وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة حسيبة بن بوعلي -الشلف- (الجزائر)
كلية الحقوق والعلوم السّياسية
قسم القانون الخاص

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه

الشعبة: حقوق
التّخصص: قانون خاص

العنوان

التزام المساكنة بين الزوجين و أثر الإخلال به - دراسة مقارنة -

من إعـداد الطالبة:
معروف عائشة

إشراف الأستاذ الدكتور:
عماري براهيم

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة	الصفة	مؤسسة الانتماء
أ.د رباحي أحمد	أستاذ	رئيسا	جامعة الشلف
أ. د. عماري براهيم	أستاذ	مشرفا ومقررا	جامعة الشلف
د. سكيل رقية	أستاذ محاضر - أ-	ممتحنا	جامعة الشلف
د.عيساوي عبد النور	أستاذ محاضر - أ-	ممتحنا	المركز الجامعي البيض
د. عليان عدة	أستاذ محاضر - أ-	ممتحنا	جامعة غليزان
د. برابح يمينة	أستاذ محاضر - أ-	ممتحنا	جامعة غليزان

السنة الجامعية: 2022-2023

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

{ ومنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ }

سورة الروم، الآية 21.

{أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَىٰ نِسَائِكُمْ ۚ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ ۗ}

سورة البقرة، الآية 187.

إهـــــــــــــــداء

أهدي ثمرة جهدي:

إلى روح أبي الغالي رحمه الله وتغمده برحمته الواسعة.

إلى روح أمي الحبيبة التي تمنت لي النجاح دائما، أسكنها الله فسيح جناته.

إلى كل أفراد عائلتي كبيرا وصغيرا، خاصة أخي "علّي" وأخواتي، الذين كانوا لي عونا وسندا طيلة مشواري الدراسي.

إلى كل زملائي وزميلاتي من جامعة الشلف وجامعة غليزان.

إلى كل من ساعدني من قريب ومن بعيد، وكل من دعا لي بالتوفيق والنجاح.

عائشة معروف

شـكـــر و تقـديـــر

الحمد لله الذي بفضله تتم الصالحات، الحمد لله الذي أعانني على إتمام هذه الرسالة، نحمده ونشكره ونستعينه ، نعم المولى و النصير.

أتقدم بشكري الجزيل للأستاذ المشرف عماري براهيم، على التوجيهات والتصويبات التي قدمها لي من أجل إنجاز هذا العمل، جزاه الله عنّي كل خير.

وأتقدم بشكري الخالص إلى الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة، رئيس اللجنة الأستاذ رباحي أحمد، والسادة الأساتذة الممتحنين، الأستاذة سكيل رقية - مع شكر خاص وجزيل وامتنان كبير-، الأستاذ عيساوي عبد النور، الأستاذ عليان عدة، الأستاذة برابح يمينة، على تفضلهم بقراءة هذا العمل، وعلى ما بذلوه من جهد لمناقشته وتقييمه .

عائشة معروف

قائمـــــــة لبعض المختصـــــرات

أولا : باللغة العربية

ق.أ.ج.	:	قانون الأسرة الجزائري
ق.م.ج.	:	القانون المدني الجزائري
ق.ع.ج.	:	قانون العقوبات الجزائري
م.أ.م.	:	مدونة الأسرة المغربية
م.ج.م.	:	المدون الجنائية المغربية
م.أ.ش.ت.	:	مجلة الأحوال الشخصية التونسية
م.ج.ت.	:	المجلة الجزائية التونسية
ق.أ.ش.م.	:	قانون الأحوال الشخصية المصري
ق.ع.م.	:	قانون العقوبات المصري
ق.أ.ش.أ.	:	قانون الأحوال الشخصية الأردني
ق.ع.أ.	:	قانون العقوبات الأردني
ق.أ.ش.س.	:	قانون الأحوال الشخصية السوري
ق.ع.س.	:	قانون العقوبات السوري
ق.أ.ش.ع.	:	قانون الأحوال الشخصية العراقي
ق.ع.ع.	:	قانون العقوبات العراقي
ق.م.ف.	:	القانون المدني الفرنسي
ق.ع.ف.	:	قانون العقوبات الفرنسي
غ.أ.ش.	:	غرفة الأحوال الشخصية
م.ق.	:	المجلة القضائية
د.س.ن.	:	دون سنة نشر
ج.ر.	:	الجريدة الرسمية
ص.	:	صفحة
ح.	:	حديث

ط. : طبعة

ثانيا : بالغة الفرنسية

p. : page

op.cit : Ouvrage précité

art. : Article

N°. : Numéro

Vol. ; volume

مقدمة

مقدمة:

إذا كان الإنسان بوصفه كائنا اجتماعيا لا يستطيع أن يعيش وحيدا، وحاجته إلى التواصل فطرية، فكونه ذكرا أو أنثى حاجته إلى الآخر غريزية وأكثر إلحاحا، لأن الله عز وجل فطره على القرب من الجنس الآخر ليحقق الغاية التي من أجلها استخلفه الله في الأرض، فكان الزواج ذلك الرباط المقدس هو السبيل لتحقيق ذلك، فيدفع الإنسان ذكرا كان أو أنثى به شهوته، ويحصن نفسه، ويسد حاجة الأنس والألفة لديه بالقرب من زوجه ومشاركته تفاصيل حياته، ويكون أسرة ينهض راعيا لها، قائما بأعبائها بحسب دوره فيها، فينفع أسرته وينتفع منها، ثم ينجب أطفالا يسهر على تنشئتهم تنشئة صالحة فيحقق غاية أخرى للزواج هي التناسل وإعمار الأرض.

وإذا كان انتماء الانسان إلى مجتمع معين ينتج عنه بالضرورة احتكاكه مع غيره في علاقات يفرض تقاطعها شد وجذب بينه وبين غيره، فكيف الأمر بالزوجين اللذين تربط بينهما العلاقة الأكثر قربا وحميمية، والتي تجعل أحدهما نصفا للآخر ولباسا له، ورغم أن الزوجين يكملان بعضهما في الزواج إلا أنهما لا ينصهران فيه، بل يبقى لكل زوج كيانه، وطباعه، وميولاته، وشخصيته، وهذا ما يجعل الحياة الزوجية لا تخلو من الاختلاف، ومن النزاع والشقاق، وحتى الظلم والتسلط أحيانا وهي سلوكات واقعية لا يمكن إنكارها.

فكان لا بد من تحديد مساحة كل طرف قي هذه العلاقة الزوجية؛ ماله وما عليه لصاحبه، تجنبا لأي تماس أو تصادم، فإن حدث ووقع هذا التصادم يكون كل طرف على دراية بحقوقه وواجباته ويعرف بذلك المخل بالتزاماته من المتضرر من هذا الإخلال.

وهذا ما قامت به شريعتنا الإسلامية الغراء التي لم تكتف بالاعتراف بالغريزة الجنسية، ورسم حدود لها في إطار عقد الزواج، بل تخطت ذلك إلى تنظيم الحياة بين الزوجين ما بعد الزواج بمجموعة من الأوامر والنواهي تضمنتها النصوص القرآنية، وصور ومشاهد من بيت النبوة وقعها سيد الخلق في عشرته لزوجاته أمهات المؤمنين، وفي كتب الفقه الإسلامي التي أثرى أصحابها بآرائهم، وتفسيراتهم المختلفة، باختلاف مذاهبهم أحكام الزواج، والعشرة الزوجية، وحقوق الزوجين وواجباتهما.

وقد وصف المولى عز وجل العلاقة بين الزوجين بالسكن الذي قوامه المودة والرحمة، قال تعالى:" وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ (21)"[1]، فالسكن هنا يكون أثرا مباشرا للزواج، تاليا له، والذي يتجسد من خلال قيام كل طرف بتأدية حقوق الطرف الآخر، وفي

[1] - سورة الروم، الأية 21.

المقابل الحصول على حقوقه، ليتحقق هذا السكن في معناه المادي والمعنوي، ومن ذلك كان الالتزام بالمساكنة مفروضا على الزوجين كأهم أثر لعقد الزواج تنطوي تحته كل السلوكات التي تنضبط معها الحياة الزوجية وتحقق أهداف الزواج وغاياته.

وسنحاول من خلال هذا البحث الخوض في التزام المساكنة بين الزوجين، والذي يعتبر خوضا في حقوق وواجبات الزوجين التي عنيت الشريعة الإسلامية بتقريرها كما رأينا، وساهم فقهاءها في تفسيرها وتفصيلها وبيان جزئياتها، التي ظهرت في كتاباتهم مصبوغة بلا شك بما كان سائدا ذلك الزمان، فيما تعلق بدور المرأة في الأسرة ومدى سلطة الرجل عليها، والذي اختلف بمرور السنين وصولا إلى وقتنا الحالي أين أصبحت المرأة تلعب دورا محوريا في الأسرة، حتى كدنا نلمس في بعض الأسر غيابا للرجل رغم وجوده المادي، وأصبح دور بعض الرجال في أسرهم رمزيا دون أدنى تحمل لأعباء ومسؤوليات الأسرة والزواج.

ومن هنا تتبين أهمية هذه الدراسة من الناحية العلمية، والتي حاولنا من خلالها تسليط الضوء على حقوق وواجبات الزوجين التي تشكل في مجموعها التزام المساكنة المفروض على طرفي عقد الزواج، والوقوف على أبعاد هذا الالتزام كما قررته الشريعة الإسلامية وبيان حدوده في قوانين الأحوال الشخصية والتي يفترض أنها اشتقت مضمون هذا الالتزام من الشريعة الإسلامية، دون أن ننسى أنها حاولت مواءمة كل ذلك مع الصكوك والمعاهدات الدولية التي صادقت عليها[1]، والتي تخص حقوق المرأة ومساواتها مع الرجل[2]، غير أنه تبين عدم جدوى ذلك في تنظيم شؤون الأسرة لاختلاف أساس كل مصدر على اعتبار أن تنظيم شؤون الأسرة والزوجين، كان من خالق الرجل والمرأة العليم بصفاتهما وأحوالهما وما يصلح لكل منهما.

وكان من بين آثار ذلك أن الزوجة أرادت المساواة مع الزوج في الحقوق والواجبات وحاربت من أجل ذلك، والزوج تخلى لها تحت الضغط أو تقاعسا منه عن بعض من حقوقه التي أصبحت أعباء إضافية عليها، وسحب الرجل نفسه تدريجيا من مهامه وألقاها على الزوجة دون أن يتحمل جزءا من أعبائها، فكانت النتيجة عكس المراد.

[1] - صادقت الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-51 المؤرخ في 22 جانفي 1996، الجريدة الرسمية رقم 6 المؤرخة في 24 جانفي 1996.

[2] - كان لمصادقة الجزائر والدول العربية على اتفاقية سيداو والمتعلقة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الأثر البالغ على قانون الأسرة الجزائري، وما صاحب ذلك من تعديلات له في 2005، مست أركان انعقاد الزواج ، وحقوق الزوجية وإعادة النظر في مسألة القوامة وواجب الطاعة، وكذا طرق انحلال الرابطة الزوجية و آثارها. ينظر في تفصيل ذلك: بركاهم لنقار، مصادقة الجزائر على اتفاقية سيداو وتأثيرها عل قانون الأسرة الجزائري، مجلة السياسة العالمية، مخبر الدراسات السياسية والدولية، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، مجلد 5، عدد3، الجزائر، 2021، ص.ص444-455. محمد لمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2004، ص.ص 4-5.

فأصبحت الزوجة الآن مطالبة بأن تساهم في النفقة؛ وأن تبقى في عملها؛ وأن تنجب أطفالا، وألا تهمل تربيتهم؛ وأن ترعى زوجها وتؤدي حقوقه؛ والكثير الكثير من الأعباء التي لا تنتهي، فلم يعرف هذا الرجل واجباته الشرعية أو تناساها، ولم تعرف هذه الزوجة حقوقها الشرعية، وغابت بذلك أوجه عديدة للمساكنة في مثل هذه العلاقات رغم أن أطرافها يسكنون تحت سقف واحد، وهي نماذج تنتشر الآن في مجتمعنا اتشارا واسعا.

ناهيك عن الإخلالات الأخرى بالتزام المساكنة التي يصل فيها الأمر إلى المطالبة أمام القضاء بإنهاء هذه الروابط الزوجية التي أصبحت تستنزف قوة أحد طرفيها وطاقته بدلا من أن تكون له سكنا واستقرارا، وتظهر بذلك الأهمية العملية لموضوع الدراسة، بضرورة الوعي لأسباب هذا التفكك للعلاقات الزوجية، حيث أصبح المتوقع عند إبرام كل عقد زواج انحلاله في سنته الأولى، وبات من الغريب المثير للإعجاب استمرار هذا الزواج سنوات أوعمرا، فانقلبت الموازين وأصبح الاستثناء أصلا.

وهذا من الأسباب التي دفعتني لخوض النقاش في موضوع التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال به، لأن نسب فك الرابطة الزوجية لا تبشر بخير أبدا، فبات من الضروري البحث في مسببات ذلك ودواعيه؛ إن كان قصورا في قواعد القانون التي نظمت حقوق الزوجين وواجباتهما؛ أوفشل القضاء الذي لم يفلح في تفسير نية المشرع وقصده؛ أو كان الزوجين أنفسهما اللذين لم ينضجا بعد ليكونا أسرة أو لم يفهما بعد معنى الزواج وجوهره؛ أو المجتمع والبيئة التي أصبحت متشبعة بعادات غربية غريبة، وأصبح متاحا فيها لكل شخص ما كان في زمن مضى لا يتاح إلا في الأسرة وفي إطار عقد الزواج.

وقد حاولت قدر الإمكان الالتزام بالموضوعية، وألا أنحاز لبنات جنسي على حساب الرجال، لأن المسألة ليست إثباتا للذات أو ندية بين الجنسين بل هي أعمق من ذلك، إن صلاح الأسرة والمجتمع على المحك، فلا وقت لاستعراض القوى ولا طائل من ذلك، بل المطلوب تظافر جهود الرجل والمرأة بوصفهما زوجين وحرصهما على أن يسود حياتهما الوفاق والألفة، فينعكس هذا الانسجام والتناغم على الأسرة والأبناء ومن ثم على المجتمع ككل، فيصلح بذلك الحال والمآل.

ومن بين الأهداف التي تسعى هذه الدراسة لتحقيقها تحديد مفهوم لالتزام المساكنة من أجل تكريس ميزة تبادلية الحقوق الزوجية، لأن إضافة مصطلح المساكنة للالتزام يقتضي ذلك، وليست هذه غايتنا بقدر ما هي وسيلة، إذ ببيان تفاصيله وجزئياته تتضح الحدود والمعالم التي في نطاقها يتعايش الزوجان فيسهل بذلك معرفة الإخلال وتقصيه، ووضع جزاء له يتناسب وحجم هذا الإخلال ومدى مساسه بحقوق الطرف الآخر، ويكون ذلك إما

بعقاب المعتدي على حقوق الطرف الآخر أو جبر ضرر المتضرر من الإخلال بحسب الأحوال، المهم أن يتحقق مفهوم الردع، إما خوفا من العقوبة أو خوفا من الغرم.

وهذه هي الغاية الأساسية، ألا يبادر أي من طرفي العلاقة الزوجية إلى الإخلال بالتزام المساكنة والإضرار بالطرف الآخر أقله متعمدا، وإن كان هذا شبه مستحيل من الناحية العملية، لكن على الأقل تقليل نسب هذا الإخلال إلى أدنى المستويات .

إن وضع نظام قانوني يتعلق بالتزام المساكنة وآثار الإخلال به من شأنه أن يجمع بين طياته كل ما يتعلق بحقوق الزوجين في علاقتهما ببعضما البعض، ومن شأنه أن يسهل على الباحث في هذا المجال ويختصر عليه الكثير من الجهد الذي قد يبذله في محاولة لجمع شتات هذا الموضوع الذي تناثرت أحكامه بين فصول عديدة.

فإذا كان الزواج بوصفه عقدا يجمع بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي وتنشأ كآثار له حقوق وواجبات على عاتق طرفيه مشكلة التزاما بالمساكنة، فما هو مفهوم هذا الالتزام وما هي حدوده؟ وماهي الآثار المقررة للإخلال به في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية؟

وبالنسبة للإخلال بالتزام المساكنة وصور هذا الإخلال الذي رتبت عليه القوانين الوضعية آثارا وجزاءات، فهل كانت هذه الجزاءات على قدر الإخلال؟ أم أنها بالغت أحيانا ولم ترق أحيانا أخرى لمستوى الزجر والردع اللازمين لتجعل كل زوج يفكر مرارا قبل الإقدام على الإخلال بواجباته الزوجية؟

وإذا كانت أغلب قوانين الأحوال الشخصية محل المقارنة لم تنص على التزام المساكنة بين الزوجين صراحة، إلا أنها نصت على حقوق الزوجين في مواجهة بعضهما البعض فيما يعد كل حق لطرف واجبا على الآخر، فهل جسدت هذه التشريعات بذلك تبادلية الحقوق الزوجية؟ وهل يقتضي هذا المساواة بين الرجل والمرأة حتى في الأعباء الأسرية؟ أم أن التكامل هو ما يصاحب تبادلية الحقوق والواجبات وليس المساواة؟

وبالنسبة لحدود هذه الدراسة، ففي الموضوع ركزت على المساكنة بين الزوجين، وبذلك تخرج كل مساكنة دون عقد الزواج، مما شاع اليوم في بعض الأقطار العربية للأسف تحت غطاء التحرر والمساواة، وبذلك تعنى هذه الدراسة بالمساكنة بين الزوجين التي ترتب حقوقا وواجبات نبين مضمونها وكيفيات الوفاء بها، وكذا صور الإخلال بها والجزاءات المترتبة عليه، فتنصب دراستنا بالنسبة للقانون الجزائري على المادة 36 من ق.أ.ج. كأساس لتضمنها الحقوق والواجبات الزوجية، بالإضافة إلى المواد الأخرى التي تتعلق بصور للإخلال بهذه الواجبات الزوجية وكذا المواد المتعلقة بفك الرابطة الزوجية بمختلف صورها كجزاء مقرر لهذا الإخلال؛ وبالموازاة مع ذلك سنتطرق إلى ما يقابل هذه المواد في

تشريعات عربية متعلقة بالأحوال الشخصية اخترناها من بين التشريعات الآخرى المتبقية، إما لثراء نصوصها أو لاختلاف أحكامها مع القانون الجزائري أو لتطرقها بشكل صريح لالتزام المساكنة على خلاف التشريع الجزائري، فكانت تشريعات كل من المغرب وتونس ومصر والأردن وسوريا والعراق محلا لعقد مقارنات معها، كلما أسعفنا الأمر والمادة العلمية لذلك، كما أدرجنا ضمن هذه المقارنات القانون المدني الفرنسي باعتباره متضمنا لأحكام عقد الزواج وآثاره في القانون الفرنسي، من أجل إبراز الصبغة المادية التي يصبغها هذا القانون على عقد الزواج، واستمراره في تجريده من كل معانيه الروحية التي وضعتها فيه الشريعة المسيحية، وكل ذلك يقارن ابتداء وانطلاقا من أحكام الشريعة الإسلامية في موضوع حقوق الزوجين، وآثار الإخلال بهذه الحقوق، والتي أسعفني ثراء مؤلفات فقهائها وتنوعها وتطرقها لدقائق في غاية التفصيل والأهمية في استكمال النقص وسد القصور الذي اعترى النصوص والمؤلفات القانونية المتعلقة بالأحوال الشخصية، كما حاولت الوصول كلما أتيح لي ذلك إلى موقف القضاء من التزام المساكنة بين الزوجين ومفهومه، ومضمونه وآثار الإخلال به، حيث يعتبر القضاء بمثابة الفاحص للقواعد التي قررها القانون، ومدى صلاحيتها وجديتها في حل النزاع وتبديد الشقاق بين الزوجين، بما أتيح للقاضي من صلاحيات تخول له الصلح والتوفيق كلما استطاع إلى ذلك سبيلا.

وكان من بين الصعوبات التي واجهتني وأنا بصدد إعداد هذا البحث، صعوبة أولى تمثلت في تحديد مفهوم المساكنة ونطاقه كالتزام مفروض على الزوجين، فلم تحتو أغلب المراجع العلمية المتعلقة بالأحوال الشخصية سواء القديمة منها والحديثة على تحديد واضح لالتزام المساكنة، رغم احتواء أغلبها على تفصيل الحقوق الزوجية، وبالنسبة للمراجع القليلة جدا التي تطرقت للمساكنة كأثر للزواج لم تسهب فيه بشكل مرضي، وفسر بعضهم المساكنة بالسكن فاقتصروا على مفهومها المادي، وزاد بعضهم التزام الزوجين بالمعاشرة الزوجية، فكان من العسير محاولة صياغة مفهوم دقيق لهذا الالتزام وتحديد مقتضياته.

وصعوبة أخرى وعلى خلاف الأولى تمثلت في وفرة المعلومات وتشعب التقسيمات فيما يتعلق بالإخلال بمضامين الالتزام بالمساكنة وآثاره، والتي امتدت لتتعدى حدود الأحوال الشخصية لتصل إلى قوانين أخرى، ونقصد القانون المدني، والقانون الجنائي، فكان من الصعب حصر صور الإخلال وآثاره في كل هذه القوانين، بالإضافة إلى صعوبة الموزانة من حيث التقسيمات بين القسم المتعلق بمفهوم المساكنة بمضامينه والقسم المتعلق بالإخلال بهذا الالتزام وآثاره، فحاولت قدر الإمكان المحافظة على التوازن الموضوعي والشكلي وإن تعذر الأمر في مسائل معينة لتشعب أحكامها وكثرة الإجراءات المتعلقة بها[1].

[1] - من المسائل التي تشعبت أقسامها مسألة التفريق القضائي باعتباره أثر للإخلال بالتزام المساكنة، والذي تتعدد صوره خاصة في تشريع الأسرة الجزائري الذي هو منطلقنا، حيث تضمنت المادة 53 من ق.أ.ج. عشر (10) حالات للتطليق، =

وصعوبة أخرى تعلقت بقلة المادة العلمية في القانون الجزائري فيما يخص حقوق الزوجين رغم كثرة المؤلفات المتعلقة بالأحوال الشخصية، والتي لا تعدو عن أن تكون إعادة لما كتبه علم أو علمين من أعلام قانون الأسرة الجزائري؛ وإما إعادة لنصوص قانون الأسرة مصحوبة باجتهاد قضائي وبدونه أحيانا أخرى و دون تعليق، مع الإشارة إلى أنه ومسايرة منها للمشرع الجزائري لم تتضمن أي من هذه المؤلفات الشارحة لقانون الأسرة الجزائري تعريفا أو تحديدا لمضمون المساكنة بين الزوجين.

أما بالنسبة للمراجع المتعلقة بشروحات قوانين الأحوال الشخصية العربية محل المقارنة فقد كانت نادرة جدا إن لم نقل معدومة، وليس لعدم وجودها، وإنما لعدم تمكني من الإطلاع عليها، فحاولت الاستعانة بالقليل المتوفر في مكتبات الكليات وركزت على مواد ونصوص القوانين المنظمة للأحوال الشخصية في التشريعات المختارة للمقارنة، كما استعنت أحيانا بالاقتباسات غير المباشرة فأخذت عن مراجع استعانت بالمراجع الشارحة لقوانين الأحوال الشخصية العربية.

بالإضافة إلى قلة الاجتهادات القضائية للمحاكم الجزائرية في بعض المسائل وانعدامها في مسائل أخرى، حيث وماعدا في مسائل الضرر الموجب للتفريق بمختلف صوره ومسكن الزوجية، كانت الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا لا تكاد تذكر فيما تعلق بمضامين التزام المساكنة أو الإخلال به، أما الاجتهادات القضائية في التشريعات الأخرى محل المقارنة فلا يمكن القول بندرتها إنما كان عائقا عدم الحصول على المراجع التي تتضمن هذه الاجتهادات، وماعدا الاجتهاد القضائي التونسي الذي أسعفني توفر مؤلف لفقه القضاء يتضمن نصوص مجلة الأحوال الشخصية كاملة معلقا عليها بقرارات المحاكم التونسية ومحكمة التعقيب، فقد جاء البحث ناقصا نوعا ما من حيث كم القرارات القضائية، وحاولت قدر الإمكان الاستعانة كلما أتيح لي ذلك بقرارات القضاء فيما يتعلق بجزئيات التزام المساكنة وصور الإخلال به وآثار ذلك.

وكان من بين الدراسات التي انطلقت منها وعلى ضوئها، رسالة دكتوراه للأستاذة فتيحة الشافعي الموسومة بـ" التزام المساكنة بين الزوجين وآثارالإخلال بها"[1]، تضمنت هذه الرسالة قسما أول معنون بـ مضمون الالتزامات القانونية المترتبة عن المساكنة بين الزوجين ونطاقها، وقسم ثان معنون بـ الإخلال بالالتزامات القانونية والاتفاقية المترتبة عن المساكنة وآثاره، تضمن القسم الأول أربعة أبواب تخص السكن؛ والإحصان؛ وحسن المعاشرة؛

= فكان من الضروري الوقوف على كل حالة للتفريق وبيان شروطها مع عقد مقارنات فيما يتعلق بها مع القوانين الأخرى محل المقارنة.

[1] ـ فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، رسالة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الخامس أكدال الرباط، المغرب، 2004.

والشروط الاتفاقية ومدى تأثيرها على التزام المساكنة، واحتوى القسم الثاني هو الآخر على أربعة أبواب تخص حالات الإخلال بالتزام السكن ببيت الزوجية وآثاره؛ وحالات الإخلال بالتزام الإحصان وآثاره؛ حالات الإخلال بالتزام حسن المعاشرة وآثاره؛ الإخلال بالشروط الاتفاقية وآثاره، وكانت الأستاذة قد اعتمدت في دراستها كأساس على مدونة الأحوال الشخصية المغربية الملغاة في 2004، واعتمدت أيضا على الفقه الإسلامي وخصت الفقه المالكي بالدراسة باعتبار المدونة تحيل إلى أحكامه فيما لم يوجد فيه نص، كما عقدت بعض المقارنات هنا وهناك مع تشريعات أخرى، وقد ساعدتني هذه الدراسة في تحديد إطار التزام المساكنة وأبعاده وما يحتويه من مقتضيات تجسدت في شكل عناوين كبيرة، أما من حيث الموضوع فكون الدراسة كانت منصبة على مدونة الأحوال الشخصية المغربية الملغاة، فقد كان جهد الأستاذة الباحثة مكرسا لكشف النقاب عن الثغرات والهفوات في هذه المدونة الملغاة لذلك كان من غير المجدي التركيز بشكل كبير على مسائل حتى القانون المغربي تخلى عنها بعد 2004، ولم يعد يأخذ بها في مدونة الأسرة الجديدة، والجدير بالتنويه أن الكثير من المسائل التي ناقشتها الأستاذة فتيحة الشافعي وانتقدت فيها المدونة القديمة تم تداركها من طرف المشرع المغربي في نصوص مدونة الأسرة الجديدة، وهذا إنما يدل على جدية وقيمة هذا البحث وبحوث أخرى كثيرة ساهمت في أن تخرج المدونة الجديدة بذلك الثراء، وتلك الشمولية.

ومن الدراسات التي اعتمدت عليها إلى حد ليس بالهين تستحق معه الذكر، مؤلف للأستاذ نور الدين أبو لحية بعنوان "الحقوق المادية والمعنوية للزوجة برؤية مقاصدية"[1]، والذي تضمن قسمين قسم أول معنون بالحقوق المادية للزوجة وقسم ثان معنون بالحقوق المعنوية للزوجة، تضمن القسم الأول فصلين اثنين، فصل أول تعلق بحق الزوجة في المهر؛ وفصل ثان تعلق بحق الزوجة في النفقة، وتضمن القسم الثاني خمس فصول، فصل أول تعلق بالحقوق الدينية؛ وفصل ثان تعلق بالحقوق الاجتماعية؛ وفصل ثالث تعلق بالحقوق الاقتصادية؛ وفصل رابع تعلق بحق الزوجة في العشرة الحسنة، وفصل خامس تعلق حق الزوجات في العدل، فأعانني هذا المؤلف على الإحاطة بحقوق الزوجة التي تترتب عن عقد الزواج ومختلف تفصيلاتها، وإن كانت هذه الدراسة تعلقت فقط بحقوق الزوجة، كما تعلقت بالجانب الشرعي دون القانوني.

بالإضافة إلى دراسات أخرى أفادني الإطلاع عليها والنهل منها، نسأل الله تعالى أن يجازي أصحابها عني خير الجزاء.

[1] - نور الدين أبو لحية، الحقوق المادية والمعنوية للزوجة برؤية مقاصدية، ط.2، دار الأنوار للنشر والتوزيع، لبنان، 2015،

وكنت اعتمدت من أجل الإجابة على الإشكالية المذكورة أعلاه المنهج الوصفي، من خلال عرض مختلف الآراء الفقهية القديمة والجديدة حول مفهوم المساكنة، وما يتضمنه من حقوق الزوجين وواجباتهما وتفسيرها من أجل صياغة مفهوم لالتزام المساكنة بين الزوجين ككل لا يتجزأ؛ وكان لا بد من الاستعانة بالمنهج التحليلي من أجل تحليل النصوص القانونية في مختلف التشريعات محل المقارنة وكذا الاجتهادات القضائية، في محاولة لفهم توجه كل من التشريع والقضاء بخصوص مفهوم التزام المساكنة و ضبط حدوده بناء على ما جاء فيها؛ دون أن ننسى المنهج المقارن، إذ وفي كل مراحل البحث ومختلف أجزائه وتفريعاته عقدنا مقارنات بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية في محاولة لبيان تمسك أو عدم تمسك هذه الأخيرة بما جاءت به أحكام الفقه الإسلامي في مسائل حقوق الزوجين والعشرة الزوجية والجزاءات التي قررتها عند الإخلال بهذه الحقوق، كما عقدنا مقارنات بين مختلف تشريعات الأحوال الشخصية العربية محاولين بيان الاختلاف بينها إن وجد في تنظيم تفاصيل التزام المساكنة وحقوق الزوجين محاولين تقييم مشرعنا الجزائري، وبيان مدى إلمامه بتفاصيل هذا الالتزام، كما قارنا أحيانا أخرى بين التشريعات العربية مستندة إلى الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي وبين القانون الفرنسي الذي يعتبر عقد الزواج عقدا مدنيا محضا، وما نتج عن هذا التصور المادي لعقد الزواج، الذي تراجع كنظام قانوني لمشاركة مجتمع الحياة في مواجهة أنظمة أخرى في المجتمع الفرنسي نبينها في حينها.

وبغية تحقيق الأهداف المسطرة لهذه الدراسة والإلمام بموضوع التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال به في نسق ثنائي يفرضه عنوان الرسالة، كان وجيها وذا فائدة تقسيم الدراسة إلى بابين اثنين.

جاء الباب الأول بعنوان "**مفهوم التزام المساكنة بين الزوجين** "، تضمن هذا الباب ثلاثة فصول.

وجاء الباب الثاني بعنوان **"الإخلال بالتزام المساكنة بين الزوجين وآثاره"**، تضمن هذا الباب ثلاثة فصول.

الباب الأول

مفهوم التزام المساكنة بين الزوجين

الباب الأول

مفهوم التزام المساكنة بين الزوجين

يتبلور أي مفهوم بتحديد معانيه ومضامينه، التي يسهل مع الإلمام بها فهم الموضوع واستيعاب أحكامه، ولما كان الخوض في التزام المساكنة بين الزوجين الذي يعتبر الأثر الأهم للزواج، هو خوض في حقوق وواجبات الزوجين، كان لا بد أن تكون انطلاقتنا من هذه الحقوق والواجبات ولكن مع محاولة لتنسيقها ودمج بعضها، وإعادة ترتيبها ليتشكل لدينا في الأخير مفهوم لالتزام المساكنة يتضمن بدوره مجموعة من الالتزامات.

والمقصود بالحقوق الزوجية التي تنشأ كآثر لعقد الزواج، وتكون في مجموعها التزام المساكنة، الحقوق التبادلية التي تشكل من جهة أحد الزوجين حقا ومن جهة الآخر التزاما، وبذلك يخرج النسب رغم أنه أثر لعقد الزواج، إلا أنه حق للأبناء اللذين يولدون نتيجة هذا الزواج على الأب، كما يخرج حق التوارث رغم أنه أثر لعقد الزواج، وهو حق للزوجين إلا أن تقريره لأحد الزوجين يفترض موت الآخر أي انتهاء المساكنة.

ولأن الحقوق الزوجية ليست كلها حسية بل قد تأخذ هذه الحقوق الطبيعة المعنوية، والتي لم تخل كتب الفقه الإسلامي من الإشارة إليها، فيكون بذلك للمساكنة جانبين طبقا لطبيعة الحقوق والواجبات المحمولة على الزوجين، حيث لا تثير الحقوق المادية في العادة إشكالات إذ يستطيع المدين بها إثبات وفائه، كما يستطيع الدائن إثبات الإخلال بالوفاء بها على حسب الحال، وعلى العكس من ذلك يكون من الصعب على القاضي تقرير وفاء أو إخلال أحد الزوجين بالحقوق الزوجية ذات الطبيعة المعنوية، على أن ذلك لا يمنع القاضي من الاستعانة بمختلف القرائن بما لديه من سلطة تقديرية والتي تساعده في تحري صدق ادعاءات أحد الزوجين بعدم قيام الآخر بما عليه من حقوق للأول.

وبذلك يكون مفهوم المساكنة بين الزوجين قد اختلف طبقا للحقوق والواجبات الزوجية المتضمنة فيه، بين مضيق لمفهوم المساكنة، وبالتالي يقصرها على التزام واحد، وبين موسع لمفهوم المساكنة بين الزوجين فيدخل ضمنها كل الحقوق التبادلية بين الزوجين، وهو ما سنتناوله بالدراسة في هذا الباب، فنتطرق في الفصل الأول إلى مضمون التزام المساكنة بين الزوجين طبقا للمفهوم الضيق، ونتطرق في الفصل الثاني إلى مضمون التزام المساكنة طبقا للمفهوم الواسع.

ولأن التزام المساكنة بالزواج هو أثر لعقد الزواج يتأثر بما قد يطرأ من أحوال خاصة على هذا الزواج، فيختلف بذلك الوفاء به باختلاف هذه الأحوال، فخصصنا الفصل الثالث للوفاء بالتزام المساكنة في الأحوال الخاصة.

الفصل الأول

المفهوم الضيق لالتزام المساكنة بين الزوجين

الفصل الأول

المفهوم الضيق لالتزام المساكنة بين الزوجين

معلوم أن مصطلح المساكنة عند ذكره ينصرف فهم المتلقي سواء كان من غير أهل الاختصاص، أو حتى من بعض الدارسين للقانون إلى معنى يفيد مشاركة شخص لشخص آخر السكن وإقامته معه في مسكن واحد، وهذا هو المفهوم الضيق للمساكنة الذي أخذ به بعض الفقه.

والغالب أن الشخصين اللذين يتشاركان السكن هما رجل وامرأة يعيشان في بيت واحد، فإذا كانا مرتبطين بعقد زواج صحيح كان هذا التشارك في المسكن مساكنة شرعية، تقوم على التزام كل من الزوجين بالسكن مع الآخر وما يستتبعه هذا الالتزام من التزامات فرعية كالتزام الزوج بتوفير مسكن لائق للزوجة والتزام الزوجة بعدم الخروج منه إلى غير ذلك؛ أما إن كان الرجل والمرأة يتشاركان السكن دون عقد زواج يربط بينهما كانت هذه المساكنة غير شرعية، وهو ما يخرج عن إطار دراستنا.

لذلك سنحاول من خلال هذا الفصل التركيز ابتداء على بيان مفهوم المساكنة، عن طريق البحث عن معناها اللغوي لنحاول تحديد مفهومها في المبحث الأول، ومن ثم نتطرق إلى التزام السكن بمسكن الزوجية من أجل عرض مساحته وكيفية الوفاء به.

المبحث الأول

تعريف التزام المساكنة بين الزوجين طبيعته ونطاقه

قبل الخوض في أي موضوع وجب أولا تحديد مفهومه بمحاولة البحث عن معانيه من أجل صياغة تعريف له وبيان حدوده، وهو ما سنفعله في هذا المبحث المتعلق بمفهوم التزام المساكنة بين الزوجين.

وستجدونني أركز - في غير عادة البحوث القانونية- على المعاني اللغوية للمساكنة، ومعاني أوزانها، والجذر الي اشتقت منه الكلمة، في توسع قد لا يبدو ملائما لهذا النوع من البحوث، إلا أنني وجدت نفسي مدفوعة لذلك في غياب تعريفات محددة للمساكنة، فكان لابد من هذه الاستفاضة للإحاطة بمختلف معاني السكن، في محاولة لتقريب ما يمكن أن تتسع المساكنة لتتضمنه.

دون أن ننسى البحث في المعنى الاصطلاحي للمساكنة بين الزوجين عند الفقهاء وفي تشريعات الأحوال الشخصية محل المقارنة، التي ركز أغلبها على حقوق وواجبات الزوجين فيما اعتبرناه ابتداء المنطلق الذي نؤسس منه لالتزام المساكنة بين الزوجين.

ومن أجل أن تتضح الصورة أكثر فأكثر لم أكتف بالبحث في معاني المساكنة بل حاولت تحديد نطاق المساكنة بين الزوجين، بالنظر إلى بعض الأحوال التي تتلاشى فيها نوعا ما الحدود فتختلط المفاهيم وتتداخل، فكان من الضروري تسليط الضوء على مركز التزام المساكنة من هذه المسائل ومساحته فيها.

المطلب الأول

تعريف التزام المساكنة بين الزوجين وطبيعته

من أجل الوصول لتعريف التزام المساكنة بين الزوجين سنخوض أولا في التعريف اللغوي للمساكنة (الفرع الأول)، ومن ثم نتطرق للتعريف الاصطلاحي بين ما جاء به الفقهاء وما نصت عليه التشريعات لنستبين العلاقة بين التعريفين وإذا ما كان الفقه قد وظف المعنى اللغوي في المعنى الاصطلاحي لالتزام المساكنة (الفرع الثاني).

ولنبين وبناء على ما تم التوصل إليه من معاني المساكنة، طبيعة التزام المساكنة بين الزوجين (الفرع الثالث).

الفرع الأول

التعريف اللغوي للمساكنة

إن لفظ المساكنة مشتق من الجذر "سكن"، فوجب أولا بيان معنى هذا اللفظ لغة (أولا)، ولأن وزن الكلمة الصرفي يغير من معناها كان لا بد من بيان معاني وزن "المساكنة" (ثانيا)، لنبين معنى المساكنة بدلالة المفاعلة(ثالث)، لنتطرق بعدها إلى معاني المساكنة والسكن في القرآن الكريم (رابعا).

أولا : معنى السكن لغة

سكن الشيء سكونا: ذهبت حركته وقرّ، وفي الصحاح: استقر وثبت، وقال ابن الكمال رحمه الله:"السكون عدم الحركة عما من شأنه أن يتحرك، فعدم الحركة عما ليس من شأنه أن يتحرك لا يكون سكونا، فالموصوف به لا يكون متحركا ولا ساكنا، ونقول سكنت الريح والمطر والغضب، وسكن الرجل: سكت ونقول سكن الألم: خفت حدته وسكن الوجع، وسكن الحرف ظهر غير متحرك ومنه السكّان وهو ما تسكن به السفينة وتمنع به عن الحركة والاضطراب[1].

[1]- محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، الجزء 35، الطبعة الأولى، مطبعة التراث العربي، الكويت، 2001، ص. 197.محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، المجلد 13، دار صادر للنشر، لبنان، 1414هـ، ص. 211.

ويأتي سكن بمعنى أقام بالمكان واستوطنه، وسكن: عمّر وأسكن[1]، ونقول ساكن الجنان، وبيت مسكون: تسكنه الأشباح، وأسكن يسكن إسكانا وأسكنه المكان: جعله يقيم فيه ويستوطنه، والاسم منه سكنى، والسكنى هي أن يسكن الرجل في داره، والسكن والمسكَن والمسكن(بكسر الكاف): المنزل والبيت، والسكن أهل الدار، واسم الجمع ساكن وساكن يساكن مساكنة فهو ساكن والمفعول مساكن، ساكن والده: أقام معه في دار واحدة، وساكن زميله سنة كاملة[2].

والسكن كلما سكنت إليه واطمأننت به من أهل وغيره، وربما قالت العرب السَكَن لما يسكَن إليه، ومنه قوله تعالى:"جَعَلَ اللَّيْلَ سَكَنًا "[3]، والسكَن المرأة لأنها يسكن إليها، وسكن إليه استأنس به والسَّكَن بالتحريك النار لأنه يستأنس بها، كما أنها مؤنسة، والسكن الرحمة والبركة، وبه فسر قوله تعالى:" إِنَّ صَلَاتَكَ سَكَنٌ لَّهُمْ"[4]، أي رحمة وبركة، والسُّكنة الطمأنينة، والجمع سُكَن وسُكُنات وسُكَنات، والسكينة مصدر على وزن فعيلة وهي الهدوء والطمأنينة والخشوع [5] من قوله تعالى:"هُوَ الَّذِي أَنزَلَ السَّكِينَةَ فِي قُلُوبِ الْمُؤْمِنِينَ لِيَزْدَادُوا إِيمَانًا مَّعَ إِيمَانِهِمْ "[6]، وأسكن الشيء هدأه وأوثق حركته، وأسكن لهيب النار أخمدها، وأسكن الحرف: جعله من غير حركة[7].

والسكينة الوداعة والوقار، وقوله عز وجل:" فِيهِ سَكِينَةٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَبَقِيَّةٌ"[8] قال الزجاج: معناه فيه ما تسكنون به إذا أتاكم. والسكونة: رقة ورأفة، لطافة، حلم و وداعة، والمسكنة: فقر وضعف وحرص على الدنيا[9] قال تعالى:" وَضُرِبَتْ عَلَيْهِمُ الذِّلَّةُ وَالْمَسْكَنَةُ"[10] وإذا اشتقوا منها فعلا قالوا تمسكن الرجل أي صار مسكينا، وقال الجوهري: المسكين الفقير،

---

[1]- أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، المجلد الثاني، ط.1، عالم الكتب، مصر، 2008، ص.1086. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، شركة دار الأرقم بن الأرقم للطباعة والنشر والتزيع، لبنان، 2011، ص.799. رينهارت دوزي، ترجمة محمد سليم النعيمي، تكملة المعاجم العربية، الجزء 6، دار الرشيد للنشر والتوزيع، العراق، 190، ص.108.

[2]- أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، المرجع السابق، ص.ص 1086- 1087. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط،المرجع نفسه، ص. 800.

[3] - سورة الانعام، الآية 96.

[4]- سورة التوبة، الآية 103.

[5]- ابن منظور،لسان العرب، المرجع السابق، ص. 212. محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، المرجع السابق، ص.ص199-200. إميل بديع يعقوب، المعجم المفصل في الجموع، دار الكتب العلمية، لبنان، 2004، ص. 225.أحمد عمر المختار، المعجم الموسوعي لألفاظ القرآن الكريم وقراءاته، ط.1، مؤسسة سطور المعرفة، السعودية، 2006، ص. 241.

[6]- سورة الفتح، الآية 4.

[7]- أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، المرجع السابق، ص. 1087.

[8]- سورة البقرة، الآية 242.

[9]- ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ص. 213.أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، المرجع السابق، ص. 1088.

[10]- سورة البقرة، الآية 61.

وقد يكون بمعنى الذلة والضعف، ونقول تمسكن لربه: تضرع، وتمسكن إذا خضع لله، ونقول استكان الرجل أي خضع وذل[1].

وبذلك يأتي السكن بمعنى الثبات والاستقرار والتوقف عن الحركة، وكذا الإقامة في مكان واحد واستوطانه، ويأتي أيضا بمعنى الطمأنينة والهدوء والاستئناس، وبمعنى الذل والخضوع.

ثانيا: معاني أوزان ساكن ومساكنة

ولفظ المساكنة الذي نحن بصدد شرح معناه يأتي على وزن مفاعلة، وهي مصدر لـ: فَاعَلَ[2]، وفي معاني فَاعَلَ جاء في شرح الشافية لابن حاجب: " **وفَاعَلَ لنسبة أصله إلى أحد الأمرين متعلقا أحدهما بالآخر للمشاركة صريحا فيجيء العكس ضمنا"**، وقوله **"لنسبة أصله"**: أي لنسبة المشتق منه فَاعَلَ **"إلى أحد الأمرين":** أي الشيئين، ومثال ذلك: أنك أسندت في "ضارب زيد عمرا" أصل ضارب -أي ضرب- إلى زيد، وهو أحد الأمرين أعني زيدا أو عمرا، وهم يستعملون الأمر بمعنى الشيء فيقع على الأشخاص والمعاني، وقوله **"متعلقا بالآخر"** الذي يقتضيه المعنى أنه حال من الضمير المستتر في قوله "لنسبة" وذلك أن ضارب في مثالنا متعلق بالآخر وهو عمرو، وتعلقه به لأجل المشاركة التي تضمنها فانتصب الثاني لأنه مشارَك- بفتح الراء- في الضرب لا لأنه مضروب، والمشَارك مفعول[3].

وقوله **"متعلقا بالآخر للمشاركة"** الآخر هنا هو المشارَك ويتعلق به معنى فَاعَلَ لكونه متضمن معنى المشاركة لا أصله، ففي قولك "ضارب زيد عمرا" الضرب متعلق بعمرو لأنه مفعول له، لكن انتصابه ليس لكونه مضروب بل لكونه مشَارَكا[4]، وقوله **"صريحا"** أي أن أحد الأمرين صريحا مشارِك -بكسر الراء- والآخر مشَارَك - بفتح الراء، فيكون الأول فاعلا صريحا ويكون الثاني مفعولا صريحا، وقوله **"يجيء العكس ضمنا"** أي

---

[1]- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، المرجع السابق، ص. 805.

[2]- جاء في شرح الشافية لابن الحاجب عن الفرق بين فاعل وتفاعل:{ "فاعل" لاقتسام الفاعلية والمفعولية لفظا والاشتراك فيهما معنى، و"تفاعل" للاشتراك في الفاعلية لفظا وفيها وفي المفعولية معنى، واعلم أن الأصل المشترك فيه في بابي المفاعلة والتفاعل يكون معنى، وهو الأكثر، نحو ضاربته وتضاربنا...، ثم اعلم أنه لا فرق من حيث المعنى بين فاعل وتفاعل في إفادة كون الشيء بين اثنين فصاعدا، وليس كما يتوهم من أن المرفوع في باب فاعل هو السابق بالشروع في أصل الفعل على المنصوب، بخلاف باب تفاعل...فكذا ضارب زيد عمرا أي شاركه في الضرب، وتضارب زيد وعمرو أي تشاركا فيه، والمقصود من شاركه وتشاركا شيء واحد مع تعدي الأول ولزوم الثاني ، ينظر رضي الدين محمد بن الحسن الاستراباذي، شرح شافية ابن الحاجب مع شرح شواهده لعبد القادر البغدادي، الجزء 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1982، ص. ص100-102.

[3]- المرجع نفسه، ص.96.

[4]- المرجع نفسه، ص. 97.

يكون المنصوب مشاركا -بكسر الراء- والمرفوع مشارَكا -بفتح الراء- ضمنا، لأن من شاركته فقد شاركك، فيكون الثاني فاعلا والأول مفعولا، من حيث الضمن والمعنى[1].

ثالثا:معنى المساكنة بدلالة المفاعلة

وإذا ما أسقطنا معنى وزن المفاعلة على لفظ المساكنة، تكون المساكنة مصدرا للفعل ساكن والذي ينسب أصله أي "سكن" إلى أحد الأمرين، وفي قولنا "ساكن الزوج زوجته" أسندنا السكن إلى الزوج على أن معنى السكن يتعلق أيضا بالزوجة للمشاركة التي تضمنها، فيأتي بذلك لفظ "الزوجة" منصوبا لأنه مشارَك في السكن، ويكون الزوج فاعلا صريحا وهو المشارِك- بكسر الراء- وتكون الزوجة مفعولا صريحا وهي المشارَك- بفتح الراء-، غير أن العكس يأتي ضمنا، فيكون كلا من الزوج والزوجة فاعلا ومفعولا من حيث الضمن ومن حيث المعنى، لأن من ساكنته قد ساكنك والعكس صحيح.

ويكون معنى ساكن شخص الآخر: شاركه معاني السكن التي وقفنا عليها أعلاه، وتأتي المساكنة بمعنى مشاركة شخصين أحدهما للآخر معاني السكن السالفة منها المادية وهي الاستقرار والثبات وعدم الحركة والإقامة في مكان معين، وأخرى معنوية تفسر السكن بالطمأنينة والهدوء والاستئناس والخضوع والذل.

رابعا- معاني المساكنة في القرآن الكريم

جاءت آيات القرآن الكريم متضمنة لفظ السكن بين الزوجين صراحة وضمنا، ففي قوله تعالى:" وَقُلْنَا يَا آدَمُ اسْكُنْ أَنتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ وَكُلَا مِنْهَا رَغَدًا حَيْثُ شِئْتُمَا وَلَا تَقْرَبَا هَٰذِهِ الشَّجَرَةَ فَتَكُونَا مِنَ الظَّالِمِينَ (35)"[2] وقول الله تعالى لآدم اسكن: معناه لازم الإقامة، وهو لفظ أمر ومعناه الإذن، واختلف في الجنة التي أسكنها الله آدم[3]، هل هي جنة الخلد أم جنة أخرى[4]، والسكنى من السكون لأنها استقرار ولبث، والله أمر آدم بسكن الدار بسكنها سكنى، إذا أقام فيها واتخذها منزلا ومأوى لا من سكن المتحرك سكونا إذا ترك الحركة واستقر في مكانه فليس المعنى اسكن في الجنة ولا تتحرك فيها، بل اتخذها منزلا وموضع إقامة، فأشار إلى

---

[1]- رضي الدين محمد بن الحسن الاستراباذي، شرح الشافية لابن الحاجب، المرجع نفسه، المرجع السابق، ص.98.

[2]- سورة البقرة، الآية 35.

[3]- حدثنا أبو زرعة ثنا عمرو بن حماد ثنا أسباط عن السدى قال: أخرج إبليس من الجنة، وأسكن آدم الجنة، فكان يمشي فيها وحشا ليس له زوج يسكن إليها، فنام نومة فاستيقظ وعند رأسه امرأة قاعدة خلقها من ضلعه، فسألها ما أنت؟ فقالت امرأة، قال: ولم خلقت، قالت: تسكن إلي، قالت له الملائكة ينظرون ما بلغ من علمه: ما اسمها يا آدم؟ قال: اسمها حواء، قالوا: ولما حواء، قال: إنها خلقت من شئء حي، فقال الله: " اسْكُنْ أَنتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ ". أنظر عبد الرحمان بن محمد ابن ادريس الرازي، تفسير القرآن العظيم مسندا عن رسول الله ﷺ والصحابة التابعين، المجلد الأول، الطبعة الأولى، مكتبة نزار مصطفى الباز، السعودية، 1997، ص. 85.

[4]- عبد الرحمان الثعالبي المالكي، تفسير الثعالبي المسمى بالجواهر الحسان في تفسير القرآن، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 199، ص. 218.

الجهة المناسبة في النقل بقوله، لأنها استقرار أي لأن السكنى نوع من اللبث والاستقرار، والله تعالى لم يخاطب آدم وحواء أولا حيث لم يقل يا آدم وحواء اسكنا كما خاطبهما ثانيا بقوله "فكلا منها...ولا تقربا فتكونا"، مع أنه أخصر من أن يقال يا آدم اسكن أنت وزوجك تنبيها على أن المقصود بالخطاب هو آدم، والذي عطف على آدم تبع له فيما نودي لأجله، كما أنه تبع له في الإعراب لأنه زوجته وزوجة الرجل تبع له، وصح أن يؤمر الغائب بصيغة افعل تغليبا للمخاطب عليه، وقيل إنما قال "اسكن" تنبيها على أنه تعالى لم يملكه إياها إنما أعارها وأنه سيخرجه منها، فإنه لو قال الرجل أسكنتك داري لا تصير الدار ملكا له، بل تكون عارية، فلما قال الله تعالى لآدم أسكنتك الجنة علم أنه سيخرجه منها وذلك لأنه خلقه لخلافة الأرض[1].

وقد جاء تفسير الآية الكريمة في قوله تعالى:" ۞ هُوَ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا"[2] أن الناس يرجعون إلى نفس واحدة في جنس واحد، ولذلك كانوا متجانسين ملتقين في طبيعة واحدة فهم من جنس واحد، أو نقول النفس الواحدة هي نفس آدم عليه السلام، وجعل الله تعالى زوجها من جنسها أو منها لتأنس روح كل منهما بصاحبه، والمؤدى من التخريجين واحد وهو التجانس التام بين النفسين، سواء فسرنا النفس[3] بالوحدة الجنسية أم فسرنا النفس بآدم وحواء، وفي قوله "ليسكن إليها" أي ليستأنس ويطمئن كل منهما للآخر وتمتزج روحاهما[4].

وفي تفسير الآية الكريمة قال الله تعالى:"وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً"[5]، في قوله تعالى" وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا " فحواء خلقت من ضلع آدم وسائر النساء خلقن من نطف الرجال، أو لأنهن من جنسهم لا من جنس آخر، وقوله " لتسكنوا إليها" لتميلوا إليها وتألفوا بها فإن الجنسية علة للضم والاختلاف يسبب التنافر، وقوله "جعل بينكم" أي بين الرجال والنساء وبين أفراد الجنس الواحد، وقوله "مودة ورحمة" بواسطة الزواج حالة الشبق وغيرها بخلاف سائر

---

[1]- محمد بن مصلح الدين القوجوي محي الدين الحنفي، حاشية شيخ زاده على تفسير القاضي البيضاوي، الجزء الأول، مكتبة الحقيقة، تركيا، 1998، ص. 262.

[2]- سورة الأعراف، الآية 189.

[3]- ويلاحظ من الناحية البيانية أن الله عز وجل ذكر النفس في السياق بالسياق مرة بأنها مؤنثة الضمير عليها مؤنثة فقال عز وجل: " خلقكم من نفس واحدة وجعل منها زوجها"، فلما بين الله سبحانه وتعالى ثمرة ذلك التجانس، وهو التلاقح بين الذكر والأنثى ليبقى الوجود، وليكون ذلك التجانس منتجا أقصى غاياته، قال:" فلما تغشاها حملت حملا خفيفا" بين حينئذ الذكر والأنثى وأن الذي يغشى عند اللقاء المنتج بينهما هو الذكر، وأن التي تُغشى هي الأنثى، وبذلك تكون الثمرة الإنسانية هي نتيجة ما بينهما، ولذا عاد الضمير مذكرا فتغشى معناها، كان بينهما ما أوجبته الفطرة. أنظر محمد أبو زهرة، زهرة التفاسير، دار الفكر العربي، مصر، دون سنة نشر، ص. 3029.

[4]- محمد أبو زهرة، زهرة التفاسير، المرجع نفسه، ص.ص 3028-3029.

[5] - سورة الروم، الآية 21.

الحيوانات نظما لأمر المعاش، أو بأن تعيش الإنسان متوقف على التعارف والتعاون المحوج إلى التواد والتراحم، وقيل المودة كناية عن الجماع والرحمة عن الولد[1].

هذا وذكر السكن والمساكنة بصورة ضمنية في الآية، فجاء في قوله تعالى:" أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَىٰ نِسَائِكُمْ ۚ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ ۗ "[2]، قال ابن عباس ومجاهد وسعيد بن جبير والحسن وقتادة والسدي ومقاتل بن حيان يعني هن سكن لكم وأنتم سكن لهن، وقال الربيع بن أنس: هن لحاف لكم وأنتم لحاف لهن، وحاصله أن الرجل والمرأة كل منهما يخالط الآخر ويماسه ويضاجعه، فناسب أن يرخص لهم في المضاجعة في ليل رمضان، لئلا يشق عليهم[3]، وقد بين الله سبحانه وتعالى صلة الرجل بامرأته بأدق عبارة وأرق قول :"هن لباس لكم وأنتم لباس لهن"، فاللباس هو ما يستر البدن للرجل والمرأة، فالعلاقة بين الزوجين تجعل الزوجة كأنها لباس لزوجها تستره، وتمس جسمه، وتكون منه بمنزلة الشغار والدثار، وهو لها كأنه لباس يسترها، ويكون منها بمنزلة الشغار والدثار يلامس جسمها جسمه[4]، فلما كان الرجل والمرأة يعتنقان ويشتمل كل منهما على صاحبه شبه باللباس، قال الحجري:" إذا ما الضجيع ثنى عطفها، تثنت عليه فكانت لباسا"[5].

وقد جاء لفظ السكن صريحا في الآيات السابقة بمعنى الإقامة في المكان، والطمأنينة، والاستئناس، والألفة، وجاء اللفظ متضمنا في معنى اللباس، هذا الأخير الذي له وظائف الدفء، والستر، والاحتواء، والالتفاف، والالتصاق، فاستعار لفظ السكن بين الزوجين من اللباس هذه المعاني، وجاء الوصف الإلهي لهذه العلاقة معبرا عنها بكل مافي الكلمة من معنى وفي منتهى البلاغة، فعنى السكن هنا الملامسة والاختلاط والمضاجعة والستر، ويبقى السكن بمعانيه المختلفة والمتناغمة في نفس الوقت يؤدي وظيفة الوسيلة التي تحقق الغاية الكبرى للزواج من تناسل وإحصان وبالتالي استمرار الجنس البشري، فيما يندرج ضمن هذا السكن كل ما من شأنه استمرار ودوام الرابطة الزوجية.

وإذا كان معنى المساكنة لغة هو مشاركة شخصين أحدهما للآخر معاني السكن المادية وهي الاستقرار، والثبات، وعدم الحركة، والإقامة في مكان معين، والمعنوية وهي الطمأنينة، والهدوء، والاستئناس، والخضوع، والذل، فإن إلحاق عبارة "بين الزوجين" بلفظ

---

[1]- محمد بن مصلح الدين القوجوي محي الدين الحنفي، حاشية شيخ زاده على تفسير القاضي البيضاوي، المرجع السابق، ص. 535.

[2]- سورة البقرة، الآية 187.

[3]- أبو الفداء الحافظ بن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، الجزء الأول، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2005، ص. 205.

[4]- محمد أبو زهرة، زهرة التفاسير، المرجع السابق، ص.565.

[5]- محمد بن مصلح الدين القوجوي محي الدين الحنفي، حاشية شيخ زاده على تفسير القاضي البيضاوي ، المرجع السابق، ص. 496.

المساكنة تقتضي مشاركة هذه المعاني السالفة الذكر، في إطار عقد زواج صحيح وقائم، فيكون للمتشاركين صفة الزوجين.

الفرع الثاني

تعريف المساكنة اصطلاحا

في هذا الفرع وبعد بيان المعنى اللغوي للمساكنة، سنبين تعريف فقهاء الشريعة الإسلامية أو بالأحرى ما عبروا به عن المساكنة لأننا لا نجد تعريفا لها عندهم (أولا)، لنبين ما تضمنته التشريعات محل المقارنة متعلقا بالمساكنة (ثانيا)، لنتطرق في آخر هذا الفرع إلى تعريف فقهاء القانون لالتزام المساكنة بين الزوجين(ثالثا)، والذين عادة ما يستندون إلى ما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية من تعريفات، أو ما قررته القوانين في هذا الصدد.

أولا: تعريف المساكنة عند فقهاء الشريعة الإسلامية

لم يعرف فقهاء الشريعة الإسلامية المساكنة ولم يتعرض أغلبهم حتى بالإشارة إليها لفظا، فقد درج فقهاء الشريعة الإسلامية على استعمال مصطلح حقوق الزوج وحقوق الزوجة والحقوق المشتركة في إشارة منهم إلى الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين في إطار العلاقة الزوجية، ولعل الإشارة الوحيدة غير المباشرة كانت عندما يستخدم هؤلاء لفظ "السكن" المقتبس من آيات الذكر الحكيم فيما يعني حل الاستمتاع بين الزوجين والعشرة بالمعروف، وكذا السكن الشرعي[1] أو سكنى الزوجية، جاء في بدائع الصنائع:" ولو أراد الزوج أن يسكنها مع ضرتها أو مع أحمائها كأم الزوج وأخته... فأبت ذلك... لأنهن ربما يؤذينها ويضررن بها في المساكنة وإباؤها دليل الأذى والضرر...ولو كانت في منزل الزوج وليس معها أحد يساكنها فشكت إلى القاضي...".

في حين نجد قلة قليلة جدا من المعاصرين في الفقه الإسلامي أشاروا إلى صريح لفظ المساكنة في سياق حديثهم عن حقوق الزوجين، دون أن تكون عنوانا يندرج تحته التزامات وحقوق أخرى، فهذا الإمام أبو زهرة في كتابه "محاضرات عن عقد الزواج وآثاره" وهو بصدد استعراض الحقوق المشتركة بين الزوجين يقول:" فأما الحقوق المشتركة بينهما فالحق الأصلي فيها حل العشرة الزوجية بينهما وحل ما يقتضيه الطبع الإنساني مما هو محرم إلا بالزواج، لقوله تعالى:" والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين" وفي الجملة أول ما يفيده الزواج حل المساكنة بين الزوجين وربط المودة

[1]- أشار إلى ذلك الشيخ علي أحمد عبد العالي الطهطاوي في كتابه "كتاب النكاح" وهو بصدد الحديث عن حقوق الزوجة، أنظر علي أحمد عبد العالي الطهطاوي، كتاب النكاح، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان ، 2005، ص. 69.

بينهما"[1]، فقصر أبو زهرة المساكنة هنا على معنى المعاشرة الزوجية دون سائر الحقوق المتبادلة بين الزوجين.

ثانيا: تعريف المساكنة في التشريعات المقارنة

تطرقت التشريعات العربية إلى التزام المساكنة وأشارت بعضها إليه لفظا ضمن موادها، في حين اكتفت أخرى بالنص علي الحقوق المشتركة للزوجين أو فيما يجب لأحدهما على الآخر، وقد ذكرت هنا تشريعات عربية ليست محلا للمقارنة فقط لأبين أن التشريعات التي أقصيتها من المقارنة لم تتطرق لتعريف المساكنة بين الزوجين.

من التشريعات التي تعرضت إلى التزام المساكنة في نصوصها مدونة الأسرة المغربية؛ قانون الأحوال الشخصية السوري؛ قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان، وقانون الأحوال الشخصية القطري وقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، حيث جاءت المساكنة الشرعية ضمن الحقوق المشتركة بين الزوجين وبصيغة أخرى ضمن الحقوق المتبادلة بين الزوجين، ففي مدونة الأسرة المغربية ذكر المشرع المغربي المساكنة الشرعية في نص المادة 51 منها ضمن الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين كأول التزام متبادل بين الزوجين، وأضاف موضحا ما تستوجبه هذه المساكنة الشرعية من معاشرة زوجية وعدل وتسوية عند التعدد وإحصان كل منهما وإخلاصه للآخر بلزوم العفة وصيانة العرض والنسل، وفي قانون الأحوال الشخصية السوري جاءت المساكنة الشرعية في أول فقرة من المادة 97 التي تضمنت الحقوق المشتركة والمتبادلة بين الزوجين، دون بيان ماتستوجبه أو ماتقتضيه هذه المساكنة الشرعية، و من خلال تتبع باقي الفقرات والمواد المتعلقة بحقوق الزوجين يتضح أن المشرع السوري قصد بالمساكنة الشرعية الإقامة بمسكن الزوجية والمعاشرة الزوجية.

أما قانون الأحوال الشخصية القطري وقانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان وكذا قانون الأحوال الشخصية الإماراتي فقد جاءت المواد المتعلقة بالحقوق المشتركة للزوجين في هذه القوانين متشابهة إلى حد بعيد في صياغتها، وذكرت المواد 56 من قانون الأحوال الشخصية القطري و36 من قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان و54 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، المساكنة الشرعية في الفقرة الثانية من هذه المواد، أما الفقرة الأولى منها فخصصت لحل استمتاع كل من الزوجين بالآخر، بما يفيد أن قصد المشرعين- القطري؛ مشرع سلطنة عمان؛ الإماراتي- فيما يتعلق بالمساكنة الشرعية اقتصر فقط على إقامة الزوجين بمسكن الزوجية.

[1]-محمد أبو زهرة، محاضرات عن عقد الزواج وآثاره، الملتزم للطبع والنشر، دار الفكر العربي، مصر، د.س.ن، ص.163.

ومن التشريعات التي لم تذكر المساكنة الشرعية ضمن الحقوق المشتركة للزوجين، التشريع الجزائري الذي اقتصر في تعداد حقوق وواجبات الزوجين على المادة 36 من ق.أ.ج بشكل مركز والمادة 37 من نفس القانون بعد أن كان قبل 2005 يفرد المواد 36 و37 و38 و39 لتعداد الحقوق والواجبات الزوجية، والملاحظ أن المشرع الجزائري قد افتتح المادة 36 من ق.أ.ج بعبارة:" يجب على الزوجين" مما يوحي أنه اقتصر على ذكر واجبات الزوجين دون حقوقهما، لكن قصد المشرع يتجه إلى اعتبار هذه الحقوق مشتركة[1] ومتبادلة وبالتالي كل ماهو واجب على طرف هو حق للطرف الآخر في العلاقة الزوجية، والعكس صحيح[2].

أما القانون التونسي فقد جاء الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بعنوان:"فيما يجب لكل من الزوجين على صاحبه"، وعدد المشرع التونسي الواجبات والحقوق الزوجية المشتركة دون إشارة صريحة للمساكنة، فيما جاءت الحقوق والواجبات الزوجية في قانون الأحوال الشخصية العراقي تحت الباب الثالث منه والمعنون بـ "الحقوق الزوجية وأحكامها" والذي تضمن فصلين اثنين الأول تعلق بالمهر والثاني بنفقة الزوجة، أما قانون الأحوال الشخصية الكويتي فجاء الباب الخامس منه والمعنون بآثار الزواج على شكل فصول هي المهر؛ الجهاز ومتاع البيت؛ نفقة الزوجية وأحكام المسكن والطاعة، وخصص المشرع الموريتاني فرعا أسماه "واجبات الزوجية" للحقوق والواجبات بين الزوجين تضمن المواد من 55إلى 58 من قانون الأحوال الشخصية الموريتاني دون إشارة صريحة إلى التزام المساكنة، وفي قانون الأحوال الشخصية اليمني جاءت الحقوق المشتركة للزوجين متضمنة في الفصل الثالث المعنون بـ "العشرة الحسنة"، ونص المشرع الأردني في قانون الأسرة الأردني على حقوق وواجبات الزوجين في الباب الثالث المعنون بآثار الزواج من خلال فصول تعلقت بالمهر والجهاز والنفقة الزوجية والمسكن والمتابعة.

---

[1]- الحقوق المشتركة للزوجين هي أحد الآثار الشرعية لعقد الزواج، وقد عرفها الشيخ الدكتور محمد عجاج الخطيب وغيره بقولهم:" وهي الآثار الشرعية لعقد الزواج، فهي حقوق لازمة له، وليس للزوجين ولا لأحهما التنازل عن شيء منها " وعرفها الدكتور عبد القادر داودي قال:" وهي حقوق متبادلة بينهما لكل منهما على الآخر بمقتضى الزوجية"، فهذه الحقوق من جملة الآثار الكثيرة التي تترتب عن عقد الزواج، وأنها وإن تعينت حقوقا مشتركة بين الزوجين، إلا أن هذا لاينفي أنها في الوقت نفسه أيضا هي واجبات متعينة عليهما على وجه الاشتراك، على اعتبار أن ماهو حق للزوج على زوجته هو واجب متعين عليها قبل زوجها، وماهو حق للزوجة على زوجها هو واجب متعين عليه قبل زوجته"، أنظر عبد المنعم نعيمي، الحقوق المشتركة بين الزوجين في الشريعة والقانون، مجلة الأحياء،كلية العلوم الإسلامية جامعة باتنة، المحلد13، العدد01، الجزائر،2012، ص.ص 439، 440.

[2]- في هذا الصدد يقول عبد المنعم نعيمي: " أعتقد أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة ربما أراد أن ينبه إلى أهمية تلك الحقوق المشتركة ولزومها ووجوبها على الزوجين حتى لا يظن أحدهما أو كلاهما جواز التنازل أو التخلي عنها بالتفريط فيها، وهذا من خلال التأكيد على أنها مضامين لواجبات متعينة عليهما على وجه الاشتراك في مقابل ما يتمتعان به من حقوق مشتركة وإن كنت أرى أن يتلافى المشرع الجزائري هذا الإشكال المتوهم باستبدال عبارة (يجب على الزوجين) بعبارة(يحق للزوجين)، أو عبارة (لكل من الزوجين)" أنظر عبد المنعم نعيمي، المرجع نفسه ، ص. 441.

أما المشرع الفرنسي وفيما يندرج في الفصل المتضمن حقوق وواجبات الزوجين لم ينص بصريح اللفظ على المساكنة بين الزوجين، وإنما نص في المادة 215 من القانون المدني الفرنسي في فقرتها الأولى على ما يلي:" الزوجان ملزمان بشكل متبادل بالحياة المشتركة"، وما يلاحظ أن المادة 215 أعلاه في تتمة فقراتها تحدثت فقط عن المساكنة بمعنى الإقامة ببيت الزوجية، لكن في الحقيقة أن هذا الواجب يتضمن مع ذلك واجبا آخر هو واجب المعاشرة الزوجية، ورغم عدم صراحة النص نجد المحاكم الفرنسية مستقرة على فرض هذا الالتزام على كلا الزوجين تماشيا مع ما يقضي به القانون الكنسي[1].

ومن خلال استعراض المواد المتعلقة بالحقوق المتبادلة بين الزوجين في مختلف التشريعات العربية التي ذكرت لفظ المساكنة صراحة، يتضح أن هناك مسلكين، مسلك ساوى فيه المشرع بين المساكنة، والسكن ببيت الزوجية فجعل المساكنة مقصورة على الإقامة ببيت الزوجية، ومسلك آخر ضم المعاشرة الزوجية، أو حل الاستمتاع بين الزوجين إلى السكن ببيت الزوجية لتكتمل المساكنة، دون إدراج باقي الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين والمترتبة عن الزواج الصحيح.

ثالثا- تعريف فقهاء القانون للمساكنة

سار فقهاء القانون على خطى فقهاء الشريعة الإسلامية ونهج المشرعين، ولم يعرف جلّهم التزام المساكنة بل اكتفى بعضهم بذكر مقتضياته أو مايشتمل عليه، على حد تعبير محمد الأزهر في شرحه لمدونة الأسرة المغربية، الذي ذكر أن المساكنة الشرعية تشمل حل الاستمتاع ومسكن الزوجية[2]، ويقول محمد الشافعي أن المساكنة الزوجية تستوجب حسن المعاشرة بين الزوجين وإقامة العدل بين الزوجات عند التعدد ولزوم العفة وصيانة العرض[3]، ولعله لم يحد عما جاء في مدونة الأسرة المغربية وتحديدا في المادة 51 في فقرتها الأولى والتي تنص على أنه:" الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين: 1- المساكنة الشرعية بما تستوجبه من معاشرة زوجية، وعدل وتسوية عند التعدد، وإحصان كل منهما، وإخلاصه للآخر بلزوم العفة وصيانة العرض والنسل"، وفي نفس الصدد يضيف محمد الكشبور أن المساكنة الشرعية تستوجب المعاشرة الزوجية وتكون المساكنة عادة داخل بيت الزوجية وتقضي العدل عند التعدد والإخلاص والإحصان بلزوم العفة وصيانة العرض والنسل[4]، ويعرف محمد بن معجوز المزغراني المساكنة بقوله: " والمساكنة الشرعية هي أن

[1]- عبد الفتاح كبارة، الزواج المدني، الطبعة الأولى، دار النشر الجديدة، لبنان، 1994، ص. 163.
[2]- محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة (الزواج، انحلال ميثاق الزوجية وآثاره، الولادة وآثارها)، ط.6، المغرب، 2015، ص.ص 105،106.
[3]- محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، سلسلة البحوث القانونية،دون دار نشر، المغرب، دون سنة نشر، ص. 113.
[4]- محمد الكشبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ط.3، دون دار نشر، المغرب، 2015، ص. ص 278-283.

يكون للأسرة مقر واحد يجتمع فيه كل من الرجل والمرأة، وأن يمكّن كل منهما الآخر من حقوقه الزوجية، وهي تعني كذلك أنه يجب على الزوجة أن نتنقل بعد الزواج إلى السكن الذي عينه الزوج مقرا للأسرة[1].

ويعرفها محمود داوود يعقوب قائلا:" واجب المساكنة هو حق كل من الزوجين على الآخر في أن يقر معه في بيت الزوجية، مع مايقتضيه ذلك من أداء واجبات الحياة الزوجية المعتادة ويمنع على كل من الزوجين هجر منزل الزوجية أو البقاء فيه ماديا مع الإخلال بالواجبات الزوجية المألوفة"[2]، وجاء هذا التعريف متأثرا بما قررته محكمة التعقيب التونسية فيما تعلق بواجب المساكنة، الذي عرفته في إحدى قراراتها بأنه:" المساكنة من أهم الواجبات الزوجية باعتبارها تمثل الفرض الأساسي المطلوب من عقد الزواج وتشكل بالتالي المصدر الذي ينطلق منه ما يصبح يتبادله الطرفان من حقوق وواجبات وترتيبا على ذلك فإن الإخلال بغيا وتعسفا بالواجب المذكور يعرض صاحبه لأحكام الفصل 262 من م،إ،ع وهو يقضي بأن ليس لأحد أن يقوم بحق ناتج عن الالتزام مالم يثبت أنه وفى من جهته أو عرض أنه يوفي بما أوجبه عليه ذلك الالتزام"[3]، وجاء أيضا في قرار آخر لها:" تعد المساكنة من أهم واجبات الزوجية وأجدرها بالاهتمام باعتبارها، تمثل الفرض الأصلي والأساسي من عقد الزواج، وتشكل بالتالي المصدر الذي ينطلق منه مايصبح يتبادله الطرفان من حقوق وواجبات"[4].

ويعرف الغوثي بن ملحة المساكنة الشرعية- والتي أدرجها ضمن الخانة المتعلقة بالواجبات الملقاة على الزوج بسبب الزواج -[5] قائلا:" المساكنة الشرعية: وهذا يعني استقبال الزوجة في محل الزوجية الذي أعده الزوج لها، وهذا لتقوم(لتقيم فيه) مع الزوج، بشرط أن

[1]- محمد بن معجوز المزغراني، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، كلية الحقوق، جامعة محمد بن عبد الله، مطابع النجاح، 1977، نقلا عن محمود داوود يعقوب، واجب المساكنة، خمسينية الفقه والقضاء المدني، مقال منشور بتاريخ 2017/05/10، ص.2، متاح على الرابط: https://maitremahmoudyacoub.blogspot.com/2017/05/blog-post.html تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2020/12/21 على الساعة 13:07.

[2]- محمود داوود يعقوب، واجب المساكنة، خمسينية الفقه والقضاء المدني، المرجع السابق، ص.2.

[3]- قرار تعقيبي مدني، عدد 1165 مؤرخ في 9ماي 1978- ف ت 1979/10، ص. 97، نقلا عن محمد الحبيب الشريف،مجلة الأحوال الشخصية معلق عليها، دار الميزان للنشر، تونس، 2004، ص. 65.

[4]- قرار تعقيبي مدني، عدد22664، مؤرخ في 23 ماي 1989- ن 1998، ق، م، ص. 185- ق، ت، 1991/4، ص.97، نقلا عن المرجع نفسه، ص. 78.

[5]- المأخذ الذي تسجل على تعريف الأستاذ الغوثي بن ملحة للمساكنة هو أنه جعلها من الواجبات الملقاة على الزوج بسبب الزواج، مع أنها التزام تبادلي والواضح أنه أخلط بين التزام الزوج بتوفير السكن للزوجة والتزام المساكنة الذي يكتسي طابع المشاركة.

يكون مسكنا شرعيا تتوفر فيه أسباب الراحة والاستقرار، وهو مجهز بمرافق الحياة الضرورية"[1].

وانطلاقا من التعاريف السابقة يتضح لنا أن فقهاء القانون – متأثرين بالنصوص القانونية تارة وبالاجتهاد القضائي تارة أخرى- في تحديدهم لمفهوم الالتزام بالمساكنة قد انقسموا إلى أربع توجهات، الأول تمسك بالمعنى المادي الحرفي للفظ السكن الذي اشتقت منه المساكنة وجعل هذا الالتزام يتمثل في واجب توفير السكن الملقى على الزوج، وأما الثاني فقد اعتبر التزام المساكنة هو التزام الزوجين بالإقامة ببيت الزوجية، وتوجه ثالث جعل التزام المساكنة يتضمن بالإضافة إلى التزام السكن ببيت الزوجية، الالتزام بالإحصان بشقيه المعاشرة الزوجية والالتزام بالإخلاص والعفة، وهو مسلك تصدره المشرع المغربي الذي أضاف إلى هذه المقتضيات التي تتطلبها المساكنة مقتضى آخر هو واجب العدل والتسوية في حالة التعدد، وسايره في ذلك الفقه المغربي، أما التوجه الرابع والأخير فجعل التزام المساكنة مصدرا لكل الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين، والمساكنة بهذا المنظور تمثل الغرض الأساسي والأصلي من عقد الزواج وهو مسلك الفقه التونسي الذي جاء متأثرا بموقف محكمة التعقيب التونسية.

ومن خلال ما تم استعراضه من تعريفات لغوية وكذا ما جاء من معاني السكن في القرآن الكريم، بالإضافة إلى ما أقرته التشريعات في التزام المساكنة، يتضح أن التعريف الذي ذهبت إليه محكمة التعقيب التونسية للمساكنة هو المرجح، حيث نجده جمع معاني السكن المادية والمعنوية في المساكنة كما لم يهمل خاصية المشاركة والتبادلية في هذا الالتزام،الزوجية، على أن ما يؤخذ على هذا التعريف أنه جعل المساكنة مصدر للحقوق والواجبات الزوجية وهذا الرأي غير سديد، إذ كيف التزام المساكنة يكون أثرا لعقد الزواج وفي نفس الوقت مصدر للحقوق والواجبات الزوجية، التي تعتبر هي الأخرى آثارا لهذا العقد، لذلك كان عقد الزواج هو مصدر الحقوق والواجبات الزوجية، أما التزام المساكنة فهو التزام أساسي متضمن للحقوق والواجبات الزوجية، ويعرف بذلك التزام المساكنة بين الزوجين على أنه:" تشارك الزوجين الحياة الزوجية والتزام كل واحد منهما بالوفاء بواجباته المترتبة على عقد الزواج، وبالمقابل تمتعه بالحقوق المقررة بموجب نفس العقد تكريسا لتبادلية هذا الالتزام، بما يفيد استمرار الزواج وتحقيقه الغايات التي شرع من أجلها".

[1]- الغوتي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط.2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص.79.

الفرع الثالث

طبيعة التزام المساكنة بين الزوجين

من خلال التفصيل في مفهوم التزام المساكنة بين الزوجين تتضح مجموعة من الخصائص المرتبطة بهذا الالتزام، والتي تشكل طبيعته كونه التزام قانوني يفرض مجموعة من الحقوق والواجبات على عاتق الزوجين.

ويتعلق الأمر بكون التزام المساكنة بين الزوجين التزام تبادلي(أولا) بالإضافة إلى كونه التزام تشاركي تكاملي (ثانيا)، كما يعتبر متضمنا الحقوق والواجبات التبادلية بين الزوجين(ثالثا).

أولا: التزام المساكنة بين الزوجين التزام تبادلي

إن الزواج باعتباره عقد بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي فهو يرتب التزامات على عاتق طرفيه الرجل والمرأة، ويعرف الالتزام على أنه:" تحمل أداء واجب طوعا أو كرها يترتب عليه انشغال الذمة بحق للغير حتى ينقضي"[1]، وكل التزام بهذا المعنى يعتبر حقا للطرف الآخر في عقد الزواج، ولأن عقد الزواج ملزم للجانبين وينشأ التزامات متقابلة في ذمة كل من الزوج والزوجة مرتبطة فيما بينها، فيكون كل من الزوج والزوجة دائنا ومدينا في الوقت ذاته.

هذا ما يجعل التزام المساكنة باعتباره الأثر الأهم للزواج التزاما تبادليا، وتلحق هذه التبادلية كل الالتزامات المتضمنة في المساكنة بين الزوجية، فيكون كل التزام منها مقابلا لالتزام آخر.

ومن النتائج التي تترتب على تقابل الالتزامات المتضمنة في المساكنة وارتباطها ببعضها البعض أنه عند عدم تنفيذ أحد المتعاقدين وهما الزوجين لالتزام معين يجوز للطرف الآخر أن يطلب فسخ العقد، كما أنه في العقود الملزمة للجانبين والتي يعتبر عقد الزواج منها، وعندما تكون الالتزامات متقابلة، ومرتبطة ببعضها، وعند امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه يجوز حينها للمتعاقد الآخر أن يمتنع بدوره عن تنفيذ ما التزم به فيما يسمى دفعا بعدم التنفيذ[2].

[1] - مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، ط.1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011، ص.58.
[2] - علي فيلالي، الالتزامات نظرية العقد، ط.13، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص.70.

ولا تعني التبادلية في التزام المساكنة بين الزوجين أن يتساوى كل من الزوج والزوجة في الحقوق والواجبات، بل أن ما يصاحب هذه التبادلية المشاركة والتكامل، كل بحسب دوره في الأسرة وبما أودعه الله فيه صفات وإمكانات.

ثانيا: التزام المساكنة بين الزوجين التزام تشاركي تكاملي

يفترض عقد الزواج دون سائر العقود أن يبرم بين طرفين أحدهما ذكر والآخر أنثى، فكان ذلك داعيا لعدم المساواة فيما يرتبه هذا العقد على عاتق طرفيه من التزامات فقط لأن الذكر ليس كالأنثى.

فالاختلاف في طبيعة كل ما يقوم به الزوج والزوجة وفي نسبة وفاء كل منهما بالتزام المساكنة راجع لطبيعة الرجل المختلفة عن طبيعة المرأة، وفي هذا الصدد يقول الأستاذ علي القائمي:" إن حقوق الزوجين في الحياة الزوجية ليست بمستوى واحد وبنفس الشكل لذلك قلنا أن فيها تفاوتا (لا تفرقة).

ومنشأ هذا التفاوت هو الوضع الطبيعي لكل منهما والتكوين الجسماني والنفسي لهما مع مراعاة المصالح الاجتماعية كذلك.

وتوضيح ذلك أن لكل منهما استعدادات مختلفة وحاجات متفاوتة من الناحية الفردية والاجتماعية والتي تؤدي بدورها إلى تفاوت في حقوق وواجبات كل منهما، هناك عوامل تؤثر بشكل كبير وأساسي في هذا التفاوت منها العاطفة والإحساس، العقل، القدرات، الطمأنينة والأمان لتربية الأبناء، طاعتهم والسيطرة على زمامهم"[1]، ويخلص الأستاذ علي القائمي إلى نتيجة مفادها قائلا:" إن كل هذه الأمور تسبب التفاوت لا التفرقة والتمييز وبعبارة أخرى ليس الهدف من هذا التفاوت إيجاد حقوق مختلفة لشخصين تحت ظروف متساوية ولا لأفضلية وميزة أحدهما وحرمان الطرف الآخر"[2].

هذا الاختلاف في الأدوار المنوطة بكل طرف في عقد الزواج، والذي تفرضه الطبيعة المختلفة للرجل عن المرأة، يجعل من المساواة في الحقوق والواجبات بين الزوجين تعيق تحقيق أهداف وغايات الزواج، ويكون التشارك والتكامل هو ما يحقق التكافؤ بين الزوجين داخل الأسرة رغم اختلاف دور كل منهما فيها.

فكون التزام المساكنة تشاركيا معناه أنه لا غنى للزوج عن زوجته في أمور ومسائل لا يتقنها أحد غيرها، ولا غنى للزوجة عن زوجها في أمور لا يتحملها غيره، وأي تبادل

[1] - علي القائمي، تكوين الأسرة في الإسلام، ط.1، دار النبلاء، لبنان، 1996، ص.201.
[2] - نفس المرجع، نفس الصفحة.

للأدوار من شأنه أن يختل معه نظام الأسرة والمجتمع ككل، وهو ما بدأت تظهر معالمه بينة في وقتنا الراهن.

والاختلاف في المهام وفي الحقوق والواجبات يفترض أيضا أن يكون أداء كل طرف في عقد الزواج مكملا لأداء الطرف الآخر، بحيث يشكل إخلال كل طرف بالتزامه نقصا واضحا في عناصر التزام المساكنة ويكون موجبا للجبر والتعويض.

ثالثا: التزام المساكنة بين الزوجين يتضمن الحقوق والواجبات الزوجية

تجد هذه الخاصية في التزام المساكنة - أي كونه يتضمن للحقوق والواجبات الزوجية- أساسا لها في تعريف المساكنة الذي جاءت به محكمة التعقيب التونسية في إحدى قراراتها - والذي رجحناه في تعريف التزام المساكنة- وقضت فيه بأن المساكنة هي الفرض الأساسي والأصيل في عقد الزواج وبالتالي تشكل المصدر الذي ينطلق منه ما يصبح يتبادله الطرفان من حقوق وواجبات[1].

وتعتبر بذلك كل الحقوق الزوجية التبادلية والتي تتجسد في شكل التزامات هي التزام السكن، والتزام الإحصان، والتزام المعاشرة بالمعروف، متضمنة في التزام واحد هو الالتزام بالمساكنة، ويترتب على ذلك نتيجة تفيد بأن الإخلال بأحد هذه الالتزامات هو إخلال بالتزام المساكنة الذي يتشكل من هذه الالتزامات، وأن الوفاء بالتزام المساكنة يقتضي الوفاء بكل هذه الالتزامات الفرعية مجتمعة غير منقوصة.

المطلب الثاني

تحديد نطاق التزام المساكنة بين الزوجين

سيكون تعيين حدود التزام المساكنة ونطاقه من خلال مصدره المتمثل في عقد الزواج، فكل زواج ينتج آثاره - والتي يعتبر التزام المساكنة أهمها- إذا كان صحيحا مستوفيا لأركانه وشروط انعقاده، كما تبقى هذه الآثار مستمرة مادام الزواج قائما(الفرع الأول)، وسنبين حدود التزام المساكنة ونطاقه من خلال بيان مساحته في بعض أنواع الزواج الشائعة في عصرنا (الفرع الثاني)، وحتى يكتمل هذا التحديد كان لابد من مقارنة التزام المساكنة ببعض الأنظمة في القانون الفرنسي والتي قد تتقاطع معها أحكامه (ثالثا).

[1] - قرار تعقيبي مدني، عدد 22664، مؤرخ في 23 ماي 1989-ن 1989، ق.م، ص.185-ق،ت، 4/1991، ص.97.

الفرع الأول

التزام المساكنة بين الزوجين ناتج عن عقد زواج صحيح وقائم

يعتبر التزام المساكنة بين الزوجين من أهم الآثار المترتبة على عقد الزواج الصحيح كما سبق بيانه، وقد تبدو الصفة المضافة لعقد الزواج هنا، ونقصد بها "الصحيح" بديهية لا داع لذكرها وإضافتها إلا أننا نجد التشريعات العربية[1] قد خصّت الزواج الذي يستوفي أركانه وشروط صحته بهذا الوصف.

فالزواج الصحيح في القانون الجزائري على حد قول العربي بلحاج:"هو كل عقد استوفى أركانه وشروطه المطلوبة في المادتين 9 و9 مكرر من ق.أ واستكمل العاقدان فيه شروط الأهلية(م7 ق.أ)، والفحص الطبي قبل الزواج(م7مكرر)، وكان كل من الزوجين خاليا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة (م 23 ق.أ)"[2]، والأمر ذاته أكدته المحكمة العليا في اجتهادها القضائي[3]، وتبعا لانعقاد الزواج صحيحا تترتب آثار على ذلك، ولعل التزام المساكنة يعتبر الأثر الأهم للزواج بين الزوجين، تأسيسا على ذلك يعتبر هذا الالتزام قائما متى كان الزواج صحيحا مستوفيا لأركانه وشروطه، ويستمر هذا الالتزام قائما مادام الزواج مستمرا، فمتى انحل هذا الأخير سقط هذا الالتزام عن الزوجين.

وتسليمنا بالفرض الأول الذي يقضي بأن كل زواج مكتمل الأركان والشروط يكون صحيحا ويرتب آثارا معينة يثير تساؤلا ملحا حول عقد الزواج العرفي ومحل التزام المساكنة منه؟ كون هذا الزواج توفرت أركانه وشروطه ماعدا شرط التوثيق، والأمر ذاته بالنسبة للفرض الثاني الذي يقضي أن التزام المساكنة يبقى قائما مادام الزواج مستمرا، فيثور التساؤل هنا حول الفترة التي تعاصر عدة الطلاق الرجعي، ومصير المساكنة خلالها؟ وهو ما سنحاول بيانه تباعا.

---

[1]- عرفت جل التشريعات العربية الزواج الصحيح ضمن نصوصها وإن لم تعرفه بعضها فقد ذكرت شروطه، ومن بين هذه التشريعات التشريع المغربي الذي عرف الزواج الصحيح في نص المادة 50 من المدونة كالآتي:" إذا توفرت في عقد الزواج أركانه وشروط صحته وانتفت الموانع، فيعتبر الزواج صحيحا وينتج جميع آثاره من الحقوق والواجبات التي رتبتها الشريعة بين الزوجين والأبناء والأقارب المنصوص عليها في هذه المدونة"، ونص المشرع السوري في نص المادة 47 من قانون الأحوال الشخصية السوري: " إذا توافرت في عقد الزواج أركانه وسائر شرائط انعقاده كان صحيحا"، ونصت المادة 29 من قانون الأحوال الشخصية الأردني على أنه:" يكون عقد الزواج صحيح إذا توافرت فيه أركانه وسائر شروط صحته ".

[2]- العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2013، ص.ص 487-488.

[3]- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 88856، بتاريخ 1993/02/23؛ قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 51107، بتاريخ 1998/01/02. المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 75344، بتاريخ 2002/07/03. المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 249128، بتاريخ 2000/07/18. نقلا عن العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع نفسه، هامش رقم 03، ص. 488.

أولا: الزواج العرفي والتزام المساكنة بين الزوجين

يعرف الزواج العرفي من الناحية الشرعية على أنه:" مايتم بإيجاب وقبول من الطرفين بمباشرة الولي لعقد الزواج لمن تحت ولايته وحضور شاهدي عدل مع إعلان وإشهار هذا الزواج وعلم الناس به"[1]، كما أنه لا فرق بين الزواج العرفي والزواج الرسمي من حيث شرعيتهما[2] إلا أنهما يفترقان في كون الزواج الرسمي تصدر بشأنه وثيقة من الدولة بخلاف الزواج العرفي الذي يعقد مشافهة أو تكتب فيه ورقة عرفية[3].

فالزواج العرفي الذي يستكمل شروط الزواج دون توثيقه يترتب عنه التزام الزوجين بالمساكنة بما تشمله من حقوق وواجبات متبادلة، شأنه في ذلك شأن الزواج المسجل، لكن إذا ما أخل أحد الزوجين بالتزام المساكنة في أي شق منه والمعنى حالة التنازع بين الزوجين، وعند لجوء أحد الزوجين إلى القضاء فيكون الأولى تثبيت عقد الزواج بحكم قضائي حتى يستطيع الطرف المتضرر من الإخلال بالتزام المساكنة المطالبة بتنفيذه أو بالتعويض، وعلى هذا الأساس لا تسمع أي دعوى متعلقة بالمساكنة إلا بعد أن يثبت عقد الزواج، وهو مايشكل خطرا وتهديدا لحقوق المرأة أو الزوجة التي قد تضيع حقوقها وتتضرر إلى أن يثبت عقد الزواج العرفي.

وفي القانون الجزائري - رغم نص المشرع في المادة 18 من ق.أ.ج على أن عقد الزواج يتم أمام الموثق أو موظف مؤهل- لا يوجد نص يحرم أو يلغي أو يعاقب على الزواج العرفي أو ما يسمى زواج الفاتحة[4]، لا في قانون الأسرة ولا في قوانين أخرى بما في ذلك

---

[1]- محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر02-05، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص. 88.

[2]- ونفرق في هذا الصدد بين الزواج العرفي الذي تخلف فيه شرط توثيق العقد والذي يعتبر زواجا كاملا مكتمل الأركان مستوفيا للشروط، عن الزواج العرفي السري الذي يتخلف فيه الولي وأحيانا الشاهدان ويسوده السرية والخفاء وعدم الإعلان، وفي هذا الشأن صدرت لبعض مشايخ المسلمين فتاوى، ومنهم فضيلة الشيخ أحمد متولي الشعراوي الذي قال:" الزواج العرفي زنا، إذا كان في الخفاء انتهت المسألة لعدم وجود الإعلان والإشهار..."، ويقول الشيخ عطية صقر رئيس لجنة الفتوى بالأزهر:" الزواج السري عقد باطل لعدم وجود الشهود وعدم إشهاره، وإعلانه كما تقول بعض المذاهب ويحرم الاتصال الجنسي ولا تثبت به حقوق الطرفين" أنظر جمال بن محمد بن محمود، الزواج العرفي في ميزان الإسلام، دار الكتب العلمية، لبنان، ص.ص 119- 120.

[3]- محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر02-05، المرجع السابق، ص. 88.

[4]- إذا اقترنت الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد بحضور إمام - كما هي العادة في مجتمعنا- وحضور شهود وغالبا مايكون ذلك في المسجد، ففي هذه الحالة تعتبر المرأة زوجة شرعية لتوافر أركان وشروط عقد الزواج، فلو توفي الزوج ورثته وعليها العدة، ولو توفيت ورثها، وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة 6 من ق.أ.ج بقولها:" غير أن اقتران الفاتحة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكررمن هذا القانون" حتى لو لم يكن مسجلا في سجلات الحالة المدنية، هذا وكانت وزارة الشؤون الدينية والأوقاف قد أصدرت تعليمة وزارية موجهة إلى أئمة المساجد مفادها عدم قراءة الفاتحة وإبرام الزواج الشرعي إلا بعد تقديم عقد الزواج المدني، ينظر محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر02-05، المرجع السابق، ص.ص 89-90.

قانون الحالة المدنية، إذ يدرج في سجلات الحالة المدنية[1] إذا توافرت شروطه حسب التشريع الإسلامي والأركان والشروط المنصوص عليها في المواد 9 و9 مكرر من ق.أ.ج، وهذا حماية لقواعد النظام العام ومصالح الزوجة والأولاد[2].

وفي مدونة الأسرة المغربية جاءت المادة 16 منها واضحة حيث اعتبرت وثيقة عقد الزواج الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج، إلا أنه وحسب نفس المادة قد تحول ظروف قاهرة دون إبرام العقد وفق الشروط التي حددتها المدونة، مما يحتم سماع دعوى الزوجين، حيث تجري المحكمة البحث عن الظروف والقرائن المؤكدة لوجود العلاقة الزوجية معتمدة جميع وسائل الإثبات، بما فيها الاستماع إلى الشهود أو إجراء خبرة لإثبات علاقة البنوة في حالة وجود أبناء[3].

أما المشرع التونسي فقد نص في الفصل 4 من م.أ.ش.ت على الآتي:" لا يثبت الزواج إلا بحجة رسمية يطبقها قانون خاص"، وبذلك لا يثبت عقد الزواج إلا بوثيقة رسمية أو محرر رسمي طبقا لما هو منصوص عليه في قانون الحالة المدنية[4]، الذي نص الفصل 31 منه على أنه:"يبرم عقد الزواج بالبلاد التونسية أمام عدلين- النص بالفرنسية ذكر عبارة notaires أي موثقين- أو أمام ضابط الحالة المدنية بمحضر شاهدين من أهل الثقة" وحسب الفصل 36 من نفس القانون: "يعتبر الزواج المخالف لأحكام الفصل 31 أعلاه باطلا بطلان مطلق ويعاقب الزوجان زيادة على ذلك بالسجن مدة ثلاثة أشهر"، فالمشرع التونسي - وعلى خلاف التشريعات العربية- لا يعترف بالزواج العرفي وهو في نظره باطل بطلان مطلق ينطق به القاضي من تلقاء نفسه[5].

وبالنسبة للقانون السوري فقد نصت المادة 40 من قانون الأحوال الشخصية في فقرتها الأولى على مجموعة من الوثائق والإجراءات فيما يسمى بالمعاملات التي تسبق عقد الزواج، فإذا ماحصل زواج خارج المحكمة- زواج عرفي- فلا يجوز تثبيت هذا الزواج إلا

---

[1]- وعن تثبيت عقد الزواج العرفي بحكم قضائي، فإن الزوجان أو أحدهما يلجآن إلى المحكمة من أجل استصدار حكم قضائي لإثبات وجود عقد زواج صحيح، وتتأكد هيئة المحكمة من توفر شروط الزواج طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ونص المواد 9 و9 مكرر من ق.أ.ج، ومن ثم يسجل مضمون هذا الحكم في سجلات الحالة المدنية ليستطيع الزوج المعني بعدها استخراج نسخة من عقد الزواج من سجل الحالة المدنية للاحتجاج بها عند اللزوم، ينظر عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 20013، ص.ص 70-71.

[2]- العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 473.

[3]- محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، الزواج، انحلال ميثاق الزوجية وآثاره، الولادة وآثارها، المرجع السابق، ص. 50.

[4]- قانون عدد 3 لسنة 1957، مؤرخ في 4 محرم 1377(غرة أوت 1957) يتعلق بتنظيم الحالة المدنية، منشور بالرائد الرسمي عدد 2 و3 المؤرخ في 30 جويلية و2 أوت 1957.

[5]- لحسن بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، ط.2، دار هومة، الجزائر، 2006، ص.ص 78-79.

بعد استيفاء الإجراءات في الفقرة الأولى من المادة 40 أعلاه[1]، على أنه إذا حصل ولد أو حمل ظاهر يثبت الزواج دون هذه الإجراءات ولا يمنع ذلك من إيقاع العقوبة القانونية، وفي القانون العراقي يعتبر تسجيل عقد الزواج شرط قانوني، لكن متى توفرت في العقد شروطه الشرعية ترتبت جميع آثار عقد الزواج ولو لم يسجل، وقد تضمنت المادة 10 من قانون الأحوال الشخصية العراقي شروط تسجيل عقد الزواج ونصت الفقرة منها على العقوبات التي تطبق على الزوج الذي يعقد زواجه خارج المحكمة، كما نصت المادة 11 من نفس القانون على إمكانية إثبات الزوجية بالإقرار ووسائل أخرى كالبينة[2].

وفي قانون الأحوال الشخصية المصري القانون رقم 1 لسنة 2000 جاء في المادة 17 منه فقرة 2:" لا تقبل عند الانكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج – في الوقائع اللاحقة على أول أغسطس 1931- مالم يكن الزواج ثابتا بوثيقة رسمية"، ويتضح من خلال هذا النص موقف المشرع المصري الذي يرفض سماع الدعوى في الزواج العرفي المقدمة إلى المحاكم في حالة إنكار الزوجية، ونصت المادة 36 من قانون الأحوال الشخصية الأردني على إجراءات تسجيل عقد الزواج، وأكدت الفقرة ج من ذات المادة على معاقبة العاقد والزوجين والشهود في حالة إجراء الزواج دون وثيقة رسمية، وقد حافظ القانون بذلك على حقوق الزوجين وحمى عقد الزواج من الإنكار الذي قد يحصل من أحد الزوجين، غير أن اشتراط تسجيل عقد الزواج لا أثر له على صحة العقد ونفاذه ولزومه شرعا متى كان مستوفيا لأركانه وشروطه الشرعية[3].

وتأسيسا على ما سبق ذكره فيما تعلق بموقف بعض التشريعات العربية من الزواج العرفي، يتضح أن كل التشريعات التي ذكرناها – ماعدا التشريع التونسي- تعتبر الزواج العرفي مكتمل الأركان والشروط الشرعية والذي تخلف فيه إجراء التوثيق أو التسجيل مرتبا لجميع آثاره ومن بينها الالتزام بالمساكنة بين الزوجين، أما في حالة إنكار الزوجية من أحد

---

[1]- تنص الفقرة الأولى من المادة 40 من قانون الأحوال الشخصية السوري والمعدلة بموجب القانون رقم 4 لعام 2019 القاضي بتعديل بعض مواد قانون الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953وتعديلاته على أنه:" يقدم طلب الزواج لقاضي المنطقة مع الوثائق الآتية:

أ/ صورة مصدقة عن قيد نفوس الطرفين وأحوالهما الشخصية.=

=ب/ تقرير طبي بخلوهما من الأمراض السارية ومن الموانع الصحية للزواج وللقاضي التثبت من ذلك.

ج/ رخصة بالزواج للعسكريين العاملين المتطوعين فقط.

د/موافقة وزارة الداخلية إن كان أحد الزوجين أجنبيا."

[2]- فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح القانون الأحوال الشخصية العراقي، الناشر جامعة السليمانية ، العراق، 2004، ص. ص 79-82.

[3]- عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط.1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2004، ص.71.

الزوجين يتوجب عندها على الآخر المُطالِب بتنفيذ التزام المساكنة أن يثبت عقد الزواج أوّلا ليستطيع بعدها المطالبة بتنفيذ الآثار المترتبة على هذا العقد ومن بينها الالتزام بالمساكنة.

ثانيا: التزام المساكنة وعدّة الطلاق الرجعي

تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق وتسقط بذلك الالتزامات الناشئة عن الزواج وعلى رأسها التزام الزوجين بالمساكنة، إلا أنه في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج نكون أمام وضع غير اعتيادي، يتأرجح فيه التزام المساكنة بين الثبات والزوال، يبدأ هذا الوضع من ساعة تلفظ الزوج بالطلاق أو تصريحه بذلك إلى غاية انقضاء عدة الطلاق الرجعي والتي يصبح بانقضائها الطلاق بائنا.

وقد تطرقت التشريعات العربية في نصوصها إلى الطلاق الرجعي صراحة أو ضمنا[1]، ومن بين الذين لم يذكروا صريح عبارة الطلاق الرجعي المشرع الجزائري، الذي اكتفى بالنص على الرجعة في المادة 50 من ق.أ.ج كالآتي:" من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"، وقد ذهب بعض الفقه إلى القول بعدم اعتراف المشرع الجزائري بالطلاق الرجعي، وهو قول الأستاذ عبد العزيز سعد الذي علق قائلا:" إن قانون الأسرة لا يعترف بالطلاق الرجعي أثناء العدة، مادامت القاعدة العامة أن طلاق القاضي طلاق بائن لا يقبل الطعن بالاستئناف"[2]، غير أن المادة 50 من ق.أ.ج أعلاه نصت على الطلاق الرجعي بصريح المعنى إلا أن صياغتها جاءت ركيكة[3] وقرنت الرجعة بفترة الصلح وليس باكتمال العدة[4].

ونصت مدونة الأسرة المغربية على الطلاق الرجعي في المادة 123 وجاء نصها كالآتي:" كل طلاق أوقعه الزوج فهو رجعي، إلا المكمّل للثلاث والطلاق قبل البناء والطلاق

---

[1]- تجدر الإشارة أن المشرع التونسي- وعلى خلاف التشريعات العربية- نص في الفصل من مجلة الأحوال الشخصية على أن الطلاق لا يقع إلا لدى المحكمة، ولم يشر في نصوصه إلى الطلاق الرجعي أو إلى حق الزوج في الرجعة بل اكتفى بالنص على محاولة الصلح، وكأن المشرع التونسي أسقط حق الزوج في الرجعة وإرجاع زوجته أثناء فترة اعتدادها، وقصر إمكانية المراجعة على إجراء الصلح الذي ترجع الزوجة فيه إلى زوجها برضاها.

[2]- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط.2، دار البعث، الجزائر، 1989، ص. 316.

[3]- حيث تظهر هذه الصياغة التعارض بين أحكام الشريعة الإسلامية والمادة 50 من ق.أ.ج في أثر كل من الطلاق الرجعي والطلاق البائن، ذلك أن المطلق حسب هذه المادة لا يحتاج إلى عقد ومهر جديدين إذا ما راجع زوجته أثناء فترة الصلح دون تفريق بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن ودون تمييز لانتهاء العدة أو بقائها، والحاصل أن هناك حالات تكون فيها بداية العدة سابقة على تاريخ رفع الدعوى الذي يكون مرجعا في بداية مباشرة إجراء محاولات الصلح، وعند الربط بين تاريخ تاريخ رفع الدعوى وتاريخ نطق الزوج بالطلاق وتاريخ إجراء الصلح من طرف القاضي نجد هذه التواريخ لا تتطابق مع بعضها، فقد تنقضي فترة العدة ولا يزال إجراء محاولات الصلح مستمرا، وبذلك يكون على المشرع إعادة النظر في صياغة المادة 50 من ق.أ.ج. ينظر في تفصيل ذلك: هنان مليكة، بواب بن عامر، النقص التشريعي في أحكام الطلاق الرجعي وأثره على جريمة الزنا في التشريع الجزائري، دفاتر السياسة والقانون، عدد19، جوان 2018، ص.ص 742-743.

[4]- هنان مليكة، بواب بن عامر، النقص التشريعي في أحكام الطلاق الرجعي وأثره على جريمة الزنا في التشريع الجزائري، المرجع نفسه، ص.742.

بالاتفاق والخلع والمملك"، ونص في المادة 124 على الرجعة وأحكامها، وحدّد المشرع السوري في المادة 94 من قانون الأحوال الشخصية السوري الأحوال التي يكون فيها الطلاق رجعيا بنصه:" كل طلاق يقع رجعيا إلا المكمّل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على بدل وكل مانص على كونه طلاقا بائنا في هذا القانون"، وجاءت المادة 91 من قانون الأحوال الشخصية الأردني[1] مطابقة للمادة 94 من قانون الأحوال الشخصية السوري أعلاه، وخصص المشرع الأردني الفصل الثاني من الباب المتعلق بانحلال عقد الزواج لأحكام الرجعة من المادة 98 إلى المادة 102 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، وعرف المشرع العراقي الطلاق الرجعي في نص المادة 38 من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أنه:"1- رجعي: وهو ماجاز للزوج مراجعة زوجته أثناء فترة عدتها منه دون عقد وتثبت المرجعة بما يثبت منه الطلاق".

ويعرف الطلاق الرجعي على أنه الطلاق الذي يوقعه الزوج على زوجته بعد الدخول الحقيقي ويرفع الطلاق الرجعي قيد الزواج في المآل لا في الحال[2]، ويترتب عليه أثران، الأول هو نقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته، على أن مراجعة الزوج لزوجته لا تمحو هذا الأثر، أما الأثر الثاني فهو تحديد الرابطة الزوجية بعد انتهاء العدة بعد أن كانت غير محددة، فبمجرد انتهاء العدة دون مراجعة الزوج لزوجته تصبح الزوجة بائنة[3]، وبذلك فالطلاق الرجعي لايزيل الملك ولا يزيل الحل مادامت العدة لم تنقض بعد، ومعنى الحل هو أن المرأة تكون حلالا للزوج له أن يتزوجها، أما معنى الملك فهو حقوق الزوجية الثابتة لكل واحد من الزوجين على صاحبه[4].

ونركز في هذا الصدد على بقاء الحقوق الزوجية قائمة في عدة الطلاق الرجعي، فمادامت المطلقة رجعيا مقيمة في بيت الزوجية ومادام الزوج مطالبا بالإنفاق عليها، وكلاهما مطالب بصيانة نفسه وإخلاصه للآخر، فجميع آثار الزواج تبقى سارية في حال الطلاق الرجعي[5]، وحتى في حل الاستمتاع يذهب ابن حزم الظاهري إلى جواز وطء الزوج مطلقته الرجعية لأنها امرأته، وفي هذا يقول الإمام ابن حزم:" فإذ هي زوجته فحلال له أن ينظر منها إلى ماكان ينظر إليه منها قبل أن يطلقها، وأن يطأها إذ لم يأت نص يمنعه من شيء من ذلك، وقد سماه الله تعالى بعلا لها، إذ يقول عز وجل:"وبعولتهن أحق بردهن"، فإن

---

[1]- نصت المادة 91 من قانون الأحوال الشخصية الأردني:" كل طلاق يقع رجعيا إلا المكمل للثلاث، والطلاق قبل الدخول ولو بعد الخلوة، والطلاق على مال، والطلاق الذي نص في هذا القانون على انه بائن".

[2]- محمد أحمد حسن القضاة، الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد رقم(36) لسنة 2010، الناشر الجامعة الأردنية، الأردن،2012، ص.49.

[3]- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط.2، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1990، ص. 144.

[4]- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ملتزم للطبع والنشر، دار الفكر العربي، لبنان، د.س.ن، ص, 312.

[5]- محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص.191.

وطأها لم يكن بذلك مراجعا لها حتى يلفظ بالرجعة ويشهد ويعلمها بذلك قبل تمام عدتها"[1]، أما جمهور الفقهاء من الحنفية[2] والمالكية[3] والشافعية[4] والحنابلة[5] فاعتبروا وطء الزوج مطلقته الرجعية رجعة صحيحة واختلفوا في اشتراط النية فقط، وزاد الشافعية على ذلك اشتراط الرجعة بالقول قبل الوطء ولو كان بنية الرجعة[6].

والحاصل أن الزوجية تبقى مستمرة وقائمة حال عدة الطلاق الرجعي، ويبقى التزام المساكنة قائما بمضامينه، فتلتزم الزوجة بالبقاء ببيت الزوجية، وتستحق النفقة مادامت في عدة الطلاق الرجعي، ويستمر التزام المعاشرة بالمعروف قائما بين الزوجين، وإن كانت المطلقة الرجعية زوجة ثانية استمر التزام الزوج بالعدل والتسوية في المبيت وفي النفقة، ويستمر التزام الزوجين بواجب الإخلاص[7]، ويبقى فقط حل الاستمتاع بين الزوجين هو الفيصل والذي بإتيانه تحصل الرجعة.

وبناء على ذلك نصل إلى أن التزام المساكنة يبقى قائما بين الزوجين خلال عدة الطلاق الرجعي، مع الإشارة إلى أنه يكون ناقصا، فيعتبر على أساس ذلك الزوج مخلا بالتزام المساكنة إذا لم ينفق على مطلقته الرجعية، وتعتبر هذه الأخيرة ناشزا يسقط حقها في

---

[1]- أبو محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، الجزء العاشر، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص.ص16-17.

[2]- يقول الحنفية أن الرجعة استدامة للنكاح في أثناء عدة الطلاق، وفي قولهم عن الرجعة أنها استدامة معناه أنها تعمل على بقاء النكاح الذي لم ينقطع، ويستدل الحنفية بالآية الكريمة "وبعولتهن أحق بردهن" إذ سمي المطلق بعلا، والبعل معناه الزوج فالزوجية باقية، ولأنه عبر في آية أخرى بقوله تعالى:" فامسكوهن بمعروف"، والإمساك هو الإبقاء، ويترتب على هذا الاعتبار إجازة الحنفية للرجعة بالقول أوالفعل، فإن قال الزوج "راجعتك" تمت الرجعة وإذا دخل بها أو كانت منه مقدمات الدخول اعتبر ذلك رجعة. أنظر محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. 313.

[3]- ويرى المالكية أن الزوج إن وطأ مطلقته الرجعية في عدتها يعد ذلك رجعة صحيحة مع اشتراط النية، وهم يحرمون استمتاع الزوج بالمطلقة الرجعية دون نية الرجعة. انظر شمس الدين عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء 2، دار إحياء الكتب العربية، مصر، د.س.ن، ص. ص 416-417.

[4]- ذهب الشافعية إلى أن الرجعة لا تصح بالوطء، ولا بالنظر واللمس بشهوة نوى بذلك الرجعة أم لا، فإن وطئها قبل أن يراجعها ينوي به الرجعة أم لا، كان عليه مهر مثلها ولم يقل بهذا غير الشافعي رحمة الله تعالى.ينظر الشافعي،الأم، الجزء5، ط.2، دار الفكر للطباعة والنشر، سوريا، ص.ص260-261. ابن حزم، المحلى، الجزء11، المرجع السابق، ص.612. أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القربي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء3، دار الكتب المصرية، مصر، 1975، ص.122.

[5]- ويقول الحنابلة:" يملك الزوج من مطلقته الرجعية ما يملكه ممن لم يطلقها، ولها ما للزوجات من نفقة وكسوة ومسكن (وعليها حكم الزوجات) من لزوم المسكن ونحوه،(ولكن لاقسم لها) فيصح أن تطلق وتلاعن ويلحقها ظهاره وإيلاؤه، ولها أن تتشوق له وتتزين، وله السفر والخلوة بها، ووطؤها وتحصل الرجعة بوطئها ولو لم ينو به الرجعة. ينظر منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، مكتبة الرياض الحديثة، المملكة العربية السعودية، د.س.ن، ص. 184.

[6]- مبروك المصري، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2010، ص. ص 433-434.

[7]- ومن المعلوم أنه في جريمة الزنا يشترط قيام الرابطة الزوجية حقيقة أو حكما، ومعنى حكما هنا أنه طرأ على هذه الرابطة طلاق ولكنه طلاق رجعي لا يرفع الحل، ولا يزيل ملك الزوج طالما العدة قائمة، فإذا زنت الزوجة المطلقة وهي في عدة الطلاق الرجعي قامت في حقها جريمة الزنا، وجاز لمطلقها طلب محاكمتها بناء على شكوى منه، والحال نفسه بالنسبة للزوج، ويعتبر بذلك كلاهما مخلا بواجب الإخلاص مادامت فترة العدة الرجعية قائمة. ينظر في تفصيل ذلك، مليكة هنان ، بن عامر بواب ، النقص التشريعي في أحكام الطلاق الرجعي وأثره على جريمة الزنا في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص. ص 745-746.

النفقة إذا ماغادرت بيت الزوجية دون رضا الزوج ودون عذر مقبول[1]، والأمر ذاته بالنسبة لباقي مقتضيات المساكنة من معاشرة بالمعروف والتزام بالإخلاص دون المعاشرة الزوجية والتي تتم بإتيانها الرجعة كما سبق بيانه.

الفرع الثاني

التزام المساكنة بين الزوجين في بعض أنواع الزواج الشائعة اليوم

إذا كان التزام المساكنة في الأحوال المألوفة هو الأثر الأهم للزواج بما يتضمنه من سكنى ومعاشرة بالمعروف وإحصان الزوجين من أجل تحقيق غايات الزواج ومراميه في استمرار النسل وإنشاء أسرة متكافلة تكون لبنة صلبة لبناء مجتمع متماسك، فغير المألوف هو ما ظهر وبرز على الساحة الاجتماعية العربية من أنواع لزيجات فرضها الواقع بكل تداعياته، والتي إذا ماتمعنا فيها وجدناها تحيد أحيانا عن شكل وغاية الزواج بصورته التقليدية الشائعة والمعروفة لدى العام والخاص، وقد يغيب فيها التزام الزوجين بالمساكنة بتفصيلاته ومضامينه، وتأسيسا على ذلك يطفو إلى السطح سؤال ملح عن مدى قيام التزام المساكنة في هذا النوع من الزيجات ووفاء الزوجين به؟

وهو ماسنحاول بيانه في هذا الفرع من خلال تسليط الضوء على أنواع معينة من الزيجات والتي أُفتي في جوازها وهي زواج المسيار[2] وزواج الفريند[3]، وإنما اقتصرنا على

---

[1]- محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص.190.

[2]- اختلف العلماء في حكم زواج المسيار على أربعة أقوال مع ترجيح أغلبهم لجوازه، فالقول الأول يقضي بالجواز مع الكراهة وهو قول الشيخ يوسف القرضاوي، والدكتور وهبة الزحيلي، والشيخ سعود الشريم، والدكتور أحمد الكردي، والدكتور أحمد موسى السهلي، وهو اختيار المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة الإسلامي؛ القول الثاني يقضي بجواز نكاح المسيار مطلقا وهو قول الشيخ عبد العزيز بن باز، و الشيخ عبد العزيز آل الشيخ، والشيخ عبد الله الجبرين، والشيخ عبد الله المنيع، ولجنة الفتوى الكويتية، وغيرهم؛ القول الثالث والذي يقول بتحريم زواج المسيار مع صحة العقد، وهو قول الشيخ محمد ناصر الدين الألباني، والدكتور عمر الأشقر، وغيرهما؛ القول الرابع يقضي بتحريم زواج المسيار مع بطلان العقد وقال بهذا الرأي بعض الفقهاء المعاصرين منهم الدكتور عجيل النشمي، وعبد الله الجبوري، وغيرهما. ينظر في تفصيل ذلك بدر ناصر مشرع السبيعي، المسائل الفقهية المستجدة في النكاح مع بيان ما أخذ به القانون الكويتي، ط.1، مجلة الوعي الإسلامي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الإصدار 47، الكويت، 2014، ص.ص 232-243؛ ينظر أيضا عبد الملك بن يوسف بن محمد المطلق، زواج المسيار دراسة فقهية واجتماعية نقدية، دار ابن لعبون للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1432هـ، ص.ص 112-120.

[3]- اختلف في حكم زواج الفريند (الزواج الميسر) على أقوال بين من يجيزه مطلقا ، ومن يجيزه بتحفظ ومن يمنع هذا الزواج، من بين المجيزون له مطلقا الدكتور أحمد الطيب مفتي مصر السابق ورئيس جامعة الأزهر الذي أعلن تأييده الكامل لفتوى زواج الفريند، وكذلك الدكتور رأفت عثمان عضو مجمع البحوث الإسلامية وعضو مجمع واشنطن أيد هذه الفتوى، كما أيد الشيخ عبد المحسن العبيكان الفتوى، وأضاف أن المرأة من حقها التنازل عن البيت والنفقة وأكد على ضرورة أن يكون الزواج غير مؤقت أو بهدف الطلاق، أيده أيضا علي أبو الحسن رئيس لجنة الفتوى بالأزهر سابقا، فيما أجازه بتحفظ كل من محمد رأفت عثمان العميد السابق لكلية الشريعة والقانون وعضو مجمع العلوم الإسلامية بالأزهر، والدكتور محمد المختار المهدي رئيس عام للجمعية الشرعية والأستاذ بجامعة الأزهر، والأستاذة سعاد صالح رئيس قسم الفقه بالأزهر، ويعلل هؤلاء تحفظهم بكون هذا الزواج لا يحقق الاستقرار بين الزوجين بالإضافة إلى المشاكل التي قد تحدث إن حصل حمل، وكيف سيتربى هذا الطفل الذي نشأ بين زوجين متباعدين؟، وتقترح الدكتورة سامية الجندي أستاذ بعلم النفس بجامعة عين شمس أن يتم الزواج في منزل أسرة الزوج لنستعيد الأسرة الممتدة، ويكون ذلك في غرفة خاصة بهما وبأقل=

هاتين الصورتين كونهما تتعارضان مع التزام المساكنة بين الزوجين ومع الاستقرار والسكينة اللذين من المفروض أن يوفرهما كل عقد زواج، كما سيأتي بيانه.

أولا : التزام المساكنة بين الزوجين وزواج المسيار

لم يعرف فقهاء المسلمين القدامى زواج المسيار[1] بهذا الاسم[2]، وبذلك لم يجدوا تعريفا خاصا به، فاجتهد العلماء المعاصرون في وضع تعريف يحدد حقيقة هذا الزواج[3]، والذي أضحى من المسائل المستجدة في هذا العصر وبات ينتشر بسرعة في بعض بلاد المسلمين[4].

وزواج المسيار هو:" 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 وينفق عليها، فروح هذا الزواج هو إعفاء الزوج من واجب السكن والنفقة والتسوية في القسم بينها وبين زوجته أو زوجاته تنازلا منها[5]، فالمرأة في هذا الزواج تريد رجلا يعفها ويحصنها ويؤنسها، وإن لم تكلفه شيئا لما لديها من مال وكفاية تامة"[6]، ويرى آخرون أن زواج المسيار هو"زواج يعقد الرجل وفقه على امرأة عقدا شرعيا مستوفي الأركان، لكن المرأة تتنازل عن السكن والنفقة"[7]، فيكون بذلك زواج المسيار زواجا مكتمل الأركان والشروط المتعارف عليها عند جمهور الفقهاء، من تراضي الزوجين، وحضور الولي، والشهود[8]، والصداق المتفق عليه، ولا يصح إلا بانتفاء الموانع الشرعية، وبعد تمامه تثبت

=الإمكانيات ودون وجود تعقيدات تجعل الزواج صعبا وشاقا؛ وهناك من منع هذا الزواج ومن بينهم الدكتور نصر فريد واصل مفتي مصر السابق والدكتور محمد سيد طنطاوي شيخ الأزهر والذي علق على فتوى زواج الفريند قائلا:" كل مايؤدي إلى حرام فهو حرام"، وقالت ملكة يوسف أستاذة الفقه والقانون المقارن بجامعة القاهرة ببطلان هذا الزواج. ينظر في تفصيل ذلك محمد بن فنخور العبدلي، الأنكحة المستحدثة(المبتدعة) وحكم الشرع فيها، المعهد العلمي بمحافظة القريات،المملكة العربية السعودية، د.س.ن، ص.ص 192-198.

[1]- عرف الفقهاء القدامى نوعا آخر من الزواج شبيه بزواج المسيار، وسموه زواج النهاريات والليليات وصور هذا الزواج :" أن يتزوج رجل من امرأة تعمل خارج منزلها وترجع إلى زوجها في النهار...."، فالزواج في المسيار أقل درجة بكثير مما عرف بالليليات أو النهاريات. ينظر: أحمد بن يوسف بن أحمد الدريويش، الزواج العرفي حقيقته حكمه آثاره والأنكحة ذات الصلة به ، دار العاصمة للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2005، ص.ص100-101.

[2]- يرى بعض الفقه أن هذه التسمية (المسيار) حديثة، لم تعرف لا في اللغة العربية ولا في الفقه الإسلامي، ولم تعرفها أمتنا العربية الإسلامية عبر تاريخها الطويل، والمسيار لفظة عامية درج الناس على استعمالها في منطقة الخليج تمييزا له عما تعارف عليه الناس في الزواج العادي ويراد به السير –المرور- وعدم المكث والإقامة. ينظر: أحمد بن خنفور العبدلي، الأنكحة المستحدثة (المبتدعة) وحكم الشرع فيها، مرجع سابق، ص.ص 116-117.

[3]- أحمد بن يوسف بن أحمد الدريويش، الزواج العرفي حقيقته حكمه آثاره والأنكحة ذات الصلة به ، المرجع السابق،ص.101.

[4]- أسامة عمر سليمان الأشقر ، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2000، ص.159.

[5]- بدر ناصر مشرع السبيعي، المسائل الفقهية المستجدة في النكاح مع بيان مأأخذ به القانون الكويتي، المرجع السابق،.ص. 229.

[6]- أحمد بن يوسف بن أحمد الدريويش، الزواج العرفي حقيقته حكمه آثاره والأنكحة ذات الصلة به ، المرجع السابق،ص.101.

[7]- أسامة عمر سليمان الأشقر ، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص. 163.

[8]- محمد بن فنخور العبدلي، الأنكحة المستحدثة(المبتدعة) وحكم الشرع فيها، المرجع السابق، ص.121.

لطرفيه جميع الحقوق المترتبة على عقد الزواج من حيث النسب، والإرث، والعدة، واستباحة البضع، والسكن، والنفقة، وغير ذلك من الحقوق والواجبات، إلا أن الزوجين يكونان قد ارتضيا سلفا ألا يكون للزوجة حق في المبيت أو القسم وإنما الأمر راجع للزوج متى رغب زيارة زوجته في أي ساعة من ساعات اليوم والليلة فله ذلك[1].

ومن هذا المنطلق واستنادا إلى تعريف زواج المسيار يتضح أنه زواج تتوفر فيه أركان وشروط الزواج ويتم تسجيله وتوثيقه في غالب الأحوال، وموضع اختلافه عن الزواج في شكله المعتاد هو تنازل الزوجة عن النفقة والمسكن والقسمة(العدل)، ذلك أن أغلب زيجات المسيار تكون تعددا بالنسبة للزوج، مع ثبوت النسب وحق الإرث والعدة وحل الاستمتاع، كما أنه ومن الجانب العملي فإن إسقاط حق النفقة والمسكن هو ما جعل جانب من الفقه يجيزونه مع الكراهة أو يجيزونه مع بطلان الشرط، فأجمع هؤلاء على أن الزواج سكن ومودة ورحمة ورعاية للزوجة أولا وللأسرة ثانيا والإنجاب وتربية الأبناء ووجوب العدل بين الزوجات[2] وأين زواج المسيار من كل ذلك، فالنفقة والمسكن من حقوق الزوجة بنص قوله تعالى:" وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ"[3]، وقوله عز وجل:" لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُۚ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَاۚ سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا (7) "[4]، وقوله:" أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّۚ "[5]، فجعل الله حق المرأة في النفقة والمسكن من حدوده التي لا يجوز تجاوزها، كما أن العدل مقصد أساسي للشريعة في كل شيء، عليه قام التشريع الإسلامي ولذلك جاء حكم الله واضحا لمن لا يستطيع أن يعدل بين الزوجات بأن يكتفي بواحدة، قال تعالى:" فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْۚ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا (3)"[6]، وقال رسول الله ﷺ:" إذا كان عند الرجل امرأتان فلم يعدل بينهما جاء يوم القيامة وشقه ساقط"[7].

---

[1]- وهو قول عبد الله المنيع عضو هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، منقول عن عبد بن يوسف بن محمد المطلق، زواج المسيار، دراسة فقهية واجتماعية نقدية، المرجع السابق، ص. 76.

[2]- من الذين قالوا بعدم إباحته من المعاصرين: الشيخ محمد ناصر الدين الألباني إذ يرى فيه مضار كثيرة على تربية الأبناء وأخلاقهم والشيخ عبد العزيز المسند الذي قال أن زواج المسيار ضحكة ولعبة، ولا حقيقة له وهو إهانة للمرأة، وكذا الدكتور عجيل جاسم النشمي الذي يرى أنه عقد باطل أو فاسد، والدكتور محمد الزحيلي الذي قال أن زواج المسيار استغلال لحقوق المرأة، والدكتور محمد عبد الغفار الشريف الذي قال بعدم جواز زواج المسيار ولو على صورة مشروعة وأنه بدعة جديدة، والدكنور محمد الراوي الذي قال أن زواج المسيار ليس من الزواج في شيء لأن الزواج تصان به الحقوق والواجبات. ينظر في تفصيل ذلك : نور الدين أبو لحية، عقد الزواج وشروطه، ط.1، دار الكتب الحديثة، مصر، د.س.ن، ص.ص 132-134.

[3]- سورة البقرة، الآية 233.

[4]- سورة الطلاق، الآية 7.

[5]- سورة الطلاق، الآية 6.

[6]- سورة النساء، الآية 3.

[7]- أبو عيسى الترمذي، سنن الترمذي، المكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، الجزء3، مصر، 1975، ص.439، ح.رقم 1141.

ويرد على هذا القول بأن النفقة والمبيت والعدل حق خالص للمرأة ولها أن تسقطه، وهي شروط ليست منافية لمقتضى العقد وإنما تنازل تملكه، يقول المولى عز وجل:" وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ۚ وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ۗ"[1]، كما أن سودة بنت زمعة زوجة النبي عليه الصلاة والسلام تنازلت لعائشة عن ليلتها[2].

وتبعا لذلك كان زواج المسيار جائزا لأنه زواج مكتمل الأركان والشروط ولأن النفقة والمبيت حق للمرأة لها أن تسقطه، والمرجح عدم إتيانه لأن المرأة فيه لا تقر في بيت الزوجية وأن الزوج قد تطول به المدة عن زوجته في المسيار وأن القوامة[3] فيه أضعف من الزواج العادي[4].

أما عن نظرة القانون لزواج المسيار فهو لا يعدو على أنه زواج بشروط معينة، فكونه عقد تتوفر فيه أركان، وشروط الزواج الشرعية والقانونية، وخاصة التوثيق والتسجيل، فهو زواج صحيح منتج لآثاره من الناحية القانونية، أما عن الشروط التي تقضي بإسقاط المسكن، والنفقة، والقسم، والتي تلغي التزام الزوجين بالمساكنة، أو تحد منه في أحسن الأحوال وتضعه على الرف، وهو الالتزام الأهم والجوهري في عقد الزواج، فمتى ماتم الاتفاق على هذه الشروط بصورة شفهية، دون تدوينها في عقد الزواج يبقى عندها التزام المساكنة بين الزوجين بكل مضامينه، قائما مترتبا على الزوجين، يسألان عند الإخلال به، وأما إذا ماتم تدوين هذه الشروط - القاضية بإسقاط المسكن والنفقة والقسم- في صلب عقد الزواج، في هذه الحالة، يثور تساؤل آخر حول طبيعة هذا الشرط، وإن كان ينافي مقتضى عقد الزواج أم لا، فإن كان كذلك يبطل الشرط، ويستمر عقد الزواج صحيحا مرتبا لكل آثاره، وقد اتفقت التشريعات العربية في هذا الصدد[5]، فاشتراط إسقاط النفقة أوالمسكن أوالعدل بين الزوجات ينافي مقتضى عقد الزواج، فيبطل الشرط، ويصح العقد، ويلزم الزوج بالمساكنة بما تتضمنه من نفقة، وسكن، وعدل، أما إذا ارتضت الزوجة إسقاط حقوقها هذه، فلها ذلك لأن هذه

---

[1]- سورة النساء، الآية 128.

[2]- عن عائشة رضي الله عنها قالت:" ما رأيت امرأة أحب إلي أن أمون في مسلاخها من سودة بنت زمعة من امرأة فيها جدة، قالت فلما كبرت جعلت يومها من رسول الله ﷺ لعائشة، قالت : "يارسول الله قد جعلت يومي منك لعائشة، فكان رسول الله ﷺ يقسم لعائشة يومها ويوم سودة. رواه مسلم، كتاب الرضاع، باب جواز هبتها نوبتها لضرتها، ح1463، الجزء 4، ص. 174.

[3]- أجاب الشيخ القرضاوي على قوامة الرجل في زواج المسيار بقوله:" إن ماخص الله به الرجل من قدرة على التحمل والصبر على متاعب القيادة ومسؤوليتها أكثر من المرأة، وأما الثاني فيكفي في الرجل أن يدفع الصداق، حتى يقال أنه أنفق من ماله ولهذا يستحق القوامة بمجرد الدخول قبل بدء النفقة اليومية، فهذا وذلك كافيان في أن يكون الرجل قواما ومسؤولا، ولا يعني قبول الرجل تنازل المرأة عن النفقة أن يتنازل هو عن القوامة" أنظر: نور الدين بولحية، عقد الزواج وشروطه، المرجع السابق، ص. 138.

[4]- بدر ناصر مشرع السبيعي، المسائل الفقهية المستجدة في النكاح مع بيان ماأخذ به القانون الكويتي، المرجع السابق، ص.ص 234، 236،243،244.

[5]- ينظر في أحكام الاشتراط في التشريعات العربية - محل المقارنة- ص. ص 266-270 من هذه الرسالة.

الحقوق خالصة لها تتنازل عنها متى شاءت، على أن هذا التنازل لا يلغي حقها في المطالبة بنفقتها، ومعاشرتها بالمعروف، متى تمسكت بنفقتها، كون هذه الحقوق تثبت لها بالزوجية، وكون تنازلها عن هذه الحقوق أمر طارئ، والأصل أن ينفق الزوج عليها ويقيم معها في مسكن الزوجية، ويعدل بين زوجاته في المبيت والنفقة إن كان معددا.

لنخلص إلى أن التزام المساكنة بين الزوجين قي زواج المسيار يتقلص إلى حد يكاد يسقط معه هذا الالتزام، وإنما يحصل ذلك بإرادة طرفي عقد الزواج وليس القانون، أو بالأحرى تتنازل الزوجة عن حقها في المساكنة وإعفاء زوجها من هذا الالتزام، على أن يبقى هذا الحق ثابتا لها بموجب القانون والشرع، تطالب به متى عدلت عن هذا التنازل والإعفاء.

ثانيا: التزام المساكنة بين الزوجين والزواج الميسر(زواج الفريند)

يعود أصل الزواج الميسر أو زواج الفريند[1] إلى فتوى كان اقترحها الشيخ عبد المجيد الزنداني[2] للمسلمين في بلاد الغرب لمواجهة ضغط الواقع المنحرف الذي يعيشونه[3]، وهو زواج شرعي استوفى أركان الزواج وشروطه من الصيغة، والولي، والشاهدين، والمهر، وخلوه من الموانع الشرعية، ووجه الخصوصية فيه أن المرأة تتنازل فيه بصفة مؤقتة عن حقها في المبيت والنفقة والمسكن من غير أن ينص على ذلك في عقد الزواج[4]، على أن يوفر لها الزوج كل ذلك حين قدرته، وقد قيده بعض المعاصرين بوصف "اللذين كانا صديقين"[5].

وعرف الشيخ الزنداني الزواج الميسر أو زواج الفريند بقوله:" زواج الفريند ارتباط بعقد زواج شرعي بين شاب وشابة يعيش كل منهما في بيت أبويه في بداية هذا العقد، بإيجاب وقبول وبحضور شهود وولي وإعلان إلى غيرها من مواصفات العقد الشرعي

---

[1]- وعن سبب تسمية هذا الزواج بزواج الفريند قال الشيخ الزنداني أنه استعار في هذا الزواج الكلمة الانجليزية فريند حينما قال (زواج فريند) وقال إن هذه الكلمة جاء بها عن طريق المشاكلة للعلاقات المسماة (بوي فريند) و(جارل فريند) وأضاف أن هذه الفكرة خرجت لتبنى عليها فتوى تخص معالجة هذا النوع من العلاقات التي تقوم بين شباب المسلمين في الغرب ويقعون في الفاحشة ولم يستبعد الزنداني الأخذ بهذه الفكرة في البلدان الإسلامية والعربية إذا امتدت إليها الظاهرة و وظهر فيها هذا النوع من العلاقات، وقال حيث توجد العلة يتبعها الحكم، فإن وجدت العلة في مجتمعات غير المجتمعات الغربية يتبعها الحكم، ويقول إن هذه الفكرة بنيت على أسس شرعية تعطي الزوجين الحق في أن يستمتعا ببعضهما إثر تمام العقد الشرعي الصحيح المستوفي لجميع أركانه وشروطه ، وبعد ذلك يحق للزوج أن يستمتع بزوجته وتثبت المصاهرة والنسب واستحقاق الإرث وغيرها من الأمور التي تجعل هذا الزواج – الزواج الميسر أو زواج الفريند- يختلف عن زواج المتعة الذي يقوم على التوقيت ولا يترتب عليه استحقاق الإرث بين الرجل والمرأة ولا ينتهي بالطلاق المشروع. ينظر: محمد بن فنخور العبدلي، الأنكحة المستحدثة(المبتدعة) وحكم الشرع فيها، المرجع السابق، ص. ص187-188.

[2]- عبد المجيد عزيز الزنداني من مواليد 1938 بمحافظة إب في اليمن، أمين عام هيئة الإعجاز العلمي في السعودية، ورئيس جامعة الإيمان .

[3]- نور الدين أبو لحية، عقد الزواج وشروطه، المرجع السابق، ص. 145.

[4]- أحمد بن يوسف بن أحمد الدريويش، الزواج العرفي حقيقته حكمه آثاره والأنكحة ذات الصلة به ، المرجع السابق،ص.118.

[5]- بدر ناصر مشرع السبيعي، المسائل الفقهية المستجدة في النكاح مع بيان ماأخذ به القانون الكويتي، المرجع السابق، ص. ص 171،172.

الصحيح، وهذا الزواج يتم بين شاب وشابة دون أن يمتلكا بيتا يأويان إليه، ودون أن يسكنا معا تحت سقف واحد وذلك في بداية حياتهما وليس شرطا في هذا الزواج أن تتنازل المرأة عن أي حق تمتلكه بموجب عقد الزواج ولا يكون هذا الزواج على التأقيت، بل هو زواج على التأبيد وليس محددا بوقت معين، ولا يعقد بنية التأقيت ولا بنية الطلاق وكل مافي الأمر أنه يختلف عن الزواج العادي أن الزوجين يسكن كل واحد منهما في بيت أبيه ولا يجمعهما سكن واحد في بداية الزواج"[1].

ومن خلال هذا التعريف تظهر الخصائص التي تميز هذا الزواج عن الزواج العادي، والذي يظهر لأول وهلة أنه نسخ لزواج المسيار، غير أن أوجه الاختلاف واسعة بين الاثنين وكثيرة، فالزواج الميسر أو زواج الفريند يكون على الأغلب هو الزواج الأول للرجل، والذي عادة مايكون طالبا أو في بداية مشواره المهني، وهو مايبرر عدم استطاعته تحصيل البيت، ونفقات الزواج والزوجة، في حين يكون زواج المسيار في أغلب الأحوال إن لم نقل كلها الزواج الثاني أو أكثر من ذلك، وهو ما يبرر حضور الزوج أو ذهابه المتقطع إلى امرأته في زواج المسيار، كما أن المرأة في المسيار تتنازل عن النفقة، والمبيت، والقسم، أما في الزواج الميسر أو زواج الفريند فيعتبر ذلك مؤقتا، ومرهونا بتحسن الأحوال المادية للزوج.

وهناك من يرى عدم صحة تسمية هذا الزواج بزواج الفريند وأنها تسمية غير حقيقية ولا علاقة لهذا الزواج بما كان يعرف في الجاهلية "نكاح الخدن" المشار إليه في قوله تعالى:"غَيْرَ مُسَافِحَاتٍ وَلَا مُتَّخِذَاتِ أَخْدَانٍ"[2]، وتعني أخلاء السر، لذلك استبدل مسماه إلى الزواج الميسر من اليسر وهو السهولة واللين ضد العسر[3]، من قوله تعالى:"فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا "[4].

وقد أثار صدور الفتوى المتعلقة بالزواج الميسر(الفريند) جدلا واسعا، وردودا متباينة بين مجيز ومجيز بتحفظ ومعارض[5]، والأرجح في هذه المسألة أن هذا الزواج لا يعدو أن يكون تطبيقا من تطبيقات الشروط المقيدة للعقد ذلك أن شروط وأركان عقد الزواج متوفرة فيه وهو لا يختلف عن الزواج العادي إلا في كونه وبسبب ظروف الزوج الخاصة التي لا يستطيع معها توفير مسكن وبذلك يعيش كل من الزوجين في بيت أهله، وهذا لفترة محدودة،

---

[1]- عبد الله محمد خليلي إبراهيم، صور مستحدثة لعقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2010، ص. 85.

[2]- سورة النساء، الآية 25.

[3]- أحمد بن يوسف بن أحمد الدريويش، الزواج العرفي حقيقته حكمه آثاره والأنكحة ذات الصلة به ، المرجع السابق،ص.ص 119،120.

[4]- سورة الشرح، الآية 5.

[5]- ينظر الهامش رقم 02، ص.38 من هذه الرسالة.

والزواج الميسر(زواج الفريند) يتماشى مع مقاصد الشريعة من قمع الانحراف ويبقى حلالا لأصحاب الظروف الخاصة[1] وفيه تيسير على المسلمين لا سيما في الغرب[2].

أما حكم القانون في الزواج الميسر(زواج الفريند) فمثله مثل زواج المسيار، لم تتم الإشارة إليه ولو معنى ، بل اكتفت قوانين الأحوال الشخصية بالنص على آثار عقد الزواج والتي من بينها النفقة بكل مشتملاتها من مسكن، وملبس، ومأكل، وعلاج، والمعلوم أنه في الزواج الميسر(زواج الفريند) لا تدون شروط التخلي عن النفقة والمسكن ولو مؤقتا، فهذا يخرج العقد من دائرة العقود المقرونة بالشروط الصريحة المخالفة لمقتضى العقد - ذلك أن شرط إسقاط النفقة والمسكن مناف لمقتضى العقد كما سبق بيانه بالنسبة لزواج المسيار- وبذلك يكون هذا الزواج صحيحا مرتبا لكل آثاره القانونية، لأنه عقد استوفى أركانه وشروط انعقاده من تراض، وولي، وشاهدين، وصداق، وتوثيق، وتأسيسا على ذلك يكون لكل من الزوجين أن يطالب الآخر بتنفيذ التزامه بالمساكنة متى أراد، ويصبح هذا الآخر سواء كان الزوج أو الزوجة أمام خيارين، إما تنفيذ الالتزام سواء بتوفير المسكن والنفقة بالنسبة للزوج أو بالالتحاق بمسكن الزوجية بالنسبة للزوجة، وإما طلب الفرقة لعدم تنفيذ الزوج الآخر لالتزاماته الزوجية.

ونخلص في نهاية هذا التفريع المتعلق بالتزام المساكنة في كل من زواج المسيار والزواج الميسر (زواج الفريند) إلى أنه ورغم غياب المساكنة واقعيا بين الزوجين لظروف معينة وخاصة- إذ لا يجوز التوسع في هذه الزيجات- وباتفاق الزوجين، إلا أنه من الناحية النظرية والإجرائية القانونية يبقى الالتزام قائما قيام هذا الزواج، ولا مجال لإسقاطه، أو التملص منه، مهما تعددت أو تنوعت الشروط المتفق عليها بين الزوجين، والقانون بذلك إنما يقرر حماية أكبر للزوجين والأسرة، عن طريق إحاطة هذا الالتزام (المساكنة) بسياج يجعله محصنا ضد كل ما من شأنه أن يخل به أو يسقفه، حتى من طرف الزوجين أنفسهما.

الفرع الثالث

تمييز التزام المساكنة بين الزوجين عن بعض الأنظمة في القانون الفرنسي

ينتج عقد الزواج في القانون المدني الفرنسي التزاما بالحياة المشتركة[3]، وهذا يقتضي وحدة السكن ووحدة السرير كما جاء في القانون الفرنسي[4]، إلا أن الزواج في القانون

[1]- نور الدين أبو لحية، عقد الزواج وشروطه، المرجع السابق، ص.ص 147-148.

[2]- ناصر مشرع السبيعي، المسائل الفقهية المستجدة في النكاح مع بيان مأأخذ به القانون الكويتي، المرجع السابق، ص.184.

[3]- تنص المادة 215 من القانون المدني الفرنسي في فقرتها الأولى على :" الزوجان يلتزمان بشكل متبادل بالحياة المشتركة".

[4] -Frederique Eudier , droit de la famille, 2°edition , edition dalloz, paris,2003,p.69.

الفرنسي ليس المؤسسة الوحيدة التي يلتقي فيها شخصان ويعيشان حياة مشتركة، فهناك مايسمى بالمعاشرة concubinage، وميثاق التضامن المدني، والذي خصص لهما المشرع الفرنسي المادة 515-8 للأولى، والمواد من 515-1 إلى 515-7-1 (12 مادة) بالنسبة للثاني، وإن كان هذين النظامين لا يشبهان ولا بأي شكل عقد الزواج المقصود في قوانين الأحوال الشخصية العربية، إلا أنه ينتج عنهما مساكنة، وإن كانت شرعية بالنسبة للقانون الفرنسي وغير ذلك بل أبعد بكثير عن مفهوم المساكنة الشرعية في قوانيننا العربية المتعلقة بالأحوال الشخصية، فوجب تبعا لذلك تسليط الضوء على هذه الأنظمة وبيان مفهوم المساكنة فيها لنستطيع تحديد وتطويق المعنى الفعلي لالتزام المساكنة بين الزوجين.

وسنتعرض من خلال هذا التفريع إلى التزام المساكنة بين الزوجين ونظام المعاشرة concuninage قي القانون المدني الفرنسي(أولا) وإلى التزام المساكنة بين الزوجين وميثاق التضامن المدني (ثانيا).

أولا: التزام المساكنة بين الزوجين و نظام المعاشرة concubinage

تسمى أيضا الاتحاد الحر، والمخادنة، والمعاشرة سيئة السمعة، وتعرف المعاشرة concubinage[1] في القانون الفرنسي على أنها وضعية يعيش فيها رجل وامرأة معا دون أن يكونا متزوجين[2]، وعرف المشرع الفرنسي المعاشرة concubinage في المادة 515-8 على أنها:" المعاشرة هو اتحاد واقعي، يتميز بحياة مشتركة ذات طابع استقرار واستمرارية بين شخصين من جنس مختلف، أو من نفس الجنس، واللذين يعيشان كزوجين"، ولقد أضاف المشرع الفرنسي هذه المادة بموجب قانون 15 نوفمبر 1999، وكان الفقه الفرنسي قبل صدور هذا القانون قد حكم بأن المعاشرة concubinage لا يمكن أن تنتج آثارا إلا في الحالة التي تتميز فيها بالاستقرار والاستمرارية، وأن العلاقات المتقطعة بين شخصين لا تعتبر مستوفية لهذه المعايير الفقهية، إضافة إلى أن التعريف الفقهي لا يمكن أن ينطبق على زواج المثليين، بل نجده قد كسر هذا الاجتهاد الذي أراد المشرع الفرنسي التدخل فيه[3].

وباعتبار المعاشرة concubinage تبقى مجرد اتحاد في الواقع لا يفترض وجودها شكليات معينة، لا تصريح ولا احتفال، ويمكن إثباتها بأي وسيلة سواء من قبل الشركاء المتعايشين أو من قبل الغير[4]، وعمليا تكون شهادة معاشرة صادرة عن البلدية أو تصريح شرفي بالمساكنة

[1] - concubine :qui coche avec lui , qui maritalement avec une personne de l'autre sexe sans être marié avec lui(syn. Plus usuels_ ami,amie, compagne, compagnon). Concuinage ou rar concubinat ; relation sexuelle hors mariage, mais présentant un caractére du durée et de stailité (on dit aussi union lire), dictionnaire de langue français lexis, larousse, France,p396.

[2]- hachette dictionnaire pratique du français, librairie larousse, canada, 1989, p.244

[3]- frédérique faudier, droit de la famille, 2°édition, Armand Colin, Dalloz, Fance, 2003, p.p 173-174.

[4]- Patrick Courbe, droit de le famille, 4°édition, edition Dalloz,Françe,2005.p. 244.

عادة كافيا سواء للاستفادة من الميزات التي يمنحها التشريع الاجتماعي كتغطية التأمين الصحي للشريك في المعاشرة من طرف المؤمن اجتماعيا أو من قبل شركات التأمين[1].

وأما عن الآثار التي تترتب عن المعاشرة concuinage، فالشركاء المتعايشون لا يجمعهم أي رابط قانوني، وبذلك يعتبرون غرباء عن بعضهم البعض بحكم القانون، ولا يمكن أن تنطبق عليهم القواعد المتعلقة بحقوق وواجبات الزوجين، وبما أنهم لم يلتزموا بالوضع القانوني للزواج فإن الشركاء المتعايشين، لا يدينان لبعضهما البعض لا بواجب الإخلاص، ولا الإنقاذ، ولا بواجب المساعدة، وليسوا مطالبين بالمساهمة في أعباء الحياة المشتركة، حتى الأعمال المنزلية ينجزها الشريك المتعايش على نفقته الخاصة[2]، أما فيما يتعلق بالمسائل المالية بين الشريكين المتعايشين في الاتحاد الحر، فقد لجأ القضاء إلى عدة ميكانيزمات تفسر هذا الاتحاد في القانون، من أجل الفصل في النزاعات بين المتعايشين فيما تعلق منها بالمسائل المالية، كوجود شركة في الواقع وقاعدة الإثراء بلا سبب وكذا تطبيق نص المادة 555 من القانون المدني الفرنسي[3]على النزاع بين الشركاء المتعايشين[4].

وعن مسؤولية الشركاء في الاتحاد الحر تجاه الغير، وخاصة عندما يخلق الشريكين عن قصد مظهرا للزواج، فقد جعل القانون الفرنسي للدائنين الذين ارتكب أحد الشريكين في حقهم الخطأ الحق في مقاضاة أحد الشريكين المتعايشين[5].

---

[1]- Yann Favier, la notion de couple de fait en droit français : « concubinage » vs, PACS et Mariage, Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 11, aout 2019, Spain, 2019, p.69.

[2]- frédérique faudier,op.cit,p.174.

[3]- article 555 de code civil français : «Lorsque les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers et avec des matériaux appartenant à ce dernier, le propriétaire du fonds a le droit, sous réserve des dispositions de l'alinéa 4, soit d'en conserver la propriété, soit d'obliger le tiers à les enlever.

Si le propriétaire du fonds exige la suppression des constructions, plantations et ouvrages, elle est exécutée

aux frais du tiers, sans aucune indemnité pour lui ; le tiers peut, en outre, être condamné à des dommages-intérêts pour le préjudice éventuellement subi par le propriétaire du fonds.

Si le propriétaire du fonds préfère conserver la propriété des constructions, plantations et ouvrages, il doit, à son choix, rembourser au tiers, soit une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur, soit le coût des matériaux et le prix de la main-d'oeuvre estimés à la date du remboursement, compte tenu de l'état danslequel se trouvent lesdites constructions, plantations et ouvrages.

Si les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers évincé qui n'aurait pas été condamné,

en raison de sa bonne foi, à la restitution des fruits, le propriétaire ne pourra exiger la suppression desdits=

=ouvrages, constructions et plantations, mais il aura le choix de rembourser au tiers l'une ou l'autre des sommes visées à l'alinéa précédent ».

[4]- frédérique faudier, droit de la famille, op.cit, p.p 177-179.

[5]- Yann Favier, la notion de couple de fait en droit français : « concubinage » vs, PACS et Mariage, op.cit, p70.

ويترتب على ماسبق بيانه أن المعاشرة concubinage تختلف عن الالتزام بالمساكنة بين الزوجين في النتائج المترتبة عند الإخلال بكلاهما، إذ وعلى خلاف الثانية لا ترتب الأولى في حالة الانفصال إلا التزاما طبيعيا في ذمة الشريك المتعايش يتمثل في عدم ترك الآخر في حاجة أي كانت طبيعة هذه الحاجة، على أن هذا الالتزام الطبيعي قد يتحول إلى التزام قانوني بإرادة الشريك المنفردة في تنفيذ التزامه الطبيعي[1]، كما أنه وإن كانت المساكنة الشرعية أثرا يترتب على عقد زواج صحيح فالمساكنة في الاتحاد الحرconcubinage ليست أثرا لهذا الاتحاد إنما هي مصدره والسبب في وجوده والمظهر المعبر عنه في الواقع.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون والقضاء الفرنسيين [2] قد اعتبرا زواج الفاتحة الذي يتم بين رعايا الدول المسلمة، والمقام على الأراضي الفرنسية، معاشرة أو اتحاد حرconcubinage، وحولوا جزائريات تزوجن بالفاتحة إلى مجرد عشيقات، أو خليلات، وأدخلوهن ضمن أحكام المعاشرة الحرة دون زواج، الأمر الذي ينجر عنه العديد من المشاكل للزوجة والأولاد[3]، كون نظام المعاشرة concubinage هذا لا تترتب عنه كما سبق ورأينا أي آثار شبيهة بآثار عقد الزواج، ومع ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية أن الزواج الديني الذي أبرم بشكل صحيح في الخارج بين الأجانب يمكن أن يكون معرف في القانون الفرنسي[4] أي أنه يأخذ حكم عقد الزواج في القانون الفرنسي وتترتب عنه نفس آثاره.

ثانيا: التزام المساكنة بين الزوجين وميثاق التضامن المدني

تم إنشاء نظام ميثاق التضامن المدني(pacs) [5] بموجب القانون رقم 99-944 الصادر الصادر في 15 نوفمبر1999 بعد سنوات عديدة من المناقشات البرلمانية المحتدمة[6]، وجاء في المادة 515-1 التي عرفت ميثاق التضامن المدني كما يلي:" ميثاق التضامن المدني هو عقد بين شخصين بالغين من جنسين مختلفين أو من نفس الجنس لتنظيم حياتهما المشتركة"،

---

[1]- frédérique faudier, droit de la famille, op.cit, p.p 180-181.

[2]- « une vie commune qui succede a un mariage religieux constitué un concubinage »,CA.Paris, 8dec,1992, Juri Data n°1992-023694, p.138.

[3]- العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص. 477.

[4]- Cass ;1er civil, 15 juin 1982, n°81-12,611, Bull, civ,j,n°244.selon Stéphane Papi, les mariage à la FATIHA et le droit français, revue de droit de religions, 4/2017, France, p.136.

[5]-(pacs) اختصار لـ: pact civil de solidarité فيما يعني باللغة العربية ميثاق أو اتفاق التضامن المدني.

[6]- الواضح أن المشرع الفرنسي قنن ميثاق التضامن المدني (pacs) ليجعل من الممكن الاعتراف بالمثلية الجنسية رغم أنه جاء في تعريف المادة 515-1 لميثاق التضامن المدني أنه عقد يبرم بين شخصين من جنسين مختلفين أو من نفس الجنس، وقيمة هذا الاعتراف القانوني لدى أولئك المثليين – الذين كانوا ربما موضع رفض وتجاهل من طرف أقاربهم ومعارفهم- أنه جاء لإضفاء الطابع الرسمي على هذه العلاقات وهو يشكل مايسميه بيير بورديو (Pierre Bourdieu) " عملية الترخيص الاجتماعي"، وبذلك يكون ميثاق التضامن المدني وسيلة لتغيير وجهة نظر الآخرين للأزواج من نفس الجنس، وتقليل العداء تجاههم مراعاة للاعتبار الناتج عن الحساسية تجاه القانون، وبهذا المعنى يتم استخدام هذا النظام(pacs) في إزالة وصمة العار التي لحقت هؤلاء. ينظر في هذا الصدد: Wilfried Rault, L'invention du PACS, pratiques et symboliques d'une nouvelle forme d'union, presses de sciences, paris, 2009.p.p 103-105.

وقد اعتبر المشرع الفرنسي ميثاق التضامن المدني عقدا حقيقيا من جهة[1] ومن جهة أخرى أدرج أحكامه في الجزء المتعلق بالاتفاقات في القانون المدني، ولكن هذا الاختيار في وضع أحكامه إنما جاء للطبيعة الهجينة لميثاق التضامن المدني، إذ نجد المجلس الدستوري نفسه أقر في قراره الصادر في 9 نوفمبر 1999 أن:" ميثاق التضامن المدني ليس عقدا كالآخرين، لكنه عقد خاص من خلال غرضه، لأنه يهدف إلى تنظيم الحياة المشتركة"[2].

ويشترط لانعقاد ميثاق التضامن المدني شروطا موضوعية وأخرى شكلية. فأما الشروط الموضوعية فهي أهلية الشريكين المتعاقدين، وقد جاء نص المادة 515-1 من القانون المدني صريحا بنصه على أن ميثاق التضامن المدني عقد يبرم بين شخصين طبيعيين بالغين، وبذلك يمنع ناقصي الأهلية والذين هم تحت الوصاية من ابرام ميثاق التضامن المدني[3]؛ والشرط الثاني هو عدم وجود رابطة قرابة أو نسب بين الشركاء المستقبليين وهو ما جاء في نفس المادة 515-1 الفقرة 2:' تحت طائلة البطلان لا يمكن أن يكون هناك ميثاق تضامن مدني :- بين الأصول والفروع، والقرابة المباشرة وبين الأصهار في القرابة المباشرة حتى الدرجة الثالثة"؛ والشرط الثالث حسب الفقرة الثانية من نفس المادة هو أن لا يكون أحد الشريكين مرتبطا إما بزواج أو بميثاق تضامن مدني، والجدير بالذكر هنا أن المشرع الفرنسي لم يذكر حالة الارتباط بالاتحاد الحر concubinage، وهذا لاعتبارها اتحادا واقعيا لا يرتب أي آثار قانونية.

بالإضافة إلى شرط يستنبط من موضوع ميثاق التضامن المدني وهو الحياة المشتركة للشريكين، رغم أن القانون رقم 99-944 لم يلمح إلى أي التزام لمجتمع الحياة حتى لو كان يستدعي تحديد الإقامة المشتركة للشركاء المستقبليين، وفي المقابل قرر المجلس الدستوري الفرنسي التالي:" مفهوم الحياة المشتركة والذي لا يغطي فقط مجموعة المصالح ولا يقتصر فقط على شرط التعايش البسيط بين شخصين، وأن الحياة المشتركة التي ذكرها القانون المشار إليه تفترض مسبقا بالإضافة إلى الإقامة المشتركة حياة الزوجين..."، ومن هنا جاءت أسبقية الاتحاد الجنسي في اتفاق التضامن المدني والذي يبرر سبب وجوده[4]، وعليه يجب

[1]- حيث تثبت الطبيعة التعاقدية لميثاق التضامن المدني بصريح المادة 515-1 من القانون المدني الفرنسي. كما أنه عقد جديد مسمى يدخل ضمن القانون المدني، ولأنه عقد فقد قرر المجلس الدستوري الفرنسي في هذا الصدد الآتي:" إن الأحكام العامة للقانون المدني المتعلقة بالعقود والالتزامات التعاقدية ستطبق أيضا ، وتتبع بإشراف القاضي، باستثناء مايجب عليهم فعله بالضرورة مخالف لهذا القانون؛ على وجه الخصوص المواد 1109 وما يليها من القانون المدني المتعلقة بالتراضي، مطبقة على ميثاق التضامن المدني"،كما أن هذا العقد يخضع بالتأكيد لأحكام أخرى مثل المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي فيما يتعلق بتنفيذ العقود بحسن نية، المسؤولية التعاقدية(المادة 1134)، والشرط الجزائي (المادة 1152) على وجه الخصوص. ينظر : Patrick Courbe,op.cit, p.255.

[2] -Patrice Hilt, Fréderique Granet-Lamberchts , droit de la famille, 6° édition, presses université de Grenoble, janvier 2018, France, p.108.

[3]- frédérique faudier ,droit de la famille,op.cit, p.188.

[4]- Patrick Courbe, droit de la famille ,op.cit, p.255.

حسب المجلس الدستوري الاشتراك في السقف والسرير، ونظرا لأن هذا الالتزام ضروري فإن أي شرط يستبعد جميع أشكال التعايش أو ينص على التعايش المحدد المدة سيعتبر كأن لم يكن[1]، وشرط آخر يندرج تحت قانون العقد العام باعتبار ميثاق التضامن المدني عقدا، فيجب أن يكون الرضا صحيحا سليما خاليا من عيوب الإرادة كالغلط والتدليس والإكراه[2].

