النفقة أو السكن، ألزمه الحاكم تأديبة ذلك أما إذا أساء خلقه بضربها أو شتمها بلا سبب ينهيه الحاكم ويعزره، فإذا أصر على نشوزه أسكنها، إلى جانب ثقة يمنعه من الإضرار بها والتعدي عليها فيمنع بذلك الظلم الصادر من الزوج [7 ص 12].

والواقع أن ما قال به فقهاء الشافعية والحنابلة بإسكان الزوجين إلى جانب ثقة في حالة إضرار الزوج على نشوزه حتى منعها مما يجب لها، لا يمكن العمل به في هذا الزمان والسبب واضح غاية الوضوح، وهو عدم مقدرة ولي الأمر على توفير السكن المناسب الذي ينتقل إليه الزوجان، بجانب من يعينه للإشراف عليها، فضلا عن كثرة وقوع الخلاف والشقاق بين الأزواج في هذا الزمان [175 ص 149].

والذي نراه من خلال هذا الاختلاف الفقهي هو أن الزوج إذا تمادى في نشوزه حتى بلغ به الأمر بالتعدي والإضرار بزوجه، عزره وأدبه القاضي ونهاه عن التعدي على زوجته إذا رغبت الزوجة في البقاء معه دون اللجوء إلى ضربه، لأن ضرب الزوج لن يكون علاجاً بل سيكون عاملاً لتحريضه على إيقاع الطلاق، أما إذا رفضت الزوجة البقاء مع زوجها، جاز لها رفع أمرها إلى القاضي لطلب التفريق كعلاج يقطع نشوز الزوج في حالة ثبوته.

2.2.2. التحكيم بين الزوجين

من المقرر شرعاً وقانوناً أنه ليس بمجرد ما يقع الشقاق بين الزوجين، يلجأ القاضي إلى الحكم بالتفريق بين الزوجين، بل هناك مرحلة إلزامية في دعوى التفريق بسبب الشقاق وجب عليه مراعاتها من أجل محاولة منح نفس جديد للعلاقة الزوجية لتستمر وفق أسس صحيحة، وتتمثل هذه المرحلة في التحكيم بين الزوجين، فمن أجل تبيان ماهية التحكيم تناولنا هذا المبحث في المطالب التالية:

_ المطالب الأول: مفهوم التحكيم بين الزوجين

_ المطالب الثاني: مراحل التحكيم بين الزوجين

1.2.2.2. مفهوم التحكيم بين الزوجين

إن الغاية الأساسية من تعريف التحكيم بين الزوجين هو تمييزه عن المفاهيم الأخرى التي تلتقي معه في الهدف المرجو منه، لذلك جاء تقسيم هذا المطالب على النحو التالي:

- الفرع الأول: تعريف التحكيم بين الزوجين ومشروعيته
- الفرع الثاني: شروط التحكيم بين الزوجين

1.1.2.2.2- تعريف التحكيم و مشروعيته

- أولاً: تعريف التحكيم

التحكيم في أصل اللغة الحكم، بالضم: القضاء. جمع: أحكام، وقد حكم عليه بالأمر حكماً وحكومة، وحكم بينهم كذلك. والحاكم منفذ الحكم، كالحكم محرّكة. ج: حكام، وحاكمه إلى الحاكم: دعاه وخاصمه. وحكمه في الأمر تحكيمياً: أمره أن يحكم فاحتكم. وتحكم جاز فيه حكمه. والحكام محرّكة: أبو موسى الأشعري، وعمرو بن العاص. والحكمة بالكسر: العدل، والعلم، والحلم، والنبوة، والقرآن والإنجيل. وأحكمه: أتقنه فاستحكم، ومنعه من الفساد. وحكم الفرس: جعل للجامة حكمة. وسورة محكمة: غير منسوخة. والآيات المحكمات التي أحكمت فلا يحتاج سامعها إلى تأويلها لبيانها، كأقاصيص الأنبياء. والحكم محرّكة: الرجل المسن [223 ص 1107].

والحكم: القضاء، وقد حكم بينهم يحكم بالضم حكماً وحكم له وحكم عليه. والحكم أيضاً الحكمة من العلم، والحكيم العالم وصاحب الحكمة. والحكيم أيضاً المتقن للأمور. وقد حكم من باب ظرف أي صار حكيماً. وأحكمه فاستحكم أي صار محكماً. والحكم بفتح الحاء: وحكمه في ماله تحكيمياً إذا جعل إليه الحكم، فاحتكم عليه في ذلك. واحتكموا إلى الحاكم وتحاكموا بمعنى. والمحاكمة المخاصمة إلى الحاكم. وفي الحديث: "إن الجنة للمحكّمين" وهم قوم من أصحاب الأخدود حكموا وخيروا بين القتل والكفر فاختراروا الثبات على الإسلام مع القتل [35 ص 62]. والقول حكمه في ماله تحكيمياً لا تدل على أن التحكيم لغة خاص بالمال خلافاً لما توهمه عبارة الشارح، ولذلك قال في "المصباح" حكمت الرجل بالتشديد: فوضت الحكم إليه [125 ص 573]. أما التحكيم اصطلاحاً: تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما [175 ص 573].

قال "البهوتي" في تعريف التحكيم اصطلاحاً: "وإن حكم اثنان فأكثر "بينهما" رجلاً صالحاً للقضاء بأن اتصف بما تقدم من شروط القاضي، نفذ حكمه في كل ما ينفذ فيه حكم من ولاه إمام أو نائبه" [160 ص 495].

ويلعب التحكيم دوراً أساسياً ومهماً كوسيلة من وسائل فض المنازعات عرفها الإنسان منذ القديم. وبمرور الزمن تطور إلى أن أصبح ظاهرة من ظواهر عصرنا الحديث في مجال الفصل في المنازعات، نظراً لما يقدمه من مزايا وفوائد للمتخاصمين في نفس الوقت الذي يخفف به العبء الملقى على كاهل القضاء، نظراً لكثرة القضايا وتشعب مواضيعها [182 ص 5]. ويعتبر التحكيم طريقاً من طرق فض النزاع وهي الصلح والقضاء.

فالصالح لغة هو بالضم: السلم واصطلاحا العقد الذى تنقطع به خصومة المتخاصمين، وتستعمل هذه اللفظة عند سبق المخاصمة غالبا[223 ص 255]. وهو أنواع: صلح بين المسلمين والكفار، وبين الإمام والبيعة وبين الزوجين عند الشقاق وصلاح في المعاملة، وهو عقد مشروع مندوب إليه، لأنه عقد يرتفع به التشاجر والتنازع بين الخصوم، وهما منشأ الفساد ومثار الفتن[106 ص 24].

قال تعالى: (وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا) [1] ، وقال سبحانه وتعالى: (وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ) [1].

أما القضاء لغة فله عدة معان أهمها:

- الإلزام، لقوله تعالى: (وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ) [1]

- الإخبار، قال تعالى: (وَقَضَيْنَا إِلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ) [1]

- الفراغ، قال تعالى: (فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ) [1]

- التقدير، يقال، قضى الحاكم النفقة، أي: قدرها[106 ص 25].

أما القضاء شرعا هو: قول ملزم يصدر عن ولاية عامة. قضى القاضي. أي ألزم الحق أهله، قال تعالى: (فَلَمَّا قُضِيَنا عَلَيْهِ المَوْتِ). أي: ألزمناه إياه. ومن هذا التعريف معنى اللغة، فكأنه ألزمه بالحكم، وأخبره ما كان عليه وماله وأقام قضاءه مقام صلحهما وتراضيهما، لأن كل واحد منهما قاطع للخصومة[106 ص 25].

والقضاء هو فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى[45 ص 470].

والفرق الأساسي بين القضاء والتحكيم هو أن ولاية الحكم مقصورة على قضية المتخاصمين اللذين رضيا بحكمه وحدها لا تتعداها إلى قضية أخرى، أما ولاية القاضي فهي عامة تشمل جميع القضايا المطروحة عليه[106 ص 29].

وفى سياق الحديث عن تعريف التحكيم يجدر بنا التمييز أيضا بين التحكيم والخبرة. فالخبير هو الشخص الذي يملك خبرة معينة حول موضوع معين ويكلف بإبداء الرأي فيما يعرض عليه من مسألة معينة. فالخبرة بهذا المعنى، تفيد طريقة للفصل في النزاع وليس لها قوة إلزامية، والقاضي مخير بين أخذ رأي الخبير أو إهماله بخلاف التحكيم، فالمحكم يعتبر قاضيا يفصل في النزاع المعروف عليه فيعرض حكمه عليهم كما يتعين بالإجراءات المنصوص عليها في باب التحكيم[155 ص 19]. ومن خلال هذه التعريفات المختلفة الألفاظ، نقول أن التحكيم يدور حول معنى واحد وهو إسناد أطراف النزاع لشخص آخر لتولى الفصل فيما يتنازعان فيه.

ثانيا: مشروعية التحكيم

إن أصل التحكيم هو القرآن و السنة و الإجماع

1- القرآن الكريم:- قوله تعالى: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا).

وهذا هو الأصل في جواز التحكيم بين الزوجين [71 ص 62].

وتأكيدا لما جاء في الآية السالفة الذكر قال "ابن رشد": « اتفق العلماء على جواز بعث الحكمين إذا وقع التشاجر بين الزوجين وجهلت أحوالهما في التشاجر: أعني المحق من المبطل» [39 ص 456]. وفي وجوب بعث الحكمين قال "النووي": "وهل بعث الحكمين واجب، قال البغوي: عليه بعثهما، وظاهره الوجوب. وحجته الآية. وقال الروياني: يستحب. قلت الأصح أو الصحيح: الوجوب، والله أعلم" [38 ص 347].

- قوله تعالى: (فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا) [1] فالمقصود من قوله تعالى: " فلا " أي ليس الأمر كما يزعمون أنهم يؤمنون بما أنزل إليك وهم يتحاكمون إلى الطاغوت ويصدون عنك إذا دعوا إليك يا محمد، واستأنف القسم جل ذكره فقال: (وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ). أي لا يصدقون بي وبك، وبما أنزل إليك (حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ) أي حتى يجعلوك حكما بينهم فيما اختلط بينهم من أمورهم فالتلبس عليهم حكمه [15 ص 100]. وهذا هو التحكيم.

2- السنة النبوية:- روي عن ابن شريح عن أبيه هانئ: "أنه لما وفد إلى رسول الله مع قومه سمعهم يكنونه بأبي الحكم، فدعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: (إن الله هو الحكم وإليه الحكم، فلم تكني أبا الحكم) فقال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضي كلا الفريقين. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (ما أحسن هذا...)[62 ص 775، 776].

ويتضح من خلال الحديث إجازة الرسول صلى الله عليه وسلم للتحكيم من خلال استحسان ما قام به ابن شريح في تحكيمه بين الفريقين المتخاصمين.

- روي عن أبي سعيد الخدري أنه قال: إن أهل قريظة لما نزلوا على حكم سعد بن معاذ أرسل النبي صلى الله عليه وسلم فجاء على حمار، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (قوموا إلى سيدكم وإلى خيركم، فقال: إن هؤلاء نزلوا على حكمك). فقال: إني أحكم أن يقتل مقاتلتهم وتسبى ذراريهم. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لقد حكمت بحكم الملك) [21 ص 484]. ويتضح من خلال هذا الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل الحكم في بني قريظة لسعد بن معاذ فكان ذلك دليلا على جواز ومشروعية التحكيم وإلا ما رضي عليه صلى الله عليه وسلم بحكم سعد بن معاذ.

3 - الإجماع: لقد أجمع الصحابة والفقهاء على مشروعية التحكيم ويتضح ذلك من أقوالهم التالية:
- والصحابة - رضي الله عنهم - كانوا مجتمعين على جواز التحكيم، وإذا حكم رجلان رجلاً ليحكم بينهما ورضياً بحكمه جاز، لأن لهما ولاية على أنفسهما فيصح تحكيمهما وإذا حكم لزمهما [100 ص 295].

- التحكيم مشروع بالكتاب و السنة والإجماع [93 ص 173].
- اتفاق العلماء على جواز بعث الحكمين إذا وقع التشاجر بين الزوجين [39 ص 456].
يقول القرطبي: "وهذه الآية دليل على إثبات التحكيم، وليس كما تقول الخوارج أنه ليس التحكيم لأحد سوى الله تعالى . وهذه كلمة حق ولكن يريدون بها الباطل [4 ص 174].
وخالف هذا الإجماع بعض فقهاء المالكية بقولهم بعدم جواز بعث الحكمين بحيث يقتصر علاج الشقاق حسب قولهم بأن تخرج المرأة إلى دار أمين، أو يسكن معها أمين [70 ص 27، 217].
واعترض أيضا الشيخ "محمد أطفيش" على هذا الإجماع بقوله: «ولا دلالة في الآية على جواز التحكيم فيما نص الله فيه على الحكم، كقتال البغاة، لأن الآية غير ذلك» [150 ص 320].
ونلاحظ أن هذه الأقوال لا تستند إلى أدلة قوية ومشروعة، بل هي مجرد تأويلات لا أساس لها من الصحة، بالإضافة إلى أنها تعارض نصوصاً قرآنية صريحة في وجوب بعث الحكمين عند مخافة الشقاق، مما يدل على مشروعية التحكيم التي أجمع عليها الصحابة والفقهاء.

2.1.2.2.2. شروط التحكيم بين الزوجين

- أولاً: الشروط الخاصة بمحل التحكيم

عرفنا أن التحكيم هو وسيلة شرعية غايته البحث عن أسباب الشقاق و الفصل بين الزوجين فيما يتنازعان فيه، غير أن التساؤل الذي يطرح في هذا السياق هو هل يشترط في الشقاق الذي هو محل التحكيم أن يكون مصدره الزوجة بنشوزها فقط أو مصدره نشوز الزوج فقط أم نشوز الزوجين معا مع إشكال الأمر على القاضي في معرفة الظالم من المظلوم ؟
لقد اختلفت مواقف الفقهاء في الإجابة عن هذا التساؤل على عدة أقوال أهمها:

- إذا اشتبه حالهما بأن ادعى كل منهما على صاحبه، وفي ذلك يقول الشافعي: (وإن خفتم شقاق بينهما)، والذي يشبه ظاهر الآية فما عم الزوجين معا حتى يشتبه في حالهما لأن الله أذن في نشوز الزوج أن يصطلحا وأذن في نشوز الزوجة بالضرب، وأذن في خوفهما ألا يقيما حدود الله بالخلع...، فلما أمر فيمن خفنا الشقاق بينهما بالحكمين، دل على أن حكمهما غير حكم الأزواج غيرهما... أن يشتبه حالهما في الشقاق فلا يفعل الرجل الصبح ولا الفرقة، ولا المرأة تأدية الحق ولا الفدية...، وتباين حالهما في الشقاق، والتباين هو ما يصيران فيه من القول والفعل إلى ما لا يحل لهم ولا يحسن،

ويمتنعان كل واحد منهما من الرجعة ويتماديان فيما ليس لهما، ولا يعطيان حقا ولا يتطوعان لا واحد منهما بأمر يصيران به في معنى الأزواج غيرهما، فإذا كان هكذا بعث حكما من أهله وحكما من أهلها...» قال الماوردي: وهذا الباب يشتمل على الحكم في نشوز الزوجين، وهو الشقاق[137 ص 115].

- إذا وقعت العداوة وخشي عليهما أن يخرج ذلك إلى العصيان، أي إذا شجر بين الرجل وامرأته، بعث الحاكم حكما من أهله وحكما من أهلها لمعرفة حال الظالم منهما[158 ص 220].
- فإن اشتد الشقاق بينهما بعث القاضي حكما من أهله وحكما من أهلها لينظرا في أمرهما[2 ص 379].

- فإن ادعى كل واحد منهما النشوز على الآخر، أسكنهما الحاكم إلى جنب ثقة ليعرف الظالم منهما، فيمنع من الظلم فإن بلغا إلى الشتم والضرب، بعث الحاكم حكماين للإصلاح أو التفريق[7 ص 89].
- إن المرأة إذا ادعت أن زوجها يضربها وتكرر رفع شكاواها به للقاضي وتعذر عليها إثبات ذلك، فإن الشأن في ذلك أن يبعث القاضي حكماين عدلين. أي أن يشكل الأمر ما بينهما وتكررت شكاوهما ولا بينة مع واحد منهما ولم يقدر على الإصلاح بينهما فيبعث حكماين[145 ص 192]. وهذا ما أخذ به القانون المصري رقم 25 لسنة 1929 بموجب المادة السادسة التي تنص على أنه: "إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب التفريق...، فإذا رفض الطلب وتكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكماين...".

- إذا فتح ما بين الرجل وامرأته حتى لا تثبته بينهما بينة ولا يستطيع التخلص إلى أمرهما فإذا بلغا ذلك، بعث الوالي رجلا من أهلها ورجلا من أهله[163 ص 367]. وهذا كله يقتضي أن الحكماين إنما يبعثان عند إشكال أمر الزوجين، وهذا الذي عليه أكثر المالكية[131 ص 177].
وهذا الذي أخذ به قانون الأسرة الجزائري بموجب المادة 56 التي تنص على أنه:

"- إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكماين للتوفيق بينهما". - وإنما يبعث الحكماين إذا ارتفع الزوجان إلى السلطان، فشكا كل واحد منهما صاحبه وأشكل عليه المحق من المبطل، لأنه إذا لم يشكل المحق من المبطل، فلا وجه لبعثه الحكماين في أمر عرف الحكم فيه[15 ص 45].

- إذا أشكل أمرهما، ولم يدر ممن الإساءة منهما، فأما إذا عرف الظالم فإنه يؤخذ له الحق من صاحبه ويجبر على إزالة الضرر[4 ص 174].

- إن استمر الإشكال والنزاع بعث الحاكم حكماين من أهلهما[25 ص 505].

ومن خلال عرض أقوال الفقهاء في طبيعة الشقاق الذي يستدعي اللجوء إلى التحكيم نلاحظ أن أغلب الفقهاء ذهب إلى أن بعث الحكمين يكون في حالة ما إذا شكا كل واحد من الزوجين الآخر، وأشكل الأمر على القاضي ولم يعرف الظالم من المظلوم لانعدام إثبات الضرر بينهما.

وللشيخ "أبو زهرة" رأي آخر في سبب بعث الحكمين، بحيث يقترح بجعل بعث الحكمين في كل قضايا الزوجية وفي ذلك يقول: "وإننا ندعو ذوي الأمر في هذه الأمة إلى جعل التحكيم أول خطوة يخطوها القضاء في إصلاح ذات البين إن كان خلاف بين عضوي الأسرة وركنيها، فلأن التحكيم هو الذي يحسم الداء، ويطبب للقلوب، إذ لا يعرف الطب للقلوب الشاردة إلا ذووها، والأذنون منها، ولا بد للعلاج الصحيح من ظهور الآلام الحقيقية التي يتلظى بها الزوجين. وتلك الآلام لا تبدو على وجهها الصحيح بين يدي القضاء، بل ربما سترها المتخاصمون عمدا وقصدا، واتخذوا المكابيات سبيلا للنقمة، فتتبدل العلاقة الزوجية، من وداد وتعاطف، إلى نزاع وتخاصم... وكانت النتيجة المنطقية لمثل هذا القول أن يقترح جعل التحكيم واجبا لازما على القضاء الشرعي عند كل خلاف بين زوجين..." [189 ص 990، 991].