أما عن الشروط الشكلية، وطبقا للمادة 515-3 من القانون المدني الفرنسي يكون اتفاق التضامن المدني في شكل عقد مكتوب، يتم تقديم هذا العقد إلى ضابط الحالة المدنية للبلدية التي يقوم الشركاء بتثبيت محل إقامتهم المشترك فيها، وقد يتم التوقيع على اتفاقية التضامن المدني بموجب عقد موثق، ويؤشر ضابط الحالة المدنية أو الموثق حسب الأحوال على هذه الاتفاقية قبل إعادتها إلى الشركاء، ويقوم بتسجيل التصريح وترتيب إجراءات الإعلان[3] ويذكر في هامش شهادة ميلاد كل شريك إعلان ميثاق التضامن المدني، مع الإشارة إلى هوية الشريك الآخر[4]، وأي تعديل في هذا الاتفاق يخضع لنفس الإعلان[5].

وتترتب عن ميثاق التضامن المدني آثار مالية وشخصية، وقد نصت المادة 515-4 على أن الشركاء يلتزمون بالحياة المشتركة وكذلك بالمساعدة المادية والمتبادلة، وكذا بواجب الإخلاص وإن لم تنص عليه الأحكام المتعلقة بميثاق التضامن المدني فيستشف من القواعد العامة للعقود والالتزام، حيث اعتبر قرار المحكمة أنه لا بد من تنفيذ واجب الحياة المشتركة بين شخصين مرتبطين بميثاق التضامن المدني بإخلاص، وفقا للمبدأ العام في نظرية الالتزام والقاضي بتنفيذ العقود بحسن نية، مما يعني معاقبة الشركاء على أي شكل من أشكال الإخلال بواجب الإخلاص[6].

واستنادا لما سبق يتضح الاختلاف بين التزام المساكنة بين الزوجين الذي يكون أثرا لعقد زواج صحيح، والذي يقتضي توفير الزوج لمسكن الزوجية وإقامة الزوجة به وإحصان الزوجين فيما يتعلق بالمعاشرة الزوجية وواجب الإخلاص، في حين تسبق الحياة المشتركة للمتعايشين العقد في نظام ميثاق التضامن المدني، والذي يأتي لينظم هذه الحياة المشتركة السابقة في وجودها على العقد وليست أثرا له.

[1]- frédérique faudier ,droit de la famille, op.cit, p.190.
[2]-Ib.id, p.p 190-191.
[3]- ينظر المادة 515-3 من القانون المدني الفرنسي.
[4]- ينظر المادة 515-3-1 من القانون المدني الفرنسي.
[5]- ينظر نفس المادة من نفس القانون.
[6]- Patrice Hilt, Fréderique Granet-Lamberchts, droit de la famille ,op.cit, p.112.

المبحث الثاني

التزام الزوجين السكن بمسكن الزوجية

إن التزام المساكنة باعتباره التزاما تبادليا يقتضي أن يتشارك الزوجان السكن والحياة والمعيشة والسرير، هذه المشاركة بدورها تستوجب تواجدهما في مكان واحد ليعتبر التزام المساكنة متحققا كلما اكتملت هذه العناصر، ولعل تشارك المسكن هو المظهر المادي الذي تثبت به باقي الالتزامات، ذلك أن التزام السكن بمسكن الزوجية يعتبر الالتزام الأهم في المساكنة كونه يعتبر قرينة على وفاء كلا الزوجين بالتزام المساكنة ومعناه أنه مادام الزوجان يتشاركان السكن فهذا يفترض تشاركها كل ما تفترضه المساكنة من واجبات، فإذا ما ادعى أحد الطرفين خلاف ذلك وقع عليه اثبات تقصير أو إخلال الطرف الآخر.

إن الأهمية التي يكتسيها التزام الزوجين السكن بمسكن الزوجية ضمن ما يعرف بمقتضيات المساكنة، ترجع لأن بعض الفقه وكذا التشريعات اعتبرت وقصرت التزام المساكنة على السكن دون سائر الالتزامات الأخرى المتبادلة بين الزوجين وذلك لاشتراك اللفظ بين المساكنة والسكن كما رأينا عند محاولة ضبطنا مفهوم المساكنة في المبحث الأول، الأمر الذي يبرر تقديمه في دراسة الالتزامات المتضمنة في المساكنة باعتبارها التزام عام بين الزوجين.

ولأن المسكن هو الحيز المادي الذي تدرس في إطاره الالتزامات المتبادلة بين الزوجين، وجب أولا بيان المقصود من مسكن الزوجية في كل من الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية-محل المقارنة- (المطلب الأول|) ووجب ثانيا بيان كيفية الوفاء بالتزام السكن من طرف الزوجين معا (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مسكن الزوجية في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية

إن مسكن الزوجية باعتباره الإطار المكاني لممارسة الحياة الزوجية والمساحة التي يقاس من خلالها الأداءات المشتركة بين الزوجين كما سبق ذكره فيما يعبر عن المساكنة بينهما، تظهر أهمية تعريفه وبيان مفهومه ومعالمه وطبيعته وتكييفه باعتباره المظهر المادي للمساكنة، وكذا توضيح الشروط والمعايير التي على أساسها يمكن القول أننا بصدد مسكن زوجية شرعي، وعلى أساس تحقق هذا الوصف - شرعي- تخلو ذمة الزوج من التزام توفير السكن وتصبح الزوجة مطالبة بالالتحاق به والعكس يتحقق إذا تخلف هذا الوصف عن المسكن، لذلك وجب ضبط مفهوم المسكن وتفصيل شروطه لنتمكن من قياس مدى وفاء كل من الزوجين بهذا الالتزام.

وسنتطرق في هذا المطلب كما هو واضح من عنوانه إلى مسكن الزوجية في الشريعة الإسلامية (الفرع الأول) لنتطرق إلى مسكن الزوجية في القوانين الوضعية –محل المقارنة- (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مسكن الزوجية في الشريعة الإسلامية

فصل فقهاء الشريعة الإسلامية في مفهوم المسكن ومقوماته وفيما يجب أن يكون عليه المسكن الشرعي، وجاءت الأحكام المتعلقة به متفرقة بين باب النفقة وباب القسم بين الزوجات، وجاءت آثار الإخلال به من طرف الزوج في باب الطلاق والتطليق للهجر والغيبة والفقد، وكذا في آثار الإخلال به من طرف الزوجة في باب نشوز الزوجة وخروجها من بيت زوجها دون إذنه[1].

وسنعرف من خلال هذا الفرع مسكن الزوجية في الفقه الإسلامي(أولا) لنبين الطبيعة الشرعية له (ثانيا) لنحدد المعيار المعتبر في تقدير المسكن(ثالثا) لنصل إلى شروط المسكن ونفصل فيها(رابعا).

أولا: تعريف مسكن الزوجية في الفقه الإسلامي

نتطرق للتعريف اللغوي للمسكن لنبين بعد ذلك المقصود بمسكن الزوجية عند فقهاء الشريعة الإسلامية.

1- المعنى اللغوي للمسكن : نجد في اللغة ألفاظ عديدة تشير إلى معنى السكن والتي لا تخرج عن كونه المكان الذي يبقى فيه الشخص على وجه الاستقرار والدوام، ومن بين هذه الألفاظ البيت والدار والشقة والمنزل بالإضافة إلى المسكن، والأكيد وجود اختلاف تقني إن صح التعبير بين هذه الألفاظ وهو ماسنبينه فيما يلي:

البيت: مشتق من الفعل بات يبيت بياتا وبيتوتة أي أدركه الليل فنام[2] ، والبيت هو كل ماله جدار وسقف وإن لم يكن به ساكن، ويصدق البيت على المبني من طين أو آجر أوحجر أو المتخذ من خشب أو صوف أو وبر أو شعر أو جلد وأنواع الخيام[3]، وعند الفقهاء يطلق البيت

---

[1]- فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، المغرب، 2004، ص.19.

[2]- محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس، المجلد الأول، مطابع دار صادر، لبنان، د.س.ن، ص.531.

[3]- الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء 8، المرجع السابق، ص.ص225-226.

على الحجرة أو الغرفة الواحدة التي لها غلق ومرافق خاصة أو مشتركة وتقع داخل الدار الواحدة دون أن تكون مستقلة عنها بفسحة أو بسياج خاص بها[1].

الدار: هي اسم لما اشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف، واسم الدار يتناول العرصة والبناء جميعا، والفرق بين الدار والبيت أن الدار تشتمل على بيوت ومنازل[2]، والدار مشتقة من الفعل دار يدور دورا ودورانا بمعنى طاف حول الشيء وعاد إلى الموضع الذي بدأ منه، وتعني كل موضع يحيط به شيء يحجزه كالسياج فيجمع في داخله البناء والساحة[3].

المنزل: هو اسم مكان النزول وفي بعض الأعراف هو اسم لما يشتمل عليه من بيوت وصحن مسقف ومطبخ يسكنه الرجل بعياله، وهو دون الدار وفوق البيت وأقله بيتان أو ثلاثة[4].

الشقة: الشقة لغة نصف الشيء، والشقة جزء من البيت تنفرد غالبا بسكناه الأسرة، والشقة عند فقهاء الشريعة الإسلامية نصف دار تستقل بغلقها ومرافقها بحاجز خاص بها إن كانت دار أفقية البناء، وطابق مستقل أو جزء من طابق يحتوي مجموعة شقق إذا كان البناء عموديا[5].

المسكن: المسكن بفتح الكاف أو كسرها هو البيت والمنزل، وسكن فلان مكان كذا استوطنه واسم المكان المسكن[6].

ومن خلال هذه التعاريف يتضح أن هذه الألفاظ (البيت، الدار، المنزل، الشقة) من حيث اللغة هي مترادفات تعني شيئا واحدا هو مكان إقامة الشخص وتختلف فقط من حيث المواصفات والمساحة.

2- معنى مسكن الزوجية شرعا: لم يعرف فقهاء الشريعة الإسلامية مسكن الزوجية بقدر ما ذكروا شروطه ومقوماته ، لذلك ترد كلماتهم في معرض حديثهم عن مسكن الزوجية مبينة لشروط شرعية المسكن أكثر من محاولة تعريفه وبيان مفهومه، وسنورد فيما يلي ما ذكروه عن مسكن الزوجية:

---

[1]- طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2012، ص.15.
[2]- الموسوعة الفقهية، الجزء 8، المرجع السبق، ص.226.
[3]- المنجد في الأعلام واللغة، المرجع السابق، ص.ص228.229.
[4]- الموسوعة الفقهية، الجزء8، المرجع السابق، ص.226.
[5]- طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص16.
[6]- الموسوعة الفقهية، الجزء37، المرجع السابق، ص.393.

الحنفية: قالوا يجب لها السكنى في بيت خال عن أهله وبيت منفرد من دار له غلق، زاد في الاختيار[1] والعيني ومرافق، ومراده لزوم كنيف[2] ومطبخ، وينبغي الافتاء به بحر[3] (كفاها) لحصول المقصود هداية[4]، فلكي يكون المسكن شرعيا عند الحنفية وجب أن تنفرد به الزوجة الزوجة وأن يكون له باب يغلق وأن يحتوي على مرافق من حمام ومطبخ وذلك حتى يتم تحقيق المقصود من الزواج[5].

المالكية: ويرى المالكية أن الدار التي يعدها الزوج لزوجته وجب أن تكون مسكنا مستقلا[6]، يتوفر فيها كل المنافع الضرورية كالحمام والمطبخ، فالدار عند المالكية ليست الحجرة المعدة للنوم فقط إنما هي منزل متكامل يحتوي على كل ماهو ضروري[7].

الشافعية: يقول الخطيب الشربيني في مغني المحتاج:" ويجب لها عليه (مسكن) أي تهيئته ويجب لها ذلك لقوله تعالى "وأسكنوهن"، فالزوجة أولى، ولا بد أن يكون المسكن (يليق بها) عادة، لأنها لا تملك الانتقال منه، فروعي فيها جانبها بخلاف النفقة والكسوة حيث روعي فيهما على الزوج لأنها تملك إبدالهما، فإن لم تكن ممن يسكن الخان أسكنت دارا أو حجرة، وينظر إلى مايليق بها من سعة أو ضيق، قال تعالى:" ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن"، ولا يشترط في المسكن (كونه ملكه) قطعا، بل يجوز إسكانها في موقوف و مستأجر ومستعار، قال ابن الصلاح:"ولو سكنت هي والزوج في منزلها مدة سقط فيها حق السكنى، ولا مطالبة لها بأجرة سكنه معها إن كانت أذنت له في ذلك، لأن الإذن المطلق العري عن ذكر عوض ينزل على الإعارة والإباحة"[8].

الحنابلة: يقول ابن قدامة مبينا أوصاف المسكن الشرعي:"ومن المعروف أن يسكنها في مسكن، ولأنها لا تستغني عن المسكن للاستتار عن العيون، وفي التصرف، والاستمتاع، وحفظ المتاع، ويكون المسكن على قدر يسارهما وإعسارهما، لقوله الله تعالى:" من وجدكم"، ولأنه واجب لها لمصلحتها في الدوام، فجرى مجرى النفقة والكسوة"[9]، فالمسكن عند الحنفية

---

[1] - كتاب الاختيار لتعليل المختار لمؤلفه عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي.

[2] - الكنيف هو بيت الخلاء.

[3] - بحر يقصد به كتاب البحر الرائق لابن نجيم.

[4]- محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، رد المحتار على الدر المختار الجزء3، ط.2، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1966، ص.600.

[5]- محمود خميس حسن محمد خميس، حق المسكن الشرعي للزوجة، دراسة فقهية تطبيقية، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2012، ص.71.

[6]- محمد بن أحمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء2، المرجع السابق، ص.512.513

[7]- محمود خميس حسن محمد خميس، حق المسكن الشرعي للزوجة ، المرجع السابق.، ص. 71.

[8]- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء 5، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994، ص.161..

[9]- أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي الدمشقي الحنبلي، المغني، الجزء8، مكتبة القاهرة، مصر، 1969، ص.200.

الحنفية يجب أن يكون ساترا لمن بداخله، يحقق الغرض من بنائه في العيش وحفظ الأمتعة وسائر الأغراض الأخرى"[1].

وعدم تعريف الفقهاء المسلمين لمسكن الزوجية لم يمنعهم من استخدامهم مفردات سكنى الزوجية والتي أعطوها معاني مختلفة لا من حيث صفتها باعتبارها مكان سكنى الزوجية بل من حيث تحديد حجم المسكن ومواصفاته، فالبيت عند الفقهاء يعني الغرفة، والشقة عندهم تعني نصف الدار بمرافق مستقلة، والدار مجموعة غرف أو شقق مستقلة عن غيرها من الدور بسياج خاص بها، أما المنزل والمسكن فهي ألفاظ عامة وتطلق بذلك على البيت والشقة والدار، وتظهر دقة وأهمية استخدام فقهاء المسلمين لهذه المفردات عند تحديد حجم المسكن الشرعي الذي يقع على الزوج إعداده للزوجة حسب حاله، فالمسكن الشرعي للمعسر هو البيت كحد أدنى، ولمتوسط الحال الشقة، أما الموسر فمسكنه الشرعي هو الدار المستقلة[2].

ثانيا: الطبيعة الشرعية لمسكن الزوجية

يعتبر المسكن من مشتملات النفقة، وقد اتفق الفقهاء على أن سبب وجوب النفقة هو العقد الصحيح واتفقوا أيضا على أن الزوجة تستحق النفقة بمجرد العقد[3]، واستدل الفقهاء في وجوب النفقة بقوله تعالى:" أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ "[4] ووجه الدلالة أن السكنى السكنى إن كانت واجبة للحوامل والمطلقات وللمعتدة واللاتي انقطعت عنهم العلاقة الزوجية فمن باب أولى أن تكون للزوجة التي هي في عصمة زوجها[5]، كما استدلوا أيضا بقوله تعالى:" وعاشروهن بالمعروف"[6] ووجه الاستدلال من الآية الكريمة أن الله عز وجل أوجب أوجب العشرة بالمعروف بين الأزواج وأمر الأزواج بذلك، ومن المعروف الواجب على الزوج والمأمور به أن يسكن زوجته في مسكن تأمن فيه على نفسها ومالها[7].

وأما من السنة المطهرة فقد جاء فيها أن القريعة بنت مالك بن سنا وهي أخت أبي سعيد الخدري جاءت رسول الله ﷺ تسأله أن ترجع إلى أهلها في بني خدرة وأن زوجها خرج في

---

[1]- محمود خميس حسن محمد خميس، حق المسكن الشرعي للزوجة، المرجع السابق، ص.72.

[2]- طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.ص 18-19

[3]- سناء جميل الحنيطي، خلوف ضيف الله محمد آغا، شروط مسكن الزوجية في قانون الأحوال الشخصية الأردني، مؤتة للبحوث والدراسات، سلسلة العلوم الانسانية والاجتماعية، المجلد الثالث والثلاثون، العدد الثاني، الأردن، 2018، ص93.

[4]- سورة الطلاق، الآية 6.

[5]- عبد الكريم الغوط، سلطات الرجل والمرأة داخل الأسرة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران -1- أحمد بن بلة، الجزائر، 2017، ص.

[6]- سورة النساء، الآية 19.

[7]- أحمد القضاة، أحكام سكنى الزوجة في قانون الأحوال الشخصية، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، مجلد 13، عدد4، الأردن، 2017.، ص.165.

طلب أعبد له أبقوا حتى إذا كان بطرف القدود لحقهم فقتلوه، قالت : فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أرجع إلى أهلي فإن زوجي لم يترك لي مسكنا يملكه ولا نفقة، قالت : فقال رسول الله ﷺ:"نعم"، قالت: فانصرفت حتى إذا كنت في الحجرة أو في المسجد ناداني رسول الله ﷺ أو أمر بي فنوديت له، فقال:"كيف قلت؟" قالت :فرددت عليه القصة التي ذكرت له من شأن زوجي، قال:" اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله"، قالت:فاعتددت أربعة أشهر وعشرا"[1]، وقال ابن عبد البر:"وهذا الحديث إنما ترويه معروفة بحمل العلم، وإيجاب السكنى إيجاب حكم، والأحكام لا تجب إلا بنص كتاب أو سنة أو إجماع فإنما كان هذا في شأن المعتدة من الوفاة وقد انقطع سبب وجوب النفقة وهو الزوجية فكيف والزوجية قائمة[2]، وقوله ﷺ في حجة الوداع:"ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف" ووجه الاستدلال من الحديث أن رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تتحقق إلا إذا تحقق وجود المسكن أولا، وهو أولى، فما فائدة الكسوة والانفاق إن لم يتحقق وجود المسكن الشرعي لها وبحسب حال الزوج[3].

ومايدل على وجوب السكن كحق للزوجة في ذمة الزوج من المعقول أن الزوجة لا يمكنها الاستغناء عن المسكن، حيث وجد للتصرف والاستمتاع وحفظ المتاع والاستتار عن العيون، لذا وجب على الزوج تهيئته بجميع اللوازم والمحتويات التي تحقق الغرض من الحياة الزوجية[4]، كما أن حل الاستمتاع والعشرة بين الزوجين باعتباره من الحقوق المترتبة عن عقد الزواج لا يمكن للزوج المطالبة به قبل أن يهيأ المكان المناسب لهذا الاستمتاع فتهيئة المكان تسبق المطالبة بالحق، كما لا يمكن تصور ممارسة حق الاستمتاع بوضع طبيعي سليم موافق للفطرة الانسانية السليمة إلا في بيت الزوجية المطلوب توفيره من الزوج[5].

ثالثا: المعيار المعتبر في تقدير مسكن الزوجية

اختلف الفقهاء في المسكن الذي يجب على الزوج تهيئته بلوازمه ومحتوياته، هل يكون حسب حال الزوج؟ أم حسب حال الزوجة؟ أم حسب حالهما معا؟، ذلك أن الناس تتفاوت في الغنى والفقر والعسر واليسار، والمساكن ولوازمها من البيوت تتفاوت تفاوتا كبيرا، وكانت للفقهاء في حكم هذه المسألة ثلاثة أقوال:

---

[1]- مالك ابن أنس، الموطأ، الجزء2، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1985، ص.591، ح.رقم 87.

[2]- أبو عمر يوسف بن عبد البر، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، الجزء21،المغرب، 1387هـ، ص.31.

[3]- سناء جميل الحنيطي، خلوف ضيف الله محمد آغا، شروط مسكن الزوجية في قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق، ص.93.

[4]- ابن عابدين، رد المحتار، الجزء3،المرجع السابق، ص. 600.

[5]- محمد جمال أبو سنينة، حسين مطاوع الترتوري، الطاعة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص84.

1- المعتبر في تقدير مسكن الزوجية هو حال الزوجين: وهو قول الحنفية[1] وأحد أقوال الحنابلة[2] وأحد أقوال المالكية[3]، جاء في البحر الرائق:" واعلم أن المسكن لا بد من أن يكون بقدر حالهما...فليس مسكن الأغنياء كمسكن الفقراء"[4]، وقال ابن قدامة من الحنابلة:" يكون المسكن على قدر يسارهما وإعسارهما"[5]، وجاء في كتب المالكية:" وجوب الإسكان كالنفقة قدرا وصفة ومكانا باعتبار حال الزوجين"[6]، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى:"وعاشروهن بالمعروف" ومن المعاشرة بالمعروف أن يراعى حال الزوجين في المسكن والنفقة والكسوة، وكذا بقوله تعالى:"أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ" والمسكن واجب لمصلحتهما في الدوام فلا بد من مراعاة حال الزوجين[7].

وحسب هذا القول فإن الزوجين إذا كانا موسرين فعلى الزوج تهيئة مسكن الأغنياء، وإذا كان الزوجان معسرين فمسكنه مسكن الفقراء، وإن كان الزوجان متوسطي الحال لزمه إعداد مسكن متوسطي الحال، ولكن السؤال يثور إن اختلفت حال الزوجين بين العسر واليسار، في هذه الحال إذا كان الزوج معسرا والزوجة موسرة فالواجب أن يسكنها في بيت (غرفة) من دار بمرافق خاصة بها أو مشتركة مع البيوت الأخرى من الدار، ولا يكلف الزوج بأكثر من ذلك، لأن مازاد عن ذلك يعتبر ترفا لا يلزم الزوج، ولا يلزم الزوج المعسر في هذه الحالة بفرق الأجرتين، أجرة المسكن الذي تستحقه الزوجة وأجرة المسكن الذي أسكنها فيه ولا يكون دينا لها عليه إذ لم يقل الفقهاء بذلك[8].

2- المعتبر في تقدير مسكن الزوجية حال الزوجة: ذهب الشافعية[9] وقسم من الحنابلة[10] إلى اعتبار حال الزوجة في تهيئة المسكن وعلى قدر كفايتها، وذلك على خلاف رأيهم في النفقة[11] وقد جاء في كتب الشافعية:"ويجب لها عليه مسكن، ولا بد أن يكون(المسكن) لائقا بها عادة، لأنها لا تملك الانتقال منه فروعي فيه جانبها، بخلاف النفقة والكسوة، حيث روعي فيها حال الزوج، لأنها لا تملك إبدالهما، فإن تكن ممن يسكن الخان أسكنت دارا أو حجرة، وينظر إلى

---

[1]- علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني، الجزء2، دار إحياء التراث العربي، لبنان، د.س.ن، ص.285. ابن عابدين، رد المحتار، الجزء3، ص.600. ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء 4، ط.2، دار الكتاب الإسلامي، مصر، د.س.ن، ص.211.

[2]- ابن قدامة، المغني، الجزء 8، المرجع السابق، ص160.

[3]- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء2، المرجع السابق، ص.509.

[4]- ابن نجيم، البحر الرائق، الجزء4، المرجع السابق، ص.211.

[5]- ابن قدامة ، المغني، الجزء8، المرجع السابق، ص.200.

[6]- محمد بن يوسف أبو عبد الله المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، الجزء 5، الطبعة 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994، ص543.

[7]- محمد جمال أبو سنينة، حسين مطاوع الترتوري، الطاعة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية ،المرجع السابق، ص.87.

[8]- طه صالح الجبوري،حق الزوجة في السكنى دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.ص 28-29.

[9]- الشربيني، مغني المحتاج، الجزء 5، المرجع السابق، ص.162.

[10]- ابن قدامة، المغني، الجزء 8، المرجع السابق، ص.196.

[11]- أحمد القضاة، أحكام سكنى الزوجة في قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.167.

ما يليق بها من سعة أو ضيق[1] لقوله تعالى:"لا تضاروهن لتضيقوا عليهن"[2] ومن المضارة إسكانها في مسكن لا يليق بها، وقوله تعالى:"وعاشروهن بالمعروف"[3] ومن المعاشرة بالمعروف إسكانها بمسكن يليق بها[4]، ويظهر رأي بعض فقهاء الحنفية فيما نقله ابن عابدين عن ملتقط أبي القاسم، حيث قال:"وإن ذلك يختلف باختلاف الناس، ففي الشريفة ذات اليسار لا بد من إفرادها في دار، ومتوسطة الحال يكفيها بيت واحد من دار(غرفة)، ولو مع أحمائها أو ضرتها، كأكثر أعراف أهل القرى والمدن الذين يسكنون الربوع والأحواش"[5].

3- المعتبر في تقدير مسكن الزوجية حال الزوج: وهو قول الظاهرية[6]، يقول ابن حزم:"ويلزمه إسكانها على قدر طاقته، لقوله تعالى:" أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ "، وقال بذلك أيضا قسم من الحنفية، يقول الكرفي من الحنفية:"إن قدر النفقة يعتبر بحال الزوج في يساره وإعساره"[7] واستدلوا بقوله تعالى:" لينفق كل ذي سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما أتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها"[8]، ومعلوم أن المسكن جزء من النفقة فيكون المعتبر في تقديره وفقا لهذا الرأي هو حال الزوج، فإن كان الزوج ممن يسكنون قصورا ومساكن فاخرة أسكن زوجته كما يسكن أمثاله وإن كان مثله يسكن في حجرة أو غرفة مستقلة بمرافق خاصة أو مشتركة كان المسكن الشرعي لزوجته حجرة تأمن فيها على نفسها ومتاعها وذلك دون اعتبار لحال الزوجة[9].

يقول ابن منظور:"الوُجد والوَجد والوِجد: اليسار والسعة وفي التنزيل العزيز:" أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ "، وقد قرئ بالثلاث، أي من سعتكم ومامملكتم وقال بعضهم: من مساكنكم، وقوله تعالى:" لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ "[10]، وحيث أن المسكن من جملة النفقة، فإننا لو كلفنا الزوج الفقير سكن الأغنياء لغنى الزوجة، فإننا نكون قد ألزمناه بما لم يلزمه الله تبارك وتعالى به، وذلك بالإنفاق فوق طاقته ووسعه، ولكن على قدر حاله ولو في بيت من خشب، إذا كان لا يستطيع غيره، لأنه هو الذي أتاه الله، والله لا يكلف نفسا إلا ما أتاها"[11] .

---

[1]- الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، الجزء5، ص.161.
[2]- سورة الطلاق، الآية19.
[3]- سورة النساء، الآية 19.
[4]- محمد جمال أبو سنينة، حسين مطاوع الترتوري، الطاعة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.86.
[5]- ابن عابدين، رد المحتار ، الجزء 3، المرجع السابق، ص.601.
[6]- ابن حزم، المحلى، الجزء 9، المرجع السابق، ص.253.
[7]- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء4، المرجع السابق، ص.24.
[8]- سورة الطلاق، الآية 7.
[9]- طه صالح الجبزري، حق الزوجة في السكنة دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.31.
[10] - سورة الطلاق، الآية 7.
[11]- ابن منظور، لسان العرب، الجزء3، المرجع السابق، ص.445.

والراجح بين هذه الأقوال هو الرأي الثالث لقوة أدلته، ذلك أن المخاطب في قوله تعالى:"أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم"[1] هم الأزواج، وأن المأمور بالإنفاق في قوله تعالى:"لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله"[2] هم الأزواج أيضا، والمسكن جزء من النفقة وبما أنها واجبة على الزوج فينبغي أن يكون حاله هو المعتبر، ولأن هذا الرأي هو الأنسب لزماننا وما تعارف عليه الناس وإلزام الزوج بخلاف ذلك إضرار به بتكليفه مالا يطيق، وفيه ضرر على الزوجة، ذلك أنه لو طلبنا من الزوج إسكان زوجته في بيت واسع كبيت أبيها وألزمناه بذلك فإنه سيطلق زوجته قبل هذا الالتزام لأنه لا طاقة له به، وذلك من أعظم الضرر[3].

رابعا: شروط مسكن الزوجية عند فقهاء الشريعة الإسلامية

سبق القول عند التطرق لتعريف مسكن الزوجية أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يعرفوا مسكن الزوجية بقدر ما عددوا الشروط التي يجب توافرها فيه، فأصبح بذلك توفر هذه الشروط مجتمعة معناه شرعية مسكن الزوجية، والعكس صحيح فاختلال أحد هذه الشروط معناه عدم شرعية المسكن، ويترتب على هذا الحكم أن عدم اعتبار المسكن "مسكن زوجية شرعي" لا يعتبر معه خروج الزوجة منه نشوزا أو إخلالا موجبا للجزاء، ذلك أن مضمون مسكن الزوجية عند فقهاء الشريعة الإسلامية يتلخص في توافر شروطه الشرعية[4]، الشرعية[4]، وسنفصل في هذه الشروط تباعا فيما يلي:

1- أن يكون المسكن لائقا ومناسبا: ومعناه أن يكون المسكن لائقا بالزوجة مناسبا لحال الزوج، ولعل مناسبة مسكن الزوجية لحال الزوج أسبق من ملاءمته لحال الزوجة كون الزوج هو من يقع عليه واجب توفير مسكن الزوجية في مقابل وفاء الزوجة بالتزام السكن ببيت الزوجية والذي يكون بانتقالها إليه والإقامة فيه، فوجب أن يسبق في الاعتبار حال الزوج على حال الزوجة، فالمعتبر إذا هو يسار الزوج أو عسره كما رأينا سابقا[5]، فإذا كان الزوج موسرا وجب أن يسكن زوجته الموسرة في مساكن الأغنياء وإن كانت الزوجة معسرة مع يسر الزوج وجب عليه إسكانها في مساكن المتوسطين وإن كان معسرا وكانت زوجته معسرة أسكنها مساكن الفقراء[6]، وإن كان الزوج فقيرا والزوجة موسرة أسكنها في بيت من

---

[1]- سورة الطلاق، الآية 6.

[2]- سورة الطلاق، الآية 7.

[3]- محمد جمال أبو سنينة، حسين مطاوع الترتوري، الطاعة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.91.

[4]- فتيحة الشافعي، االتزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص. 20.

[5]- ينظر الصفحة رقم 57 من هذه الرسالة.

[6]- ومساكن الأغنياء هي الدور والدار هي مجموعة غرف وفناء مع مرافق خاصة، أما مساكن المتوسطين هي الدار المستقلة الصغيرة أو الشقة في عمارة تناسب حال الزوجين، ومساكن الفقراء هو البيت(غرفة) بمرافق مستقلة أو =

دار بمرافق خاصة أو مشتركة، لأن مازاد عن هذا القدر هو ترف ولا يلزم به الزوج العاجز عنه[1].

كما أن المعتبر في تحديد مدى ملاءمة مسكن الزوجية من عدمه يخضع أيضا لتغير العصر والأعراف، وفي هذا يقول ابن عابدين في الدر المختار مبينا اختلاف أحوال السكنى من اليسار والإعسار باختلاف الزمان والمكان:"....وذلك باختلاف الناس، ففي الشريفة ذات اليسار لا بد من إفرادها في دار، ومتوسطة الحال يكفيها بيت واحد من دار، ومفهومه أن من كانت من ذوات الإعسار يكفيها بيت ولو مع أحمائها وضرتها كأكثر الأعراف وأهل القرى وفقراء المدن الذين يسكنون في الأحواش والربوع، وهذا التفصيل هو الموافق لما مر من أن المسكن يعتبر بقدر حالهما...وينبغي اعتماده في زماننا....وأهل بلادنا الشامية لا يسكنون في بيت من دار مشتملة على أجانب، وهذا في أوساطهم فضلا عن أشرافهم إلا أن تكون دار موروثة بين إخوة مثلا، فيسكن كل واحد منهم في جهة منها مع الاشتراك في مرافقها، فإذا ما تضررت زوجة أحدهم من أحمائها أو ضرتها وأراد زوجها إسكانها في بيت منفرد من دار لجماعة أجانب وفي البيت مطبخ وخلاء يعدون ذلك من أعظم العار عليهم ، فينبغي الإفتاء بلزوم دار من بابها، نعم ينبغي أن لا يلزمه إسكانها في دار واسعة كدار أبيها أو كداره التي هو ساكن فيها، لأن كثيرا من الأوساط والأشراف يسكنون الدار الصغيرة، وهذا موافق لما قدمناه عن الملتقط من قوله اعتبارا في السكن بالمعروف، إذ لا شك أن المعروف يختلف باختلاف الزمان والمكان، فعلى المفتي أن ينظر إلى حال أهل زمانه وبلده، إذ بدون ذلك لا تحصل المعاشرة بالمعروف"[2].

2- أن يكون المسكن مستقلا: مقتضى هذا الشرط أن تستقل الزوجة وتنفرد بمسكن الزوجية عمن يمكنه أن يجعل المساكنة غير ممكنة، ومن هؤلاء أولاد الزوج من غيرها وأقارب الزوج والضرة، وفي هذه الأحوال فصل فقهاء الشريعة الإسلامية على النحو التالي:

أ- إسكان الزوجة مع والدي الزوج في مسكن واحد: اختلف الفقهاء في جواز الجمع بين الزوجة وأبوي زوجها على قولين، الأول ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة [3] إلى أنه لا يجوز الجمع بين الأبوين والزوجة في مسكن واحد إلا برضاها، لأن الانفراد بمسكن تأمن فيه على نفسها ومالها حق لها وليس لأحد أن يجبرها على غير ذلك، يقول أبو الحسن المرغناني من الحنفية:"وعلى الزوج أن يسكنها في دار منفردة ليس فيها

=بمرافق في الدار يشترك فيها أهل البيوت الأخرى في الدار.أنظر في تفصيل ذلك، طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.28.

[1]- طه صالح الجبوري، المرجع نفسه، ص. 28.

[2]- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، الجزء3، المرجع السابق، ص.601.

[3]-عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، الإختيار لتعليل المختار، الجزء 4، دار الكتب العلمية، لبنان، 1359هـ، ص.8.البهوتي، كشاف القناع، الجزء5، المرجع السابق، ص.460

أحد من أهله إلا أن تختار، لأن السكنى من كفايتها، فتجب لها كالنفقة وقد أوجبه الله تعالى مقرونا بالنفقة، وإذا وجب لها حق ليس له أن يشرك غيرها فيه، لأنها تتضرر به ولأن السكن المشترك يمنعها من معاشرة زوجها والاستمتاع بها، ولأنها لا تأمن على متاعها"[1]، وأضاف الحنابلة[2] حكما إذا كان الزوج عاجزا فلا يلزمه وإن كان قادرا يلزمه، وقيل لا يلزمه غير ما اشترطت عليه[3]، أما المالكية فقد فرقوا بين الزوجة الشريفة والوضيعة، فإذا كانت الزوجة شريفة وهي ذات القدر فلها الامتناع عن السكنى مع أقاربه، ولو كان أبواه في دار واحدة، لما فيه من الضرر عليها باطلاعهم على حالها وشؤونها الخاصة، فإذا ما شرط عليها الزوج عند العقد أن تسكن معهم فليس لها الامتناع من السكنى معهم إلا إذا حصل منهم الضرر من سكناها معهم أو الاطلاع على شؤونها وعوراتها[4]، وأما إن كانت الزوجة وضيعة فللزوج أن يسكنها مع أقاربه في دار واحدة، إلا إذا اشترطت حين العقد ألا يسكن معها أحد من أقارب الزوج أو حصل لها ضرر منهم، والمالكية بهذا الحكم راعوا العرف الذي يحتكم إليه الناس، ولم يقصدوا التفضيل بين البشر فالعرف يقضي أن المرأة ذات المكانة الاجتماعية لها خصوصية أكثر من غيرها، وسكنها مع غيرها قد يحرمها من هذه الخصوصية، وهذا متحقق في زماننا[5].

والراجح في هذه الأقوال هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة والذين قالوا بعدم جواز إسكان الزوجة مع أبوي الزوج في مسكن واحد إلا برضاها ولم يفرقوا في ذلك بين الزوجة الشريفة والوضيعة، ذلك أن الانفراد بالمسكن حق للزوجة شريفة كانت أو غير ذلك[6].

ب- إسكان الزوجة مع أبناء الزوج من زوجة أخرى: اتفق الفقهاء[7] على أنه لا يجوز الجمع بين الزوجة وولد الزوج من غيرها في مسكن واحد إذا كان هذا الولد كبيرا يفهم الجماع، ذلك أن السكنى معه فيها إضرار بالزوجة، وهو حق للزوجة يسقط برضاها، يقول ابن نجيم في البحر الرائق:"...وإذا وجبت حقا لها-أي السكنى- ليس له أن يشرك غيرها فيه، لأنها تتضرر به فإنها لا تأمن على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها، ومن الاستمتاع إلا أن

---

[1]- سناء جميل الحنيطي، خلوق ضيف الله آغا، شروط مسكن الزوجية في قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق، ص.ص95-96.

[2]- البهوتي، كشاف القناع، الجزء 3، المرجع السابق، ص.53.

[3]- أحمد القضاة، أحكام سكنى الزوجة في قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.172.

[4]- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء 2، المرجع السابق، ص.513.

[5]- سناء جميل الحنيطي، خلوق ضيف الله آغا، شروط مسكن الزوجية في قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق، ص.96.

[6]- أحمد القضاة، أحكام سكنى الزوجة في قانون الأحوال الشخصية ، المرجع السابق، ص. 186.

[7]- ابن نجيم، البحر الرائق، الجزء4، المرجع السابق، ص.210. الموصلي، الاختيار، الجزء 4، المرجع السابق، ص.8. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق،، الجزء 2، ص.513؛ البهوتي، كشاف القناع، الجزء5، المرجع السابق، ص.465.

تختار، لأنها رضيت بانتقاص حقها ودخل في الأهل الولد من غيرها إلا أن يكون صغيرا لا يفهم الجماع، فله إسكانه معها...."[1]، ويرى المالكية أن الزوجة لا يجوز لها الامتناع من السكنى مع ولد زوجها من غيرها إذا كانت تعلم به حال البناء، فإن كانت لا تعلم به عند البناء بها وكانت له حاضنة فللزوجة الحق في الامتناع عن السكنى معه وإن لم يكن للولد حاضنة غير أبيه فليس لها الامتناع عن السكن معه[2].

ج- إسكان الزوجة مع ضرتها: بالنسبة لمسألة إسكان الضرائر في مسكن واحد وهو البيت الواحد، فقد اتفق جمهور الفقهاء[3] على أنه لا يجوز للزوج أن يجمع بين زوجتين أو أكثر في نفس البيت، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى:" وعاشروهن بالمعروف" ووجه الدلالة أن المولى عز وجل أمر الزوج بمعاشرة زوجته بالمعروف وليس في جمعهما في مسكن واحد مع ضرتها شيء من العشرة بالمعروف، وكذا استدلوا إلى قوله عز وجل:"ولا تنازعوا"[4] ووجه الدلالة أن المولى عز وجل نهى عن التنازع، والذي بدوره يؤدي إلى الفشل، ومما لا شك فيه أن جمع الزوجتين في مسكن واحد سيؤدي إلى الخصومة التي نهى عنها الشارع الحكيم[5].

أما في مسألة جمع الضرائر في دار واحدة فقد اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة على أربعة أقوال:

القول الأول: قال أصحاب هذا القول بجواز إسكان الضرائر في دار واحدة على أن يكون لكل زوجة بيت(غرفة) له غلق الدار ويستوي في ذلك أن تكون المرافق خاصة أو مشتركة[6]، وقد وقد قال الكاساني في البدائع:"ولو أراد الزوج أن يسكنها مع ضرتها، فأبت ذلك عليه أن يسكنها في منزل منفرد حتى لو كان في الدار بيوت(غرف) ففرغ لها بيتا(غرفة) وله غلق على حده ليس لها أن تطالبه ببيت آخر، وجاء في الهداية كفاها لأن المقصود قد حصل"[7]،

---

[1]- ابن نجيم، البحر الرائق ، الجزء4، المرجع السابق، ص.210.

[2]- أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي الصاوي ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، الجزء2، دار المعارف، مصر، د.س.ن، ص.738. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء2، المرجع السابق، ص.513.

[3]- كمال الدين السيواسي المعروف بابن الهمام ، فتح القدير على الهداية، الجزء4، ط.1، دار الفكر، لبنان، 1970. ص.397.شمس الدين أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمان الطرابلسي المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الجزء4،ط.3، دار الفكر، لبنان، 1996، ص.13.شمس الدين ابن أبي عباس أحمد بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مصطفى البابلي الحلبي، مصر، الجزء7، ص.186.البهوتي، كشاف القناع، الجزء5، المرجع السابق، ص.196.

[4]- سورة الأنفال، الآية 46.

[5]- أحمد القضاة، أحكام سكنى الزوجة في قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.171.

[6]- المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، الجزء2، المرجع السابق، ص.43.

[7]- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء4، المرجع السابق،ص.23.

وقد اقتصر القول هنا على الغلق، فأفاد أنه وإن كان الخلاء مشتركا بعد أن يكون للبيت(الغرفة) غلق يخصه، فليس لها أن تطالبه بمسكن آخر[1].

القول الثاني: أجاز أصحاب هذا الرأي إسكان الضرائر في دار واحدة على أن يكون لكل زوجة مسكن مستقل منفصل ومستقل بغلقه ومرافقه عن مسكن الزوجة الأخرى داخل الدار الواحدة، وجاء في نهاية المحتاج:"لا يجوز أن تجمع بين ضرتين في مسكن متحد المرافق لما بينهما من التباغض، أما إذا تعدد المسكن وانفرد كل بجميع مرافقه نحو مطبخ وحوش وسطح ودرج وبئر ماء، فلا امتناع لها وإن كانا من دار واحدة كعلو وسفل وإن إتحدا غلقا ودهليزا، إذ الغرض عدم اشتراكهما فيما يؤدي إلى التخاصم والدهليز الخارج عن المسكننين لا إلى إتحادهما"[2]، وجاء في مغني المحتاج:"ولو اشتملت دار على حجرات مفردة المرافق جاز إسكان الضرات فيها من غير رضاهن والعلو والسفل إن تميزت المرافق فمسكنان"[3]، وجاء في شرح المختار:" ولو كانت في الدار بيوت وأبت أن تسكن مع ضرتها أو أحد من أهله إن أخلى لها بيتا، جعل له غلق ومرافق على حدة ليس لها أن تطلب بيتا آخر"[4].

القول الثالث: جاء فيه إذا كان للرجل زوجتان أو أكثر فليس له أن يجمعهن في منزلين مستقلين من دار واحدة، لأنه لا يتوفر على كل منهن حقها إلا إذا كان لها دار على حدة[5].

القول الرابع: قال أصحابه بأن ذلك يختلف باختلاف الناس ففي الشريفة ذات اليسار لابد من إفرادها في دار على حدة ومتوسطة الحال يكفيها بيت واحد من دار، ومن كانت من ذوات الإعسار يكفيها بيت ولو مع ضرتها كأكثر الأعراب وأهل القرى وفقراء المدن الذين يسكنون الربوع والأحواش[6].

أما فيما يتعلق بإسكان الزوجة لأهلها في مسكن الزوجية سواء تعلق الأمر بأقاربها أو ولدها من غير زوجها فجاء حكمها كالآتي: بالنسبة لأهل الزوجة، اتفق الفقهاء[7] على أنه لا يجوز للزوجة إسكان أحد من أقاربها أو أبويها، وللزوج منعها من ذلك لأن المنزل له أو له حق

---

[1]- طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.123.
[2]- الرملي، نهاية المحتاج ، الجزء6،المرجع السابق ص.382.
[3]- الشربيني، مغني المحتاج، الجزء 4، المرجع السابق، ص.417.
[4]- ابن الهمام، فتح القدير، الجزء4، المرجع السابق، ص.397.
[5]- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، الجزء 3، المرجع السابق، ص.601.
[6]- نفس المرجع، نفس الصفحة.
[7]- ابن نجيم، البحر الرائق، الجزء4، المرجع السابق، ص.210.الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير ، الجزء 2، المرجع السابق، ص.737.الرملي، نهاية المحتاج، الجزء6، المرجع السابق، ص.382. البهوتي، كشاف القناع، الجزء3، المرجع السابق، ص.117

الانتفاع به، فإن رضي بسكنى أحد من أهلها معها فلا شيء في ذلك، وإن كان المسكن ملكا لها فلا يجوز للزوج منع أهلها من السكن معها إن أرادت ذلك[1].

د- سكن الزوجة مع ولدها من غير زوجها: أما عن سكن ولد الزوجة من غير زوجها معها في مسكن الزوجية، فاختلف فيه على قولين، فذهب جمهور الفقهاء[2] إلى أنه لا يجوز للزوجة إسكان ولدها معها إلا برضا الزوج، ولم يفرق الجمهور بين علم الزوج بوجود ولد لها وقت البناء وعدم علمه وإن كانت للولد حاضنة أم لا، أما الرأي الثاني فذهب إليه المالكية[3] وقالوا بأنه لا يجوز للزوج أن يمنع زوجته من إسكان ولدها من غيره معها إن كان يعلم به وقت البناء، أو كان لايعلم به ولا حاضن له، فإن كان لا يعلم به وله حاضن فليس للزوجة أن تسكنه معها[4].

على أنه إن رضيت الزوجة ابتداء السكن مع أحد أقارب زوجها فلها فيما بعد أن تطلب الاستقلال بمسكنها الخاص ولا يلزمها رضاءها ابتداء بذلك، على أنه يستثنى من هذا الحكم أبوي الزوج إن كانا فقيرين عاجزين ولم يمكنه –أي الزوج- أن ينفق عليهما بشكل مستقل وتعين وجودهما عنده، كل ذلك على أن لا يحول سكنهما مع الزوجة دون المعاشرة الزوجية[5].

3- أن يكون المسكن آمنا: لا يكفي أن يكون المسكن مستقلا بل وجب أن يكون آمنا، ذلك أن الزوج يغيب عن بيته لعمل أو لضرورة، وقد يوجد مسكن الزوجية في مكان موحش وخال وقد تكون الزوجة صغيرة السن فيؤدي ذلك إلى الشعور بالخوف وعدم الأمان، فكان واجبا على الزوج توفير المسكن الآمن حيث يعتبر أمن المسكن شرطا يدخل في تقدير شرعية المسكن[6].

ورد هذا الشرط عند فقهاء الشريعة الإسلامية، وذكره المالكية في معرض تفصيلهم لأحكام الضرر وإثباته، فاشترطوا على الزوج أن يسكن زوجته بين جيران صالحين[7]، وقال بذلك أيضا ابن عابدين في الحاشية:" وإذا كان الزوج يخرج ليلا ليبيت عند ضرتها ونحوه، وليس لها ولد أو خادم تستأنس به، أو لم يكن عندها من يدفع عنها، إذا خشيت من اللصوص أو

---

[1]- أحمد القضاة، أحكام سكنى الزوجة في قانون الأحوال الشخصية ، المرجع السابق، ص176.

[2]- ابن نجيم، البحر الرائق، الجزء4، المرجع السابق، ص.210.الرملي، نهاية المحتاج، الجزء 7،طبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر.د.س.ن، ص.597. كشاف القناع، البهوتي، الجزء3، طبعة عالم الكتب، لبنان، 1997، ص.117.

[3]- الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير ، الجزء 2، المرجع السابق، ص.737.

[4]- أحمد القضاة، أحكام سكنى الزوجة في قانون الأحوال الشخصية ، المرجع السابق، ص.174.

[5]- محمد جمال أبو سنينة، حسين مطوع الترتوري، الطاعة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.96.

[6]- سناء جميل الحنيطي، خلوق ضيف الله آغا، شروط مسكن الزوجية في قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق، ص.102.

[7]- فتيحة الشافعي،التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص. 21.

ذوي الفساد، كان من المضارة المنهي عنها، ولا سيما إذا كانت صغيرة السن، فيلزمه إتيانها بمؤنسة، أو إسكانها في بيت من دار عند من لا يؤذيها[1]، وقال الشافعي:"...وإذا ظهر الإضرار منه بامرأته أسكنها إلى جنب من نثق به"[2]، وقال الرملي من الشافعية:"ويجب للزوجة على الزوج مسكن تأمن فيه لو خرج عنها على نفسها فلو لم تأمن أبدل لها المسكن بما تأمن فيه على نفسها"[3].

واشترط الفقهاء وجود المسكن بين جيران صالحين، ويدخل في مضمون الجيران أهل الزوج أو ضرة الزوجة، فعندما يكون سكنهم قريبا منها يؤذونها بالقول أو الفعل فيكون لها أن تطلب الانتقال إلى مسكن آخر كما لا يشترط في الجيران أن يكونوا متزوجين - عائلات- كما لا يشترط أن يكون الجيران سكانا في نفس الدار التي فيها بيت الزوجة، بل يكفي أن يكونوا قريبين للدرجة التي يصل إليهم صوت الاستغاثة ويتمكنوا من الشهادة بما حصل بين الزوجين[4]، وقال الحنفية في ذلك:"للزوج أن يسكن زوجته حيث أحب على أن يكون بين جيران صالحين، فلو قالت الزوجة للقاضي أنه يضربني ويؤذيني فأمره أن يسكنني بين قوم صالحين، فإن علم القاضي ذلك زجره ومنعه من التعدي في حقها وإلا يسأل الجيران عن صنيعه، فإن صدقوها منعه من التعدي وإن لم يكن في جوارها من يوثق به أو كانوا يميلون إلى الزوج أمره بإسكانها بين قوم صالحين ثم قال صاحب البحر وقد علم من كلامهم أن البيت الذي ليس له جيران ليس بمسكن شرعي"[5].

ويشترط فقهاء الشريعة الإسلامية أن يكون المسكن بين جيران صالحين للأسباب التالية، حتى تأمن فيه الزوجة على نفسها ومالها بوجودهم، كما أن الجيران الصالحين يغيثونها إذا استغاثت بهم بدفع الأذى عنها فيما لو خرج الزوج لعمله أو غاب عنها في سفر أو كان يبيت عند ضرائرها، وحتى لا تأخذ الزوجة فيه وحشة فتأنس بجيران المسكن، فلو أسكنها في دار موحشة لا جيران لها، أو لها جيران لا تأمنهم على نفسها أو مالها، كان لها حق طلب النقلة إلى مسكن آخر[6]، وحتى يغيثون الزوجة إذا استغاثت بهم بمنع الزوج من ظلم ظلم الزوجة إذا أراد أن يظلمها، فإنها لو شكت إلى القاضي أن زوجها يضربها أو يؤذيها، فإن القاضي يسأل جيرانها، فإن صدقوها منعه وزجره[7].

---

[1]- سناء جميل الحنيطي، خلوق ضيف الله آغا، شروط مسكن الزوجية في قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق، ص.102.

[2]- الشافعي، الأم، الجزء 5، المرجع السابق، ص.287.

[3]- الرملي، نهاية المحتاج، الجزء7، المرجع السابق، ص.196.

[4]- فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص.21.

[5]- ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء4، ص.211.

[6]- محمد جمال أبو سنينة، حسين مطاوع الترتوري، الطاعة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.94.

[7]- حاشية ابن عابدين، الجزء3،المرجع السابق، ص.602.

4- **أن يكون مسكن الزوجية مجهزا:** ومقتضى هذا الشرط أن يكون المسكن مجهزا بالمرافق الضرورية ومحتويا على الأثاث واللوازم المنزلية، من الضرورة بما كان أن يكون المسكن الذي أعده الزوج لزوجته غلق أي باب يتحكم ساكنوه من الزوجين ومن يقيم معهم بفتحه وغلقه بحيث يكون مستورا، لا يستطيع الغير استراق السمع أو البصر لما يدور بين الزوجين[1].

ولا يكفي أن يكون المسكن مغلقا بل وجب أن يكون مجهزا بالمرافق الضرورية، ويقول ابن عابدين:"ولزوم كنيف ومطبخ أي بيت خلاء وموضع للطبخ"[2]، فتكفي بذلك غرفة للنوم وحمام ومطبخ وغرفة استقبال لإنشاء مسكن شرعي إذا كانت حالة الزوج لا تسمح بالتوسعة ومن استطاع فله أن يوسع في المسكن[3]، ويقول الجزيري:"إذا كان البيت عمارة تحتوي على مساكن أو شقق، أو أدوار، لكل شقة باب خاص بها ومنافع تامة من دورة مياه ومطبخ ومنشر تنشر عليه الملابس المغسولة"[4]، والغرض من توفر هذه المرافق في المسكن المسكن هو أن تقضي الزوجة حوائجها الدينية والدنيوية بتستر، وتختلف هذه المرافق باختلاف طبقات الناس والمقصود دفع الحاجة بأي طريق يتفق مع عادات الناس وطبقاتهم، فإن كانت طبقة الزوجة ممن لا يصح أن يشترك في هذه المرافق وجب أن تكون داخل المسكن وعليها غلق ولا يشارك الزوجة فيها أحد، فإن كان الزوج ممن يسكنون الربوع والأحواش والحجرات المشتركة في الشقة الواحدة فيكفي أن توجد هذه المرافق بالكيفية التي تدفع بها الحاجة[5]، ويدخل في المنافع الضرورية التي يجب توافرها في مسكن الزوجية في عصرنا هذا الماء والكهرباء باعتبارهما من أساسيات الحياة ولا غنى عنهما[6].

أما اشتراط أن يكون مسكن الزوجية مؤثثا فقد فصل فيه فقهاء الشريعة الإسلامية على نحو دقيق ومن بين الآثاث الأفرشة والأوعية، والفراش هو كل ما يعد للنوم أو الجلوس عليه وليدفع عنها الضرر والأذى والحر والبرد[7]، قال ابن نجيم من الحنفية:" ويجعل لها ما تنام عليه مثل الفراش ومضربة ومرقعة في الشتاء ولحافا تتغطى به، قال شمس الأئمة السرخسي في شرح النفقات ذكر لها فراشا على حدة ولم يكلف بفراش واحدة لأنها ربما تعتزل عنه في أيام الحيض أو زمان مرضها....وجميع ما تحتاج إليه المرأة من لباس بدنها

---

[1]- طه صالح الجبوري، المرجع السابق، ص.96.
[2]- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، الجزء 3، ص.600.
[3]- محمود خميس حسن محمد خميس، حق المسكن الشرعي للزوجة، المرجع السابق، ص.82.
[4]- غبد الرحمان بن محمد بن عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء 4، ط.2، دار الكتب العلمية، لبنان،2003، ص.221.
[5]- محمد جمال أبو سنينة، حسين مطوع الترتوري، الطاعة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.93.
[6]- طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.96.
[7]- سناء جميل الحنيطي، خلوق ضيف الله آغا، شروط مسكن الزوجية في قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق، ص.99.

وفراش بيتها مما تنام عليه وتتغطى به فإنه لازم على الرجل إما أن يأتي به أو يفرضه القاضي عليه أصنافا أو دراهم كل ستة أشهر ويعجلها لها وينبغي أن يلي الزوج شراء الأمتعة لها، والحاصل أن المرأة ليس عليها إلا تسليم نفسها في بيته وعليه جمع ما يكفيها بحسب حالهما من أكل وشرب ولبس وفرش"[1]، ويقول الماوردي من الشافعية:" وأما الدثار من اللحف والقطف والأكسية وما تستوطنه من الفرش والوسائد فهو في العرف أبقى من الكسوة، ومدة استعماله أطول من مدة الثياب، ومدة اللحف والقطف أطول من مدة الوسائد والفرش لقصور مدة استعمال اللحف لاختصاصها بالشتاء، والفرش مستدامة في الصيف والشتاء"[2].

والأوعية منها ما كان لإعداد الطعام وشرب الماء أو استعماله في الوضوء والاغتسال ونحوه، إن لم تتوفر أنابيب المياة والخزانات والتي قامت مقام الأوعية في زماننا[3] زماننا[3] يقول السرخسي:"وعلى الناس اتخاذ الأوعية لنقل الماء إلى النساء لأن المرأة تحتاج إلى الماء للوضوء والشرب، وإن تيممت للوضوء احتاجت إلى الماء لتشرب، ولا يمكنها أن تخرج تستقي الماء من الأنهار والآبار والحياض، فإنها أمرت بالقرار في بيتها، قال تعالى:" وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ"[4]، فعلى الرجل أن يأتيها بذلك لأن الشرع ألزمه حاجتها كالنفقة ولا يمكنه أن يأتيها بكفه فلا بد أن يتخذ وعاء لذلك، لأن ما يتأتى إقامة المستحق إلا به يكون مستحقا"[5]، مستحقا"[5]، وقال المالكية:"يفرض للزوجة حصير من حلفاء أو بردي يكون تحت فرشها ويفرض لها سرير يمنع عنها العقارب والبراغيث وما أشبه ذلك"[6].

أما عن مسألة من يكون عليه تأثيث بيت الزوجية فقد خالف المالكية جمهور الفقهاء في حكم هذه المسألة، إذ يقول المالكية:" وللزوج التمتع بشورتها، والشورة بفتح الشين هي متاع البيت...من غطاء ووطاء ولباس ونحوها...ومعناه منعها من بيعا وهبتها لأنه يفوت عليه التمتع بها..."[7]، ويقول الدردير:"وحاصل الفقه أن الزوجة الرشيدة التي قبض صداقها، إذا قبضت الحال منه قبل بناء الزوج بها فإنه يلزمها أن تتجهز به على العادة من حضر أو بدو حتى لو كان العرف شراء خادم أو دار لزمها ذلك ولا يلزمها أن تتجهز بأزيد منه إلا

---

[1]- ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء4، المرجع السابق، ص.ص193-194.

[2]- أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، الجزء11، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1999، ص.434.

[3]- . سناء جميل الحنيطي، خلوق ضيف الله آغا، شروط مسكن الزوجية في قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق، ص.100.

[4]- سورة الأحزاب، الآية 33.

[5]-محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، الجزء 30، دار المعرفة، لبنان، د.س.ن،ص.266.

[6]- أبو عبد الله محمد الخرشي، شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل، الجزء 4، ط.2، دار الفكر، لنان، 1317هـ، ص185.

[7]- نفس المرجع، ص.187.

لشرط أو عرف..."[1]، وبذلك يكون تأثيث وتجهيز مسكن الزوجية عند المالكية على الزوجة بشرط أن تقبض مهرها قبل الدخول، وأن يكون هذا التجهيز في حدود ما قبضته من مهر إلا أن يكون الزوج قد اشترط أكثر من ذلك أو يقضي العرف بأن تتجهز بأكثر من صداقها"[2].

وخالف جمهور الفقهاء المالكية وقالوا بأن تأثيث منزل الزوجية يكون على الزوج ذلك أن مسكن الزوجية ليس جدران فقط إنما هو مرافق وآثاث، ولأن المسكن من مشتملات النفقة كما رأينا والنفقة واجبة على الزوج، وفي هذا الصدد يقول ابن حزم:" لا يجوز أن تجبر المرأة على أن تتجهز إليه بشيء أصلا، لا من صداقها الذي أصدقها ولا غيره من سائر مالها، والصداق كله لها تفعل فيه كله ما شاءت لا إذن للزوج في ذلك ولا اعتراض، وهو قول أبي حنيفة والشافعي، وأبي سليمان وغيرهم ...قول مالك هذا يكفي من فساده عظيم تناقضه، وفرقه بين مافرق من ذلك بلا برهان من قرآن أو سنة، ولا رواية سقيمة، ولاقول أحد نعلمه قبله، ولا قياس ولا رأي له وجه... وبرهان صحة قولنا قول الله تعالى:" وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ۚ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا"[3] فافترض الله عز وجل على الرجال أن يعطوا النساء صدقاتهن نحلة، ولم يبح للرجال منها شيئا إلا بطيب أنفس النساء، فأي بيان بعد هذا ترغب؟"[4].

والراجح في هذه المسألة هو ماذهب إليه جمهور الفقهاء من أن تجهيز وتأثيث مسكن الزوجية يكون على الزوج ابتداء، إلا إذا كان شرط في عقد الزواج أو عرف جاري يقضي بإلزام الزوجة بتأثيث مسكن الزوجية فيلزمها التجهيز[5].

الفرع الثاني

مسكن الزوجية في قوانين الأحوال الشخصية

لم تفصل تشريعات الأحوال الشخصية في بيان مفهوم مسكن الزوجية وشروطه بالقدر الذي فصلت فيه الشريعة الإسلامية، والملاحظ تباين هذه الأحكام المقتضبة في هذه التشريعات-محل المقارنة- والتي بدورها تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية وتستقي أحكامها منها، وسنحاول من خلال هذا التفريع بيان مفهوم مسكن الزوجية وشروطه في القانون الجزائري والقوانين العربية –محل المقارنة- وكذا في التشريع الفرنسي كلما أسعفتنا النصوص القانونية.

---

[1]- الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، الجزء 2، المرجع نفسه، ص.ص 458-460.
[2]- طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.105.
[3]- سورة النساء، الآية4.
[4]- ابن حزم، المحلى، الجزء9، المرجع نفسه، ص.ص108- 109.
[5]- طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.109.

أولا- تعريف مسكن الزوجية في قوانين الأحوال الشخصية

لم يعرف المشرع الجزائري مسكن الزوجية واكتفى في نص المادة 78 من ق.أ.ج بالنص على حق الزوجة في نفقة السكن وجعله في المرتبة الثالثة بعد الأكل والملبس، ذلك أن إعداد المسكن للحياة الزوجية هو من حقوق الزوجة على زوجها[1]، ونص في المادة 74 من نفس القانون على أنه:" تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول أو بدخولها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78،79،80 من هذا القانون"، ويتبين من ذلك أن مسكن الزوجية هو حق منحه المشرع الجزائري للزوجة بمجرد انعقاد العقد على الوجه الشرعي، وتخصيصا بعد دخول الزوج بزوجته أو بدعوتها إلى الدخول ببينة، لأن المشرع اعتبر المسكن وأجرته جزءا من النفقة[2]، وإن لم يهيء الزوج المسكن الشرعي للزوجة فرض القاضي لها أجرة المسكن إن تعذر ذلك على الزوج[3].

ولم يعرف المشرع المغربي هو الآخر مسكن الزوجية، وعلى خلاف المشرع الجزائري لم يعتبره المشرع المغربي من مشتملات النفقة، فجاء نص المادة 189 من مدونة الأسرة المغربية كالآتي:"تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، وما يعتبر من الضروريات والتعليم للأولاد، مع مراعاة أحكام المادة 168 أعلاه"، فهل أدخل المشرع المغربي السكن تحت عموم لفظ الضروريات أم أنه اعتبر مسكن الزوجية حاجة ضرورية لدرجة عدم الإشارة إليه ضمن مشتملات النفقة؟ إن المشرع المغربي بفرضه لواجب المساكنة الشرعية بين الزوجين في نص المادة 51 من مدونة الأسرة المغربية قد افترض أن هذه المساكنة بمقتضياتها لا تتم إلا في مسكن الزوجية، يقول محمد كشبور في هذا الصدد أن المساكنة تكون عادة في مسكن الزوجية مع كل ما تقتضيه هذه المساكنة من أداء واجبات الحياة الزوجية وترتيبا على ذلك يمنع كل من الزوجين هجر منزل الزوجية[4]، كما كان للقضاء المغربي فرصة تكريس مضمون بيت الزوجية في قرار لمحكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 22 مارس 1975 حيث أعلنت محكمة الرباط أن:"المقر الفعلي لإقامة المرأة المتزوجة في نظر القانون هو المقر الذي يقيم فيه زوجها طبقا لمقتضيات المادة 519 من قانون المسطرة المدنية"[5].

ولم يختلف المشرع التونسي عن نظيره الجزائري حيث اعتبر في الفصل 50 من م.أ.ش.ت المسكن من مشتملات النفقة، ونص في الفصل 23 فقرة 4 من نفس القانون على

---

[1]- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.611.

[2]- شيخ سناء، حق الزوجة في المسكن بين التشريع والممارسة القضائية، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عمار ثليجي الأغواط، المجلد 5، العدد1، الجزائر، 2021، ص.462.

[3]- مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2006، ص.60.

[4]- محمد كشبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص.479.

[5]- فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص.26.

أنه:" على الزوج بصفته رئيس العائلة أن ينفق على الزوجة والأبناء على قدر حاله وحالهم في نطاق مشمولات النفقة، وعلى الزوجة أن تساهم في الإنفاق على الأسرة إن كان لها مال"، فمن حيث عدم تعريف المشرع التونسي لمسكن الزوجية وجعله من مشتملات النفقة قد ساير المشرع الجزائري إلا أنه خالفه في الزام الزوجة بالإنفاق على الأسرة إن كان لها مال، وهو ماخالف به أحكام الشريعة الإسلامية التي تلزم الزوج بالإنفاق باعتباره رئيس العائلة، وربما يتضح من خلال الحكم الذي جاء به المشرع التونسي التوجه الذي انتهجه في المساواة بين الرجل والمرأة على كل الأصعدة والمستويات.

واعتبر أيضا المشرع المصري مسكن الزوجية من مشتملات النفقة حيث نصت المادة 1 من قانون الأحوال الشخصية رقم 25 لسنة 1920[1] في فقرتها الثالثة:"وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضي به الشرع"، ونص في الفقرة الأولى من نفس المادة:" تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكما حتى لو كانت موسرة أو مختلفة معه في الدين"، فحسب قانون الأحوال الشخصية المصري لا يوجد هناك تمايز بينه وبين باقي التشريعات العربية إلا أن القانون الجنائي المصري جاء بحكم متميز يخص مسكن الزوجية، إذ اعتبر طبقا للمادة 277 من قانون العقوبات المصري[2]:" كل زوج زنى في منزل الزوجية وثبت عليه هذا الأمر بدعوى الزوجة يجازى بالحبس مدة لاتزيد عن ستة شهور"، فوجب حينئذ بيان حدود مسكن الزوجية ليكون الفعل المرتكب من طرف الزوج جريمة زنا، وهو حكم انفرد به المشرع المصري عن التشريعات العربية والتشريع الجزائري[3] ، ويكون بذلك بيت الزوجية حسب ماهو مجمع عليه في القانون المصري هو:"كل مكان يحق للزوج أن يكلف زوجته بالإقامة فيه، أو يلتزم الزوج باستقبالها فيه، سواء كانت الإقامة دائمة أو مؤقته داخل البلدة التي يقيم فيها الزوج أو خارجها"[4]، وهذا التوسيع الذي اعتمده المشرع الجنائي في مصر لمفهوم مسكن الزوجية من أجل استيعاب أكبر للأفعال التي يأتيها الزوج وإصباغ وصف جريمة

[1]- قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 25 لسنة 1920، المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 والمتعلق بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية.

[2]- القانون رقم 58 لسنة 1937 الصادر بتاريخ 31 يوليو 1937 والمتضمن قانون العقوبات المصري، والمعدل بالقانون رقم 95 لسنة 2003.

[3]- يقول الأستاذ محمد جبر السيد عبد الله جميل في هذا الصدد:"يتمايز القانون الجزائري عن مثيله المصري في أنه يفرض هذه العقوبة على تلك الجريمة متى ثبت ارتكابها في أي مكان، سواء أكان في منزل الزوجية أو خلافه وهذا هو السبيل الأقوم لحماية الأعراض، والذود عن الحرمات، على حين أن القانون المصري قرر هذه العقوبة على تلك الجريمة متى ثبت ارتكابها في منزل الزوجية، أما خلاف ذلك، فلا تقوم الجريمة ومن ثم لا تقع العقوبة، وفي ذلك إجحاف بحق الزوجية من ناحية، وبث لبذور التردي والإنحلال بين جنبات المجتمع من ناحية أخرى" ينظر محمد جبر السيد عبد الله جميل، عقوبة جريمة الزنا في قانون العقوبات المصري والجزائري دراسة تقويمية في ضوء الشريعة الإسلامية، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، مجلد 05، عدد01، الجزائر، 2019، ص.22.

[4]- عبد الوهاب عمر البطراوي، جريمة الزنا بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية، ص.212 نقلا عن فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص.27.

الزنا عليها، وسع أيضا من مفهوم مسكن الزوجية والذي يطالب الزوج زوجته بالالتحاق به وتخلفها عنه يضعها في حكم الناشز، وبذلك ينطبق وصف مسكن الزوجية على المسكن الذي يقيم فيه الزوج مع زوجته عادة، وعلى المسكن الذي يستخدمه الزوج وزوجته في فترات أو مناسبات معينة كمنزل الاصطياف، والحجرة التي يستأجرها الزوج في فندق[1].

وأما قانون الأحوال الشخصية السوري فقد فصل ضمن المواد من 65 إلى 70 منه في الشروط الواجب توافرها في مسكن الزوجية، واعتبر بموجب المادة 71 منه فقرة 01 المسكن من مشتملات النفقة الزوجية وأنه حق للزوجة على الزوج، وحتى يكون المسكن شرعيا يجب توفر شروط معينة عددتها المواد من 65 إلى 70 أعلاه، وسار على نفس التفصيل كل من المشرع الأردني والعراقي، حيث أدرج المشرع الأردني المسكن تحت الفصل الثالث المعنون بـ"المسكن والمتابعة" من الباب الثالث المعنون بـ"آثار عقد الزواج"، وعدد هو الآخر في المواد من 72إلى 79 الشروط والمواصفات الواجب توفرها للقول بشرعية مسكن الزوجية، وخصص المشرع العراقي لمسكن الزوجية المادة 26 من الفصل الثاني "نفقة الزوجية" من الباب الثالث المعنون بـ"الحقوق الزوجية وأحكامها"، وبين فيها الشروط والمواصفات الواجب توفرها في المسكن الشرعي.

أما في القانون الفرنسي فالمسكن العائلي هو:"السكن الذي يتم اختياره لإقامة العائلة باتفاق مشترك بين الزوجين من أجل المعيشة المشتركة ومصلحة الأولاد"[2]، ونصت المادة 215 فقرة 2 على أن:" محل إقامة الأسرة يكون في المكان الذي يختارانه (أي الزوجان) بالاتفاق المتبادل"، فمسكن الزوجية حسب القانون الفرنسي يتم اختياره من طرف الزوجين معا ويخضع أيضا للاشتراك المالي بينهما، والجدير بالذكر هو ما جاءت به المادة 108 من القانون الفرنسي، إذ يبدو هذا الحكم مخالفا لما تقتضيه المعيشة المشتركة المفروضة كالتزام على الزوجين حيث نصت على أنه:" يمكن للزوج والزوجة أن يكون لهما منزل منفصل دون الإخلال بالقواعد التي تتعلق بالمعيشة المشتركة"، وهو ما يفسر ربما توجه المجتمع الفرنسي القائم على الحرية الفردية وقصور دور الأسرة كمؤسسة اجتماعية.

---

[1]- هذا ويلاحظ التأثر الواضح للقانون المصري بالقانون والفقه الفرنسي في تحديدهم مضمون مسكن الزوجية، وذلك في معرض تعريف المشرع المصري لزنى المتزوج، حيث أن المتزوج لا يعاقب على جريمة الزنا إلا إذا ارتكبها داخل بيت الزوجية وهو ما اقتبسه حرفيا المشرع المصري من القانون الفرنسي، ينظر فتيحة الشافعي، التزام المساكنة وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص.ص27.28.

[2]- مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص.56؛ ينظر في نفس المعنى أيضا كل من:

Marie Cresp(Coord),Jean Hauser et autres,Droit de la famille(droit français ,européen, internationale, comparé), editions Bryland,Bruxelles,2018 ,p.160 ; et Corinne Renault-Brahinsky,18 edition,Gaulino-lextensod, France,2018-2019,p.51.

والملاحظ أن مختلف التشريعات لم تتطرق إلى بيان مضمون مسكن الزوجية وخاصة التشريع الجزائري والمغربي والتونسي والمصري وإن تطرقت التشريعات العربية الأخرى الأردني والعراقي والسوري إلى بيان شروطه والتي من خلال توفرها يحكم القاضي بشرعية مسكن الزوجية أو عدم شرعيته.

وحاول فقهاء القانون في المقابل وضع تعريف لمسكن الزوجية، فعرفه ناصر جبر القرم بأنه:"المسكن الشرعي هو بيت الزوجية الذي يعده الزوج لزوجته حسب حاله، مستكملا للشروط الشرعية، والذي يجب على المرأة بعد قبض مهرها المعجل الطاعة والإقامة والقرار فيه بشرط أن تكون الزوجة مأمونة على نفسها ومالها فيه، وأن على الزوج أن يهيء المسكن المحتوي على كافة اللوازم والشرائط الشرعية حسب حاله وفي محل إقامته وعمله|"[1]، وعرفه الأستاذ علي حسب الله بأنه:" المكان الذي يعده الزوج سكنا لامرأته مستكملا للشروط الشرعية، بحيث يجب عليها أن تطيعه بالإقامة فيه، وإذا امتنعت كانت ناشزة وسقط حقها في النفقة"[2]، وعرفه محمد مصطفى شلبي:" المكان الذي يكون مشتملا على كل ما يلزم السكن من أثاث وفراش وآنية ومرافق وغيرها مما تحتاج إليه الأسرة، وتراعى في ذلك حالة الزوج والزوجة من يسار وإعسار ووضعهما الاجتماعي"[3]، وعرف معوض محمد مصطفى سرحان مسكن الزوجية بأنه:"المسكن الشرعي هو المكان الذي يعده الزوج مسكنا لزوجته مستكملا للشروط الشرعية، بحيث تجب عليها طاعته والإقامة فيه، وإذا امتنعت كانت ناشزة وسقط حقها في النفقة ويجب أن يكون هذا المسكن بحسب حال الزوج المالية"[4].

ومن خلال ما سلف يمكن أن نعرف مسكن الزوجية بأنه :"المكان الذي يعده الزوج لزوجته من أجل أن تشاركه الإقامة فيه، وتراعى فيه حالة الزوج المادية كما يجب أن تتوافر فيه شروط معينة للقول بشرعية هذا المسكن وصلاحيته لإقامة الزوجة فيه وبالتالي إمكانية مطالبتها بالالتحاق به واعتبارها ناشزا إن لم تفعل".

وعن المصطلحات التي استعملها التشريعات للتعبير عن مسكن الزوجية فقد تعددت ، فاعتمد المشرع الجزائري ألفاظا عدة في قانون الأسرة من بينها: السكن ؛ المسكن؛ بيت الزوجية؛ والسكن العائلي بالنسبة للمعتدة من طلاق أو وفاة، وكما أسلفنا عند الحديث عن المصطلحات التي تعبر عن مسكن الزوجية[5] أن المسكن يشمل معنى الدار ذات الغرف وكذا

[1]- ناصر جبر القرم، دور القضاء الشرعي في إصلاح الأسرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص.184.
[2]- طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى، المرجع السابق، ص.20.
[3]- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط.4، الدار الجامعية، لبنان، 1983، ص.455.
[4]- معوض محمد سرحان، الأحوال الشخصية حسب المعمول به في المحاكم الشرعية المصرية والسودانية والحسبية، اط.1، مطابع رمسيس، مصر، 1953، ص.245.
[5]- ينظرص.ص 50- 51 من هذه الرسالة

البيت الذي يكون عبارة عن غرفة واحدة وهو مسكن المعسرين لذا لا يصح إطلاق لفظ بيت الزوجية واستعماله عامة، أما المصطلح المناسب هو مسكن الزوجية، وقد وقع في هذا الخلط المشرعين الأردني والسوري والعراقي[1] والذين استعملوا لفظ "بيت الزوجية" للتعبير عن مسكن الزوجية والأصح استعمال مصطلح "مسكن الزوجية" كما سبق بيانه لأن معناه أدق وأشمل.

ثانيا: المصطلحات التي تختلط بمعنى مسكن الزوجية

من خلال نصوص قوانين الأحوال الشخصية -محل المقارنة- يتضح تعدد الظروف والأحوال التي يأتي على الذكر فيها مسكن الزوجية، إذ لا يذكر فقط عندما نكون بصدد مناقشة حقوق الزوجة على الزوج والتزام المساكنة بينهما، وإنما نجد له ذكرا أيضا ونحن بصدد حالة الطلاق الرجعي عندما يلزم المشرع الزوجة بالبقاء في مسكن الزوجية، وأيضا حين الحديث عن مسكن الزوجية كأثر للطلاق تمارس فيه الحاضنة حقها في حضانة أطفالها، ونجد أيضا في بعض التشريعات مصطلح "بيت الطاعة"، فهل المسكن في الأحوال السابقة هو نفسه مسكن الزوجية بشروطه ومواصفاته؟ سنحاول بيان هذه المسائل فيما يلي:

1- مسكن الزوجية ومسكن المعتدة من طلاق رجعي: إن المطلقة رجعيا كما سبق بيانه[2] تكون كالزوجة تماما في حقوقها فلها حق المسكن والنفقة والمعاشرة بالمعروف والعدل في المبيت إن كانت هي الزوجة الثانية، لذلك يبقى مسكن الزوجية بمضمونه وشروطه ومواصفاته هو مسكن المعتدة من طلاق رجعي مادامت في عدة الطلاق الرجعي، ولم ينص المشرع الجزائري على مسكن المعتدة من طلاق رجعي، وإنما جاءت المادة 61 من ق.أ.ج تنص على أن الزوجة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها لا تخرج من السكن العائلي مادامت في عدة الطلاق أو الوفاة وإن كان الحكم كذلك لامرأة انتهت رابطة زواجها بالطلاق أو الوفاة فالأولى أن يكون لمن مازالت زوجة ولها كل حقوق الزوجة الحق في مسكن الزوجية.

وسار المشرع المغربي في نفس التوجه فجاء في المادة 84 فقرة 02 م.أ.م الآتي:"تسكن الزوجة خلال العدة في بيت الزوجية..."، ورغم أن المشرع المغربي لم يذكر في نص المادة أعلاه الطلاق الرجعي إلا أنه يفهم من خلال إطلاقه وصف الزوجة على

---

[1]- استخدم المشرع العراقي في نصوص قانون الأحوال الشخصية القانون رقم 188 لسنة 1959 مفردات (البيت والدار والمسكن) دون مفردات المنزل والشقة، وذلك في المواد 23 و24 و25 منه، كما درجت محكمة التمييز الراقية على استخدام هذه المفردات في العديد من قراراتها، إلا أن اللفظ الشائع الاستعمال في القانون العراقي قانونا وقضاء هو مصطلح "البيت الشرعي"، ومفردة "البيت الشرعي" تعني في الاصطلاح الشرعي الغرفة، وهي مسكن المعسر ولا يمكن اعتباره كذلك للموسرين ولمتوسطي الحال، الذين يجب عليهم أن يهيؤوا دارا مستقلة أو شقة من دار، وهذان المصطلحان الأخيران(الدار والشقة) لا يندرجان تحت مصطلح البيت الشرعي، ينظر طه صالح الجبوري،حق الزوجة في السكنى دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.19.

[2]- ينظرص.ص 33- 34 من هذه الرسالة.

المرأة وليس المطلقة حسب المادة 131 ونص المادة 196 فقرة 01 من م.أ.م، وهذا ما يفيد أن الزوجية مازالت قائمة والطلاق رجعي، ولم يتطرق المشرع التونسي في مجلة الأحوال الشخصية إلى حكم هذه المسألة، أما المشرع المصري فنص في المادة 2 من قانون 25 لسنة 1920 على أنه:"المطلقة التي تستحق النفقة تعتبر نفقتها دينا كما في المادة السابقة من تاريخ الطلاق"، كما قضت محكمة النقض المصرية بأن:" نفقة المعتدة واجبة على مطلقها مادامت في العدة" ويتضح من ذلك أن للمطلقة البائن الحق في سكنى الزوجية وفقا للقانون والقضاء المصريين والحكم بالآولى للمطلقة رجعيا[1]، وقضى المشرع السوري في نص المادة 83 من قانون الأحوال الشخصية أن نفقة المعتدة من طلاق أو تفريق أو فسخ تجب على الرجل، نفس النص جاء به المشرع الأردني في المادة 69 من قانون الأحوال الشخصية، وباعتبار المسكن من مشتملات النفقة في كل من هذين القانونين اعتبر مسكن الزوجية حقا للمطلقة طلاقا بائنا وبالأولى المطلقة رجعيا مادامت في عدة الطلاق الرجعي.

ويتضح بذلك أن مسكن المعتدة من طلاق رجعي يشترط فيه نفس شروط المسكن حال قيام الرابطة الزوجية، وتقدير شرعيته يكون وفقا لما يقدر به مسكن الزوجية[2].

2- مسكن الزوجية ومسكن الحاضنة: يثبت الحق في المسكن للحاضنة كأثر للطلاق، وأما حقها في المسكن فهو تابع لحق المحضون، وحقها تبعي وليس أصيلا ينتهي بانتهاء حقها في الحضانة[3]، وجاء في قرار لمحكمة التعقيب التونسية ما يفيد هذا المعنى حيث نص القرار على أنه:" إن موضوع سكنى الحاضنة الوارد في الفصل 56 من م.أ.ش يعتبر مستقلا بذاته في تقرير بعض متعلقات الحضانة والقيام بشؤون المحضون إذ هو حق مستقل عن السكنى المشمولة في النفقة المنصوص عليها بالفصل 50 من م.أ.ش لاختلاف مدلول النصين ضرورة أن سكنى الفصل 56 تطالب بها المستحقة بوصفها حاضنة لا غير كما أن التعويض للزوجة الحاضنة من الضرر المادي بجراية تدفع لها بعد انقضاء العدة مشارة وبالحلول على قدر ما اعتادته بالعيش في كنف الحياة الزوجية بما في ذلك السكن طبقا للفصل 31 من م.أ.ش لا يغني عن القضاء لها بالسكنى الواردة بالفصل 56 باعتبار أن الفصل 31 لا يتحدث عن المسكن للمرأة المفارقة بصفتها حاضن وإنما باعتباره عنصرا من عناصر الضرر المادي الناجم عن الطلاق"[4].

---

[1]- طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى، المرجع السابق، ص.ص62.63.

[2]- طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى، المرجع السابق، ص.63.

[3]- بلقاسم شتوان، حق الزوجة في السكن شرعا وقانونا، مجلة المعيار،كلية أصول الدين جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، المجلد 3، العدد5، الجزائر، 2003، ص83.

[4]- قرار تعقيبي مدني عدد 50100 مؤرخ في 3 ديسمبر1996، ن. 1996.ق.م.ج.2.ص265، نقلا عن محمد الحبيب الشريف، مجلة الأحوال الشخصية معلق عليها، المرجع السابق، ص.174.

وبذلك يتضح أن مسكن الحضانة يختلف عن مسكن الزوجية من حيث المصلحة المبتغاة والأولى بالتقدير، وهي مصلحة المحضون وإنما حق الحاضنة يتبع حق المحضون[1]، وبذلك يكون مسكن الحضانة في مضمونه وشروطه ومواصفاته مراعيا لمصلحة المحضون على خلاف مسكن الزوجية الذي يتم تهيئته ليلائم احتياجات الزوجة وأحوالها.

3- مسكن الزوجية وبيت الطاعة: بيت الطاعة هو مصطلح اعتمدته بعض التشريعات[2] للتعبير عن المسكن الذي يلزم الزوج زوجته الناشز التي رفضت الرجوع لبيت الزوجية بالإقامة فيه بموجب إنذار الطاعة، كما هو الحال في القانون المصري والذي جاء في نص

---

[1]- يقول أحمد نصر الجندي في هذا الصدد:" ينص الفصل 56 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه:" ...إذا لم يكن للحلضنة مسكن فعلى الأب اسكانها مع المحضون" هذا النص يفيد أن الحاضنة إذا كانت تقيم في مسكن مستقل سواء كان مملوكا لها أو مستأجرا، أو كانت تسكن مع أجنبي عن الصغير، وكان هناك من تجب عليه أجرة مسكنها، في هذه الحالات لا تجب أجرة مسكن الحضانة على والد المحضون، وسبب ذلك أن المحضون لا يستقل بهذا المسكن والقانون ينص على أنه إذا لم يكن للحاضنة مسكن -وهي في الحالات السابقة لها مسكن والمحضون يسكن تبعا لها- فلم يعد هناك ما يدعو إلى تقرير مسكن حضانة على الأب" ينظر أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون التونسي، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص86.

[2]- أشارت مفتية النساء - كما يلقبها الإعلام المصري- في مصرالدكتورة سعاد صالح إلى أن "بيت الطاعة" من المصطلحات الدخيلة التي لم يرد فيها نص شرعي، وإنما هو تشريع من تشريعات القوانين الوضعية، ولذا لا يجوز اللجوء إليه. وقد رفضه أهل العلم المعاصرون لأنهم يرون فيه مظهراً لظلم المرأة باسم الدين، حيث يحاول الزوج الكيد لزوجته واتهامها بالنشوز حتى تفقد كل حقوقها، ولا تستطيع الحصول على أي تعويضات، مع أن الدين يرفض إجبار الزوجة على الحياة مع رجل لم تعد ترغب فيه، لأن ذلك يتنافى مع الأهداف النبيلة للحياة الزوجية التي قال فيها الله تعالى: «وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ» آية 21 سورة الروم. وأشارت الدكتورة سعاد إلى أن «ساحات المحاكم، في مختلف الدول العربية والإسلامية، مليئة بآلاف المآسي للزوجات اللواتي يتعرضن لأشد أنواع الامتهان، تحت زعم أن بيت الطاعة هو العلاج الوحيد للمرأة الناشز، رغم أن الإسلام حذر من نشوز المرأة والرجل على السواء، وأنه إذا وقع أحدهما في النشوز يجوز للطرف المتضرر أن يرفع دعوى لدى القضاء. ولكن مع الأسف مجتمعاتنا تحاسب المرأة فقط، وهذا فيه ظلم لأن من يقرأ القرآن سيجد أن كلمة «النشوز» وردت في القرآن مرتين فقط، الأولى في حق المرأة في قوله تعالى: «وَاللاَّئِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيّاً كَبِيرا» الآية 34 سورة النساء. والثانية في حق الرجل وفيها يقول الله تعالى: «وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزاً أَوْ إِعْرَاضاً فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحاً وَالصُّلْحُ خَيْرٌ» الآية 128 سورة النساء.ورغم ذلك، نجد أن بعض رجال الدين يتحدثون فقط عن نشوز المرأة التي تخرج عن طاعة زوجها، ولم نسمع أبداً لهم كلاماً عن الرجل الناشز وعقوبته، حتى ولو كان يمتهن زوجته ويعد لها مسكناً وضيعاً لإهانتها، ونسي هذا الزوج الوصف الإلهي للعلاقة بين الزوجين في قوله تعالى: «هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ» الآية 187 سورة البقرة. ولو تأملنا معنى الآية سنجد فيها كل معاني الستر والمودة والحب، وأنهت مفتية النساء فتواها بوصف «بيت الطاعة» بأنه «بيت الإهانة»، لأن الزوج يعتبر زوجته ناشزاً ويرفض تطليقها، ويطالب باسترجاعها بالقوة بعد أن يحضر لها مكاناً يكون أقرب لسجن يتم أسرها فيه، وعادة ما يقول إن هذا ما يستطيع تقديمه لها، وغالباً ما يكون غرفة متهالكة أقل من المستوى الذي كانت تعيش فيه، مهما كان دخل الزوج الذي يسعى لكسر كبرياء الزوجة، لهذا فبيت الطاعة ليس سوى «زنزانة الحبس القهري للزوجة»والإسلام بريء منه. ينظر سعاد صالح، بيت الطاعة حبس قهري للمراة والإسلام بريء منه، متاح على الرابط : https://www.alwatanvoice.com/arabic/news/2011/06/27/179974.html، منشور في 2001/06/27، تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2021/07/13 على الساعة 13:54.

المادة 11 مكرر ثانيا من القانون رقم 25 لسنة 1929 تحت عنوان إنذار الطاعة 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 باعلان على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها وعليه أن يبين في هذا الإعلان المسكن".

وقد تطرقت باقي التشريعات العربية إلى ذات المسألة تحت مسمى آخر وهو نشوز الزوجة، وجاء المشرع الجزائري على ذكر النشوز في المادة 55 من قانون الأسرة، وأقر المشرع السوري حكمين في نصي المادتين 74 و75 وهما على التوالي "لا نفقة للناشز" والثاني "الناشز هي من تركت دار الزوجية بلا مسوغ شرعي أو تمنع زوجها من الدخول إليه"، ووافق المشرع الأردني نظيره السوري، أما قانون الأحوال الشخصية العراقي فجاء في المادة 25 منه حكم يقضي بألا نفقة للزوجة الناشز، والناشز طبقا لهذا القانون هي من تترك بيت زوجها بلا إذن وبغير وجه شرعي، وللزوج في هذه الحالة أن يرفع دعوى مطاوعة لإلزام الزوجة بالرجوع لبيت الزوجية إذا ما وفر لها البيت الشرعي ولم يكن هناك مسوغ شرعي لتركها البيت.

أما القانون المغربي فلم نجد في المدونة ما يشير إلى حالة نشوز الزوجة، ماعدا المادة 195 منها والتي قضت بأنه:"يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ إمساك الزوج عن الإنفاق الواجب عليه، ولا تسقط بمضي المدة إلا إذا حكم عليها بالرجوع لبيت الزوجية" وهو ما يفيد أن نفقة الزوجة تسقط إذا رفضت الرجوع لبيت الزوجية دون مسوغ شرعي وهو ما يعتبر نشوزا من طرف الزوجة.

ومن خلال ما تقدم يتضح أن بيت الطاعة يقترن أكثر بنشوز الزوجة ورفضها العودة إلى مسكن الزوجية الذي يدعوها إليه الزوج، فيكون بيت الطاعة هو المسكن الذي يحكم به القاضي -لصالح الزوج- بإلزام الزوجة بالرجوع إليه والإقامة فيه، أما مسكن الزوجية فهو الوصف الغالب والدائم للمكان الذي يجمع الزوجين في حالة تنازعهما وفي حالة صفاءهما.

ثالثا: شروط مسكن الزوجية في قوانين الأحوال الشخصية

لم تتطرق الكثير من التشريعات العربية لشروط مسكن الزوجية، وعلى رأسهم المشرع الجزائري وكذا المشرع المغربي والتونسي والمصري، وفصل نوعا ما كل من المشرع العراقي والأردني والسوري في هذه الشروط وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية والتي تحيل إليها طبعا التشريعات التي لم تتطرق لهذه الشروط، وسنحاول فيما يلي بيان شروط مسكن الزوجية في مختلف هذه القوانين.

1- أن يكون المسكن مستقلا ومنفردا: استقر الاجتهاد القضائي الجزائري عملا بأحكام الشريعة الإسلامية –في غياب النص- على أن السكن المستقل والمنفرد عن أهل الزوج هو حق من حقوق الزوجة على زوجها، وهو ما أكدته المحكمة العليا في عديد قراراتها، فجاء في القرار رقم 39390 الصادر بتاريخ 1986/01/13[1]:"من المقرر فقها وقضاء أن إسكان الزوجة بعيدة عن أقارب زوجها حق من حقوقها..."، وجاء في قرار آخر:"من المقرر شرعا أن للزوجة الحق في المسكن المستقل عن أهل الزوج وذلك لقول خليل ولها الامتناع أن تسكن مع أقاربه"[2]، كما أن الطاعة الواجبة على الزوجة لزوجها لا تتنافى مع حقها في السكن المستقل عن أهله إلا إذا اشترط عليها ذلك أثناء العقد، فيجب حينئذ أن تسكن في دار أهله حسب المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري، على أن لا تتضرر بإساءة أهله إليها بالقول أو بالفعل، فإن ثبت تضررها كان لها الحق في الانتقال عنهم ولو اشترط عليها[3] وهو ما أكده القرار رقم 38331 الصادر بتاريخ 1985/11/04[4].

وكذلك الأمر بالنسبة للاستقلال بالسكن عن الضرة، فجاءت قرارات المحكمة العليا تؤكد على حق الزوجة في الاستقلال عن مسكن الضرة، ذلك أن الضرر مفترض بمجرد السكن مع الضرة وليست بحاجة إلى إثباته بمشاجرة أو نحو ذلك[5]، كما قضت المحكمة العليا في قرار لها[6] أن امتناع الزوجة عن الرجوع إلى المسكن الذي تقيم فيه الضرة لا يعد نشوزا[7].

أما عن التشريع المغربي فلم نجد ما يشير إلى هذا الشرط، والجدير بالذكر أن مدونة الأحوال الشخصية المغربية[8] والتي كانت سارية النفاذ قبل 2004 نصت في المادة 119 منها منها فقرة2 على أنه:" ليس للزوج أن يسكن مع زوجته ضرة لها في دار واحدة بغير

---

[1]- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 39390 الصادر بتاريخ 1986/01/13، م. ق، العدد2، لسنة 1990، ص.62.

[2]- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 89339، الصادر بتاريخ 1998/05/19، م. ق، سنة 2001، ص.216.

[3]- العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص613.

[4]- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 218754 الصادر بتاريخ 199/02/16، م.ق ، عدد حاص سنة 2001، ص.222.

[5]- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 38331 الصادر بتاريخ 1985/11/04، م.ق، العدد 01، لسنة 1989، ص.101.

[6]- قضت المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 1987/03/29 بما يلي:" من المقرر أن النشوز لا يعمل به شرعا إلا إذا وفر الزوج لزوجته كل مطالبها المحكوم بها، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الزوج لم يقم بواجب الإسكان المنفرد عن الضرة لزوجته الطاعنة الذي تضمنه الحكم الصادر لصالحها، ومن ثم فإن قضاة المجلس الذين اعتبروها ممتنعة عن الرجوع ومؤاخذتها بحرمانها من حقوقها الواجبة لها يكونون بقضائهم كما فعلوا قد خرقوا كل القواعد الشرعية...". منقول عن شيخ سناء، حق الزوجة في المسكن بين التشريع والممارسة القضائية، المرجع السابق، ص.464.

[7]- شيخ سناء، حق الزوجة في المسكن بين التشريع والممارسة القضائية، المرجع نفسه، ص.ص464.463.

[8]- ظهير شريف رقم 190-57-1 المؤرخ في 22 محرم 1377 الموافق لـ 19 أوت 1957 والمعدلة في 10 سبتمبر 1993.

رضاها" فتطرقت بذلك مدونة الأحوال الشخصية لاستقلال الزوجة عن الضرة في المسكن دون التطرق لأهل الزوج، غير أن الاجتهاد القضائي في المغرب يكاد يجمع على استقلال الزوجة في مسكن الزوجية عن أهل الزوج وعن الضرة[1]، ولم تنص مجلة الأحوال الشخصية التونسية هي الأخرى على شرط استقلال الزوجة بمسكن الزوجية عن أهل الزوج وعن الضرة، وإن كان عدم نصه على الحالة الثانية مبرر كون القانون التونسي يجرم التعدد[2].

وبالنسبة للمشرع المصري فلم يتطرق هو الآخر لهذا الشرط كما لم يتطرق لمسكن الزوجية عموما، إلا أن القرارات القضائية للمحاكم المصرية تبين موقفه وقد قضت إحدى القرارات القضائية بأنه:" لو أراد الزوج أن يسكنها مع ضرتها أو أهله فأبت ذلك، عليه أن يسكنها في منزل منفرد"[3]، أما قانون الأحوال الشخصية العراقي فجاء مفصلا مقارنة بالتشريعات السابقة، حيث نصت المادة 26 منه على أنه ليس للزوج أن يسكن مع زوجته ضرتها في دار واحدة بغير رضاها، أما أهل الزوج فقد أجاز المشرع العراقي للزوج أن يسكن مع زوجته ولده من غيرها حتى بلوغه سن الرشد وكذا أبويه أو أحدهما وليس للزوجة الاعتراض، وله أيضا أن يسكن من يكون مسؤولا عن إعالتهم شرعا بشرط أن لا يلحق الزوجة ضرر منهم، والملاحظ أن المشرع العراقي توسع كثيرا في دائرة الأشخاص الذين يسمح للزوج بإسكانهم في منزل الزوجية فيما عدا الضرة وبالتالي ضيق من هذا الشرط.

وأما المشرع السوري فساير المشرع العراقي في مسألة مسكن الزوجة مع ضرتها، ونصت المادة 67 منه على أنه:" ليس للزوج أن يسكن مع زوجته ضرة لها في دار واحدة بغير رضاها" وأما بالنسبة لأهل الزوج فجاء بحكم مخالف نوعا ما لسابقه، حبث أقرت المادة 69 منه:"ليس للزوج إسكان أحد أقاربه مع زوجته سوى ولده الصغيرغير المميز إذا ثبت إيذاؤهم لها"، وبالنسبة للضرة فقد ذهب القضاء السوري ليس فقط إلى عدم جواز إسكان الضرائر في دار واحدة بل إلى عدم ملاصقة دار الضرة لدار الزوجة وذلك بغض النظر عن الوضع المادي والاجتماعي للزوج، وأما أهل الزوج فقد قضت محكمة النقض السورية بـ:" ليس للزوج إسكان أحد أقاربه مع زوجته سوى ولده الصغير غير المميز إذا ثبت إيذاؤهم للزوجة" و"إن الاشتراك في المؤونة والأدوات مع أهل الزوج يفسد شرعية المسكن" و" إن فقدان الأدوات والمؤونة على سبيل الاختصاص ينافي شرعية المسكن ولو لم يكن الاشتراك فيها مع الأهل مصدر إزعاج"[4].

---

[1]- فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص.25.

[2]- ينص الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أن: " تعدد الزوجات ممنوع ".

[3]- طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.135.

[4]- أديب استانبولي، سعدي أبو حبيب، المرشد في قانون الأحوال الشخصية السوري، ص.ص228-229 نقلا عن طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى دراسة مقارنة، ص.132.

كما فصلت المواد 74، 75، 76 من قانون الأحوال الشخصية الأردني في شرط انفراد الزوجة بالمسكن، والذي يشترط ألا يشاركها فيه أحد من أبناء الزوج من غيرها ماعدا ولده الصغيرغير المميز لأن المعاشرة لا تتعطل بوجوده، كما لا يشاركه أحد من أقاربه إلا برضاها، وإذا ما رضيت الزوجة ابتداء بسكناهم معها فلها فيما بعد أن تطلب الاستقلال بالمسكن ولو لم يثبت من جانبهم ضرر، وإن كان المسكن منزل كبير مكون من عدة شقق وأعد الزوج لزوجته واحدة منها، وكان للزوج قريبات يسكن في شقق أخرى في المنزل نفسه فليس للزوجة المطالبة بالانتقال لمسكن آخر إلا إذا أذينها بالقول أو بالفعل، ويستثنى من ذلك أبواه الفقيران العاجزان إذا لم يمكن الانفاق عليهما استقلالا وتعين وجودهما عنده دون أن يحول ذلك من المعاشرة الزوجية، إلا بتحقق الضرر من جانبهما فلها أن تطالب بالاستقلال بمسكن دونهما[1]، كما نصت المادة 75 من نفس القانون بأنه:" ليس للزوج أن يسكن مع زوجته زوجة أخرى له في مسكن واحد بغير رضاها"، وأكدت ذلك محكمة الاستئناف الشرعية في الأردن حيث قضت بـ:" إذا ثبت سكنى الضرة بجوار المسكن في دار واحدة أو بمجاورة أهل الزوج الذين ثبت إيذاؤهم لها فلا يعتبر المسكن شرعيا"[2].

2- أن يكون المسكن حسب حال الزوجين: يثير هذا الشرط تساؤلا حول المعيار المعتمد في تحديد حجم المسكن هل هو حال الزوج أم حال الزوجة أم حالهما معا؟

بالنسبة للقانون الأسرة الجزائري لم يتطرق لهذا الشرط صراحة وإنما من خلال المادة 78 من ق.أ.ج التي تقضي بأن المسكن من مشتملات النفقة، والمادة 79 التي تنص على أن القاضي يراعي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش، فيكون بذلك المعتبر في تقدير حجم مسكن الزوجية هو حال الزوجين وظروف المعاش، وهو ما سارت إليه المحكمة العليا في قراراتها القضائية، حيث قضى القرار رقم 216886 الصادر بتاريخ 1999/03/01 بأنه:"من المقرر قانونا أنه في تقدير النفقة يراعى القاضي حال الطرفين وظروف المعاش"[3]، بذلك وحسب القانون الجزائري ينظر إلى حال الزوجين في تقدير المسكن، فإن كان مثلهما لا يسكن إلا قصرا ثبت لهما قصر، وإن كانا متوسطي الحال يسكنان شقة كان للزوجة مثل ذلك، وإن كانا مثلهما يقطن دارا واحدة لها مرافق خاصة كان للزوجة مثل هذه الدار، أما إن كان الزوج فقيرا معسرا دون الزوجة أسكنها بما يقدر عليه، وإن كانا كلاهما فقير أسكنها في مساكن الفقراء[4].

[1]- عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط.1، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2004، ص.148.
[2]- طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.ص 134.135.
[3]- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 216886، الصادر بتاريخ 1999/03/01، غ.أ.ش، م.ق، عدد خاص، 2001.
[4]- شيخ سناء، حق الزوجة في المسكن بين التشريع والممارسة القضائية، المرجع السابق، ص.465.

ونصت المادة 189 من مدونة الأسرة المغربية على أنه:"يراعى في تقدير النفقة التوسط ودخل الملزم بالنفقة وحال مستحقها ومستوى الأسعار والأعراف والعادات السائدة في الوسط الذي تفرض فيه النفقة"، وهو ما يفهم منه أن المشرع المغربي في تقدير النفقة راعى حالة الزوجين وظروف المعاش، رغم أنه لم يذكر المسكن ضمن مشتملات النفقة كما سبق بيانه، وراعى المشرع التونسي في تقدير مسكن الزوجية حال الزوج والزوجة معا طبقا للفصل 23 فقرة 04 الذي نص على:" وعلى الزوج بصفته رئيس العائلة أن ينفق على الزوجة والأبناء على قدر حاله وحالهم في نطاق مشمولات النفقة..."، ومن بين مشتملات النفقة المسكن كما جاءت به المادة 50 من نفس القانون.

كما نصت المادة 16 من القانون رقم 25 لسنة 1920 المتضمن الأحوال الشخصية المصري على أنه :"تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج عسرا أو يسرا"، وهو ما أكدته المحاكم المصرية التي قضت بـ:"العبرة في المسكن بحال الزوج يسرا أو عسرا"، وقضت أيضا بأن:"إذا كان مسكن الطاعة مناسبا لحال الزوج وبه غرفتان فلا يقدح في شرعيته إسكان بنت له مع الزوجة مادام يتسع لسكانها"[1]، وأخذ المشرع العراقي في تقدير النفقة وبالتالي مسكن الزوجية باعتباره من مشتملات النفقة بحال الزوجين يسرا أو عسرا طبقا للمادة 27 منه[2]، كما قضت محكمة التمييز بـأنه:"إذا هيأ الزوج لزوجته غرفة في دار واعتبرها بيتا شرعيا لها ورفضت منه ذلك زاعمة أنها كانت تسكن في دار مستقلة ببيت أبيها فيؤخذ طلبها بعين الاعتبار ويجرى التحقق من ذلك"، ويستشف من نص القرار أن القضاء العراقي قد أخذ في تقدير المسكن حال الزوجين معا[3].

واعتبر المشرع السوري في تقدير مسكن الزوجية حال الزوج طبقا لنص المادة 65 من قانون الأحوال الشخصية السوري والتي قضت بـأن:" على الزوج إسكان زوجته في مسكن أمثاله"، هذا التوجه للمشرع السوري يخالف رأي التشريعات الأخرى- السالف التطرق إليها- وإن كان الأولى أن يعتبر حال الزوج في المسكن[4]، كما قضت محكمة النقض السورية بـ:" المسكن الشرعي هو مسكن أمثال الزوج وعلى القاضي أن يتحقق عن مسكن أمثال الزوج قبل الحكم في شرعية المسكن" وأن "حالة الزوجة المادية موضع اعتبار في تقدير صلاح المسكن الشرعي"، هذا وحددت محكمة النقض السورية نوع المسكن بحسب حال الزوج حيث قضت بـأن:"المسكن الشرعي يحدد بحال الزوج عسرا أو يسرا وهو دار مستقلة للموسر وغرفة ذات غلق مستقل مع مرافقها للزوج متوسط الحال، وفقير الحال

[1]- طه صالح الجبوري، المرجع السابق، ص.33.
[2]- فاروق عبد الكريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، المرجع السابق، ص145.
[3]- طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.33.
[4]- حسن البغا، مصطفى البغا، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الزواج والطلاق، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، سوريا، 2018، ص.159.

غرفة مع مرافق مشتركة"[1]، كما راعى المشرع الأردني هو الآخر حال الزوج في تقدير المسكن الشرعي، حيث نصت المادة 72 من قانون الأحوال الشخصية الأردني على أنه:" يهيء الزوج المسكن المحتوي على اللوازم الشرعية حسب حاله في محل إقامته أو عمله..."، فالمعتبر في تقدير المسكن حسب القانون الأردني هو حال الزوج وهو أي المسكن مختلف بمقاييسه ومواصفاته حسب الزمان والمكان والمتعارف عليه بين الناس، سواء كان منزلا مستقلا أو شقة في عمارة أو كان حجرة من شقة وكله راجع إلى حال الزوج يسارا أو إعسارا، فما يقبل من واحد لا يقبل من الآخر وما يعتبر في المدينة لا يعتبر في القرية وما يقبل في البدو لا يقبل في الحضر وهكذا[2].

3- أن يكون المسكن مأمونا وبين جيران صالحين: لم ينص المشرع الجزائري على شرط أمان مسكن الزوجية لا صراحة ولا ضمنا، وإعمالا للإحالة الآلية للشريعة الإسلامية عند عدم وجود النص بموجب المادة 222 من ق.أ.ج وكما رأينا سابقا بأن الفقهاء أجمعوا على ضرورة توفر هذا الشرط، ذلك أن الغالب في أحوال الزوج تركه لمسكن الزوجية سعيا لكسب قوته، فكان لا بد من أن يترك زوجته بين جيران صالحين يأمن وجودها بينهم.

وكان من التشريعات العربية أنها لم تتطرق هي الأخرى لهذا الشرط، وليس هذا يعني عدم أهمية الشرط بل إن هذا الشرط يفرض اعتباره في تقدير شرعية المسكن من عدمها لكونه يتعلق بأمن الزوجة وأمانها.

وجاءت أحكام القضاء في هذه الدول مؤكدة لأهمية هذا الشرط مبينة لضرورة توفره للقول بشرعية المسكن، فقضت محكمة التمييز العراقية بأنه:" لا يحكم بمطاوعة الزوجة إذا كان المكان الذي هيأ فيه البيت غير مأمون ويجب التحقق من ذلك قبل إصدار الحكم"[3]، وقضت أيضا بـأنه:"لا يكون البيت المهيأ للزوجة شرعيا إلا إذا كان بين جيران صالحين"[4]، كما قضت محكمة النقض المصرية بـأن:" المسكن الذي لا جيران له مسكن غير شرعي ولا تجبر الزوجة على طاعة زوجها فيه"، و"لا يشترط في مسكن الطاعة إحاطة الجيران به من جميع الجهات بل يكفي من جانب واحد لأن الحكم يتأتى لهذا الوضع وهي إن استغاثت أغيثت"، كما قضت أيضا بأنه:"لا يشترط أن يكون جيران المسكن سكانا في نفس المنزل

[1]- طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.ص 33-34.
[2]- عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.148؛ ينظر أيضا محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط.3، دار الفكر، الأوذن، 2010، ص.148.
[3]- القرار رقم343/شرعية/65 في 1965/08/1، نقلا عن طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.139.
[4]- القرار رقم1005/شرعية/67 في 1968/01/17، نقلا عن طه صالح الجبوري، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

الذي به المسكن بل يكفي أن يكونوا بحيث يصل إليهم صوت الإغاثة ويتمكنوا من الشهادة على ما يقع بين الزوجين"[1].

كما قضت محكمة النقض السورية بأنه:" يجب أن يقع المسكن بين جيران صالحين قادرين على إعانة الزوجة على مصالحها الدينية والدنيوية وعلى منع الزوج من ظلم زوجته إذا قصد ظلمها"، وكذا "إن من شرعية المسكن وجوده بين جيران صالحين تأمن الزوجة بهم على نفسها وراحتها ويغيثونها إن استغاثت وينجدونها إن استنجدت"[2].

وانفرد المشرع الأردني بالنص على هذا الشرط ضمن قانون أحواله الشخصية، حيث نصت المادة 73 منه على أنه:" يجب أن يكون المسكن بحالة تستطيع الزوجة معها القيام بمصالحها الدينية والدنيوية وأن تأمن على نفسها ومالها"، وبذلك أكد المشرع الأردني على لزوم تحقق شرط أمان مسكن الزوجية واعتبره شرطا رئيسيا في شرعية هذا المسكن[3]، ولا يتحقق هذا الأمان إلا إذا كان يحيط هذا المسكن جيران صالحين تأمن الزوجة على نفسها معهم ويغيثونها إن هي استغاثت بهم.

4- أن يكون المسكن مجهزا ومؤثثا: جاء قانون الأسرة الجزائري خاليا من الإشارة إلى هذا الشرط على غرار المشرعين التونسي والمغربي – كما لم يشر أي من هذه التشريعات إلى شروط مسكن الزوجية ومضمونه عامة- رغم ذلك يبقى شرط اشتمال المسكن على مرافق ضرورية لا يمكن الاستغناء عنه، ومن المرافق التي لا غنى عنها المطبخ والحمام ومصادر المياه، وكذا الأثاث الذي يجب أن يتوفر عليه المسكن من فراش وآنية وأدوات منزلية، ويتم تحديد نوعية هذه المرافق حسب العرف السائد وحسب وسع الزوج والزوجة وظروف المعاش[4]، وكانت محكمة التعقيب التونسية قد أقرت في حكمها الصادر في 1994/04/18 بأن:"المنزل لا يعتبر لائقا إلا إذا كان عبارة عن غرفة مساحتها 7 أمتار مربعة تقريبا وكان يتوفر فيها الماء الصالح للشرب والنور الكهربائي"، كما أكدت محكمة التعقيب أن:" المنزل الذي يكون مجهزا بقاعة جلوس وقاعة أكل وجهاز طبخ وزرابي وغير ذلك من الأثاث الذي فرضته الحياة العصرية تتوفر فيه الشروط الضرورية للسكنى"، واشترطت محكمة التعقيب لإلزام الزوجة بواجب المساكنة أن يتوفر في المنزل:" مطبخ وبيت استحمام ومرحاض يكون قد استوفى الشروط الضرورية للمنزل اللائق ولا عذر للزوجة بعدم الالتحاق به"[5]،

---

[1]- أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء الشرعي، ص.ص914-916 نقلا عن طه صالح الجبوري، المرجع نفسه، ص.139.

[2]- طه صالح الجبوري، المرجع نفسه، ص.ص139،140.

[3]- ستاء جميل الحنيطي، خلوف ضيف الله محمد آغا، شروط مسكن الزوجية في قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.103.

[4]- شيخ سناء، الزوجة في المسكن بين التشريع والممارسة القضائية، المرجع السابق، ص.465.

[5]- ينظر محمود داوود يعقوب، واجب المساكنة، المرجع السابق، ص16.

وبذلك كرست محكمة التعقيب التونسية هذا الشرط بتفاصيل مهمة حيث اشترطت ليكون المسكن شرعيا أن تفوق مساحته 07 أمتار وأن يتوفر إلى جانب المرافق الضرورية من حمام ومطبخ ومرحاض على المياه وعلى الكهرباء، وأن يتوفر أيضا على الأثاث اللازم الذي تقتضيه الحياة العصرية كما جاء في القرار أعلاه.

ولم يتطرق أيضا المشرع المصري لهذا الشرط، إلا أن محكمة النقض المصرية قضت بأن:"المسكن الواجب شرعا هو بيت له مرافق وغلق على حدة، فلا بد من بيت خلاء(دورة مياه) ومطبخ"[1]، وبذلك يعتبر المسكن مستقلا إذا كان له قفل خاص ومرافق خاصة[2]، كما قضت أيضا ذات المحكمة فيما يخص أثاث مسكن الزوجية بأنه:" على الزوج سائر أدوات البيت من فراش وآنية وأدوات تليق بالزوجة بحسب عرف زمانه ومكانه"[3].

أما المشرع العراقي فقد أشار في المادة 24 فقرة 02 من ق.أ.ش.ع إلى أنه من مشتملات النفقة السكن ولوازمه ويدخل في هذه اللوازم المرافق الضرورية من مطبخ وحمام وكذا الأثاث من فراش وآنية، كما قضت المادة 25 فقرة 02 قسم ج بأن ملكية الأثاث يجب أن تكون للزوج، وأيد القضاء العراقي هذا الحكم، حيث قضت محكمة التمييز في قرار لها بأنه:" للزوجة عدم مطاوعة زوجها إذا كانت الأثاث الموجودة في البيت الشرعي عائدة لها"[4]، كما قضت أيضا في قرار آخر بـأن:" يجب تجهيز البيت الشرعي بأثاث بيتية غير متنازع فيه "[5].

وأشارت محكمة النقض السورية دون المشرع الأسري السوري إلى ضرورة توافر المرافق الضرورية في المسكن لتتحقق شرعيته، حيث قضت بأنه:"لا يكون المسكن شرعيا إلا إذا اشتمل على المرافق الضرورية كالمرحاض والمطبخ، وأمر التحقق من صلاحيتها وغير ذلك منوط تقديره بقاضي الموضوع وحده"[6]، وأما توفر المسكن على الأثاث من مفروشات وأواني فقد قضت ذات المحكمة في قرار لها بـأنه:" إذا تبين أن المسكن مفروش بمفروشات الزوجة لا الزوج وأنه أقل من مسكن أمثاله حكم لها بالنفقة وكان طلبه إلزامها بترك الوظيفة سابقا أوانه إذ لا يحكم به قبل تهيئة المسكن"[7].

ونص المشرع الأردني في المادة 72 منه على أنه:"يهيأ الزوج المسكن المحتوي على اللوازم الشرعية حسب حاله...."، ويدخل في وصف اللوازم الشرعية المرافق

[1]- طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى، المرجع السابق، ص.100.
[2]- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص.455.
[3]- طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى، المرجع السابق، ص.110.
[4]- قرار محكمة التمييز رقم 1372 صادر بتاريخ 1975/07/18، النشرة القضائية، عدد4، السنة الرابعة، ص.189.
[5]- قرار رقم 1991 صادر بتاريخ 1982/12/29، مجموعة الأحكام العدلية، عدد4، سنة 1982، ص. 49.
[6]- طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.99.
[7]- المرجع، نفسه، ص.113.

الضرورية من حمام ومطبخ وكذا أثاث بيت الزوجية من مفروشات وأواني والتي يقع على الزوج توفيرها وتهيئتها ليصبح مسكن الزوجية شرعيا، واللوازم الشرعية هي كل مايضمن للزوجة عدم خروجها من بيتها لطلبها، أو ما يسبب لها حرجا عند عدم توفرها، وبذلك تختلف هذه اللوازم حسب الناس والعرف الجاري، وكذا حسب حال الزوجة وما اشترطته في عقد زواجها، فيؤخذ في اعتبار اللوازم الشرعية من مرافق ضرورية وأثاث اختلاف الزمان والمكان وتبدل الظروف والأحوال، فما كان يعتبر من التحسينيات قديما أصبح اليوم من الضروريات[1]، كما قضت محكمة الاستئناف الشرعية في الأردن بأنه:" عدم وجود باب لمرحاض المسكن يفقده شرعيته وأن تركيبه بعد الكشف عن المسكن لا يغير من الوضع شيئا"[2]، وبهذا قرر القضاء الأردني حكما آخر متميز يقضي عدم الاكتفاء بتوافر المرافق الضرورية بل وجوب أن تكون بمواصفات معينة متفق عليها في العادة بين الناس وفي الأعراف، كما هو الحال في القرار أعلاه بالنسبة لعدم وجود باب المرحاض جعل من المسكن غير شرعي رغم أن المعتبر هو وجود المرفق –المرحاض- بحد ذاته.

المطلب الثاني

وفاء الزوجين بالتزام السكن بمسكن الزوجية

رغم الخاصية التبادلية لالتزام السكن الذي يقتضي أن يتشارك الزوجان الحياة في مسكن واحد كما سبق بيانه، إلا أنه ليس بالضرورة أن يكون وفاء كل من الزوجين بالشكل والكيفية نفسها، فهذا الالتزام إلى جانب وصفه بالتبادلي والتشاركي فهو التزام تكاملي - والأمر ذاته طبعا بالنسبة لالتزام المساكنة بوجه عام- يفترض أن كل ما يقوم به الطرف الثاني في العلاقة الزوجية يكمل ما يقوم به الطرف الأول فيها، وكل حسب طبيعته البشرية ووظيفته الاجتماعية، لتتحقق من خلال هذا التكامل الغايات المرجوة من الزواج ككل.

وتوفر مسكن الزوجية بشروطه ومواصفاته التي فصلنا فيها آنفا ليس معناه تمام الوفاء بالتزام السكن بمسكن الزوجية، إنما وجب أيضا الوفاء بالتزامات أخرى بالنسبة إلى الطرفين تدخل ضمن هذا الالتزام وتكونه، وهو ما سنحاول بحثه في هذا المطلب، فنبين كيفية وفاء الزوج بالتزام السكن(الفرع الثاني) وكذا كيفية وفاء الزوجة بهذا الالتزام باعتبارها الطرف الآخر في العلاقة الزوجية (الفرع الثالث)، وقبل ذلك نتطرق إلى التزام الزوجين بالإقامة في مسكن واحد كالتزام مشترك (الفرع الأول).

[1]- جميل الحنيطي، خلوف ضيف الله محمد آغا، شروط مسكن الزوجية في قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.101.

[2]- طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى دراسة مقارنة، المرجع السابق، 100.

الفرع الأول

التزام الزوجين بالإقامة في مسكن واحد

يقتضي الوفاء بالتزام السكن بمسكن الزوجية من طرف الزوجين أن يقيما معا في مسكن واحد كنتيجة طبيعية لعقد الزواج، إذ المفترض وبشكل بديهي أن يوفي كل بالتزامه في هذا الحيز المكاني المسمى بمسكن الزوجية وهذا هو الوضع العادي(أولا)،على أنه في بعض الأحيان قد تطرأ أحوال معها ينفصل الزوجان في الإقامة مع استمرار العلاقة الزوجية على أنه وجب أن يكون هذا الانفصال مؤقتا وعرضيا(ثانيا).

أولا: مشاركة مسكن الزوجية أساس الالتزام بالسكن

إن المعيشة المشتركة في مسكن واحد أو الاشتراك في السقف كما يصطلح على تسميته في القانون الفرنسي هو من المقومات الأساسية في المساكنة الشرعية، بل هو المظهر المادي لهذه المساكنة وللزواج عموما ذلك أنه لا يتصور زواج دون هذا الاشتراك المادي في السكن، غير أنه في بعض الحالات قد تكون إقامة الزوجين منفصلة رغم استمرار العلاقة الزوجية، على أن هذا الانفصال وإقامة الزوجين أحدهما بعيدا عن الآخر يكون بصفة عرضية ومؤقتة ذلك أن الوضع الطبيعي هو إقامتهما معا[1]، ونجد القانون الفرنسي مثلا يسمح للزوجين بالإقامة المنفصلة دون أن يؤثر ذلك على واجب كل منهما بالمعيشة المشتركة تجاه الآخر، ومن الفقه من يبرر هذا الانفصال في الإقامة بقوله أنه حتى إذا كان من الممكن أن يكون للزوجين مسكنين منفصلين بشكل مؤقت فهذا لا يعني بالضرورة نيتهما في عدم مشاركة الحياة، بالإضافة إلى أن عدم الاشتراك في السقف قد يكون له ما يبرره عندما يكون الدافع وراء هجر المنزل تعرض أحد الزوجين للعنف أو الخيانة الزوجية[2].

والأمر يختلف عنه في الدول العربية ذات المرجعية الإسلامية في الأحوال الشخصية، ذلك أن الشريعة الإسلامية حريصة كل الحرص على مشاركة الزوجين المسكن لأنها تتحرى الإحصان والإعفاف والعشرة بالمعروف للزوج والزوجة على حد سواء، ولا يعفى الزوجان من هذا الالتزام إلا بعذر قاهر كصغر الفتاة وعدم إطاقتها الوطء [3].

كما أن قوانين الأحوال الشخصية محل المقارنة في معرض تنصيصها على الحقوق المشتركة للزوجين لم تتطرق بصريح النص إلى مشاركة الزوجين لمسكن الزوجية، حيث

---

[1]- فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص.32.

[2] -Dania Dhaini, Mariage et libertés(etude comparative en droit français), these doctorat siences juridique, université Paris-Saclay, Françe, 2016, p.24.

[3]- ينظر في حكم نفقة وسكنى الصغيرة التي لاتصلح للمعاشرة ولا للخدمة ولا للاستئناس نور الدين أبولحية، الحقوق المادية والمعنوية للمرأة برؤية مقاصدية، ط.2، دار الأنوار للنشر والتوزيع، تونس، ص.ص 175- 177.

عدد المشرع الجزائري في المواد 36 و37 من قانون الأسرة الجزائري وتحت عنوان حقوق وواجبات الزوجين جملة من هذه الحقوق والواجبات دون التزام مشاركة مسكن الزوجية، والأمر ذاته بالنسبة للمشرع المغربي الذي عدد هو الآخر الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين تحت نص المادة 51 من مدونة الأسرة المغربية دون الالتزام المعني، وحتى المشرع التونسي في الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية عندما فصل فيما يجب لأحد الزوجين على صاحبه لم ينص على هذا الالتزام، كما لم ينص كل من المشرعين الأردني والعراقي والسوري على التزام الاقامة بمسكن الزوجية عند تفصيلهما لحقوق الزوجين في المواد من 39 إلى 79 من قانون الأحوال الشخصية الأردني والمواد من 19 إلى غاية المادة 33 من قانون الأحوال الشخصية العراقي والمادة 97 من قانون الشخصية السوري.

ولا يعني عدم نص هذه التشريعات صراحة على التزام الزوجين بمشاركة كل منهما الآخر مسكن الزوجية عدم اعتبار هذا الالتزام، إنما على العكس من ذلك فربما اعتبرته هذه التشريعات بديهيا مفترضا في كل علاقة زوجية، حتى أن المشرع الجزائري في المادة 36 فقرة01 نص على أنه يجب على الزوجين المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة، ومن صميم الحياة المشتركة مشاركة المسكن، كما أن حسن المعاشرة والتعاون على إدارة شؤون الأسرة لا يستقيم إلا إذا تشارك الزوجان المسكن وهو الالتزام –أي حسن المعاشرة والتعاون على إدارة شؤون الأسرة- الذي ألزمت به جل التشريعات الأسرية العربية الزوجين وجعلته التزاما تبادليا.

ثانيا: انفصال الزوجين في المسكن أمر عارض

الأصل العام أن الإقامة المشتركة للزوجين في مسكن الزوجية تكون بصفة دائمة ليتحقق وفاء كل منهما بالتزامه بالسكن، إلا أنه وفي حالات معينة قد ينفصل الزوجان في الإقامة فيكون هذا الانفصال بصفة عارضة مؤقتة لابد معها من عودة اشتراكهما في مسكن الزوجية من جديد.

ومن بين هذه الأحوال حالة عندما يكون للزوج أكثر من زوجة، إذ لا يتصور هنا والزوج مأمور بالعدل في المبيت[1] بين زوجاته أن تكون إقامته مستمرة عند إحدى زوجاته خاصة إذا كانت كل زوجة في مدينة بعيدة عن الأخرى، فحتى والحال هكذا يبقى واجب السكن قائما في حق الزوج ولكن يتلاءم مع ما يقتضيه التعدد من أحكام خاصة، كما أن الزوجة قد تشترط على زوجها ألا ينقلها من بيت أهلها أو من بيتها أو من مدينتها وفي هذا

[1]- ينظر في تفصيل العدل في المبيت في حالة تعدد الزوجات عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية، ط.5، مكتبة المهتدين، مصر، 2015، ص.ص 100-103؛ وينظر أيضا محمد بن مسفر الطويل، تعدد الزوجات في الإسلام، دار أم القرى للطباعة والنشر، المملكة العربية السعودية، 2019، ص.9.

الفرض إذا أقام الزوج في مدينة أخرى سيقتصر الزوج على زيارة زوجته من حين لآخر دون أن يكون له الحق في إجبارها على أن تتبعه[1]، يثور التساؤل في هذه الحالة حول إمكانية إجبار الزوج زوجته على الذهاب أينما ذهب؟ رغم وجود هذ الشرط في عقد الزواج ؟ وهل يبقى الشرط قائما ملزما للزوج؟ أم يسقط هذا الشرط لأنه يخالف مقتضى عقد الزواج ، إذ من مقتضيات عقد الزواج إقامة الزوجين معا بصفة دائمة حتى تتحقق الغاية من الزواج.على أن تتم مناقشة هذه النقطة في الشروط الاتفاقية عندما تصبح التزاما يدخل ضمن التزام المساكنة بشكل عام.

ونفس الفرض يقوم عندما يسافر الزوج للعمل أو للدراسة في بلد آخر فتعتبر إقامته في ذلك البلد عارضة مهما طالت، بحيث يكون عليه العودة إلى زوجته في آجال معقولة وإلا فالقانون منح لهذه الزوجة حق طلب التفريق للغيبة التي تتجاوز سنة[2].

وقد كرس القضاء العربي هذا التوجه فيما يتعلق بانفصال إقامة الزوجين واعتبره أمرا عارضا، وهو ما أخذت به محكمة النقض المصرية والتي اعتبرت أن وجود الزوج وإقامته بالخارج على سبيل الإعارة إقامة عرضية وعابرة، ذلك أن الأصل هو اعتبار منزل الزوجية هو مكان الإقامة المستمرة والمعتادة للزوجين، وإقامة أحدهما خارجه مهما طالت وأي كان سببها تبقى إقامة عرضية مؤقتة، فمغادرة أحد الزوجين المسكن لسفر أو لشقاق بينهما لا ينفي الإقامة التي تعد قائمة حكما وبذلك فالإقامة الحكمية تكفي للاستفادة من الامتداد القانوني ولو لم تكن فعلية[3].

وما يستشف من هذا الحكم لمحكمة النقض المصرية أن مشاركة السكن والإقامة مفترض بين كل متزوجين، فإقامة الزوج والزوجة القانونية تكون في مسكن الزوجية وأي انفصال في هذه الإقامة بسبب من الأسباب التي عددناها آنفا أو لسبب آخر لا يؤثر في الإقامة القانونية، رغم أن الإقامة الفعلية منفصلة لأن الأصل هو الاشتراك في المسكن والإقامة وكل ماعدا ذلك عارض ، وبذلك يكون لمن تضرر من الزوجين بسبب هذا الانفصال العارض في الإقامة والمسكن أن يرفع أمره إلى القضاء ويثبت أن الإقامة القانونية تخالف الإقامة الفعلية، وحسب الظروف ينظر القاضي في الأمر ويعيد الأمور إلى نصابها بأن تتطابق الإقامة الفعلية والقانونية أو يحكم بالتفريق إن استحال ذلك، ونجد قوانين الأسرة أينما افترضت وجود حالة الانفصال في المسكن بين الزوجين إلا وأجازت للطرف المتضرر من هذا الانفصال طلب فك الرابطة الزوجية كحالة غيبة الزوج والحبس والتعدد بدون إذن الزوجة

---

[1]- فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص. 31.

[2]- ينظر لتفاصيل أكثر على حسب الله، الفرقة بين الزوجين وما يتعلق بها من عدة ونسب، ط.1، دار الفكر العربي، مصر، 1968،ص. ص 144-149.

[3]- محمد حسين منصور، مسكن الزوجية بين قانون إيجار الأماكن وقانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق،ص.ص75-76.

وحالة النشوز وترك الزوجة مسكن الزوجية أو عدم الالتحاق به مع دعوتها إليه من طرف الزوج، لإيمان هذه القوانين باستحالة تحقيق الزواج لمقاصده إذا ما حدث هذا الانفصال في المسكن، لتتضح بذلك قيمة وأهمية مشاركة السكن والإقامة فيه معا من طرف الزوجين لتتحقق غايات الزواج كما سبق ذكره.

الفرع الثاني

كيفية وفاء الزوج بالتزام السكن بمسكن الزوجية

إن الزوج وهو بصدد الوفاء بالتزام السكن بمسكن الزوجية ليس عليه فقط توفير هذا المسكن، بل يجب عليه القيام بالتزامات أخرى تقترن بمسكن الزوجية بشروطه ومواصفاته، لنستطيع القول بأن الزوج قد وفى بالتزامه كاملا وهذا باعتباره رئيس العائلة والقيم عليها ومن تجب عليه نفقة الزوجة وسكناها، فحتى يعتبر موفيا بهذا الالتزام وجب عليه تهيئة مسكن الزوجية وتجهيزه(أولا)، ولا يكون ذلك كافيا لإبراء ذمته من هذا الالتزام بل وجب عليه دعوة زوجته للإقامة في هذا المسكن(ثانيا)، كما يجب عليه أيضا الإقامة في هذا المسكن(ثالثا).

أولا: توفير المسكن وتجهيزه واجب يفرضه عقد الزواج أم قوامة من الزوج

جاءت الآية الكريمة في قوله تعالى:" أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ" مخاطبة الزوج وبصيغة الأمر، مما يفيد أن الله عز وجل فرض واجب الإسكان على الزوج، وقول الفقهاء أن مناط هذا التكليف هو قوامة الرجل ورئاسته للعائلة، فوجب بذلك بيان مفهوم القوامة والتي تتيح للزوج اختيار مسكن الزوجية ويستتبع ذلك أن يكون عليه تجهيزه.

1 ـ مفهوم القوامة: قررت الشريعة الإسلامية القوامة للرجل بنص القرآن الكريم في قوله تعالى:" وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ"[1]، وسنعرف القوامة لنبين أنواعها وأسبابها أو مبرراتها فيما يلي:

أـ تعريف القوامة وأنواعها: تعني القوامة قيام الرجل على أهله أمينا عليهم، مؤدبا لهم ومعلما ومرشدا، وهي أيضا الحماية والرعاية والولاية والكفاية والحفظ والإصلاح[2]،

[1]- سورة البقرة، الآية 228.

[2]- جمعة صالح الكربي، قوامة الرجال على النساء في كتب التفسير، رسالة ماجستير في التفسير وعلوم القرآن، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، قطر ، 2017، ص.9؛ ينظر أيضا وفاء بن عبد العزيز السويلم، مسقطات القوامة (دراسة فقهية إسلامية)، مجلة العدل، عدد 62، المملكة العربية السعودية، 1435هـ. وينظر منوبة برهاني، ذكرى منصوري، القوامة الزوجية في ضوء القرآن والسنة، الملتقى الدولي التاسع قضايا الأسرة المسلمة المعاصرة في ضوء أصول ومقاصد الشريعة الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية جامعة باتنة، الجزائر، المنعقد يوم 27 نوفمبر2018،ص.116.

والقوامة هي ولاية عزم وتكليف على الرجل بتحمل مسؤولياته تجاه أسرته، وليست ولاية غنم ومكسب للرجل يحصل من ورائها الميزات والخصائص ويعلو بها فوق المرأة، وبالمقابل هي تشريف وتكريم وإعزاز للمرأة بأن جعلها الإسلام محوطة بالرعاية والحفظ[1].

وقوامة الرجل تنقسم إلى قوامة حسية وتتمثل فيما يقوم به الزوج من تهيئة القوت والكسوة وإعداد المسكن وسائر الحاجات، أي أن الرجال يقومون بالنفقة عليهن والذب عنهن وحفظهن وتدبير شؤونهن وتأديبهن[2]، وقوامة معنوية ولا نعني بها القهر والغلبة والاستبداد والاحتقار أوالتسلط على مالها من حقوق وواجبات، بل هي قوامة تحفظ للزوجة كرامتها وأهليتها الإنسانية وتثبت لها شخصيتها وحقها في سياسة بيتها وتربية الأولاد، وقد جعل الإسلام للمرأة الولاية المطلقة على مالها، ومنع الرجل من التسلط عليها وجعل لها حرية التصرف في مالها بكل أنواع التصرفات وأعطاها الحق في التقاضي أمام المحاكم دون أن يكون لزوجها أي سلطة في ذلك[3].

ب- أسباب القوامة: تظهر الأسباب التي تبرر قوامة الرجل من خلال الآية الكريمة في قوله تعالى:"الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ"[4]، فيكون بذلك سببي القوامة أحدهما وهبي والآخر كسبي.

فأما السبب الوهبي فهو بما وهبه الله عز وجل للرجل وما جعله في أصل خلقته ويظهر من قوله تعالى:"بما فضل الله بعضهم على بعض..."، وهذا التفضيل يرجع للعديد من الأسباب منها أن للرجال زيادة قوة في النفس والطبع ما ليس للنساء، ذلك أن طبع الرجال يغلب عليه الحرارة واليبوسة فيكون فيه شدة وقوة، ويغلب على طبع النساء الرطوبة والبرودة فيكون فيه معنى اللين والضعف[5]، كما أن فطرة الرجال تخالف فطرة النساء، فالمرأة تفضل القيام بتدبير شؤون بيتها وتربية ولدها بما جبلت عليه من الحنان والرقة وكذا من طبيعتها الفيزيولوجية، ويفوقها الرجل في القوة البدنية وقوة التفكير وصحة التقدير

---

[1]- محمد بن سعد بن محمد المقرن، القوامة الزوجية، أسبابها، ضوابطها، مقتضاها، مجلة العدل، عدد32، المملكة العربية السعودية، 1427هـ. ينظر أيضا عبد الحميد بن صالح بن عبد الكريم الكراني، القوامة وأثرها في استقرر الأسرة، دار القاسم للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2010، ص.30.

[2]- محمد جمال أبو سنينة، حسين مطوع الترتوري، الطاعة الزوجية في الفقه الغسلامي وقانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.50.

[3]- محمد جمال أبو سنينة، حسين مطوع الترتوري، المرجع نفسه، ص.93، وينظر عبد الحميد بن صالح بن عبد الكريم الكراني، القوامة وأثرها في استقرر الأسرة، المرجع السابق، ص.34 ومايليها.

[4]- سورة النساء، الآية 34.

[5]- زينب حسن شرقاوي، الحقوق غير المالية الناشئة عن عقد الزواج، رسالة ماجستير في الفقه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1408هـ، ص.183.

ورباطة الجأش، مما يجعله مستعدا لمواجهة الصعاب ومعالجة المشاق والكدح والسعي لكسب قوت الأسرة، وهو ما يناسب فطرة كل منهما[1].

وأما السبب الكسبي فقد اتفق الفقهاء على أنه الانفاق[2]، أي ما أنفقه الزوج من مهر لزوجته وكذا ماينفقه عليها من مال بعد دخوله بها من مأكل وملبس ومسكن، ذلك أن الله عز وجل عندما منح للرجل القدرة على الكسب أكثر من المرأة وجعل له نصيبان من الميراث وواحد للمرأة وأمرها بالقرار في بيتها، هيأ مقابل ذلك للزوجة أسباب الراحة وضمن لها نفقتها بأن ألزم زوجها بتأمين ما تحتاجه من طعام وكسوة ومسكن[3].

ولا بد من اجتماع السببين لتحقق القوامة المعتبرة شرعا، ولا يعني هذا أن فقدان أحد السببين يعطي للمرأة حق القوامة وإنما تنتقل القوامة في هكذا حال إلى من هو أحق بتولي أمرها والقيام على شأنها من الرجال، لأن القوامة مخصوصة بالرجل سواء كان زوجا أو أبا أو أخا وهو ما يؤخذ من عموم قوله عز وجل :"الرجال قوامون على النساء..."[4].

2- توفير مسكن الزوجية يقع على الزوج: اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية قديما وحديثا على أن توفير مسكن الزوجية والذي يدخل في النفقة يكون على الزوج باعتباره قيما على المرأة ورئيسا للعائلة وسارت على ذلك القوانين الوضعية كما رأينا وألزمت الزوج بالنفقة على زوجته والتي يعتبر مسكن الزوجية من مشتملاتها، كما أن توفير مسكن الزوجية يكون وفق ضوابط وشروط سبق الإشارة إليها فيعتبر ذلك وفاء من الزوج بالتزام السكن بمسكن الزوجية وفي المقابل يكون على الزوجة الالتحاق بالمسكن الذي هيأه الزوج وطاعة زوجها فيه وإلا اعتبرت ناشزا.

وقد يكون تجهيز مسكن الزوجية مشتركا بين الزوجين في حال تطبيق النظام المالي المشترك للزوجين[5]، والذي يعرف على أنه مجموعة القواعد القانونية أو المتفق عليها بين

---

[1]- وفاء بنت عبد العزيز السويلم، مسقطات القوامة،المرجع السابق، ص.119.

[2]- ينظر في أقوال هؤلاء الفقهاء جمعة صالح الكربي، قوامة الرجال على النساء في كتب التفسير، المرجع السابق، ص.37.

[3]- منوبة برهاني، ذكرى منصوري، القوامة الزوجية في ضوء القرآن والسنة، المرجع السابق، ص.150.

[4]- عبد الله أحمد الزيوت، آية القوامة، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد41، العدد02، الأردن، 2014، ص.1511.

[5]- إن اتفاق الزوجين على جعل أموالهما مشتركة هو نظام جديد استحدثته بعض التشريعات العربية بعدما أكد الواقع وجود هذا الاشتراك والتداخل بين أموال الزوجين وخاصة أن الشريعة الإسلامية لا تمنع ذلك، وحياة الزوجين في الاشتراك المالي أو بدونه هي نفسها، إذ نجد كل من الزوجين يستعمل ممتلكات الآخر وينتفع بها، فالزوج ينتفع بما جاءت به زوجته من أثاث للبيت ومن ممتلكاتها الأخرى، والزوجة كذلك كأن تستعمل سيارة زوجها لقضاء حاجاتها، والاستعمال والمنفعة مشتركين وإذا ما انتهت الرابطة الزوجية يأخذ كل واحد منهما ممتلكاته التي يستطيع اثباتها، هذا مايحدث في الواقع وهذا ماهو الوضع عليه عند جعل الأموال مشتركة بين الزوجين حيث تكون الممتلكات باسم الزوج والزوجة ويكون الاستعمال مشتركا بينهما وعند انحلال الرابطة الزوجية يأخذ كل واحد منهما نصيبه فيها حسب مساهمته في اكتسابها. ينظر قيدوم بوزياني إيمان، نظام الأموال المشتركة بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري،ماجستير عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2014، ص.41.

الزوجين والتي من مقتضاها بيان حقوق وواجبات كل منهما من حيث ملكية أموالهما وإدارتها والانتفاع بها، ومن حيث الديون التي تتم قبل الزواج وأثنائه، وبعد انحلال عقدته، وتسوية حقوق كل من الزوجين بعد انتهاء الزوجية[1]، فيتم تجهيز المسكن من طرف الزوجين وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 37 من ق.أ.ج والتي قضت بـأنه:" لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر. غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما"

كما نصت مدونة الأسرة المغربية في المادة 49 منها على أنه:" لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز لهما في إطار تسيير الأموال التي تكتسب أثناء قيام الزوجية الاتفاق على استثمارها وتوزيعها"، وتبنى المشرع التونسي نظام الأموال المشتركة بموجب القانون رقم 94 لسنة 1998 المؤرخ في 09 نوفمبر سنة 1998 والمتعلق بنظام الاشتراك بين الزوجين، حيث نص الفصل الأول منه على أن:" نظام الاشتراك في الأملاك هو نظام اختياري يجوز للزوجين اختياره عند إبرام عقد الزواج أو بتاريخ لاحق، وهو يهدف إلى جعل عقار أو جملة من العقارات ملكا مشتركا بين الزوجين متى كانت من متعلقات العائلة".

فمتى اتفق الزوجان على أن يخضعا لنظام الأموال المشتركة يكون عليهما توفير وتجهيز مسكن الزوجية بالاشتراك وحينها لا يتصور القول بأن التزام تجهيز مسكن الزوجية يقع على الزوج، وإلا فتوفير المسكن وتجهيزه يقع على الزوج باعتباره القيم على زوجته ومن تجب عليه نفقتها وبالتالي سكناها.

3- اختيار مكان مسكن الزوجية وإقامة الزوجة

إن كان لا يثور إشكال في أن توفير مسكن الزوجية هو واجب على الزوج بحكم أنه المكلف بالإنفاق، فالحال ليس نفسه عند الحديث عن اختيار مكان مسكن الزوجية وبالتالي الإقامة المستقبلية للزوجة، فهل يكون ذلك بمعرفة الزوج وحده دون اعتبار لرأي الزوجة ومصالحها؟

باتفاق جمهور الفقهاء فإن الزوج هو من يكون له اختيار مسكن الزوجية لأنه من تجب عليه نفقة زوجته وسكناها، وبذلك يكون تحديد مسكن الزوجية واختيار مكانه متروك للزوج بحسب ما يراه ملائما لمقدرته، ومنح الزوج مكنة الاختيار إنما مرده لكونه رئيس العائلة وهو من يعرف المكان الذي يليق بعائلته والذي تستقر فيه المعيشة الزوجية الواجبة وهو مقيد

[1]- مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص.4.

في ذلك بوجوب تحقيق المسكن لهذا الغرض له ولزوجته على حد سواء[1]، ويكون على الزوجة طاعة زوجها والانتقال إلى المسكن الذي اختاره لها.

وقد تشترط الزوجة على زوجها في عقد الزواج السكن بمكان معين أو أن يكون لها الخيار في تغيير مكان السكن أو أن لا يخرجها من بلدها، فتعتبر هذه الشروط صحيحة ملزمة وهي تحقق مصلحة الزوجة فوجب على الزوج أن يلتزم بها، فإن لم يوف بها فسخ العقد بطلب الزوجة[2]، ولا تمنع الشريعة الإسلامية أن يكون اختيار المسكن ومكانه قائما على التشاور والتوافق بين الزوجين، بل يعتبر هذا من صميم حسن المعاشرة وهو ما تتحرى الشريعة الإسلامية وجوده بين الزوجين، إلا أن الحكم الأخير يكون للزوج حتى لا يتنازع فيه الزوجان، كما أن منح المرأة المتزوجة الحرية التامة في اختيار مكان إقامتها يتعلق بمسألة مقر المرأة والتي وضع لها الشارع الحكيم ضوابط عدة كوجوب أن يرافقها محرم وحرمة السفر دون إذن الزوج، كما تمس هذه الحرية بحق الرجل في القوامة والطاعة، ضف إلى ذلك أن إقامة المرأة بعيدا عن زوجها وأهلها أو أبنائها إن وجدوا يؤدي حتما إلى إلحاق الضرر بها وبأسرتها ويعصف بمقومات الأسرة ويفكك شملها[3].

وكان قانون الأسرة الجزائري قبل تعديل 2005 يقضي في المادة 39 منه الملغاة بموجب الأمر 05-02 بأنه

:" يجب على الزوجة : 1- طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة..."، كما نصت على واجب طاعة الزوجة لزوجها المادة 36 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية والتي تم إلغاء العمل بها في 2004، كما نص الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية قبل تعديلها في 1993 وكان هذا القانون يمنح للزوج باعتباره رئيس العائلة سلطة اختيار مسكن الزوجية ولا يكون على الزوجة سوى الطاعة، وجاءت أحكام القضاء متناسقة مع هذا التوجه التشريعي آنذاك وجاء في قرار لمحكمة التعقيب التونسية:" إن إقامة الزوجة مع زوجها في المقر الذي يقتضيه منه عمله بوصفه هو رئيس العائلة والمسؤول أولا وبالذات على إدارتها وتمويلها يوجبها عليها عقد الزواج وأحكام الفصل 23 من م.أ.ش ولا يحول دون وفائها بالمساكنة ارتباطها بتنقل يتنافى وحقوق زوجها عليها"[4]، كما استخلص القضاء المغربي من المادة 35 من مدونة الأحوال الشخصية سالفة الذكر أن إلزام الزوج

[1]- فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص.34.

[2]- ساجدة عاطف التلي، اختيار الزوجة لمسكنها(دراسة في الشريعة الإسلامية مقارنة باتفاقية سيداو الدولية)، مجلة الفقه، عدد12، أكاديمية الدراسات الإسلامية، جامعة ملايا، ماليزيا، 2015، ص.166.

[3]- ساجدة عاطف التلي، اختيار الزوجة لمسكنها(دراسة في الشريعة الإسلامية مقارنة باتفاقية سيداو الدولية)، المرجع السابق، ص.ص166-167.

[4]- قرار تعقيبي مدني، عدد 3753 بتاريخ 1980/1/8، نشرية محكمة التعقيب القسم المدني لسنة 1980، ص.17؛ وينظر في نفس المعنى القرار التعقيبي المدني عدد 17711 بتاريخ 1987/10/6، نشرية محكمة التعقيب، القسم المدني لسنة 1987، ص.232، نقلا عن محمود داوود يعقوب، واجب المساكنة، المرجع السابق، ص.31.

بالإسكان يفترض بالضرورة اختياره للمسكن حيث نص على أنه:" بمقتضى المادة 35 من المدونة-الملغى العمل بها- فإن الزوج ملزم بإسكان زوجته، وهو الذي يختار بيت الزوجية، وأن إدعاء الزوجة أن بيت الزوجية هو بيت والديها مع تسليمها بأن زوجها يسكن بدوار آخر... هو إدعاء مجانب للصواب، وأن المحكمة التي قضت برجوع الزوجة إلى بيت الزوجية بعنوان الزوج تكون قد طبقت الفصل 35 من المدونة تطبيقا سليما"[1].

وبعد تعديل قانون الأسرة الجزائري في 2005 ألغى المشرع الجزائري التقسيم القديم المعتمد في تعداد حقوق الزوجين بين حقوق الزوجة وحقوق الزوج واعتمد تشاركية الحقوق والواجبات في المادة 36 من ق.أ.ج، وألغى بذلك رئاسة العائلة والطاعة الزوجية، ونفس التوجه نحاه المشرع المغربي في 2004 أين لم يعد هناك أثر لمضمون نص المادة 35 سالفة الذكر، وكان المشرع التونسي سباقا إلى إلغاء واجب الطاعة الزوجية في مجلة الأحوال الشخصية حيث لم يعد الفصل 23 إثر تعديل 1993 ينص على واجب الطاعة، وأبقى المشرع التونسي على مصطلح "رئاسة العائلة" ضمن نفس الفصل، وفي هذا الصدد يقول محمد الحبيب الشريف:"على المعنى الظاهر للفصل 23 المعدل من م.أ.ش فإن رئاسة العائلة مازالت فردية يختص الزوج بممارستها، ولكن هذه الوظيفة أفرغت من فحواها إلى حد أنها أصبحت غير موجودة عمليا، فحتى اختيار محل الزوجية من قبل الزوج وحده ودون مشاورة الزوجة يعتبر من سوء المعاشرة وعدم المعاملة بالمعروف"[2]، ولعل هذا التصور يسري على كل من القانون الجزائري والمغربي اللذين ألغيا بدورهما واجب الطاعة الزوجية واعتمدا تشاركية الحقوق والواجبات، فيكون بذلك اختيار مسكن الزوجية من صلاحيات الزوج ابتداء باعتباره المكلف بالإنفاق على أن يراعي في هذا الاختيار مصلحة زوجته ويتشاورا لما لا في هذا الاختيار، بالإضافة إلى أن شرط أمان مسكن الزوجية الذي اشترطه الفقهاء وكذا القوانين يحتم على الزوج اعتبار رأي الزوجة ومصلحتها في ذلك، كون أمنها على نفسها ومالها هو المعتبر، بالإضافة إلى أن التشارك في اختيار مسكن الزوجية أو اختياره باعتبار مصالح الزوجة يعد من قبيل المعاشرة بالمعروف كما ذكر الأستاذ محمد الحبيب الشريف أعلاه.

أما قانون الأحوال الشخصية الأردني وفي نص المادة 72 منه فنص على أنه:" يهيء الزوج المسكن المحتوي على اللوازم الشرعية حسب حاله وفي محل إقامته أو عمله..."، مما يفيد أن الزوج هو من يختار مكان مسكن الزوجية حسب ظروفه وأحواله، وكان المشرع

[1]- القرار رقم 882 الصادر بتاريخ 1996/12/10 صادر عن المجلس الأعلى في الملف رقم 93/5565، نقلا عن فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص.34.

[2]- محمد الحبيب الشريف، رئاسة العائلة، م.ق.ت، جويلية 1997، ص.61، نقلا عن محمود داوود يعقوب، واجب المساكنة، المرجع السابق، ص.15.

العراقي في قانون الأحوال الشخصية جاء بحكم تفرد به عن بقية التشريعات العربية[1] في نص المادة 25 فقرة 02 والتي نصت على أنه:" لا تلزم الزوجة بمطاوعة زوجها ولا تعتبر ناشزا إذا كان الزوج متعسفا في طلب المطاوعة قاصدا الإضرار بها أو التضييق عليها ويعتبر من قبيل التعسف والإضرار بوجه خاص ما يلي: ب- إذا كان البيت الشرعي المهيء بعيدا عن محل عمل الزوجة، بحيث يتعذر معه التوفيق بين التزاماتها البيتية والوظيفية..." بما يفيد أن الزوج إذا كانت زوجته عاملة عليه أن يختار مسكن الزوجية بمراعاة قرب هذا المسكن من عمل زوجته بحيث تستطيع معه الزوجة التوفيق بين التزاماتها البيتية والتزامات وظيفتها على حد تعبير المشرع العراقي، ووجه الدلالة هنا أن الزوج لا يعود حرا في اختيار مسكن الزوجية وفقا لظروفه وأحواله فقط إنما تدخل في هذا الاختيار اعتبارات أخرى، وكانت محكمة التمييز العراقية قد قضت في قرار لها بأنه:" ولا تجبر الزوجة الموظفة على مطاوعة زوجها في البيت المهيأ بعيدا عن عملها، حيث يتعذر عليها معه التوفيق بين التزاماتها البيتية أو الوظيفية"[2].

وما أصبح دارجا اليوم هو اتفاق الزوجين على اختيار مكان الزوجية بحكم أنهما في الغالب ما يشتركان في توفير مسكن الزوجية وتجهيزه، ولا يثور في هذه الحالة الخلاف حول اختيار مكان مسكن الزوجية.

وفي القانون الفرنسي كان اختيار مسكن الزوجية يعود إلى الزوج بموجب قانون 25 سبتمبر 1942، ثم جاء قانون 04 يونيو 1970 المتعلق بالسلطة الأبوية والذي ساوى بين الزوجين وألغى مبدئيا تمييز الزوج في انتقاء محل الإقامة الزوجية، وطبقا للمادة 215 من القانون المدني الفرنسي المعدلة بالقانون 1975/07/11 لم يعد اختيار محل الإقامة الزوجية مقصورا على الزوج وإنما أصبح واجبا مشتركا بين الزوجين ينبغي أن يتم باتفاقهما، وإن تعذر ذلك فلكل منهما اللجوء للمحكمة التي تقوم بتحديده أو تمنح للزوج المعترض الإذن باتخاذ محل إقامة منفصل له ولأولاده الذين يعهد بهم إليه[3].

---

[1]- علق الكبيسي متعجبا من موقف المشرع العراقي في هذا الصدد بقوله:" وهو ما تفرد به القانون العراقي عن قوانين الدنيا"، وذكر بأن المشرع العراقي نص في المادة 25 فقرة 02 على الحالات التي لا تعتبر فيها الزوجة ناشزا رغم عدم مطاوعة زوجها ومن بين هذه الحالات أن يكون البيت الشرعي بعيدا عن عمل الزوجة بحيث لا تستطيع التوفيق بين الأمرين ، وهذه المسألة يقول الكبيسي تحتاج إلى وقفة كبيرة للوصول إلى رأي حكيم في أي المصلحتين أرجح من الأخرى، هل هي مصلحة الأسرة أو هي مصلحة عمل المرأة ؟ ويضيف معلقا أن هذه الفقرة تحتاج إلى إعادة نظر سريع، أنظر أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، الجزء الأول ، الزواج والطلاق وآثارهما، ط.3، المكتبة القانونية، العراق، 2010، ص.ص107-108.

[2]- قرار رقم 2986، أحوال شخصية، سنة 79، صادر بتاريخ 1980/09/1 نقلا عن طه صالح الجبوري، حق الزوجية في السكنى دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.153.

[3]- فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، هامش رقم 143، ص.35.

ثانيا: دعوة الزوجة للالتحاق بمسكن الزوجية

لاتخلو ذمة الزوج من التزام السكن بتجهيزه إياه وفق الضوابط والشروط الشرعية فحسب، بل تجب عليه دعوة زوجته للالتحاق به، فمادام الزوج لم يدع زوجته للالتحاق بالمسكن الشرعي لا يعتبر موفيا بالتزام السكن، ومرد أن هذا الواجب يقع على الزوج أيضا هو أن واجب توفير المسكن وتجهيزه يكون على الزوج فكان من المنطقي أيضا أن تكون دعوة الزوجة إلى الالتحاق به في هذا المسكن أيضا عليه، فمتى تيقن من صلاحية هذا المسكن وجاهزيته دعا زوجته للسكن إليه.

ولم يرد النص في قانون الأسرة الجزائري على هذا الشرط الذي يعتبر بمثابة الإعذار الذي يضع المدين بعده موضع المتخلف عن تنفيذ الالتزام، لتصبح الزوجة مطالبة بعد دعوتها من طرف الزوج للالتحاق بمسكن الزوجية وإلا اعتبرت مخلة بالتزام السكن وبالمساكنة بشكل عام، وكان المشرع الجزائري قد نص في المادة 74 من ق.أ.ج على أنه:" تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول أو بدعوتها إليه..." ، وجاء في نص المادة 194 من مدونة الأسرة المغربية مايلي:" تجب نفقة الزوجة على زوجها بمجرد البناء، وكذا إذا دعته للبناء بعد أن يكون قد عقد عليها"، ووجه الدلالة في استخلاص الشرط أعلاه من نص هاتين المادتين أنه إذا كانت الزوجة تستحق النفقة إن هي دعت زوجها للدخول بها فيما يسمى بالدخول الحكمي وامتنع الزوج فيكون بمفهوم المخالفة أن الزوج إذا دعا زوجته للالتحاق بمسكن الزوجية وامتنعت عن ذلك تسقط نفقتها مما يثبت أنه قام بالوفاء بالتزامه كاملا غير منقوص بتوفير مسكن الزوجية بشروطه ومواصفاته ودعوة زوجته إليه، ولم تنص مجلة الأحوال الشخصية التونسية على التزام الزوج بدعوة زوجته للالتحاق بمسكن الزوجية، إلا أن محكمة التعقيب التونسية كرست هذا الشرط واعتبرت ما يلي:"إن مجرد خروج الزوجة من محل الزوجية لا يعطيها صفة ناشز إلا إذا دعاها الزوج للمساكنة ورفضت ذلك، فالزوج مطلوب بالإنفاق على زوجته المدخول بها ولو كانت خارج محل الزوجية مادام لم يقم بمطالبتها بالمعاشرة أو باعتبارها ناشزا عند امتناعها من الرجوع"[1].

ولم ينص المشرع المصري على هذا الالتزام صراحة، على أن المادة 11 مكرر ثانيا من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985 ذكرت أن الزوجة تعتبر غير مطيعة لزوجها وبالتالي لا تستحق النفقة إن لم تعد لمسكن الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة، كما لم ينص التشريع السوري والأردني والعراقي صراحة على هذا الالتزام ولكن هذه التشريعات ذكرت في المواد 72 فقرة 01 من ق.أ.ش.س والمادة 60 من ق.أ.ش.أ والمادة 23 فقرة 01 من ق.أ.ش.ع أنه تجب نفقة الزوجة على الزوج من حيث العقد الصحيح

[1]- قرار تعقيبي مدني، عدد 794 بتاريخ 1961/03/22، نشرية محكمو التعقيب، القسم المدني لسنة 1961، ص.40، نقلا عن محمود داوود يعقوب، واجب المساكنة، المرجع السابق، ص.17.

ولو كانت مقيمة في بيت أهلها إلا إذا طالبها الزوج بالانتقال إلى بيته وامتنعت بغير حق، ووجه الدلالة أن المشرعين في هذه القوانين أوجبوا نفقة الزوجة على الزوج بمجرد العقد، واعتبروا دعوته لها بالالتحاق ببيت الزوجية حقه مادام يدفع نفقتها فإن دعاها وامتنعت بغير حق سقطت نفقتها عنه، وإن لم يدعها فكأنه تخلى ضمنا عن حقه في مساكنتها له فظلت بذلك نفقتها عليه.

على أن دعوة الزوج زوجته الالتحاق بمسكن الزوجية يجب أن لا تكون مقترنة بوصف التعسف وقصد الإضرار، فالتراخي في هذه الدعوة من شأنه أن يجعل الزوجة كالمعلقة لا هي ذات زوج ولا هي مطلقة وفي هذا ضرر محقق بها، فلا يجوز للزوج بذلك أن يتعلل مدة طويلة بحجة عدم العثور على مسكن مناسب إذ هو أمر لا دخل للزوجة فيه، لأن من واجبه توفير المسكن الشرعي وتراخيه يعد ضربا من ضروب الهجر[1].

يبقى فقط الإشكال متعلق بشكل هذه الدعوة وكيف يدعو الزوج زوجته للالتحاق بمسكن الزوجية؟ إذ لم تنص قوانين الأحوال الشخصية العربية على هذا الإجراء ماعدا المشرع المصري الذي نص في المادة 11 مكرر ثانيا من القانون رقم 25 لسنة 1929 والتي نصت 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 على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها وعليه أن يبين في هذا الإعلان المسكن"، ويفصح صريح النص على أن هذا الطريق قاصر على الزوجة المدخول بها التي خرجت من منزل الزوجية دون وجه حق على خلاف الزوجة التي لم تزف إلى زوجها بعد وقد وفاها معجل صداقها وامتنعت عن الانتقال إلى منزل الزوجية دون حق، حيث استعمل المشرع المصري عبارة "...إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة..."، ذلك أن العودة لا تتأتى إلا بعد الذهاب، وعليه فوسيلة الزوج لإلزام الزوجة غير المدخول بها والتي أوفاها عاجل صداقها بالالتحاق ببيت الزوجية هي دعوى الطاعة بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى[2].

ثالثا: الإقامة في مسكن الزوجية

قد يبدو هذا الواجب محمولا على الزوجة دون الزوج، إلا أن الطابع التشاركي لالتزام المساكنة ككل يجعل من التزام السكن والإقامة في بيت الزوجية مترتبا في ذمة كل من الزوجين بما يتناسب والأدوار والوظائف المنوطة بكل طرف في العلاقة الزوجية، وإن كان واجب الإقامة بمسكن الزوجية محمول على المرأة أكثر من الرجل بحكم أن المرأة هي من

[1]- فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص.35.
[2]- محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 1989، ص.697.

تنتقل إلى مسكن الزوجية وهي من يقع عليها واجب القرار فيه، إلا أن ذلك لا ينفي ترتب هذا الواجب أيضا على كاهل الزوج وضرورة التزامه به حتى يعتبر موفيا بالتزام السكن ببيت الزوجية.

والقوانين العربية إن لم تتضمن في موادها التنصيص الصريح على هذا الالتزام فلا ينفي ذلك وجوده، بل يعتبر متضمنا ضمن النصوص التي تعدد الحقوق والواجبات المتبادلة أو المشتركة بين الزوجين في هذه القوانين، وتؤكد على ضرورة المحافظة على واجبات الحياة المشتركة[1] وكذا المعاشرة بالمعروف[2] وواجبات الحياة الزوجية حسبما يقتضيه العرف والعادة[3]، ويعتبر سكن الزوج مع زوجته من أوكد واجبات الحياة المشتركة، كما أن العرف والعادة يقتضيان أن يقيم الزوج مع زوجته في مسكن على سبيل الدوام حتى يضمن رعايته لزوجته وأبنائه وقيامه بشؤونهم، كما يعتبر من قبيل الإخلال بالتزام المعاشرة بالمعروف هجر الزوج مسكن الزوجية، فيكون بذلك واجب إقامة الزوج في مسكن الزوجية بمفهوم المخالفة من صميم المعاشرة بالمعروف.

وقد سار القضاء في تكريس التوجه الذي أخذ به المشرعون، حيث اعتبرت محكمة التعقيب التونسية إقامة الزوج في مسكن الزوجية من الواجبات الزوجية المشتركة. وفي قرار لها رقم 3753 المؤرخ في 8جانفي 1980 جاء فيه:" إن أبرز مظاهر ترابط الطرفين بعقد الزواج هو تساكنهما بمحل واحد وإلا انتفت الغاية المقصودة لذاتها من العقد"، ولم تكتف محكمة التعقيب بذلك بل اعتبرت إقامة الزوج في مسكن الزوجية هو حق للزوجة حيث أكدت في قرار لها[4] أنه:" من أوكد واجبات الزوجة التي أشار إليها الفصل 23م.أ.ش هو مساكنة زوجها بمحل الزوجية الذي يعده لها فإن هذا الواجب يقابله حق هو أن يساكنها الزوج في هذا المحل، ضرورة أنه من أبرز مظاهر ترابط الزوجين بعقد الزواج هو تساكنهما معا بمحل واحد وإلا انتفت الغاية المقصودة من عقد الزواج الرامية إلى تكوين أسرة تعيش تحت سقف واحد تتكون من زوج وزوجة وأبناء وإذا امتنعت الزوجة من السكنى بالمحل الذي يعده الزوج وأثبتت بصفة واضحة أن سبب امتناعها إنما هو عدم مساكنة الزوج

---

[1]- طبقا للمادة 36 فقرة 01 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على أنه:"يجب على الزوجين: المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة".

[2]- طبقا للمادة 36 فقرة 02 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على أنه:" يجب على الزوجين: المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة"؛ وتنص المادة 50 فقرة من مدونة الأسرة المغربية على أنه:" الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين: المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة والحفاظ على مصلحة الأسرة"؛ وينص الفصل 23 فقرة 01 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه:"على كل واحد من الزوجين أن يعامل الآخر بالمعروف ويحسن عشرته ويتجنب إلحاق الضرر به"؛ كما نصت المادة 77 من قانون الأحوال الشخصية الأردني على أنه:"على كل من الزوجين أن يحسن معاشرة الآخر ومعاملته بالمعروف، وإحصان كل منهما الآخر، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة والحفاظ على مصلحة الأسرة".

[3]- ينص الفصل 23 فقرة 2 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية:" ويقوم الزوجان بالواجبات الزوجية حسبما يقتضيه العرف والعادة".

[4]- قرار عدد 53123 مؤرخ في 1996/12/24 غير منشور، منقول عن داوود يعقوب، المرجع السابق، ص.25.

لها بسبب إقامته في بلد آخر أو مكان جديد فإن امتناعها يكون له مايبرره، وحينئذ لا يحق للزوج أن يدعي أنه تضرر من رفض الزوجة مساكنته، وترتيبا عليه لا حق له في تأسيس دعواه للطلاق للضرر على نشوز الزوجة لرفضها المساكنة....فثبوت إقامة الزوج خارج أرض الوطن بصفة مستمرة ومستقرة لا يبيح له أن يؤسس دعواه على أحكام الفقرة 2/31 م.أ.ش بدعوى نشوز الزوجة لأن المحل الذي دعاها للسكنى به بمسقط رأسه بمدينة تاجروين لا يمكن أن تتوفر فيه شروط المساكنة بين الزوجين وبالتالي لا يمكن اعتبار الزوجة ناشزا"[1]، كما قررت محكمة التمييز العراقية في قرار لها[2] جاء فيه:" يجب أن يتواجد الزوج في البيت الذي يعده لزوجته ولا تعتبر ناشزا إذا امتنعت عن مطاوعته بسبب تواجده في البيت خمسة عشر يوما من كل شهر"، والملاحظ أن هذا القرار قد جعل تواجد الزوج ببيت الزوجية واجب عليه أن يقضيه الزوج حتى لا يعتبر مخلا بواجب الإقامة بمسكن الزوجية، حيث جاء في نص القرار أن بقاء الزوج مدة 15 يوما من كل شهر في مسكن الزوجية يعتبر مبررا لعدم مطاوعة الزوجة لزوجها، إذ لا يمكن اعتبارها ناشزا مادام يقيم هذه المدة في منزل الزوجية، وبمفهوم المخالفة أن الزوج عليه أن يقضي مدة أكثر من 15 يوما من كل شهر حتى يعتبر موفيا بواجب السكن ببيت الزوجية.

وإن تحديد هذه المدة يثير إشكالات عملية من ناحية أخرى حيث نجد أن الزوج في حالات معينة كسفره إلى بلد معين لكسب قوت زوجته وأبنائه أو سفره لطلب العلم فهنا يصعب اعتبار الزوج مخطئا خطأ يؤدي إلى طلب التطليق، وواقع الحال أن الزوجة التي يغادر زوجها محل الزوجية قليلا ما ترفع ضده قضية طلاق إذا كان قائما بواجب الانفاق عليها وعلى أبنائه، ذلك أن ضرورة البحث عن مورد رزق للأسرة هو ما يبرر عدم إقامة الزوج بمسكن الزوجية من وجهة نظر الزوجة[3].

الفرع الثاني

كيفية وفاء الزوجة بالتزام السكن بمسكن الزوجية

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الزوجة مطالبة بالالتحاق ببيت الزوجية إذا ما أعد الزوج مسكن الزوجية، وراعى في تجهيزه الشروط الشرعية، ودعا زوجته إليه مع اشتراط أن يكون قد وفاها معجل مهرها، وإنما تقوم الزوجة بذلك طاعة لزوجها مقابل انفاقه عليها (أولا)، فإن لم تفعل عدت ناشزا وسقطت نفقتها عنه، وسارت قوانين الأحوال الشخصية على هذا الأثر وأكدته التطبيقات القضائية، كما يجب على الزوجة السفر مع

[1]- محود داوود يعقوب، واجب المساكنة، المرجع نفسه، ص.25.

[2]- قرار محكمة التمييز رقم 694 صادر في 23 /1982/05، مجموعة الأحكام العدلية عدد2 سنة 13.1982، ص.49، نقلا عن عبد الله كريم، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، المرجع السابق، ص.151.

[3]- محمود داوود يعقوب، واجب المساكنة، المرجع السابق، ص23.

زوجها إذا اقتضت ظروفه السفر، ولا يكتمل وفاء الزوجة بالتزام السكن عند هذا القدر إنما يجب عليها القيام بشؤون مسكن الزوجية والإشراف عليه والحفاظ على محتوياته(ثانيا)، بالإضافة إلى عدم السماح للغير بدخول مسكن الزوجية دون إذن زوجها(ثالثا).

أولا: التحاق الزوجة بمسكن الزوجية والقرار فيه طاعة لزوجها أم وفاء بالتزام السكن

إن الشريعة الإسلامية لما أعطت القوامة للرجل وكلفته بالإنفاق على زوجته كلفت في مقابل ذلك الزوجة بطاعة زوجها والامتثال لأوامره، والاستجابة لدعوته إذا دعاها لمسكن الزوجية والالتحاق به دون تأخير أو تماطل، وسنبين فيما يلي مفهوم واجب الطاعة وحدوده(01)، لنبين على إثر ذلك قرار الزوجة في مسكن الزوجية كأثر مترتب على التزام الزوجة بالسكن ببيت الزوجية وطاعة زوجها فيه (02)، لنصل في الأخير من هذا التفريع إلى واجب الزوجة في الانتقال إلى حيث يكون زوجها وسفرها معه(03).

1 ـ الطاعة الزوجية: أثار موضوع طاعة الزوجة لزوجها ولا يزال يثير الكثير من الجدل ويسيل الكثير من الحبر، بين من يراها واجبة على الزوجة وأن طاعة زوجها من طاعة ربها، والزوجة إنما تطيع زوجها باعتباره القيم عليها والمسؤول عنها فهو في أسرته كالحاكم في دولته، وكما أن طاعة الحاكم واجبة لاستقرار البلاد وسير نظامها فكذلك طاعة الزوج واجبة لضمان سعادة البيت وطمأنينته[1]، ولا توجد هذه الرئاسة إلا إذا كان الرئيس كما أن هذه الرئاسة لم توضع بين يدي الرجل مجانا بل دفع ثمنها لأنه مكلف بالسعي على أرزاق الأسرة[2]، وهذه الطاعة تمنح الزوج الإحساس بالقوة للقيام بالمسؤولية وتدفعه إلى تحقيق القوامة بكل جدارة[3]، ويقيد فقط هذه الطاعة أن لا تكون في معصية الخالق[4]، وبين من يرى أنه يجب التمييز بين "الرئاسة" باعتبارها نظاما لا تخلو منه أي مؤسسة إنسانية وبين "الرئاسة" في الممارسة عبر التاريخ والتي ارتبط مفهومها بالاستبداد والقهر في الأسرة وخارجها[5].

أ- تعريف الطاعة الزوجية وحكمها: الطاعة الزوجية هي موافقة المرأة لزوجها باستجابة رغباته وطلباته، وطلب مرضاته في غير معصية الخالق، وتعني طاعة الزوج أيضا أن لا تخالف زوجته أمره مادام في حدود المباح شرعا وأن تعمل على إرضائه قدر استطاعتها[6]،

---

[1]- زينب حسن الشرقاوي، الحقوق غير المالية الناشئة عن عقد الزواج، المرجع السابق، ص.148.
[2]- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص.348.
[3]- محمد علي فركوس، المعين في بيان حقوق الزوجين، الطبعة الثانية، دار العواصم للنشر والتزيع، الجزائر، 214، ص.13.
[4]- زينب حسن الشرقاوي، الحقوق غير المالية الناتجة عن عقد الزواج، المرجع السابق، ص.148.
[5]- فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص.148.
[6]- إيمان يونس الأسطل، تعسف الزوج في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية غزة، فلسطين، 2013، ص.57.

والطاعة واجبة بحكم نصوص الكتاب والسنة، فجاء قوله تعالى:"الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ"[1]، يقول القرطبي في تفسير الآية إن قيام الرجال على النساء هو أن يقوم بتدبيرها وتأديبها وإمساكها في بيتها ومنعها من البروز(الخروج)، وأن عليها طاعته وقبول أمره ما لم تكن في معصية[2]، وجاء في الآية أيضا قوله تعالى:"فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ ۚ "[3]، وتفسير القانتات المطيعات، فالآية خبر ومقصود، الأمر بطاعة الزوج والقيام بحقه في نفسها وماله وولده، حال وجوده وغيبته[4].

وقد صور لنا رسول الله ﷺ عظم حق الزوج في الطاعة وأضفى عليه قدسية ومهابة، قال رسول الله ﷺ :" لو كنت آمرا أحدا أن يسجد لأحد، لأمرت النساء أن يسجدن لأزواجهن، لما جعل الله لهم عليهن من الحق"[5].

ب- قيود الطاعة الزوجية وحدودها: إن منح حق القوامة للزوج على زوجته وحقه عليها في طاعته ليس مطلقا إنما هو مقيد بضوابط يجب احترامها، وإلا كان للزوجة أن تتحلل من واجب الطاعة ذاك، واتفق الفقهاء على أنه لا تكون طاعة الزوج في معصية الله عز وجل، إذ لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق؛ كما أن لا طاعة للزوج على الزوجة إذا كان في ذلك ضرر عليها أو كانت مخالفة لشرط في العقد[6]؛ كما يشترط لطاعة الزوجة زوجها أن يكون قد وفاها حقوقها وقام بواجباته نحوها، فوجب أن يوفيها صداقها وأن يكون أمينا عليها وأن يوفر لها مسكنا يليق بها ومستوفيا للشروط الشرعية[7]..

كما يكاد يتفق العلماء على أنه ليس على الزوجة بعد حق الله تعالى ورسوله ﷺ أوجب من حق الزوج، وأن حقه مقدم عند التعارض على سائر الحقوق[8].

واختلف الفقهاء في حدود الطاعة الواجبة على الزوجة هل هي مطلقة أم محدودة على قولين إثنين، الأول قال به جمهور أهل العلم من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة[1] ومن

---

[1]- سورة النساء، الآية 34.

[2]- أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء 5 ، ط.2، دار الكتب المصرية، مصر ، 1964، ص.169.

[3]- سورة النساء، الآية 34.

[4]- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ، الجزء 5، المرجع السابق، ص.170.

[5]-أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، الجزء3، ط.1، دار الرسالة، لبنان، 2009، ص.475، ح.رقم 2140.

[6]- ابن نجيم، البحر الرائق، الجزء5، المرجع السابق، ص.77.

[7]- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاءا، دار الفكر العربي، مصر، 1974، ص.135. أنظر أيضا في نفس المعنى عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية وفق مذهب أبي حنيفة وماعليه العمل بالمحاكم، ط.2، دار القلم للنشر والتزيع، الكويت، 1990، ص.119.

[8]- أحمد بن تيمية، مجموع الفتاوى لابن تيمية، الجزء 32، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 2004، ص.262..

ذلك قول شمس الدين ابن مفلح:" ولا تطوع لصلاة ولا صوم إلا بإذنه، وأنها تطيعه في كل ما أمرها به من الطاعة"، أما القول الثاني ذهب إليه بعض أهل العلم، وممن قال به أو نقله: ابن حزم[2]؛ وابن نجيم حيث قال:" المرأة لا يجب عليها طاعة زوجها في كل ما يأمرها به، إنما يرجع إلى النكاح وتوابعه"[3]، فالطاعة عند هؤلاء مقيدة بأمور النكاح وتوابعه كالاستمتاع والقرار في البيت وعدم الصيام تطوعا وهو حاضر إلا بإذنه، وألا تأذن لأحد أن يدخل بيته إلا بموافقته[4]، فليس له أن يأمرها في شيء يخصها، فلو أمرها أن يتصرف في مالها ببيع مثلا دون رضاها فلها أن لا تطيعه[5].

والراجح بين القولين هو الثاني وهو طاعة الزوج في حدود النكاح وتوابعه، وإن كان من حسن العشرة أن تطيع الزوجة زوجها في كل ما يأمرها به، وأن لا يتعسف هو الآخر في أوامره وأن يراعي ظروفها وأحوالها ولا يحملها مالا طاقة لها به من أوامر.

وعن موقف التشريعات العربية من واجب الطاعة المحمول على الزوجة تجاه زوجها نشير إلى أن التشريعات العربية والمغاربية قبل تعديلها[6] كانت تقر التزام الزوجة بطاعة زوجها متبنية الرأي التقليدي في الفقه الإسلامي، واستجابة للتطورات الفكرية الاجتماعية والاقتصادية التي غيرت المركز القانوني للمرأة ، هذا ما جعل التشريعات العربية تواكب هذه التغيرات وتلغي واجب الطاعة وتحل محله مبدأ التعاون بين الزوجين[7]، وبالنسبة لموقف المشرع الجزائري من ذلك فهناك من يرى أن المشرع الجزائري بإلغائه للمادة 39 ألغى بذلك رئاسة الزوج للأسرة وجعله شريك لزوجته في قيادة أسرتهما المشتركة[8]، وهناك من يرى أن المشرع الجزائري لم يلغ واجب الطاعة بنص صريح وإنما ألغى المادة التي كانت تتناوله وسكت، مما يحيلنا على المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري والتي تحيلنا بدورها

---

[1]- سراج الدين عمر بن ابراهيم بن نجيم، النهر الفائق شرح كنز الدقائق، الجزء2، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2002، ص.297. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء 5، المرجع السابق، ص.169. إبراهيم بن محمد بن عبد الله ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، الجزء6، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997، ص.244.

[2]- ابن حزم، المحلى، الجزء9، المرجع السابق، ص.227-228.

[33]- ابن نجيم، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، الجزء5، المرجع السابق، ص.77.

[4]- أحمد بن محمد بن سعد آل سعد الغامدي، حدود الطاعة الزوجية في المسائل الخلافية، دراسة تأصيلية تطبيقية، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بدمنهور، عدد 4، الجزء1، مصر، 2019، ص.923.

[5]- عثمان التكروري، قانون الاحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.161.

[6]- المواد المعنية هي المادة 39 من قانون الأسرة الجزائري والفصل 23 من مجلة الاحوال الشخصية التونسية والمادة من مدون الاحوال الشخصية المغربية.

[7]- محمد صالح بن عومر ، مساواة المرأة في التشريعات الأسرية المغاربية(الجزائر، تونس، المغرب)، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية بشار، مجلد15،عدد3، الجزائر، ص.ص68.69.

[8]- ليلى جمعي، طبيعة التعديلات التي مست المركز القانوني للمرأة بمقتضى الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل لقانون الأسرة، مجلة العلوم الإنسانية، مجلد 1، عدد1، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة وهران، الجزائر، 2014، ص..4. وينظر أيضا سامي بن حملة، تطور المركز القانوني للمرأة أثناء الزواج في مجال إدارة شؤون الأسرة ضمن تشريعات الأحوال الشخصية المغاربية، أبحاث قانونية وسياسية، مجلد1، عدد1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، الجزائر، 2018، ص.ص 169-170.

في حالة سكوت النص إلى الشريعة الإسلامية التي تلزم الزوجة بطاعة زوجها في الحدود والقيود التي أشرنا إليها سابقا[1].

ويبدو واضحا أن قانون الأسرة بعد التعديل أصبح يتأرجح بين نمطين من الأسرة، الأول أسرة بدون رئيس أو برئاسة مشتركة تقوم على التشاور في كل الأمور وهذا غير منطقي ولا واقعي، ذلك أنه لا يمكن لأي مؤسسة أن تسير بدون رئيس أو برئيسين اثنين في نفس الوقت، والنمط الثاني يقيمهما على رئاسة الرجل ولكن بضوابط معينة وهذا الأكثر منطقية، فالمشرع الجزائري وإن كان يحرص على تخليص المرأة من ظلم وتسلط الزوج فلا يكون ذلك بتغيير نمط الأسرة بما يخالف الفطرة الإنسانية السليمة والطبيعة البشرية لكل طرف فيها، إنما يكون بالعمل على تهذيب سلوك الزوج المتسلط وردعه وتوعية الزوجين بحقوقهما وواجباتهما بما يحقق مصلحة الأسرة ككل، وبالتالي مصلحة المجتمع[2].

2- انتقال الزوجة إلي بيت الزوجية و قرارها فيه:

على الزوجة أن تنتقل لمنزل زوجها إذا كان قد دعاها لذلك ووفى لها معجل صداقها كما عليها ملازمة مسكن الزوجية بعد هذا الوفاء وألا تخرج منه إلا بإذن زوجها[3]، فقرار الزوجة في بيت زوجها هو من الحقوق المقررة للزوج على زوجته ذلك أنها القائمة بشؤونه والمحافظة على بيته، والتوزيع الطبيعي في الوجود يقضي أن يكون عمل الرجل خارج البيت وعمل المرأة داخله، كما أن الأهداف المرجوة من الزواج وهي السكن والمودة وإنجاب الأولاد لا تتحقق إلا بلزوم الزوجة بيتها[4].

واتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن المرأة تنتقل إلى بيت زوجها وتقر فيه، وما يبرر ملازمة بيتها هو حق الزوج في الاحتباس الذي يخوله له عقد الزواج، فالزوج يختص بمنافع زوجته فتعتبر الزوجة مسلمة نفسها لزوجها بانتقالها لبيت الزوجية حقيقة أو حكما بإبدائها استعدادها لذلك[5].

---

[1]- فايزة مخازني، مبدأ المساواة بين الزوجين وآثار عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، مجلد10، عدد19، الجزائر، 2018، ص.ص114-115.

[2]- فايزة مخازني، مبدأ المساواة بين الزوجين وآثار عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، نفس السابق، ص.114.

[3]- محمد أحمد سراج، محمد كما إمام، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص.288.

[4]- محمد جمال أبو سنينة، حسين مطوع الترتوري، الطاعة الزوجية في الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.71. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.165. يوسف قاسم، حقوق المرأة في الإسلام، المرجع السابق، ص.215. محمد فوزي فيض الله، الزواج وموجباته في الشريعة الإسلامية والقانون، ط.2، مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، 1997، ص.197.

[5]- رتيبة عياش، مدى تأثير تفويت الاحتباس على استحقاق الزوجة للنفق، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2016، ص.52.

والأمر الشرعي بقرار الزوجة في بيت زوجها ليس معناه عدم خروجها مطلقا من بيتها، فللزوج أن يأذن لها بالخروج للحاجة كزيارة الوالدين وعيادتهما وتعزيتهما وزيارة المحارم وكذلك إن كانت محترفة، أو كان لها على آخر حق أو خرجت للحج[1].

أ- خروج الزوجة لزيارة والديها وأقاربها: اختلف الفقهاء في جواز خروج الزوجة لزيارة والديها دون إذن زوجها على قولين، فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية إلى أنه ليس للزوج أن يمنع زوجته من زيارة والديها بل يسمح لها بزيارتهم في كل أسبوع مرة، ولا يمنعها من عيادتهما أو حضور جنازتهما أو الكلام معهما حتى لو حلف أن لا تزورهما فإنه يحنث في يمينه بأن يحكم لها القاضي للخروج إليهما بالزيارة[2]، وحرم على الزوج منعها من أداء هذا الواجب ولو كان والدها غير مسلم[3]، لأن في زيارتها لهم صلة رحم ومنعها قطع للرحم ولا طاعة لمخلوق في معصية الخالق[4].

وأما خروجها فيكون على أساس من الدين والعفة والخلق القويم وعليها أن تستر عورتها، ويحرم عليها أن تخرج متزينة أو أن تظهر شيئا من مفاتنها فإذا كان وجهها يثير الفتنة وجب عليها أن تستره بإجماع الفقهاء[5].

أما الحنابلة والشافعية وبعض الأحناف ومنهم أبو يوسف فذهبوا إلى أن الزوج له أن يمنع زوجته من زيارة والديها أو عيادتهما وحضور جنازة أحدهما، ولو خرجت بغير إذنه تعتبر ناشزة، إلا الكلام معهما فليس له منعها[6].

والراجح بين القولين القول الأول، فلا يحق للزوج منع زوجته من زيارة والديها، ذلك لأن منعها قطيعة للرحم وإغواء لها بالعقوق لأن منع الزوجة من زيارة أبويها يحملها على النفور من الزوج ومخالفته[7].

وأما زيارة الزوجة لرحم محرم منها غير والديها، فلها أن تزورهم مرة كل سنة وقيل كل شهر، وليس لها أن تبيت عند أحد إلا بإذن زوجها[8].

---

[1]- محمد جمال أبو سنينة، حسين مطوع الترتوري، الطاعة الزوجية في الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق،ص.71.

[2]- ابن عابدين، رد المحتار، الجزء3، المرجع السابق، ص.602.الدسوقي على الشرح الكبير، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء2، المرجع السابق، ص. 512.

[3]- يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.216.

[4]- أبو زهرة، الأحوال الشخصية،المرجع السابق، ص.165..

[5]- عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، مصر، 2004، ص.208. ينظر أيضا في نفس المعنى يوسف قاسم، حقوق الأسرة المسلمة، المرجع السابق، ص.217.

[6]- ابن قدامة، المغني، الجزء 7، المرجع السابق، ص.295. أحمد سلامة القليوبي، أحمد البرلسي عميرة، حاشيتا القليوبي وعسيرة، الجزء 4، دار الفكر، لبنان، 1995، ص.92. ابن عابدين، الدر المختار، الجزء 3، المرجع السابق، ص.602.

[7]- لابن قدامة، المغني ، الجزء 7، المرجع السابق، ص950.

[8]- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.165.

وبالنسبة للتشريعات العربية، فقد جعلت حق الزوجة في النفقة مرتبط بقرارها في البيت[1] وعدم تركها له دون مسوغ شرعي، وتعتبر زيارة الزوجة لوالديها مبررا شرعيا لهذا الخروج ولو دون إذن الزوج، حيث نصت هذه القوانين على ذلك ضمن الحقوق المشتركة للزوجين، فجاء في المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري :" يجب على الزوجين:7- زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف"، وهو ماجاء في الفقرة 5 من المادة 51 من مدونة الأسرة المغربية والمادة 78 من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

وكان المشرع الجزائري قد ربط واجب الزيارة ذاك بشرط وهو أن تكون هذه الزيارة بالمعروف، بمعنى زيارتهم أو استقبالهم في منزل الزوجية في حدود المنطق والمعقول وأن يكون ذلك باعتدال وعند اللزوم وفي أوقات معينة ولمدة معقولة، حتى لا يتحول الوفاء بهذا الواجب إلى أداة لخلق المشاكل وتخريب بيت الزوجية[2].

وتجدر الإشارة أن قانون الأسرة الجزائري قبل تعديل 2005 كانت المادة 38 منه تنص على أنه:"للزوجة الحق في :-زيارة أهلها من المحارم واستضافتهم بالمعروف..." فكانت هذه الزيارة والاستضافة مقصورة على المحارم كالوالدين والأعمام والأخوال[3]، وعدم وعدم تخصيص المشرع الجزائري في تعديل 2005 للأقارب بأي وصف، هل معناه إباحته لزيارة الزوجة لكل أقاربها دون اعتبار إن كانوا من محارمها أم لا؟ أم أنه في سكوته ذاك إحالة للمادة 222 من نفس القانون، والتي تحيل لأحكام الشريعة الإسلامية والتي بدورها تقصر زيارة المرأة لأقاربها المحرمين فقط، ولعل هذا ما قصده المشرع الجزائري.

ب- عمل الزوجة: يرتبط حق الزوج في احتباس زوجته بحقها في أن ينفق عليها، وبذلك كل ما يعطل هذا الاحتباس أو يحد منه كحق للزوج يؤثر بدوره على حق الزوجة في النفقة، وخروج المرأة للعمل يجعل حق الاحتباس ناقصا وبذلك يثور السؤال حول جواز منع الزوج زوجته من العمل، وبالتالي استحقاق الزوجة العاملة للنفقة في الأحوال التي يسمح فيها الزوج بالعمل أو العكس، وإن كانت مسألة إذن الزوج بالعمل صريحا كان أو ضمنيا[4] لا يثير مشكلة

---

[1]- نصت المادة 62 من قانون الأحوال الشخصية الأردني على أنه:" إذا نشزت الزوجة فلا نفقة لها ....والناشز هي من تترك بيت الزوجية بلا مسوغ شرعي..." ونصت المادة 25 من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أنه :" لا نفقة للزوجة في الأحوال التالية:- إذا تركت بيت زوجها بلا إذن، وبغير وجه شرعي...|؛ ونصت المادة 74 من قانون الأحوال الشخصية السوري، على أنه:" الناشز هي التي تترك دار الزوجية بلا مسوغ شرعي" ونصت المادة من قانون الأحوال الشخصية المصري 25 لسنة 1920 في المادة 1 فقرة 04:" لا تجب النفقة للزوجة إذا ارتدت، أو امتنعت من تسليم نفسها دون حق أو اضطرت إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج، أو خرجت دون إذن زوجها".

[2]- العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.ص529-530؛ ينظر أيضا في نفس المعنى محمد الكشبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة (الزواج)، المرجع السابق، ص492.

[3]- العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع نفسه، هامش رقم 1، ص.530.

[4]- ينظر في تفصيل صور إذن الزوج لزوجته بالعمل، عبد السلام بن محمد الشويعر، أثر عمل المرأة في النفقة الزوجية، ط.1، مكتبة الملك فهد الوطنية للنشر، المملكة العربية السعودية، 1442هـ، ص.ص42-46.

مشكلة وإنما الخلاف يثور عند عدم إذن الزوج لزوجته بالعمل، والتي تعتبر في حالات معينة إخلالا بالتزام الزوجة بالقرار في البيت وبالتزام السكن عموما.

واتفق جمهور الفقهاء على أنه للزوجة الخروج من منزل زوجها للاكتساب حتى بدون إذنه في حالتين: إن خرجت لاكتساب النفقة التي أعسر بها الزوج فيكون خروجها دون إذنه ليس نشوزا، كما ذهب جمهور الفقهاء إلى أن خروج المرأة لحق لها أوعليها وكان الزوج علم به قبل الدخول ووفاها المعجل من مهرها عليه لا يعد نشوزا، كما لو أجرت نفسها كمرضع أو كانت قابلة أو غاسلة وبذلك قال الحنفية والشافعية والحنابلة[1].

واتفق الفقهاء أيضا أنه إذا كان عمل المرأة استمرارا لعقد سابق قبل الزواج كما لو أجرت المرأة نفسها مرضعة أو قابلة أو غاسلة أو خادمة، لها أن تعمل بالإذن من زوجها أو من غيره، ولا يحق للزوج منعها من العمل حتى تنقضي المدة المتفق عليها مع صاحب النفقة قياسا على الأمة المستأجرة أو الدار المستعارة، فإذا ما انتهت مدة العمل لم يكن للزوجة الحق في الخروج لعمل جديد إلا بإذنه وإلا فهي ناشز[2].

3- سفر المرأة وانتقالها مع زوجها :

إن سفر الزوج وغيابه مددا طويلة عن زوجته يعطل المساكنة ويقطعها، كما أن الزوج يحتاج زوجته إلى جانبه، فهل تجبر الزوجة على تتبعه والتنقل معه أينما حل؟

اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة هي الأخرى على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يرى أصحابه بأنه ليس للزوج أن يسافر بزوجته أكثر من مسافة قصر-ومسافة السفر الشرعي هي مسافة ثلاثة أيام-[3] وإن أوفاها صداقها، وعللوا هذا بفساد الزمان وبأن الغربة فيها مضنة أن يظلمها، ومتى نقلها إلى بلدة أخرى لا يمكن أن تستغيث بأحد، ووفقا لهذا الرأي لا شرعية للمسكن المعد خارج بلد الزوجين[4].

القول الثاني: ذهب أصحاب هذا الرأي من الحنفية[5] والحنابلة[6] إلى أن الزوجة لها أن تسافر مع زوجها إلى المكان الذي يريده إن كان أوفاها مهرها وكان مأمونا عليها[7]، ولم تشترط

---

[1]- محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، الإقناع في جل ألفاظ أبي شجاع، الجزء2،دار الفكر، لبنان، د.س.ن، ص.433.

[2]- الشربيني، الإقناع، الجزء2، المجع السابق، ص.433. ابن قدامة، المغني، الجزء8، المرجع السابق، ص.249. الشربيني، نهاية المحتاج، الجزء7، المرجع السابق، ص.209.

[3]- محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ط.1، مطبعة الواعظ، مصر، 1326هـ، ص.198.

[4]- طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.ص 154-155.؛ محمد عزمي البكري، موسوعة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.ص671-672.

[5]- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء2، المرجع السابق، ص.290.

[6]- ابن قدامة ،المغني، الجزء 7، المرجع السابق، ص.448.

[7]- محمد عزمي البكري، موسوعة الأحوال الشخصية، المرجع نفسه، ص.671.

عليه عند الزواج عدم إخراجها من بلدها، فمتى توفرت هذه الشروط الوفاء بالمهر وأمانة الزوج على زوجته كان المسكن شرعيا داخل البلاد أو خارجها[1]، واشترط المالكية إضافة إلى ذلك أن يكون البلد الذي ينقلها الزوج إليها قريبة حتى لا تنقطع أخبارها عن أهلها[2].

القول الثالث: قال أصحابه أن الأمر يترك للقاضي في حكم وتقدير هذه المسألة ذلك أنه يختلف في حكمها باختلاف الزمان لتغير عرف الناس[3]، فالقاضي يقدر ذلك حسب تطور الأحوال، فالسفر قد يكون ضارا للزوجة[4] كما قد يكون لازما لضرورات الحياة والعيش[5].

والواضح أن الفقهاء قد أجمعوا من حيث المبدأ على حق الزوج في أن ينتقل بزوجته إلى حيث يسكن[6] مع توافر شروط معينة، هي قبض الزوجة معجل مهرها وأن لا تكون الزوجة قد اشترطت عدم إخراجها من بلدها[7]، ويجب أن يكون طريق الانتقال آمنا وليس فيه مشقة عليها، فإن خافت الزوجة من عدو في الطريق أو خافت المشقة فلها أن تمتنع لأن ذلك من باب الإضرار[8]، ووجب أن يكون الزوج أمينا على زوجته، ولم يشترط الفقهاء أمانة الزوج على الزوجة إلا في حالة السفر لأنه في حالة لم يتسن معها إثبات لكون سكنها بين جيران صالحين[9].

ويجب أن لا يكون قصد الزوج من الانتقال بالزوجة مقترنا بقصد الإضرار والتضييق على الزوجة، كأن يقصد التضييق عليها حتى تهبه شيئا من المهر أو تترك له شيئا من النفقة، ففي هذه الأحوال لها الحق في الامتناع عن الانتقال إلى حيث يكون الزوج ويحكم له القاضي بعدم الاستجابة له لأنه متعسف في استعمال حقه[10].

وعن موقف قوانين الأحوال الشخصية من مسألة انتقال الزوجة وسفرها إلى حيث يكون زوجها فلم ينص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على ذلك -على غرار المشرعين المغربي والتونسي- في حين أكدت المحكمة العليا في قرار لها على أنه:" من الواجب على

---

[1]- طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص..155.
[2]- فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص.38.
[3]- عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء4، المرجع السابق، ص149.
[4]- وكان الشافعية قد قالوا بأن للزوج أن يسافر بزوجته متى كان مأمونا عليها وعليها ألا تمتنع إلا إذا كانت معذورة لمرض أو حر أو برد لا تطيق معهما السفر، أنظر الجزيري، فقه المذاهب الأربعة، المجلد 4، المرجع نفسه، هامش رقم ، ص 149.
[5]- طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.155.
[6]- الجزيري، فقه المذاهب الأربعة، المجلد 4، المرجع السابق، ص 149.
[7]- طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.155.
[8]- فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص.38.
[9]- طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.155.
[10]- فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص.38.

الزوجة متابعة زوجها والالتحاق به أين طاب عيشه..."[1]، ونصت المادة 72 من قانون الأحوال الشخصية الأردني صراحة على انتقال الزوجة مع زوجها حيث جاء فيها:"... وعلى الزوجة بعد قبض مهرها المعجل متابعة زوجها ومساكنته فيه، وعليها الانتقال إلى أي جهة أرادها ولو خارج المملكة بشرط أن يكون مأمونا عليها وأن لا يكون في وثيقة العقد شرط يقتضي خلاف ذلك....".

ونصت المادة 1 فقرة 4 من القانون رقم 25 لسنة 1920 المتعلق بالأحوال الشخصية المصري على :" ولا تجب النفقة للزوجة إذا ارتدت، أو امتنعت مختارة عن تسليم نفسها دون حق..." ويعتبر امتناع الزوجة عن السفر والالتحاق بزوجها امتناعا عن تسليم نفسها[2]، وهو ما أكدته المحاكم المصرية التي قضت بأن الموظف مضطر بحكم وظيفته السفر إلى بلد آخر فإن هذا لا يمنعه عند انتقاله بحكم وظيفته إلى بلد آخر من طلب الحكم بالطاعة في منزل هيأه لزوجته فيه[3]، وقضت في حكم آخر بأنه:" للقاضي أن يتصرف برأيه في طلب الزوج طاعة زوجته له في بلد آخر غير الذي عقد عليها فيه والذي هو مقر عشيرتها فإن رأى فيه ما يرجح قصد العشرة أجابه إلى طلب الطاعة وإلا فلا –كأن يكون قصد الكيد-" [4]، وبذلك أكد القضاء المصري على حق الزوج في الانتقال بزوجته بشرط عدم قصده الإضرار بها.

وجاء في المادة 70 من القانون السوري:"تجبر الزوجة على السفر مع زوجها إلا إذا اشترط في العقد غير ذلك أو وجد القاضي مانعا من السفر"، وبذلك وافق المشرع السوري هو الآخر رأي الجمهور وأقر بحق الزوج في الانتقال بزوجته إلى حيث يسكن، إلا أن تكون اشترطت عليه خلاف ذلك أو يرى القاضي مانعا من السفر كعدم إطاقتها للسفر أو تعمد الزوج التضييق عليها بذلك، وهو ما سارت عليه محكمة النقض السورية والتي قضت بأنه:" على المرأة أن تنتقل مع زوجها إلى أي مكان يطلب نقلها إليه مالم يثبت نيته في مضارتها أو كيدها" كما قضت أيضا بأن:"القصد من التفريق بين بلاد الكفر وبلاد الإسلام في المتابعة هو الأمن لا سواه وتلزم الزوجة بمتابعة زوجها إلى ألمانيا وأمثالها من البلاد التي يأمن فيها المسلم على نفسه ودينه، وعلى الزوجة السفر مع زوجها إلا إذا اشترط في العقد غير ذلك أو وجد القاضي مانعا منه"[5].

---

[1]- قرار المحمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 39467، صادر بتاريخ 1986/01/13 نقلا عن بلحاج العربي، مبادئ الاجتهاد القضائي وفق قرارات المحكمة العليا بالجزائر، ديوان المطبوعات الجامعيةن الجزائر، 1994، ص.46.

[2]- طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.157.

[3]- عبلة عبد العزيز عامر، الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون المصري، دار النهضة العربية، مصر، 2010، ص.127.

[4]- نفس المرجع، نفس الصفحة.

[5]- طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.ص158-159.

ونصت المادة 25 من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أنه:"لا نفقة للزوجة في الأحوال التالية:- إذا امتنعت عن السفر مع زوجها دون عذر شرعي.."، وإن كان ظاهر النص قد أقر حق الزوج في الانتقال بزوجته إلى حيث شاء سواء داخل العراق أو خارجها فإن محكمة التمييز العراقية قد ميزت بين حالتين، فأقرت بأنه:"للزوج أن يسكن زوجته في أي جهة من جهات القطر وفق متطلبات عمله" وأجازت بذلك للزوج الانتقال بزوجته داخل العراق، أما في حالة الانتقال بها خارج العراق فقد قضت نفس المحكمة بـأنه:"للزوج طلب مطاوعته زوجته داخل القطر العراقي وليس له طلب مطاوعتها خارجه" وقضت أيضا بأنه:"لا تجبر الزوجة على مطاوعة زوجها في مسكنه الذي أعده لها خارج العراق"[1]، وهو موقف انفردت به محكمة التمييز العراقية.

وبالنسبة للمشرع الفرنسي فلا يتصور إلزام القانون للزوجة بالسفر والانتقال إلى حيث يكون زوجها لأن القانون الفرنسي أجاز للزوجين الإقامة المنفصلة[2]، كما أنه ألغى واجب الطاعة المحمول على الزوجة[3].

ثانيا: قيام الزوجة بشؤون مسكن الزوجية والإشراف عليه

ويقصد بهذا الواجب أن تقوم الزوجة بما يحتاجه البيت والزوج والأولاد من طبخ وغسل وتنظيف وغيرها من أعمال، بما يليق بعسر أو يسر الزوج ويحقق الحياة الكريمة للأسرة ويحقق معاني المودة والسكن[4].

واختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في اعتبار خدمة الزوجة في بيتها حق للزوج على زوجته أم لا على قولين:

القول الأول: ذهب أصحاب هذا الرأي وهم الحنفية[5] والمالكية[6] والشافعية[7] والحنابلة[8] والظاهرية[9] إلى أنه ليس على الزوج أن يطالب زوجته قضاء بخدمة البيت والقيام بشؤونه، ذلك أن عقد الزواج القصد منه حل العشرة الزوجية بينهما طلبا لتحصين النفس وتحصيل

---

[1]- طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى دراسة مقارنة، المرجع السابق ، ص.ص160-161.

[2] -Dania Dhaini, mariage et libertés (etude comparative en droit français), op.cit , p.243.

[3]- ينظر رقم 94 من هذه الرسالة .

[4]- محمد جمال أبو سنينة، حسين مطوع الترتوري، الطاعة الزوجية في الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.74. ينظر في نفس المعنى فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال به، المرجع السابق، ص.40.

[5]- الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء4، المرجع السابق، ص.24.

[6]- مالك بن أنس بن مالك بن عامرالأصبحي، المدونة، الجز2، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994، ص.188.

[7]- الشافعي، الأم، الجزء5، المرجع السابق، ص.87.

[8]- ابن قدامة، المغني، الجزء 7، المرجع السابق، 325 . البهوتي، كشاف القناع،الجزء5، المرجع السابق، ص.195.

[9]- ابن حزم، المحلى، الجزء9، المرجع السابق، ص.227.

الولد، وليس القصد منه الخدمة وأداء الواجبات المنزلية[1]، ولأن المعقود عليها من جهتها الاستمتاع فلا يلزمها غيره[2]، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي أن عقد الزواج للعشرة الزوجية لا للاستخدام وبذل المنافع، فليس من مقتضاه خدمة البيت والقيام بشؤونه وأن إعداد البيت واجب على الزوج وحق للمرأة[3]، لذلك أوجب هؤلاء نفقة الخادم على الزوج، فإن كان الزوج موسرا يأتي بخادم للزوجة مادامت لا تخدم نفسها في بيت أبيها ولو لم تزف إليه بخادم، أما إن كان الزوج معسرا فلا تجب نفقة الخادم وإن كانت ممن تخدم[4].

وفرق المالكية بين الزوجة الشريفة التي لا يخدم مثلها وبين الوضيعة، جاء في مختصر خليل:"وإخدام أهله أي أهل الإخدام وإن بكراء ولو بأكثر من واحدة وقضي لها بخادمها إن أحبت إلا لريبة وإلا لم تكن أهلا للإخدام فعليها الخدمة الباطنة من عجن وكنس وفرش وطبخ وسقي بخلاف النسج والغزل والطحن"[5].

الرأي الثاني: قال به ابن القيم[6] وابن تيمية[7] وذهبا إلى أن خدمة الزوج والقيام بشؤون المنزل المنزل من طبخ وغسل وكنس ونحوه واجبة على الزوجة في حدود المعروف والمألوف، فإن كانت حال الزوج المالية لا تقوى على استئجار خادم وجب على الزوجة خدمته، وإن كانت حالته المالية ومستواه الاجتماعي يسمح بحيث يستأجر من يخدمه في الشؤون المنزلية لم يجب على الزوجة شيء من ذلك، وكان عليها الإشراف والرعاية فقط كما جرى العرف بين الناس[8].

واستدل أصحاب هذا القول بأن النبي ﷺ كان يأمر نسائه بخدمته، فقد روي عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ أمر بكبش أقرن...فقال لها:" يا عائشة هلمي المدية"، ثم قال:" اشحذيها"، ففعلت، ثم أخذها وأخذ الكبش فأضجعه ثم ذبحه...."[9]، وعن علي أن فاطمة رضي الله عنها أتت النبي تشكو إليه ما تلقى في يديها من الرحى، فقسم رسول الله ﷺ العمل بينها وبين زوجها وجعل عليها الخدمة المنزلية وعلى علي الأعمال

---

[1]- عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، مصر، د.س.ن، ص.209.

[2]-أبو عبد المعزمحمد علي فركوس، المعين في بيان الحقوق الزوجية، المرجع السابق، ص.19.

[3]- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.166

[4]- بدران أبو العينين، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط.2، مطبعة دار التأليف، مصر، 1961، ص.188.

[5]- محمد الأمير الكبير، شرح مختصر خليل، مكتبة القاهرة، مصر، دون سنة نشر، ص.ص235-236.

[6]- عبد الله محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزي، زاد المعاذ في هدي خير العباد، الجزء4، دار المنار للنشر، مصر، د.س.ن، ص.18.

[7]- ابن تيمية، الفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام ابن تيمية، الجزء 5، دار الكتب العلمية للنشر، لبنان، د.س.ن، ص.ص 480-482.

[8]- زكريا البري، بداية المجتهد في أحكام الأسرة، مطبعة دار التأليف، مصر ، د.س.ن، ص.146.

[9]-أبو زكريا محي الدين بن شرف التووي، شرح النووي على مسلم، الجزء 13، ط.2، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1396هـ، ص.ص 121-122، ح.رقم 1967.

الخارجية[1]، وسار في هذا الرأي الشيخ أبو زهرة وقال في هذا الصدد:" غير أننا نرى أنه ليس من الشرع الإسلامي في شيء القول بأن المرأة ليس عليها خدمة بيتها والقيام على شؤونه، وهو بعيد عن الإسلام بعده عن المألوف المعروف"[2]، وبذلك أيضا قال سيد سابق:" والأساس الذي وضعه الإسلام للتعامل بين الزوجين وتنظيم الحياة بينهما، هو أساس فطري طبيعي... فالرجل أقدر على العمل والكدح والكسب خارج المنزل والمرأة أقدر على تدبير المنزل وتربية الأولاد... فيكلف الرجل بما هو مناسب له وتكلف المرأة بما هو من طبيعتها وبهذا ينتظم البيت من ناحيتي الداخل والخارج، دون أن يجد أي واحد من الزوجين سببا من أسباب انقسام البيت على نفسه"[3].

ويبقى من مظاهر التآلف والمودة والرحمة والتعاون قيام الزوجة بهذه المهمة النبيلة التي تحفظ استقرار أسرتها وتقوي روابط المحبة بين أفرادها، وعلى الزوج من جهته أن يقدر حالها ولا يحملها مالا طاقة لها به وأن يعينها فيما لا تستطيعه، لا سيما في حال مرضها أو عجزها أو زحمة الأعمال عليها اقتداء بسيد الخلق الذي لم يأنف عن مساعدة زوجاته[4]، فعن الأسود قال: سألت عائشة رضي الله عنها:"ماكان النبي ﷺ يصنع في بيته؟، قالت:"كان يكون في مهنة أهله - تعني خدمة أهله- فإذا حضرت الصلاة خرج إلى الصلاة"[5]، وقالت رضي الله عنها:"ما يفعل أحدكم في مهنة أهله، يخصف نعله، ويخيط ثوبه، ويرقع دلوه"[6].

في حين لم تشر تشريعات الأحوال الشخصية العربية إلى خدمة الزوجة في بيت زوجها صراحة، واقتصر المشرع الجزائري سواء قبل تعديل قانون الأسرة أو بعده على الواجب المشترك بين الزوجين وهو التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم، ونص المشرع التونسي في الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أن الزوجين يتعاونان على تسيير شؤون الأسرة وحسن تربية الأبناء.

وجاء في نص المادة 51 من مدونة الأسرة المغربية فقرة 3:"الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين: تحمل الزوجة مع الزوج مسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال "، وإن كان المشرع المغربي في هذا الواجب سبق الزوجة على الزوج إلا أن ذلك لا ينقي التزام الزوجين بهذا الواجب بنفس القدر والدرجة، وإن كان الإشراف على البيت ورعايته ورعاية الزوج والأطفال واجب تتقنه المرأة أكثر من الرجل، ولقد كان المشرع

[1]- البخاري، صحيح البخاري، الجزء5، المرجع السابق، ص.19، ح.رقم 3705..
[2]- أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.167.
[3]- سيد سابق، فقه السنة، الجزء2، ط.3، دار الكتاب العربي، لبنان، 1977،ص.ص201-202.
[4]- أبي عبد المعز محمد علي الفركوس، المعين في بيان الحقوق الزوجية، المرجع السابق، ص.23.
[5]- البخاري، صحيح البخاري،الجزء1، المرجع السابق، ص.136، ح.رقم 676.
[6] - الأمير علاء الدين بن بلبان الفارسي، الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، ط.1، الجزء12، مؤسسة الرسالة للنشر، لبنان، 1988، ص.490، ح.رقم 5676.

المغربي قبل 2004 ينص في المادة 36 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية الملغى العمل بها تنص على أنه من حقوق الرجل على المرأة الإشراف على البيت وتنظيم شؤونه، أما نصوص مدونة الأسرة المغربية الآن فقد تخلت عن تحميل الزوجة هذا الواجب -كما سبق بيانه-، والواضح آن توجه المشرعين إلى نمط تشاركية الواجبات والحقوق الزوجية جعل الإشراف على البيت ورعاية شؤون الأطفال واجبا مشتركا يقع على كليهما، وتقول فتيحة الشافعي في هذا الصدد معلقة:"مع العلم بأننا نلاحظ بالرجوع إلى الواقع صورة أخرى للأسرة المغربية غير تلك التي مازالت في المدونة –وتقصد المدونة قبل 2004- متشبثة بأهدابها، فالمرأة الآن تعمل وتكد داخل بيت الزوجية وخارجه، ولم يعد عملها يقتصر على أشغال البيت، بل تعدتها إلى العمل المأجور أو المهن التي تدر عليها وعلى زوجها دخلا، ولم يعد ربط النفقة بالاستمتاع أو الاحتباس مفاهيم معقولة ومنطقية في الوقت الحاضر، والواقع المعيش قد تجاوز التصورات الفقهية والقانونية لخدمة الزوجة داخل بيت الزوجية، فكل النساء وبدون استثناء يقمن بخدمة بيت الزوجية بحكم أنه بيتهن والمكان الذي يجمعهن مع أزواجهن وأطفالهن، فهو مملكتهن قبل أن يكون فضاء تطرح فيه إشكالية العمل أم لا"[1].

واتجاه المشرعين في نمط تشاركية الالتزامات الزوجية عامة والتزام الإشراف على شؤون البيت والأطفال خصوصا ليس معناه بالضرورة مشاركة الرجل المرأة يدا بيد في أعمال المنزل - وإن كان ذلك لا يعيبه ولا ينقص من رجولته- وإنما عدم تحميل المرأة مالا طاقة لها به، مراعاة لظروفها وأحوالها، كما أن اقتناء الزوج لأجهزة كهرومنزلية من شأنه تقليل المجهود المبذول من طرف الزوجة في رعاية البيت والقيام بشؤون الزوج والأطفال إن كانت أحواله المادية تسمح بذلك.

ثالثا: عدم السماح للغير بالدخول إلى مسكن الزوجية بدون إذن الزوج

اتفق جمهور الفقهاء[2] على أنه لا يجوز للمرأة أن تدخل أحدا إلى مسكن الزوجية إلا بإذن زوجها، واستدلوا بحديث رسول الله ﷺ:"...ألا إن لكم على نسائكم حق ولنسائكم عليكم حق، فحقكم عليهن ألا يوطئن فرشكم من تكرهون، ولا يأذن في بيوتكم لمن تكرهون..."[3]، وعلى الزوجة أن تستأذن لمن تريد من النساء بالدخول إلى مسكن الزوجية لأن الحديث يشمل

[1]- فتيحة الشافعي، المرجع السابق، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، ص.43.
[2]- البهوتي، كشاف القناع، الجزء5، المردجع السابق، ص.188. ابن حزم، المحلى، الجزء9، المرجع السابق، ص.228.
[3]- الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، المجلد الثالث، دار الجيل، لبنان، 1998، ح.رقم 1851، ص.ص303-304.

النساء كما يشمل الرجال في لزوم إذن الزوج، فإن لم يحصل هذا الإذن صراحة أو ضمنا لم يجز لها أن تأذن لهن[1].

وقال الشوكاني:"إن النهي الوارد عن إدخال من يكره محمول على عدم العلم برضا الزوج، أما لو علمت رضاه بذلك فلا حرج عليها كمن جرت عادته بإدخال الضيفان، فيجوز لها إدخالهم سواء كان حاضرا أو غائبا، فلا يفتقر ذلك إلى الإذن من الزوج"[2]، ويقول ابن عثيمين:"وألا يأذن في بيوتكم لمن تكرهون" يعني: لا يدخلن أحدا البيت وأنت تكره أن يدخل، حى لو كانت أمها أو أباها، فلا يحل لها أن تدخل أمها أو أباها أو أختها أو أخاها أو عمها أو خالها أو عمتها أو خالتها إلى بيت زوجها إذا كان يكره ذلك"[3].

وفي هذا الصدد يثور السؤال إذا ما كان للزوج أن يمنع أبوي زوجته وأقاربها المحرمين من زيارتها في مسكن الزوجية؟

اتفق جمهور الفقهاء[4] على أنه ليس للزوج منع أبوي الزوج من زيارتها في كل أسبوع مرة كما سبق بيانه[5]، وزاد المالكية على ذلك:" إذا اتهم الزوج والدي الزوجة بفساد زوجته عليه ودلت القرائن على ذلك فإنهما يدخلان عليها في كل أسبوع مرة مع وجود أمينة من جهته لا تفارقهما، وليس لهما أن يأتيا بأمينة من جهتهما"[6].

أما دخول محارمها عليها وزيارتها لهم فاختلف الفقهاء على قولين: الأول وهو قول بعض المالكية والأحناف الذين أجازوا للزوجة إدخال محارمها بإذن زوجها أو بدونه وقالوا بأنه ليس له منع محارمها وولدها من غيره من الدخول عليها[7]، وفي تحديد المدة بين الزيارة والأخرى قال المالكية بأن لمحارم الزوجة زيارتها في أسبوعين أو في كل شهر مرة، أما ولدها من غيره إن كان صغيرا فيزورها كل يوم لتتفقد أحوال إبنها، وإن كان كبيرا يزورها كل أسبوع قياسا على الوالدين[8].

---

[1]- محمد جمال أبو سنينة، حسين مطوع الترتوري، الطاعة الزوجية في الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.72.

[2]- زينب حسن الشرقاوي، الحقوق غير المالية الناشئة عن عقد الزواج، المرجع السابق، ص.175.

[3]- محمد بن صالح بن محمد العثيمين، شرح رياض الصالحين، الجز3، دار الوطن للنشر، المملكة العربية السعودية، 1426هـ، ص.126 .

[4]- ابن عابدين، الدر المختار، الجزء3، المرجع السابق، ص.603. الدسوقي، حاشية الدسوقي عن الشرح الكبير، الجزء2، المرجع السابق، ص.512.

[5]- ينظر الصفحة رقم 102من هذه الرسالة.

[6]- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء2، المرجع السابق، ص.512.

[7]- نفس المرجع ، نفس الصفحة.

[8]- نفس المرجع، نفس الصفحة.

وأما القول الثاني: ذهب إليه الحنابلة وبعض المالكية والذين قالوا بأن للزوج منع محارم زوجته دون ولدها من غيره من زيارتها[1].

والراجح بين القولين هو الأول وهو عدم منع الزوج زوجته من إستقبال محارمها، لأن هذا المنع قطيعة لصلة الرحم[2].

وأما أقارب الزوجة أو الزوج من غير المحارم فلا يجوز أن تأذن لهم بالدخول لحرمة خلوتهم بها كأخ الزوج وابن عم الزوجة أو ابن خالها، فلا يجوز لها أن تأذن لهم بالدخول إلى مسكن الزوجية أثناء غياب زوجها فإن كان زوجها حاضرا فهو الذي يتلقاهم ويأذن لهم بالدخول[3].

وعن موقف التشريعات العربية من هذه المسألة، فقد جعلت هذه التشريعات استضافة أبوي الزوجين وأقاربهما واجبا على كليهما وهو ما نصت عليه المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري فقرة 7، والملاحظ أن المشرع الجزائري اعتمد لفظ "الأقارب" بدل "المحارم" الذي كان معتمدا في المادة 38 الملغاة في 2005، في حين قصر المشرع المغربي في نص الفقرة 5 من المادة 51 من مدونة الأسرة المغربية الاستضافة على الوالدين والمحارم[4]،على أن تكون هذه الاستضافة أيضا بالمعروف أي دون إفراط وتجنب الإقامة الطويلة لهؤلاء سواء كانوا أقارب الزوجة أو الزوج، حتى لا يتعكر صفو الحياة الزوجية ولا تتحول هذه الاستضافة إلى حائل يمس بخصوصية الزوجين ويكون سببا للشقاق بينهما.

[1]- ابن عابدين، الدر المختار، الجزء3، المرجع السابق، ص.ص602-603.
[2]- ينظر الصفحة رقم 102 من هذه الرسالة.
[3]- محمد جمال أبو سنينة، حسين مطوع الترتوري، الطاعة الزوجية في الشريعة الإسلامية وقانون الاحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.72.
[4]- ينظر صفحة رقم 104 من هذه الرسالة..

الفصل الثاني

المفهوم الواسع لالتزام المساكنة بين الزوجين

الفصل الثاني

المفهوم الواسع لالتزام المساكنة بين الزوجين

يتأسس المفهوم الواسع للمساكنة من فكرة أن لفظ السكن الذي اشتقت منه المساكنة له دلالتين مادية ومعنوية، فإذا كانت الدلالة المادية للسكن والتي تعني الاستقرار في مكان معين وهو المفهوم الضيق للمساكنة، الذي يقتضي اقتصارها على التزام السكن بمسكن الزوجية كما سبق بيانه في الفصل الأول، فإن الدلالة المعنوية للسكن والتي تفيد الطمأنينة والهدوء والاستئناس، وكذا التشبيه القرآني لعلاقة الزوجين ببعضهما بعلاقة اللباس بلابسه والتي تقتضي الملامسة والمخالطة، تجعل معني المساكنة يتسع ليشمل كل ما يتعلق بما يؤديه أحد الزوجين لصاحبه وكل ما له على صاحبه، من أجل أن تحقق هذه العلاقة الزوجية أهدافها في تكوين أسرة مستقرة، وإحصان الزوجين، والتناسل.

هذا ما يجعل التزام المساكنة بين الزوجين يتضمن إلى جانب التزام الزوجين بالسكن بمسكن الزوجية، التزامات أخرى لا تقل أهمية عنه، ولا تسير مركب الزواج إلا بها، ونقصد بها التزام الزوجين بالإحصان والتزامهما بالمعاشرة الزوجية.

فالإحصان هذا الالتزام الذي تتجاذبه فكرتان تجتمعان لتكملا مفهومه، بإباحة من جهة ومنع من جهة أخرى، الأولى أن الله عز وجل خلق الغريزة الجنسية في الإنسان وأباح له إشباعها، إنما في إطار عقد الزواج بل جعل المعاشرة الزوجية واجبا إلى جانب كونها حقا، والثانية أن الله عز وجل منع الإنسان إشباع غريزته الجنسية خارج هذا الإطار، بتحريم كل علاقة سميت لخروجها عن إطار عقد الزواج غير شرعية، فكانا هاذين وجها الالتزام بالإحصان وجه إيجابي مبناه الإباحة والآخر سلبي مبناه المنع.

فإذا كان الإحصان بوجهيه يحقق أهداف الزواج، فإن هذا الزواج لا يستمر ولا يثمر إلا بالمعاشرة بالمعروف، التي تعتبر وقود الحياة الزوجية والتي تنعكس على كل الالتزامات الآخرى إيجابا أو سلبا، بحسب التزام الزوجين بالوفاء بها أو عدمه.

وسنحاول من خلال هذا الفصل الثاني التطرق لالتزام الزوجين بالإحصان في المبحث الأول، والتزام الزوجين بالمعاشرة بالمعروف في المبحث الثاني.

المبحث الأول

التزام الإحصان بين الزوجين

أخذ الإحصان كأثر للزواج وداعيا له الحيز الأكبر من اهتمام فقهاء الشريعة الاسلامية وكتاباتهم، ويعتبر الإحصان بعد حفظ النسل أجل مرامي الزواج وأسمى غاياته، التي أحاطتها الشريعة الاسلامية بسياج وحصن منيع من الأحكام تتفق مع فطرة الإنسان التي فطره الله عليها، وتهذب لديه غريزة القرب من الجنس الآخر والاختلاط به.

فالزواج باعتباره عقد يبيح حل الاستمتاع بين الزوجين، جعله المولى عز وجل الطريق الوحيد والمتنفس السليم الذي يحصن به الإنسان نفسه ويشبع غريزته الجنسية، بطريقة سليمة سوية ويساهم في بناء الأسرة والمجتمع، وبمفهوم المخالفة تكون كل علاقة أو معاشرة بين رجل وامرأة خارج إطار عقد الزواج، هي إخلال بالتزام الإحصان المفروض على كل زوج وزوجة بموجب عقد الزواج، وهي قبل ذلك ودون عقد الزواج هتك للأعراض وتعد عليها فيما تعتبره الشريعة الإسلامية زنا.

فالتزام الإحصان بين الزوجين يتضمن وجهين الأول هو واجب معاشرة كل من الزوجين للآخر معاشرة الأزواج وفق الشروط الشرعية، والثاني هو امتناع كل من الزوجين عن كل فعل أو علاقة تمس الآخر في شرفه وعرضه[1]، وذلك هو مضمون الالتزام بالإحصان (المطلب الأول)، ولا يكفي بيان مضمون الالتزام بالإحصان واستعراض مساحته بل وجب بيان الكيفية التي يوفي بها كل من الزوجين بهذا الالتزام (المطلب الثاني) حتى تتبين معالم المعاشرة الزوجية التي يتحقق بها الإحصان.

المطلب الثاني

مضمون التزام الإحصان بين الزوجين

إذا كان السكن هو المظهر المادي للمساكنة فالتزام الإحصان هو المظهر المعنوي لها، وكما ذكرت في صفحات سابقة من هذه الرسالة[2]، هناك من الفقه من جعل حل الاستمتاع بين الزوجين جوهر المساكنة ومقتضاها الوحيد، فمتى ما تعاشر الزوجان سكنا لبعضهما واستقرا وكونا أسرة، ومن هنا تظهر الأهمية البالغة لهذا الالتزام في عقد الزواج، هذا العقد الذي ربطه الفقهاء بحل المتعة بين رجل وامرأة أولا وقبل أي التزام آخر، فإحصان الفرد

[1]- فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص.ص 45-46.
[2]- ينظر صفحة رقم 21 هذه الرسالة.

وتهذيب غريزته وتسبيل طاقاته في بناء الأسرة والمجتمع، كانت الغاية السامية لعقد الزواج وستظل إلى أن يرث الله الأرض وما عليها.

ومادام عقد الزواج يحل اللقاء بين رجل وامرأة ويبيح استمتاع كل منهما بالآخر، وهو ما يعتبر في حقيقة الأمر حق وواجب - كما هو حال كل الالتزامات المتضمنة في التزام المساكنة بشكل عام- (الفرع الأول)، يقوم إلى جانبه واجب آخر يقع على عاتق الزوجين الوفاء به وهو التزام كل منهما بالإخلاص لشريكه في الزواج والاقتصار على معاشرته دون سواه فيما يسمى الالتزام بالإخلاص(الفرع الثاني).

الفرع الأول

التزام المعاشرة الزوجية (حل الاستمتاع)

إن الشريعة الإسلامية حتى في إباحتها حل الاستمتاع بين الزوجين لم تترك الأمر لمحض شهوات النفس وميولها أو حتى تقلباتها، بل هذبته ورتبته وجعلت له ضوابط تسمو به إلى الوصف الإلهي الراقي في قوله عز وجل:" هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ "[1]، فكان لابد إذن من بيان الطبيعة الشرعية لهذا الالتزام (ثانيا) و ضوابط وحدود هذا الالتزام (ثالثا)، وقبل ذلك وجب تعريف المعاشرة الزوجية وما يدخل ضمنها في مجمل حل الاستمتاع(أولا).

أولا: تعريف المعاشرة الزوجية وما يدخل ضمنها

نبين فيما يلي مفهوم المعاشرة الزوجية من خلال بيان المصطلحات التي درج الفقهاء على استعمالها في هذا الشأن، لنتطرق إلى مقدمات الجماع كمرحلة ضرورية في المعاشرة الزوجية.

1- تعريف المعاشرة الزوجية: تعددت الألفاظ التي استعملت للتعبير عن العلاقة الجنسية بين الزوجين عند الفقهاء بين الوطء والنكاح والاستمتاع والجماع والمواقعة والبضع وإتيان الزوجة ومباشرتها، ونتطرق فيما يلي لمعاني أهم هذه الألفاظ وأكثرها تداولا وشيوعا:

1- الوطء: لغة هو العلو على الشيء يقال وطئته برجلي أطؤه وطءا أي علوته، واصطلاحا يطلق الوطء على الجماع الذي هو إيلاج الذكر في الفرج ليصيرا بذلك كالشيء الواحد، فيقال وطء الزوج زوجته أي جامعها لأنه استعلاء[2] .

2- النكاح: لغة هو الضم والجمع والتداخل، وتناكحت الأشجار انضم بعضها إلى بعض، ونكح المطر الأرض اختلط بثراها، وسمي الزواج نكاحا لما فيه من ضم أحد الزوجين

[1]- سورة البقرة ، الآية 187 .
[2]- الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء 44، المرجع السابق، ص. 11،

للآخر[1]، قال ابن فارس:"يطلق النكاح على الوطء وعلى العقد دون الوطء"، ويقال نكحت المرأة تزوجت ونكح فلان امرأة تزوجها ونكح المرأة باضعها[2].

3- الاستمتاع:"لغة هو طلب التمتع والتمتع بالانتفاع، يقال استمتعت بكذا وتمتعت به وانتفعت، ولا يخرج استعمال الفقهاء له عن المعنى اللغوي وأغلب وروده عندهم هو استمتاع الرجل بزوجته"[3].

وفي مقاربة لهذه المصطلحات التي يبدو ظاهريا أنها تؤدي نفس المعنى فيما يفيد علاقة الزوج بزوجته وقضاء وطره منها، إلا أنها تختلف من حيث العموم والتفاصيل، فإذا كانت المواقعة والوطء ينطبقان في المعنى بما يفيد ايلاج الذكر في الفرج فالجماع أعم لأنه تدخل ضمنه مقدمات الجماع من مداعبة وتقبيل، والنكاح أكثر عمومية لأنه ينصرف إلى الوطء و الزواج، و نختار الاستمتاع على الوطء لأن الوطء أخص ولأن المعتبر فيه هو الرجل لأنه الفاعل على عكس الاستمتاع الذي ينصرف الفعل فيه أيضا إلى الزوجة كما الزوج فتستمتع بزوجها كما يستمتع بها، ولأن الوطء يقتصر فقط على لحظة الإيلاج دون مقدمات الجماع من تقبيل ومداعبة وغير ذلك مما يدخل قي الاستمتاع؛ ونختار الاستمتاع دون النكاح لأن النكاح ينصرف إلى الوطء- وقد آشرنا آنفا إلى تفضيل الاستمتاع على الوطء- وينصرف أيضا إلى الزواج والاستمتاع من الزواج خصوص من عموم؛ ونختار الاستمتاع دون الجماع ذلك أن الجماع أيضا ينصرف الفعل فيه إلى الزوج دون الزوجة، ورغم أن الجماع يدخل ضمنه التقبيل والمداعبة فيما يسمى مقدمات الجماع إلا أنه وجب ليسمى جماعا أن ينتهي بالوطء، وهو ما قد لا يكون في الاستمتاع فقد يستمتع الزوجان ببعضهما البعض دون الوطء كما في حالة حيض الزوجة أو نفاسها،على النحو الذي سنفصل فيه في النقطة الثالثة من هذا التفريع.

لذلك يكون حل الاستمتاع بين الزوجين هو اللفظ الأشمل والأعم والأدق تعبيرا، والذي يفيد المعاشرة الزوجية بكل أحوالها المشروعة والتي من شأنها اشباع شغف كل من الزوجين وتلبية رغباته الجنسية في كل الأحوال التي قد تعتري الزوجة خصوصا.

والجدير بالذكر أن فقهاء القانون وبعض المشرعين يستخدمون مصطلح المعاشرة الزوجية للتعبير عن العلاقة الجنسية بين الزوجين.

أما التشريعات الوضعية - محل المقارنة- لم يأت النص فيها صريحا على أن الرجل والمرأة المرتبطين بعقد زواج يجب أن يتعاشرا معاشرة الأزواج، وعلى شروط ذلك

[1]- عصام حداد، حسان جعفر، المنبع الموسع، دار صبح، لبنان، 2019، ص.1474.
[2]- الموسوعة الفقهية الكويتية ، الجزء4، المرجع السابق، ص.205.
[3]- المرجع نفسه، ض.97.

وضوابطه وكيفيته، وربما رجع عدم النص هذا إلى افتراض هذا الحق المشترك بين الزوجين، وإلى أن الشريعة الإسلامية قد فصلت في هذا الأمر أحسن تفصيل فلم يعد وجيها وذا فائدة أن يتطرق المشرع إلى هذه التفصيلات التي تعتبر خاصة وحميمية، ونجد بعض المشرعين ومن بينهم المشرع الجزائري[1] والمغربي[2] اعتبرا الإحصان من غايات الزواج ومقاصده، واعتبر المشرع العراقي[3] والسوري[4] أن من غايات الزواج إنشاء رابطة الحياة المشتركة والتي تعني مشاركة المسكن ومشاركة السرير.

وجاءت الأحكام القضائية مؤكدة على أن الزواج أو المساكنة بشكل أخص يفترضان الاتصال الجنسي بين الزوجين، فجاء في قرار للمحكمة العليا:"إن حل الاستمتاع هو المقصود من الزواج"[5]، وجاء في القرار التعقيبي المدني عن محكمة التعقيب التونسية:"حيث أن المشرع التونسي وإن لم يعرف عقد الزواج إلا أن النظر إلى لازمه الطبيعي وهو العلاقة الجنسية أمر حتمي وينبغي أن يكون منظورا إليه بصفة أصلية"[6]، وجاء في قرار آخر لنفس المحكمة :"من المسلم به فقها وواقعا وتشريعا أن من أبرز مقومات الزواج والواجبات المتبادلة بين الزوجين تحقيق الاتصال بينهما... باعتباره الغاية المقصودة من الزواج المرتبة للنتائج المأمولة منه وفي طليعتها الإحصان والتعفف والإنجاب وهي مقومات أساسية يقف عليها الزواج"[7].

وأما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة 215 من القانون المدني الفرنسي فقرة 01 على أن الزوجين يلتزمان بشكل متبادل بالحياة المشتركة، وهو مايقتضي مشاركة السقف والسرير، فواجب المعاشرة الزوجية متضمن في واجب الحياة المشتركة، كما أن المحاكم الفرنسية مستقرة على فرض هذا الواجب على كل من الزوجين تماشيا مع ما يقضي به

---

[1]- أشار المشرع الجزائري في المادة 4 من ق.أ.ج إلى المعاشرة الزوجية عندما كان بصدد تعريف عقد الزواج الذي جعل من بين أهدافه إحصان الزوجين؛ وكذا في نص المادة 36 من ق.أ.ج عندما عدد ما يجب على الزوجين وذكر من بين ذلك الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة؛ وكذا في نص المادة 41 عندما نص على شروط إثبات النسب وذكر إمكانية الاتصال والتي قصد بها إمكانية الاتصال الجنسي بين الزوجين؛ وكذا عندما عدد أسباب التطليق في المادة 53 من ق.أ.ج والتي من بينها العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج وكان يقضد العيوب التي تحول دون المعاشرة الزوجية وكذا حالة الهجر في المضجع والفراش والتي تعتبر إخلالا من طرف الزوج بواجب المعاشرة الزوجية.

[2]- نص المشرع المغربي في مدونة الأسرة وفي المادة 4 منها:"الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين طبقا لأحكام هذه المدونة".

[3]- عرف المشرع العراقي عقد الزواج في المادة الثالثة فقرة 01 من ق.أ.ش.ع :"الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا غايته إنشاء رابطة الحياة المشتركة والنسل".

[4]- عرف المشرع السوري عقد الزواج في المادة 01 من ق.أ.ش.س :"الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا غايته انشاء رابطة الحياة المشتركة:.

[5]- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، صادر بتاريخ 1985/12/02، ملف رقم 36341، م.ق، عدد44، ص. 193.

[6]- قرار تعقيبي مدني عدد 16285 المؤرخ في 18 نوفمبر 1986، نشرية محكمة التعقيب، القسم المدني، ص. 199، نقلا عن محمود داوود يعقوب، واجب المساكنة، المرجع السابق، ص. 4.

[7]- قرار مدني عدد 122664 مؤرخ في 23 ماي 1989-ن 1989، ق.م، ص.15- ق.ت 1991/4، ص.. 97- تعليق الأستاذ ساسي بن حليمة، م.ك.ح.ص عدد 1993/3، ص.57، نقلا عن محمد الحبيب الشريف، مجلة الاحوال الشخصية معلق عليها، المرجع السابق، ص.73.

القانون الكنسي، والامتناع عن أداء الواجب الزوجي بغير عذر يبرره يعتبر في نظر القضاء إهانة جسيمة تُنهض مبدأ التفريق بين الزوجين[1]، وربما صح الرأي القائل بعدم اهتمام المشرع الفرنسي بالعلاقة الجنسية كواجب بين الزوجين، وهو قول مجموعة من الفقه على رأسه جون كاربونييه الذي كتب فيما يتعلق بهذه المسألة قائلا:"إن القانون الفرنسي لا يأخذ في الاعتبار العلاقة الجنسية وأن العنة (العجز الجنسي) لا تؤدي إلى انحلال الزواج إلا إذا لم يكن الزوج عالما بها نتيجة تدليس"[2]، فالعبرة بتعيب الرضا في إبطال الزواج في حالة العجز الجنسي لعدم علم الطرف الذي وقع في غلط بهذا العيب أما إن كان عالما بها قبل أو وقت ابرام العقد فلا يبطل عقد الزواج، في حين يسلك الفقه والقضاء والمشرع- نقصد بالقول الفقه والقضاء والتشريع الجزائري- مسلكا مغايرا فيكون لكل من الزوجين الحق في فك الرابطة الزوجية متى لم يعد أحدهما قادرا على الجماع عن طريق الطلاق أو التطليق سواء كان هذا العجز سابقا على الزواج أو لاحقا له[3]، وما يؤكد هذا الرأي في موقف المشرع الفرنسي من واجب المعاشرة الزوجية هو إمكانية العيش المنفصل التي يتيحها للزوجين، دون أن يؤثر ذلك على واجب المساكنة بالإضافة إلى طغيان الحرية الفردية على حساب مؤسسة الزواج[4].

الزواج[4].

2 - مقدمات الجماع: تتضمن المعاشرة الزوجية مقدمات الجماع التي لا تستقيم أي علاقة جنسية بدونها، إذ أن مما ينبغي تقديمه على الجماع ملاعبة المرأة وتقبيلها، وقد كان رسول الله ﷺ يلاعب أهله ويقبلها[5].

ومما اتفق عليه الفقهاء أنه يحل للزوج النظر إلى جميع بدن زوجته ولمسه كما يجوز للزوجة الاستمتاع بجميع بدن زوجها بنظر ولمس وغيرهما، فلكل منهما الاستمتاع بالآخر في كل وقت وعلى أي صفة كانت إذا كان في المكان المباح[6]، وقد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم على الجماع دون ملاعبة فقال ﷺ :"لا يقعن أحدكم على امرأته كما تقع البهيمة وليكن بينهما رسول" قيل وما الرسول يا رسول الله، قال:" القبلة والكلام" [7]، وقوله صلى الله عليه وسلم لجابر بن عبد الله لما تزوج امرأة سبق لها الزواج:" هلا بكرا تلاعبها

---

[1]- سامح عبد السلام، نظام الأسرة بين حضارتين، دار النهضة العربية، مصر، 2008؛ أنظر أيضا عبد الفتاح كبارة، الزواج المدني، المرجع السابق، ص.163.

[2]- جيلالي تشوار، الجنس الزواج والقانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، مجلد 32، عدد4، الجزائر، 1955، ص.ص 823.824.

[3]- المرجع نفسه، نفس الصفحات.

[4]- فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص.29.

[5]- ابن قيم الجوزية، الطب النبوي، ط.6، المكتبة التوفيقية، مصر، 2013، ص.140.

[6]- زينب حسن الشرقاوي، الحقوق غير المالية الناشئة عن عقد الزواج، المرجع السابق، ص.26.

[7]-أ بو الفضل بن أبي بكر بن إبراهيم العراقي، المغني على حمل الأسفار في الأسفار، كتاب آداب النكاح، في آداب المعاشرة، دار ابن حزم، لبنان، 2005. ص.489.

وتلاعبك"[1]، والحديثان يقرران أن المداعبة والتقبيل أمر واجب بين الزوجين، فمن الزوج البدء بالمداعبة والملاعبة بحنان ورفق لأن شهوة المرأة تنبعث من اللمس والمداعبة ومن الزوجة الاستجابة والقبول مادام الزوج مترفقا مداعبا[2]، والإمام الغزالي يوصي باللذة الممهدة للاتصال الجنسي معترفا بأنها لصالح المرأة أساسا ومن واجب الزوج المؤمن إشباعها[3]، وبذلك تكون مقدمات الجماع وما يسمى بالمداعبة من لمس وتقبيل وكلام حق وواجب على الزوجين تستقيم وتستقر به حياتهما الزوجية وتتوطد بها علاقتهما الحميمة.

والجدير بالذكر أن القوانين –محل المقارنة- لم تتعرض لضرورة الاستعداد والتقديم للاتصال الجنسي بين الزوجين كالتزام يمكن المطالبة بالوفاء به، فليس هناك ما يلزم الزوج به إلا ضميره ووازعه الديني وتشبثه بآداب الجماع كما جاءت في هدي النبي ﷺ، ويكون للزوجة المتضررة من ذلك حق المطالبة قضائيا إن توفرت شروطه وتمكنت من إثباته[4].

ثانيا: الطبيعة الشرعية لالتزام المعاشرة الزوجية

يقول ابن قيم الجوزية في فضل الجماع:" إن الجماع وضع في الأصل لثلاثة أمور هي مقاصده الأصلية: أحدها: حفظ النسل، ودوام النوع إلى أن تتكامل العدة التي قدر الله بروزها إلى هذا العالم؛ الثاني: إخراج الماء الذي يضر احتباسه واحتقانه بجملة البدن، والثالث : قضاء الوطر، ونيل اللذة والتمتع بالنعمة..."[5]، لذلك حث على المعاشرة الزوجية الكتاب والسنة ونبين فيما يلي الطبيعة الشرعية لهذا الالتزام.

1 ـ مشروعية حق المعاشرة الزوجية من الكتاب والسنة: دل القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة على مشروعية هذا الحق والواجب بين الزوجين، قال الله تعالى:" وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ * إلا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِين "[6]، ووجه الدلالة من الآية الكريمة أن حفظ الفرج واجب على المسلم إلا من زوجه فكان هذا دليلا على حق الزوج في معاشرة زوجه له، ويقول المولى عز وجل واصفا العلاقة الزوجية بأحسن وصف:"أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَىٰ نِسَائِكُمْ ۚ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ ۗ"[7]، فالزواج يجعل الرجل والمرأة في قربهما أشبه باللباس من البدن فدل ذلك على دفء وقدسية العلاقة الزوجية، وقال عز وجل في سورة الروم:" وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا

---

[1]- البخاري، صحيح البخاري، الجزء4، المرجع السابق، ص.21، ح.رقم 2967.
[2]- صلاح سيف الدين، حقوق الزوج والزوجة وأصول المعاشرة الزوجية، دار الروضة للنشر والتوزيع، مصر، 1993، ص66.
[3]- فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص.47.
[4]- المرجع نفسه، هامش رقم 198، ص.47.
[5]- ابن قيم الجوزية، الطب النبوي، المرجع السابق، ص.ص138-139.
[6]- سورة المؤمنين، الآيتان 5و6.
[7]- سورة البقرة، الآية 187.

إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ "[1]، وعبارة "لتسكنوا إليها" من الآية الكريمة تفيد بوضوح الغاية المقصودة من الزواج وهو سكن الشهوات العارمة والعاطفة الثائرة وسكن القلق في كيان الإنسان[2].

وجاء عن النبي ﷺ قوله لعبد الله بن عمرو بن العاص:"ياعبد الله ألم أخبر أنك تصوم النهار والليل" فقال عبد الله: بلى يا رسول الله، فقال رسول الله ﷺ:" فلا تفعل، صم، وأفطر، وقم، ونم، فإن لجسدك عليك حق، وإن لعينك عليك حق وإن لزوجك عليك حق"[3] ووجه الدلالة من الحديث أن للمرأة على زوجها حق الوطء وأنه لا يجوز أن يفوت عليها حقها بأي شيء ولو بالعبادة[4].

فالإسلام يعترف بالطاقة الجنسية، ولا يعترف بها ضرورة هابطة ولا خلسة تختلس في الظلام بل على العكس من ذلك يرفعها ويطهرها ويسلط عليها النور، بل تعتبر جزءا من العبادة يستحث على أداءها[5]، يقول النبي ﷺ:"وفي بضع أحدكم أجر" فقالوا :يا رسول الله أيأتي أحدنا شهوته ويكون له فيها أجر؟ قال:" أرأيتم لو وضعها في حرام أكان له وزر؟ فكذلك لو وضعها في الحلال كان له أجر"[6] .

2- المعاشرة الزوجية حق للزوجين معا: إن كان الفقهاء اتفقوا على أن الجماع حق للزوج على الزوجة فإنهم اختلفوا في كونه حق للزوجة على زوجها على قولين: قول أول ذهب إليه الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة من أنه للزوجة مطالبة زوجها بالجماع متى شاءت تماما كما يطالبها هو[7]، واستدلوا بقوله عز وجل:" وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ "، كما أنه لو لم يكن للمرأة حق الوطء لما قام الاتفاق على أن لها الحق في طلب التفريق عند وجود العيوب المانعة من المعاشرة، أما القول الثاني فهو للشافعية الذين قالوا أن الوطء حق للرجل فقط وليس لزوجته حق فيه فجاز له بذلك تركه كسكنى الدار المستأجرة، وقالوا بأن الخطاب في الآية الكريمة:" وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ * إِلا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ

---

[1]- سورة الروم، الآية 21.
[2]- فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال به، المرجع السابق، ص. 46.
[3]- البخاري، صحيح البخاري، الجزء8، المرجع السابق، ص.31، ح.رقم 6134.
[4]- زينب حسن الشرقاوي، الحقوق غير المالية الناشئة عن الزواج، المرجع السابق، ص. 20..
[5]- محمد علي ضناوي، الزواج في الإسلام أمام التحديات، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، لبنان، 1980، ص.116.
[6]- أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النبيسبوري، صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1966، ص.697، ح.رقم 1006.
[7].الكاساني، بدائع الصنائع الجزء 2 ، المرجع السابق، ص.331. السرخسي، المبسوط، الجزء 5 ، المرجع السابق، ص151. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء 2، المرجع السابق، ص.215. البهوتي، كشاف القناع الجزء 5، المرجع السابق، ص.209

فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِين"[1]، موجه إلى الرجال فقط ولا تدخل النساء فيه، فلا يثبت للزوجة حق في الوطء[2].

والمرجح[3] في هذا الخلاف هو ما ذهب إليه الجمهور من أن حق الوطء هو للزوجة كما الزوج، وماذهب إليه الشافعية يتعارض مع غريزة المرأة التي هي بحاجة إلى إشباعها بالنكاح الصحيح، وجعل هذا الحق خالصا للرجل يؤدي إلى الإضرار بالمرأة وإلى فسادها[4].

فسادها[4].

ثالثا: ضوابط و حدود التزام المعاشرة بين الزوجين

يبيح عقد الزواج الصحيح الاستمتاع بين الزوجين على النحو الذي بيناه سابقا، ورغم أن المعاشرة الجنسية بين الرجل والمرأة تصبح مشروعة بعقد الزواج ذاك إلا أن الشارع الحكيم قيد هذه العلاقة بضوابط ورسم لها حدودا وجعل لها آدابا[5] ترقى بها إلى مصاف العبادات، والمتمعن في هذه الضوابط والقيود يجدها مراعية لأحوال الزوجين وحال الزوجة خاصة، ونتحدث هنا عن حالة حيض أو نفاس الزوجة وحالة صوم الزوج أو إحرامه وهي

---

[1]- سورة المؤمنين، الآيتان 5و6.

[2]- الشافعي، الأم، الجزء 5، المرجع السابق، ص.94.

[3]- ينظر مناقشة الأدلة والترجيح زينب حسن الشرقاوي، الحقوق غير المالية الناشئة عن الزواج، المرجع السابق، ص..ص18-25..

[4]- نفس المرجع ، ص25.

[5]- وآداب الجماع تبقى آداب لا ترقى إلى درجة الإلتزامات فيؤجر من تحراها اتباعا لهدي النبي ﷺ لذلك اقتصرنا على ذكرها في هامش هذا التفريع، ومن بين آداب الجماع الآتي:- التسمية: يسن أن يسمي الإنسان ويستعيذ عند الجماع، روى البخاري ومسلم وغيرهما عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ 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 الولد الشيطان أبدا".

-التستر عند الجماع: يستحب التستر عند الجماع، ورغم أنه يجوز كشف العورة عند الجماع ولكن مع ذلك لا ينبغي أن يتجرد الزوجان تجردا كاملا، فعن عتبة بن عبد السليمي قال: قال رسول الله ﷺ: :" إذا أتى أحدكم أهله فليتستر، ولا يتجرد تجرد العبريين" وقالت عائشة رضي الله عنها:" لم ير رسول الله ﷺ مني ولم أر منه".

- حرمة التكلم بما يجري بين الزوجين أثناء المباشرة: عن أبي سعد أن النبي ﷺ قال:" إن شر الناس عند الله منزلة يوم القيامة الرجل يفضي إلى إمرأته وتفضي إليه ثم ينشر سرها" ثم قال ﷺ :" هل تدرون ما مثل من فعل ذلك؟...إن مثل من فعل ذلك مثل شيطان وشيطانة، لقي أحدهما صاحبه بالسكة، فقضى حاجته منها، والناس ينظرون إليه".

- يستحب الانحراف عن القِبلة، فلا يستقبلها بالوقاع إكراما لها.

- يستحب البدء بالملاعبة والضم والتقبيل قبل المباشرة فيما يسمى بمقدمات الجماع على النحو الذي بيناه سابقا.

- يستحب للرجل مراعاة التوافق مع حليلته في قضاء الوطر، لأن في تعجله في قضاء وطره قبل قضاء حاجتها ضرر عليها ومنع لها من قضاء شهوتها. ينظر في تفصيل كل ذلك سيد سابق، فقه السنة، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، ط.3، لبنان، 2009، ص.ص 227-229. وينظر أيضا نزيه حماد، الأحكام الشرعية في العلاقات الجنسية، المرجع السابق، ص.ص 30-31.

أحوال أجاز الشرع فيها الاستمتاع دون الوطء، وحتى دون هذه الحالات أوجب الشرع الاستمتاع في الموضع الطبيعي فيما يسميه الفقهاء موضع الحرث.

1 - الاستمتاع في موضع الحرث (إتيان الزوجة في موضع الحرث): جاء الأمر الإلهي صريحا واضحا في الآية الكريمة، قال الله تعالى:" وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ ۖ قُلْ هُوَ أَذًى فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ ۖ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ ۖ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ ۚ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ"[1]، والحرث موضع الغرس والزرع، وهو هنا محل الولد إذ هو المزروع، فالأمر بإتيان الحرث أمر بالإتيان في الفرج خاصة، وسبب نزول الأية أن اليهود كانت على عهد رسول الله ﷺ تزعم أن الرجل إذا أتى امرأته من دبرها في قبلها جاء الولد أحول وكان الأنصار يتبعون اليهود في هذا، فأنزل الله عز وجل الآية الكريمة، أي أنه لا حرج في إتيان النساء بأي كيفية مادام ذلك في الفرج ومادمتم تقصدون الحرث[2].

2- حالة حيض أو نفاس الزوجة: اتفق الفقهاء على أنه يحرم على الزوج وطء زوجته في فترة الحيض[3] ومدته، لقوله تعالى:" فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ ۖ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ"، وما روى مسلم في صحيحه عن النبي ﷺ أنه قال في شأن الاستمتاع في الحيض:"اصنعوا كل شيء إلا النكاح"[4]، ويقصد بالنكاح الوطء في الفرج، وبذلك يكون الاستمتاع بالزوجة في فترة الحيض دون الفرج، واختلف الفقهاء في كيفية الاستمتاع:

أما في الاستمتاع بالزوجة فيما بين السرة والركبة من غير إزار عليها فقال أبو حنيفة وأبو يوسف في إحدى رواياته وجمهور المالكية والظاهر عند الشافعية بحرمته، وذهب الحنابلة ومحمد ين الحسن من الحنفية وأبو يوسف في إحدى رواياته وبعض من علماء المالكية والشافعية إلى أنه لا يحرم على الرجل من امرأته الحائض إلا الوطء في الفرج وله الاستمتاع بها ولو بغير إزار[5]، والراجح ماذهب إليه أصحاب القول الأول لموافقته فعل النبي صلى الله عليه وسلم، فعن عائشة رضي الله عنها قالت: " كان رسول الله ﷺ إذا حضت يأمرني فأتزر ثم يباشرني"[6].

---

[1]- سورة البقرة، الآية 222.

[2]- سيد سابق، فقه السنة، المرجع السابق، ص.229.

[3]- الحيض لغة مصدر حاض، يقال حاض السيل إذا فاض، وحاضت السمرة إذا سال صمغها، وحاضت المرأة سال دمها، والحيض اصطلاحا هو الدم ينفضه رحم امرأة سليمة عن داء وصغر، وهو دم طبيعة يخرج مع الصحة. المسوعة الفقهية الكويتية، الجزء18، المرجع السابق، ص.291.

[4]- مسلم، صحيح مسلم، الجزء1، المرجع السابق، ص.246، ح.رقم 302.

[5]- الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء5، المرجع، ص.119. ابن الهمام السيواسي، شرح فتح القدير، الجزء1، المرجع السابق، ص.167. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء1، ص.173.

[6]- البخاري، صحيح البخاري، الجزء1، المرجع السابق، ص.78، ح.رقم 299.

واختلف الفقهاء أيضا في الاستمتاع بالمرأة في الحيض بالوطء فوق الإزار، فذهب الجمهور من الأحناف والشافعية والحنابلة وبعض المالكية إلى القول أنه يجوز وطء الحائض من فوق الإزار[1]، وذهب أكثر المالكية إلى أنه يحرم على الرجل أن يستمتع بزوجته فيما بين السرة والركبة سواء كان بحائل أو غير حائل[2].

وفي استمتاع الرجل بزوجته في مدة الحيض فيما فوق السرة وتحت الركبة فقد اتفق الفقهاء على جوازه، فللزوج تقبيلها واستمتاعه بثديها وساقيها سواء بحائل أو بدون حائل[3].

وأما حالة النفاس[4] فاتفق الفقهاء على حرمة وطء النفساء في الفرج، وأن حكم دم النفاس في حظر الوطء وفي اقتضاء الغسل بعده هو حكم الحيض[5].

والمستحاضة هي التي ترى دما لا يصلح أن يكون حيضا ولا نفاسا وذلك لتجاوزه أكثر الحيض والنفاس، وقد اختلف الفقهاء في جواز وطء المستحاضة على أقوال ثلاث: الأول للنخعي والحكم وابن سيرين، وهو عدم وطئها، والثاني للإمام أحمد وابن علية من المالكية والشعبي، وهو المعتمد في مذهب الحنابلة وهو أنه يحرم وطؤها فإن خاف العنت أو خافته أبيح له وطؤها[6]، والثالث لجمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية وأحمد في رواية أخرى عنه، وهو جواز وطئها، والراجح هو القول الثالث لأن المستحاضة كالطاهر في الصلاة والصوم والاعتكاف وقراءة القرآن وغيرها فكذلك في الوطء، ولأنه دم عرق فلم يمنع الوطء كالناسور، ولأن التحريم بالشرع ولم يرد تحريم في حقها بل ورد بإباحة الصلاة التي هي أعظم[7].

---

[1]- ابن الهمام، شرح فتح القدير، الجزء1، الجزء 1، ص.166. شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح ألفاظ المنهاج، الجزء1، دار الفكر، لبنان، 1984، ص.331. الشافعي، الأم، الجزء 1، المرجع السابق، ص.59.ابن قدامة،= =المغني، الجزء1، المرجع السابق، ص.242. البهوتي، كشاف القناع، الجزء1، ص.200. الحطاب، مواهب الجليل، الجزء1، المرجع السابق، ص.374.

[2]- الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير، الجزء1، المرجع السابق، ص.76.

[3]- ابن نجيم، البحر الرائق، الجزء1، المرجع السابق، ص.209. الرملي، نهاية المحتاج، الجزء 1، المرجع السابق، ص.33. الشافعي، الأم، الجزء1، المرجع السابق، ص.59. البهوتي، كشاف القناع، الجزء1، المرجع السابق، ص.200. ابن قدامة، المغني، الجزء1، المرجع السابق، ص.242.

[4]- النفاس لغة ولادة المرأة إذا وضعت، فهي نفساء، قال ثعلب: النفساء الوالدة والحامل والحائض، والنفاس شرعا: هو الدم الخارج بسبب الولادة. الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء18، ص.293.

[5]- ابن عابدين، رد المحتار، الجزء1، المرجع السابق، ص.ص199-200. الماوردي، الحاوي، الجزء1، ص.ص438-444.ابن حزم، المحلى، الجزء1، المرجع السابق، ص.272..

[6]- أبوزكريا محيي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، الجزء2، مطبعة التضامن الأخوي، مصر، 1347هـ، ص.372.ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء1،دار الحديث، مصر، 2004، ص62.

[7]- ابن عابدين، رد المحتار، الجزء1، المرجع السابق، ص.198. ابن رشد، بداية المجتهد، الجزء1، المرجع السابق، ص.63. البهوتي، كشاف القناع، الجزء 1، المرجع السابق، ص.251. ابن قدامة، المغني، الجزء 1، المرجع السابق، ص.421 .

وفي مسألة اشتراط الاغتسال بعد الطهارة من الحيض لجواز الوطء اختلف الفقهاء على خمسة أقوال، الأول كان للجمهور من الشافعية والمالكية والحنابلة والذين قالوا أنه يحرم وطء الحليلة بعد انقطاع الحيض حتى تغتسل بالماء غسل الجنابة أو تتيمم حيث يصح التيمم[1]، والقول الثاني هو لمجاهد وطاووس وعكرمة وعطاء وهو عدم جواز وطء الزوجة بعد انقطاع دم الحيض حتى تتوضأ[2]، والثالث لابن بكير من المالكية وهو أنه لا يحرم الوطء بعد انقطاع الدم قبل الاغتسال ولكنه يكره للخلاف فيه[3]، والقول الرابع للحنفية والذين قالوا بأن المرأة إذا انقطع دمها لأكثر الحيض- وهو عشرة أيام- فيجوز وطؤها قبل الاغتسال، إلا أنه غير مستحب[4]، والخامس قول الأوزاعي وداوود الظاهري وبعض أهل العلم وهو جواز وطء الزوجة بعد انقطاع دمها إذا غسلت فرجها بالماء[5].

3- الاستمتاع في الصوم والحج: أحل الله عز وجل للأزواج إتيان زوجاتهم في ليل رمضان بدليل قوله تعالى:" أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَىٰ نِسَائِكُمْ ۚ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ ۗ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ كُنتُمْ تَخْتَانُونَ أَنفُسَكُمْ فَتَابَ عَلَيْكُمْ"[6]، قال الحنفية أن الله عز وجل أباح للمؤمنين الأكل والشرب والجماع في ليالي رمضان إلى طلوع الفجر وأمر بالصيام عنها بعد طلوع الفجر متأخرا عنه، وإذا كان الجماع في آخر الليل يبقى الرجل جنبا بعد طلوع الفجر لا محالة فدل أن الجنابة لا تضر الصوم[7].

واتفق الفقهاء على حرمة الجماع على الصائم في نهار رمضان وأنه مفسد للصوم وموجب للكفارة أنزل أم لم ينزل، واستدلوا بقوله تعالى:" الْآنَ بَاشِرُوهُنَّ وَابْتَغُوا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ ۚ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ۖ ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ"[8]، فحصر الشارع حل الوطء من وقت الإفطار إلى طلوع الفجر فقط فدل ذلك على أنه لا يصح الوطء خارج هذا الحد[9].

---

[1]- ابن رشد، بداية المجتهد، الجزء 1، المرجع السابق، ص.57. ابن حزم، المحلى ، الجزء 9، ص.413.ابن قدامة، المغني، الجزء1، المرجع السابق، ص.154. كشاف القناع، الجزء 1، المرجع السابق، ص.217.

[2]- الماوردي، الحاوي الكبير، الجزء1، المرجع السابق، ص216. أبو بكر ابن العربي، أحكام القرآن، الجزء1، ط.3، دار الكتب العلمية، لبنان،2003، ص.ص 227-228.

[3]- أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، الجزء1، ط.1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 2003، ص72.

[4]- عثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، الجزء1، ط.1، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1314هـ، ص.ص58-59.

[5]- النووي، المجموع، الجزء2، المرجع السابق، ص.370.الماوردي، الحاوي الكبير الجزء1، المرجع السابق، ص.386.ابن رشد، بداية المجتهد، الجزء1، المرجع السابق، ص.58.ابن حزم، المحلى، الجزء9، المرجع السابق، ص.239.

[6]- سورة البقرة، الآية 187.

[7]- الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق،الجزء2، ص.86.

[8]- سورة البقرة، الآية 187.

[9]- زينب حسن الشرقاوي، الحقوق غير المالية الناشئة عن عقد الزواج، المرجع السابق، ص.48.

وأما في استمتاع الزوج بزوجته بأي من مقدمات الجماع في نهار رمضان فيما دون الفرج فأجاز الفقهاء للصائم أن يستمتع بزوجته بتقبيل أو لمس أو شهوة مالم ينزل[1]، واستدلوا واستدلوا بحديث عائشة:" أن النبي ﷺ كان يقبل وهو صائم وكان أملككم لأربه"[2].

وأما الاعتكاف فاتفق الفقهاء على أن الجماع فيه حرام، وأنه مفسد له، ليلا كان أو نهارا إذا كان عامدا لقوله تعالى:"ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد"، كما اتفقوا على حرمة الجماع على المحرم بنسك حج أو عمرة لقوله تعالى:" الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَاتٌ ۚ فَمَن فَرَضَ فِيهِنَّ الْحَجَّ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ ۗ"[3]، والرفث هو الجماع، فدلت الآية على تحريم الجماع في الإحرام، واتفق أهل العلم على أن الجماع في حالة الإحرام جناية تفسد النسك ويجب فيها الجزاء وعليه أن يمضي في نسكه ثم يقضيه[4].

4- الوطء في الظهار قبل الكفارة: اتفق الفقهاء على حرمة وطء الزوجة المظاهر منها قبل التكفير لقوله عز وجل:" وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ۚ ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ ۚ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ"[5]، ولما روي عن ابن عباس أن رجلا ظاهر من امرأته، ثم واقعها قبل أن يكفر فسأل النبي ﷺ عن ذلك، فقال ﷺ:"استغفر الله، ولا تعد حتى تكفر"، فأمره رسول الله ﷺ بالاستغفار من الوقاع[6]، والاستغفار يكون من الذنب فدل ذلك على حرمة وطء المظاهرة قبل التكفير، كما نهى الرسول ﷺ الرجل عن العود إلى الوقاع حتى يكفر ومطلق النهي يدل على التحريم فكان دليلا على حرمة الوقاع قبل التكفير[7].

الفرع الثاني

مضمون الالتزام بالإخلاص

إذا كان الزواج هو الطريق الوحيد الذي يحل بمقتضاه لرجل وامرأة أن يتعاشرا معاشرة الأزواج، فيفترض ذلك أن كل علاقة خارج هذا الإطار- الزواج- تكون محرمة ويختل بها واجب الإحصان والعفة المفروض على الزوجين، وهو ما اصطلح على تسميته واجب الإخلاص.

---

[1]- ابن قدامة، المغني، الجزء3، المرجع السابق، ص.127.الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء2، المرجع السابق، ص.107. مال بن أنس، المدونة الكبرى، الجزء1، المرجع السابق، ص.299.

[2]- البخاري، صحيح البخاري، الجزء3، المرجع السابق، ص.30، ح.رقم 1976.

[3]- سورة البقرة، الآية 198.

[4]- نزيه حماد، الأحكام الشرعية في العلاقات الجنسية، المرجع السابق، ص.48.

[5]- سورة المجادلة، الآية3.

[6]- الترمذي، سنن الترمذي، الجزء3، المرجع السابق، ص.495. أبو داود، سنن أبي داوود، الجزء3، المرجع السابق، ص.541.

[7]- نزيه حماد، الأحكام الشرعية في العلاقات الجنسية، المرجع السابق، ص.49.

والالتزام بالإخلاص هو المظهر السلبي لالتزام الإحصان، لأن محله امتناع عن كل ما من شأنه المساس بعرض وشرف الشخص وكذا عرض شريكه وشرفه، ومن خلال هذا الفرع سنتطرق إلى رؤية الشريعة الإسلامية المختلفة نوعا ما عن القوانين الوضعية لهذا الالتزام(أولا)، لنتطرق بعدها إلى ما عنته القوانين العربية محل المقارنة بالتزام الإخلاص (ثانيا)، لنتبعه بمضمون هذا الالتزام في القانون الفرنسي(ثالثا).

أولا: التزام الإخلاص في الشريعة الإسلامية

إن المتمعن فيما كتب فقهاء الشريعة الإسلامية لا يجدهم يتحدثون عن التزام الإخلاص بين الزوجين ولايركزون عليه بالقدر الذي ركزت عليه القوانين الوضعية، فالشريعة الإسلامية تقيم واجبا عاما على كل مسلم ومسلمة بالتزام العفة وحفظ الفرج، فكان العفاف وغض البصر وعدم الخضوع بالقول والتستر في اللباس وغير ذلك سلوكات أمر الله بها عباده رجالا ونساءا متزوجين أو غير متزوجين، فحرم الإسلام النظرة واللمس والخلاعة والفواحش ما ظهر منها وما بطن، فقطعت بذلك أحكامه الطريق أمام أي شبهات من شأنها أن تصل بالرجل والمرأة إلى الفاحشة.

فإذا كان الزنا والأفعال المخلة بالحياء فيما تصفه الشريعة الإسلامية هتكا للعرض، فإن التزام الإخلاص المفروض يكون بذلك صيانة للعرض.

والعرض عند أهل اللغة له عدة معان، فقيل عرض الرجل: حسبه، وقيل:نفسه وقيل:خليقته المحمودة، وقيل: ما يمدح به ويذم، وقال ابن الأثير: هو جميع العرض المذكور على اختلاف القول فيه[1]، وكذلك يراد بالعرض الشرف وموطن العفة من الإنسان[2].

وصيانة العرض بذلك تكون بترك بل والابتعاد عن كل ما من شأنه أن يمس به أو يدنسه، فالشارع الحكيم نهى عن الزنا وعن الأسباب المؤدية له، قال تعالى:" وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَا ۖ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا "[3]، أي لا تدنو من الزنا وهو أبلغ من أن لا تزنوا، لأنه يفيد يفيد النهي عن مقدمات الزنا كاللمس والقبلة والنظرة والغمز وغير ذلك مما يجر إلى الزنا، فالنهي عن القرب أبلغ من النهي عن الفعل[4]، والزنا مفسدة عظيمة، ولو بلغ العبد أن امرأته

[1]- شرف بن علي الشريف، صيانة الإسلام للعرض والنسب، رسالة ماجستيرفي الفقه وأصوله، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الملك عبد العزيز، مكة المكرمة، العربية السعودية، 1394هـ، ص.7.

[2]- عزيز عبد اللطيف سمرة، جرائم الاعتداء على الأعراض وعقوباتها في الفقه الإسلامي، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية بنين، المجلد31، العدد1، مصر، ص.1793.

[3]- سورة الإسراء، الآية 32.

[4]- محمد المهدي بن السيمو ، مظاهر حفظ العرض والنسب في الشريعة الإسلامية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تمنراست، عدد6، جوان 2014، الجزائر، 2014، ص.ص 146-147.

أو حرمته قتلت كان أسهل عليه من أنها زنت[1]، قال سعد بن عبادة رضي الله عنه:" لو رأيت رجلا مع امرأتي لضربته بالسيف غير مصفح" فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال:" أتعجبون من غيرة سعد؟ والله لأنا أغير منه، والله أغير مني، ومن أجل غيرة الله حرم الفواحش ماظهر منها ومابطن[2]، وفي الصحيحين أيضا عن رسول الله ﷺ :"إن الله يغار، وإن المؤمن يغار، وغيرة الله أن يأتي العبد ما حرم عليه"[3].

واقتضت رحمة الله تعالى بعباده أنه ما من أمر حرمه عليهم إلا وشرع له بديلا عنه، ففي الوقت الذي حرم الله الزنا أحل الزواج ورغب فيه، وفي الوقت الذي حرم فيه الخلوة بالأجنبية أجاز للرجل الخلوة بزوجته، وحينما حرم الله عليه النظر إلى الأجنبية لغير حاجة أحل له النظر إلى زوجته واستمتاعه بها في حدود الشرع، وكما حرم على المرأة كشف عورتها أمام الأجانب وأوجب عليها التستر شرع لها التخفف من حجابها وإبداء زينتها لزوجها وإغراءه حتى يحصل مقصود الشارع الحكيم من الزواج[4] ويتحقق العفاف والإعفاف، والله أعلم بعباده وأعلم بما أودعه فيهم، فيعتبر كل من مارس علاقة خارج إطار الزواج مخلا بواجب الإخلاص ومتعديا على العرض وإن كان الثاني أوسع بكثير من الأول.

وبذلك يمكن القول أن التزام الإخلاص بين الزوجين في الشريعة الإسلامية يندرج ضمن صيانة العرض وأنه واجب محمول على الإنسان رجلا كان أو امرأة ولا علاقة للأمر بكونه متزوجا أو غير متزوج، وكأن الشريعة الإسلامية تفوقت على القوانين الوضعية فجعلت إخلاص الزوجين للآخر سابق حتى على إبرام عقد الزواج، فيحصن كل منهما نفسه ويحفظها حتى يلتقي بشريكه في إطار عقد الزواج فيكون التزاما بالإخلاص قبل الزواج وأثناءه.

ثانيا: التزام الإخلاص في القوانين العربية

فيما عدا المشرع المغربي في المادة 51 من م.أ.م. لم تنص التشريعات العربية –محل المقارنة- صراحة على التزام الإخلاص بين الزوجين كالتزام تشاركي مفروض على كليهما، وكان المشرع المغربي قد نص في المادة 51 من م.أ.م أعلاه على أن الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين هي إحصان كل منهما وإخلاصه للآخر بلزوم العفة وصيانة العرض والنسل، فألزم الزوجين على حد سواء بواجب الإخلاص وبين كيف يكون الوفاء به عن

[1]- شمس الدين أبو عبد الله محمد بن قيم الجوزية، الداء والدواء، تحقيق بشير محمد عيون، ط.4، مكتبة دار البيان، سوريا، 2008، ص.202.

[2]- البخاري، صحيح البخاري، الجزء8، المرجع السابق، ص.178، ح.رقم 6846 .

[3]- مسلم، صحيح مسلم، الجزء4، المرجع السابق، ص.2214، ح. رقم 2761. البخاري، المرجع نفسه، الجزء7، ص.35، ح.رقم 5223.

[4]- عبد الرحمان عزيز عبد اللطيف سمرة، جرائم الاعتداء على الأعراض وعقوباتها في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.ص1779-1780.

طريق لزوم العفة وصيانة العرض والنسل، والملاحظ أن المشرع المغربي ومع اعتماده لتسمية واجب الإخلاص المستمدة من القوانين الأجنبية إلا أنه في بيان المقصود بهذا الواجب اقتبس من الشريعة الإسلامية فيما تسميه بصيانة العرض ولزوم العفة[1]، وبذلك يتعدى الالتزام بالإخلاص من مجرد الامتناع عن الخيانة الزوجية بمفهومها القانوني إلى الامتناع عن كل ما من شأنه المساس بعرض أحد الزوجين أو بعفته، ولنا أن نتصور السلوكات والأفعال التي تدخل تحت هذا المنع.

في حين لم يشر التشريع السوري والعراقي والمصري وحتى الأردني إلى التزام الإخلاص كالتزام متبادل بين الزوجين ضمن حقوق وواجبات الزوجين، واكتفى المشرع التونسي في مجلة الأحوال الشخصية بالنص على وجوب قيام الزوجين بالواجبات الزوجية حسبما يقتضيه العرف والعادة، ومما درجت عليه الأعراف والعادات أن يمتنع الزوجان عن إقامة علاقات جنسية خارج الزواج وصون العرض والمحافظة عليه، ونص المشرع الجزائري في المادة 36 فقرة 01 على أنه يجب على الزوجين المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة ولعل من أوكد ما يحافظ به الزوجان على حياتهما الزوجية إخلاص كل منهما للآخر والوفاء له.

كما تجدر الإشارة إلى أن التزام الإخلاص متضمن في تعريف عقد الزواج بالنسبة للتشريعات التي عرفت عقد الزواج على غرار المشرع الجزائري في تعريفه لعقد الزواج في المادة 4 الذي جعل من غايات هذا العقد إحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب وهذا يتأتى باقتصار معاشرة الزوج على شريكه والإخلاص والوفاء له والامتناع عن خيانته ، إلا أن الإحصان كالتزام أعم من الإخلاص وحتى أن أحد الزوجين قد يكون مخلا بالتزام الإحصان دون إخلاله بالتزام الإخلاص وذلك بأن يمتنع عن معاشرة شريكه معاشرة الأزواج، فينصرف الإحصان إلى المعاشرة الزوجية في شقه الإيجابي وفي شقه السلبي إلى الإخلاص كما سبق بيانه، فالتزام الإخلاص بذلك متضمن في الالتزام بالإحصان.

وبما أن التشريعات العربية والتشريع الجزائري خصوصا لم تعرف التزام الإخلاص المفروض على الزوجين يرجع القاضي إلى الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 ق.أ.ج، فيكون التزام الإخلاص بين الزوجين هو امتناع كل منهما عن أي تصرف من شأنه المساس بعرض وشرف الأسرة، والامتناع بالمقابل عن الخيانة الزوجية مادية كانت أو معنوية.

وتجدر الإشارة إلى وجود فرق بين الخيانة الزوجية والزنا، ذلك أن الزنا إذا كان يشترط فيه حصول الوطء بين الزوج الزاني وشريكه وتكون عقوبته جزائية، فلا يشترط ذلك

[1]- وقد رأينا ماتعنيه الشريعة الإسلامية بالعرض وأن صيانة العرض تقتضي الحفاظ عليه من كل ما من شأنه أن يدنسه حتى لو لم يرق هذا الوصف للخيانة الزوجية.

في الخيانة الزوجية التي قد تكون دون ذلك، فيكون مجرد لقاء الزوج غير المخلص مع شريكه دون اشتراط الوطء خيانة في حق الزوج الآخر، بل ويعتبر خيانة معنوية تفكير الزوج بامرأة أخرى غير زوجته وتعلقه بها والأمر ذاته بالنسبة للزوجة، فلا يشترط في الفعل أن يأخذ وصفا جنائيا لكي نقول عنه خيانة زوجية، لأن العبرة تكون في الإخلال بالتزام الإخلاص الذي يخول للمتضرر من الزوجين المطالبة برفع الضرر إما بالتوقف عن هذا الإخلال أو بالتفريق مع التعويض في كلتا الحالتين.

ثالثا: الالتزام بالإخلاص في القانون الفرنسي

لم يعرف المشرع الفرنسي في القانون المدني واجب الإخلاص، إنما اكتفى بالنص عليه باعتباره واجبا تبادليا- إلى جانب واجبات أخرى- في نص المادة 212 من القانون المدني الفرنسي.

وفي المقابل عرفه بعض الفقه بالنظر لمفهوم عدم الإخلاص، فكان عدم الإخلاص هو:"الدخول مع الغير في علاقة عاطفية"[1]، وعلى العكس من ذلك يظهر مفهوم الإخلاص أو مايسمى بالوفاء الزوجي على أنه التزام بعدم الدخول في أو الحفاظ على علاقات حميمية بعد عقد الزواج[2]، ويفهم هذا المعنى أيضا مما درجت عليه السوابق القضائية في كونها تحظر وتمنع الأزواج من إقامة علاقات حميمية مع الغير وإن لم تكن بالضرورة مادية[3]، وواجب الإخلاص هو عدم جنوح أحد الزوجين نحو الزنى أو السلوك غير المستقيم، فعلى كل من الزوجين الإخلاص للآخر وعدم خيانته مع غيره، لأن الأمانة بين الزوجين أهم الواجبات الزوجية[4]، على أن عدم الإخلاص قد يكون ماديا (الزنا) أو معنويا (قصة حب)[5].

ونجد بعض محاكم الموضوع الفرنسية تبنت مفهوما واسعا لعدم الإخلاص معترفة بإمكانية المعاقبة على الخيانة المعنوية أو الفكرية، وجاء في إحدى قراراتها أن الزوج قد استاء من العلاقات الفكرية والروحية التي تربط زوجته بأسقف كنيسة[6]، وقضت أيضا بالمقابل في قرار آخر بعدم إدانة الزوج بعدم الإخلاص والذي لم يكن على علم بانتهاك الواجب الزواجي - واجب الإخلاص- لكونه لم يكن في كامل قواه العقلية أو الزوج الذي أجبر على هذا الانتهاك، أو الذي اعتقد خطأ أنه سيتم إعفاءه من واجب الإخلاص[7]، وقضت

[1] -patrick courbe, droit de la famille, 4=edition, edition Dalloz,Françe,2005,op.cit,p.82.
[2] -frédérique Edier, droit de la famille,op.cit, p.67.
[3] -Marie Cresp(coord) et autres, Droit de la famille(droit français ,européen, internationale, comparé), op.cit, p.130.
[4]- عبد الفتاح كبارة، الزواج المدني، المرجع السابق، ص.ص158-159.
[5] -Curine Renault-Brahisky, droit des personne et de la famille, op.cit, p.149.
[6]-cass paris 13 fevrier 1986, Gaz.bal.1.1986 selon Frédérique Edie, droit de la famille,op.cit.p.67.
[7]- voir a se sence, Lyon, 5ov,1959 ;Gaz.bal,1960.1.172 : « le mari se croyant libérré du mariage car il avait reçu un certificat erroné de non appel ».

محكمة النقض الفرنسية بأن تقديم طلب الطلاق لا يلغي أو يخفي واجب الإخلاص وبالتالي لا يخلق شكلا من أشكال الحصانة ضد هذا الواجب[1]، ويعتبر بذلك انتهاكا لواجب الإخلاص قيام أحد الزوجين بالبحث عن زوج آخر من خلال وكالة وساطة الزواج بينما لم ينحل عقد الزواج بعد[2].

ورغم هذه الأحكام التي تبدو معززة لواجب الإخلاص وموسعة له كالتزام زواجي، إلا أن التوجه العام اليوم في القانون الفرنسي غير ذلك، خصوصا بعد قانون 11 جويلية 1975 الذي بموجبه لم يعد الزنا جريمة جنائية ولم يعد أيضا سببا قطعيا للطلاق[3] .

ويقول الأستاذ الخمليشي بخصوص التزام الإخلاص في المجتمعات الغربية – فرنسا تحديدا-:" لم تعد له أهمية في الواقع، فإلغاء تجريم زنى المتزوج وحذف الخيانة الزوجية من أسباب التطليق جعل النص على واجب الوفاء والإخلاص مجرد التزام أدبي فردي بعيد عن الالتزامات القانونية المدنية"[4].

أضف إلى ذلك أن بعض الفقه أصبح ينادي بإضفاء الطابع التعاقدي على الالتزام بالإخلاص، حيث يمكن للزوجين أن يضمنوا الاتفاقية المؤقتة التي تنظم حياتهم أثناء إجراءات الطلاق بناءَ على طلب مشترك بندا يعفي كل منهما الآخر من واجب الإخلاص، وهو الإعتراف الفقهي بـ "عدم الإخلاص التعاقدي" في الزواج، بينما يستحضر بعض الفقه الآخر احتمال التزام الإخلاص في التعايش أو المساكنة الحرة[5].

وبذلك أصبحت القوة الملزمة لواجب الإخلاص في القانون الفرنسي أكثر ضعفا بفعل فقدان الشرعية الاجتماعية المعلن عنها رسميا في القانون، بالإضافة إلى ذلك فإن الآثار المتعلقة بالغير من التزام الإخلاص بين الزوجين تصبح بالتالي هي نفسها بالنسبة للمتعايشين، رغم وجود اختلاف في وضع كل منهما من الناحية القانونية، فمن الناحية النظرية على الأقل يكون التزام الإخلاص قانونيا في الزواج وأخلاقيا في التعايش، و عليه فالتزام الإخلاص في القانون الفرنسي يظل التزاما مكتوبا في نص القانون ولكنه يخفف أكثر فأكثر في الممارسة العملية في العلاقات بين الزوجين[6].

---

[1] - Marie Cresp(coord) et autres, Droit de la famille(droit français ,européen, internationale, comparé), op.cit, p.131.

[2] - frédérique Edier, droit de la famille,op.cit, p.68.

[3] - frédérique Edier, droit de la famille,ibid, p.67.

[4]- أحمد الخمليشي، وجهة نظر، جزء2، الأسرة بين التنظير والواقع، الهامش رقم 65، ص.39، نقلا عن فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخالال بها، مرجع سايق، هامش رقم 238، ص.54.

[5] - frédérique Edier, droit de la famille,op.cit, p.67..

[6] . Marie Cresp(coord) et autres, op.cit, Droit de la famille(droit français ,européen, internationale, comparé) و p.p132-133.

ويظهر بذلك الاختلاف جليا إذا ما قارنا التزام الإخلاص في القانون الفرنسي بالتزام الإحصان بشكل عام في الشريعة الإسلامية الذي يرتبط بحق الله تعالى فلا يتصور إسقاطه، ولأنه متعلق بواجب صيانة العرض المفروض عل كل مسلم ومسلمة فهو بذلك مرتبط بحق المجتمع ككل في معاقبة كل ما من شأنه أن يخل بالنظام العام الاجتماعي والأخلاقي، على عكس القانون الفرنسي الذي يجعل واجب الإخلاص مرتبطا بالزوجين وحتى فيما بين الزوجين هناك احتمال للإعفاء من هذا الواجب كما سبق بيانه.

وربما يثور السؤال حول مبررات إهمال واجب الإخلاص في القانون الفرنسي، وإن كان التزام الإخلاص قائما مادامت المعاشرة الزوجية قائمة؟ فكون المشرع الفرنسي لا يقيم وزنا للمعاشرة الزوجية كالتزام أساسي في الزواج على أساس أنه يجيز الانفصال الجسماني مع قيام الزواج، وكذا يجيز الإقامة المنفصلة للزوجين، فيكون في إمكانية تخلف التزام المعاشرة الزوجية أثناء قيام الزواج إمكانية للتسامح في الإخلال بواجب الإخلاص من طرف القانون على النحو الذي رأيناه، وكل ذلك يجد له مبررات في التوجه الذي تنتهجه القوانين الفرنسية والتي تكرس الحرية الجنسية والعلاقات الحميمية خارج إطار الزواج بإقرارها للتعايش الحر وكذا المثلية الجنسية، وهي عوامل ساهمت في تراجع الزواج كإطار ضابط للعلاقات الجنسية في مواجهة كل هذه النظم وتراجع الأسرة ودورها كمؤسسة وخلية أساسية في المجتمع.

المطلب الثاني

الوفاء بالتزام الإحصان

كما رأينا في تكوين التزام الإحصان ومضمونه، يكتمل التزام المعاشرة الزوجية بالتزام الإخلاص ليتشكل الإحصان، وتظهر حكمة المولى عز وجل في أنه سن الزواج وجعله إحصانا للمسلم والمسلمة، إذ يقتضي الطبع الإنساني تعلق الجنسين ببعضهما البعض، فكانت المعاشرة الزوجية المتنفس السليم لسد هذا الباب، وكان الالتزام بالإخلاص ليقتصر كل زوج على زوجه حفظا للأعراض والأنساب، وتهذيبا للنفوس والقلوب، وبذلك لا يتصور وفاء بالمعاشرة الزوجية دون الإخلاص أو العكس.

وسنبين في هذا المطلب كيف يوفي الزوجان بالتزام الإحصان في شقيه الإيجابي والسلبي، فنتناول في الفرع الأول وفاء الزوجين بالتزام المعاشرة الزوجية، لنتناول في الفرع الثاني وفاء الزوجين بالتزام الإخلاص.

الفرع الأول

وفاء الزوجين بالتزام المعاشرة الزوجية

رأينا أن المعاشرة الزوجية تتسع لتشمل الوطء ومقدمات الجماع، فيعتبر بذلك الاستمتاع معبرا عنها فيما يستعمله فقهاء الشريعة الإسلامية من مصطلحات، ويدخل ضمنه الاستمتاع في الحيض والنفاس والصوم والإحرام على نحو مارأينا، فالزوجان وهما بصدد تنفيذ هذا الالتزام لا يحيدان عن هذه الضوابط الشرعية وإلا عدا مخلين بالتزام المعاشرة الزوجية.

وسنبين من خلال هذا الفرع عدد مرات الوطء المطالب بها كل من الزوجين ليعتبرا موفيين بالتزام المعاشرة الزوجية(أولا)، وفيما يعتبر مانعا من الوفاء بهذا الالتزام من عيوب وأمراض جنسية(ثانيا)، وفي إمكانية تعسف كل من الزوجين وهو يطالب الآخر بالوفاء بالتزام المعاشرة الزوجية(ثالثا).

أولا: في عدد مرات الوطء الواجبة على الزوجين

إن كان جمهور الفقهاء قد اتفقوا على أن الوطء حق للزوجة كما الزوج على نحو ما بيناه سابقا، فإنهم اختلفوا في عدد مراته فيما يجب للزوجة وما يجب للزوج.

1- عدد مرات الوطء فيما يجب للزوجة: اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال، الأول ذهب إليه الحنفية من أنه للزوجة مطالبة زوجها بالوطء لأن حله لها حقها ، وإذا ما طالبته به فإنه يجب عليه ويجبر عليه مرة واحدة حكما وقضاء أما الزيادة على ذلك تجب عليه ديانة فيما بينه وبين الله تعالى من حسن المعاشرة واستدامة النكاح[1]؛ والثاني قال به الشافعية الذين ذهبوا إلى أنه لا يجب على الزوج وطء زوجته، ولا يجبر عليه قضاء ولا إثم عليه في تركه، لأنه حقه، فجاز له تركه كسكنى الدار المستأجرة، ولأن في داعية الطبع ما يغني عن إيجابه ولأن الجماع من دواعي الشهوة وخلوص المحبة التي لا يقدر تكلفها بالتصنع[2]، فلا يجب عليه الوطء وإنما يستحب، وهو المعتمد عند الشافعية، وفي وجه آخر عند الشافعية أنه يجب على الرجل أن يطأ زوجته مرة واحدة في حياته[3]..، و الثالث هو قول المالكية الذين قالوا بوجوب وطء الزوجة، جاء في الذخيرة:" والوطء عند مالك واجب على الرجل للمرأة في الجملة إن انتفى العذر، ويقضى عليه به إذا تضررت بتركه فإن شكت قلته قضي لها بليلة من أربع ليال

[1]- الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء2، المرجع السابق، ص.331.
[2]- الشربيني، مغني المحتاج، الجزء 4، المرجع السابق، ص.414.
[3]- عادل بن عبد الله محمد المطرودي، الأحكام الفقهية المتعلقة بالشهوة، ماجيستير في الفقه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1427هـ.

على الراجح، لأن له أن يتزوج ثلاث سواها"[1]؛ والقول الرابع هو قول الحنابلة في المذهب وهو أنه يجب على الزوج أن يطأ زوجته في كل أربعة أشهر مرة إن لم يكن له عذر يمنع من ذلك، وإنما يشترط ألا يكون له عذر فإن تركه لمرضه أو نحوه لم يجب عليه من أجل عذره، فإن أصر الزوج على ترك الوطء حتى انقضت الأربعة أشهر بلا عذر فرق القاضي بينهما بطلبها كالمولي والممتنع عن النفقة[2]؛ والقول الخامس هو للظاهرية[3] يقول ابن حزم:" وفرض على الرجل أن يجامع امرأته التي هي زوجته وأدنى ذلك مرة كل طهر، إن قدر على ذلك، وإلا فهو عاص لله تعالى....برهان ذلك قوله تعالى:" فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ ۚ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ"[4]؛ والقول السادس هو لابن تيمية[5] وتلميذه ابن القيم، والذين ذهبا إلى أنه على الرجل وطء زوجته بالمعروف، أي بقدر حاجتها وقدرته، كما يطعمها وينفق عليها بقدر حاجتها وقدرته، من غير تحديد بمرة في كل شهر أو أربعة أشهر أو أسبوع أو من أربع أو غير ذلك[6]، ويقول ابن القيم:"وقالت طائفة: يجب عليه أن يطأها بالمعروف كما ينفق عليها بالمعروف، ويكسوها بالمعروف ويعاشرها بالمعروف، بل هذا عمدة المعاشرة ومقصودها، وقد أمر الله عز وجل أن يعاشرها بالمعروف والوطء داخل في المعاشرة ولابد..."[7].

والراجح بين هذه الأقوال ماذهب إليه شيخ الإسلام ابن تيمية من أن الزوج يعاشر زوجته بالمعروف، أي بقدر كفايتها وبحسب قدرته وظروفه، مادام هذا الحق مشتركا بينهما، ويبدو غير منطقي القول الذي ذهب إليه بعض الفقه -الشافعية- من عدم وجوب وطء الزوجة لأن هذا الرأي يتناقض مع مقاصد الزواج التي من بينها الإحصان والتناسل واللذين لا يتأتيان إلا بالمعاشرة الزوجية.

2- عدد مرات الوطء فيما يجب للزوج: اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال، الأول هو قول في مذهب المالكية[8] ورواية في مذهب الحنابلة[9] واختاره ابن حزم[10] ويفيد هذا هذا القول أن الرجل يطأ بقدر ما تطيقه المرأة مالم يشغل المرأة عن الفرائض أو يضرها في

---

[1]- أبو العباس شهاب الدين بن إدريس بن عبد الرحمان القرافي، الذخيرة، الجزء4، ط.1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1994، ص.416.
[2]- البهوتي، كشاف القناع، الجزء 5، المرجع السابق، ص.362.
[3]- ابن حزم، المحلى ، الجزء9، المرجع السابق، 174.
[4]- سورة البقرة، الآية 212.
[5]- ابن تيمية، مجموع فتاوى ابن تيمية شيخ الاسلام ابن تيمية، الجزء 32، المرجع السابق، ص.217.
[6]- نزيه حماد، الأحكام الشرعية في العلاقات الجنسية، المرجع السابق، ص.86.
[7]- ابن قيم الجوزية، روضة المحبين ونزهة المشتاقين، دار الكتب العلمية، لبنان، 1983، ص.ص216-217.
[8]- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الجزء4، المرجع السابق، ص.11.
[9]- المرداوي، الإنصاف، الجزء8، المرجع السابق، ص.347.
[10]- ابن حزم الظاهري، المحلى، الجزء 9، المرجع السابق، ص.ص 174- 175.

بدنها[1]؛ وأما الثاني فهو قول الحنفية[2] ورواية في مذهب الحنابلة[3] واختاره شيخ الاسلام ابن ابن تيمية وقال هؤلاء بأن الرجل يطأ زوجته بقدر ما يصالحه عليه القاضي، والوطء غير مقدر شرعا، فيرجع ضبطه وتقديره للقاضي، وقياس الوطء على النفقة فإن تنازع الزوجان في النفقة فرضها القاضي فكذلك الوطء[4]؛ والقول الثالث مفاده أن للرجل أن يطأ زوجته ثمان ثمان مرات في اليوم فقط وهو قول في مذهب المالكية[5].

والمرجح أن الزوجة يطأ زوجته بقدر ما تطيقه مالم يشغلها عن الفرائض أو يضرها في بدنها، فإن ادعت ضررا ولم يصدقها الزوج في دعواها فإن الحاكم يفرض عددا محددا حتى لا يحصل الضرر[6].

ثانيا: العيوب والأمراض المانعة من المعاشرة الزوجية

بالنسبة للعيوب والأمراض التي تحول دون المعاشرة الزوجية أو تؤثر عليها فسنتطرق إلى ماجاء به فقهاء الشريعة الإسلامية المتقدمون وما اتفقوا عليه من عيوب وأمراض كانت سائدة في ذلك الزمان ولا تزال طبعا، إلا أن هناك أمراضا وعللا استجدت، وسنحاول بحث ما إذا كانت هذه الأمراض والعلل المستجدة تدخل في حكم ما نص عليه الفقهاء المتقدمون، على النحو الآتي:

1- العيوب والأمراض المانعة من المعاشرة الزوجية عند فقهاء الشريعة الإسلامية: فصل فقهاء الشريعة الإسلامية في العيوب والأمراض التي تصيب أحد الزوجين أو كليهما في صدد حديثهم عن خيار الفسخ بعد الزواج، وأتى بعضهم على ذكر هذه العيوب فيما تعتبر به كفاءة كل من الزوجين:

فالحنفية قالوا بأن عيوب النكاح التي توجب فسخ العقد هي كون الرجل عنينا[7] أو مجبوبا[8] أو خصيا[9] أو خنثى[10]، أما ماعدا ذلك فلا يترتب فسخ النكاح[1] ولو اشتد كالجذام[2]

---

[1]- عادل بن عبد الله بن محمد المطرودي، الأحكام الفقهية المتعلقة بالشهوة، المرجع السابق، ص.329

[2]- ابن عابدين، رد المحتار، الجزء4، طبعة دار عالم الكتب، ص.ص -379- 380.

[3]- البهوتي، كشاف القناع، الجزء 5، المرجع السابق، ص.188.

[4]- عادل بن عبد الله بن محمد المطرودي، الأحكام الفقهية المتعلقة بالشهوة، المرجع السابق، ص.330.

[5]- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الجزء 5، طبعة دار عالم الكتب، المرجع السابق، ص.255.

[6]- عادل بن عبد الله بن محمد المطرودي، الأحكام الفقهية المتعلقة بالشهوة، المرجع السابق، ص.331.

[7]- العنين هو الذي لا يمكنه الوطء، وقيل الذي له ذكر ولكنه لا ينتشر. المرداوي، الإنصاف، الجزء8، المرجع السابق، ص.186.

[8]- الجب هو قطع جميع الذكر مع الإليتين، أو إذا لم يبق منه قدر الحشفة. الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، الجزء2، المرجع السابق، ص.421.

[9]- الخصي هو مقطوع الإليتين دون الذكر ولو انتصب ذكره، ولكنه لا يمني كان معيبا، إلا إذا أمنى فلا رد للخصاء. عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء4، المرجع السابق، ص.164.

[10]- الخنثى من له آلتا الرجال والنساء، أو من ليس له شيء منهما أصلا، وله ثقب يخرج منه البول. الموسوعة الفقهية، الجزء20، المرجع السابق، ص.21.

والبرص[3] ونحوهما، سواء حدث قبل العقد أو بعده وسواء اشترط السلامة منه أو لا[4]، ووجه قول محمد أن الخيار في العيوب الأربعة الأولى إنما هو لدفع الضرر عن المرأة، وهذه العيوب في إلحاق الضرر بها فوق تلك، لأنها من الأدواء المتعدية عادة، فلما ثبت الخيار بتلك فلأن يثبت بهذه أولى، ووجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف أن الخيار في تلك العيوب ضرر فوات حقها المستحق بالعقد وهو الوطء مرة واحدة، وهذا الحق لم يفت بهذه العيوب لأن الوطء يتحقق من الزوج مع هذه العيوب فلا يثبت الخيار[5].

وقال المالكية[6] بأن العيوب التي يفسخ بها النكاح ثلاثة عشر، وقسموها على ثلاث مجموعات عيوب خاصة بالرجال وهي الجب والخصاء والعنة والاعتراض، وعيوب خاصة بالنساء وهي الرتق والقرن والبخر والإفضاء والعفل [7] ، وعيوب يشترك فيها الرجال والنساء وهي الجنون[8] والجذام والعذيضة[9]، فمتى وجد عيب من هذه العيوب في أحد الزوجين كان للآخر أن يطلب مفارقته بفسخ النكاح، ولو كان معيبا مثله، لأن الإنسان يكره من غيره مالا يكره من نفسه[10].

---

[1]- قد يقال أن رأي الحنفية هنا يترتب عليه ضرر شديد بالزوجة، وذلك لأنها لا تملك فراق الرجل، فإذا نفسها عرضة للخطر فماذا تصنع لأن لا حق لها في الفسخ بسبب هذه الأمراض، والجواب أن مذهب الحنفية مبني على أن علاقة الزوجين لها احترام وقدسية لا تقل عن قدسية القرابة، فإذا ارتبط اثنان برابطة الزوجية وجب على كل منهما أن يحتمل ما ينزل بصاحبه من بلواء، فلا يصح أن ينفصل عنه لمصيبة حلت به بل يجب مواساته بقدر ما يستطيع فكما أن الإنسان لا يمكنه أن يقطع لحمة القرابة عندما يصاب أبوه أو أخوه أو قريبه بداء، فكذلك لا يصح له أن يقطع علاقة الزوجية كذلك، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الداء أو العيب موجودا قبل العقد أو وجد بعده، لأن كلا الزوجين مكلف بالبحث عن الآخر قبل العقد،= =وقد تقدم أن من السنة أن ينظر أحدهما إلى الآخر. عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء4، المرجع السابق، ص.162.

[2]- الجذام علة يحمر منها العضو ثم يسود ثم يتقطع ويتناثر.الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، الجزء4، المرجع السابق، ص.340.

[3]- البرص هو مرض جلدي يظهر على شكل بقع بيضاء اللون مثل لون الحليب نتيجة لعدم وجود الخلايا الصبغية في هذه الأماكن، وهو مرض غير معدي ولكنه قد يسري وراثيا في العائلات بنسبة 30%. منال محمد رمضان، هاشم العشي، أثر الأمراض الوراثية على الحياة الزوجية، ماجستيرفي الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية غزة، فلسطين، 2008، ص80.

[4]- السرخسي، المبسوط، الجزء 5، المرجع السابق، ص.ص95،96.

[5]- الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء 2، المرجع السابق، ص.327.

[6]- بهرام الدميري، الدرر في شرح المختصر، دار النوادر، لبنان،2014، ص.ص 947-949.أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة أيوب، نيجيريا، 2000، ص.65.

[7] - الرتق هو انسداد محل النكاح، بحيث لا يمكن معه الوطء وربما كان ذلك لضيق في عظم الحوض أو لكثرة اللحم فيه؛ والقرن هو شيء ناتئ في الفرج يسده ويمنع الوطء، وربما كان ذلك من لحم أو عظم؛ العفل هو رغوة تخرج من الفرج تحدث عند الجماع، أو هو ورم في اللحمة بين مسلكي المرأة فيضيق به فرجها فلا ينفذ به الذكر، وقيل هو القرن؛ والإفضاء هو اختلاط مسلك النكاح مع مسلك البول، أو اختلاط مسلك النكاح مع مسلك الغائط؛ والوالبخر النتن والرائحة الكريهة تكون في الفم وغيره. الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء29، المرجع السابق، ص.67. والجزء8، نفس المرجع، ص. 17.

[8]- الجنون هو زوال العقل.

[9]- العذيطة هي التغوط أثناء الجماع وكذا التبول بخلاف الريح. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء2، المرجع السابق، ص.278.

[10]- عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء4، المرجع السابق، ص.163.

وعند الشافعية العيوب التي يجوز بها التفريق بعد الزواج هي عيوب تختص بالرجال وهي الجب والعنة وعيوب تختص بالنساء وهي الرتق والقرن وعيوب مشتركة بينهما وهي البرص والجذام والجنون كان متقطعا أو مطبقا[1].

وعند الحنابلة أيضا العيوب التي يجوز بها الفسخ بعد الزواج هي الجب والعنة وهي خاصة بالرجال، والرتق والقرن وهي خاصة بالنساء، ويشترك الرجال والنساء في الجنون والجذام والبرص[2]، وهي عيوب تختلف درجة مساسها بالمعاشرة الزوجية وتأثيرها عليه، ففي حين يكون الجب والعنة والرتق يمنعان الاتصال الجنسي بين الزوجين، فالعيوب الأخرى لا تمنعه وإن كان الضرر حاصل مع بعضها كالجنون وكانت الأخرى منفرة كالبخر والعفل، ويقول ابن القيم:" وأما الاقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة أو ثمانية دون ماهو أولى منها أو مساو لها فلا وجه له، فالعمى والخرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو أحدهما أو كون الرجل كذلك من أعظم المنفرات ... والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار وهو أولى من البيع"[3].

وبذلك يكون رأي الفقهاء في العيوب التي يفسخ بها النكاح على قولين، فالحنفية وعلى خلاف جمهور الفقهاء جعلوا العيب هو ما يخل بمقاصد الزواج من معاشرة وإنجاب، في حين ذهب الجمهور إلى أوسع من ذلك، فكان العيب عندهم كل علة تعافها النفوس وتنفر منها، وكل علة ينقص معها كمال الاستمتاع وكل عيب يسري للغير بطريق العدوى يكون ضرر منه[4]، ورغم هذا التوسيع والتضييق إلا أن كل منهم جعل هذه العيوب محصورة لا يقاس عليها، في حين يذهب الزهري وبعض الحنابلة وابن القيم كما رأينا إلى تعميم خيار الفسخ إلى كل عيب تتعذر معه العشرة[5].

2- الأمراض المعاصرة المؤثرة على المعاشرة الزوجية: إذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى قد عددوا العيوب التي يفسخ بها الزواج سواء كانت تختص بالرجل أو المرأة أو بهما معا كما سبق بيانه، فما هو حكم الأمراض المستجدة في هذا العصر؟ وهل تقاس هذه الأمراض على ما قال به الفقهاء؟

---

[1]- الشافعي، الأم، الجزء 6، المرجع السابق، ص.110. الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء4، المرجع السابق، ص.ص172-174،173.

[2]- البهوتي، كشاف القناع، الجزء5، المرجع السابق، ص.ص109- 110.

[3]- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، الجزء5، المرجع السابق، ص.166.

[4]- عائشة محمد صدقي موسى، أثر الأمراض المزمنة على الحياة الزوجية في الفقه الإسلامي، ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2014، ص.ص52،53.

[5]- مبروك المصري، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية دراسة فقهية مقارنة، المرجع السابق، ص.ص 338-339.

إن الأمراض المعاصرة هي :" العلل والأسقام التي تصيب الإنسان فتعيقه عن ممارسة أنشطته المعتادة بصورة طبيعية، والمنتشرة في الزمن الحاضر مما لم يكن معروفا في العصور السابقة"[1]، وتتعدد هذه الأمراض بين ماهو نفسي أوعقلي أوعضوي معدي أوغير معدي، والأمراض النفسية من بينها القلق والاكتئاب النفسي والهستيريا والوسواس القهري والهوس والغيرة المرضية، وتؤثر هذه الأمراض على الحياة الزوجية من حيث نقص الرغبة الجنسية عند الزوجين، كما تؤدي إلى صعوبة و أحيانا إلى استحالة التعايش مع المريض خصوصا إذا كان عدوانيا، ويبقى للطبيب الرأي في القول بقدرة المريض على الاستمرار في الحياة الزوجية أم لا[2]، وأما الأمراض العقلية والتي اختصرها الفقهاء القدامى في الجنون، ولعل العلل العقلية الأخرى تقاس عليه ومنها الهذاء والفصام والصرع والشلل الجنوني، وتعتبر الأمراض العقلية من الأمراض التي لا تستقيم معها الحياة الزوجية لا من حيث تحمل المسؤوليات أو السكن والمودة ولا حتى من حيث المعاشرة الزوجية، لذلك تقاس هذه الأمراض على الجنون والذي أجمع الفقه على اعتباره عيبا موجبا للفرقة[3].

بالإضافة إلى الأمراض المعدية أو الأمراض السارية وهي تنقسم إلى أمراض معدية يمكن علاجها مثل الجرب والزهري ومرض السل والسيلان، وهناك أمراض معدية لا علاج لها في الوقت الحالي وعلى رأسها الإيدز والتهاب الكبد الوبائي، أما عن تأثير هذه الأمراض على الحياة الزوجية فإذا كانت الأمراض المعدية يمكن علاجها فلا يحق لأي من الزوجين طلب الفرقة لأن كل مرض يمكن علاجه لا يكون مسوغا لطلب الفرقة، أما الأمراض المعدية المستعصية التي لا علاج لها تكون مسوغة لطلب الفرقة[4]، وبالنسبة للأمراض غير المعدية ومن بينها أمراض القلب كتضخم عضلة القلب وروماتيزم القلب وارتفاع ضغط الدم، وتصلب الشرايين ومرض السكري ومرض السرطان بأنواعه(سرطان الرئة، سرطان المعدة، سرطان الكبد، سرطان عنق الرحم، سرطان الثدي...إلخ)، وإن كانت هذه الأمراض لا تمنع المعاشرة كالعلل المعروفة عند الفقهاء إلا أنها تؤثر عليها فيعتبر كل مجهود بدني مضرا بمريض القلب أو مريض السرطان، كما أن مريض السكري الذي يصحبه ارتفاع نسبة الغلوكوز في الدم لفترات طويلة يؤثر سلبيا على القدرة الجنسية، فهذه الأمراض إذا ما اهتم المريض بنظامه الغذائي وطبق تعليمات الطبيب ومارس الرياضة يستطيع حينها أن يعيش حياته الزوجية بصورة شبه عادية ولا تكون بذلك هذه الأمراض موجبة للفرقة[5]، إلا

[1]- سميرة عبدو، التأصيل الفقهي للأمراض المعاصرة وأثرها في الفرقة بين الزوجين دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، مجلة الإحياء، جامعة الحاج لخضر باتنة، المجلد20، عدد25، الجزائر، 2014، ص38.

[2]- عائشة محمد صدقي موسى، أثر الأمراض المزمنة على الحياة الزوجية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.ص116،93،89.

[3]- نفس المرجع ، ص.ص80-102.

[4]- نفس المرجع، ص.ص120-130.

[5]- نفس المرجع، ص.ص148-164.

إذا تعارضت هذه الأمراض وآثارها مع مقتضيات الزواج، كأن تصاب المرأة مثلا بسرطان في الرحم فيؤدي ذلك إلى استئصال رحمها، فيتعارض ذلك مع أهم مقتضى للزواج وهو الإنجاب والتناسل.

ومرض الإيدز على سبيل المثال وباعتباره من الأمراض المعدية المنتقلة بالاتصال الجنسي والتي لم يوجد لها علاج لحد الساعة، ثار الخلاف بشأنه وإذا ماكان يعتبر مرضا موجبا للفسخ أم لا، فبعض الفقه يزعم بعدم جواز فسخ العقد بسبب مرض الإيدز عند فقهاء المذاهب، مدعيا أن هؤلاء عددوا العيوب والعلل التي يجوز بها الفسخ على النحو الذي ذكرناه سابقا ولا يجوز التعدي لغيرها من العلل[1]، إلا أن هذا القول معترض عليه، إذ هناك اتجاه في الفقه هم جمع من الفقهاء منهم عمر ابن الخطاب وعلي ابن أبي طالب والقاضي شريح والزهري وابن القيم، ذهبوا إلى أن الفسخ يثبت بكل عيب مستحكم يمنع من النكاح أو يضر بالزوج السليم[2]، يقول ابن القيم:" أما الاقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة أو ثمانية دون ماهو أولى منها أو مساو لها فلا وجه له، فالعمى والخرس والطرش، وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو أحدهما، أو كون الرجل كذلك من أعظم المنفرات... والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار وهو أولى من البيع"[3]، وقد عزا ابن القيم القول بالتوسع بالعيوب التي يجوز فسخ النكاح بها إلى ابن شهاب الزهري وذكر أنه قال:" يرد النكاح من كل داء عضال" وعزاه إلى القاضي شريح، فقد ذكر أن رجلا خاصم إلى شريح فقال:" إن هؤلاء قالوا إنا نزوجك بأحسن الناس، فجاؤوني بامرأة عمشاء، فقال شريح إن كان دلس لك بعيب لم يجز"، قال ابن القيم معلقا على حكم شريح:" فتأمل هذا القضاء، وقوله: إن كان دلس لك بعيب، كيف يقتضي أن كل عيب دلست به المرأة فللزوج الرد به"[4]، ويرجح هذا القول لابن القيم ومن معه في أن لكل واحد من الزوجين الرد بكل عيب ضار أو منفر ويخشى تعديه إلى النفس أو النسل، ويفوت مقاصد النكاح[5].

ويقترح الاستاذ عمر سليمان الأشقر تقسيم عيوب النكاح إلى قسمين بدل ثلاثة أقسام، قسم أول يضم العيوب الجنسية والمعنى الجامع لهذه العيوب أنها مانعة من الوطء والمعاشرة، وقسم ثان يدخل ضمنه ما سماه جمهور الفقهاء عيوبا مشتركة مثل الجذام

---

[1]- عمر سليمان الأشقر وآخرون، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، المجلد الأول، ط.1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2001، ص.52.

[2]- المرجع نفسه، ص.48.

[3]- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، الجزء5، المرجع السابق، ص.166.

[4]- عمر سليمان الأشقر وآخرون، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، المجلد الأول، المرجع السابق، ص.ص50،49.

[5]- سميرة عبدو، التأصيل الفقهي للأمراض المعاصرة وأثرها في الفرقة بين الزوجين دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.45.

والبرص والجنون، والمعنى الجامع لهذه العيوب كونها منفرة وضارة، تنفر كل من الزوجين من الآخر وقد تسبب ضررا للزوج السليم بانتقال المرض إليه[1].

3- العيوب والأمراض التي تمنع المعاشرة الزوجية في القوانين الوضعية: لم ينص المشرع الجزائري على العيوب التي تمنع المعاشرة الزوجية في قانون الأسرة، إنما قرر حكما في نص المادة 53 من ق.أج يقضي فيه بحق الزوجة في التطليق لعيب في الزوج، وبذلك لم يحصر العيوب مثلما فعلت بعض التشريعات العربية وإنما اكتفى بقوله العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، وبما أن المشرع الجزائري في تعريفه لعقد الزواج في المادة 4 من ق.أ.ج جعل من غايات الزواج وأهدافه إحصان الزوجين وتكوين أسرة والمحافظة على الأنساب، فإن العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية تتعارض بذلك وغاية الإحصان التي يهدف الزواج لتحقيقها وكذا غاية التناسل.

فالمشرع الجزائري نص على العيوب بالصفة لا بالاسم وآثر عدم حصرها ذلك أن الأمراض والعيوب والعلل التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج كثيرة ومتنوعة ويصعب تحديدها وحصرها، وبذلك تدخل كل العيوب التي تحول دون المعاشرة الزوجية أو لا تتم معها المعاشرة إلا بضرر[2]، ولقد سار على ذلك الاجتهاد القضائي الجزائري حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا أنه:" يؤسس طلب التطليق على شهادة طبية تثبت بكارتها أو إقرار من الزوج على عجزه عن معاشرتها جنسيا"، فطبقا لقضاء المحكمة العليا يعتبر العجز الجنسي للزوج سببا للتطليق لأنه عيب تمتنع معه المعاشرة الزوجية، بما يحقق الإحصان والتناسل[3].

والواضح أن المشرع الجزائري أخذ برأي الحنفية في اعتبار حق طلب التفريق بسبب العيوب للزوجة فقط، لأن الزوج حسب رأيهم يمكنه دفع الضرر عن نفسه بالطلاق الذي يملكه[4]، وأخذ المشرع الجزائري بمذهب القاضي شريح وابن شهاب الزهري وأبي ثور، ومحمد بن الحسن الشيباني من الحنفية، وابن القيم من الحنابلة في تحديد ماهية العيب وبأنه كل عيب يكون سببا في النفور ولا يحصل به مقصود الزواج، وبناء على هذا التعميم الوارد في

[1]- عمر سليمان الأشقر وآخرون، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، المجلد الأول، المرجع السابق، ص.52.
[2]- العمري بلا عدة، أثر الأمراض المعدية في التفريق بين الزوجين الإيدز أنموذجا، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، عدد5، مجلد2، الجزائر، 2020، ص.126.
[3]- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 87301 صادر بتاريخ 1992/12/22. م.ق ، لسنة 1992، العدد2، ص.92.
[4]- عبد الباقي بدوي، التفريق القضائي بين الزوجين بسبب العيوب في الفقه الإسلامي وبعض قوانين الأحوال الشخصية العربية- العقم نموذجا-، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، مجلد30، عدد3، الجزائر، 2016، ص.ص91-127، ص.111.

النص يمكن للاجتهاد القضائي سحب حكمه على جميع الأمراض الجنسية كونها تحول دون تحقيق أهداف الزواج[1].

ونص المشرع المغربي في المادة 107 من م.أ.م على أنه :"تعتبر عيوبا مؤثرة على استقرار الحياة الزوجية وتخول طلب إنهائها:1- العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية.

2- الأمراض الخطيرة على حياة الزوج الآخر أو على صحته، التي لا يرجى الشفاء منها داخل سنة"، يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع المغربي لم يذكر العيوب باسمها بل قسمها من حيث وصفها إلى عيوب مانعة للمعاشرة الزوجية وأمراض خطيرة على حياة الزوج الآخر سواء كانت معدية أو غير ذلك واشترط أن لا يأمل الشفاء منها خلال سنة، دون أن يشترط ذلك بالنسبة للقسم الأول من العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية، وقد سار في ذلك على مسلك الراجح في الفقه الإسلامي[2]، وأكدت محكمة النقض المغربية توجه المشرع المغربي حيث قضت في قرار لها بأنه:" إذا ثبت للمحكمة أن الزوج عنين من علة لا يرجو شفاءها وأن الزوجة لا زالت بكرا عذراء رغم استمرار المعاشرة في بيت الزوجية بينهما لمدة ثلاث سنوات، فإن للمتضرر حق طلب التطليق"[3].

ولم ينص القانون التونسي في مجلة الأحوال الشخصية على العيوب والأمراض الموجبة للفرقة، لكن هذا لا يمنع من اعتبارها ضررا يوجب للمتضرر من الزوجين طلب التفريق طبقا للفقرة الثانية من الفصل 31 من م.أ.ش.ت.

وفي القانون المصري نصت المادة 9 من القانون رقم 25 لسنة 1920 على أنه:" للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل، ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أو حدث بعد العقد ولم ترض به..."، والملاحظ من صياغة نص المادة أن المشرع المصري لم يضع العيوب تحت الحصر[4]، ولكنه ذكر ضابطا وأورد له أمثلة، وهذا الضابط هو كل عيب مستحكم لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه ولكن بعد زمن طويل، وعليه فالأمراض الجنسية متى كانت مستحكمة لا يمكن البرء منها كمرض نقص المناعة (الإيدز) أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل

[1]- عبد الباقي بدوي، التفريق القضائي بين الزوجين بسبب الأمراض الجنسية في الشريعة الإسلامية وبعض قوانين الأحوال الشخصية العربية، مجلة الأحياء،جامعة الحاج لخضر، باتنة، العدد1، المجلد15،الجزائر، 2015، ص.ص43-62، ص.54.

[2]- محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص.260.محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق، ص.ص174-175.

[3]- قرار محكمة النقض، صادر بتاريخ 30 أكتوبر 2001، مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 61، المغرب، 2003، ص.95.

[4]- أحمد محمود خليل، الوسيط في شرح تشريعات محاكم الأسرة للمسلمين وغير المسلمين، دار الفتح المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2008، ص.301.

وتضررت الزوجة منه كان لها الحق في طلب التفريق، ولم يتعرض المشرع المصري لحالة ما إذا وجد الزوج عيبا بالزوجة، وبذلك يرجع في حكم هذه المسألة إلى المذهب الحنفي طبقا للمادة الثالثة، والذي لا يجيز للرجل طلب التفريق للعيب لأنه يملك إيقاع الطلاق بنفسه دون اللجوء إلى القاضي وذلك حتى لا يتم التشهير بالمرأة في ساحات المحاكم[1].

وأما قانون الأحوال الشخصية الأردني فنص على العيوب التي تجيز للزوجين طلب التفريق في نصوص المواد من 128 إلى غاية 130 منه، ومن خلال قراءة هذه النصوص يتضح أن هذه العيوب نوعان عيوب تحول دون المعاشرة والاستمتاع بين الزوجين وعيوب جسدية لا تمنع المعاشرة ولكنها علل منفرة لا يمكن الإقامة معها إلا بضرر، والمشرع الأردني عدد أنواعا من العلل التي أجمع الفقهاء على اعتبارها عيوبا منفرة كالجذام والبرص بالإضافة إلى العلل المعاصرة اليوم كالسل والزهري والإيدز، إلا أن هذا التعداد ليس للحصر وإنما على سبيل المثال وبذلك تدخل فيه كل علة تمنع المعاشرة بين الزوجين أو علة منفرة لا يمكن المقام معها إلا بضرر[2].

ونص المشرع العراقي أيضا في المادة 43 من ق.أ.ش.ع وفي الفقرات 4 و5 و6 على التوالي على حق الزوجين في طلب التفريق لعيب الزوج سواء تعلق الأمر بالعيوب المانعة من المعاشرة أو عقم الزوجة، وفرق المشرع العراقي في العيوب المانعة من المعاشرة وتحديدا العنة بين ما يرجع منها إلى سبب عضوي وما يرجع لسبب نفسي، فأجل في العنة الناتجة عن سبب نفسي التفريق لمدة سنة واحدة دون العنة الناتجة عن سبب عضوي[3].

وبالنسبة للمشرع السوري فقد نص على التفريق للعلل في المواد من 105 إلى 108 من ق.أ.ش.س، وقد كانت المادة 105 قبل تعديل قانون الأحوال تظهر موقف المشرع السوري وكأنه قصر طلب التفريق على حالة الدخول إذا ما كانت هناك عيوب وعلل تمنع منه، بمعنى أنه إذا طرأت هذه العيوب المانعة من المعاشرة بعد مدة من الزواج فلا يعتد بها سببا للتفريق، رغم أن المعمول به قضاء أن حكم التفريق للعنة مقرر ولو حصلت المعاشرة لأن الوطء حق للمرأة مادام الزواج قائما أخذا من الإيلاء وبرأي عند الحنفية بأن الامتناع

[1]- عبد الباقي بدوي، التفريق القضائي بين الزوجين بسبب العيوب في الفقه الإسلامي وبعض قوانين الأحوال الشخصية العربية-العقم أنموذجا-، المرجع السابق، ص.112.

[2]- محمد أحمد القضاة، الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد رقم 36 لسنة 2010، الكتاب الثاني، المكتبة الوطنية، الأردن، 2012، ص.ص188،183.

[3]- فاروق عبد الكريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، المرجع السابق، ص.213. محمد شفيق عاني، أحكام الأحوال الشخصية في العراق، المطبعة الفنية الحديثة دار الكتب، العراق، 1970، ص.104.حسن ضعيف حمود المعموري، حيدر كاظم الشمري، العيوب المرافقة للنكاح دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مجلة كلية التربية الإسلامية للعلوم التربوية والإنسانية، جامعة بابل، العدد38، العراق، نيسان 2018، ص.787.

عن الوطء أربعة أشهر يعد طلاقا[1]، وحاول المشرع السوري أن يصحح الأمر في تعديله لقانون الأحوال الشخصية في 2019[2] أين جعل طلب الفسخ حق لكلا الزوجين إذا كان بالآخر علة تمنع من الدخول سواء أكانت موجودة قبل العقد ورضي بها أم حدثت بعده، كما حاول المشرع السوري من خلال المادة 105 المعدلة توسيع دائرة العيوب والعلل لتشمل الأمراض المعاصرة سواء المعدية منها أو غير المعدية، وسواء وجدت قبل العقد أو بعده، مسايرا بذلك أغلب التشريعات العربية.

يبقى فقط التعقيب على المشرع السوري فيما يتعلق بعبارة "العيوب المانعة من الدخول" والتي كان الأولى أن يصيغها "العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية"، لكي لا يقتصر المعنى على العيوب التي توجد قبل العقد بل أيضا التي تطرأ بعده ولو حصلت المعاشرة مرات عديدة.

كما أن الاجتهاد القضائي أقر بقاعدة مفادها أن الزوجة وإن رضيت بالعيب ابتداء آملة في تعافي الزوج منه، لا يسقط حقها في طلب الفرقة ولو بعد مرور الزمن إن هي تضررت من ذلك الوضع ويئست من شفاء زوجها ومن زوال العلة أو العيب، ومن ذلك ما ذهب إليه القضاء المصري في قرار له إلى أن:" تقرير وجود العيب المستحكم بالزوج الذي لا يرجى زواله ولايمكن البرء منه إلا بعد زمن طويل ويحول دون مباشرة العلاقة الزوجية بما تتضرر منه الزوجة، وهو ما يدخل في سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض، متى كان قضاؤها يقوم على أسباب سائغة... كما أثبت التقرير في نتيجته أنه مع استمرار الشقاق والتنافر بين الزوجين فليس من المحتمل أن تزول هذه العنة النفسية، وكان الحكم المطعون فيه يعقب على ذلك التقرير بقوله: فإن قيام هذه الحالات بالزوج حتى الآن لا شك تضر بالزوجة المستأنفة ضررا بليغا...وقد تسبب لها أضرارا جراء هذه الحالة، فإن أضيف إلى ما تقدم أن ملازمة هذه الحالة عند الزوج، ولمدة طويلة وهي حوالي أربع سنوات دون أن يشفى أو تتحسن حالته، يؤدي إلى التعاسة والضرر، وينتفي معه الغرض السامي من الحياة الزوجية من الرحمة والمودة"[3].