ومن أهم المسائل التي تلزم من شأنها تنصيب الحكمين حالة استحكام النشوز من جانب الزوجة دون أن يكون من الزوج ما يسوءها، و يجمع الرأي الفقهي أن توافر حال استحكام النشوز يمنح الزوج الحق في مخاصمتها أمام الحاكم الشرعي، فإذا ما ثبت إخلالها وتقاوعها دون أن يكون من الزوج ما يسوءها، وجب تنصيب الحكمين خاصة في ظل اختلال مفهوم الحكم الشرعي الأمر بطاعة الله والامتثال لأحكامه في شأن ميثاق النكاح وما أوجبه الله في شأن الزواج، وفي ظل مجموعة الأحكام القوانين الحمائية التي خلفت المناخ الصالح لنشوز الزوجة واستئثارها وغلبتها على الأمر [196 ص 270].

والذي نرى ترجيحه من خلال الأقوال السابقة هو أن الشقاق الذي يعتبر محلا للتحكيم، هو ما ذهب إليه أغلب الفقهاء في أن حالة بعث الحكمين هي الحالة التي يختلف فيها الزوجان كأن ادعى الزوج نشوز زوجته، وادعت هي عليه تعديه وتقصيره في أداء حقوقها، ولم يدر مصدر الإساءة، هل هي من الزوج أم من الزوجة؟ فبمجرد ما يرفع نزاعهما إلى القاضي ويتحقق من جهل حالهما بعث الحكمين لمعرفة أسباب الشقاق.

واستدلنا في ذلك ما ذكره الفقهاء أنه إذا عرض نزاع الزوجين على القاضي وعرف الظالم، فإنه يجبر على إزالة الضرر [4 ص 174].

لكن هل يشترط اللجوء إلى التحكيم بين الزوجين أن تتحقق واقعة بناء الزوج بزوجه؟ قال المالكية في ذلك أن بعث الحكمين يكون في حالة بناء الزوج بزوجه أو عدم بنائه بها. فسبب تحكيم الحكمين أن يقبح ما بين الزوجين ويظهر الشقاق بينهما، فإن كان ذلك من أحدهما أمر

بإزالته ، وإن جهل ذلك بعث الحاكم حكيمين وسواء بنى بها الزوج أو لم يبن لأن التقابح قد يقع بينهما قبل البناء[65 ص 114]. والمرأة ممن لم يدخل بها يجرى أمرها مع الحكيمين مجرى المدخول بها[163 ص 369].

ونعتقد أن ذلك معقول لأن واقعة البناء بالزوجة لا تأثير لها على اللجوء إلى التحكيم بين الزوجين، لأن الآية الكريمة الواردة في موضوع الشقاق لم تفرق بين المدخول بها أو غير المدخول بها قال الله تعالى: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا) وتظهر أهمية اللجوء إلى التحكيم بين الزوجين قبل البناء في ضرورة بذل المساعي الحميدة من طرف الحكيمين لمعالجة مواطن الخلل الذي يعترى هذه العلاقة الزوجية في بدايتها لضمان قيامها على أساس متين.

- ثانيا: الشروط المتعلقة بالحكيم: اختلفت أقوال الفقهاء في تحديد شروط الحكيمين على النحو الآتي:
- للمالكية أقوال في تحديد شروط الحكيمين نذكر أهمها:
- « ليست المرأة من الحكام والصبى والعبد ومن هو على غير دين الإسلام لا برضا من الزوج والمرأة، ولا بالبعثة من السلطان»[163 ص 367].

- ذكر "الرددير" في شروط الحكيمين بقوله: « وشرط صحتها أي الحكيمين:
- العدالة: فلا يصح حكم غير العدل، سواء كان حكمه بطلاق أو إبقاء أو بمل، وغير العدل صبي أو مجنون أو فاسق.

- الذكورة: فلا يصح حكم النساء.
- الرشد: فلا يصح حكم سفيه.
- الفقه: فلا يصح حكم جاهل بما ولى فيه»[25 ص 505].

وجاء في الشرح الكبير: « وبطل حكم غير العدل بطلاق أو إبقاء أو بمل، وغير العدل الفاسق والصبى والمجنون وحكم سفيه، وهو المبذر في الشهوات ولو مباحة على المذهب، وحكم امرأة وغير فقيه بذلك أي بأحكام النشوز، فشرطهما الذكورة والرشد والعدالة والفقه »[20 ص 505].

-وقال "الباجي": ومن حكم الحكيمين أن يكونا فقيهين ليعلما مواقع الحق ليحكما به، ويكون أحدهما من أهله والثاني من أهلها ، ويكونان عدلين ليؤمن جورهما. ومن صفة الحكيمين التي هي شرط في صحة كونهما حكيمين: الإسلام، والبلوغ، والحرية، والذكورة، فإن عدم شيء من ذلك لم يجز تحكيمهما برضا الزوجين ولا ببعثة السلطان، قاله مالك، وكذلك العدالة[65 ص 113، 114].

وهناك بعض فقهاء المالكية من اقتصر على الشروط التالية بقوله: " ويجب أن يكونا مسلمين عدلين فقيهين والأكمل أن يكون حكم من أهل الزوج وحكم من أهل الزوجة[18 ص 171].

- الحكمان بمقتضى القرآن حكما من أهله وحكما من أهلها إن وجدا عدلين من أهلها وأمكن بعثهما وندب كونهما جارين، والبعث من غيرهما أي أهلها إن عدما أي الحكمان من أهلها، أو كانا غير عدلين [12 ص 505].

- فابعثوا حكما من أهله رجلا يصلح للحكومة والإصلاح بين الزوجين وحكما من أهلها [127 ص 213].

ومن خلال ما سبق نقول أن أغلب فقهاء المالكية يقولون بضرورة توافر الشروط التالية في الحكمين ليصح تحكيمهما: العدالة، الذكورة، الرشد، الفقه.

أما الحنفية فقد اشترطوا الحرية والإسلام والبلوغ والعدالة والفقه والبصر وأن يكونا غير محدودين ولا واحد منهما في قذف [106 ص 487].

- واشترط الشافعية في الحكمين الشروط التالية: التكليف، والإسلام، والحرية، والعدالة، والاهتداء إلى المقصود بما بعثا له، ولا يشترط فيهما الذكورة [123 ص 333].

ولقد اقتصر بعض فقهاء الشافعية على بعض الشروط هي:

- الذكورة والعدالة والفقه في حالة اعتبارهما حاكمين لأنه يحتاج فيه إلى الرأي والنظر في الجمع والتفريق، وإن كانا وكيلين جاز أن يكونا من العامة [7 ص 55].

أما شروط الحكمين عند الحنابلة هي: التكليف، الإسلام، العدالة، والحرية، ومعرفة حكم الجمع والتفريق لأنهما يتصرفان في ذلك فاعتبر علمهما به [160 ص 55]. ومتى كانا حكيمين اشترط كونهما فقيهين حرين [159 ص 139]. فإن الحكمين لا يكونان إلا عاقلين بالغين عدلين مسلمين [158 ص 220].

وبعد الإطلاع على أقوال الفقهاء في شروط الحكمين نقول أنهم أولوا عناية كبيرة بشروط وصفات الحكمين وذلك لضمان قيامهما بالمهمة الموكولة لهما وتحقيق الهدف الأساسي من التحكيم وهو الإصلاح والتوفيق بين الزوجين ، وما نلاحظه من أقوالهم أن أغلبهم قد استقر على الشروط التالية:

- الشرط الأول: الإسلام: أي أن يكون الحكمان مسلمين، فلا يجوز تحكيم الغير مسلم لمسلم لقوله تعالى: (وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا) [1].

- الشرط الثاني: العقل: يجب أن يكون الحكمان عاقلين، فتحكيم غير العاقل لا يجوز سواء كان مجنوناً أو فقد عقله بسكر أو بغيره.

- الشرط الثالث: البلوغ: أن يكون الحكمان بالغين، فمن غير المعقول أن يعين صبي للتحكيم، لأن الصبي لا تقبل شهادته، فلا يقبل تحكيمه.

- الشرط الرابع: العدل: أن يكون الحكمان عدلين أي معروفين باستقامتهما وصلاحيهما باعتبار أن مهمتهما الأولية هي الإصلاح، ومن ثم لا يجوز تحكيم الفاسق.

- الشرط الخامس: الحرية: فيجب أن يكونا الحكمان حريين لأن تحكيم العبد لا يجوز.

- الشرط السادس: الفقه: أي أن يكون الحكمان عالمين بأحكام الجمع و التفريق والنشوز باعتبار أن لهما سلطة التصرف في الشقاق المعروض عليهما بما يتماشى ومصلحة الزوجين سواء بالتفريق أو الإصلاح.

ولقد أضاف المالكية - كما سبق لنا ذكره - شرطين هما الذكورة والرشد.

فشرط الذكورة معناه أن المرأة لا يجوز أن تكون حاكمة عندهم.

أما شرط الرشد: فهو أن يكون الحكمان رشيدين، أي لا يجوز تحكيم السفیه المبذر في الشهوات.

وبعد تحديد الشروط الواجب توافرها في الحكمين، نتساءل عن مدى اشتراط كون الحكمين

من أهل الزوجين؟

لقد اختلف الفقهاء في اشتراط أن يكون الحكمان من أهل الزوجين على قولين:

- القول الأول: وهو قول المالكية[4 ص 174] بالاشتراط وجوبا كون الحكمين من أهل الزوجين مع الإمكان. وذلك بالإجماع عليه، و بموجب الأدلة التالية:

- قوله تعالى: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَانْبِئُوهُمَا مِنْ أَهْلِهِمْ وَحَكِّمُوا مِنْ أَهْلِهِمَا) [1].

وذلك لأن الأقارب أعرف ببواطن الأحوال وأطيب للصالح ونفوس الزوجين أسكن إليهما، فيبرزان لهما ما في ضمائرهما من الحب والبغض وإرادة الفرقة أو الصلحة، فإن كونهما من أهلها مع الوجدان واجب شرط. ومن ثم لا يجوز بعث الأجنبيين مع الإمكان، وإن كان قول اللخمي في ذلك فيه تردد وتحير[69 ص 343].

وقال المالكية: ويندب كونهما جارين في بعث الأهلين إن أمكن، ويندب كونهما جارين

أجنبيين إن لم يمكن بعث الأهلين[131 ص 178] ، لأن الجار أدري بحال الجار[25 ص 505].

لكن قد يحدث ألا يوجد من أهل الزوجين إلا حكم واحد فهل يجوز تعيين حكم أجنبي لينضم

للحكم الآخر. للمالكية في هذه الحالة قولين:

- الأول: يجوز أن يكون الحكم الآخر أجنبيا مع الحكم الواحد من أهل أحدهما[20 ص 343]. فيقام الذي من الأهل، (وأجنبي من الجانب الآخر)[131 ص 178].

- الثاني: يتعين كونهما أجنبيين وترك القريب لأحدهما، لئلا يميل القريب لقريبه[69 ص 434].

- القول الثاني: لا يشترط أن يكون الحكمان من أهل الزوجين، بل يستحب أن يكونا من أهلها، فالأمر وارد على سبيل الاستحباب، لأنهما أشفق وأعلم بالحال فإن كنا من غير أهلها، جاز لأن

القرابة ليست شرطا في الحكم ولا الوكالة. وقال بذلك الحنابلة[158 ص 220] ، الشافعية[7 ص 89]. ولهم في قولهم الأدلة التالية:

- قوله تعالى: (قَابِعْتُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا) [1].

- ثبت في واقعة الشقاق بين عقيل بن أبي طالب وزوجته من بني أمية أن عثمان رضي الله عنه بعث ابن عباس حكما من أهله، ومعاوية حكما من أهلها، لأن الحكمين من أهلها أعرف بالحال ، وإن كانا من غير أهلها جاز سواء كانا وكيلين أو حكمين[7 ص 89].

- إن ذكر الآية ببعت الحكمين من أهل الزوجين ورد على سبيل الإرشاد والاستحباب[158 ص 220].

ونلاحظ أن الاختلاف المذكور يدور أساسا حول ما إذا وجد الحكم الذي يصلح بعثه من أهلها، غير أن العلماء اتفقوا على أن الحكمين لا يكونا إلا من أهل الزوجين، إلا أن لا يوجد في أهلها من يصلح لذلك فيرسل من غيرهما[39 ص 456].

وإنما كان إجماعا، لأن أصحاب القول الأول يقولون بوجود أن يكون الحكمان من أهلها، أما بقية الفقهاء فيقولون بجواز بعث الأجنبيين ابتداء[106 ص 474].

والذي نختاره من خلال هذين القولين هو القول الأول الذي اشترط بوجود أن يكون الحكمان من أهل الزوجين لصريح نص الآية: (قَابِعْتُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا).

والحكمة من ذلك واضحة فما ينشأ من خلاف بين الزوجين ينذر بالفرقة فيكون معلوما لدى أهل الزوجين، فلا يستطيع الزوجان التمويه على الحكمين إذا كانا من أهلها في وقائع النزاع وأسبابه، كما أنهما بهذه الصفة يكونان أقرب إلى نفسيهما، وأدعى إلى إفضائهما لهما بما في ضمائرهما من الحب و البغض وإرادة الفرقة أو الصحبة وستر لهما على ما ينسبه كل منهما للآخر من وقائع أدت إلى اشتداد الشقاق، وقد تمتد إلى سمعة الأولاد مما يجب حجبه عن الأجنبي[130 ص 82].

تنص المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري: " إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما".

يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين «

وإن قراءتنا للمادة 56 تدفعنا إلى التساؤل عن الضرر الذي تعنيه المادة ؟ هل هو الضرر الذي يلحق بالزوجة أم الضرر الذي يلحق بالزوج ؟ لأن صياغة المادة جاءت عامة بالقول إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر.

وللإجابة على هذا التساؤل ينبغي الرجوع إلى المصدر الفقهي للمادة 56. فالمصدر الفقهي لهذه المادة هو المذهب المالكي حيث قال "مالك": «الأمر الذي يكون فيه الحكمان، إنما ذلك إذا فتح ما بين الرجل وامرأته حتى لا تثبته بيته، ولا يستطيع إلى أن يتخلص من أمرهما، فإذا بلغا ذلك بعث الوالي رجلاً من أهلها ورجلاً من أهله». "أن يشكل الأمر وقد ساء ما بينهما وتكررت شكواهما". "إن المرأة إذا ادعت أن زوجها يضر بها وتكرر رفع شكواها به للقاضي وتعذر عليها إثبات ذلك، فإن الشأن في ذلك أن يبعث القاضي لهما حكيمين عدلين"[367 ص 163].

وبناء عليه قال الفقيه المالكي "ابن عاصم الأندلسي": "وحاصله: أن المرأة إذا تكررت شكواها بضرر زوجها فإن الحاكم يأمر جيرانها بتفقد أحوالهما، فإن لم يكن في الجيران من تجوز شهادته سكنها بين قوم صالحين ولا تنقل إلى الحاضرة. وكذا الحكم إذا تكررت شكواها بها فإن شهد الجيران الذين تجوز شهادتهم أو القوم الصالحون الذين سكنوا بينهم بضرره فهو ما مر قبل هذه الأبيات، وإن لم يشهدوا بشيء لكونهم أشكل عليهم أمرهما ولا زالت الزوجة تشتكي الضرر فإن الحاكم حينئذ يبعث حكيمين فقيهين بذلك الأمر الذي ينظران فيه[236 ص 504]. ويقول الفقيه المالكي "محمد الخرشي" أيضاً: "فإذا ادعت الزوجة ضرر زوجها وادعى هو إضرارها وسوء عسرتها وجهل صدقهما إختبر الحاكم أمرهما بأن يجعل معهما أو يجعلهما مع من يتبين له به أمرهما فيعمل عليه، وهذا كله يقتضي أن الحكيمين إنما يبعثان عند إشكال أمر الزوجين. قلت هذا الذي عليه الأكثر"[131 ص 177].

وبناء على ذلك فالمادة 56 مرتبطة بنص المادة 10/53 من قانون الأسرة التي تمنح الزوجة حق طلب التطلاق لكل ضرر معتبر شرعاً، لكن الزوجة قد تعجز عن إثبات هذا الضرر الأمر الذي قد يؤدي إلى استمرار الشقاق واشتداده بين الزوجين، فإذا أرادت الزوجة أن تكرر رفع شكواها برفع دعوى ثانية فما عليها إلا الاستناد إلى المادة 56 التي تجيز لها طلب التطلاق للشقاق الذي لا يعرف فيه الظالم من المظلوم. الحكم الذي تؤكد المحكمة العليا بقولها أنه: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين وعجزت الزوجة عن إثبات الضرر وجب تعيين حكيمين للتوفيق بينهما. ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون. ولما كان ثابتاً - في قضية الحال - أن المجلس لما قضى بالطلاق دون مراعاة أحكام المواد التالية: 39-55-56 (ق. س) يكون بقضائه كما فعل خالف القانون وتجاوز اختصاصه"[201 ص 301]. ومن ثم نلاحظ أن قانون الأسرة الجزائري قد أخذ بما ذهب إليه المالكية في اشتراط أن يكون الشقاق محل التحكيم شقاقاً يشته به حال الزوجين ويصعب فيه على القاضي معرفة المحق من المبطل مع ضرورة تكرار رفع الشكوى من طرف الزوجة.

ونلاحظ أن موضع المادة 56 في قانون الأسرة غير صحيح، فكان لزاما أن تدرج إما مع الفقرة العاشرة من المادة 53 أو تدمج هذه الفقرة في مادة واحدة، لذا نقترح أن تكون صياغتها كالتالي: يجوز للزوجة أن تطلب التطلق لكل ضرر معتبر شرعا وصادرا من الزوج.

فإذا ثبت الضرر وعجز القاضي عن الصلح بينهما طلقها القاضي طلاقاً بائناً.

وإذ تكررت الدعوى ولم يثبت الضرر واشتد الخصام بين الزوجين يعين القاضي حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة. وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين». وذلك لأن موضع المادة 56 في قانون الأسرة لا يفيد من الناحية الشكلية ارتباطها بالمادة 10/53.

والجدير بالذكر أنه بدخول قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد لم يعد محل التحكيم طبقاً للقانون الجزائري مقتصرًا على الشقاق الذي نصت عليه المادة 56 من قانون الأسرة، بل أضيفت له حالة أخرى يجوز للقاضي فيها اللجوء إلى التحكيم بغرض محاولة الإصلاح بين الزوجين، وذلك إذا ثبت للقاضي أثناء سير الخصومة عدم تحقق أي ضرر بالزوجين لعجزهما عن إثباته، وذلك شرط أساسي لبعث الحكمين، وهذا ما نصت عليه المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد على أنه: "إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة،" جاز للقاضي أن يعين حكمين إثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة".