وكذلك ذهب القضاء السوري إلى أن " الاجتهاد مستقر على أنه إذا لم تظهر الزوجة الرضا بجنون الزوج، وتربصت ولو طويلا بأمل الشفاء لا يسقط حقها في التفريق، وذلك

[1]- حسن البغا، مصطفى البغا، قانون الأحوال الشخصية السوري، المرجع السابق، ص.206.

[2]- القانون رقم 4 لعام 2019 القاضي بتعديل بعض مواد قانون الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953 وتعديلاته، الصادر بتاريخ 7فيقري 2019، سوريا.

[3]- محكمة النقض المصرية، أحوال شخصية، جلسة 1985/11/19، طعن رقم 8لسنة 43، مجموعة المكتب الفني، السنة 34، العدد3، ص.972.

أخذا بالمذهبين المالكي والحنبلي اللذين أجازت المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الرجوع إليهما للمصلحة والرحمة ودفع الضرر"[1].

ولم يتطرق المشرع الفرنسي إلى العيوب والأمراض التي تمنع المعاشرة الزوجية في القانون المدني الفرنسي، ولكن يذكر بعض الفقه[2] وهو بصدد الحديث عن شروط الزواج في الشروط الفيزيولوجية شرط صحة الزوجين المستقبليين، ويقصد به تحديدا الفحص الطبي قبل الزواج، حيث تنص الفقرة 2 من المادة 63 من ق.م.ف على وجوب إبراز شهادة طبية مؤرخة قبل الاحتفال بالزواج بشهريين، رغم ذلك فالصحة الجيدة ليست بأي حال من الأحوال شرط للزواج، ومع ذلك أراد المشرع الفرنسي لفت انتباه الزوجين إلى الظروف الصحية ووضعهما في الصورة وجها لوجه مع مسؤولياتهم، من خلال إمكانية تحذيرهم من المخاطر المحتملة للعجز أو الأمراض ما قبل الزواج[3].

والملاحظ أن التشريع الفرنسي لا يعير العيوب والأمراض المانعة للمعاشرة أهمية بقدر ما يولي أهمية لعلم الزوجين بها، إذ يعتد ويقيم وزنا للإرادة الصحيحة للزوجين وعدم وقوعهما في الغلط أكثر من اعتداده بتحقيق هذا الزواج لغاياته، من إحصان وإعفاف للزوجين وتناسل كما هو الحال بالنسبة للتشريعات العربية أو بالأحرى الشريعة الإسلامية.

والجدير بالذكر أيضا أن المشرع الفرنسي قد أقر الطلاق نتيجة تمزق أو تفكك روابط الحياة المشتركة، وهذه الحالة يمكن أن يطلب فيها الطلاق في فرضين، الأول هو حالة الانفصال الواقعي والذي يفترض أن الزوجين عادة يتشاركان الحياة فعليا وماديا، وكل ابتعاد للزوج سواء بالسجن أو العمل خارج البلاد أو الفقدان إلى غير ذلك يسمح للزوج الآخر طلب الطلاق لتفكك الروابط الزوجية، بعد سنتين من حالة الانفصال الواقعي طبقا لنص المادة 238 من ق.م.ف[4]، أما الفرض الثاني هو جنون أو مرض أحد الزوجين عقليا وهو ما يعتبر سببا في تفكك روابط الزوجية طبقا للقانون الفرنسي[5].

---

[1]- محكمة النقض السورية، القرار رقم 256، صادر بتاريخ 1968/09/12، مجلة المحامين، عدد5، ص.327.

[2] - Patrick Nicoleau, droit de la famille, edition markiting, France, 1995, p.p26-27.Claire Veihinck et autres, droit de la famille, edition Ellipses, Françe. 2002,p.98. François Térré, Dominique Fenouillet, droit civile, les personnes- la famille, les capacites , edition Dalloz, 2000, Françe , p.316.

[3] - François Térré, Dominique Fenouillet, droit civile, les personnes- la famille, les capacites, Op.cit, p.316. Claire Veihinck et autres, droit de la famille, op.cit,p.98.

[4]- المادة 238 من ق.م.ف تنص على أنه:" إن التفكك النهائي للروابط الزوجية ناتج عن توقف الحياة المشتركة بين الزوجين، عندما يعيشان منفصلين لمدة عامين قبل إمضاء الطلاق.
على الرغم من هذه الأحكام، يعلن الطلاق من أجل التفكك النهائي للروابط الزوجية في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 246 بمجرد تقديم الطلب على هذا الأساس وتشكيله كطلب مقابل"

[5] -Patrick Nicoleau, droit de la famille, Op.cit, p.173.

وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد أقام وزنا للأمراض العقلية التي تفكك روابط الزواج وتحول دون المعاشرة الزوجية وجعلها مبررا للطلاق، دون الأمراض الجنسية إلا إذا كان غياب المعاشرة بين الزوجين يندرج ضمن الانفصال في الواقع.

ولا بأس أن نشير إلى أن المشرع الجزائري وعلى غرار التشريعات العربية محل المقارنة[1] نص على إجراء الفحص الطبي قبل الزواج في المادة 7 مكرر من ق.أ.ج ضمن الشروط الشكلية للزواج، وجاء المرسوم التنفيذي رقم 06-154 محتويا على 7 مواد ونموذج من شهادة طبية ماقبل الزواج، وبين هذا المرسوم كيفيات إجراء الفحص الطبي وعلى ماذا ينصب وكذا مدته المحددة قبل الزواج، بالإضافة إلى إجراء إبلاغ الزوجين نتائج الفحص من طرف الموثق أو ضابط الحالة المدنية، مما يوفر مزيدا من الإطلاع على الحالة الصحية للزوج المستقبلي.

ثالثا: تعسف الزوجين في المعاشرة الزوجية

كنا قد وصلنا فيما سبق إلى أن المعاشرة الزوجية هي حق للزوج كما هي حق للزوجة، وبينا مايعتبر غير مشروع من أحوال كالوطء في الحيض والنفاس والصوم والإحرام، وبالتالي يخرج عن المعاشرة الواجبة بين الزوجين.

ونقصد من هذا التفريع دراسة حالات التعسف داخل حدود هذا الحق المتبادل بين الزوجين، إذا ما قصد أحدهما في مطالبته بهذا الحق - المعاشرة الزوجية- الإضرار بالآخر، واستعمل حقه في غير المصلحة التي شرع من أجلها أو كان هناك اختلال في التوازن بين ما يحققه من مصالح جراء استعمال كل من الزوجين حقه مع ما يتسبب به هذا الاستعمال من أضرار.

[1]- نص المشرع المغربي في المادة 62 من م.أ. م على أن ملف عقد الزواج يضم وثائق معينة من بينها شهادة طبية لكل واحد من الخطيبين يحدد مضمونها وطريقة إصدارها بقرار مشترك لوزير العدل والصحة، ويتعلق الأمر بالقرار رقم 04-347 الصادر بتاريخ 10 محرم 1425 الموافق ل 2مارس2004 يقضي بتحديد مضمون وطريقة إصدار الشهادة الطبية الخاصة بإبرام عقد الزواج، الجريدة الرسمية عدد 192 بتاريخ 12 محرم 1425 الموافق لـ 4 مارس 2004، ص.975. وتدخل القانون التونسي لإحداث شهادة طبية سابقة للزواج بموجب القانون عدد 46 لسنة 1964 المؤرخ في 3نوفمبر 1964، أما المشرع المصري ووفقا للمادة 31 مكرر من قانون الأحوال المدنية المصري رقم 143 لسنة 1994 فقد نص على الآتي:" لا يجوز توثيق عقد زواج لمن لم يبلغ من الجنسين ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة، ويشترط للتوثيق أن يتم الفحص الطبي للراغبين في الزواج للتحقق من خلوهما من الأمراض التي تؤثر على حياة أو صحة كل منهما أو على صحة نسلهما، وإعلامهما بنتيجة الفحص...".ونص المشرع السوري في قانون الأحوال الشخصية على أن يتضمن طلب الزواج= =المقدم إلى القاضي وثائق معينة من بينها شهادة من طبيب يختاره الطرفان تثب خلوهما من الأمراض السارية ومن الموانع الصحية للزواج. كما نص المشرع العراقي في المادة 10 من ق.أ.ش.ع على أنه من شروط تسجيل عقد الزواج أن يرفق بيان طلب الزواج بتقرير طبي يؤيد سلامة الزوجين من الأمراض السارية والموانع الصحية، وأصدر المشرع الأردني نظام الفحص الطبي قبل الزواج رقم (57) لسنة 2004، والذي نصت المادة 4 منه فقرة أ :" يجب على طرفي عقد الزواج قبل توثيق العقد إجراء الفحص الطبي لدى أي مركز من المراكز المعتمدة".

وكان قد انعقد رأي الفقهاء بالاتفاق على أن الوطء حق للزوج على زوجته[1]، وعليها إجابته وإلا فهي ملعونة لحديث رسول الله ﷺ:" إذا دعا الرجل امرأته إلى فراشه فأبت، فبات عضبان عليها لعنتها الملائكة حتى تصبح"[2]، وقوله ﷺ:" والذي نفسي بيده! مامن رجل يدعو امرأته إلى فراشها، فتأبى عليه، إلا كان الذي في السماء ساخطا عليها، حتى يرضى عنها"[3]، يقول القرطبي في تفسير هذا الحديث :"...وقوله{مامن رجل يدعو امرأته إلى فراشها فتأبى إلا كان الذي في السماء ساخطا عليه}دليل على تحريم امتناع المرأة على زوجها إذا أرادها، ولا خلاف فيه، فلو دعت المرأة زوجها إلى ذلك لم يجب عليه إجابتها، إلا أن يقصد بالامتناع مضارتها، فيحرم عليه ذلك، والفرق بينهما: أن الرجل هو الذي ابتغى بماله، فهو مالك للبضع والدرجة التي له عليها هي السلطنة التي له بسبب ملكه، وأيضا: فقد لا ينشط الرجل في وقت تدعوه، فلا ينتشر ولا يتهيأ له ذلك، بخلاف المرأة"[4]، وطبقا لهذا القول فإن طبيعة المرأة وسوسيولوجيتها تسمح لها بالإستجابة للزوج في كل وقت، وتكون عاصية ملعونة إن لم تستجب لزوجها، بينما يكون للزوج أن لا يجيب زوجته إلى المعاشرة إن هي طلبت ذلك، والمبرر أنه مالك البضع والقيم على الزوجة وكذا لأن طبيعته وسوسيولوجيته لا تسمح له بإجابتها في كل وقت، يقول المرداوي في الإنصاف:" قال أبو حفص والقاضي: إذا زاد الرجل على المرأة في الجماع صولح على شيء منه، وروى –بإسناده- عن بن الزبير: أنه جعل لرجل أربعا بالليل وأربعا بالنهار، وعن أنس بن مالك رضي الله عنه، أنه صالح رجلا استعدى على امرأة على ستة، قال القاضي: لأنه غير مقدر، فقدر، كما أن النفقة حق لها غير مقدرة، فيرجعان في التقدير لاجتهاد الحاكم، قال الشيخ تقي الدين رحمه الله، فإن تنازعا فينبغي أن يفرضه الحاكم، كالنفقة، وكوطئه إذا زاد"[5].

فحق الزوج - طبقا لهذه الأقوال- يكاد يكون مطلقا ويحكمه ضابطين اثنين هما أن لا يضر الوطء بالزوجة كأن تكون مريضة وأن لا يشغلها عن الفرائض[6]، وبناء على ذلك هل يمكن تصور أن يكون الزوج متعسفا في مطالبته بالمعاشرة الزوجية؟

إن الفقهاء وكما بيناه أعلاه في مسألة إذا زاد الزوج على زوجته في الجماع قد حظروا الإضرار بالزوجة وليس قصد الإضرار بها فقط، وبما أن معيار التعسف ليس فقط قصد الإضرار، وإنما هو الضرر الفاحش وتحقيق مصلحة غير مشروعة من وراء استعمال

[1]- ينظر ص. 20 من هذه الرسالة.
[2]- سبق تخريجه.
[3]- مسلم، صحيح مسلم، ط.1، الجزء2، المرجع السابق، ص.1060، ح.رقم 1437.
[4]- الحافظ أبو العباس أحمد بن عمر بن ابراهيم القرطبي، المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، الجزء4، دار ابن كثير، سوريا، د.س.ن، ص.ص160-161.
[5]- المرداوي، الإنصاف، الجزء 8، المرجع السابق، ص.347.
[6]- المرداوي، الإنصاف، الجزء 8، المرجع السابق، ص.347.

الحق وكذا عدم التناسب بين ما يحققه مستعمل الحق من استعماله مع ما يتسبب به هذا الاستعمال من ضرر، فتعسف الزوج في المطالبة بالمعاشرة وارد بتحقق هذه المعايير.

ولأن الحق في الفقه الإسلامي مصدره الشريعة الإسلامية ينشأ بحكم الله هبة ومنحة منه تعالى، فهو بذلك أي الحق ليس مطلقا بل مقيد بما رسمته الشريعة من حدود، فالحقوق في الشريعة الإسلامية ليست غاية في ذاتها إنما هي وسائل شرعت لتحقيق المقاصد الضرورية في الخلق، وكل استعمال للحق يناقض المقاصد يعتبر باطلا، ويخالف مقصد الشرع من منح الحقوق، والذي يتمثل في تحقيق المصالح[1].

وشرع الله عز وجل الزواج للتناسل والإحصان، فإذا كان لا يحق للإنسان المسلم أن يلحق الضرر بغيره المسلم، سواء انتفع من إضراره أم لم ينتفع[2]، لقوله ﷺ :" لا ضرر ولا ضرار"، فالأولى أن يتحرى المسلم عدم الإضرار بزوجه لأن الزواج مودة ورحمة ولأن الزوج أو الزوجة هو الأولى بالمعاملة الحسنة والمعاشرة بالمعروف، وأيضا هو الأولى بالحرص من الآخر ألا يلحق به أدنى الضرر والأذى.

وإن كانت التشريعات العربية والتشريع الجزائري قد تعرضت إلى مسألة الامتناع عن المعاشرة الزوجية وجعلته سببا للتطليق[3]، حيث نصت هذه التشريعات على مسألة الهجر وامتناع الزوج عن معاشرة زوجته وجعلته سببا موجبا للتفريق القضائي، فإنها لم تنص على حالة تعسف الزوج في المطالبة بالمعاشرة الزوجية ولم يقع بين أيدينا فيما يخص هذه المسألة أي قرار أو اجتهاد قضائي.

إلا أن التأسيس للمسألة أعلاه –تعسف الزوج في المطالبة بالمعاشرة الزوجية- يكون بتحقق أحد معايير التعسف، وهي الضرر الفاحش الذي يلحق الزوجة إذا ما زاد الزوج في المطالبة بالمعاشرة الزوجية وكانت الزوجة مريضة تتأذى من كثرة الوطء، وينطبق أيضا معيار عدم تناسب المصلحة المرجوة من استعمال الحق مع الضرر المترتب عنه على هذه الحالة –حالة تضرر الزوجة من كثرة الوطء- والمعلوم أن المصلحة من وطء الزوجة هي الإحصان والإعفاف وهي مصلحة فضلى يجب توخيها والحرص على تحقيقها قدر الإمكان، أما ونحن نتحدث عن مسألة إذا مازاد الرجل على زوجته في الجماع وسبب لها ذلك ضررا فهذا يعتبر محققا لمعيار عدم التناسب بين المصلحة والضرر المتحققان من استعمال الحق فيصدق وصف التعسف في هذه الحالة وفقا لهذا المعيار.

---

[1]- فتحي الدريني، التعسف في استعنال الحق في الفقه الإسلامي، ط.4، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1988، ص.ص80،79.

[2]- أحمد عيسى عبيدات شلبي، يوسف عبد الله الشريفين، تعسف الزوج في حق زوجته وأثره على استقرار الأسرة المسلمة، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، العدد42، فلسطين، 2017، ص.157.

[3]- ينظر المواد 53 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 112 من مدونة الأسرة المغربية والمادة 122 من قانون الأحوال الشخصية الأردني والمادة43 من القانون الأحوال الشخصية العراقي.

تبقى مسألة إذا مازاد الزوج على زوجته في الوطء بقصد إظهارها بمظهر العاجزة أو غير القادرة على مجاراته، من أجل أن يكون ذلك مبررا له لكي يتزوج بأخرى، فهل تعتبر مطالبته بالمعاشرة هنا تعسفا- طبعا إذا زادت عن المألوف- تأسيسا على عدم مشروعية الباعث؟ أم أن الباعث هنا مشروع وهو نية الزوج أو حقه في التعدد؟ الأرجح هو أن الباعث مشروع وبالتالي لا ينطبق وصف التعسف على هذه الحالة، ذلك أنه من المبررات المعتبرة في طلب التعدد من طرف الزوج هو طاقة الزوج الجنسية العالية أو ما يصطلح على تسميته الشبق، ويبقى الفاصل في المسألة اتجاه قانون القاضي وإذا ما كان يأخذ بالتضييق في مسألة الأخذ بمبررات التعدد أو كان عكس ذلك.

الفرع الثاني

الوفاء بالتزام الإخلاص بين الزوجين

إن الالتزام بالإخلاص في إطار النهج الذي سارت فيه التشريعات العربية والذي يقرر تبادلية الالتزامات بين الزوجين، هو التزام واقع على الزوجين على قدم المساواة باعتبار أن الشريعة الإسلامية قد خاطبت الرجل والمرأة على حد سواء عند الإخلال بالتزام الإخلاص، قال تعالى:" الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ ۖ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۖ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ "، فكلا الزوجين يتحمل الجزاء الذي أقره القرآن الكريم في الآية 2 من سورة النور، وقد يكون محمولا أكثر على الزوجة عند فقهاء الشريعة الإسلامية الذين يفرضون على الزوجة دون الزوج الالتزام بالكثير من السلوكات التي يرونها كفيلة بحماية المرأة وصيانتها، وسنبين من خلال هذا التفريع كيفية وفاء كل من الزوجين بالتزام الإخلاص أي ما يشترك كل من الزوجين في القيام به وفاء بهذا الالتزام (أولا)،لنتطرق إلى مايخص الزوج فقط من هذا الوفاء(ثانيا)، لنبين وفاء الزوجة بالتزام الإخلاص(ثالثا).

أولا: وفاء الزوجين معا بالتزام الإخلاص

يشترك الزوجان باعتبارهما ملزمين بالوفاء بالتزام الإخلاص، في الامتناع عن سلوكات معينة بحيث يعتبر هذا الامتناع من صميم الوفاء بالتزام الإخلاص، وكون التزام الإخلاص هو التزام سلبي فإن الزوج يلتزم بالامتناع عن سلوكات وتصرفات معينة تشكل في مجملها خيانة للطرف الآخر وإخلالا بالتزام الإخلاص، فيمتنع الزوجين عن الزنى واللواط وسلوكات أخرى شاذة، كما يمتنعان عن ما يسمى الآن الخيانة الالكترونية باعتبار الالتزام بالإخلاص كما سبق بيانه لا يقتصر فقط على العلاقة المادية بل يكفي أحيانا تفكير أحد الزوجين في شخص آخر لتقوم في حقه خيانة معنوية.

1- امتناع الزوجين عن الزنى: يعتبر الكثيرين الزنا مرادفا للخيانة الزوجية والصورة الوحيدة للإخلال بالتزام الإخلاص، وهذا لكون زنا الزوجية هو أكثر الإخلالات وقوعا والأكثر تنظيما من حيث النص عليه قانونا، وهو ما سيحملنا على التركيز عليه عند مناقشة الإخلال بالتزام الإخلاص في حينه.

والزنا هو اسم لوطء، الرجل امرأة في فرجها من غير نكاح ولا شبهة نكاح بمطاوعتها[1]، وأجمع أهل الملل على تحريم الزنا، فلم تبحه ملة قط ولهذا كان حده أشد الحدود الشرعية بما فيه من الجناية على الأعراض والأنساب والتي تعتبر إلى جانب الدين والنفس والعقل والمال من الكليات الخمس التي جاءت الشريعة الإسلامية لصيانتها والمحافظة عليها[2].

فإن كان زنا غير المحصن مخزي فزنى المحصن أخزى لذلك غلظت الشريعة الإسلامية في حد كل منهما فجعلت مئة جلدة للزاني غير المحصن والرجم حتى الموت للزاني المحصن[3]، فشددت عقوبة المحصن للإحصان لأن الإحصان يصرف الشخص عادة عن التفكير في الزنا[4]، وإن كان زنا الرجل معر فزنا المرأة أعر، يقول القرطبي في تفسير الأية 2 من سورة النور، في مسألة تقديم الزانية والبدء بها:" لأن الزنى في النساء أعر، وهو لأجل الحبل أضر، وقيل لأن الشهوة في المرأة أكثر وعليها أغلب، فصدرها تغليظا لتردع شهوتها، وإن كان قد ركب فيها حياء، لكنها إن زنت ذهب الحياء كله، وأيضا فإن العار بالنساء ألحق، إذ موضوعهن الحجبة والصيانة فقدم ذكرهن تعليظا واهتماما"[5].

والجدير بالذكر أن الشريعة الإسلامية وعلى خلاف القوانين الوضعية كان لها منهجا وقائيا من هذه الجريمة، وذلك من خلال النهي على مقدمات الزنى من اختلاط بين الجنسين والخلوة بين الرجل والأجنبية وغض البصر، بالإضافة إلى الحث على اختيار الشريك

---

[1]- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء15، المرجع السابق، ص.102.

[2]- نزيه حماد، الأحكام الشرعية والعلاقات الجنسية، المرجع السابق، ص.51.

[3]- تعريف المحصن: الإحصان في اللغة هو الدخول في الحصن، ومعناه دخل حصنا عن الزنى إذا دخل في الإحصان، وإنما يصير الإنسان داخلا في الحصن عن الزنى عند توفر شروط الإحصان، أما الإحصان في اصطلاح الفقهاء، فهو عبارة عن اجتماع صفات اعتبرها الشرع لوجوب الرجم والصفات هي: التكليف، الحرية، وطء الرجل زوجته في قبلها في نكاح صحيح، وجود الكمال بين الزوجين حال الوطء. شرف بن علي الشريف، صيانة الإسلام للعرض والنسب، مذكر ماجستير في الفقه وأصوله، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الملك عبد العزيز، مكة، السعودية، 1394هـ، ص. ص183-184.

[4]- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الجزء الأول، دار الكتاب العربي، لبنان، د.س.ن، ص.641.

[5]- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء15، المرجع السابق، ص. 104.

الصالح[1] لكل من الزوجين[2]، وكل ذلك من شأنه أن يبعد المسلم والمسلمة عن دائرة الزنا وشبهته، لقوله تعالى:" وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَا ۖ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا "[3].

يقول عبد القادر عودة مجيبا من يستكثر عقوبة الرجم على الزاني المحصن:" فالزاني المحصن هو قبل كل شيء مثل سيء لغيره من الرجال والنساء المحصنين وليس للمثل السيء في الشريعة الإسلامية حق البقاء...وهي توجب على الإنسان أن يظهر شهوته ولا يستجيب لها إلا عن طريق الحلال وهو الزواج، وأوجبت عليه إذا بلغ الباءة أن يتزوج حتى لا يعرض نفسه للفتنة أو يحملها مالا تطيق، فإن لم يتزوج وغلبته على عقله وعزيمته الشهوات فعفا به أن يجلد مائة جلدة وشفيعه في هذه العقوبة الخفيفة تأخيره في الزواج الذي أدى به إلى الجريمة، أما إذا تزوج فأحصن فقد حرصت الشريعة أن لا تجعل له بعد الإحصان سبيلا إلى الجريمة، فلم تجعل الزواج أبديا حتى لا يقع في الخطيئة أحد الزوجين إذا فسد ما بينهما، وأباحت للزوجة أن تجعل العصمة في يدها وقت الزواج، كما أباحت لها أن تطلب الطلاق للغيبة والمرض والضرر والإعسار، وأباحت للزوج الطلاق في كل وقت وأحلت له أن يتزوج أكثر من واحدة على أن يعدل بينهن، وبهذا اقترحت الشريعة للمحصن كل أبواب الحلال وأغلقت دونه باب الحرام، فكان عدلا وقد انقطعت الأسباب التي تدعو للجريمة من ناحية العقل والطبع أن تنقطع المعاذير التي تدعو إلى تخفيف العقاب، وأن يؤخذ المحصن بالعقوبة التي لا يصلح غيرها لمن استعصى على الإصلاح"[4].

ولا يخفى على أحد ما يخلفه جرم الزنا من آثار على الأسرة ككل وعلى المجتمع قاطبة، وعلى الزوجين خاصة، فحتى وإن لم يصل الأمر بين الزوجين في حالة زنا أحدهما إلى الجانب الجزائي، وبقي الأمر سرا بين الزوجين - وذلك في أحسن الأحوال- إلا أن الثقة تنكسر بين الزوجين مما يحدث شرخا في العلاقة الزوجية يصعب ترميمه في أغلب الأحوال، وقد يستمر الزوجان في زواج تغيب فيه معاني المودة والرحمة من أجل أطفالهما

---

[1]- قال رسول الله ﷺ:" تنكح المرأة لأربع، لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك". مسلم، صحيح مسلم، الجزء2، المرجع السابق، ص.1086، ح.رقم 1466. وقال ﷺ:" إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير". الترمذي، سنن الترمذي، الجزء3، المرجع السابق، ص.386، ح.رقم 1083.

[2]- أقر الشارع الحكيم منهجا سليما للحفاظ على صيانة الأعراض، والوقاية من هذه الجريمة بمجموعة من الضوابط من شأنها الابتعاد بالرجل والمرأة عن دائرة الزنا والفواحش عن طريق النهي عن اختلاط الرجال والنساء، بالفصل بين الجنسين ومنع الاحتكاك بالملامسة والمصافحة، ومسألة غض البصر، وهناك العديد من المبررات أو العوامل التي أدت إلى شيوع زنا الزوجية إضافة إلى ضعف الوازع الديني وهي سوء الأحوال الاقتصادية وعدم وجود الأنظمة العقابية الكافية والرادعة لمنع هذه الجريمة، الانتقام من شريك الزوجية، حب الثراء والتطلع للمكانة وكذا التعويض عن نقص عاطفي والرغبة في التخلص من الاكتئاب والرغبة في التحرر من الاعتماد على الزوج، ووجود المثل السيء وكذا الدور الفعال للإعلام في انتشار ظاهرة الخيانة الزوجية. خالد عبد العظيم أبو غادة، الخيانة الزوجية وأثرها في المعاشرة الزوجية، المرجع السابق، ص.ص101-120.

[3]- سورة الإسراء، الآية 32.

[4]- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.ص641-642.

ويغفلان عن كون أسرة كهذه لن تكون أبدا مناخا سليما لنمو أطفالهم وهي تسيء إليهم أكثر مما تخدمهم.

2- امتناع الزوجين عن الخيانة الزوجية الالكترونية: أفرز التطور التكنولوجي وسهولة اقتناء الأنترنيت والأجهزة الالكترونية المختلفة من هواتف وحواسيب، نوعا جديدا من التواصل الذي يتم بين أحد أطراف العلاقة الزوجية وأشخاص آخرين في العالم الافتراضي، وربط صداقات والتمادي في أحيان كثيرة ليصل الأمر إلى تخطي حدود الإطار الذي يرسمه الدين والقانون للمتزوجين وحتى غير المتزوجين في علاقة الرجل بالمرأة الأجنبية عنه عموما.

وتعرف الخيانة الزوجية الالكترونية على أنها كل علاقة محرمة غير شرعية تقوم خارج نطاق الزواج سواء من طرف الزوج أو الزوجة، وتكون إما عن طريق الهاتف أو شبكة الأنترنيت[1]، وتعرف أيضا بأنها إقامة علاقات غير مشروعة عبر شبكة التواصل الاجتماعي الالكترونية وكذلك إقامة علاقات عبر الهاتف والجوال لا سيما المكالمات والمحادثات الالكترونية من كلا الجنسين في عالم افتراضي[2]، فالخيانة الزوجية الالكترونية تكون باستخدام التكنولوجيا الالكترونية لخيانة الطرف الآخر، وهي مفهوم جديد للخيانة الزوجية غير التقليدية، كل ما في الأمر أنها تتم بواسطة التكنولوجيا الحديثة، مع إمكانية أن تتحول هذه الخيانة الافتراضية إلى خيانة زوجية واقعية إذا سمحت ظروف الزوج الخائن، مما يؤكد خطورة الظاهرة على الأسرة[3].

وقد تتراوح هذه الخيانة بين كلمات الغزل أو الحديث المسموع والمشاهدة المباشرة، وصولا إلى اللقاء الحقيقي في الواقع[4]، وتكمن خطورة هذا النوع من الخيانة الزوجية في سهولة اقترافها إذ يكفي أن يمتلك الزوج أو الزوجة هاتفا أو حاسوبا وكذا اشتراكا في الأنترنيت حتى يستطيع اقترافها دون الحاجة للخروج من المنزل أو من المكتب حتى، لذلك يبقى الرادع الوحيد الفعال هو الضمير والوازع الديني عند الزوجين.

وعن حكم الخيانة الزوجية الالكترونية في الشريعة الإسلامية التي سدت كل منفذ إلى الزنا وإلى الخيانة الزوجية –كما سبق بيانه- بتحريم مقدمات الزنى وكل ما يقرب إليه،

---

[1]- رندة سعد ابراهيم التكريتي، الحماية القانونية للرابطة الأسرية في ظل التغيرات المجتمعية دراسة مقارنة، ط.1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2020، ص.237.

[2]- رنا حكمت عباس، أثر المواقع الالكترونية على النظام الأسري"الخيانة الزوجية نوذجا"، لارك للفلسفة واللسانيات والعلوم الاجتماعية، الجز2، عدد29، 2018، ص.193.

[3]- وردة دلال، موقف المشرع الجزائري من الخيانة الزوجية الالكترونية وأثرها على انحلال الرابطة الزوجية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، عدد3، مجلد8،2021، ص.ص 501-515، ص.507.

[4]- عبير حسن علي الزواوي، الأبعاد المستحثة في الخيانة الزوجية عبر الأنترنيت والمخاطر المحتملة على الأسرة المصرية جراء انتشارها ودور مقترح للتحفيف منها من منظور طريقة العمل مع الجماعات، مجلة كلية الخدمة الاجتماعية للدراسات والبحوث الاجتماعية، جامعة الفيوم، مصر، العدد4، د.س.ن.

والصداقة عبر الأنترنت بين أحد الزوجين وشخص آخر ينطبق عليها حكم خلوة الرجل بالمرأة الأجنبية التي نهى الإسلام عنها تحصينا للإنسان من الشيطان ووساوسه[1] لقوله صلى الله عليه وسلم:" لايخلون رجل بامرأة إلا ومعها ذو محرم، ولا تسافر المرأة إلا مع ذي محرم"[2]، وقوله عليه الصلاة و السلام:" من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يخلون بامرأة ليس معها ذو محرم منها فإن ثالثهما الشيطان"[3].

وقول البعض أن هذه المسألة لا تتعدى الخيالات والتصورات تماما مثلما يقرأ المرء رواية عاطفية تشمل على مشاهد حميمية، فالجواب أن الإسلام حرم أيضا الخيالات والتصورات الجنسية لما يترتب عليها من المفاسد، ولقد أشار الرسول ﷺ إلى هذا الجانب المتصل بالخيانة الزوجية بالحواس الأخرى[4]، قال ﷺ:" إن الله كتب على ابن آدم حظه من الزنا، مدرك ذلك لا محالة، العينان زناهما النظر، والأذنان زناهما الاستماع، واللسان زناه الكلام، واليد زناها البطش، والرجل زناها الخطا، والقلب يهوى ويتمنى، ويصدق دلك الفرج أو يكذبه"[5].

والخيانة الزوجية الالكترونية تجرم كونها استمتاع خارج إطار عقد الزواج، وهذا ما نهى عنه المولى عز وجل في قوله:" وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ (5) إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ (6) فَمَنِ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَٰلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ"[6]، ووجه الدلالة في في الأية الكريمة أن حل الاستمتاع مقصور على الزوجات بمعنى لا يجوز للزوج أو الزوجة الاستمتاع خارج إطار عقد الزواج ومن ذلك الخيانة الالكترونية[7].

أما عن حكم الخيانة الزوجية الالكترونية في القانون، فلم تتطرق القوانين الوضعية محل المقارنة لجريمة الخيانة الزوجية الالكترونية، ورغم أنها خيانة زوجية بحلة جديدة إلا أنها تختلف عنها من حيث أن جريمة الزنا الفعلية لا بد لها من توفر إلى جانب الركن المعنوي والمتمثل في القصد الجنائي والركن المفترض والمتمثل في العلاقة الزوجية وركنا ثالثا وهو الركن المادي والمتمثل في الوطء، وهو مايغيب في الخيانة الزوجية الالكترونية

---

[1]- وردة دلال، موقف المشرع الجزائري من الخيانة الزوجية الالكترونية، المرجع السابق، ص.507.

[2]- البخاري، صحيح البخاري، الجزء3، المرجع السابق، ص.1094، ح.رقم2844. مسلم ، صحيح مسلم، الجزء2، المرجع السابق، ص.978، ح.رقم 1314.

[3]- ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، الجزء6، ط.2، المكتب الإسلامي، لبنان،1985، ص.215.

[4]- عباس أحمد شحادي، الحكم الشرعي للخيانة الزوجية الالكترونية، مداخلة دينية فقهية أولية، متاح على الرابط: https://www.newlebanon.info/lebanon-now تم الإطلاع عليه بتاريخ 28سبتمبر 2021 على الساعة 21:09.

[5]- البخاري، الجامع الصحيح، الجزء4، المرجع السابق، ص.ص212،211، ح.رقم 6612.

[6]- سورة المؤمنين، الآيات 5- 7.

[7]- سالم عبد الله أبو مخلدة، الخيانة الزوجية الالكترونية في الفقه الإسلامي، مجلة بحوث ودراسات، كلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، عدد14، 2020، ص.159.

وبالتالي لا يمكن تجريمها طبقا للنصوص الحالية، إلا إذا تم التأسيس لها كجرائم أخرى تمس الحياء والشرف وذلك طبعا إذا توفرت شروط وأركان هذه الجرائم طبقا للقوانين الجنائية[1].

لتتحول قضايا الخيانة الزوجية إلى قضايا طلاق، قد يكون طلاقا للضرر يرتب في حق الزوج الخائن تعويضا لصالح الطرف الآخر[2]، ذلك أنه وكما سبق بيانه ليس بالضرورة أن يتخذ السلوك وصفا جنائيا ليسمى إخلالا بالتزام الإخلاص.

ثانيا: وفاء الزوج بالتزام الإخلاص

يقتضي وفاء الزوج بالتزام الإخلاص أن يمتنع عن سلوكات معينة إلى جانب جريمة الزنا كما سبق بيانه، وتتمثل هذه السلوكات في اللواط وسلوكات أخرى شاذة.

1- امتناع الزوج عن ممارسة اللواط: اللواط في اللغة مأخوذ من لاط الرجل لوط ولاوط، أي عمل عمل قوم لوط، وفي الاصلاح وطء الذكر في دبره، أو إتيان الرجل الرجل[3]، واللواط من أشنع الجرائم وأقبحها وهي تدل على انحراف في الفطرة وفساد في العقل وشذوذ في النفس[4]، لقول الله تعالى:" وَلُوطًا إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُم بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِّنَ الْعَالَمِينَ"[5]، وقال رسول الله ﷺ:" من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط، فاقتلوا الفاعل والمفعول والمفعول به"[6].

وقد انتهجت القوانين الجنائية سياسة عقاب اللواط والشذوذ الجنسي بغض النظر عما إذا كان أطراف هذه العلاقات الشاذة متزوجين أم لا، فطبقا للمادة 338 من قانون العقوبات الجزائري:"كل من ارتكب فعلا من أفعال الشذوذ الجنسي على شخص من نفس جنسه يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 2000دج"، وبدوره المشرع المغربي في المادة 489 من مجموعة القانون الجنائي قرر مايلي:" يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة من مائتين إلى ألف درهم من ارتكب فعلا من أفعال الشذوذ الجنسي مع شخص من جنسه، مالم يكن فعله جريمة أشد"، كما نص الفصل 230 من المجلة الجزائية التونسية:" اللواط أو المساحقة إذا لم يكن داخلا في أي صورة من الصور المقررة بالفصول المتقدمة يعاقب مرتكبه بالسجن مدة ثلاثة سنوات".

---

[1]- وردة دلال، موقف المشرع الجزائري من الخيانة الزوجية، المرجع السابق، ص.ص508،507.

[2]- المرجع نفسه، ص.511.

[3]- عبد الملك عبد الرحمان السعدي، العلاقات الجنسية غير الشرعية وعقوبتها في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص.65.

[4]- جمال عبد الرحمان اسماعيل، ولا تقربوا الفواحش، ط.1، مكتبة الملك فهد الوطنية، المملكة العربية السعودية، 1423، ص.54.

[5]- سورة الأعراف، الآية 80.

[6]- ابن ماجة، سنن ابن ماجه، الجزء4، المرجع السابق، ص.ص173-174، ح.رقم2562.

في حين استعمل المشرع المصري في قانون العقوبات مصطلح هتك العرض، حيث نصت المادة 268 من ق.ع.م على أنه:" كل من هتك عرض إنسان بالقوة أو بالتهديد أو شرع في ذلك يعاقب بالأشغال الشاقة من ثلاث إلى سبع سنين"، ويبدو أن حتى هذا النص لا يستوعب حالة تراضي الأطراف على العلاقة الشاذة وبالتالي يخرج منه مفهوم اللواط المقصود كإخلال بالتزام الإخلاص من طرف الزوج، كما لم يتضمن قانون العقوبات الأردني تجريما لفعل اللواط، في حين لم يفرق المشرع العراقي في جريمة الاغتصاب بين الوطء في قبل الأنثى أو دبرها أو دبر الذكر في العقوبة، حيث نصت م 393 فقرة أ من ق.ع.ع :" يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة كل من واقع أنثى بغير رضاها أو لاط بذكر أو أنثى بغير رضاه أو رضاها"، وحسب القانون العراقي أيضا تخرج حالة تراضي الطرفين على فعل اللواط عن نص التجريم هذا.

أما المشرع السوري فقد نص في المادة 520 من ق.ع.س على أنه:" كل مجامعة على خلاف الطبيعة يعاقب عليها بالحبس حتى ثلاث سنوات"، الأمر الذي يجعل هذا النص يشمل مختلف حالات الشذوذ الجنسي الذي يخالف الفطرة الإنسانية السليمة والتي من بينها اللواط.

ليتضح بذلك أن تجريم القوانين وباختلاف صيغ نصوصها للواط جاء من حيث كون هذا السلوك الشاذ هتكا للعرض وخدشا للحياء ومنافاة للإنسانية، ولم تهتم هذه القوانين بكون هذا الفعل وقع بين شخصين أحدهما أو كلاهما متزوج أو غير متزوجين أصلا، ولعل هذا الوصف أي كون أحد أطراف هذه العلاقة الشاذة متزوج من شأنه أن يكون ظرفا مشددا تزداد بتوفره العقوبة وتشدد، لأن اللواط من شأنه أن يصرف الرجل عن المرأة إلى حد قد يعجز الرجل عن مباشرة زوجته وتتعطل بذلك أهم وظائف الزواج من استمرار للنسل و إحصان الزوجين[1]، لذلك يعتبر ممارس هذا الفعل الشاذ مقترفا لجريمة الشذوذ الجنسي ومخلا بواجب الإخلاص الذي يقتضي أن تقتصر العلاقات الجنسية للزوج على زوجته فقط دون أن تكون له علاقات مماثلة مع امرأة أخرى أو رجل آخر.

2- امتناع الزوج عن ممارسات شاذة أخرى: من بين الممارسات الشاذة التي نجد لها ذكرا في مؤلفات فقهاء الشريعة الإسلامية المتقدمين وطء البهيمة، والتي فصل الفقهاء فيما يتعلق بها من حيث وجوب الحد في إتيانها من عدم الحد، وبيان مصير البهيمة هل تذبح أم تترك، وإن كانت البهيمة مما يؤكل أم لا وفي حكم إعدامها، وأكل لحمها أو حرمة ذلك[2].

[1]- جمال عبد الرحمان اسماعيل، ولا تقربوا الفواحش، المرجع السابق، ص.76.

[2] - ينظر في تفصيل ذلك عبد الملك عبد الرحمان السعدي، العلاقات الجنسية غير الشرعية وعقوبتها في الشريعة والقانون، القسم الثاني، المرجع السابق، ص.ص 163- 172.

أما ما اتفق عليه الفقهاء بالإجماع هو حرمة وطء البهيمة لدخوله تحت عموم الآية الكريمة:"قَدْ أَفْلَحَ الْمُؤْمِنُونَ (1)... وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ (5) إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ (6) فَمَنِ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَٰلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ(7)"[1]، ولقوله ﷺ :" من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها معه"[2].

يقول ابن القيم في الجواب الكافي:" ولا ريب أن الزاجر الطبيعي عن إتيان البهيمة أقوى من الزاجر الطبيعي عن التلوط، وليس الأمر أنهما في باع الناس سواء، فإلحاق أحدهما بالآخر من أفسد القياس كما تقدم"[3]، وإتيان البهيمة يرجع بآدمية فاعله إلى الخلف وينزل بها إلى الحضيض فيجد نفسه على صلة جنسية مع بهيمة عجماء فيطؤها ويقضي شهوته منها[4].

ومن السلوكات المنهي عنها، والتي ذكرها أيضا الفقهاء المتقدمون الاستمناء، وهو طلب إخراج المني باليد مهما تعددت أسماؤه (الاستنزال ، العادة السرية)، وحكمه حرام عند الشافعية والمالكية بدون استثناء، وحرام عند الحنفية والحنابلة إلا إذا كان لضرورة كخوفه من الوقوع في الزنا أو خوفه على صحته ولم يقدر على النكاح فلا شيء عليه، ويكره عن الظاهرية لأنه ليس من مكارم الأخلاق[5]، ومن حرمة الاستمناء أوجبوا التعزير، واستدلوا بالآية الكريمة قال تعالى:" وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ (5) إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ فَمَنِ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَٰلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ "، فهذه الأية الكريمة تدل بعمومها على منع الاستمناء باليد لأن من تلذذ بيده سواء أنزل منيه بعد ذلك قد ابتغى وراء ما أحله الله من الزوجة وملك اليمين فهو من العادين بنص الآية الكريمة[6]، وتؤكد السنة النبوية هذا الحكم من وجوب التعفف بالزواج إن كان مستطاعا وإلا فالصوم هو الدواء الذي يقطع الشهوة ويكسرها، قال رسول الله ﷺ:" يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء"[7].

---

[1]- سورة المؤمنين، الآيات من 1 إلى 7.

[2]- ابن ماجه، سنن ابن ماجه، الجزء 4، ص.175، ح.رقم 2564.

[3]- ابن القيم الجوزية، الجواب الكافي لمن سأل عن الدواء الشافي، الداء والدواء، المرجع السابق، ص.176.

[4]- جمال عبد الرحمان اسماعيل، ولا تقربوا الفواحش، المرجع السابق، ص.ص96،95.

[5]- الشيرازي، المهذب، الجزء2،المرجع السابق، ص.269. أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيثمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي، الجزء1، دارإحياء التراث العربي، لبنانن د.س.ن، ص.389. الحطاب، مواهب الجليل، الجزء3، المرجع السابق، ص.166. ابن العربي، أحكام القرآن، الجزء3، المرجع السابق، ص..315. ابن حزم، المحلى بالآثار، الجزء12، المرجع السابق، ص.408. وجاء في فتاوى ابن تيمية في حكم الاستمناء:" حرام عند جمهور العلماء وأصح القولين في مذهب أحمد والآخر مكروه ونقل عن طائفة من الصحابة والتابعين إباحته للضرورة وأما بدون الضرورة فما علمت أحدا رخص فيه"، ابن تيمية، فتاوى ابن تيمية، الجزء 38، المرجع السابق، ص.229.

[6]- شرف بن علي الشريف، صيانة الإسلام للعرض والنسب، مذكرة ماجستير في الفقه وأصوله، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الملك عبد العزيز مكة، المملكة العربية السعودية، 1394هـ، ص.7.

[7]- ابن ماجة، سنن ابن ماجه، الجزء 3، المرجع السابق، ص.ص 300،299، ح.رقم 1845.

وعليه كان حكم الاستمناء باليد وحتى من قال بعدم مؤاخذة فاعله إن كانت هناك ضرورة هو التحريم، ذلك أن الضرورة هنا هي الخوف على البدن من الكبت وعلى النفس من الزنى وهذا يكون في حالة غير المتزوج، أما والشخص متزوج فمتنفسه متاح وزوجته أولى وأحق بأن يقضي شهوته وحاجته معها وبها.

فالممارسات الشاذة محرمة لأنها صرف للشهوة والحاجة الجنسية في غير مصبها الطبيعي فكان هذا الداعي أبلغ في تحريمها والنهي عنها، ومن شأن ذلك أن يهذب النفوس ويرتقي بها عن الغرائز التي تحط من قيمة الإنسان وقدره رجلا كان أو امرأة.

وعلى خلاف التشريعات الوضعية محل المقارنة انفرد المشرع السوري في المادة 520 من ق.ع.س بالنص على أنه:" كل مجامعة على خلاف الطبيعة يعاقب عليها بالحبس حتى ثلاث سنوات"، وبذلك وطبقا للقانون السوري كل ممارسة جنسية تخرج عن الطبيعة تعتبر شذوذا جنسيا يعاقب عليه القانون، وهذا ما يجعل هذا النص يستوعب كل حالات الممارسات الشاذة التي تخرج عن إطار العلاقة الزوجية الشرعية.

ثالثا: وفاء الزوجة بالتزام الإخلاص

تنفرد الزوجة فيما يتعلق بالوفاء بهذا الالتزام بأحكام خاصة بها، كونها مطالبة بالتستر والقرار في بيت زوجها دون أن نهمل أنها مطالبة هي الأخرى بالامتناع عن الممارسات الشاذة.

ومن بين ما يجب على المرأة الامتناع عن إتيانه كونها زوجة وامرأة بشكل عام أقرت الشريعة الإسلامية جملة من الضوابط من أجل المحافظة على عفة الزوجة والمرأة إجمالا، فيجب على المرأة ألا تخرج من بيت زوجها إلا بإذنه، وألا تسافر إلا مع محرم، وألا تبدي زينتها وألا تتبرج، بالإضافة إلى تحريم الخلوة بالرجال وعدم الاختلاط وعدم الخضوع بالقول وغض البصر وتحريم اللمس.

وإن كانت بعض هذه الامتناعات الواجب على الزوجة عدم إتيانها يدخل في نطاق وفائها بالتزام السكن، ونقصد هنا عدم الخروج من بيت الزوجية إلا بإذن زوجها، ورغم تناولنا لهذه المسألة هناك في التزام الزوجة بالسكن إلا أن الفقه الإسلامي جعلها مرتبطة بالتزام الإحصان أو بالإخلاص بشكل أدق، ذلك أن منهج الشارع في صون الأعراض والمحافظة عليها وقائي - وهو الأنجع- فالحرص يكون بإبعاد المرأة المتزوجة عن كل ما من شأنه أن يشكل ولو من بعيد مساسا بعفتها وشرفها، أو حتى احتمالا أو دافعا ولو بسيطا لوقوعها في الفاحشة، على عكس القوانين الوضعية التي تعاقب من تعدى على الأعراض بعد

حصول التعدي حيث لا يعود هناك فائدة من العقاب بالنسبة لمن تعرض للاعتداء على عرضه.

ولا يبدو مستساغا اعتبار خروج المرأة بدون إذن زوجها إخلالا بالتزام الإخلاص وبالأخص في حالة خروج المرأة لضرورة شرعية أو لعملها الشرعي وبصفة وهيئة شرعية، ذلك أنه من الوارد أن تكون الزوجة قد اشترطت في عقد الزواج خروجها للعمل مما يعني إسقاط إذن الزوج فتخرج دون إذنه، وهذا مالا يمكن في التزام الإخلاص والإحصان بشكل عام، فلا يمكن الاتفاق ووضع شروط تعفي أحد الزوجين من الوفاء بالتزام الإخلاص مما يجعل خروج المرأة دون إذن الزوج يدخل في الإخلال بالتزام السكن وليس إخلالا بالتزام الإخلاص، لتبقى بذلك صور أخرى تلتزم المرأة المتزوجة بالامتناع عنها وفاء منها بالتزام الإخلاص.

1- امتناع الزوجة عن الخروج متبرجة: التبرج تكلف إظهار ما يجب إخفاؤه، وأصله الخروج من البرج وهو القصر، ثم استعمل في خروج المرأة من الحشمة وإبراز مفاتنها وإظهار محاسنها[1]، والتبرج هو إظهار المرأة زينتها ومحاسنها للرجال الأجانب وهو المذموم أما التزين فهو اتخاذ الزينة وهي ما يستعمل استجلابا لحسن المنظر من الحلي وغيره، فيكون التبرج هو إظهار تلك الزينة لمن لا يحل له النظر إليها[2]، قال تعالى :" وَقُل لِّلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا ۖ وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ ۖ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ آبَاءِ بُعُولَتِهِنَّ ... وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِن زِينَتِهِنَّ ۚ "[3]..

وأما في مقدار الزينة التي لا حرج في ظهورها طبقا للآية الكريمة ، فقد ذهب فريق أول من الفقهاء إلى أن الزينة المرخص في ظهورها هي الثياب التي ترتديها المرأة وهو قول عبد الله بن مسعود ومن وافقه[4]، وذهب فريق ثان من جمهور الفقهاء إلى أن جميع المرأة عورة إلا وجهها وكفيها[5]، وعن ابن عباس في قوله تعالى:"إلا ماظهر منها" قال: وجهها وكفها والخاتم، وعن أنس بن مالك في قوله تعالى: إلا ماظهر منها: قال: المحل والخاتم، وعن سعيد بن جبير في قوله تعالى:" إلا ماظهر منها"، قال: الوجه والكفين[6]، وجاء في حديث رسول الله ﷺ قوله :" ثلاثة لا تسأل عنهم: رجل فارق الجماعة وعصى إمامه فمات

[1]- سيد سابق، فقه السنة، الجزء2، المرجع السابق، ص.209.
[2]- الموسوعة الفقهية، الجزء10، المرجع السابق، ص.ص62،61.
[3]- سورة النور، الآية 31.
[4]- ناصر الدين البيضاوي، تفسير البيضاوي، الجزء2، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1999، ص.121.
[5]- ابن قدامة المقدسي، المغني، الجزء 1، المرجع السابق، ص.431.
[6]- جلال الدين السيوطي، الدر المنثور،ط.1، الجزء 6، دار الفكر، سوريا، 1983، ص.180.

عاصيا، وأمة أو عبد أبق من سيده فمات، وامرأة غاب عنها زوجها وقد كفاها مؤونة الدنيا، فتبرجت بعده، فلا تسأل عنهم"[1].

يقول سيد سابق :" وإذا كان اتخاذ الملابس لازما من لوازم الإنسان الراقي، فإنه بالنسبة للمرأة ألزم، لأنه هو الحفاظ الذي يحفظ عليها دينها وشرفها وكرامتها وعفافها، وحياءها، وهذه الصفات ألصق بالمرأة وأولى بها من الرجل، ومن ثم كانت الحشمة أولى لها وأحق"[2].

وليس كل لباس يعتبر ساترا للعورة، إذ لا بد من توفر صفات معينة، وهي شروط الحجاب الشرعي، والتي نوردها فيما يلي:

-أن يستوعب هذا اللباس سائر جسد المرأة ويستره إلا ما استثنى ويقصد الوجه والكفين.

- أن لا يكون اللباس زينة في حد ذاته، لأن الغاية من الحجاب هو تحصيل الستر والعفاف، فإذا كان زينة مثيرة فقد تعطلت بذلك الغاية منه.

- أن يكون الباس صفيقا لا يشف، أي أن لا يكون شفافا واصفا، فلباس المرأة إذا لم يكن صفيقا فإنه يجسد جسمها ومواضع الفتنة فيه، وكذلك إذا كان شفافا فإنه يبرز لون بشرتها ويخالف الستر الذي هو غاية الحجاب ، قال رسول ﷺ:" صنفان من أهل النار لم أرهما، قوم معهم سياط كأذناب البقر، يضربون بها الناس، ونساء كاسيات عاريات، مائلات مميلات رؤوسهن كأسنمة البخت المائلة، لا يدخلن الجنة ولا يجدن ريحها وإن ريحها ليوجد من مسيرة كذا وكذا"[3].

- أن يكون اللباس فضفاضا غير ضيق، لأن اللباس الضيق يناقض الستر المقصود من الحجاب، لأن الغرض من الحجاب ليس تغطية اللحم إنما ستر الجسم ومداراة تضاريسه وانحناءاته.

- يجب ألا يكون اللباس مبخرا مطيبا، فقد نهى النبي ﷺ عن خروج المرأة متعطرة، قال ﷺ:" أيما امرأة استعطرت، فمرت على قوم ليجدوا من ريحها، فهي زانية"[4].

---

[1]- ناصر الدين االألباني، صحيح الجامع الصغير وزيادته، الجزء1، المكتب الإسلامي، لبنان، د.س.ن، ص.586، ح.رقم 3058.

[2]- سيد سابق، فقه السنة، الجزء2، المرجع السابق، ص.209.

[3]- مسلم، صحيح مسلم، الجز4، ص.2192، ح.رقم 2128.

[4]- أبو عبد الرحمان أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي، ط.2، الجزء8، مكتب المطبوعات الجامعية، سوريا، ص.153، ح.رقم 5126.

- كما يجب ألا يشبه لباس المرأة لباس الرجال لنهي الرسول ﷺ تشبه النساء بالرجال، قال ﷺ:" ليس منا من تشبه بالرجال من النساء ولامن تشبه بالنساء من الرجال"[1]، وألا تتشبه بالكافرات وألا يكون لباس شهرة ولباس الشهرة هو إشهار الثوب بين الناس للفت الأنظار[2].

ولم يأت في القوانين الوضعية محل المقارنة ذكر أو تطرق لضوابط لباس المرأة عند خروجها من بيت الزوجية مما يحيلنا إلى أحكام الشريعة االإسلامية، والتي يكون وفقها للزوج أن يلزم زوجته بالحجاب الشرعي وله أن يمنعها من الخروج إن هي رفضت الالتزام به، وتعتبر مخلة بالتزام الإخلاص الذي يفرض عليها التستر أمام الأجانب.

2- امتناع الزوجة عن السفر دون محرم: وإن كنا هنا لا نقصد إذن الزوج لزوجته بالسفر، لأنه يحرم على المرأة السفر دون إذن زوجها ولو بمحرم، ولأن سفرها أو خروجها للعمل دون إذن زوجها إنما يعتبر إخلالا بالتزام السكن ببيت الزوجية، بينما يعتبر سفرها دون محرم إخلالا بالتزام الإخلاص.

وبالنسبة لسفر الزوجة دون إذن زوجها لم تعد القوانين العربية تشترط إذن الزوج في سفر الزوجة، على غرار القانون العراقي حيث جاء في قرار قضائي صادر بتاريخ 27 جوان 2011 قضى بأن:"الزوجة تتمتع بأهلية كاملة غير منقوصة ووجود رابطة الزوجية لا يشكل امتيازا للرجل على زوجته بل الزواج رابطة انعقدت بين الزوجين على أساس التكافؤ والمساواة في الحقوق، بالإضافة إلى أن حق السفر مكفول دستوريا لكافة المواطنين ، لذلك اعتبر طلب منع الزوجة من السفر غير متوفر على أسبابه القانونية"[3]، كما أصدرت المحكمة الدستورية المصرية العليا بتاريخ 4 جانفي 2000 في القضية رقم 243 لسنة 21 قرارا ألغت فيه قرار وزير الداخلية رقم 3937 لسنة 1996 والذي يقضي باعتبار موافقة الزوج شرطا جوهريا في سفر الزوجة[4]،وكان سفر الزوجة في المغرب أيضا مقيدا برخصة من زوجها للحصول على جواز السفر، وكان قد ألغي العمل بهذه الرخصة بموجب مذكرة داخلية بعد تعديل مدونة الأحوال الشخصية المغربية سنة 1993، تقول فتيحة الشافعي معلقة على شرط موافقة الزوج عل سفر الزوجة:" ونرى ...أن موافقة الزوج وإذنه للحصول على جواز

---

[1]- ناصر الدين الألباني، كتاب صحيح الجامع الصغير وزيادته، الجزء2، المكتب الإسلامي، لبنان، د.س.ن، ص.956، ح.رقم 5433.

[2]- محمد متولي الشعراوي، الزوجة الصالحة وبناء الأسرة السعيدة، دار الروضة للنشر والتوزيع، مصر.2011، ص.ص136-137. رتيبة إزوين، الحجاب بين الشرعية والموضة، ماجستير في علم الاجتماع التربوي، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية، جامعة الجزائر، الجزائر، 2008، ص.ص53-57.

[3]- سالم رضوان الموسري، حقوق المرأة في تطبيقات القضاء العراقي، مجلة الحوار المتمدن، عدد3417، بتاريخ 5جويلية 2011، العراق، متاح على الرابط https://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=266017 ، تم الإطلاع عليه بتاريخ 30 جويلية 2022 على الساعة 09:45.

[4]- حمدي صبحي، منع الزوجة من السفر في الشريعة الإسلامية والقانون المصري، منشور بتاريخ 4 فبراير 2018، متاح على الرابط https://www.mohamah.net/law/، تم الإطلاع عليه بتاريخ، 30 جويلية 2022 على الساعة 10:20.

السفر مسألة غير قانونية...بالإضافة إلى أن المذكرة المشار إليها أعلاه تتعارض مع مبدأ قانوني هام هو حرية الأفراد في التنقل وهو مبدأ يسري على جميع المواطنين دون اعتبار لجنسهم طبقا لقانون الحريات العامة، إضافة إلى أن تنقل الزوجة وسفرها سواء داخل الوطن أو خارجه يخضع أساسا للعلاقات الطيبة والتفاهم بين الزوجين، وهو مسألة شخصية يجب تركها لهما، ولا يمكن للقانون في هذه الحالة أن يجبر الزوج على منح الإذن أو يجبر الزوجة على عدم السفر...ولعل هذه الأسباب هي التي دفعت أخيرا إلى إلغاء هذا الشرط بتنقل الزوجة..."[1].

وقد أجمع الفقهاء على حرمة سفر المرأة بدون زوج أو محرم، إذا كانت مسافة السفر تبلغ ثلاثة أيام فما فوق، لقول رسول الله ﷺ:"لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة ثلاث ليال إلا ومعها ذو محرم"[2]، واتفق الفقهاء على أن المرأة تهاجر من دار الحرب إلى دار الإسلام وإن لم يكن معها محرم، وكانت تخشى على دينها ونفسها في دار الكفر[3].

وفي سفر المرأة إن قل عن المدة المذكورة وإن كان سفرها للحج، فقال جمهور الفقهاء بعدم جواز سفر المرأة دون محرم وإن قل عن ثلاثة أيام[4] واستدلوا بحيث رسول الله صلى الله عليه وسلم :"لا يخلون رجل بامرأة إلا ومعها ذو محرم، ولا تسافر المرأة إلا ومعها ذو محرم، فقام رجل فقال: يا رسول الله إن امرأتي خرجت حاجة، وإني اكتتب في غزوة كذا وكذا، فقال: انطلق فحج مع امرأتك"[5]، وأما في سفرها للحج الفرض فاختلف الفقهاء على ثلاثة آراء، الأول قال يشترط لوجوب الحج عليها رفقة زوج أو محرم فقط، وإلى هذا ذهب الحنفية والحنابلة، وذهب الرأي الثاني إلى عدم اشتراطه لوجوب الحج فيجب عليها ولو بغير زوج أو محرم وهو رأي الظاهرية، وقال أصحاب الرأي الثالث لا يشترط الزوج أو المحرم بل يكفي أن تأمن على نفسها وبذلك قال مالك والشافعي[6].

والراجح هو وجوب سفر الزوجة مع الزوج أو المحرم فقط لأن هذا ما يقول به ظاهر النصوص الواردة في الموضوع، ولأن المرأة تحتاج إلى المحرم في ركوبها ونزولها وفي

---

[1]- فتيحة الشافعي،التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال به، المرجع السابق، ص.72.

[2]- موسى شاهين لا شين، كتاب فتح المنعم شرح صحيح مسلم، ط.1، دار الشروق، مصر، 2002، ص.390، ح.رقم 282.

[3]- أبو عبد الله مصطفى بن العدوي، كشف المبهم عن حكم سفر المرأة بدون زوج أو محرم، ط.1، دار ابن القيم، المملكة العربية السعودية، 1987، ص.22.

[4]- ابن قدامة، المغني، الجزء3، المرجع السابق، ص.230. النووي، شرح مسلم، الجزء9، المرجع السابق، ص.104. ابن حزم، المحلى بالآثار، الجزء5، ص.ص24 -25..

[5]- البخاري، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، الجزء 4، ص.90، ح.رقم 1763.

[6]- ابن قدامة، المغني، الجزء3، ص.229. ابن حزم، المحلى بالآثار، الجزء 5، ص.25- 26. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، الجزء2، ص.216- 217..

مرضها وفي تيسير معاملاتها وحجها وسفرها، فهي وإن أمنت مع الرفقة أو النساء على عرضها، فإن هذه الأمور لا يقوم بها إلا الزوج أو المحرم[1].

3- امتناع الزوجة عن الخلوة والاختلاط بالأجانب: والمقصود بالخلوة هنا الخلوة غير الشرعية، وهي اجتماع رجل أجنبي بامرأة أجنبية بدون وجود محرم لها[2]، واتفق الفقهاء على حرمة خلوة الرجل بالمرأة الشابة الأجنبية إلا لضرورة أو لحاجة[3]، لقوله تعالى:"وَإِذَا سَأَلْتُمُوهُنَّ مَتَاعًا فَاسْأَلُوهُنَّ مِن وَرَاءِ حِجَابٍ ۚ ذَٰلِكُمْ أَطْهَرُ لِقُلُوبِكُمْ وَقُلُوبِهِنَّ ۚ"[4]، والآية دلت على أن الرجل إذا كان له حاجة عند المرأة الأجنبية وأراد أن يسأل عنها، وجب عليه أن يسأل من وراء ساتر وذلك أحصن لقلوب الرجال والنساء، وقد يقال أن هذا الأمر خاص بنساء النبي ﷺ والجواب أن الله تعالى إذا حرم الخلوة والاختلاط بنساء الرسول ﷺ فمن باب أولى حرمة الخلوة والاختلاط بالنساء الأجنبيات، لأن الفتنة واردة[5].

ومن السنة النبوية في تحريم الخلوة بالمرأة الأجنبية قال رسول الله ﷺ :" لا يخلون رجل بامرأة إلا ومعها ذو محرم..."[6]، وقوله ﷺ:" إياكم والدخول على النساء، فقال رجل من من الأنصار: يارسول الله أفرأيت الحمو، قال ﷺ: الحمو الموت"[7].

والخلوة تنتفي بوجود صبي مميز أو امرأة أخرى أو رجل آخر ليسوا من أهل الريبة، وتنتفي الخلوة أيضا بأن يكون المكان مفتوحا بحيث يكثر الداخل والخارج ومثل ذلك المكاتب المفتوحة مع كثرة المراجعين والداخلين إليها وكذلك المحلات المزدحمة[8].

ومن بين صور الخلوة بين الرجل والمرأة التي أفتي في حرمتها الخلوة في المصعد الكهربائي، كونه مكان ضيق لا يرى من بداخله غالبا ويمثل مكانا تتحقق فيه شروط الخلوة، والخلوة في التعليم فلا يجوز للرجل أن يخلو بامرأة أجنبية عنه ولو كان ذلك لغرض التعليم، حتى لو كان لتعليم القرآن أو للدعوة إلى الله، وأيضا الخلوة في العمل، حيث ذكر أهل العلم تحريم انفراد أجنبيين في مكان يخفى فيه منظرهما وصوتهما على الناس وقيد بعضهم ذلك بالأمن من دخول ثالث عليهما، واختلف الفقهاء في تحقق الخلوة في السيارات الخاصة

---

[1]- عبد الملك عبد الرحمان السعدي، العلاقات الجنسية غير الشرعية وعقوبتها في الشريعة والقانون، القسم الأول، المرجع السابق، ص.304.

[2]- سمر محمد أبو يحيى، أحكام الخلوة في الفقه الإسلامي، دار البازوردي، الأردن، 1997، ص.18.

[3]- ابن عابدين، رد المحتار، الجزء6، ص.368.الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر سيدي خليل، الجزء2، المرجع السابق، ص.526. النووي، المجموع شرح المهذب، الجزء7، دار الفكر، مصر، د.س.ن، ص.ص 86-87. ابن قدامة، المغني، الجزء 7، المرجع السابق، ص.102.

[4]- سورة الأحزاب، الأية 53.

[5]- سمر محمد أبو يحيى، أحكام الخلوة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.25.

[6]- سبق تخريج الحديث.

[7]- البخاري، صحيح البخاري، الجزء3، ص.395، ح.رقم 5232.

[8]- هبة حلمي الجابري، إطلالة فقهية على أحاديث الأربعين النووية، ص.16، متاح على الرابط -noor book.com/grs3zt، تم الأطلاع عليه بتاريخ 29 جويلية 2022 على الساعة 09:55.

وسيارات الأجرة، فقال الشيخ ابن باز:" ركوب المرأة مع السائق وحدها لا يجوز، لأنه من الخلوة، ولو كان يذهب بها من مكان إلى مكان، لأن هذا يعتبر خلوة وفي إمكانه الذهاب بها إلى حيث يشاء، وفي إمكانه التحدث معها فيما يريد، فلا يجوز لها أن تذهب مع السائق وحدها، بل يجب أن يكون معهم ثالث أخوها أو أختها أو أمها... حتى تزول الخلوة"، وقال البعض إذا أمنت الفتنة والريبة في السيارة وكان يرى ما بداخاها وكانت السيارة تسير في طرق مليئة بالسيارات والمارة...فإن هذا ليس من الخلوة، وإن كان الأولى البعد عن مواطن الشبهات واستخدام وسائل النقل العمومية[1].

أما الاختلاط فهو عامة يعرف على أنه "ضم الشيء إلى الشيء، وقد يمكن التمييز بينهما كما في الحيوانات، وقد لا يمكن كما في المائعات فيكون مزجا"[2]، أما الاختلاط المقصود هنا فهو اجتماع الرجال والنساء في مكان واحد ومزاحمة بعضهم لبعض كالاختلاط في المحلات التجارية والشركات والمصانع وفي ميادين العمل بالدوائر الرسمية والجامعات، لأن الله عز وجل جبل الرجال على القوة والميل إلى النساء، وجبل النساء على الميل للرجال مع وجود ضعف ولين، وقد سد الشارع الأبواب المفضية إلى تعلق من أفراد النوعين بالآخر[3]، وفي تفسير الآية:**"**وَلَا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ**"**[4]، يقول سيد قطب:" ولأن هذه الفواحش ذات إغراء وجاذبية، كان التعبير "ولا تقربوا" للنهي عن مجرد الاقتراب سدا للذرائع، واتقاء للجاذبية التي تضعف معها الإرادة..لذلك حرمت النظرة الثانية - بعد الأولى غير المتعمدة- ولذلك كان الاختلاط ضرورة تتاح بقدر الضرورة، ولذلك كان التبرج - حتى بالتعطر في الطريق- حراما، وكانت الحركات المثيرة والضحكات الكثيرة والإشارات المثيرة ممنوعة في الحياة الإسلامية النظيفة..فهذا الدين لا يريد أن يعرض الناس للفتنة ثم يكلف أعصابهم عنتا المقاومة، فهو دين وقاية قبل أن يقيم الحدود ويوقع العقوبات..."[5].

وقد جاءت الأحاديث النبوية الشريفة مبينة لحكم الاختلاط بين الرجال والنساء حتى في أداء العبادات، فخصص رسول الله ﷺ بابا في المسجد تدخل النساء وتخرج منه، عن نافع عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ:" لو تركنا هذا الباب للنساء"، قال نافع: فلم يدخل منه ابن عمر حتى مات"[6]، وفي اختلاط الرجال بالنساء في الطريق بعد خروجهم من المسجد قال قال رسول الله ﷺ للنساء :"استأخرن فإنه ليس لكن أن تحققن الطريق، عليكن بحافات

---

[1]- هبة حلمي الجابري، إطلالة فقهية على أحاديث الأربعين النووية، ، المرجع السابق، ص.ص 16-17.

[2]- الموسوعة الفقهية، الجزء2، المرجع السابق، ص.289.

[3]- هبة حلمي الجابري، إطلالة فقهية على أحاديث الأربعين النووية، المرجع السابق، ص.12. عبد الملك عبد الرحمان السعدي، العلاقات الجنسية غير الشرعية وعقوبتها في الشريعة والقانون، القسم الأول، المرجع السابق، ص.311.

[4]- سورة الأنعام، الآية 151.

[5]- سيد قطب، في ظلال القرآن، الجزء 8، ط.32، دار الشروق، مصر، 2003، ص.1232.

[6]- أبو داود، سنن أبي داود، الجزء 1، المرجع السابق ص.347، ح.رقم 462.

الطريق" وكانت المرأة تلتصق بالجدار حتى أن ثوبها ليتعلق بالجدار من لصوقها به[1]، كما جعل النبي ﷺ صفوف النساء في الصلاة إذا حضرنها خلف صفوف الرجال:" يقول رسول الله ﷺ :"خير صفوف الرجال أولها وشرها آخرها، وخير صفوف النساء آخرها وشرها أولها"[2].

على أنه قد تدعو الحاجة إلى الاختلاط ويشق التحرزمنه فكان له بذلك شروطا وهي، أن يخلو من تبرج المرأة وكشف مالا يجوز كشفه، وأن يخلو من النظر إلى مالا يجوز النظر إليه، وألا تخضع فيه المرأة بالقول وألا يكون مع خلوة، وألا تظهر فيه حالة من الإثارة للرجال من تعطر واستعمال لأدوات الزينة، وألا تزال فيه الحواجز الجنسية حتى يتجاوز الأمر حدود الأدب، وأن يخلو من مس أحد الجنسين للآخر فلا تجوز المصافحة وأن يخلو من تلاصق الأجسام عند الإجتماع[3].

وهذه الأحكام متعلقة بالنساء متزوجات كن أو غير متزوجات، وإن كانت المرأة المتزوجة أولى بالتشدد في الامتناع عن هذه المحاذير والتقيد بهذه الأحكام لتقرر حق زوجها عليها بالإخلاص له وصيانة عرضه وشرفه.

4- امتناع الزوجة عن النظرة والملامسة والخضوع بالقول: جاء في سورة النور قوله عز وجل:" قُل لِّلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ..."[4]، وقدم الله عز وجل غض البصر على حفظ الفرج لأن النظر بريد الزنى ورائد الفجور، والبلوى فيه أشد وأكثر ولا يكاد يقدر على الاحتراز منه، وهو الباب الأكبر إلى القلب وأعمد طرق الحواس إليه ويكثر السقوط من جهته[5]، وغض البصر هو ترك التحديق واستيفاء النظر، أما غض البصر البصر الذي حث عليه الشرع، هو غض البصر عن الحرام خوفا من الله تعالى وعقابه وامتثالا لأمره[6].

وعضدت السنة النبوية الشريفة ماجاء في القرآن الكريم في غض البصر، فعن جبير رضي الله عنه قال: سألت رسول الله ﷺ عن نظرة الفجأة؟ فقال: "اصرف نظرك"[7]، وقال ﷺ

---

[1]- أبو داود، سنن أبي داود، الجزء 1، المرجع السابق، الجزء7، ص.543، ح.رقم 5272.
[2]- مسلم، صحيح مسلم، الجزء 1، المرجع السابق، ص.326، ح.رقم 440.
[3]- هبة حلمي الجابري، إطلالة فقهية على أحاديث الأربعين النووية، المرجع السابق، ص.14.
[4]- سورة النور، الآية 31.
[5]- أبو حيان الأندلسي، تفسير المحيط، الجزء 6، دار الكتب العلمية، لبنان، 1993، ص.419.
[6]- محمد براء ياسين، فضل غض البصر، شبكة الألوكة، 1437هـ، متاح على الموقع www.alukah.net تم الإطلاع عليه بتاريخ 31جويلية 2022 على الساعة 10:30.
[7]- النووي، صحيح مسلم بهامش النووي، الجزء 14، المرجع السابق، ص.36.

ﷺ :" يا علي لا تتبع النظرة، فإن لك الأولى وليس لك الآخرة"[1]، وقال ﷺ:" النظرة سهم مسموم من سهام إبليس فمن تركها خوفا من الله أتاه الله إيمانا يجد حلاوته في قلبه"[2].

ولأن اللمس أغلظ من النظر فقد اتفق الفقهاء على حرمة مس المرأة الأجنبية وتقبيلها أو معانقتها، قال رسول الله ﷺ:" من مس كف امرأة ليس فيها سبيل، وضع على كفه جمرة يوم القيامة"[3]، وقال ﷺ:" لأن يطعن في رأس أحدكم بمخيط من حديد خير له من أن يمس امرأة لا تحل له"[4].

وجاء في سورة الأحزاب قوله عز وجل:" يَا نِسَاءَ النَّبِيِّ لَسْتُنَّ كَأَحَدٍ مِّنَ النِّسَاءِ ۚ إِنِ اتَّقَيْتُنَّ فَلَا تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ فَيَطْمَعَ الَّذِي فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ وَقُلْنَ قَوْلًا مَّعْرُوفًا"[5]، ويقول سيد قطب قطب في تفسير هذه الآية:" ينهاهن حين يخاطبن الأغراب من الرجال أن يكون في نبراتهن ذلك الخضوع اللين الذي يثير شهوات الرجال، ويحرك غرائزهم، ويطمع مرضى القلوب ويهيج رغباتهم...ولكن الله الذي خلق الرجال والنساء يعلم أن في صوت المرأة حين تخضع بالقول وتترقق في اللفظ، ما يثير الطمع في القلوب...وأن القلوب المريضة التي تثار وتطمع موجودة في كل عهد، وفي كل بيئة، وتجاه أي امرأة، ولو كانت هي زوج النبي الكريم، وأم المؤمنين...فكيف بهذا المجتمع الذي نعيش فيه اليوم"[6].

وبذلك فإن كلام المرأة عموما والمتزوجة خصوصا يجب أن يتم وفق ضوابط وهي أن يكون الكلام لحاجة وتقدر الحاجة بقدرها، ولا يجوز التوسع في الكلام والانبساط فيه لغير حاجة حقيقية، وألا يكون في الكلام خضوع ولين وتكسير وإيماء وهزل حتى لا يكون مدخلا إلى تحريك الغرائز وإثارة الشهوات، وأن يكون الكلام في المعروف في غير المحرم شرعا[7].

---

[1]- أبو بكر البيهقي، سنن البيهقي، الجزء 14، ط.1، مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، مصر، 2011، ص.36. ح.رقم 13646.

[2]- العراقي وابن السبكي والزبيدي، تخريج أحاديث إحياء علوم الدين، دار العاصمة للنشر، المملكة العربية السعودية، 1987، ص.611.

[3]- عبد الرحمان شيخي زادة، كتاب مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، الجزء2، دار إحياء التراث العربي، لبنان، د.س.ن، ص.540.

[4]- ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، الجزء1، دار السلام للطبع، مصر، 2002، ص.447، ح.رقم 226.

[5]- سورة الأحزاب، الآية 32.

[6]- سيد قطب، في ظلال القرآن، المجلد الخامس، الجزء22، ص.2859.

[7]- هبة حلمي الجابري، إطلالة فقهية على أحاديث الأربعين النووية، المرجع السابق، ص.29.

المبحث الثاني

التزام المعاشرة بالمعروف

شرع الزواج ليدوم حياة الزوجين، ولا يتأتى هذا الدوام إلا بالعشرة الحسنة أو ما اصطلح على تسميته المعاشرة بالمعروف، وتكون بذلك المعاشرة بالمعروف من أهم أسباب دوام المودة والألفة بين الزوجين، والتي تجعل بيت الزوجية سكنا ورحمة وعشا صالحا لتربية الأبناء بحيث ينعمون فيه براحة البال ودفء وحنان الأسرة، مما يهيء لهم فرصة النمو السليم بعيدا عن الاضطرابات والأمراض النفسية[1].

ولأنه لا أقرب من الزوجين في علاقتهما ببعضهما البعض وجب بذلك أن تكون هناك معاشرة حسنة بالمعروف، فإن لم تكن أضحت حياتهما شد وتوتر واضطراب واحتكاك مؤذي وجارح لكلا الطرفين، والذي بدوره يؤثر على الأسرة ككل وبذلك تظهر أهمية هذا الالتزام كضابط لمساكنة تدوم هادئة مستمرة.

وسنحاول من خلال هذا المبحث التطرق لمضمون التزام المعاشرة بالمعروف بما يحتويه ويتضمنه من تفاصيل، سبقت إلى بيانها شريعتنا الغراء في كتاب الله عز وجل وسنة نبيه ﷺ، ونصت على بعضها قوانيننا الوضعية محل المقارنة وهذا في المطلب الأول، لنتطرق في المطلب الثاني إلى كيفية الوفاء بالتزام المعاشرة بالمعروف وما يجب على كلا الزوجين القيام به في سبيل أن يطمئن عيشهما وتستمر علاقتهما عمرا مكونة أسرة صالحة ناجحة تشكل لبنة سليمة في بناء هذا المجتمع.

المطلب الأول

مضمون التزام المعاشرة بالمعروف

تطرق فقهاء الشريعة الإسلامية إلى المعاشرة بالمعروف وأفردوا لها فصولا في كتاباتهم، لأنهم أدركوا أنها قوام الزواج وعماده والسبيل الوحيد لدوام الأسرة واستمرارها، فبينوا آدابها وصورها ومرجعهم في ذلك القرآن الكريم وسنة رسول الله ﷺ في تعامله مع زوجاته أمهات المؤمنين.

بينما اكتفى فقهاء القانون وهم بصدد الحديث عن التزام المعاشرة بالمعروف بالاختصار رغم أهمية هذا الالتزام من المساكنة بين الزوجين والزواج ككل، وربما يرجع ذلك لأن الشريعة الإسلامية كفت ووفت في هذا الخصوص.

[1]- محمد يعقوب محمد الدهلوي، حقوق المرأة الزوجية والتنازل عنها، ط.1، دار الفضيلة، المملكة العربية السعودية، 2002، ص.201.

لذلك سنتطرق أولا لمضمون التزام المعاشرة بالمعروف في الشريعة الإسلامية باعتبار الثراء والتفصيل الوارد فيها بخصوص هذا الالتزام (فرع أول)، لنتطرق بعد ذلك لالتزام المعاشرة بالمعروف في القوانين الوضعية محل المقارنة (الفرع الثاني)، لنبين بعد ذلك أن مفهوم المعاشرة بالمعروف في القوانين الوضعية يمتد ليشمل التزامات أخرى وضعها مشرعي هذه القوانين على عاتق الزوجين(الفرع الثالث)..

الفرع الأول

التزام المعاشرة بالمعروف في الشريعة الإسلامية

إن مبلغ المعاشرة بالمعروف من الزواج كبير وتأثيرها عليه لا يخفى، فإن جعلها الزوجان قانونهما في العلاقة الزوجية انعكست آثارها عليه طيبة ليتحقق السكن وتتجسد المودة والرحمة التي هي ركائز هذا الميثاق الغليظ، لذلك كان التركيز والتخصيص بالذكر من طرف فقهاء الشريعة الإسلامية على هذا الالتزام لإدراكهم أن المعاشرة بالمعروف عماد الزواج وأساسه.

أولا: معنى المعاشرة بالمعروف

العشرة في اللغة اسم من المعاشرة والتعاشر وهي المخالطة، والعشير القريب والصديق وعشير المرأة زوجها لأنه يعاشرها وتعاشره[1]، وفي الحديث قول رسول الله صلى الله عليه وسلم:" ...إني رأيتكن أكثر أهل النار، فقيل لما يا رسول الله؟، قال : تكثرن اللعن وتكفرن العشير"[2].

وقال ابن العربي في تفسير قوله تعالى:" وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ "[3]:"وحقيقة "عشر" في اللغة التمام والكمال، ومنه العشيرة، فإنه بذلك كمال أمرهم وصح استبدادهم عن غيرهم، وعشرة تمام العقد في العدد، ويعشر المال لكمال نصابه، فأمر الله سبحانه وتعالى الأزواج إذا عقدوا على النساء أن يكون أدمة مابينهم وصحبتهم على التمام والكمال، فإنه أهدأ للنفس وأقر للعين، وأهنأ للعيش"[4].

ومعنى العشرة بالمعروف التي أمر الله تعالى بها الأزواج في قوله تعالى:" وعاشروهن بالمعروف" هو أداء الحقوق كاملة للمرأة مع حسن الخلق مع المصاحبة[5]،

---

[1] - الموسوعة الفقهية، الجزء 30، المرجع السابق، ص.119.

[2] - البخاري، صحيح البخاري، الجزء1، المرجع السابق، ص.68، ح.رقم 304. مسلم، صحيح مسلم، الجزء1، المرجع السابق، ص.ص.86-87، ح.رقم 79.

[3] - سورة النساء، الآية 19.

[4] - أبو بكر بن العربي المالكي، أحكام القرآن، القسم الأول، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص.468.

[5] - الموسوعة الفقهية، الجزء30، ص.121.

والمراد بالمعاشرة بالمعروف أن يقوم الزوج بأداء كل حق مادي ومعنوي للزوجة على الوجه المطلوب وبنفس راضية وأن يعامل زوجته معاملة إنسانية كريمة، كما أمرت بذلك الشريعة الإسلامية وليس معنى هذا أن المعاشرة بالمعروف مطلوبة من الزوج فقط رغم أن الله سبحانه وتعالى في الآية الكريمة "وعاشروهن بالمعروف" يقصد الأزواج[1]، إذ يقول الله عز وجل في محكم تنزيله:" ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف "، يقول ابن قدامة في تفسير هذه الآية:" التماثل هاهنا في تأدية كل واحد منهما ما عليه من الحق لصاحبه، ولا يمطله، ولا يظهر الكراهة، بل ببشر وطلاقة، ولا يتبعه أذى ولا منة، لقوله تعالى "وعاشروهن بالمعروف" وهذا من المعروف ويستحب لكل واحد منهما تحسين الخلق مع صاحبه والرفق به واحتمال أذاه"[2].

ولعل من الأمور المهمة التي تستلزمها المعاشرة وتغيب عن كثير من الأزواج هي النية الصالحة، وفي هذا الصدد يقول الأستاذ الشنقيطي:" لن يستطيع الرجل أن يعاشر امرأته بالمعروف ولن تستطيع المرأة أن تعاشر زوجها بالمعروف إلا إذا غيب كل منهما نية صالحة، وهذا هو الذي عناه الله عز وجل بقوله:"وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ "[3]، فإن أراد الإنسان أن يمسك زوجته فلتكن نيته صالحة تجاهها، ولذلك قال العلماء ماغيب في سريرته وقلبه أمر - خيرا كان أو شرا- إلا أظهره الله في فلتات لسانه، فالذي ينوي الخير لامرأته ويتزوج المرأة أو يردها لعصمته وفي قلبه أن يحسن إليها وأن يعاشر بمعروف وفقه الله وسدده...فأول ما يوصى به من أراد أن يعاشر بالمعروف النية الصالحة، وكان بعض العلماء يقول أنه ينبغي للزوج أن يجدد نيته كل يوم حتى يعظم الله أجره وثوابه، وإذا غيب الخير أظهره الله في أقواله وأفعاله، وهكذا المرأة تغيب في قلبها نية الخير للزوج، وما إن تتغير هذه النية حتى يغير الله ما بالزوجين"[4].

وذكر العلماء كثيرا من مظاهر المعاشرة بالمعروف استنادا إلى أمر المولى عز وجل بالمعاشرة بالمعروف، من ذلك ما يتعلق بالحقوق المادية للزوجة من المهر والنفقة ومنها ما يتعلق بالحقوق المعنوية[5]، قال الشافعي في ذلك:" وأقل ما يجب في أمره بالمعاشرة بالمعروف أن يؤدي الزوج إلى زوجته ما فرض الله لها عليه من نفقة وكسوة وترك ميل

[1] - محمد يعقوب محمد الدهلوي، حقوق المرأة الزوجية والتنازل عنها، المرجع السابق، ص.203.
[2] - ابن قدامة، المغني، الجزء7، ص.293.
[3] - سورة البقرة، الآية 231.
[4] - محمد مختار الشنقيطي، كتاب فقه الأسرة، المكتبة الشاملة المدنية، الجزء5، ص.4، متاح على الرابط: http://al-maktaba.com.org.book/7698/54 #p3. تم الإطلاع عليه بتاريخ 20 ديسمبر 2021 على الساعة 17:10.
[5] - نور الدين أبو لحية، الحقوق المادية والمعنوية للزوجة برؤية مقاصدية، المرجع السابق، ص.347.

ظاهر، فإنه يقول تعالى:" وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ ۖ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ ۚ "[1] وجماع المعروف إتيان ذلك بما يحسن له ثوابه وكف المكروه"[2].

ويقول الأستاذ نور الدين أبو لحية أن حسن العشرة أو المعاشرة بالمعروف إذا ما استثنينا الحقوق المادية لها ركنان أساسيان، وقد وردت الإشارة إليهما في قوله عز وجل:" وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ "[3]، وقد قيل في معناها أقوال كثيرة ابتعد بعضها حين حصرها فقال مودة بالمجامعة ورحمة بالولد، ومن الأقوال المحصورة أيضا أن المودة للشابة والرحمة للعجوز، والمودة والرحمة أمران يفضي أحدهما للآخر، والمودة تكون أولا ثم إنها تفضي إلى الرحمة، ولهذا فإن الزوجة قد تخرج عن محل الشهوة بكبر أو مرض ويبقى قيام الزوج بها رحمة بها، والنص القرآني يحتمل مع هذه التفاسير جميعا التعبير عن الأسس التي تقوم عليها المعاشرة الزوجية مع الصغيرة والكبيرة والولود والعقيم، فالمودة لها جوانبها الخاصة بها في هذه العشرة والرحمة لها جوانبها الخاصة بها، فلا ينفي أحدهما الآخر[4].

ويقول الفخر الرازي في تفسير الآية 21 من سورة الروم أعلاه :" فكذلك لأن الإنسان يجد بين القرينين (الزوجين) من التراحم مالا يجده بين ذوي الأرحام وليس ذلك لمجرد الشهوة فإنها قد تنتفي وتبقى الرحمة فهو من الله ولو كان بينهما مجرد الشهوة والغضب كثير الوقوع وهو مبطل للشهوة و الشهوة غير دائمة في نفسها لكان كل ساعة بينهما فراق وطلاق فالرحمة التي بها يدفع الإنسان المكاره عن حريم حرمه هي من عند الله ولا يعلم ذلك إلا بفكر"[5].

ثانيا: السند الشرعي للمعاشرة بالمعروف

جاءت الآيات القرآنية والسنة النبوية تأمر بحسن المعاشرة بين الزوجين بصريح النص، قال الله تعالى "وعاشروهن بالمعروف"، وهو أمر للأزواج بعشرة الزوجات بالمعروف، قال ابن كثير في تفسير هذه االآية:"أي طيبوا أقوالكم لهن، وحسنوا أفعالكم وهيئاتكم بحسب قدرتكم كما تحب ذلك منها، فافعل أنت بها مثله[6]، كما قال تعالى:" وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ۗ "[7].

---

[1] - سورة النساء، الآية 139.
[2] - محمد بن إدريس الشافعي، الأم، الجزء6، ط.1، دار الوفاء للطباعة والنشر، مصر، 2001، ص.273.
[3] - سورة الروم، الآية 21.
[4] - نور الدين أبو لحية، الحقوق المادية والمعنوية للزوجة برؤية مقاصدية، المرجع السابق، ص.ص348- 349.
[5] - محمد الرازي فخر الدين، تفسير الفخر الرازي(التفسير الكبير ومفاتيح الغيب)، الجزء25، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1981، ص.112.
[6] - أبو الفداء اسماعيل بن كثير، تفسير القرآن العظيم، الجزء2، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1419هـ، ص.212.
[7] - سورة البقرة، الآية 228.

وقال تعالى في سورة الروم :" وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً"، فليتتحقق السكن في معناه الروحي بين الزوجين جعل الله بينهما رابطي المودة والرحمة على نحو ما بيناه سابقا.

ويقول تعالى:" فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَن تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا"، أي فعسى أن يكون صبركم مع امساككم لهن وكراهتهن فيه خير كثير لكم في الدنيا والآخرة، كما قال ابن عباس في هذه الآية : هو أن يعطف عليها فيرزق منها ولدا، ويكون في ذلك الولد خير كثير"[1].

ومما جاء في السنة النبوية الشريفة وأدلتها في المعاشرة بالمعروف الكثير، فحياة الرسول ﷺ مع زوجاته ومعاملته لهن تزخر بالشواهد والآثار التي تدل على حسن معاملته لهن وترفقه بهن، قال رسول الله ﷺ:" خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلي"[2]، ووصى النبي ﷺ الأزواج بالصبر على عوج أخلاق الزوجات، مبررا ذلك بأنه مما فطرت عليه النساء[3]، قال رسول الله ﷺ:" واستوصوا بالنساء، فإن المرأة خلقت من ضلع، وإن أعوج شيء في الضلع أعلاه، إن ذهبت تقيمه كسرته، وإن تركته لم يزل أعوج، استوصوا بالنساء خيرا"[4].

وحتى حين يتكدر صفاء الحياة الزوجية فعلى الزوج أن يحفظ لزوجته حقها في حسن المعاشرة بالمعروف، وإن رأى منها ما يكره فلا يفركها ولا يسيء إليها[5]، كما أخبر بذلك النبي ﷺ :" لا يفرك مؤمن مؤمنة إن كره منها خلقا رضي منها آخر"[6].

كما أوصى النبي ﷺ في حجة الوداع، فقال ﷺ:" استوصوا بالنساء خيرا، فإنهن عندكم عوان ليس تملكون منهن غير ذلك إلا أن يأتين بفاحشة مبينة فإن فعلن فاهجروهن في المضاجع واضربوهن ضربا غير مبرح، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا، أن لكم من نسائكم حقا، ولنسائكم عليكم حقا، فأما حقكم على نسائكم فلا يوطئن فرشكم من تكرهون، ولا يأذن في بيوتكم لمن تكرهون، ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن في كسوتهن وطعامهن"[7].

---

[1] - ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، الجزء2، المرجع السابقن ص.212.

[2] - أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة، سنن الترمذي، تحقيق ابراهيم عطوة عوض،الجزء5، ط.2، ملتزم للطباعة والنشر، سوريا،1975، ص.709، ح.رقم3896.

[3]- وفاء بوكروشة، حق الزوجة في المعاشرة بالمعروف، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد12، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، الجزائر، 2014، ص.45.

[4]- مسلم، صحيح مسلم، الجزء2، ص.1091، ح.رقم 1468.

[5] - عبد المنعم النعيمي، الحقوق المشتركة بين الزوجين في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص.449.

[6] - مسلم، صحيح مسلم، الجزء2، ص.1092، ح.رقم 1469.

[7] - ابن ماجه، سنن ابن ماجه، الجزء1، المرجع السابق،ص.594، ح.رقم 1851.

فصيغة الأمر واضحة في الآيات الكريمة "وعاشروهن بالمعروف" وهو دليل على وجوب معاشرة الزوجة بالمعروف، وأمر رسول الله ﷺ بالاستيصاء بالنساء خيرا، ومعاشرتهن بالمعروف من الاستيصاء بهن خيرا[1].

ثالثا: معيار المعاشرة بالمعروف

إن المقياس الذي تقاس به عشرة الزوجين وإن كانت حسنة أو غير ذلك هو المعروف، أي أن تكون هذه المعاشرة بالمعروف، والمعروف هو كل ما يحسن في الشرع وخلافه المنكر[2]، والمعروف أيضا هو ما عرفه الشرع الحنيف وقبله العقل الصحيح ولاءم الفطرة السليمة، وهو قاعدة شرعية هامة لا غنى للإنسانية عنها في مختلف مظاهرها الحياتية ومنها الحياة الزوجية، وقد ورد ذكر المعروف في نحو ثمان وثلاثين موضعا في القرآن الكريم منها ماذكر مقترنا بالحياة الزوجية ولا سيما اقترانه بحسن المعاشرة ومعاملة الزوجات سواء في حالة زواجهن و إسكانهن وما يفرضه ذلك من حقوق وواجبات، أو في حالة العزم على الطلاق والتسريح وما يلحقه من تبعات[3].

إن المعروف في قول الله عز وجل :"وعاشرهن بالمعروف" أي عاشرهن بالمعروف شرعا وعرفا ومروءة، أي ليعاشر كل من الزوجين الآخر بما هو واجب في الشريعة الإسلامية من حسن العشرة قولا وفعلا وبذلا، لينا في القول من كل منهما للآخر، ومعاملة حسنة وصحبة جميلة وبذلا للحقوق، كالنفقة والكسوة والمسكن من الزوج والخدمة والطاعة من الزوجة، وكفا للأذى من الجانبين[4].

والضابط في المعروف الذي تعرفه النساء وتألفه طباعهن ولا يستنكر شرعا ولا عرفا ولا مروءة، وبذلك يكون التضييق في النفقة والإيذاء بالقول أو الفعل وكثرة العبوس وتقطيب الوجه عند اللقاء، كل ذلك ليس من المعروف ويتنافى مع المعاشرة بالمعروف[5]، والمعروف بهذا المفهوم يكون متغيرا بتغير الأحوال والظروف والعصور، فالمخالطة والمصاحبة والعيش مع النساء يكون بما هو معروف بين أفراد المجتمع، ولم يعين الله سبحانه وتعالى كيفية ذلك ليكون العرف الذي هو شائع في كل عصر وزمان هو المعتمد في ذلك[6].

---

[1] - محمد يعقوب محمد الدهلوي، حقوق المرأة الزوجية والتنازل عنها، المرجع السابق، ص.207.
[2] - محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، التعريفات الفقهية، ط.1، دار الكتب العلنمية، لبنان، 2003، ص.211.
[3] - عبد المنعم نعيمي، الحقوق المشتركة بين الزوجين في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص.446.
[4] - سليمان بن ابراهيم اللاحم، وجوب أداء حقوق النساء ومعاشرتهن بالمعروف، دار العاصمة،/ المملكة العربية السعودية، د.س.ن، ص.ص23-24.
[5] - وفاء بوكروشة، حق الزوجة في المعاشرة بالمعروف، المرجع السابق، ص.44.
[6] عبد الأعلى الموسوي السبزواري، مواهب الرحمان في تفسير القرآن، الجزء7، ط.5، دار التفسير، العراق، 2010، ص.399.

ويؤكد الأستاذ الخمليشي ذلك في قوله:" إن مقياس الحقوق والواجبات الواردة في الآيات الكريمة هو ما يتعارف عليه الناس ويتقبلونه ولا يستنكره الضمير الجماعي الواعي المتبصر، والنتيجة الحتمية لهذا أن تطبيق تلك الأحكام ينبغي أن يساير تطور ظروف الحياة ومفاهيم التنظيم الاجتماعي التي لا تخرج عن المبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية... ويكفي أن نتأمل قوله تعالى:" ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف" لنرى الأسلوب البليغ والمعجز الذي تنظم به علاقة الرجل بالمرأة، فالرجل والمرأة متساويان في الحقوق والالتزامات، وهذه المساواة تحدد مقاييسها بـ "المعروف" المرتبط بالاستعدادات الطبيعية لكل من الرجل والمرأة، والمرتبط بواقع المجتمع وتطور أنظمته وتغير وسائله وأساليب حياته...إن استعمال "المعروف" في هذه الآية وفي الآيات الأخرى يؤكد بصورة غير قابلة للجدل أن وضعية المرأة داخل الأسرة، وبالتالي داخل المجتمع، لا تحكمها قواعد جامدة، وإنما تخضع لأحكام يدخل عليها العرف وتطور الحياة الاجتماعية الكثير من المرونة والمد والجزر"[1].

وبذلك يكون المعروف المقترن بالمعاشرة ومقياس الوفاء بها هو معيار ذاتي يكون المعتبر فيه حال الزوجين والمحيط الذي يعيشان فيه أو ما يمكن أن نسميه الظروف المحيطة بهما، فالمعروف المطلوب في معاشرة زوجة مريضة ليس ذاته المطلوب مع زوجة بصحة جيدة، والمعروف المطلوب في نفقة زوج ميسور الحال ليس ذاته مع زوج معسر وهكذا.

وليس حسن المعاشرة إجابة الزوجة زوجها إذا دعاها أو قيامها بإعداد الطعام واللباس ولا بالنفقة عليها من طعام وكسوة وسكنى فقط، وإنما العشرة معنى ينبعث من قلب أحدهما إلى قلب الآخر فيملأ الحياة استقرارا وسكنا وسعادة[2]، كما أن المعاشرة بالمعروف ليست عدم إيذاء كل منهما الآخر، بل هي صبر كل منهما على أذى الآخر وعلى تقلب أحواله، كما أن الحياة الزوجية مشاركة وعطاء وتضحيات قبل أن تكون حقوقا وواجبات، ولنا في رسولنا الكريم ﷺ وفي معاملته لزوجاته الأسوة الحسنة والمثل الأعلى.

الفرع الثاني

المعاشرة بالمعروف في القوانين الوضعية

ظهرت ومن خلال الفرع الأول أهمية المعاشرة بالمعروف كالتزام يمس كل الالتزامات المتضمنة في المساكنة ويتقاطع معها، فمن المعاشرة بالمعروف الانفاق بالمعروف وإسكان الزوجة بالمعروف ووطؤها بالمعروف وطاعة الزوجة زوجها بالمعروف، وبدا جليا أيضا الاهتمام الذي أولاه فقهاء الشريعة الإسلامية للمعاشرة

[1] - أحمد الخمليشي، وجهة نظر، الجزء الأول، ص.ص 176،169،157،156. نقلا عن فتيحة الشافعي، التزام الزوجين وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص.ص.81-82.

[2] - إبراهيم، رفعت الجمال، الحقوق غير المادية بين الزوجين، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005، ص.125.

بالمعروف، فهل حذت القوانين الوضعية محل المقارنة حذوهم؟ وهو ما سنحاول بيانه فيما يلي متطرقين إلى المعاشرة بالمعروف في قانون الأسرة الجزائري(أولا)، ثم إلى المعاشرة بالمعروف في القوانين العربية(ثانيا)، ثم نبين انعكاسا لما نسميه معاشرة بالمعروف في القانون الفرنسي(ثالثا).

أولا: المعاشرة بالمعروف في القانون الجزائري

نص المشرع الجزائري على المعاشرة بالمعروف صراحة في المادة 36 من ق.أ.ج ضمن ما يجب على الزوجين من واجبات، وتوضحت بذلك ملامح الشريعة الإسلامية في هذا النص الذي أوجب المعاشرة بالمعروف بين الزوجين وتعايشهما في كنف الألفة والاحترام وتبادلهما معاني المودة والرحمة، وبذلك يكون نص المادة 36 بعد تعديله دقيقا ومضبوطا وأكثر دلالة على التزام المعاشرة بين الزوجين[1].

ويعتبر من المعاشرة بالمعروف حسن معاملة الزوجة وعدم الإضرار بها قولا أو فعلا، وتمكينها من حق زيارة أهلها واستضافتهم في بيت الزوجية بالمعروف[2].

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة قبل التعديل وإن لم يشر صراحة إلى التزام المعاشرة بين الزوجين إلا أننا نجد المادة 36 قبل تعديلها في فقرتيها 1و2 تنص على ما يمكنه أن يدعم هذا الالتزام - المعاشرة بالمعروف- حيث جاء في الفقرتين ما يجب عل الزوجين:"المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.

التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم."، ومن المعلوم أن المعاشرة بالمعروف تكرس المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة، وهي من مستلزمات المحافظة على هذه الروابط، كما أن تعاون الزوجين على رعاية مصالح الأسرة يستدعي اهتمام الزوجين كل منهما بالآخر والحرص على معاشرته بالمعروف[3].

وإن كانت المعاشرة بالمعروف تحقق الغاية من الزواج في تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون، فلا يمكن بذلك للحياة الزوجية أن تستمر كما يجب شرعا وقانونا دون هذا الالتزام، ويعتبر خروجا وخرقا للمعاشرة بالمعروف تسلط الزوج على الزوجة وقهرها باستغلاله القوامة استغلالا تعسفيا أو دون قيود كاستعمال العنف والضرب والجرح

[1] - عبد المنعم نعيمي، الحقوق المشتركة بين الزوجين في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص.451.
[2] - سعيد السحارة ، مفيدة ميدون، حماية الحقوق المتبادلة بين أفراد الأسرة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد12، العدد1، الجزائر، 2019.
[3] - عبد المنعم النعيمي، الحقوق المشتركة بين الزوجين في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص.451.

العمدي، والطرد من المسكن والإهانات المتكررة والإساءة للآخر[1]، وهو ما أكدته المحكمة العليا في عديد قراراتها حيث قضت في أحدها أن :" إن ضرب الزوجة المبرح يعتبر من الأضرار المعتبرة شرعا التي تستوجب التطليق دون اشتراط صدور حكم جزائي"[2]، وقضت في قرار آخر لها بأن:"...لما كان من الثابت - في قضية الحال- أن المطعون ضدها أقامت دعوى بهدف تطليقها من زوجها بناء على أنه يهينها أو يسيء إليها دون أن تدعم أقوالها بأي دليل..."[3]، بما يفيد اعتبار إهانة الزوج لزوجته والإساءة إليها إخلالا بالتزام المعاشرة بالمعروف المفروض على الزوج.

ثانيا: المعاشرة بالمعروف في قوانين الأحوال الشخصية العربية

تباينت التشريعات العربية محل المقارنة في اعتماد التزام حسن المعاشرة صراحة في نصوصها من عدمه، مع الإشارة إلى أنه وحتى بالنسبة للقوانين التي لم تنص على هذا الالتزام صراحة إلا أنه تستشف تفاصيله من خلال جملة الحقوق والواجبات المفروضة على كلا الزوجين من نفقة ومسكن وعدم مضارة وطاعة إلى غير ذلك.

ومن بين التشريعات التي نصت على التزام المعاشرة بالمعروف بالبنط العريض التشريع المغربي، حيث جاء في المادة 51 من م.أ.م في الفقرة الثانية الآتي:" الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين:

- المعاشرة بالمعروف وتبادل الإحترام والمودة والرحمة والحفاظ على مصلحة الأسرة"، فالمشرع المغربي جعل المعاشرة بالمعروف التزاما تبادليا على غرار نظيره الجزائري وقد أحسن بذلك كون بعض التشريعات تقصر هذا الالتزام فقط على الزوج اتجاه الزوجة، وما يؤخذ على المشرع المغربي أن ربط في هذه الفقرة بين عبارة "المعاشرة بالمعروف" وعبارة "تبادل الاحترام والمودة والرحمة والحفاظ على مصلحة الأسرة" بحرف العطف"واو" وكأنهما شيئين أو مفهومين منفصلين، والحقيقة أنه وكما رأينا أن معنى المعاشرة بالمعروف يتضمن كل ذلك بل ويزيد عليه، فكان الأولى أن يربط العبارتين بـ "وذلك بـ " أو "عن طريق"، و نفس المأخذ يسجل على المشرع الجزائري.

ويجنح بعض الفقه المغربي إلى منح التزام المعاشرة بالمعروف مفهوما واسعا - كما هو مفروض- ليقترب من مفهوم المساكنة الشرعية بشكل عام، يقول محمد الأزهر في هذا الصدد:" حسن المعاشرة، وهي تقترب من المساكنة الشرعية، ماداما يقيمان في بيت واحد،

[1] - العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص.401.
[2] - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2001/01/23، ملف رقم 258555، م.ق.2002، عدد 2، ص.417.
[3] -المحمة العليا، غ.أ.ش، 1987/01/12، ملف رقم 43864، م.ق. 1991، عدد1، ص.44.

ويعملان على إضفاء روح السكينة والمودة والمحبة داخله وإبعاد كل ما ينفر أحدهما من الآخر..."[1]، كما أن الحياة الزوجية لا تستقر ولاتكون الأسرة صالحة لتربية الأولاد الصالحين إلا بالمعاشرة الحسنة بين الأزواج، وانطلاقا من ذلك يمنع على كل من الطرفين أن يهين الآخر أو يهين أقاربه أو أن يحمله مالا طاقة له به، والزوجين من ذلك على حد السواء باعتبار تبادلية الالتزام[2].

وحذا المشرع التونسي حذو المشرعين الجزائري والمغربي وجعل حسن العشرة والمعاملة بالمعروف مما يجب لكل من الزوجين على صاحبه، فنص الفصل 23 من م.أ.ش.ت على أنه :" على كل واحد من الزوجين أن يعامل الآخر بالمعروف ويحسن عشرته ويتجنب إلحاق الضرر به"، والمشرع التونسي جعل المعاشرة بالمعروف واجب على الزوجين على حد السواء ومؤدى هذا التماثل في تأدية كل زوج ما عليه من الحق للزوج الآخر بالمعروف والإحسان أن لا يماطل في أدائه، ويترتب على المعاشرة بالمعروف أن يؤنس كل زوج قرينه في شتى نواحي المؤانسة وأن لا يضر كل منهما بالآخر[3]، وجدير بالذكر أيضا أن المشرع التونسي قبل تعديل مجلة الأحوال الشخصية في 1993 كان يعتبر المعاشرة بالمعروف واجب على الزوج نحو زوجته، حيث كان الفصل 23 منها ينص على أنه:" على الزوج أن يعامل زوجته بالمعروف ويحسن عشرتها ويتجنب إلحاق الضرر بها وأن ينفق عليها وعلى أولاده منها على قدر حاله وحالها في كافة الشؤون المشمولة في حقيقة النفقة، والزوجة تساهم في الإنفاق على العائلة إن كان لها مال.

وعلى الزوجة أن ترعى زوجها باعتباره رئيس العائلة وتطيعه فيما يأمرها به في هذه الحقوق، وتقوم بواجباتها الزوجية حسبما يقتضيه العرف والعادة"[4].

واعتبر القضاء التونسي أن الإخلال بواجب المعاشرة بالمعروف يعتبر سببا موجبا للمطالبة بالطلاق، وهو ماجاء في إحدى قراراته والذي قضى فيه بأن :" الزوج الذي يتصل بعائلة أجنبية عنه في اجتماعاتها وتنزهاتها، بمختلف الأماكن وعديد الأوقات مع عدم اصطحابه لزوجته في تلك الاتصالات والاجتماعات والانتقالات في أماكن النزهة والتسلية يعتبر معرضا عن زوجته وغير محسن لمعاشرتها، ويكون بذلك قد خالف واجبا من واجبات الزوجية المنصوص عليها بالفقرة الأولى من الفصل 23 من م.أ.ش ومن حق الزوجة أن

[1] - محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة ، المرجع السابق، ص.106.
[2] - محمد الكشبور، الواضح في مدونة الأسرة، المرجع السابق، محمد الشافعي، شرح مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص.114.
[3] - أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون التونسي، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، المرجع السابق، ص.3.
[4] - محمد الحبيب الشريف، مجلة الأحوال الشخصية معلقا عليها، المرجع السابق، ص.ص58-59.

تعتبره سببا من الأسباب التي تخول لها المطالبة بالطلاق طبقا للفقرة الأولى من الفصل 31 من المجلة المذكورة"[1].

أما المشرع المصري فلم يجمع الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين والتي من بينها المعاشرة بالمعروف ولم ينص عليها صراحة، ولكن هذا لم يمنع من أنه اعتبر في المادة 6 من القانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية أن إضرار الزوج بزوجته بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها سببا موجبا للمطالبة بالتفريق، بما يفيد أن العشرة الحسنة من حق الزوجة، مع الإشارة إلى أن المشرع المصري اشترط لاعتبار الضرر موجبا للتفريق أن لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثال الزوجة، وربما قد يفهم من خلال هذا النص أن المشرع المصري لم يوجب حسن المعاشرة على الزوج وأنه سمح بالإضرار بالزوجة وإساءة عشرتها مادام هذا الضرر تدوم معه العشرة بين أمثالها، وكان القضاء المصري اعتبر في أحد قراراته أن:" الضرر الموجب للتفريق وفقا لنص المادة السادسة من القانون 25 لسنة 1929 هو إيذاء الزوج زوجته بالقول، أو بالفعل إيذاء لا ترى المرأة الصبر عليه، ويستحيل معه دوام العشرة بين أمثالها"[2]، وبما أن الضرر بالقول أو بالفعل المعتبر فيه هو حال الزوجة على أساس أن المعيار فيه ذاتي يرجع فيه إلى مثيلات الزوجة وإن كن يحتملن هذا الضرر أم لا حسب الحال، فمثيلاتها في العمر مثلا أو في المستوى التعليمي أو مثيلاتها في المدينة أو في الريف أو في المستوى المعيشي إلى غير ذلك، فيتضح بذلك أن المشرع المصري أقام وزنا للمعاشرة بالمعروف وجعل الإخلال بها يرتب حقا للزوجة في المطالبة بالتفريق.

ونص المشرع الأردني في المادة 77 من ق.أ.ش.أ على أنه:" على كل واحد من الزوجين أن يحسن معاشرة الآخر ومعاملته بالمعروف، وإحصان كل منهما للآخر، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة والحفاظ على مصلحة الأسرة"، فاعتبر بذلك المشرع الأردني المعاشرة بالمعروف التزاما تبادليا بين الزوجين، ذلك أن من أهداف الزواج أن يسكن كل من الزوجين للآخر ولهذا أوجب أن تسود بينهما المعاشرة الحسنة، والمعاشرة بالمعروف تشمل جميع نواحي الحياة سواء كانت بمراعاة المشاعر أو تليين القول والتودد إلى الزوجة أو القيام

[1] - قرار استئنافي مدني(تونس) عدد 17793 مؤرخ في 20 جويلية 1997، ق.ت3/1959، ص.51. منقول عن محمد الحبيب الشريف، المرجع نفسه، ص.67.

[2] - القرار رقم 9 لسنة 70 جلسة 2002/01/06، س53 ع2 ص 933 ق181. منقول عن عاصم أحمد بسيوني، التفريق بين الزوجين بسبب سوء العشرة دراسة مقارنة بين الفقه االإسلامي والقانون المصري، مجلة الدراسات العربية، كلية دار العلوم، جامعة المنيا، المجلد36، عدد3، مصر، 2017، ص.ص 1219-1322، ص.1292.

بواجبها الشرعي من الإنفاق عليها، ويكون على الزوجة طاعة زوجها في المعروف، وأن يتغاضى كل من الزوجين عن هفوات الآخر[1].

ولم يشر المشرع السوري إلى التزام المعاشرة بالمعروف وكان في نص المادة 49 من ق.أ.ش.س قد نص على أنه:" الزواج الصحيح النافذ تترتب عليه جميع آثاره من الحقوق الزوجية كالمهر ونفقة الزوجة ووجوب المتابعة وتوارث الزوجين ومن حقوق الأسرة كنسب الأولاد وحرمة المصاهرة"، فلم يذكر المعاشرة بالمعروف ضمن الحقوق الزوجية التي عددها، وهذا لا يعني بأي حال إسقاط هذا الالتزام فصياغة المادة توحي بأن الحقوق المذكورة في النص ليست على سبيل الحصر وإنما هناك حقوق أخرى، كما أن النصوص الموالية لهذه المادة نصت على واجب الإنفاق بالمعروف(م.7 ف.1) وإسكان الزوجة(م.65 وم.67) وسفر الزوجة مع زوجها(م.70) وكل ذلك من المعاشرة بالمعروف.

ثالثا: التزام المعاشرة بالمعروف في القانون الفرنسي

إن التزام المعاشرة بالمعروف باعتباره يتضمن التزامات متعددة تصب كلها في حسن عشرة كل من الزوجين للآخر وتجنب الإضرار به ماديا ومعنويا، وإن لم يكن المشرع الفرنسي نص على هذا الالتزام بصريح اللفظ، إلا أنه ألزم الزوجين بمجموعة من الالتزامات تشكل في ذاتها ما يصطلح عليه في القوانين العربية والشريعة الإسلامية التزام المعاشرة بالمعروف، نصت على هذه الالتزامات المادة 212 من ق.م.ف كالآتي:" يدين الزوجان لبعضهما البعض بالاحترام، الإخلاص، الإعانة، المساعدة..."، وإن كان الإخلاص متضمنا في التزام الإحصان فيما رأيناه سابقا فإن التزام الاحترام والتزام الإعانة والتزام المساعدة تشكل في ذاتها المعاشرة بالمعروف فيما يعبر عنه بالسلوك أو الطريقة التي يجب أن يتعامل ويعامل بها كل من الزوجين الآخر.

وبالنسبة لواجب الإعانة والذي سماه القانون المدني الفرنسي (secours) وواجب المساعدة الذي سماه (assistance)، وقد يبدو أن المعنى واحد والتسمية فقط هي ما يختلف، إلا أن الفقه الفرنسي قد بين محتواهما المختلف باعتبار أن القانون المدتي الفرنسي لم يعرف الالتزامين، وإن كان واجب الإعانة ذو طابع مالي فواجب المساعدة ذو طابع أدبي، يقوم واجب الإعانة أثناء الزواج وفي غالب الأحيان يأخذ شكل المساهمة في أعباء الزواج[2]، وواجب الإعانة مرتبط بالضرورة بحالة الزوجين وإذا ماكانا يعيشان معا حياة مشتركة، وفي هذه الحالة كما سبق ذكره يأخذ شكل التزام المساهمة في أعباء الزواج، أما في حالة

[1] - محمد أحمد حسن القضاة، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد رقم 36 لسنة 2010، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص.241-243.

[2] - Patrick Nicolaeau,droit de la famille, op.cit, p.75.Maryline Bruggeman et autres, droit de la famille, op.cit, p.135.

الانفصال الواقعي أو الجسماني أو الطلاق يختزل واجب الإعانة في شكل النفقة الغذائية[1]، أما واجب المساعدة فيتخذ شكل الدعم المعنوي والعاطفي الذي لا يوفره القانون في الكثير من الأحيان، ومن الصعب تقييمه ومعاقبة من أخل به، ويتألف واجب المساعدة من العناية الشخصية التي يفرضها وضع كل من الزوجين بسبب المرض أو السن، حيث يقضي واجب المساعدة أن يزود كل من الزوجين الآخر بما هو ضروري لوجوده، ولا يكون واجب أو التزام المساعدة مستحقا إلا إذا كان الزوج الآخر في حاجة بسبب سنه أو حالته الصحية[2].

وعادة مايفترض أداء التزام المساعدة عيش الزوجين معا أو وجود ما يسمى بـ "مجتمع الحياة"، وفي حالة غيابه أي حالة عيش الزوجين منفصلين لا يمكن تنفيذ الجزء الأكبر من هذا الالتزام، ويبقى فقط التنفيذ في شكل نقدي من خلال تحمل تكاليف علاج الزوج المريض، ليندمج في هذه الحالة التزام المساعدة في التزام الإعانة[3].

فرض واجب الاحترام في القانون الفرنسي بموجب قانون 4 أفريل 2006 الذي يقرر منع وقمع العنف داخل المجتمع الزواجي واستكملت المادة 212 من ق.م.ف بإضافة واجب جديد على الزواج وهو واجب الاحترام[4]، وفي ظل عدم وجود تعريف قانوني لهذا الالتزام يمكن لنا أن نتخيل ما يحتويه هذا الالتزام، فهل يقصد به احترام الزوج للمعتقدات الإيديولوجية والدينية والسياسية والفلسفية للزوج الآخر؟ وربما يذهب البعض إلى اعتبار هذا الالتزام مجموعة من الواجبات التي تحافظ على وجود الحياة الزوجية وهو نوع من مدونة السلوك الحسن[5].

وفي قرار لمحكمة النقض الفرنسية[6] ورغم أنها لم تنص على أن واجب الاحترام يعني محبة الزوج للآخر إلا أنها قضت بالطلاق المقترن بالإخلال بواجب الاحترام لوجود استياء متبادل بين الزوجين ورغبة في إنهاء الحياة المشتركة[7].

وتأسيسا على واجب الاحترام يمكن للقاضي أن يدخل العديد من التصرفات والسلوكات السيئة التي تؤذي أحد الزوجين ضمن الإخلال بالتزام الاحترام، والتي من شأنها أن تخل به

[1]- François Térré, Dominique Fenouillet, droit civile, les personnes, la famille, les incapacites, op.cit, p.384. Patrick Nicolaeau,droit de la famille, op.cit, p.p75-76.
[2] - Patrick Nicolaeau ,droit de la famille, ib.id, p.p75-76.
[3]- François Térré, Dominique Fenouillet, droit civile, les personnes, la famille, les incapacites, op.cit, p.386.

[4] - Marie Lamarche. Jean-Jacque Lemouland , les effets de mariage ,p.16, disponible sur le lien : https://actu.dalloz-etudian.fr/fileadmin/actualites/pdfs/civ07- mariage 4 effets 2009-2.pdf, la date a été vue 05/07/2022 à l'heure 21 :18.
[5] - Marie Lamarche. Jean-Jacque Lemouland , les effets de mariage,op.cit, p.16.
[6]- civ,1°er , 19 mars 2011, n° 10-10-154.
[7] - Marie Cresp(food) et autres, op.cit, p.134.

أو تقلل من احترام الزوج الآخر فيما يتعلق بالمساس بمشاعر هذا الزوج أو باسمه أومكانته الاجتماعية أو مسيرته المهنية أو انجازاته مثلا، حتى أنه يمكن اعتبار الخيانة الزوجية أو إقامة علاقات عاطفية مع الغير إخلالا بواجب الاحترام المفروض على الزوجين.

الفرع الثالث

اتساع التزام المعاشرة بالمعروف بين الزوجين ليشمل التزامات أخرى

يستغرق مفهوم المعاشرة بالمعروف تقريبا ودون مبالغة مفهوم التزام المساكنة إجمالا، لأن كل واجب وكل حق مترتب على الزوجين بموجب عقد الزواج إلا ويكون للمعاشرة بالمعروف نصيب منه وفيه، وكأنها الضابط الأخلاقي لكي تستمر الرابطة الزوجية وتثمر في جميع مظاهرها، فنجد لها انعكاسا وأثرا في كل الالتزامات الأخرى مادية كانت أو معنوية متضمنة في التزام المساكنة بشكل عام.

لكن ماذا عن علاقة التزام المعاشرة بالمعروف بالتزام الزوجين باحترام كل منهما أبوي الآخر وكذا التزام كل من الزوجين برعاية مصالح الأسرة والأولاد، هل ينضويان تحت التزام المعاشرة بالمعروف ؟ أم أنهما يخرجان عنها باعتبار أن هناك طرفا ثالثا معني بهذا الالتزام وهو الآباء والأبناء في هذه الأحوال؟ والمعقول أن هذه الالتزامات متضمنة في المعاشرة بالمعروف، فالزوج أو الزوجة لا يحترم ويقدر آبوي الآخر إلا إذا كان كل منهما يقيم وزنا للآخر ويحبه ويتحرى رضاه وسعادته، والزوج والزوجة ورغم أنهما ملزمان تجاه أبائهما بتقديم الرعاية والتكفل إلا أنه في تعاونهما على رعاية مصلحة الأسرة والأولاد ما يدل على تقاربهما وتآلفهما وانسجامهما بحيث يساعد كل منهما الآخر في هذه المهمة ويدعمه ليصلا بهذه الأسرة لشاطئ الأمان، بالإضافة إلى أن عدم احترام أحد الزوجين لأبوي الآخر - بصرف النظر عن أنه يؤذي والدي أحد الزوجين- فإنه يؤذي الطرف الآخر أكيد ويسبب له ضررا معنويا وهذا ما يتنافى مع المعاشرة بالمعروف ويعد إخلالا بها، كما أن عدم قيام أحد الزوجين بدوره في رعاية الأسرة والأولاد سوف يجعل العبء ثقيلا على الطرف الآخر والضرر واقع وهو ما يعتبر إخلالا بالتزام المعاشرة بالمعروف، من ذلك كان التزام كل من الزوجين باحترام أبوي الآخر والإحسان إليهم وكذا التزامهم بالتعاون على رعاية مصلحة الأسرة والأولاد متضمنين في المعاشرة بالمعروف.

أولا: التزام كل من الزوجين بحسن معاملة أبوي الآخر وأقاربه

نص المشرع الجزائري على التزام كل من الزوجين بحسن معاملة أبوي الزوج الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم بالمعروف في نص المادة 36 فقرة 5 من ق.أ.ج، وأضاف في الفقرة 6 و7 من نفس المادة التزامين آخرين مشتركين هما المحافظة على

روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف وزيارة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واستضافتهم بالمعروف، ونرى المشرع الجزائري في تعديل 2005 للمادة 36 من ق.أ.ج ركز في حوالي 3 فقرات من أصل سبعة متعلقة بالحقوق المشتركة بين الزوجين على واجبات كل من الزوجين نحو والديه ووالدي الآخر لما لهذه الروابط من أهمية في استقرار الأسرة وبنائها، إذ تعتبر أسبابا مساهمة في الطلاق إساءة أحد الزوجين لوالدي الطرف الآخر وأقربائه واتخاذه معهم سلوكا عشوائيا أو عدائيا، مما يعمق التنافر والشقاق والنزاع بين الزوجين[1].

والملاحظ أن قانون الأسرة الجزائري القديم قبل تعديل 2005 كان يوجب على الزوجة احترام والدي الزوج وأقاربه ولم يكن في المقابل يوجب على الزوج احترام والدي الزوجة وأقاربها، فكان ذلك من بين العيوب والفراغات والنقائص في القانون قبل تعديله وحسنا فعل المشرع الجزائري بأن جعل حسن معاملة كل من الزوجين لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم من الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين[2].

وإلى نفس الحكم سار المشرع المغربي في مدونة الأسرة المغربية، وبنفس العبارات تقريبا قرر في المادة 51 فقرة 5 أنه من الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر ومحارمه واحترامهم وزيارتهم واستزارتهم بالمعروف، مع فارق أنه خص المحارم بالزيارة والاستزارة دون سائر الأقارب، والمحارم هم كل من يحرم الزواج بهم من أقارب بالنسب أو الرضاع، وذلك كالإبن أو الأب أو الأخ أو إبن الأخت أو مايقوم مقامهم من الإناث[3]، أما الأقارب فهم من توجد بينهم وبين الزوجة صلة قرابة مهما كانت درجة هذه القرابة، وعدم التحديد هذا قد يثير إشكالا بالنسبة للقانون الجزائري وفي تحديد المعنيين بهذا الواجب من طرف الزوج أو الزوجة لكثرتهم.

وبدوره المشرع المغربي في مدونة الأسرة المغربية جعل هذا الحق مشتركا بين الزوج والزوجة، بدلا من اعتباره حقا للزوج وحده تجاه زوجته في ظل مدونة الأحوال الشخصية المغربية الملغاة[4].

في حين لم تشر مجلة الأحوال الشخصية التونسية إلى التزام كل من الزوجين بحسن معاملة الآخر، كما لا نجد تعريفا للأسرة في المجلة مما قد يوحي باعتماد نمط الأسرة الصغيرة في القانون التونسي، فماعدا الكتاب الرابع من المجلة والمتعلق بالنفقة ومن تجب

[1] - العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.529.
[2] - نفس المرجع، نفس الصفحة.
[3] - محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة الخطبة والزواج دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، المرجع السابق، ص.399، هامش رقم 1.
[4] - ادريس الفاخوري، قانون الأسرة المغربي، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص.356.

لهم النفقة بموجب القرابة حيث واجب النفقة على الآباء ، فإننا لا نجد المشرع التونسي يولي الذكر لعلاقة الأبناء بالآباء أو علاقة كل من الزوجين بوالدي الآخر.

ولم ينص المشرع المصري والسوري على هذا الالتزام، في حين نجد المشرع الأردني في المادة 78 من ق.أ.ش.أ نص على أنه:" على الزوج ألا يمنع زوجته من زيارة أصولها وفروعها وإخوتها بالمعروف، وعلى الزوجة أن تطيع زوجها في الأمور الحياتية"، فالمشرع الأردني جعل هذا الحق للزوجة دون الزوج، كما أنه لم ينص على حالة استضافة الزوجة لأبويها بل اقتصر على زيارتها لهم. كما لم ينص المشرع العراقي أيضا على هذا الالتزام المشترك بين الزوجين وقرر حكما في نص المادة 26 فقرة 3 من ق.أ.ش.ع :" على الزوج إسكان أبويه أو أحدهما مع زوجته في دار الزوجية وليس للزوجة الاعتراض على ذلك" بما يفيد إلزامه للزوجة بحسن معاملة أبوي الزوج، وفي المقابل لم ينص على هذا الحق للزوجة ولم نجد له إشارة في هذا القانون.

إن إحسان كل من الزوجين لأبوي الآخر واستضافتهم بالمعروف وعدم حرمان الزوج زوجته من زيارة أهلها واستضافتهم، وبالمقابل عدم امتعاض الزوجة من زيارة أبوي زوجها وأهله وسرورها بهم كما تسر بأهلها، من شأنه أن يوطد أواصر الحب والمودة بين الزوجين، فالزواج ليس معناه أن ينسلخ الزوجان كل من جلده ويكون هو فقط دون عائلته، بل هو اتحاد عائلتين مصاهرة ونسب وامتداد لهما، فليس من الإسلام في شيء أن يعتبر الزوج أنه بزواجه صار هو العائلة الوحيدة لزوجته وعليه وحده تدور حياتها، كما لا يجوز للزوجة أيضا أن تحتكر زوجها وتنسيه واجباته نحو أبويه و أهله بحجة أنه تزوج وأصبح له حياة وأسرة جديدة.

ويبقى هذا الالتزام واجبا أخلاقيا يفرضه الضمير والأخلاق قبل القانون، فحتى لو كان القانون لا يفرض على الزوج أن يرعى أم زوجته المريضة التي ليس راع إلا ابنتها فالواجب الأخلاقي وحسن معاشرة زوجته يفرضان عليه ذلك، وإن كان القانون يجعل من حق الزوجة أن تستقل ببيت الزوجية عن أهل الزوج إلا أن الواجب الأخلاقي يحتم عليها استضافة والديه أو أخته الذين ليس لهم عائل سوى هذا الإبن.

ثانيا: التزام الزوجين بالتعاون على رعاية مصالح الأسرة والأولاد

كرس المشرع الجزائري تشاركية بين الرجل والمرأة في تسيير الأسرة وإدارة شؤونها، حيث جعلها من الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين ونص في المادة 36 من ق.أ.ج فقرة 4 و5 على التزام الزوجين بالتعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم وكذا التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات، إذ لا مناص من التشاركية في الأدوار ورعاية شؤون الأولاد من طرف الزوجين كل حسب طبيعته وخلقته، وبذلك

يجب على الزوجين أن يساعد كل منهما الآخر ويتعاون معه في كل ما يهم مصلحة الأسرة وأفرادها بهدف تحقيق سعادة الأسرة وكرامتها والابتعاد بها عن كل ما فيه شقاءها وتعاستها، فيجب عليهما تبعا لذلك المحافظة على سمعة الأسرة وأموالها وشرفها والسهر على رعاية الأولاد وحسن تربيتهم بغرس الأخلاق الحميدة فيهم والظهور أمامهم في أحسن صورة وسلوك، ليكونوا أفرادا صالحين ينفعون الأسرة والمجتمع[1].

وتعظم اليوم مسؤولية الزوجين أمام أبنائهما لا سيما مع ما يواجهونه من مطبات غير أخلاقية تؤثر سلبا في سلوكياتهم وفي تنشئتهم تنشئة سليمة، مطبات صار التعثر بها سهلا أفرزتها العولمة في شقها السلبي وما ترتبه من زخم معلوماتي ومعرفي قد يتسبب في انسياق الأبناء أمام مشاهد وممارسات سلبية غير تربوية[2].

والواضح أن المشرع الجزائري لم يفرق بين الزوج والزوجة في رعاية الأبناء فقد ألزمهما بذلك معا دون إعفاء أو أفضلية للزوجة على الزوج أو العكس، مما يؤكد أن رعاية الأبناء والأسرة هو حق متعين على كل الزوجين على سبيل التعاون والإشتراك، وقد تتأكد هذه الالتزامات أكثر في جانب أحدهما دون الآخر لا لشيء سوى لخصوصية ما يضطلع به دون زوجه، وقد تضطلع الزوجة أكثر دون الزوج برعاية الأبناء فيما يرجع لخصوصية لا تليق متابعتها من الزوج ابتداء إلا بتدخل الزوجة[3].

وعلى نفس المسار كان المشرع المغربي قد سار في مدونة الأسرة المغربية لسنة 2004، حيث أقر في المادة 51 منها والمتعلقة بالحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين وفي الفقرتين 3 و4 على التوالي:" تحمل الزوجة مع الزوج مسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال، التشاور في اتخاذ القرارات المتعلقة بتسيير شؤون الأسرة والأطفال وتنظيم النسل"، والمقصود بأن الزوجين يتحملان معا مسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال أن يكون لكل منهما نصيب في تلك المسؤولية يجب أن يقوم به على أكمل وجه بهدف تحقيق مصالح الأسرة[4]، وطبقا لمدونة الأسرة المغربية أصبح الاشتراك في الرعاية اشتراك معية خصوصا أن المشرع المغربي قال:" تحمل الزوجة مع الزوج مسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال"[5]، والجدير بالذكر أن مدونة الأسرة وإن ساوت بين المرأة والرجل في تسيير شؤون الأسرة إلا أنها لم تلزمها بالإنفاق وتحمل الأعباء المادية[6].

---

[1] - العربي بلحاج، أحكام الزوجية آثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.524.
[2] - عبد المنعم نعيمي، الحقوق المشتركة بين الزوجين في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص. 452.
[3] - المرجع نفسه، ص. 454.
[4] - محمد الكشبور، الواضح في مدونة الأسرة، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.488.
[5] - محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، االمرجع السابق، ص.119.
[6] - ادريس الفاخوري، قانون الأسرة المغربي أحكام الزواج، المرجع السابق، ص.355.

وفيما يتعلق بالتشاور حول تنظيم النسل المقرر في المادة 51 فقرة 3 من م.أ.م فهو توجه جديد اقتضته سياسة الدولة الاجتماعية والاقتصادية التي ترى أن قلة أفراد الأسرة مع توفرها على كل المقومات التي تحتاج إليها اجتماعيا واقتصاديا، خير من كثرة أفرادها مع تخبطها في الفقر والجهل ومن ثم مساهمتها في انتشار الإجرام الذي أصبح يؤرق المجتمع المغربي في الوقت الراهن[1].

ونص المشرع التونسي في الفصل 23 فقرة 2 من م.أ.ش.ت على أنه:" ويتعاونان - أي الزوجان- على تسيير شؤون الأسرة وحسن تربية الأبناء وتصريف شؤونهم بما في ذلك التعليم والسفر والمعاملات المالية"، إن تعاون الزوجين في كل ما يتعلق بالأبناء من مسائل تمس الولاية أو الحضانة لا يمنع واقعا تسلط أحد الأبوين واستبداده بجميع ما يتعلق بالأبناء أو اختلافهما فيما فيه مصلحة الأبناء، ففي هذه الحالة فإن تسوية الأمر تعود إلى القاضي بموجب الولاية العامة على القاصر وهو الذي يرجع الأمور إلى نصابها، ذلك أن الأب مبدئيا هو الولي الشرعي لابنه القاصر والأم تساعده في ذلك إلا إذا رأى القاضي أن مصلحة الطفل تقتضي خلاف ذلك، والأم هي الحاضنة الطبيعية للطفل والأب يساعدها في ذلك إلا في حالة الفراق بين الأبوين فإن القاضي يعين الأصلح للطفل في إطار مراعاة المصلحة الفضلى للطفل[2].

في حين لم ترد في كل من قوانين الأحوال الشخصية المصري والسوري والعراقي الإشارة إلى التزام الزوجين بالتعاون على رعاية شؤون الأسرة والأولاد، ولا يعني ذلك عدم اعتباره بل هو واجب مفروض على الآباء وبالرجوع للشريعة الإسلامية والتي هي مرجع هذه القوانين نجدها تحث على حسن تربية الآباء للأبناء والبنات، قال ﷺ :" كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته"، فالرجل مسؤول عن زوجته وأبنائه والمرأة مسؤولة عن بيت زوجها وأبنائها بحسب الوظيفة التي قدرت لكل منهما تماشيا مع طبيعته البشرية وخلقته، ولا بد كذلك من التشاور بين الزوجين لإدارة شؤون ذلك البيت ورعاية الأولاد لأن هم الآباء الأول والأخير هو مصلحة الأولاد، وجعل المشرع الأردني في المادة 77 من ق.أ.ش.أ الحفاظ على مصلحة الأسرة التزاما تشاركيا بين الزوجين والذي يقتضي رعاية مصلحة الأولاد والقيام على شؤونهم.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي فقد فرضت المادة 213 من القانون المدني واجبا مشتركا على الزوجين بحيث يضمنان معا التوجيه المعنوي والمادي للأسرة ويحرصون على تعليم أطفالهم والتحضير لمستقبلهم، كما نصت المادة 371 مكرر 2 على أن كل من الأبوين يساهم

[1] - محمد الكشبور، الواضح في مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص.490.

[2]- فاطمة الزهراء بن محمود، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية قراءة في فقه القضاء، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015، ص.12.

في إعالة الأطفال وتعليمهم بما يتناسب مع موارده وموارد الوالد الآخر، فطبقا للقانون الفرنسي رعاية الأسرة والأبناء هو واجب تشاركي تفرضه السلطة الأبوية التي تتكون من مجموعة من حقوق وواجبات للوالدين تصب كلها في مصلحة الطفل وتطويره[1].

المطلب الثاني

وفاء الزوجين بالتزام المعاشرة بالمعروف

تبين لنا من خلال المطلب الأول من هذا المبحث أن التزام المعاشرة بالمعروف يمتد إلى كل الالتزامات المتضمنة في المساكنة ويتقاطع معها، لذلك سنحاول جاهدين بيان كيفية وفاء كل من الزوجين بهذا الالتزام أو بالأحرى الصور أو السلوكات التي يتجسد من خلال القيام بها الوفاء بهذا الالتزام، وبيان حدوده.

ولعل أهم ضابط لاعتبار أي سلوك من الزوج أو الزوجة يحقق المعاشرة بالمعروف هو ألا يكون هذا السلوك ضارا بالطرف الآخر، لذلك اعتبر عدم إضرار كل من الزوجين بالآخر من صميم المعاشرة بالمعروف، وهو ما سنتناوله بالدراسة في الفرع الأول، ولنا في سيرة رسولنا الكريم ﷺ وفي تعامله مع زوجاته أمهات المؤمنين صورا ومشاهد تشع نورا وتحقق هذه المعاشرة بالمعروف في أسمى معانيها، وسنتناول وفاء الزوج بالتزام المعاشرة بالمعروف مقتبسين من هذه المشاهد في الفرع الثاني، لنتناول في الفرع الثالث وفاء الزوجة بالتزام المعاشرة بالمعروف باعتباره التزاما تبادليا وليس مقصورا على الزوج وحده.

الفرع الأول

عدم إضرار كل من الزوجين بالآخر من صميم المعاشرة بالمعروف

إذا ما تحرى كل من الزوجين في حياتهما المشتركة عدم الإضرار بالزوج الآخر فمن شأن هذا أن يجعل حياتهما الزوجية سعيدة هانئة، لذلك يمكن القول وبدون تحفظ أن أهم واجب يجب على الزوجين القيام به تنفيذا لالتزام حسن المعاشرة بينهما هو تجنب إضرار أحدهما بالآخر أي كان نوع هذا الإضرار[2]، وعليه سنبين من خلال هذا الفرع التأسيس الفقهي والقانوني لعدم الإضرار المعتبر من صميم المعاشرة بالمعروف، وكذا معيار الضرر المعتبر عدم وجوده في المعاشرة بالمعروف(أولا)، لنتطرق بعد ذلك إلى أنواع الضرر(ثانيا).

[1]- Marie Cresp(coord) et autres , droit de la famille, op.cit, p.869.

[2] - فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص.87.

أولا: التأسيس الفقهي والقانوني لعدم الإضرار بين الزوجين ومعيار الضرر

حرمت الشريعة الإسلامية سائر أنواع الإضرار وتزداد حرمة الضرر كلما زادت شدته، يقول الله تعالى في كتابه العزيز:"لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ"[1]، وقوله تعالى:"وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا"[2]، وقول رسول الله ﷺ:" لا ضرر ولا ضرار"[3] وهي قاعدة فقهية أقرتها الشريعة الإسلامية على لسان رسول الله ﷺ، والنهي عن الضرر في هذا الحديث شامل لما إذا كان الضرر ناتجا عن طريق مباشر أو التسبب مع التعدي بارتكاب الأفعال غير المشروعة في ذاتها والتي تعتبر اعتداء على ذات الإنسان[4]، فالشريعة الإسلامية مبناها على تحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المضرات والمفاسد وتقليلها، والضرر في الغالب يرجع إلى أحد الأمرين، إما تفويت مصلحة، أو حصول مضرة، وقاعدة "لا ضرر ولا ضرار" تشمل كليهما[5]، وتعتبر هذه القاعدة أصلا لقواعد أخرى كقاعدة "الضرر يزال" و"الضرر لا يزال بمثله" ومعناه أن الضرر يزال بلا ضرر أصلا أو بضرر أخف منه، و"الضرر الأشد يزال بالأخف"[6].

وباستقراء النصوص الشرعية نجدها تأمر كل من الزوج والزوجة بأن يقوم لصاحبه بالوفاء بما له من حقوق قبله، والقيام بما عليه من واجبات مع التشديد في توصية الرجال بالنساء خيرا، وعدم إمساكهن ضرارا معتدين عليهن، فالإضرار بالغير غير مباح فكيف بالزوجة وهي سكنه وأنسه، فليس للزوج بذلك أن يضر بزوجته، وأن يجعل دستوره في هذه الناحية[7] قوله تعالى:" فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ"[8].

ومن بين تطبيقات هذه القاعدة الفقهية النهي عن الإضرار في الرجعة، فلا يراجع الزوج زوجته في عدتها مضارة لها ليطول عليها مدة انقضاء عدتها أو ليأخذ مما أتاها بطلبها الخلع، والنهي يفيد التحريم، فتكون الرجعة محرمة في هذه الحالة، ومن الإضرار أيضا الإيلاء والغيبة، ويفرق بين الزوجين دفعا للضرر[9].

---

[1] - سورة البقرة، الآية 233.
[2] - سورة البقرة، الآية231.
[3] -مالك ابن أنس، الموطأ، الجزء2، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1985، ص.745.
[4] - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط.4، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1988، ص.ص123،122.
[5] - عبد الحي أبرو، دراسة فقهية تطبيقية لقاعدة "لاضرر ولا ضرار"، مجلة القلم، جامعة القلم للعلوم الإنسانية والتطبيقية، اليمن، 20013، ص.394.
[6] - الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء 28، المرجع السابق، ص.181.
[7] - فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها ، المرجع السابق، ص.88.
[8] - سورة البقرة، الآية 229.
[9] - الموسوعة الفقهية، الجزء28، المرجع السابق، ص.184.

ورغم أن الخطاب بعدم الإضرار موجه للأزواج، إلا أن المقاصد الأساسية لتعاليم الشريعة الإسلامية تجعل منه خطابا موجها وشاملا للزوجين معا بحكم ما يجمعهما من مودة ورحمة[1].

ورحمة[1].

وجعل المالكية للضرر مفهوما واسعا أكثر من غيرهم، ومثلهم الحنابلة، وخالفهم في ذلك أبو حنيفة والشافعي، فلم يذهبا للتفريق للضرر لإمكان إزالة الضرر بالتعزير وعدم إجبارها على طاعته[2].

جاء في شرح مختصر خليل أنه:"ولها التطليق بالضرر ولو لم تشهد البينة بتكرره، يعني أنه إذا ثبت بالبينة عند القاضي أن الزوج يضار زوجته وهي في عصمته ولو كان الضرر مرة واحدة فالمشهور أنه يثبت للزوجة الخيار فإن شاءت أقامت في هذه الحالة وإن شاءت طلقت نفسها بطلقة واحدة بائنة لخبر"لا ضرر ولا ضرار"... ومن الضرر قطع كلامه عنها، وتحويل وجهه عنها، وضربها ضربا مؤلما لا منعها الحمام أو تأديبها على الصلاة والتسري والتزوج عليها..."[3]، وجاء في الدرر في شرح المختصر:" ولو لم يكن للمرأة ذلك لكان كالإجبار لها على احتمال الضرر، ومن قال بهذا القول يقول ذلك لها وإن لم يشهد بتكرر الضرر..."[4]، وجاء في حاشية الدسوقي:" للزوجة التطليق 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 من رعاع الناس، ويؤدب على ذلك زيادة على التطليق...لا يمنعها من حمام وخرجة وتأديبها على ترك صلاة أو تسر أو تزوج عليها ومتى شهدت بينة بأصل الضرر اختار الفراق ولو لم تشهد البينة بتكرره أي الضرر"[5]، وعليه اعتبر فقهاء المالكية الإضرار بالزوجة موجبا للتفريق وساغوا أمثلة لهذا الضرر كالهجر دون مبرر وكذا الضرب وسب الزوجة وأهلها، أما منعها من الخروج للحمام ونحوه و تأديبها إذا بدر منها ما يستحق ذلك فليس من الإضرار ويعتبر مباحا عندهم.

ولم تنص التشريعات محل المقارنة على الالتزام بعدم الإضرار ماعدا المشرع التونسي، الذي نص في الفصل 23 من م.أ.ش.ت الذي تضمن الواجبات المشتركة بين الزوجين على أنه:" على كل واحد من الزوجين أن يعامل الآخر بالمعروف ويحسن عشرته ويتجنب إلحاق الضرر به"، في حين حذت التشريعات الأخرى حذو فقهاء المالكية وأقرت الضرر سببا موجبا للتفريق، بما يفيد اعتبار تسبب أحد الزوجين بضرر للآخر هو إخلال بالتزام المعاشرة، وعدم الإضرار هو من صميمها.

---

[1] - فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص.88.
[2] - سيد سابق، فقه السنة، الجزء2، ط.3، دار الكتاب العربي، لبنان، 1977، ص.289.
[3] - محمد بن عبد الله الخرشي، شرح مختصر خليل، الجزء4، دار الفكر للطباعة، لبنان، د.س.ن، ص.9.
[4] - تاج الدين بهرام الدميري، الدرر في شرح المختصر، االجزء2، المرجع السابق، ص. 34، هامش رقم 1.
[5] - محمد بن أحمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء2، المرجع السابق، ص. 345.

نص المشرع الجزائري في المادة 53 من ق.أ.ج ف.10 على أنه:"يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:".. كل ضرر معتبر شرعا"، وانفرد المشرع الجزائري بمعيار الضرر الموجب للتفريق والذي جعله كل ضرر معتبر شرعا، فيما ذهبت باقي التشريعات محل المقارنة إلى اعتماد الضرر الذي لا يستطاع معه استمرار العشرة، فنص المشرع المغربي في المادة 99 ف.2 من م.أ.م :" يعتبر ضررا موجبا لطلب التفريق 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"، ونص المشرع المصري في المادة 6 من قانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على أنه:" إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق..."، كما نص كل من المشرع الأردني في المادة 126 من ق.أ.ش.أ والمشرع السوري في المادة 112ف.1 من ق.أ.ش.س وكذا المشرع العراقي قي المادة 126 من ق.أ.ش.ع فيما يفيد أنه لكلا الزوجين طلب التفريق إذا أضر أحد الزوجين بالآخر ضررا يتعذر معه استمرار ودوام الحياة الزوجية، ليتبين أن المشرعين الجزائري والمغربي والمصري أيضا أقروا حق طلب الفرقة للزوجة فقط إن أصابها ضرر، أما كل من المشرعين الأردني والعراقي والسوري فأثبتوا هذا الحق لكلا الزوجين دون تمييز وهو الأصوب لأن الإضرار قد يصدر من الزوج أو الزوجة مادام كلاهما ملتزمين بالمعاشرة بالمعروف، وربما قصرت القوانين الأخرى طلب الفرقة للضرر على الزوجة لأن الشائع إلى وقت غير بعيد هو أن الزوجة هي الأكثر تعرضا لإضرار الزوج بحكم طبيعتها الضعيفة وواجب الطاعة المفروض عليها للزوج وكذا حاجتها المادية له وقوامته عليها، وإن لم يعد الأمر كذلك اليوم.

وبدوره المشرع الفرنسي في نص المادة 242 من ق.م.ف نص على أنه:" يمكن طلب الطلاق من أحد الزوجين عندما تعزى الوقائع التي تشكل انتهاكا خطيرا أومتكررا لواجبات والتزامات الزواج إلى الشريك الآخر وتجعل من غير المحتمل مواصلة الحياة المشتركة"، فالمشرع الفرنسي بذلك اعتبر الانتهاك الخطير والمتكرر للواجبات الزوجية - التي من بينها واجب الاحترام والإخلاص والإعانة والمساعدة المنصوص عليها في المادة 212 من ق.م.ف- متى جعل مواصلة الحياة المشتركة غير محتمل سببا لطلب الطلاق، والملاحظ أن المشرع الفرنسي اشترط في الإخلال أو انتهاك الواجبات الزوجية أن يكون خطيرا فإن لم يكن كذلك وجب أن يكون متكررا ليتم اعتباره خطأ يوجب الطلاق، بالإضافة إلى أنه يجب أن يكون من غير المحتمل مواصلة الحياة المشتركة في ظل هذا الانتهاك الخطير أوالمتكرر، في حين لم يشترط فقهاء المالكية - الذين أخذت منهم التشريعات العربية في مسألة الضرر الموجب للتفريق- تكرر الضرر ولا خطورته بل اعتبروا مجرد إشاحة الزوج وجهه عن زوجته ضررا.

ثانيا: مفهوم الضرر المعتبر إخلالا بالتزام المعاشرة بالمعروف

لم تعرف التشريعات محل المقارنة الضرر الموجب للتفريق بين الزوجين ماعدا المشرع المغربي الذي انفرد بتعريف الضرر في المادة 99 من م.أ.م بنصه على أنه:" يعتبر ضررا مبررا لطلب التطليق، كل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في الحياة الزوجية"، كما اعتبر الإخلال بالشروط الاتفاقية المقترنة بعقد الزواج ضررا مبررا لطب التفريق في الفقرة الأولى من نفس المادة، والمشرع المغربي في هذه المادة اعتبر التصرف أو السلوك المشين أو المخل بالأخلاق الحميدة خطآ يترتب عنه ضرر يتمثل في الإساءة المادية أو المعنوية التي تلحق بالزوجة والتي تجعل استمرار الحياة الزوجية غير ممكنة، وهو ما يختلف عن تعريف الضرر كشرط في المسؤولية التقصيرية، والذي عرفه الفقه على أنه " الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو حريته أو شرفه أو غير ذلك"[1]، وإذا ما حاولنا إسقاط هذا التعريف للضرر على الضرر الحاصل بين الزوجين فنراه يستوعبه، إذا ما اعتبرنا الضرر الحاصل بين الزوجين هو كل مساس من أحدهما بحق من حقوق الآخر والمقررة بموجب قانون الأسرة وتحديدا النص الذي يقر بحق كل منهما في المعاشرة بالمعروف، فكلما كان التصرف أو المعاملة بين الزوجين بالمعروف كلما غاب الضرر والإضرار والعكس صحيح.

وعرف الأستاذ وهبة الزحيلي الضرر بقوله:" هو إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل، كالشتم المقذع والتقبيح المخل بالكرامة، والضرب المبرح، والحمل على فعل ما حرم الله، والإعراض والهجر من غير سبب يبيحه، ونحوه"[2]، وقد ذكر الأستاذ صورا للضرر تتراوح بين ضرر مادي وآخر معنوي.

فالضرر بذلك يكون إما ماديا أو معنويا، والضرر المادي هو الأذى الذي يصيب الشخص في جسمه أوماله أو يترتب عليه انتقاص حقوقه المالية، أو تفويت مصلحة مشروعة له ذات قيمة مالية، بمعنى أن نطاق التعويض يقتصر على الضرر الذي يلحق بالمال أي بالذمة المالية[3]، ومثال الضرر المادي الضرب والكسر والجرح أو الإمساك بالزوجة قهرا أو التضييق عليها في المعيشة والنفقة أو سلب مالها وإتلافه أو الإخلال بشروط تم الاتفاق عليها[4].

[1] - سعيد مقدم ، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص.35.
[2] - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء8، دار الفكر، سوريا، 2010، ص.503.
[3] - سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المرجع السابق، ص.37.
[4] - فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص.89.

أما الضرر المعنوي يلحق بما يسمى بالجانب الاجتماعي للذمة المعنوية أو الأدبية (la partie sociale du patrimonie) ليكون في العادة مقترنا بأضرار مادية، أو يلحق بالعاطفة أو الشعور بالآلام والأحزان التي يحدثها في النفس، ومن ثم ينعت بالجانب العاطفي للذمة المعنوية (la partie effective du patrimonie)، ليقوم وحده غير مصحوب بأضرار مادية، يكون قد لحق أمورا أخرى غير ذات طبيعة مالية، كالعقيدة الدينية أو الأفكار الخلقية[1]، والضرر المعنوي وكما انتهى إليه المشرع الجزائري في المادة 182 من ق.م.ج هو الأذى الذي يصيب الشخص في سمعته أو شرفه أو عاطفته أو شعوره دون أن يسبب له خسارة مالية أو اقتصادية[2].

وقد أعطى فقهاء الشريعة الإسلامية أمثلة لهذا الضرر المعنوي ووصلوا إلى اعتبار إشاحة الزوج بوجهه عن زوجته إضرارا بها كما سبق بيانه، إلى جانب اعتبار الكلمة الجارحة غير اللائقة أو تعيير الزوجة بأصلها وأهلها أو جرح كرامتها بكلمة نابية أو نظرة قاسية وكذا الإشاحة بظهره عنها في الفراش، وقطع الحديث معها أو هجرها خارج المنزل أو المساس بمشاعرها بتهديدها بالضرة أو اتهامها بالفاحشة كل ذلك من صميم الإضرار المعنوي بالزوجة[3].

الفرع الثاني

وفاء الزوج بالتزام المعاشرة بالمعروف

إن الزوج وباعتباره المخاطب في قوله تعالى:" وعاشروهن بالمعروف" وقوله عز وجل:"ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا" وقوله:" فامسكوهن بمعروف" هو المكلف بحسن معاشرة زوجته، وتعتبر هذه الآيات دستور معاملة الزوج لزوجته، والذي شرحته وفصلت فيه السنة النبوية القولية والفعلية ومعاملة النبي ﷺ لزوجاته أمهات المؤمنين، في حين لم تبين القوانين الوضعية ماهو من المعاشرة بالمعروف، بل ركزت على حالات الإخلال بهذا الالتزام لتبين حدوده، وسنبين فيما يلي صورا لوفاء الزوج بالتزام المعاشرة بالمعروف مستقاة جلها من هدي النبي ﷺ في تعامله مع زوجاته رضي الله عنهن.

أولا: الإنفاق على الزوجة

النفقة المقصودة هنا هي النفقة بكل مشتملاتها دون المسكن، ليس لأنه يخرج عن هذه المشتملات بل لأنه تم التطرق إليه في مبحث منفصل باعتبار الالتزام بالسكن التزام قائم بذاته.

[1] - سعيد مقدم، ظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المرجع السابق، ص.ص44-45.
[2] - علي فيلالي، الالتزامات، الجزء الثاني، الفعل المستحق للتعويض، ط.3، موفم للنشر، الجزائر، 2012، ص.290.
[3] - فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص.89.

وإن كان الفقهاء الأولون أجمعوا على أن نفقة الزوجة والتي تشمل المأكل[1] والملبس[2] والمسكن ونفقة آلات التنظيف وأدوات الزينة[3] وأجرة الخادم[4] تكون على الزوج فإنهم أخرجوا نفقة علاج الزوجة من ذلك، قال الحنفية أنه لا يلزم الزوج مداواتها أي إتيانه لها بالدواء ولا أجرة الطبيب ولا الفصد ولا الحجامة[5]، وبذلك قال المالكية، جاء في حاشية الدسوقي:" ولا يلزمه دواء وفاكهة... وحجامة أي أجرتها ولا أجرة طبيب"[6]، وجاء في مغني المحتاج:" ولا يجب على الزوج دواء مرض ولا أجرة طبيب وحاجم ونحو ذلك كفاصد وخاتن، لأن ذلك لحفظ الأصل، فلا يجب على مستحق المنفعة كعمارة الدار المستأجرة...ويجب لها عليه طعام أيام المرض وأدمها لأنها محبوسة عليه ولها صرفه في الدواء وغيره"[7]، وهو رأي بعض المالكية، وقال الحنابلة :" ولا يجب عليه شراء الأدوية ولا

---

[1] -اتفق الفقهاء على وجوب نفقة الزوجة من طعام وشراب على الزوج، واختلفوا في نوع النفقة، فذهب الحنفية والحنابلة والمالكية في أحد قوليهم أنها تفرض من الخبز والأدم، والأدم بضم الألف هو ما يؤكل مع الخبز أي شيء كان، وذهب المالكية في القول الآخر إلى أن النفقة تفرض من القوت والإدام مع مراعاة المعتمد في عادة أهل البلد، وذهب الشافعية إلى أنها تفرض من الحب والأدم ممن اعتاد عليه أهل البلد كالبر، أو الشعير أو الأرز والذرة دون الدقيق والخبز، وإن كان لا يقتات به إلا بعد طحنه وخبزه. ينظر ابن نجيم، البحر الرائق، الجزء 4، المرجع السابق، ص.190، ابن عابدين، رد المحتار، الجزء 3، المرجع السابق، ص.579. الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء 4، ص.23. ابن قدامة، المغني، الجزء 8،المرجع السابق، ص.201. البهوتي، كشاف القناع، الجزء 5، المرجع السابق، ص.486.

[2] - يعتبر اللباس أو الكسوة بإجماع الفقهاء مما هو من الأولويات التي تجب للزوجة على زوجها، وهي مقدرة بالكفاية، واختلف الفقهاء في زمن تجديد الكسوة، فقال الحنفية والمالكية والشافعية أن الكسوة تفرض في العام مرتين إلا أن تكون لبست لباسا معتادا فتخرق، وقال الحنابلة أن الكسوة تفرض في العام مرة واحدة فإن بليت في الوقت الذي يبلى فيه مثلها لزمه أن يدفع لها كسوة أخرى، لأن ذلك وقت الحاجة إليها وذلك راجع للعرف. السرخسي، المبسوط، الجزء 5، ص.183. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء 2، المرجع السابق، ص.514. ابن قدامة، المغني، الجزء8، المرجع السابق، ص.203. والراجح أن كلا الفريقين اتفقا على أنه تجب كسوة في الشتاء وأخرى في الصيف، لكن الجمهور يرى أنه تجب كسوتين في العام في الشتاء وقي الصيف، أما الحنابلة فيرون أن كسوة الشتاء والصيف تدفع مرة واحدة فإن بليت في الوقت الذي يبلى فيه مثلها لزمه أن يدفع إليها كسوة أخرى.سعاد بن محمد عبد العزيز الشايقي، عمل الزوجة وأثره على النفقة الزوجية دراسة فقهية مقارنة، مجلة جامعة طيبة، كلية الآداب والعلوم الإنسانية، جامعة طيبة، العدد10، السعودية 1437هـ.

[3] - يتفق جمهور الفقهاء في الجملة على أنه يجب على الزوج أن يوفر لزوجته ما تحتاج إليه من المشط والدهن لرأسها والسدر ونحوه مما تغسل به رأسها، وما تحتاجه لنظافتها من آلات التنظيف وما تزيل به الوسخ كالسدر والخطمي(هو حبل من ليف أو شعر أو كتان)، والأشنان (من الحمض يغسل به الأيدي) والصابون على عادة أهل البلد، وأما الطيب فيجب عليه ما يقع به السهوكة(ريح يجدها الإنسان إذا عرق) لا غير، وعليه أيضا ما تقطع به الصنان(هو رائحة المغابن ومعاطف الجسم إذا فسد وتغير)، وما يعود بنظافتها، لأن ذلك يراد للتنظيف، فكان عليه، كما أن على المستأجر كنس الدار. ابن = =عابدين، رد المحتار، الجزء3، المرجع السابق، ص.ص 580- 589.. الحطاب، مواهب الجليل، الجزء4، ص.193. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء2، ص.510. الرملي، نهاية المحتاج، الجزء7، ص.195. ابن قدامة، المغني، الجزء 8، المرجع السابق، ص.199. .أما الطيب فإن كان يراد به قطع الرائحة الكريهة فإنه يلزمه، ويلزمه ثمنه، لكن إذا كان الطيب وغيرها من أدوات الزينة كالخضاب والكحل لمجرد التلذذ والاستمتاع، فليس واجبا عليه توفيره حيث ذكروا أنه ليس عليه نضوح(جمع نضح، والنضح من الشيء يبقى له أثر ومنه نضح ثوبه بالطيب)، ولإ صباغ ولا مشط ولا مكحلة فإن شاء هيأه لها، وإذا هيأ لها أسباب الزينة لزمها الأخذ بها. ابن عابدين، رد المحتار، الجزء3، المرجع السابق، ص. 579-580. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء2، المرجع السابق، ص.510. ابن قدامة، المغني، الجزء8، المرجع السابق، ص.199. البهوتي، كشاف القناع، الجزء5، المرجع السابق، ص.463.

[4] - سبق مناقشة مسألة أجرة الخادم في المبحث المتعلق بمسكن الزوجية، ينظر ص. 107 من هذه الرسالة.

[5]- ابن عابدين، رد المحتار، الجزء3، المرجع السابق، ص. 509.

[6] - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء2، المرجع السابق، ص.ص482-483.

[7] - الشربيني، مغني المحتاج، الجزء5، المرجع السابق، ص.159.

ولا أجرة الطبيب، لأنه يراد لإصلاح الجسم، فلا يلزمه كما لا يلزم المستأجر بناء ما يقع من الدار وحفظ أصولها، وكذلك أجرة الحجام والفاصد"[1].