وبقراءتنا للمادة 446، نلاحظ أن المشرع الجزائري حاول توسيع مجال التحكيم بين الزوجين في دعوى الطلاق سواء كانت مرفوعة من الزوج أو الزوجة وذلك اعتماداً نسبي للمذهب المالكي في شأن بعث الحكمين إن أشكل الأمر على القاضي ولم يعرف الظالم من المظلوم، لكن الفقه المالكي يعتبر اللجوء إلى التحكيم في هذه الحالة إلزامي للقاضي بخلاف ما تنص عليه المادة 446 في اعتبار بعث الحكمين من طرف القاضي أمراً جوازيًا، في حين نجد أن المادة 56 من قانون الأسرة قصرت اللجوء وجوباً إلى التحكيم في حالة واحدة وهي عجز الزوجة عن إثبات الضرر بعد أن تكرر رفع دعاوها. ونلاحظ أن المادة 446 تحيل إلى قانون الأسرة لمعرفة مقتضيات التحكيم، غير أن هذه المقتضيات لا وجود لها في قانون الأسرة باعتبار أن قانون الأسرة نص على مبدأ اللجوء إلى التحكيم دون تنظيمه وتبيان إجراءاته.

ومن خلال ما سبق ذكره يمكن أن نحدد شروط التحكيم بين الزوجين للشقاق طبقاً للمادة 56

والتي تتمثل فيما يلي:

- الشرط الأول: أن يكون الشقاق مصدره غير معلوم من الزوجين، أي الشقاق الذي يشته به الحال على القاضي، ويدعي فيه كل من الزوجين تعدي الآخر عليه دون إثبات ذلك.

- الشرط الثاني: أن يكون الحكمان من أهل الزوجين ونلاحظ أن قانون الأسرة قد أخذ بقول المالكية في وجوب أن يكون الحكمين من أهل الزوجين إن أمكن. وإذا تعذر ذلك يبعث القاضي حكيمين أجنبيين فقيهين بمهتهما[207].

- الشرط الثالث: تكرار الشكوى من طرف الزوجة وعجزها عن إثبات الضرر. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار السابق ذكره.

أما بالنسبة للشروط المتعلقة بالحكمين، فلم تحدها المادة 56 بل اقتصر على ذكر شرط واحد فقط وهو أن يكون الحكمان من أهل الزوجين.

ويبدو أن هذه الشروط وإن لم تحدها المادة 56 إلا أننا بالرجوع إلى المصدر الفقهي لهذه المادة وهو المذهب المالكي، يمكننا تحديدها وفق هذا المذهب وهي: العدالة - الذكورة - الرشد - الفقه. ويبدو أن قانون الأسرة الجزائري لا يشترط الذكورة وهذا لعموم لفظ الحكيم المنصوص عليه في المادة 56، خلافا لقول المالكية باشتراط الذكورة في الحكمين، مع العلم أن المذهب المالكي هو المصدر الفقهي لهذه المادة.

ولقد نص المشرع المصري على شروط الحكمين في مادة خاصة إذ جاء في المادة السابعة من القانون رقم 29 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 التي تنص على أنه: «يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة الإصلاح بينهما»[211].

ونلاحظ أن المشرع قد ترك النص على شرط الرشد و العلم بالفقه الخاص، لأنه لا يظن بالمحكمة أن تعين لمثل هذه المهمة من عرف بالسفه ولا من ليس له القدرة على الإصلاح بين الزوجين وتحري المصلحة، وذلك ما يكفي في توافر هذين الشرطين، أو يكفي في تحقيق الهدف من اشتراطهما[94 ص 311]. وهذا ما يمكن قوله بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري.

لكن القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 المصري أبقى نص المادة السابعة منه السابقة، لكن حذف كلمة (رجلين) فقط، فاشتراط في الحكمين أن يكونا عدلين فقط، ليتيح المجال لاشتراك النساء في التحكيم، وبذلك يخالف ما جاء في المذكرة الإيضاحية للتقنين الجديد التي تنص على أن جميع التفصيلات التي أوردها في تسوية الشقاق بين الزوجين وبعث الحكيم مأخوذة من مذهب الإمام مالك إما نصا وإما مخرجة على نصوصه لأن مذهب الإمام مالك يشترط الذكورة فيهما[129 ص 138].

أما بالنسبة لمدونة الأسرة المغربية، فإنها لم تحدد الشروط الواجب توافرها في الحكمين، ومن ثم يتعين الرجوع إلى قواعد الفقه المالكي اعتبارا للإحالة المنصوص عليها في المادة 400 من مدونة الأسرة والتي جاء فيها على أنه: «كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى

المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعي فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف».

وباعتماد قواعد الفقه المالكي فإنه يشترط في الحكمين أربعة شروط هي: 1- الذكورة، 2 - العدالة، 3- الرشد، 4- العلم بما هما بسبيله ويستحب أن يكون من أهل الزوجين لأنهما أكثر إطلاعا على أسرار الأسرة وأقدر على حل النزاع[143 ص 113].

أما بالنسبة لشروط محل التحكيم في القانون المصري فإنه لم يكتف بما ذهب إليه قانون الأسرة الجزائري بل حدد شروط محل التحكيم فيما يلي:

1- أن يكون الشقاق ناتجا عن تكرار الزوجة شكواها في طلب التطلاق ولم يثبت ما تشكو منه بعد الحكم برفض دعواها.

2- أن يكون الشقاق مصدره النزاع حول العودة إلى مسكن الزوجية وذلك عندما ترفع الزوجة دعوى التطلاق للضرر المقتزنة بالاعتراض على إنذار الطاعة، فإذا طلبت الزوجة التطلاق من خلال اعتراضها على دعوتها لها العودة إلى مسكن الزوجية وتبين للمحكمة أن الخلاف مستحکم بين الزوجين

تطبيقا للمادة 11 مكرر ثانيا من المرسوم بقانون رقم 25 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985.

3- أن يكون الشقاق ناشئا عن نزاع بين الزوجين أدى بالزوجة إلى رفع دعوى التطلاق للخلع طبقا لنص المادة 2/20 من القانون رقم 1 لسنة 2000 فحسب المادة لا تحكم المحكمة بالتطلاق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين وندب حكمين لموالاتة مساعي الصلح بينهما[64 ص 220].

خالفت مدونة الأسرة المغربية قانون الأسرة الجزائري والقانون المصري في الشروط الواجب توافرها في محل التحكيم، فقراءتنا لمواد مدونة الأسرة المغربية المتعلقة بالتطلاق للشقاق، نلاحظ أنها أخذت بمفهوم واسع للشقاق الموجب للتحكيم، بحيث نصت المادة 94 على أنه: « إذا طلب الزوجان أو أحدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يخاف منه الشقاق وجب عليها أن تقوم بكل المحاولات لإصلاح ذات البين طبقا لأحكام المادة 82». فالمادة 82 منحت للمحكمة إمكانية بعث حكمين لإجراء محاولة الإصلاح بين الزوجين. فمحل التحكيم طبقا للمادة 94، هو كل شقاق نتج عن نزاع بين الزوجين وطلبا كلاهما أو أحدهما حله من المحكمة.

فالواضح من خلال المادة 94 أن مدونة الأسرة المغربية فرضت اللجوء إلى التحكيم في كل نزاع مهما كانت طبيعته وأدى إلى الشقاق بين الزوجين. ويظهر من نص المادة 95 الذي جاء فيه: « يقوم الحكمان أو من في حكمهما باستقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين وببذل جهدهما لإنهاء النزاع " وإن المقصود بالشقاق هنا هو ذلك الخلاف الشديد بين الزوجين الذي لا يعرف مصدر الإساءة فيه من الزوجين.

فمفهوم الشقاق المبرر للتطليق في مدونة الأسرة، مفهوم واسع يشمل كل النزاعات والخصومات بين الزوجين، وتستفيد الزوجة أكثر من الزوج من هذه المسطرة الجديدة خاصة وأنها بمثابة باب مفتوح لها يمكن اللجوء منه كلما سدت في وجهها الوسائل الأخرى لإنهاء الرابطة الزوجية. وإن كان هذا الحق يتساوى فيه الزوج مع الزوجة وهو وسيلة هامة للمرأة المتزوجة لإنهاء الرابطة الزوجية التي لم تجد فيها الأُنس المنشود بل يمكن لها أن تسلك نفس المسطرة في حالات خاصة [32 ص 64، 78].

وبناء عليه، فبالإضافة إلى قاعدة التطليق بسبب الشقاق التي نظمها المشرع المغربي ضمن المواد 94 إلى 97 من مدونة الأسرة، هناك حالات أخرى واردة في نصوص متفرقة، أحال المشرع في إطارها على مسطرة الشقاق المنصوص عليها وهذه الحالات هي:

1- حالة رفض الزوجة للتعدد دون طلبها التطليق: وردت هذه الحالة في الفقرة الأخيرة من المادة 45 من مدونة الأسرة، بحيث جاء في نصها: " فإذا تمسك الزوج بطلب الإذن بالتعدد ولم توافق الزوجة المراد التزوج عليها، ولم تطلب التطليق طبقت المحكمة تلقائيا مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد 94 إلى 97 بعده" وتعقيبا على ذلك يقول د/ "محمد الكشيبور" [143 ص 55]: "والحكم الذي تضمنته هذه المادة يعد خروجاً عن القواعد الإجرائية العامة في باب التقاضي لدرجة أن البعض اعتبره بدعة مسطرية، ذلك أنه من الثوابت الإجرائية أن المحكمة لا تنصب نفسها مطالباً بحقوق أحد طرفي النزاع، بل إن طبيعة وظيفتها تفرض عليها الحياد والبت في حدود طلبات الأطراف، غير أن المشرع الجديد خرج عن هذه الثوابت حين أوجب على المحكمة المرفوع إليها طلب الإذن بالتعدد في الحالة التي لا توافق عليه الزوجة المراد التزوج عليها كما أنها لا تطلب التطليق، أن تبادر تلقائياً وبدون طلب إلى افتتاح مسطرة الشقاق، مما يجعلنا نقف موقف المذهول من هذا الحكم الشاذ الذي لا ينسجم مع الفلسفة العامة لمدونة الأسرة التي تهدف في مجملها إلى الحفاظ على كيان الأسرة لا إلى تفريقها...". وبالفعل فإن مباشرة المحكمة تلقائياً إجراءات التطليق بسبب الشقاق الناتج عن هذه الحالة يعتبر خروجاً عن القواعد الإجرائية العامة .

2- حالة إخلال أحد الزوجين بالحقوق والواجبات المتبادلة بينهما: إن الحقوق المتبادلة بين الزوجين هي تلك الحقوق التي نصت عليها المادة 51 من مدونة الأسرة، وقد اعتبر المشرع المغربي أن الإخلال بهذه الحقوق هو ضرر يجيز لأحد الزوجين أن يلجأ إلى طلب التطليق بسبب الشقاق الحكم الذي تؤكدته المادة 52 من مدونة الأسرة بقولها: " عند إصرار أحد الزوجين على الإخلال بالواجبات المشار إليها في المادة السابقة يمكن للطرف الآخر المطالبة بتنفيذ ما هو ملزم به أو اللجوء إلى مسطرة الشقاق المنصوص عليها من المواد 94 إلى 97 بعده".

3- حالة عجز الزوجة عن إثبات الضرر في دعوى التفريق للضرر: لقد نصت على هذه الحالة الفقرة الثانية من المادة 100 من مدونة الأسرة بقولها: "إذا لم تثبت الزوجة الضرر، وأصررت على طلب التطلاق، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق".

والهدف من تحويل الزوجة هذه المكنة هو تفادي لجوئها إلى فتح ملف جديد في الموضوع، بل يتم تحويل طلبها الرامي للتطلاق للضرر بناء على طلب منها إلى طلب يرمي إلى حل نزاعها مع زوجها على أساس الشقاق[143 ص 79].

4- حالة إصرار الزوجة على الخلع دون موافقة زوجها: لقد نصت على هذه الحالة الفقرة الثانية من المادة 120 من مدونة الأسرة بقولها: "إذا أصررت الزوجة على طلب الخلع، ولم يستجب لها الزوج يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق".

5- حالة رفض الزوجة للرجعة في الطلاق الرجعي: ورد النص على هذه الحالة في الفقرة الثانية من المادة 124 من مدونة الأسرة على أنه: " يجب على القاضي قبل الخطاب على وثيقة الرجعة، استدعاء الزوجة لإخبارها بذلك، فإذا امتنعت ورفضت الرجوع، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المادة 94 أعلاه".

أما حالة الشقاق التي نص عليها قانون الأسرة الجزائري والقانون المصري ما هي إلا حالة من حالات الشقاق الذي يستدعي التحكيم والتي نصت عليها المادة 2/100 من مدونة الأسرة المغربية بقولها: « إذا لم تثبت الزوجة الضرر وأصررت على طلب التطلاق، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق ».

وبالتالي نقول أن مدونة الأسرة المغربية أخذت بمفهوم واسع للشقاق بحيث اقتربت من الرأي الفقهي للشيخ "محمد أبو زهرة" الذي يقول بضرورة اللجوء إلى التحكيم في كل خلاف يطرح على المحكمة سواء عرف فيه المسيء من الزوجين أو لم يعرف.

وفي سياق الحديث عن شروط الحكيم يتبادر للذهن التساؤل عن مدى جواز إرسال حكم واحد للتحكيم بين الزوجين خاصة وأن الآية الكريمة نصت على بعث حكيمين، حكم من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة ؟

لم يتفق الفقهاء في الإجابة على هذا التساؤل فمنهم من قال بجواز ذلك ومنهم من لم يقل بالجواز. - القول الأول: وهو قول المالكية بالجواز: " وللزوجين إقامة حكم واحد "[163 ص 367].

يقول القرطبي: " ويجزىء إرسال الواحد لأن الله حكم في الزنى بأربعة شهود، ثم قد أرسل النبي صلى الله عليه وسلم إلى المرأة الزانية أنيسا وحده وقال له: (إن اعترفت فارجمها). وكذلك قال عبد الملك في المدونة. وإذا جاز إرسال الواحد فلو حكم الزوجان واحدا لأجزاء، وهو بالجواز أولى إذا رضيا بذلك، وإنما خاطب الله بالإرسال الحكام دون الزوجين "[4 ص 174].

فالرجل الواحد إذا اجتمع عليه الزوجان فهو بمنزلة الحكيم، لهما جميعاً، لأن الأمور أمرهما التي لو أخذها دون من يحكم فيها كان ذلك لهما، وكذلك هي إلى من جعلها إليه، إذا كان يستأهل أن يكون ممن يجعل ذلك إليه، ليس بنصراني ولا عبد ولا صبي ولا امرأة ولا سفيه، فهؤلاء لا يجوز منهم إثنان فكيف واحد [163 ص 367].

- القول الثاني: يرى أصحاب هذا القول بعدم جواز إرسال حكم واحد بل يجب إرسال حكيمين وهو قول معتمد لدى الشافعية. يقول الخطيب الشربيني: "ولقد اقتضى كلام المصنف عدم الاكتفاء بحكم واحد وهو الأصح لظاهر الآية، ولأن كلا من الزوجين يتهمه ولا يفشي له سره [123 ص 333].
ودليل قولهم:- قوله تعالى: (فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا) فهو صريح في اشتراط أن يكون التحكيم بين الزوجين بحكيمين اثنين.

ونرى أن في دليل الشافعية ما يجعلنا نرجح قولهم بإرسال حكيمين اثنين لا حكم واحد فقط، فلو أمكن إرسال حكم واحد لما قال الله تعالى: (فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا) والواو في الآية تفيد الجمع.

ولعل الحكمة من وجوب إرسال حكيمين تكمن في طبيعة المهمة المسندة لهما التي تحتاج إلى تظافر الجهود من أجل استقصاء أسباب الشقاق ومحاولة التوفيق بينهما، فواقع الشقاق يحتاج فعلاً إلى حكيمين من أهل الزوجين وذلك لتحقيق التوازن في أداء المهمة بنزاهة وحياد.
بالإضافة إلى أن استدلال المالكية بما قام به النبي صلى الله عليه وسلم في بعث أنس إلى الزانية ليفتك اعترافها، فإن اعترفت أمره برجمها، لا يصلح بسبب الفرق الواضح بين المهمتين، فالحكيم مهمتهما دراسة أحوال الزوجين وإصدار الحكم بذلك [106 ص 507].

2.2.2.2. مراحل التحكيم بين الزوجين

شرع نظام التحكيم بين الزوجين بسبب الشقاق شرعاً وقانوناً لمعرفة أسباب الشقاق ومحاولة الإصلاح بينهما أو القول بضرورة التفريق، لذلك يتم التحكيم بين الزوجين وفق المراحل التي نتناولها في الفروع التالية:

- الفرع الأول: مرحلة تعيين الحكيمين
- الفرع الثاني: مرحلة الإصلاح بين الزوجين
- الفرع الثالث: مرحلة التفريق بين الزوجين
- الفرع الرابع: قرار الحكيمين

1.2.2.2.2. مرحلة تعيين الحكيمين

إختلاف الفقهاء فيمن يملك سلطة تعيين الحكيمين، وسبب هذا الاختلاف هو اختلافهم في المخاطب بقوله تعالى: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا) [1]. وذلك على عدة أقوال.

فيرى جمهور العلماء [4 ص 174] الحنفية [84 ص 493] والمالكية [163 ص 367] والشافعية [123 ص 89] والحنابلة [46 ص 352] والظاهرية [83 ص 246] على أن المخاطب بقوله (وَإِنْ خِفْتُمْ) الحكام والأمرء. يقول مالك: "وليس للحكيمين أن يبعثا إلا بالسلطان" [4 ص 174]. وهذا ما يؤكد قوله تعالى (فَابْعَثُوا). والدليل في ذلك ما رواه "سعيد بن جبيرة" أنه قال في المختلعة، يعظها فإن انتهت وإلا هجرها، فإن انتهت وإلا ضربها، فإن انتهت وإلا رفع أمرها إلى السلطان، فبيعت حكما من أهله وحكما من أهلها: فيقول الحكم الذي من أهلها: يفعل بها كذا، ويقول الحكم الذي من أهله: تفعل به كذا، فأيهما كان الظالم رده السلطان وأخذ فوق يديه، وإن كانت ناشزا أمره أن يخلع [15 ص 45].

أما القول الثاني فمفاده أن المأمور ببعث الحكيمين هما الرجل والمرأة، وذكر من قال ذلك دليل ما روي عن السدي: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا) إن ضربها فإن رجعت فإنه ليس له عليها سبيل ، فإن أبت أن ترجع وشاقتها، فليبعث حكما من أهله وحكم من أهلها [15 ص 45].

ويدعم هذا القول ، قول الإمام علي رضي الله عنه ،فقد روى محمد بن سيرين عن عبيدة السلماني في هذه الآية: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا) ، قال: جاء رجل وامرأة إلى علي رضي الله عنه، مع كل واحد منهما فئام من الناس، فأمرهم فبعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها، وقال للحكيمين هل تدرين ما عليكما ؟ إن عليكما إن رأيتما أن تفرقا فرقتما. فقالت المرأة: رضيت بكتاب الله بما علي فيه ولي. وقال الرجل: أما الفرقة فلا. فقال علي رضي الله عنه: كذبت والله لا تبرح حتى تقر بمثل ما أقرت به [4 ص 174].