بينما ذهب الفقهاء المعاصرون إلى اعتبار نفقات علاج الزوجة من مشتملات النفقة التي يلزم الزوج بها، يقول عبد الكريم زيدان في هذا الصدد:" والراجح اعتبار الأدوية وأجرة الطبيب من توابع النفقة للزوجة على زوجها فكما أن نفقة الطعام تعتبر سببا لحفظ المرأة من الهلاك جوعا فكذلك الأدوية وأجرة الطبيب تعتبر سببا لإدامة الحياة فأشبهت نفقة الطعام، ثم إن انفاق الزوج على معالجة زوجته بشراء الأدوية وعرضها على الطبيب ودفع الأجرة له، كل ذلك يعتبر بكل تأكيد من مظاهر العشرة بالمعروف... والقول بعدم وجوب ذلك بالقياس على مستأجر الدار لا تلزمه نفقات عمارته وحفظ أصوله، هذا القياس قياس مع الفارق العظيم، فعلاقة الزوج بزوجته ليست علاقة إجارة وإنما عقد نكاح، وهي ليست مستأجرة، وإنما هي شريكة العمر بعقد العمر وهي لا تشبه بالدار المستأجرة، وإنما هي كما قال الله تعالى:" ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة"، ومن مظاهر المودة والرحمة أن يسارع الزوج إلى معالجة زوجته بعرضها على الطبيب كلما كان ذلك ضروريا لها وشراء الأدوية لها، وليس من المودة والرجمة أن يتركها الزوج تتلوى من المرض دون إسعافها بعرضها على الطبيب وهي محتاجة إلى ذلك وهو قادر على ذلك"[2].

وقال الشوكاني:" وأما إيجاب الدواء فوجهه أن وجوب النفقة عليه هي لحفظ صحتها والدواء من جملة ما تحفظ به صحتها"[3]، ويقول الأستاذ نور الدين بولحية مرجحا رأي الفقهاء المعاصرين في نفقات العلاج:" ...ونعجب كيف يفرض الفقهاء على الزوج أنواع النفقات المرهقة من مأكل وملبس ومسكن وخادم والكثير مما تتطلبه الرفاهية، فإذا ما أتوا إلى نفقات العلاج قصروا فيها، أو اعتبروها ترفا لا داعي له"[4].

وبهذا أخذت التشريعات العربية محل المقارنة واعتبرت نفقة علاج الزوجة من مشتملات النفقة التي تجب على الزوج لزوجته.

أما عن سبب استحقاق الزوجة للنفقة، فاعتمد الفقهاء على عدة معايير، فأخذ الظاهرية بمعيار العقد، ويقصد بمعيار العقد عند الظاهرية أن سبب وجوب النفقة للزوجة هو عقد الزواج نفسه، جاء في المحلى:" وعلى الزوج كسوة الزوجة - مذ يعقد النكاح- ونفقتها، وما

[1] - ابن قدامة، المغني، الجزء8، المرجع السابق، ص.199.
[2] - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء7، ط.1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1992، ص.185.
[3]- محمد بن علي الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ط.1، دار ابن حزم، لبنان، 2004، ص.460.
[4]- نور الدين أبو لحية، الحقوق المادية والمعنوية للزوجة برؤية مقاصدية، المرجع السابق، ص.248.

تتوطاه وما تتغطاه وتفترشه وإسكانها كذلك أيضا، صغيرة كانت أو كبيرة، ذات أب أو يتيمة، غنية أو فقيرة- دعى إلى البناء أو لم يدع نشزت أو لم تنشز - حرة كانت أو أمة- بوأت معه بيتا أو لم تبوأ"[1]، وأخذ الشافعية والحنابلة والمالكية بمعيار التمكين، والتمكين عند الشافعية هو سبب استحقاق الزوجة النفقة[2]، ويقصد به أن تسلم الزوجة نفسها للزوج وتمكنه من الاستمتاع بها إن كانت بالغة وإن كانت مراهقة فالمعتبر تسليم وليها لها[3]، ويعبر عن التمكين عند المالكية بالدخول أو الدعوة إليه[4]، ويقصد به دخول الزوج بزوجته أو تمكينه من الدخول بها بدعوتها لزوجها أو بدعوة وليها له بالدخول، يقول ابن رشد في بداية المجتهد:" فإن مالكا قال :لاتجب النفقة على الزوج حتى يدخل بها أو يدعى إلى الدخول بها، وهي ممن توطأ، وهو بالغ"[5]، أما الحنابلة فالتمكين عندهم هو التسليم، فمن تسلم زوجته التي يوطأ مثلها وجبت عليه نفقتها، أو بذلت تسليم نفسها أو بذله وليها ومثلها يوطأ بأن تم لها تسع سنين وجبت نفقتها وكسوتها ولو مع صغر زوج ومرضه وجبه وعنته"[6].

أما المعتمد عند الحنفية لاستحقاق النفقة هو الاحتباس[7] وهو قصر منافع الزوجة على زوجها زوجها واختصاص الزوج من حيث عقد الزواج، وتعتبر الزوجة مسلمة نفسها إلى زوجها من تاريخ العقد إما حقيقة وذلك بانتقالها لبيت الزوجية أو حكما باستعدادها للانتقال وعدم الامتناع إذا ما طالب الزوج بذلك، بشرط إمكانية انتفاع الزوج بزوجته انتفاعا مقصودا بعقد الزواج[8].

ولم يتحد المعيار الذي أخذت به قوانين الأحوال الشخصية محل المقارنة في استحقاق الزوجة للنفقة، فأخذ بعضها بمعيار الاحتباس، والأمر يتعلق بالمشرع المصري طبقا المادة01 ف.01 من القانون رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985، وكذا المشرع الأردني طبقا المادة 60 من ق.أ.ش.أ، وكل من المشرع العراقي والسوري طبقا للمواد 23 من ق.أ.ش.ع والمادة 72 ف.01 من ق.أ.ش.س.

بينما أخذت تشريعات المغرب العربي بمذهب الإمام مالك وبمعيار التمكين المعتبر بالدخول، فجاء نص المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري ينص على أن نفقة الزوجة على

---

[1]- ابن حزم، المحلى بالآثار، الجزء9، المرجع السابق، ص.ص112-113.

[2] - الشربيني، مغني المحتاج، الجزء5، المرجع السابق، ص.181.

[3] - رتيبة عياش، مدى تأثير تفويت الاحتباس على استحقاق الزوجة للنفقة، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق يوسف بن خدة، جامعة الجزائر، الجزائر، 2016، ص.40.

[4] - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء2، المرجع السابق، ص.508

[5] - ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء3، ص.1028.

[6] - منصور بن ادريس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، الجزء 3، مكتبة الرياض الحديثة، السعودية، 1977، ص.232.

[7] - الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء4، المرجع السابق، ص.16.السرخسي، المبسوط، الجزء5، المرجع السابق، ص.ص187،186.

[8] - رتيبة عياش، مدى تأثير تفويت الاحتباس على استحقاق الزوجة للنفقة، المرجع السابق، ص.52.

زوجها تجب بالدخول بها أو بدعوتها إليه ببينة، كما أكدت المحكمة العليا هذا التوجه في قرار لها قضت فيه بأن الأنثى تستحق النفقة متى تم الدخول بها إلى بيتها الزوجي[1]، وهو ما ذهب إليه كل من المشرع المغربي في المادة 194 من م.أ.م وسماه البناء، وكذا المشرع التونسي في الفصل 38 من م.أ.ش.ت.

والراجح ما أخذت به التشريعات المغاربية أي اعتبار معيار التمكين أو الدخول في استحقاق النفقة، كما هو سائد في أعرافنا، إلا إذا كان هناك تقصير من طرف الزوج وطالت المدة ولم يطلب الدخول بالمرأة فتجب عليه النفقة لتأخره[2].

كما أن هناك حالات لا تستحق فيها الزوجة النفقة رغم حصول التمكين، وهي حالة صغر سن الزوجة، قال الشافعية والحنابلة بأن الصغيرة غير المطيقة للوطء لا تستحق النفقة[3]، وجعل الحنفية الصغيرة على ثلاث أصناف، صغيرة يمكن الدخول بها فهذه لها النفقة؛ وصغيرة لا يمكن الانتفاع بها لا في الخدمة ولا في المؤانسة ولا يمكن الدخول بها فهذه لا نفقة لها؛ وصغيرة يمكن الانتفاع بها في الخدمة والمؤانسة ولا يمكن الدخول بها قال أكثر الحنفية لا نفقة لها، وقال أبو يوسف تجب لها النفقة إن نقلها لإمكان الانتفاع بالخدمة والاستئناس[4].

أما المالكية فلم يشترطوا إطاقة الصغيرة للوطء لاستحقاق النفقة للزوجة المدخول بها، إنما هو شرط لاستحقاق النفقة قبل الدخول[5].

ولم تأت القوانين الوضعية محل المقارنة على ذكر حالة استحقاق الصغيرة للنفقة، لأن القوانين الوضعية ابتداء تضع شرط بلوغ سن معينة للفتاة حتى تكون أهلا للزواج، وحتى في حالات منح الإذن بالزواج لمن هن دون السن القانونية يراعى شروط أخرى كقدرة الطرفين على الزواج وبالخصوص قدرة الفتاة وإطاقتها للوطء.

بالإضافة إلى حالة صغر السن هناك حالة مرض الزوجة بعد الزفاف، والتي أجمع الفقهاء على استحقاقها للنفقة[6].

---

[1] - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 218736، الصادر بتاريخ 1999/02/16، غ.أ.ش، عدد خاص، م.ق، لسنة 2000، ص.206.

[2] - نور الدين أبو لحية، الحقوق المادية والمعنوية للزوجة برؤية مقاصدية، المرجع السابق، ص.172.

[3] - محمد بن ادريس الشافعي، الأم، الجزء6، المرجع السابق، ص.232.

[4] - أبوزهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.235.

[5] - الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، المرجع السابق، ص.82.

[6] - ابن عابدين، رد المحتار، الجزء 3،المرجع السابق، ص.575. الدردير، أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، المرجع السابق، ص.82. الشافعي، الأم، الجزء6، المرجع السابق، ص.233.

وفيما عدا المشرع المصري الذي نص في الفقرة 02 من م.01 من القانون رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985 على أنه لا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها النفقة، لم تنص التشريعات الأخرى محل المقارنة على استحقاق الزوجة المريضة للنفقة، إلا أنه وبنصها على أن نفقات العلاج تعتبر من ضمن مشتملات النفقة فيستلزم ذلك وجوب نفقة الزوجة على زوجها حال مرضها.

وفيما يتعلق بسجن الزوجة، فقد اختلف الفقهاء في استحقاق الزوجة المحبوسة للنفقة، فقال الحنفية والشافعية والحنابلة أنه لا تجب النفقة على الزوج لزوجته المحبوسة في دين ولو ظلما - بأن كانت معسرة - لفوات الاحتباس، وكون الامتناع ليس من جهة الزوج، وقال المالكية بأن للزوجة المحبوسة النفقة إن لم تكن مماطلة، سواء كان الحبس في دين للزوج أو غيره، لأن الامتناع ليس من جهتها وبنحو ذلك قال بعض الشافعية[1].

ويقول عبد الكريم زيدان مرجحا استحقاق الزوجة المحبوسة ظلما للنفقة :" والراجح في حبس الزوجة أن النفقة لا تسقط عن الزوجة بسبب حبسها إذا كانت محبوسة ظلما إذ لا يمكن اعتبارها بحكم الناشزة كما هو ظاهر ولا بحكم الممتنعة...ولا بحكم المانعة له من حقه في الاستمتاع بسبب بسيط واضح وهو أنها حبست ظلما...وهل من المعاشرة بالمعروف أن تحبس ظلما فيسارع الزوج ويقطع عنها نفقتها؟ ولكن إذا كان حبسها بحق كما لو ارتكبت جناية بصورة عمدية... أو حبست بدين يمكنها إيفاؤه، فلم تفعل فحبست ففي هذه الحالات تعتبر ظالمة لا مظلومة، فإذا حبست ومنعت عنها النفقة كان هذا المنع بحق جزاء ما فوتته على زوجها من حقه في الاستمتاع بها"[2].

ونص على عدم استحقاق الزوجة المسجونة للنفقة المشرعين الأردني والعراقي دون التشريعات الأخرى محل المقارنة، حيث قضت المادة 63 من ق.أ.ش.أ بأن الزوجة المسجونة بإدانتها بحكم قطعي لا تستحق النفقة من تاريخ سجنها، ونصت المادة 25 من ق.أ.ش.ع على أنه:" لا نفقة للزوجة في الأحوال التالية: - إذا حبست عن جريمة أو دين".

وعن واجب الإنفاق في القانون الفرنسي فإنه يقع على الزوجين كالتزام تشاركي، على أساس واجب الإعانة المفروض عليهما في المادة 212 من ق.م.ف، وكذا واجب المساهمة في نفقات الزواج المفروض بموجب المادة 214 من نفس القانون[3]، فالمشرع الفرنسي انتهج تطبيق المساواة بين الرجل والمرأة في الإنفاق، ولعل أهم أثر لهذه المساواة هو اعتبار الزوجين وطبقا للمادة 220 من ق.م.ف متضامنين في الديون الناشئة عن النفقات

[1] - الموسوعة الفقهية، الجزء 16، المرجع السابق، ص.324.

[2] - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء 7، المرجع السابق، ص.168.

[3] - Marie Cresp et autres, droit de la famille , op.cit, p.147.

الأسرية وتكاليف تعليم الأطفال، فيمكن للدائنين التنفيذ على أموال الزوجين على حد سواء حتى لو اتفقا على نظام انفصال الأموال[1].

ولا يخفى الآن وفي مجتمعاتنا العربية وبعد اقتحام المرأة لميدان العمل وتركها لبعض مسؤولياتها البيتية، أدى ذلك إلى حالة شكلت اضطرابا في ميزان الحقوق والواجبات بين الزوجين وإن كان خروجها للعمل بإذن الزوج، وظهر إلى الواجهة الحديث عن مساهمة الزوجة في الإنفاق على بيت الزوجية[2]، وأصبح البعض يرى أن الزوجة ملزمة بالمساهمة في الإنفاق على الأسرة إن كانت موسرة بكسبها من عملها وعليها دفع جزء من راتبها لمساعدة أسرتها المحتاجة، وهو موقف كرسه المشرع التونسي في الفصل 23 من م.أ.ش.ت والذي نص على أنه:" على الزوجة أن تساهم في الإنفاق على الأسرة إن كان لها عمل"، ويقيم هؤلاء رأيهم على اعتبارات منها أن الزوجة بخروجها للعمل أنقصت أو أخلت بحق زوجها في الاحتباس، مما يتوجب التعويض عن هذا النقصان بالمشاركة في الإنفاق، وكذا تقصير من الزوجة في أداء واجباتها المنزلية سيجعلها تحتاج لمن يقوم مقامها كخادمة أو دار حضانة ويكلف الأسرة مصاريف تقع على عاتق الزوج فمن المنطق تحمل الزوجة لها باعتبارها السبب في هذه النفقات الزائدة[3]، كما أنه ظهر تقسيم جديد للأدوار بين الزوجين في المجتمع مؤسس على المساواة في الحقوق والواجبات[4].

بينما استحسن آخرون تحميل الزوجة جزءا من النفقة إن كان الزوج غير قادر على تحمل كافة أعباء الأسرة خاصة مع محدودية دخله وكانت زوجته موسرة أوذات دخل، بعد أن أصبح عمل المرأة من الصفات المرغوب فيها والمطلوبة للزواج بها، وأصبحت مساهمتها في الإنفاق عرفا جاريا بين الناس، ويقيم هذا الرأي مشاركة الزوجة في الإنفاق على أساس عدم قدرة الزوج على تحمل نفقات الأسرة، بينما يقيمها الرأي الأول على نقص الاحتباس[5].

---

[1] - فاطمة الزهراء لقشيري، المساواة بين الزوجين في واجب الإنفاق، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة زيان عاشورالجلفة، الجزائر، عدد 9، مجلد4، 2012، ص.ص157-169.

[2] - سارة بوعلي، عبد الله بن عقيلة، التزام الزوجة بالإنفاق على بيت الزوجية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، المجلد07، عدد01، الجزائر، 2021، ص.ص 450-470، ص.461.

[3] - مصطفى مناصرية، الالتزامات المالية للزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد 02، العدد3، الجزائر، 2017، ص.ص263-286، ص.283.

[4] - سارة بوعلي، عبد الله بن عقيلة، التزام الزوجة بالإنفاق على بيت الزوجية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص. 462.

[5] - مصطفى مناصرية، الالتزامات المالية للزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.283.

والواقع العملي يفيد أن الزوجة تقوم بالإنفاق أو المساهمة على حسب الحال، غير أنه ينبغي أن يتدخل القانون بالنص الإلزامي[1]، والواقع في التشريعات العربية محل المقارنة وماعدا التشريع التونسي أنها لا تلزم الزوجة بالإنفاق إلا في حالة عسر الزوج ويسارها.

وكان مجمع الفقه الإسلامي قد قرر فيما يخص مسألة إلزام الزوجة العاملة بالإنفاق الآتي:" ...ولا تلزم بالمشاركة في الإنفاق على البيت ولو كانت غنية... ولا حق له فيما تكسبه إلا بطيب نفس منها، أو فيما كان من ذلك عن اشتراط مسبق بينهما، لأنه قد أسقط حقه في احتباسها من أجله بإذنه لها في العمل..."[2].

ثانيا: تطييب القول للزوجة

قال رسول الله صلى عليه وسلم :" ...الكلمة الطيبة صدقة..."، فكيف إذا كانت الكلمة موجهة للزوجة، ولقد رغب رسول الله ﷺ في الكلمة الطيبة لما تنشره من مودة في القلوب[3].

ومن تطييب القول التبشير والتفاؤل فقد كان النبي ﷺ يحب الفأل ويكره التشاؤم، قال ﷺ:" لا عدوى ولا طيرة، قال: ويعجبني الفأل، قالوا: يا رسول الله، وما الفأل؟ قال: الكلمة الطيبة"[4]، كما أن لعبارات الثناء والتشجيع التي يهمس الزوج بها في أذن زوجته مفعول السحر، إذ تعتبر دافعا وحافزا للزوجة لتضحي وتبذل وتعطي من غير شروط، وقد كان ﷺ حريصا على تشجيع زوجاته والثناء عليهن حتى بعد وفاتهن في ثنائه على خديجة رضي الله عنها، وكان يثني على عائشة رضي الله عنها، قال ﷺ:" فضل عائشة على النساء، كفضل الثريد على سائر الطعام"[5]، وعن عائشة رضي الله عنها أنها اعتمرت مع رسول الله صلى الله عليه عليه وسلم من المدينة إلى مكة حتى إذا قدمت مكة، قالت يارسول الله، بأبي أنت وأمي قصرت وأتممت، وأفطرت، وصمت، قال: "أحسنت يا عائشة". وما عاب علي"[6].

ومن حسن المعاملة التصريح للزوجة بالحب لأنه يعتبر ملح الحياة الزوجية[7]، سأل عمرو بن العاص رضي الله عنه رسول الله ﷺ:" أي الناس أحب إليك؟ قال صلى الله عليه

[1] - أحمد الخمليشي، الأسرة بين التنظير والواقع، المجلة العربية للفقه والقضاء، عدد18، 1997، ص.81 وما بعدها. نقلا عن فاطمة الزهراء لقشيري، المساواة بين الزوجين في واجب الإنفاق، المرجع السابق، ص.164.
[2] - كتاب المؤتمر الثاني لمجمع فقهاء الشريعة بأمريكا، المنعقد في كوبنهاجن، الدنمارك، في 22-25 يونيو 2004، ص.43.
[3] - نور الدين أبو لحية، الحقوق المادية والمغنوية للزوجة برؤية مقاصدية، المرجع السابق، ص. 406.
[4] - الترمذي، سنن الترمذي، الجزء4، المرجع السابق، ص.161، ح.رقم 1615.
[5] - البخاري، صحيح البخاري، الجزء9، المرجع السابق، ص.462، ح. رقم 5102.
[6] - النسائي، سنن النسائي، الجزء3، المرجع السابق، ص.122، ح.رقم 1456.
[7] - وفاء بوكروشة، حق الزوجة في المعاشرة الزوجية بالمعروف، المرجع السابق، ص.46.

وسلم: عائشة"[1]، وسأل رسول الله ﷺ ابنته فاطمة رضي الله فقال:" أي بنية ألست تحبين ما أحب؟ فقالت: بلى، قال : "أحبي هذه"، قصد بذلك عائشة"[2].

ولأهمية الكلمة الطيبة للزوجة أجاز الشرع للزوج الكذب على زوجته استرضاء لها، قال رسول الله ﷺ :" لا يحل الكذب إلا في ثلاث، يحدث الرجل امرأته ليرضيها، والكذب في الحرب، والكذب ليصلح بين الناس"[3]، قال الحطابي:" كذب الرجل زوجته أن يعدها ويمنيها ويظهر لها من المحبة أكثرها في نفسه يستديم بذلك صحبتها ويصلح به خلقها"[4].

ثالثا: رعاية الزوجة في المرض ومواساتها والصبر عليها وإشراكها في العبادات

عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: إنما تغيب عثمان عن بدر، فإنه كانت تحته بنت رسول الله ﷺ، وكانت مريضة فقال له النبي ﷺ:" إن لك أجر رجل ممن شهد بدرا وسهمه"[5]، وسهمه"[5]، هذا الحديث وإن كان خاصا بسيدنا عثمان رضي الله عنه على قول جمهور الفقهاء، إلا أنه فيه إشارة لطيفة إلى استحباب تمريض الزوج لزوجته ومساندتها في ظروفها الصعبة، ولو كلفه ذلك تفويت فرصة عمل أو جهاد أو غيرها، وغرضه في ذلك ألا يكسر قلب زوجته ويكون عونا لها في عز حاجتها إليه[6].

ولمواساة الرجل زوجته عظيم الأثر في نفسها، وكان ذلك من سننه ﷺ في تعامله مع زوجاته، فعن صفية بنت حيي، قالت: دخل علي رسول الله ﷺ، وقد بلغني عن حفصة وعائشة كلام، فذكرت ذلك له فقال:" ألا قلت: فكيف تكونان خيرا مني، وزوجي محمد، وأبي هارون وعمي موسى" ، وكان الذي بلغها أنهم قالوا: نحن أكرم على رسول الله صلى الله عليه وسلم منها، وقالوا نحن أزواج النبي ﷺ وبنات عمه"[7].

ومن المعاشرة بالمعروف أيضا الحلم مع الزوجة والصبر على أذاها، وهذا ليس بالأمر المهين للزوج ولاهو بدليل على ضعفه وانعدام شخصيته وانهزام رجولته كما يظن البعض، بل هو من أخلاق أعلام هذه الأمة وعلامة على الفقه والسيادة، ومن لم يتحمل من

[1] - البخاري، صحيح البخاري، الجزء3، المرجع السابق، ص.9، ح.رقم 3662.
[2] - مسلم، صحيح مسلم، الجزء7، المرجع السابق، ص.136، ح.رقم 4599.
[3] - الترمذي، سنن الترمذي، الجزء4، المرجع السابق، ص.331، ح.رقم 1939.
[4] - نور الدين أبو لحية، الحقو المادية والمعنوية لمرأة برؤية مقاصدية، المرجع السابق، ص.406.
[5] - البخاري، صحيح البخاري، الجزء2، المرجع السابق، ص.397، ح.رقم 3130.
[6] - وفاء بوكروشة، حق الزوجة في المعاشرة الزوجية بالمعروف، المرجع السابق، ص.45.
[7] - الترمذي، سنن الترمذي، الجزء5، المرجع السابق، ص.708، ح.رقم 3892.

النساء فهو أنقص منهن عقلا[1]، يقول الإمام أبو حامد الغزالي:" واعلم أنه ليس حسن الخلق معها كف الأذى عنها، بل احتمال الأذى منها والحلم عند طيشها وغضبها"[2].

وحق الزوجة على الزوج أن يعلمها الضروري من أمور دينها عقيدة وعبادة ومعاملة، إن كانت تجهل ذلك وحثها على الخير والمبادرة إلى طاعة ربها، ذلك أن حاجتها لإصلاح دينها وتزكية نفسها بما يكفل لها الاستقامة على الدين والفوز بالجنة والنجاة من النار أعظم من حاجتها إلى الطعام والشراب الواجب بذلهما لها[3]، وقوله تعالى:" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ"[4] يفيد أن الزوج يجب عليه أن يصلح نفسه بالعمل بما أمر به الله عز وجل وترك مانهى عنه، وكذا بإصلاح أهله من زوجته وأولاده وممن يدخل تحت ولايته[5].

رابعا: مراعاة مشاعر الزوجة ومسامرتها والتزين لها

من جميل العشرة أن يراعي الزوج مشاعر زوجته وتقلب أحوالها ومزاجها بين تعب ومرض وحيض وحمل وولادة[6]، وأن يعي أن هذه الأحوال تتسبب في اضطراب نفسيتها وأحيانا اكتئابها، ويقع علي الزوج الدور الأكبر في احتواء زوجته ومساندتها لتخطي هذه الظروف والأزمات.

عن عائشة رضي الله قالت:" كنت أتعرق العظم وأنا حائض فأعطيه النبي ﷺ فيضع فمه في الموضع الذي فيه وضعته، وأشرب الشراب فأناوله فيضع فمه في الموضع الذي كنت أشرب منه"[7]، وفي حديث آخر لعائشة قالت:" أن النبي ﷺ كان يتكئ في حجري وأنا حائض ثم يقرأ يقرأ القرآن"[8].

---

[1] - يوسف أبجيك السوسي، صفحات من أخبار الأنبياء والعلماء والأولياء والحماء في الصبر على الزوجات والحلم عليهن، دار الفتح للدراسات والنشر، الأردن، 2019، ص.17.

[2] - نفس المرجع، ص.2.

[3] - أبو عبد المعز محمد علي فركوس، المعين في بيان الحقوق الزوجية، المرجع السابق، ص.57.

[4] - سورة التحريم، الآية6.

[5] - أبو عبد المعز محمد علي فركوس، المعين في بيان الحقوق الزوجية، المرجع نفسه، ص.57.

[6] - وفيما يتعلق بإصابة النساء باكتئاب ما بعد الولادة، فإنه من المعروف أن سيكولوجية المرأة تتغير بالحيض، وكذا بالحمل ابتداء بالوحم الذي يسبب تغيرات في سلوك المرأة وعاداتها، مرورا بأشهر الحمل وكل ما تتكبده المرأة من عناء وصولا إلى الولادة وآلامها ومضاعفاتها أحيانا، وتصاب النساء بنسبة 12% إلى 16% باكتئاب ما بعد الولادة والذي قد يستمر= =إلى أسابيع أو شهور بعد الولادة. لمزيد من التفاصيل ينظر فتيحة بن موفق، تأثير اكتئاب ما بعد الولادة على طبيعة التفاعل أم- طفل، مجلة دراسات في سيكولوجية الإنحراف، جامعة محمد لخضر باتنة، المجلد06، عدد02، الجزائر، 2011، ص-ص617-634. جمال بلبكاي، دنيا فراحتة، الضغوط النفسية وسيكولوجية الحمل ولادة، مجلة القدس للدراسات النفسية والاجتماعية، جامعة يحيى فارس المدية، مجلد03، عدد04، الجزائر، 2021، ص.ص29-41.

[7] - أبو داود، سنن أبي داود، الجزء1، المرجع السابق، ص.130، ح.رقم 259.

[8] - البخاري، صحيح البخاري، الجزء1، المرجع السابق، ص.113، ح.رقم 297.

ومن المعاشرة بالمعروف استشارة الزوجة في العزل، والعزل هو نزع الرجل ذكره إذا قرب من الإنزال وينزل خارج الفرج، وحكمه بإجماع الفقهاء الكراهة، وذهب الجمهور من الأحناف والمالكية والشافعية في أحد قوليهم إلى أنه لا يجوز للرجل أن يعزل عن زوجته الحرة إلا بإذنها[1]، وعن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه قال:" نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعزل عن الحرة إلا بإذنها"[2].

وكان ﷺ جميل العشرة يداعب أهله ويتلطف بهم، ويضاحك نسائه، حتى أنه كان يسابق عائشة أم المؤمنين يتودد إليها بذلك، عن عائشة رضي الله عنها أنها كانت مع النبي ﷺ في سفر قالت:" فسابقته فسبقته على رجلي، فلما حملت اللحم سابقته فسبقني، فقال :" هذه بتلك السبقة"[3]، وكان ﷺ ينام مع المرأة في شغار واحد، يضع عن كتفيه الرداء وينام بالإزار، بالإزار، وكان إذا صلى العشاء يدخل منزله يسمر مع أهله قليلا قبل أن ينام يؤانسهم بذلك ﷺ[4].

ومما ينافي العشرة بالمعروف ترك الزوج الاهتمام بمظهره وحسن هيئته[5]، قال ابن عباس رضي الله عنه:" إني لأحب أن أتزين لزوجتي كما أحب أن تتزين لي، لأن الله عز وجل يقول :" ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف"[6]، وزينة الرجل حسب الحال والعمر، وتكون من خلال الملبس اللائق والطيب وتطهير الفم وما بين الأسنان بالسواك وما شابه، وإزالة ما علق بالجسم من أوساخ، وإزالة فضول الشعر وقلم الأضافر، والخضاب للشيوخ، وغيرها مما فيه ابتغاء الحقوق ليكون عند امرأته في زينة تسرها ويعفها عن غيره من الرجال[7].

خامسا: حسن الظن بالزوجة وتقبل غيرتها وعدم طلب عثراتها

من أرقى صور المعاشرة بالمعروف إظهار الثقة الكاملة في الزوجة، وعدم تتبع عثراتها أو طلب زلاتها[8]، وعن جابر أن النبي ﷺ قال:" إذا دخلت ليلا، فلا تدخل على أهلك،

---

[1] - الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء2، المرجع السابق، ص.334. ابن عابدين، رد المحتار، الجزء3، المرجع السابق، ص.175. ابن قدامة، المغني، الجزء7، ص.298. البهوتي، كشاف القناع، الجزء5، المرجع السابق، ص.189.

[2] - ابن ماجه، سنن ابن ماجه، المجلد3، المرجع السابق، ص.362، ح.رقم 1928.

[3] - أبو داود، سنن أبي داود، الجزء3، المرجع السابق، ص.48، ح.رقم 2578.

[4] - أبو الفداء الحافظ ابن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، الجزء الأول، دار الفكرللطباعة والنشر والتزيع، لبنان، 2005، ص.422.

[5] - أبو عبد المعز محمد علي فركوس، المعين في بيان الحقوق الزوجية، المرجع نفسه، ص.45.

[6] - البيهقي، السنن الكبرى،المرجع السابق، الجزء15، ص.118، ح.رقم 14844.

[7] - شمس الدين القرطبي، تفسير القربي، ط.3، الجزء 3، دار الكتب المصرية، مصر، 1384هـ، ص.124.

[8] - وفاء بوكروشة، حق الزوجة في المعاشرة بالمعروف، المرجع السابق، ص.45.

أهلك، حتى تستحد المغيبة، وتمتشط الشعثة"[1]، وقد جاءت في بعض روايات الحديث زيادة تشير إلى أن النهي عن ذلك إذا كان المقصود منه التخون واتباع العثرات[2].

ومن جميل العشرة أن يغض الزوج الطرف عن بعض العيوب التي يكرهها في زوجته، وعن سلبياتها وأخطائها ما لم يكن فيه تجاوز لحدود الشرع، ولا سيما إن كانت الزوجة تتمتع بخصال حميدة ومكارم حسنة، فيجدر به أن يستحضر حسناتها وهو ينظر إلى سيئاتها[3]، قال رسول الله ﷺ:" لا يفرك مؤمن مؤمنة إن كره منها خلقا رضي منها آخر" أو قال:"غيره" أي لا يبغضها بغضا كليا يحمله على فراقها، بل يغفر سيئتها لحسنتها، ويتغاضى عما يكره لما يحب.[4].

ولأن غيرة الزوجة على زوجها من الصفات التي جبلت عليها ولا يمكن أن تسلم منها مهما بلغت هذه المرأة من الدين والتقوى، بشرط ألا تزيد هذه الغيرة عن الحد المعقول الذي تصل بعده لمرحلة الشك في كل تصرفات الزوج وتقلب حياة الزوجين جحيما، وفي هذا الصدد يضرب أجمل مثال من بيت النبوة وغيرة عائشة رضي الله عنها على رسول الله ﷺ، وبالمقابل تفهمه عليه الصلاة والسلام لغضبها الناجم عن غيرتها عليه وحبها له ﷺ، عن أم سلمة، أنها تعني أتت بطعام في صحفة لها إلى النبي ﷺ وأصحابه، فجاءت عائشة مؤتزرة بكساء ومعها فهر، ففلقت به الصحفة، فجمع النبي ﷺ بين فلقتي الصحفة ويقول:" كلوا غارت أمكم" مرتين، ثم أخذ رسول الله ﷺ صحفة عائشة فبعث بها إلى أم سلمة، وأعطى صحفة أم سلمة لعائشة"[5].

وكان رسول الله ﷺ يتقبل غيرة عائشة رضي الله عنها ليقينه أنها دليل حبها له، عن عائشة رضي الله عنها قالت : قال لي رسول الله ﷺ:" إني لأعلم إذا كنت عني راضية، وإذا كنت علي غضبى" قالت: فقلت: من أين تعرف ذلك، فقال ﷺ:" أما إذا كنت عني راضية، فإنك تقولين : لا ورب محمد، وإذا كنت علي غضبى، قلت : لا ورب إبراهيم"، قالت: قلت أجل والله يا رسول الله ما أهجر إلا إسمك"[6].

وصور معاشرة الزوج لزوجته بالمعروف وهو المخاطب بها في قوله تعالى:" وعاشروهن بالمعروف" كثيرة، وسيرة المصطفى ﷺ في بيت النبوة مع زوجاته أمهات المؤمنين حافلة بهذه الصور، وأن كانت لا تنطبق بتفاصيلها على ما هي الحياة عليه الآن بين

[1] البخاري، صحيح البخاري، الجزء7، المرجع السابق، ص.39، ح.رقم 5246.
[2] - مسلم، صحيح مسلم، الجزء 3، المرجع السابق، ص.1528، ح.رقم 1928..
[3] - أبو عبد المعز محمد علي فركوس، المعين في بيان الحقوق الزوجية، المرجع السابق، ص.48.
[4] مسلم، صحيح مسلم، الجزء2، المرجع السابق، ص. 1091، ح.رقم1469.
[5] - النسائي، كتاب عشرة النساء، ط.3، دار المعمور، ماليزيا، 2009، ص.30.
[6] - البخاري، صحيح البخاري، الجزء7، المرجع السابق، ص.36، ح.رقم 5228.

الآزواج، إلا أنه يمكن القياس عليها، على أن يكون الضابط في ذلك كله هو المعروف، لأنه قوام المعاشرة فإن غاب المعروف في إمساك الزوجة كان تسريحها بإحسان أفضل.

الفرع الثالث

وفاء الزوجة بالتزام المعاشرة بالمعروف

يترتب على الزوجة هي الأخرى التزام بمعاشرة زوجها بالمعروف، ولأن المرأة سكن لزوجها وجب أن تتحرى ما يحقق هذا السكن ويقر عين زوجها بها[1]، وكما سبق ذكره وإن كان التزام المعاشرة بالمعروف محمول على الأزواج باعتبارهم المخاطبين به في نص الآية "وعاشروهن بالمعروف"، إلا أن النساء في المقابل لهن مثل الذي عليهن بالمعروف، بالإضافة إلى أن المرأة اليوم- في أغلب الأحوال- لم تعد المخلوق الضعيف المنكسر الذي كانت عليه في عصور مضت، ولم يعد مستساغا قصر المعاشرة بالمعروف كالتزام على الزوج فقط، وسنبين فيما يلي بعض السلوكات التي تتحقق بها معاشرة الزوجة لزوجها بالمعروف.

أولا: استئذان الزوجة زوجها فيما يستوجب إذنه

من بين ما تستأذن فيه الزوجة زوجها خروجها من المنزل وسماحها لأحدهم بدخول بيت الزوجية ، وكذا صيامها تطوعا.

---

[1] - وهذه أسماء بنت خارجة امرأة عوف الشيباني في وصية لابنتها قبل زفافها تلخص فيها أصول المعاملات الزوجية، تقول أسماء لابنتها:" أي بنية ! إن الوصية لو تركت لفضل أدب لتركت ذلك منك، ولكنها تذكرة للغافل، ومعونة للعاقل، ولو أن امرأة استغنت عن الزوج لغنى والديها وشدة حاجتها إليه كنت أغنى الناس عنه، ولكن النساء للرجال خلقن، ولهن خلق الرجال.

أي بنية !إنك تفارقين بيتك الذي منه خرجت وتتركين عشك الذي فيه درجت، إلى رجل لم تعرفيه، وقرين لم تألفيه، فكوني له أرضا يكن لك سماء، وكوني له مهادا يكن لك عمادا، وكوني له أمة يكن لك عبدا، واحفظي له خصالا عشرا يكن لك ذخرا.

أما الأولى والثانية: فالخشوع له بالقناعة، وحسن السمع والطاعة.

أما الثالثة والرابعة: فالتفقد لموضع عينه وأنفه، فلا تقع عينيه منك على قبيح، ولا يشم منك إلا أطيب ريح.

وأما الخامسة والسادسة: فالتفقد لوقت منامه وطعامه، فإن الجوع ملهبة، وتنغيص النوم مغضبة.

وأما السابعة والثامنة: فالاحتراس لماله، والإدعاء على حشمه وعياله، فملاك الأمر في المال حسن التقدير، وفي العيال حسن التدبير.

وأما التاسعة والعاشرة: فلا تعصين له أمرا ولا تفشين له سرا، فإنك إن خالفت أمره أوغرت صدره، وإن أفشيت سره لم تأمني غدره.

ثم إياك والفرح بين يديه إن كان ترحا، أو الترح بين يديه إن كان فرحا، فإن الخصلة الأولى من التقصير والثانية من التكدير.

وكوني ما تكونين له إعظاما، يكن أشد ما يكون لك إكراما، وأشد ما تكونين له موافقة، يكون أطول ما يكون لك مرافقة، واعلمي أنك لا تصلين إلى ما تحبين حتى تؤثري رضاه على رضاك، وهواه على هواك، فيما أحببت أو كرهت والله يخير لك". فهد بن محمد الحميزي، المعاشرة والطاعة بالمعروف رسالة إلى كل زوج وزوجة، دار الصميعي، السعودية، د.س.ن، ص.ص 11-12.

من حسن تبعل المرأة قرارها في بيت الزوجية وعدم خروجها منه إلا بإذنه، ولأن العلاقة وطيدة بين المرأة والبيت، حتى أن القرآن الكريم في آياته يضيف البيوت للنساء- "وقرن في بيوتكن"- رغم أن الزوج هو من يساهم في بنائه ماديا وهو مالكه الشرعي، وكأن البيت لا يشرق ولا يكون له قيمة إلا إذا وجدت الزوجة فيه، وحتى لا نفهم المرأة أنها حارسة لبيت غيرها جعل البيت مضافا إليها لتزداد حرصا على الإعتناء به، وكأن الشارع يقول للمرأة، إن كثرة خروجك من البيت ستكون سببا لسلب هذا البيت منك"[1]، والمرأة إذا قرت في بيتها وقامت على شؤونه وحرصت على راحة زوجها وشؤون أطفالها سعدت الأسرة واستقرت باعتبار أن ذلك هو الأصل الطبيعي في تقسيم الأدوار بين الزوجين، ولا شك بأنه كلما كانت الأمور في نصابها الطبيعي موافقة لما فطر الله عليه الإنسان ذكرا أو أنثى، كلما كان ذلك أدعى للاستقرار والاستمرار والإثمار، وبذلك يكون خروج الزوجة استثناء وجب إذن الزوج فيه لكي لا تخرج عن الأصل وهو قرارها في البيت.

ومما يجب أن تستأذن الزوجة فيه زوجها سماحها بدخول أحد إلى بيتها، ذلك أن بيت الزوجية له حرمات ينبغي على الزوجة الصالحة مراعاتها والمحافظة عليها، والتي منها أن لا تأذن لأحد بدخول منزل الزوجية إلا لمن يرتضيه الزوج وبشكل خاص أثناء غياب زوجها عن المنزل[2]، لحديث رسول الله ﷺ :" لا يحل للمرأة أن تصوم وزوجها شاهد إلا بإذنه، ولا تأذن في بيته إلا بإذنه"[3]، فالزوجة لا تأذن بدخول بيتها إذا كان زوجها غائبا سواء تعلق الأمر بأقارب زوجها أو أقاربها غير المحارم، أما وهو حاضر فالزوج من يتلقاهم ويأذن لهم ولا تتحقق بدخولهم الخلوة المحرمة بالزوجة لوجود الزوج، كما يجب على الزوجة استئذان زوجها حتى في دخول النساء من صديقاتها وقريباتها لبيت الزوجية سواء كان الإذن صراحة أو ضمنا[4]، ويبقى طلب الإذن من الزوجة ومنحه من طرف الزوج دائما في إطار المعاشرة بالمعروف التي تقتضي مراعاة كل طرف للآخر، فلا إفراط من الزوجة بأن تجعل بيت الزوجية مقرا لاجتماع قريباتها وصديقاتها، ولا تفريط من الزوج بأن يجعل البيت سجنا لزوجته لا يدخل عليها فيه إلا محارمها.

ومن بين ما تستأذن فيه الزوجة زوجها في إطار المعاشرة بالمعروف صيامها تطوعا، فلا يجوز للمرأة باتفاق الفقهاء أن تصوم تطوعا وزوجها حاضر إلا بإذنه، وإن لم

---

[1] - شفيق العرج، لطائف من نسبة البيوت للنساء في القرآن الكريم، مجلة البيان، عدد375، جويلية 2010، متاح على الرابط www.albayane.co.uk، تم الإطلاع عليه بتاريخ22 جويلية 2022 على الساعة 09:27.

[2] - محمد جمال أبو سنينة، الطاعة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.72.

[3] - البخاري، صحيح البخاري، الجزء7، المرجع السابق، ص.30، ح.رقم 1994.

[4] - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء 7، المرجع السابق، ص.298.

يأذن لها وصامت فهي ناشز، وله أن يجبرها على الفطر[1]، وأما صيام الفرض فإن كان غير مقيد بوقت فإنها تستأذنه فيه أيضا فإن طلب منها التأخير أخرت، وقد كانت عائشة رضي الله عنها لا تتمكن من قضاء صوم رمضان إلا في شعبان، لمكان رسول الله ﷺ منها، وشغلها بالنبي ﷺ[2].

ثانيا: حفظ الزوجة زوجها غائبا في ماله ونفسها

يقول الله تعالى في كتابه العزيز:" فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله"، فالمرأة حال غياب زوجها وصفها المولى عز وجل بقوله"حافظات للغيب"، لأنها تحفظ نفسها عن الزنى، وتحفظ مال زوجها من الضياع، وتحفظ منزلها مما لا ينبغي فيه[3]، وفسر أخرون معنى الآية "حافظات للغيب" أي يحفظن الأمور المغيبة المستترة، فلا يفشين ما يكون بينهن وبين أزواجهن ولا يكتمن ماخلق الله في أرحامهن، ولا يعتدين عليه، ولا يضعن في الوديعة التي أودعها الله إليهن ما لا يجوز[4].

وفي هذا الصدد يقول الإمام أبو حامد الغزالي:"فحقوق الزوج على الزوجة كثيرة وأهمها أمران أحدهما الصيانة والستر، والآخر ترك المطالبة بما وراء الحاجة والتعفف عن كسبه إذا كان حراما وهكذا كانت عادة النساء في السلف، كان الرجل إذا خرج من منزله تقول له امرأته أو ابنته إياك وكسب الحرام، فإنا نصبر على الجوع والضر ولا نصبر على النار..."[5]، قال رسول الله ﷺ عندما سئل عن خير النساء:" خير النساء إذا نظرت إليها سرتك، وإن أمرتها أطاعتك، وإن غبت عنها حفظتك في مالك ونفسها"[6]، فأن تحفظ المرأة نفسها في غياب زوجها مدعاة لزيادة حب زوجها واحترامه لها وحرصه على تعويضها بكسب رضاها وتوفير سبل راحتها، كما أن حفظ المرأة نفسها في غياب زوجها يجسد وفاء الزوجة وإخلاصها لزوجها ولدينها وحسن خلقها، والزوجة أيضا عندما تحرص على مال زوجها في غيابه فلا تسرف في إنفاقه وتبديده، يكون ذلك دليل على دعمها لزوجها وحرصها على مصالحهما المشتركة، وكل ذلك من جميل المصاحبة والعشرة بالمعروف منها.

---

[1] - الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء2، المرجع السابق، ص.107.ابن عابدين، رد المحتار، الجزء2، المرجع السابق، ص.430. الرملي، نهاية المحتاج، الجزء3، ص.206. ابن قدامة، المغني، الجزء7، ص.ص18-19.

[2] - البخاري، صحيح البخاري، الجزء2، المرجع السابق، ص.45، ح.رقم 1950.

[3] - محمد الرازي فخر الدين ، تفسير الفخر الرازي، الجزء10، دار الفكر للطباعة والنشر، مصر، 1981، ص.92.

[4] - محمد أبو زهرة، زهرة التفاسير، الجزء3، المرجع السابق، ص.ص 1668-1669.

[5] - أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، الجزء2، دار المعرفة، لبنان، د.س.ن، ص.58.

[6] - محمد الرازي فخر الدين ، تفسير الفخر الرازي، الجزء10، المرجع السابق، ص.92.

ثالثا: عدم إرهاق الزوج بالطلبات وشكره وعدم إنكار فضله

على الزوجة ألا تطالب زوجها بما لا يستطيع ولا تكلفه مالا يطيق، وأن ترضى بما يوفره لها حسب مقدوره واستطاعته، حتى لا تحوجه إلى أن يمد يده للناس سؤالا أو استدانة لكي يلبي طلباتها، فالرجل يشعر بالعجز حينها وهذا العجز يؤلم نفسه ويكسر خاطره، فلا خير في امرأة ترضى الهوان لزوجها ولا بركة فيها، بل على المرأة التحلي بالرضا والقناعة، وأن تعيش مع زوجها على قدر حاله ومعيشته[1].

ولقد مدح النبي ﷺ نساء قريش لرعايتهن لأولادهن وصبرهن على ضيق المعيشة مع أزواجهن، فقال ﷺ:" نساء قريش خير نساء ركبن الإبل، أحناه على طفل، وأرعاه على زوج في ذات يده"[2].

وقال رسول الله ﷺ :" لا ينظر الله إلى امرأة لا تشكر زوجها وهي لا تستغني عنه"[3]، وليس الشكر باللسان فحسب ثم تؤذيه بمساوئ الأفعال والأقوال والأخلاق، إنما يتجسد ذلك الشكر في إظهار الزوجة السرور والراحة في كنف الزوج والقيام على أموره وخدمته دون شكوى أو تذمر[4].

رابعا: خدمة الزوجة زوجها وأولادها

تجدر الإشارة إلى اختلاف الفقهاء في مسألة خدمة الزوجة في بيتها وإن كانت مجبرة على ذلك أم لا[5]، والراجح هو واجب خدمة الزوجة زوجها بالمعروف من مثلها لمثله، كما عليها خدمة البيت والقيام يشؤونه حسب ما يقضي به العرف وعادات الناس من مثلها لمثل زوجها، وحسب اختلاف الظروف والأحوال والزمان والمكان[6].

وخدمة الزوجة زوجها ورعاية بيتها تتوافق مع وظيفة المرأة الطبيعية، كما أن قيام الزوجة بهذه المهمة من شأنه أن يحفظ للأسرة استقرارها وسعادتها ويعمق التآلف بين الزوجين في ظل التعاون على البر والتقوى، وفي المقابل يكون على الزوج أن يقدر حال الزوجة وظروفها ولا يحملها مالا تطيقه، ولما لا يعينها في بعض هذه الشؤون لا سيما في حال مرضها أو عجزها أو زحمة الأعمال عليها[7].

---

[1] - ندا أبو أحمد، الحقوق الزوجية(حق الزوج)، المرجع السابق، ص.18.
[2] - البخاري، صحيح البخاري، الجزء 2، المرجع السابق، ص. 486، ح.رقم 3434.
[3] - النسائي، السنن الكبرى، الجزء 8، المرجع السابق، ص.495، ح.رقم 9135.
[4] - ندا أبو أحمد، الحقوق الزوجية(حق الزوج)، المرجع السابق، ص.29.
[5] - ينظر ص. 107 من هذه الرسالة.
[6] - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء 7، المرجع السابق، ص.305.
[7] - أبو عبد المعز محمد علي فركوس، المعين في بيان الحقوق الزوجية، المرجع السابق، ص.23.

ويقول الأستاذ عبد الكريم زيدان في مسألة تقدير الزوج لخدمة زوجته له:" قد يكون من فائدة معرفة الزوج ذلك - أن جمهور الفقهاء لا يرون من الواجب على الزوجة خدمة زوجها- أن لا يشتط بكثرة طلباته من زوجته المتعلقة بخدمته وخدمة البيت، وأن لا يحاسبها الحساب العسير إذا قصرت في ذلك، لأن ما تقوم به ليس من الواجب عليها عند جمهور الفقهاء، وإن كان واجبا عليها عند بعضهم وهو ما رجحته... ولكن وجود الخلاف بهذه الدرجة وبهذا القدر يجعل من المطلوب من الزوج أن ينظر إلى قيام الزوجة بخدمته وخدمة البيت وبأنها تقوم بما هو أقرب إلى التطوع منه إلى الواجب أو تقوم به بشيء من مختلف في وجوبه، مما يوجب عليه أن يترفق بها إن رأى تقصيرا في ذلك، وأن يشجعها على فعلها ويعينها عليه"[1].

خامسا: التزين للزوج وحسن استقباله عند عودته لبيته

لا ريب أن رغبة الرجل في المرأة أمر فطري يقل ويكثر حسب الأسباب التي ترغب فيه أو تنفر منه، لذلك وجب على المرأة أن تبدو لزوجها في أجمل حال يحبها الرجل من النظافة والتزين في حدود الشريعة الإسلامية[2].

ويكون على الزوجة أن تتطهر بالغسل من حيض أو نفاس أو جنابة، وأن تنظف نفسها بإزالة الوسخ والدرن والشعر من بدنها، وتقليم أظافرها ونحو ذلك، وللزوج إجبارها على كل ذلك إن امتنعت لأن كمال انتفاع الزوج واستمتاعه بها يقف على ذلك[3]، ومن جميل العشرة أن تمتنع الزوجة عن أكل كل ما يتأذى الزوج برائحته كالبصل والثوم وشرب الدخان، وعلة ذلك أنه يمنع القبلة وكمال الاستمتاع[4].

وعلى الزوجة إذا هيأ لها الزوج ما تزين به وجهها وشعرها وجسمها أن تستعمل كل ذلك إن كان زوجها يحب ذلك منها، لأن خير ما تمتلك به المرأة قلب الرجل هو زينتها، فما أسعد الرجل حين يرى زوجته نظيفة متزينة متعطرة، فينسى بذلك متاعب الحياة وأعبائها ويتجدد حبه لزوجته كل مرة يجدها فيها في كامل زينتها وأناقتها[5]، لذلك وجب على الزوجة أن تحرص على ألا يرى منها الزوج إلا كل ما يسره من حسن المظهر والهيئة والزينة وطلاقة الوجه، وألا يسمع منها إلا ما يرضيه من حسن الخطاب وجميل الكلام، ولا يجد منها

[1] - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء 7، المرجع السابق، ص. 308.

[2] - فيحان بن سالي بن عتيق المطيري، إتحاف الخلان بحقوق الزوجين في الإسلام، دار العاصمة، السعودية، 1411 هـ ، ص.59.

[3] - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء 7، المرجع السابق، ص.ص284-285.

[4]- محمد جمال أبو سنينة، الطاعة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.66.

[5] - ندا أبو أحمد، الحقوق الزوجية(حق الزوج)، المرجع السابق، ص.22.

إلا كل مايفرح، فلا تغضبه ولا تسيء إليه، لقول رسول الله ﷺ:" ونساؤكم من أهل الجنة الودود الولود العؤود على زوجها، التي إذا غضب جاءت حتى تضع يدها في يد زوجها، وتقول : لا أذوق غمضا حتى ترضى"[1].

ومن جميل العشرة أيضا أن تستقبل الزوجة زوجها إذا عاد إلى منزله ببشاشة وحنان وابتسامة، ولا تكدر صفوه أو تزيد همومه بما يحزن من الأخبار، وأن تواسيه في ما يصيبه وما يعترضه من مشاكل وتوفر له الراحة والهدوء، وتنزع عنه ثيابه وغير ذلك من الإكرام، وسئل الإمام مالك رحمه الله عن المرأة تبالغ في إكرام زوجها، فتتلقاه وتنزع ثيابه وتقف حتى يجلس؟ فقال: أما التلقي فلا بأس، وأما القيام حتى يجلس فلا، فإن هذا من فعل الجبابرة، وقد أنكره عمر بن عبد العزيز رحمه الله[2].

[1] - النسائي، السنن الكبرى، الجزء8، المرجع السابق، ص.270،ح.رقم 9139.
[2] - ندا أبو أحمد، الحقوق الزوجية(حق الزوج)، المرجع السابق، ص.35.

الفصل الثالث

التزام المساكنة بين الزوجين في أحوال خاصة

الفصل الثالث

التزام المساكنة بين الزوجين في أحوال خاصة

لا ترجع خصوصية هذه الأحوال التي سنناقشها في هذا الفصل إلى اختلاف مضمون المساكنة فيها عما رأيناه في الفصل الأول، فالتزام الزوجين بالسكن والتزامها بالإخلاص وبالمعاشرة بالمعروف تبقى قائمة في هذه الأحوال الخاصة، إلا أن الاختلاف يكون في كيفية الوفاء به ومقدار ذلك، ومدى اتساع الالتزامات السابقة الذكر وضيقها بحسب الحال.

هذه الأحوال الخاصة هي حالة تعدد الزوجات؛ وحالة إضافة شروط تقييدية إلى عقد الزواج لمصلحة أحد الزوجين، والخصوصية تظهر في حالة تعدد الزوجات من حيث كيفية الوفاء بالالتزامات المتضمنة في المساكنة، فالوفاء بالتزام السكن الذي يقتضي تواجد الزوجين في مكان واحد يرتب إخلالا في مواجهة الزوجة الأخرى، فكيف يتم الوفاء به من طرف الزوج لزوجتيه وهو مطالب به في ذات الوقت؟ وقس على ذلك الالتزامات الأخرى التي يتطلب الوفاء بها لأحدى الزوجات إخلالا في حق الأخرى، وسنبين في المبحث الأول كيف عالجت الشريعة الإسلامية هذه الإشكالات، ووجدت لها حلولا تحقق العدل وترفع الظلم والجور عن المرأة.

وبالنسبة لحالة الشروط التقييدية التي يضيفها الزوجين أو أحدهما من أجل تعديل آثار العقد والمتمثلة في التزام المساكنة بمضامينه المعروفة، فهذه الشروط متى كانت صحيحة تمس أكيد بالتزام المساكنة أو بالأحرى بأحد الالتزامات المتضمنة فيه، فتضيق منها أو توسع بحسب إذا كان المعني بالالتزام المشترط أو المشترط عليه، وهو ما سنحاول بيانه في المبحث الثاني.

المبحث الأول

التزام المساكنة في حالة تعدد الزوجات

وصلنا فيما سبق إلى أن الوفاء بالتزام المساكنة يتطلب سكن الزوجين معا في مسكن الزوجية وإحصان كل منهما الآخر ومعاشرته بالمعروف، وكل ما تستتبعه هذه الالتزامات من واجبات وحقوق مشتركة تتفرع عنها وتكمل بعضها البعض مشكلة التزام المساكنة بشكل عام، وفي مسألة تعدد الزوجات تثور مسألة كيفية وفاء الزوج باعتباره الطرف أو الدائن المشترك لعدة دائنين - وهن الزوجات- بالتزام المساكنة، وبذلك يكون الوفاء بالتزام المساكنة

لكل واحدة من الزوجات غير اعتيادي، لأن تواجد الزوج في بيت زوجته الأولى يفترض غيابه عن الثانية وهكذا[1].

وسنحاول من خلال هذا المبحث بيان كيف يوفي كل من الزوجين بالتزام المساكنة في حالة تعدد الزوجات ونخص بالقول الزوج كونه كما قلنا سابقا في علاقته مع زوجاته مطالب بالوفاء بهذا الالتزام في مواجهة كل واحدة منهن، أما بالنسبة للزوجات فتكون كل واحدة مطالبة بالوفاء بالتزام المساكنة في مواجهة زوجها كما لو كانت هي زوجته الوحيدة، وربما ينظر في هذا القول الأخير، ونطرح التساؤل الآتي: هل تنفيذ الزوجة الوحيدة لالتزام المساكنة يكون بالكيفية ذاتها كما في حالة تعدد زوجات زوجها أم أن الأمر غير ذلك؟ سنحاول بيان ذلك من خلال طيات هذا المبحث، وقبل ذلك وجب التطرق للتعدد في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية(المطلب الأول)، لنتطرق إلى كيفية وفاء كل من الزوجين بالتزام المساكنة في حالة التعدد(المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية

لم يكن الإسلام أول من شرع تعدد الزوجات بل كان موجودا في الأمم القديمة كلها تقريبا[2]، فوقف منه الإسلام موقفا حكما وسلك فيه طريقا وسطا دون إفراط أو تفريط وقيده كما وكيفا[3]، وإن لم تكن مسألة تعدد الزوجات قد ثار بشأنها خلاف عند فقهاء الشريعة القدامى لوضوح النص الشرعي فيها، إلا أن بعض الفقهاء المحدثين[4] وبعد كل ما شنه الغرب من حملات على نظام التعدد في الإسلام، ذهبوا إلى المناداة بتقييد تعدد الزوجات، كما كان للاتفاقيات الدولية المتعلقة بالمرأة وحقوقها ومساواتها مع الرجل الأثر البالغ في هذا التقييد الذي تكرس في نصوص قوانين الأحوال الشخصية العربية.

---

[1] - رغم أن فقهاء الشريعة الإسلامية في معرض حديثهم عن حق الزوجة في الوطء هناك من قاس هذا الحق انطلاقا من حالة التعدد فقال حق الزوجة في الوطء ليلة من كل أربع ليال أي أن الزوج إذا كان له أربع زوجات وأمضى عند كل واحدة ليلة فتكون ليلة الزوجة المعنية هي الرابعة، وهو قول المالكية، أنظر ص. 132 من هذه الرسالة.

[2] ينظر في مسألة تعدد الزوجات في الحضارات السابقة والديانات السماوية التي سبقت الإسلام كل من: كرم حلمي فرحات، تعدد الزوجات في الأديان، دار الآفاق العربية، ط.1، مصر 2001؛ عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات من النواحي الدينية والاجتماعية والقانونية، الشركة المصرية للطباعة والنشر، مصر، 1972، ص.ص 81-116؛ عبد الوهاب هيكل، تعدد الزوجات في الإسلام وحكمة تعدد أزواج النبي ﷺ، دار العلم، لبنان، دون سنة نشر، ص.55؛ راسم شحدة سدر، تعدد الزوجات بين الإسلام وخصومه، دار الثقافة للنشر، الأردن، 2010، ص.ص38-82.

[3] - عبد التواب هيكل، تعدد الزوجات في الإسلام وحكمة التعدد في أزواج النبي ﷺ، المرجع السابق، ص.65.

[4] - كتب الأستاذ السباعي في كتابه المرأة بين الفقه والقانون وهو بصدد الحديث عن الفقهاء المعاصرين الذين فكروا في معالجة أضرار التعدد قائلا :"كان أقوى من تكلم في ذلك وأبعدهم أثرا، هو الأستاذ الإمام الشيخ محمد عبده رحمه الله، فقد كتب كثيرا في أضرار التعدد كما كان عليه في أيامه، وكما شاهد مساوئه بنفسه، وقد تعرض له في دروسه في التفسير التي كان يلقيها في الجامع الأزهر ويدونها حينئذ تلميذه وحامل علمه السيد رشيد رضا رحمه الله، فكان ينشرها في مجلته "المنار" ثم نقل شيئا منها في تفسيره"، أنظر مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، المرجع السابق، ص.85. "المنار" ثم نقل شيئا منها في تفسيره"، ينظر مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، المرجع السابق، ص.85.

وسنحاول من خلال هذا المطلب التطرق إلى تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية (الفرع الأول)، لنتطرق بعد ذلك إلى تعدد الزوجات في القوانين الوضعية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية

إذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية قد اتفقوا على مشروعية التعدد بالكتاب والسنة والإجماع(أولا) فإنهم اختلفوا إن كان التعدد هو الأصل، أم أن الزواج بزوجة واحدة -وهي الحال الغالبة- هو الأصل و بذلك يكون تعدد الزوجات لقلة حالاته هو الاستثناء(ثانيا).

كما أن الشريعة الإسلامية رغم إقرارها مشروعية التعدد لم تطلقه دون قيود إنما جعلت له ضوابط لا يستقيم أو يصح إلا بها (ثالثا)، وسنحاول من خلال هذا التفريع بيان هذه المسائل على التوالي.

أولا: مشروعية تعدد الزوجات وحكمه

التعدد لغة هو الكثرة، وهو من العدد الكمية المتألفة من الوحدات، فيختص التعدد بما زاد عن الواحد، لأن الواحد لا يتعدد، ولا يخرج المعنى الإصطلاحي عن المعنى اللغوي [1].

قال الله تعالى:" إِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا"[2]، وجاء أيضا في نفس السورة قوله تعالى:" وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ ۖ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ ۚ وَإِن تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا"[3]، يقول مصطفى السباعي في استخلاصه لبعض الأحكام من الآيتين:" تفيد هاتان الآيتان لمجموعهما كما فهمها جمهور المسلمين من عهد رسول الله ﷺ وصحابته والتابعين وعصور الاجتهاد فما بعدها الأحكام التالية:"

إباحة تعدد الزوجات حتى الأربع[4]، فلفظ "فانكحوا" وإن كان لفظ أمر إلا أنه هنا للإباحة لا للإيجاب.

---

[1] - الموسوعة الفقهية الكويتية، مجموعة من الفقهاء، الجزء 12، المرجع السابق، ص.229.

[2] - سورة النساء، الآية 3.

[3] سورة النساء، الآية129.

[4]- زعم فريق أن الآية :" فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع..." كلمات معدول بها عن أعداد مكررة إلى غير نهاية ذكرت بعد صيغة العموم السالفة الذكر على سبيل المثال لا على سبيل التحديد، وأن مجيئها على الوجه المذكور يفيد رفع الحرج عن المسلم في تزوج من شاء من النساء إلى غير حد. وذهب آخرون وهم بعض الرافضة وبعض أهل الظاهر إلى القول بأن الآية الكريمة:" فانكحوا ما طاب لكم من النساء، مثنى وثلاث ورباع" تفيد إباحة الجمع إلى تسع زوجات في عصمة رجل واحد وجعلوا مثنى تقتضي اثنين وثلاث ثلاثة ورباع أربعة، فدلت الآية على حد زعمهم على إباحة تسع زوجات لأن الواو التي بينهما للجمع[4]، بل وصار بعض أهل الظاهر إلى ما هو أغرب من ذلك، فقالوا بإباحة=

أن التعدد مشروط بالعدل بين الزوجات، فمن لم يتأكد من قدرته على العدل "لم يجز" له أن يتزوج بأكثر من واحدة، ولو تزوج كان العقد صحيحا[1] ولكنه يكون آثما.

وقد أجمع العلماء - وأيده تفسير الرسول ﷺ وفعله- أن المراد بالعدل المشروط هو العدل المادي في المسكن واللباس والطعام والشراب والمبيت وكل ما يتعلق بمعاملة الزوجات مما يمكن فيه العدل.

أفادت الآية الأولى اشتراط القدرة على الإنفاق على الزوجة الثانية وأولادها بناء على تفسير قوله تعالى:"ألا تعولوا" أي ألا تكثر عيالكم...
أفادت الآية الثانية أن العدل في الحب غير مستطاع، وأن على الزوج ألا يميل عن الأولى كل الميل فيذرها كالمعلقة..."[2].

وجاءت السنة النبوية الشريفة مدعمة للآيات السابقة مؤكدة مشروعية التعدد في أقوال الرسول ﷺ وأصحابه، ففي فجر الإسلام عندما دخل الكثيرون الدين الإسلامي وكان لهن أكثر من أربع زوجات، أمرهم رسول الله ﷺ باستبقاء أربعة منهن وتسريح البقية، فقد روي عن الحارث بن قيس أنه أسلم وعنده ثمان نسوة، فذكر ذلك للنبي ﷺ، فقال له النبي ﷺ :" اختر منهن أربعا"[3]، وروي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن غيلان بن سلمة الثقفي أسلم وله عشر نسوة، فأسلمن معه، فأمره النبي ﷺ "أن يتخير أربعا منهن"[4].

=الجمع بين ثمان عشرة زوجة، تمسكا منهم بأن العدد في تلك الصيغ "مثنى وثلاث ورباع" يفيد التكرار، والواو فيها للجمع، ومن ثم جعلوا مثنى بمعنى اثنين اثنين وكذلك ثلاث ورباع، ومجموع ذلك كله حسب زعمهم ثمانية عشرة، و القائلون بإباحة الزواج بثمان عشرة زوجة هم الخوارج، كما أورد ذلك الإمام كمال الدين ابن الهمام الحنفي رحمه الله، وذكر بعض المفسرين انهم قوم سدي في اليمن، وأما ما عزاه الإمام الشوكاني وبعض المحققين المتأخرين إلى الظاهرية عموما بإباحة الزواج من العدد السابق في تعدد الزوجات فهو قول ونفل غير صحيح ويحتاج إلى تحقيق لأنه أنكر ذلك منهم من هو أعرف بمذهبهم وهو الإمام ابن حزم الظاهري. ينظر أبو بكر محمد بن عبد الله (ابن العربي)، أحكام القرآن، القسم الاول، دار الكتب العلمية، لبنان، د.س.ن، ص. 408.و أبوالفضل شهاب الدين السيد محمود الألوسي البغدادي، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، الجزء 4، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ص.ص 190-191؛ وينظر أيضا راسم شحدة سدر، تعدد الزوجات بين الإسلام وخصومه، المرجع السابق، ص.99.

[1]- يقول الشيخ محمد عبده في هذا الصدد:" يحرم على من خاف عدم العدل أن يتزوج بأكثر من واحدة، ولا يفهم منه كما فهم بعض المجاوزين –يقصد بهم بعض طلاب الأزهر في عصره- أنه لو عقد في هذه الحالة يكون العقد باطلا أو فاسدا، فإن الحرمة عارضة لا تقتضي بطلان العقد، فقد يخاف الظلم ولا يظلم، وقد يظلم ثم يتوب فيعدل فيعيش عيشة حلالا". ينظر عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية، مؤسسة البستاني للطباعة، مصر، 1988، ص.67.

[2] - مصطفى السياعي، المراة بين الفقه والقانون، المرجع السابق، ص.ص79-80-81.

[3] -أبو داود، سنن أبو داود، الجزء 2،المرجع السابق، ص.677، ح.رقم 2241.

[4] - الترمذي، سنن الترمذي الجامع الصحيح، الجزء 3، المرجع السابق، ص.435، ح. رقم 1128.

ومن الإجماع، فقد أجمعت الأمة سلفا وخلفا على هذا الحكم، ولم يشذ منهم أحد عنه[1]. ويقول ابن حزم في مراتب الإجماع:" اتفقوا أن نكاح الحر البالغ العاقل العفيف، الصحيح، غير المحجور المسلم، أربع حرائر مسلمات غير زوان صحائح فأقل ، حلال.

واتفقوا على أن نكاح أكثر من أربع زوجات، لا يحل لأحد بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ... وأجمعوا أن عقد النكاح لأربع فأقل كما ذكرنا، في عقدة واحدة جائز، إذا ذكر لكل واحدة منهن صداقها، وفي عقد متفرقة"[2]

ثانيا: تعدد الزوجات أصل أم استثناء

رغم أن الفقهاء أجمعوا في مختلف العصور على أن الأمر في قوله تعالى:" فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ..." للإباحة لا للايجاب، والمسلم مخير بين أن يقتصر على واحدة أو أن يعدد، إلا أن خلافهم كان حول كون التعدد أصل أم استثناء، فذهب الأولون وجمع من المتأخرين إلى القول بأن تعدد الزوجات هو الأصل، بينما قال بعض المتأخرين بكونه استثناء يعمل به عند الضرورة، وتجدر الإشارة إلى أن هناك فريق ثالث[3] منعوا تعدد الزوجات مطلقا، ولن نتعرض له في متن هذا التفريع، لأن مشروعية التعدد ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع وأن حكمه الإباحة وبقي البحث في كونه أصل أم استثناء.

1- تعدد الزوجات هو الأصل: من الفقهاء من يرى أن الأصل في النكاح التعدد مستدلين بقوله تعالى:" إِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا"[4]، فالله عز وجل بدأ بذكر الأصل الذي هو التعدد ثم انتقل إلى الفرع وهو الواحدة[5].

---

[1] - و جاء آخرون بآراء أخرى، منهم من أفرط فقال بالتعدد بدون حد أو إلى ثماني عشرة أو تسع، ومنهم من قال بتحريم التعدد مطلقا أو في غير ضرورة سواء في حسن نية أو سوء نية، ولكن التعدد مباح إلى أربع زوجات مع مراعاة العدل والإصلاح في حدود واستطاعة الزوج لا فيما يملكه الله ولا يملكه البشر من حب قلبي وميل نفسي، ينظر عبد التواب هيكل، تعدد الزوجات في الإسلام وحكمة التعدد في أزواج النبي ﷺ، المرجع السابق، ص.53.

[2] -الحافظ ابن حزم الظاهري، مراتب الإجماع في العبادات و المعاملات والاعتقادات، الطبعة الأولى، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1998، ص.ص115-116.

[3] -بالنسبة للفريق الثالث فقد ذهب أصحابه من المفكرين المعاصرين ومنهم الطاهر حداد ونجيب جمال الدين وشحاتة الخوري وكانت أدلتهم أن الله سبحانه وتعالى أجاز التعدد في سورة النساء الآية 3 واشترط العدل وإلا فواحدة ، ثم عبر عن تعذر الوفاء بشرط العدل في الآية 123 من سورة النساء :"ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم"، كما أن التعدد منافي للآية التي تفسر الزواج بأنه يقوم على المودة والرحمة والسكون النفسي، "ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة"، والتعدد من شأنه أن يسبب الاضطراب والقلق والعراك بين الزوجات وغيرها من الحجج...ينظر في تفصيل ذلك أحمد عبيدي فتح الدين، وجهة نظر الإسلام في تعدد الزوجات، المرجع السابق، ص.ص3-4، وينظر أيضا عبد التواب هيكل، تعدد الزوجات في الإسلام وحكمة التعدد في أزواج النبي ﷺ، المرجع السابق، ص.23.

[4] - سورة النساء، الآية 3.

[5] - محمد جمال، هل التعدد في الإسلام هو الأصل أم الزوجة الواحدة؟، منشور بتاريخ: الاثنين 08 اكتوبر 2018، متاح على الرابط https://www.amrkhaled.net، تم الاطلاع عليه بتاريخ 7 فيفري 2022 على الساعة 20:04.

كما أن تعدد الزوجات ليس هو الهدف من أيات سورة النساء وإنما تقييد هذا التعدد هو الهدف، مما يعني أن التعدد هو الأصل، وذلك لأن تعدد الزوجات كان جائزا ومباحا عند نزول القرآن كما سبق بيانه، وكان العرب يمارسونه دون حدود، وكان يكفي أن يجري عرف المسلمين على إباحة تعدد الزوجات، دون أن يرد نص في القرآن الكريم يقرر ذلك حتى يعتبر هذا التعدد مباحا[1]، كما لم ترد في القرآن الكريم آية واحدة تنص فقط على تعدد الزوجات بل إن الآيات التي ورد فيها ذكر تعدد الزوجات بها قد بدأت بموضوع اليتامى ثم جاء النص بشرط:" إِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ" وكان جواب هذا الشرط :" فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ۖ"، ولو كان هدف النص القرآني إباحة تعدد الزوجات لاقتصر على تقرير هذه الإباحة منذ بداية الآية دون أن يكون هناك داعيا لذكر موضوع اليتامى[2]، فالقرآن الكريم جاء ليقيد تعدد الزوجات بالعدد والعدل فدل ذلك على أن التعدد ليس استثناء من أصل وهو التزوج بواحدة، كما أنه لا يوجد في القرآن الكريم والأية الكريمة - 3من سورة النساء- ليس فيها أي دليل على أن الزواج بواحدة أو بأكثر من واحدة هو الأصل وإنما هي تدل على إباحة التعدد مثنى وثلاث ورباع فإذا خيف عدم العدل فواحدة[3].

2- الزواج بواحدة هو الأصل: قال الله تعالى:" يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا"[4]، فالله عز وجل خلق آدم وخلق حواء وزوجها به - باتفاق جميع الأديان السماوية- فنظام الزواج أول ما بدأ كان زواجا فرديا[5].

يقول محمد قطب:"أما تعدد الزوجات فتشريع للطوارئ، وليس هو الأصل في الإسلام {فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة...}، المطلوب إذن هو القسط والعدل، وهو غير مضمون التحقيق وعلى ذلك يكون الأصل في الإسلام هو وحدانية الزواج"[6].

فالاقتصار على واحدة يكون أقرب للعدل، ويستحب ألا يزيد عن واحدة إن حصل بها الإعفاف، وأقرب ألا يميل إلى الزوجة أي يجور، ذلك أن كثرة النساء مظنة الميل عن حد

[1] -عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص.44.
[2] - عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات من النواحي الدينية والاجتماعية والقانونية، المرجع السابق، ص.120.
[3] -راسم شحتة سدر، تعدد الزوجات في الإسلام وخصومه، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010،المرجع السابق، ص.112.
[4] - سورة النساء، الآية 1.
[5] - عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق،ص.42.
[6] - محمد قطب، شبهات حول الإسلام، ط.21، دار الشروق، مصر، 1992، ص.135.

الاستقامة والجور في القسم بينهن وعدم السلامة[1]، قال رسول الله ﷺ :"من كانت عنده امرأتان فمال إلى إحداهما، جاء يوم القيامة وشقه مائل"[2].

ويقول مصطفى السباعي:" مامن شك أن وحدة الزوجة أولى وأقرب للفطرة وأحق للأسرة وأدعى لتماسكها وتحاب أفرادها، ومن أجل ذلك كان هذا النظام الطبيعي الذي لا يفكر الإنسان المتزوج العاقل في العدول عنه إلا عند الضرورات وهي التي تسبغ عليه وصف الحسن وتضفي عليه الحسنات"[3].

ويقول قاسم أمين:"لا يعذر رجل يتزوج أكثر من امرأة، اللهم في حالة الضرورة المطلقة، كأن أصيبت امرأته الأولى بمرض مزمن لا يسمح لها بتأدية حقوق الزوجية، أقول ذلك ولا أحب أن يتزوج الرجل بامرأة أخرى حتى في هذه الحالة وأمثالها...وكذلك توجد حالة أخرى تسوغ للرجل إما مع المحافظة على الأولى إن رضيت أو تسريحها إن شاءت، وهي إن كانت عاقرا لا تلد..."[4]، فحسب هؤلاء تعدد الزوجات استثناء من الأصل الذي هو وحدة الزوجة، والاستثناء يكون في حالات معينة تبرر إعماله والتي سماها هؤلاء بالضرورة، فحسب قاسم أمين الضرورة هي مرض الزوجة مرضا تمتنع معه عن المعاشرة الزوجية أو عقم الزوجة، أما الضرورات حسب الأستاذ مصطفى السباعي فهي تقسم إلى ضرورات اجتماعية وهي زيادة عدد النساء على الرجال وهو أمر راجع إلى زيادة عدد المواليد من الإناث على عددهم من الذكور، وأيضا يرجع إلى قلة عدد الرجال بسبب الحروب وحوادث العمل، وإلى جانب الضرورات الاجتماعية هناك ضرورات شخصية تتمثل في عقم الزوجة أو مرضها مرضا مزمنا أو معديا أو منفرا تتعذر معه المعاشرة، وأيضا كره الزوج لزوجته وكذا كثرة أسفاره، وهناك حالة القوة الجنسية للزوج[5].

ومن المساوئ أو المبررات التي يراها القائلين بتقييد تعدد الزوجات بالضرورة –محمد عبده وأتباعه- أنه يغلب في التعدد سوء معاملة الرجال لزوجاتهم وحرمانهن من حقوقهن، كما يغلب انتشار الفساد والعداوة بين أولاد الضرائر نتيجة الكره والعداء فيما بينهم وبين أمهاتهم، كما أن من أصول الدين الإسلامي منع الضرر والضرار[6] لقوله ﷺ :"لا ضرر ولا ضرار".

---

[1] - كرم حلمي فرحات، تعدد الزوجات في الأديان، ط.1، دار الآفاق العربية، مصر، 2002، ص.90.
[2] - أبو داود، سنن أبي داود، الجزء2، المرجع السابق، ص242، ح.رقم2133.
[3] - مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، المرجع السابق، ص.68.
[4] - قاسم أمين، تحرير المرأة، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، مصر، 2011، ص.80.
[5] - مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، المرجع السابق،ص.ص67-72.
[6]- أحمد عبيدي فتح الدين، وجهة نظر الشريعة الإسلامية في تعدد الزوجات، ص.3، متاح على الرابط publications<media.neliti.com ، تم الإطلاع عليه بتاريخ 31 جانفي 2022 على الساعة 20:04.

فنظام تعدد الزوجات لا ينفذ غالبا إلا عند الضرورات والضرورات بأحكامها، فهو كالعملية الحربية فيها آلام وضحايا، ولكن إذا كانت لا بد منها كانت دفاعا مشروعا يتحمل في سبيله كل تضحية وكل ألم، وإذا لم تكن ضرورة كانت عملا جنونيا لا يقدم عليه عاقل[1].

ثالثا: ضوابط تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية

فيما ذكرناه سابقا أن تعدد الزوجات نظام عرفته الشرائع والحضارات قبل الإسلام، وكان ذلك دون ضابط أو قيد، فجاء الإسلام وقيد نظام تعدد الزوجات بضوابط مستقاة من كتاب الله عز وجل وسنة نبيه ﷺ، وتتمثل في ضابط عدد الزوجات، وضابط حرمة الجمع بين المحارم وضابط العدل بين الزوجات.

1- الحد الأقصى لعدد الزوجات: قال الله عز وجل في سورة النساء :"إِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ۖ "[2]، فالله عز وجل قيد تعدد الزوجات بأن يكون مثنى وثلاث ورباع ولا زيادة على هذا القدر في الإسلام، فمن خاف ألا يعدل عند زواج الأربع فعليه بثلاث فحسب، فإن خاف ألا يعدل مع الثلاث فعليه باثنين، فإن خاف ألا يعدل مع الاثنين فعليه بواحدة، ومن أراد الزيادة على الأربع فلا سبيل إلى ذلك في الإسلام[3].

والجدير بالذكر أن كتب التفسير أوردت تفسيرات أخرى لهذه الآية[4]، ومن بين هذه التفسيرات أن عدد الزوجات المسموح به هو تسعة لأن الواو في الآية"مثنى وثلاث ورباع" للجمع فكان مجموع اثنين وثلاث وأربعة هو تسعة، وعضد هؤلاء قولهم بأن النبي ﷺ نكح تسعا وجمع بينهن في عصمته[5]،

---

[1] - مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، المرجع السابق، ص.76.

[2] - سورة النساء، الآية3 .

[3] - عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات في الإسلام، المرجع السابق، ص.89.

[4] - ينظر القرطبي، الجامع الصحيح لأحكام القرآن، الجزء 5، دار الكتاب العربي، القاهرة، 1967، ص.17. أبو الفضل شهاب الدين محمود الألوسي البغدادي، روح المعاني،الجزء2، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1415هـ، ص.405.

[5] - إن زواج النبي ﷺ كان من حصوصياته ﷺ لقوله تعالى:" يا أيها النبي إنا أحللنا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن وما ملكت يمينك مما أفاء الله عليك وبنات عمك وبنات عماتك وبنات خالك وبنات خالاتك اللاتي هاجرن معك وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم ..." (الآية 50 من سورة الأحزاب)، وكان زواجه ﷺ لأغراض إنسانية واجتماعية، فكان زواجه من بعضهن رحمة للأرامل واليتيمات اللواتي فقدن أزواجهن في الحرب أو الهجرة كسودة بنت زمعة ورملة بنت أبي سفيان(أم حبيبة) وحفصة بنت عمر، وليؤلف بين رؤساء القبائل والطوائف ويلين قلوبهم عندما تزوج من أم حبيبة بنت أبي سفيان وصفية بنت حيي وجويرية بنت الحارث سيد المصطلق، وليعزز روابط الأخوة بين صاحبيه أبو بكر وعمر، وليقضي على عادة التبني عندما تزوج زينب بنت جحش بعدما طلقها زيد بن الحارث، وليكرم زوجات بعض الصحابة بزواجه منهن كأم سلمة وزينب بنت خزيمة وسودة بنت زمعة، وتزوج ﷺ بعضهن لينقلن العلم عنه وقد كانت أمهات المؤمنين محدثات مفتيات كعائشة وميمونة .ينظر في تفصيل وبيان ذلك كرم حلمي فرحات، تعدد الزوجات في الأديان، المرجع السابق، ص.90 وما يليها؛ عبد التواب هيكل، تعدد الزوجات في الإسلام والحكمة من تعدد زوجات النبي ﷺ، المرجع السابق، ص.128؛عبد الناصر توفيق=

وهناك من قال بأن المثنى ضعف الاثنين والثلاث ضعف الثلاثة والرباع ضعف الأربعة فكان العدد المسموح به هو ثمانية عشرة زوجة، وآخرون قالوا بعدم تحديد العدد لأن الآية لا تدل على تقييد العدد ولكنها تدل على الكثرة، وكل ذلك جهل باللسان والسنة ومخالفة لإجماع الأمة، إذ لم يسمع أن أحدا من الصحابة والتابعين جمع في عصمته أكثر من أربع، فالسنة النبوية جاءت مؤكدة ومتضافرة مع ما صرح به القرآن الكريم من عدم جواز الجمع بين أكثر من أربع نسوة في آن واحد، فالنبي ﷺ أمر من أسلم وكان في عصمته أكثر من أربع أن يختار منهن أربعا ويفارق البقية[1]، فأصبح بذلك للمنع فوق الأربع دليلان واحد من الكتاب والآخر من السنة، بالإضافة إلى دليل الإجماع الثابت عن الصحابة والتابعين[2].

2- العدل بين الزوجات: العدل بين الزوجات واجب على كل زوج بالغ، فما يربطه بكل واحدة منهن واحد وهو رباط الزوجية، لذلك لا تفضيل لبكر على ثيب ولا لجديدة على قديمة ولا لشابة على عجوز ولا لجميلة على قبيحة...ولا لولود على عقيم فكل أولئك سواء في حقوق الزواج[3].

وقد جاءت الآية الكريمة تحث الزوج على العدل، قال تعالى:" فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۚ "[4]، والعدل المقصود في هذه الآية هو التسوية بين الزوجات في المأكل والملبس والمسكن والمبيت والمعاملة، أما العدل في المحبة والميل القلبي فالزوج ليس مطالبا به، لأنه خارج عن إرادة الإنسان ولا يكلف الإنسان إلا بما يقدر عليه، يقول الله عز وجل:" لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ۚ "[5]، وهو العدل المقصود في قوله تعالى:" وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ ۖ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ ۚ "، وأفادت هذه الآية أن العدل في الحب بين النساء غير مستطاع وأن على الزوج ألا يميل عن الأولى كل الميل فيذرها كالمعلقة، لاهي متمتعة بحقوقها كزوجة ولا هي مطلقة، بل على الزوج أن يعاملها بالحسنى ما استطاع[6]، و فهم النبي ﷺ هذه الآية، فكان يقسم بين زوجاته فيعدل بينهن ويقول عليه الصلاة والسلام:" اللهم هذا قسمي، فيما أملك فلا تلمني، فيما تملك ولا أملك"[7]، ويعني بذلك حبه ﷺ لعائشة رضي الله عنها أكثر من زوجاته[8].

=العطار، تعدد الزوجات من النواحي الدينية والاجتماعية والقانونية، المرجع السابق، ص.147؛ محمد بن محمد أبة سعد، تعدد الزوجات اعجاز تشريعي يوقف المد الاستشراقي، المرجع السابق، ص.121.

[1]- ينظر ص. 108 من هذه الرسالة.

[2] - عبد الله ناصح علوان، تعدد الزوجات في الإسلام وحكمة تعدد زوجات النبي ﷺ، المرجع السابق، ص.22.

[3] - عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات من الناحية الدينية والاجتماعية والقانونية، المرجع السابق، ص.218.

[4] - سورة النساء، الآية 03.

[5] - سورة البقرة، الآية 286.

[6] - مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، المرجع السابق، ص. 81.

[7] - أبو داود، سنن أبي داود، الجزء2، المرجع السابق، ص.242، ح.رقم 2134.

[8] - مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، المرجع السابق، ص. 81.

3- عدم الجمع بين المحارم: حرم الله الجمع بين الأختين وبين الأم وابنتها وبين المرأة وخالتها أو عمتها حتى لا تنقطع بينهن صلة الرحم، وقد ثبت ذلك بأدلة شرعية كثيرة، قال الله تعالى:" حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ"[1]، كما أكدت السنة النبوية الشريفة هذا التحريم، فقد طلبت السيدة أم حبيبة زوجة رسول الله ﷺ من الرسول أن يتزوج أختها فقال عليه الصلاة والسلام :" إنها لا تحل لي"[2]، وقد أجمع المسلمون[3] وجرى عرفهم في عهد رسول الله ﷺ حتى عصرنا هذا على تحريم الجمع بين الأختين، ومن باب أولى أيضا تحريم الجمع بين الأم وابنتها ذلك أن القرابة بين الأم وابنتها واجبة الوصل بلا خلاف، ومن شأن الجمع بينهما أن يقطع صلة الرحم[4]، كما نهى الرسول ﷺ عن الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها، قال ﷺ:" لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها"[5].

ولمعرفة الرحم المحرمة من الرحم غير المحرمة وضع العلماء معيارا خلاصته أن المحرمية تثبت بين كل امرأتين لو فرضت إحداهما ذكرا لحرمت عليه الأخرى، في جميع الفروض، فالأختان إذا فرضت إحداهما ذكرا حرمت عليه الأخرى لأن زواج الأخ بأخته حرام، وكذا زواج الابن بأمه أو بعمته أو بخالته حرام، أما الجمع بين ابنتي العم أو ابنتي الخال فهو حلال، لأن ابنة العم أو ابنة الخال حلال للرجل[6]، والجمع بين المحارم لا يحل، سواء كانت صلة الرحم من نسب أو من رضاع وذلك أخذا بعموم حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم :" يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب"[7].

4- القدرة على الإنفاق: إن تعدد الزوجات وما ينتج عنه يحتاج إلى مال بجانب العدل، وقد لا يستطيع ذلك إلا المياسير من الرجال، فإن لم يكن الزوج قادرا على الإنفاق ازداد بزوجاته وأولاده عدد الفقراء والبائسين، وقد يؤدي الفقر إلى ما لا يحمد عقباه[8]، إلا أن هناك من الفقهاء من لا يشترط القدرة على الإنفاق في التعدد، وسنحاول فيما يلي بيان الحجج التي ساقها أصحاب كل رأي بنوع من الاختصار.

---

[1] - سورة النساء، الآية 23.
[2] - البخاري، الجامع الصحيح للبخاري، الجزء 3، المرجع السابق،ص.365، ح. رقم 5107.
[3] - القرطبي، تفسير القرطبي، الجزء5، المرجع السابق، ص.119. ابن قدامة، المغني، الجزء7،المرجع السابق، ص.ص 115-116.ابن حزم، المحلى، الجزء 9، المرجع السابق، ص132.
[4] - عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات من الناحية الدينية والاجتماعية والقانونية، المرجع السابق، ص.ص 208،209.
[5] - البخاري، الصحيح البخاري، الحزء 3،المرجع السابق، ص.365، ح. رقم 5109.
[6] - عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات من الناحية الدينية والاجتماعية والقانونية، المرجع السابق، ص.212.
[7] - البخري، صحيح البخاري، الجزء 3، المرجع السابق، ص362، ح. رقم 5099.
[8] - كرم حلمي فرحات، تعدد الزوجات في الأديان، المرجع السابق، ص.39.

القائلين باشتراط القدرة على الإنفاق لتعدد الزوجات: يرى بعض الفقهاء[1] آن الآية الكريمة تشترط ديانة قدرة الزوج على الإنفاق حتى يباح تعدد الزوجات، فإن لم يكن قادرا على الإنفاق كان زواجه صحيحا ولكن مع الإثم يحاسبه الله عز وجل، واستند أصحاب هذا الرأي إلى أن الله عز وجل قال في الآية الكريمة:"...ذلك أدنى ألا تعولوا..." ومعنى تفسير الآية كما قال الشافعي ألا تكثر عيالكم[2]، فتزداد نفقاتهم، فكان في هذه الآية إشارة على أن القدرة على الإنفاق شرط لتعدد الزوجات، ثم إن القدرة على الإنفاق شرط في الزواج بواحدة، ذلك أن الزواج مع عدم القدرة على الإنفاق مظنة ظلم الزوجة أو ظلم النفس، والله عز وجل لا يرضى لعباده الظلم[3]، قال الله تعالى:" وَلْيَسْتَعْفِفِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّىٰ يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِن فَضْلِهِ"[4]، فإذا لم يكن للرجل من أسباب الرزق ما ينفق به على زوجته فلا يجوز له شرعا الإقدام على الزواج، وهو ما أكدته السنة النبوية الشريفة قال رسول الله ﷺ:" يامعشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء"[5] ، وفسر أصحاب هذا القول الباءة بأنها القدرة على تكاليف الزواج[6]، فدلت بذلك الآيات الكريمة والحديث النبوي الشريف على اشتراط القدرة على الإنفاق في تعدد الزوجات.

القائلين بعدم اشتراط القدرة على الانفاق في تعدد الزوجات: أصحاب هذا الرأي[7] يردون على أصحاب القول الأول بأن القدرة على الإنفاق غير مضمونة حتى مع الزوجة الواحدة، كما أن الغالب أن الرجل لا يقدم على الزواج إلا وهو يأنس من نفسه القدرة على الإنفاق، أما اشتراط امتلاك الرجل للمال الوفير للزواج فلم يجعله الإسلام شرطا[8]، كما أن القرآن الكريم تضمن آيات كثيرة تؤكد أن الله عز وجل هو الذي يبسط الرزق، قال تعالى:" قُلْ مَن يَرْزُقُكُم مِّنَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ ۖ قُلِ اللَّهُ ۖ"[9].

---

[1] - ذهب إلى هذا القول كل من: محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.ص 102-103. زكريا البرديسي، الأحكام الإسلامية في الأحوال الشخصية، ص.ص 1880-181 و أحمد الهريدي ، محاضرة في الأحوال الشخصية، ص.11 نقلا عن راسم شحدة سدر، تعدد الزوجات بين الإسلام وخصومه، المرجع السابق، ص.136.

[2] - شهاب الدين السيد محمود الألوسي، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، المرجع السابق، ص.197.

[3] - راسم شحدة سدر، تعدد الزوجات في الإسلام وخصومه، المرجع السابق، ص.137.

[4] - سورة النور، الآية33.

[5] - الترمذي، سنن الترمذي الجامع الصحيح، المرجع السابق، ص. 383، ح. رقم 1081. أبو داوود، سنن أبي داوود، الجز2، المرجع السابق، ص.372، ح.رقم 3047.ابن ماجه، سنن ابن ماجه، الجز3، المرجع السابق، ص.300، ح.رقم 1845.

[6] - محمد بن مسفر بن حسين الطويل، تعدد الزوجات في الإسلام، المرجع السابق، هامش رقم 33، ص.32.

[7] - الهادي أحمد محمد حسن، تعدد الزوجات الأسباب والضوابط، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد16، السودان، 2010. راسم شحدة سدر، تعدد الزوجات بين الإسلام وخصومه، المرجع السابق، ص.ص137-139.

[8] - الهادي أحمد محمد حسن، تعدد الزوجات الأسباب والضوابط، المرجع السابق، ص.30.

[9] - سورة سبأ، الآية 24.

أما عن تفسير قوله تعالى:" ذلك أدنى ألا تعولوا " بأن معنى الآية هو أدنى ألا تكثر عيالكم، فكثرة العيال لا تعني أن الله لا يرزقكم ولكنها تعني أن الله يرزقكم وإياهم، ومعنى "ألا تعولوا" هو ألا تجوروا[1].

ثم إن الباءة[2] في الحديث الشريف - سالف الذكر- ليس المقصود منها القدرة على الإنفاق، إنما هي القدرة على التصرف كزوج ورب أسرة والقيام بما يقوم به الأزواج من رعاية الأسرة[3]، وإلا كيف نفسر تزويج النبي ﷺ لرجل بأن قال له:"التمس ولو خاتما من حديد"، فذهب فطلب، ثم جاء فقال: لم أجد شيئا، ولا خاتما من حديد، فقال رسول الله ﷺ:" هل معك شيء من القرآن؟" قال: معي سورة كذا وسورة كذا، فقال ﷺ:"اذهب فقد أنكحتكها بما معك من القرآن"[4].

واشتراط القدرة على الإنفاق في التعدد هو الأقرب إلى الصواب، ذلك أن الزوج عندما يوفر لكل زوجة مسكنا خاصا بها بعيدا عن الآخرى سيختصر الكثير من المشاكل والمشاحنات التي قد تحدث بين الضرائر إن كن يسكن دارا واحدة، ثم إن كفاية كل زوجة في مأكلها وملبسها سيجعلها راضية النفس وديعة وعلى العكس من ذلك إن كان الزوج غير قادر على الإنفاق ستكون زوجاته ساخطات عليه متتبعات لأخبار بعضهن البعض منغصات لحياة بعضهن وحياة زوجهن، بالإضافة إلى أن تحري العدل يصبح صعبا مع عدم القدرة على الإنفاق بل مستحيلا - إلا إذا اعتبرنا الزوج سيكون عادلا في عدم الإنفاق على زوجاته كلهن- في حين أنه إذا كان الزوج قادرا على الإنفاق فيكون من السهل عليه توفير لكل زوجة ما يوفره للأخرى، خاصة وأن الآيات الكريمة تطالب الرجل بالإنفاق على زوجته الواحدة وبالعدل في الإنفاق على زوجاته في حالة التعدد، والرأي أن العدل يستلزم القدرة على الإنفاق أما غير ذلك فيكون الزوج في حرج ويصبح ظلمه لإحدى زوجاته على حساب الأخرى وارد ومتحقق.

---

[1] - راسم شحدة سدر، تعدد الزوجات بين الإسلام وخصومه، المرجع السابق، ص.139.

[2] - اختلف العلماء في المراد بالباءة على قولين يرجعان إلى معنى واحد، أحدهما أن المراد معناها اللغوي وهو الجماع، فتقديره من استطاع منكم الجماع لقدرته على مؤنه-مؤن النكاح- فليتزوج، ومن لم يستطع الجماع لعجزه عن مؤنه فعليه بالصوم ليدفع شهوته ويقطع شر منيه كما يقطعه الوجاء، وعلى هذا القول وقع الخطاب للشباب الذيم هم مظنة شهوة النساء ولا ينفكون عنها غالبا، والقول الثاني أن المراد هنا بالباءة مؤن النكاح، سميت باسم يلازمها وتقديره من استطاع منكم مؤن النكاح فليتزوج، ومن لم يستطع فليصم دفعا لشهوته، والذي حمل القائلين على ماقالوه قوله ﷺ :" من لم يستطع فعليه بالصوم..." قالوا: والعاجز عن الجماع لا يحتاج إلى الصوم لدفع الشهوة، فوجب تأويل الباءة على المؤن" البخاري، فتح صحيح البخاري، الجزء11، المرجع السابق، ص.10، ح.رقم 5065.

[3] - عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات من النواحي الدينية والاجتماعية والقانونية، المرجع السابق، ص.184.

[4] - البخاري، صحيح البخاري، الجزء7، المرجع السابق، ص.20، ح. رقم 5149.

الفرع الثاني

تعدد الزوجات في القوانين الوضعية

إن تعدد الزوجات نظام ثبتت مشروعيته بالكتاب والسنة والإجماع، بقبول بين جميع المسلمين من دون حرج منذ عهد رسول الله ﷺ، إلا أن احتكاك العالم الإسلامي بالغرب في نهاية القرن التاسع عشر نتج عنه تطورات اجتماعية وحركات إصلاحية، وكل ما وجهه الغربيون من انتقادات لأحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالمرأة وتعدد الزوجات خصوصا، أدت إلى فتح النقاش حول هذا الموضوع.

فظهرت في الدول العربية أصوات تنادي بمنع التعدد[1] وأخرى تنادي بتقييده[2] حتى بلغ صداها المشرعين، فجاءت القوانين متأثرة بهذه التوجهات، وسنحاول فيما يلي بيان موقف القوانين الوضعية - محل المقارنة- من تعدد الزوجات (أولا)، لنبين الضوابط والشروط التي قررت القوانين الوضعية توافرها من أجل السماح للرجل بالتعدد(ثانيا)، وهل أخذت بما جاءت به الشريعة الإسلامية أم أنها زادت على ذلك؟

آولا: موقف القوانين الوضعية من تعدد الزوجات

تباينت مواقف التشريعات العربية في إباحة التعدد إلى حد ما، فذهبت بعض التشريعات إلى إجازته دون قيود[3] وقولنا دون قيود معناه دون إضافة قيود على ماجاء في

---

[1] - كان من بين من نادوا بمنع تعدد الزوجات قاسم أمين من مصر، الذي كتب عام 1898 بخصوص ذلك قائلا:" يتضح أن الشارع علق وجوب الاكتفاء بواحدة على مجرد الخوف من عدم العدل، ثم صرح بأن العدل غير مستطاع، فمن ذا الذي يمكنه ألا يخاف عدم العدل مع ماتقرر من أن العدل غير مستطاع؟...وغاية ما يستفاد من آية التحليل إنما هي حل الزوجات إذا أمن الجور...فإذا غلب على الناس الجور بين الزوجات كما هو مشاهد في أزماننا، أو نشأ من تعدد الزوجات فساد في العائلات، وتعد للحدود الشرعية الواجب التزامها، وقيام العداوة بين أعضاء الأسرة الواحدة، وشيوع ذلك إلى حد يكون عاما، جاز للحاكم رعاية للمصلحة العامة، أن يمنع تعدد الزوجات بشرط أو بغير شرط على حسب ما يراه موافقا للمصلحة العامة". ينظر قاسم أمين، الأعمال الكاملة، الجزء2، ص.93. نقلا عن حسان عشا، الزواج والطلاق وتعدد الزوجات في الإسلام، ط.1، دار الساقي، لبنان، 2004، ص.94.

[2] - من أبرز من نادى بتقييد تعدد الزوجات المصلح محمد عبده، منطلقا من مبادئ الشريعة الإسلامية نفسها، فهو يرى ان أضرار التعدد في زمانه تفوق الفوائد التي كانت له في صدر الإسلام، كصلة النسب وتقوية العصبية، وحث محمد عبده حينها العلماء على دراسة هذا الأمر بجدية، وأضاف قائلا:" الدين أنزل لمصلحة الناس وخيرهم، وأن من أصوله منع الضرر، والضرار، فإذا ما ترتب على شيء مفسدة في زمن لم تكن تلحقه في ما قبله، فلا شك في وجوب تغيير الحكم وتطبيقه على الحال الحاضرة، يعني على قاعدة درء المفاسد مقدم على جلب المصالح، وبهذا يعلم أن تعدد الزوجات محرم قطعا عند الخوف من عدم العدل".محمد عبده، تفسير المنار، الجز4، ص.349، نقلا عن غسان عشا، المرجع نفسه، ص.94.

[3]- إن عدم ربط التعدد بأي شرط أوقيد هو موقف أغلب قوانين دول الخليج العربي ومن ذلك القانون السعودي والقانون الكويتي (في المادة 21 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي)، والقانون الإماراتي (المادة 47 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي) والقانون القطري (في المادة 25 من قانون الأحوال الشخصية القطري)، والقانون اليمني (المادة 12 من قانون الأحوال الشخصية اليمني)، وكذا المشرع الموريتاني الذي نص في المادة 45 من قانون الأحوال الشخصية الموريتاني على أنه:" يسمح بتعدد الزوجات إذا توفرت شروط ونية العدل، ويتم ذلك بعد علم كل من الزوجة السابقة واللاحقة إذا كان ثمة شرط" ومن الملاحظ أن المشرع الموريتاني لم يؤيد قاعدة إعلام الزوجتين بأي جزاء قانوني، ومن ثم أمكن القول - نظريا على الأقل- إنه يلتحق بالمشرعين المبيحين للتعدد دون أي قيد أو شرط اللهم نية العدل المفروضة بالنص القرآني. ينظر محمد الكشبور، الواضح في مدونة الأسرة المغربية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.328.

الشريعة الإسلامية، كون الإسلام قيد تعدد الزوجات كما سبق بيانه، وأضافت تشريعات أخرى قيودا جديدة لم يقررها فقهاء الشريعة الإسلامية، وشذت قوانين أخرى أو بالأحرى قانون واحد ومنع تعدد الزوجات وحظره، ونبين ذلك فيما يلي، وسنقتصر دائما على القوانين محل المقارنة وبالتالي على الدول التي سمحت بالتعدد بقيود وكذا التي منعت التعدد مطلقا فقط، ذلك أن الدول التي أباحت التعدد دون قيود تشريعاتها ليست محل مقارنة في دراستنا ككل، لذلك اكتفينا بالإشارة إليها في هامش الصفحة أعلاه.

1- القوانين التي أجازت تعدد الزوجات بقيود: أجازت هذه القوانين ونقصد قوانين كل من الجزائر والمغرب ومصر والأردن وسوريا والعراق التعدد وقيدته بقيود معينة، وحتى بالنسبة لهذا التقييد اختلف من تشريع لآخر منه ما جاء مخففا ومعقولا ومنه ما اقترب من المنع أكثر منه للإجازة، كما سنرى فيما يلي:

بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من التعدد، فنميز بين مرحلتين قبل تعديل 2005 لقانون الأسرة وبعده، فقبل التعديل نصت المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:" يسمح بالزواج بأكثر من واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل ويتم ذلك بعد علم الزوجة السابقة واللاحقة، ولكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية في حالة الغش والمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا"، يقول العربي بلحاج معلقا على المادة:" عملا بأحكام الفقه الإسلامي يحرم من النساء مؤقتا المرأة التي تزيد على العدد المرخص به شرعا... كما اشترط المبرر الشرعي...والقدرة على الإنفاق ونية العدل، وعلم كل من الزوجة السابقة واللاحقة بحالة التعدد...كما أنه جعل العدل في الزواج بأكثر من واحدة من واجبات الزوج نحو زوجاته"[1]، والواضح أن المشرع الجزائري في نص المادة 8 قبل التعديل لم يكن يشترط القدرة على الإنفاق بل اكتفى بالنص على توفر شروط ونية العدل، إلا إذا اعتبرنا القدرة على الإنفاق من بين الشروط التي تحقق العدل، كما أن المشرع الجزائري اشترط المبرر الشرعي، ونتساءل هنا عما يعتبر مبررا شرعيا ومالا يعتبر كذلك؟ ولنا رجوع بنوع من التفصيل لهذه المسألة عند مناقشة قيود وضوابط التعدد في التشريعات الوضعية، كما أن المشرع الجزائري اشترط علم الزوجتين السابقة واللاحقة، إلا أنه في العبارة الأخيرة من المادة 8 أعلاه أعطي المشرع الحق للزوجتين برفع دعوى قضائية ضد الزوج والمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا، فهل يفيد ذلك أنه اشترط رضا الزوجتين بالإضافة إلى علمهما؟ على ما يبدو أن المشرع افترض أنه بعلم كل من الزوجتين بالتعدد وعدم مطالبتهما قضائيا بالتطليق دليل على أنهما رضيتا

[1] - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ط.4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص.92.

بوضع التعدد ذاك، فدل ذلك على عدم اشتراط الرضا وإلا كان المشرع اشترطه إلى جانب العلم.

بعد تعديل 2005 لقانون الأسرة الجزائري جاءت صياغة المادة 8 كالآتي:" يسمح بالزواج بأكثر من واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها، وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إن تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية". زاد المشرع على الشروط المتعارف عليها قبل التعديل - التي سبق ذكرها- شرط الترخيص من القاضي، وأضاف إلى جانب المبرر الشرعي وتوفير العدل، الشروط الضرورية للحياة الزوجية، والتي يقصد بها القدرة على الإنفاق، دون أن ننسى شرط إخبار الزوجة السابقة واللاحقة بإقدامه على الزواج ثانية، ويقول محفوظ بن الصغير عن الشروط التي جاء بها المشرع الجزائري في مسألة تعدد الزوجات بعد 2005 :" إن المشرع الجزائري بتقييده وتضييقه إباحة التعدد في الزوجات، إنما جاء استجابة لدعاة منع التعدد، بوضعه شروطا تهدف إلى منع أو عرقلة ممارسته"[1].

أما المشرع المغربي فقد قطع شوطا بعيدا في تقييد تعدد الزوجات لدرجة اقترب فيها من المنع على رأي الأستاذ محمد الكشبور[2]، ويقول محمد الأزهر في تعليقه على مسألة تعدد الزوجات:" الملاحظة الأولى التي يمكن إدراجها في مسألة التعدد هي نية المشرع في منع هذه الظاهرة، حيث أدرجها ضمن موانع الزواج واستهل مواد التعدد بالمنع أو عدم الإذن"[3]، وعلى الرغم أن ظاهرة تعدد الزوجات تتقلص تدريجيا بشكل كبير في المغرب إلا أن مدونة الأسرة المغربية وضعت عدة إجراءات تجعل اللجوء إلى التعدد شبه مستحيل ووضعت له شروطا ومسطرة تخضع لرقابة القضاء[4]، حيث تنص المادة 40 من مدونة الأسرة المغربية في فقرتها الأولى على أنه يمنع التعدد إذا خيف[5] عدم العدل بين الزوجات، أما الفقرة الثانية

[1] - محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج في الاجتهاد القضائي الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2019، ص.308.

[2] - محمد الكشبور، الواضح في مدونة الأسرة، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.333.

[3]- محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص.93.

[4] - محمد الشافعي، عقد الزواج وانحلاله، المرجع السابق، ص.60.

[5] - في تعليق للأستاذ محمد الأزهر على كلمة "خوف" المذكورة في المادة 40 من مدونة الأسرة المغربية "يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات"يقول فيه:" كلمة(خوف) هاته غريبة في نص قانوني لارتباطها بعنصر نفسي، وحتى وإن كان التعبير مجازيا، فإن الخوف من المجهول ويوصي بعلم القاضي بالغيب، لما سيقع في المستقبل فالمسألة يجب أن =

من نفس المادة فإنها تمنع التعدد في حالة وجود شرط في الزواج أو في عقد لاحق تشترط بموجبه الزوجة عدم الزواج عليها، ونصت المادة 41 من نفس القانون على أن المحكمة لا تأذن بالتعدد إلا إذا ثبت لها المبرر الموضوعي الاستثنائي للتعدد، وكذا توفر الموارد الكافية لدى طالب التعدد من أجل إعالة الأسرتين، بالإضافة إلى إجراءات صارمة معينة نصت عليها المواد 42، 43، 7.44، 45، 46 من المدونة.

ونص المشرع المصري في المادة 11 مكرر المضافة إلى القانون رقم 25 لسنة 1926 بموجب القانون رقم 100 لسنة 1985 على أنه يجب على الزوج أن يقر في وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية، وإذا كان متزوجا فعليه أن يبين زوجاته اللاتي في عصمته ومحال إقامتهن وعلى الموثق إخطارهن بالزواج الجديد، كما أجاز المشرع المصري للزوجة التي تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالها حتى لو لم تشترط هذه الزوجة على زوجها في عقد الزواج ألا يتزوج عليها، وعلى القاضي أن يحاول الإصلاح بينهما ما أمكن، فإن عجزعن ذلك طلقها عليه، ومنح القانون المصري للزوجة سنة من تاريخ علمها بزواج زوجها بأخرى لتطلب التفريق إلا أن تكون رضيت بالتعدد صراحة أو ضمنا، ويتجدد حقها في طلب التطليق كلما تزوج بأخرى ونفس الحكم ينطبق على الزوجة الجديدة إذا لم تكن تعلم أن زوجها متزوج بأخرى[1].

والواضح أن المشرع المصري اتجه أكثر إلى تخفيف قيود تعدد الزوجات مقارنة مع غيره من التشريعات المقيدة، فاشترط فقط علم الزوجة السابقة وليس رضاها، لأنه أوجب إخطارها فقط كما رتب جزاء على عدم علم الزوجة بالزواج وهو حقها في طلب التطليق وذلك لا يعني أن علمها بزواج زوجها من أخرى شرط للتعدد، لأن المشرع المصري جعل سكوت الزوجة بعد سنة من علمها بزواجه مسقطا لحقها في طلب الفرقة فتبين من ذلك أن التعدد حصل دون علمها، فلما علمت رضيت به إما صراحة أو ضمنا.

وأما المشرع الأردني فقد نص على تعدد الزوجات في المادة 79 من قانون الأحوال الشخصية الأردني عندما كان بصدد الحديث عن المعاشرة بالمعروف، حيث نصت المادة 79 أعلاه على أنه:" على من له أكثر من زوجة أن يعدل بينهن في المعاملة كالمبيت

=تكون مؤكدة غير مبرر وإلا سننغمس في التفكير الغيبي، لأن الأمر يتعلق بتأكد القاضي من إمكانية العدل بين الزوجات في حدود الظاهر خصوصا النفقة والمسكن وطباع الزوج، كأن يكون مهملا لأسرته، بينه وبين الزوجة الأولى دعاوى الضرب والجرح، إلى غير ذلك من المظاهر التي يمكن للقاضي أن يستنتجها مباشرة، إذ كان من الأفيد صياغة هذه المادة بتحديد الإجراءات التي يتبعها القاضي حتى يأذن بالتعدد عوض استعماله كلمة فضفاضة حمالة أوجه قد تأول عدة تأويلات". محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص.93.

[1] - رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، ط.2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص.243.

والطاعة" ، كما نص في المادة 13 من نفس القانون على أنه:" أ- يجب على القاضي قبل إجراء عقد زواج المتزوج التحقق مما يلي:

قدرة الزوج المالية على المهر.
قدرة الزوج على الإنفاق على من تجب عليه نفقته.
إفهام المخطوبة بأن خاطبها متزوج بأخرى.

ب- على المحكمة تبليغ الزوجة الأولى أو الزوجات إن كان للزوج أكثر من زوجة بعقد الزواج بعد إجرائه وذلك وفق قانون أصول المحاكمات الشرعية"، ويتضح من خلال هذه النصوص أن المشرع الأردني ألح في التحقق من قدرة الزوج على أعباء الزواج الثاني أو التعدد تجنبا للمشاكل الاجتماعية التي قد تحصل، ولا شك أن الزواج يكون صحيحا عند عدم تحقق الملاءة المالية مع عدم إخبار الزوجة مع الحرمة ديانة[1].

وقيد المشرع السوري تعدد الزوجات طبقا للمادة 17 من قانون الأحوال الشخصية السوري بقيدين اثنين هما أن يكون للزوج مسوغ شرعي وأن يكون الزوج قادرا على النفقة، بالإضافة إلى إذن القاضي وهو ما يستشف من نص المادة 17 التي نصت على أنه:" للقاضي أن لا يأذن للمتزوج بأن يتزوج على امرأته إلا إذا كان لديه مسوغ شرعي وكان الزوج قادرا على نفقتهما"، ويقول الأستاذ مصطفى السباعي معلقا على موقف المشرع السوري من التعدد:" ...أرى أن موقف القانون السوري هو أعدل المواقف وأحكمها وقد وقف في ذلك موقفا وسطا بين المانعين، وفي ذلك ما فيه من العدوان على شريعة الله والتضييق على مصلحة الأمة وبعض الأفراد، وبين المطلقين الذين يمنعون أي قيد فيه، وفي هذا ما فيه من فسخ المجال لبعض السفهاء باستعمال هذا الحق في غير موضعه فتضيع حقوق الزوجات والأولاد"[2].

وخالف المشرع العراقي باقي التشريعات –التي تم استعراض مواقفها- إلى حد ما في مسألة التعدد، فنص في المادة 3 فقرة 4 و5:"

4- لا يجوز الزواج بأكثر من واحدة إلا بإذن القاضي ويشترط لإعطاء الإذن تحقق الشرطين التاليين:

أن تكون للزوج كفاية مالية لإعالة أكثر من زوجة واحدة.
أن تكون هناك مصلحة مشروعة.

[1]- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.71.
[2] - مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، المرجع السابق، ص.94.

5- إذا خيف عدم العدل بين الزوجات فلا يجوز التعدد ويترك تقدير ذلك للقاضي"، وإلى هنا المشرع العراقي لم يخرج عن الشروط التي قررتها التشريعات - التي سبق بيانها- من وجوب منح الأذن بالتعدد من طرف القاضي والذي يمنحه بتوفير شرط القدرة المالية ووجود المصلحة المشروعة، والتي يقصد بها المبرر الشرعي، أما مع مخافة عدم العدل فلا يجوز معها التعدد وهذا تطبيقا لما جاء في الآية 3 من سورة النساء، أما ماخالف فيه المشرع العراقي التشريعات السابقة هو ما قرره في نص الفقرة 6 من نفس المادة والتي قضت بـأن كل من أجرى زواج بأكثر من واحدة خلافا لما جاء في الفقرات السابقة يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن سنة أو بالغرامة بما لا يزيد عن مئة دينار أو بهما.

وتفرد المشرع العراقي بحكم آخر عندما استدرك الفقرة 6 من المادة 3 من ق.أ.ش.ع - التي قررت عقوبة التعدد خلافا لما جاء في الفقرات 4 و5 من نفس المادة- بالفقرة 7 والتي جاءت استثناء من الفقرتين 4 و5 وقررت أنه في حالة كان المراد الزواج بها تعددا أرملة لا يلتزم الزوج بالشروط الواردة في الفقرتين 4 و5 أعلاه أي شرط إذن القاضي والقدرة المالية والمصلحة المشروعة ومخافة العدل، وتبعا لذلك لا تطبق على الزوج العقوبة المقررة في الفقرة 7 من نفس المادة والمذكورة أعلاه.

وإذا كان المشرع العراقي بتقريره لهذا الحكم قد حاول تطبيق الآية الكريمة -3 من سورة النساء- التي تربط تعدد الزوجات بيتامى النساء فقاس الأرملة على اليتيمة، إلا أن ما يؤخذ عليه هو استثناؤه لمخافة العدل مع القدرة على الإنفاق وإذن القاضي والمصلحة المشروعة، مع أن الآية الكريمة صريحة وأن مخافة العدل تستلزم الإبقاء على زوجة واحدة سواء كانت المراد التعدد بها يتيمة أو أرملة أو غير ذلك.

2- القوانين التي حظرت تعدد الزوجات: انفرد المشرع التونسي من بين التشريعات العربية بمنع تعدد الزوجات جملة وتفصيلا، حيث نص الفصل 18[1] من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه:" – تعدد الزوجات ممنوع.

كل من تزوج وهو في حالة الزوجية وقبل فك عصمة الزواج السابق يعاقب بالسجن لمدة عام وبخطية قدرها مائتين وأربعة ألف فرنك أو بإحدى العقوبتين ولو أن الزواج الجديد لم يبرم طبق أحكام القانون.

ويعاقب بنفس العقوبات كل من كان متزوجا على خلاف الصيغ الواردة في القانون عدد3 لسنة 1975 المؤرخ في 4 محرم 1377(أول أوت 1957) والمتعلق بتنظيم الحالة المدنية ويبرم عقد زواج ثان ويستمر على معاشرة زوجه الأول.

[1] - نقح بالقانون عدد 70 لسنة 1958 في 4 جويلية وأضيفت إليه الفقرات 3 و4 و5 بالمرسوم عدد 1 لسنة 1964 في 20 فيفري 1964 المصادق عليه بالقانون عدد1 لسنة 1964 المؤرخ في 21 أفريل 1964.

ويعاقب بنفس العقوبات الزوج الذي يتعمد إبرام عقد زواج مع شخص مستهدف العقوبات المقررة بالفقرتين السابقتين"، فواضح أن المشرع التونسي لم يكتف بمنع التعدد بل تعداه إلى إنزال عقوبات سالبة للحرية وكذا عقوبات مالية في صورة غرامة باهضة، على كل من تزوج وهو في حالة الزوجية وقبل فك عصمة زواجه السابق[1].

وحسب محكمة التعقيب التونسية فإن قاضي الموضوع الذي ينظر في جريمة الزواج ثانية هو أيضا من ينظر للقضاء بفساد الزواج الثاني وذلك في حكم واحد[2]، كما أكدت ذات المحكمة أن جريمة التزوج بثانية لا تستكمل ركنها المادي إلا إذا كان هناك زواج فعلي مشاهد قد استوفى مظاهره الخارجية وبرزت بالثانية[3]، كما اعتبرت أن الزواج العرفي بثانية دون حضور ضابط الحالة المدنية ينطبق عليه وصف التزوج بأخرى[4]، كما قررت المحاكم التونسية بطلان الزواج الثاني وهي لا ترتب على هذا الزواج أي أثر إلا استحقاق الصداق وثبوت النسب بالدخول[5].

والواضح أن الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية قد اقتبس من القانون الجنائي الفرنسي وبالضبط المادة 433 مكرر20 منه، والتي نصت على أن الشخص المرتبط بعلاقة زوجية يعاقب بالحبس والغرامة إذا تزوج مرة أخرى قبل انحلال الرابطة السابقة وتقرر نفس العقوبة للموظف العام الذي عقد الزواج إذا كان يعلم بالزواج السابق، فالقانون الفرنسي بذلك يحظر إبرام الزواج المتعدد فوق ترابه سواء بالنسبة للفرنسيين أو لرعايا الدول المسلمة التي تأخذ بنظام التعدد لتصادم هذا الزواج مع النظام العام، ويشمل هذا الحظر أيضا الرعايا الفرنسيين ولو وجدوا في الخارج، وبذلك يكون تعدد الزواج معاقب عليه جنائيا ومدنيا[6]، حيث يتقرر البطلان المطلق للزواج الثاني طبقا للمادة 147[7] و184[8] من القانون المدني الفرنسي والذي يجوز لكل ذي مصلحة إثارته.

---

[1] - راسم شحدة سدر، تعدد الزوجات بين الإسلام وخصومه، المرجع السابق، ص.326.

[2] - قرار تعقيبي جزائي عدد 3648 مؤرخ في 28 ديسمبر 1968- ن 1964، ق.ج.ص. 143، نقلا عن محمد الحبيب الشريف، مجلة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. 23.

[3] - قرار تعقيبي جزائي عدد 6757 مؤرخ في 26 أكتوبر 1970- ن 1970، ق.ج.ص.217. نقلا عن محمد الحبيب الشريف، المرجع نفسه، ص.74.

[4] - قرار تعقيبي جزائي، عدد880 مؤرخ في 1973/05/23، ن. م. ت، 1973، ق.ج..نقلا عن العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 73.

[5] - محمد الكشبور، الواضح في مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق، ص.330.

[6] - Dania Dhaini , mariage et libertés, étude comparative en droit français et libanais, Op.cit , p.118.

[7] -art 147 de code civil français :" On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier ».

[8] - art 184 de code civil :"tout mariage contracté en contravention aux dispositions contenues aux articles 144, 146, 146-1 , 147, 161,162 et 163 peut être attaque, dans un délai de trente ans à compter et sa célébration, soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public ».

إلا أن هذا لم يمنع القضاء الفرنسي[1] من السماح لتعدد الزوجات بين الأجانب من ترتيب أثاره المدنية في فرنسا، إذا ما اكتملت شروط الزواج في الخارج وفقا لقانون الزوجين الشخصي الذي يسمح بذلك، فالقاضي الفرنسي لا يستطيع أن ينصب نفسه رقيبا للأنظمة القانونية مادام ذلك لا يشكل مساسا بسيادة ذلك البلد الذي اختص وحده بالاعتراف للشخص بالتعدد أو إنكاره عليه[2].

ثانيا: ضوابط وقيود تعدد الزوجات في القوانين الوضعية

اختلفت قوانين الأحوال الشخصية محل المقارنة وتفاوتت في فرض الشروط المقيدة للتعدد - ونتحدث هنا عن القوانين التي قيدت التعدد دون التي منعته- فمال بعضها للاكتفاء بما جاء في الشريعة الإسلامية، بينما شددت الأخرى في التقييد حتى اقتربت للمنع منها للإجازة كما سبقت الإشارة إليه، وسنخص بالذكر القيود الموجودة في القانون الجزائري على أن نبين إن كانت القوانين الأخرى محل المقارنة قد أخذت بها أم لا.

1- قيد المبرر الشرعي: بالنسبة لهذا القيد اشترطه كل من المشرع الجزائري وسماه المبرر الشرعي، والمشرع المغربي في المادة 41 من م.أ.م وأطلق عليه المبرر الموضوعي الاستثنائي، والمشرع السوري في المادة 17 من ق.أ.ش.س وأطلق عليه مصطلح المسوغ الشرعي، أما المشرع العراقي في نص المادة 3 من ق.أ.ش.ع فأسماه المصلحة المشروعة، في حين لم ينص عليه المشرعين الأردني والمصري .

والمبررات التي عددها الفقهاء المعاصرون تتسع وتضيق بحسب توجه كل واحد منهم وموقفه من التعدد، فعند من يقيدون التعدد هناك مبررين اثنين لا يزيد عنهما هما عقم الزوجة وإصابتها بمرض لا يسمح لها بتأدية حق الزوج في المعاشرة، أما عند أنصار التعدد فلا يكتفون بهذين المبررين بل يضيفون غلبة العامل الجنسي على الزوج، وكذا زيادة عدد النساء على عدد الرجال في الأحوال العادية والطارئة، بالإضافة إلى كثرة أسفار الرجل وأسباب أخرى[3].

[1] - من القرارات التي أقرت بترتيب تعدد الأزواج بين الأجانب لآثاره القانونية في فرنسا، القرار رقم 66-11 الصادر بتاريخ 2 ماي 2007 عن الغرفة المدنية، والذي تفيد وقائعه أن جزائري تزوج بامرأتين في الجزائر حسب ما يسمح به قانونه للأحوال الشخصية، ثم عاش وعمل في فرنسا أين توفي هناك، فطالبت زوجتاه صندوق المعاشات بالاستفادة من المعاش، عارضت الزوجة الأولى ولكن وفقا لمحكمة الاستئناف يجب تقاسم المعاش بين الزوجتين ويمكن لهما المطالبة به بما يتناسب مع مدة الحياة المشتركة، فاستأنف صندوق المعاشات في النقض بحجة أن الزوجة الثانية ليس لها صفة الزوج الباقي على قيد الحياة.

[2] - شريف هنية، الاجتهاد القضائي الفرنسي في مجال تعدد الزوجات، مجلة البحوث و الدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق جامعة سعد دحلب، البليدة، المجلد 1، العدد 1،الجزائر، 2011، ص.ص45-55، ص. 51.

[3] - راسم شحدة سدر، تعدد الزوجات بين الإسلام وخصومه، المرجع السابق، ص.ص245-254.

ونعود إلى المشرع الجزائري الذي لم يبين المقصود بالمبرر الشرعي في نص المادة 8 من ق.أ.ج ولم يضع معيارا للتفريق بين المبرر الشرعي وغير الشرعي[1]، إلا أنه في النصوص التنظيمية ويتعلق الأمر بمنشور وزاري[2] حصر المبرر الشرعي في عقم الزوجة أو مرضها مرضا عضالا، فهذا النص يحد من أسباب إثبات تعدد الزوجات في مجال طبي بحث[3]، واعتبر البعض هذا المنشور جاء متجاهلا لمبررات أخرى، وهو ماجعل وزير العدل يصدر منشورا ثانيا[4] أضاف فيه حالات أخرى يقدرها القاضي حيث تعود إليه السلطة التقديرية في منح الإذن بالتعدد أو رفضه[5].

على أنه للقاضي السلطة التقديرية في الأخذ بالمبرر الذي ساغه الزوج أو عدم الأخذ به وبالتالي عدم منح الإذن، والأمر نفسه سار عليه القضاء المغربي عندما اعتبر القاضي رفض الزوجة الانتقال للعيش مع زوجها في مكان عمله في البادية ليس مبررا شرعيا للتعدد، وبالتالي أيد الحكم القاضي برفض طلب الإذن بالتعدد[6].

ويرى بعض الفقه أن اشتراط المبرر في التعدد يؤدي إلى كثرة الطلاق كما يفشل عند التطبيق، ذلك أن كثيرين ممن يرغبون في الزواج على زوجاتهم سيحجمون عن كشف المبرر الذي دفعهم إلى التعدد لما فيه من مساس بأسرارهم[7]، في حين يرى آخرون أن الزوج هو المكلف بإثبات المبرر الموضوعي الاستثنائي -على غرار ماجاء في المادة 40 من مدونة الأسرة المغربية- والمحكمة هي التي تقدره وتكيفه وإن كان فعلا مبررا استثنائيا يسمح بالتعدد أم لا؟ مع الإشارة إلى وجوب التضييق ما أمكن في ذلك التكييف لأننا أمام رخصة تحمل طابع الاستثناء الذي يجب عدم التوسع في تفسيره، ويستبعد بذلك كل مبرر ذي طابع شخصي كالمحبة القلبية والجوانب النفسية كالتعدد بسبب أن المرأة المراد التزوج بها لا معيل لها أو لأنها تعاني مصاعب صحية أو لأن لها أولادا تحتاج إلى من يكفلهم ماديا و معنويا[8]، وهو ما ليس غريبا عن موقف القانون المغربي من التعدد الذي قلنا عنه سابقا أنه تمادى في تقييد التعدد حتى قارب المنع.

---

[1] - محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج في الاجتهاد القضائي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05، المرجع السابق، ص.320.

[2] - المنشور الوزاري رقم 84-102 الصادر بتاريخ 23 ديسمبر 1984 الذي أصدره وزير العدل كتفسير للمادة 08 من ق.أ.ج .

[3]- Djilali Tachouar, reflixions sur les questions epineuses du code algérien de la famille,office des publcations universitaires, Alger, 2004, p.123.

[4] - المنشور الوزاري رقم 14 الصادر بتاريخ 22 أوت 1985 الذي أضاف فيه وزير العدل حالات ومبررات أخرى يقدرها القاضي للإذن بالتعدد.

[5] - كريمة محروق، قيود تعدد الزوجات وإشكالاتها قراءة في نصوص القانون واجتهادات المحكمة العليا، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 48، عدد4، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2017، ص.ص 383-401، ص.ص 384،385.

[6]- قرار محكمة الاستئناف بالحسيمة، ملف رقم 481، عدد 365-7-06 الصادر بتاريخ 26 سبتمبر 2006، البوابة القانونية والقضائية لوزارة العدل والحريات، المملكة المغربية. نقلا عن كريمة محروق، المرجع نفسه، ص. 386.

[7] - عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص.126.

[8]- محمد الكشبور، الواضح في مدونة الأسرة ، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.335.

2- توفر شروط ونية العدل: اتفقت على هذا الشرط كل التشريعات محل المقارنة التي أجازت التعدد بقيود، وهو شرط مستمد من القرآن الكريم[1]، ونص المشرع الجزائري بدوره في المادة 8 من ق.أ.ج على وجوب توفر شروط ونية العدل، والنية أمر داخلي في نفس الإنسان لا يمكن للقاضي الإطلاع عليها والتأكد منها، ثم إن العدل بين الزوجات هو تصرف مادي يتعلق بالمسكن والنفقة والمبيت ويظهر بعد قيام الزوجية وليس قبلها ولا قبل إبرام عقد الزواج، لذلك يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن وجوب توفر نية العدل كشرط مسبق لإبرام عقد الزواج شرط في غير محله، ولا يسلم به كقيد على الزواج الثاني، لأن ما يشك في إثباته لا يمكن جعله شرطا أو قيدا إنما هو جائز شرعا وواقع فعلا[2].

غير أن ما قصده المشرع الجزائري في المادة 8 من ق.أ.ج من شروط ونية العدل هو أن يقوم الزوج بإثبات قدرته على تحقيق العدل من الناحية المادية أي قدرته على النفقة وتوفير المسكن، ويتعين على الزوج تقديم الإثباتات اللازمة بذلك كسند الملكية أو عقد الإيجار وكشف الراتب أو السجل التجاري أو غيرهما، كما يصرح بنيته في توفير العدل من الجانب المعنوي بين زوجاته[3].

وإن كان فقهاء الشريعة الإسلامية يقولون أن العدل المطلوب هو العدل المادي وليس العدل القلبي[4]، إلا أن المشرع الجزائري يبدو ومن خلال صياغة المادة 8 ف.3 من ق.أ.ج قد اشترط العدل والشروط الضرورية للحياة، فدل ذلك على اشتراطه العدل المعنوي والعدل المادي بين الزوجات، وإن كان العدل المعنوي ليس المقصود به الميل القلبي لأن ذلك غير مستطاع إنما هو العدل في الملاطفة والمعاملة والمعاشرة، وهو ماصار إليه المشرع العراقي أيضا في المادة 3 فقرة 4 و5 من ق.أ.ش.ع حيث قرر بأن مجرد الخوف من العدل يؤدي لمنع التعدد، ومنح القاضي سلطة تقدير قدرة الزوج على العدل، ثم جعل من أسباب منح الإذن القدرة أو الكفاية المالية لإعالة أكثر من زوجة، وهناك تشريعات حصرت العدل في الجانب المادي كما فعل المشرع السوري طبقا للمادة 17 من ق.أ.ش.س والتي قضت بأنه:" للقاضي أن لا يأذن للمتزوج أن يتزوج على زوجته إلا إذا كان لديه مسوغ شرعي وكان الزوج قادرا على نفقتهما".

---

[1] - الآية 03 والآية 129 من سورة النساء.

[2] - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة للنشر، الجزائر، 2007، ص.87.

[3] - رشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط.1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص.ص110،111.

[4] - ينظر ص.213 من هذه الرسالة.

وعدم قدرة الزوج على العدل عند التنازع عليه في المحكمة تثبته الزوجة المراد التعدد عليها لتتمكن من طلب التطليق، وهو ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها[1] والذي جاء فيه:" عدم العدل بين الزوجات يشكل الضرر المعتبر شرعا طبقا لنص المادة 53 فقرة6 من ق.أ.ج، ويبرر بالتالي حق الزوجة المتضررة في طلب التطليق"[2].

3- القدرة على توفير الشروط الضرورية للحياة: هذا القيد أورده المشرع الجزائري في نص الفقرة 3 من المادة 8 من ق.أ.ج حيث نصت:" توفير العدل والشروط الضرورية للحياة"، إلا أنه لم يبين المعيار الذي يمكن اعتماده لتقييم هذا الشرط كما لم يوضح المقصود بالشروط الضرورية للحياة، وطبقا لما جاء في الفقه الإسلامي يقابله شرط قدرة الزوج على الإنفاق بأن يكون قادرا على تكاليف الزواج ومؤنه[3] والقدرة الدائمة على أداء النفقة الواجبة للأزواج[4].

ونص على هذا الشرط المشرع المغربي في المادة 41 من م.أ.م واعتبره شرطا لمنح الإذن فلا تمنح المحكمة الإذن إذا لم يكن لطالبه الموارد الكافية لإعالة الأسرتين[5]، وكذا المشرع العراقي في المادة 3فقرة 4 من ق.أ.ش.ع الذي جعل الكفاية المالية للزوج من أسباب منح إذن التعدد، وبدوره المشرع الأردني وفي نص المادة 13 من ق.أ.ش.أ أوجب على القاضي قبل إجراء زواج المتزوج التحقق من قدرته على الإنفاق على من تجب نفقته، كما اشترط المشرع السوري لمنح القاضي الإذن بالتعدد أن يكون قادرا على نفقة زوجاته حسب نص المادة 17 ف.1 من ق.أ.ش.س.

4- إخبار الزوجة السابقة والزوجة المستقبلية اللاحقة بالتعدد: اشترط المشرع الجزائري في نص المادة 8 ف.2 من ق.أ.ج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها، وقد أحسن المشرع الجزائري عندما استعمل كلمة "إخبار" وفقا للنص الجديد المعدل وهي تفيد معنى الإخطار وبناء عليه يكفي مجرد الكتمان لاعتبار التدليس قائما وفقا للمادة 8 مكرر من نفس القانون[6]، غير أن البعض يحملون نص المادة 8 من ق.أ.ج أكثر مما يحتمل، بحيث

---

[1] - المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 356997، صادر بتاريخ 12-07-2006، مجلة المحكمة العليا، العدد2، 2006، ص.441.

[2] - كريمة محروق، قيود تعدد الزوجات وإشكالاتها قراءة في نصوص القانون واجتهادات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص. 389.

[3] - ينظر ص.214 من هذه الرسالة.

[4] - محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.322.

[5] - تجدر الإشارة أنه بالنسبة لما أورده المشرع المغربي في نص المادة 41 ف.1 من م.أ.م من اشتراط الموارد المالية لإعالة الأسرتين، وهو ما جعل الأستاذ محمد الكشبور يتساءل قائلا:" هل معنى ذلك أن التعدد لا يسمح به إلا بالنسبة لزوجة ثانية؟ ثم ألا يكون ذلك خرقا للبند الثاني من المادة 39 من مدونة الأسرة التي تتحدث عن العدد المسموح به شرعا". محمد الكشبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة المغربية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.336.

[6] - العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.326.

يشترطون أن يعطي الزوج للزوجة المستقبلية معلومات عن وضعيته العائلية وهذا مالم تشترطه نفس المادة[1].

وقد بين المنشور الوزاري - سالف الذكر- كيفية الإعلام وذلك بإخبار كل من الزوجة السابقة واللاحقة إن حضرت أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية في ظل القانون القديم وأمام القاضي في ظل تعديل 2005 للمادة 8 من ق.أ.ج برغبة الزوج في إبرام عقد الزواج بثانية ويسجل في السجل الخاص بطلبات التعدد رضى كل من الزوجتين أو اعتراض الزوجة السابقة ليكون ذلك حجة يرجع إليها عند التنازع[2]، ما يجعل الأمر خارجا عن سيطرة الرجل الراغب في التعدد، والذي من المفروض أن يكون السيد في اتخاذ قرار التعدد[3].

ولم يكتف المشرع الجزائري بمجرد إعلام الزوجتين بل أوجب على القاضي التأكد من موافقتهما طبقا لنص المادة 8 ف.3، الأمر الذي أكده الاجتهاد القضائي حيث قررت المحكمة العليا في قرار لها قضت فيه بأنه يجب إثبات رضا الزوجة بزواج زوجها من امرأة أخرى، ولا يكفي لرفض دعوى التطليق من أجل الضرر علم الزوجة بزواجه الثاني، وذلك لأن العلم به شيء والرضا به شيء آخر[4].

وأما التشريعات محل المقارنة فاختلفت في اشتراط هذا القيد، فالمشرع المغربي مثلا ومن خلال نص المادة 43 ف.2 من م.أ.م والذي يقضي بأنه يمكن البث في طلب تعدد الزوجات في غيبة الزوجة المراد التزوج عليها إذا أفادت النيابة العامة تعذر الحصول على موطن أو محل إقامة يمكن استدعاؤها فيه، ويظهر أن المشرع المغربي لم يشترط موافقة الزوجة السابقة على التعدد مادام بالإمكان البث في طلب التعدد في حالة تعذر حضورها واستدعائها.

ولم يشترط المشرع المصري والسوري شرط علم الزوجة السابقة والمرأة اللاحقة، أما المشرع الأردني فاكتفى في نص المادة 13 من ق.أ.ش.أ بالنص على أن القاضي وقبل إجراء عقد زواج المتزوج يتحقق من إفهام المخطوبة أن خاطبها متزوج بأخرى، أما الزوجة السابقة فيتعين على المحكمة إبلاغها بعقد الزواج بعد إجرائه، وبالنسبة للمشرع العراقي ورغم تشدده في وجوب مراعاة القيود المفروضة على التعدد والتي تصل عقوبة مخالفتها إلى الحبس، إلا أننا لم نجد أي إشارة صريحة في نص المادة 3 من ق.أ.ش.ع على شرط موافقة الزوجة السابقة والمرأة اللاحقة المراد التزوج بها على التعدد.

---

[1] - محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05، المرجع السابق، ص.323.

[2] - كريمة محروق، قيود تعدد الزوجات وإشكالاتها قراءة في نصوص القانون واجتهادات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص. 389.

[3] - Djilali Tachouar, reflixions sur les questions epineuses du code algérien de la famille, op.cit, p.119.

[4] - المحكمة العليا، ، غ.أ.ش، ملف رقم 334060 صادر بتاريخ 19 جانفي 2005، م.م.ع عدد.3، ص.325.

5- طلب الترخيص بالتعدد من القضاء: أو ما يسمى بإذن القاضي للتعدد، هذا القيد هو الآخر اشترطته أغلب التشريعات محل المقارنة ماعدا التشريع الأردني الذي يتضح موقفه من خلال صياغة المادة 13 من ق.أ.ش.أ والذي جاء فيه:" يجب على القاضي قبل إجراء عقد زواج المتزوج التحقق مما يلي..."، فلم ترد في نص المادة عبارة "يأذن" أو "يرخص" مما يفيد عدم اشتراط إذن القاضي في التعدد، والتشريع المصري الذي ظل يجيز التعدد وفق الضوابط العامة للشريعة الإسلامية منذ القانون رقم 25 لعام 1920، ورغم طول الفترة وتغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية في مصر فإن الكثير من علماء الأزهر وغيرهم يرفضون صدور أي قانون يقيد تعدد الزوجات بإذن القاضي على أساس أن ذلك يتنافى مع أحكام الشريعة الإسلامية، وهذا رغم كل المحاولات المتكررة المادية بتعديل قانون الأحوال الشخصية وتقييد تعدد الزوجات[1].

أما التشريعات الأخرى ونقصد بها تشريعات كل من الجزائر و المغرب و سوريا والعراق فقد أوجبت الحصول على إذن القاضي ليتمكن الرجل من الزواج بثانية، فنص المشرع السوري في المادة 17 من ق.أ.ش.س على أن:" للقاضي أن لا يأذن للمتزوج على امرأته...." فربط بذلك تعدد الزوجات بوجوب الحصول على إذن القاضي، كما قرر المشرع العراقي وجوب الحصول على إذن القاضي للزواج بأكثر من واحدة[2].

والجدير بالذكر أن المشرع المغربي استفاض أكثر من غيره في شرح مسطرة التعدد[3]، ونص في المادة 41 من م.أ.م على أن المحكمة لا تأذن بالتعدد إذا لم يثبت لها المبرر الموضوعي الاستثنائي، وإذا لم تكن لطالب الإذن القدرة على الإنفاق والعدل بين الزوجات.

وبدوره أقر المشرع الجزائري وطبقا للمادة 8 من ق.أ.ج بأن التعدد لا يتم إلا بعد حصول الزوج على ترخيص قضائي أو إذن يسمح له بذلك، والقاضي يتمتع في هذا الصدد بسلطة تقديرية واسعة، بحيث يمكنه منح الإذن كما يمكنه رفضه انطلاقا من مدى تمكن أو عدم تمكن الزوج من العدل بين زوجاته، واعتمادا على المؤهلات البدنية والاقتصادية والاجتماعية[4].

وبذلك يكون القاضي مطالبا بالتحقق من توفر شروط التعدد بالوسائل المتاحة وله الاستعانة في ذلك بكل الوسائل ليتأكد من المبررات التي قدمها الزوج للتعدد، وليتأكد أيضا من القدرة

---

[1] - محمد بومدين، رخصة تعدد الزوجات بين تشريعات الدول الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.ص 6،7.

[2]- فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، المرجع السابق، ص.41.

[3] - ينظر في تفصيل مسطرة الشقاق محمد الشافعي، شرح مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق، ص.ص62-64. محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص.ص 96-100. محمد الكشبور، الواضح في مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص.ص336-340.

[4] - العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.322.

المالية للراغب في التعدد على الإنفاق ومقدرته أن يوفر لكل زوجة مسكنا مع أولادها، وكذا التأكد من الإمكانات اللازمة لتحقيق العدل والإنصاف بين الزوجات[1].

ويتضح مما سبق أن اشتراط إذن القاضي للتعدد الغرض منه التأكد من توفر الشروط الأخرى سابقة الذكر، وبالتالي محاولة التقليل قدر الإمكان من إساءة استعمال رخصة التعدد وكذا حماية المرأة المراد التعدد بها والتي غالبا ما تكون المتضرر الأول في بعض حالات التعدد التي لا يلتزم فيها الزوج بضوابط التعدد وقيوده من نفسه، فيتدخل القاضي عندها إما بمنح الإذن أو عدم منحه بحسب مايراه وما يتوفر لديه من دواعي للتعدد.

وبعد استعراض مواقف التشريعات من التعدد والقيود المفروضة عليه، نخلص إلى أن التعدد في حد ذاته لا يثير إشكالا مع التزام من يقدم عليه بأحكامه المسطرة شرعا، بل هو علاج لمشاكل اجتماعية كثيرة قد تفرضها ظروف معينة[2]، ولكن الإشكال يثور عند سوء التطبيق على رأي الأستاذ الشيخ سيد سابق، فكان عدم رعاية تعاليم الإسلام وسوء التطبيق حجة ناهضة للذين يريدون أن يقيدوا تعدد الزوجات، ويضيف الشيخ سيد سابق قائلا:" إن العلاج لا يكون يمنع ما أباحه الله، وإنما يكون ذلك بالتعليم والتربية وتفقيه الناس في أحكام الدين"[3].

كما لا يخفى على أحد أن تقييد التعدد اليوم تبرره المصلحة ويجد أساسه في تقييد ولي الأمر للمباح ودفعا للمفاسد، فإذا كان شرط التعدد هو العدل، كانت مخافة عدم العدل سببا كافيا ليعرض الرجل عن التعدد وهذا حال المتقين الذين يخافون الله، أما واليوم حيث أصبح الرجل يخشى القوانين أكثر من خشية معصية الله عز وجل، فلم يعد الأمر منوطا بالراغب في التعدد فحسب لأن أغلب الراغبين في التعدد لا يهمه إلا اتباع هواه دون أن يخرج أو أن يحيد عن الشرع، ولكنه لا يعلم أنه يخالف الشرع إذا تزوج بأكثر من واحدة ولم يعدل بينهن ومال إلى زوجته اللاحقة على حساب السابقة فأصبح ضروريا تدخل القانون، والقانون-أقله

---

[1] - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.192.

[2] - يقول أحمد الريسوني في تبرير مسألة الأخذ بالتعدد من عدمها :" إن مسألة التعدد أو عدم التعدد قبل أن تكون مسألة اجتماعية وقبل أن تكون مسألة فقهية، علينا أن نحصي الراغبين المستعدين للزواج من الرجال، والراغبات المستعدات للزواج من النساء، حينئذ سنرى إن كانت هناك مشكلة وما حجمها؟ وما حلها؟ وبعبارة أخرى فإن المجتمع في هذه المسألة إذا كان عاديا سويا أي أن رجاله ونسائه متساوون في عددهم وفي إقبالهم على الزواج فيكون التعدد متعذرا من الناحية العملية، حتى وهو مباح تشريعيا، فإذا اختل هذا الوضع العادي بإحدى الحالتين المذكورتين، فلا بد من أحد الأمرين: إما التعدد، وإما بقاء عدد من الناس بدون زواج وتحمل نتائج ذلك، وفي هذا مافيه من الأضرار والأخطار الخاصة والعامة، وفي تقدير هذه الأضرار والأخطار على الأفراد وعلى المجتمع وعلى سائر الأسر القائمة نفسها على المدى القريب والمدى البعيد، في تقدير هذا كله يظهر مدى تعقل العقلاء وحكمة الحكماء (أليس الله بأحكم الحاكمين) ؟ بلى" عبد الرحمان العمراني، تقييد المباح في بعض قوانين الأسرة العربية وفي بعض الاجتهادات الفقهية المعاصرة، جامعة القاضي عياش، المغرب، د.س.ن، ص.16.

[3] - سيد سابق، فقه السنة، المرجع السابق، ص.182.

في الجزائر- لم يمنع التعدد مطلقا إنما زاد في القيود حتى لا يتركه لمحض ضمير الرجل الذي قد يحيد عن العدل المطلوب بنص القرآن بين الزوجات.

المطلب الثاني

وفاء الزوجين بالتزام المساكنة في حالة تعدد الزوجات

خلصنا من خلال المطلب الأول إلى نتيجة مفادها أن تعدد الزوجات هو حالة استثنائية وأن الأصل في الزواج هو الزوجة الواحدة، وكنا قد استعرضنا في بداية هذا الباب مضمون التزام المساكنة بكل ما يحتويه من التزامات فرعية هي من مقتضياته، وحاولنا بيان كيف يوفي كل طرف في عقد الزواج بها، هذا والحال وجود زوجة واحدة لديها حقوق والتزامات تقابلها حقوق والتزامات الزوج، أما والزوج لديه عدة زوجات تقابل حقوق وواجبات كل واحدة منهن حقوق هذا الزوج وواجباته، فهل يكون الوفاء حينها بالكيفية نفسها؟ أقله من طرف الزوج الذي يعتبر طرفا مشتركا بين زوجاته ولكن أداءه ووفائه بالتزام المساكنة يكون مستقلا في مواجهة كل زوجة على حدة، باعتبار أن عقد الزواج والذي يعتبر طرفاه الرجل والمرأة -حتى لو كان هذا الرجل معددا- هو الذي يرتب التزام المساكنة بين طرفيه، فهل يعني ذلك اختلاف الوفاء بالتزام المساكنة من طرف الزوجين في حالة التعدد عنه في حالة وحدانية الزواج؟

سنحاول بيان ذلك من خلال هذا المطلب الذي تناولنا فيه وفاء الزوج بالتزام المساكنة في حالة التعدد (الفرع الأول) ووفاء الزوجة بالتزام المساكنة في حالة التعدد(الفرع الثاني).

الفرع الأول

وفاء الزوج بالتزام المساكنة في حالة التعدد

إن الضابط الوحيد الذي يتقيد به الزوج المعدد في وفائه بالتزام المساكنة تجاه زوجاته هو العدل، وهو قيد متفق على ضرورة توفره شرعا وقانونا، بل إن مخافة عدم العدل والجور على إحدى الزوجات تمنع التعدد بعد ماكان مرخصا به كما سبق بيانه.

وإن كان الزوج مطالبا بالعدل فإن هذا العدل يظهر تحريه من طرف الزوج في القسمة بين الزوجات والعدل في المبيت والنفقة والمسكن، وهذا العدل المادي ويؤاخذ الزوج إن خالفه، أما العدل في الميل القلبي وفي الجماع فهذا غير مستطاع والذي قال الفقهاء بأنه لا يؤاخذ الزوج عنه، وسنبين فيما يلي ذلك لتتضح طريقة وفاء الزوج بالتزام المساكنة في حالة التعدد والتي تعتبر القسمة والعدل بين الزوجات من صميمها.

أولا: العدل في المبيت

المبيت من الفعل بات أي فعل الفعل بالليل، يقال بات يفعل كذا إن فعله ليلا، ولا يكون إلا مع سهر الليل، وقد يأتي بمعنى صار، يقال بات بموضع كذا أي صار به، سواء كان في ليل أو نهار، وعلى هذا المعنى قول الفقهاء بات عند امرأته أي صار عندها سواء حصل معه نوم أم لا[1].

فإذا كان للرجل أكثر من زوجة فإنه يجب عليه أن يعدل بينهن في المبيت، فتستحق كل واحدة منهن مثل نصيب الأخرى، فإذا بات عند إحداهن ليلة فإنه يجب عليه أن يبيت عند الأخرى ليلة وهكذا، واتفق الفقهاء على أن العدل في القسم في المبيت من حقوق الزوجة الواجب أداؤها على الرجل، فيجب على الزوج بذلك المساواة بين زوجاته في القسم ولافرق في ذلك بين المسلمة والكتابية والصحيحة والمريضة والحائض والنفساء والصغيرة والكبيرة[2].

وقد اتفق الفقهاء[3] على أن القسم عماده والأصل فيه الليل، لأنهم قالوا أن التسوية الواجبة في القسم هي البيتوتة، ولأن الليل للسكن والإيواء، يأوي فيه الرجل إلى منزله، ويسكن إلى أهله، وينام في فراشه مع زوجته عادة، والنهار وقت العمل لكسب الرزق والانتشار[4].

ويدخل النهار في القسم تبعا لليل، لما روي عن عائشة رضي الله عنها قولها:" توفي رسول الله ﷺ في بيتي وفي يومي"[5]، وإنما قبض رسول الله ﷺ نهارا"[6].

أما الزمان الذي يقسمه الرجل بين زوجاته في المبيت فلا ينبغي أن يقل عن ليلة كاملة، وذلك لإمكان استقرار العلاقات الزوجية التي تتطلب وقتا كافيا يأنس فيه كل من الزوجين لصاحبه[7]، وأما الأحناف والمالكية فقالوا بأن للرجل حق اختيار طريقة القسم بين زوجاته ليلة أو اثنتان أو ثلاث أو سبع لكل واحدة كيفما شاء، بشرط أن لا يزيد ذلك عن شهر عند المالكية وأربعة أشهر عند الأحناف إلا برضائهن لأن هذه هي مدة الإيلاء وهي أقصى مدة يترك فيها الرجل زوجته[8]، والراجح أن لا تطول غيبة الزوج عن زوجاته بقرب عهده

---

[1] - الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء 33، المرجع السابق، ص.183.

[2] - االكاساني، بدائع الصنائع، الجزء.2، المرجع السابق، ص.332. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء.2، المرجع السابق، ص.339. الرملي، نهاية المحتاج، الجزء. 6، المرجع السابق، ص.381.

[3] - السرخسي، المبسوط، الجزء5، المرجع السابق، ص.217. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء 2، المرجع السابق، ص.339. الشافعي، الأم، الجزء5، المرجع السابق، ص.204. ابن قدامة، المغني، الجزء7،المرجع السابق، ص.311.

[4] - راسم شحدة سدر، تعدد الزوجات بين الإسلام وخصومه، المرجع السابق، ص.ص122،123.

[5] - البخاري، صحيح البخاري، الجزء6، المرجع السابق، ص.13، ح.رقم 4449.

[6] البخاري، صحيح البخاري، الجزء1، المرجع السابق، ص.136، ح.رقم 680.

[7] - عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات من النواحي الدينية والاجتماعية والقانونية، المرجع السابق، ص.224.

[8] السرخسي، المبسوط، الجزء5، المرجع السابق، ص.217. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء2، المرجع السابق، ص.ص339،340.

بهن[1]، إلا أن الضرورة قد تفرض أن تطول مدة القسم شهرا أو أكثر إذا كانت كل واحدة من الزوجتين تعيش في بلدة بعيدة، على ألا تتعدى هذه المدة مدة الإيلاء لأن المعتبر هو التسوية بين الزوجات فإن رضيت الزوجات بما يزيد عن هذا الحد الأقصى فلا بأس من زيادتها لأن الضرر ينتفي بتوافر الرضا[2].

كما أن التسوية واجبة على الزوج لكل زوجة حتى لو امتنع وطؤها شرعا أو طبعا أو عادة، كأن تكون محرمة في الحج، أو حائضا أو تكون رتقاء، فمع أن هذه الأحوال تجعل النفس لا تميل إليهن ولكن هذا لا يمنع من حقهن في المبيت، لأن المبيت جعل للصحبة والمؤانسة[3]، فلا صلة بين القسم بين الزوجات في المبيت وبين إمكان الجماع مع الزوجة، ولئن كانت مقاصد الزواج هي الجماع والتناسل فإن الرعاية النفسية والاجتماعية هي الغاية الأساسية والسامية للزواج[4].

هذا ولم يشر المشرع الجزائري إلى العدل بين الزوجات في المبيت في صور العدل المطلوب من الزوج، ولا يعني ذلك عدم اعتباره، بل قرر الاجتهاد القضائي ضرورة العدل في المبيت، حيث اعتبرت المحكمة العليا في أحد قراراتها الآتي:" الزوج الذي لا يقوم بواجباته تجاه زوجته الأولى ويمضي معظم أوقاته مع الزوجة الثانية غير مطبق لقاعدة المساواة بين الزوجات طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية"[5].

كما لم ينص كل من المشرعين المصري والعراقي والسوري صراحة على العدل في المبيت، على أساس أنه يدخل ضمنا تحت شرط العدل المطلوب للتعدد، ونص المشرع المغربي في المادة 41 من م.أ.م على ضرورة المساواة بين الزوجتين في جميع أوجه الحياة، والتي يعتبر المبيت عند الزوجة من مشتملاتها، ونص المشرع الأردني بصريح النص على ضرورة العدل بين الزوجات في المبيت طبقا لنص المادة 79 من ق.أ.ش.أ.

ثانيا: العدل في النفقة والسكن

والعدل في النفقة ليس هو القدرة على الإنفاق المطلوبة كشرط للإذن بالتعدد - وإن كان مرتبطا بها- ذلك أن الزوج قد يكون قادرا على الإنفاق فيرخص له بالتعدد ولكنه لا يعدل بين زوجاته في النفقة، كما أن العدل في المسكن ليس هو العدل في المبيت إنما المقصود به إسكان كل زوجة في مسكن منفرد مع أولادها بعيدا عن ضرتها أو ضرائرها.

---

[1] - زينب حسن الشرقاوي، الحقوق غير المالية الناشئة عن عقد الزواج، المرجع السابق، ص.222.
[2] - عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات من النواحي الدينية والاجتماعية والقانونية، المرجع السابق، ص.225.
[3] - زينب حسن الشرقاوي، الحقوق غير المالية الناشئة عن عقد الزواج، المرجع السابق، ص.216.
[4]- عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات من النواحي الدينية والاجتماعية والقانونية، المرجع السابق، ص.226.
[5] - المحكمة العليا، غ.أ.ش قرار رقم 41445 صادر بتاريخ 5 ماي 1986، غير منشور. منقول عن العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.328.

إن الحق في المسكن المستقل والمحتوي على مرافق هو حق لكل امرأة في الإسلام سواء كانت هي الزوجة الوحيدة لزوجها أو لها ضرائر[1]، ذلك أن استقرار كل زوجة في مسكن مستقل بها وبأطفالها يكفي الضرائر مشاكلا وشرورا كثيرة نظرا لأن مخالطة إحداهن الأخرى في مسكنها بأولادها قد تزيد من هذه المشاكل بسبب الأولاد أو معاملة الزوج أو اشتعال نار الغيرة بينهن[2].

واختلف الفقهاء في مسألة وجوب التسوية بين الزوجات في الطعام والشراب واللباس والسكنى، هل يكون على الزوج أن يسوي بين زوجاته في العطاء فيما زاد على الواجب كما سوى بينهن في أصل الواجب؟ أم أن الواجب أن ينفق عليهن بما يكفيهن دون اعتبار التسوية؟[3] وكان الاختلاف على قولين:

القول الأول: هو قول الحنفية[4] والذين يرون أنه يجب على الزوج أن يسوي بين زوجاته في النفقة بما تشمله من مأكل وملبس ومسكن، وهو اختيار ابن تيمية، والذي قال:"وأما العدل في النفقة والكسوة، فهو السنة اقتداء بالنبي ﷺ، فإنه كان يعدل بين أزواجه في النفقة كما كان يعدل في القسمة مع تنازع الناس في القسم، هل كان واجبا عليه أو مستحبا له، وتنازعوا في العدل في النفقة هل هو واجب أو مستحب؟ ووجوبه أقوى وأشبه بالكتاب والسنة"[5]، ونص الحنفية على وجوب التسوية بين الزوجات في النفقة على قول من يرى أن النفقة تقدر بحسب حال الزوج، أما على قول من يرون أن النفقة تقدر بحسب حالهما فلا تجب التسوية بين الزوجات في النفقة لأن إحداهما قد تكون غنية والأخرى فقيرة[6]، وقال الكاساني:" ندب الله سبحانه وتعالى إلى نكاح الواحدة عند خوف ترك العدل في الزيادة، وإنما يخاف على ترك الواجب، فدل أن العدل بينهن في القسم والنفقة واجب..."[7].

القول الثاني: وهو للمالكية والشافعية والحنابلة[8] والذين قالوا بأنه يجب على الزوج أن يوفي كل واحدة من زوجاته مايكفيها من النفقة ولا تجب التسوية وإن كان ذلك مستحبا.

---

[1] - ينظر في تفصيل ذلك ص.ص 74- 81 من هذه الرسالة.
[2] - عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات من النواحي الدينية والاجتماعية والقانونية، المرجع السابق، ص. 221.
[3] - محمد يعقوب محمد الدهلوي، حقوق المرأة الزوجية والتنازل عنها، المرجع السابق، ص.234.
[4] - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء2، المرجع السابق، ص.332.
[5] - ابن تيمية، فتاوى النساء، ص.356.نقلا عن محمد يعقوب محمد الدهلوي، حقوق المرأة الزوجية والتنازل عنها، المرجع السابق، ص.234.
[6] - زين بن ابراهيم بن محمد بن بكر(ابن نجيم)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء3، دار المعرفة، لبنان، د.س.ن، ص.236.
[7] - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 2، المرجع السابق، ص.332.
[8] - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء2، المرجع السابق، ص.239.ابن قدامة ، المغني، الجزء7، المرجع السابق، ص.305.

جاء في المغني لابن قدامة:" وليس عليه التسوية بين نسائه في النفقة والكسوة إذا قام بالواجب لكل واحدة منهن قال أحمد في الرجل له امرأتان، له أن يفضل إحداهما على الأخرى في النفقة والشهوات والسكنى، إذا كانت الأخرى في كفاية، ويشتري لهذه أرفع من ثوب هذه، وتكون تلك في كفاية، وهذا لأن التسوية في هذا كله تشق، فلو وجب لا يمكنه القيام به إلا بحرج، فسقط وجوبه، كالتسوية في الوطء"[1].