ولقد انتقد ابن حيان هذا القول على أنه: لو كان الخطاب موجه للأزواج لقال: وإن خافا شقاق بينهما فليبعثا، أو لقال: فإن خفتما شقاق بينكما، لكنه انتقل من خطاب الأزواج إلى خطاب من له الحكم والفصل بين الناس [19 ص 426].

وأمام هذا الاختلاف حول من يملك سلطة بعث الحكيمين، نرى ترجيح القول الأول الذي يرى أن إرسال الحكيمين من اختصاص الحاكم وهو القاضي، وذلك حتى يكون التحكيم في إطار نظامي تراعى فيه شروط التحكيم وأثاره التي يتولى القاضي مراقبتها، فهل يعقل أن يكون المتسبب في الشقاق هو المأمور بأن يبعث لنفسه حكما، بل المأمور ببعث الحكم هو الخائف من شقاقهما وهو

الحاكم الذي من اختصاصاته تولي الفصل في الخصومات بإزالة الظلم على الناس، والأمر بينهم بالمعروف والنهي عن المنكر.

وبناء على اختلاف الفقهاء السابق الذكر، جعل القانون المصري مهمة بعث الحكمين بيد الزوجين بحيث نصت المادة 1/19 من القانون رقم 01 لسنة 2000 على أنه: "في دعاوى التطلاق الني يوجب فيها القانون ندب حكمن يجب على المحكمة أن تكلف كلا من الزوجين بتسمية حكما من أهله - قدر الإمكان - في الجلسة التالية على الأكثر فإن تقاعس أيهما في تعيين حكمه أو تخلف عن حضوره هذه الجلسة عينت المحكمة حكما عنه".

فلاحظ أن القانون المصري قد أسند مهمة تعيين الحكمين للزوجين ابتداء، وبذلك فقد اعتمد الرأي الفقهي الثاني الذي يقول بامتلاك الزوجين لسلطة بعث الحكمين، ولا تملك المحكمة تعيين الحكمين إلا بعد تقاعس أو امتناع الزوجين أو أحدهما عن تعيين حكمه. وقبل ذلك كان القانون المصري يعتمد قول جمهور الفقهاء في أن المأمور بإرسال الحكمين هو القاضي، وذلك بموجب المادة السادسة من القانون رقم 29 لسنة 1929 التي نصت على أنه: "إذا رفض طلب الزوجة وتكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكمن".

أما قانون الأسرة الجزائري فقد أسند سلطة إرسال الحكمين للقاضي معتمدا بذلك رأي جمهور الفقهاء، بحيث نصت المادة 56 منه على أنه: «يعين القاضي الحكمن، حكما من أهل الزوج، وحكما من أهل الزوجة...». وهذا ما أكدته المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بنصها على أنه: "إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يعين حكمن إثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة". غير أن المادة 446 لم تلزم القاضي بتعيين الحكمن، بل تركت له سلطة تقديرية جوازية في ذلك، بخلاف ما نصت عليه المادة 56 من قانون الأسرة التي أوجبت على القاضي تعيين الحكمن في حالة اشتداد الخصام بين الزوجين وثبوت عجز الزوجة عن إثبات الضرر، فكان لزاما أن يكون تعيين الحكمن طبقا للمادة 446 إلزاميا حتى نضمن تفعيل نظام التحكيم بين الزوجين بهدف الحفاظ على استقرار الحياة الزوجية وبالتالي تعميم هذا النظام على كل خصومة زوجية لا يثبت فيها الضرر.

أما مدونة الأسرة فلم تختلف عن قانون الأسرة الجزائري بإسنادها سلطة تعيين الحكمن للمحكمة اعتمادا على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، بحيث نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 82 منها على أنه: "للمحكمة أن تقوم بكل الإجراءات، بما فيها انتداب حكمن أو مجلس العائلة، أو من تراه مؤهلا لإصلاح ذات البين". غير أن مدونة الأسرة المغربية ذهبت إلى اتخاذ موقف مغاير للقانون المصري و قانون الأسرة الجزائري بنصها الوارد في المادة 95 على أنه: "يقوم الحكمان أو من في حكمهما...".

ونلاحظ أن المدونة قد منحت للمحكمة سلطة تقديرية في تعيين من يقوم بمهمة التحكيم بين الزوجين، فوردت الإشارة إلى إمكانية استعانة المحكمة وهي تجري محاولة الصلح بين الطرفين بمجلس العائلة في المادة 2/82 من مدونة الأسرة التي تنص على أن: « للمحكمة أن تقوم بكل الإجراءات بما فيها انتداب حكيم أو مجلس العائلة، أو من تراه مؤهلاً لإصلاح ذات البين...». وخصوصية هذه المادة أنها لم تبين شأنها في ذلك شأن باقي نصوص المدونة طريقة تكوين مجلس العائلة ومن له الصفة أن يكون عضواً من أعضائه ولا إلى دوره [143 ص 115].

ولقد نصت الفقرة الثانية من المادة 251 من مدونة الأسرة على دور مجلس العائلة بحيث نصت على أنه: " يحدث مجلس للعائلة تناط به مهمة مساعدة القضاء في اختصاصاته المتعلقة بشؤون الأسرة ، و يحدد تكوينه ومهامه بمقتضى نص تنظيمي".

وبموجب المرسوم رقم 04-88-2 بتاريخ 14 جوان 2004 تم تحديد تكوين مجلس العائلة وخصص الباب الثاني لمهامه.

ويتكون مجلس العائلة من القاضي بصفته رئيساً، والأب والأم والوصي أو المقدم أو أربعة أعضاء يعينهم الرئيس، ويشترط فيهم أن يكونوا من بين الأقارب أو الأصهار بالتساوي بين جهة الزوجين، وإذا تعذر أمكن تكوينه من جهة واحدة، وهذا ما نصت عليه المادة الأولى من المرسوم السابق ذكره.

ونلاحظ أن مدونة الأسرة المغربية منحت للمحكمة سلطة الاختيار في تعيين من يكلف بالقيام بمهمة التحكيم بين الزوجين للشقاق وذلك باللجوء إلى الاختيارات الثلاث التالية:

1_ الحكيم.

2_ مجلس العائلة.

3_ أو من تراه مؤهلاً لإصلاح ذات البين.

وعلى هذا الأساس فقد أخذت مدونة الأسرة المغربية موقفاً اجتهادياً في إضافة مجلس العائلة [143 ص 115، 116] كهيئة تحكيم بموجب المادة السابعة من المرسوم المتعلق بتكوين مجلس العائلة بحيث نصت على مايلي: « مهام مجلس العائلة مهام استشارية.

يقوم مجلس العائلة بالتحكيم لإصلاح ذات البين، وإبداء رأيه في كل ما له علاقة بشؤون الأسرة ».

كما يمكن أن تلجأ المحكمة وفق مدونة الأسرة إلى الاختيار الثالث السابق ذكره وهو تعيين من تراه مؤهلاً لإصلاح ذات البين ليتولى مهمة التحكيم، ومن ثم نلاحظ أن المدونة قد أخذت بما ذهب إليه المالكية في جواز إرسال حكم واحد.

2.2.2.2.2. مرحلة الإصلاح بين الزوجين

لقد أجمع الفقهاء على أن للحكمين الحق في الإصلاح والتوفيق بين الزوجين كوظيفة ذات أولوية سواء كانا وكيلين أو حكمين، وعلى أساس هذه المهمة، فعلى الحكمين أن يبذلا جهدهما لإزالة الشقاق والجمع بين الزوجين، بل وقد ذهب البعض إلى القول أن مهمة الحكمين تقتصر على الإصلاح بين الزوجين دون التفريق [83 ص 246] بحيث يقول "ابن حزم": " وليس لهما أن يفرقا بين الزوجين، لا بخلع ولا بغيره وبرهان ذلك قوله عز وجل: (إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا) [1].

وإن مهمة الحكمين في الإصلاح بين الزوجين ما هي إلا تنفيذ لقوله تعالى: (إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ) [1] ، (فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ) [1] ، وقوله صلى الله عليه وسلم: (الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما. والسلمون على شروطهم، إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما) [110 ص 486]، وبمجرد تعيين الحكمين يباشران وظيفتهما للتوفيق بين الزوجين، بحيث يقول الفقيه المالكي "التسولي": "...وحيث ذهب الحكمان إلى الزوجين فعليهما أن يجتهدا في الإصلاح بينهما ويخلو كل واحد منهما بصاحبه ويقول له: ما تنقم منها أو منه وإن كان لك غرض فيها رددناها إليك صاغرة أو رددناه" [12 ص 504].

وتعتبر وظيفة الإصلاح محاولة للتعرف على الأسباب الجوهرية التي أدت إلى النزاع بين الزوجين كمرحلة أولى، وذلك بهدف تدوير هذه المشاكل وتقريب وجهات نظر الطرفين للوصول إلى صلح يرضيهما ويرجع الطمأنينة والسكينة والود للعلاقة الزوجية [43 ص 117]. ولتحقيق الصلح يسعى الحكمان غالبا إلى الاقتراح على الزوجين للتنازل عن بعض طلباتهم تنازلا متبادلا لا يؤثر على استمرار الحياة الزوجية، لأنه غالبا ما يتحقق الصلح نتيجة تنازلات مشتركة بين الأطراف، لأن الإصرار على تحقيق كل المطالب قد يكون عائقا أمام الحكمين للإصلاح بين الزوجين.

وبمقتضى هذه الوظيفة، يخلو الحكم من أهل الزوج به ويقول له: أخبرني بما في نفسك أتوها أم لا حتى أعلم مرادك؟ فإن قال: لا حاجة لي فيها خذ لي منها ما استطعت وفرق بيني وبينها، فيعرف أن النشوز من قبله، وإن قال: إني أهواها فأرضها من مالي، بما شئت، ولا تفرق بيني وبينها فيعلم أنه ليس بناشز. ويخلو الحكم من جهتها بالمرأة و يقول لها: أتهدى زوجك أم لا؟، فإن قالت: فرق بيني وبينه، وأعطه من مالي ما أراد، فيعلم أن النشوز من قبلها. وإن قالت لا تفرق بيننا ولكن حثه على أن يزيد في نفقتي ويحسن إلي، علم أن النشوز ليس من قبلها. فإذا ظهر لهما الذي كان النشوز من قبله، يقبلان عليه بالعظة و الزجر والنهي [4 ص 174].

يقول "الطبري": " يقول الله تبارك وتعالى: (إن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا). قال: يخلو حكم الرجل بالزوج، وحكم المرأة بالمرأة، فيقول كل واحد منهما لصاحبه: أصدقني ما في نفسك. فإذا صدق كل واحد منهما صاحبه، إجتمع الحكمان وأخذ كل واحد منهما على صاحبه ميثاقا لتصدقني الذي قال لك صاحبك، ولأصدقك الذي قال لي صاحبي. فذاك حين أرادا الإصلاح يوفق الله بينهما، فإذا فعلا ذلك، إطلع كل واحد منهما على ما أفضى به صاحبه إليه، فيعرفان منذ ذلك من الظالم والناشر منهما، فأتيا عليه، فحكما عليه. فإن كانت المرأة، قالوا: أنت الظالمة العاصية، لا ينفق عليك حتى ترجعي إلى الحق وتطيعي الله فيه، وإن كان الرجل هو الظالم، قالوا: أنت الظالم المضار لا تدخل لها بيتا حتى تنفق عليها وترجع إلى الحق والعدل...[15 ص 45].

وإذا اشتد شقاقهما وداما على السباب الفاحش والتضارب، بعث القاضي حكما من أهله وحكما من أهلها لينظرا أمرهما ويصلحا بينهما أو يفرقا إن عسر الإصلاح[38 ص 347].
والأولى في مهمة الحكيم أن ينظرا في أمر الزوجين، ويفعلا ما فيه المصلحة من الإصلاح أو التفريق[223 ص 236].

وعلى الحكيم الإصلاح أي يجب عليهما في مبدأ الأمر أن يصلحا بين الزوجين بكل وجه أمكنهما لأجل الألفة وحسن العشرة، وذلك بأن يخلو كل واحد منهما بقريبه ويسأله عما كره من صاحبه ويقول له: إن كان لك حاجة في صاحبك رددناه لما تختار معه، فإن أساء الزوج: أي فإن تبين تحقيقا أن الإساءة من الزوج إنتمناه عليها إن رأياه صلاحا أو خالعا له. ويجب على الحكيم الإصلاح ما استطاعا لقوله تعالى: (إن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا). فإن تعذر الإصلاح طلقا. وعليهما الإصلاح يعني قبل النظر في الطلاق[69 ص 344].

والإصلاح بين الزوجين لا يعتبر تحكيما بالصلح على ما هو معروف في القوانين الوضعية، لأن الحكيم في الشقاق بين الزوجين يقومان بهذه المهمة إتباعا لنص القرآن، وإن لم يوكلهما الزوجان، في حين أن المحكم في التحكيم بالصلح في القانون الوضعي لا يقوم بهذه المهمة إلا إذا كان مفوضا بالصلح من قبل المحتكمين إليه، واتضح من إرادة الخصوم وضوحا تاما صريحا أنهما قصدا إسناد هذه المهمة للمحكم[191 ص 238].

وأجمع العلماء على أن قول الحكيم في الجمع بينهما نافذ بغير توكيل منهما[39 ص 456]. وهذا باعتبار أن الوظيفة الأساسية للحكيم هي الإصلاح بين الزوجين بحيث لا يجوز للحكيم الانتقال إلى مرحلة التفريق دون مباشرة الإصلاح بين الزوجين وإلا كان تحكيمهما غير نافذ.

وتأكيدا للمهمة الأساسية للحكيم وهي الإصلاح بين الزوجين، نصت المادة التاسعة من القانون المصري رقم 25 لسنة 1929 على أنه: «...وعلى الحكيم أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين، ويبذلا جهدهما في الإصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة " وبنفس الحكم أخذت المادة

1/95 من مدونة الأسرة المغربية التي نصت على أنه: "يقوم الحكمان أو من في حكمهما باستقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين وبيدلاً جهدها لإنهاء النزاع".

وبالتالي تعتبر هذه المرحلة التي يمكن تسميتها بمرحلة الصلح بالتحكيم وإصلاح ذات البين بين الزوجين بعد أن تعذر الإصلاح الداخلي بينهما نتيجة لاستحكام الشقاق.

3.2.2.2.2. مرحلة التفريق بين الزوجين

سبق أن قلنا: أجمع الفقهاء على ضرورة أن يبدأ الحكمان بمهمة الإصلاح على سبيل الوجوب، لكن إذا لم يتم الصلح بين الزوجين لعجز الحكيمين عن تحقيق ذلك لاستحكام النشوز بينهما، فهل تتوقف مهمتهما عند إخفاقهما؟ أم ينتقلان إلى مرحلة ثانية وأخيرة وهي مرحلة التفريق بين الزوجين بدون إذنهما؟ لم يتفق الفقهاء على الإجابة عن هذا التساؤل واختلفوا على قولين:

- القول الأول: يرى أصحاب هذا القول أن للحكيم سلطة التفريق دون توكيل من الزوجين ولا إذن منهما في ذلك، وهذا باعتبار أنهما حكمان، وحكمهما ينفذ سواء وكلهما الزوجان بذلك أم لم يوكلهما، وسواء رضي الزوجان بذلك أم لم يرضيا، لأن طريقتهم الحكم لا الوكالة ولا الشهادة، ولا يجوز معارضته ونقضه ولو حكمهما مخالف لمذهب القاضي [20 ص 345، 346].

وقد روي في موطأ الإمام "مالك" رضي الله عنه: «حدثني يحيى، عن مالك، أنه بلغه، أن "علي بن أبي طالب" رضي الله عنه قال في الحكيمين اللذين قال الله تعالى: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا) [1]: إن إليهما الفرقة بينهما والاجتماع. قال "مالك": وذلك أحسن ما سمعت من أهل العلم أن الحكيمين يجوز قولهما بين الرجل وامراته في الفرقة والاجتماع» [162 ص 341]. جاء في "التحفة": "يقول "ابن عرفة" عن "الباجي": وحكمهما على وجه الحكم لا الوكالة فينفذ وإن خالف مذهب من بعثهما جمع أو فرقا. يقول "ابن عرفة": ودلالة ابن الحاجب على عدم نفوذه على القول بالوكالة لا أعلمه في المذهب بحال. وفي المقدمات: لا إغذار لأحد الزوجين فيما حكم به الحكمان لأنهما لا يحكمان بالشهادة القاطعة، وإنما يحكمان بما خلص إليهما من علم أحوالهما بعد النظر والكشف" ومن ثم يجوز فراقهما دون الإمام [163 ص 367].

وصح عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال للحكيم بين الزوجين: عليكم إن رأيتم أن تفرقا فرقتما، وإن رأيتم أن تجعما جمعتما [83 ص 246].

جاء في تفسير "ابن كثير": (إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا). قال علي بن أبي طلحة عن ابن عباس: أمر الله عز وجل أن يبعثوا رجلا صالحا من أهل الرجل، ورجلا مثله من أهل المرأة، فينظران أيهما المسيء فإن كان الرجل هو المسيء، حجبوا عنه المرأة وقصروه على النفقة، وإن

كانت المرأة هي المسيئة قصرها على زوجها، ومنعوا النفقة، فإن اجتمع رأيهما أن يفرقا أو يجمعا فأمرهما جائز. فإن رأيا أن يجمعا فرضي أحد الزوجين وكره ذلك الآخر، ثم مات أحدهما، فإن الذي رضي يرث الذي كرهه، ولا يرث الكاره الراضي... وهذا مذهب جمهور العلماء: أن الحكمين إليهما الجمع والتفرقة حتى قال إبراهيم النخعي: إن شاء الحكمان أن يفرقا بينهما بطلقة أو طلقتين أو ثلاث فعلا، وهو رواية عن مالك" [33 ص 651]. وحجج هذا القول تتمثل فيما يلي:

- قال "القرطبي": "والصحيح الأول، وأن للحكمين التطلق دون التوكيل، وهو قول مالك والأوزاعي وإسحاق وروى عن عثمان وعلي وابن عباس، وعن الشعبي والنخعي وهو قول الشافعي لأن الله تعالى يقول: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعُثُوا حَكْمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكْمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا) وهذا نص من الله سبحانه بأنهما قاضيان لا وكيلان ولا شاهدان. وللوكيل إسم في الشريعة ومعنى، وللحكم إسم في الشريعة ومعنى، فإذا بين الله كل واحد منهما فلا ينبغي لشاذ فكيف لعالم أن يركب معنى أحدهما على الآخر؟ " [4 ص 174].

- ما رواه "الدارقطني" من حديث محمد بن سيرين عن عبيدة في هذه الآية: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعُثُوا حَكْمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكْمًا مِّنْ أَهْلِهَا) قال: جاء رجل وامرأة إلى علي مع كل واحد منهما فئام فأمرهم فبعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها، وقال للحكمين: هل تدريان ما عليكما؟ عليكما إن رأيتما أن تفرقا فرقتما. فقالت: رضيت بكتاب الله بما علي فيه ولي. وقال الزوج: أما الفرقة فلا. فقال علي: كذبت، والله لا تبرح حتى تقر بمنثل الذي أقرت به. وهذا صحيح ثابت روي عن علي عن ابن سيرين عن عبيدة، قاله أبو عمر. فلو كانا وكيلين أو شاهدين لم يقل لهما: أتدريان ما عليكما؟ إنما كان يقول: أتدريان بما وكلتما؟ وهذا بين [4 ص 174].

- إستنادا لقوله تعالى: (فَأَبْعُثُوا حَكْمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكْمًا مِّنْ أَهْلِهَا) فسامهما حكمين والحكم لا يحتاج فيما يوقعه من الطلاق إلى إذن الزوج كالولي [65 ص 114].

- القول الثاني: فحسب هذا القول فإن الحكمين لا يحق لهما التفريق بين الزوجين، ولقد انقسم أصحاب هذا القول إلى فريقين:

الفريق الأول: يرى أن الحكمين لا يحق لهما التفريق بين الزوجين إلا برضاها فهما وكيلان لهما لا حاكمان، من جهة الحاكم، فيوكل هو حكمه بطلاق أو بخلع وتوكل هي حكمها ببذل عوض وقبول طلاق به ويفرقان بينهما إن رأياه صوابا [45 ص 282].

وتأكيدا واستدلالا لهذا القول، يقول "ابن حزم": "ومن طريق عبد الرزاق عن ابن جريج عن عطاء: أن إنسانا قال له: أيفرق الحكمان؟ قال عطاء: لا، إلا أن يجعل الزوجان ذلك بأيديهما وهو قول أبي حنيفة والشافعي، وأبي الحسن بن المغلس. وصح عن سعيد بن جبيرة: أن التفريق إلى الحاكم بما ينهيه إليه الحكمان. قال أبو محمد: ليس في الآية، ولا في شيء من السنن: أن للحكمين أن يفرقا،

ولا أن ذلك للحاكم. وقال عز وجل: (وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا). (الأنعام:164). فصح أنه لا يجوز أن يطلق أحد، ولا أن يفرق بين رجل وامرأته إلا حيث جاء النص بوجود فسخ النكاح فقط، ولا حجة في قول أحد دون رسول الله" [83 ص 247].

الفريق الثاني: ومفاده أن بعث الحكامين هو للإصلاح والشهادة على الظالم بظلمه، و أما الفرقة فليست في أيديهما، ولم يملكا ذلك، بمعنى لهما أن يصلحا بين الزوجين، ويتعرفا الظالم منهما من المظلوم ليشهدا عليه إن احتاج المظلوم إلى شهادتهما. وليس لهما التفريق وهو قول ثابت عن قتادة عن الحسن، وهو قول قتادة [15 ص 45].

وتأكيدا للقول الثاني بشقيه قال الفقيه الحنفي "المرغيناني": والحكماء إنما بعثا للصلح وليعلما ظلم الظالم منهما فينكران عليه ظلمه، فإن لم يقبل أعلما الحاكم ليدفع ظلمه، فالحكماء شاهدان في حال ومصلحان في حال إذا فوض الأمر إليهما. وقول من قال أنهما يفرقان ويخلعان من غير توكيل غير مقبول عندنا وليس ما روي عن علي رضي الله عنه شاهد في ذلك [100 ص 217، 218].

واحتج أبو حنيفة بقول علي رضي الله عنه للزوج: لا تبرح حتى ترضى بما رضيت به. فدل على أن مذهبه أنهما لا يفرقا إلا برضا الزوج، وبأن الأصل المجتمع عليه أن الطلاق بيد الزوج أو بيد من جعل إليه ذلك [4 ص 174].

ولبعض المالكية قول في اعتبار أن طريق الحكامين الشهادة عند الحاكم بما علما، فلا ينفذ طلاقهما إلا إذا رضي به الحاكم و نفذه [69 ص 344].

والدليل واضح من خلال موقف علي - رضي الله عنه - على أن للحكمين الحق في التفريق دون رضا الزوجين ما لم يتم الإصلاح بينهما خاصة لما أجبر علي رضي الله عنه الرجل بقبول التفريق إن حكم به الحكماء.

وأمام هذا الاختلاف فإننا نرى أن الرأي الراجح، هو الرأي الأول الذي ذهب إلى تحديد مهمة الحكمين في وظيفتين أساسيتين هما الإصلاح كمرحلة أولى وإذا لم يجد الإصلاح نفعاً، لم يبق للحكمين إلا الحكم بالتفريق بين الزوجين، لأن الأدلة واضحة وقوية. فإله سبحانه وتعالى يقول: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا) [1]. فاللفظ صريح في قوله تعالى "حكمن" وليس وكيلين. وأصل الحكم من التحكيم إذا جعل إليه الحكماء فيه فاحتكم عليه في ذلك. وعلى هذا الأساس، أسندت إليهما شرعا سلطة التفريق الذي هو في حقيقته علاج يلجأ إليه الحكماء من أجل إزالة الضرر الخطير الذي أنتجه الشقاق بين الزوجين. فمن غير المعقول أن نبقى على زواج فقد دعائمه الأساسية وهي المودة والرحمة والمسكنة التي هي من أهم مقتضيات حسن المعاشرة بيت الزوجين، فالأصح هنا، هو حل هذه العلاقة الزوجية تفاديا لتفاقم الضرر، خاصة إذا أصر الزوجان أو أحدهما على التفريق.

والدليل واضح من خلال موقف علي رضي الله عنه على أن للحكمين الحق في التفريق دون رضا الزوجين إذا لم يتم الإصلاح بينهما خاصة لما أجبر علي الرجل بقبول الفرقة إذا حكم بها الحكماء. وليس معنى قول علي للرجل: "حتى تقر بمثل الذي أقرت به" من باب منحه حرية قبول أو رفض تحكيم الحكماء بالجمع أو الإصلاح، إنما هي صياغة استعملها علي رضي الله عنه لحمل الرجل على الرضا بما رضيت به الزوجة على سبيل الوجوب.

وتأكيدا لترجيح هذا القول ، قال "ابن قيم الجوزية": " والقول الثاني أنهما حاكمان وهذا قول أهل المدينة ومالك وأحمد في الرواية الأخرى والشافعي في القول الآخر وهذا هو الصحيح. والعجب كل العجب ممن يقول أنهما وكيلان لا حكماء والله تعالى قد نصبهما حكمين وجعل نصبهما إلى غير الزوجين ولو كانا وكيلين لقال: فليبعث وكيلًا من أهله ولتبعث وكيلًا من أهلها ، وأيضا فلو كانا وكيلين لم يختصا بأن يكون من الأهل، وأيضا فإنه جعل الحكم إليهما فقال: (إن يُريدًا إصلاحًا يُوقِّق الله بَيْنَهُمَا) والوكيلان لا إرادة لهما إنما يتصرفان بإرادة موكليهما، وأيضا فإن الوكيل لا يسمى حكما في لغة القرآن ولا في لسان الشارع ولا في العرف العام ولا الخاص، وأيضا فالحكم من له ولاية الحكم والإلزام وليس للوكيل شيء من ذلك... وأيضا فإن سبحانه خاطب بذلك غير الزوجين ، وكيف يصح أن يوكل عن الرجل والمرأة غيرهما وهذا يحوج إلى تقدير الآية هكذا: "فإن خفتم شقاق بينهما فمروهما أن يوكلوا وكيلين، وكيلًا من أهله ووكيلًا من أهلها " .

ومعلوم بعد لفظ الآية ومعناها عن هذا التقدير وأنها لا تدل عليه بوجه، بل هي دالة على خلافه وهذا بحمد الله واضح... فهذا عثمان وعلي وابن عباس ومعاوية رضي الله عنهم جعلوا الحكم إلى الحكمين ولا يعرف لهم من الصحابة مخالف، وإنما يعرف الخلاف بين التابعين فمن بعدهم [16 ص 33، 34].

ويتضح جليا من خلال نص المادة 56 من قانون الأسرة أن المهمة الأساسية للحكمين هي التوفيق بين الزوجين، أي العمل على تحقيق الإصلاح الذي يعتبر كما ذكرنا سالفًا، الوظيفة الأساسية المجمع عليها بين الفقهاء لقوله تعالى: (إن يُريدًا إصلاحًا يُوقِّق الله بَيْنَهُمَا)، أما إذا تبين للحكمين أن الشقاق مستحکم بين الزوجين ولا أمل في الإصلاح بينهما، فحتمًا سيبيديان رأيهما بضرورة الفرقة الزوجية تفاديا لتفاقم الضرر، خاصة إذا أصر الزوجان أو أحدهما على التفريق.

وبالتالي لا يجوز للحكمين أن يقترحا التفريق بين الزوجين دون مراعاة المرحلة الأولى من مسار مهمتهما وهي بذل الجهد لإنهاء النزاع فمرحلة الإصلاح بين الزوجين هي مرحلة إجبارية أي من النظام العام وهذا ما نستخلصه من المادة 1/56 التي تنص: « إذا اشتد الخصاص بين الزوجين وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما ».

وتأكيدا للوظيفة الأساسية للحكمين وهي الإصلاح بين الزوجين، جاءت المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد لتنص على أنه " إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يعين حكمين إثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة...". ويظهر جليا حرص المشرع على منح فرصة أخرى للزوجين للعودة للحياة الزوجية و بالتالي العمل على استقرارها. وإن الفرق الأساسي بين التحكيم الوارد في نص المادة 56 من قانون الأسرة والتحكيم الوارد في نص المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، هو أن التحكيم في الحالة الأولى إجباري أما في الحالة الثانية فهو جوازي يخضع للجوء إليه للسلطة التقديرية للقاضي في مدى فعاليته وفائدته لتحقيق الصلح بين الزوجين، كما أن مهمة الحكمين طبقا للمادة 446 هي محاولة تحقيق الصلح فقط دون اقتراح التفريق بين الزوجين، بخلاف ما يقتضيه نص المادة 56 الذي يمنح للحكمين مهمة الإصلاح ابتداء، أو اقتراح التفريق إذا عجزا عن الإصلاح بين الزوجين.

ولم يختلف القانون المصري عن قانون الأسرة الجزائري في تحديد المهمة الأساسية الأولى للحكمين وهي الإصلاح بين الزوجين، وذلك بمقتضى المادة 9 من القانون رقم 25 لسنة 1929 التي تنص: « لا يؤثر في سير عمل الحكمين إمتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم إخطاره، وعلى الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين و يبذلا جهدهما للإصلاح بينهما على أي طريقة ممكنة ».

ونلاحظ حسب المادة التاسعة أن امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم بالرغم من تبليغه تبليغا صحيحا لا يمنع من مواصلة الحكمين لمهمتهما، الأمر الذي لم يتطرق إليه قانون الأسرة الجزائري.

أما بالنسبة لسلطة الحكمين في التفريق بين الزوجين فهي منعدمة في كل من القانون المصري و قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية.

فالفقرة الأخيرة من المادة 19 من القانون المصري رقم 01 لسنة 2000 نصت على أنه: "للمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمان أو بأقوال أيهما أو بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوى".

أما بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري فقد نصت المادة 56 منه على أنه: "... وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".

أما مدونة الأسرة المغربية فلم تخرج عن ما ذهب إليه قانون الأسرة الجزائري والقانون المصري بحيث نصت المادة 95 من المدونة: « يقوم الحكمان أو من في حكمهما باستقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين و يبذل جهدهما لإنهاء النزاع.

إذا توصل الحكمان إلى الإصلاح بين الزوجين، حررا مضمونه في تقرير من ثلاث نسخ يوقعهما الحكمان والزوجان و يرفعانها إلى المحكمة التي تسلم لكل واحد من الزوجين نسخة منه وتحفظ الثالثة بالملف و يتم الإشهاد على ذلك من طرف المحكمة».

وبمناسبة قيام الحكمين بوظيفتهما التحكيمية قد يحدث أن يغيب أحد الزوجين عن جلسات التحكيم أو يفقد أهليته، فما مدى تأثير ذلك على عملية التحكيم؟.

ونصت أيضا الفقرة الثانية من المادة 97 على أنه: "في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق، تثبت المحكمة ذلك في محضر، وتحكم بالتطليق وبالمستحقات طبقا للمواد 83 و 84 و 85 أعلاه، مراعية مسئولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسئول لفائدة الزوج الآخر"

ونلاحظ من خلال ما سبق أن كل من القانون المصري وقانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية إعتد قول الفريق الثاني من القول الثاني الوارد في الاختلاف الحاصل في مدى جواز التفريق بين الزوجين من طرف الحكمين والذي يعتبر الحكمين شاهدين على الظالم والمظلوم من الزوجين، ولا يصبح رأيهما نافذا إلا إذا رضي به القاضي وأمر بتنفيذه، ومن ثم لا يملك الحكمان سلطة التفريق بين الزوجين [211].

وبمناسبة قيام الحكمين بوظيفتهما التحكيمية قد يحدث أن يغيب أحد الزوجين عن جلسات التحكيم أو يفقد أهليته، فما مدى تأثير ذلك على عملية التحكيم؟
إن الإجابة عن هذا التساؤل تختلف بناء على اختلاف الفقهاء في وصف وظيفة الحكمين بالجمع أو بالتفريق.

فإذا قلنا أن الحكمين وكيلان، فإن غياب أحد الزوجين لا يؤثر على سير التحكيم، لأن المعلوم أن الوكالة لا تبطل بالغيبة ويكون قرار الحكمين نافذا في مواجهة الطرف الغائب، لأن غياب الوكيل لا يمنع الوكيل من القيام بالعمل الموكل به، وإن جن أحد الزوجين بطل حكم وكيله لأن الوكالة تبطل بجنون الموكل وإن كان حاكما، كما لم يجز له الحكم لأن من شرط ذلك بقاء الشقاق وحضور المتداعين ولا يتحقق ذلك مع الجنون وبذلك قال الحنابلة [158 ص 220] و الشافعية [38 ص 220].

أما إذا كانا حكيمين لم يجز لهما إمضاء الحكم لأن كل واحد من الزوجين محكوم له وعليه، والقضاء للغائب لا يجوز إلا أن يكونا قد وكلاهما فيعلان ذلك بحكم التوكيل لا بالحكم، وإن كان أحدهما قد وكل جاز لوكيله فعل ما وكله فيه مع غيبته [158 ص 220].

وإن كان للحنابلة في غياب الحكمين أو أحدهما روايتين: الأولى: لا ينقطع بموجبها نظر الحكمين، والثانية: ينقطع نظر الحكمين، وهو الصحيح من المذهب، وعليه جمهورهم. أما إذا جنا

جميعاً أو أحدهما: إنقطع نظرهما في الرواية الأولى، وفي الثانية، لا ينقطع لأن الحاكم يحكم على المجنون. هذا هو الصحيح في المذهب الحنبلي وعليه جماهيرهم [101 ص 277].

قد يحصل أن لا يتفق الحكمان على حكم واحد بحيث يحكم أحدهما بالتفريق، ويرفض الآخر ذلك، أو يحكم أحدهما على المرأة بدفع مال للرجل و يرفض الآخر، لا ينفذ قولهما ولم يلزم من ذلك شيء إلا باتفاقهما، وهذا ما قال به المالكية [163 ص 368] والشافعية [38 ص 345] وقد أجمع العلماء على أن الحكمين - إذا اختلف قولهما - فلا عبرة بالقول الآخر [33 ص 652].

وبناء على ذلك يطرح التساؤل عن موقف القاضي تجاه اختلاف الحكمين؟ فهل يستبدلها بحكمين آخرين أم يعين حكماً ثالثاً أم يختار بينهما؟ اختلفت الإجابة عن هذه التساؤلات على عدة آراء هي:

- الرأي الأول: يعين القاضي حكماً آخرين حتى يجتمعا على شيء، وهو ما قاله الشافعية [38 ص 345].

- الرأي الثاني: إذا اختلف الحكمان بأن حكم أحدهما بالطلاق والآخر بالبقاء، يأمرهما القاضي بتجديد تحكيمهما للوصول إلى التوافق في حكمهما، وهذا ما أخذ به المذهب المالكي [69 ص 346].

- الرأي الثالث: تعيين حكم ثالث للانضمام إلى الحكمين. وهذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 40 من قانون الأحوال الشخصية العراقي كما نصت عليه سابقاً المادة 11 من القانون المصري رقم 25 لسنة 1929 التي عدلت بموجب نص المادة 19 من القانون رقم 01 لسنة 2000 التي من خلالها تغير موقف المشرع المصري من اختلاف الحكمين، فمنح السلطة التقديرية للمحكمة في أن تأخذ بأقوالهما أو بأقوال أحدهما أو تبعد قولهما، وتأخذ بما استخلصته من أوراق الدعوى بحيث نصت الفقرة الثانية من المادة 19 على أنه: "وعلى الحكمين المثول أمام المحكمة في الجلسة التالية ليقررا ما خلاصا إليه معاً، فإن اختلفا أو تخلفا أيهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوالهما أو أقوال الحاضر منهما. وللمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمان أو بأقوال أيهما، أو بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوى".

- الرأي الرابع: للقاضي الخيار بين تغيير الحكمين بحكمين آخرين، أو تعيين حكم ثالث ينظم للحكمين السابقين ويكون حكمه مرجحاً، الرأي الذي أخذ به قانون الأحوال الشخصية السوري في الفقرة الرابعة من المادة 114 منه التي تنص على أنه: «إذا اختلف الحكمان حكم القاضي غيرهما أو ضم إليهما حكماً ثالثاً مرجحاً وحلفه اليمين». كما أخذت به أيضاً المادة 132 من القانون الأردني.

ولقد ذهب مدونة الأسرة المغربية إلى اتخاذ موقف مغاير في حالة اختلاف الحكمين حيث نصت المادة 96 على أنه: «إذا اختلف الحكمان في مضمون التقرير أو في تحديد المسؤولية، أو لم

يقدمها في خلال الأجل المحدد لهما، أمكن للمحكمة أن تجري بحثا إضافيا بالوسيلة التي تراها ملائمة».

ونلاحظ أن مدونة الأسرة المغربية لم تلجأ إلى الحكم الثالث أو تغيير الحكيم أو تجديد تحكيمهما كحل لاختلاف الحكيم، بل منحت السلطة التقديرية للمحكمة لإجراء بحث إضافي بالوسيلة التي تراها ملائمة.

ويبدو أن المحكمة يمكنها أن تلجأ إلى الحكم الثالث كوسيلة تراها ملائمة بناء على سلطتها التقديرية إذا رأت أن ظروف الشقاق تحتاج إلى حكم ثالث قد يحقق الإصلاح بين الزوجين، خاصة إذا لاحظت أن هناك أملا في الوصول إلى التوفيق بينهما من خلال دراستها لتقرير الحكيم المختلفين.