والمرجح في هذه المسألة هو الرأي الأول الذي يقضي بوجوب العدل في النفقة بين الزوجات، بل إن العدل لا يتجلى في شيء كما يتجلى في النفقة، إذ كيف يستقيم شرعا أو عقلا أن يتزوج رجل من امرأتين يلبس إحداهما الحرير ويطعمها الخمير والأخرى يكسوها الوبر ويطعمها الشعير ثم يعتبر عادلا مع ذلك، لأن مبرره في هذا الجور العظيم أن الزوجة الأولى ميسورة غنية والثانية فقيرة مسكينة وكأن الغنى كتب على الأولى في بيت والدها وزوجها وأن الفقر تبع الثانية أينما حلت[2].

ويعتبر هذا الرأي راجحا لأن المعتبر في النفقة حال الزوج كونه هو من يقع عليه واجب الإنفاق، فتكون النفقة حسب يساره أوعسره[3].

ولم يشترط المشرع الجزائري العدل في النفقة بين الزوجات صراحة رغم اشتراطه القدرة على الانفاق في منح الترخيص بالتعدد، إلا أن المحكمة العليا وتطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية قضت بأنه:" على الزوج في حالة التعدد أن يوفر لكل زوجة مسكنا مستقلا مع أولادها"[4]، كما قضت أيضا بأن اشتراط الزوجة الأولى المسكن المنفرد لا يشكل نشوزا[5]، مايفيد بمفهوم المخالفة أن اشتراط المسكن المنفرد حق لكل زوجة في حالة التعدد، ولم تنص التشريعات محل المقارنة المغربي والمصري والسوري والعراقي على العدل بين الزوجات في النفقة، وإن كانوا قد نص كل منهم كما فعل المشرع الجزائري على شرط القدرة على الإنفاق كشرط للإذن بالتعدد، في حين نص المشرع الأردني صراحة على ضرورة العدل بين الزوجات في النفقة طبقا لنص المادة 79 من ق.أ.ش.أ.

ثالثا: العدل في المعاملة حتى في أحوال خاصة للزوج

إن العدل بين الزوجات واجب على كل زوج وفي المقابل من حق كل زوجة أن تتساوى في المعاملة مع ضرائرها، ذلك أن المعتبر في العدل هو صفة الزوجية وليس حال

[1] - ابن قدامة ، المغني، الجزء7، المرجع السابق، ص.305.
[2] - نور الدين أبو لحية، الحقوق المادية والمعنوية للزوجة برؤية مقاصدية، المرجع السابق، ص.436.
[3] - ينظر ص. من هذه الرسالة.
[4] - المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 41445 بتاريخ 05 ماي 1986، غير منشور. نقلا عن العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 328.
[5] - المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 364855 بتاريخ 12جويلية 2006، م.م.ع، عدد2، 2006، ص.469.

الزوجة أو الزوج، وبذلك أوجب الفقهاء العدل في القسم حتى على الصبي والمريض والمسافر والمجنون.

قسمة الصبي: قال الفقهاء[1] أن الزوج الصبي المراهق أو المميز الذي يمكنه الوطء يستحق عليه القسم لأنه حق للزوجات، وحقوق العباد تتوجب على الصبي عند تقرر السبب، وعلى وليه إطافته على زوجاته، والإثم على الولي إن لم يطف به عليهن، أو جار الصبي، أو قصر وعلم ذلك الولي، وأما الزوج الصبي الصغير فلا يجب على وليه الطواف به على زوجاته لعدم انتفاعهن بوطئه، وقال بعض الشافعية: لو نام عند بعض زوجاته وطلبت الباقيات بياته عندهن لزم وليه إجابتهن لذلك[2].

قسمة المريض: اتفق الفقهاء[3] على وجوب القسمة بين الزوجات دون مراعاة صحة الزوج أو الزوجة، فيقسم المريض والمجبوب والعنين والخنثى، واستدلوا على ذلك أن وجوب العدل والقسم إنما هو للصحبة والمؤانسة دون المجامعة، وحال أولئك كحال الرجل العادي في ذلك[4]، وعن عائشة رضي الله عنها عن رسول الله ﷺ أنه كان يسأل في مرضه الذي مات فيه:" أين أنا غدا؟ أين أنا غدا؟"[5].

واختلف الفقهاء فيما لو شق على الزوج المريض الطواف بنفسه على زوجاته على أربعة أقوال، القول الأول للحنفية[6] ويفيد أن الزوج إذا كان غير قادر على التحول إلى بيت الأخرى، فإنه يمكث عندها حتى إذا صح ذهب عند الأخرى بقدر ما أقام عند الأولى مريضا، والقول الثاني قول المالكية[7] ويفيد أن الزوج إن لم يستطع الطواف على زوجاته لشدة مرضه أقام عند من شاء الإقامة عندها لرفقها به في تمريضه، لا لميله إليها فتمتنع الإقامة عندها، ثم إذا صح ابتدأ القسم.

والقول الثالث للشافعية[8]، والذين قالوا أن من بات عند بعض نسوته بقرعة أو غيرها لزمه - ولو عنينا أو مجبوبا ومريضا- المبيت عند من بقي منهن، واستدلوا على ذلك بفعل

---

[1] - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، الجزء3، المرجع السابق، ص.204. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء2، المرجع السابق، ص.340. المرداوي، الإنصاف، الجزء8، المرجع السابق، ص.364. البهوتي، كشاف القناع، الجزء 5، المرجع السابق، ص.200.

[2] - الموسوعة الفقهية، الجزء33، المرجع السابق، ص.ص 186-187.

[3] - ابن عابدين، رد المحتار، الجزء3، المرجع السابق، ص.204، الحطاب الرعيني، مواهب الجليل، الجزء4، المرجع السابق، ص.10. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، الجزء4، ص.413. ابن قدامة، المغني، الجزء 7، المرجع السابق، ص.302. البهوتي، كشاف القناع، الجزء 5، المرجع السابق، ص.200.

[4] - نور الدين أبو لحية، الحقوق المادية والمعنوية للزوجة برؤية مقاصدية، المرجع السابق، ص.448.

[5] - البخاري، صحيح البخاري، الجزء5، المرجع السابق، ص.30، ح.رقم 3774. مسلم، صحيح مسلم، الجزء4، المرجع السابق، ص.1893، ح.رقم 2443.

[6] - ابن عابدين، رد المحتار، الجزء 3، المرجع السابق، ص.207.

[7]- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء2، المرجع السابق، ص.340.

[8] - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، الجزء4، ص.413.

النبي ﷺ، فعن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ بعث إلى بعض نسائه فاجتمعن فقال:" إني لا أستطيع أن أدور بينكن، فإن رأيتن أن تأذن لي فأكون عند عائشة فعلت؟ فأذن له[1]، ووجه الدلالة أنه لو سقط القسم بالمرض الشديد لما كان لاستئذانه ﷺ معنى، فلا فائدة وحاشاه ﷺ أن يفعل شيئا لا معنى له ولا فائدة، فدل ذلك على أنه واجب[2]، والقول الرابع للحنابلة[3] والذين قالوا إذا شق على الزوج المريض القسم استأذن أزواجه أن يكون عند إحداهن فإن لم يأذن له أن يقيم عند إحداهن، أقام عند من تعينها القرعة أو اعتزلهن جميعا إن أحب ذلك تعديلا بينهن.

والراجح بين أقوال الفقهاء قول الحنابلة، ذلك أن الزوج تحرى رضاء زوجاته بطلب إذنهن فإن أذن له، فهذا المقصود وإن أبين أقرع بينهن أو اعتزلهن جميعا إذا كانت حالته الصحية لا تستدعي رعاية خاصة، أما إذا كان مرضه يتطلب أن تعتني به أحد زوجاته، فتتناوب على رعايته كل مدة معينة واحدة من زوجاته، وتعين المدة بالاتفاق أو حسب الحال وحسب قرب مسكن كل واحدة منهن من البيت الذي اختار الزوج البقاء فيه[4].

قسمة المسافر: اتفق الفقهاء في مسألة سفر الزوج أن له أن يحمل معه كل زوجاته أو يتركن كلهن، واختلفوا إذا أراد الرجل السفر بإحدى زوجاته، هل له ذلك؟ أم لابد من رضا سائر الزوجات أم يصير إلى القرعة؟ وهل القرعة واجبة على الزوج أم لا؟

ذهب الحنفية[5] والمالكية في الجملة[6] إلى أن للزوج السفر بمن شاء من زوجاته دون قرعة أو رضا سائر الزوجات، ولكل منهم تفصيل[7]، فقال الحنفية لا حق للزوجات في القسم حال السفر، فيسافر الزوج بمن شاء والأولى له أن يقرع بينهن لما في ذلك من تطييب لقلوبهن، ولأنه قد يكتفي بإحدى زوجاته في السفر وبالأخرى في القرار في البيت وحفظ الأمتعة أو لخوف الفتنة، وقد يمنع من سفر الزوجة كثرة سمنها مثلا، فتعيين من يخاف صحبتها في السفر للسفر لخروج قرعتها إلزام للضرر الشديد وهو مندفع بالنافي للحرج، وقال الحنفية أن مطلق فعل رسول الله ﷺ في القرعة بين نسائه في السفر لا يقتضي الوجوب فكيف وهو محفوف بما يدل على الاستحباب لأن القسم لم يكن واجبا عليه ﷺ[8] لقوله تعالى:" تُرْجِي مَن تَشَاءُ مِنْهُنَّ وَتُؤْوِي إِلَيْكَ مَن تَشَاءُ ۖ "[9]، وقال المالكية أن الزوج إذا أراد أن يسافر

---

[1] - أبو داود، سنن أبي داود، الجزء3، المرجع السابق، ص.472.
[2] - زينب حسين الشرقاوي، الحقوق غير المالية الناشئة عن عقد الزواج، المرجع السابق، ص.254.
[3] - البهوتي، كشاف القناع عن متن القناع، المرجع السابق، الجزء5، ص.200.
[4] - نور الدين أبو لحية، الحقوق المادية والمعنوية للزوجة برؤية مقاصدية، المرجع السابق، ص.448.
[5] - ابن همام السيواسي، شرح فتح القدير، الجزء3، المرجع السابق، ص.435.
[6] - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء2، ص.243.
[7] - الموسوعة الفقهية، الجزء 33،المرجع السابق، ص.199.
[8] - ابن همام السيواسي، شرح فتح القدير، الجزء3، المرجع السابق، ص.ص 435-436.
[9] - سورة الأحزاب، الآية 51.

بإحدى زوجاته اختار من تصلح لإطاقتها السفر أو لخفة جسمها أو نحو ذلك لا لميله إليها، إلا في سفر الحج والغزو فيقرع بينهما أو بينهن لأن المشاحة تعظم في سفر القربات، وشرط الإقراع صلاحهن جميعا للسفر، ومن تعين سفرها بالقرعة أجبرت عليه إن لم يشق عليها، أو يكون سفرها معرة عليها، ومن أبت لغير عذر سقطت نفقتها[1].

أما القول الثاني فهو قول جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة وبعض المالكية والذين لم يجيزوا للزوج السفر ببعض زوجاته أو بواحدة منهن إلا بعد إجرائه قرعة بينهن، فإن سافر بإحداهن بغير قرعة أثم، وقضى لغيرها بعد سفره[2]، واستدلوا على وجوب القرعة بما روت عائشة رضي الله عنها :" أن النبي ﷺ كان إذا أراد سفرا أقرع بين نسائه وأيتهن خرج سهمها خرج بها معه"[3]، واتفقوا أيضا على أنه إذا خرجت القرعة بإحدى الزوجات لم يجب على الزوج السفر بها، وله تركها والسفر وحده لأن القرعة لا توجب وإنما تعين من تستحق التقديم وإن أراد السفر بغيرها لم يجز لأنها تعينت بالقرعة فلم يجز له العدول عنها إلى غيرها، وإن امتنعت من السفر مع الزوج سقط حقها إذا رضي الزوج وإذا لم يرض بامتناعها فله إكراهها على السفر لأنه تجب عليها إجابته، فإن رضي بامتناعها استأنف القرعة بين البواقي لتتعين من تسافر معه[4].

والراجح بين القولين هو قول الجمهور من وجوب القرعة، اقتداء بهديه ﷺ في تحري العدل بين زوجاته رضي الله عنهن والابتعاد عن أي أثرة أو تفضيل لإحداهن على الأخرى.

قسمة المجنون:

ذهب الفقهاء إلى أن المجنون الذي أطبق جنونه لا قسم عليه، لأنه غير مكلف، لكن القسم المستحق عليه لزوجاته يطالب به وليه، وفصلوا في الأمر على النحو التالي:

قال المالكية يجب على ولي المجنون إطافته على زوجاته، كما تجب عليه نفقتهن وكسوتهن، لأنه من الأمور المدنية التي يتولى استفاءها له أو التمكين حتى تستوفى منه كالقصاص، فهو باب واسع الوضع[5]، وقال الشافعية لا يلزم الولي الطواف بالمجنون على زوجاته، أمن منه الضرر أم لا، إلا إذا طولب بقضاء قسم وقع منه فيلزمه الطواف به عليهن قضاء لحقهن كحق الدين، وذلك إذا أمن ضرره، فإن لم يطلب فلا يلزمه ذلك، لأن له التأخير إلى إفاقته لتتم المؤانسة، ويلزم الولي الطواف به إذا كان الجماع ينفعه بقول أهل الخبرة أو مال إليه، فإن

[1]- الحطاب الرعيني، مواهب الجليل، الجزء4، المرجع السابق، ص.15.
[2] - نور الدين أبو لحية، الحقوق المادية والمعنوية للزوجة برؤية مقاصدية، المرجع السابق، ص.451.
[3] - البخاري، صحيح البخاري، الجزء 3، المرجع السابق، ص.159، ح. رقم 2593.
[4] - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، الجزء4، المرجع السابق، ص.423. ابن قدامة ، المغني، الجزء10، المرجع السابق، ص.485.
[5] - مالك ابن أنس، المدونة الكبرى، الجزء 2، المرجع السابق، ص.190.

ضره الجماع وجب على وليه منعه منه، فإن تقطع الجنون وانضبط كيوم ويوم، فأيام الجنون كالغيبة فتطرح ويقسم أيام إفاقته، وإن لم ينضبط جنونه وأباته الولي في الجنون مع واحدة وأفاق في نوبة الأخرى قضى ما جرى في الجنون لنقصه[1].

وقال الحنابلة أن المجنون المأمون الذي له زوجتان فأكثر يطوف به وليه وجوبا عليهن، لحصول الأنس به، فإن خيف منه لكونه غير مأمون فلا قسم عليه لأنه لا يحصل منه أنس لهن، فإن لم يعدل الولي في القسم ثم أفاق الزوج من جنونه قضى للمظلومة مافاتها استدراكا لظلامته، لأنه حق ثبت في ذمته فلزمه إيفاؤه حال الإفاقة كالمال[2].

والراجح أن حكم هذه المسألة يختلف باختلاف نوع الجنون وحال المجنون، والجنون إذا كان دائما فالأفضل أن يكتفي بزوجة واحدة لارتباط التعدد بالعدل وافتقار المجنون للتكليف، والعدل لا يقيمه غير المكلف[3].

ولم تتطرق قوانين الأحوال الشخصية محل المقارنة لهذه الحالات الخاصة للمعدد وكيف يعدل بين زوجاته فيها، والجدير بالذكر الإشارة إلى تفوق الشريعة الإسلامية في تفصيل أحكام هذه الحالات الخاصة والتي لم يسعنا المقام لذكر معظمها.

رابعا: العدل في الميل القلبي والاستمتاع

الميل القلبي هو ميل الزوج بمحبته لإحدى الزوجات[4]، أما الاستمتاع فيشمل الجماع ومقدماته[5].

واتفق الفقهاء[6] على عدم وجوب العدل في الميل القلبي، واتفاق الفقهاء في عدم لزوم التسوية بين الزوجات فيه مستند إلى قوله تعالى من سورة النساء:" وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ ۖ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ ۚ وَإِن تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا"[7]، ذكر المولى سبحانه وتعالى وهو خالق الرجال والنساء والعالم بأسرار خلقه المطلع على ما تخفيه الصدور أن العدل مع النساء غير مستطاع ولو حرص الزوج، فإذا عددتم الزوجات فلا تميلوا كل الميل، والعدل في الأصل أن تجعل الزوجتين في المعاملة

[1] - الرملي، نهاية المحتاج، الجزء 6، المرجع السابق، ص.383.
[2] - البهوتي، كشاف القناع، الجزء 5،المرجع السابق، ص.200.
[3] - نور الدين بولحية، الحقوق المادية والمعنوية للزوجة برؤية مقاصدية، المرجع السابق، ص.449.
[4] - نور الدين بولحية، الحقوق المادية والمعنوية للزوجة برؤية مقاصدية، المرجع السابق، ص.430.
[5] - ينظر في معنى الاستمتاع ص.ص 115- 116 من هذه الرسالة
[6] - السرخسي، المبسوط، الجزء 5، المرجع السابق، ص.217. مالك ابن أنس، المدونة الكبرى، الجزء 2، ص.191. الرملي، نهاية المحتاج، الجزء 6، المرجع السابق، ص.388. البهوتي، كشاف القناع، الجزء5، المرجع السابق، ص.198. ابن قدامة، المغني، الجزء7، المرجع السابق، ص.301.
[7] - سورة النساء، الآية 129.

كالغرارتين المتساويتين في الوزن[1]، فإن لم يستطع الزوج فيجب ألا يميل الميزان بواحدة كل الميل فتكون الأخرى كالمعلقة في الكفة الأخرى، والسبيل إلى تحقيق العدل هو الإصلاح والتقوى بتجنب الإساءة والإهمال والتمييز بين الزوجات، والعدل المطلوب إذن هو المساواة بقدر المستطاع من الأمور، ومبادئ الدين الإسلامي تنبذ الظلم وتستهدف الخير والتيسير على الناس ورفع الحرج عنهم[2]، يقول القرطبي:" أخبر تعالى بنفي الاستطاعة في العدل بين النساء، وذلك في ميل الطبع بالمحبة والجماع والحظ من القلب"[3].

ويستند الفقهاء أيضا في القول بعدم لزوم التسوية بين الزوجات في الميل القلبي إلى السنة النبوية، فقد كان رسول الله ﷺ يقسم بين نسائه فيعدل ثم يقول:" اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما لا أملك"[4] يعني المحبة وميل القلب، لأن القلوب بيد الله تعالى يصرفها كيف شاء[5].

وماذا عن العدل في الجماع هل يتبع حكم الميل القلبي الذي لا سلطان للإنسان عليه، أم له حكم آخر كونه أمر يكون فيه مساحة لإرادة الزوج مقارنة بالأول؟

اتفق الفقهاء على عدم اشتراط القسمة في الاستمتاع بين الزوجات لأن ذلك لا يكون إلا عن شهوة وميل ولا سبيل إلى التسوية بينهن في ذلك، قال ابن قدامة:" ولو وطئ زوجته ولم يطأ الأخرى، فليس بعاص، ولا نعلم خلافا بين أهل العلم في أنه لا تجب التسوية بين النساء في الجماع، وهو مذهب مالك والشافعي، وذلك لأن الجماع طريقه الشهوة والميل ولا سبيل إلى التسوية بينهن في ذلك، فإن قلبه قد يميل إلى إحداهما دون الأخرى"[6]، كما أن الوطء يعتمد على النشاط والشهوة وهذا لا يكون له، فقد ينشط للجماع في يوم هذه دون يوم الأخرى، والقول بوجوب العدل فيه تكليف بغير المستطاع والتكليف بغير المستطاع لا يجوز[7].

وفي وجوب المساواة بين الزوجات في مقدمات الجماع قال ابن قدامة:" ولا تجب التسوية بينهن في الاستمتاع بما دون الفرج من القبل واللمس ونحوهما لأنه إذا لم تجب التسوية في الجماع ففي دواعيه أولى"[8].

---

[1] - محمد رشيد رضا، تفسير المنار، ط.2، الجزء 5، دار المنار للنشر، مصر، 1974، ص.448.
[2] - عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص.ص70،71.
[3] - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء5، المرجع السابق، ص.407.
[4] - سبق تخريجه.
[5] - الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، الجزء33، ص.185.
[6] - ابن قدامة، المغني، الجزء7، المرجع السابق، ص.308.
[7] - الرملي، نهاية المحتاج، الجزء 6، المرجع السابق، ص.384.
[8] - ابن قدامة، المغني، الجزء7،المرجع السابق، ص.308.

واختلف الفقهاء في كون العدل في الوطء بين الزوجات مستحب أم لا على قولين، فقال الحنفية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3] على أنه يستحب للزوج أن يسوي بين زوجاته في جميع الاستمتاعات من الوطء والقبلة لأنه أكمل في العدل بينهن، وليحصنهن عن الاشتهاء للزنا والميل إلى الفاحشة، واقتداء في العدل بينهن برسول الله ﷺ، فقد روي أنه ﷺ كان يسوي بين نسائه حتى في القبل[4]، أما المالكية فقالوا بأن الزوج يترك في الوطء لطبيعته في كل حال إلا لقصد الإضرار بإحدى الزوجات لعدم الوطء - سواء تضررت بالفعل أم لم تتضرر- ككفه عن وطئها مع ميل طبعه إليها وهو عندها لتتوفر لذته لزوجته الأخرى، فيجب عليه ترك ذلك، لأنه إضرار لا يحل[5].

والراجح عدم الاكتفاء بالاستحباب على قول الجمهور، ذلك أن المعاشرة الزوجية من أهم الحقوق الزوجية والتقصير فيها خطره من الناحية النفسية والاجتماعية كبير، لأن الغالب على الكثير من الناس الآن عدم اعتبار المستحب اكتفاء بفعل الواجبات، بذلك كان واجبا على الزوج رعاية حق زوجاته جميعا، ومالا يتم الواجب إلا به فهو واجب، فيجب عليه لذلك إذا لم تتوفر لديه داعية الطبع أن يوفرها وإلا كان مقصرا في حق زوجته إلا إذا تسامحت هذه الأخيرة، بسبب كبر أو مرض، ولكن مع ذلك لا تشترط التسوية التامة، بل يكفي حصول التحصين والوفاء بحق الرغبة[6].

ويبقى الضابط في هذا الجانب - الميل القلبي والجماع- الذي تعتريه عوامل نفسية هو حسن نية الزوج ورغبته في العدل بين زوجاته وتحريه ذلك قدر استطاعته حتى ولو لم يصل إليه، فيكفي أن يكتفي الزوج بحبه لإحدى زوجاته في قلبه وألا يبوح به للأخريات حفاظا على مشاعرهن وتفاديا لغيرتهن، ويكفي أن يعامل الزوج زوجته في ليلتها كأنها زوجته الوحيدة ويتفهم احتياجاتها ومتطلباتها ويذود عنها ويكون لها سندا وظهرا، فإن توفر للزوجة العاقلة كل ذلك فما حاجتها للغيرة من ضرائرها وتنغيص حياة زوجها، ولنا في رسول الله ﷺ وفي معاملته لزوجاته أمهات المؤمنين قدوة ومنهاجا[7].

---

[1] - ابن همام السيواسي، شرح فتح القدير، الجزء 3، المرجع السابق، ص.435.. ابن عابدين، رد المحتار، الجزء2،المرجع السابق، ص.202.

[2]- الفيروز أبادي السيرازي أبو اسحاق، ابراهيم بن علي بن يوسف، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء2، دار الكتب العلمية،، لبنان، د.س.ن، ص.484.

[3] - ابن قدامة، المغني، الجزء7، المرجع السابق، ص.306. المرداوي، الإنصاف، الجزء8، المرجع السابق، ص.365.

[4] - ابن قدامة، المغني، الجزء7، المرجع السابق، ص.308.

[5] - صالح عبد السميع الأبي الأزهري، جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة الشيخ الجليل في مذهب الإمام مالك إمام دار التنزيل، ط.1، الجزء1، دار الكتب العلمية، لبنان، ص.ص458،459.

[6] - نور الدين بولحية، الحقوق المادية والمعنوية للزوجة برؤية مقاصدية، المرجع السابق، ص.433

[7] - كان الرسول ﷺ وفيا محسنا لزوجاته حتى المتوفاة منهن، تقول عائشة رضي الله عنها:" ما غرت على النبي صلى الله عليه وسلم على امرأة من نسائه، ما غرت على خديجة، لكثرة ذكره إياها، وما رأيتها قط" رواه مسلم ، صحيح مسلم، الجزء4، المرجع السابق، ص.1889، ح. رقم 2435. وفي تفهم النبي ﷺ لغيرة زوجته عائشة، عن أنس قال: كان النبي =

الفرع الثاني

وفاء الزوجة بالتزام المساكنة في حالة التعدد

إذا كان الزوج مطالبا بالوفاء بالتزام المساكنة في حالة التعدد تجاه زوجاته، وكان ضابطه في ذلك العدل والقسم بين الزوجات، فإن وفاء الزوجة بهذا الالتزام في مواجهة زوجها باعتبارها واحدة من اثنتين أو أكثر كلهن مطالبات بنفس الالتزام في مواجهة نفس الدائن يثير نوعا ما تساؤلات عديدة، هل تبقى كل زوجة مطالبة بتنفيذ التزام المساكنة مادام زواجها قائما باعتبار التزام المساكنة أثر لهذا الزواج؟ أم يكون التزامها قائما في يومها أو في قسمها وماعدا ذلك فإنها تكون غير مطالبة به؟ وإن صح هذا القول الأخير فهل ينطبق على كل الالتزامات المتفرعة عن المساكنة بما فيها الإحصان أوالالتزام بالإخلاص والتزام القرار في البيت والمعاشرة الزوجية؟

سنحاول الإجابة عن هذه التساؤلات من خلال هذا التفريع ببيان التزام الزوجة بالسكن ببيت الزوجية في حالة التعدد(أولا)، والتزامها بالمعاشرة الزوجية في حالة التعدد دائما(ثانيا)، ونفقة الزوجة وحقها في إسقاطها(ثالثا) وتنازل الزوجة عن حقها في المبيت لضرتها(رابعا).

أولا: التزام الزوجة بالسكن بمسكن الزوجية في حالة التعدد

يرتب التزام السكن بمسكن الزوجية على الزوجة التزاما بالتحاقها ببيت الزوجية إن دعاها زوجها والقرار فيه وعدم الخروج منه إلا بإذن الزوج، وكنا قد بينا قول الفقهاء في خروج الزوجة للعمل أو لزيارة أهلها دون إذن زوجها واختلافهم في حكم هذه المسائل، وإن كان التزام الزوجة بالالتحاق بمسكن الزوجية يفرض عليها متى مادعاها الزوج لذلك وكان قد أعطاها صداقها سواء كانت الزوجة الأولى أو الثانية، فإن التزام الزوجة بالقرار في مسكن الزوجية هو مايثير التساؤل، خصوصا في الحالة التي يكون فيها الزوج متزوج بثانية وثالثة وكل واحدة منهن في مدينة وكانت فترة إقامته عند كل واحدة وقسمته لها طويلة نوعا ما، في هذه الحالة هل تبقى الزوجة التي تركها الزوج مع أهل زوجها طيلة فترة تواجده مع ضرتها ؟ وإن كان أهله غير موجودين أو يسكنون في مدينة بعيدة هل تبقى هذه الزوجة

= ﷺ عند بعض نسائه، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين بصحفة فيها طعام فضربت التي النبي ﷺ في بيتها يد الخادم، فسقطت الصحفة، فانفلقت، فجمع النبي ﷺ فلق الصحفة، ويقول : غارت أمكم، ثم حبس الخادم حتى أتى بصحفة من عند التي هو في بيتها، فدفع الصحفة الصحيحة إلى التي كسرت صحفتها، وأمسك المكسورة في بيت التي كسرت" رواه البخاري، صحيح البخاري، الجزء 7، ص.36، ح.رقم 5225. وكان ﷺ يطيب خاطر زوجاته ، عن أنس قال: بلغ صفية أن حفصة، قالت: بنت يهودي، فبكت، فدخل عليها النبي ﷺ وهي تبكي، فقال:" ما يبكيك"؟ فقالت: قالت لي حفصة : إني بنت يهودي، فقال النبي ﷺ:" وإنك لابنة نبي، وإن عمك لنبي، وإنك لتحت نبي، ففيم تفخر عليك؟" ثم قال:" اتقي الله يا حفصة". رواه الترمذي، سنن الترمذي، الجزء5، المرجع السابق، ص.709، ح.رقم 3894.

بمفردها في مسكن الزوجية أم أن لها أن تنتقل إلى بيت أهلها خصوصا إن لم يكن لها أطفال أو كان أطفالها صغار السن؟

لم يتحدث فقهاء الشريعة الإسلامية في معرض تفصيلهم لأحكام التعدد عن واجبات الزوجة في هذه الحالة، إنما ركزوا على واجبات الزوج من عدل وقسمة بين زوجاته، بما يفيد أن واجبات الزوجة تبقى هي نفسها واحدة كانت أو معدد بها أو عليها.

كما لم تشر قوانين الأحوال الشخصية محل المقارنة هي الأخرى إلى ذلك ليبقى التزام الزوجة بالقرار في مسكن الزوجية مفروضا على الزوجة في كل حال.

وإن كان سكن الضرائر في دار واحدة بمساكن أو طوابق مستقلة بمرافقها لكل واحدة لا يثير أي صعوبات في هذا الجانب، إلا أن بعد المسافة بين مسكن الضرتين أو الضرائر اللواتي تكون كل واحدة منهن في مدينة أو حتى في دولة أخرى هو مايثير العديد من الإشكالات كما سبق بيانه.

فهل يلزم الزوج زوجته بالقرار في مسكن الزوجية و هو غير موجود فيه بل موجود عند زوجته الأخرى؟ رغم أن الفقهاء لم يبينوا حكم هذه المسألة منفصلة إلا أنه يمكن الحكم فيها بالنظر إلى شروط المسكن الواجب توفرها فيه والتي من بينها أن يكون المسكن آمنا[1]، وكذا حق الزوجة في المؤنسة والذي اختلف فيه الفقهاء على قولين اثنين، الأول للشافعية وبعض الحنفية والذين قالوا أن المؤنسة غير لازمة[2]، والثاني قال به الحنفية في المشهور عنهم والحنابلة:"وتلزمه مؤنسة لحاجة إلى ذلك بأن كانت في مكان خوف، أو لها عدو تخاف على نفسها منه، لأنه ليس من المعاشرة بالمعروف أن تقيم وحدها بمكان لا تأمن فيه على نفسها فيه، وتعيين المؤنسة للزوج ويكتفي بتأنيسه هو لها"[3]، وقال ابن عابدين :" لا يلزم من كون المسكن بين جيران عدم لزوم المؤنسة إذا استوحشت بأن كان المسكن متسعا كالدار وإن كان لها جيران، فعدم الإتيان بالمؤنسة في هذه الحالة لا شك أنه من المضارة، لا سيما إذا خشيت على عقلها..."، ويضيف ابن عابدين:"وأقول كلام حسن وينبغي أن يكون مختلفا أيضا باختلاف الأشخاص فإن بعض الناس حتى من الرجال لا يمكنه أن يبيت وحده في بيت خال ولو صغيرا بين جيران فإن كان زوجها يبيت في بيت ضرتها مثلا وكانت

[1] - كنا قد فصلنا في شرط أمان مسكن الزوجية، ينظر ص.62 من هذه الرسالة.

[2] - ابن عابدين، رد المحتار، الجزء3، المرجع السابق، ص.602. ابن نجيم، البحر الرائق، الجزء4، المرجع السابق، ص.211.

[3] - مصطفى بن سعد بن عبد السيوطي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ط.2، المكتب الإسلامي، المملكة العربية السعودية، 1994، ص.621.

تخشى على عقلها من البيتوتة وحدها ينبغي أن يأمر بالمؤنسة في ليلة ضرتها ولا سيما إذا كانت الزوجة صغيرة نفيا للمضارة المنهي عنها بنص القرآن العزيز..."[1].

ليتبين لنا أن التزام الزوجة بالقرار في مسكن الزوجية محمول على الزوجة حتى لوكان زوجها غير موجود فيه وكان موجودا عند ضرتها، وذلك كله متوقف على عدم الإضرار بها فإن كانت الزوجة تتضرر ببقائها بمفردها ولم يستطع الزوج أن يوفر لها من يؤنسها ألزم الزوج بإزالة هذا الضرر، فإن لم يفعل وانتقلت الزوجة لبيت أهلها لتبيت أو لتبقى فيه مادام زوجها عند ضرتها لم تعتبر مخلة بالتزام القرار في بيت الزوجية ولم تكن بذلك ناشزا.

ثانيا: وفاء الزوجة بالتزام المعاشرة الزوجية في حالة التعدد

إن الغرض من مناقشة التزام الزوجة بالمعاشرة الزوجية حال التعدد هو بيان إمكانية تملص الزوجة من هذا الالتزام من عدمه، كون الزواج غايته إحصان الزوجين وكون المعاشرة الزوجية حق لكلا الزوجين وواجب عليهما، فإن أرادت الزوجة التخلي عن هذا الحق وإعفاءها من هذا الواجب في حالة تعدد زوجات زوجها فهل لها ذلك؟ على أساس أن مخافة الفساد والانحراف من زوجها غير واردة، لأن له متنفسا لتفريغ طاقاته الجنسية هو زوجته أو زوجاته الأخريات.

وصلنا عند التطرق لوفاء الزوجة بالتزام المعاشرة الزوجية في الفصل الثاني من هذا الباب إلى أن الزوجة لا تمتنع عن زوجها بل تجيبه إذا ما دعاها إلى فراشه، وإلا عدت آثمة ديانة ومخلة بالتزام الإحصان والمساكنة بشكل عام قانونا.

فالزوجة في حالة تعدد زوجات زوجها ومتى كانت ليلتها وباتفاق فقهاء الشريعة الإسلامية لا يجوز لها الامتناع عن زوجها، طبعا مع غياب موانع الجماع من حيض ونفاس وإحرام وصيام نهار رمضان، ولا يمكن للزوجة التملص من هذا الالتزام لأنه حق للزوج، إلا إذا رضي الزوج بذلك ويقاس ذلك باشتراط رضا الزوج في تنازل الزوجة عن حقها في القسمة لضرتها - كما سيأتي بيانه- ، وهذا الحكم عن التزام الزوجة بالوفاء بالمعاشرة الزوجية في ليلتها، فما حكم امتناع الزوجة عن زوجها في غير ليلتها أو في ليلة ضرتها؟ وهل يجوز لها ذلك؟

لم يبين الفقهاء حكم هذه المسألة صراحة إنما يمكن استخلاص حكمها من مسألة أخرى، هي مسألة دخول الزوج على ضرتها في زمنها، فعند من قال بحرمة ذلك فإنه يجوز

[1] - محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز ابن عابدين، تنقيح الفتاوى الحامدية، موقع الإسلام، متاح على الرابط :http:/www.al-islam.com، تم الإطلاع عليه بتاريخ6 ماي 2022 على الساعة 12:47.

للزوجة أن تمتنع عن إجابة زوجها إذا دعاها للجماع في ليلة ضرتها، وعند من قال بجوازه فإنه لا يجوز للزوجة الامتناع عن إجابة دعوة زوجها حتى في ليلة ضرتها.

يقول ابن قدامة مبينا في فصل الدخول على ضرتها في زمنها:" وأما الدخول على ضرتها في زمنها، فإن كان ليلا لم يجز إلا للضرورة، أو توصي إليه، أو مالا بد منه، فإن فعل ذلك، ولم يلبث أن خرج، لم يقض، وإن أقام وبرئت المرأة المريضة، قضى للأخرى من ليلتها بقدر ما أقام عندها، وإن خرج لحاجة غير ضرورية، أثم، والحكم في القضاء، كما لو دخل لضرورة، لأنه لا فائدة في قضاء اليسير، وإن دخل عليها فجامعها في زمن يسير، ففيه وجهان:

أحدهما لا يلزمه قضاؤه، لأن الوطء لا يستحق في القسم، والزمن اليسير لا يقضى.

والثاني، يلزمه أن يقضيه، وهو أن يدخل على المظلومة في ليلة المجامعة، فيجامعها، ليعدل بينهما، ولأن اليسير مع الجماع يحصل به السكن، فأشبه الكثير"[1]، هذا في دخول الزوج على الضرة في زمن الزوجة ليلا.

أما في دخول الزوج على ضرة المرأة في يومها نهارا فيقول ابن قدامة فيه:"أما الدخول في النهار إلى المرأة في يوم غيرها، فيجوز للحاجة، من دفع النفقة، أو عيادة، أو سؤال عن أمر يحتاج إلى معرفته، أو زيارتها لبعد عهده بها، ونحو ذلك، لما روت عائشة، قالت:" كان رسول الله ﷺ يدخل علي في يوم غيري، فينال مني كل شيء إلا الجماع" وإذا دخل إليها لم يجامعها، ولم يطل عندها، لأن السكن يحصل بذلك، وهي لا تستحقه، وفي الاستمتاع منها بما دون الفرج وجهان: أحدهما يجوز لحديث عائشة، والثاني، لا يجوز، لأنه يحصل لها به السكن، فأشبه الجماع، فإن أطال المقام عندها، قضاه، وإن جامعها في الزمن اليسير، ففيه وجهان على ماذكرنا، إلا أنهم قالوا: لا يقضي إذا جامع في النهار، ولنا، أنه زمن يقضيه إذا طال المقام، فيقضيه إذا جامع فيه كالليل"[2].

والراجح أنه لا يجوز للزوج أن يجامع زوجته في غير يومها سواء كان ذلك نهارا أو ليلا، وإن فعل فعليه القضاء وإلا اعتبر آثما، وبناء على ذلك يكون للزوجة أن تمتنع عن إجابة زوجها في غير يومها لأنه قسم ضرتها ولا حق لها فيه ولا واجب عليها فيه أيضا، ولأنه بإجابتها لزوجها قد تفوت على ضرتها صاحبة القسم فرصتها.

[1] - ابن قدامة، المغني، الجزء7، المرجع السابق، ص.307.
[2] - ابن قدامة، المغني، الجزء7، المرجع السابق، ص.307،308.

ثالثا: اسقاط الزوجة المعدد بها أو عليها نفقتها

وصلنا آنفا إلى أن حق الزوجة في النفقة واجب على الزوج مع العدل فيها بين زوجاته، بل إن العدل بين الزوجات أكثر ما يتجلى في النفقة من غيرها.

فإذا كانت النفقة حق للزوجة المعدد بها أو عليها فهل يجوز لها اسقاط هذا الحق؟ ونجد هذه الصورة تتحقق أحيانا في الزواج الثاني عندما تكون الزوجة ميسورة الحال ولها مصدر رزق، وتعفي زوجها من نفقتها خصوصا إن كان له أولاد من زوجته الأولى.

وننوه إلى أن المقصود بالمناقشة هنا هو إسقاط الزوجة حقها في النفقة وليس اشتراط الزوج عدم الإنفاق على زوجته، لأن تلك مسألة أخرى سنتعرض لها عند مناقشة تأثير الشروط الاتفاقية على التزام المساكنة.

اختلف الفقهاء في حكم اسقاط الزوجة حقها في النفقة بحسب ما إذا كان الإسقاط قبل الزواج[1] أو بعده، وما يهمنا في هذه الأحوال الحالة الثانية عندما تسقط الزوجة حقها في النفقة بعد عقد الزواج، ذلك أن التزام المساكنة الذي نحن بصدد دراسة مضامينه ومقتضياته يترتب بعد عقد النكاح وليس قبله.

وعند الحنفية والحنابلة والمعتمد عند المالكية وقابل الأظهر عند الشافعية يصح الإسقاط بعد وجوب السبب أي عقد النكاح وقبل وجوب الحق أي صيرورة النفقة واجبة في ذمة الزوج، جاء في بدائع الصنائع:"الإبراء عن الحق بعد وجود سبب الوجوب قبل الوجوب جائز"[2]، وذكر الدسوقي أن المعتمد هو لزوم الإسقاط لجريان السبب[3]، وفي فتح العلي لمالك جاء:"إذا أسقطت المرأة عن زوجها نفقة المستقبل فحكى في التوضيح في لزوم ذلك قولين، فإنه لما وجه الخلاف في المسألة السابقة قال: كما لو أسقط الشفيع شفعته قبل الشراء وفي ذلك قولان وكالمرأة إذا أسقطت نفقة المستقبل عن زوجها هل يلزمها، لأن سبب وجوبها قد وجد، أو لا يلزمها، لأنها لم تجب بعد؟... وذكر ابن عبد السلام هذه النظائر... ثم قال: وبعض هذه المسائل أقوى من بعض"[4]

[1] - يتفق الفقهاء على عدم صحة إسقاط الزوجة نفقتها قبل وجوب الحق وقبل وجود سبب الوجوب، لأن الحق قبل ذلك غير موجود بالفعل فلا يتصور ورود الاسقاط عليه، فإسقاط مالم يجب ولا جرى سبب وجوبه لا يعتبر اسقاطا، وإنما مجرد وعد لا يلزم الاسقاط مستقبلا، فيكون اسقاط الزوجة للنفقة قبل العقد مجرد وعد ولها أن ترجع عنه وتطالب بنفقتها بعد العقد. ينظر الموسوعة الفقهية، الجزء 4، المرجع السابق، ص.ص250،251.

[2] - الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء4، المرجع السابق، ص16.

[3] - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء2، المرجع السابق، ص.316.

[4] - محمد بن أحمد عليش، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، الجزء 1، دار المعرفة، لبنان، د.س.ن، ص.322.

أما القول الثاني فهو قول للمالكية والشافعية في الأظهر عندهم[1] أن الإبراء غير صحيح ولا اعتبار له، لأن وجوب الحق شرط الإبراء فلا يصح بدونه حتى وإن انعقد السبب ، جاء في نهاية المحتاج:" لو أبرأ المشتري البائع من الضمان لم يبرأ في الأظهر، إذ هو إبراء عما لم يجب وهو غير صحيح وإن وجد سببه"[2]، والنفقة المستقبلية لم تجب بعد فلا يصح بذلك الإبراء منها[3]، وتستطيع المرأة التنازل عن نفقتها إن حل أجلها و إبراء زوجها من دين في ذمته من نفقة ماضية، إلا أنها لا تستطيع وبأي حال إسقاط حق لها أعطاها إياه الشارع ولها أن تطالب به في أي لحظة من الماضي والحاضر والمستقبل[4].

وأما عن جواز رجوع الزوجة عن تنازلها عن النفقة المستقبلية ومطالبتها من جديد، فعلى مذهب الجمهور من الحنفية وقول للمالكية والشافعية في الأظهر والحنابلة[5] يجوز للزوجة أن ترجع في مطالبتها بالنفقة في هذه الحالة لعدم وقوع الإبراء صحيحا، وأما القول الراجح عند المالكية[6] يقضي بأنه ليس للزوجة أن ترجع في مطالبتها بالنفقة لأن حقها في النفقة قد سقط بالإبراء، والساقط لا يعود، فقد أصبح حقها في المطالبة كالمعدوم[7].

ويبدو أن الرأي الذي يرى جواز إسقاط النفقة بعد عقد النكاح وقبل وجوب الحق هو الأرجح خاصة في عصرنا هذا حيث أصبحت المرأة مستقلة ماليا يمكنها الإنفاق على نفسها، إضافة إلى أن عدم قدرة الرجل على الإنفاق تعتبر من أهم الأسباب التي تمنعه من التعدد، على أنه يبقى للمرأة الحق في الرجوع عن إسقاط حقها في النفقة والمطالبة بها إن تغيرت الظروف والأحوال، كما لو أنها فقدت وظيفتها أو أنها قررت تركها من أجل التفرغ لتربية أطفالها مثلا.

رابعا: تنازل الزوجة عن حقها في المبيت لضرتها

وجب أولا التذكير بأن المبيت حق من الحقوق المشتركة وبذلك يكون تنازل الزوجة عن حقها في المبيت والجماع لا اعتبار له إلا بعد رضا الزوج بذلك، والزوج له حق في

---

[1] - أبو عبد الله محمد بن محمد الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام،الجزء1، ط.1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1984، ص.305.شهاب الدين القليوبي والشيخ عميرة، حاشيتا القليوبي وعميرة على منهاج الطالبين،الجزء2، دار إحياء الكتب العربية، د.س.ن، ص.211. جلال الدين عبد الرحمان السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمة، لبنان، د.س.ن، ص.490.

[2] الرملي، نهاية المحتاج، الجزء4، المرجع السابق،ص.80.

[3] - الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء 4، المرجع السابق، ص.251.

[4] - عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ط.1، دار النفائس، الأردن، 2000. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته والقضايا المعاصرة، الجزء 8، المرجع السابق، ص.772

[5] - ابن عابدين، رد المحتار، الجزء 5، المرجع السابق، ص.302. السيوطي، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص.490. القليوبي وعميرة، حاشيتا القليوبي وعميرة، الجزء2، المرجع السابق، ص.211. محمد بن مفلح، الفروع، الجزء 4، ط.1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2003، ص.195.

[6]- الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، الجزء1، المرجع السابق، ص.322.

[7] - محمد يعقوب محمد الدهلوي، حقوق المرأة الزوجية والتنازل عنها، المرجع السابق، ص.199.

المبيت والجماع كالزوجة وليس للإنسان أن يتصرف في حق الغير إلا بالوكالة، أو الولاية أو الوصاية، وحيث لم يكن للمرأة شيء من ذلك بالنسبة للتنازل عن الحق في المبيت والجماع من قبل الزوج فليس لها أن تتنازل عنه، ولأن الحق المشترك بين أكثر من شخص لم يصح إسقاطه إلا بإسقاط أصحابه جميعا[1].

واتفق الفقهاء[2] على أنه ليس للزوجة أن تسقط حقها في المبيت إلا برضا الزوج، والجدير بالذكر أننا نتحدث عن الفرض الذي تسقط فيه الزوجة حقها في المبيت والجماع بعد النكاح وليس الفرض الذي يشترط فيه إسقاط حقها ابتداء حين العقد، لأن المبيت والجماع من مقاصد الشريعة في عقد النكاح، ولأن اشتراط اسقاطهما يخالف ما جعل النكاح لأجله ويؤدي إلى إبطال قصده فلا يصح[3]، وهي مسألة سنتناولها لاحقا[4].

فإذا رضي الزوج بتنازل الزوجة عن حقها في المبيت والجماع سقط حقها وأصبحت كالمعدومة في القسم، ولا اعتبار لرضا الموهوب لها لأن حق الزوج في الاستمتاع بها ثابت في كل وقت وإنما منعته المزاحمة بحق صاحبتها، فإن زالت المزاحمة بهبتها يثبت حقه في الاستمتاع بها وإن كرهت كما لو كانت منفردة[5]، وقد ثبت أن سودة بنت زمعة رضي الله عنها وهبت يومها لعائشة رضي الله عنها، فكان رسول الله ﷺ يقسم لعائشة بيومها ويوم سودة[6].

كما تستند صحة تنازل الزوجة عن حقها في المبيت إلى قوله تعالى:" وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ۚ وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ۗ وَأُحْضِرَتِ الْأَنفُسُ الشُّحَّ ۚ وَإِن تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا"[7]، يقول القرطبي في قوله تعالى:" والصلح خير، لفظ عام يقتضي أن الصلح الحقيقي الذي تسكن إليه النفوس ويزول به الطلاق خير على الطلاق ويدخل في هذا المعنى مايقع عليه الصلح بين الرجل وامرأته في مال أو وطء أو غير ذلك، وقوله "خير" أي خير من الفرقة"[8]، وروى البخاري عن عائشة

---

[1] - محمد يعقوب محمد الدهلوي، حقوق المرأة الزوجية والتنازل عنها، المرجع السابق، ص.216.

[2] - ابن عابدين، رد المحتار، الجزء3، المرجع السابق، ص.207. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء2، المرجع السابق، ص.ص341،342. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، الجزء4، المرجع السابق، ص.424. ابن قدامة، المغني، الجزء 7، ص.312.

[3] - محمد يعقوب محمد الدهلوي، حقوق المرأة الزوجية والنازل عنها، المرجع السابق، ص.216.

[4] - ينظر ص.427 من هذه الرسالة.

[5] - راسم شحدة سدر، تعدد الزوجات بين الإسلام وخصومه، المرجع السابق، ص.132.

[6] - البخاري، صحيح البخاري، الجزء7، المرجع السابق، ص.33، ح.رقم 5212.

[7] - سورة النساء، الآية 128.

[8] - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء5، المرجع السابق، ص.ص405،406.

رضي الله عنها:" وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا" قالت:" هو الرجل تكون عنده المرأة ليس بمستكثر منها يريد فراقها، فتقول أجعلك من شأني في حل"[1].

ومن الصور التي يأخذها تنازل الزوجة عن حقها في المبيت والجماع بأن تتنازل لضرتها وتخصصها بأن تهب لها ليلتها، فتذهب هذه الهبة لصاحبة التخصيص دون سواها، وهو ما يستند إلى واقعة هبة سودة بنت زمعة ليلتها لعائشة، وعن عائشة رضي الله عنها أن:" رسول الله ﷺ وجد على صفية بنت حيي في شيء، فقالت :" يا عائشة !هل لك أن ترضي رسول الله ﷺ عني، ولك يومي؟ قالت نعم، فأخذت خمارا لها مصبوغا بزعفران، فرشته بالماء ليفوح ريحه، ثم قعدت إلى جنب رسول الله، فقال النبي ﷺ:" يا عائشة! إليك عني، إنه ليس يومك" فقالت: ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء، فأخبرته بالأمر فرضي عنها"[2]، وأما الصورة الأخرى هي أن تهب الزوجة ليلتها لضرائرها، فيصير القسم بينهن على اعتبار عدم وجود الواهبة[3]، وقد تهب الزوجة ليلتها لزوجها فقط من غير تخصيص واحدة من ضرائرها فيجوز للزوج أن يخصص هذه الليلة لواحدة منهن فأكثر، لأنها جعلت الحق له يضعه حيث شاء[4]، وقال الشافعية[5] أنه ليس للزوج أن يجعل الليلة الموهوبة له حيث شاء من بقية الزوجات بل يسوي بينهن ويقسم حق الزوجة الموهوب على الرؤوس، كما لو وهب شخص عينا لجماعة، ولأن التخصيص في هذه الحالة يورث الوحشة والحقد بين الضرائر[6].

أما عن مسألة أخذ الزوجة المتنازلة عن حقها في المبيت والجماع عوضا عن ذلك، فاختلف الفقهاء في حكم المسألة على قولين، فذهب الجمهور[7] إلى أنه لا يجوز للمتنازلة عن ليلتها أخذ العوض لا من زوجها ولا من ضرائرها فإن أخذت لزمها رده واستحقت القضاء، لأن العوض لم يسلم لها، وإنما لم يجز أخذ العوض عن قسمتها، لأنه ليس بعين أو منفعة ولأن مقام الزوج عندها ليس بمنفعة ملكتها، أما المالكية[8] فيرون أن أخذ الزوجة العوض عن ليلتها جائز، وقالوا: جاز للزوج إيثار إحدى الضرتين على الأخرى برضاها، سواء كان ذلك بشيء تأخذه منه أو من ضرتها أو من غيرهما وجاز للزوج أو للضرة شراء يومها منها بعوض وتختص الضرة بما اشترت ويخص الزوج من شاء بما اشترى، وعقب الدسوقي

[1] - رواه البخاري، صحيح البخاري، الجزء3، المرجع السابق، ص.130، ح.رقم 2450.
[2] - ابن ماجة، سنن ابن ماجه، الجزء1، المرجع السابق، ص.634، ح. رقم 1973.
[3] - نور الدين أبو لحية، الحقوق المادية والمعنوية برؤية مقاصدية، المرجع السابق، ص.439.
[4] - زينب حسن الشرقاوي، الحقوق غير المالية الناشئة عن عقد الزواج، المرجع السابق، ص.235.
[5] - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، الجزء4، المرجع السابق، ص.425.
[6] - نور الدين أبو لحية، الحقوق المادية والمعنوية برؤية مقاصدية، المرجع السابق، ص.437.
[7] - السيواسي، شرح فتح القدير، الجزء 3، المرجع السابق، ص.436.الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، الجزء4، المرجع السابق، ص.425. ابن قدامة ، المغني، الجزء7،المرجع السابق، ص.312.
[8] - الدسوقي، حاشية الدسوقس على الشرح الكبير، الجزء 2، المرجع السابق، ص.341.

على ذلك قائلا:" وتسمية هذا شراء مسامحة، بل هذا اسقاط حق لأن المبيع لا بد أن يكون متمولا"[1].

والراجح جواز هبة الزوجة ليلتها مطلقا بعوض أو بغيره، وقياس مثل هذا على البيع ونحوه لا يصح، فالحياة الزوجية لها أحكامها الخاصة كما أن قوامها المعاشرة بالمعروف والمودة والرحمة، وهو ما يختلف عن أنواع المعاملات المالية الأخرى[2].

المبحث الأول

تأثير الشروط الاتفاقية المقيدة لعقد الزواج على التزام المساكنة

إن التزام المساكنة بين الزوجين باعتباره الأثر الأهم لعقد الزواج، يتأثر بالشروط الاتفاقية المقيدة لعقد الزواج والتي يضعها أحد الزوجين لمصلحته أو يضعانها لمصلحتهما معا، وهذه الشروط من شأنها أن تحد من التزام المساكنة فيضيق من جهة أحد الزوجين - باعتبار تبادلية اللتزام- ويتسع من جهة الآخر.

وإن كان أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية لم يختلفوا في إجازة الاشتراط في عقد الزواج إلا أن الاختلاف كان محله حدود هذا الاشتراط ومساحته، وكون عقد الزواج عقدا شرعيا رتب الشارع آثاره فإن هذه الآثار بذلك - ونقصد بها التزام المساكنة بمضامينه- لا تخضع لإرادة العاقدين بل يقتصر دورها - أي الإرادة- على إنشاء العقد فقط، الأمر الذي يثير التساؤل حول مدى حرية الزوجين في إقران عقد الزواج بما يشاءان من الشروط؟ وحول دور الإرادة في تحديد آثار عقد الزواج؟ وهو ما سنحاول بيانه في المطلب الأول، لنبين في المطلب الثاني بعض تطبيقات الشروط التقييدية المقترنة بعقد الزواج في القانون الجزائري وقوانين الأحوال الشخصية محل المقارنة، والتي تمس مباشرة التزام المساكنة وتحد منه.

المطلب الأول

الاشتراط في عقد الزواج ودور الإرادة فيه

يعرف الشرط التقييدي المقترن بالعقد اصطلاحا بأنه:" التزام وارد في التصرف القولي عند تكوينه زائد عن أصل مقتضاه شرعا"[3]، ويخرج من هذا التعريف - في وجود

[1] - الدسوقي، حاشية الدسوقس على الشرح الكبير، الجزء 2، المرجع السابق، ص.341.
[2] - نور الدين أبو لحية، الحقوق المادية والمعنوية للزوجة برؤية مقاصدية، المرجع السابق، ص.429.
[3]- يشرح الأستاذ فتحي الدريني هذا التعريف قائلا:"يبين التعريف أن التعريف يوجب تكليفا فيتصرف قولي، سواء أكان عقدا بين طرفين من عقود المبادلات المالية أم غير المالية، أم كان تصرفا انفراديا، كالهبة والوصية.=

هذه القيود- الشرط التعليقي والشرط الإضافي[1]، ويبقى الشرط التقييدي المقترن بعقد الزواج هو المقصود بالشرط في هذا المبحث.

إن الأساس الذي يرتكز عليه الاشتراط في العقود هو مبدأ سلطان الإرادة، الذي يقضي بأن الشخص حر في إبرام العقود التي يشاء وبالكيفية التي يشاء، ويحدد آثار هذه العقود كما يشاء مادام ذلك لا يخالف النظام العام، إلا أن الأمر في الشريعة الإسلامية - والتي تعتبر المرجع في قوانين الأحوال الشخصية- وبالنسبة لعقد الزواج غير ذلك تماما، فالشارع نظم عقد الزواج بأحكام سماوية تعتبر آثارا لعقد الزواج لا دخل لإرادة أطراف العقد فيها، وسنحاول من خلال هذا المطلب بيان دور الإرادة ومدى إطلاقها في تحديد آثار الزواج وما يترتب عليه من أحكام في الفرع الأول، لنتطرق في الفرع الثاني إلى ضوابط الاشتراط في عقد الزواج من وجهة نظر الشريعة الإسلامية وكذا القوانين الوضعية محل المقارنة.

الفرع الأول

طبيعة عقد الزواج

إن الغرض من البحث في طبيعة الزواج هو بيان دور الإرادة في تحديد آثاره، ومعلوم أن هناك علاقة بين الشرط التقييدي المقترن بالعقد وبين الإرادة، باعتبار أنها -أي الإرادة- هي من تضعه فتقيد به ذاتها أوتقيد به إرادة أخرى في العقد[2].

=وقولنا: وارد في التصرف القولي عند تكوينه، يفيد التعبير عنه في صلب العقد إبان إنشائه، بحيث يصبح من بنوده وأجزائه التي تم التراضي على أساسها، وهذا معنى الاقتران.

فخرج بذلك الشرط السابق على التصرف واللاحق له، ولو تضمن تكليفا، لأنه غير مقترن.

أما كونه زائدا فلإخراج الشرط الذي يتضمن التزاما هو من مقتضى العقد لأن مثل هذا الالتزام يثبت بمطلق العقد قبل الاشتراط، فلا يفيد التزاما زائدا عما قرره العقد من حقوق وواجبات، بل يؤكدها، فوجوده وعدمه سواء، في حين أن مجال بحثنا إنما هو في الشروط التي تعدل من آثار العقد وليست من مقتضاه.

وقولنا: يفيد التزاما زائدا، يشمل ما إذا كان فيه نفع لأحد المتعاقدين، أو لغيرهما، أو لا منفعة فيه لأحد". ينظر فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، ط.2، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2008، ص.372.

[1]- يقول فتحي الدريني في تعريف الشرط التعليقي والشرط الإضافي:" أما الشرط التعليقي، فلا يوجب تكليفا زائدا من مقتضى التصرف، وإنما هو شرط يفيد ربط حصول أمر بحصول أمر آخر، أو كما يقول الأصوليون: ربط حصول مضمون جملة، بحصول مضمون جملة أخرى، كلاهما غير موجود في الحال.

فلو علق تصرفه على حصول أمر مستقبل متوقع الحدوث بأداة من أدوات التعليق ، كقوله:" إذا جاء ولدي من السفر فقد بعتك داري بثمن قدره كذا" فهذا شرط تعليقي لا يكون معه التصرف منعقدا في الحال، ولا يفيد التزاما زائدا عن مقتضى العقد، ولوكان مقارنا له، قولا وزمانا.

أما الشرط الإضافي فيفيد:" إرجاء أثر التصرف المنعقد إلى زمن مستقبل معين" كقوله:" أجرتك هذه الدار اعتبارا من أول الشهر القادم" فالعقد منعقد، ولكن آثاره لا يبدأ سريانها إلا بدءا من الزمن المستقبل المعلوم الذي أضيف التصرف إليه.

فهو شرط وإن كان مقارنا للتصرف، غير أنه لا يوجب التزاما زائدا عن آثار العقد الأصلية". فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص.ص372-373.

[2]- بوعلام سي ناصر، الاشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون – دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية، ماجستير في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، الجزائر، 2012، ص.54.

وفكرة أن آثار عقد الزواج حددها الشارع الحكيم - والتي ينصب الاشتراط عليها- أو ما يسمى بالجعلية[1] يحد من سلطان الإرادة في عقد الزواج، هو ما أثار الخلاف ومازال بين فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون في تكييف عقد الزواج، وإن كان عقدا أو نظاما قانونيا، وإذا اعتبرناه عقدا هل هو عقد ديني شرعي أم عقد مدني؟

أولا: الزواج عقد أم نظام قانوني

هناك من الفقه من سمى الزواج بالميثاق، لقوله تعالى:"وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا ۚ أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا (20) وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا"[2]، يقول الشيخ محمد شلتوت في هذا الصدد:"وقد نظر القرآن الكريم إلى ما للزواج من هذه المكانة السامية في حياة الفرد والأسرة والأمة، فنوه بشأنه ورفعه عن أن يكون عقدا تتم التزاماته بالإيجاب والقبول، وشهادة الشهود، فجعله "ميثاقا" تتحمل الضمائر التي تعرف معنى الميثاق مسؤوليته... ثم لا يكتفي بجعله "ميثاق" كيفما يكون تعتريه الرقة وخفة الميزان، فيتعرض للنقض كلما أراد عابث أو مأفون، بل جعله"ميثاق غليظا" و"عهدا قويا" يتعذر حله... وإن كان المتبع لكلمة "ميثاق" ومواضعها التي وردت فيها، لا يكاد يجدها تأخذ مكانتها في التعبير القرآني، إلا حيث يأمر الله بعبادته وتوحيده، والأخذ بشرائعه وأحكامه، فإنه يستطيع - وقد جاءت في شأن الزواج- أن يدرك من طريق قريب، المكانة السامية التي وضع الله الزواج فيها، وجعله في التعبير عنه صنوا للإيمان بالله وشرائعه وأحكامه"[3].

---

[1]- يقصد بجعلية الآثار في الفقه الإسلامي أن الآثار تترتب على العقد بجعل من الشارع وأن دور العاقد مقصور على تكوين العقد، وللجعلية معنيان واسع وضيق، يقصد بالمعنى الواسع:" أن الشارع جعل لكل عقد آثار خاصة به، تتحقق به الأغراض الصحيحة التي يقصدها العاقدان من إنشائه، فللبيع مثلا آثار خاصة به، وللإجارة آثار لازمة لها، وهكذا... وقد حدد الشارع للعقود مع هذا حدودا عامة أو خاصة يجب على الناس مراعاتها عند إنشائهم لها"، ويقصد بالجعلية بالمعنى الضيق أن الشارع يرتب الحكم الأصلي للتصرف وينفذه في الوقت نفسه، ففي عقد البيع مثلا تنتقل ملكية المبيع بمجرد العقد إلى المشتري، وتنتقل ملكية الثمن إلى البائع، والناقل لهما هو الشارع لا العاقد.
أما الأحكام التابعة كالتزام البائع بتسليم المبيع فتنفيذها منوط بإرادة الأفراد لا إرادة الشارع.
ويستفاد هذا المعنى الأخير للجعلية من نص لابن تيمية قال فيه:" إن الأحكام الثابتة بأفعالنا، كالملك الثابت بالبيع، وملك البضع الثابت بالنكاح، نحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام، والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه منا".
ويلاحظ أن الجعلية بالمعنيين السابقين هي مايقره التنظيم الوضعي في الفقه الإسلامي، وهي في نظرنا ثمرة لفكرة الجعلية الفلسفية التي يذهب فيها الأصوليون إلى أن العقد ليس بسبب طبيعي عقلي للآثار ترتبط به ارتباط المسبب بالسبب "بمعنى أنه إن وجد السبب ترتب عليه وجود المسبب حتما لا لشيء سوى أن السبب قد وجد، بل هي رابطة جعلها الشارع بينهما، ثم اعتدنا وجودها دائما حتى اعتقدنا أنها طبيعية يوجبها العقل وطبائع الأشياء"، وفي هذا يقول الشابي :" لما جعل[الأثر] مسببا عنه [العقد] في مجرى العادات، عد كأنه فاعل له مباشرة". ينظر وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي(دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1979، ص.ص577-578.

[2]- سورة النساء، الآيتين 21 و22.

[3]- محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، ط.18، دار الشروق، مصر، 2001، ص.ص 146-147.

وهناك من الفقه من يرى بأن الزواج اتفاق وليس عقد، وبذلك قال الأستاذ السنهوري، وهو بصدد تحديد منطقة العقد:" وليس كل اتفاق يراد به إحداث أثر قانوني يكون عقدا، بل يجب أن يكون هذا الاتفاق واقعا في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية....

والزواج اتفاق بين الزوجين، والتبني في الشرائع التي تجيزه اتفاق بين الوالد المتبنى والولد المتبنى، ولكن يجدر ألا تدعى هذه الاتفاقات عقودا وقعت في نطاق القانون الخاص، لأنها تخرج من دائرة المعاملات المالية"[1].

فإسقاط مفهوم العقد بالمعنى القانوني على الرابطة الزوجية فيه حط من سمو هذه الرابطة، ذلك أن العقد هو توافق إرادتين على إحداث آثار قانوني ذي قيمة مالية، أما الزواج فهو أسمى من أن يتعلق موضوعه بتبادل منافع مالية أي مهر مقابل متعة، وفي هذا حط من قدسية الرابطة الزوجية وتأويل مهين للمرأة، هو ما سقطت فيه تعريفات الفقهاء للزواج عندما اعتبروه "عقدا على البضع بعوض"[2]، كما أن الحكمة من تشريعه والتي تتمثل في بناء الأسرة وحفظ النوع الإنساني والسكن النفسي تجعل من الزواج رابطة تسمو و تمتاز عن العقد وأحكامه[3].

وهناك من يرى بأن الزواج عقد[4] ينشأ بإيجاب وقبول وشروط أخرى، يقول أبو حامد الغزالي في كتابه آداب النكاح وكسر الشهوتين مسميا الزواج بالعقد:"أما العقد فأركانه وشروطه لينعقد ويفيد الحل أربعة الأول، إذن الولي، فإن لم يكن فالسلطان، الثاني رضا المرأة إن كانت ثيبا بالغا، أو كانت بكرا بالغا، ولكن يزوجها غير الأب والجد، الثالث بحضور شاهدين ظاهري العدالة، فإن كانا مستورين حكمنا بالانعقاد للحاجة، الرابع إيجاب وقبول متصل به، بلفظ الإنكاح أوالتزويج أو معناها الخاص بكل لسان من شخصين مكلفين ليس فيهما امرأة، سواء كان هو الزوج أو الولي أو وكيلهما"[5].

---

[1]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج.1، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، لبنان، د.س.ن، ص.ص 139-140.

[2]- فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص.120.

[3]- ينظر الحكمة من تشريع الزواج يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.ص 49-53.

[4]- العقد في الشريعة الإسلامية هو إلزام الشخص نفسه، وبهذا المفهوم الواسع يستطيع أن يشمل ويحتوي الزواج إذا ما اعتبرناه عقدا، فالزوج يلزم نفسه بمعاشرة زوجته ونفقتها وعشرتها بالمعروف، وتلزم الزوجة نفسها بطاعة زوجها والقرار في بيت زوجها ومعاشرته بالمعروف..إلخ، فإن خرج الزواج من مفهوم العقد الضيق فإنه حتما يدخل ضمن المفهوم الواسع للعقد في الشريعة الإسلامية، و بالنسبة لمن تمسك بالقول أن الزواج عقد احتج بقوله تعالى :" ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله"، وكذا قوله عز وجل:" وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح". ينظر في معنى العقد العام والخاص محمد عثمان شبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، ط.2، دار النفائس، الأردن، 2010، ص.ص 199- 201.

[5]- أبو حامد الغزالي، آداب النكاح وكسر الشهوتين، منشوزات دار المعارف للطباعة والنشر، تونس، 1990، ص.ص31،32.

فيما اعتبر بعض من الفقهاء المعاصرين الزواج نظاما قانونيا، وأما مفهوم النظام القانوني فيفيد خضوع العقد في إنشائه وانحلاله وتنظيم آثاره لحكم القانون، فالقانون هو الذي يقرر هذا الارتباط ويرتب عليه آثارا قانونية إما لطابعه الأخلاقي أو لأهميته الاجتماعية، وتكاد أغلب الاجتهادات الفقهية تتفق على مبدأ عام، وهو أن ترتيب آثار العقود وأحكامها إنما هو في الأصل من عمل الشارع لا من عمل المتعاقدين، فالشارع هو الذي ينظم هذه العقود ويجعل كل عقد طريقا إلى نتائج معينة يرتبها عليه[1]، وليس هناك تعارض في قولنا أن الزواج نظام قانوني تخضع أحكامه وآثاره لحكم القانون وبين قولنا أن الشارع هو الذي ينظم أحكامه باعتبار قانون الأحوال الشخصية في البلاد المسلمة مرجعه الأول الشريعة الإسلامية.

وفي رد القائلين بأن الزواج نظام على القائلين بأنه عقد، يقول أولئك :" أن أساس حجتهم لإصباغ الصفة العقدية هو كون الزواج ينشأ بالاتفاق والتراضي، وهذا ثابت صحيح من المسلم به أن الزواج قائم على الاتفاق...فإن ذلك لا ينهض مبررا للقول بأنه مجرد عقد شأنه في ذلك شأن العقود المدنية وأشباهها، إن نشأته بالاتفاق واستلزام الرضائية إعلاء من الله لشأن الإرادة في الإنسان فهي مناط العهد مع الله ومناط التكليف أن يقدم على تلك الأمانة الضخمة ويطيع الله بإرادته... وإن كان الاتفاق وسيلة لإنشاء كثير من المراكز القانونية، فإن أهمية الزواج والطبيعة الشرعية القانونية الخاصة للمراكز الناشئة عنه تجعل الاتفاق عليه متميز بقواعد شرعية آمرة، سواء في شروطه أو في أحكامه أو ترتيب آثاره دونما كبير احتفال بدور الإرادة في تحديد تلك القواعد المنشئة للعلاقة الزوجية بمقتضى الميثاق، والعهد مع الله"[2].

كما أن القول بأن موضوع الزواج هو إنشاء أسرة فلا يمكن أن تكون الأسرة موضوعا للتعاقد، فالزواج ليس موضوع تعاقد بين شخصين بل هو الالتزام الكامل بالميثاق والعهد مع الله، كما أن العقود إذا كانت إرادة الأطراف هي من تستقل بتحديد آثارها من حيث الحقوق والالتزامات بتعيين أوصافها وطرق انتهائها، فالزواج ميثاق مع الله يتولى الشارع تحديده بنصوص شرعية قطعية الثبوت قطعية الدلالة لا تقبل تمحلا ولا تأويلا[3].

بالإضافة أيضا إلى أن العقود صفاتها التأقيت والزواج مؤبد -على حسب الأصل- لا يجوز الاتفاق على توقيته، وإن لم يدل على توقيته صيغة أو لفظ ظاهر بإضمار النية على التوقيت فذلك أمر منهي عنه ومحرم شرعا، ومعلوم أن بضع المرأة ليس محلا للتعاقد، فإذا

---

[1]- فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص.118.

[2]- ملكة يوسف زار، موسوعة الزواج والعلاقة الزوجية في الإسلام والشرائع المقارنة، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.138،140.

[3]- المرجع نفسه، ص.141.

طبقنا النظرية الفقهية في العقود عند الأحناف وغيرهم والتي تشترط أن يكون للعقد محل، فأين محل العقد في الزواج؟ هل هو بضع المرأة أم جسدها أم رقبتها؟[1]

ورغم هذه الاختلافات حول الطبيعة القانونية للزواج وحول كونه عقدا أم اتفاقا أو نظاما قانونيا، فإن تشريعات الأحوال الشخصية سمته واعتبرته عقدا، على غرار المشرع الجزائري الذي عرفه في نص المادة 4 من قانون الأسرة بأنه:" عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي..."، وكذا المشرع السوري الذي عرف عقد الزواج في المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية السوري بأنه:" عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا"، وهو نفس التعريف تقريبا الذي جاء في المادة 3 فقرة 1 من قانون الأحوال الشخصية العراقي والمادة 5 من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

أما المشرع المغربي عرف عقد الزواج في المادة 4 من م.أ.م بأنه:" ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام..."، ويقول محمد الأزهر معلقا على هذه المادة:" يلاحظ أن المشرع المغربي استعمل مصطلح ميثاق عوض عقد، الأمر الذي يؤكد أهمية هذا العقد، حيث لا يقف عند حدود العلاقة التعاقدية، بل يتعداها إلى مالا تستطيع مقتضيات العقد تنظيمه، كالتجاوب الروحي والتعلق بالأسرة وحمايتها"[2]، إلا أن المشرع المغربي في مواطن كثيرة من المدونة عبر عن الزواج بالعقد، ففي نص المادة 10 من المدونة نص على أنه:" ينعقد الزواج بإيجاب وقبول..."، وسمى القسم الرابع من المدونة بالشروط الإرادية لعقد الزواج وآثارها إلى غير ذلك.

وبالنسبة للمشرع المصري ورغم أنه لم يعرف عقد الزواج ولم يتطرق لشروطه، إلا أنه في مواضع معينة من قانون الأحوال الشخصية المصري ذكر الزواج مقترنا بمصطلح العقد، نذكر من ذلك نص المادة الأولى من القانون رقم 01 لسنة 2000 المتعلق بقانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية:"...التظلم من امتناع الموثق عن توثيق عقد الزواج..."، ونص المادة 15 من القانون رقم 25 لينة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 المتعلق ببعض مسائل الأحوال الشخصية:" ولا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد...".

وعن موقف المشرع الفرنسي من طبيعة الزواج فإن قانون نابليون اعتنق فكرة العقد للزواج وقد سادت هذه الفكرة فقه القرن التاسع عشر بشكل ثابت، والزواج هو عقد كسائر العقود لا ينشأ إلا بتوافق إرادتين بقصد ترتيب آثار قانونية، إلا أن الفقه الفرنسي وابتداء من القرن العشرين قد اعتبر أن الزواج خاضع لفكرة النظام العام، وقالوا أن التعبير عن الإرادة

[1]- ملكة يوسف زار، موسوعة الزواج والعلاقة الزوجية في الإسلامي،المرجع السابق ، ص.142.
[2]- محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص.30.

في الزواج هو انضمام لنظام قانوني وليس إنشاء لعقد من العقود، فالإرادة تمثل الحرية في الإقدام أو الإحجام عن الزواج، فإذا أقدم شخص على عقد الزواج فإن إرادته تقف عند هذا الحد، لأن القانون هو الذي يبين أحكام هذه العلاقة بين طرفيها، وهذا الاتجاه يتفق مع الاتجاه الكاثوليكي الذي يذهب إلى أن دور الرجل والمرأة يقتصر على التراضي دون أن يكون لهما تعديل شروط وأحكام الزواج، لأنها من تنظيم الشريعة الكنسية التي تلزم الزوجين بها بمجرد اتفاقهما[1].

ثانيا: الزواج عقد ديني أم عقد مدني

إذا كان الفقه اختلف حول طبيعة الزواج وإذا ما كان نظاما أو عقدا، فإن حتى من أجمعوا على كونه عقدا اختلفوا في وصف هذا العقد، وإذا ما كان عقدا دينيا أو شرعيا أم عقدا مدنيا.

ويعرف العقد الديني بأنه العقد الذي يتم أمام رجال الدين وفق طقوس ومراسيم دينية، ووفق أعراف كل طائفة، أما العقد المدني فهو العقد الذي ينظمه القانون الوضعي بغض النظر عن أي مرجعية دينية، ويتطلب لصحته توفر شروط وأركان حددها القانون[2].

ومن المفيد الإشارة إلى أن استعمال عبارة "الزواج في الإسلام عقد مدني" التي درج عليها بعض الكتاب المسلمين فيه كثير من الغلط والتحريف، لا لكون عقد الزواج في الإسلام يخضع لشكليات وطقوس معينة أو حضور رجل دين عقد الزواج هذا الأمر غير موجود مطلقا، وإنما لكون عبارة العقد المدني دخيلة على الإسلام[3]، والجدير بالذكر أيضا أن إلصاق صفة المدني بعقد الزواج أو بالعقد عموما جاءت نتيجة تطور عقد الزواج في أوروبا، فبعدما كان الزواج لا يبرم إلا في الكنيسة، وبعد قيام الثورة الفرنسية انقلب الأمر ونص الدستور الفرنسي لسنة 1791 على أن الزواج يعتبر عقدا مدنيا، واعتنق قانون نابليون هذا التوجه وذلك لغل يد الكنيسة وإبعاد سلطتها عن شؤون الزواج، وأصبح الزواج يعقد أمام ضابط الحالة المدنية باعتباره عقدا مدنيا، فكانت تسمية الزواج بالعقد المدني تمييزا له عن الزواج الديني الذي يعقد بمعية الكنيسة[4].

والقوانين المدنية - أشهرها القانون المدني الفرنسي- تنظم جميع العلاقات العائلية التي تربط بين الفرد والمجتمع، مادامت لا تدخل ضمن فرع آخر من القانون سواء العلاقات العائلية أو العلاقات المالية، أما في البلدان العربية وبصفة خاصة في مصر ولبنان فإن

---

[1]- عبد الفتاح كبارة، الزواج المدني، المرجع السابق، ص.ص87-88.

[2]- فتيحة الشافعي،التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص.ص 112،113.

[3]- محمد علي ضناوي، الزواج الإسلامي أمام التحديات، ط.2، المكتب الإسلامي، لبنان، 1980، ص.ص38-39.

[4]- فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص.133. ملكة يوسف زار، موسوعة الزواج والعلاقة الزوجية في الإسلام والشرائع الأخرى المقارنة، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.106.

القانون المدني ينظم المعاملات المالية فقط، أما علاقات الأحوال الشخصية فتخضع للقانون الديني الذي يختلف باختلاف ديانة الخاضعين له ومذاهبهم[1].

أما في البلاد التي لا يوجد فيها تعدد طائفي ديني فلا توجد ضرورة إلى تسمية عقد الزواج بالزواج المدني، ذلك أن الزواج القانوني يجري وفق أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها المرجع لقوانين الأحوال الشخصية في هذه الدول، والتوثيق هو مجرد وسيلة إثبات[2] لا شرط لانعقاد الزواج، وهذا طبقا للمادة 22 من قانون الأسرة الجزائري ولما درج عليه القضاء، فعقد الزواج باق على رضائيته ولا أثر لذلك التوثيق على التسمية[3].

وذهب بعض الكتاب مذهبا توفيقيا في تحديد طبيعة عقد الزواج وقالوا بأنه عقد مدني ذو طبيعة خاصة لإحاطته بهالة قدسية تجعله مطبوعا بطابع ديني[4]، لكن الأصح وكما يقول الأستاذ محمد محدة أن تسمية الزواج بالعقد الشرعي كغيره من العقود الأخرى لورود النصوص الشرعية المحددة لتكوينه وآثاره، كما لا يمكن القول بأن عقد الزواج عقد ديني وذلك لعدم اشتراط الشارع أي إجراء ديني خاص أو حضور رجل دين، وبذلك فإن عقد الزواج يبقى على شرعيته ويضفى عليه الرسمية القانونية فيصير بذلك عقدا شرعيا موثقا أو رسميا[5].

ليتبين لنا أن تكييف الزواج على أنه عقد يجعل للإرادة دورا كبيرا خصوصا في تكوينه، أما إضفاء الصبغة الشرعية المقدسة على عقد الزواج فهو يحد من هذه الإرادة خصوصا في آثار الزواج، بحيث يخضع الاشتراط وإضافة شروط اتفاقية في عقد الزواج لضوابط فرضتها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية.

---

[1]- محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، الجزء الأول، الخطبة والزواج، ط.2، شهاب للنشر، الجزائر، 2000، ص.111.

[2]- الأصل في الشريعة الإسلامية أن عقد الزواج يعتبر عقدا صحيحا مرتبا لآثاره الشرعية إذا انعقد مستوفيا لأركانه وشروطه، وليس من هذه الشروط توثيق العقد أمام موظف أو مأذون أو شيخ أو قاض، ومن الفقهاء من صرح بأن تزويج المرأة لا يفتقر إلى حاكم باتفاق العلماء، ولكن لما دعت الحاجة إلى توثيق عقد الزواج نظرا لضعف الوازع الديني في نفوس الأفراد وسهولة إنكار الزواج في حالة عدم توثيقه مما يؤدي إلى ضياع حقوق الزوجات والأولاد، فصدرت حينها القوانين= = في البلاد الإسلامية توجب توثيق عقد الزواج وتشترط ذلك لسماع الدعوى به أمام القضاء عند الإنكار. سامح عبد السلام، نظام الأسرة بين حضارتين، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص.94.

[3]- محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، الجزء الأول، الخطبة والزواج، المرجع السابق، ص.112.

[4]- محمد علي ضناوي، الزواج الإسلامي أمام التحديات، المرجع السابق، ص.39.

[5]- محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، الجزء الأول، الخطبة والزواج، المرجع السابق، ص.115.

الفرع الثاني

ضوابط الاشتراط في عقد الزواج في ضوء الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية

إن حق الزوجين في إقران عقد الزواج وتضمينه شروطا تحقق مصلحتهما أو مصلحة أحدهما ليس على إطلاقه إنما هو مقيد بضوابط حددتها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية على نحو ما سنبيه فيما يلي:

أولا: ضوابط الاشتراط في عقد الزواج طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية

لا خلاف بين الفقهاء في أن الشرط الذي يقتضيه العقد جائز كاشتراط الزوجة في عقد الزواج أن ينفق عليها الزوج، ذلك أن اشتراط مثل هذا الشرط وعدمه سواء لأنه يثبت بمطلق العقد، ولا خلاف بين الفقهاء أيضا على أن الشرط الذي ينافي مقتضى العقد باطل لأنه شرط يلغي الحكم الأصلي للعقد ويناقض قصد الشارع رأسا، والأصل أن "ما ثبت بالشرع، مقدم على مايثبت بالشرط" عند التعارض، ولكن منشأ الخلاف بين العلماء هو ضابط الشرط المشروع فيما عدا ذلك من أنواع الشروط، إذ لم يرد من الشارع معيار محدد لمشروعية الشرط بل استخلص اجتهادا من نصوص الشريعة وقواعدها ومقاصدها[1]، فاختلف الفقهاء في الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا تنافيه وبها منفعة لأحد الزوجين على مسالك ثلاثة، مسلك مضيق (الظاهرية) ومسلك موسع(الحنابلة)، ومسلك وسط انتهجته بقية المذاهب مع ميل كل واحد منهم إلى التضييق أو التوسيع أكثر من الآخر.

1- موقف الظاهرية من الاشتراط في عقد الزواج: ذهب الظاهرية إلى أن الأصل في الشروط هو الحظر، فليس لأحد المتعاقدين أن يشترط في العقد إلا ما أجازه الشرع نصا أو انعقد على جوازه الإجماع، والإجماع لابد له من مستند في الواقع من الكتاب والسنة أو من كليهما فرجح الأمر إلى أن يكون الدليل نصا[2].

يقول ابن حزم في المحلى:" ولا يصح نكاح على شرط أصلا، حاشا الصداق الموصوف في الذمة أو المدفوع، أو المعين، وعلى أن لا يضر بها في نفسها ومالها، إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان.

وأما شرط هبة أو بيع أو أن لا يتسرى عليها، أو أن لا يرحلها، أو غير ذلك كله، فإن اشترط ذلك في نفس العقد فهو عقد مفسوخ، وإن اشترط بعد العقد فالعقد صحيح والشروط كلها باطلة، سواء عقدها بعتق أو بطلاق أو أن أمرها بيدها، أو إنها بالخيار كل ذلك باطل"[3]،

---

[1]- فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، المرجع السابق، ص.ص374، 375، 376.
[2]- المرجع نفسه، ص.376.
[3]- ابن حزم، المحلى، الجزء9، المرجع السابق، ص.123.

وبذلك فالشروط جميعها باطلة عند الظاهرية وأما العقد فإنه يكون صحيحا تاما إن عقد الشرط قبله أو بعده، ويكون العقد باطلا مفسوخا إن عقد الشرط حال العقد[1]، ولم يستثن من ذلك سوى سبعة شروط وردت نصوص بصحتها[2].

2- مسلك الموسعين في الأخذ بالاشتراط: نجد من الموسعين الحنابلة وعلى رأسهم ابن تيمية وتلميذه ابن القيم[3]، ذلك أن الحنابلة أكثر عملا بمبدأ حرية التعاقد ومبدأ سلطان الإرادة بوجه عام، وهم أكثر الفقهاء تصحيحا للشروط المقترنة بالعقد، ويرون أن الشارع الحكيم هو الذي أذن وفوض للإرادة أن تنشئ من العقود والشروط ما تشاء بأن جعل "الرضا" مناطا للحل والمشروعية[4]، لقوله تعالى:"إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ۚ "[5]، ولقوله تعالى:" فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا"[6].

وأجاز الحنابلة أن تشترط الزوجة في عقد النكاح ألا ينقلها زوجها من بلدها أو ألا يسافر بها، وعللوا ذلك بأنه لا ينافي المقصود الأصلي للنكاح وفيه مصلحة مشروعة للزوجة ولها حق الفسخ إن لم يوف الزوج بالشرط[7]، والأصل الشرعي الذي أصله الحنابلة في العقود والشروط هو الصحة والإباحة والجواز ووجوب الوفاء بكل ما يستلزمه المتعاقدان ويشترطانه إلا الشروط التي تنافي مقتضى العقد كاشتراط عدم الوطء في عقد الزواج فهذا الشرط يبطل ويبقى العقد صحيحا[8].

وتفسير الحنابلة لمقتضى العقد لا يتفق وتفسير الجمهور له، ذلك لأنهم يرون هذا المقتضى يتمثل في الغاية النوعية الأساسية التي شرع العقد من أجلها، فإذا كان الشرط منافيا لتلك الغاية بحيث إذا أخذ بالشرط أصبحت لغوا، فالشرط باطل ومبطل للعقد أيضا، لأن

---

[1]- حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، ط.1، دار كنوز اشبيليا، السعودية، 2009، ص.364.

[2]- هذه الشروط السبعة ربطها الظاهرية بالبيع فإن اشترطت في عقد البيع فإنها لازمة والبيع صحيح وهي :
- اشتراط الرهن فيما تبايعاه إلى أجل مسمى.
- اشتراط تأخير الثمن إن كان دنانير أو دراهم إلى أجل مسمى.
- اشتراط أداء الثمن إلى الميسرة وإن لم يذكرا الأجل.
- اشتراط صفات المبيع التي يتراضيانها معا ويتبايعان ذلك الشيء على أنه بتلك الصفة.
- اشتراط أن لا خلابة.
- بيع العبد أو الأمة ، فيشترط المشتري مالهما أو بعضه مسمى معينا، أو جزءا منسوبا مشاعا في جميعه، سواء كان مالهما مجهولا كله، أو معلوما كله، أو معلوما بعضه، مجهولا بعضه.
بيع أصول نخل فيها ثمرة قد أبرت قبل الطيب أو بعده، فيشترط المشتري الثمرة لنفسه أو جزءا معينا منها أو مسمى مشاعا في جميعها." ينظر ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، الجزء7، المرجع السابق، ص.319.

[3]- بوعلام سي الناصر، الاشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص.70.

[4]- فنحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، المرجع السابق، ص.390.

[5]- سورة النساء، الآية 29.

[6]- سورة النساء، الآية 4.

[7]- فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، المرجع السابق، ص.393.

[8]- فهد بن عبد الرحمان اليحيى، اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية الفقهية، الجزء 8، ط.1، كنوز إشبيليا، السعودية،2009، ص.322.

الغاية شرع، والشرط تصرف ولا يجوز للتصرف أن يلغي الشرع، ولأنه جمع بين متنافيين[1].

وبذلك يكون الشرط الصحيح عند الحنابلة هو ما يقتضيه العقد كشرط تسليم المهر للزوجة، وشرط ماتنتفع به المرأة مما لا ينافي العقد كأن تشترط ألا ينقلها من دارها أو ألا يسافر بها أو ألا يفرق بينها وبين أبويها أو بينها وبين أولادها[2].

المسلك الوسط في الأخذ بالاشتراط: أخذ به الحنفية والمالكية والشافعية، ونجد المالكية يتوسعون في تصحيح الشروط على نحو يقربهم زلفى من مذهب متأخري الحنابلة ابن تيمية وابن القيم، وقد قرر هذا الإمام الشاطبي في الموافقات، وبعدهم الحنفية والشافعية يتوسطون القول الأول والقول الثاني فلا يشترطون لإباحة الشرط نص خاص كما فعل الظاهرية، ولا يجعلون الأصل في العقود والشروط الإباحة كما ذهب إليه الحنابلة، بل يميلون إلى أن الأصل في الشروط هو الحظر واستثنوا بعضها ولكنهم توسعوا في الاستثناء[3]، ووضع الحنفية ضوابط أربعة للشرط الصحيح يتحقق في أي منها، وهي أن يكون الشرط من مقتضى العقد كاشتراط الزوجة أن ينفق عليها زوجها وهذا يثبت بمطلق العقد، أو أن يكون الشرط ملائما لمقتضى العقد كاشتراط الزوجة كفيلا لمهرها، أو أن يكون الشرط مما ورد به نص، أو أن يكون مما جرى به عرف التعامل[4].

أما المالكية فالشرط الصحيح عندهم هو الشرط الذي يقتضيه العقد، والشرط الذي يكون ملائما للعقد، واشتراط البائع بعض منافع المبيع، واشتراط عمل في المعقود عليه أو في غيره، وشرط فيه معنى من معاني البر، والشرط الذي لا ينافي مقتضى العقد وإن كان العقد لا يقتضيه ولا يلائمه، وهو الضابط الذي جعل الفقه المالكي أكثر تصحيحا للشروط التقييدية المقترنة للعقد بعد الحنابلة[5].

وعند الشافعية الشرط الصحيح هو شرط مقتضى العقد[6]، وهو الشرط الذي يلائم مقتضى العقد ويطلقون عليه اسم "الشرط الذي في مصلحة العقد" ويعللون ذلك بأن ما تدعو الحاجة إليه وهو من مصلحة العقد والعاقد ولا معارض له من جهة الشرع، وأيضا الشرط

---

[1]- فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، المرجع السابق، ص-393.

[2]- البهوتي، كشاف القناع ، الجزء 5، المرجع السابق، ص.91 .

[3]- بوعلام سي ناصر، الاشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص. 70.

[4]- فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، المرجع السابق، ص.ص377-378.

[5]- حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.249. فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، المرجع نفسه، ص.ص386-387.

[6]- تاج الدين ابن عبد الكافي السبكي، الأشباه والنظائر، الجزء 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1991، ص.150.

الذي ورد فيه نص[1]، وما ثبت بالشرع أولى مما يثبت بالشرط[2]، وأيضا يعتبر شرطا صحيحا الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافي مقتضاه وليس فيه مضرة، والشافعية بذلك لا يذهبون إلى أن الأصل في الاشتراط الإباحة بل الحظر هو الأصل عندهم، ولكنهم إلى الاستثناء من هذا الأصل على نطاق ضيق، كما أنهم لا يعتبرون "العرف" أصلا تبنى عليه الشروط المقترنة بالعقد صحة وإلزاما كما فعل الحنفية[3].

ثانيا: ضوابط الاشتراط في عقد الزواج طبقا للقوانين الوضعية

من خلال المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري يتبين أن المشرع الجزائري أخذ بإباحة الاشتراط في عقد الزواج كأصل عام متأسيا بما ذهب إليه الفقه الحنبلي، حيث نص في المادة 19 على جواز الاشتراط ثم ذكر شرطين على سبيل المثال وركز عليهما، هما شرط عدم التعدد وشرط عمل المرأة وكلاهما شرطين تضعهما الزوجة، ثم في آخر نص المادة ذكر الضابط الوحيد لصحة هذه الشروط وهو عدم منافاتها لأحكام قانون الأسرة الجزائري، وأقرت بدورها تشريعات الأحوال الشخصية العربية -محل المقارنة-[4] الحق للزوجين في الاشتراط وتضمين عقد الزواج شروطا اتفاقية تخدم مصلحتهما أو مصلحة أحدهما اقتداء بالمذهب الحنبلي[5]، على أن هناك ضوابط معينة وضعتها هذه التشريعات وجب ألا تخالف هذه الشروط المقترنة بالعقد مضامينها.

1- شرط عدم مخالفة النظام العام[6]: يعتبر قيد النظام العام[1] أهم القيود الواردة على قيد الاشتراط في عقد الزواج، ورغم أن المشرع الجزائري لم ينص على هذا الضابط في قانون

---

[1]- فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، المرجع السابق، ص.373.

[2]- تاج الدين ابن عبد الكافي السبكي، الأشباه والنظائر، الجزء 1، المرجع السابق، ص.149.

[3]- فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، المرجع السابق، ص.383

[4]- نص المشرع المغربي على جواز الاشتراط في عقد الزواج في نصوص المواد 47 و48 من مدونة الأسرة المغربية، وأسماه المشرع التونسي خيار الشرط في نص الفصل 11 من مجلة الأحوال الشخصية، ونص المشرع العراقي في المادة 6 فقرة 3 من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أن الشروط المشروعة التي تشترط في عقد الزواج معتبرة يجب الوفاء بها، وفصل المشرع الأردني في مسألة الاشتراط في عقد الزواج في نصوص المادة 37 بفقراتها الأربع والمادة 38، وذكر المشرع السوري في المادة 14 من قانون الأحوال الشخصية السوري أحكام الاشتراط، في حين لم يبين المشرع المصري موقفه من الاشتراط في عقد الزواج كقاعدة صراحة إلا أنه ذكر بعض الشروط كشرط الزوجة عدم الزواج عليها في نص المادة 11 مكرر فقرة 2 من القانون رقم 25 لسنة 1929 وشرط عمل الزوجة في المادة 1 فقرة 4 من القانون رقم 25 لسنة 1920.

[5]- في تبرير أخذ أغلب التشريعات بالمذهب الحنبلي في الاشتراطات يقول محمد كمال إمام ومحمد أحمد سراج:" إن الخشية من اقتراب الزواج عندنا من الزواج المدني في الغرب ليست سببا مقنعا كذلك للعدول عن الأخذ بالمذهب الحنبلي في الشروط، ولن يؤدي الأخذ بهذا المذهب إلى أي تغيير طالما بقيت العوامل الاجتماعية وقيم السلوك المحافظة على التماسك الأسري تفعل فعلها وطالما تقيدت صحة الشروط بعدم مخالفة النظام الشرعي للأسرة". كمال الدين إمام، محمد أحمد سراج، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص. 103.

[6]- الشرط المخالف للنظام العام هو الشرط الذي قصد به الوصول إلى أمر ممنوع بنصوص القانون بتشويه هذه النصوص أو بالاحتيال عليها. ينظر حسن الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، المرجع السابق ، ص. 28.

الأسرة الجزائري إلا أنه وباعتبار مواد الأحوال الشخصية قواعد آمرة فهي بذلك من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها، ويتفق النظام العام مع مقاصد الزواج الشرعية[2].

وتلحق الآداب العامة[3] بالنظام العام فلا يجوز للشرط أن يخالف الآداب العامة، ويعتبر الشرط المخالف للآداب العامة الشرط الذي يكون غرض مشترطه الوصول إلى أمر لا يمنعه القانون وتمنعه الآداب العامة[4]، فيحظر بذلك على الأزواج تضمين عقد الزواج شروطا تخالف النظام العام والآداب العامة.

ومن أمثلة الشروط المخالفة للنظام العام اشتراط الزوج على زوجته ألا يطلقها أبدا، إذ يعد هذا الشرط غير ملزم لأن الطلاق من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على خلافه، أو اشتراط الزوجة غير المسلمة أن يكون أولادها من زوجها المسلم على دينها وإلا كان لها حق الطلاق فيعتبر هذا الشرط باطلا[5]، ويعتبر اشتراط الزوجة العمل في ملهى ليلي مخالف للآداب العامة ويعتبر الشرط باطلا، وذلك لتعارض هذا الشرط مع الآداب العامة التي تحكم المجتمعات العربية المسلمة في حين قد تعتبر هذه الشروط مشروعة في المجتمعات الغربية[6].

ورغم صعوبة تحديد وضبط مفهوم النظام العام والآداب العامة، إلا أن تحديدها وخاصة فيما يتعلق بالآحوال الشخصية يتصل اتصالا وثيقا بالشريعة الإسلامية باعتبارها المرجع التشريعي في هذه المسائل، مما يجعل النظام العام والآداب العامة لا تخرج في غالب الأحيان عن النظام الشرعي الإسلامي[7].

2- عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة: نص المشرع الجزائري في المادة 19 من ق.أ.ج على أنه:" للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في أي عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية... مالم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون"، وذهب المشرع المغربي إلى اعتماد هذا الضابط في المادة 47 من مدونة الأسرة المغربية والتي جاء فيها:" الشروط

---

[1]- عرف عبد الحي حجازي النظام العام بأنه:" مجموعة النظم والقواعد التي قصد بها إلى المحافظة على حسن سير المصالح العامة في الدولة وإلى ضمان الأمن والأخلاق في المعاملات بين الأفراد بحيث لا يجوز للأفراد أن يستبعدوها في اتفاقاتهم". نقلا عن علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، هامش رقم 5، ص.278.

[2]- فتيحة بوراق، الاشتراط في عقد الزواج دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون المغربي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2016، ص.31.

[3]- الآداب العامة هي مجموعة القواعد الخلقية التي تدين بها الجماعة في بيئة معينة، وعصر معين، وهي وليدة المعتقدات الموروثة، والعادات المتصلة، وما جرى به العرف، وتواضع عليه الناس. منقول عن علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، هامش رقم 3، ص.279.

[4]- حسن على الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 33.

[5]- إيمان لعريبي، الشروط المقترنة بعقد الزواج، مذكرة ماجستير قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2014، ص.46.

[6]- فاطمة حداد، ياسين حجاب، الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية،جامعة محمد بوضياف المسيلة، عدد5، مجلد2، ص.ص.239-273، ص. 251.

[7]- فتيحة بوراق، الاشتراط في عقد الزواج دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون المغربي، المرجع السابق، ص.31.

كلها ملزمة، إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وماخالف القواعد الآمرة للقانون فيعتبر باطلا والعقد صحيح"، وإن كان المشرع المغربي لم يسم قانون أو مدونة الأسرة كما فعل المشرع الجزائري في المادة 19 بنصه:" ...أحكام هذا القانون".

أما قانون الأحوال الشخصية الأردني وقانون الأحوال الشخصية السوري والعراقي فأقروا بأن الشروط الاتفاقية في عقد الزواج يجب ألا تخالف الشرع أو تخالف النظام الشرعي وألا تكون أي الشروط محظورة شرعا، أي أنهم أحالوا النظر في صحة هذه الشروط إلى الشريعة الإسلامية.

و نتساءل عن موقف المشرع الجزائري، وإذا ماكان قصد تقنين الأسرة بمواده 223 فقط، أم أنه يحيل إلى الشريعة الإسلامية على أساس أنه تتم الإحالة إليها بموجب المادة 222 من نفس القانون؟ ويبدو أن المشرع الجزائري بإقراره لنص المادة 32 من قانون الأسرة الجزائري والتي نص فيها على أنه:" يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، وبما أن مقتضيات العقد وآثاره هي من ترتيب الشارع فلا مناص من الرجوع إلى الشريعة الإسلامية لتحديد هذه المقتضيات، والتي قرر المشرع بطلان عقد الزواج إذا ماخالفها الشرط أو تنافى معها.

ومن الشروط التي تمس التزام المساكنة بشكل خاص وتعتبر مخالفة لقانون الأسرة الجزائري، تلك الشروط التي تتنافى مع الحقوق والواجبات المقررة للزوجين في نص المادة 36 من نفس القانون، فشرط عدم الوطء يعتبر إخلالا بقيام الروابط الزوجية(المادة 36 فقرة 01) واشتراط الزوجة ألا يعدل زوجها بينها وبين ضرتها مخالف لنص المادة 8 من ذات القانون، واشتراط الزوج على زوجته ألا ينفق عليها أو أن تنفق هي عليه أو أن نفقتها على أبيها مخالف للمادة 74 من نفس القانون[1].

3- جدية المصلحة في الاشتراط: بالنسبة لضابط المصلحة في الاشتراط نص عليها القانون الأردني صراحة في الفقرة أ من المادة 37 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، وحسب المشرع الأردني هذه المصلحة يجب أن تكون غير محظورة شرعا وألا تمس بحق غيره-أي غير المشترط-، وجاء في المادة 14 من قانون الأحوال السوري ألا تكون المصلحة محظورة شرعا ، أما المشرع المغربي فقد نص في المادة 48 من المدونة على أن:" الشروط التي تحقق فائدة مشروعة لمشترطها تكون صحيحة وملزمة لمن التزم بها من الزوجين"، وبذلك تكون المصلحة الجادة والمشروعة ضابطا للاشتراط.

[1]- العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.255.

وقال الغزالي معرفا المصلحة:" وأما المصلحة فهي عبارة عن جلب منفعة أو دفع مضرة ....فإن جلب المنفعة، ودفع المضرة مقاصد الخلق وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، لكنا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشارع.

ومقصود الشارع من الخلق خمسة : وهو أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم، وعقلهم ونسلهم، ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأحوال الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعها مصلحة" [1].

والمصلحة كضابط للاشتراط يجب أن تكون جدية ومشروعة، ومعنى كونها جدية أن الشرط فيه من المصلحة مايحقق انسجام الأسرة، أو لأنه يدفع عن مشترطه ضررا متوقعا قد يلحقه مستقبلا، أو أن الحاجة إليه تفرض اشتراطه[2]، على ألا ينافي هذا الشرط مقاصد عقد الزواج، فإن كان الشرط موافقا لغايات الزواج ومقاصده ومحققا لمصلحة مقصودة وجب الوفاء به، أما إذا كان الشرط منافيا للغاية الأساسية التي شرع عقد الزواج من أجلها يبطل الشرط رغم جدية المصلحة[3].

وتقدير جدية المصلحة وأهميتها يرجع إلى الموازنة بين المصلحة وبين الأضرار التي تنتج عنها أو عن عدم تقريرها، بحيث إذا بلغت المصلحة من الأهمية ما يزيد عن قيمة الضرر الذي يترتب على عدم قيام الحقوق واستعمالها كانت المصلحة جدية، فإن لم يكن لصاحب الحق مصلحة من وراء استعماله، أو كانت المصلحة ضئيلة ولا تتناسب مع الضرر الذي ترتبه اعتبر ذلك تعسفا في استعمال الحق[4].

ومن الشروط التي تحقق مصلحة للزوجة، شرط مواصلتها الدراسة، أو شرط بقائها في عملها أو مزاولتها العمل بعد الزواج.

وعند مقارنة مسألة ضوابط الاشتراط في الزواج بين الشريعة الإسلامية والقانون، نجد أن الفقه الإسلامي قيد الاشتراط بعدم منافاة الشرط للنظام الشرعي والذي يقابله النظام العام في الاصطلاح القانوني، أي هو الأحكام التي قامت دلائل الشريعة على أنها إرادة

[1]- أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، المستصفى من علم الأصول، الجزء الأول، المكتبة العصرية، لبنان، د.س.ن، ص313.

[2]- إيمان لعريبي، الشروط المقترنة بعقد الزواج، المرجع السابق، ص.46.

[3]- فاطمة حداد، ياسين حجاب، الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانون ومحدودية الممارسة، المرجع السابق، ص. 256.

[4]- فتيحة بوراق، الاشتراط في عقد الزواج دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون المغربي، المرجع السابق، ص.36.

الشارع في هذه الصلة الزوجية ومبانيها، ولأن الروابط الأسرية تقوم على تحقيق المصلحة العامة وتعتبر من النظام العام فلم ولا يجوز للأفراد تعديلها باشتراطاتهم[1].

المطلب الثاني

تطبيقات بعض الشروط الاتفاقية المعدلة لالتزام المساكنة

تعتبر تطبيقات الاشتراط في عقد الزواج ماسة وبشكل كبير بالتزام المساكنة باعتباره الأثر الأهم لهذا العقد، وتبعا لذلك توسع الشروط المقترنة بعقد الزواج الالتزامات المتفرعة عن التزام المساكنة أو تضيقها حسب الأحوال.

ومن خلال هذا المطلب سنتناول بالدراسة بعض الشروط، والتي آثرت تقسيمها إلى اشتراطات مالية وأخرى غير مالية باعتبار طبيعة الالتزام الذي تمس به هذه الشروط لا باعتبار الالتزام نفسه، ذلك أن تقسيم هذه الشروط إلى شروط متعلقة بالتزام السكن وأخرى متعلقة بالتزام الإحصان وأخرى متعلقة بالتزام المعاشرة بالمعروف، ينتج عنه خلط بين عناصر هذه الالتزامات، من ذلك أن بعض الفقه[2] يرى أن اشتراط عمل الزوجة وعدم الانتقال بها يدخل في إطار مساس الشروط بالتزام الإحصان، وكنت قد تناولت مسألة عمل الزوجة وانتقالها مع زوجها في مضمون التزام السكن بمسكن الزوجية[3]، كما أن التزام الإحصان بمضمونه الذي فصلنا فيه سابقا[4]، والذي يتضمن التزام المعاشرة الزوجية والتزام الإخلاص لا يمكن بأي حال تصور الاتفاق على مخالفته أو وضع شروط تقيده.

كما لم يسعفني تقسيم الشروط إلى شروط يضعها الزوج وأخرى تضعها الزوجة كون أغلب الاشتراطات المزمع مناقشتها تتعلق بالزوجة، فاستبعدت هذا التقسيم تجنبا لعدم التناسب بين التفريعات.

الفرع الأول

اشتراطات تتعلق بالجانب المالي في التزام المساكنة

تكتسي الاشتراطات المالية أهمية بالغة ورغم ذلك نجد أغلب عقود الزواج تخلو من هذه الشروط ومن غيرها، نظرا لقلة وعي وإدراك فائدة هذه الشروط في تنوير الزوجين ورسم حدود العلاقة الزوجية في جانبها المادي، والذي من شأنه أن يجنبهما الكثير من المشكلات ويبدد سوء الفهم ويرفع الحرج عنهما.

---

[1]- بوعلام سي ناصر، الاشتراط في عقد النكاح، المرجع السابق، ص.109.
[2]-فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص.ص 73- 76.
[3]- أنظر ص.ص 100- 104 من هذه الرسالة.
[4]- ينظر ص.ص 114- 130 من هذه الرسالة.

ومن بين هذه الشروط شروط متعلقة بالسكن(أولا)، وشرط إنفاق الزوجة على نفسها أو على زوجها (ثانيا)، وشرط كفيل لمهر الزوجة(ثالثا)، والاشتراطات المتعلقة بالأموال المكتسبة(رابعا).

أولا: الشروط المتعلقة بالسكن

سبق ورأينا في صفحات سابقة من هذه الرسالة[1]، أن الحق في السكن المنفرد ثابت للزوجة باتفاق جمهور الفقهاء ونصوص القوانين الوضعية-محل المقارنة-، لذلك فشرط السكن المنفرد للزوجة يعتبر من مقتضيات العقد ولا مسوغ لاشتراطه لأنه أثر لعقد الزواج.

إلا أنه وفي فروض معينة تقوم الحاجة لاشتراط الزوجة هذا الشرط ويكون ذا فائدة، ومثال ذلك أن يكون للزوج مسكن مستقل بمرافقه ولكنه يكون في دار من طابقين، فتشترط الزوجة أن يكون مسكنها بعيدا مستقلا عن هذه الدار وعن أهل زوجها لأنهم يؤذونها، ولأنه أي شرط السكن المنفرد للزوجة أثر من آثار عقد الزواج فإنه بذلك لا يؤثر على التزام المساكنة ويصبح الزوج ملزما بالوفاء بهذا الشرط متى رضي به رغم إعساره، لأنه بقبوله لهذا الشرط أسقط اعتبار حالته المادية في توفير المسكن والنفقة عموما.

ولنا بذلك تصور الشروط المتعلقة بالسكن والتي تؤثر على هذا الالتزام، كأن تشترط الزوجة أن تسكن ببيت أهلها، أوأن يشترط الزوج على زوجته أن تبقى تسكن ببيت أهلها[2]، أو اشتراط الزوج أن يسكن بمسكن زوجته إن كان لديها مسكن.

أما شرط الزوجة السكن ببيت أهلها فيعتبر مناقضا لمقاصد عقد الزواج وآثاره الشرعية التي تقتضي أن تنتقل الزوجة لبيت زوجها إذا ما دعاها لذلك[3]، فإذا ما اشترطت الزوجة هذا الشرط كان باطلا وتلزم الزوجة بالانتقال إلى مسكن الزوجية الذي وفره الزوج، أما في الحالة التي لم يوفر فيها الزوج المسكن الشرعي فتبقى الزوجة في بيت أهلها رغم دعوة الزوج لها بالالتحاق به، ولا يكون ذلك تنفيذا للشرط لأنه باطل بل يكون لعدم شرعية المسكن أو لعدم وجوده أصلا.

وبالنسبة لمسألة اشتراط الزوجة البقاء ببيت أهلها مادام الزوج مسافرا، وهو فرض حاصل ومتكرر الحدوث خاصة بالنسبة للزوج الذي يعمل في مكان بعيد أو الزوج الذي يهاجر لبلد آخر ويترك زوجته في منزل أهله، فهل يجوز لهذه الزوجة الاشتراط أن تبقى في بيت أهلها مادام الزوج في سفره؟ كما سبق بيانه يصبح واجبا على الزوجة الانتقال إلى

---

[1]- ينظر ص.58 من هذه الرسالة.

[2]- وهو نفسه الشرط الذي جعل بعض الفقه يقول بحرمة زواج المسيار الذي يحتوي على شرط عدم الانفاق وعدم إسكان الزوجة وقد سبق الإشارة إلى ذلك في صفحات متقدمة من هذه الرسالة. ينظر ص.ص 37- 40 من هذه الرسالة.

[3]- ينظر ص.ص 93، 100 من هذه الرسالة.

مسكن الزوجية متى دعاها الزوج إليه، لكن الأكيد في هذه الحالة أن مسكن الزوجية ليس هو بيت أهل الزوج - خصوصا إذا كان الزوج يتغيب فترات طويلة- بل هو أين يسكن الزوج، الذي يقع عليه التزام بأن ينقل زوجته إلى حيث يعيش، وبذلك يكون للزوجة في هذا الفرض أن تبقى في بيت أهلها مادام زوجها مسافرا ولا يكون ذلك لنفاذ شرطها ذاك وإنما لعدم وفاء الزوج بالتزام السكن وعدم نقل زوجته إلى حيث يعيش.

وأما اشتراط الزوج على زوجته السكن ببيت أهلها أي أن يسكن هو في بيتها فهذا أيضا شرط مناقض لمقتضى العقد، ذلك أن النفقة عموما ومن مشتملاتها المسكن واجبة على الزوج لزوجته، وأي شرط بإسقاطها أو إسقاط حق الزوجة في المسكن يكون باطلا.

والجدير بالذكر أن هناك حالات يسكن الزوج في منزل زوجته أو عند أهلها خصوصا إذا كان الزوج معسرا ليس لديه مسكن، أو كان عمله قريبا من مسكن أهل زوجته فيسكن عندهم من باب حرصهم على راحة ابنتهم وأسرتها وليس لنفاذ شرط كذاك، لأن حق الزوجة في المسكن ثابت بعقد الزواج وهو من مقتضياته التي لا يمكن الاتفاق على إسقاطها.

ثانيا: شرط إنفاق الزوجة على نفسها أو على زوجها

تعتبر النفقة من مقتضيات عقد الزواج التي تثبت للزوجة بالبناء سواء كانت هذه الزوجة موسرة أو غير ذلك، وأي شرط يتعلق بهذا الحق من جانب الزوجة والالتزام من جانب الزوج يمس بالتزام المساكنة، ومثل ذلك اشتراط الزوج على زوجته أن تنفق على نفسها وعليه أو أن تساهم في تحمل نفقات وأعباء الأسرة.

وعن رأي فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة اشتراط الزوج أن تنفق زوجته عليه وعلى نفسها، فيقولون أنه شرط فاسد، فعند الحنفية يبطل الشرط ويبقى العقد صحيحا[1]، أما المالكية فعندهم هذا الشرط يفسخ معه النكاح قبل الدخول ويثبت بعده بمهر المثل ويلغى الشرط بعد الدخول[2]، وأما الشافعية فقالوا إن كان شرط عدم الانفاق من جهة الزوج فهذا الشرط قادح في صحة النكاح فيكون النكاح باطلا، وإذا كان الاشتراط بعدم الانفاق من جهة الزوجة اعتبر الشرط غير قادح في النكاح فيفسد الشرط والنكاح جائز ولها النفقة[3]، وقال الحنابلة أن شرط عدم الانفاق هو من الشروط الفاسدة في نفسها غير مفسدة للعقد فهي باطلة أي الشروط والعقد صحيح[4]..

[1]- الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء.5، المرجع السابق، ص.175.
[2]- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء 2، المرجع السابق، ص238.
[3]- الشربيني، مغني المحتاج، الجزء 4، المرجع السابق، ص.ص 376-377. الماوردي، الحاوي الكبير، الجزء9، المرجع السابق، ص.506 وما بعدها.
[4]- ابن قدامة، المغني، الجزء 7، المرجع السابق، 94. البهوتي، كشاف القناع، الجزء 5، المرجع السابق، ص.98.

وبدوره المشرع الجزائري ساير جمهور الفقهاء واعتبر نفقة الزوجة واجبة على الزوج كأثر للزواج يكون حسب حالته المادية، وهو نفس الموقف الذي تبناه المشرع المغربي في نص المادة 194 من مدونة الأسرة المغربية والمشرع التونسي في الفصل 23 فقرة 3، والمشرع المصري في نص المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1925 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985، وكذا كل من المشرع العراقي والمشرع السوري والأردني في المواد 23 فقرة2 والمادة 72 والمادة 59 على التوالي من قوانين الأحوال الشخصية العراقي والسوري والأردني.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع التونسي ورغم تقريره أن نفقة الزوجة تكون على زوجها، إلا أنه جاء في نص المادة 23 وقرر حكما آخر هو أن الزوجة ملزمة بالمساهمة في الإنفاق على الأسرة إن كان لها مال، وهذا تأسيا بالمشرع الفرنسي[1]، وبذلك يثور التساؤل حول إمكانية اشتراط الزوج انفاق الزوجة عليه وعلى نفسها في القانون التونسي، لأن مساهمة الزوجة إن كان لديها مال في الانفاق على الأسرة ثابتة بنص الفصل 23 أعلاه؟ إلا أن الإعفاء الكلي للزوج من النفقة وطبقا لقرارات محكمة التعقيب التونسية غير وارد، حيث جاء في قرار لها أن على الزوج الانفاق على زوجته المدخول بها، واقتضى هذا القرار أن على الزوجة الانفاق على عائلتها إن كان لها مال ولكن لا يعدو ذلك أن يكون مساهمة ومساعدة منها، ولا يفيد ذلك أن تنفق على نفسها وإعفاء الزوج كليا من واجب الانفاق، واعتبرت محكمة التعقيب أن القرار الذي قرر أن عمل الزوجة وتقاضيها لمقابل مالي يعفي زوجها من واجب الانفاق معرض للنقض[2].

أما مسألة اشتراط الزوج أن تنفق الزوجة في حالة إعساره، فيجب التذكير أن فقهاء الشريعة الاسلامية اختلفوا حول إنفاق الزوجة من مالها، فاعتبرها البعض متبرعة وبذلك لا يجوز لها الرجوع على زوجها بما أنفقته في عسره، بينما يرى البعض أن ما أنفقته يصبح دينا في ذمة الزوج يجب عليه رده، وهذا بالنسبة للنفقة التي لم تفرض لا بحكم القضاء ولم يتم الاتفاق عليها بين الزوجين، فاعتبر الشافعية والحنابلة أن النفقة تصير دينا في ذمة الزوج من وقت وجوبها أو امتناع الزوج عن أدائها ولم يفرقوا بين زوج معسر أو موسر[3]، وقال المالكية بأن نفقة الزوجة تثبت دينا في ذمة الزوج ولكنهم فرقوا بين الزوج الموسر والزوج المعسر، واعتبروا الزوجة متبرعة في حالة إعسار زوجها وليس لها حق مطالبته بما مضى

[1]- المواد 213و214 من القانون المدني الفرنسي.

[2]- قرار تعقيبي مدني، عدد 4301 مؤرخ في 14 أفريل 1981، ن. 1981.ق.م.ج.أ، ص. 195. منقول عن محمد الحبيب الشريف، المرجع السابق، ص. 70.

[3]- إبراهيم بن عبد الله بن يوسف الشيرازي، المهذب، الجزء الثاني، دار الفكر، لبنان، د.س.ن، ص.164. ابن قدامة ، المغني، الجزء8، المرجع السابق، ص.202- 205.

من النفقة بعد يساره[1]، وقال الظاهرية بأن الزوج إن لم يقدر على النفقة سقطت عنه وإذا ما أنفقت الزوجة من مالها في عسره اعتبرت متبرعة[2].

وأخذت بدورها التشريعات محل المقارنة برأي الفقهاء في وجوب إنفاق الزوجة على أسرتها في حالة إعسار الزوج، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 76 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:" في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إن كانت قادرة على ذلك"، ويبدو من صياغة المادة أن المشرع اقتصر على نفقة الأولاد ولم يقل نفقة الأسرة مما يفيد إخراج الزوج وعدم شمله بهذا الإنفاق، وأخذ المشرع المغربي بنفس الحكم وقرر في المادة 199 من مدونة الأسرة المغربية أن نفقة الأولاد تجب على الأم إذا أعسر الزوج كليا أو جزئيا وكانت الأم موسرة، إلا أنه زاد على ذلك تحديد هذه النفقة والتي تكون بمقدار ماعجز عنه الأب، وأخذ بذلك المشرع التونسي في الفصل 39 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية والمشرع السوري في نص المادة 80 فقرة 3 من قانون الأحوال الشخصية السوري والمشرع المصري في المادة 6 من القانون رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985.

فإذا ما اشترط الزوج على زوجته الانفاق على أسرتها في عسره صح هذا الشرط، ذلك أن ظرف إعسار الزوج يجعل هذا الشرط غير منافي لمقاصد عقد الزواج رغم منافاة هذا الشرط لها دون الظرف، ومتى ما أيسر الزوج يصبح هذا الشرط لاغيا باطلا دون الحاجة إلى إسقاطه لأن ظرف الإعسار قد زال.

هذا ويرى بعض الفقه أنه يجب إعادة النظر في شرط نفقة الزوجة على نفسها وعلى زوجها، أو مساهمتها في الإنفاق نتيجة التحولات الحاصلة في مجتمعاتنا العربية، من خروج المرأة للعمل ومساهمتها الفعلية في الإنفاق وكذا تراجع القوة الشرائية للزوج، إذ أنه وفي غياب نصوص تشريعية تنظم تغير الأدوار أو على الأقل المساس بأهم دور للزوج وهو الإنفاق، لا يبقى إلا الشروط التي يضعها الزوجان حسب ما يريانه صالحا لتنظيم أمورها المادية، رغم ما قد ينجر عن هذا الأمر من انتقادات باعتبار أن مثل هذه الشروط تقلب الأدوار بين الزوجين[3]، فيما يشكل مساسا بالتزام المساكنة.

ويعلق الأستاذ الخمليشي في هذا الصدد قائلا:" إن التشدد الفقهي في موضوع الاتفاق بين الزوجين بشأن النفقة، سيما في حالة وجود هذا الاتفاق في صورة شرط عند إبرام عقد الزواج ليس له أساس متين، فهذا الشرط لا يصادر قاعدة آمرة من الأحكام الشرعية ولا يتعارض مع مقاصد العقد لأن منافاة الشرع أو مناقضته للعقد إنما تتحقق في الحالات التي

[1]- ابن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء 2، المرجع السابق، ص.517.
[2]- ابن حزم، المحلى، الجزء9، المرجع السابق، ص.255.
[3]- فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص. 124

يهدم فيها الشرط أحد الأهداف الجوهرية لعقد الزواج، أو يمس مساسا خطيرا بحرية أحد الطرفين أو يصادر حقا من حقوقه الأساسية، واشتراط الزوجة الإنفاق على أولادها وأبويها مثلا، واشتراط الزوج على الزوجة ذات الدخل المساهمة في نفقة البيت الزوجي، يندرج ضمن المصالح المشتركة بين الزوجين وتوزيع الالتزامات بينهما دون أن يخل بالقواعد الأساسية لنظام الزواج"[1].

وترى فتيحة الشافعي إلى جانب الأستاذ الخمليشي أنه:" يمكن للزوجة أن تلتزم بالإنفاق على نفسها أو على زوجها كليا أو جزئيا بإدراج شرط بذلك في عقد الزواج أو ببند لاحق له، وإذا تبين مع طول العشرة بينهما أن في ذلك الشرط أو البند المدرج إرهاقا للملتزم به يمكن للقضاء التدخل لتعديله وفق الظروف"[2].

ثالثا: الشرط المتعلق بالصداق

نتناول الشروط المتعلقة بالصداق كون أن استيفاء الزوجة لصداقها يجعلها ملزمة بالالتحاق ببيت الزوجية إذا ما دعاها زوجها إليه، وكان قد جهزه لها مستوفيا شروطه الشرعية.

وبالإضافة إلى إمكانية أن تحدد الزوجة نوع صداقها بأن يكون من المصوغ أو النقود وكذا تعجيل كامل صداقها أو جزء منه، يجوز للزوجة أن تشترط كفيلا لمهرها[3]، وأن تشترط أيضا شيئا من المهر لأحد والديها.

والصداق باتفاق الفقهاء حق واجب للمرأة على الرجل بدليل نص الكتاب والسنة والإجماع، وهو أثر من آثار العقد المترتبة عليه[4]، فإذا اشترطت الزوجة أو وليها على والد الزوج أو أي شخص آخر يضمن وفاء الزوج بالمهر كاملا، يكون شرطها صحيحا باتفاق الفقهاء لأنه يضمن الوفاء بأحكام العقد، فإذا ما قصر الزوج في الوفاء بالمهر أو جزء منه مع وجود هذا الشرط كان الكفيل ضامنا لكل ذلك حسب ماتقتضيه أحكام الكفالة، ويكون للكفيل أن يرجع على الزوج فيما وفاه من صداق مفروض لزوجته[5].

واختلف الفقهاء فيمن تزوج امرأة واشترطت عليه في صداقها عطاء يحابي به الأب أو الأم على ثلاثة أقوال، قال الحنفية أن الصداق لازم والشرط صحيح[6] وقال الحنابلة بأنه

---

[1]- أحمد الخمليشي، التعليق، الجزء 2، ص..ص247،285،286. نقلا عن فتيحة الشافعي، المرجع نفسه، ص.125.

[2]- فتيحة الشافعي، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

[3]- فتيحة بوراق، الاشتراط في عقد الزواج دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون المغربي، المرجع السابق، ص.43.

[4]- نور الدين أبو لحية، الحقوق المادية والمعنوية للزوجة برؤية مقاصدية، المرجع السابق، ص.ص22.23.

[5]- فتيحة بوراق، الاشتراط في عقد الزواج دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون المغربي، المرجع السابق، ص.43.

[6]- ابن عابدين، رد المحتار، الجزء 3، المرجع السابق، ص.136.

بجوز للأب أن يشترط شيئا من المهر لنفسه دون سائر العصبة وقيد ابن قدامة هذا الشرط بعدم إجحاف الأب[1]، وذهب الشافعية إلى أنه لا يصح للأب أن يشترط عطاء لنفسه من مهر ابنته وإن فعل فالشرط فاسد ولها مهر المثل[2]، أما المالكية فقالوا إن كان الشرط عند النكاح فهو لابنته أي المهر، وإذا كان الشرط بعد النكاح فهو له[3].

ويبدو من خلال آراء الفقهاء أن مرد خلافهم حول صحة هذا الشرط هو احتمال استغلال الأب لابنته وسلبها صداقها الذي هو حق لها بموجب عقد الزواج، خاصة إذا كانت الفتاة صغيرة، أما والحال أن الزوجة تكون عاقلة راشدة وهي من تشترط على زوجها أن يكون جزءا من المهر لأبيها فلا غبار على شرط كهذا، ويعتبر تصرفا من الزوجة فيما لها من حقوق مستقلة عن الزوج.

رابعا: الشروط المتعلقة بالأموال المكتسبة بين الزوجين

يستقل كل من الزوجين بما يملكه من أموال قبل الزواج وكذلك ما يمتلكه أثناء الحياة الزوجية بسبب من أسباب التملك، كما أن الزوجين قد يتلقيان بعد الزواج أموالا تأخذ صورة هدايا بمناسبة الزواج أو ما يستجد بعدها من مناسبات أثناء الحياة الزوجية، فتلك الهدايا تدخل في ملك من تأتي باسمه، فإن لم يصرح المهدي وتعذر السؤال يراعى عرف البلد ولمن تصلح الهدية للرجال أم للنساء، وتعتبر الهدايا التي تقدم بمناسبة الزواج لرعاية مصالح كلا الزوجين أموالا مشتركة بينهما مالم يقم دليل على خلاف ذلك[4].

والأصل العام الذي قررته الشريعة الإسلامية هو استقلال ذمة المرأة عن زوجها، وعنيت الشريعة الإسلامية بحفظ ذمة المرأة المالية[5]، ويقول الأستاذ محمود شلتوت في هذا الصدد:" ولا نعلم أحدا من فقهاء الإسلام رأى أن النصوص الواردة في مباشرة التصرفات خاصة بالرجل دون المرأة، فأباح لها أن تملك وأن تتصرف فيما تملك وأباح لها توكيل غيرها فيما لا تريد مباشرته بنفسها، وأباح لها أن تضمن غيرها وأن يضمنها غيرها وأباح لها كل ذلك على نحو ما أباحه للرجل سواء بسواء"[6].

---

[1]- ابن قدامة، المغني، الجزء7، المرجع السابق،ص.225. البهوتي، كشاف القناع، الجزء 5، المرجع السابق، ص.ص 136.137. علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005، ص.101.

[2]- الشافعي، الأم، الجزء 5، المرجع السابق، ص.79.

[3]- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء3، ص.53.

[4]- عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص.ص109.110.

[5]- خليفة علي الكعبي، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي، ط.1، دار النفائس، الأردن، 2010، ص.ص47.48.

[6]- محمود شلتوت، الإسلام شريعة وعقيدة، المرجع السابق، ص.239.

أما الاشتراط حول الأموال المكتسبة بين الزوجين فيكون إذا اتفق الزوجان واعتمدا نظام الاشتراك في الأموال المكتسبة، والذي يعرف على أنه:" النظام المالي للزوجين هو مجموعة القواعد التي تحدد علاقة كل من الزوجين بأمواله وأموال الزوج الآخر، وعلاقتهما معا بالأموال المشتركة"[1].

وقد تبنى المشرع الجزائري هذا الشرط التشاركي لإدارة وتسيير أموال الزوجين، بموجب تعديل قانون الأسرة الجزائري بالأمر 05-02 في المادة 37 فقرة 2 التي نصت على أنه:" غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما"، ولعل أهم أسباب تبني هذا النظام هو النمط الجديد للمعيشة والذي انعكس على حياة الأسرة المعاصرة، الأمر الذي أصبح يقتضي تعاون الزوجين لتوفير متطلبات الأسرة وتحمل أعبائها في ظل غلاء المعيشة وتعدد احتياجات الأسرة وكثرتها، إذ أصبح من الصعب تسيير الأسرة بدخل واحد[2].

وبدوره المشرع المغربي اعتبر استقلال الذمة المالية للزوجين هو الأصل وأجاز للزوجين أن يتفقا على ما يملكه كل واحد منهما من أموال قد يكتسبها أثناء قيام الحياة الزوجية، وفوض المشرع المغربي إلى العدلين أمر تنبيه الزوجين إلى الاتفاق على تدبير ما اكتسباه من أموال أثناء فترة الزواج وتوثيقها في عقد مستقل، في محاولة من المشرع المغربي لإنصاف المرأة، حيث ترك أمر تقويم هذه الأموال في حالة عدم الاتفاق إلى القواعد العامة مع مراعاة مجهود كل واحد من الزوجين، ومحاولة إنصاف المرأة التي قد تساهم بقسط وفير في إنماء ثروة زوجها وعند الطلاق يستأثر الزوج بكل تلك الثروة، ومسألة اقتسام الثروة تجد لها أعرافا في المغرب - جنوب المغرب- فيما يعرف بحق الكد والسعاية[3] وهو من الحقوق العريقة الإسلامية.

أما المشرع التونسي فصار إلى أبعد من ذلك إذ استحدث وبموجب القانون رقم 94 المؤرخ في 1998/11/9 قانونا كاملا خاصا بنظام الاشتراك في الأموال بين الزوجين، حيث أقر المشرع التونسي من خلال هذا القانون أن نظام الفصل بين أموال الزوجين هو الأصل، وأقر نظاما اختياريا هو نظام الاشتراك في الأملاك نظرا لمساهمة المرأة في

---

[1]- خليفة علي الكعبي، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي، المرجع السابق، ص.73.

[2]- ينظر في هذه الأسباب وغيرها إيمان لعريبي، الشروط المقترنة بعقد الزواج، المرجع السابق، ص.93.

[3]- هناك قرارات وأحكام كثيرة في موضوع حق الكد والسعاية من ذلك، قرار المجلس الأعلى رقم 44 لسنة 1978 والذي جاء فيه:" الاستفادة التي تحصل للزوجين إذا ثبت أن ما استفاداه ناتج عن عملهما المشترك تجعل حق الكد والسعاية ثابتين للزوجين، وتستحق -الزوجة- بذلك نسبة من الثروة المنشئة خلال فترة الحياة الزوجية"، وقرارالمجلس الأعلى رقم 177 الصادر بتاريخ 12 ماي 1980 والذي جاء فيه:" تراعى في تقدير السعاية بعد ثبوتها :الدمنة، وحق باقي بالسعاية على قدر عمله، لا فرق بين الذكر والأنثى فيما هو مستفاد خلال فترة الحياة الزوجية". منقول عن محمد الأزهر، المرجع نفسه، هامش رقم 301، ص.101.

الحركة الاقتصادية، إلا أنه قصر هذا النظام المالي الجديد على العقارات دون المنقولات وبالتحديد مسكن العائلة الذي تم اقتناؤه أثناء الحياة الزوجية[1].

في حين لم تتطرق كل من قوانين الأحوال الشخصية لكل من مصر والأردن وسوريا والعراق إلى نظام الأموال المكتسبة بين الزوجين.

تجدر الإشارة أنه بالنسبة للقانون المصري كان قد جاء في المادة 33 من لائحة المأذونين الصادرة بقرار وزير العدل المؤرخ في 04 جانفي 1955، والتي تم تعديلها بقرار وزير العدل رقم 1727 الصادر بتاريخ 15 أوت 2000 الآتي:" يبصر الزوجان أو من ينوب عنهما، لما يجوز لهما الاتفاق عليه في عقد الزواج من شروط ومنها على سبيل المثال:

الاتفاق على من تكون له ملكية منقولات منزل الزوجية.
الاتفاق على من يكون له حق الانتفاع وحده بمسكن الزوجية في حالتي الطلاق والوفاة..."، بما يفيد جواز اتفاق الزوجين في القانون المصري على نظام للأموال المكتسبة في الزواج.

وبالنسبة للمشرع الفرنسي فأتاح للزوجين تنظيم علاقاتهما المالية في عقد خاص يعرف بمشارطة الزواج[2]، وتبرز الإدارة الحرة للزوجين في تعيين شروط وأحكام مشارطة الزواج، أما مالم تتناوله هذه المشارطة فيخضع لأحكام القانون[3].

---

[1]- إيمان لعريبي، الشروط المقترنة بعقد الزواج، المرجع السابق، ص.100.

[2]- اعتمد المشرع الفرنسي بشأن تنظيم العلاقات المالية في إطار مؤسسة الزواج أربع أنواع من الأنظمة المالية الأساسية ذات طبيعة اختيارية وهي: **أولا- نظام الاشتراك القانوني في المكتسبات:** ويعرف أيضا بنظام الأموال المشتركة وتنظمه مقتضيات ثلاثة فصول(مواد) في الكتاب الثالث من القانون المدني الفرنسي 1497،1498،1570 ومضمونه أن كل الأموال المكتسبة من تاريخ الزواج تصبح مشتركة بين الزوجين وتشكل كتلة واحدة تقسم عند انتهاء الزواج.
ثانيا- نظام فصل الأموال: وهو نظام يقر مبدأ استقلال الذمة المالية لكل واحد من الزوجين خلال وبعد الحياة الزوجية، وبإبرام الزوجين لعقد الزواج في إطار نظام فصل الأموال فإنهما يخرجان أنفسهما من النظام القانوني العام ويدخلان في إطار النظام الاتفاقي الخاص الذي أخضعا أنفسهما له.
ثالثا- نظام المساهمة في المكتسبات: وهو نظام تنظمه مقتضيات الفصول 1569،1581،2187،2187 من القانون المدني الفرنسي، وبمقتضاه يحتفظ كل واحد من الزوجين بحريته في التدبير والتصرف والانتفاع دون تميز بين ماهو مملوك له قبل الزواج أو تملكه بعد الزواج مهما كان مصدر التملك.
رابعا- نظام الاشتراك الاتفاقي: تؤطر هذا النظام المادة 1527 من القانون المدني الفرنسي والتي عدلت بالقانون 1135 لسنة 2001، وهذا النظام يؤسس على التراضي والاتفاق بين الزوجين وبمقتضاه يدرج الزوجان عدة شروط لتغيير نظام الاشتراك القانوني، وهذا النظام وبحكم طبيعته الاتفاقية يمكن أن يتمثل في عدة نماذج وأشكال منها، حالة الاشتراك الكامل وبمقتضاه يتفق الزوجان على أن تصبح جميع أموالهما عقارات كانت أو منقولات حالة أو مستقبلية مشتركة بينهما، على= =أن أموال المتوفى منهما تنتقل إلى من بقي منهما على قيد الحياة، وهناك حالة الاشتراك في المنقولات والمكتسبات التي كرستها المادة 1498 من القانون المدني الفرنسي، وكذا حالة اتفاق الزوجين على طريقة إدارة الأموال المشتركة بينهما طبقا للمادة 1504 من القانون المدتي الفرنسي. ينظر في تفصيل ذلك، أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري وفقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية نقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، مصر 2010، ص.ص151-152.

[3]- عمر صلاح مهدي العزاوي، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص.ص .255.254
Marie Cresp(Coord) et autres, Droit de la famille, droit français, Eupopéen, international et comparé , op.cit,p.144.

ونص المشرع الفرنسي في المواد من 1400 إلى 1527 من ق.م.ف الواردة في نظام الاشتراك المالي على أن أموال الزوجين الحاضرة والمستقبلية سواء كانت منقولات أو عقارات مشتركة بينهما، ويخول القانون للزوجين في نظام المساهمة في المكتسبات -وهو أكثر الأنظمة شيوعا في فرنسا- اقتسام الأموال التي اكتسباها خلال الزواج عند إنحلاله، ويكون لكل واحد من الزوجين قيمة نصف الأموال المكتسبة[1].

وإذا ما حاولنا بيان تأثير اتفاقات الزوجين حول الأموال المكتسبة بينهما على التزام المساكنة يظهر أن هذه الاشتراطات لاتحد أو تمد من هذا الأخير، بل إنها تدخل ضمنه تحت ما يسمى بتعاون الزوجين على رعاية مصالح الأسرة، والتي أصبحت نظرا لتطور الحياة وتعدد الحاجات تتطلب أكثر من ممول ومساهم - حتى لا نقول معيل-.

الفرع الثاني

الاشتراطات غير المالية

تدخل أغلب الاشتراطات التي نتناولها في هذا الفرع ضمن ما يعتبره الجمهور شروطا باطلة لا يجب الوفاء بها، في حين اعتبرها الحنابلة ملزمة للزوج، وسنعدد فيما يلي جملة من هذه الشروط والتي تمس بمقتضيات التزام المساكنة بين الزوجين.

أولا: شرط عمل المرأة

إذا كان الزواج أو التزام المساكنة بشكل أخص يفرض على الزوجة القرار في مسكن الزوجية وعدم مغادرته، فتجب الإشارة ابتداء إلى أن اشتراط الزوج على زوجته عدم العمل والقرار في بيتها لا طائل منه إذ أن هذا ما يفترضه عقد الزواج، وعليه إذا أرادت المرأة استمرارها في مزاولة عملها فعليها أن تشترط ذلك، ويعتبر هذا الشرط قيدا على التزام المساكنة بالنسبة للزوج يحد من حق الاحتباس المقرر له على زوجته وما يتصل به من أحكام النفقة وغيرها.

وكان المشرع الجزائري قد خص شرط عمل المرأة بالذكر في المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري:" للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، مالم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون"، وبذلك يجوز للزوجة أن تشترط على زوجها ألا يمنعها من العمل متى أرادت البحث عن وظيفة وكذلك ألا يوقفها عن العمل إن كانت تعمل أصلا[2].

[1]- خليفة على الكعبي، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي، المرجع السابق، ص.80.
[2]- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية نقدية مقارنة، المرجع السابق، ص.131.

ولم يتطرق المشرع المغربي إلى شرط عمل المرأة صراحة في مدونة الأسرة المغربية إلا أنه ومن خلال المادة 48 فقرة1 والتي نصت على أنه:" الشروط التي تحقق فائدة مشروعة لمشترطها تكون صحيحة وملزمة لمن التزم بها من الزوجين"، ويتضح أن المشرع المغربي أتاح للزوجين حرية اشتراط كل ما من شأنه أن يحقق فائدة مشروعة لمشترطيه من الزوجين ويصبح الطرف الآخر الذي قبل الشرط ملزما به، تماشيا مع القاعدة الفقهية التي تؤكد على أن من التزم بشيء لزمه[1]، ولا يخرج اشتراط المرأة على زوجها استمرارها في العمل عن هذا الإطار، إذ يحقق فائدة مشروعة للمرأة.

ولم ينص المشرع التونسي على شرط عمل المرأة ولم يشترط حصولها على إذن الزوج للخروج للعمل، مما يفيد إجازة المشرع التونسي لشرط عمل المرأة وإلزام الزوج به خصوصا وأنه يتبنى سياسة المساواة بين الرجل والمرأة، وحيث ألزم الزوجة بالمساهمة في الإنفاق مع بقاء التزام الزوج بها التزاما رئيسيا، مما يعني أن مجلة الأحوال الشخصية التونسية تجيز بشكل أو بآخر عمل الزوجة بدون إذن زوجها وبالأولى فإنها تجيز شرط عمل الزوجة[2].

أما المشرع المصري وإن لم ينص هو الآخر على شرط عمل المرأة إلا أنه ومن خلال نص المادة 1 من القانون رقم 25 لسنة 1920 المعدل بموجب القانون رقم 100 لسنة 1985، والمتعلقة بالنفقة والتي لم تعتبر خروج المرأة للعمل المشروط مسقطا للنفقة، وبذلك لايكون للزوج منع زوجته من الخروج للعمل إذا اشترطت عليه في عقد الزواج مزاولتها لعملها فلها الحق في أن تعمل[3].

ونص المشرع الأردني في المادة 37 فقرة أ من قانون الأحوال الشخصية الأردني وهو بصدد ذكر أمثلة عن الشروط التي تشترطها الزوجة، على شرط أن لا يمنعها الزوج من العمل خارج البيت إلى جانب شروط أخرى، وجعل هذا الشرط متوقف على أن لايمس حق غيرها أي الزوجة وتتحقق لها به مصلحة مشروعة، كما نجد المشرع الأردني أقر للزوج اشتراط عدم عمل الزوجة خارج البيت، وقد يتبادر إلى الذهن سؤال حول ماهو مصير عمل الزوجة إذا لم تضع شرطا يقضي بمواصلة عمله،ا ولم يضع الزوج هو الآخر شرطا يقضي بامتناعها عن العمل؟ وهنا تتقرر آثار الزواج إذا غابت الشروط بحكم الشرع، والذي يقضي بقرار الزوجة في بيتها وحق زوجها في احتباسها مقابل نفقته عليها كما سبق بيانه.

[1]- محمد الشافعي، شرح مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق، ص.40.
[2]- عمر صلاح مهدي العزاوي، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص.87.
[3]- المرجع نفسه، ص.ص 90.91.

وتجدر الإشارة أن المشرع الأردني لم يقصد عمل الزوجة مطلقا بل حصره في العمل خارج البيت، بما يفيد أن العمل داخل البيت جائز للزوجة ولا يحق للزوج منعها منه حتى لو لم تشترط عليه مواصلة العمل، ويفتح هذا الباب للتساؤل حول الغرض من تعليق عمل الزوجة على إذن الزوج أو على شرط مضمن في العقد، هل يكون من أجل تحقيق حق الرجل في الاحتباس وواجب القرار في البيت المفروض على الزوجة، وهو مايدخل ضمن وفاء الزوجة بالتزام السكن ببيت الزوجية، أم أنه يدخل ضمن الوفاء بالتزام الإخلاص والعفة المفروض على الزوجة، فإذا كان المقصود من احتباس المرأة وعدم خروجها للعمل هو أن تتفرغ لزوجها وتمكنه من نفسها، فهذا قد لا يتحقق بالعمل داخل البيت والذي بانشغال الزوجة به قد تفوت على الزوج الكثير من حقوقه، أما إذا كان المقصود بمنعها من العمل خارج البيت تحقيقا لالتزامها بالإخلاص والعفة فهذا متحقق ببقائها في مسكن الزوجية رغم مزاولتها للعمل داخله.

وبالنسبة للمشرع السوري لم يصرح هو الآخر بشرط عمل المرأة، إلا أنه نص في المادة 14 فقرة 2 من قانون الأحوال الشخصية السوري على صحة وإلزامية الشرط المقيد لعقد الزواج، والذي يحقق للمرأة مصلحة غير محظورة شرعا ولا تمس حقوق غيرها ولا تقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة المشروعة، ويقول الأستاذ عبد الرحمان الصابوني في هذا الصدد معلقا على مسألة الاشتراط في عقد الزواج في القانون السوري:"كل شرط فيه مصلحة للزوجة ولا يمس حقوق الزوج أو الضرة، أو غير المتزوجين فهو شرط صحيح لازم الوفاء به مادام كل منهما حريص على الحياة الزوجية، راغبا البقاء مع الزوجة، وكذلك كما لو شرطت عليه ...أن لا تترك وظيفتها"[1].

ولم يتطرق المشرع العراقي هو الآخر لشرط عمل المرأة واكتفى بالنص في المادة 6 فقرة3 من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أن الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الوفاء بها، ويدخل عمل المرأة لا شك ضمن الشروط المشروعة، كما أن المشرع العراقي أجاز خروج الزوجة لممارسة عملها في الوظائف العامة وفي حالة معارضة الزوج لا تعتبر ناشز إذا لم تستجب له وبالتالي لا تسقط نفقتها[2]، فإن لم يكن المشرع العراقي يقيم وزنا لإذن الزوج في عمل الزوجة فالأولى اعتباره الشرط الذي يقضي بعملها بعد الزواج ملزما للزوج.

[1]- ينظر إيمان لعريبي، الشروط المقترنة بعقد الزواج، المرجع السابق، ص.145.

[2]- عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص.88.

ثانيا: شرط الزوجة عدم الزواج عليها

وجب أولا بيان أن الأصح أن نقول شرط الزوجة عدم الزواج عليها وليس شرط الزوجة عدم التعدد، لأن الأول يفيد ألا يتزوج زوجها بعدها مادامت في عصمته فإن كان له زوجة قبلها لم يعنها الشرط لأنه منصرف إلى مابعد زواجه بالمشترطة، أما الثاني وهو شرط عدم التعدد فينصرف إلى ما قبل زواج المشترطة وما بعده، فيفيد هذا الشرط أن تبقى هي الوحيدة في عصمته فإن كانت هي الأولى فلا يثير ذلك إشكالا ويلحق حكمه بالشرط الأول، أما إن كانت له زوجة قبلها فيفيد الشرط أن يطلق من قبلها وألا يتزوج عليها، وشرط تطليق الضرة باطل باتفاق الفقهاء لحديث رسول الله ﷺ :" لايحل لامرأة تسأل طلاق أختها لتستفرغ صحفتها، فإن لها ما قدر لها"[1].

وأما شرط الزوجة عدم التزوج عليها هو قول الحنابلة الذين ناصروه ودافعوا عنه وعرفوا بأنهم عمدة القائلين به، وهذا القول صحيح بالنسبة إلى بعض الصحابة رضي الله عنهم ومروي عن طائفة من فقهاء التابعين ومن بعدهم[2]، دون الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية الذين صححوا العقد وأبطلوا الشرط، وبه قال ابن حزم الظاهري الذي أبطل العقد والشرط[3].

وفي القانون الجزائري، صار هذا الشرط معتبرا من الناحية القانونية بموجب تعديل 2005 لقانون الأسرة الجزائري، فإذا ما اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها فقبل بهذا الشرط وجب عليه الوفاء به، وإذا أراد التخلص من هذا الشرط لسبب أو لآخر فعليه إقناع زوجته بإعفائه من هذا الشرط[4]، وهو ما سارت عليه المحكمة العليا في اجتهادها القضائي واعتبرت شرط الزوجة عدم الزواج عليها لا يقتضيه العقد ولا ينافيه، فإن خالف الزوج الشرط وتزوج كان للمرأة طلب التطليق طبقا للمادة 53 فقرة 9 من قانون الأسرة الجزائري واستيفاء كامل حقوقها الشرعية[5].

وأقر المشرع المغربي شرط الزوجة عدم التزوج عليها في مدونة الأسرة المغربية وجعله قيدا على تعدد الزوجات، إذ جاءت المادة 40 من نفس المدونة صريحة تنص على أنه:"يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها"، فإذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها فإن إمكانية

---

[1]- البخاري، صحيح البخاري، الجزء7، المرجع السابق، ص.21، ح.رقم 5152.

[2]- حسن عبد الغني أبو غدة، حق المرأة في اشتراط عدم الزواج عليها، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، المملكة العربية السعودية، 2005، ص.68.

[3]- ينظر في تفصيل أدلة المجيزين لشرط المرأة عدم التزوج عليها وأدلة المانعين لهذا الشرط ومناقشتها حسن عبد الغني أبوغدة، حق المرأة في اشتراط عدم الزواج عليها، المرجع السابق، ص..ص 35-66.

[4]- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية نقدية مقارنة، المرجع السابق، ص. 255.

[5]- العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.255.

التعدد تكون قد حسمت من البداية، فالزوج يقيد بهذا الشرط ويمنع من التعدد مادام مرتبطا بالمشترطة[1]، والمنع المقرر هنا في حالة وجود الشرط يتقرر حتى لو وجد مبرر موضوعي وحتى لو كان الزوج يستطيع الإنفاق ويمكنه العدل بين زوجاته، فهذا الشرط جاء حاسما، بل إن الزوج لا يستطيع حتى تقديم طلب الإذن بذلك للمحكمة طبقا لما جاء في المادة 42 من نفس المدونة والتي قضت بأن:" وفي حالة عدم وجود شرط الامتناع عن التعدد، يقدم الراغب فيه طلب الإذن بذلك إلى المحكمة".

وبدوره أقر المشرع المصري بحق الزوجة في الاشتراط على زوجها ألا يتزوج عليها، وهذا في المادة 01 من القانون رقم 100 لسنة 1985، عندما كان بصدد تقرير حق الزوجة في التطليق إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي جراء زواجه عليها.

واعتبر المشرع الأردني شرط الزوجة عدم التزوج عليها صحيحا ملزما للزوج طبقا للمادة 37 من ق.أ.ش.أ، ويترتب على عدم الوفاء بهذا الشرط فسخ العقد بطلب من الزوجة مع المطالبة بسائر حقوقها لأن هذا الشرط حسب المشرع الأردني يتعلق بمصلحة مشروعة للزوجة ولا يمس حق غيرها.

أما المشرع السوري ورغم أنه لم ينص على شرط الزوجة عدم التزوج عليها، إلا أنه وفي نص المادة 14 من قانون الأحوال الشخصية السوري جعل الشروط الصحيحة نوعان، شروط يلتزم الزوج بالوفاء بها بمعنى أن القضاء يجبره على تنفيذها وهي شروط تكون فيها مصلحة مشروعة للزوجة ولا تمس حقوق غيرها ولا تقيد حرية الزوج في أعماله المشروعة، وشروط صحيحة ولكنها غير ملزمة للزوج فلا يجبره القاضي على تنفيذها، كأن تشترط الزوجة ما يقيد حرية الزوج في أعماله المشروعة أو أن تشترط مايمس حقوق غيرها، واعتبر مصطفى السباعي شرط الزوجة عدم التزوج عليها يندرج ضمن الشروط الصحيحة غير الملزمة للزوج فلا يجبره القاضي على تنفيذها، لأن هذا الشرط في رأيه يقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة المشروعة[2].

ولم ينص المشرع العراقي على شرط الزوجة عدم التزوج عليها، رغم نصه على وجوب الوفاء بالشروط المشروعة في المادة 6 فقرة 3 من قانون الأحوال الشخصية العراقي، وكان على المشرع العراقي أن يبين ضوابط الاشتراط في عقد الزواج أو على

[1]- محمد الكشبور، الواضح في مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق، ص.333.
[2]- مصطفى السباعي، المرأة والفقه والقانون، المرجع السابق، ص.58.

الأقل أن يسوق أمثلة لهذه الشروط المشروعة[1]، والمرجح هو اعتبار شرط المرأة عدم التزوج عليها من الشروط المشروعة المعتبرة التي يجب الوفاء بها في القانون العراقي[2].

وبالنسبة لموقف المشرع التونسي فيما يتعلق بشرط الزوجة عدم الزواج عليها، فلا يمكن تصور ورود هذا الشرط في عقد الزواج كونه لا طائل منه، لأن التعدد ممنوع بنص القانون، والأمر ذاته بالنسبة للقانون الفرنسي[3].

ثالثا: اشتراط الزوجة مواصلة دراستها

جعل الإسلام العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة دون تمييز بين الرجل والمرأة، والحق في التعلم هو حق كفلته الشريعة الإسلامية[4] ابتداء وأقرته المواثيق الدولية[5] والقوانين الداخلية، وهو حق لا يمكن المساس به إذ هو نقطة بداية كل الحقوق ووسيلة تضمن بها هذه الأخيرة[6].

أما شرط إكمال الدراسة المقترن بعقد الزواج، هو اشتراط الزوجة على زوجها الالتحاق بالتعليم بعد الزواج أو مواصلة تعليمها إن كانت تدرس من قبل الزواج، على أن يتم تضمين العقد بهذا الشرط حتى يسهل الاحتجاج به[7]، وشرط الزوجة مواصلة دراستها من الشروط التي لا تتناقض مع عقد الزواج ولا تتنافى مع مقصوده، وقد سكت المشرع الجزائري عن هذا الشرط وكذا التشريعات محل المقارنة، ليفيد هذا السكوت جواز تضمين عقد الزواج بهذا الشرط كونه يحقق مصلحة مشروعة للزوجة ولا يمس بحقوق غيرها.

ومن الناحية العملية يعتبر شرط مواصلة الزوجة تعليمها من أكثر الشروط التي يتم الاتفاق عليها في عقود الزواج، بحيث تشترط الزوجة أن تكمل تعليمها حتى تتخرج من

---

[1]- فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، المرجع السابق، ص.69.

[2]- إيمان لعريبي، الشروط المقترنة بعقد الزواج، المرجع السابق، ص.134.

[3]- ينظر موقف المشرع التونسي والفرنسي من التعدد ص.222 من هذه الرسالة.

[4]- قد رؤيت المرأة وهي تسابق الرجال إلى حلقات العلم، كما شوهدت وهي تجلس مجالس التحديث والتعليم والإرشاد، فعن أبي سعد الخذري قال: جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت: يارسول الله، ذهب الرجال بحديثك فاجعل لنا من نفسك يوما نأتيك فيه تعلمنا مما علمك الله، فقال:" اجتمعن في يوم كذا وكذا في مكان كذا وكذا" فاجتمعن فأتاهن رسول الله ﷺ فعلمهن مما علمه الله". الحافظ أبو الحسن مسلم، صحيح مسلم، المجلد 2، ح. رقم 2533، ص.1216.

[5]- ينظر في حق المرأة في التعليم طبقا لما جاءت به المواثيق الدولية عبد النور عيساوي، حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015، ص.ص175-178.

[6]- فتيحة بوراق، الاشتراط في عقد الزواج دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون المغربي، المرجع السابق، ص.50.

[7]- إيمان لعريبي، الاشتراط في عقد الزواج، المرجع السابق، ص.149.

الجامعة، وأن تكون نفقة هذا التعليم من مال الزوج الخاص، على أن لا يعود عليها بشيء مما يدفعه عليها مستقبلا[1].

وإن كانت المرأة هي من تبادر في الغالب بوضع هذا الشرط في عقد الزواج إلا أن الأولى أن الزوج هو من يشترط عدم مواصلة الزوجة لدراستها، ذلك أن حق التعليم ومواصلة الدراسة هو حق للمرأة عازبة كانت أو متزوجة يتقرر لها في جميع الأحوال، لذلك كان الأولى أن الزوج هو من يبادر بوضع شرط عدم مواصلة الزوجة للدراسة بعد الزواج، على خلاف شرط عمل الزوجة الذي يجب أن تضعه الزوجة لأن الأصل هو قرارها في البيت التزاما بحق زوجها في الاحتباس، فكان شرط العمل هنا الموضوع من طرف الزوجة قيدا على حق الزوج في الاحتباس.

رابعا: شرط الزوجة عدم الانتقال بها

يعتبر انتقال الزوجة حيث يقيم زوجها التزاما أساسيا مفروضا عليها بموجب عقد الزواج وهو في المقابل حق للزوجة، فإذا ما اشترطت الزوجة عند كتابة عقد الزواج عدم انتقالها من البادية إلى المدينة أو العكس، أو عدم إخراجها من بلدها فإنها تجاب إلى ما اشترطت، باعتبار أن هذه الشروط صحيحة ولا تخالف النظام الشرعي للعقد[2].

واعتبر الحنابلة شرط الزوجة عدم الانتقال بها من بلدها من الشروط الصحيحة اللازمة ليس للزوج التخلص منها، فإن خالفها كان للزوجة حق فسخ العقد متى شاءت فلا يسقط حقها بمضي مدة معينة، واعتبر المالكية هذا الشرط من الشروط التي لا تناقض العقد وهي شروط لا تضر العقد أيضا فيصح معها، ولكن يكره اشتراطها، فإن اشترطت ندب الوفاء بها دون أن يكون ملزما[3].

ولم ينص المشرع الجزائري على شرط الزوجة عدم الانتقال بها في قانون الأسرة الجزائري، وبدوره اجتهاد المحكمة العليا لم يكن واضحا تماما في موقفه من هذا الشرط، فجاء في قرار للمحكمة العليا :" حيث أنه من المقرر فقها وقضاء جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي يكون لها فيها فائدة بشرط أن لاتحلل حراما أو تحرم حلالا وبشرط أن لا تناقض روح العقد، وحيث أن قضاة الموضوع بعد أن استبعدوا التهم التي أسندت إلى الزوج استنتجوا من الوقائع ومن الوثائق بما لهم من سلطة تقديرية أن الزوج بإصراره على إخراج زوجته من بلدها يعتبر مخلا بأحد الشروط التي تضمنها عقد الزواج

[1]- عبد الله عبد المنعم عبد اللطيف العسيفي، محمد عبد المجيد إبراهيم الأشقر، تعليم المرأة وعملها بين الشريعة والقانون، متاح على الرابط Ebook.univeyes.com، تم الاطلاع عليه بتاريخ 30 جوان 2022، على الساعة 19:07، ص.13.
[2]- فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص.130.
[3]- عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء 4، المرجع السابق، ص.ص82.83.

الذي التزم بها الزوج مما يترتب عليه فك العصمة"[1]، وجاء في قرار أخر لها:" من المقرر قانونا وشرعا أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه والذي يدخل في باب الكراهة لما فيه من التحجير لا يلزم الزوج ولا يؤثر في عقد الزواج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للأحكام الشرعية ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع ألزموا الزوج بالعرف بتعهده بالبقاء بزوجته في العاصمة - وفقا لاشتراطها- يكونون بقضائهم كذلك قد خالفوا أحكام الشريعة وفرضوا عليه قيدا هو مخير فيه"[2]، ويظهر من خلال القرارين التوجهين الذين سلكهما الاجتهاد القضائي الجزائري في مسألة الاشتراط، ففي القرار الأول اعتمد مذهب الحنابلة الذين يقولون بإلزامية الوفاء بالشروط مادامت لا تتنافى ومقتضيات عقد الزواج، فإذا لم يوف الزوج بهذا الشرط كان للزوجة المطالبة بفسخ عقد الزواج، أما القرار الثاني فنجده يتناسب مع مذهب المالكية الذي قضى بكراهة مثل هذه الشروط، لما فيه من تقييد لحرية الزوج، ورغم أن الاجتهاد القضائي الجزائري استقر على المبدأ القاضي بأنه على الزوجة متابعة زوجها والالتحاق به أين طاب عيشه والذي يرجح اعتماد رأي المالكية في الإشتراط، إلا أن التوجه الجديد الذي سلكه المشرع منذ 2005 والذي توسع على إثره في باب الاشتراط في عقد الزواج، يجعل هذا النوع من الشروط صحيحا ملزما يترتب على الإخلال به من طرف الزوج حق الزوجة في التطليق حسب المادة 53 فقرة9 من قانون الأسرة الجزائري[3].

ولم يتطرق المشرع المغربي بدوره إلى هذا الشرط صراحة، ولكنه اعتبر الشروط كلها ملزمة إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الآمرة للقانون، وكذا الشروط التي تحقق فائدة مشروعة لمشترطها تكون صحيحة وملزمة، وكان جاء في فتوى للونشريسي في كتابه المعيار قوله:" وسئل عمن شرطت على الزوج أن لا يخرجها من بلدها وعليه عهد الله وميثاقه، فأحاب:" إذا كتبت من ذكرت العهد والميثاق في الصداق، منع من الخروج بالقضاء، ذكره ابن المواز وعليه احتجاج يظهر بالمشافهة"[4].

كما لم يشر المشرع التونسي والمصري إلى هذا الشرط ضمن قانوني الأحوال الشخصية التونسي والمصري، مع الإشارة أنه جاء في مشروع سنة 1962 المقترح للأحوال الشخصية المصري وفي المادة 9 منه:" إذا شرطت الزوجة في عقد الزواج شرطا فيه منفعة

---

[1]- ذكر هذا القرار العربي بلحاج، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، الجزء 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988، ص.149. وسمير عبدو، الاشتراط في عقد الزواج وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.467.

[2]- قرار المحكمة العليا، غ أ ش، بتاريخ 1988/06/20، ملف رقم 49575، 1971/03/03.منقول عن العربي بلحاج مبادئ الاجتهاد القضائي الجزء الأول، المرجع السابق، ص.25.

[3]- سمير عبدو، الاشتراط في عقد الزواج وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.ص468.467.