إن الحكمة واضحة من موقف القانون المصري ومدونة الأسرة المغربية من عدم اللجوء إلى بعث حكم ثالث وهو تفادي إطالة فترة التقاضي والفصل في الدعوى في مدة معقولة خاصة مع اعتبارهما أن رأي الحكيم غير ملزم للقاضي.

ولكن مادام اللجوء إلى التحكيم واجبا شرعيا على القاضي في دعوى التفريق للشقاق بحيث يكون ملزما بالأخذ برأيهما، فإنه في حالة اختلاف الحكيم، وجب عليه اللجوء إلى حكم ثالث له خبرة بالحال وقدرة على الإصلاح ما يمكنه من توحيد رأي الحكيم، أما إذا استمر الاختلاف بين الحكيم يكون رأيه مرجحا كما نص عليه قانون الأحوال الشخصية السوري والأردني.
وإن ترجيحنا لهذا الرأي يعود أساسا للاعتبارات التالية:

- 1- بعث الحكم الثالث لا يخالف أصلا من أصول الشريعة، فإن القرآن الكريم لم ينه عنه، وقد صار في هذا الزمن أمرا ضروريا كوسيلة لإظهار الحق ورفع الضرر.
- 2- تفادي الإطالة في زمن الخصومة باختلاف الحكيم.
- 3 - إن إرسال حكم ثالث له مصدره الفقهي وهو ما قاله المالكية، ومن ثم لا مانع من اللجوء إليه في حالة اختلاف الحكيم [20 ص 345].

4- إن الحكمة من بعث الحكيم هي معرفة الحق وإزالة الشقاق بالتوفيق أو التفريق بين الزوجين، فإذا اختلفا فإنه من الواجب بعث حكما ثالث ليساعدهم على أداء مهمتهما والقضاء على هذا الاختلاف بشرط أن يكون حكما له القدرة والكفاءة للإصلاح والتوفيق بين الزوجين.

4.2.2.2. قرار الحكيم

تنتهي مراحل التحكيم للشقاق بين الزوجين بقرار يصدر من الحكيم يتضمن النتائج المترتبة على التحكيم، أي الاتفاق الذي توصل إليه الحكمان.

وقد تنتهي مهمة الحكمين بالإصلاح بين الزوجين، فيعتبر قرارهما نافذا وملزما للقاضي وحتى ولو لم يوكلهما الزوجان، لأن الإصلاح هو الغاية الأولى والأساسية من بعث الحكمين، فالتفريق ليس مقصودا بحد ذاته. أما إذا عجز الحكمان عن الإصلاح إنتقلا إلى مرحلة أخيرة وهي مرحلة التفريق.

أما بالنسبة لمن يرى أن الحكمين وكيلان، فإن عجزا عن التوفيق بين الزوجين أدب القاضي الظالم واستوفى حق المظلوم وليس لهما التفريق بين الزوجين إلا بتوكيلهما ورضاهما.

وقرار الحكمين كما ذكرنا سابقا يجب أن يصدر باتفاق الحكمين، بحيث إذا اختلف قول أحدهما فلا عبرة بقبول الآخر، فإذا قرر أحدهما الجمع وقرر الآخر التفريق فلا قيمة لقرارهما ولا أثر له ولا يلزم شيء منه، قال "القرطبي": " فإن اختلف الحكمان لم ينفذ قولهما ولم يلزم من ذلك شيء إلا ما اجتمعا عليه. وكذلك كل حكمين حكما في أمر، فإن حكم أحدهما بالفرقة ولم يحكم بها الآخر، أو حكم أحدهما بمال وأبى الآخر فليس بشيء حتى يتفقا "[4 ص 174].

وإذا قرر الحكمان التفريق بين الزوجين فهو طلاق بائن سواء كان بعوض أو بغير عوض [106 ص 583].

وبالتالي فقرار الحكمين بالتفريق بين الزوجين هو طلاق بائن [4 ص 174]، لأنه يتناسب والهدف الذي شرع من أجله، وهو إزالة الضرر الناتج عن الشقاق بحيث لو اعتبر طلاقا رجعيا لأمكن للزوج أن يرجع زوجته خلال عدتها، ويعود الشقاق من جديد، فكانت البيونة هي الحل الأنجع لقطع هذا الشقاق.

ويرى "السيد أحمد فرج" بقوله: " لو تم التفريق يكون طلاقه باننة بحكم القاضي، فالحكمان يقرران ما يريانه غير أن الحكم يكون على يد القاضي. وهو فسخ عند الإمام أحمد بن حنبل، وهو الأقرب إلى الصواب، لأنها لم تصدر عن الزوج "[47 ص 287].

لكن ما الحكم إذا حكما الحكمان بالتطليق ثلاثا ؟

ليس للحكمين التفريق إلا بطلقة واحدة وهو ما ذهب إليه المالكية [20 ص 345] والشافعية [6 ص 589] والحنفية [106 ص 585].

وتأكيدا لبطلان تفريق الحكمين أو أحدهما فوق الواحدة يقول "مالك": « ولو حكما بواحدة وحكم الآخر باثنتين قال: إذا يكونان مجتمعين من ذلك على الواحدة، قلت: فلو طلق واحد اثنتين والآخر ثلاث. قال: قد اجتمعا على الواحدة وما زاد فهو خطأ ولأنهما لم يدخلوا بما زاد على الواحدة أمرا يدخلان به صلاحا للمرأة وزوجها والواحدة تجزىء من ذلك وكذلك لو حكم واحد بواحدة والآخر البتة لأنهما مجتمعان على الواحدة وانظر كل ما حكم به صاحبه على أنهما قد اجتمعا منه

على ما اصطحبا مما هو صلاح للمرأة وزوجها فما فوق ذلك من الطلاق فهو باطل...» [163 ص 369].

قال "المواق": « المتيطي : ويكون تفريقهما بينهما بطلقة بائنة، ولا يجوز أن يوقعا أكثر منها» [118 ص 264].

غير أن هناك من الفقهاء من يقول بجواز التفريق بالثلاث. إذا حكم أحدهم بواحدة والآخر بثلاث، يلزمه الثلاث وهو ما قاله "ابن القاسم" [118 ص 264]. والصواب أنه لا يلزمه إلا واحدة [118 ص 264].

ويجب أن يصدر قرار الحكمين أثناء ولايتهما سواء كانت ولاية حكم أم ولاية وكالة، فإذا حكما بعد انتهاء ولايتهما لأي سبب من أسباب انتهائهما لا ينفذ، كتصرف الوكيل أو القاضي بعد العزل فإنه لا ينفذ أي تصرف لهما لعدم الولاية [191 ص 296].

ونرى أن التفريق للشقاق بين الزوجين يقع بطلقة واحدة وما زاد عن هذه الطلقة غير جائز وذلك للحجج التالية:

- إن التفريق بطلقة واحدة تمنح الفرصة للزوجين بمحاسبة ومراجعة أنفسهما عسى أن يلقي في أنفسهما الرغبة في العودة إلى بيت الزوجية فيجدان الحل السهل موجود لتحقيق الرجعة، بخلاف ما لو أصدر الحكمان حكمهما بثلاث تطليقات، فإن زوجته تحرم عليه حتى تنكح زوجا غيره، ويظهر جليا ما في هذا القول من تيسير ورفع للحرج.

- إن الأصل في الطلاق والتطليق أن يكون واحدة إتباعا للمنهج الذي رسمه النبي صلى الله عليه وسلم في وقوع الطلاق [175 ص 178].

وقبل أن يصدر الحكمان قرارهما بالتفريق، وجب عليهما مراعاة الأحكام التي نص عليها المالكية والمتعلقة بمصدر الإساءة من الزوجين والأثر المترتب عليها وهي:

- فإن كانت الإساءة كلها من الزوج طلقا عليه بلا خلع أي بلا ما يأخذانه منها بسبب ظلمه.
- وإن كانت الإساءة من الزوجة فقط إنتمناه عليها وأمره بالصبر وحسن المعاشرة أو خالعا له بنظرهما في قدر المخالعة به ولو زاد على الصداق إن أحب الزوج الفراق أو علما أنهما لا تستقيم معه.

- وإذا كانت الإساءة متبادلة بين الزوجين (فالخطأ مشترك بينهما) أي كان كل واحد منهما يضر بصاحبه تعين الطلاق بلا خلع عند الأكثر إذا لم ترض المقام معه. وجاز الطلاق بالخلع (بالنظر عند غيرهم) أي الأكثر وهم الأقل [20 ص 345].

وبعد إتمام الحكمين لمهمتهما التحكيمية، وجب عليهما الاتصال بالحاكم الذي بعثهما ليخبران بقرارهما، فإذا أخبراه وجب عليه إمضائه وتنفيذه وجوباً، ولا يجوز له تعقبه ولا نقضه وإن خالف مذهبه، وفائدته جمع الكلام وعدم الاختلاف [25 ص 505].

ولقد اعتمد القانون المصري ما ذهب إليه المالكية في شأن الآثار المترتبة على تقرير الحكمين فنصت المادة العاشرة من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 بقولها على أنه: « إذا عجز الحكمان عن الإصلاح:

1- فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التطليق بطلقة بئنة دون مساس بشيء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج و الطلاق.

2- إذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التطليق نظير بدل مناسب يقدرانه تلتزم به الزوجة.

3- إذا كانت الإساءة مشتركة، اقترحا التطليق دون بدل أو ببديل يتناسب مع نسبة الإساءة

4- وإن جهل الحال فلم يعرف المسيء منهما اقترح الحكمان تطليقا دون بدل» .

ويبدو من خلال موقف المشرع المصري أنه وفق في ترتيب الآثار المترتبة على تفريق الحكمين باعتماده الرأي الغالب في المذهب المالكي الأمر الذي يحقق مبدأ العدل والتوازن في تحديد مسؤولية كل طرف من الزوجين.

هذا ولم ينص قانون الأسرة الجزائري على الآثار المترتبة على قرار الحكمين بالتفريق لأنه نص على اللجوء إلى التحكيم في مادة واحدة فقط وهي المادة 56 دون التطرق بالتفصيل إلى مهمة الحكمين والآثار المترتبة على قرارهما بالتفريق بين الزوجين، الأمر الذي يدعونا إلى القول بضرورة إعادة النظر في المادة 56 من قانون الأسرة بتنظيمها بطريقة مفصلة لنظام التحكيم بسبب الشقاق وهذا لتسهيل مهمة القاضي في التعامل مع هذا النظام.

وعلى هذا الأساس هل للحكمين أن يحددا هذه النتائج حسب المسيء من الزوجين أم يتركان الأمر للقاضي ؟

نعتقد أنه مادام نص المادة 56 من قانون الأسرة استمد من الفقه المالكي، فعلى الحكمين أن يحددا هذه النتائج، لأن ذلك من صميم مهمتهما وهي التحكيم بين الزوجين، بشرط أن يكون ذلك مطابقاً لما نص عليه المالكية.

ولقد ذهبت مدونة الأسرة المغربية إلى موقف مغاير لما ذهب إليه القانون المصري، بحيث أسندت مهمة تحديد الحكم بالتفريق بين الزوجين للشقاق إلى المحكمة التي تحكم بالتطليق وبالمستحقات وتقدير التعويض عن الضرر الذي لحق أحد الزوجين وذلك تطبيقاً للفقرة الأولى من المادة 97 التي تنص على أنه: « في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق، تثبت المحكمة ذلك في

محضر، وتحكم بالتطليق، وبالمستحقات طبقاً للمواد 83، 84 و 85 أعلاه، مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسئول لفائدة الزوج الآخر».

أما بالنسبة للقوة القانونية لقرار الحكّمين، فإننا نلاحظ أن كل من القانون المصري وقانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية جعل قرار الحكّمين مجرد تقرير يرفعه الحكّمان للقاضي في المدة القانونية المحددة مشتملاً على النتائج التي توصل إليها الحكّمين وكذا اقتراحاتهما في شأن إزالة الشقاق.

وبالتالي فالتفريق بين الزوجين لا يقع بقرار الحكّمين، وإنما يحكم به القاضي، ويتجلى ذلك من الفقرة الأخيرة من المادة 19 من القانون المصري رقم 01 لسنة 2000 التي تنص على أنه: "للمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكّمان أو بأقوال أحدهما أو بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوى". ويعد هذا الحكم مستحدث حيث كانت المادة 11 من القانون رقم 25 لسنة 1929 تلزم القاضي بالأخذ بقرار الحكّمين بحيث نصت على أنه: "على الحكّمين أن يرفعا إلى القاضي ما يقررانه وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه". إذ كان يقتصر دور القاضي على توثيق ما انتهى إليه الحكّمان من رأي اتفقا عليه [64 ص 265، 266].

ويتجلى أيضاً عدم حيازة رأي الحكّمين للقوة التنفيذية من الفقرة الثانية من المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: «يعين القاضي الحكّمين، حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة وعلى هذين الحكّمين أن يعدا تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين». فالحكّمين ملزمين بتقديم تقرير عن مهمتهما وليس قرار.

ونفس الموقف اتخذته المشرع المغربي من خلال نصي المادة 96 و 97 من مدونة الأسرة المغربية، بحيث تنص المادة 96 على أنه: «إذا اختلف الحكّمان في مضمون التقرير أو في تحديد المسؤولية، أو لم يقدماه خلال الأجل المحدد لهما، أمكن للمحكمة أن تجري بحثاً إضافياً بالوسيلة التي تراها ملائمة». والمادة 97 التي تنص على أنه: «في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق، تثبت المحكمة ذلك في محضر، وتحكم بالتطليق وبالمستحقات طبقاً للمواد 83، 84، 85 أعلاه، مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسئول لفائدة الزوج الآخر».

ونخلص مما سبق تبيانه، أن قرار الحكّمين يعتبر رأياً استشارياً يستأنس به القاضي كوسيلة إثبات قد يأخذ به وقد يضعه جانبا ليأخذ بوسائل أخرى يستقيه من ملف الدعوى.

وهذا خلافاً لما ذهب إليه المذهب المالكي- الذي اعتمده القوانين السابقة كمرجع فقهي لتنظيم التحكيم بين الزوجين بسبب الشقاق- والذي يعتبر رأي الحكّمين بمثابة حكم وجب على القاضي تنفيذه دون تعقيب.

والقانون بمسلكه هذا جعل نظام التحكيم في مسألة الشقاق بين الزوجين نظاما لا فائدة منه، بعد أن جعل من الحكمين خبيرين، لا يلزم قرارهما أحدا لا القاضي ولا الزوجين، وجعل اللجوء إلى هذا النظام لا طائل من ورائه بل يعتبر مضيعة للوقت والجد[191 ص 247]. ولهذا لم نجد في القضاء الجزائري واقعة تحكيم لجأ إليها القاضي بالرغم من أهمية التحكيم في الحفاظ على استقرار الأسرة والتخفيف على القضاة في ممارسة مهامهم القضائية المختلفة.

أما فيما يتعلق بآثار الحكم بالتفريق بين الزوجين بسبب الشقاق فإنها لا تختلف من الناحية الشرعية والقانونية عن الآثار التي تترتب على الحكم بالتفريق بسبب الضرر التي سبق التطرق إليها.

الخاتمة

تبين لنا من خلال البحث في موضوع التفريق بين الزوجين للضرر والشقاق في الفقه الإسلامي والقانون، أن هناك نظام شرعي وقانوني كفيل بتوفير الوقاية اللازمة لحماية الأسرة من كل ضرر وشقاق.

فالزوجة ملزمة بطاعة زوجها في إطار ضابط شرعي وهو المعروف، أي ما تعارف الناس على كونه من الأمور الحسنة التي لا يختلف فيها إثنان، ولا يرفضها الشرع، ولم تفرض هذه الطاعة من أجل إهانة المرأة بل فرضت على أساس شرعي وهو القوامة الزوجية، بمعنى أن طاعة الزوج مرجعها تمتعه برئاسة الأسرة التي جعلته مكلفا بالتزامات مادية وغير مادية، فإذا كانت الزوجة ملزمة بطاعة زوجها فإن الزوج ملزم مقابل ذلك بدفع صداقها والالتزام بالإنفاق عليه

وتحقيقاً للهدف الأساسي لارتباط الرجل بالمرأة في إطار عقد الزواج والمتمثل في إشباع الشهوة و الرغبة الجنسية للزوجين، فإنهما ملزمان بالاشتراك في المعاشرة الجنسية وفق ضوابطها وقيودها الشرعية.

واتضح من خلال هذه الأطروحة أن إساءة الزوج في استعمال قوامته الزوجية يؤدي حتماً إلى الإضرار بزوجه الأمر الذي يمنحها الحق في طلب التفريق بسبب هذا الإضرار.

كما أن الإخلال بالنظام الوقائي للأسرة قد يؤدي إلى شقاق مستمر لا يعرف القاضي أسبابه الحقيقية لصعوبة واستفحال النزاع، الأمر الذي يفرض عليه تعيين حكمين للبحث في أسباب الشقاق ومعرفة المسيء من الزوجين أو اشتراكهما في الإساءة، ومما لا شك فيه أنه مهما كانت طبيعة هذه الإساءة فإنها لا تخرج عن نطاق الإخلال بالنظام الوقائي للأسرة.

ومن خلال هذا البحث نستخلص أهم النتائج التالية :

1- إن القوامة الزوجية هي تكليف وليس تشريف، تكليف بدفع صداق للزوجة، وبالإنفاق عليها في إطار الشرع والقانون، ومن ثم إذا مارس الزوج قوامته في إطارها الشرعي والقانوني، إلتزمت الزوجة بطاعته في إطار المقتضيات الشرعية ، ومناطق كل ذلك هو المعاشرة بالمعروف.

2- إن المعاشرة الجنسية بين الزوجين إلتزام مشترك، أي أن لكل واحد من الزوجين الحق في الاستمتاع الجنسي، والأصل أن للزوجين الحرية في تحقيق هذا الاستمتاع بالطريقة التي تشبع رغبتهما الجنسية باستثناء المحظورات التالية:

- المعاشرة خلال فترة الحيض.

- المعاشرة عن طريق الدبر.

- المعاشرة التي تبين أنها تلحق ضرراً بأحد الزوجين أو كليهما، تطبيقاً لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"، وذلك بشهادة ذوي الاختصاص وهم الأطباء، فباستثناء هذه المحظورات، تبقى المعاشرة الجنسية بين الزوجين تخضع لمبدأ التراضي بينهما، وكل تجاوز من الزوج لهذه المحظورات يعتبر ضرراً قد تستند إليه الزوجة إذا أرادت التفريق.

3- الصداق هو عطية من الرجل للمرأة تعبيراً منه على إرادته ورغبته الصادقة والجدية في الارتباط بالمرأة التي اختارها وليس عوضاً لاستمتاعه بها، وبالتالي يعتبر الصداق حق خالص للزوجة تتصرف فيه كما تشاء.

- إن التزام الرجل بدفع الصداق هو إبانة لشرف المحل وخطورته، و يبقى مقداره خاضعاً لاتفاق الرجل والمرأة ولا يمكن بأي حال من الأحوال محاولة تحديد مقداره وإن كان يستحب عدم المغالاة في الصداق باعتباره ليس هو الهدف الأساسي من الزواج بل هو أثر من آثاره.

- إن امتناع الزوج عن دفع الصداق يجيز للزوجة أن تطلب التفريق على أساس الضرر، سواء قبل الدخول أو بعده باعتبار أن عدم تلقيها لصداقها ضرراً مادياً.

4- إن الزوج ملزم بالإنفاق على زوجته على أساس معيار الكفاية و المعروف، أي المتعارف عليه شرعاً، إذ أن تحديد مقدار النفقة الواجب للزوجة يتعارض مع قوله تعالى: (لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكْفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا) [1] ومن ثم كانت النفقة عنصراً أساسياً وهاماً لتحقيق الهدف الوقائي للأسرة من الضرر والشقاق.

- حسب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 تستحق الزوجة النفقة الشرعية حتى ولو كانت ناشئة وهذا بعد تغيير مضمون المادة 37 الذي كان يسقط حق الزوجة في النفقة في حالة نشوزها بمضمون آخر يتعلق بالذمة المالية المستقلة للزوجين ، وذلك بخلاف ما تقضي به الأغلبية الفقهية بعدم استحقاق الزوجة الناشئة للنفقة الشرعية.

5- إن الضرر الذي نقصده في هذا البحث هو كل ضرر لا يجوز شرعاً أي الضرر المعتبر شرعاً، بمعنى أن الضرر الذي يكون محل طلب الزوجة للتفريق هو كل إيذاء مادي أو معنوي يلحق الزوجة نتيجة خطأ الزوج في معاشرة زوجته بمعناها العام أو الخاص المتمثل في المعاشرة الجنسية.

- إن الضرر المعتبر شرعاً هو ذلك الضرر الجسيم الذي يجعل الزوجة في وضع يصعب فيه عليها العيش مع زوجها و التسامح معه، بحيث تخرج الأضرار التافهة من دائرة الضرر المعتبر شرعاً كسبب للتفريق بين الزوجين.

لقد منح الشرع والقانون للزوجة الحرية في إثبات الضرر الذي لحقها من زوجها بكافة طرق الإثبات، لاسيما إقرار الزوج بإضراره بها، أو شهادة الشهود بالسماع الفاشي أو بالمعاينة التي تعتبر

الوسيلة الشائعة في إثبات هذا الضرر وإن كان من الناحية العملية يصعب على الزوجة إثبات الضرر الذي يقع غالبا داخل بيت الزوجية.

- في إطار الاختلاف الفقهي حول مدى جواز الأخذ بشهادة السماع لإثبات الضرر اللاحق بالزوجة من زوجها، تبنى القضاء الجزائري والقضاء المغربي قول المذهب المالكي بجواز الأخذ بشهادة السماع كوسيلة لإثبات هذا الضرر، وذلك نظرا للظروف الخاصة التي يقع فيها، إذ غالبا ما يقع داخل بيت الزوجية، في حين ذهب القضاء المصري إلى عدم قبول شهادة السماع وأخذ بالشهادة الأصلية وهي شهادة المعاينة للضرر.

- إذا استطاعت الزوجة أن تثبت الضرر الذي لحقها من زوجها، وجب على القاضي أن يحكم بالتفريق بينها وبين زوجها من أجل إزالة هذا الضرر.

- لقد منح المشرع الفرنسي لأحد الزوجين أن يطلب الطلاق على أساس ضرر غير جسيم بشرط أن يثبت تكراره وهذا بموجب المادة 242 من القانون المدني الفرنسي التي تنص:

" Lorsque des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée"

6- إن الحكم بالتفريق بين الزوجين للضرر هو حكم بائن بينونة صغرى لتوافقه مع الهدف المقصود من الحكم بالتفريق بالضرر الذي لا يزال إلا إذا بانّت الزوجة من زوجها الذي لا يمكنه أن يراجعها إلا بعقد جديد.

7- إن إنشاء المشرع المصري لمكاتب خاصة بتسوية المنازعات الأسرية بموجب القانون رقم 10 لسنة 2004 في مادته الخامسة، جدير بالتنويه والاستحسان نظرا لطبيعة وخصوصية المنازعة الأسرية التي تحتاج إلى أشخاص مؤهلين لمباشرة عملية الصلح، ولقد أثبتت الإحصائيات نجاح دور هذه المكاتب في تحقيق الصلح باعتبار أن الوظيفة الأساسية لهذه المكاتب هي العمل بجدية لتحقيق الصلح بين الزوجين بعيدا عن ساحة القضاء.

8- إن الشقاق هو ذلك النزاع الشديد الذي يقع بين الزوجين والمتمثل في استمرار السباب الفاحش بينهما ونفور كل واحد عن الآخر نتيجة الكراهية التي ترتبت على استفحال النزاع.

- قد ينتج الشقاق بسبب نشوز الزوجة بخروجها عن طاعة زوجها دون عذر شرعي، وقد يكون نتيجة لنشوز الزوج بتعاليه على زوجته وإظهار الجفاء لها أو الإخلال بحق من حقوقها الزوجية، أو قد يكون الشقاق بسبب نشوز الزوجين معا.

- لقد حدد الشرع للزوج علاجا محكما لنشوز الزوجة وجب على الزوج مراعاته إذا كان يرغب في استمرار الحياة الزوجية و المتمثل في الوعظ، الهجر، والضرب غير المبرح إذا ظن إفادته، وذلك على سبيل الترتيب حتى يتحقق الهدف من هذا العلاج وهو القضاء على نشوز الزوجة.

- ورد التحكيم بين الزوجين على سبيل الوجوب، عكس التحكيم في المنازعات الأخرى الذي يقتضي تراضي الطرفين للجوء إليه.

- وقع المشرع الجزائري في خطأ في تحديد مفهوم النشوز الوارد في المادة 55 من قانون الأسرة بحيث قصر مفهوم النشوز في ترك أحد الزوجين لبيت الزوجية وهذا ما نقرأه من النص الفرنسي للمادة 55، وإن ترك بيت الزوجية من أحد الزوجين ما هو إلا صورة من صور النشوز فقط.

- إن الشقاق الذي يبعث بسببه الحكمين، هو ذلك النزاع الذي لا يثبت فيه ضرر بالرغم من محاولة الزوجة إثباته بالإدعاء بظلم الزوج لها، فإذا أصرت على شكواها وأشكل الأمر بينهما ولا بينة لأحد من الزوجين على ما يدعيه، وجب على القاضي اللجوء إلى التحكيم، وهذا ما أخذ به قانون الأسرة الجزائري في المادة 56 والقانون المصري رقم 25 لسنة 1929 في مادته السادسة، بينما فتح المشرع المغربي المجال واسعا للزوجة للجوء إلى مسطرة الشقاق في عدة حالات وردت على سبيل المثال في مدونة الأسرة المغربية وذلك سعيا منها لمنح الزوجة حرية أكثر في إنهاء الرابطة الزوجية.

- إن إضافة المشرع بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 للمادة 53 من قانون الأسرة سببا آخر من أسباب التطلق وهو الشقاق المستمر بين الزوجين نتج عنه خطأ وغموض في مفهوم الشقاق المنصوص عليه في المادة 56 والفقرة الثامنة من المادة 53 من قانون الأسرة، ويبدو أن المشرع الجزائري حاول من خلال هذه الإضافة منح الزوجة وسيلة تتسم بالسهولة في الإثبات وبالتالي إعطاء حرية أكثر للزوجة لإنهاء العلاقة الزوجية، وذلك محاولة منه لإيجاد نوع من المساواة بين الزوجين في إنهاء الرابطة الزوجية، وهو نفس الاتجاه الذي سارت فيه مدونة الأسرة المغربية.

- إن الغاية الأساسية من التحكيم هو ضرورة محاولة الإصلاح بين الزوجين ابتداء، فلا يجوز للحكمين اللجوء إلى التفريق بينهما إلا إذا عجزا عن الإصلاح بينهما.

- من المقرر شرعا أن قرار الحكمين ملزم للقاضي سواء كان بالإصلاح بينهما أو بالتفريق، وما على القاضي إلا توثيق قرارهما وتنفيذه.

- لم يصف كل من قانون الأسرة الجزائري والقانون المصري ومدونة الأسرة المغربية الطابع الإلزامي على عمل الحكمين، بل منحوا للحكمين صفة الشاهدين على ما وقع بين الزوجين، ويبقى القرار الأخير للقاضي، الأمر الذي يتعارض مع المصدر الفقهي لنظام التحكيم بين الزوجين، وهو المذهب المالكي.

وبعد سرد أهم النتائج المتوصل إليها من خلال هذه الأطروحة، نرى من الضرورة إبداء بعض التوصيات كمحاولة لعلاج مواطن الخلل والنقص في قانون الأسرة الجزائري التي اكتشفت من خلال هذا البحث وهي:

1- إعادة النظر في إلغاء المادة 39 من قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 02/05 و التي كانت تلزم الزوجة بطاعة زوجها باعتباره رئيس للأسرة، فمن غير المقبول أن تلغى رئاسة الرجل للأسرة وهو الذي نصب شرعا قيما على الزوجة في إطار ضوابط شرعية، ومن ثم نقترح أن تصاغ هذه المادة على النحو التالي:

" تلزم الزوجة بطاعة زوجها باعتباره قيما على الأسرة.

- لا تلزم الزوجة بطاعة زوجها إذا أساء الزوج في استعمال قوامته الزوجية من أجل الإضرار بها".
2- إدراج فقرة ثانية للمادة 74 من قانون الأسرة وذلك من أجل إسقاط النفقة الشرعية على الزوجة الناشئة في حالة خروجها عن طاعة زوجها، ونقترح إعادة صياغة المادة 74 من قانون الأسرة لتصبح على النحو التالي:

- تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببيئة مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80 من هذا القانون.

- لا تستحق الزوجة النفقة الشرعية إذا ثبت نشوزها وذلك بإخلالها بالتزام طاعة زوجها".

3- إعادة النظر في صياغة المادة 55 من قانون الأسرة لإزالة الخلط في مفهوم النشوز والتعارض الموجود بين النص العربي والنص الفرنسي للمادة 55 الذي ينص على ترك أحد الزوجين لبيت الزوجية وليس نشوز أحد الزوجين المنصوص عليه في النص العربي للمادة 55، ونقترح إعادة صياغة هذه المادة على النحو التالي: " عند ترك أحد الزوجين لبيت الزوجية دون عذر شرعي ، يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر".

4- إدراج نص خاص في قانون الأسرة يربط الفقرة العاشرة من المادة 53 بالمادة 56 بغية إدماجها في مادة واحدة نظرا للعلاقة الموجودة بينهما، مع ضرورة وضع تنظيم لإجراءات التحكيم بين الزوجين، و نقترح أن تكون صياغة هذه المادة (المادة 56) على النحو التالي:

"يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق لكل ضرر معتبر شرعا.

- إذا اشتد واستمر الخصام بين الزوجين وعجزت الزوجة عن إثبات الضرر وتكررت شكواها، طلب القاضي من الزوجين اقتراح تعيين كل واحد منهما حكما من أهله، وفي حالة تقاعسهما عن ذلك، عين القاضي الحكمين.

- يشترط في الحكمين أن يكونا من أهل الزوجين إن أمكن، وإلا من غيرهما ممن لهما القدرة والكفاءة على إصلاح ذات البين.

- في حالة اختلاف الحكمين، استبدلها القاضي أو ضم إليها حكما ثالثا يكون رأيه مرجحا.
- إذا عجز الحكمان عن تحقيق الصلح بين الزوجين، حكما بالتفريق بينهما مع مراعاة الأحكام التالية:
- * إذا كانت الإساءة من الزوجة فرقا بينهما نظير مقابل مالي تدفعه الزوجة لزوجها يتناسب مع الإساءة.
- * إذا كانت الإساءة من الزوج فرقا بينهما مع مراعاة الحقوق الناشئة عن الزواج والطلاق.
- * إذا كانت الإساءة مشتركة بينهما فرق بينهما دون مقابل مالي.
- على الحكمين تدوين نتائج مهمتهما في تقرير، على ألا يتجاوز ذلك مهلة شهرين، وعلى القاضي أن يصدر حكمه طبقا لما اشتمل عليه قرار الحكمين".
- نقترح أن يعفى القاضي من إجراء محاولة الصلح للتخفيف عليه، ويتم اللجوء إلى نظام التحكيم بين الزوجين كإجراء للصلح بينهما في كل نزاع أسري، وفق نظام قانوني مفصل من شأنه أن يساهم في استقرار العلاقة الزوجية.

قائمة المراجع

1. القرآن الكريم
2. أبو بكر السيد البكري الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002.
3. أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، دار الثقافة، الجزائر، الطبعة الأولى، 1991.
4. أبو عبد الله القرطبي، تفسير القرطبي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
5. أبو الأعلى المودودي، حقوق الزوجين، دار الوفاء، الجزائر، 1989
6. أبو الشيخ الأنصاري، أسنى المطالب شرح روض الطالب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
7. أبو إسحاق الشيرازي، المهذب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1994.
8. أبو إسحاق إبراهيم الفيروز أبادي، التنبيه، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995.
9. أبو بكر أحمد الخصاف، كتاب النفقات، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.
10. أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، مكتبة حسان، الجيزة، مصر.
11. إبراهيم هاشم إبراهيم، دماء المرأة وأحكامها الفقهية، مكتبة وهبة، القاهرة، الطبعة الأولى، 2005.
12. أبو الحسن علي التسولي، البهجة في شرح التحفة، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1998.
13. ابن مفلح الحنبلي، المبدع شرح المقنع، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1988.
14. ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
15. ابن جرير الطبري، تفسير الطبري، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1990
16. ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان .
17. ابن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم، طبعة مصطفى الحلبي، القاهرة.
18. ابن محمد بن جزي الكلبي، القوانين الفقهية، منشورات دار الكتب، الجزائر، 1987.
19. أثير الدين بن يوسف بن حيان النفري الأندلسي، البحر المحيط، مطبعة النصر الحديثة، الرياض، السعودية.
20. أحمد أبو البركات الدردير، الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، لبنان.
21. أحمد بن حنبل الشيباني، مسند الإمام أحمد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

22. أحمد بخيت الغزالي وآخرون، أجوبة السائلات والسائلين عن مشكلات قضايا الأحوال الشخصية للمسلمين، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 2005.
23. أحمد بخيت الغزالي، الوسيط في أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والتقنيات العربية المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
24. أحمد حسين طه، مدى حرية الزوجين في التفريق قضاء، دار الحكمة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2002.
25. أحمد أبو البركات الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك، دار المعارف، مصر، 1992.
26. أحمد نصر الجندي، النفقات في الشرع والقانون، (نفقة الزوجة، نفقة الصغير، نفقة الأولاد)، دار الكتب القانونية، القاهرة.
27. أحمد بن تيمية، فتاوى النكاح وأحكامه، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2001.
28. أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين إبراهيم، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية و القانون، مطبعة الخربوطلي، القاهرة ، 1994.
29. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، - دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية -، دار الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر، الطبعة الأولى، 2008.
30. أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2006.
31. أحمد بن غنيم النفراوي، الفواكه الدواني شرح رسالة القيرواني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997.
32. إدريس الفاخوري، قانون الأسرة المغربي، أحكام الزواج، دار الجسور، وجدة المغرب، 2006.
33. إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، دار نشر والتوزيع الإسلامية، القاهرة، 1998.
34. إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل بن عمرو وسلم المزني، مختصر المزني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان
35. الفخر الرازي، التفسير الكبير، المطبعة البهية، القاهرة .
36. السعيد مصطفى السعيد، مدى استعمال حقوق الزوجية وما تقيده به في الشريعة الإسلامية والقانون المصري الحديث، مطبعة الاعتماد، مصر.

37. الإمام محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1996.
38. الإمام محي الدين بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، دار الفكر، بيروت، لبنان.
39. الإمام القاضي أبي الوليد محمد بن رشد القرطبي الأندلسي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 2004.
40. الأشقر أسامة عمر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى، 2000.
41. البعلی شمس الدين، المطلع على أبواب المقنع، المكتب الإسلامي، دمشق سوريا، 1981.
42. الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة الأولى، 2005.
43. السيد سابق، فقه السنة، درا الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1985.
44. القاضي أبو بكر محمد بن عبد الله ابن العربي، أحكام القرآن، دار إحياء الكتاب لعربي، القاهرة. طبعة عيسى الحلبي، القاهرة، دار الجيل، بيروت، لبنان.
45. الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1998.
46. الزركشي بدر الدين، شرح الزركشي، مكتبة العبيكان، 1993.
47. السيد أحمد فرج، الفرقة بين الزوجين وأحكامها في مذاهب أهل السنة، دار الوفاء، المنصورة، مصر، الطبعة الأولى، 1990.
48. المنهاجي الأسيوطي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1996.
49. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان.
50. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2004.
51. جلال الدين السيوطي، تفسير الجلالين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.
52. جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، الطبعة الأولى.
53. جمال عبد الحليم، قانون محكمة الأسرة رقم 10 لسنة 2004 - تأصيلا وتحليلا - (المشكلات العملية والحلول القضائية)، مكتب الجامعة، بني سويف، مصر، 2005.

54. حامد محمود شمروخ، حق الاستمتاع بين الزوجين وآثاره، وموانعه الشرعية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.
55. حسن صلاح الصغير عبد الله، الجوانب الفقهية للقوامة الزوجية - دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.
56. حسن بن منصور، الفتاوى الهندية (العالمكيرية)، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
57. خالد عبد العظيم أبوغابة، الخيانة الزوجية - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار أمون، القاهرة، 2006.
58. رشدي شحاته أبو زيد، الإجراءات القانونية لمسائل الأحوال الشخصية، دار الوفاء، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2005.
59. زينب أبو الفضل، قوامة النساء - المشكل والحل-، مكتبة الإيمان المنصورة، مصر، 2001.
60. زين الدين ابن إبراهيم بن محمد ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1993.
61. سليمان بن محمد البجيرمي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
62. سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، در إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
63. سالم البهنساوي، مكانة المرأة في الإسلام والقوانين العالمية، دار الإرشاد، الجزائر.
64. سحر عبد الستار غمام يوسف، محكمة الأسرة - دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، 2005.
65. سليمان بن خلف القرطبي الباجي، المنتقى شرح الموطأ، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان مطبعة السعادة، مصر.
66. سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر.
67. سعاد سطحي، نصر سلمان، فتاوى النساء للأستاذ الدكتور أحمد الشرباصي، نوميديا للطبع والنشر والتوزيع، قسنطينة، الجزائر، الطبعة الأولى، 2008.
68. شمس الدين محمد بن مفلح، المبدع شرح المقنع، المكتب الإسلامي، بيروت لبنان، 1988.
69. شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، لبنان
70. شهاب الدين السيد محمود بن عبد الله الألوسي البغدادي، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
71. شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1993.