[4]- الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل افريقية والأندلس والمغرب، نوازل النكاح، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للملكة المغربية، المغرب، 1981، ص.264.

لها، ولا ينافي مقاصد النكاح، كألا يتزوج عليها أو أن يطلق ضرتها أو ألا ينقلها إلى بلد آخر صح الشرط ولزم، وكان لها حق فسخ الزواج إذا لم يف بالشرط..."، ويعلق الأستاذ أبو زهرة على نص هذا المشروع قائلا:" وقد أحسن أولياء الأمر في مصر إن رفضوا الأخذ به على الوضع الذي كان مقترحا، وعلى ذلك تقرر أن آثار عقد الزواج في مصر كلها من عمل الشارع، ولا آثر لما يشترطه الزوجان إلا إذا قام دليل من الشارع على وجوب الوفاء به"[1]، ويضيف الأستاذ أبو زهرة قائلا:" ولنضرب لذلك مثلا، شرطا نص عليه في المادة السابقة متى نقلناها من المشروط، وهو ألا ينقلها من بلدها، فإذا كان مثلا في القاهرة لا ينقلها إلى طنطا أو أسيوط، أو أسوان، فإذا اضطره عمله إلى الإقامة في أسوان فإنه لا يسوغ له أن ينقل زوجه وولده إليها، وتستمر العشرة الزوجية على هذا النظام هي في الشمال وهو في الجنوب، لا يتلاقيان إلا بشق الأنفس، فأي زواج هذا؟! وأي بيت يتكون من هذين العشيرين؟ وكيف تكون رعاية الأولاد بين هذين الأليفين المتباعدين؟!"[2].

في حين نص المشرع الأردني صراحة في نص المادة 37 فقرة أ من قانون الأحوال الشخصية الأردني على هذا الشرط، حيث نصت المادة على أنه:" إذا اشترطت الزوجة على زوجها شرطا تتحقق لها به مصلحة غير محظورة شرعا ولا يمس حق غيرها، كأن تشترط عليه أن لا يخرجها من بلدها... كان الشرط صحيحا، فإن لم يف الزوج فسخ العقد بطلب من الزوجة، ولها مطالبته بسائر حقوقها الزوجية"، ونص في الفقرة ب من نفس المادة:" إذا اشترط الزوج على زوجته شرطا تتحقق له به مصلحة غير محظورة شرعا ولا يمس حقوق غيره كأن يشترط عليها ...أن تسكن معه في البلد الذي يعمل فيه كان الشرط صحيحا وملزما، فإذا لم تف به الزوجة فسخ النكاح بطلب من الزوج وسقط مهرها المؤجل ونفقة عدتها"، فالمشرع الأردني كان واضحا وأجاز لكلا الزوجين أن يضع شرط الانتقال أو عدمه حسب الحال، واعتبر الشرط ملزما للطرف الآخر الذي قبل به ابتداء في عقد الزواج، أما إن لم يرد هذا الشرط لا من الزوج ولا من الزوجة فالأصل أن الزوجة تنتقل مع زوجها أينما حل وأقام.

وبدوره نص المشرع السوري في المادة 70 من ق.أ.ش.س على أنه:" تجبر الزوجة على السفر مع زوجها إلا إذا اشترط في العقد غير ذلك أو وجد القاضي مانعا من السفر"، وهو مايفيد أنه للزوجة أن تشترط على زوجها أثناء عقد الزواج عدم السفر بها، كما لو كانت من بلدة أخرى فاشترطت عليه البقاء في بلد أهلها ورضي بهذا الشرط فهو ملزم وتمنع من السفر ولا تعتبر ناشزا، وهذا ما يتفق مع مذهب الحنابلة[3].

[1]- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.161.
[2]- المرجع نفسه، ص.ص161.162.
[3]- نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية، المرجع السابق، ص.70.

ولم يتطرق المشرع العراقي لهذا الشرط ولا لضوابط الاشتراط في عقد الزواج عموما، إلا أن محكمة التمييز العراقية أكدت في عديد قراراتها على ضرورة إعمال الشرط القاضي بإسكان الزوجة في مكان معين، حيث قضت في إحدى قراراتها بأنه:" يعمل بشرط إسكان الزوجة في المحل المشروط إذا ورد ذلك في عقد النكاح ويلزم الزوج بالنفقة لزوجته إذا خالف هذا الشرط"[1]، وقضت أيضا بأنه:" يلزم الزوج بتنفيذ الشرط الوارد في عقد الزواج والمتضمن وجوب إسكان الزوجة في مدينة معينة"[2]، وجاء في قرار آخر:" يجب الوفاء بالشرط الوارد في عقد الزواج المتضمن وجوب إسكان الزوجة في دار أهلها"[3].

إن شرط الزوجة عدم الانتقال بها من بلدها أومدينتها رغم صحته إلا أنه يؤثر على المفهوم القانوني للمساكنة وبالأخص على التزام الزوجين بالسكن معا بمسكن الزوجية، فلا يمكن تصور قيام هذا الالتزام بين زوج يسكن قرب مكان عمله وزوجة تسكن مدينة أخرى بعيدة عنه تنفيذا لشرطها بعدم إخراجها من بلدها، وبذلك يفقد الزواج أحد عناصره وهي المساكنة وما يترتب عنها من حقوق وواجبات[4].

ويبقى على المرأة التروي وهي تضع مثل هذا الشرط خاصة إذا كان زوجها كثير الأسفار دائم الإقامة خارج البلد أو خارج المدينة، لأن وضع مثل هذا الشرط من شأنه أن يمس بشكل كبير بحقوق الزوج ويضيق منها، مما قد يقيمه الزوج مسوغا شرعيا ليتزوج أخرى، أو ليطلق زوجته ولن يكون متعسفا في ذلك، فينقلب الأمر على الزوجة بعد أن كانت تحسب أن هذا الشرط في مصلحتها، أما إن كان للزوج أطفال منها ولم يهن عليه تشتيتهم وتفرقتهم بينه وبين زوجته فالأجدر به أن يشترط ابتداء انتقال زوجته معه إلى حيث يسافر ويقيم، أو أن لايقبل بشرط زوجته في عدم الانتقال بها، فعدم وجود هذا الشرط يجعل من الزوجة ملزمة بمتابعة زوجها إلى حيث يذهب كأثر لعقد الزواج.

خامسا: اشتراط صفة معينة في أحد الزوجين

قد يشترط أحد الزوجين في عقد الزواج صفة معينة في الآخر، كأن يشترط الرجل في المرأة أن تكون بكرا أو غنية أو جميلة أو تكون ولودا، أو تشترط المرأة في الرجل السلامة

[1]- قرار رقم 68/شرعية/71 في 1971/3/11. منقول عن طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.173.

[2]- قرار رقم53/شخصية/78 في 1978/1/12، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول، الستة التاسعة، ص. 68، منقول عن طه صالح الجبوري، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

[3]- قرار رقم 51/شرعية/73 في 1973/10/23، منقول عن نفس المرجع، نفس الصفحة.

[4]- فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص.131.

من الشلل أو العرج أو العور، ويعقدان العقد على هذا الشرط، واختلف الفقهاء[1] في لزوم هذا الشرط وإن كان من قبل الزوج أو الزوجة[2].

فإذا كانت الشروط من قبل الزوجة، اختلف الفقهاء في مدى مشروعية ثبوت الخيار للزوجة إذا فات ما اشترطته في الزوج على ثلاثة أقوال:

قول أول ذهب إليه الحنفية والشافعية في الأظهر عندهم[3] والذين قالوا أن الزوجة إذا اشترطت صفة معينة في الزوج كالجمال والنسب وثبت أنه بخلافها، فالعقد صحيح والشرط باطل ولا تملك خيار الفسخ، وقول ثان يرى أنصاره أن اشتراط المرأة صفة معينة في الزوج أمر مقصود ويترتب على تخلفه ثبوت خيار الفسخ لها، وهذا هو ظاهر مذهب الإمام مالك وأصح الوجهين عند أصحاب الشافعي، وأصح الروايتين في مذهب أحمد بن حنبل[4]، وذلك لأن لها في مثل هذا الشرط منفعة مقصودة لا تعارض الشرع ولا تنافي مقاصد عقد الزواج[5]، وقول ثالث ذهب إليه الظاهرية والشافعية في وجه غير ظاهر[6] وقالوا بأن المرأة إذا تزوجت رجلا على أنه على صفة معينة، فخرج على خلافها، فالعقد باطل، وقالوا أن الصفة المشترطة كالعين، واختلاف العين يبطل العقد.

والراجح هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني من ثبوت خيار الفسخ للزوجة إذا فات ما اشترطته في الزوج من أوصاف[7].

أما إذا كان الشرط من قبل الزوج فاشترط وصفا معينا في الزوجة، كالجمال أوالبكارة فبانت الزوجة بخلافه، فاختلف الفقهاء في مسألة ثبوت خيار فسخ النكاح للزوج أم لا على قولين:

---

[1]- إن مرجع الاختلاف بين الفقهاء في حكم اشتراط الزوج أو الزوجة صفة معينة في الآخر هو الأساس المعتبر في الكفاءة عند كل مذهب، فالحنفية قالوا بأن الكفاءة هي مساواة الرجل للمرأة في أمور مخصوصة وهي ست النسب والإسلام والحرفة والحرية والديانة والمال، وقال المالكية أن الكفاءة في النكاح المماثلة في أمرين أحدهما التدين بأن يكون مسلما غير فاسق، ثانيهما السلامة من العيوب التي توجب الخيار في الزوج كالبرص والجنون والجذام، والثاني حق المرأة لا الولي، وقال الشافعية أن الكفاءة أمر وجب عدمه عارا، وضابطها مساواة الزوج للزوجة في كمال أو خمسة ماعدا السلامة من عيوب النكاح، فإن المساواة فيها لاتوجب كل منهما، وتعتبر الكفاءة في أنواع أربعة: النسب والدين والحرية والحرفة، وقال الحنابلة أن الكفاءة هي المساواة في أمور خمسة هي الديانة والصناعة واليسار والحرية والنسب. ينظر لمزيد من التفصيل عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ص.ص53-59.

[2]- علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، المرجع السابق، ص.90.

[3]- ابن الهمام، شرح فتح القدير، الجزء3، المرجع السابق، ص.267. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج ، الجزء 4، المرجع السابق، ص.272.

[4]- أحمد بن محمد الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير،الجزء الأول، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1956، ص.472.ابن تيمية، الفتاوى، الجزء3، ص.327.البهوتي، كشاف القناع، الجزء5، ص.99.

[5]- علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، المرجع السابق، ص.93.

[6]- أبو اسحاق الشيرازي، كتاب الجموع شرح المهذب، الجزء17، مكتبة الإرشاد، المملكة العربية السعودية، د.س.ن، ص.451. ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، الجزء 9، ص.123.

[7]- علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، المرجع السابق، ص.94.

القول الأول ذهب إليه الحنفية والشافعية والظاهرية الذين قالوا بعدم ثبوت خيار الفسخ للزوج مطلقا، ولو فات ما اشترطه في الزوجة من شروط، وذلك لأنه يملك فراقها بالطلاق، ووجب عليه كل المهر[1]، أما أصحاب القول الثاني فيرون ثبوت خيار الفسخ للزوج إذا فات ما اشترطه من وصف، ولو بوصف الولي لها عند الخطبة، أما إذا بانت بصفة أحسن مما اشترطها، فلا يثبت الخيار في الفسخ، وهو ماذهب إليه المالكية والحنابلة[2].

والراجح هو عدم ثبوت خيار الفسخ للزوج حتى لو فاته ما اشترط في الزوجة من أوصاف، لأنه يملك فراقها بالطلاق[3]، ويقول الأستاذ عبد كريم زيدان معللا هذا الترجيح قائلا:" إن عقد الزواج من العقود الخطيرة، فلا يجوز تعريض هذا العقد الخطير للاهتزاز، والفسخ بشروط غير منضبطة مثل جمال المرأة أو جمال الرجل، والجمال كما هو معروف شيء نسبي وغير منضبط، أما البكارة فهذه قد تزول بوثبة من المرأة... والارتفاع بهذا العقد عن مستوى عقد البيع والشراء وما يخضع له من خيار الرد بالعيب، كل ذلك يقضي بترجيح ما رجحناه، لا سيما وأن الشرع ندب إلى حسن اختيار الزوج أو الزوجة...وأن الشرع أباح للخاطب أن يرى مخطوبته قبل الخطبة، وكذلك فإن معظم الأوصاف التي يريد كل طرف من طرفي عقد النكاح معرفتها يمكنه التعرف عليها بالتحري عنها أو بإرسال الثقات من النساء لمعرفة حال النساء، وإرسال الثقات من الرجال لمعرفة صفات وأخلاق الرجل ونسبه ومركزه الاجتماعي ونحو ذلك ولأن عقد النكاح ليس عقد بيع حتى ينطبق على عقد النكاح كل ما ينطبق على عقد البيع"[4].

وعن مسألة اشتراط صفة معينة في أحد الزوجين لم ينص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على هذا الشرط ولا حتى على شرط الكفاءة في عقد الزواج عموما، إلا أننا نجد تكريسا لاجتهاد قضائي قررته المحكمة العليا يتعلق بشرط العذرية أو البكارة، حيث اعتبرت المحكمة العليا أنه مادام عقد الزواج لا يتضمن شرط البكارة وفقا لأحكام المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري، فإن البناء والدخول ينهي كل دفع بعدم العذرية، مما يترتب عليه نقض القرار المطعون[5]، والجدير بالذكر أن قانون الأسرة الجزائري لم يتعرض إلى التفريق بين الثيب والبكر، ومعلوم في الفقه الإسلامي أن البكر هي التي لم يسبق لها الزواج بغض النظر عن كونها عذراء أم لا، وبذلك اتجه الفقهاء إلى عدم اعتبار الثيوبة عيبا ترد به

[1]- ابن همام السيواسي، شرح فتح القدير، الجزء 3، المرجع السابق، ص.267.الشربيني، مغني المحتاج، الجزء4، ص.277.

[2]- أحمد بن محمد الصاوي، حاشية الصاوي مع الشرح الصغير، الجزء2، ص.472. البهوتي، كشاف القناع، الجزء5، المرجع السابق، ص.99.

[3]- علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، المرجع السابق، ص.98.

[4]- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء6، ط.1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1993، ص.143.

[5]- المحكمة العليا، غ أ ش، 2009/02/11، ملف رقم 480264، م م ع، 2009، العدد1، ص.283.

الزوجة، إلا أن يقع اشتراط ذلك بشرط صحيح مسجل في عقد الزواج ويسقط حق الفسخ إذا أسقطه صاحبه صراحة أو ضمنا[1].

ولم تتطرق مدونة الأسرة المغربية ولا مجلة لأحوال الشخصية التونسية ولا قانون الأحوال الشخصية المصري إلى مسألة اشتراط أحد الزوجين صفة معينة في الآخر، إلا أن محكمة التعقيب التونسية في قرار لها قضت بأن:" لم تتعرض م.أ.ش إلى التفريق بين الثيب والعذراء، ويتعين حينئذ الرجوع إلى الفقه الإسلامي الذي هو أهم المصادر التي استمدت منها مجلة الأحوال الشخصية أحكامها.

ب. البكر في الفقه الإسلامي هي التي لم يسبق منها الزواج بقطع النظر عن كونها عذراء أم لا، وبذلك اتجه عدم اعتبار الثيوبة عيبا ترد به الزوجة، إلا أن يقع اشتراط ذلك بلفظ صريح"[2]، وهو نفس ماذهبت إليه المحكمة العليا والاجتهاد القضائي في الجزائر.

في حين نص كل من المشرع الأردني في المادة 21 من قانون الأحوال الشخصية الأردني والمشرع السوري في المادة 32 من قانون الأحوال الشخصية السوري، على أن الزوجة إذا اشترطت الكفاءة في الزوج أو أخبر الزوج أنه كفء ثم تبين غير ذلك فإن للزوجة أو وليها طلب فسخ العقد.

ولم يتطرق قانون الأحوال الشخصية العراقي لا إلى اشتراط أحد الزوجين صفة معينة في الآخر ولا إلى الكفاءة، فلم ينص على كونها شرطا لصحة الزواج أو لنفاذه أو لزومه[3].

ويبدو تضمين مثل هذه الشروط في عقد الزواج سواء من طرف الزوج أو الزوجة لا طائل منه في عصرنا هذا، حيث أصبح بالإمكان التعرف على الطرف الآخر قبل الزواج وكل ما يتعلق به سواء صفاته أو أخلاقه أو وظيفته أو حتى حالته الصحية، التي أصبح من الممكن الإطلاع عليها عن طريق الإجراء الذي تفرضه القوانين قبل الزواج والمتمثل في الفحص الطبي، ويبقى التسامح بشأن بعض العيوب في الطرف الآخر من صميم المعاشرة بالمعروف لأنه يفترض في الزوجين أن يكمل الواحد منهما ما نقص في الآخر، إلا أن تكون هذه العيوب مما لا يمكن أن تستمر معه الحياة الزوجية فهنا يكون للطرف المتضرر من العيب الخيار في فسخ الزواج.

---

[1]- العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.ص 258،259.

[2]- حكم ابتدائي مدني(تونس)، عدد7487 مؤرخ في 30 ديسمبر 1968، ف.ت 6و7/1969، ص.164. منقول عن لحبيب محمد الشريف، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المرجع السابق، ص.ص38.39.

[3]- فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، المرجع السابق، ص.98.

سادسا: شرط العصمة بيد الزوجة

أعطى التشريع الإسلامي للمرأة الحق في إنهاء الرابطة الزوجية في عدة صور من بينها أن تشترط المرأة على زوجها أن تكون العصمة بيدها، بمعنى أن أمر الطلاق لها فتطلق نفسها وقت ماتشاء، وتطلق المرأة نفسها في هذه الحالة وتستحق جميع حقوقها وكأن الزوج هو من طلقها، على أن حق الطلاق يبقى حقا أصيلا للزوج لا يمكن إلغاؤه، إذ يبقى حقه في تطليق زوجته قائما حتى وإن كانت العصمة في يدها، وهنا يصبح الحق للزوج والزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية متى شاءا[1].

واختلف الفقهاء في صحة شرط الزوجة أن تكون العصمة في يدها على أقوال، قال الحنفية أن الرجل إذا نكح المرأة على أن أمرها بيدها صح، إذا ابتدأت المرأة فقالت زوجت نفسي منك على أن أمري بيدي أطلق نفسي كلما شئت، فقال الزوج قبلت، جاز النكاح ويكون أمرها بيدها، لأن التفويض وقع قبل الزواج ولم يعلق عليه توقيع التفويض قبل أن يملك الطلاق[2]، وتستطيع الزوجة تطليق نفسها بإرادتها في الحالة الأولى، ولكن مع ملاحظة أن الزوج هو الذي تنازل لها عن الحق الذي كان يملكه، فإذا طلقت نفسها بموجب التفويض المشار إليه وقع الطلاق ويكون الزوج هو المسؤول عن النتائج والمثل يقول: المفرط أولى بالخسارة[3].

وقال المالكية لو اشترطت المرأة عند النكاح أن أمرها بيدها متى أحبت، فسخ النكاح قبل الدخول وثيت بعده بصداق المثل وألغي الشرط فلا يعمل لأنه شرط مخل[4]، وقال الشافعية أن النكاح صحيح والشرط باطل بناء على مذهبهم في عدم جواز اشتراط الشروط التي لا يقتضيها العقد في إطلاقه[5]

واعتبر الحنابلة شرط الزوجة أن تكون العصمة بيدها شرطا صحيحا وعقد الزواج المقترن بهذا الشرط صحيح، تماشيا مع مذهبهم في جواز الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا تنافيه[6].

ولم نجد أثرا لهذا الشرط في قانون الأسرة الجزائري، الأمر الذي يحيلنا إلى إعمال المادة 222 من القانون نفسه، ولأن المشرع الجزائري اعتمد المذهب الحنبلي وحرية

---

[1]- فتيحة بوراق، الاشتراط في عقد الزواج دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون المغربي، المرجع السابق، ص.ص54.55.

[2]- الموسوعة الفقهية، الجزء30، المرجع السابق، ص.140.

[3]- محمد الشماع، المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج والطلاق والميراث، دار القلم، سوريا، 1995، ص.121.

[4]- الموسوعة الفقهية، الجزء30، المرجع السابق، ص.140.

[5]- الشافعي، الأم، الجزء5، المرجع السابق، ص.79.

[6]- البهوتي، كشاف القناع، الجزء11، المرجع السابق، ص.364.

الاشتراط والذي كما رأينا أنه يجيز للزوجة اشتراط أن تكون العصمة بيدها، وعليه إذا ضمنت الزوجة هذا الشرط في عقد الزواج كان الشرط صحيحا والعقد كذلك.

أما المشرع المغربي فنص في المادة 89 من م.أ.م على أنه:"إذا ملك الزوج زوجته حق إيقاع الطلاق، كان لها أن تستعمل هذا الحق عن طريق تقديم طلب إلى المحكمة طبقا لأحكام المادتين 79و80 أعلاه..."،وإذا كان الأصل في القانون المغربي أن ملك الطلاق هو للزوج، وله بذلك الحق في أن ينيب غيره لذلك سواء الزوجة أو غيرها، وتكون هذه الإنابة على شكل توكيل أو تفويض والفرق بينهما أنه يمكن عزل الوكيل، أما التفويض فهو نقل العصمة حيث يملك الزوج لزوجته (أوغيرها) حق إيقاع الطلاق، ويشار إلى ذلك في عقد الزواج، وهكذا فإن للزوجة أن تشترط على زوجها في عقد الزواج أن يكون أمرها بيدها، تطلق نفسها متى شاءت وهذا لا يسلب الزوج حقه في إيقاع الطلاق متى شاء، ويمكن للزوجة أن تشهر ورقة الطلاق هاته لكن بعد إجراءات نصت عليها المادة 89 أعلاه حيث يقيد الأمر بضرورة تقديم طلب إلى المحكمة وفق أحكام المادتين 79و80 من المدونة، وعلى المحكمة أن تتأكد من توفر شرط التمليك، ثم تعمل على الإصلاح فيما بينهما فإن تعذر ذلك تأذن المحكمة بالإشهاد على الطلاق مع ضمان حقوق الزوجة والأبناء إن وجدوا، كما أن عزل الزوج لزوجته في ممارسة التمليك الذي ملكها إياه غير ممكن لأن الزواج مرتبط بهذا الشرط[1].

ولم تأت مجلة الأحوال الشخصية التونسية على ذكر شرط كون العصمة بيد الزوجة، في حين نص المشرع المصري في لائحة المأذونين الجديدة لسنة 2000[2] وخول للمرأة أن تشترط على زوجها أن تكون العصمة بيدها، فقد أوجبت المادة 40 مكرر من اللائحة أعلاه على المأذون عند طلب توثيق الطلاق أن يتبع الإجراءات التالية:"- إذا حضر الزوجان وأصرا على إيقاع الطلاق فورا، أو قررا أن الطلاق قد وقع أو حضر الزوج وقرر أنه أوقع الطلاق، أو حضرت الزوجة وقررت أنها قامت بتطليق نفسها من زوجها بمقتضى الحق الثابت لها بوثيقة رسمية وجب على المأذون توثيق الطلاق بعد الإشهاد عليه..."، وبذلك يكون المشرع المصري قد أجاز للزوجة اشتراط أن تكون العصمة بيدها على أن يثبت هذا الشرط في وثيقة رسمية للاحتجاج به.

ونص المشرع الأردني صراحة على هذا الشرط في نص المادة 37 فقرة أ من ق أ ش أ:" إذا اشترطت الزوجة على زوجها شرطا تتحقق لها به مصلحة غير محظورة شرعا ولا يمس حق غيرها كأن تشترط عليه...أو أن تكون عصمة الطلاق بيدها، كان الشرط

[1]- محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص.142.

[2] - قرار وزير العدل رقم 1727 لسنة 2000 والذي يعدل ويتمم لائحة المأذونين الصادرة بقرار وزير العدل المؤرخ في 4 يناير 1955.

صحيحا"، وبذلك أجاز المشرع الأردني للزوجة أن تشترط على زوجها أن تكون العصمة بيدها، أي لها الحق في تطليق نفسها ويكون هذا بمثابة التفويض لها في داخل مجلس العقد وتستمر صلاحية هذا التفويض إلى مابعد عقد المجلس، ويقع الطلاق بعبارتها إن رغبت في إنهاء العلاقة الزوجية أمام القاضي ويكون الطلاق بائنا[1].

وجاء في المادة 34 من قانون الأحوال الشخصية العراقي في فقرتها الأولى:"الطلاق رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو من الزوجة إن وكلت به أو فوضت أو من القاضي، ولا يقع الطلاق إلا بالصيغة المخصصة له شرعا"، ولأن المشرع العراقي في نص المادة 6 فقرة 3 من نفس القانون اعتبر الشروط المشروعة ضمن عقد الزواج واجبة الوفاء، بما يفيد جواز اشتراط المرأة أن تكون العصمة بيدها في القانون العراقي.

وبدوره أجاز المشرع السوري في المادة 87 فقرة 2 من قانون ق أ ش س للزوج أن يوكل غيره بالتطليق أو يفوض المرأة بتطليق نفسها، وبذلك يجوز للمرأة وطبقا للمادة 14 فقرة 2- التي تجيز للزوجة الاشتراط إن كان الشرط يحقق للمرأة مصلحة غير محظورة شرعا ولا يمس حقوق غيرها ولا يقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة- أن تشترط على زوجها في عقد الزواج أن تكون العصمة بيدها تطلق نفسها منه متى شاءت.

[1]- محمد أحمد حسن القضاة، الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد رقم 36 لسنة 2010، الكتاب الأول، عقد الزواج وآثاره، المكتبة الوطنية، الأردن، 2012، ص.150.

الباب الثاني

الإخلال بالتزام المساكنة بين الزوجين وآثاره

الباب الثاني

الإخلال بالتزام المساكنة بين الزوجين وآثاره

إذا كان القانون يتدخل ويرسم حدود الحق فهذه ليست غاية إنما غايته أن يتمكن من رصد المعتدين على هذا الحق ، كيف ذلك؟ استنادا إلى الحدود التي رسمها ابتداء، والتي يعتبر كل من تخطاها مستحقا للجزاء المقرر مسبقا من طرف القانون، وعليه فإن عملية توضيح مساحة وحدود التزام المساكنة وكيفية الوفاء به رغم أهميتها إلا أنها ليست الغاية في حد ذاتها، إنما هي وسيلة لتحقيق غاية أكبر، تتمثل في تحديد الصور التي تخرج عن صور الوفاء بهذا الالتزام في مختلف مضامينه التي بيناها في الباب الأول، والتي تعد بذلك صورا للإخلال بالتزام المساكنة.

وإن كانت صور الوفاء بالالتزامات المتضمنة في التزام المساكنة محددة بأحكام الشرع والقانون فإن صور الإخلال به لا حصر لها، لأن مناطها الإضرار بالطرف الآخر بغض النظر عن وصف ومسمى الفعل المسبب للضرر، إلا أن هذا لا يمنع من أن هناك صورا للإخلال بالتزام المساكنة تضمنتها كتب الفقه الإسلامي والمؤلفات التي عنيت بالأحوال الشخصية سنركز عليها، محاولين بيان صور الإخلال بكل التزام من الالتزامات التي تطرقنا إليها في الباب الأول على حدة، سواء كان هذا الإخلال بالالتزام من طرف الزوج أو من طرف الزوجة.

ولا نقتصر في هذا الباب على بيان صور الإخلال بالتزام المساكنة، إنما نبين آثار هذا الإخلال في الشريعة الإسلامية والقانون، وإن كنا لن نخصص عنوانا لآثار الإخلال بالتزام المساكنة في الشريعة الإسلامية، إنما سنتناول هذه الأحكام تحت عنوان آثار الإخلال بالتزام المساكنة في قوانين الأحوال الشخصية، ولأن قوانين أحوالنا الشخصية في البلاد العربية مصدرها الشريعة الإسلامية فلا مناص من مناقشة أحكام هذه الأخيرة تحت هذا العنوان.

وأثار الإخلال بالتزام المساكنة لا تعدو أن تكون جزاءات مقررة على هذا المخل بالالتزام، ويفترض في كل شخص لم يقم بالوفاء بالالتزامات الزوجية المفروضة عليه أو أضر بالطرف الآخر أنه أخل بالتزام المساكنة واستحق الأثر المترتب على ذلك والمتمثل في جزاء مدني أو جنائي بحسب الأحوال.

ومن خلال هذا الباب نتطرق للإخلال بالتزام السكن بمسكن الزوجية وبالتزام الإحصان في الفصل الأول، لنتطرق في الفصل الثاني إلى الإخلال بالتزام المعاشرة بالمعروف وبالتزام المساكنة في الأحوال الخاصة ، لنتطرق في الفصل الثالث إلى آثار الإخلال بالتزام المساكنة بين الزوجين.

الفصل الأول

الإخلال بالتزام السكن بمسكن الزوجية وبالتزام الإحصان

الفصل الأول

الإخلال بالتزام السكن بمسكن الزوجية وبالتزام الإحصان

كان الجمع بين الإخلال بالتزام السكن بمسكن الزوجية والإخلال بالتزام الإحصان لاعتبارات منهجية شكلية أكثر منها موضوعية، باعتبار أننا ناقشنا مضمون كل التزام في فصل مختلف في الباب الأول، ولكن ذلك لا يمنع من أن هناك صورا مشتركة تشكل إخلالا بالتزام السكن وبالتزام الإحصان في نفس الوقت، وإن كانت لا تأخذ نفس المسميات في كل حالة، فمثلا يعتبر غياب الزوج عن مسكن الزوجية بعذر أو بدونه إخلالا بالتزام الإقامة بمسكن الزوجية والذي يشكل إخلالا بالتزام السكن، وفي نفس الوقت يعتبر هجرا للزوجة و بالتالي إخلالا بالتزام المعاشرة الزوجية التي تعتبر كما رأينا الوجه الإيجابي للالتزام بالإحصان، فكان بذلك الجمع بين حالات الإخلال بالتزام السكن والتزام الإحصان مستساغا إلى حد ما.

ولما كان التزام السكن يقوم على أساسين هما صلاحية مسكن الزوجية واستيفائه للشروط الشرعية؛ وإقامة الزوج والزوجة معا فيه، فكان كل مساس بهذين الأساسين وكل خرق لهما يكيف على أنه إخلال بالتزام السكن بمسكن الزوجية، ويسهل عادة على الدائن بالتزام السكن والمتضرر من الإخلال إثبات الإخلال بشروط المسكن أو غياب الطرف الآخر عنه، بينما يكون من الصعب إثبات الإخلال بالتزام المعاشرة الزوجية أوحتى المطالبة بالوفاء به أحيانا لخصوصية الموضوع، وماعدا حالة العجز والعيوب المانعة من المعاشرة الزوجية يبقى إثبات الأحوال الأخرى للإخلال بالتزام الإحصان متعذرا إلى حد بعيد من الناحية العملية.

ومن خلال هذا الفصل سنبين صور إخلال الزوجين بالتزام مسكن الزوجية في المبحث الأول، لنبين في المبحث الثاني صور إخلال الزوجين بالتزام الإحصان.

المبحث الأول

إخلال الزوجين بالتزام السكن بمسكن الزوجية

توصلنا في الباب الأول من هذه الدراسة إلى أن التزام السكن ببيت الزوجية التزام تبادلي يقع على عاتق الزوجين تنفيذه بالكيفية التي تتفق مع دور كل واحد منهما، فيلتزم الزوج بتوفير المسكن الشرعي والذي يعتبر من مشتملات النفقة مع وجوب أن يتخذ هذا المسكن وصفا معينا وتتوفر فيه شروط معينة، بالإضافة إلى التزامات أخرى مقررة في ذمة كلا الزوجين ليعتبرا موفين بالتزام السكن بمسكن الزوجية.

وبذلك يعد إخلالا يطعن في شرعية مسكن الزوجية كل تخلف لشرط أو أكثر من شروط مسكن الزوجية، وسنحاول بيان صور هذا الإخلال فيما يلي (المطلب الأول).

ولأن الوفاء بالتزام السكن من طرف الزوجين يفترض تواجدهما المستمر معا داخل مسكن الزوجية، فإنه يعتبر إخلالا بهذا الالتزام كل ظرف أو حال من شأنه أن يجعل تواجد الزوجين معا في مسكن الزوجية متقطعا أو غير ممكن.

وسنبين من خلال هذا المبحث أيضا إخلال الزوج بالالتزامات المفروضة عليه والناشئة عن التزامه بالسكن في مسكن الزوجية(المطلب الثاني)، وكذا إخلال الزوجة بالالتزامات الناشئة عن التزامها بالسكن في مسكن الزوجية(المطلب الثالث).

المطلب الأول

إخلال الزوج بالشروط المطلوبة لشرعية مسكن الزوجية

إن مسكن الزوجية الذي يعتبر حقا للزوجة وواجبا على الزوج توفيره تتطلب فيه شروط معينة ليعتبر شرعيا[1]، بالمقابل وعند تحقق صفات معينة في مسكن الزوجية يتحقق الإخلال بالتزام الزوج بتوفير وتهيئة المسكن في صور متعددة، ويحق للزوجة على أساس ذلك الدفع بعدم شرعية مسكن الزوجية مما تترتب عنه أحكام عديدة نوردها في حينها.

و تم تقسيم صور الإخلال تلك بالنظر إلى تعلقها بالمسكن بحد ذاته ككتلة مادية واحدة(الفرع الأول)، أو لتعلقها بالمحيط والظروف التي يتواجد فيها مسكن الزوجية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

إخلال الزوج بالشروط المتعلقة بالمسكن في حد ذاته

يتعلق هذا الإخلال بالمسكن باعتباره وحدة متكونة من جدران وسقف، ومحتوية على مرافق معينة وعلى لوازم ضرورية تكفي الزوجة حاجتها بحيث لا تخرج منه لقضاء حوائجها، ونقصد بهذا الإخلال، عدم توفر المسكن على المرافق الضرورية(أولا)، مرافق المسكن غير مستورة أو مشتركة(ثانيا)، عدم صلاحية المسكن من الناحية الصحية(ثالثا)، خلو المسكن من بعض اللوازم الضرورية(رابعا)، احتواء المسكن على أمتعة الغير(خامسا).

أولا- عدم توفر المسكن على المرافق الضرورية

إذا كان الأصل في مسكن الزوجية أن يتكون من أرضية وجدران وسقف لتكون الزوجة مستورة عن العيون، فإن ذلك لا يكفي للقول بشرعية المسكن.

1- ينظر في بيان هذه الشروط ص.ص 57- 64 من هذه الرسالة

بل يجب أن تحصل الزوجة داخل هذا المسكن على ما تحتاجه للقيام بشؤونها وشؤون بيتها.

وقد ذكر فقهاء الشريعة الإسلامية أنواع المرافق التي يجب أن يتوفر عليها المسكن وتعتبر من مستلزماته ليكون شرعيا، وإن كان تقدير هذه المسألة يختلف باختلاف الزمان والمكان، إلا أنهم ذكروا الحد الأدنى الذي يمكن التقدير ابتداء منه، يقول الجزيري:" إن كان البيت عمارة - يحتوي على عدة مساكن- شقق أو أدوار لكل شقة باب خاص بها ولها منافع تامة من دورة مياه ومطبخ ومنشر تنشر عليه الملابس المغسولة..."[1]، ولا بد أن يتوفر المسكن على درج وستار لسطحه وحديقة مناسبة أو حوش أو مستراح[2].

ذلك أن أدنى ما يجب الزوج توفيره في مسكن الزوجية هو الضروري لقوام الحياة، ثم إن استطاع توفير الحاجيات وجب عليه أيضا التحسيني على الخيار، إذ لم يهمل الفقهاء تغير حاجات البشر بتغير الزمان والمكان[3].

ورغم أن قوانين الأحوال الشخصية محل المقارنة لم تنص على ضرورة توفر المسكن على المرافق الضرورية وإلا فقد المسكن شرعيته، ماعدا المشرع الأردني الذي نص في المادة 36 من ق.أ.ش.أ على أنه:" يهيء الزوج المسكن المحتوي على اللوازم الشرعية..." رغم عدم تفصيله في هذه المرافق، إلا أن القضاء تكفل في عديد القرارات بتأكيد ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية.

وكانت المحاكم المصرية قد قضت بأن:" المسكن الواجب شرعا هو بيت له مرافق وغلق على حدة، فلا بد من بيت خلاء(دورة مياه) ومطبخ"[4]، كما قضت محكمة الاستئناف الشرعية في الأردن بأن:"عدم وجود باب لمرحاض المسكن يفقده شرعيته..."، وقضت بأنه:"مما يطعن في شرعية المسكن أن تكون المساحة المعدة لنشر الغسيل ممرا لغير المتزوجين"[5]، وجاء في قرار لمحكمة النقض السورية ما يلي:" لا يكون المسكن شرعيا إلا إذا اشتمل على المرافق الضرورية كالمرحاض والمطبخ"، وجاء في قرار آخر:"لا يعتبر المسكن شرعيا دون المرافق الضرورية مهما كان وضع الزوج المادي والاجتماعي"[6]، كما قضت محكمة التمييز العراقية بأنه:"لا يحكم بالمطاوعة إذا كان البيت الذي أعده الزوج لا

---

[1]- عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء 4، ص.221.

[2]-الشربيني، مغني المحتاج، الجزء5، المرجع السابق، ص.112.

[3]-سناء جميل الحنيطي، خلوق ضيف الله محمد آغا، شروط مسكن الزوجية في قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق، ص.101.

[4]- أنور العمروسي، المرجع الوافي في قضاء الأحوال الشخصية للمسلمين، ط.1، دار الفكر الحديث، لبنان، 1963، ص.55. نقلا عن طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى، المرجع السابق، ص.100.

[5]- محمد حمزة العربي، المبادئ القضائية لمحكمة الاستئناف الشرعية في المملكة الأردنية الهاشمية من سنة 1951*1973، ص.ص216-223. نقلا عن طه صالح الجبوري، نفس المرجع، ص.100.

[6]- عزة ضاحي، المبادئ القانونية التي قررتها الغرف الشرعية لمحكمة النقض السورية في قضايا الأحوال الشخصية من عام 1953-1976، ص.ص 284-287. نقلا عن صالح الجبوري، المرجع السابق، ص.99.

يتناسب مع المركز الاجتماعي للطرفين لخلوه من الحمام والسطح"، وجاء في قرار آخر صادر عن مجلس التمييز مانصه:" حيث كان تقرير الكشف يتضمن أن الدار لم يكن فيها ماء ولا كهرباء، وأظهر وكيلها أن الدار خالية من المواد الصحية أيضا...ولما تقدم قرر بالاتفاق نقض الحكم"[1].

كما أن مرافق المسكن تكون حسب الحالة الاجتماعية للزوجين، فما يفترض وجوده من مرافق في مساكن أغنياء المدن من حدائق ومسابح وباحات، يختلف عما يفترض وجوده في مساكن بسطاء أهل القرى من مرافق ومنافع كبئر الماء والتنور[2].

وبذلك تكون المرافق الضرورية التي يطعن عدم توفرها في شرعية المسكن هي ما تحتاج الزوجة توفرها للقيام بأشغالها وقضاء حاجياتها ولا غنى لها عنها في حياتها اليومية كالمطبخ والمرافق الصحية من مرحاض ودوش، وفناء للاستراحة وسطح لنشر الغسيل، مع توفر الكهرباء والغاز، فإن كان الزوج معسرا فيجب أن يتوفر المسكن ليعتبر شرعيا على غرفة نوم ومطبخ وحمام مع توفر الكهرباء والغاز أو ما يقوم مقامهما كمولدات الكهرباء وبئر أو صهريج مياه.

ثانيا: مرافق المسكن غير مستورة أو مشتركة

إن الغرض من مسكن الزوجية هو تستر الزوجة فيه بحيث لا يمكن لأحد من أقارب الزوج أو الجيران أن يطلع عليها وعلى عورتها[3]، لذلك كان عدم تستر أي من المرافق المتعلقة بالمسكن يطعن في شرعية المسكن، فإذا كان مرحاض المسكن ليس له سقف أو باب فإن هذا من الأسباب التي تخل بشرعية المسكن، وتمنع الزوجة من قضاء مصلحتها الدنيوية بتستر وأمان، ونفس الحكم بالنسبة لعدم وجود باب للمطبخ[4].

وكانت المحاكم الأردنية في أحد قراراتها قضت بأن :"عدم وجود باب لمرحاض المسكن يفقده شرعيته"[5]، وقضت محكمة النقض السورية بأن:" المرحاض إذا كان دون سقف أو باب يجعل المسكن غير شرعي"[6]، كما أن الساحة السماوية أو السطوح المعدة لنشر

[1]- طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى دراسة مقارنة، المرجع نفسه، ص.98.
[2]- نفس المرجع، نفس الصفحة.
[3]- بلقاسم شتوان، حق الزوجة في المسكن شرعا وقانونا، المرجع السابق، ص.72.
[4]-محمد جمال أبو سنينة، الطاعة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.145.
[5]- محمد حمزة، المبادئ القضائية لمحكمة الاستئناف الشرعية الأردنية، نقلا عن طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى، المرجع السابق، ص.101.
[6]- عزة ضاحي، المبدئ القانونية التي قررتها الغرف الشرعية لمحكمة النقض السورية، ص.279. نقلا عن طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى، المرجع السابق، ص.101.

لنشر الغسيل إذا كانت مكشوفة للجيران أو ممرا للغير يمنع الزوجة من القيام بشؤونها بحرية وبتستر في مسكن الزوجية مما يطعن في شرعية هذا المسكن[1].

أما عن تشارك مرافق المسكن مع الأقارب أو الغير، فالراجح في الفقه الإسلامي[2] عدم حواز الاشتراك أي كانت حالة الزوج الاقتصادية، يقول ابن عابدين أنه لو كانت الدار بيوتا وأبت أن تسكن مع ضرتها أو أحمائها أو أحد من أهله، إن أخلى لها بيت وجعل له غلق ومرافق على حدة ليس لها أن تطلب بيتا آخر[3]، بما يفيد أن الزوج إن أخلى لها بيتا بمرافق مشتركة مع الغير لها أن تطلب بيتا غيره، وهو ما يعني عدم شرعية المسكن لاشتراك المرافق مع الغير[4].

وفي حين لم تتطرق قوانين الأحوال الشخصية محل المقارنة لهذه المسألة، فصل القضاء رغم اختلاف أحكامه فيها حسب حالة الزوج المادية، حيث قضت المحاكم المصرية بأن:" مسألة المرافق كبيت الخلاء والتنور وبئر الماء يجوز وجودها في الدار على سبيل الاشتراك فهذه المرافق تختلف باختلاف الناس، فالمقصود منها هو اندفاع الحاجة بأي طريقة تتفق مع عادات الناس وطبقاتهم، فإذا كانت طبقة الزوجين ممن لا يصح أن يشترك في هذه المرافق فيجب أن تكون هذه المرافق في بيتها ومغلق عليها بغلق واحد، ولا يشاركها فيها أحد، وإن كانت من طبقة الفقراء فيكفي أن توجد بأي طريقة تدفع بها الحاجة"[5]، وإلى نفس التوجه سارت محكمة النقض السورية بحيث أجازت الاشتراك في المرافق إن كان الزوج فقيرا، وجاء في إحدى قراراتها:" إن الاشتراك في المرافق لا يمنع صلاح المسكن إذا كان المكلف بالنفقة فقيرا وكان أمثاله يسكنون في مثل هذا المسكن المشترك المرافق"[6].

في حين اتجهت محكمة التمييز العراقية إلى عدم اعتبار المسكن شرعيا إذا كانت مرافقه مشتركة مع الغير سواء كان هذا الغير قريبا أو غريبا، جاء في أحد قراراتها:" لا تعتبر الدار التي أعدها المدعي عليه شرعية إذا كانت مرافقها مشتركة مع الغير"[7]، وبدورها وبدورها سارت محكمة النقض الأردنية على نفس النحو وقررت في إحدى قراراتها ما

---

[1]- محمد جمال أبو سنينة، الطاعة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.145

[2]- هناك من الفقه من يقول بجواز الاشتراك في المرافق الضرورية، وأن هذا الاشتراك لا يؤثر في شرعية المسكن، إلا أنه حتى بالنسبة لهؤلاء فإنهم اشترطوا لإجازة الاشتراك في المرافق أن يكون مع الأقارب دون الأجانب. طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى، المرجع السابق، ص.ص103،102.

[3]- ابن عابدين، رد المحتار، الجزء3،المرجع السابق، ص.601.

[4]- طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى، المرجع السابق، ص.102.

[5]- أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء الشرعي، المجلد2، ص.912. نقلا عن طه صالح الجبوري، المرجع نفسه، ص.106

[6]- عزة ضاحي، المبدئ القانونية التي قررتها الغرف الشرعية لمحكمة النقض السورية، ص.292. نقلا عن طه صالح الجبوري، المرجع نفسه، ص.105.

[7]- قرار رقم 120/شخصية/86 مؤرخ في 14 جانفي 1986، ابراهيم الشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم الأحوال الشخصية، ص.24. نقلا عن طه صالح الجبوري، المرجع نفسه، ص.104.

يلي:"مما يطعن في شرعية المسكن ألا تكون مساحته المعدة لنشر الغسيل ممرا لغير الزوجين"[1]، فإذا كانت المحاكم الأردنية قضت بعدم شرعية المسكن لهذا السبب فمن باب أولى أن يفقد المسكن شرعيته إذا كانت المرافق الضرورية مشتركة مع الغير[2].

ثالثا: عدم صلاحية المسكن من الناحية الصحية

ينبغي أن يتمتع مسكن الزوجية بمواصفات معينة من حيث تربة الأرض وحالها في الارتفاع والانخفاض والانكشاف والاستتار، ومائها وحالة البروز والانكشاف أو الارتفاع وهل هي معرضة للرياح...إلى غير ذلك[3].

ومما يطعن في شرعية المسكن أن يكون مشرفا على التهدم والسقوط، كما يجب أن يكون المسكن معرضا لأشعة الشمس والهواء بشكل صحي، كما يجب أن تكون أرضيته سليمة منعا لانتشار الأوبئة والأمراض[4]، فللزوجة أن تدفع بأن المنزل سيء التهوية[5] أو بأن بأن الشمس لا تدخل إليه[6]، ويعتبر كذلك المسكن غير ملائم من الناحية الصحية كأن يكون هذا المسكن موجودا في بلد مناخه رطب أو قرب مستنقعات خطيرة مما يشكل تهديدا للسلامة الصحية للزوجة[7].

هذا ما أكده الاجتهاد القضائي، حيث قضت محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية بأنه:" إذا طعنت الزوجة لدى المحكمة الابتدائية بأن الشمس لا تدخل المسكن وأنه غير صحي، وأن الخبراء الذين قاموا بالكشف عليه وصفوا زوجها أنه من طبقة الفقراء وإن المسكن مناسب لحاله مع أنه من طبقة الوسط، فينبغي على المحكمة أن تتحقق فيما ذكر من طعون ثم بعد ذلك تحكم بما تراءى لها في ضوء التحقيقات التي تجريها"، وقضت بأنه:" إن دفع الزوجة دعوى المطاوعة بأن المسكن فيه مرض السل، إن كانت تقصد المسكن من الناحية الصحية فيتوجب التحري ومعرفة الحقيقة"[8]، كما قضت بدورها محكمة النقض

---

[1]- عزة ضاحي، المبادئ القانونية التي قررتها الغرف الشرعية لمحكمة النقض السورية، ص.216. نقلا عن طه صالح الجبوري، المرجع نفسه، ص.104.

[2]- طه صالح الجبوري، المرجع نفسه، ص.ص 107-108.

[3]- محمود خميس حسن محمد خميس، حق المسكن الشرعي للزوجة، دراسة فقهية تطبيقية، المرجع السابق، المرجع السابق، ص.129.

[4]- طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى، المرجع السابق، ص.117.

[5]- القرار رقم 1321، عبد الفتاح عمرو، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية، ص.185. نقلا عن محمد جمال أبو سنينة، الطاعة الزوجية في الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.146.

[6]- القرار رقم 7821، عبد الفتاح عمرو، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية، ص.147.نقلا محمد جمال أبو سنينة، نفس المرجع، ص.146.

[7]- فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص. 146.

[8]- محمد حمزة العربي، المبادئ القضائية لمحكمة الاستئناف الشرعية في المحكمة الأردنية الهاشمية، ص.ص222-223. نقلا عن طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى، المرجع السابق، ص.ص118،117.

السورية بأنه:" لا يمكن أن يكون المطبخ مقبولا من الناحية الصحية إذا شغل معظم مساحته مرحاض دون غلق"[1].

فوجب للقول بشرعية المسكن وطبقا للاجتهادات القضائية ألا يشكل بقاء الزوجة فيه تهديدا لسلامتها الصحية على المدى القريب و البعيد، وإلا يكلف الزوج بإزالة ما يمثل خطرا على زوجته فإن لم يكن ذلك ممكنا وجب عليه توفير مسكن آخر بمواصفات معينة، كما يجب على الزوج مراعاة الظروف الصحية لزوجته، فمثلا الزوجة المصابة بالربو أو بأمراض تنفسية سيكون من الصعب عليها العيش في مسكن به رطوبة أو مكان بارد، وقد لا تتحمل الزوجة الجو الحار بسبب مرض معين أو بسبب قدراتها الجسدية، فالأمر متعلق بحالة الزوجة وإن كان هذا المسكن خطرا عليها أوعلى حالتها الخاصة.

رابعا: خلو مسكن الزوجية من بعض اللوازم الضرورية

ليكون المسكن شرعيا وجب أيضا أن يكون محتويا على جميع اللوازم الضرورية، فإذا خلا المسكن من بعض اللوازم الضرورية كالمشط والمرآة واللحاف وأدوات الغسيل، وأدوات المطبخ وخزانة لحفظ الملابس، أو ما يقوم مقامها، وغير ذلك من أدوات البيت من آنية وأدوات بحسب العرف والزمان والمكان[2]، وتقدير ما هو ضروري مما هو غير ذلك يكون حسب حال الزمان والمكان وحسب حال الزوج والزوجة معا، فإن كان المكان صحراء والزمان صيف والزوجة من أهل الشمال وجب على الزوج أن يوفر لها مكيفا أو مروحة وثلاجة، وإن كان المكان بارد والزمان شتاء وجب عليه أن يوفر لها وسائل التدفئة وتسخين المياه حسب استطاعته.

وبما أن تأثيث بيت الزوجية حسب الراجح في الفقه وحسب قوانين الأحوال الشخصية محل المقارنة يكون على الزوج، فإن عدم وجود لازمة ضرورية أو أكثر يجعل الزوج مخلا بالتزام توفير اللوازم الضرورية في مسكن الزوجية، مما يجعل المسكن غير مستوفيا للشروط ويطعن في شرعيته.

إن توفير الزوج لهذه الحاجيات الضرورية يحقق مقصد الشارع في رفع الحرج والمشقة عن الناس، كما أنه يحفظ كرامة المرأة عن الطلب والسؤال من غيرها لحاجة البيت، على أن توفير هذه الحاجيات يتناسب مع عسر الزوج ويساره، وأدنى ما يجب على الزوج

[1]- أديب استنبولي، سعدي أبوحبيب، المرشد في قانون الأحوال الشخصية السوري، ص.200. نقلا صالح الجبوري، المرجع نفسه، ص.118.

[2]- محمد جمال أبو سنينة، الطاعة الزوجية في الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.147.

توفيره في مسكن الزوجية هو الضروري لقيام الحياة، على أنه إن استطاع توفير الحاجيات فليفعل على أن التحسيني منها على الخيار[1].

خامسا: احتواء مسكن الزوجية على أمتعة الغير

يفترض في مسكن الزوجية أنه المكان الذي يخص الزوجين وحدهما، بحيث راعى الشرع هذه الخصوصية وحرص على تحقيقها إلى أبعد الحدود.

وبذلك فإن انشغال مسكن الزوجية بأمتعة الغير يطعن في شرعية المسكن، بحيث يشتغل المسكن الذي أعده الزوج بشيء من متاع الأقارب سواء كان لوالديه أو للأبناء أو لزوجته الأخرى أو للغير، والمرأة بطبعها تأنف من وجود أغراض لغيرها في بيتها، ولأن وجود متاع الغير في بيتها قد يزيد أعباءها بترتيبه وتنظيمه أو نقله وتحويله من مكان لآخر، وقد يضيق عليها المساحة المخصصة لها، كما يؤدي إلى تدخل الغير في شؤونها حال طلب الغير شيئا من متاعه الذي عندها[2].

وذهب الاجتهاد القضائي في مسألة انشغال المسكن بمتاع الغير لأبعد من ذلك، حيث قرر القضاء المصري في إحدى قراراته أنه:" إذا كان المسكن مستأجرا ويحتوي على مخزن فيه حب لصالح المالك المؤجر، مما يجعله مشغولا بمتاع الغير، فلا يعتبر المسكن شرعيا لعدم تخصيصه، وادعاء الزوج أثناء المحاكمة شرائه للحب بعد الكشف لا يجدي"[3].

الفرع الثاني

اخلال الزوج بالشروط المتعلقة بظروف المسكن ومحيطه

يتعلق هذا الإخلال بالمحيط الذي يتواجد فيه مسكن الزوجية كما يتعلق بظروفه، فالمسألة هنا لا تتعلق بالمسكن بحد ذاته، إذ نجد المسكن مستوفيا للشروط المطلوبة من احتوائه على المرافق والآثاث وأسباب الراحة، إلا أنه ومع ذلك يعتبر المسكن غير شرعي لتحقق إحدى الصور التالي ذكرها:

أولا: انشغال المسكن بأقارب الزوج

[1]- سناء جميل الحنيطي، خلوق ضيف الله محمد آغا، شروط مسكن الزوجية في قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق، ص.101.

[2]- محمود خميس حسن محمد خميس، حق المسكن الشرعي للزوجة، دراسة فقهية تطبيقية، المرجع السابق، المرجع السابق، ص.ص131-132.

[3]- قرار رقم 15267، أحمد داود، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، الجزء1، ص.70. نقلا عن جمال أبو سنينة، الطاعة الزوجية في الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية، المرجع االسابق، ص.148.

من الشروط المعتبرة في شرعية مسكن الزوجية استقلال الزوجة بهذا المسكن[1]، لما يحققه من مقاصد شرعية في حفظ استقرار الأسرة، وذلك بضمان حرية الزوجين وستر العورات وتحقيق السكن والطمأنينة والاستقرار النفسي والاستقلالية، وكل ذلك من شأنه المساهمة في استقرار الحياة الزوجية وديمومتها على المودة والرحمة[2].

فلا يجوز للزوج أن يسكن مع زوجته أحد من أقاربه بغير رضاها إلا إذا قبلت بذلك ابتداء، فإن آذوها بالقول أو الفعل فلها أن تطالبه بمسكن مستقل وإن كانت رضيت بسكناهم معها، حتى وإن اشترط عليها في عقد الزواج أن يسكنوا معها، لأن الأصل استقلالها بالمسكن مما يحقق مقاصد النكاح في الإحصان والتناسل والعشرة بالمعروف، فلا تضار الزوجة بهم وبسكناهم معها.

وسايرت القوانين محل المقارنة هذا الحكم في نصوصها، فجعلت شرط انفراد الزوجة بالسكن أساسيا في شرعية المسكن، وأن انشغال المسكن بأقارب الزوج يطعن في شرعية المسكن، واستثنت بعض القوانين ولد الزوج غير المميز لأن المعاشرة لا تتعطل بوجوده، وكذا والدي الزوج الفقيرين العاجزين اللذين لا يستطيع الزوج إعالتهما منفردين، فيجوز له بذلك إسكانهم مع الزوجة في مسكن الزوجية دون أن يطعن ذلك في شرعية المسكن لأن ذلك بر من الزوج بوالديه، وإلا فشرط انفراد الزوجة بالمسكن وعدم انشغاله بأهل الزوج معتبر ولا مجال لإسقاطه إلا في أضيق الحدود.

ثانيا: عدم وجود جيران لمسكن الزوجية

إذا كان الزوج هو من يختار مسكن الزوجية لأنه مكلف بهذا الالتزام، فهذا لا يعني استبداده في هذا الاختيار، جاء في البحر الرائق:" للزوج أن يسكن زوجته حيث أحب على أن يكون بين جيران صالحين..."[3]، وغاية اشتراط جيران صالحين هو أن تأمن الزوجة على نفسها ومالها بوجودهم، وأن يغيثوها إن استغاثت ويكونوا شهودا يسألهم القاضي إن اشتكت الزوجة أن زوجها يضربها[4].

فإن كان المسكن ليس له جيران وبعيد عن الحي المأهول بالسكان اعتبر المسكن غير شرعي[5]، جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية:"إذا كان المسكن بلا جيران فلا يعتبر

---

[1]- ينظر في تفصيل ذلك ص.ص 74-75 من هذه الرسالة.

[2]- سناء جميل الحنيطي، خلوق ضيف الله محمد آغا، شروط مسكن الزوجية في قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق، ص.98.

[3]- ابن نجيم، البحر الرائق، الجزء 4، المرجع السابق، ص.211.

[4]- ينظر ص. 79 من هذه الرسالة.

[5]- قرار رقم 21065، عبد الفتاح عمرو، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية، ص.193. نقلا عن جمال أبو سنينة، الطاعة الزوجية في الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية، المرجع االسابق، ص.149.

شرعيا، وإخبار الخبراء في هذه الحالة بشرعيته أو عدم شرعيته سواء، فلا يعتبر إخبارهم فيما خالف الحس والمشاهدة كما هو مقرر شرعا"[1].

والمسكن الواقع بين جيران غير مسلمين لهم عادات وتقاليد وطباع تختلف عن وتتباين مع عادات وتقاليد الزوجة كالمسكن الذي لا جيران له، جاء في أحد قرارات محكمة النقض المصرية:" فقد كان من أسباب رد الدعوى وجود المسكن بين جيران ألمان لهم عاداتهم وتقاليدهم الخاصة[2]، إذ يشترط في جيران المسكن أن تقبل شهادتهم على المسلمين، وهذا لا يتوفر في غير المسلمين، ولا أقل من أن يكون لمسكن الزوجية جاران مسلمان يتوافر بهما نصاب الشهادة"[3].

ثالثا: وجود عداوة بين الزوجة وجيران المسكن

إن العداوة إذا ثارت بين الزوجة وجيران المسكن قد تحملهم على إيذاء الزوجة ماديا ومعنويا، وذلك يؤثر على استقرار وسكن الحياة الزوجية، وبالخصوص إن لم يوفر الزوج لزوجته الحماية الكافية[4].

فإذا دفعت الزوجة شرعية المسكن بوجود عداوة بينها وبين جيران المسكن وأنهم يؤذونها، وبأنها تتضرر من جوارهم فهذا الدفع إن تم التحقق منه يطعن في شرعية مسكن الزوجية[5]، وبذلك يكون امتناع الزوجة عن السكن ليس لنقصان المسكن وعدم كفايته بل لأنها لأنها بين جيران غير صالحين، ويكون على الزوج حينئذ نقلها إلى غيره أي كان هؤلاء الجيران[6]، فيستوي أن يكون هؤلاء الجيران أقارب الزوج أو ضرتها أو أجنبي، لأن العبرة بعداوتهم مع الزوجة وليس بصلتهم بالزوج، على أن ادعاء هذه العداوة لا يكفي بل يجب أن تقترن بإيذاء وإضرار مادي أو معنوي، إلا أنه في حالة كانت العداوة ظاهرة للزوجة كأن تتعرض للتهديد من ضرتها أو من أهل زوجها اللذين لم يرضوا على زواج ابنهم بها، فحينئذ تعتبر مخاوف الزوجة شرعية ويعتبر المسكن غير شرعي لوجود العداوة مع أهل الزوج أو مع الضرة، واحتمال إيذائهم لها وارد ويكون على الزوج حينها أن يجد لها مسكنا بعيدا عنهم.

---

[1]- قرار رقم 9723، أحمد داود، القرارات الاسئنافية في الأحوال الشخصية، الجزء1، ص.685. نقلا عن جمال أبو سنينة، الطاعة الزوجية في الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.149، هامش رقم 4.

[2]- قرار رقم 21440، عبد الفتاح عمرو، القرارات القضائية في لأحوال الشخصية، ص.191. نقلا عن جمال أبو سنينة، المرجع نفسه، ص.149 .

[3]- جمال أبو سنينة، المرجع نفسه،ص.149.

[4]- محمود خميس حسن محمد خميس، حق المسكن الشرعي للزوجة، دراسة فقهية تطبيقية، المرجع السابق، المرجع السابق، ص.134.

[5]- جمال أبو سنينة، الطاعة الزوجية في الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية، المرجع االسابق، ص.150.

[6]- محمد أبو زهرة، عقد الزواج وآثاره، المرجع السابق، ص.307.

رابعا: عدم أمن الزوجة على نفسها ومالها في مسكن الزوجية

إن الأحكام الشرعية إنما قررت لجلب المنافع أو لدفع المضار، ولأن النفس والمال من أهم المقاصد التي جاء الإسلام ليحفظها، ويتحقق عدم أمن الزوجة على نفسها ومالها إذا كان المسكن لا يوفر الأمن لمن بداخله وعدم وجود أبواب لها أقفال وعدم تحصين النوافذ بأن تكون قابلة للغلق من الداخل[1]، فغياب الزوج عن بيته وزوجته لضرورة ملحة، أو لوجود البيت في مكان موحش، أو اتساع البيت أو خلو البيت من الأنس أو صغر سن الزوجة، كل ذلك يؤدي بالزوجة للشعور بالخوف والوحشة مما يعكر صفو حياتها، لذلك وجب على الزوج توفير المسكن الآمن لزوجته الضعيفة[2].

وعند القول باشتراط الأمان في مسكن الزوجية لا يشترط أن يتهجم سارق على المسكن أو أن يدخل على الزوجة حيوان ضال، بل إن مجرد شعور الزوجة بالخوف مع وجود ما يبرره يجعل شرط الأمان على النفس والمال غير محقق، مما يطعن في شرعية المسكن.

وقد شدد فقهاء الشريعة الإسلامية على شرط أمان مسكن الزوجية[3]، لأن الزوجة أمانة عند زوجها وجب عليه المحافظة عليها، ولأنها ملزمة بالقرار في بيت الزوجية والزوج ملزم بالسعي وكسب الرزق فكان واجبا عليه حينئذ تحويطها بالأمان قدر المستطاع، وهو ما أقرت به القوانين الوضعية[4] والقضاء موافقين بذلك الفقه الإسلامي، جاء في قرار للمحكمة العليا الجزائرية :" ...بأن يكون المسكن لائقا بحاله وحالها، بحيث يتناسب مع أمثالها، وبأن يكون في مكان آمن"[5].

ويتحقق عدم أمان الزوجة إن لم يكن لها جيران أو كان هؤلاء الجيران غير صالحين، أو كان بينها وبينهم عداوة، أو كان الجيران غير مسلمين كأن يكون مسكن الزوجية في بلاد غير المسلمين، مما يجعل صورة عدم أمان مسكن الزوجية تستوعب كل الصور السابقة وتستغرقها، فخوف الزوجة من تعرضها للأذى أي كان مسببه يجعلها لا تأمن على نفسها ومالها وبالتالي يطعن في شرعية مسكن الزوجية.

---

[1]- محمود خميس حسن محمد خميس، حق المسكن الشرعي للزوجة، دراسة فقهية تطبيقية، المرجع السابق، المرجع السابق، ص.128.

[2]- سناء جميل الحنيطي، خلوق ضيف الله محمد آغا، شروط مسكن الزوجية في قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق، ص.102.

[3]- ينظر ص.62 من هذه الرسالة.

[4]- ينظر ص.79 من هذه الرسالة.

[5]- قرار رقم 32653، المحكمة العليا، غ.أ.ش، مؤرخ في 02 أفريل 1984، غير منشور، منقول عن العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.611.

المطلب الثاني

إخلال الزوج بالالتزامات الناشئة عن التزام السكن

لا تخلو ذمة الزوج في الوفاء بالتزام السكن بمجرد توفير مسكن الزوجية وفق شروط معينة، بل يجب إلى جانب ذلك القيام بواجبات أخرى، فيجب على الزوج أن يتواجد في هذا المسكن رفقة زوجته، وأن يشاركها الحياة على سبيل الدوام والاستقرار، وكل ما يقطع هذا التشارك للحياة داخل مسكن الزوجية يعد إخلالا من طرف الزوج بالتزام السكن، سواء كان سبب عدم تواجده راجعا إليه أي بإرادته أو رغماعنه.

على أن تشارك الزوجين في المسكن لكي يبدأ وجب على الزوج أولا دعوة الزوجة للالتحاق بمسكن الزوجية، وبذلك تكون كل مماطلة من طرف الزوج في دعوتها إخلالا بالتزام السكن من طرفه.

وسنتناول في هذا المطلب تماطل الزوج في دعوة زوجته للالتحاق بمسكن الزوجية(الفرع الاول)، وغيبة الزوج عن مسكن الزوجية(الفرع الثاني)، وحالة سجن الزوج(الفرع الثالث).

الفرع الأول

مماطلة الزوج في دعوة الزوجة أو في الاستجابة لدعوتها إلى الدخول

قد تطول الفترة ما بين العقد والدخول حيث تنتظر الزوجة في بيت أهلها دون أن يظهر الزوج رغبته في دعوتها للدخول، وقد يوفر الزوج مسكن الزوجية، ولكن الرغبة الحقيقية في استقبال زوجته ومساكنتها تنعدم لديه، كأن يترك البيت خاليا من الأثاث أو يعمد إلى تغييره بصفة مستمرة بحجة تنقلاته المهنية، كما قد يتحجج بعدم العثور على مكان مناسب أو قد يترك زوجته في بيت والديها ويهاجر للبحث عن عمل على أن يستدعيها فيما بعد، بحيث تطول مدة انتظار الزوجة دون طائل، مما يلحق بها أضرارا بالغة لوجودها في وضع لاهي زوجة ولاهي بمطلقة[1].

وإن كانت النفقة مرتبطة بتسليم الزوجة نفسها للزوج وتمكينه منها، إلا أنه في هذه الحالة التقصير يكون حاصلا من الزوج لعدم دعوة زوجته للدخول رغم طول المدة، فتكون النفقة عليه ولا تعتبر الزوجة عند عدم التحاقها بمسكن الزوجية إن وجد ناشزا[2].

[1]- فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال به، المرجع السابق، ص.144.
[2]- نور الدين أبو لحية، الحقوق المادية والمعنوية للزوجة برؤية مقاصدية، المرجع السابق، ص.172.

وبذلك يعتبر الزوج مخلا بالتزام السكن إن تماطل في دعوة زوجته للدخول، أو إذا مادعته هي أو وليها وتماطل في الاستجابة لهذه الدعوة، وإن كان جزاء هذا الإخلال يقتصر على إلزامه بالنفقة لعدم اعتبار الزوجة ناشزا دون أن يتعدى إلى إلزامه بالدخول.

واعتبر المالكية النفقة واجبة على الزوج قبل الدخول إذا الزوجة أو وليها المجبر دعيا الزوج إلى الدخول[1]، جاء في المدونة:" قلت: أرأيت إن تزوج متى يؤخذ بالنفقة على امرأته أحين عقد أم حتى يدخل؟ قال مالك: إذا دعوه إلى الدخول فلم يدخل لزمته النفقة"[2].

وأما عن المدة التي يصبح بعدها الزوج مخلا إن لم يدع زوجته أو يستجب لطلبها بالدخول هي المدة التي تسمح لكلا الزوجين بأن يتجهز للدخول[3]، جاء في شرح مختصر خليل:" قال اللخمي في باب الحكم في قبض الصداق في كتاب النكاح الثاني معنى مسألة المدونة إذا مضى بعد العقد القدر الذي العادة أن يتربص إليه بالدخول وما يتشور فيه، انتهى، ونقله أبو الحسن الصغير، وقال في النوادر إذا طلبت المرأة النفقة ولم يبن بها، فإذا فرغوا من جهازها حتى لم يبق ما يحبسها قيل له أدخل أو أنفق، ولو قال الزوج: أنظروني حتى أفرغ وأجهز بعض ما أريد فذلك له ويؤخر الأيام بقدر ما يرى، وهو قول مالك"[4]، وبذلك فالمدة اللازمة لدعوة الزوجة للدخول أو الاستجابة لها إن هي دعته أو وليها، هي المدة التي تكفي لتجهيز بيت الزوجية ولتجهيز العروس حسب العرف والعادة، على أن يراعى في ذلك ظروف الزوجين، كما يراعى عدم تعسف أحدهما وتماطله في الدخول دون أسباب وجيهة.

ورغم أن الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية لم يقررا جزاء على مماطلة الزوج في دعوة زوجته للدخول أو في الاستجابة لطلبها حال دعوتها، ماعدا إلزام الزوج بالنفقة عليها والذي لا يعتبر جزاء فعليا، إلا أنه بالإمكان إدراج جزاء هذا الإخلال تحت باب التطليق للضرر، وقد مكن القضاء المغربي في العديد من أحكامه الزوجة المتضررة من تماطل زوجها في دعوتها للدخول من طلب التطليق للضرر، حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى :" إن بقاء المطلوبة في النقض ببيت أبيها رغم كبر سنها لمدة طويلة يشكل ضررا عليه، بالإضافة إلى أن هذه الأخيرة استصدرت حكما قضى على الطاعن بأنه يحوز زوجته بعد أن يعد لها محلا للسكنى وبقي دون تنفيذ، وهذا كاف لجعل حد لهذه الممارسة، أما دعوى الطاعن فلم يقمها إلا بعد الحكم عليه لصالح المطلوبة ولم يقم بتنفيذها، الشيء الذي كان معه الحكم معللا... وخلص القرار إلى أن الزوجة غير المدخول بها إذا ادعت عدم الرضى بعد

[1]- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ط.3، الجزء8، دار الفكر، سوريا، 2010، ص.768.
[2]- مالك ابن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، مدونة الامام مالك، ط.1، الجزء2، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994، ص.177.
[3]- رتيبة عياش، مدى تأثير تفويت حق الاحتباس على استحقاق الزوجة للنفقة، المرجع السابق، ص.49.
[4]- شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان الطرابلسي المغربي الحطاب الرعيني، شرح مختصر خليل، ط.3، الجزء4، دار الفكر، سوريا، ص.182

العقد وقبل الدخول، فإنها تطلق عليه، كذا أجاب السجلماسي ونقله المعيار، وأن إثبات ضرر غير الدخول بها لا يشترط فيه الشرطان المشار إليهما في قول المتحف: ويثبت الإضرار بكل...إلخ، بل يكفي إثبات عدم الرضى"[1]، كما قضى أيضا المجلس الأعلى بأن:" تطليق الزوجة من زوجها طلقة بائنة لكون الزوج تقاعس عن إقامة حفل الزفاف وترك الزوجة مدة عشر سنوات تنتظر دون أن يبادر للدخول بها وامتنع عن تمكينها من صداقها، وظل النزاع بينهما مما ضيع عليها الكثير من فرص الزواج وشكل لها ضررا"[2].

وعلى نفس النحو سار القضاء المصري، جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية:" إن مرور زهاء أربع سنوات على إبرام الزواج وعدم دعوة الزوجة للدخول، ترتب عنه ضرر محقق بها، فالتراخي عمدا في إتمام الزوجية بسبب من الزوج يعد ضربا من الهجر ولو كان التراخي بسبب عدم العثور على مسكن مناسب، إذ هو أمر لا دخل لها فيه، ولا يمنع من التطليق توقع زوال الضرر أو رأيه، طالما صادف الضرر محله وحاقت بالزوجة عواقبه"، وجاء في حكم آخر جاء فيه:" التراخي في إتمام الزوجية بسبب من الزوج يعد ضربا من ضروب الهجر، لأن اسستطالته تنال من الزوجة وتصيبها بأبلغ الضرر، ومن شأنه أن يجعلها كالمعلقة فلا هي ذات بعل ولا هي مطلقة"[3].

وعلى ما يبدو أن الجزاء الذي قرره القضاء العربي مجحف في أغلب الأحيان في حق الزوجة أكثر مما هو منصف لها، لأن الزوجة انتظرت زوجها مدة طويلة لتكتمل زوجيتهما بالدخول، ومرت سنوات من عمرها ضاعت معها فرصا كثيرة، لن يكون تطليقها للضرر وتعويضها عنه مهما كان كبيرا كافيا لجبر خسارتها، خصوصا إن كانت راغبة في إتمام هذا الزواج.

الفرع الثاني

غيبة الزوج عن مسكن الزوجية

إذا كان واجب السكن يقتضي أن يقيم الزوج في مسكن الزوجية رفقة زوجته، فإن غيابه عن هذا المسكن يشكل إخلالا بالتزام السكن المفروض عليه، والجدير بالذكر أن غيبة الزوج عن مسكن الزوجية لا تمس فقط بالتزام السكن وإن كان عدم التواجد المادي بالسكن متعلق بهذا الالتزام ابتداء، إلا أن هذه الصورة من الإخلال - الغيبة – تتعدى إلى الالتزامات

[1]- قرار المجلس الأعلى، عدد970 بتاريخ 1جويلية 1986، غ.أ.ش، 84/5801، غير منشور. نقلا عن فتيحة الشافعي، التزام المساكنة وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص.149.

[2]- قرار المجلس الأعلى، رقم 983، الملف الشرعي، عدد85/22291، بتاريخ26 أكتوبر1999، غير منشور. نقلا عن فتيحة الشافعي، المرجع نفسه، ص.146.

[3]- أحمد نصر الجندي، التقاضي في الأحوال الشخصية، ص.ص 457،456،451، نقلا عن فتيحة الشافعي، المرجع نفسه، ص.146.

الأخرى وتمس بها، فالغيبة تفوت حق الزوجة في المعاشرة الزوجية وحقها في المعاشرة بالمعروف، إلا أن ذلك لا يمنع من مناقشة غيبة الزوج عن مسكن الزوجية في صور إخلال الزوج بالتزام السكن بسبب ارتباط الغيبة كاخلال بالتزام السكن وبالتواجد والبقاء في مسكن الزوجية.

أولا :غيبة الزوج عن مسكن الزوجية في الفقه الإسلامي

المراد بالغيبة هنا انتقال الزوج دون زوجته إلى بلد آخر غير البلد الذي كان فيه بيت الزوجية، أما ترك بيت الزوجية من قبل الزوج مع إقامته في البلدة نفسها فهو حالة من الهجر المسبب للضرر، ولا جرم أن الزوجة تتضرر من غياب زوجها عنها لشعورها بالوحشة، وقد تتعرض للفتنة بسبب ذلك، ولا فرق بين أن يكون للزوج مال يمكنها أخذ النفقة منه أم لم يكن[1].

ويستعمل فقهاء الشريعة الإسلامية كلمة "الغيبة" في غيبة الزوج عن زوجته وتشمل عندهم فقدان الزوج وتشمل غيبة الزوج التي لا يصدق عليها اسم فقدان الزوج، ولذلك نراهم يقيمون الغيبة بكونها منقطعة أو غير منقطعة، ويريدون بالغيبة المنقطعة حالة فقدان الزوج، وبالغيبة غير المنقطعة غيبة الزوج عن زوجته أي تواريه وبعده عنها، ولكن مكانه معروف ويمكن الاتصال به[2]، واختلف الفقهاء في الأخذ بغيبة الزوج كسبب موجب للتطليق وبالتالي اعتبارها إخلالا بالتزام السكن المترتب على الزوج على قولين اثنين، قال الحنفية والشافعية والظاهرية[3] بأنه لا يصح التفريق بسبب غيبة الزوج حتى وإن طالت المدة لانعدام وجود أساس شرعي لهذا التفريق، لأن الدليل لم يقع على أن غيبة الزوج سبب للتفريق بين الزوج وزوجته، وأن الأصل بقاء الزوجية حتى يقوم الدليل على جواز التطليق مهما كان نوع الغيبة[4]، يقول ابن حزم:" ومن فقد يعرف موضعه أو لم يعرف، في حرب فقد أو في سلم وله زوجة، لم يفسخ بذلك نكاح امرأته أبدا، وهي امرأته حتى يصح موته أو تموت هي..."[5].

وأجاز الحنابلة والمالكية[6] للزوجة طلب التفريق لغيبة الزوج، ولو ترك لها مالا تنفق منه، ويبررون ذلك أنه من الصعب على الزوجة المحافظة على عفتها وهي مقيمة بعيدا عن

---

[1]- محمد الشماع، المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج والطلاق والميراث، ط.1، دار القلم، سوريا، 1995، ص.147.

[2]- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء8، المرجع السابق، ص.460.

[3]- السرخسي، المبسوط، الجزء11، المرجع السابق، ص.ص34-35. الشافعي، الأم، الجزء7، المرجع السابق، ص.250. ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، الجزء 9، المرجع السابق، ص.316.

[4] - دليلة آيت شاوش، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، رسالة دكتوراه تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2014، ص.ص133-134.

[5] - ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، الجزء9، ص.316.

[6] - ابن قدامة، المغني، الجزء 7، المرجع السابق، ص.305. الحطاب الرعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الجزء4، المرجع السابق، ص.ص155-156.

زوجها لمدة طويلة، وهذا الأمر لا تتحمله الطبيعة البشرية في الغالب، لذلك وجب رفع الضرر عنها لأنه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام، ويرى الحنابلة أن الزوج إذا غاب أكثر من ستة أشهر فللزوجة الحق أن تراجع الحاكم وتطلب منه إقدام زوجها فيكتب إليه بواسطة حاكم البلد الذي يقيم فيه الزوج يستدعيه للقدوم، فإن قدم فبها وإن لم يقدم وقدم معذرة مشروعة قبلها الحاكم منه، وإن لم يقدم عذرا مشروعا مقبولا لعدم رجوعه وطلبت الزوجة التفريق أجابها الحاكم إلى طلبها وحكم بفسخ نكاحها منه[1]، واختلف المالكية في مدة الغيبة فقالوا سنة فأكثر، كما أوجبوا التفريق بشرط أن تخشى الزوجة على نفسها الزنى وتصدق خشيتها إذا طالت مدة الغيبة سنة فأكثر، ويكتب إلى الزوج الغائب إن علم مكانه وأمكن الوصول إليه بأن يحضر أو يضم زوجته إليه أو يطلق وإلا طلق عليه القاضي، وهذا كله إذا كانت نفقتها دائمة، وإلا طلق عليه القاضي حالا لعدم النفقة[2].

والراجح هو ماذهب إليه المالكية والحنابلة من جواز التفريق إن طالت غيبة الزوج وطلبت الزوجة الفرقة، لحصول الضرر بترك الزوجة وحيدة ولوكان هناك مالا تنفق منه.

واختلف الفقهاء أيضا في الغيبة المنقطعة، والتي يعتبر بموجبها الزوج مفقودا، وإذا ما كانت سببا للتفريق على قولين، يقول الحنفية عن المفقود:" تجري عليه أحكام الأحياء في نفسه فيما كان له، فلا يورث ماله، ولا تبين امرأته كأنه حي حقيقة"[3]، فالتفريق عند الحنفية ممنوع بسبب الفقد ويعتبر المفقود ميتا إذا مات أقرانه من أهل البلدة[4]، وسار معهم في ذلك الشافعية، فقالوا بعدم جواز التفريق بين الزوجين للفقد ويعتبر المفقود ميتا إذا مضت مدة يعلم أو يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقها، وقيل أنها مقدرة بسبعين سنة، وقيل ثمانين وقيل تسعين وقيل بمائة وعشرين سنة، ولا بد من اعتبارحكم الحاكم فلا يكفي مضي المدة من غير حكم الحاكم بموته[5].

وأجاز المالكية والحنابلة الفرقة بين الزوجين للفقد، ويفرق الحنابلة بين حالتين للفقد، حالة ظاهرها الهلاك وحالة ظاهرها السلامة، فإذا كان الفقد ظاهره الهلاك كأن يفقد الزوج بين الصفين في الحرب وقد نشب القتال وقتل قوم من الجانبين، ففي هذه الحالة تتربص زوجة المفقود أربعة سنين ثم تعتد عدة الوفاة، والحجة لهذا القول أن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه قضى بذلك[6]، وإذا كان الفقد ظاهره السلامة، مثل سفر الزوج للتجارة وطلب

---

[1] - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء8، المرجع السابق، ص.462.

[2]- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء2، المرجع السابق، ص.431. عبد الكريم زيدان، المرجع نفسه، ص.ص463-464.

[3]- الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء 6، المرجع السابق، ص.196.

[4] - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء8، المرجع السابق، ص. 444.

[5] - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، الجزء4،المرجع السابق، ص.48.

[6] - ابن قدامة، المغني، الجزء 6، المرجع السابق، ص.389. البهوتي، كشاف القناع، الجزء 4، المرجع السابق، ص.465.

العلم فالمرأة تتربص مدة يغلب على الظن موته بعد مضيها وقدر ذلك بتمام تسعين سنة من يوم ولد[1]، وفرق المالكية مع إجازتهم للتفريق للفقد بين أحوال الفقد، جاء في حاشية الدسوقي:" المفقود في بلاد الإسلام وحكمه أن يؤجل أربع سنين بعد البحث عنه والعجز عن خبره ثم تعتد زوجته، والمفقود بأرض الشرك كالأسير وحكمها أن تبقى زوجيتهما لانتهاء مدة التعمير ثم تعتد زوجته، والمفقود في الفتن بين المسلمين وحكمه أن تعتد زوجته بعد انفصال الصفين، والمفقود في الفتن بين المسلمين والكفار وحكمه أن يؤجل سنة بعد النظر والكشف عنه ثم تعتد زوجته، هذا حاصل ما تقدم وظاهره أنه لا يحتاج للحكم بموته في الأقسام كلها ولا لإذن القاضي للزوجة في العدة"[2].

والراجح في هذه المسألة هو أن تكون مدة انتظار زوجة المفقود التي يحددها القاضي هي أربع سنوات من تاريخ مراجعتها له واقعة أمر فقدان زوجها[3].

ثانيا: غيبة الزوج عن مسكن الزوجية في القوانين الوضعية

أصبحت هجرة الأزواج إلى خارج الوطن بحثا عن لقمة العيش وعن مستقبل أفضل ظاهرة منتشرة وبقوة في مجتمعاتنا العربية، حيث تنقطع أخبار هؤلاء لمدة قد تطول مما يعرض زوجاتهم لمصاعب مادية ونفسية واجتماعية لا حصر لها، فإذا غاب الزوج عن مسكن الزوجية مدة معينة جاز للزوجة أن تلجأ إلى القاضي لطلب الفرقة لغيبة الزوج[4]، وهذا وهذا ما قررته التشريعات العربية في نصوصها أخذا برأي المالكية والحنابلة وأقرت بحالة غيبة الزوج كسبب يفرق القاضي بموجبه بين الزوجين إن طلبت الزوجة ذلك.

ونص المشرع الجزائري على هذه الحالة في المادة 53 من ق.أ.ج التي تضمنت الحالات التي يجوز للزوجة بموجبها طلب التطليق، والتي جاء في الفقرة 5 منها :" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: 5- الغيبة بعد مرور سنة بلا عذر ولا نفقة"، وتضمنت المادة 112 من نفس القانون مايلي:" لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون"، والغيبة المقصودة هنا هي انتقال الزوج إلى بلد غير البلد الذي يوجد فيه مسكن الزوجية وإقامته فيه، لأن غياب الزوج مع بقاءه في نفس البلد يعتبر هجرا، ومن خلال المادة 53 فقرة 5 من ق.أ.ج يتضح أن المشرع الجزائري اشترط للتطليق للغيبة أن تكون مدة الغيبة سنة فأكثر تحسب من يوم غياب الزوج إلى يوم رفع الدعوى أمام القاضي، بالإضافة إلى ضرورة عدم توفر العذر المشروع مع عدم الإنفاق على الزوجة، وعليه إن وجد عذر للزوج في غيبته، واعتبره القاضي مقنعا لكون

[1] - البهوتي، كشاف القناع، الجزء 4، المرجع السابق، ص.465.
[2] - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء 2، المرجع السابق، ص.483.
[3] - عبد الكريم ويدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء8، المرجع السابق، ص.456.
[4] - محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص.254.

العذر يخضع في تقديره لسلطة القاضي، أو ترك الزوج لزوجته مالا تنفق منه في غيبته لم يجز للزوجة طلب التفريق للغيبة ولو طالت عن السنة.

كما اعتبرت التشريعات محل المقارنة غيبة الزوج عن مسكن الزوجية إخلالا من طرف الزوج موجبا للفرقة، حيث نص المشرع المغربي في المادة 104 ف.01.من م.أ.م على أنه:" إذا غاب الزوج عن زوجته مدة تزيد عن سنة، أمكن للزوجة طلب التطليق"، والملاحظ أن المشرع المغربي سار في ذلك وفق ما قال به الإمام مالك، حيث اشترط غياب الزوج عن مسكن الزوجية سنة كاملة حتى ترفع الزوجة دعوى على الزوج الغائب[1]، وعلى خلاف المشرع الجزائري لم يشترط المشرع المغربي في التفريق للغيبة لا انعدام العذر ولا عدم الإنفاق، الأمر الذي يبدو معه موقف المشرع الجزائري غريبا عما قرره المشرع المغربي وباقي التشريعات العربية محل المقارنة في اشتراطه لعدم الإنفاق، وإذا ماكان أخذ حقا بالمذهب المالكي والحنبلي في التطليق لغيبة الزوج، على أن يتم التعرض لهذه المسألة في حينها عند مناقشة مسألة التطليق باعتباره جزاء لإخلال الزوج بالتزام السكن والذي تأخذ الغيبة أحد صور الإخلال به[2].

أما المشرع التونسي فقد انتهج نهجا مختلفا عن التشريعات العربية الأخرى، حاول من خلاله تكريس المساواة بشكل واضح في حق طلب الطلاق بين الزوجين، وجعل للطلاق ثلاث صور نصت عليها المادة 31 من م.أ.ش.ت والتي جاء فيها:" يحكم بالطلاق: 1- بتراضي الزوجين؛ 2- بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر؛ 3- بناء على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به"، والأكيد أن إخلال الزوج بالتزام السكن بغيبته عن مسكن الزوجية يندرج ضمن الضرر الموجب للتطليق طبقا للفقرة الثانية من المادة 31 أعلاه، ولأن تضرر الزوجة من غيبة زوجها أمر مؤكد فلا تجبر المرأة على البقاء في زوجية تسبب لها ضررا ماديا أو معنويا لا يحتمل، وليس من مشاق الحياة ومتاعبها العادية[3].

ونص المشرع المصري على حق الزوجة في طلب التطليق للغيبة في المادة 12 من القانون رقم 25 لسنة 1929 جاء فيها:" إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقا بائنا إذا تضررت من بعده ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه"، ونصت المادة 13 من نفس القانون على أنه:" إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلا وأعذر إليه بأن يطلقها فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد

[1] - محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص.170.
[2] - ينظر ص.450 من هذه الرسالة.
[3] - هاجر الهشيري، حق المرأة في الطلاق، دفاتر السياسة والقانون، العدد10، 2014، الجزائر، المرجع السابق، ص.88-94.

عذرا مقبولا فرق القاضي بينهما بطلقة بائنة، وإذا لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضي عليه بلا عذر أو ضرب له أجل"، فالمشرع المصري فرق بين الغائب معلوم الإقامة والغائب مجهول الإقامة الذي يطلق عليه القاضي دون إمهال، كما لم يعتد المشرع المصري بوجود مال تنفق منه الزوجة أم لا، لأنه في حالة عدم الإنفاق لن تنتظر الزوجة سنة إنما تطلق على أساس عدم الإنفاق وليس الغيبة[1].

وبدوره قرر المشرع الأردني نفس الحكم الذي انتهى إليه المشرع المصري وفرق بين الغائب معلوم الإقامة، والذي نصت المادة 119 من ق.أ.ش.أ بشأنه على أنه للزوجة طلب التطليق إن غاب عنها زوجها سنة فأكثر ولوكان هناك مال تستطيع الإنفاق منه، أما الغائب مجهول الإقامة أو الذي لا يمكن وصول الرسائل إليه رغم أن مكانه معلوم فهذا يفسخ القاضي عقد زواجه بطلب من الزوجة دون أن يضرب له أجل ودون إعذار طبقا للمادة 121 من ق.أ.ش.أ، ولم يشترط القانون الأردني وجود العذر من عدمه للتفريق للغيبة أخذا برأي الإمام مالك لأن الحكمة في طلب التفريق متحققة في الحالتين[2].

ونص المشرع السوري في المادة 109 من ق.أ.ش.س على أنه:"إذا غاب الزوج أكثر من سنة جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي التفريق لتضررها من غيابه عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه"، فاشترط المشرع السوري لإجابة طلب الزوجة في التفريق للغيبة غيبة الزوجة سنة فأكثر ولم يشترط عدم وجود العذر أو عدم انفاق الزوج على زوجته، ولا حتى أن تثبت الزوجة تضررها من هذه الغيبة بل إنه افترض تضررها لمجرد أن الزوج غاب عن مسكن الزوجية سنة فأكثر.

ونص المشرع العراقي على حق الزوجة في طلب التطليق للغيبة ولو أنه لم يستعمل مصطلح الغيبة إنما استبدله بمصطلح "الهجر"، حيث نصت المادة 43 ف.02 من ق.أ.ش.ع على أنه:" للزوجة طلب التفريق عند توافر أحد الأسباب:2- إذا هجر الزوج زوجه مدة سنتين فأكثر بلا عذر مشروع، وإن كان الزوج معروف الإقامة وله مال تستطيع الإنفاق منه"، كما قرر في الفقرة "ثالثا- أ" من نفس المادة :" للزوجة العراقية طلب التفريق عن زوجها المقيم خارج القطر بسبب تبعية جنسيته لدولة أجنبية إذا مضى على إقامته في الخارج مدة لا تقل على ثلاث سنوات بسبب منعه أو امتناعه عن دخول القطر"، وإن كانت هذه الفقرة الثانية تأخذ أبعادا أخرى وتبنى على اعتبارات سيادية وطنية أكثر منها شخصية تتعلق بالزوجة، إلا أن الفقرة الأولى وبلا شك قصد منها المشرع العراقي التفريق للغيبة وإن استعمل كلمة

[1] - دليلة آيت شاوش، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، المرجع السابق، ص.143.

[2] - محمد أحمد حسن القضاة، الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص.138.

"الهجر"، ويؤكد هذا الرأي ما ذكره الأستاذ الكبيسي في تعليقه على هذه الفقرة –ف.2 من المادة 43 من ق.أ.ش.ع- بقوله:" هجر الزوج لزوجته لمدة سنتين فأكثر بلا عذر مشروع سواء أكان الزوج معروف الإقامة أو مجهولها، وهذا مأخوذ من مذهب المالكية والحنابلة الذين يقومون بالتفريق لغيبة الزوج سنة واحدة فأكثر بلا عذر مشروع قيد ليس حكيما، فإن الضرر يقع على الزوجة من هجر زوجها لها سواء أكان ذلك الهجر بعذر أو بدونه وهو مذهب المالكية، فإذا سافر الزوج للدراسة أو للتجارة أو للوظيفة أو للعمل، وغاب عن زوجته لمدة سنتين فلا هو راجع إليها ولا هي لاحقة به، فإن هذا الضرر أكيد لها ولوكان مال تنفق منه، لأن الزوجية ليست مجرد نفقة وإنما هي سكن وألفة ومودة كما وصفها القرآن الكريم"[1].

وأما زوجة المفقود وطبقا لذات القوانين[2]، فإنها تعتد عدة الوفاة وأقصى مدة نصت عليها هذه القوانين أربع سنوات، والزوجة تبين من زوجها المفقود بناء على حكم قضائي وليس تلقائيا، لأن هذا الموت موت حكمي وليس طبيعي[3].

وبالنسبة للمشرع الفرنسي وكما هو معلوم سلك مسلك المساواة بين الرجل والمرأة في حل الرابطة الزوجية، وتندرج بذلك حالة غيبة الزوج ضمن الضرر المعتبر قي طلب الطلاق للخطأ، الذي يعتبر الوسيلة الوحيدة لمعاقبة الطرف المخل بالواجبات الزوجية سواء كان الزوج أو الزوجة، فمتى توافرت نية التهرب من الواجبات الزوجية اعتبر الزوج أو الزوجة مرتكبا لخطأ مبرر لطلب الطلاق من الآخر، واعتبر القضاء الفرنسي الزوج الذي يقرر مغادرة مسكن الزوجية للعمل بعيدا في فرنسا أو خارج فرنسا بدون موافقة الآخر يشكل تصرفه خطأ يبرر فك الرابطة الزوجية [4].

الفرع الثالث

حبس الزوج وسجنه

إن حبس الزوج أو سجنه يقتضي أن يمضي الزوج مدة زمنية في مؤسسة عقابية تنفيذا لحكم تمت إدانته بموجبه بارتكاب جريمة معينة، مما يمنع تواجد الزوج في مسكن الزوجية رفقة الزوجة التي قد تتضرر من طول غيابه عنها رغم أن هذه الغيبة تعتبرغيبة

[1] - أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، المرجع السابق، ص.161.

[2] - تراجع في خصوص الأحكام المتعلقة بالمفقود المواد :109 و111 من قانون الأسرة الجزائري، والمواد 326 و327 من مدونة الأسرة المغربية، والمواد 81 و84 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية والمواد 21 و22 من القانون رقم 25 لسنة 1925 المتعلق بقانون الأحوال الشخصية المصري، وكذا المواد من المادة 245 إلى غاية المادة 253 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، والمواد 202 و203 من قانون الأحوال الشخصية السوري، والمادة 43 الجزء الثاني فقرة 1 من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

[3] - دليلة آيت شاوش، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، المرجع السابق، ص.ص 161-162.

[4] - Marie Cresp(coord) et autres, droit de la famille droit français , européen, international et comparé, op.cit, p.p 257-258.

بعذر، لذلك كانت عند الفقهاء أولى بألا تكون سببا للتفريق، وسنبين فيما يلي موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من الحبس كسبب موجب للتفريق(أولا)، لنبين بعد ذلك موقف تشريعات الأحوال الشخصية محل المقارنة ومدى اعتبارها حبس الزوج إخلالا بالتزام السكن وسببا تستند إليه الزوجة في طلب الفرقة من زوجها(ثانيا).

أولا: حبس الزوج في الفقه الإسلامي

في مسألة التفريق لحبس الزوج يظهر الخلاف نفسه بين الفقهاء في التفريق للغيبة باعتبار الحبس غيبة عند الفقهاء، فإن كان الحنفية والشافعية لا يجيزون التفريق للغيبة عموما فالأولى عدم إجازتهم للتفريق للحبس الذي يعتبر غيبة بعذر، وانضم إلى هذا الرأي الحنابلة مع أنهم يجيزون التطليق للغيبة إلا أنهم يشترطون في ذلك عدم وجود عذر، فخرج بذلك حبس الزوج من هذا الحكم لأنه بعذر.

أما اللذين أجازوا هذا التفريق لحبس الزوج هم المالكية وابن تيمية من الحنابلة، وإن كان المالكية والذين قالوا بجواز التفريق للغياب لا يوجد لديهم نص يقضي بأن حبس الزوج يعطي للمرأة حق طلب التفريق، على أنه بالنظر للعلة التي عللوا بها جواز التفريق للغياب والمتمثلة في تضرر الزوجة من بعد الزوج عنها ولوكان غيابه بعذر، فالعلة موجودة ومتحققة في حبس الزوج لمدة أكثر من سنة لأن الزوج في سجنه بمثابة الغائب في سفره[1].

كما أن قولهم ذاك كان في زوجة الأسير وزوجة المفقود في أرض الشرك، يقول المالكية:" وتبقى زوجة الأسير وزوجة المفقود في أرض الشرك للتعمير، أي إلى المدة التي يمكن أن يعيشها الزوج ولايعيش أكثر منها غالبا، وقدرت بسبعين سنة أو ثمانين، وهذا كله إن دامت نفقتها وإلا فلها التطليق كما لو خشيت الزنى فإن لهما التطليق ولو كانت نفقتهما دائمة"[2]، على أن يكون طلب الزوجة للتفريق بعد أسره لمدة سنة فأكثر قياسا على طلب التفريق لغيبة الزوج والذي اشترطوا فيه مضي سنة فأكثر على غيبة الزوج[3].

أما ابن تيمية من الحنابلة ورأيه مستند إليه في هذه المسألة فقال في زوجة الأسير والمحبوس:"وحصول الضرر بترك الوطء مقتض للفسخ بكل حال، سواء كان بقصد من الزوج أو بغير قصد ولو مع قدرته وعجزه كالنفقة وأولى للفسخ بتعذره في الإيلاء إجماعا،

[1] - دليلة آيت شاوش، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، المرجع السابق، ص.172.
[2] - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء2، المرجع السابق، ص.482.
[3] - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء8، المرجع السابق، ص.466.

وعلى هذا، فالقول في امرأة الأسير والمحبوس ونحوهما ممن تعذر انتفاع امرأته به إذا طلبت فرقته، كالقول في امرأة المفقود بالإجماع"[1].

والراجح في هذه المسألة ما ذهب إليه شيخ الإسلام ابن تيمية لأن مبنى التفريق لفقد الزوج أو غيبته هو تضرر الزوجة بغيبة زوجها عنها، وأن دفع هذا الضرر يكون بتمكينها طلب التفريق وهذا المعنى متحقق في زوجة الأسير والمحبوس كما هو متحقق في زوجة الغائب والمفقود، وكون انعدام القصد والاختيار في الابتعاد عن الزوجة كما في حالة الأسير والمحبوس ووجود هذا القصد والاختيار بالنسبة للغائب فهذا الفرق لا أثر له في حصول الضرر أو عدم حصوله بالزوجة، فإن الزوجة تتضرر بابتعاد الزوج وغيبته عنها بغض النظر عن قصده وإرادته هذا الابتعاد والغياب أوالعكس[2].

ثانيا: حبس الزوج في القوانين الوضعية

إن حبس الزوج يرتب حتما إخلاله بالواجبات الزوجية المترتبة عليه والتي تقتضي تواجده الدائم في مسكن الزوجية، ولأنه أي سجن الزوج يترتب عنه ضرر يلحق بالزوجة، فقد أخذت التشريعات العربية برأي ابن تيمية في مسألة سجن الزوج وأجازت للزوجة طلب التفريق لذلك، ونترك موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة بعد عرض موقف التشريعات العربية محل المقارنة منها، ليتبين الاختلاف الذي شاب أحكام حالة التطليق لحبس الزوج في التشريع الجزائري مقارنة بالتشريعات الأخرى محل المقارنة.

نص المشرع المغربي في المادة 106 من م.أ.م على أنه:"إذا حكم على الزوج المسجون بأكثر من ثلاث سنوات سجنا أو حبسا، جاز للزوجة أن تطلب التطليق بعد مرور سنة من اعتقاله، وفي جميع الأحوال يمكنها أن تطلب التطليق بعد سنتين من اعتقاله"، وتجدر الإشارة إلى أن مدونة الأحوال الشخصية المغربية الملغاة في 2004 لم تتضمن أي نص قانوني يجيز التطليق لسجن الزوج، لذلك اختلفت أحكام القضاء آنذاك بين من يرفض التطليق لحبس الزوج وبين من يجيز ذلك، وقد تدخلت محكمة النقض المغربية لسد الفراغ التشريعي بتكريسها لجواز التطليق لحبس الزوج، جاء في قرار لها:" إدانة الزوج بالحبس لمدة ثلاث سنوات نافذة من أجل التزوير يشكل ضررا للزوجة يجعلها محقة في طلب التطليق لحرمانها من حقوقها الشرعية التي منها المعاشرة والمساكنة"[3]، وقضت أيضا بأن:"إدانة المطلوب - زوج الطالبة- لحيازة ونقل والاتجار في المخدرات ومعاقبته بثلاث

[1] - علاء الدين أبو الحسن علي أبو الحسن على بن محمد بن عباس البعلي الدمشقي، الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، مطبعة السنة المحمدية، مصر، 1950، ص.247.

[2] - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء8، المرجع السابق، ص.467.

[3] - قرار 23 يناير 2002، مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد61-2003، ص.90.نقلا عن محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص.257.

سنوات حبسا وتواجده في السجن تنفيذا لتلك العقوبة، فإن ذلك يشكل ضررا لاحقا بزوجته يبرر فك عصمتها منه"[1].

أما المشرع التونسي فلم يتطرق لحبس الزوج كما غيبته كسببين للتفريق، وتندرج حالة طلب التفريق لسجن الزوج في التشريع التونسي ضمن الطلاق للضرر، المقرر لكلا الزوجين والمنصوص عليه في الفصل 31 فقرة 02 من م.أ.ش.ت.

ونص المشرع المصري في المادة 14 من القانون رقم 25 لسنة 1929 على مايلي:" لزوجة المحبوس عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة 3 سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه"، والواضح أن المشرع المصري قاس سجن الزوج على الغيبة، من خلال الشروط المطلوبة في نص المادة 14 أعلاه، وبدوره المشرع السوري نص في المادة[2] 109من ق.أ.ش.س ف.02 على أنه:" إذا حكم على الزوج بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد ستة أشهر من السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق لتضررها من غيابه عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه"، فالمشرع السوري وإن أخذ بحالة التفريق لحبس الزوج إلا أنه جعل المدة التي تتربصها الزوجة قبل طلب التطليق ستة أشهر خلافا لمدة السنة التي قضت بها التشريعات الأخرى وكذا فقهاء الشريعة الإسلامية ونقصد بالقول المالكية وابن تيمية.

كما نص المشرع الأردني في المادة 125 ف.01 من ق.أ.ش.أ:" لزوجة المحبوس المحكوم عليه لحكم قطعي بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من تاريخ حبسه وتقييد حريته فسخ عقد زواجها منه ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه فإذا أفرج عنه رد طلب الزوجة لانتفاء الضرر برجوع الزوج لمسكن الزوجية"، أما المشرع العراقي وفي نص المادة 43 من ق.أ.ش.ع قرر أن للزوجة طلب التفريق إذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر، ولو كان له مال تستطيع الزوجة الإنفاق منه، فحبس الزوج طبقا للقانون العراقي يخول للزوجة طلب التطليق، كما أنه واضح أن المشرع العراقي أعطى الزوجة حق طلب التفريق بمجرد صدور الحكم على الزوج، وكان من الأحوط لو أنه أعطاها هذا الحق بعد مرور سنة على تنفيذه تحسبا لاحتمالات الإفراج عن الزوج لسبب أو لذاك أو ماهو شائع في المناسبات العامة، حيث

[1] - قرار مؤرخ في 18 أكتوبر2000، مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد59-60، ص.178. نقلا عن محمد الشافعي، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

[2] - عدلت المادة 109 من قانون الأحوال الشخصية السوري بالقانون رقم 4 لعام 2019 القاضي بتعديل بعض مواد قانون الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 1953 وتعديلاته.

يصدر عفو عن المحكومين، وهو ما أخذ به المشرعين المصري والأردني اللذين قررا حق المطالبة للزوجة بالتطليق بعد مضي سنة كاملة من حبس زوجها[1].

وعن موقف المشرع الجزائري من مسألة حبس الزوج واعتباره سببا للتطليق في المادة 53 من ق.أ.ج، فقد انتقد المشرع الجزائري فيما يتعلق بهذه المسألة بالذات قبل تعديل 2005 لقانون الأسرة الجزائري[2] وبعده، حيث نصت ف.4 من المادة 53 من ق..أ.ج على أنه:" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية: 4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية"، هذا النص الذي يبدو غير موافق لما جاءت به التشريعات العربية سالفة الذكر ولموقف المالكية وابن تيمية.

فالمشرع الجزائري لم ينص على مدة العقوبة التي يحكم بها على الزوج حتى تستطيع الزوجة طلب التطليق، ولم يعتبر المشرع الجزائري الغياب للحبس أو للسجن سببا للتفريق، بل راعى الأسباب التي لأجلها حكم على الزوج ومدى مساس هذه الجريمة التي ارتكبها بشرف الأسرة، دون اعتبار لسجن هذا الزوج أو لمدة سجنه[3]، ليتضح أن هذه الفقرة - فقرة 04 من م.53 أعلاه- لا تؤسس لحالة حبس الزوج كسبب للتفريق، فالمشرع لم يعتد بالضرر الذي يطال الزوجة جراء سجن زوجها بغيابه عنها، إنما ركز على الضرر الذي يصيب السمعة وشرف العائلة وبذلك حاد عما قرره المالكية وابن تيمية وما قررته التشريعات العربية محل المقارنة[4].

أما في القانون الفرنسي فيبقى التطليق لحبس الزوج كما الغيبة حالة تندرج ضمن الطلاق للخطأ، طبقا لنص المادة 229 ف.06 من ق.م.ف[5]، على أن ارتكاب الزوج جريمة تؤدي إلى حبسه ليس بمثابة سبب قوي ولا أولي يؤدي بالقاضي إلى التفريق بين الزوجين تفريقا قضائيا، فيخضع ذلك لسلطة القاضي التقديرية حيث يراعي كل الظروف التي تحيط

---

[1] - أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، الجزء الأول، الزواج والطلاق وآثارهما، المرجع السابق، ص.160.

[2] - كانت الفقرة 4 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري تنص على أنه:" الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية"، وكان المشرع قد انتقد لصياغته الركيكة كونه وصف العقوبة بالشائنة، هذا الوصف جاء منصرفا إلى العقوبة وليس إلى الفعل المعاقب عليه، وبذلك فالمشرع كما يرى الأستاذ فضيل سعد يكون وصف عمل القاضي بالشينة والقبح وترك العمل الشائن الذي ارتكبه المجرم وهو ماجاء في التقرير التكميلي لمشروع قانون الأسرة الذي قدم للنواب من أن المشرع كان يقصد الأفعال التي تنعكس آثارها على الثقة الزوجية. ينظر العربي بلحاج، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزاءر، د.س.ن، ص.295. ينظر أيضا نورة منصوري، التطليق والخلع وفق قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص.ص55-56.

[3] - رشيد بن شويخ، قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.199.

[4] - دليلة أيت شاوش، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، المرجع السابق، ص.ص178-179.

[5] - Art 229 :" les époux peuvent consentir mutuellement a leur divorce par acte sous signture privée contresigné par avocats, déposé au range des minutes d'un notaire.
Le divorce peut être prononcé en cas :…4- soit de faute" .

بجوانب القضية كما يقوم بمحاولة الإصلاح بين الزوجين[1]، والقاضي في حالة سجن الزوج وإن كان لا يبدو هذا الفعل خطأ من جانبه كونه حصل دون إرادته واختياره، إلا أن هذا لا يمنع من اعتبار حبس الزوج إخلال بالواجبات الزوجية المترتبة على الزواج، والملاحظ أن التشريع الفرنسي لا يقيم إلى حد ما وزنا للضرر الذي يسببه أحد الزوجين للآخر إنما يركز على ما إذا كان هذا الفعل خطأ أم لا، ليتقرر حينها فك الرابطة الزوجية بناء على ذلك.

المطلب الثالث

إخلال الزوجة بالالتزامات الناشئة عن التزام السكن بمسكن الزوجية

رغم أن التزام السكن بمسكن الزوجية محمول على الزوج باعتباره من يقع عليه تهيئة المسكن الشرعي إلى جانب التزامات أخرى، إلا أن ذلك لا يمنع من أن هذا الالتزام مفروض على الزوجة هي الأخرى كونه التزام تبادلي، ولا تخلو ذمة الزوجة من الوفاء به إلا بتنفيذ ما يترتب عليها من التحاق ببيت الزوجية والقرار فيه، وعلى أساس ذلك كل ما تأتيه الزوجة من تصرفات تمنع تواجدها في مسكن الزوجية رفقة الزوج تعتبر إخلالا بالتزام السكن، هذا الإخلال الذي غالبا ما يسميه الفقهاء نشوزا .

وسنحاول من خلال هذا المطلب بيان بعض صور هذا الإخلال، فنتطرق في الفرع الثاني إلى امتناع الزوجة عن الالتحاق بمسكن الزوجية، لنتطرق في الفرع الثالث إلى مغادرة الزوجة مسكن الزوجية، على أن نبين في الفرع الرابع صورة أخرى للإخلال بالتزام السكن من طرف الزوجة هي عدم سماح الزوجة للزوج بدخول مسكن الزوجية، وقبل ذلك كله نعرف النشوز ونبين مفهومه طبقا لما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية، وحسب ما أخذت به قوانين الأحوال الشخصية في الفرع الأول.

الفرع الأول

نشوز الزوجة في الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية

من خلال هذا الفرع سنحاول أن نبين المقصود بالنشوز فيما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية واعتبروه نشوزا، مع ما اعتبرته القوانين الوضعية وبالتالي المحاكم نشوزا مسقطا لنفقة الزوجة الناشز، فنتناول أولا نشوز الزوجة في الشريعة الإسلامية، لنتناول نشوز الزوجة في القوانين الوضعية محل المقارنة ثانيا.

[1] - العيد براهامي، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بين قانون الأسرة الجزائري والقانون المدني الفرنسي، رسالة دكتوراه في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، الجزائر، 2018، ص.202.

أولا: نشوز الزوجة في الشريعة الإسلامية

النشوز يكون بين الزوجين ومنهما، وهو كراهية كل واحد منهما لصاحبه، وامتناعه عن أداء الحق الذي أوجبه الله تعالى عليه للآخر[1]، والنشوز بذلك يكون من الزوج والزوجة لقوله تعالى:" وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا"[2]، وقوله عز وجل:" وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ۖ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا "[3]، إلا أن فقهاء الشريعة الإسلامية قصروا حالة النشوز وربطوها بالزوجة، فكان مفهوم النشوز معناه إخلال المرأة بواجباتها الزوجية وعدم طاعة زوجها.

عرف الحنفية نشوز الزوجة بأنه خروجها عن طاعة زوجها فيما يلزم طاعته[4]، وعرفه فقهاء المالكية بأنه خروج الزوجة عن طاعة الزوج الواجبة عليها، كأن تمنعه الاستمتاع بها أو وطئها، أو تخرج من بيت الزوجية دون إذنه إن لم يقدر عليها، أو تخرج لمحل تعلم أنه لا يأذن فيه، أو تغلق الباب دونه، أو تترك حقوق الله تعالى كالصلاة والطهارة، أو تخونه في نفسها وماله[5]، وعرف الشافعية الناشز بأنها الخارجة عن طاعة زوجها، كأن تخرج بغير إذنه، أو تمنعه التمتع بها أو تغلق الباب في وجهه[6]، وعرف الحنابلة نشوز الزوجة بأنه معصية الزوجة الزوج فيما فرض الله عليها من طاعته[7].

وتعاريف النشوز هذه وإن اختلفت من حيث تفصيلات كل منها، إلا أنها تخلص إلى مفهوم واحد وهو معصية الزوجة زوجها فيما يجب عليها تجاهه من حقوق، فإن كان الأمر كذلك لماذا نحصر النشوز في الإخلال بالتزام السكن؟ إن ما يبرر مناقشتنا للنشوز في صور إخلال الزوجة بالتزام السكن هو ذلك الارتباط الذي أقامه الفقهاء وبعدهم القوانين كما سنرى بين نشوز الزوجة وبين خروجها من مسكن الزوجية أو امتناعها عن الالتحاق به، وإلا فإن مفهوم نشوز الزوجة واسع يتضمن كل إخلال من طرف الزوجة بواجب من واجبات الزواج وكل معصية للزوج تركتبها الزوجة سواء خرجت من مسكن الزوجية أم لا.

---

[1] - الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء40، ص.284. نور حسن قاروت، موقف الإسلام من نشوز الزوجين أو أحدهما وما يتبع ذلك من أحكام، المرجع السابق، ص.ص51-52.

[2] - سورة النساء، الآية 128.

[3] - سورة النساء، الآية 34.

[4] - الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء2، المرجع السابق، ص.334.

[5] - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء2، المرجع السابق، ص.343.

[6] - الرملي، نهاية المحتاج، الجزء6، المرجع السابق، ص.ص 379- 380.

[7] - ابن قدامة، المغني، الجزء7، المرجع السابق، 318..

ثانيا: نشوز الزوجة في القوانين الوضعية

لم يعرف المشرع الجزائري النشوز، إلا أنه كان قبل تعديل قانون الأسرة في 2005 ينص في المادة 37 فقرة01 على أنه:" يجب على الزوج نحو زوجته النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها"، غير أنه بعد تعديل 2005 لقانون الأسرة أغفل أحكام النشوز واكتفى بالإشارة إلى الطلاق بسبب النشوز في نص المادة 55 من ق.أ.ج[1]، مما يستوجب معه الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية[2]، وهو ما انتهجته المحكمة العليا في اجتهادها القضائي، إذ يعتبر نشوزا طبقا للمحكمة العليا امتناع الزوجة عن الانتقال إلى بيت الزوجية دون عذر شرعي، وكذلك خروجها من بيت الزوجية دون عذر أو مسوغ شرعي وهذا بشرط أن يكون الزوج هيأ لها مسكنا ملائما، وأن يطلب من القاضي إرجاع الزوجة إلى بيت الزوجية، وأن يلتمس الحكم عليها بالنشوز وبذلك إيقاف نفقتها بسبب امتناعها عن استئناف الحياة الزوجية المحكوم بها بأحكام أصبحت نهائية[3]، وحسب اجتهاد المحكمة العليا نشوز الزوجة يتمثل في عدم تواجدها بمسكن الزوجية رفقة زوجها، على أن نشوزها يثبت بحكم قضائي وإلا فلا تسقط نفقتها.

وأهمل المشرع المغربي أحكام النشوز حيث لم يسن لها نصوصا صريحة ضمن مدونة الأسرة المغربية، وقرر في المادة 195 من المدونة بأن الزوجة التي غادرت بيت الزوجية وصدر حكم بضرورة رجوعها إلى بيت الزوجية وامتنعت عن العودة، تسقط عنها النفقة عن المدة الموالية للامتناع عن الرجوع بعد إثبات واقعة الامتناع سواء بمحضر الامتناع أو محضر إخباري[4]، وأكد القضاء المغربي ما أقره المشرع المغربي، جاء في قرار قرار للمجلس الأعلى بشأن النشوز والرجوع لمسكن الزوجية الآتي:" طبقا لمقتضيات المادة 195 من مدونة الأسرة يجوز للمحكمة إيقاف نفقة الناشز إذا صدر عليها حكم بالرجوع وامتنعت من تنفيذه، والمحكمة لما ثبت لها أن الطالبة تمتنع من تنفيذ الحكم القضائي بالرجوع إلى بيت الزوجية المعين فيه وقضت بإيقاف نفقتها تكون قد طبقت الفصل المذكور التطبيق الصحيح ولا ضير عليها إن هي لم تستجب لما تمسكت به الطالبة من تخصيص مسكن لها

[1] - قد يوحي إلغاء نص المادة 37 فقرة 01 من ق.أ.ج بأن المشرع الجزائري وباكتفائه بجعل أثر النشوز هو الطلاق طبقا للمادة 55 من قانون الأسرة المعدل، لم يعد يأخذ برأي جمهور الفقهاء القائل بإسقاط نفقة الناشز و أنه اعتمد رأي ابن حزم، الذي يوجب النفقة للزوجة ناشزا كانت أو غير ناشز، إلا أن اجتهاد المحكمة العليا يؤكد غير ذلك ويبين تمسك القضاء برأي الجمهور والذي يقضي بإسقاط نفقة الزوجة الناشز.

[2] - العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.598.

[3] - المحكمة العليا، غ.ا.ش، ملف رقم 45311، صادر بتاريخ 1987/03/09، المجلة القضائية، عدد03، لسنة 1990، ص.505. المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 374449، صادر بتاريخ 2006/12/13، المجلة القضائية عدد01، لسنة 2007، ص.505. المحكمة العليا، ملف رقم 33762، صادر بتاريخ 1984/07/90، المجلة القضائية عدد 04، لسنة 1989، ص.119.

[4] - محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص.137.

مادام لم يثبت أن بيت الزوجية المعين في الحكم القاضي بالرجوع غير مستوف للشروط شرعا"[1].

ولم يتطرق المشرع التونسي هو الآخر للنشوز في مجلة الأحوال الشخصية، إلا أن الاجتهاد القضائي لمحكمة التعقيب التونسية عرف النشوز في أحد القرارات بأنه:" نشوز الزوجة هو بمبارحة محل الزوجية وعدم الرجوع إليه واشتراط محل آخر وفره لها الزوج ولم ترجع، فذلك ضرر منها لحق بالزوج مؤديا لطلاقها منه، فالحكم بتطليقها من أجل ذلك يكون في طريقه ولا يطعن فيه"[2]، وقضت في قرار آخر لها بأن:" الزوج مطلوب بالإنفاق على زوجته المدخول بها ولو كانت خارج محل الزوجية مادام لم يقم بمطالبتها بالمعاشرة أو باعتبارها ناشزا عند امتناعها من الرجوع"[3]، ويتبين من نص القرارين أن القضاء التونسي يرتب على نشوز الزوجة إيقاف النفقة، ويعتبر نشوز الزوجة مؤديا لطلاقها وإضرارا بالزوج يوجب التعويض طبقا لأحكام الفصل 31 من م.أ.ش.ت.

واعتبر المشرع المصري طبقا للمادة 11 مكرر 02 من القانون رقم 25 لسنة 1929 الزوجة الناشز هي التي تمتنع عن طاعة زوجها، والناشز أيضا هي التي تمتنع عن العودة إلى منزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها دون أن يكون امتناعها مبررا، ويعتبر المشرع المصري متوسعا في معنى النشوز، حيث حكم بوقف النفقة عن الزوجة التي تمتنع عن طاعة زوجها سواء كان هذا الامتناع داخل مسكن الزوجية أو كان بخروجها منه، وقد وافق بذلك مسلك فقهاء الشريعة الإسلامية في توسيع مفهوم النشوز ليشمل كل معصية للزوجة فيما يجب عليها لزوجها.

وعرف المشرع الأردني الناشز صراحة في نص المادة 62 من ق.أ.ش.أ " الناشز هي التي تترك بيت الزوجية بلا مسوغ شرعي أو تمنع الزوج من الدخول إلى بيتها قبل طلبها النقلة إلى بيت آخر"[4]، وكان المشرع السوري هو الآخر يعرف الناشز في المادة 75 من ق.أ.ش.س بأن الناشز هي من تترك بيت الزوجية بلا مسوغ شرعي أو تمنع زوجها من دخول بيتها قبل طلبها النقل إلى بيت آخر، وبعد تعديل قانون الأحوال الشخصية السوري في 2019 لم تعد المادة 75 من ق.أ.ش. س تنص على تعريف النشوز، وتم تعديل المادة 73 من نفس القانون والتي أصبحت تتضمن 06 حالات تسقط فيها نفقة الزوجة، وجاء نصها

[1] - قرار عدد 66 الصادر في 2 فبراير 2005 في الملف الشرعي عدد 2004/1/2(قرار غير منشور). نقلا عن محمد الكشبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص.513.

[2] - قرار تعقيبي مدني عدد 6880، مؤرخ في 6 أفريل 1986، سنة 1986، ق.م.ج.3، ص.213. نقلا عن الحبيب محمد الشريف، مجلة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.72.

[3] - قرار تعقيبي مدني، عدد 794 مؤرخ في 22 مارس 1961، ق.م، ص. 40. نقلا عن الحبيب محمد الشريف، المرجع نفسه، ص.70.

[4] - محمد أحمد حسن القضاة، الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد رقم 36 لسنة 2010، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص.ص215-216.

كالآتي:" يسقط حق الزوجة في النفقة عند عدم وجود المسوغ الشرعي في الأحوال الأتية:
1- إن منعت نفسها من الزوج.

2- إذا امتنعت عن الانتقال إلى بيت الزوجية.

3- إذا تركت بيت الزوجية.

4- إذا منعت الزوج من الدخول إلى بيت الزوجية.

5- إذا امتنعت عن السفر مع زوجها.

6- إذا عملت خارج البيت دون إذن زوجها صراحة أو ضمنا مالم تكن قد اشترطت في عقد الزواج خلاف ذلك."، والملاحظ ومن خلال هذا النص توسع المشرع السوري في حالات النشوز عما كان عليه قبل 2019، واقترابه هو الآخر في تقريره لمفهوم النشوز من مفهومه في الفقه الإسلامي.

ولم يرد في قانون الأحوال الشخصية العراقي تحديد للمقصود بالنشوز، ولعل هذا السكوت عائد لكثرة وتباين الحالات التي تدخل ضمن مفهوم النشوز بحيث يصعب تعدادها وجمعها في تعريف واحد[1].

ويتبين من خلال عرض مواقف قوانين الأحوال الشخصية محل المقارنة من تحديد مفهوم النشوز في نصوصها القانونية أو حتى في تطبيقات القضاء، أن أغلب التشريعات قصرت نشوز الزوجة على حالة مغادرتها مسكن الزوجية أو بالأحرى عدم تواجدها فيه رفقة زوجها، سواء بامتناعها عن الالتحاق به و الرجوع إليه أوخروجها منه بغير إذن زوجها أو بمنعه من دخوله، في حين أن الفقه الإسلامي يوسع مفهوم النشوز ليشمل كل معصية من الزوجة لزوجها فيما أوجبه عليها الزواج.

ويقترح بعض الفقه تعريف النشوز بالنظر إلى وصف الزوجة به بأنه:" تعد الزوجة ناشزا إذا فوتت على زوجها حق المعاشرة بدون وجه حق"[2]، لأن برأيه الأحوال التي أسقط فيها الفقهاء والقانون نفقة الزوجة تجمعها علة واحدة هي "فوات التمكين"، ولكي لا يتم قصر النشوز في خروج الزوجة من بيتها ولا توسيع نطاقه لدرجة تجعل الحياة الزوجية عرضة للتصدع لما للنشوز من آثار بالغة كقطع النفقة والتفريق بين الزوجين[3].

[1] - فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، المرجع السابق، ص.147.
[2] - نفس المرجع، ص.148.
[3] - نفس المرجع، ص.147.

الفرع الثاني

امتناع الزوجة عن الالتحاق بمسكن الزوجية

يفرض التزام السكن على الزوجة التزاما بالالتحاق بمسكن الزوجية إذا ما دعاها الزوج إلى ذلك، سواء كانت الدعوة للدخول أو دعوة للعودة لمسكن الزوجية، على أنه وإن كان عدم استجابة الزوجة لهذه الدعوة إخلال بين من طرفها بهذا الالتزام إلا أنه وفي حالات معينة لا يكون كذلك، بل بكون امتناعها عن الالتحاق مشروعا، ولا يمكن بذلك وصفها بالناشز.

ونقصد بالقول هنا حالة امتناع الزوجة عن الالتحاق بمسكن الزوجية عند عدم تجهيز المسكن الشرعي بشروطه، وحالة امتناعها عن الالتحاق بمسكن الزوجية بسبب عدم قبضها صداقها، وحالة عدم الإنفاق عليها، وقد يتبادر إلى الذهن سؤال عن جدوى أن نورد هذه الصور أعلاه ونحن بصدد مناقشة إخلال الزوجة بالتزام السكن مع أنها لا تعد إخلالا بل امتناعا مشروعا، نقول أن الغرض من ذكر وتعداد صور الامتناع المشروع هو إمكانية حصرها، ليعتبر بذلك كل امتناع خارج هذه الصور إخلال من طرف الزوجة بالتزام السكن.

أولا: ألا يكون امتناع الزوجة عن الالتحاق بمسكن الزوجية سببه عدم استيفاء مهرها

المهر هو المال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج لزوجته إما بالتسمية أو بالعقد، ويسمى أيضا بـ "الصداق" لإشعاره بصدق رغبة باذله في النكاح الذي هو الأصل في إيجاب المهر[1]، وللمهر أسماء أخرى هي الصدقة؛ النحلة؛ الفريضة؛ الأجر؛ العلائق، العقر، الحباء وزاد بعضهم في أسمائه "الطول" لقوله تعالى:"وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ "[2]، وزاد بعضهم اسم "النكاح"[3] لقوله تعالى:" وَلْيَسْتَعْفِفِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا"[4].

والجدير بالذكر مسألة اختلاف الفقهاء في تكييف المهر أو الصداق، حيث اعتبر الأحناف والشافعية والحنابلة المهر أثر من آثار عقد الزواج وليس ركنا من أركانه ولا شرطا من شروط صحته[5]، أما المالكية فيرون أن الصداق ركن من أركان العقد لا يصح اشتراط

---

[1] - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء7، ص.49.

[2]- سورة االنساء، الآية 25.

[3] - ابن قدامة، المغني، الجزء7، المرجع السابق، ص.209. الشربيني، مغني المحتاج، الجزء4، المرجع السابق، ص.ص 366- 367..

[4] - سورة النور، الآية 33.

[5] - السرخسي، المبسوط، الجزء 5، المرجع السابق، ص.ص62-65. ابن قدامة، المغني، الجزء7، المرجع السابق، ص.210.

اسقاطه أو التواطؤ على تركه[1]، ولا يصح عقد الزواج عند الاتفاق على نفي الصداق فلو تزوجها بشرط ألا صداق لها فقبلت، لا يصح العقد لأنه عقد معاوضة[2] ملك متعة بملك صداق، فيفسد بشرط نفي العوض كما يفسد البيع بشرط نفي الثمن[3]، وبهذا أخذ المشرع الجزائري في المادة 9 مكرر من ق.أ.ج والمشرع المغربي في المادة 13 من م.أ.م، وحتى المشرع التونسي في الفصل 12 من م.أ.ش.ت.

واتفق الفقهاء على استحباب تعجيل الصداق مع جواز أن يكون جزءا منه مؤجلا[4]، فإن لم يدفع الزوج للزوجة صداقها فلها منع نفسها من الدخول والاستجابة إليه، لأن مناط تمكين الزوجة من نفسها واحتباسه لها هو دفعه صداقها، وقال بهذا فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، فتمنع الزوجة نفسها من الدخول بها ومن أن يسافر بها حتى يوفيها معجل مهرها[5].

وخالف ابن حزم الجمهور في مسألة امتناع الزوجة عن الالتحاق ببيت زوجها وتمنع نفسها منه إن لم يوفها صداقها، جاء في المحلى:" ولا خلاف بين أحد من المسلمين في أنه من حين يعقد الزواج فإنها زوجة له" فهو حلال لها وهي حلال له، فمن منعها منه حتى يعطيها الصداق أو غيره فقد حال بينه وبين امرأته بلا نص من الله تعالى، ولامن رسوله ﷺ، لكن الحق ما قلنا أن لا يمنع حقه منها، ولا تمنع هي حقها من صداقها، لكن يطلق على الدخول عليها –أحبت أم كرهت- ويؤخذ مما يوجد له صداقها - أحب أم كره-"[6]، والراجح في هذه المسألة هو قول جمهور الفقهاء من أن للزوجة أن تمتنع عن تسليم نفسها إلى زوجها قبل تسليم معجل مهرها[7].

ولم ينص المشرع الجزائري على جواز امتناع الزوجة عن إجابة دعوة زوجتها والتحاقها بمسكن الزوجية، كما لم ينص المشرع المغربي على ذلك صراحة، إلا أنه ومن

---

[1] - ابن رشد، بداية المجتهد، الجزء3، المرجع السابق، ص.ص 965-966.

[2] - رد ابن حزم الظاهري على من قال بأن عقد الزواج معاوضة، وقد اشتد في رده عليهم قائلا:" وليت شعري ماذا باع أو ماذا اشترى أرقبتها؟ فبيع الحر لا يجوز أم فرجها؟ فهذا أبين في الحرام وهو قد استحل بكلمة الله تعالى فرجها الذي كان حراما عليه قبل النكاح كما استحلت بكلمة الله تعالى فرجه الذي كان حراما عليها قبل النكاح، ففرج بفرج وبشرة ببشرة، وأوجب الله تعالى عليه وحده الصداق لها زيادة على استحلالها فرجه، وليس البيع هكذا إنما هو جسم يبادل بجسم، أحدهما ثمن والآخر مبيع مثمون لا زيادة ههنا لأحدهما على الآخر، فوضح لكل ذي عقل سليم فساد قول من شبه النكاح بالبيع، وأيضا فإن البيع بغير ثمن لا يحل والنكاح بغير ذكر صداق حلال صحيح". ابن حزم، المحلى بالآثار، الجزء9، المرجع السابق، ص.90.

[3] - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء 2، المرجع السابق، ص.294.

[4] - مع اختلاف الفقهاء في تفاصيل مسألة تأجيل وتعجيل المهر. ينظر في تفصيل المسألة عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء 4، المرجع السابق، ص.ص 183-141.

[5] - البهوتي، كشاف القناع، الجزء5، المرجع السابق، ص.163.

[6] - ابن حزم ، المحلى ، الجزء.9، المرجع السابق، ص.ص85-86.

[7] - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء 7، ص.85.

خلال نص المادة 31 من مدونة الأسرة المغربية التي نصت على أنه:" يؤدي الصداق عند حلول الأجل المستحق عليه.

للزوجة المطالبة بأداء الحال من الصداق قبل بداية المعاشرة الزوجية.

إذا وقعت المعاشرة الزوجية قبل الأداء، أصبح دينا في ذمة الزوج".

ويستفاد من نص المادة أنه إذا كان الصداق مؤجلا إلى أجل معلوم فيجب الوفاء به عند حلول الأجل، وبناء على ذلك يجوز للزوجة الامتناع عن تسليم نفسها إذا حل أجل الصداق المؤجل، أما إذا كان الصداق معجلا فيجوز للزوجة المطالبة به قبل الدخول وبناء عليه يجوز للزوجة الامتناع عن الدخول والتسليم لعدم قبض معجل الصداق، وهذا مجمع عليه فقها[1]، على أن بعض النساء يفضلن أخذ جزء يسير من الصداق وترك أكبر نسبة بنية إحباط أية محاولة للطلاق، لأن الزوج ملزم بأدائها كدين عليه حين يفكر في ذلك، بل إن منهن ما يغالين في ذلك[2].

في حين نص المشرع التونسي في نص المادة 13 من مجلة الأحوال التونسية على أنه:" ليس للزوج أن يجبر المرأة على البناء إذا لم يدفع المهر ويعتبر المهر بعد البناء دينا في الذمة إلا المطالبة به فقط ولا يترتب عن تعذر الوفاء به الطلاق"، فالمشرع التونسي كان صريحا في مسألة عدم قبض الزوجة المهر قبل الدخول أو البناء حيث أجاز لها منع نفسها عن الزوج وعدم التحاقها به حيث دعاها، إلا أنه في حالة بعد الدخول، جعل هذا دينا في ذمة الزوج لا يرتب الطلاق، ولكنه لا يمنع ذلك الزوجة من الدفع بعدم التنفيذ، أي تمتنع عن الالتحاق بمسكن الزوجية كونها لم تقبض مهرها ولو تم الدخول بها، وهو ما أكده القضاء التونسي في أحد قراراته:" لا تجبر الزوجة على البناء قبل اتصالها بكامل مهرها، فإذا تم البناء قبل قبضها لذلك المعين يصير المهر دينا بذمة الزوج"[3].

كما لم ينص المشرع المصري صراحة على حق الزوجة المشروع في الامتناع عن الالتحاق ببيت الزوجة إن لم يوفيها الزوج صداقها، إلا أن المادة 01 فقرة 04 من ق.أ.ش.م والتي جاء نصها:" ولا يجب النفقة للزوجة إذا ارتدت، أو امتنعت مختارة من تسليم نفسها دون حق أو اضطرت إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج، أو خرجت دون إذن زوجها"، وبمفهوم المخالفة من نص المادة يتضح أن الزوجة إذا امتنعت عن تسليم نفسها بوجه حق

[1] - رتيبة عياش، مدى تأثير تفويت الاحتباس على استحقاق الزوجة للنفقة، المرجع السابق، ص.143.
[2] - محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص.75.
[3] - قرار تعقيبي مدني، عدد246، مؤرخ في 22 أكتوبر 1968- ن 1968، ق.م- ق ت 1969/8. ص. 48. نقلا عن محمد الحبيب الشريف، مجلة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.41.

بقيت نفقتها قائمة على زوجها ولم تعتبر ناشزا وعدم قبض الصداق الذي هو حق لها يعتبر مبررا لعدم تسليم نفسها[1].

أما المشرع الأردني فقد نص صراحة في المادة 60 من ق.أ.ش.أ على أنه:" تجب النفقة للزوجة ومع اختلاف الدين من حين العقد الصحيح ولو كانت مقيمة في بيت أهلها وإذا طالبها الزوج بالنقلة إلى بيت الزوجية فامتنعت بغير حق شرعي فلا نفقة لها، ولها حق الامتناع عند عدم دفع الزوج مهرها المعجل أو عدم تهيئة مسكن شرعي لها"، وبذلك يكون للزوجة الامتناع عن الانتقال إلى منزل الزوجية لتوفر المبرر الشرعي وهو امتناع الزوج عن دفع المهر المعجل المستحق عليه وللزوجة الحق في طلبه، وامتناعها عن تسليم نفسها له يكون بحق إذ ليس المانع من جهتها[2]، وسار إلى نفس الحكم المشرع العراقي - وبنفس العبارات تقريبا مع المادة 60 من ق.أ.ش.أ- جاءت المادة 23 من ق.أ.ش.ع في فقرتها الثانية تنص على أنه:"يعتبر امتناع الزوجة عن الانتقال إلى بيت الزوجية مادام الزوج لم يدفع لها معجل مهرها أو لم ينفق عليها"، والمميز في نص المادة 23 أعلاه أن المشرع العراقي لم يفرق بين الزوجة المدخول بها وغير المدخول بها، وتعتبر حالة عدم قبض الزوجة لمعجل صداقها من الحالات التي يكون بموجبها امتناع الزوجة عن الانتقال إلى بيت زوجها امتناعا مشروعا لا يلغي نفقتها على الزوج[3]، وقد قضى القضاء العراقي بأن امتناع الزوجة عن الانتقال إلى بيت زوجها لا يسقط نفقتها إذا كان يستند إلى سبب مقبول كأن يكون الزوج لم يدفع لها معجل مهرها[4]، وجاء نص المادة 71 من قانون الأحوال الشخصية السوري بفقرتيها 01 و02 مطابقا تقريبا لنص المادة 23 من ق.أ.ش.ع ومقررا لنفس الحكم.

ثانيا: ألا يكون امتناع الزوجة عن الالتحاق بمسكن الزوجية سببه عدم شرعية المسكن

إذا هيأ الزوج لزوجته مسكنا بشروطه المطلوبة لزمها الانتقال لهذا المسكن، وإلا اعتبرت مخلة بالتزام السكن، أما إذا ما كان هذا المسكن غير شرعي لتخلف شرط من

---

[1] - من الدفوع الموضوعية التي تدفع بها الزوجة في دعوى الطاعة، الدفع بانشغال ذمة الزوج بالمهر المعجل وتوابعه كمصاغ ذهبي أو غرفة نوم وتوابعها أو أثاث بيت، فالمحكمة تتحقق من ذلك، فإذا أقر الزوج بانشغال ذمته بالمهر أو بتوابعه واستعد لتسليمه لزوجته أمهلته المحكمة فإذا سلم سارت في الدعوى حسب الأصول وإذا رفض تسليم المهر وتوابعه حكمت المحكمة برد دعوى الطاعة لانشغال ذمة الزوج بالمهر المعجل وتوابعه، أما إذا أنكر الزوج انشغال ذمته بالمهر المعجل وتوابعه كلفت الزوجة بالإثبات ببينة خطية أو شخصية فإن أثبتت الزوجة ذلك قبل الدفع وردت دعوى الطاعة، وإن عجرت الزوجة عن الإثبات كان لها حق تحليف الزوج اليمين الشرعية على نفي دعواها، فإن حلف أو أعرضت الزوجة عن تحليفه رد الدفع وقبلت دعوى الطاعة، أما إن نكل الزوج عن حلف اليمين حكمت المحكمة بصحة الدفع وردت دعوى الطاعة. محمد جمال أبو سنينة، الطاعة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.158.

[2] - محمد أحمد حسن القضاة، الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد رقم 36 لسنة 2010، الكتاب الأول، عقد الزواج وآثاره، المرجع السابق، ص.210.

[3] - أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، المرجع السابق، ص.ص212-213.

[4] - قرار محكمة التمييز رقم 670 في 1967/11/26. وقرار رقم 343 في 1965/08/01، ابراهيم الشاهدي، المبادئ القانونية لقضاء محكمة التمييز، ص.212. نقلا عن فاروق عبد الله الكريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، المرجع السابق، ص. 150.

الشروط أو بعضها أو عدم وجوده أصلا حينها يجوز للزوجة الامتناع عن الانتقال إليه دون سقوط حقها في النفقة، لأن امتناعها لمبرر شرعي.

وسبق بيان أوصاف وشروط المسكن الشرعي[1]، فوجب أن يكون مستقلا عن سكن أهل الزوج والضرة خاليا منهم؛ محتويا على المرافق الضرورية واللوازم الأساسية للمعيشة؛ آمن المكان والجيران، وكل شرط متعلق بالمسكن ارتضاه الزوجان ولا يخالف مقتضى عقد الزواج كأن تشترط السكن في بلد أو مدينة معينة أو تشترط عدم إخراجها من بلدها يكون ملزما، فإذا اختل شرط من هذه الشروط غاب الوصف الشرعي عن المسكن على أن تقدير هذه الشروط ومدى توفرها يعود إلى القاضي الذي يراعي في ذلك حالة الزوج من اليسار أو الإعسار.

فإذا رفع الزوج على زوجته دعوى رجوع إلى بيت الزوجية أو الالتحاق به، فللزوجة إن لم يكن المسكن مستوفيا للشروط المطلوبة أن تدفع بعدم شرعية المسكن بإبداء الشرط المتخلف منها، عندها يسأل القاضي الزوج المدعي عن هذا الدفع الذي أبدته الزوجة، فإن أقر به فإنه يكون قد أقر بعدم شرعية المسكن، وإن أنكره أجل القاضي الفصل بها حتى يتم التحقق منها عند الكشف الحسي على المسكن، فإذا تبين صحة الدفع عند الكشف وتخلف شرط من شروط المسكن الشرعي فإن القاضي يرد دعوى الزوج لعدم شرعية المسكن، أما إذا تبين إثر الكشف على المسكن عدم صحة ما ادعته الزوجة من تخلف شرط في المسكن حكم القاضي برد دفع الزوجة وبشرعية المسكن - إن لم يكن للزوجة دفوع أخرى- [2]، ويعتبر هذا الحكم مثبتا لنشوز الزوجة ولإخلالها بالتزام السكن بمسكن الزوجية.

الفرع الثالث

مغادرة الزوجة مسكن الزوجية

يرتب التزام السكن بمسكن الزوجية على الزوجة التزاما فرعيا بالقرار في هذا المسكن كواجب يقابله حق الزوج في الاحتباس، والذي يرتب بدوره على الزوج واجبا بالإنفاق على زوجته، لأن الزوجة محبوسة بحبس النكاح بحق للزوج ممنوعة من الاكتساب بحقه، فكان نفعها عائدا إليه فكانت كفايتها عليه[3]، والاحتباس والنفقة طبقا لرأي الفقهاء متلازمان إذا غاب الاحتباس سقط الداعي إلى النفقة على الزوجة وخرجت عن طاعة زوجها وهذا هو الأصل، على أن هناك استثناءات ترد فتغادر الزوجة مسكن الزوجية ومع ذلك تبقى

[1] - ينظر ص.ص 74- 80 من هذه الرسالة.
[2] - جمال أبو سنينة، الطاعة الزوجية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص.145، هامش رقم 02.
[3] - الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء4، المرجع السابق، ص. 16.

مستحقة للنفقة ليس للاحتباس لأنه لم يتحقق، وإنما لتقصير الزوج في الوفاء بأحد الالتزامات المفروضة عليه أو لتقييده بشرط وارتضائه له.

ومغادرة الزوجة منزل الزوجية لا تخرج عن صور ثلاث، إما خروج المرأة دون إذن زوجها لقضاء حوائجها أو لزيارة أهلها في المدينة نفسها؛ أو خروجها للعمل بصورة يومية تخل بحق الاحتباس المستحق للزوج؛ أو سفر الزوجة وانتقالها إلى مدينة أخرى أو بلد آخر وغيابها عن مسكن الزوجية.

أولا: خروج الزوجة دون إذن زوجها

إذا كان القرار في البيت أمر عاما لجميع النساء، فإنه أوكد وأكثر حتمية بالنسبة للمرأة المتزوجة باعتبار أن هذا القرار في البيت هو حق للزوج، ولأن الآية الكريمة:" وقرن في بيوتكن" تتناول الزوجات بهذا الأمر قبل غيرهن لأنه موجه إليهن، وآيات أخرى تخص الزوجات صراحة وتدل على هذا الأصل وهو القرار في البيت، ومن هذه الآيات قوله تعالى:"أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم"، والأمر بالإسكان نهي عن الخروج والبروز والإخراج لأن الأمر بالفعل نهي عن ضده، وقوله تعالى :" لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن" يفيد أيضا لزوم قرار الزوجة في البيت[1].

على أن قرار الزوجة في منزل الزوجية لا يعني عدم خروجها منه مطلقا، واختلف الفقهاء في تقدير الحالات التي لا يجوز للزوج فيها منع الزوجة من الخروج وكذا الحالات التي تخرج الزوجة دون إذنه.

ففي الزوجة التي تخرج دون إذن زوجها من غير عذر، اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة على أن ذلك يعتبر نشوزا، جاء في بدائع الصنائع:"ولا نفقة للناشز لفوات التسليم بمعنى من جهتها، وهو النشوز، والنشوز في النكاح أن تمنع نفسها من الزوج بغير حق خارجة من منزله بغير إذنه..."[2]، وقال بذلك الشافعية، جاء في مغني المحتاج:"والخروج للزوجة من بيته، كان الزوج حاضرا أولا بلا إذن منه نشوز منها... يسقط نفقتها لمخالفتها الواجب عليها"[3]، وبذلك قال الحنابلة، جاء في المغني:"...أو خرجت من منزله بغير إذن...فلا نفقة لها ولا سكنى في قول عامة أهل العلم"[4]، أما المالكية ففرقوا بين الزوجة الخارجة إلى مكان معلوم وهذه يعتبر خروجها نشوزا إن تحققت شروط معينة، وبين الزوجة الخارجة إلى مكان مجهول فهذه تسقط نفقتها دون تقييد بشروط، يقول

[1] - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء7، المرجع السابق، ص.289.
[2] - الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء4، المرجع السابق، ص.22.
[3] - الشربيني، مغني المحتاج، الجزء05،المرجع السابق، ص.ص168- 169.
[4] - ابن قدامة، المغني، الجزء 8، المرجع السابق، ص.236.

الخرشي:"... وكذلك الهاربة إلى موضع معلوم مثل الناشز، وأما إلى موضع مجهول فلا نفقة لها..."[1]، وبالنسبة للشروط التي وضعها المالكية، ألا يكون الزوج حاضرا عند خروج الزوجة من مسكن الزوجية فإن كان حاضرا قادرا على منعها ولم يفعل ذلك لا تسقط نفقتها لأنها تعتبر خارجة بإذنه[2]؛ ألا يستطيع ردها لا بنفسه ولا بالحاكم، أما إن كان قادرا على ردها فلا تسقط نفقتها[3]، وألا تكون الزوجة حاملا، حيث جاء في حاشية الدسوقي :" إن لم تحمل: أي لم تكن حاملا، فإن كانت حاملا لا تسقط، لأن النفقة حينئذ للحمل"[4]، وألا تكون الزوجة معتدة من طلاق رجعي لأن المعتدة من طلاق رجعي لا تسقط نفقتها مطلقا عند فقهاء المالكية، وأن تكون الزوجة ظالمة فإن خرجت لظلم ركبها، فلها النفقة ولا تسقط[5].

أما في خروج الزوجة دون إذن زوجها لوجود العذر، فقد أجاز الفقهاء للزوجة الخروج دون إذن زوجها للضرورة ومن صور هذه الضرورة[6]، كأن يشرف البيت على الإنهدام؛ أو تكره الزوجة على الخروج ظلما أو خراب البلدة التي تقيم فيها وبقاء البيت منفردا؛ أو إعسار الزوج بالنفقة؛ أو إخراج الزوجة من طرف صاحب المعير أو المستجير[7]؛ المستجير[7]؛ كما تخرج بمقتضى العرف، كأن تخرج للقاضي للمطالبة بحقها أو تخرج في طلب العلم والاستفتاء إن لم يغنها الزوج عن ذلك[8]؛ أو تخرج لزيارة أقاربها أو جيرانها ونحوها كعيادتهم وتعزيتهم[9]؛ وقد تخرج الزوجة دون إذن زوجها لعدم وفاء مهرها كما سبق سبق بيانه.

وأما الظاهرية فيرون أن نفقة الناشز لا تسقط عن زوجها على أساس أن النفقة سببها العقد وتجب به وليس بالاحتباس أو التمكين[10].

ولم ينص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على حالة خروج الزوجة دون إذن زوجها وجزاء ذلك، مع أنه كان ينص في المادة 37 قبل تعديلها في 2005 على أنه:" يجب على الزوج نحو زوجته:1- النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها"، ويستفاد من

---

[1] - محمد بن عبد الله بن علي الخرشي المالكي، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، الجزء05، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997، ص.205.

[2] - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء 3، المرجع السابق، ص.488.

[3] - محمد الخرشي، حاشية الخرشي، الجزء5، المرجع السابق، ص.204.

[4] - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء3،المرجع السابق، ص.488.

[5] - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء3،المرجع السابق، ص.488..

[6] - رتيبة عياش، مدى تأثير تفويت الاحتباس على استحقاق الزوجة للنفقة، المرجع السابق، ص.ص 207-213.

[7]- ابن نجيم، البحر الرائق، الجزء04، المرجع السابق، ص.ص 212- 213. الشربيني، مغني المحتاج، الجزء05، المرجع السابق، ص.169.

[8] -الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، الجزء05، المرجع السابق، ص.169.

[9] - ينظر ص.100 من هذه الرسالة.

[10] - ينظر ص.188 من هذه الرسالة.

نص المادة اعتبار الزوجة ناشزا يسقط نفقتها، ويدخل خروجها من مسكن الزوجية دون إذن زوجها في حالة النشوز.

وبالنسبة للقضاء الجزائري فقد استقر اجتهاده على عدم ثبوت نشوز الزوجة، إلا بعد امتناعها عن تنفيذ الحكم القضائي الذي يلزمها بالرجوع إلى مسكن الزوجية، وذلك بموجب محضر امتناع عن الرجوع[1]، حيث قضى المجلس الأعلى بأنه:" متى كان من المقرر شرعا أن سقوط النفقة عن الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت أنها بلغت بالحكم النهائي القاضي برجوعها لمحل الزوجية، وبعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم، مما يجعلها ناشزا عن طاعة زوجها، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون بالخطأ في تطبيق الشريعة الإسلامية في غير محله، ويستوجب النقض"[2].

وبدوره لم ينص المشرع المغربي صراحة على حالة خروج الزوجة دون إذن زوجها، إلا أنه ومن خلال المادة 195 من م.أ.م والتي نصت على أنه:" يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ إمساك الزوج عن الانفاق الواجب عليه ولا تسقط بمضي المدة إلا إذا حكم عليها بالرجوع لبيت الزوجية وامتنعت"، يستشف من النص أن الزوجة تستحق النفقة ولو غادرت مسكن الزوجية، وتعتبر ناشزا فقط عندما تغادر الزوجة مسكن الزوجية إلى بيت والديها أو إلى غيره ويصدر حكم بضرورة رجوعها إلى مسكن الزوجية وتمتنع عن العودة في هذه الحالة تسقط نفقتها[3]، وهو ما استقر عليه الاجتهاد القضائي المغربي، حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى بشأن نشوز الزوجة قضى فيه بأنه:"طبقا للمادة 195 من مدونة الأسرة يجوز للمحكمة إيقاف نفقة الناشز إذا صدر عليها حكم بالرجوع وامتنعت من تنفيذه..."[4].

وأما المشرع المصري فنص في المادة 01 ف.04 و05 من القانون رقم 25 لسنة 1920 على أنه:" ولا تجب النفقة للزوجة إذا ارتدت...أو خرجت دون إذن زوجها...، ولا يعتبر سببا لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية - دون إذن زوجها- في الأحوال التي يباح فيها ذلك بحكم الشرع مما ورد فيه نص أو جرى به عرف أو قضت به ضرورة..."، من خلال هذا النص يتضح أن المشرع المصري اعتبر خروج الزوجة دون إذن زوجها نشوزا واستثنى من ذلك خروج الزوجة للضرورة وبما جرى فيه العرف ودون الحاجة لحكم قضائي، إلا أن المادة 11 مكرر ثانيا من القانون رقم 25 لسنة 1929 نصت على الآتي:" إذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف نفقة الزوج من تاريخ الامتناع وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد إلى منزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة

[1] - رتيبة عياش، مدى تأثير تفويت الاحتباس على استحقاق الزوجة للنفقة، المرجع السابق، ص. 222.
[2] - المحكمة العليا، قرارصادر في 1984/07/09، ملف رقم 33762، المجلة القضائية، عدد04، شنة 1989، ص.119.
[3]- محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق، ص.260.
[4]- قرار عدد 66، الصادر في 2 فبراير، في الملف الشرعي عدد 02/01/2004 قرار غير منشور. نقلا عن محمد الكشبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص.513.

بإعلان على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها وعليه أن يبين في هذا الإعلان المسكن..." وقد يبدو هناك تعارض بين النصين، إلا أنه على الأغلب أن اعتبار الزوجة ناشزا وإيقاف نفقتها لا يتأتى إلا بحكم قضائي، رغم أن المشرع المصري لم يذكر في المادة 01 فقرة 04 أعلاه ولم يشترط الحكم منتهجا في ذلك منهج الشريعة الإسلامية، إلا أنه إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته لخروجها دون إذنه وعند مطالبتها بالنفقة حكم لها بالنفقة طبقا لنص المادة - م. 4 أعلاه- فإذا دفع الزوج هذا الحكم لخروجها دون إذنه حكم القاضي برجوع الزوجة لمسكن الزوجية بموجب دعوى الطاعة، فإذا امتثلت لم تسقط نفقتها وإلا فتسقط النفقة لعدم عودتها إلى منزل الزوجية بعد إعلانها على يد محضر قضائي، وليس لأنها خرجت دون إذن زوجها.

ونص المشرع الأردني في المادة 62 من قانون الأحوال الشخصية الأردني على أنه:" إذا نشزت الزوجة فلا نفقة لها مالم تكن حاملا فتكون النفقة للحمل، والناشز هي التي تترك بيت الزوجية بلا مسوغ شرعي... ويعتبر من المسوغات المشروعة لخروجها من المسكن إيذاء الزوج لها أو إساءة المعاشرة أو عدم أمانتها على نفسها أو مالها"، والملاحظ أن المشرع الأردني لم يشترط حكم المحكمة لتعتبر الزوجة ناشزا، كما أنه فرق بين خروج الزوجة الحامل وغير الحامل دون إذن الزوج، فلم يسقط نفقة الحامل في كل حال لأنها تستحق النفقة لحملها، كما عدد المسوغات التي يكون خروج الزوجة دون إذن الزوج بتحققها لا يعد نشوزا وتبقى بذلك نفقتها على الزوج، وهي سوء العشرة التي يدخل فيها الإيذاء والإضرار، وعدم أمن الزوجة على نفسها أومالها والذي يعني عدم شرعية المسكن من حيث شرط أمن المسكن وأمن جبران المسكن، كما لم يبين المشرع السوري إن كان نشوز الزوجة لا بد أن يثبت بحكم المحكمة واكتفى في المادة 75 من ق.أ.ش.س على أن:" الناشز هي التي تترك دار الزوجية بلا مسوغ شرعي...".

في حين كان المشرع العراقي ومقارنة بالتشريعات الأخرى محل المقارنة مفصلا في مسألة نشوز الزوجة، حيث نص في المادة 25 من ق.أ.ش.ع ف.1 على أنه:" لا نفقة للزوجة في الأحوال الآتية:- إذا تركت بين زوجها بلا إذن، وبغير وجه شرعي"، فخروج الزوجة من بيت الزوجية يعتبر نشوزا موجبا لإسقاط النفقة، على أنه إن كان هذا الخروج مبررا فلا تلزم الزوجة بمطاوعة زوجها، وهو ماذكره المشرع العراقي في الفقرة الثانية من نفس المادة، وإن كانت هذه الأعذار المبررة أو المسوغات الشرعية ذكرت على سبيل المثال لقول المشرع:"ويعتبر من قبيل التعسف والإضرار بوجه خاص ما يلي"، فالعبرة إذا في عدم المطاوعة هو قصد الزوج الإضرار بالزوجة والتضييق عليها أيا كانت صورة ذلك، لينص المشرع العراقي في الفقرة 3 من نفس المادة -25 من ق.أ.ش.ع- على أنه:" على المحكمة أن تتريث في إصدار الحكم بنشوز الزوجة حتى تقف على أسباب رفضها مطاوعة زوجها"،

وهو ما يفيد أن نشوز الزوجة لا يثبت إلا بحكم قضائي، فإذا استحصل الزوج حكما بمطاوعة زوجته فامتنعت فإن حكم المطاوعة لا ينفذ جبرا، وعلى المحكمة أن تتريث في إصدار الحكم بالنشوز حتى تقف على حقيقة الأسباب التي تحول دون المطاوعة، وإذا بذلت المحكمة كل مساعيها في سبيل إزالة تلك الأسباب ولم تصل إلى نتيجة حكمت بالنشوز[1]، و يعتبر النشوز سببا للتفريق طبقا للفقرة 05 من المادة 25 أعلاه، وللزوجة طلب التفريق بعد مرور سنتين من تاريخ اكتساب حكم النشوز درجة البتات، وللزوج طلب التفريق بعد مرور سنين من تاريخ اكتساب حكم النشوز درجة البتات مباشرة دون انتظار، وعلى المحكمة أن تقضي بالتفريق في الحالتين[2].

ثانيا: خروج الزوجة للعمل دون إذن زوجها

سبق وأن وصلنا إلى أن خروج الزوجة للعمل بإذن الزوج أو خروجها للعمل بعد إعساره بالنفقة ولو دون إذنه جائز ولا يعد نشوزا، أما في مسألة خروج الزوجة للعمل دون إذن الزوج فاتفق جمهور الفقهاء أن الزوجة بذلك تعتبر ناشزا تسقط نفقتها، ماعدا الظاهرية اللذين قالوا بأن نفقة الزوجة التي تخرج دون إذن زوجها لا تسقط ليس لأنها لا تعتبر ناشزا بل لأن النفقة عند الظاهرية لا تسقط بالنشوز لأن سببها العقد وليس الاحتباس أو التمكين، على أن القائلين بنشوز الزوجة لخروجها للعمل دون إذن زوجها وبالتالي سقوط نفقتها اختلفوا فيما يتعلق بسقوط النفقة كلها أو جزء منها على قولين:

القول الأول: يرى بأن للزوج منع زوجته من العمل، وأن نفقة المرأة العاملة تسقط حال عملها بدون إذن زوجها وهو قول عدد من فقهاء الحنفية[3]، والعلة عند الحنفية هي انتفاء الاحتباس فمتى انتفى الاحتباس لعذر غير شرعي فلا تجب نفقة الزوجة على الزوج[4]- وهذا القول هو الظاهر عند المالكية- إلا أن بعض المالكية ذكروا أنه لا يحق للزوج منع زوجته من العمل ولكن يمنعها من الخروج إليه، جاء في مواهب الجليل:" وليس له منع زوجته من التجارة، وله منعها من الخروج.."[5]، ما يفيد أن الزوجة إن كانت تعمل داخل بيتها لم يكن للزوج منعها من مزاولة هذا العمل، لأن العلة وهي خروج المرأة من منزل الزوجية لم تتحقق فلم يجز بذلك المنع.

وقال الشافعية بسقوط النفقة إذا لم يكن التمكين تاما وهو الراجح عندهم، جاء في نهاية المحتاج:" الجديد أنها أي المؤن السابقة من نحو نفقة وكسوة تجب يوما بيوم وفصلا بفصل

[1] - فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح القانون العراقي، المرجع السابق، ص.148.
[2] - أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، المرجع السابق، ص.109.
[3]- ابن نجيم، البحر الرائق، الجزء4، المرجع السابق، ص.198.
[4]- سعاد بنت محمد عبد العزيز الشايقي، عمل الزوجة وأثره على النفقة الزوجية دراسة فقهية مقارنة، مجلة جامعة طيبة للآداب والعلوم الانسانية، السنة الخامسة، العدد 10، المملكة العربية السعودية، 1437هـ، ص.291.
[5]- الحطاب، مواهب الجليل ، الجزء 04، المرجع السابق، ص. 186.

أو كل وقت أعتيد فيه التجديد أو دائما بالنسبة للمسكن والخدم على ما مر بالتمكين التام ...، وخرج بالتام ما لو مكنته ليلا فقط مثلا فلا نفقة لها"[1].

القول الثاني: قال به الحنابلة، ويرون أن المرأة الخارجة للعمل دون إذن زوجها لا تسقط نفقتها بالكلية إنما تتشطر وينقص تقديرها، جاء في الإنصاف:" تشطر النفقة لناشز ليلا فقط، أو نهارا فقط، لا بقدر الأزمنة، وتشطر النفقة لناشز بعض يوم، على الصحيح في المذهب"[2].

وتثور أيضا مسألة رجوع الزوج عن إذنه إذا كان قد أذن لزوجته بالعمل، هل يجوز له ذلك أم لا، فإذا كان الإذن مشروطا عليه في العقد فإن الراجح صحة هذا الشرط ولزومه، فإن لم يوف الزوج بالشرط وتراجع عنه وأمر الزوجة بعدم الخروج فإن الفقهاء يثبتون للزوجة حق فسخ العقد دون مقابل منها[3]، أما إن لم يكن مشروطا في العقد فيجوز للزوج الرجوع في الإذن، لأن هذا الإذن يتعلق به وجوب النفقة للزوجة، ويرى الفقهاء أن النفقة بما أنها مجزأة بالأيام يعد كل منها منفصلا عما بعده فيجوز الإذن فيها دون مابعدها، وبذلك يجوز للزوج الرجوع في إذنه لزوجته بالعمل خارج البيت[4].