72. صلاح سلطان، إمتياز المرأة على الرجل في الميراث والنفقة، المركز القومي الأمريكي للأبحاث الإسلامية، سلطان للنشر أمريكا (USA)، الطبعة الثانية، 2005.
73. صلاح سلطان، الحياة الزوجية في الواقع المعاصر، المركز الأمريكي للأبحاث الإسلامية، سلطان للنشر، أمريكا، الطبعة الثانية، 2005.
74. عاطف عبد الرشيد وآخرون، الأسرة السعيدة، القاهرة ، 1998.
75. عبد القادر أحمد عطا، هذا حلال وهذا حرام، دار بوسلامة، تونس، الطبعة الثالثة، 1985.
76. عبد الفتاح محمد أبو العينين، الإسلام والأسرة – دراسة مقارنة في ضوء المذاهب الفقهية وقوانين الأحوال الشخصية، مكتبة العالمية، المنصورة، مصر.
77. علاء الدين الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، 2002.
78. عبد القادر أحمد عطا، اللقاء بين الزوجين، دار التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1980.
79. عبد الحليم أبو شقة، الثقافة الجنسية بين الزوجين- دراسة عن المرأة جامعة لنصوص القرآن الكريم وصححي البخاري ومسلم -، دار القلم، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2001.
80. عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، الأردن، الطبعة الأولى.
81. عطية صقر، موسوعة الأسرة تحت رعاية الإسلام، حقوق الزوجية، مكتبة وهبة، القاهرة، 2006.
82. عبد الطيف السيد، حقوق المرأة وحقوق زوجها كما جاء بها رسول الله صلى الله عليه وسلم، دار النشر الثقافة، الإسكندرية، مصر، 2006.
83. علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم، المحلى بالآثار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003. دار الجيل، بيروت ، لبنان.
84. علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، القاهرة 1996.
85. عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية على مذهب أبي حنيفة، الطبعة الثانية، 1938.
86. عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، الطبعة السابعة، 1986.
87. عبد الوهاب البنداري، قضايا الزواج والطلاق وفقا لأحدث الأحكام – دراسة قانونية مقارنة فقها وقضاء، دار الكتاب العربي، القاهرة.
88. عبد الرحمن الجزيري، تفصيل الفقه على المذاهب الأربعة، دار الفكر، بيروت لبنان 1996.

89. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثالثة، 1996.
90. عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة.
91. عبد الغني الغنيمي الميداني، اللباب في شرح الكتاب، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1997.
92. عبد الناصر العطار، الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم 100 لسنة 1985، المؤسسة العربية الحديثة، القاهرة.
93. عبد الرحمن بن محمد سليمان شيخي زاده، مجمع الأنهر، دار الإحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
94. علي الخفيف، فرق الزواج في المذاهب الإسلامية، معهد الدراسات العربية العالية، مطبعة الرسالة، القاهرة، 1958.
95. عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي، سنن الدارمي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1996.
96. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1994.
97. عبير يحي شاكرك القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، الأردن، الطبعة الأولى، 2007.
98. عبد الناصر توفيق العطار، أحكام الأسرة عند المسلمين المصريين ومدى تطبيقها بالمحاكم، الطبعة الخامسة.
99. علي حسب الله، الفرقة بين الزوجين وما يتعلق بها من عدة ونسب، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1968.
100. علي المرغيناني بن عبد الجليل الفرغاني، البداية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995.
101. علاء الدين المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
102. علي فيلاي، العمل المستحق للتعويض، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2002.
103. علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي.
104. عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، المطبعة الجديدة، دمشق، سوريا.
105. علي علي سليمان، نظريات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعة، بن عكنون، الجزائر، 1994.

106. قحطان عبد الرحمن الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفرقان، الأردن، الطبعة الأولى، 2002.
107. كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن الهمام، فتح القدير شرح البداية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995.
108. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1957.
109. محمد فؤاد عبد الباقي، اللؤلؤ والمرجان في ما اتفق عليه الشيخان، دار القلم، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1986.
110. محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1994.
111. محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
112. محمد البخاري ابن مازه، المحيط البرهاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
113. محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري، صحيح البخاري، مكتبة الصفا، القاهرة، الطبعة الأولى، 2002.
114. محمد متولي الشعراوي، أحكام الأسرة والبيت المسلم، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، 2004.
115. محمد رشيد رضا، حقوق النساء في الإسلام (نداء للجنس اللطيف)، دار الشهاب، الجزائر، 1987.
116. محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، شركة الشهاب، الجزائر، الطبعة الخامسة، 1990.
117. محمد الغزالي، قضايا المرأة بين التقاليد الراكدة والوافدة، دار ريحانة، الجزائر، 1999.
118. محمد بن يوسف العبدري (المواق)، التاج و الإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
119. محمد رشيد رضا، تفسير المنار، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
120. محمد بكر إسماعيل، الفقه الواضح من الكتاب والسنة على المذاهب الأربعة، دار المنار، القاهرة، الطبعة الثانية، 1997.
121. محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة.
122. محمد إبراهيم الحفناوي، الزواج (موسوعة الفقه الميسرة)، مكتبة الإيمان، المنصورة، مصر.
123. محمد الخطيب الشربيني، مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000.

124. محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير في الفقه الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
125. محمد أمين ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1995.
126. محمد حسن سليم، حقوق الزوجة في الفقه الإسلامي، دار الطباعة المحمدية، مصر، 1983.
127. محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، دار الفكر، بيروت، لبنان.
128. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، - دراسة مقارنة بين فقه المذاهب الإسلامية والمذهب الجعفري والقانون-، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1988.
129. محمد بلتاجي، دراسات في الأحوال الشخصية، مطبعة رفاعي، القاهرة، 1980.
130. محمد نبيل سعد الشاذلي، الفرقة بين الزوجين وحقوق الأقارب في الفقه الإسلامي والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة 2005.
131. محمد بن عبد الله الخرشبي، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار صادر، بيروت، لبنان.
132. محمد أبي يعلى الفراء، المسائل الفقهية، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، 1985.
133. محمد العلوي العابدي، الأحوال الشخصية والميراث في الفقه المالكي، إفريقيا الشرق، الجزائر، الطبعة الأولى، 1996.
134. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، ناشرون، 2007.
135. محمد بن مفلح المقدسي، الفروع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
136. محمد بن محمد الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995.
137. محمد بن أحمد الشافعي الصغير، نهاية المحتاج على شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002.
138. محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
139. محمد كامل عبد الصمد، حقائق تغفل عنها النساء، مكتبة الدار العربية للكتاب، القاهرة، الطبعة الأولى، 2006.
140. محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة.
141. محمد متولي الشعراوي، أحكام الزواج والطلاق والخلع، المكتبة التوفيقية، القاهرة.
142. محمد الكشيبور، شرح مدونة الأسرة، إنحلال ميثاق الزوجية، الطبعة الأولى 2006.

143. محمد الكشور وآخرون، التطلاق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة،- سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة - ، الطبعة الأولى، 2006.
144. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، دار محمود، القاهرة، الطبعة الثانية، 1998.
145. محمد بن أحمد ميارة، تحفة الحكام، مطبعة الاستقامة، القاهرة.
146. محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية، القاهرة.
147. محمد إبراهيم الحفناوي، الطلاق، مكتبة الإيمان، المنصورة ، مصر.
148. محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، سبل السلام في شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 2004.
149. محمد علي، الطلاق في الإسلام مع فصول وتعليقات عن الطلاق في العالم، بقلم زهدي يكن، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان.
150. محمد بن يوسف أطفيش الإباضي الجزائري، تيسير التفسير للقرآن الكريم، دار إحياء الكتب العربية، مصر.
151. محجوب علي محجوب، الأسرة وأحكامها في الشريعة الإسلامية، دار الحرية، القاهرة، 1983.
152. محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، دار الشروق، القاهرة.
153. محمود عكاشة، حقوق الزوجة في الإسلام، مكتبة المعرفة الأكاديمية الحديثة للكتاب الجامعي، القاهرة، الطبعة الأولى، 2006.
154. محمود شلتوت، تفسير القرآن الكريم، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الثانية عشر، 2004.
155. مسعود عواد البرقاني، التحكيم في الشريعة الإسلامية والطرق الوضعية، مكتبة الإيمان، المدينة المنورة، الطبعة الأولى ، 1994.
156. مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، مكتبة الصفا، القاهرة، الطبعة الأولى ، 2004.
157. مصطفى الرافي، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقوانين اللبنانية، دار الكتاب اللبناني، بيروت، لبنان، 1983.
158. موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المغنى مختصر الخرقى، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان.
159. موفق الدين ابن قدامة المقدسي، الكافي، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1988.
160. منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت، لبنان ، 1997.

161. منصور بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، دار عالم الكتب، بيروت، لبنان.
162. مالك بن أنس، موطأ مالك، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.
163. مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان.
164. ناهد العجوز، دعوى التطلق والخلع، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2001.
165. نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، دار الكتاب العربي، القاهرة.
166. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
167. وائد عبد الله نمر بدير، مسميات الزواج المعاصرة بين الفقه والواقع والتطبيق القضائي، دار ابن الجوزي، القاهرة، الطبعة الأولى، 2006.
168. يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987.
169. يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، مكتبة وهبة، القاهرة، الطبعة التاسعة والعشرون، 2007.
170. يوسف القرضاوي، زواج المسيار، حقيقته وحكمه، مكتبة وهبة، القاهرة، الطبعة الثانية، 2005.
171. يوسف القرضاوي، مكانة المرأة في الحياة الإسلامية، مكتبة وهبة، القاهرة، الطبعة الثانية، 2005.
172. يوسف القرضاوي، فتاوى معاصرة، دار القلم، الكويت، الطبعة الحادية عشر، 2005.
173. يوسف القرضاوي، الأسرة كما يريد الإسلام، مكتبة وهبة، القاهرة، الطبعة الأولى، 2005.
174. أحمد عبد العزيز عرابي، الطلاق ودور القضاء فيه،- دراسة فقهية تحليلية-، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، العدد الرابع، 1986.
175. أشرف محمد الخطيب، وسائل معالجة النشوز والشقاق بين الزوجين، جامعة الأزهر، مجلة كلية الشريعة والقانون، فرع أسيوط، العدد الثالث عشر، الجزء الأول، 2001.
176. إبراهيم بن أحمد الكندي، مشكلات الزواج في العصر الحديث وعلاجها في الفقه الإسلامي، بحث مقدم في إطار ندوة الفقه الإسلامي المنعقدة بجامعة السلطان قابوس، عمان، في الفترة من 09 إلى 13 أبريل. 1988.
177. إدريس الفاخوري، واقع الطلاق في مدونة الأسرة " المنطقة الشرقية نموذج"، بحث مقدم في إطار أشغال الندوة الوطنية المنعقدة بكلية الحقوق، وجدة يومي 17- 18 فبراير 2005، مدونة الأسرة، عام من التطبيق: الحصييلة والأفاق.

178. خالد عبد الله الشعيب، العشرة الزوجية – دراسة فقهية مقارنة -، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، طنطا، مصر، العدد الخامس عشر، الجزء الثاني، 2002.
179. وليد خالد الربيع، الإلزام في مسائل الأحوال الشخصية، دراسة فقهية مقارنة، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى، 2007.
180. رباب عنتر السيد، جريمة تبديد منقولات الزوجية بين الشريعة والقانون الوضعي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد التاسع والثلاثون، أبريل 2006، جامعة المنصورة، كلية الحقوق.
181. شفيقة الشهاوي، الممارسات الضارة وأثرها على العلاقة الزوجية، مجلة الزهراء، جامعة الأزهر، كلية الدراسات الإسلامية، فرع البنات، العدد الأول، مارس 2004.
182. صبحي محمد جميل، التحكيم في الشريعة الإسلامية وأهميته في فض المنازعات، مجلة كلية الشريعة والقانون، طنطا، جامعة الأزهر، العدد العشرون، الجزء الأول.
182. عبد الله مبروك النجار، ضوابط التفريق للضرر، شروطه وآثاره في الفقه الإسلامي، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، العدد الثاني والعشرون، الجزء الأول.
184. محمود سلام زنتي، حقوق وواجبات الزوجين بين الماضي والحاضر - دراسة تاريخية مقارنة -، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، العدد الأول، 1970.
185. محمد رأفت عثمان، عمل المرأة، المجلة العلمية لكلية الشريعة والقانون، طنطا، جامعة الأزهر، العدد السادس، 1995.
186. محمد عبد الفتاح البنهاوي، أحكام الصداق في الإسلام، مجلة كلية الشريعة والقانون، طنطا، جامعة الأزهر، العدد الرابع، 1989.
187. محمد زكي عبد البر، لا ضرر ولا ضرار وإساءة استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، السنة الخامسة والخمسون، 1985.
188. محمد الحسيني الحنفي، تقنيات الأحوال الشخصية في الجزائر، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، العدد الثاني، 1974.
189. محمد أبو زهرة، نظرات في قانون الأسرة -، الشقاق بين الزوجين والتفريق بسببه -، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، العدد السادس، نوفمبر 1937.
190. أحمد عايش صغير العازمي، أحكام النشوز في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، كلية دار العلوم، 2004.

191. إسماعيل أحمد محمد الأسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1986.
192. جابر عوض عبد الحميد الجندي، حقوق المرأة في نطاق الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي على ضوء الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، "سيداو"، "CEDAW"، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق.
193. عائشة محمود جاسم الذوايدي، التحكيم في منازعات الأحوال الشخصية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق 2005.
194. فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وأثار الإخلال بها، رسالة دكتوراه، جامعة محمد الخامس أكادال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، المغرب، 2004.
195. محمد حجازي، نظام الإثبات في أحكام الأسرة، دراسة فقهية قانونية مقارنة في الفقه الإسلامي والقانونين الجزائري والمصري، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، 2007.
196. ملكة يوسف محمد زرار، طاعة الزوجة لزوجها بين الحق و الواجب في الشريعة الإسلامية و الشرائع الأخرى، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1994.
197. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، دار محمود، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1994.
198. المحكمة العليا الجزائرية ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، قسم الوثائق للمحكمة العليا عدد خاص، 2001 .
199. دلاندة يوسف ، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية والمواريث ، دار هومه ، الجزائر، 2003
200. المملكة المغربية، وزارة العدل، قضاء الأسرة، مجلة متخصصة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، العدد الثالث، ديسمبر 2006.
- 201 . بلحاج العربي، قانون الأسرة – مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، طبعة 1994، طبعة 2005.
- 202 . سعيد أحمد شعلة، قضاء النقض في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين خلال أربعة وسبعين عاما 1931 – 2006 ، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2007.
- 203 . الإتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة المعروضة للتوقيع والتصديق والإنضمام بقرارها رقم 34-180 المؤرخ في 28 /12/ 1979 ، ودخلت حيز التنفيذ في 03/09/1981.

- 204 . القانون المدني الفرنسي الصادر بتاريخ 1804/03/21 المعدل والمتمم، دالوز الطبعة 110، 2011 .
- 205 . قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 25 لسنة 1920 المعدل والمتمم بالقانون رقم 100 لسنة 1985.
- 206 . القانون المصري رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985.
- 207 . قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 لسنة 1959 المعدل بالقانون رقم 34 لسنة 1975.
- 208 . مجلة الأحوال الشخصية التونسية لسنة 1956 المعدلة والمتممة.
- 209 . قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959.
- 210 . القانون الليبي رقم 176 لسنة 1972 المتعلق بكفالة بعض حقوق المرأة في الزواج والتطليق للإضرار والخلع.
- 111 . قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61 لسنة 1976.
- 212 . القانون المصري رقم 43 لسنة 1979 المتعلق بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية.
- 213 . قانون الأسرة الجزائري رقم 84- 11 المؤرخ في 09/06/1984 المعدل والمتمم بالأمر 05- 02 المؤرخ في 27/02/2005.
- 214 . قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984.
- 215 . القانون المصري رقم 01 لسنة 2000 المتعلق بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية.
- 216 . القانون المصري رقم 10 لسنة 2004 الخاص بمحاكم الأسرة .
- 217 . القانون رقم 03- 07 المتضمن مدونة الأسرة المغربية الصادر أمر تنفيذه بالظهير الشريف رقم 01 – 04 – 22 بتاريخ 03/02/2004
- 218 . قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 08–09 المؤرخ في 29/02/2008
- 219 . الأمر رقم 59 – 274 المؤرخ في 04/02/1959 الخاص بعقود الزواج التي يبرمها الأشخاص الخاضعين للأحوال الشخصية المحلية وذلك في عمالات الجزائر والواحات والساورة
- 220 . الأمر رقم 70 – 20 المؤرخ في 19/02/1970 المتعلق بالحالة المدنية .

221. المرسوم رقم 59 – 1082 المتضمن اللائحة التنفيذية للأمر رقم 59-274 الصادر بتاريخ 1959/02/04 الخاص بعقود الزواج التي يبرمها الأشخاص الخاضعين للأحوال الشخصية المحلية وذلك في عمالات الجزائر والواحات والساورة .
222. مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية الذي أعده مجلس وزراء العدل العرب، جامعة الدول العربية، المنعقد بالكويت في أوائل شهر أبريل 1988.
223. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 2007.
224. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان "ناشرون"، بيروت، لبنان، 2007.
225. محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان. دار صادر، بيروت، لبنان.
226. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، دار المعارف، مصر، الطبعة الثانية، 1973.
227. أحمد فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1966.
228. محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، 1990.
229. Ghaouti BENMELHA, Le droit Algérien de La Famille, O. P. U, BEN AKNOUN, Alger, 1993.
230. Hadjira DENNOUNI, BENCHEIKH Hocine, L'évolution des rapports entre époux en droit Algérien de La famille, éditions DAHLAB, ALGER, 1998.
231. Alain BENABENT, DROIT CIVIL, la famille, litec, libraire de la cour de Cassation, PARIS, 6^{édition}, 1994.
232. Jean CARBONNIER, DROIT CIVIL, La Famille, Presses Universitaires de France. Thémis, DROIT PRIVE. (Collection fondée et dirigée par Maurice Duverger)
233. DJILALI TCHOUAR, Réflexions sur Les questions épineuses du code algérien de La Famille – La dot, tutelle matrimoniale, la polygamie, Le divorce- répudiation et l'adoption, O. P. U, BEN AKNOUN, ALGER, 2004.

234. إبراهيم رفعت الجمال، الحقوق غير المادية بين الزوجين، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2005.
235. أحمد بن محمد بن سلامة القليوبي، حاشيتا القليوبي وعميرة، دار الفكر ، بيروت، لبنان، 1998 الجزء الثالث.
236. ابن عاصم الأندلسي، التحفة في شرح البهجة، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1998، الجزء الأول.
237. أحمد سلامة، مذكرات في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، الكتاب الأول، مكتبة عين شمس، القاهرة، 1981.
238. علاء الدين أبو الحسن على بن خليل الطرابلسي، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ، مطبعة مصطفى الحلبي، مصر، الطبعة الثانية ، 1974.
239. محمود بلال مهران، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي – القسم الثاني – فرق الزواج ، دار الثقافة العربية، جامعة القاهرة، الطبعة الثانية، 2000.
240. علي بن يوسف أبو حيان، البحر المحيط، مطبعة النصر الحديثة، الرياض، السعودية، الجزء الثالث.