والعمل متى كان مما يحتاجه المجتمع ولا يجر مفسدة ولا يشمل على محظور، وكان هذا العمل واجبا شرعيا مثل القابلة ومغسلة الموتى وقد توسع البعض من الفقهاء وأدخلوا في الواجبات الكفائية تدريس المرأة للبنات وعمل الطبيبة والممرضة وذكروا أن خروج المرأة للعمل الكفائي لا يحتاج إذن الزوج ولا تسقط به نفقة الزوجة[5]، وعلى الزوجة الخروج لعملها لعملها ملتزمة أحكام الشرع من لباس وآداب وغيرها كما يجب أن لا يترتب على خروجها لهذا العمل إخلال بوظيفتها الأساسية كزوجة وكأم[6]، وجاء في الدر المختار لابن عابدين:" والذي ينبغي تحريره أن يكون له منعها من كل عمل يؤدي إلى تنقيص حقه، أو ضرورة، أو إلى خروجها من بيته، أما العمل الذي لا ضرر فيه، فلا وجه لمنعها عنه خصوصا حال غيبته من بيته..."[7]، كما أن الشريعة الإسلامية لم تمنع المرأة من حق الكسب والعمل، فقد كانت زوجات النبي ﷺ يعملن ولم ينكر عليهن رسول الله ﷺ ذلك[8]، وعن عائشة رضي الله

---

[1]- شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج، الجزء7، المرجع السابق، ص.202.

[2]- المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، الجزء09، المرجع السابق، ص.380.

[3]- عبد السلام بن محمد الشويعر،أثر عمل المراة في النفقة الزوجية، المرجع السابق، ص.49.

[4]- سامي وديع عبد الفتاح القدومي، طاعة الزوج وأثرها في أحكام خروج الزوجة من البيت،دار الوضاح، الأردن، 1426هـ، ص.56؛ وأنظر أيضا عبد السلام بن محمد الشويعر، المرجع نفسه، ص.ص49-50.

[5]- عبد السلام بن محمد الشويعر، أثر عمل المراة في النفقة الزوجية، المرجع السابق، ص.38.

[6]- سعاد بنت محمد عبد العزيز الشابقي، عمل الزوجة وأثره على النفقة الزوجية دراسة فقهية مقارنة، المرجع السابق، ص.293.

[7]- ابن عابدين، الدر المختار، الجزء 3، المرجع السابق، ص.603.

[8]- سعاد بنت محمد عبد العزيز الشايقي، عمل الزوجة وأثره على النفقة الزوجية دراسة فقهية مقارنة، المرجع السابق، ص.293.

عنها قالت: قال رسول الله ﷺ:"أسرعكن لحاقا بي أطولكن يدا" فقالت: فكن يتطاولن أيتهن أطول يدا، قالت : فكانت أطولنا يدا زينب، لأنها كانت تعمل بيدها وتصدق"[1].

وعن موقف التشريعات العربية في حكم هذه المسألة، فلم ينص المشرع الجزائري ولا المغربي عليها، مما يعني الإحالة لأحكام الشريعة الإسلامية والتي لا تجيز خروج المرأة للعمل دون إذن زوجها، إلا في حالة اشتراط الزوجة في عقد زواجها العمل خارج البيت فيكون هذا الشرط ملزما للزوج، وكذلك حين استمرارها فيه ورضا الزوج بعمل الزوجة أو سكوته[2]، كما لم ينص المشرع التونسي على حكم هذه المسألة صراحة، إلا أنه نص في الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية على أن الزوجة تساهم في الإنفاق على الأسرة إن كان لديها مال، وقد يفيد هذا الحكم تشجيع المشرع للمرأة على العمل كون المرأة العاملة لها استطاعة الإنفاق على أسرتها..

ونص التشريع الأردني المتعلق بالأحوال الشخصية على هذه الحالة صراحة، فجاءت المادة 61 منه كالآتي:"أ- تستحق الزوجة التي تعمل خارج البيت النفقة بشرطين:- أن يكون العمل مشروعا؛ – وأن يوافق الزوج على العمل صراحة أو دلالة . ب- لا يجوز للزوج الرجوع عن موافقته على عمل زوجته إلا بسبب مشروع ودون أن يلحق بها ضررا"، كما نصت المادة 73 من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه:" يسقط حق الزوجة في النفقة إذا عملت خارج البيت دون إذن زوجها" واشتراط رضا الزوج في عمل المرأة صريح في القانون السوري، كما جاء في المادة 1 فقرة 05 من القانون 25 لسنة 1920 المتضمن قانون الأحوال الشخصية المصري ما يلي:" ولا يعتبر سببا لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية –دون إذن زوجها- في الأحوال التي يباح فيها ذلك بحكم الشرع.....ولا خروجها للعمل المشروط مشوب بإساءة استعمال الحق، أو مناف لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه"، فالمشرع المصري بموجب هذا النص أجاز للمرأة العمل ولو دون إذن زوجها مادامت لم تتعسف في خروجها للعمل ومادام قيامها بهذا العمل لا يتنافى مع مصلحة الأسرة فلا يكون عندئذ للزوج منعها، وجاءت التطبيقات القضائية في مصر مؤيدة لتوجه المشرع المصري، حيث أقر القضاء المصري بأن النفقة لا تسقط عن الزوج الذي تعهد بألا حق له في مطالبة زوجته بترك عملها، وأن سكوت الزوج عن عمل الزوجة فترة طويلة دليل على رضاه باحترافها وتسليمه بعدم قيام تعارض بين حقوقه وبين هذا الاحتراف، وهذه الأحكام القضائية تكاد تضع سببا جديدا لوجوب النفقة الزوجية هو قيامها بحقوق

[1]- مسلم، صحيح مسلم، الجزء 4، ص.1907، رقم الحديث 2452.
[2]- العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.597.

زوجها وعدم التعارض بين عملها وبين أدائها لالتزاماتها الزوجية، في مقابل ما استقر عليه الفقه الإسلامي في أن سبب إيجاب النفقة هو الاحتباس[1].

وجاء المشرع العراقي بحكم يعتبر فريدا من نوعه، حيث نص في المادة 25 فقرة 2 منه على أن الزوجة لا تلزم بمطاوعة زوجها ولا تعتبر ناشزا إذا كان الزوج متعسفا في طلب المطاوعة إضرارا بالزوجة وتضييقا عليها ويعتبر الزوج كذلك إذا كان البيت الشرعي المهيئ بعيدا عن محل عمل الزوجة بحيث يتعذر معه التوافق بين التزاماتها البيتية والوظيفية، فإن كان بعد مسكن الزوجية عن عمل الزوجة يجعل المسكن غير شرعي فيفهم موقف المشرع العراقي من باب أولى إجازته لعمل المرأة دون إذن زوجها[2].

والملاحظ أن قوانين الأحوال الشخصية العربية باعتمادها التبادلية في الحقوق والواجبات الزوجية، تبرر للمرأة العمل دون إذن زوجها مادامت تقوم بواجباتها نحوه ونحو أسرتها ككل فلا يكون له بذلك إسقاط نفقتها، باعتبار أن واجب الإنفاق لم يعد مقابل الاحتباس بل أصبح مقابل أداء الزوجة لواجباتها الزوجية، وبذلك لا تعد الزوجة مخلة بالتزام السكن إذا ما خرجت للعمل دون إذن زوجها خاصة إذا كانت قد اشترطت عليه العمل في عقد الزواج، أو كان قد أبدى سابقا موافقته الصريحة أو الضمنية على خروجها للعمل،على أن لا تكون الزوجة متعسفة في خروجها للعمل وألا يتعارض خروجها للعمل مع مصلحة الأسرة وإلا اعتبرت في هذه الأحوال الأخيرة مخلة بالتزام السكن.

ثالثا: سفر الزوجة دون إذن الزوج

نقصد هنا سفر الزوجة دون إذن زوجها مع محرم، لأن سفر الزوجة دون محرم يعد إخلالا بالتزام الإخلاص من طرفها لارتباط سفر المرأة مع محرم بالمحافظة على العرض فيكون غير ذلك إخلالا بالتزام الإخلاص[3]، أما سفرها مع محرم دون إذن الزوج وإن كان يضمن المحافظة على عرض المرأة، إلا أن الزوجة تعتبر فيه مخلة بالتزام بقائها في مسكن الزوجية، مفوتة على زوجها حق الاحتباس، لذلك اعتبر إخلالا بالتزام السكن بمسكن الزوجية.

وأما عن رأي الفقهاء في سفر الزوجة فقسموه بالنظر إلى دواعيه إلى ثلاثة أقسام، واختلفوا في تفصيل ذلك، والمعلوم أنهم اتفقوا على أن سفر الزوجة بإذن زوجها ومع محرم لا يحرمها من النفقة ولا تعتبر ناشزا بذلك، وسفر الزوجة بالنظر لدواعيه ثلاثة أقسام سفر المرأة للحج أو العمرة، أو سفر المرأة في حاجة زوجها أو سفر المرأة في حاجة نفسها.

---

[1]- محمد أحمد سراج، كمال الدين إمام، أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص.ص224-225.
[2]- طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.ص152-153.
[3] - ينظر ص.158 من هذه الرسالة.

وفي سفر المرأة للحج أو العمرة قال الحنفية أن الزوجة إذا سافرت لأداء فريضة الحج من دون الزوج ولو مع محرم يسقط حقها في النفقة إذا كان ذلك قبل الانتقال إلى بيت الزوجية، يقول الكاساني:" ...ولو حجت المرأة حجة فريضة، فإن كان ذلك قبل النقلة، فإن حجت بلا محرم ولازوج فهي ناشز، وإن حجت مع محرم لها دون الزوج، فلا نفقة لها في قولهم جميعا، لأنها امتنعت عن التسليم بعد وجوب التسليم فصارت كالناشز"، أما إن كان سفر الزوجة للحج بعد انتقالها لبيت زوجها فاختلف الحنفية على قولين، فقال أبو يوسف لها النفقة، وقال محمد لا نفقة لها[1]، وقال المالكية أن نفقة الزوجة المسافرة لأداء فريضة الحج لا تسقط ولو بغير إذن زوجها، على خلاف المسافرة لحج التطوع فإنهم يشترطون إذن زوجها لعدم إسقاط حقها في النفقة، يقول الخرشي:"...أن المرأة إذا خرجت إلى حجة الفرض أصالة مع محرم أو مع رفقة مأمونة، ولو بغير إذن زوجها، فإن نفقتها لا تسقط عن زوجها، لكن لها نفقة حضر، وعليها ما ارتفع من السفر، أما حج التطوع إذا خرجت إليه فلا نفقة لها فيه على زوجها، إلا أن يأذن لها أو يقدر على ردها"[2].

وقال الشافعية بإسقاط نفقة الزوجة المسافرة للحج دون إذن زوجها فريضة كان أو تطوعا، لأنه إن كان تطوعا فقد منعت حق الزوج الواجب بالتطوع، وإن كان فرضا عليها فقد منعت حق الزوج وهو على الفور وحقها هي وهو على التراخي، أما إن خرجت الزوجة بإذن زوجها ومعه لم تسقط نفقتها لأنها في قبضته، أما إن خرجت بإذنه وحدها ففيه قولان، الأول قال بأن لا نفقة لها؛ والثاني قال : تجب لها النفقة لأنها سافرت بإذنه فلم تسقط نفقتها كما لو سافرت في حاجته[3]، ويرى الحنابلة أن خروج الزوجة لأداء فريضة الحج لا يسقط نفقتها ولو بغير إذن زوجها، جاء في كشاف القناع:" وإن سافرت لحجة الإسلام أو عمرته فلها النفقة، لأنها فعلت الواجب عليها بأصل الشرع، فكان كصيام رمضان، وإن سافرت حج تطوع أو عمرة تطوع ولو بإذنه، فلا نفقة لها لأنها فوتت التمكين لأجل نفسها، إلا أن يكون مسافرا معها متمكنا من استمتاعه بها، فلا تسقط نفقتها لأنها في قبضته"[4].

أما في سفر الزوجة لحاجة زوجها، فللشافعية والحنابلة رأي في ذلك، يقول الخطيب الشربيني من الشافعية:"وسفرها بإذنه معه أو لحاجته لا يسقط نفقتها، لأنها خرجت في غرضه، فهو المسقط لحقه"[5]، وقال الحنابلة بأن الزوجة إن سافرت بإذن زوجها في حاجته

[1] - الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء 4، المرجع السابق، ص. 20.
[2] - الخرشي، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، الجزء 4، المرجع السابق، ص.195.
[3] - محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب للشيرازي، الجزء 20، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1995، ص.139
[4] - البهوتي، كشاف القناع، الجزء05، المرجع السابق، ص.474.
[5] - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، الجزء 5، المرجع السابق، ص.169.

فلا تسقط نفقتها، جاء في كشاف القناع:"وإن سافرت بإذنه في حاجته فلها النفقة، لأنها سافرت في شغله ومراده"[1].

وفي سفر الزوجة لحاجة نفسها هناك أيضا قول للشافعية والحنابلة، فأما الشافعية، فجاء في كتاب المجموع شرح المهذب:"وإن سافرت لحاجة نفسها، فقد قال الشافعي في النفقات: لها النفقة، وقال في النكاح: لا نفقة لها، واختلف أصحابنا فيها، فقال أبو اسحاق: ليست على قولين، وإنما هي على اختلاف حالين، فحين قال لها النفقة أراد إذا كان الزوج معها وحيث قال لا نفقة لها ، أراد إذا لم يكن الزوج معها"[2]، أما الحنابلة فتسقط عندهم نفقة الزوجة المسافرة لحاجة نفسها، جاء في كشاف القناع:" وإن سافرت في حاجة نفسها أو لنزهة أو تجارة أو زيارة رحم ولو بإذنه، فلا نفقة لها، لأنها فوتت التمكين لأجل نفسها، إلا أن يكون مسافرا معها متمكنا من استمتاعه بها، فلا تسقط نفقتها، لأنها في قبضته..."[3].

أما القوانين الوضعية محل المقارنة وإن لم تنص على حالة سفر الزوجة دون إذن زوجها، إلا أن السفر باعتباره خروج للزوجة من منزل الزوجية وتركها له ينطبق عليه نفس الحكم، فالمعتبر فيه أن يكون بمسوغ شرعي، فإن كان سفر الزوجة يتوفر على هذا المبرر الشرعي بقيت نفقة الزوجة قائمة في حق زوجها، وإلا فالنفقة تسقط وتعتبر الزوجة ناشزا بسفرها دون إذن زوجها، وهذا ما استقر عليه القضاء المصري في عديد القرارات، حيث قضى في أحدها بأن:" سفر الزوجة بدون إذن زوجها معصية، فلا تلزمه مصاريف سفرها هذا، حيث ثبت أن المدعية سافرت بعد صدور حكم الطاعة النهائي، فتعتبر ناشزا خارجة عن طاعة المدعي، وليس لها أن تطالبه بمصاريف عودتها، بل عليها أن تعود من حيث ذهبت وترجع عن هذا العصيان، وليس لها أن تدعي انقطاع النشوز بغير ذلك"[4]، وقضى في قرار آخر بأن:" صدور تصريح للزوجة بالسفر من قاضي الأمور الوقتية، لا يكفي لزوال وصف النشوز عن الزوجة التي سافرت إلى الخارج بغير موافقة ورضاء الزوج، حيث أن الأمر الصادر على عريضة بالتصريح للزوجة بالسفر إلى الخارج، ليس حكما له حجية الأحكام، حتى يحاج به الزوج..."[5].

[1] - البهوتي، كشاف القناع، الجزء 05، المرجع السابق، ص.474.
[2] - النووي، المجموع شرح المهذب، الجزء20، المرجع السابق، ص.139
[3] - البهوتي، كشاف القناع، الجزء 05، المرجع السابق، ص. 474.
[4] - قرار رقم 33/1291. م.ش.844/7، أحمد نصر الجندي. نقلا عن رتيبة عياش، مدى تأثير تفويت الاحتباس على استحقاق الزوجة للنفقة، المرجع السابق، ص.2366.
[5] - نقض بتاريخ: 1966/3/30.س.17، كمال صالح البنال. نقلا عن رتيبة عياش، المرجع نفسه، ص.237.

الفرع الثالث

عدم سماح الزوجة للزوج بدخول مسكن الزوجية

من بين صور النشوز التي ذكرها فقهاء الشريعة الإسلامية منع الزوجة زوجها من الدخول عليها في بيتها المملوك لها، جاء في البحر الرائق:" والمراد بالخروج كونها في غير منزله بغير إذنه... وأطلق الخروج فشمل الحقيقي والحكمي وهو عدم تمكينها له من الدخول في منزلها الذي يسكنان فيه قبل أن تسأله النقلة، لأنها كالخارجة، وعلله في الذخيرة بأنها صارت كأنها نشزت إلى موضع آخر، فدل أنه خروج من منزله حكما، بخلاف ما إذا منعته بعدما سألته النقلة"[1]، فالمانعة زوجها من الدخول لمسكن الزوجية كالخارجة دون إذنه عند الحنفية فيما سموه خروجا حكميا بشرط ألا تكون طلبت الانتقال، وذكر الدردير من المالكية في تعريفه للنشوز بأنه:" النشوز هو الخروج عن الطاعة الواجبة: كأن منعته الاستمتاع بها أو خرجت بلا إذن لمحل تعلم أنه لا يأذن فيه، أو تركت حقوق الله تعالى... أو أغلقت الباب دونه أو خانته في نفسها أو ماله"[2]، وجاء عند الشافعية أيضا: "وتكون الزوجة ناشزة بإغلاقها الباب في وجه زوجها، وعدم فتحها الباب ليدخل وكان قفله منها، ويمنعه من فتح الباب، وحبسها زوجها ودعواها طلاقها.."[3]، واعتبر الحنابلة أيضا منع الزوجة زوجها من الدخول لبيت الزوجية نشوزا، فقالوا :" أظهرت النشوز بأن عصته وامتنعت من إجابته إلى الفراش أو خرجت من بيته بغير إذنه ونحو ذلك، كأن أغلقت الباب فمنعته من الدخول..."[4].

واعتبرت بعض قوانين الأحوال الشخصية دون أخرى منع الزوجة زوجها من الدخول إلى مسكن الزوجية كخروجها دون إذنه، واعتمدته صورة لنشوز الزوجة أخذا بما جاء في الفقه الإسلامي، فنص المشرع الأردني في المادة 62 من ق.أ.ش.أ على أنه:" الناشز هي التي تترك بيت الزوجية بلا مسوغ شرعي أو تمنع الزوج من الدخول إلى بيتها قبل طلبها النقلة إلى بيت آخر..."، وهو ما نص عليه المشرع السوري في المادة 75 من ق.أ.ش.س :" الناشز هي التي تترك دار الزوجية بلا مسوغ شرعي أو تمنع زوجها من الدخول إلى بيتها قبل طلب النقل إلى بيت آخر..."، ليتضح أن كلا من المشرع الأردني والسوري قد اعتبرا الزوجة ناشزا إن منعت زوجها من الدخول إلى بيتها، ويتبين في هذه الحالة أن منزل الزوجية يكون ملكا للزوجة ويقيم الزوج معها فيه، وقد يبدو أن هذا الحكم لا يتماشى مع واجب الزوج في توفير مسكن لزوجته وأن هذا يدخل في التزاماته، وحتى أن للزوجة الامتناع عن مطاوعة زوجها إن لم يوفر لها مسكنا لائقا، إلا أن قصد المشرعين

[1] - ابن نجيم، البحر الرائق، الجزء04، المرجع السابق، ص.195.
[2] - الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، الجزء 2، المرجع السابق، ص.511.
[3] - الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء 40، المرجع السابق، ص.289.
[4] - المجاوي، الإقناع، الجزء3، ص.251. الخليفي، إرشاد المسترشد، الجزء 2، ص.360. نقلا عن نور حسن قاروت، موقف الإسلام من نشوز الزوجين أو أحدهما، المرجع السابق، ص.88.

وقبلهم فقهاء الشريعة الإسلامية كان أن الزوجين قد تراضيا على السكن في بيت الزوجة ابتداء، وأن الزوجة بذلك اعتبرت متخلية عن حقها في المسكن الذي يوفره الزوج، لذلك اعتبر بيتها هو مسكن الزوجية، وعلى هذا الأساس إن لم تطالب الزوجة زوجها بالانتقال إلى المسكن الذي هيأه لها ومنعته من الدخول اعتبرت كمن لم تلتحق بزوجها حين دعاها وعدت بذلك ناشزا تسقط نفقتها.

ونتساءل عن الحالة التي يكون فيها مسكن الزوجية ملكا للزوج وتمنعه الزوجة من الدخول، وإن كان ذلك لا يعتبر نشوزا كونه يخرج عن الحالة التي نص كل من المشرعين الأردني والسوري عليها، ولعل هذه الحالة تدخل ضمن المادة 53 من مدونة الأسرة المغربية والتي جاء فيها:" إذا قام أحد الزوجين بإخراج الآخر من بيت الزوجية دون مبرر، تدخلت النيابة العامة من أجل إرجاع المطرود إلى بيت الزوجية حالا، مع اتخاذ الإجراءات الكفيلة بأمنه وحمايته"، وإن كانت هذه المادة تتعلق بحالة إخراج أحد الزوجين للآخر، رغم أن ذلك يعني لا محالة عدم سماح أحد الزوجين للآخر بالدخول إلى مسكن الزوجية، كما لم تنص المادة على ملكية السكن وإلى من تؤول، بل يتعلق حكمها بحالة إخلال أحد الزوجين بالتزام السكن معا في مسكن الزوجية، ويقول محمد الأزهر في تعليقه على هذه المادة:" قد يقع خلاف بين الزوجين ويعمل أحدهما على طرد الآخر من بيت الزوجية، والأصل أن هذه حالات بعض الأزواج اتجاه زوجاتهم على الخصوص، فالمشرع أوكل للنيابة العامة التدخل لإرجاع الأمور إلى نصابها مع حماية المطرود وضمان أمنه باتخاذ إجراءات رامية إلى تحقيق ذلك"[1]، فرغم أن واقع الحال يفيد أن الزوج هو من يمنع الزوجة من دخول مسكن الزوجية إلا أن هذا لا يعني عدم استيعاب المادة 53 من م.أ.م لحالة منع الزوجة زوجها من دخول مسكن الزوجية، وحتى وإن لم يعتبر المشرع المغربي هذا التصرف نشوزا، إلا أنه ومن خلال موقع المادة 53 من المدونة والتي تلت المادة 51 التي تنص على الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين، يستفاد أن منع الزوجة زوجها من دخول مسكن الزوجية يعتبر إخلالا بالتزامات الزوجين ونعني تحديدا الإخلال بالتزام السكن المفروض على الزوجين.

المبحث الثاني

الإخلال بالتزام الإحصان

إن أهمية التزام الإحصان بوجهيه الإيجابي والسلبي، والتي تمادى فقهاء الشريعة الإسلامية في التأكيد عليها - خصوصا من جانب الزوجة- تنبع من الآثار الحسية المترتبة على طرفي عقد الزواج جراء الإخلال بهذا الالتزام، سواء من حيث التزام المعاشرة الزوجية أو من حيث التزام الإخلاص.

[1] - محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق، ص.108.

وغني عن البيان أن التزام الإحصان الذي تحيطه خصوصية يفرضها مضمونه وكيفية الوفاء به، لطالما كان الإخلال به السبب الغالب في قضايا التفريق بين الزوجين وإن أسبغت عليه مسميات أخرى، كما أن الغالب في القضايا التي تصل إلى المحاكم يكون فيها الزوج هو المخل بهذا الالتزام وليس معنى هذا أن الإخلال يقتصر عليه دون الزوجة، بل لأن الشرع خول للزوج أن يعالج نشوز زوجته بتأديبها دون الحاجة للجوء إلى القضاء، كما له أن يطلق بإرادته المنفردة، بالإضافة إلى إمكانية أن تكون له زوجة أخرى، وعلى العكس من ذلك لا سبيل أمام الزوجة التي أخل زوجها بالتزام المعاشرة الزوجية إلا اللجوء إلى القاضي لرفع الضرر عنها بتفريقهما، رغم أن الزوجة وفي حالات كثيرة خاصة إذا كانت قد مرت سنوات معينة على زواجها وكان لديها أطفال تتخلى عن المطالبة بهذا الحق، بالإضافة إلى ما يصيب الزوجين من تحرج عند مناقشة أمورهما الخاصة علنا.

ومن خلال هذا المبحث سنبين صورا لإخلال الزوجين بهذا الالتزام يجب عليهما الامتناع عنها، إلى جانب قيامهما بما يتضمنه التزام الإحصان بوجه عام ليعتبرا موفين به، ونجد الشرع والقانون ورغم خصوصية هذا الالتزام تدخلا ووضعا جزاءات في حالة أخل أحدهما بما يجب عليه تجاه الآخر، لأن ضرر الامتناع عن معاشرة الطرف الآخر متحقق سواء قصد الطرف الأول الإضرار به أم لم يقصد عندما ترك معاشرته، ولأن من غايات الزواج إحصان الزوجين وإعفافهما، فكان هذا الالتزام حجرا أساسا في عقد الزواج تتحقق به المساكنة بين الزوجين، وأي إخلال به يمس بهذه الغاية المقصودة، ويخول لكلا الزوجين طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية والقانون الفرقة عن صاحبه.

وسنناقش في طيات هذا المبحث إخلال الزوجين بالتزام المعاشرة الزوجية في المطلب الأول، لنتطرق إلى إخلال الزوجين بالتزام الإخلاص في المطلب الثاني.

المطلب الأول

الإخلال بالتزام المعاشرة الزوجية

يلتزم الزوجان بالوفاء بالتزام المعاشرة الزوجية أوما يسميه فقهاء الشريعة الإسلامية حل الاستمتاع وفق ضوابط معينة، كعدم وجود المانع الشرعي كالحيض والنفاس ونهار رمضان والإحرام وكل امتناع خارج هذا الإطار بالنسبة للزوجة يعد إخلالا منها بالتزام المعاشرة الزوجية مع مراعاة عدم الإضرار في المطالبة بهذا الحق من طرف الزوج، وكل امتناع أو تعسف من طرف الزوج يعد إخلالا منه بهذا الالتزام، كون هذا الالتزام تبادلي بين الزوجين كما سبق بيانه.

والواضح أن الشريعة الإسلامية نظمت صورا عديدة لإخلال الزوج بالتزام المعاشرة الزوجية وهذا إنما يدل على أن حل الاستمتاع حق متبادل فيه للزوجة مثلما فيه للزوج وأكثر كونه متنفسها الوحيد بينما قد تكون للزوج زوجة أخرى دونها، ويفند أيضا قول القائلين بأن حق الوطء مقرر للزوج إن شاء تركه وهو مفروض عليه مرة في العمر قضاء ومازاد عن ذلك ديانة.

وسنتطرق من خلال هذا المطلب إلى امتناع الزوج عن معاشرة زوجته(الفرع الأول) لنتطرق إلى امتناع الزوجة عن معاشرة زوجها(الفرع الثاني)، لنتطرق بعدها إلى حالة وطء الزوجة كرها وإن كانت تمثل إخلالا بالتزام المعاشرة الزوجية في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي(الفرع الثالث) على أساس أن الإخلال بالتزام المعاشرة الزوجية لا يكون دائما فيه الفعل امتناعا.

الفرع الأول

امتناع الزوج عن معاشرة زوجته

مر معنا في مناقشة مسألة إخلال الزوج بالتزام السكن بمسكن الزوجية أن الحالات التي يغيب فيها الزوج عن مسكن الزوجية بعذر أو بغيره(غيبة الزوج وسجنه)، وإن كانت تمثل إخلالا من طرف الزوج بالتزام السكن إلا أنها في ذات الوقت تشكل إخلالا من الزوج بالتزام المعاشرة الزوجية، كون البعد المادي بين الزوجين متحقق وعدم التقائهما أكيد، إلا في حالات استثنائية كحالة السجين الذي يستفيد من خلوة شرعية يكون له بموجبها الالتقاء بزوجته في غرف مخصصة لذلك في السجن لقاء الأزواج، فتكون بذلك الخلوة الشرعية وفاء من الزوج بالتزام المعاشرة الزوجية تقطع وصف الغيبة بعذر عن الزوج[1]، وماعدا ذلك فقد تم التطرق الى غياب الزوج وسجنه باعتبار هذه الحالات إخلالا بالتزام السكن وفي نفس الوقت يتحقق فيها بعد مكاني بين الزوجين يمنع المعاشرة الزوجية بينهما، وبذلك لم يكن هناك داع إلى تكرار أحكام الغيبة والسجن في الفقه والتشريع، وما نؤكد عليه هو اعتبار السجن والغيبة حالات من حالات إخلال الزوج بالتزام المعاشرة الزوجة تضافان إلى الحالات التي سنتناولها في هذا الفرع.

وإن كان لامتناع الزوج عن معاشرة زوجته نتيجة واحدة، إلا أن الفقه الإسلامي وطبقا للنص القرآني جعله تحت مسميات مختلفة الإيلاء والظهار والهجر، وفيما يسميه الفقه

[1] - ينظر لتفصيل أكثر في موضوع الخلوة الشرعية للسجين ومدى اعتبارها وفاء بالتزام المعاشرة الزوجية يقطع وصف الغيبة مقال : عائشة معروف، براهيم عماري، حق الزوجة في التطليق لحبس الزوج في مواجهة حق الزوج المسجون في الخلوة الشرعية، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد الصديق بن يحيى جيجل، مجلد 7، عدد 9، الجزائر، 2022، ص.ص .

الإسلامي نشوزا من طرف الزوج مصداقا لقوله تعالى:" وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا "، ذلك أن المعنى العام للنشوز هو كراهية أحد الزوجين للآخر وامتناعه عن أداء الحق الذي أوجبه الله عليه للآخر[1].

أولا: الإيلاء

الإيلاء في الشرع هو حلف الزوج أن لا يقرب زوجته، سواء أطلق بأن قال: والله لا أطأ زوجتي، أو قيد بلفظ أبدا، بأن قال: والله لا أقربها أبدا، أو قيد بمدة أربعة أشهر فما فوق، بأن قال، والله لا أقرب زوجتي مدة خمسة أشهر أو مدة سنة، أو طول عمرها، أو مادامت السماوات والأرض، أو نحو ذلك[2].

وفي تعريف فقهاء المذاهب الأربعة، عرفه الكاساني من الحنفية:" الإيلاء عبارة عن اليمين على ترك الجماع بشرائط مخصوصة"[3]، وعرفه المالكية:" الإيلاء شرعا هو حلف مسلم، مكلف يمكنه أن يجامع النساء على ترك وطء زوجته غير المرضعة أكثر من أربعة أشهر إن كان حرا، وأكثر من شهرين إن كان رقيقا"[4]، وقال الشافعية أن الإيلاء هو:"حلف زوج يتصور وطؤه ويصح طلاقه على امتناعه من وطء زوجته التي يتصور وطؤها في قبلها مطلقا، أو فوق أربعة أشهر"[5]، وجاء في المغني للحنابلة:" فأما الإيلاء في الشرع فهو الحلف على ترك الوطء"[6]، وبذلك يكون الإيلاء هو حلف زوج قادر على الوطء على ترك وطء زوجته الصالحة للوطء فوق أربعة أشهر.

والإيلاء الأصل فيه الحظر والاستثناء إباحة الإيلاء، ويرى الحنابلة أن سبب الحرمة هو أنه يمين على ترك واجب[7]، بينما يرى الشافعية أن الحرمة كانت للإيذاء الذي يلحقه الزوج بزوجته بحلفه[8]، وكانت حرمة الإيلاء نظرا لما فيه من الأضرار بالمرأة بترك ماهو ضروري لازم للطبائع البشرية وإيجاد النوع الإنساني وحرمانها من لذة أودعها الله فيها لتحتمل في سبيلها مشقة تربية الذرية ومتاعها، كما فيه إشعار من الزوج بكراهيته لها وانصرافه عنها وكل ذلك من الأذى الذي نهى عنه الإسلام[9].

---

[1] - ابن قدامة، المغني، الجزء8، المرجع السابق، ص.236.
[2] - عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء 4، ص.407.
[3] - الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء3، المرجع السابق، ص.161.
[4] - عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء4، المرجع السابق، ص.410.
[5] - نفس المرجع، ص.411.
[6] - ابن قدامة المقدسي، المغني، الجزء7، المرجع السابق، ص.536.
[7] - البهوتي، كشاف القناع، الجزء 5، المرجع السابق، ص353.
[8]- الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، الجزء5، المرجع السابق، ص.17.
[9] - نور حسن قاروت، موقف الإسلام من نشوز الزوجين أو أحدهما وما ينتج عن ذلك من أحكام دراسة مقارنة، ط.1، أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1995، ص.234.

وأما حكم الإيلاء فإن فاء الزوج إلى زوجته أي عاد لوطئها لزمته كفارة اليمين وسقط الإيلاء، أما إن أصر على حلفه ولم يطأها فإنها تصبر أربعة أشهر ولحظة، فإن انقضت المدة وأصر على عدم الوطء كان لها الحق في رفع الأمر إلى القاضي مطالبة له بالرجوع إلى الوطء، والقاضي يأمره بالرجوع بدون مهلة إلا إذا طلب مهلة يتمكن فيها من الوطء كما لو كان صائما وطلب مهلة حتى يفرغ النهار، فإن وفى بوطئها سقط الإيلاء ولزمه ما تقدم من كفارة ونحوها وإن لم يوف وأصر على يمينه طلق عليه القاضي[1].

والإيلاء غير المحظور هو المقصود به تأديب الزوجة وتربيتها على ما ينبغي أن تكون عليه نحو زوجها[2]، وحتى هذا يشترط فيه أن لا يبلغ أربعة أشهر أي أنه لا يبلغ حد الإيلاء.

ثانيا: الظهار

إن الفائت بالظهار هو حل الوطء إذ يحرم على الزوج المظاهر وطء زوجته مادام حكم الظهار قائما لم يبطل، كما يحرم على المطلق وطء مطلقته طلاقا بائنا، مع الفارق أن الظهار تحريم مع بقاء النكاح[3].

والظهار عند الحنفية هو تشبيه المسلم زوجته أو جزءا شائعا منها بمحرمة عليه تأبيدا، وقال المالكية أن الظهار هو تشبيه المسلم المكلف من تحل له أو جزء منها بظهر محرم أو جزئه أو كظهر أجنبية، وقال الشافعية أن الظهار هو تشبيه الزوج امرأته بظهر من تحرم عليه حرمة مؤبدة أو مؤقته[4].

ويحرم على المسلم أن يظاهر من زوجته، وهذا هو حكمه من جهة الحل والحرمة، فلا يباح له فعله، وقد دل على ذلك وصف الظهار بأنه منكر من القول وزورا[5] لقوله تعالى:" تعالى:" الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَائِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ ۖ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ ۚ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا ۚ وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ "[6]، قال ابن القيم في ذلك:" إن الظهار حرام حرام لا يجوز الإقدام عليه، لأنه كما أخبر الله عنه منكر من القول وزور، فكلاهما حرام، والفرق بين جهة كونه منكرا وجهة كونه زورا، أن قوله : أنت علي كظهر أمي، يتضمن

[1] - الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء4، المرجع السابق، ص.425.
[2] - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء8، المرجع السابق، ص.235.
[3] -عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء8، المرجع السابق، ص.283
[4] - الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء4، المرجع السابق، ص.ص431،437.
[5] - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء8، المرجع السابق، ص.284.
[6]- سورة المجادلة, الآية 2.

إخبارا عنها بذلك، وإنشاء تحريمها فهو يتضمن إخبارا وإنشاء، فهو خبر زور وإنشاء منكر"[1].

وأما حكمة تحريم الظهار فهي تكريم المرأة ورفع الضيم عنها، فكلمة الظهار التي يخرجها الزوج والتي يقصد بها الإضرار بزوجته تلزمه بحكمين، حكم أخروي وهو الإثم، وحكم دنيوي وهو تحريم وطئها حتى يخرج الكفارة المغلظة تأديبا له واعتبار فعله من المنكرات التي يجب أن يمتنع عنها المسلم[2].

ثالثا: الهجر

إن هجر الزوج زوجته متحقق في الإيلاء كما الظهار وإن اختلفت التسميات والتفاصيل في كل حالة، فإن غاب اليمين في الإيلاء أو كلمة الظهار في الظهار فالهجر متحقق والضرر حاصل واقع بالزوجة، ويرى المالكية والحنابلة أن من ترك الوطء بغير يمين، لزمه حكم الإيلاء إذا قصد الإضرار، فيحدد له مدة أربعة أشهر، ثم يحكم له بحكم الإيلاء، لأنه تارك لوطئها ضررا بها فأشبه المولى، وكذلك من ظاهر زوجته، ولم يكفر كفارة الظهار تضرب له مدة الإيلاء ضررا بها، فأشبه المولى، وثبت له حكمه، لقصد الإضرار بها[3].

بل إن الفقه الإسلامي ذهب إلى أبعد من ذلك وقرر أنه وإن لم يتوفر قصد الإضرار، بأن انشغل الزوج عن زوجته في طلب علم أو عمل أو حتى عبادة، وترك وطء زوجته واشتكت هي من ذلك فإما يجامعها وإلا يفرق بينهما، جاء في المدونة لمالك:" قلت: أرأيت رجلا صائم النهار وقائم الليل سرمد العبادة، فخاصمته امرأته في ذلك، أيكون لها عليه شيء أم لا في قول مالك؟ قال: أرى أن لا يحال بين الرجل وبين ما أراد من العبادة ويقال له ليس لك أن تدع امرأتك بغير جماع، فأما إن جامعت وإما فرقنا بينك وبينها، قال ابن القاسم: إلا أني سألت مالكا عن الرجل يكف عن جماع امرأته من غير ضرورة ولا علة؟ قال مالك: لا يترك لذلك حتى يجامع أو يفارق على ما أحب أو كره لأنه مضار، فهذا الذي يدلك على الذي سرمد العبادة إذا طلبت المرأة منه ذلك أن عبادته لا يقطع عنها حقها الذي تزوجها عليه من حقها في الجماع"[4].

وراعى الفقه المالكي بذلك الضرر الواقع بالزوجة سواء كان الزوج قاصدا الإضرار أم لم يقصد ذلك، مطبقا القاعدة الفقهية لا ضرر ولا ضرار، ومستندا لحديث رسول الله صلى

[1] - ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، الجزء4،المرجع السابق، المرجع السابق، ص. 82.
[2] - نور حسن قاروت، موقف الإسلام من نشوز الزوجين أو أحدهما وما يتبع ذلك من أحكام دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.241.
[3] - وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، الجزء8، المرجع السابق، ص.516.
[4] - مالك ابن أنس، المدونة، الجزء2، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان،1994، ص.191.

الله عليه وسلم :"فلا تفعل، صم وأفطر ، وقم ونم، فإن لجسدك عليك حقا، وإن لعينك عليك حقا، وإن لزوجك عليك حقا"[1].

وبهذا أخذت التشريعات العربية محل المقارنة، فنجد المشرع الجزائري وفي معرض تعداده للأسباب التي تخول للزوجة طلب التطليق في المادة 53 من ق.أ.ج ذكر حالة الهجر ولم يسمه إيلاء رغم أنه اشترط فيه نفس المدة مع تعديل لبعض شروطه، فالهجر المذكور في الفقرة 3 من المادة 53 يتفق مع الإيلاء في عدم معاشرة الزوجة ولمدة تفوق أربعة أشهر وإلحاق الضرر بالزوجة بسبب هذا الهجر، ويختلف الهجر عن الإيلاء في اليمين، لأن الإيلاء لا يقع إلا بالقسم على عدم وطء الزوجة، أما الهجر فيقع باليمين وبدونه، كما أن الإيلاء يشترط لقيامه أن يكون الهدف الإضرار بالزوجة أما الهجر المذكور في الفقرة 3 من المادة 53 من ق.أ.ج أعلاه لم يشترط فيه الشرع ضرورة توفر نية الإضرار[2]، لأن الضرر حاصل حسبما افترض المشرع الجزائري بترك الوطء كان ذلك بقصد الإضرار أو بدونه.

واشترط فقهاء الشريعة الإسلامية نية الإضرار في الهجر الحاصل بالإيلاء لتمييزه عن الهجر المشروع، الذي يقصد به الزوج تأديب زوجته لعدم طاعته، والذي أقره الشارع كوسيلة لتأديب الزوجة تأتي بعد النصح والوعظ مصداقا لقوله تعالى:" وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ۖ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا"[3].

ونص المشرع المغربي أخذا بما ذهب إليه الفقه الإسلامي على الإيلاء والهجر[4] وقرنهما معا في نص المادة 112 من م.أ.م حيث جاء فيها:" إذا آلى الزوج من زوجته أو هجرها، فللزوجة أن ترفع أمرها إلى المحكمة التي تؤجله أربعة أشهر، فإن لم يفء بعد هذا الأجل طلقتها عليه المحكمة"، وحسب المشرع المغربي إن كان الهجر مقرونا باليمين كان إيلاء وإلا فيبقى هجرا، كما لم يشترط المشرع المغربي هو الآخر توفر قصد الإضرار لأنه مفترض بالهجر فوق أربعة أشهر.

ولم ينص المشرع التونسي على الهجر والإيلاء صراحة، إلا أن هجر الزوج لزوجته يندرج تحت أحكام الفصل 31 فقرة 2 من م.أ.ش.ت والتي نصت على أنه:" يحكم بالطلاق :- بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر"، فالهجر يعتبر إخلالا بالواجبات القانونية التي يفرضها عقد الزواج طبقا للفصل 23 من م.أ.ش.ت والتي نصت على أنه:"

[1] - أبو الحسن على بن خلف بن عبد المالك بن بطال، شرح صحيح البخاري لابن بطال،الجزء7، ط.2، مكتبة الرشد، المملكة العربية السعودية، 2003، ص.321.

[2] - دليلة أيت شاوش، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري وبعض التشريعات العربية، المرجع السابق،، ص.ص192،193.

[3] - سورة النساء، الآية 34.

[4] - محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق، ص.178.

يقوم الزوجان بالواجبات الزوجية حسبما يقتضيه العرف والعادة..."، ومن أوكد هذه الواجبات المعاشرة الزوجية[1]، وطبقا لمجلة الأحوال الشخصية التونسية ليس هناك مدة معينة للهجر يتم بناء عل مرورها القضاء بالطلاق بين الزوجين كما هو الحال بالنسبة لنظيريها الجزائري والمغربي، إلا أن المعتبر والمعمول به قضاء هي مدة الهجر التي يتحقق معها الضرر والتي يقدرها القاضي بأربعة أشهر فما فوق عملا بأحكام الشريعة الإسلامية.

ولم ينص المشرع المصري على الهجر كسبب من أسباب التطليق واعتباره بذلك إخلالا بالتزام المعاشرة الزوجية من طرف الزوج، إلا أن ذلك لا يمنع من إدراجه ضمن حالات التطليق للضرر المنصوص عليها في المادة 6 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 1 لسنة 2000، ومن أمثلة الضرر الذي يجيز الطلاق "الهجر"، يقول الأستاذ عزمي البكري:" المقصود بالهجر هنا الغيبة عن بيت الزوجية مع الإقامة في بلد واحد فهو هجر بقصد الأذى ...أما غيبة الزوج عنها بالإقامة في بلد آخر غير البلد الذي يقيم فيه مع الزوجة، فتخضع للمادة 12 من القانون رقم 25 لسن 1929 التي تشترط للتطليق غياب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول إذا تضررت الزوجة من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه"[2].

وهو ماذهب إليه القضاء المصري حيث قضت محكمة النقض المصرية بأن:" الهجر المحقق للضرر الموجب للتفريق(م 6 ق 25 لسنة 1929) ماهيته الغيبة عن بيت الزوجية مع الإقامة في بلد واحد، اختلافه عن التطليق للغيبة بشرائطها(م 12 من ق 25 لسنة 1929)"[3]، ولأن الضرر الذي يجيز التطليق هو الضرر الذي لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثال الزوجين ومعياره شخصي لا مادي يختلف باختلاف البيئة والثقافة ومكانة المضرور في المجتمع وغير ذلك، فإنه لا مجال لاستلزام غيبة الزوج إلى أمد معين وإنما يترك ذلك لقاضي الموضوع ولا مجال أيضا لقياس مدة الهجر هنا على مدة الغياب المنصوص عليها في المادة 12 السابق ذكرها أعلاه لأن الهجر هنا مع الإقامة بذات البلد الذي تقيم فيه الزوجة قصد به الأذى[4].

وذهب القضاء المصري إلى أبعد من ذلك واعتبر التراخي في الدخول بالزوجة هجرا، حيث قضت محكمة النقض المصرية بأن :" التراخي في إتمام الزوجية بسبب من الزوج، ضرب من ضروب الهجر يتحقق به الضرر الموجب للتفريق طبقا لحكم المادة 6 من

[1] - هاجر الهشيري، حق المرأة في الطلاق، المرجع السابق، ص.94.
[2] - محمد عزمي البكري، أسباب التطليق من موسوعة الأحوال الشخصية، ط.1، دار محمود للطبع والنشر، مصر، 2016، ص.65.
[3] - طعن رقم 103 لسنة 64، ق-أحوال شخصية- جلسة 1997/1/27. نقلا عن محمد عزمي البكري، المرجع نفسه، ص.66.
[4] - نفس المرجع، نفس الصفحة.

القانون 25 لسنة 1929[1]، النعي على الحكم بعدم تطبيق المادتين 12،13 من القانون ذاته في شأن التطليق لغياب الزوج، لا محل له، علة ذلك"[2].

والسؤال الذي يطرح نفسه، ماذا عن الهجر داخل منزل الزوجية؟ وهل يعتبر الزوج متسببا في ضرر إذا هجر زوجته في الفراش مع إقامته في مسكن الزوجية رفقتها؟ الأكيد أن الضرر في هذه الحالة متحقق وقصد الإضرار –إن لم يكن لهذا الهجر مبرر شرعي- واضح وبين، ذلك أن بقاء الزوج مع الزوجة في نفس المكان وإعراضه عنها رغم عدم وجود أي موانع تحول دون معاشرتها فيه من الأذى للزوجة أكثر مما لو كان الزوج بعيدا عنها في نفس البلد أو في بلد آخر، لذلك إن كانت العبرة في التفريق هي بتحقق الضرر فحالة الهجر في الفراش دون مبرر شرعي أبلغ ضررا من هجر مسكن الزوجية.

ونص قانون الأحوال الشخصية الأردني في الفصل الرابع منه المعنون بالتفريق القضائي على التفريق للغياب والهجر والتفريق للإيلاء والظهار، وعلى خلاف تشريعات الأحوال الشخصية محل المقارنة سمى حالات امتناع الزوج عن معاشرة زوجته بمسمياتها التي أخذ بها الفقه الإسلامي، فجاء في المادة 122 من قانون الأحوال الشخصية الأردني أنه:" إذا أثبتت الزوجة هجر زوجها لها وامتناعه عن قربانها في بيت الزوجية مدة سنة فأكثر وطلبت فسخ عقد زواجها منه أمهله القاضي مدة لا تقل عن شهر ليفيء إليها أو يطلقها فإن لم يفعل ولم يبد عذرا مقبولا فرق القاضي بينهما بفسخ عقد زواجهما"، ومدة الهجر المتمثلة في السنة والتي قرر المشرع الأردني مضيها حتى يقبل طلب الزوجة في التفريق تبدو طويلة مقارنة بمدة أربعة أشهر المقررة في الإيلاء، وهي المدة المطلوبة في التطليق للغيبة التي لها شروطها طبقا لنصوص المواد 119 و120 و121 من نفس القانون.

ونص المشرع الأردني في المادة 123 فقرة أ :" إذا حلف الزوج على ما يفيد ترك وطء زوجته مدة أربعة أشهر فأكثر أو دون تحديد مدة واستمر على يمينه حتى مضت أربعة أشهر طلق عليه القاضي طلقة رجعية بطلبها"، ونص في المادة 124:" إذا ظاهر الزوج من زوجته ولم يكفر عن يمين الظهار وطلبت الزوجة التفريق لعدم تكفيره عن يمينه أنذره القاضي بالتكفير عنه خلال أربعة أشهر من تاريخ تبليغه الإنذار فإن امتنع لغير عذر حكم القاضي بالتطليق عليه طلقة رجعية مالم تكن مكملة للثلاث"، والملاحظ أن المشرع الأردني في حالة الإيلاء والظهار اعتمد مدة أربعة أشهر يهجر فيها الزوج زوجته، فيتحقق بذلك الضرر الذي قصد الزوج إلحاقه بها وهو ترك فراش زوجته دون مانع أو مبرر شرعي،

[1] - تنص المادة 6 من القانون 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 القاضي طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما....".

[2] - طعن رقم 92 لسنة 58 ق جلسة"أحوال شخصية" جلسة 1990/12/18. نقلا عن محمد عزمي البكري، أسباب التطليق من موسوعة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.70.

وهو المتحقق في الهجر المنصوص عليه في المادة 122 أعلاه، والفرق فقط حلف الزوج في الإيلاء وكلمة الظهار، فلماذا أطال المشرع الأردني المدة في التطليق للهجر إلى السنة؟ ولا نظن المشرع يقصد بحالة الهجر هذه هجر منزل الزوجية وغيبة الزوج في نفس البلد، وإلا كيف نفسر قول المشرع في المادة 122 من ق.أ.ش.أ :" إذا أثبتت الزوجة هجر زوجها لها وامتناعه عن قربانها في بيت الزوجية الذي يضمهما..."؟!بما يفيد أن المشرع الأردني يقصد الهجر داخل منزل الزوجية وليس خارجه.

وأصبح المشرع السوري بموجب تعديل 2019 لقانون الأحوال الشخصية ينص على هجر الزوج لزوجته كسبب للتطليق في المادة 111 المعدلة في فقرتها الأولى:" للزوجة طلب التفريق إذا هجرها زوجها أو حلف على عدم مباشرتها مدة أربعة أشهر وأكثر"، فنص المشرع السوري على حالة الهجر والإيلاء صراحة وبنفس الشروط والمدة.

ولم ينص المشرع العراقي على الإيلاء وأخلط بين الغيبة والهجر وذكر الهجر وقصد الغيبة، فجاء نص المادة 43 فقرة 2 من ق.أ.ش.ع الآتي:" إذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين فأكثر بلا عذر مشروع، وإن كان الزوج معروف الإقامة، وله مال تستطيع الانفاق منه" فرغم أن المشرع العراقي ذكر الهجر في هذه المادة ، إلا أنه بتفحص شروط هذه الحالة للتطليق نستنتج أنه يقصد الغيبة، إلا أن بعض القضاة يرون أن الهجر المذكور في المادة 43 فقرة 2 يشمل الهجر في الفراش على أساس قياس الهجر في الفراش على الهجر إلى مكان آخر لاشتراكهما في فوات المعاشرة وتضرر الزوجة من ذلك[1].

واعتبر المشرع العراقي طبقا للفقرة 3 من المادة 43 من ق.أ.ش.ع إحجام الزوج عن طلب زفاف زوجته غير المدخول بها خلال سنتين من العقد نوع من أنواع الهجر فقد تركها معلقة لا هي خلية ولا هي ذات زوج[2]، وإن كان معنى الهجر يقتضي أن يكون هناك وصال واتصال بين الزوجين أولا وهذا مالا يوجد بين الزوج وزوجته غير المدخول بها، إلا أن المشرع العراقي سماه هجرا لتستفيد الزوجة غير المدخول بها من طلب التطليق وتنهي حالة المعلقة تلك.

وفي مسألة انشغال الأزواج الكامل عن زوجاتهم بالعمل أو الدراسة والبحث تقول فتيحة الشافعي:" لذا نرى أن على المشرع دراسة هذه الحالات الواقعية ووضع حدود لممارستها، وتمكين الزوجة من طلب التطليق للضرر خصوصا إن لم تعد تحتمله، وعدم الاقتصار على القول بأن الضرر غير مقصود في ذاته أو أن العطلة السنوية كافية لتحقيق المساكنة وأن الإهمال في بعديه المادي والمعنوي بسبب قاهر ولا يد للزوج فيه...، خاصة

[1] - فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، المرجع السابق، ص.208.
[2] - أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، المرجع السابق، ص.161.

وقد وردت أحكام الزواج في كتب الفقه الإسلامي ومتى يكون جائزا أو مندوبا أو مكروها أو حراما، ومن المكروه فيه حالة الأزواج الذين تشغلهم مشاغل دينية أو فكرية أو دنيوية عن القيام بواجبهم الزوجي، ومافي ذلك من إضرار وعنت بزوجاتهم وتغييب لاحتياجاتهن الطبيعية"[1].

على أن الزواج ليس فقط حقوقا محددة تقابلها واجبات محددة وأي إخلال يقع من طرفيه يسارع الآخر ويطالب بحقه أو بالفرقة عن صاحبه، وإنما الزواج مودة ورحمة ومعاشرة بالمعروف وتضحية وتنازل أحيانا، إذ ليس من المعقول أن يتفاجأ الزوج بزوجته تطلب الفرقة عنه لأنه انشغل عنها بعمل يسعى من ورائه تحسين مستواهم المعيشي وحالتهم المادية، وليس من المروءة أيضا أن يهمل الزوج زوجته وسط انشغالاته ولا يبالي باحتياجاتها ومشاعرها، فإعفافها مسؤوليته، ويختلف الأمر من امرأة لأخرى، والزوج أدرى بزوجته وباحتياجاتها وضابطه في ذلك كله عدم الإضرار والمعاشرة بالمعروف.

الفرع الثاني

امتناع الزوجة عن المعاشرة الزوجية

إذا كان حق الزوجة في أن لا يهجرها زوجها ويعاشرها بالمعروف أكيد، فحق الزوج على زوجته في معاشرته وعدم امتناعها عن إجابته إذا دعاها إلى فراشه أوكد، وقد شدد الفقه الإسلامي على ضرورة تمكين الزوجة زوجها من نفسها، قال رسول الله ﷺ:" إذا الرجل دعا زوجته لحاجته، فلتأته وإن كانت على التنور"[2]، وجاء التغليظ في العقاب شديدا على الزوجة التي تمتنع عن فراش زوجها، قال رسول الله ﷺ:" إذا دعا الرجل امرأته إلى فراشه فأبت، فبات غضبان عليها، لعنتها الملائكة حتى تصبح"[3]، فكان هذا الواجب محمولا على الزوجة أكثر من الزوج، ومن خلال هذا الفرع سنناقش امتناع الزوجة عن المعاشرة الزوجية بعذر وبدونه، وإذا ماكانت هناك أعذار محددة شرعا أو أن هناك أعذار أخرى قد تراها الزوجة معتبرة وتبرر امتناعها.

أولا: امتناع الزوجة عن المعاشرة الزوجية بعذر شرعي

والأعذار الشرعية التي تبرر امتناع الزوجة عن المعاشرة هي الحيض والنفاس وصيام الفرض والإحرام[4]، واتفق الفقهاء على حرمة جماع الحائض لقوله عز وجل:"

---

[1] - فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص.205.

[2] - ابو عيسى محمد بن سورة، سنن الترمذي، الجزء3، ط.2، ملتزم للطباعة والنشر، مصر، 1962، ص.456، ح. رقم 1160.

[3] - البخاري، صحيح البخاري، الجزء 4،ص. 116، ح.رقم 3237.

[4] - ينظر في تفصيل هذه الشروط ص.ص122- 124 من هذه الرسالة.

فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ ۖ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ"، كما اتفقوا على حرمة وطء النفساء وأن حكم دم النفاس في حظر الوطء وفي اقتضاء الغسل بعده نفس حكم دم الحيض، و جاء في المغني:" وحكم النفساء حكم الحائض في جميع ما يحرم عليها ويسقط عنها"[1]، والمستحاضة وإن كان الفقهاء يقولون بأنها كالطاهرة في الصلاة والصوم والاعتكاف وقراءة القرآن، فكذلك في الوطء ويجيزون للزوج وطئها، إلا أن لها الامتناع لأن الاستحاضة في الغالب تدل على أن هناك مشكلة في رحم المرأة، فإن كانت تحتاج لعلاج ودواء وفر لها الزوج ذلك وإلا فالطبيب المختص هو من يقرر إن كان الوطء مضرا بها أم لا.

ويحق للزوجة أن تمتنع عن الاستجابة لزوجها نهار رمضان لأن الجماع في نهار رمضان يبطل الصوم ويجب عليه القضاء والكفارة، عن أبي هريرة قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: هلكت يارسول الله، قال: وما أهلكك؟ قال: وقعت على امرأتي في رمضان، قال: هل تجد ما تعتق به رقبة؟ قال:لا، قال: هل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين؟ قال: لا، قال: فهل تجد ما تطعم به ستين مسكينا، قال: لا، قال: ثم جلس فأتى النبي ﷺ بعرق فيه تمر، فقال: تصدق بهذا، قال: فهل على أفقر منا؟ فما بين لابتيها أهل بيت أحوج إليه منا، فضحك الرسول ﷺ حتى بدت نواجده، وقال : اذهب فأطعمه أهلك"[2]، وواجب على الزوجة أن تمنع زوجها من إتيانها في نهار رمضان لأنه محرم شرعا[3].

وليس للزوجة أن تمتنع عن الاغتسال من الحيض والنفاس والجنابة، وللزوج إجبارها على ذلك، جاء في المغني:" وللزوج إجبار زوجته على الغسل من المحيض والنفاس، مسلمة كانت أو ذمية، حرة كانت أو مملوكة، لأنه يمنع الاستمتاع الذي هو حق له، فملك إجبارها على إزالة ما يمنع حقه...وله إجبار المسلمة البالغة على الغسل من الجنابة، لأن الصلاة واجبة عليها، ولا تتمكن منها إلا بالغسل، فأما الذمية، ففيها روايتان، إحداهما، له إجبارها عليه لأن كمال الاستمتاع يقف عليه، فإن النفس تعاف من لا يغتسل من جنابة، والثانية، ليس له إجبارها، وهو قول مالك والثوري، لأن الوطء لا يقف عليه، فإنه مباح بدونه"[4]، والراجح المختار قول الحنابلة وهو أن للزوج إلزام زوجته بالغسل من حيض ونفاس وجنابة ونجاسة إن كانت مسلمة مكلفة[5].

[1] ابن قدامة المقدسي، المغني، الجزء1، المرجع السابق، ص.254.
[2] - البخاري، صحيح البخاري، الجزء 3، المرجع السابق، ص.160، ح.رقم2600.
[3] - أحمد بن عبد الجبار الشعبي، أحكام إتيان الزوجة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.1292.
[4] - ابن قدامة المقدسي، المغني، الجزء7، المرجع السابق، ص. 294.
[5] - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، الجزء7، ص.285.

ثانيا: امتناع الزوجة عن المعاشرة الزوجية بدون عذر شرعي

ويدخل في حكم هذه المسألة كل امتناع دون الأعذار التي تطرقنا إليها أعلاه، ولقد غالى الفقهاء في التوعد للزوجة التي تمتنع عن فراش زوجها إذا دعاها إليه دون عذر شرعي، حتى كدنا نلمس عدم اعتبار لمشاعر الزوجة ورغباتها، وماعدا ذلك من الأعذار تعتبر الزوجة مخلة بالتزام المعاشرة الزوجية بامتناعها.

فإذا كانت الزوجة خالية من العيوب والأمراض المانعة من المعاشرة، ولم تكن في حالة من حالات العذر الشرعي وجب عليها الاستجابة لطلب زوجها وإلا اعتبرت آثمة، ويأخذ الامتناع عن مقدمات الجماع حكم الامتناع عن الجماع، ولا يجوز للزوجة الامتناع عن مقدمات الوطء، جاء في مغني المحتاج:" وتسقط -أي نفقتها- ولو كان نشوزها بمنع لمس أو غيره من مقدمات الوطء بلا عذر بها إلحاقا بمقدمات الوطء بالوطء"[1].

والزوجة ليست مأمورة بإجابة زوجها فقط إنما أيضا بسرعة الإستجابة له، فهذا أمر النبي ﷺ في الحديث:" إذا دعا الرجل زوجته لحاجته، فلتأته وإن كانت على التنور"[2] أمر الزوجة بسرعة إجابة زوجها، فيجب عليها أن تمكن زوجها من نفسها وجوبا فورا حيث لاعذر، وإن كانت على إيقاد التنور الذي يخبز فيه لتعجل قضاء ماعرض له، فيرتفع شغل باله ويتمخض تعلق قلبه، وإن كانت مشغولة بما لا بد منه مع أنه شغل شاغل لا يتفرغ منه إلى غيره إلا بعد انقضائه، فإن الواجب على الزوجة تحصين زوجها في هذه الناحية بغض النظر عن المفاسد المالية الحاصلة، فهي أقل شأنا من المفسدة المترتبة على عدم إجابة الزوج فالمال في الشرع أهون من العرض[3].

ولا يعتبر عذرا موجبا لامتناع الزوجة عن المعاشرة الزوجية قيامها الليل أو صيامها تطوعا، حيث اتفق الفقهاء على أنه لا يحل للزوجة أن تتذرع بالعبادات التطوعية فلا تجيب زوجها إن طلبها للجماع ليلا أو نهارا، لأن طاعة الزوج فرض واجب عليها وأما قيام الليل وصيام نهار غير رمضان فتطوع، والفرض والواجب يقدم على التطوع[4].

وأما الأعذار التي تعتبر من قبيل الإضرار ولم يسمها الفقهاء فتقدير الضرر فيها يرجع للقاضي، ومن بين ماتتضرر به الزوجة من الوطء المرض الذي يضر معه الوطء

---

[1] - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، الجزء5، المرجع السابق، ص.168.

[2] - سبق تخريج الحديث.

[3] - جمال محمد يوسف علي، الممارسات الشاذة والتعسفية في العلاقات الجنسية بين الزوجين من منظور فقهي، مجلة كلية الشريعة والقانون، المجلد 30، العدد1، مصر، 2018، ص.ص 1-100، ص.50.

[4] - الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء2، المرجع السابق، ص.107. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء1، المرجع السابق، ص.541.الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، الجزء5، المرجع السابق، ص.173. البهوتي، كشاف القناع، الجزء5، المرجع السابق، ص.188.

كأمراض القلب أوالسرطان أو غيرها من الأمراض المستعصية، أو كأن تتضرر لضيق في فرجها أو كان بالزوج عبالة أي كبر ذكره[1]، وإن كانت هذه الحالات تقترب من موانع الاستمتاع كالأمراض والعيوب أكثر منها مبررات خصوصا إن كانت تمنع الاستمتاع بالكلية، ولكن لا يمكن الجزم بذلك لأن امكانية الاتصال في وجود هذه الحالات ممكنة إنما تقارب مرات الاتصال الجنسي أو الإفراط فيه هو ما يؤدي إلى الإضرار بالزوجة، والضابط دائما في ذلك هو القاعدة الفقهية لا ضرر ولا ضرار.

وبالنسبة للحالة النفسية للزوجة ومزاجها المتقلب وإن لم تعتبر عذرا مسقطا لواجب الزوجة بالمعاشرة الزوجية، إلا أنه على الزوج مراعاة حالة الزوجة النفسية من باب المعاشرة بالمعروف واحتوائها ومنحها الإحساس بالأمان والثقة وبأنها مرغوب فيها، بالإضافة إلى ملاطفتها ومداعبتها لتتحول كآبتها فرحا ويتحول إعراضها وتمنعها رغبة وإقبالا على زوجها، كما أن الزوجة المسلمة العاقلة الواعية بأمور دينها تدرك جيدا أنها مادامت في طاعة زوجها فهي في طاعة ربها، ومما لا شك فيه أنها تؤجر على إعفاف زوجها كما يؤجر الزوج على إتيان زوجته لأنه وضع شهوته في الحلال كما جاء في الحديث النبوي الشريف.

أما إن كان الزوج يسيء معاملة زوجته نهارا ثم يطلب معاشرتها ليلا، فإن المعاملة السيئة من ضرب أو شتم أو إهانة تكسر المرأة وتجعلها تبغض نفسها وزوجها وتنفر منه، وقد نهى النبي ﷺ الرجال عن ذلك، قال رسول الله ﷺ:" يعمد أحدكم فيجلد امرأته جلد العبد فلعله يضاجعها من آخر يومه"[2].

ويرى بعض الفقهاء أن الزوجة إن هجرت زوجها لإساءته فلا يعد ذلك امتناعا منها لأنه امتناع بحق، وأجازوا لها إذا اشتكت إلى القاضي إيذاء زوجها وتضررها منه، فلها أن تهجره إن ظهر منه النشوز، وذلك بعد نصحه ووعظه، وهذا من باب التعزير[3].

الفرع الثالث

وطء الزوجة كرها

إن الإخلال بأي التزام لا يكون فقط بتركه أي عدم التنفيذ بل أيضا يكون بالتنفيذ السيئ، فكان بذلك وطء الزوجة كرها إخلالا بالتزام المعاشرة الزوجية، بل واعتبره بعض

[1] - البهوتي، كشاف القناع، الجزء 5، المرجع السابق، ص.471. الشربيني، مغني المحتاج، الجزء5، المرجع السابق، ص.169.

[2] - البخاري، صحيح البخاري، الجزء6، المرجع السابق، ص.169، ح.رقم 4942.

[3] - الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء4،المرجع السابق، ص.ص 22- 23.ابن نجيم، البحر الرائق، الجزء3، المرجع السابق، ص.237. الدسوقي، حاشية الدسوقي والشرح الكبير، الجزء2، المرجع السابق، ص.343.

الفقه وحتى بعض القوانين اغتصابا ولكنه اغتصاب زوجي، فيما يجيز الفقه الإسلامي وطء الزوجة كرها.

أولا: وطء الزوجة كرها حق للزوج

إن طاعة الزوجة لزوجها في الوطء فرض عليها فإن عصته تستحق اللعن باتفاق الفقهاء، يقول ابن حزم:" وفرض على الأمة والحرة ألا يمنعا السيد والزوج الجماع متى دعاهما مالم تكن المدعوة حائضا أو مريضة تتأذى بالجماع أو صائمة في فرض، فإن امتنعت بغير عذر مادي فهي ملعونة"[1]، وقال البهوتي من الحنابلة:" وللزوج الاستمتاع بزوجته كل وقت وعلى أي صفة كانت إذا كان الاستمتاع في القبل مالم يشغلها عن الفرائض، أو يضرها فليس له الاستمتاع بها إذن، لأن ذلك ليس من المعاشرة بالمعروف"[2]، وقال بعض المتأخرين:" وإذا امتنعت من الزوج فلها النفقة، لأن الاحتباس قائم والزوج يقدر على الوطء كرها"[3]، لقوله تعالى :" سَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ"[4]، وهذا دليل على حل الوطء في أي وقت شاء الزوج.

وإن كان يبدو أن جواز وطء الزوجة كرها من عدمه مرتبط بمعيار الاحتباس والتمكين المعتبرين في النفقة، فالاحتباس يفترض في معناه أن يحبس الزوج زوجته في مسكن الزوجية مادام قد أوفاها مهرها ومادام ينفق عليها ومادام المسكن شرعيا برضاها أو بغير رضاها، ومادامت محبوسة لديه عليها أن تطيعه ولا تمتنع عن معاشرته فإن أبت دون عذر شرعي كحيض أو نفاس أو صوم رمضان أو إحرام - على نحو مابيناه سابقا- فله وطؤها كرها، أما التمكين فيفترض معناه ارتباطه بإرادة الزوجة ورضاها، فهي التي تمكنه من نفسها مادام ليس هناك مانع شرعي.

ثم إن الشريعة الإسلامية في مسألة تأديب الناشز العاصية لزوجها الممتنعة عنه لم تقل بالإكراه على الوطء، وجاء في آية التأديب قوله تعالى:"وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا"[5]، فالتدرج من الوعظ إلى الهجر من شأنه أن يجعل المرأة تلين حتى قبل أن تضرب، ومواقعة الرجل زوجته كرها ليس من سنة رسول الله ﷺ في شيء لكونه ليس من المروءة[6].

---

[1] - ابن حزم، المحلى بالآثار، الجزء9، المرجع السابق، ص.175.

[2] - البهوتي، كشاف القناع، الجزء5، المرجع السابق، ص.188.

[33] - مجموعة من المؤلفين، موسوعة الفقه الإسلامي المصرية، مقال متاح على الرابط: al-maktaba.org/book/437، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2022/08/26 على الساعة 18:19.

[4] - سورة البقرة، الآية 223.

[5] - سورة النساء، الآية 34.

[6] - عدي طلفاح محمد الدوري، الرابطة الزوجية في منظور القانون الجنائي(دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2015، ص.145.

وكانت دار الافتاء المصرية قد أفتت في مسألة معاشرة الزوجة بالإكراه وبرأت الشرع منها، حيث أقرت بالآتي:" يحق للزوجة أن تمتنع عن معاشرة زوجها إذا كانت غير مستعدة لذلك نفسيا وجسديا ولا يجوز إقامة العلاقة معها عنوة باعتبار أن الحياة الزوجية قائمة على المودة والتراحم والأصل في العلاقة هو القبول المشترك لا البغض والإكراه"[1].

فالزواج الذي هو سكن ومودة ورحمة تتنافى مقاصده ومقوماته وغاياته مع الإكراه على المعاشرة الزوجية، والتي وإن كانت حقا للرجل فهي حق للمرأة أيضا وهي شريك في هذه العملية كالرجل تماما، كما أن المروءة الحقة لا يناسبها أن يكره الرجل زوجته على معاشرته وإن كان حقه، لأنه حتى إن فعل فلن تتحقق له حاجته من الإشباع خلافا لمباشرة الفعل في وجود الرغبة من الطرفين[2].

وحسم علماء الأزهر الجدل في قضية الإكراه على المعاشرة الزوجية مؤكدين أن العلاقة الزوجية قوامها المودة والرحمة وأنها لا تقوم إلا بالعشرة الطيبة، ومعنى المعاشرة بالمعروف في قوله تعالى:" وعاشروهن بالمعروف" هي أن تكون العلاقة الزوجية قائمة على المعاشرة بالمعروف بينهما بأن يوفيها حقها ويترك أذاها سواء بالقول أو بالفعل أو بالميل أو بالإعراض أو العبوس، وهذا في العلاقة العادية فما بالنا بالعلاقة الزوجية التي لا يجوز فيها إكراه أي طرف من الطرفين على إقامة العلاقة، ولا بد من خلال العلاقة أن تكون هناك حالة خاصة استنادا لتفسير الشيخ الشعراوي لقوله تعالى:" وَقَدِّمُوا لِأَنفُسِكُمْ ۚ" - التي تلي قوله تعالى:" نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ ۖ"[3]- بأنه انظروا إلى العلاقة الزوجية على أنها تقرب إلى الله، وقدموا لأنفسكم بأن تذكروا الله، فهل في هذه العلاقة أن تكون على إكراه؟ بالتأكيد لا، ولا يمكن أن يتصور أن تكون هذه العلاقة التي يتقرب بها العبد لربه على حالة إكراه[4].

ثانيا: الاغتصاب الزوجي

إذا كانت المعاشرة الزوجية التي يقوم الزوج بإكراه الزوجة عليها تسمى عند فقهاء الشريعة الإسلامية وطء الزوجة كرها، فمن رجال القانون وبعض التشريعات من أسماها اغتصابا زوجيا، وبالنسبة للتشريعات العربية محل المقارنة والتي اتفقت أغلبها على أن

---

[1] - أحمد حافظ، دار الإفتاء المصرية تعبر خطا اجتماعيا أحمر برفعها الغطاء عن المعاشرة الزوجية بالإكراه، جريدة العرب، عدد 12168، السنة 44، صدرت بتاريخ 2021/09/03، مصر متاح على الرابط: alarab.co.uk، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2022/08/26 على الساعة 19:30.

[2] - عباس شومان، لا اغتصاب في الزواج، بوابة أخبار اليوم، تاريخ النشر 08يونيو 2021، مصر، متاح على الرابط: https://akhbarelyom.com/news/newdetails ، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2022/08/26 على الساعة 20:15.

[3] - سورة البقرة، الآية 223.

[4] - حسن مصطفى، علماء الأزهر يحسمون الجدل في قضية "الاغتصاب الزوجي"، جريدة صوت الأزهر، متاح على الرابط: https://www.facebook.com/soutelazhar/photos/1677184819148523، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2022/08/26 على الساعة 19:00.

الاغتصاب هو "مواقعة رجل لامراة دون رضاها" دون أن تحدد هذه التشريعات المقصود بالمرأة ولم تستثن من ذلك المرأة المتزوجة، ماعدا المشرع السوري الذي عرف الاغتصاب في المادة 489 من ق.ع.س بأنه:" من أكره غير زوجته بالعنف أو التهديد على الجماع عوقب بالأشغال الشاقة خمس سنوات على الأقل"، كما نصت 490 من نفس القانون على أنه:" يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة من جامع شخصا غير زوجته لا يستطيع المقاومة بسبب نقص جسدي أو نفسي أو استعمل نحوه ضروب الخداع"، ووفقا لهذين النصين فإن إكراه الزوج لغير زوجته كي يطأها يعاقب بالأشغال الشاقة، وهذا يعني بمفهوم المخالفة عدم عقاب الزوج في حالة إكراهه زوجته على الوطء في القانون السوري[1].

إن عدم دقة النص الجنائي الذي عرف الاغتصاب في التشريعات العربية محل المقارنة وباستثناء المشرع السوري، هو ما جعل الفقه يقرر أن حالة إكراه الزوجة على المعاشرة الزوجية تدخل ضمن تعريف الاغتصاب، وهو ما كرسه القضاء المغربي في إحدى القرارات، حيث عرفت محكمة الجنايات في قرار لها[2] الاغتصاب الزوجي على أنه:" إقدام الزوج على معاشرة زوجته بدون رضاها باستخدام الإكراه ولا يقصد بالإكراه هنا الإكراه المادي فقط والمتمثل في استخدام القوة الجسدية من أجل إجبار الزوجة على المعاشرة الجنسية، بل أيضا الإكراه المعنوي المتمثل في الابتزاز والتهديد وكذا ممارسة الجنس بطرق وأساليب من شأنها أن تهين المرأة وتحط من كرامتها"، وجاء في نفس القرار:" إن المشرع المغربي وفي تعريفه للاغتصاب بأنه مواقعة رجل لامرأة بدون رضاها دون أن يحدد المقصود بالمرأة، وعبارة امرأة تطلق على أي امرأة والمشرع لم يستثن المرآة المتزوجة[3]، وعليه نفهم من ذلك أن المرأة المتزوجة بدورها يسري عليها تطبيق هذا النص"، وتمت إدانة الزوج بجريمة الاغتصاب الزوجي طبقا لما جاء في هذا القرار[4].

أما القانون الفرنسي فقد تطور موقف القضاء في فرنسا على ثلاثة مراحل، في مرحلة أولى استقر القضاء على إباحة إكراه الزوج زوجته لمواقعتها جنسيا وأن ذلك لا يشكل اغتصابا، على أساس أن "مابلغه الزوج هو من الأهداف الشرعية للزواج"[5]، أي أن واجب

---

[1] - محمود أحمد طه، الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية(دراسة مقارنة)، منشأة المعارف، مصر، 2008، ص294.

[2] - قرار غرفة الجنايات الاستئنافية بطنجة، رقم 232، الصدر بتاريخ 2019/06/09، الملف الجنائي رقم 203/20192612.

[3] - الأصح أن نقول المرأة الزوجة وليس المرأة المتزوجة، لأن المعنى إن كان ينصرف في الأولى إلى الزوجة فإنه في الثانية ينصرف إلى كل امرأة متزوجة وليس إلى الزوجة.

[4] - ينظر في تفاصيل هذه القضية إلى المقال المعنون بـ: معاشرة الزوجة بدون رضاها جريمة اغتصاب، موقع محكمتي قرارات وأحكام مغربية من محكمة النقض ومحكمة الاستئناف والمحكمة الابتدائية، نشر بتاريخ 19 ديسمبر 2019، المغرب، متاح على الرابط:https://mahkamaty.com/blog/2019/12/19 ، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2022/08/26 على الساعة 20:00.

[5] - Cass.crim.19 mars 1910 : Bull. crim.n°153.

المساكنة يبرر الجريمة[1]، وكانت المحاكم تلجأ إلى تكييف آخر لتجريم هذا الفعل كاعتباره مساسا بالعرض أو إخلالا علنيا بالحياء أو العنف الخفيف، وفي قرار لمحكمة النقض غرفة الجنايات[2] تمت إدانة الزوج ليس من أجل اغتصاب زوجته وإنما من أجل هتك عرضها مع استعمال العنف لأنه أكره زوجته على ممارسة الجنس معه بطريقة غير مشروعة، ولم تقض محاكم فرنسية أخرى بالاغتصاب بين الزوجين وإنما كيفت الفعل المرتكب في حق الزوجة بالضرب والجرح العمدي[3]، وفي قرار آخر قضت المحكمة بأن الزوج لم يرتكب أي اغتصاب في حق زوجته عندما فرض عليها أداء الواجب الزوجي بالقوة، فبالنسبة للمحكمة لا يعتبر هذا التصرف اغتصابا لأن الجماع بين الزوجين ولو كان غير شرعي يعتبر من الأهداف المشروعة للزواج، وتصرف الزوج تجاه زوجته يمكن أن يشكل هتكا للعرض إذا ارتكب الزوج فعله بحضور أو مساعدة الغير[4]، وبذلك ظلت مشكلة الاغتصاب الزوجي وحتى عهد قريب مرفوضة من طرف المحاكم الفرنسية، ويرجع سبب ذلك إلى النظرة الضيقة التي كانت للمحاكم تجاه العلاقات الزوجية التي كانت مبنية آنذاك على أداء الواجب الزوجي، وخاصة في الوقت الذي كان فيه الزوج رئيسا للعائلة والمسؤول الوحيد عنها من الناحية المادية والمعنوية، حيث كان من الصعب على القضاء الحكم بالاغتصاب الزوجي[5].

كمرحلة ثانية سميت مرحلة التردد وتزامنت هذه المرحلة مع صدور القانون رقم 80-1041 الصادر بتاريخ 23-12-1980 الذي اختلف الفقهاء في قراءتهم له، فمنهم من فسره على أنه ترخيص لتجريم الإكراه الجنسي الذي يمارسه الزوج على زوجته على أساس أن المساس بحرية الرضا يحتل موقعا مركزيا في قمع الاغتصاب، ومنهم من تمسك بما استقر عليه القضاء وأنه لا محل للاغتصاب بين الزوجين إذا كانت الواقعة عادية بدون شذوذ[6]، وبموجب تعديل المشرع الفرنسي للمادة 332 من ق.ج.ف والتي أصبحت تنص على أن الاغتصاب هو :" كل إيلاج جنسي، كيفما كانت طبيعته، ارتكب على شخص الغير بالعنف أو الإكراه أو التهديد أو المباغتة"، ويستنتج محمد الشافعي من هذا النص أن الفاعل لا يكون بالضرورة رجل وأن الضحية ليس بالضرورة أن تكون امرأة وبذلك يمكن أن يكون الرجل ضحية اغتصاب من طرف زوجته[7]، وأن وصف الفعل الذي يشكل إيلاجا جنسيا أدى إلى

---

[1] - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.105.

[2] - ينظر s.1839.1.817. نقلا عن محمد الشافعي، تجريم الاغتصاب بين الزوجين في القانون الفرنسي،المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، المغرب، عدد، 33، 2000، ص.ص21-26، ص.22.

[3] - محكمة الجزائر (في عهد الاستعمار)، 28 أفريل S.1989.II.1887.114. نقلا عن محمد الشافعي، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

[4] - ينظر: Bull.crim.n°153.p.283. نقلا عن محمد الشافعي، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

[5] - محمد الشافعي، المرجع نفسه، ص.22.

[6] - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.ص106،105..

[7] - ينظر: casscrim.4janvier.1985.J.C.P.1985.IV.101 ;cass.crim.13mars.1984.IV.164. نقلا عن محمد الشافعي، تجريم الاغتصاب بين الزوجين في القانون الفرنسي، المرجع السابق، ص.23.

عدة اجتهادات قضائية ويمكن أن يوصف كإيلاج جنسي ويتابع مرتكبه بالاغتصاب كل مواقعة في الفرج أو إدخال أي جسم أجنبي فيه عصا أو قارورة[1] أو المواقعة في الفم[2]، أو المواقعة في الدبر كيفما كان جنس الضحية[3].

أما المرحلة الثالثة والتي تم فيها الإقرار بالاغتصاب بين الزوجين، وبصدور القرار المؤرخ في 11-06-1992 والذي تتلخص وقائع القضية التي صدر بشأنها كالآتي:" بتاريخ 11و12 فيفري أكره المدعو د. زوجته على مواقعته عنوة فقدمت شكوى ضده من أجل الاغتصاب، أحيلت الشكوى على قاضي التحقيق فأصدر أمرا برفض التحقيق على أساس أنه في غياب أي أثر للعنف -عدا فعل الوقاع- فإن الأفعال التي قام بها المشتكى منه تدخل في إطار الزواج كما هو متفق عليه، عرضت المسألة على محكمة النقض فأصدرت قرارها المؤرخ قي 11-06-1992، حيث قضت بأنه:" إذا كان الزواج قرينة على رضا الزوجين على إقامة علاقات جنسية في إطار الحميمية التي تطبع الحياة الزوجية فإن هذه القرينة صحيحة إلى أن يثبت العكس"[4]، أي أن قرينة رضا الزوجة على الاتصال الجنسي بزوجها هي قرينة نسبية تقبل إثبات العكس، وبذلك يكون القضاء الفرنسي قد فتح الباب على مصراعيه أما تجريم الإكراه الجنسي حتى وإن كانت المواقعة عادية لا شذوذ فيها، وتدعم هذا الموقف بصدور قرار آخر عن محكمة النقض بتاريخ 26-09-1994قضت فيه بنفس الحكم[5].

ويتضح بذلك موقف القضاء الفرنسي في تجريم الاغتصاب الزوجي، والذي يعتبر القضاء المغربي في القرار أعلاه قد سار على خطاه، حيث لم يستثن من الاغتصاب معاشرة الزوج لزوجته بالإكراه.

ثالثا: الزواج سبب لإباحة المعاشرة الزوجية بالإكراه

يقول الأستاذ عبد القادر عودة في أسباب الإباحة أنه:" يباح الفعل المجرم في الشريعة الإسلامية لأسباب متعددة، ولكنها كلها ترجع إما لاستعمال حق، وإما لأداء واجب، فاستعمال

---

[1] - ينظر:Cass.crim.24 juin1987.Bull.Crim.n°265.R.S.C.1988.32. نقلا عن محمد الشافعي، تجريم الاغتصاب بين الزوجين في القانون الفرنسي، ص.24.

[2] - ينظر: Cass.Crim.22Février 1984.Bull.Crim.1971.D.1984.IR.228. نقلا عن المرجع نفسه، نفس الصفحة.

[3]- ينظر:

Cass.crim.24juin1987.Bull.Crim.n°256.R.S.C.1988.302 ;3juiller1991.R.D.P.1991.314 ,R.S.C. 1992.P.765. نقلا عن المرجع نفسه، نفس الصفحة.

[4] - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.ص107،106.

[5] - المرجع نفسه، ص. 107.

الحقوق وأداء الواجبات هو الذي يبيح إتيان الأفعال المحرمة على الكافة، ويمنع من مؤاخذة الفاعل"[1]، فهل يدخل وطء الزوج زوجته كرها ضمن أسباب الإباحة؟

اعتبر الفقه إكراه الزوجة على الوطء إلى جانب تأديب الزوجة الناشز من تطبيقات أسباب الإباحة[2]، وإذا كان يشترط في التأديب والذي نقصد به الضرب ألا يتعدى المسموح، فهل يقيد إكراه الزوجة على الوطء بشروط معينة؟ وإن هذه الشروط هي نفسها الضوابط المقيدة لأي معاشرة زوجية كما سبق بيانه، من أن لا يكون هناك مانع شرعي من حيض أو نفاس أو صوم أو إحرام وأن لا يكون الوطء مضرا بصحة الزوجة وأن يكون الوطء في الموضع الطبيعي[3].

وبذلك يكون تكييف وطء الزوج لزوجته كرها على أنه جريمة اغتصاب لا يستقيم والمنطق الذي يقتضي أن الاغتصاب هو"مواقعة رجل لأنثى دون رضاها"، لأن عقد الزواج يحل الاستمتاع والمعاشرة بين الزوجين والتي هي حرام وسفاح دونه، ولا يمكن بأي حال من الأحوال تناسي عقد الزواج وطمس آثاره والتي من بينها حل الاستمتاع، ومساواة العلاقة الزوجية وإن كانت بالإكراه مع علاقة ومعاشرة خارج هذا الإطار.

ولا يعني هذا أيضا أنه يجوز للزوج وطء زوجته بالإكراه، إذ يعتبر ذلك إخلالا بالتزام المعاشرة الزوجية والمعاشرة بالمعروف وبمقاصد عقد الزواج الذي هو سكن بكل ما في الكلمة من معنى، فالإكراه على المعاشرة الزوجية لا يأخذ وصفا جنائيا بل يعتبر من قبيل الإخلال بالتزام من الالتزامات الناشئة عن عقد الزواج، ويعتبر من قبيل الإضرار الذي يسببه الزوج لزوجته ومحله الضرر النفسي الذي ينجم عن معاشرة الزوجة دون رضاها، على أن كل ما يصاحب ذلك من عنف أو ضرب أو اعتداء بدني يجعل الزوج مدانا بجريمة الضرب والاعتداء البدني على زوجته، وليس الاغتصاب وهو موقف القضاء الفرنسي قبل 1980.

ويبقى الالتزام بالقرآن وبهدي النبي ﷺ، وتطبيقه في العلاقة الزوجية من ساعة اختيار الزوجين أحدهما للآخر والذي يكون على أساس الخلق والدين، إلى المعاشرة بالمعروف المطلوبة في تفاصيل الحياة الزوجية بطولها وعرضها وصولا إلى المعاشرة الزوجية وآداب الجماع وضرورة البدء بالقبلة والمداعبة والكلمة الطيبة الحانية، انتهاء إلى حالة نشوز الزوجة وعصيانها وجزاء الزوج الذي يصبر على أذى زوجته، وأن التأديب يبدأ بالوعظ والتذكير بأوامر الله ونواهيه وجزاء الزوجة المطيعة لزوجها، فأي زوجة عاقلة بعد ذلك كله

[1] - بلخيرسديد، الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص.161.
[2] - عدي طلفاح محمد الدوري، الرابطة الزوجية في منظور القانون الجنائي(دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص.ص 123،124.
[3] - محمود أحمد طه، الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية، المرجع السابق، ص.310.

لا ترضى معاشرة زوجها وتضطره إلى إكراهها على المعاشرة، ثم إن الزوجة إن تمنعت من زوجها وهو شريكها وحلالها ولاغنى لها عنه، فعلى الزوج حينذاك أن يراجع معاملته لزوجته وسيكتشف لا محالة سبب جفائها وتمنعها ونشوزها.

المطلب الثاني

الإخلال بالتزام الإخلاص

يثير الالتزام بالإخلاص بوصفه التزام بالامتناع إشكالا عند التفصيل في كيفية الوفاء به، والتي تكون بالامتناع عن سلوكات وتصرفات معينة هي نفسها السلوكات التي بإتيانها يحصل الإخلال بالتزام الإخلاص، لذلك سيبدو ومن خلال مناقشة هذا المطلب المتعلق بالإخلال بالتزام الإخلاص أننا نردد ما قلناه سابقا في المطلب المتعلق بالوفاء بالتزام الإخلاص، فآثرنا أن نتطرق إلى تفصيلات لم تشملها مناقشتنا السابقة وإن تشابهت العناوين في بعض الأحيان، فنتطرق لجريمة الزنا في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية (الفرع الأول)، ولأن إخلاص كل زوج هو حق للآخر، فقد يلجأ أحد الزوجين إذا ما راوده شك في إخلاص شريكه إلى مراقبته عن طريق تفتيش هاتفه والتجسس على حساباته الشخصية، فهل يخول له حقه في إخلاص الزوج هذا الفعل - الذي يعتبر تعديا على الحق في الخصوصية- وبذلك يعتبر سببا للإباحة(الفرع الثاني).

الفرع الثاني

الخيانة الزوجية

رغم أن مفهوم الخيانة الزوجية أوسع من حيث حجم السلوكات التي تندرج ضمنه مقارنة بمفهوم الزنا، إلا أنه لا ينهض كمفهوم موازيا لكل ما يعتبر إخلالا بالتزام الإخلاص، ذلك أن الإخلاص يقتضي الوفاء به الامتناع عن سلوكات معينة كالسفر دون محرم، أو خروج المرأة متبرجة ...إلخ والتي يكون إتيانها إخلالا بالتزام الإخلاص دون أن نعتبرها خيانة زوجية.

كما أن مفهوم الخيانة الزوجية يتسع لأكثر من جريمة الزنا، غير أننا سنركز في هذا الفرع على جريمة الزنى باعتبارها الأكثر ارتباطا بالعلاقة الزوجية التي تعتبر شرطا لقيامها في القوانين الوضعية، كما تعتبر الأكثر تناولا سواء من حيث النصوص التي نظمتها أو من حيث المؤلفات التي فصلت فيها.

أولا : جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف الزنا، والسبب في ذلك أن كل منهم حاول أن يجمع الشروط التي توجب الحد على الزاني في التعريف، لذلك اختلفوا في تعريفاتهم تبعا لاختلافهم في الشروط[1].

فعرف الحنفية الزنا بأنه:" اسم للوطء الحرام، في قبل المرأة، الحية، في حالة الاختيار، في دار العدل، ممن التزم بأحكام الإسلام، العاري عن حقيقة الملك، وعن شبهته، وعن حق الملك، وعن حقيقة النكاح وشبهته، وعن شبهة الاشتباه في موضع الاشتباه في الملك والنكاح"[2]، وعرف الشافعية الزنا بأنه :" إيلاج الذكر بفرج محرم لعينه، خال من الشبهة مشتهى يوجب الحد"[3]، وعرفه المالكية بأنه:" الزنى إيلاج، مسلم، مكلف، حشفة، في فرج آدمي، مطيق،عمدا، بلا شبهة، وإن دبرا أو ميتا غير زوج"[4]،وعرف الحنابلة الزنى بأنه:" فعل الفاحشة في قبل أو دبر" [5]، وقد تم التعقيب على هذه التعاريف ومناقشتها وتسجيل مآخذ عليها[6].

وعرف عبد الملك عبد الرحمان السعدي الزنى متفاديا المآخذ المسجلة على كل تعريف لفقهاء المذاهب الأربعة بأنه:" الزنى إيلاج، من هو من أهل التكليف المختار، العالم بالتحريم، غير كافر حربي، حشفتة متصلة - أو قدرها من فاقدها- في قبل امرأة لا تحل بنكاح من يحل نكاحه، أو بملك من يباح وطؤه ولا شبهة في ذلك، أو تمكين المرأة المتصفة بتلك القيود من ذلك"[7].

والزنى حرام وقد اتفق أهل الملل على تحريمه، ولم يحل في ملة سماوية قط[8]، وذلك لكونه رذيلة من ناحية الأخلاق، وإثما من ناحية الدين، وعيبا وعارا من ناحية المجتمع[9].

وجاء النهي صريحا على تحريم الزنى في القرآن، قال تعالى:" وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا"[1]، وقال عز وجل :" الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ

---

[1] - شرف بن علي الشريف، صيانة الإسلام للعرض والنسب، المرجع السابق، ص.12.
[2] - الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء7، المرجع السابق، ص.33.
[3] - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، الجزء5، المرجع السابق، ص.442.
[4] - الصاوي، احاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير، الجزء4، المرجع السابق، ص. 447.
[5] - البهوتي، كشاف القناع، الجزء6، المرجع السابق، ص.89
[6] - ينظر في مناقشة تعريفات الزنى عند فقهاء الشريعة الإسلامية شرف بن علي الشريف، صيانة الإسلام للعرض والنسب، ص.ص12-14.غبد الملك عبد الرحمان السعدي|، العلاقات الجنسية غير الشرعية وعقوبتها في الشريعة والقانون، القسم الأول، المرجع السابق، ص.ص 51-59.
[7] - عبد الملك عبد الرحمان السعدي|، العلاقات الجنسية غير الشرعية وعقوبتها في الشريعة والقانون، القسم الأول، المرجع السابق، ص.64.
[8] - شرف بن علي الشريف، صيانة الإسلام للعرض والنسب، المرجع السابق، ص.15.
[9] - غبد الملك عبد الرحمان السعدي|، العلاقات الجنسية غير الشرعية وعقوبتها في الشريعة والقانون، القسم الأول، المرجع السابق، ص.80

وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۖ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ"[2]، وقال تعالى:" الزَّانِي لَا يَنكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ ۚ وَحُرِّمَ ذَٰلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ "[3].

وجاء في السنة النبوية الشريفة قوله ﷺ:" إن من أعظم الذنوب أن تجعل لله ندا وهو خلقك ثم أن تقتل ولدك خشية أن يطعم معك ثم أن تزاني بحليلة جارك"[4]، وقال رسول الله ﷺ :" لا يزني الزاني حين يزني وهو مؤمن، ولا يشرب الخمر حين يشرب وهو مؤمن، ولا يسرق حين يسرق وهو مؤمن، ولا ينهب نهبة يرفع الناس إليه فيها أبصارهم، وهو مؤمن"[5].

أما أركان أو شروط الزنى في الشريعة الإسلامية فثلاثة، هي العقل والبلوغ؛ والوطء في قبل أجنبية؛ والوطء متعمدا.

أما الشرط الأول فهو أن يكون من صدر منه الفعل مكلفا، حيث اتفق الفقهاء على أن من صدر منه الزنى وجب أن يكون عاقلا وبالغا، فلا حد على المجنون والصبي لقوله صلى الله عليه وسلم:" رفع القلم عن ثلاث،عن المجنون حتى يفيق وعن الصبي حتى يدرك وعن النائم حتى يستيقظ "[6].

وتتفرع عن هذا الشرط ثلاث مسائل أو حالات، الأولى هي الحالة التي تمكن فيها المرأة العاقلة من نفسها مجنونا أو صغيرا فوطئها، فاتفق الفقهاء جميعا على عدم وجوب الحد على المجنون والصغير، واختلفوا في وجوب الحد على المرأة، فقال أبوحنفية ومحمد بن الحسن وفي رواية عن أبي يوسف لا حد عليها[7]، وقال مالك وفي رواية عن أحمد لا حد عليها إذا كان الواطئ صبيا، وقال الشافعي وأحمد بن حنبل في الرواية الراجحة، ورواية عن أبي يوسف يجب عليها الحد، وبذلك قال مالك إذا كان الواطئ مجنونا[8].

والثانية هي وطء العاقل الصغيرة أو المجنونة، واتفق الفقهاء على وجوب الحد على العاقل إذا زنى بمجنونة أو صغيرة يوطأ مثلها، ثم اختلفوا في حكم وطء الصغيرة التي لا يوطأ مثلها عادة إذا وطئها عاقل هل يحد أم لا؟ فعند أحمد روايتان وهي المذهب لا حد عليه، وبهذا قال مالك، والرواية الثانية يجب عليه الحد، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، مادام الوطء قد حدث

---

[1] - سورة الإسراء، الآية 32.
[2] - سورة النور، الآية 1.
[3] - سورة النور، الآية 3.
[4] - البخاري، صحيح البخاري، الجزء6، المرجع السابق، ص.109، ح.رقم 4761.
[5] - المرجع نفسه، الجزء8، ، ص.164، ح.رقم 6810.
[6] - البخاري، صحيح البخاري، الجزء7، المرجع السابق، ص. 45، ح.رقم 6429
[7] - ابن الهمام، شرح فتح القدير، الجزء5، المرجع السابق، ص.271. السرخسي، المبسوط، الجزء9، المرجع السابق، ص.54.
[8] - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء 4، المرجع السابق، ص.313. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، الجزء5، المرجع السابق، ص.446. ابن قدامة، المغني، الجزء9، المرجع السابق، ص.55.

فعلا فعليه الحد[1]، وحدد بعض الفقهاء سن الصغيرة التي لا يحد من وطئها هي التي تكون دون تسع سنين لأنه مثلها لا يوطأ ولا يمكن الاستمتاع بها[2].

والثالثة هي حكم السكران إذا زنى حال سكره، والسكر إما سكر يعذر فيه ومثله من أكره على شرب الخمر بالقتل ولا قدرة له على الدفع، وكذلك المضطر إذا شرب ما يرد به العطش فسكر به، وكذلك إذا شرب دواء فسكر به، فإن السكر في هذه المواضع بمثابة الإغماء فيعذر فاعله ولا يؤاخذ لأنه لا اختيار له في سكره، وإما سكر محظور وهو إذا ما تعمد وشرب الخمر مختارا فزنى فقال جمهور الفقهاء أنه مكلف ويجب عليه حد الزنى[3]، أما ابن تيمية فيرى أن أساس التكليف الفهم، والسكران بسكره يفقد الفهم، فلا يجوز تكليفه ولا حد عليه ولا يعتبر شيء من أقواله ولا أفعاله لا عليه ولا له[4].

أما الشرط الثاني فهو الوطء في قبل أجنبية، ومعناه أن يطأ الرجل امرأة محرمة عليه كما يطأ امرأته الحلال إشباعا لرغبته الجنسية، وأن يطأ المرأة في قبلها[5]، ويشترط في الوطء الوطء إدخال الحشفة أو قدرها من مقطوعها في الفرج، فلو لم يدخلها أصلا أو دخل بعضها فليس عليه الحد لأنه ليس وطئا، ولا يشترط الإنزال ولا الانتشار عند الإدخال، فيجب عليه الحد سواء أنزل أم لا، انتشر ذكره أم لا[6].

والشرط الثالث هو تعمد الوطء، وهو ما يعرف بالقصد الجنائي، ويعتبر الوطء متعمدا إذا ارتكب الزاني الفعل وهو عالم بأنه يجامع شخصا محرما عليه لا يحل له وطؤه بحال، ويشترط لوجوب الحد على الزاني أو الزانية أن يكون عالما بالتحريم متعمدا الوطء المحرم[7]، المحرم[7]، فإذا وطء الرجل وهو متعمد أو مكنت المرأة الرجل متعمدة الوطء، وهما لا يعلمان يعلمان تحريم الزنى فإن القاعدة العامة في الشريعة الإسلامية أن "لا يقبل في دار الإسلام العذر بجهل الأحكام"[8].

---

[1] - الحطاب الرعيني، مواهب الجليل، الجزء6، ص.291. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، الجزء4، ص.446. البهوتي، كشاف القناع، الجزء6، المرجع السابق، ص.98.

[2] - ابن قدامة، المغني، الجزء9، المرجع الستبق، ص.55.

[3] - البهوتي، كشاف القناع، الجزء6، المرجع نفسه، ص.96. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، الجزء5، المرجع السابق، ص.443. الرملي، نهاية المحتاج، الجزء7، المرجع السابق، ص.427. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء 4، المرجع السابق، ص.313. البهوتي، كشاف القناع، الجزء6، المرجع السابق، ص.78.

[4] - بدر الدين محمد بن علي البعلي، مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية، مطبعة السنة المحمدية، مصر، د.س.ن، ص.650.

[5] - شرف بن علي الشريف، صيانة الإسلام للعرض والنسب، المرجع السابق، ص.30.

[6] - ابن عابدين، رد المحتار، الجزء4، المرجع السابق، ص.29. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء4، المرجع السابق، ص.313. الشربيني، مغني المحتاج، الجزء5، المرجع السابق، ص.443. الرملي، نهاية المحتاج، الجزء7، المرجع السابق، ص.422. البهوتي، كشاف القناع، الجزء6، المرجع السابق، ص.95.

[7] - شرف بن علي الشريف، صيانة الإسلام للعرض والنسب، المرجع السابق، ص.32.

[8] - عبد الوهاب خلاف، التشريع الجنائي الإسلامي، الجزء1، ص.430. نقلا عن شرف بن علي الشريف، المرجع نفسه، ص.32.

ويكفي العلم بالأحكام إمكان وصولها إليه، ولا يشترط تحقق علمه لأننا لو اشترطنا تحقق العلم من كل مسلم لانفتح باب الأعذار على مصراعيه واعتذر كل مجرم بعدم علمه، ومع ذلك قبل الفقهاء عذر من يجهل الحكم من المسلمين بشرط أن لا يكون مقصرا في عدم علمه، كمن نشأ ببادية بعيدة عن ديار المسلمين ولم يمكنه الاتصال بأهل العلم، أو رجل أسلم حديثا ولم يتمكن من الاتصال بأهل العلم من المسلمين ولم يعرف بأن الزنى حرام[1]، ولما روي عن سعيد بن المسيب أن رجلا زنى باليمن، فكتب في ذلك عمر رضي الله عنه:" إن كان يعلم أن الله حرم الزنى فاجلدوه، وإن كان لا يعلم فعلموه، فإن عاد فاجلدوه"، وروي عن عمر أيضا أنه عذر رجلا زنى بالشام وادعى الجهل بتحريم الزنى، وكذا روي عنه وعن عثمان رضي الله عنهما أنهما عذرا جارية زنت وهي أعجمية وادعت أنها لا تعلم التحريم، وذلك أن الحكم في الشرعيات لا يثبت إلا بعد العلم، وقد أوضح ابن عابدين هذه المسألة بأنه لا تقبل دعوى الجهل بالتحريم إلا ممن ظهر عليه أمارة ذلك، فمن زنى وهو كذلك لا يحد، إذ التكليف بالأحكام فرع العلم بها، ولا يسقط الحد بجهل العقوبة إذا علم التحريم[2].

أما إذا كان الشخص عالما بالتحريم ووطئ مخطئا في الوطء، كمن زفت إليه غير زوجته فوطئها يعتقدها زوجته فلا حد عليه، أما من وجد على فراشه امرأة ظنها زوجته فوطئها فلا حد عليه عند المالكية والشافعية والحنابلة، لأنه وطء من اعتقد إباحته بما يعذر مثله فيه، ولأن الحدود تدرأ بالشبهات[3]، وأما الحنفية فأوجبوا عليه الحد مشترطين التحرز والاحتياط، فلا بد للرجل أن يحتاط قبل الوطء لأنه قد ينام على فراشه غير زوجته من محارمه أو قراباتها أو الزائرات لها، ودرأ "زفر" الحد عن الأعمى خلافا للحنفية وموافقا للجمهور[4].

ويجب على الرجل أن يتحقق ويتأكد عند الوطء، والتأكد لا يكلفه شيء، ثم إن الرجل يعرف زوجته باللمس والصوت وهذا إن كان في ظلام أو كان أعمى أو ما شابه[5].

ثانيا: جريمة الزنى في القوانين الوضعية

يعني الزنى وفقا للشريعة الإسلامية كل صلة جنسية ليست حلالا، والزنى وفقا لهذا المدلول الواسع فهو يشمل كل الصلات الجنسية المحرمة سواء ارتكبت برضا الطرفين أو

[1] - ابن قدامة، المغني، الجزء9، المرجع السابق، ص.58. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء 4، المرجع السابق، المرجع السابق، ص.313.

[2] - ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، الجزء4، المرجع السابق، ص.6. الشربيني، مغني المحتاج، الجزء 5، ص.446. البهوتي، كشاف القناع، الجزء6، المرجع السابق، ص97.

[3] - الدسوقي، حاشية الددسوقي على الشرح الكبير، الجزء4،المرجع السابق، ص.313. أبو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أباد الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء2، ط.1، مطبعة مصطفى الباي الحلبي وأولاده، مصر، 1379هـ، ص.ص 267-268.

[4] - الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء7،المرجع السابق، ص.37.

[5] - شرف بن علي الشريف،صيانة الإسلام للعرض والنسب، المرجع السابق، ص.34.

ارتكبت قهرا على أحدهما وسواء كان أحدهما أو كلاهما متزوجا أم لا، وهو بذلك يختلف عن مدلول الزنا في القانون الوضعي[1] كما سيتم بيانه.

اختلفت التشريعات في نظرتها للزنى، وذهبت مذهبين مختلفين توسطهما مذهب ثالث، فأما المذهب الأول هو مذهب تجريم الزنى والعقاب عليه في كل الأحوال سواء كان الجاني ذكر أو أنثى وسواء كان متزوجا أو غير متزوج، وهو مذهب الشريعة الإسلامية التي تعاقب على الزنى سواء كان الجاني محصنا أو غير محصن مع اختلاف العقوبة[2]، وهو ما انتهجه المشرع المغربي دون القوانين الأخرى محل المقارنة رغم عدم تسميته لها بجريمة الزنى، حيث نص الفصل 490 من المدونة الجنائية المغربية على أنه:" كل علاقة جنسية بين رجل وامرأة لا تربط بينهما علاقة الزوجية تكون جريمة الفساد، ويعاقب عليها بالحبس من شهر واحد إلى سنة"، ومذهب ثان هو مسلك المشرع الفرنسي الذي ألغى جريمة الزنا من قانون العقوبات بموجب القانون الصادر في 11 جويلية 1975، وتوسطت غالبية التشريعات العربية التي لم تأخذ بالشريعة الإسلامية في هذا الباب بين المذهبين، فجعلت جريمة الزنى تقوم فقط في حالة العلاقة الجنسية بين طرفين أحدهما على الأقل متزوج[3].

وعرف عبد العزيز سعد الزنى بأنه:" جماع أو فعل جنسي غير شرعي تام يقع بين رجل وامرأة كلاهما أو أحدهما متزوج وبناء على رغبتهما المشتركة أو استنادا إلى رضائهما المتبادل، دون عنف أو إكراه"[4]، ويعرف الزنى أيضا بأنه :" كل اتصال جنسي غير مشروع يقع بين رجل متزوج أو من امرأة متزوجة استنادا إلى رضائهما المتبادل حال قيام الزوجية فعلا أو حكما"[5]، ومن خلال هذه التعريفات تكون أركان جريمة الزنى أو شروطها في القوانين الوضعية هي الوطء؛ وقيام الزوجية، والقصد الجنائي، والجدير بالذكر أن شراح القانون الجنائي المصري في معرض تفصيلهم لجريمة الزنى يفرقون بين زنى الزوج وزنى الزوجة.

الشرط الأول هو الوطء: لا تقوم جريمة الزنى إلا بحصول الوطء فعلا بالطريق الطبيعي، أي بإيلاج عضو التذكير في فرج الأنثى، وبذلك تشترك جريمة الزنى مع جناية الاغتصاب في هذا الشرط، ولا تقوم الجريمة بما دون ذلك من أعمال الفاحشة الأخرى التي يرتكبها أحد الزوجين مع غيره مثل القبلات والملامسات الجنسية وإتيان المرأة في الدبر إلى غير ذلك[6]،

---

[1] - خالد عبد العظيم أبو غابة، الخيانة الزوجية وأثرها (المعاشرة الجنسية) دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص.51.

[2] - أحسن بو سقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول، ط.18، المرجع السابق، ص.145.

[3] - أحمد محمود خليل، جرائم هتك العرض، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1990، ص.ص84-85.

[4] - عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على الأسرة، المرجع السابق، ص.79.

[5] - محمد جبر السيد عبد الله جميل، عقوبة جريمة الزنى في قانون العقوبات المصري والجزائري، دراسة تقويمية في ضوء الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص.15.

[6] - أحسن بو سقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول، ط.18، المرجع السابق، ص.ص 145-146.

والوطء في ذاته كاف لتكوين الجريمة متى توافرت الشروط الأخرى، فلا يؤثر في ذلك كون الحمل مستحيلا إذ ليس الغرض من العقاب منع اختلاط الأنساب إنما صيانة حرمة الزواج، فيعاقب على الزنى ولو كانت الزوجة قد بلغت سن اليأس، أو كان شريكها في سن الحلم وما إلى ذلك، ولا تقوم هذه الجريمة بتلقيح الزوجة اصطناعيا برضائها ودون علم زوجها، ولما كان الوطء شرطا أساسيا في هذه الجريمة فلا نتصور هذه الجريمة إلا تامة ولا يمكن أن يكون لها شروع، ولا يعاقب القانون على الشروع في جريمة الزنا أي البدء في تنفيذها[1].

الشرط الثاني قيام الزوجية: يشترط لقيام جريمة الزنى أن يكون مقترفها مرتبطا برباط زوجية صحيح شرعا، فلا تحدث الجريمة إذا كان الاتصال قبل انعقاد الزواج ذلك أن قيد الزواج هو الذي يلزم الزوجين بالإخلاص لبعضهما البعض، فلو زنت المرأة أثناء الخطبة وحملت ولم تضع إلا بعد زواجها لم تعد مرتكبة لجريمة الزنى، لأن حقوق الزوجية - حق الزوج في الإخلاص- لا تكتسب إلا بعد الزواج[2].

وتنتفي صفة الزوجية إذا كان الزواج فاسدا أو باطلا، ولا يشترط أن يكون الزواج رسميا ثابتا بوثيقة رسمية بل يجوز أن يكون عرفيا[3] طالما قام دليل عليه، كما لا يشترط الدخول أو الخلوة فعقد القران في ذاته يعطي للرجل صفة الزوج وللمرأة صفة الزوجة[4].

كما لا تقوم جريمة الزنى بعد انحلال الرابطة الزوجية بوفاة أو بطلاق على التفصيل الآتي:

فالطلاق إما رجعي أو بائن، فإذا زنت الزوجة في عدة الطلاق الرجعي كان لمطلقها طلب محاكمتها، لأن الطلاق الرجعي بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية لا يرفع أحكام الزواج، ويعتبر الزواج قائما مادامت المرأة في عدة الطلاق الرجعي، أما إذا زنت الزوجة بعد

---

[1] - أحمد محمد أحمد، الجرائم المخلة بالآداب العامة الاغتصاب- هتك العرض- الفعل الفاضح والمخل للحياء- الزنا- ألعاب القمار في ضوء التشريعات المقابلة، جدار الفكر والقانون، مصر، 2009، ص.123.

[2] - أحمد محمود خليل، جرائم هتك العرض- الاغتصاب- هتك العرض- الفعل الفاضح- الزنا- معلقا عليه بأحكام محكمة النقض، المرجع السابق، ص.96.

[3] - يقول أحسن بوسقيعة في مسألة إثبات الزوجية بعقد رسمي أو الاعتداد بالعقد العرفي في جريمة الزنا:" وتثير مسألة إثبات الزواج إشكالات عديدة نظرا لعدم انسجام التشريع الجزائري في هذا المجال، وهكذا نصت المادة 22 من قانون الأسرة على أن الزواج يثبت بشهادة مستخرجة من سجلات الزواج لبدلية مكان الزواج، وكانت نفس المادة تضيف في فقرة ثانية أن الزواج يكون صحيحا إذا توفرت فيه الشروط الشرعية للزواج ويمكن تثبيته بحكم قضائي، وقد تم تعديل هذه الفقرة إثر تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر المؤرخ في 27-2-2005 فأصبحت تنص على أنه:" في حالة عدم تسجيله يثبت الزواج بحكم قضائي"، ولقد طرحت مسألة إثبات الزواج على المحكمة العليا فلم تتخذ موقفا بشأنها، فكان موقفها في بداية الأمر بأنه لا يعتد بالزواج بالفاتحة لإثبات قيام الرابطة الزوجية إذا كان هذا الزواج غير مقيد في سجلات الحالة المدنية... ولا تتم المتابعة من أجل الزنا إلا بتقديم عقد من الحالة المدنية يثبت زواج الشاكي بالمشتكى منه... ثم أصدرت قرارات تأخذ وجهة مخالفة حيث قضت بأن جريمة الزنا تقوم حتى في حالة الزواج بالفاتحة... وأن مسألة عقد الزواج المسجل في الحالة المدنية هو شكلية ووسيلة لإثبات عقد الزواج فقط". أحسن بو سقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول، ط.18، المرجع السابق، ص.ص 146-147.

[4] - أحمد أبو الروس، جرائم الإجهاض والاعتداء على العرض والشرف والاعتبار والحياء العام والإخلال بالآداب العامة من الوجهة القانونية والفنية، المكتب الجامعي، مصر، 1997، ص.61.

انقضاء عدة الطلاق الرجعي أو طلاق بائن، فليس لمطلقها طلب محاكمتها لأن الزوجة المطلقة رجعيا إذا انقضت عدتها ولم يراجعها الزوج بانت منه بينونة صغرى ملكت بها نفسها، والطلاق البائن بينونة صغرى أو بينونة كبرى يحل قيد الزواج ويرفع أحكامه فإذا زنت الزوجة بعد طلاق بائن فلا سؤال للزوج عليها ولو حصل الزنى خلال أيام العدة[1].

الشرط الثالث القصد الجنائي: تتطلب جريمة الزنا توافر القصد الجنائي، والذي يتوفر متى ارتكب الزوج الزاني أو الزوجة الزانية الفعل عن إرادة وعن علم بأنه متزوج وأنه يواصل شخصا غير زوجه، وتبعا لذلك لا تقوم جريمة الزنى لانعدام القصد الجنائي إذا ثبت أن الوطء قد حصل بدون رضا الزوجة كما لو تم بالعنف والتهديد أو نتيجة للخديعة أو المباغتة، كأن يتسلل رجل إلى مخدع امرأة فتسلم له نفسها ظنا منها أنه زوجها، وبالمقابل تقوم جريمة الاغتصاب في حق من واقع امرأة بدون رضاها[2].

كما أنه لا عبرة بالبواعث في تحديد عناصر القصد، فليس بشرط أن يكون باعث الزوجة مثلا هو إشباع شهوتها، فقد يكون باعثها الانتقام من الزوج بالإساءة لسمعته، وقد يكون باعثها كسب المال إذا كانت تهدف لتقاضي أجر ممن تتصل به، وقد يكون باعثها الإنجاب إذا كان الزوج عقيما[3].

ويشترط في القانون المصري وكما سبق بيانه ركنا رابعا بالنسبة لجريمة زنا الزوج، وهو حصول فعل الزنى في منزل الزوجية دون اشتراط ذلك في زنى الزوجة، ويقصد بمنزل الزوجية المسكن الذي يقيم فيه الزوجان عادة أو في أوقات معينة، كمسكن في الريف أو في مصيف أو في مشتى ولو كان الزوج يقيم فيه بمفرده، فكل منزل من هذا القبيل يصلح ليكون محلا لسكنى الزوجية يحق للزوجة أن تدخله من تلقاء نفسها ولزوجها أن يطلبها للإقامة فيه، فإذا زنى الزوج في منزل أو مسكن من هذا القبيل حق عليه العقاب المقرر قانونا لجريمة الزنا[4].

وعرفت محكمة النقض المصرية منزل الزوجية بأنه:"المسكن الذي يتخذه الزوج للإقامة فيه والذي يحق للزوجة أن تدخله لتعيش فيه مع زوجها وأن الزنى في هذا المسكن

[1] - أحمد محمود خليل، جرائم هتك العرض- الاغتصاب- هتك العرض- الفعل الفاضح- الزنا- معلقا عليه بأحكام محكمة النقض، المرجع السابق، ص.ص97-98.

[2] - أحسن بو سقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول، ط.18، المرجع السابق، ص.147.

[3] - أحمد محمد أحمد، الجرائم المخلة بالآداب العامة الاغتصاب- هتك العرض- الفعل الفاضح والمخل للحياء- الزنا- ألعاب القمار في ضوء التشريعات المقابلة، المرجع السابق، ص.129.

[4] - أحم د محمد أحمد، الجرائم المخلة بالآداب العامة الاغتصاب- هتك العرض- الفعل الفاضح والمخل للحياء- الزنا- ألعاب القمار في ضوء التشريعات المقابلة، المرجع السابق، ص.127.

يعتبر زنا في منزل الزوجية مستوجبا العقاب"[1]، ويشمل مسكن الزوجية أيضا غرفة الفندق التي يستأجرها الزوج للإقامة فيها، في حالة نقله للعمل في مكان بعيد أو إذا اضطرته أعماله التجارية إلى اتخاذ مسكن في مكان يتردد عليه لإنهاء أعماله التجارية، وكذا يعد منزلا للزوجية المكان أو الحجرة التي يخصصها الزوج للاستراحة بها فترة الظهيرة أو المبيت في حالة الضرورة بمحله التجاري أو مصنعه[2]، والملاحظ أن القضاء نحى منحى الموسع لمفهوم مسكن الزوجية ليضيق بالمقابل على الزوج ويعتبر كل مكان من شأنه أن يتوارى فيه الزوج عن الأنظار دون أن يثير الشبهات مسكنا للزوجية، وبالتالي يكون اتصاله بامرأة أخرى جنسيا في هذا المكان جريمة زنا.

وبذلك يدخل في سلطة قاضي الموضوع تقدير ما إذا كان للمحل صفة الدوام بحيث يعتبر مسكنا للزوجية أم أن له صفة التأقيت فلا يعتبر كذلك، ويسترشد القاضي في ذلك بمدة الإقامة وكيفية سداد الأجرة المستحقة[3]، فلا يعتبر منزل الخليلة المملوك لها من قبيل مسكن الزوجية ولو كان الزوج يقيم فيه فعلا، ولا يعتبر مسكنا للزوجية الغرفة التي يستأجرها الزوج في فندق مادام لم يسكن فيها بصفة مستمرة[4].

على أنه إذا طلق الزوج زوجته فإن صفة منزل الزوجية ترتفع عن المسكن، فلا تعد خيانة الرجل فيه زوجته جريمة زنى، على أن الطلاق لا يرفع عن المسكن صفة منزل الزوجية إلا إذا كان الطلاق بائنا، أما الطلاق الرجعي فيظل فيه المسكن محتفظا بصفته كمسكن للزوجية ويعد فعل الخيانة الواقع فيه جريمة زنا الزوج[5].

ولقد وضعت القوانين الوضعية قيدا على تحريك الدعوى العمومية في جريمة زنا الزوجية، فلا تتم المتابعة إلا بناء على شكوى الزوج المضرور، فإذا كان الزوج هو الفاعل الأصلي لا تتم المتابعة إلا بناء على شكوى زوجته، وإذا كانت الزوجة هي الفاعل الأصلي فلا تتم المتابعة إلا بناء على شكوى زوجها، وإذا كان كلا المتهمين متزوج، تصح المتابعة بناء على شكوى أحد الزوجين ويكون كلاهما فاعلا أصليا، ولأن القانون جعل جنحة الزنى جريمة ذات طابع خاص تهم الزوج المضرور دون سواه، فلا تصح المتابعة إذا صدرت الشكوى عن والد الزوج المضرور أو أخيه أو أخته أو أي قريب آخر، كما لا يجوز للنيابة

---

[1] - أحمد محمود خليل، جرائم هتك العرض- الاغتصاب- هتك العرض- الفعل الفاضح- الزنا- معلقا عليه بأحكام محكمة النقض، المرجع السابق، ص.192.

[2] - أحمد أبو الروس، جرائم الإجهاض والاعتداء على العرض والشرف والاعتبار والحياء العام والإخلال بالآداب العامة من الوجهة القانونية والفنية، المرجع السابق، ص.65.

[3] - أحمد محمد أحمد، الجرائم المخلة بالآداب العامة الاغتصاب- هتك العرض- الفعل الفاضح والمخل للحياء- الزنا- ألعاب القمار في ضوء التشريعات المقابلة، المرجع السابق، ص.128.

[4] - المرجع نفسه، ص.ص127-128.

[5] - أحمد محمد أحمد، الجرائم المخلة بالآداب العامة الاغتصاب- هتك العرض- الفعل الفاضح والمخل للحياء- الزنا- ألعاب القمار في ضوء التشريعات المقابلة، المرجع السابق، ص.133.

العامة أن تباشر المتابعة القضائية من تلقاء نفسها، غير أنه يجوز للزوج المضرور أن يوكل غيره لتقديم الشكوى على أن تكون الوكالة خاصة بهذا الموضوع دون سواه، كما يجوز للزوج أن يقدم شكواه بعريضة إذا كان مسافرا[1].

ولقد أقر المشرع المصري حكما في نص المادة 273 من ق.ع.م[2] يقضي بعدم سماع دعوى الزوج وعدم قبول شكواه على زنى زوجته إذا كان قد سبق وزنى في مسكن الزوجية، ويعلل بعض الفقه هذا الحكم بأن جريمة زنى الزوج تجعله غير أهل للشكوى على زوجته، إذ كيف يقبل منه أن يشكو من جريمة هو نفسه ملوث بها ويتمسك بحقوق الزوجية وعهودها إذا كان هو نفسه لم يرعها، وبناء على هذا النص يجوز للزوجة أن تدفع لدى المحكمة عند محاكمتها بعدم قبول الدعوى قبلها لذلك السبب[3].

الفرع الثاني

اطلاع أحد الزوجين على محادثات واتصالات الزوج الآخر بين الإباحة والتجريم

لعل ما جعلنا نربط بين حق كل من الزوجين في الخصوصية وجواز مراقبة أحد الزوجين لاتصالات الآخر أو عدمه وبين الإخلال بالتزام الإخلاص، هو اتجاه بعض الفقه لاعتبار تجسس أحد الزوجين على الآخر سببا للإباحة إذا ما ساوره شك حول إخلاص شريكه، خصوصا مع تطور وسائل التواص وإمكانية إقامة صداقات وربط علاقات بين أحد الزوجين والغير، والتي قد تتخذ منحى غير بريء يثير شكوك الزوج الآخر، فلا يعاقب- بطبقا لهذا الرأي- هذا الزوج على تعديه على حق الزوج الآخر في الخصوصية مادام يسعى للتأكد من إخلاص شريكه أو خيانته على حسب الأحوال، وهذا ما يتعارض مع حق كل من الزوجين في الخصوصية، رغم ما يفترضه الزواج من تشارك وتقارب واندماج.

وسنتناول من خلال هذا الفرع حق كل من الزوجين في الخصوصية (أولا)، ثم نبين موقف القضاء المصري والفرنسي من تنصت أحد الزوجين على اتصالات الآخر(ثانيا)، لنبين بعد ذلك موقف القوانين من حق كل من الزوجين في الخصوصية وحدود ذلك(ثالثا).

أولا: حق كل من الزوجين في الخصوصية

تعرف الخصوصية بأنها :"ما ينفرد به الإنسان لنفسه دون غيره من الأمور والأشياء، وتكون حرمة الحياة الخاصة هي التي يختصها الإنسان لنفسه بعيدا عن تدخل

[1] - أحسن بو سقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول، ط.18، المرجع السابق، ص.150.

[2] - نصت المادة 273 من قانون العقوبات المصري:" لا يجوز محاكمة الزانية إلا بناء على دعوى زوجها إلا أنه إذا زنى الزوج في المسكن المقيم فيه مع زوجته كالمبين في المادة 277 لا يسمع دعواه عليها".

[3] - أحمد محمد أحمد، الجرائم المخلة بالآداب العامة الاغتصاب- هتك العرض- الفعل الفاضح والمخل للحياء- الزنا- ألعاب القمار في ضوء التشريعات المقابلة، المرجع السابق، ص.128.

الغير"[1]، ويعرف الفقيه جون كاربونيه الحق في الحياة الخاصة بأنه:" المجال السري الذي يملك الفرد بشأنه سلطة استبعاد أي تدخل من الغير، وهو حق الشخص في أن يترك هادئا، أي يستمتع بالهدوء، أو أنه الحق في احترام الذاتية الشخصية"[2].

والجدير بالذكر أنه عندما بدأ التأسيس لحق الشخص في الخصوصية كان من بين ما يدخل في الحق في الخصوصية ولا يزال، الحياة العائلية وكل ما يتعلق بعلاقة الزوجين ببعضهما، فكان حق الزوجين معا في الخصوصية في مواجهة الغير باعتبار أنهما في علاقة ليس هناك أخص منها، ولم يكن يتصور أنه قد يأتي يوم يطالب فيه أحد الزوجين بحقه في الخصوصية في مواجهة زوجه الآخر.

فبعد أن كانت الأسرة ضمن المجال الخاص للإنسان يحتج بها على الغير ويلزمهم باحترامه أصبح حق الخصوصية حق يحتج به الزوجين تجاه بعضهما، ويلتزم كلا الزوجين باحترام خصوصية الزوج الآخر، فكل من الزوجين يمتلك مجالا خاصا لا يستطيع الزوج الآخر إقحام نفسه فيه، وظهرت بذلك منطقتان متجاورتان ولكنهما منعزلتين يختص الزوج بمنطقة وتختص الزوجة بالمنطقة الأخرى داخل بيت الزوجية، وأصبح هذا واقع الكثير من الأزواج وتسبب ذلك بخلافات تحولت من نزاع أسري إلى منازعات أمام القضاء، أين يحتج كل طرف بأنه يمتلك منطقة خصوصية لا يمكن للزوج الآخر اقتحامها والاطلاع على ما يجري فيها[3]،فهل يبقى حق كل من الزوجين في الخصوصية قائما حتى مع قيام الرابطة الزوجية التي من المفروض أنها جعلت أحدهما نصفا للآخر؟

قد توحي نصوص القوانين الوضعية محل المقارنة التي عرفت الزواج على أنه عقد يحل المعاشرة بين رجل وامرأة أن لا خصوصية بين الزوجين، على اعتبار أنهما وصلا معا إلى أبعد منطقة في حق الخصوصية وهي مباشرة العلاقة الحميمية فيما بينهما، وبعد ذلك لا وجود للحق في الخصوصية فهذه نهايته و خاتمته، فهي خلوة وألفة بين الزوجين لا يطلع عليهما أحد بعيدا عن أعين الناس، ومن ثم تزول كل العوازل والحواجز النفسية والفكرية بين الزوجين ويذوب معها حق الخصوصية فيما بينهما، إلا أن هذا الاعتقاد ليس صحيحا على إطلاقه، فرغم الاندماج الجسدي والروحي بين الزوجين إلا أن ذلك لا يمنع من أن يكون لكل منهما حق في الخصوصية، لأنه أي الحق في الخصوصية من الحقوق اللصيقة بشخصية

[1] - حفيظة عاقلي، الحماية القانونية للحق في حرمة الحياة الحاصة دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2012، ص.77.

[2] - منقول عن عبد الرحمان خلفي، الحق في الحياة الخاصة في التشريع العقابي الجزائري دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، مجلة البحوث والدراسات،جامعةالوادي، العدد12، المجلد8، الجزائر، 2011، ص.155.

[3] - أسامة شهاب حمد الجعفري، حق الخصوصية بين الزوجين من الشراكة إلى الفردانية، صحيفة المدى، مقال منشور يوم 2021/10/25، متاح على الرابط https://almadapaper ، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2022/12/20 على الساعة 10:45.

الانسان لا تنفك عنه، وإبرام عقد الزواج لا يعني بحال انتهاء الشخصية القانونية التي يلتصق بها هذا الحق[1].

وقد قررت الدساتير حق الشخص في احترام حياته الخاصة فيما سماه المؤسس الدستوري الجزائري الحق في حماية الحياة الخاصة للشخص وسرية المراسلات والاتصالات الخاصة[2]، كما جرمت القوانين الجزائية على غرار قانون العقوبات الجزائري الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة للأشخاص، ليتبين أن الحق في الخصوصية موجود ومقرر لكل طرف في العلاقة الزوجية - باعتباره إنسانا- يجب على الطرف الآخر احترامه وعدم التعدي عليه.

ثانيا: التنصت على اتصالات الزوج الآخر ومراقبتها فعل مباح في القضاء المصري والفرنسي

أجاز القضاء المصري - في فترة معينة- مراقبة أحد الزوجين للآخر، حيث قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها بأن:" إن عشرة الزوجين وسكون كل منهما إلى الآخر وما يفرضه عقد الزواج عليهما من تكاليف لصيانة الأسرة في كيانها وسمعتها... يخول كل منهما ما لا يباح للغير من مراقبة زميله في سلوكه وفي سره وفي غير ذلك مما يتصل بالحياة الزوجية لكي يكون على بينة من عشيرته، وهذا ما يسمح له عند الاقتضاء أن يتقصى ما عساه أن يساوره من ظنون أو شكوك لينفيها فيهدأ باله أو ليتثبت منها فيقرر فيها ما يرتئيه... إذا كانت الزوجة قد حامت حولها عند زوجها شبهات قوية فإنه يكون له أن يستولي، ولو خلسة، على ما يعتقد بوجوده من رسائل العشق في حقيبتها الموجودة في بيته وتحت بصره ثم يستشهد بها عليها إذا رأى محاكمتها جنائيا لإخلالها بعقد الزواج"[3].

ومن خلال هذا القرار يتضح أن القضاء المصري حينها جعل من العلاقة الزوجين سببا لإباحة التعدي على حق الزوجة في الخصوصية، من منظور أن الزوج له سلطة فعلية على زوجته بوصفه القيم عليها، قياسا على حق الأب في اختراق خصوصية أبنائه الذين هم تحت ولايته بهدف مراقبة تصرفاتهم حتى لا يخرج هؤلاء الأبناء عن السيطرة، وربما لم

---

[1] - أسامة شهاب حمد الجعفري، حق الخصوصية بين الزوجين من الشراكة إلى الفردانية، المرجع السابق.

[2] - تنص المادة 47 من دستور الجزائر على أنه:" لكل شخص الحق في حماية حياته الخاصة وشرفه.
لكل شخص الحق في سرية مراسلاته واتصالاته الخاصة في أي شكل كانت
لا مساس بالحقوق المذكورة في الفقرتين الأولى والثانية إلا بأمر معلل من السلطة القضائية .
حماية الأشخاص عند معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي حق أساسي.
يعاقب القانون على كل انتهاك لهذه الحقوق."

[3] - نقض 1941/5/19. مجموعة القواعد القانونية، ج هـ، رقم 491259. نقلا عن محمود أحمد طه، الحماية الجنائية للعلاقة الأسرية، المرجع السابق، ص.334.

نكن لنجد نفس الحكم من نفس المحكمة إن كانت الزوجة هي من اخترقت خصوصية الزوج وتعدت عليها لأنها تشك في إخلاص زوجها وفي إقامته علاقة مع أخرى.

وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي، حيث قضت محكمة بوردو في حكم قديم لها بحق الزوج في رقابة مراسلات ومحادثات زوجته دون أن يكون لها ذلك الحق، وذلك استنادا إلى أن القانون الفرنسي آنذاك كان يعتبر الزوج حارسا لشرف وكرامة أسرته[1]، وبعد إلغاء النص القانوني الذي كان يقرر حق القوامة ورئاسة العائلة للزوج عام 1938 لم يعد هناك ما يبرر هذه التفرقة، وبذلك قضت محكمة سيان (Seine) في أحد قراراتها بعدم إدانة الزوجة عن الواقعة المنسوبة إليها في إخفائها لخطاب كان قد أرسل إلى زوجها على السكن، حيث بررت حكمها باعتبار فعل الإخفاء للخطاب بمثابة سرقة حدثت بين الزوجين ومن ثم ينطبق عليها نص المادة 380 من قانون العقوبات الفرنسي القديم المتعلقة بعدم عقاب السرقة بين الأصول والفروع أو بين الأزواج[2].

ويتضح من خلال هذه القرارات التي توجه فيها القضاء الفرنسي إلى جواز الرقابة من أحد طرفي العلاقة على محادثات ومراسلات الطرف الآخر مادامت العلاقة الزوجية قائمة، ولو كانت محل نزاع أمام القضاء، وألا يكون صدر حكم بالطلاق أو الانفصال الجسماني، فطالما العلاقة مازالت قائمة فمن حق كل من الزوجين رقابة محادثات ومراسلات الآخر ليطمئن إليه وليبدد الشكوك التي قد تساوره تجاه إخلاص شريكه، فمادات العلاقة الزوجية قائمة بينهما فنطاق الخصوصية بينهما يكاد يتلاشى[3].

وبالنسبة لمن يرى أنه لا يجوز تعدي أحد الزوجين على خصوصية الآخر، بحجة أن هذا التعدي لا يمس الزوجين فقط بل يمتد إلى طرف ثالث الذي يكون الزوج الآخر على علاقة به، وبذلك يمتد هذا الاختراق للخصوصية بين الزوجين إلى التعدي على خصوصية الغير، وهو ما يعترض عليه الأستاذ محمود أحمد طه، والذي يرى أنه لا يجوز تجريم رقابة أحد الزوجين على مراسلات ومحادثات الآخر فقط لأنه سيعتبر خرقا لخصوصية طرف ثالث، ويؤسس لرأيه قائلا:" وأساسنا في ذلك هو أن الغير الذي يسمح لنفسه بالتعدي على أصول العلاقة الزوجية والتزاماتها لا يستحق حماية القانون"[4].

في حين ذهب القضاء الفرنسي في أحكام أخرى إلى عدم إجازة رقابة أحد الزوجين لمحادثات واتصالات الآخر، حيث نصت محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها بمعاقبة

---

[1] - Bordeau, 15-3-1929, D.1930/2/129. نقلا عن محمود أحمد طه، المرجع نفسه، ص.336.

[2] - Seine, 25.5.1963, R.S.C1964.p.136 نقلا عن محمود أحمد طه، الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية، المرجع السابق، ص.335.

[3] - محمود أحمد طه، الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية، المرجع نفسه، ص.337.

[4] - نفس المرجع، نفس الصفحة.

الزوج الذي قام بفتح مراسلات خاصة بزوجته طبقا للمادة 187 من قانون العقوبات الفرنسي القديم، وبررت المحكمة حكمها بعدم انطباق المادة 380 من نفس القانون - المتعلقة بالسرقة بين الأزواج- على الواقعة محل النزاع[1]، كما قضت محكمة استئناف ليون بمسؤولية الزوج الذي قام بالتنصت على محادثات زوجته، حيث جاء في نص القرار الآتي:" إذا كانت المعيشة المشتركة للزوجين تسمح لكل منهما بمعرفة بعض وقائع الحياة الخاصة للآخر... إلا أنه يستخلص من نص المادة 368 من قانون العقوبات الفرنسي - القديم- أن التنصت الذي يقوم به أحدهما على محادثات الآخر مع الغير يعد من الأفعال غير المشروعة ومن ثم تقع تحت طائلة العقاب"[2].

ثالثا: موقف القوانين من اطلاع أحد الزوجين على محادثات الزوج الآخر واتصالاته

إذا كان اطلاع كل من الزوجين على محادثات الآخر واتصالاته يقتضيه التقارب والتشارك والوضوح التي تفرضه العلاقة الزوجية، إلا أنه من جهة أخرى اندرج هذا السلوك فيما اعتبرته القوانين الوضعية تعديا على حق كل انسان في الخصوصية، خاصة بعدما وصلت إليه البشرية من تقدم في تقنية التواصل والمحادثات عبر الوسائط الالكترونية، والتي أصبح من السهل اختراقها ودون ترك دليل مادي على ذلك، بذلك قررت لها القوانين حماية تتناسب مع طبيعة هذه المعطيات.

اعتمد المشرع الجزائري مبدأ الحماية الشاملة لحرمة الأحاديث الخاصة طبقا لنص المادة 137 من ق.ع.ج[3]، كما نص في المادة 303 مكرر من نفس القانون على معاقبة كل من تعمد أو شرع في المساس بحرمة الحياة الخاصة للأشخاص بأي تقنية كانت بالتقاط أو تسجيل أو نقل للمكالمات أو أحاديث خاصة أو سرية بغير إذن صاحبها أو رضاه، كما جاء في القانون رقم 18-04 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الالكترونية لينص صراحة ومن خلال المادة 164 منه على معاقبة كل من ينتهك سرية المراسلات التي تتم عبر الاتصالات الالكترونية سواء عن طريق إفشاء لمضمونها أو استعماله من دون رخصة أو الإخبار بوجوده دون علم صاحبه.

وبدوره المشرع المصري جرم السلوكات التي يعتدى فيها على حرمة الحياة الخاصة، وذلك بإستراق السمع أو تسجيل أو نقل عن طريق جهاز من الأجهزة أي كان نوعه

---

[1] - cass.crim , 5-21958, J.C.P.1958/21058. نقلا عن محمود أحمد طه، المرجع نفسه، ص.335.

[2] - Treb Cour de Lyon, 10/10/1972. نقلا عن المرجع نفسه، ص. 335.

[3] - تنص المادة 137 من ق.ع.ج على أنه:" كل موظف أو عون من أعوان الدولة أو مستخدم أو مندوب عن مصلحة للبريد يقوم بفض أو اختلاس أو إتلاف رسائل مسلمة إلى البريد يعاقب بالحبس من ثلاثة (3) أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 30.000 دج إلى 500.000 دج.
ويعاقب بالعقوبة نفسها كل مستخدم أومندوب في مصلحة البرق يختلس أو يتلف برقية أو يذيع محتواها.
ويعاقب الجاني فضلا عن ذلك بالحرمان من كافة الوظائف أو الخدات العمومية من خمس إلى عشر سنوات".

محادثات جرت في مكان خاص أو عن طريق التليفون طبقا لنصوص المواد 309 مكرر و 309 مكرر 01 من ق.ع.م.

كما نص المشرع الفرنسي هو الآخر في قانون العقوبات لسنة 1992 على تجريم الاعتداء على الحياة الخاصة للآخرين، عن طريق التنصت أو التسجيل أو نقل كلام خاص أو صورة دون موافقة صاحب الشأن، طبقا للمواد 226-1 و226-2 و226-3 من ق.ع.ف.

وأما الأحوال التي أجاز فيها المشرع الجزائري على غرار التشريعات السابقة اختراق هذه الخصوصية، هي أحوال منصوص عليها قانونا وتتعلق أساسا وطبقا للمادة 4 من القانون رقم 09-04 المتضمن القواعد الخاصة بالوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها، والمادة 65 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية، تتعلق بضرورات التحري والتحقيق في الجرائم الخاصة بأمن الدولة والجرائم المعلوماتية وجرائم الفساد وفي إطار تنفيذ المساعدات القضائية الدولية، ويكون اعتراض المراسلات بناء على إذن من وكيل الجمهورية.

وعليه لا يعتبر تعدي أحد الزوجين على خصوصية الآخر بتفتيش هاتفه أو اختراق حساباته الشخصية من بين الاستثناءات التي أجاز فيها القانون التعدي على خصوصية الغير، لذلك يبقى طبقا للقوانين محل المقارنة تفتيش أحد الزوجين لهاتف الآخر ونقله وتحويله صورا منه أو دخوله على حساباته الشخصية، تعديا صريحا على حق الزوج الآخر في الخصوصية، مهما كانت المبررات ومهما كانت شكوك الزوج المتعدي على الخصوصية كثيرة وملحة.

ولا يمكننا إهمال فكرة أن الخيانة الالكترونية التي يرتكبها أحد الزوجين، والعلاقات الحميمية التي تربطه مع الغير على شبكات التواصل الاجتماعي، والتي تتجسد إما في شكل محادثات كتابية أو تبادل للرسائل الصوتية والصور والفيديوهات الشخصية، ستبقى دون رادع، خصوصا أن الطرف المتأذي من هذه الخيانة هو الزوج الآخر، الذي وإن ثارت شكوكه لن يستطيع أن يحرك ساكنا، ولا يستطيع حتى التأكد من خيانة شريكه أو لا، لأنه إن حاول أن يطلع على مراسلات ومحادثات الزوج الآخر سيتهم بالتعدي على حق الزوج الآخر في الخصوصية.

وحتى لو تحصل على أدلة تدين الزوج الآخر بالخيانة عن طريق تجسسه على هاتفه أو الاطلاع على حساباته فإن هذا الدليل يكون باطلا، إعمالا لمبدأ استبعاد وسائل الإثبات المتحصل عليها بطرق غير مشروعة إلى جانب ذلك اعتباره متعديا على الحق في

الخصوصية[1]، ولقد قرر القضاء الفرنسي ببطلان هذا النوع من الأدلة، وهو ما أكدته محكمة ليون الابتدائية في 10 أكتوبر سنة 1992، حيث قضت بأن:" إذا كانت المعيشة المشتركة للزوجين تسمح لكل منهما بمعرفة بعض وقائع حرمة الحياة الخاصة للآخر، إلا أنه يستفاد بوضوح من صياغة المادة (368) من قانون العقوبات المقابلة للمادة 226-1 من القانون الجديد، إن التنصت والتسجيل الذي يجريه أحدهما على المحادثات التليفونية للطرف الآخر مع الغير يعد من وسائل التقصي التي يحظرها القانون والتي لا يمكن أن تصلح بالتالي أساسا لدعوى الطلاق"[2].

ولقد قرر المشرع الجزائري هذا الحكم من خلال نص المادة 303 مكرر 1 من ق.ع.ج عندما عاقب كل من يحتفظ أو يضع أو يسمح بأن توضع في متناول الغير، أو استخدم التسجيلات والصور المتحصل عليها عن طريق انتهاك خصوصية الآخر بأي وسيلة، وبذلك يدخل تنصت ومراقبة أحد الزوجين للآخر في هذا الوصف ولو كان هدفه استخدامها كدليل يؤيد شكوكه حول خيانة شريكه في الزواج.

[1] - يرى البعض أن عدم إغلاق الهاتف برقم سري من قبل الزوج أو الزوجة يعتبر موافقة ضمنية لكل من له حق الرقابة والإشراف والمتابعة عليه، مثل الزوج على زوجته أو الزوجة على زوجها، أو الأب على ابنه أو ابنته كونه ولي الأمر والمراقب في هذه الحالة، وكان قد صدر حكم في محكمة رأس الخيمة بالكويت بحبس زوجة ثلاثة أشهر بتهمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة لزوجها بعد تقديم بلاغ رسمي للنيابة العامة ضدها للتجسس على هاتفه ونقل محتوياته إلى هاتف آخر للاطلاع عليها لاحقا. مصباح أمين، تفتيش هاتف "شريك الحياة" تلصص ينتهي بالسجن والغرامة، مقال منشور في جريدة الإمارات اليوم، متاح على الرابط.-https://www.emaratalyoum.com/local-section/accidents/2018-10-01-1.1139416، تم الإطلاع عليه بتاريخ 15 أكتوبر 2022، على الساعة 20:15.
2018/01/01

[2]- Gassin (R) ,encyclopédie Dalloz repertoire du droit pénal et de procedure pénales atteinte a la vie privée,1976, n°74, p. 205.selon :
حفيظة عاقلي، الحماية القانونية للحق في حرمة الحياة الخاصة دراسة مقارنة المرجع السابق، ص.188.

الفصل الثاني

الإخلال بالتزام المعاشرة بالمعروف وبالتزام المساكنة بين الزوجين في الأحوال الخاصة

الفصل الثاني

الإخلال بالتزام المعاشرة بالمعروف وبالتزام المساكنة بين الزوجين في الأحوال الخاصة

مر معنا تكرارا أن التزام المعاشرة بالمعروف يتقاطع مع كل الالتزامات المتضمنة في المساكنة، كما يضبط المعروف كمعيار للمعاشرة كل السلوكات التي يأتيها الزوجان وهما بصدد الوفاء بالتزام المساكنة، فلا تغيب بذلك المعاشرة بالمعروف عن الحياة الزوجية ككل، ويظهر انعكاس لها في تنفيذ كافة الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين.

فإذا كان هذا حال الوفاء بالتزام المعاشرة بالمعروف، فإن الإخلال بهذا الالتزام أيضا يثير هذا الاتساع في صور الإخلال، بحيث تتعدد هذه الصور لدرجة يصعب حصرها، ومع ذلك يبقى معيار الإضرار هو الدليل على الإخلال بالتزام المعاشرة بين الزوجين، وأنها ليست معاشرة بالمعروف، وسنبين صورا وأشكالا للإضرار يقترفها أحد الزوجين ضد الآخر والتي شاع انتشارها في مجتمعنا دون حصر كل صور الإخلال(المبحث الأول).

كما سنجمع صور الإخلال بالتزام المعاشرة بالمعروف مع الإخلال بالتزام المساكنة في أحوال خاصة، والتي قصدنا بها كما جاء في الباب الأول الإخلال بالتزام المساكنة في حالة تعدد الزوجات والإخلال بالشروط الاتفاقية المتعلقة بالتزام المساكنة(المبحث الثاني)، ولا يثير هذا الجمع أي تنافر بل على العكس من ذلك، فمعظم الفقهاء في مؤلفاتهم يتناولون العدل والقسم بين الزوجات في باب المعاشرة بالمعروف فكان بذلك اختلال ضابط العدل إخلال بالتزام المعاشرة بالمعروف، كما أن بعض التشريعات على غرار التشريع المغربي جعلت الإخلال بالشروط الاتفاقية صورة من صور الضرر الموجب للتفريق، فكان الإخلال بالشرط إضرارا أي إخلالا بالتزام المعاشرة بالمعروف.

المبحث الأول

الإخلال بالتزام المعاشرة بالمعروف

يستقر الزواج ويعمر ويثمر بالمعاشرة بالمعروف، والتي تعتبر العماد والأساس الذي يشد عضد الأسرة ككل ويجعلها لبنة صلبة لبناء مجتمع سليم، ولا يخفى على أحد حجم تأثير المناخ الأسري على سلوك أفراد الأسرة، سواء تعلق الأمر بالزوجين أو بالأطفال، فالعشرة الحسنة بين الزوجين من شأنها توفير ذلك الاستقرار والأمن والسكينة والاحتواء، الذي يكون له مفعول السحر على أداءات أفراد الأسرة سواء في العمل أو الدراسة أوغير ذلك.

ولاغنى لأي زوجين عن المعاشرة بالمعروف ذلك أن غيابها يجعل العلاقة الزوجية سامة تسبب البؤس والشقاء لكل أفراد الأسرة وتؤثر عليهم سلبا، والأفضل عدم استمرار زوجية غابت عنها المعاشرة بالمعروف، لأن امساك الزوجة وبالتالي دوام الرابطة الزوجية يكون فقط بالمعروف، فإذا غاب هذا المعروف في المعاشرة وبات لا أمل في استرجاعه كان التسريح بإحسان أجدى وأنفع، ولسنا نبالغ عند القول أن التزام المعاشرة بالمعروف لأهميته نجده يمتد ليختلط بالالتزامات الأخرى المتضمنة في الالتزام بالمساكنة ويتقاطع معها، فنجد له أثرا في مضمون كل منها.

لذلك تعددت صور الوفاء بالتزام المعاشرة بالمعروف كما تعددت صور الإخلال به، وإن كان كذلك فالإخلال به أيضا يتقاطع مع صور للإخلال بالالتزامات الأخرى والتي من المفروض أننا ناقشناها سابقا كمسألة نشوز الزوجة، لذلك وتجنبا للوقوع في التكرار وترديد ما تم التطرف له آنفا، سنقتصر في هذا المبحث الخاص بصور الإخلال بالتزام المعاشرة بالمعروف على مسائل محددة، والضابط المشترك بينها هو الإضرار بالطرف الآخر، وعليه سنتطرق إلى الشقاق باعتباره المؤشر الأكثر شيوعا لغياب المعاشرة بالمعروف في المطلب الأول، إضافة إلى مسألة إضرار الزوجين أحدهما بالآخر وما أكثر صور الإضرار تلك والتي تشمل الزوجين معا، ويمكن أن يأتيها الزوج كما الزوجة في المطلب الثاني، لنبين في الأخير كيف يخل الزوج بالتزام المعاشرة بالمعروف بوصفه المخاطب شرعا بهذا الالتزام في المطلب الثالث.

المطلب الأول

الشقاق بين الزوجين

يأتي الشقاق في اللغة من الشق بمعنى النصف والجهة والمشقة والصدع والخلاف والعداوة والمفارقة، ولا يبتعد المعنى اللغوي عن معنى الشقاق بين الزوجين اصطلاحا، وقد ورد الشقاق بهذا اللفظ في الآية 35 من سورة النساء، قال تعالى:" وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا"، وقد أخذت تشريعات الأحوال الشخصية بالشقاق كسبب موجب للتفريق إذا ما استنفذت وسائل الإصلاح بين الزوجين، وسنبين المقصود بالشقاق في الشريعة الإسلامية (الفرع الأول)، لنبين موقف التشريعات محل المقارنة من الشقاق باعتباره إخلالا بالتزام المعاشرة بالمعروف(الفرع الثاني).

الفرع الأول

الشقاق بين الزوجين في الشريعة الإسلامية

من خلال المعاني اللغوية للشقاق، والتي تفيد أن الشقاق يفترض وجود شيء واحد ابتداء، ثم لسبب معين ينقسم هذا الشيء الواحد ويفترق جزئيه فيصير كل شق في جهة، وهذا تماما ما يحصل بين الزوجين، فبعدما كان كل منهما لصاحبه أقرب من اللباس للجسد وكأنهما كيان واحد، يحصل الشقاق فتتبدل المودة بغضا والرحمة عداوة ويحصل التنافر الذي يحول الحياة الزوجية جحيما لا يطاق.

وأجاب سائر المفسرين لآية الشقاق، أن وجود الشقاق وإن كان معلوما، إلا أننا لا نعلم أن ذلك الشقاق صدر عن هذا أو عن ذاك، فالحاجة للحكمين لمعرفة هذا المعنى، كما أن للشقاق تأويلان، أحدهما أن كل واحد منهما يفعل ما يشق على صاحبه، والثاني أن كل واحد منهما صار في شق بالعداوة والمباينة[1]، فلا الزوج يريد الصفح أو الفرقة ولا المرأة تريد تأدية الحق أو الفدية، وصارا من الفعل والقول إلى مالا يحل لهما ولا يحسن من المشاقة أي الخلاف والعداوة[2].

يقول الأستاذ عبد الكريم زيدان:" إن الشقاق بين الزوجين شيء مقيت وكريه وغير مرغوب فيه شرعا، لأنه يقوض دعائم الأسرة ويزعزع استقرارها ويعرض الحياة الزوجية للخطر والانتهاء، فكيف عالجت الشريعة الإسلامية موضوع الشقاق بين الزوجين، وهل اكتفت بما شرعته في هذه الآية الكريمة من بعث الحكمين لتقصي أسباب الشقاق ومحاولة إصلاح الحال، أم أن الشريعة الإسلامية ذهبت في علاج الشقاق إلى مدى أبعد، وما هو هذا المدى الأبعد؟ والجواب: أن الشريعة الإسلامية عالجت الشقاق قبل وقوعه بمعالجة أسبابه والقضاء عليها، فمن أسبابه تجاوز كل من الزوجين على حقوق الآخر، أو كراهة أحدهما للآخر، أو تشدد المرأة في استيفاء كامل حقوقها من الزوج دون مراعاة ما قد يطرأ على نفسه من تغيرات"[3]، والشريعة الإسلامية في بيانها وتفصيلها لحقوق الزوجين وحثهما على عدم إهمال كل منهما لحقوق صاحبه، وكذا الأمر بالمعاشرة بالمعروف، لأن سوء العشرة هو بمثابة البذور للشقاق، وفي تذكير المرأة بعظيم حقوق زوجها، وعدم استجابة الزوج لمقتضيات الكراهية لأنه إن كره منها خلقا رضي منها آخر، وكل ذلك من شأنه أن يجنب الزوجين الشقاق[4].

---

[1]- محمد الرازي، تفسير الفخر الرازي مفاتيح الغيب، الجزء10، ط.1، دار الفكر، سوريا، د.س.ن، ص.95.

[2] - نور حسن قاروت، موقف الإسلام من نشوز الزوجين أو أحدهما، المرجع السابق، ص.325.

[3] - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء08، المرجع السابق، ص.409.

[4] - نفس المرجع، نفس الصفحة..

ولم تهمل الشريعة الإسلامية كذلك المنهج العلاجي إن حصل الشقاق وكاد يعصف بالأسرة، يقول سيد قطب في تفسير آية الشقاق:" وهكذا لا يدعو المنهج الإسلامي إلى الاستسلام إلى بوادر النشوز والكراهية ولا إلى المسارعة بفصم عقدة النكاح، وتحطيم مؤسسة الأسرة على رؤوس من فيها من الكبار والصغار- اللذين لا ذنبا لهم ولا حيلة- ... إنه يلجأ إلى هذه الوسيلة الأخيرة -عند خوف الشقاق- فيبادر قبل وقوع الشقاق فعلا... ببعث حكم من أهلها ترتضيه، وحكما من أهله يرتضيه، بعيدين عن الانفعالات النفسية، والرواسب الشعورية، والملابسات المعيشية، التي كدرت صفو العلاقات بين الزوجين ...حريصين على سمعة الأسرتين الأصليتين، مشفقين على الأطفال الصغار، بريئين من الرغبة في غلبة أحدهما على الآخر...راغبين في خير الزوجين وأطفالهما ومؤسستهما المهددة بالدمار...وفي الوقت ذاته هما مؤتمنان على أسرار الزوجين، لأنهما من أهلهما، لا خوف من تشهيرهما بهذه الأسرار، إذ لا مصلحة لهما في التشهير بهما، بل مصلحتهما في دفنها ومداراتها! يجتمع الحكمان لمحاولة الإصلاح، فإن كان في نفس الزوجين رغبة حقيقية في الإصلاح، وكان الغضب فقط هو الذي يحجب هذه الرغبة، فإنه بمساعدة الرغبة القوية في نفس الحكمين، يقدر الله الصلاح بينهما والتوفيق."[1].

الفرع الثاني

الشقاق بين الزوجين في القوانين الوضعية

لم تعرف قوانين الأحوال الشخصية محل المقارنة الشقاق، ولكنها أدرجته ضمن الحالات التي تجيز طلب التطليق، فاعتبرته بذلك إخلالا بالتزام المعاشرة بالمعروف المفروض على الزوجين، وقرنت بعض التشريعات الشقاق بالضرر، لأن الشقاق كما سبق ذكره لا يعرف مصدره من الزوج أم من الزوجة، كما أن الضرر وإن وجد طبعا لا يمكن إثباته لذلك يصار إلى التطليق للشقاق والذي يتميز عن الطلاق للضرر باجراءاته، وهذا ما جعل قوانين أخرى تفصل بين حالتي التطليق للضرر والتطليق للشقاق.

لم تتضمن المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري قبل 2005 حالة التطليق للشقاق، واكتفى المشرع الجزائري في المادة 55 من نفس القانون بالنص على الطلاق لنشوز أحد الزوجين، كما نص في المادة 56 من ق.أ.ج على حالة إجراء التحكيم عند اشتداد الخصام بين الزوجين مع عدم ثبوت الضرر، ولم يكن واضحا إن كان قانون الأسرة الجزائري يأخذ بحالة التطليق للشقاق، لأن المادة 53 من ق.أ.ج لم تذكر حالة التطليق للشقاق، ونصت المادة 55 من نفس القانون على النشوز لا على الشقاق، لأنه وإن كان نشوز الزوجين معا هو شقاق

[1] - سيد قطب، في ظلال القرآن، الجزء05، المرجع السابق، ص.656.

إلا أن نشوز أحدهما يبقى نشوزا، كما لم تحسم المادة 56 من ق.أ.ج الأمر وإن كان لم يفلح التحكيم بين الزوجين عند استفحال الشقاق هل يصار إلى الطلاق أم لا!

حسمت المحكمة العليا الأمر، وجاء في أحد قراراتها النص صريحا على الشقاق بين الزوجين:"من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا ولما كان ثابتا - في قضية الحال- أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة، مما نتج عنه إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما، فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب كاف للتفريق القضائي طبقوا صحيح القانون"[1]، ورغم أن القرار أقر بأن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي، إلا أنه لم يتضح إن كانت المحكمة العليا قضت بالتفريق لاستفحال الشقاق أو لتضرر الزوجة الثابت والمتمثل في إصابتها بمرض الأعصاب من وراء الخصام الذي استفحل وطال، وإن كان يصلح هنا في هذه القضية تطبيق المادة 55 من ق.أ.ج التي تقضي بالطلاق عند نشوز أحد الزوجين خصوصا وأن المحكمة في قضية الحال لم تتبين أنه حصل نشوز من جانب الزوجة إلى جانب نشوز الزوج.

وفي قرار آخر قضت المحكمة العليا بأنه:" من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا، ومتى تبين -في قضية الحال- أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمتثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض"[2]، ليتضح من خلال هذا القرار أن المحكمة أخذت في الاعتبار استفحال الخصام بين الزوجين وطول مدته، وافترضت أن ذلك لوحده يعتبر ضررا شرعيا، فلم تشترط إثبات الضرر إلى جانب طول مدة الشقاق.

بعد 2005 ضمن المشرع الجزائري المادة 53 من ق.أ.ج حالة التطليق للشقاق المستمر، ولم يتغير نص المادة 56 من نفس القانون التي كانت تنص على إجراءات التحكيم للتوفيق بين الزوجين عند اشتداد الخصام بين الزوجين وعدم ثبوت الضرر، وقد يبدو لوهلة أن هناك تعارض أو عدم تناسق بين النصين، إلا أن قصد المشرع انصرف إلى اعتبار المادة 56 سابقة في التطبيق على المادة 53 ف.08 من ق.أ.ج رغم أنهما تنظمان أحكام نفس الحالة وهي التطليق للشقاق، فطبقا للمادة 56 من ق.أ.ج وعند اشتداد خصام الزوجين ولم يثبت من السبب في ذلك -لأنه إن كان أحدهما سبب في ذلك طبقنا المادة 55 الخاصة بنشوز أحد

[1] - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ بتاريخ 1996/09/24، ملف رقم 139353، المجلة القضائية 1992، عدد خاص، ص.96.

[2] - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 1999/06/15، ملف رقم 224655، نقلا عن دليلة براف، التطليق للضرر المعتبر شرعا في الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة البحوث والدراسات السياسية، كلية الحقوق جامعة سعد دحلب البليدة، مجلد 1، عدد1، الجزائر،2011، ص.216.

الزوجين- حاول القاضي الصلح بينهما فإن فشل في الصلح وفشل في معرفة من المسيء من الزوجين التجأ القاضي إلى الحكمين، فإن فشلا حاولا معرفة من المتسبب في الضرر، وإلا قام القاضي بالتطليق في حالة استمرار الشقاق والخصام طبقا للفقرة 8 من المادة 53 من ق.أ.ج[1].

وخصص المشرع المغربي الباب الأول من القسم الرابع (التطليق) للتطليق بطلب أحد الزوجين بسب الشقاق والذي احتوى على أربع مواد من المادة 94 إلى غاية المادة 97، وخصص الباب الثاني لأسباب أخرى للتطليق، ونصت المادة 94 من م.أ.م 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 أعلاه"، فالزوجان أو أحدهما طبقا لهذه المادة يلجئان للمحكمة قبل أن يقع الشقاق وذلك بأن حدث نزاع يخاف منه الشقاق، فهل كل نزاع يسمح للزوجين بطلب تدخل المحكمة مهما كان؟ أم أن القاضي هو من يقرر جدية هذا النزاع ويتدخل استنادا لذلك للإصلاح بين الزوجين.

ونصت المادة 97 من نفس المدونة على أنه:"في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق تثبت المحكمة ذلك في محضر وتحكم بالتطليق وبالمستحقات طبقا للمواد 83 و84 و85 أعلاه"، ومن خلال المادتين 94 و97 من م.أ.م يتضح أن المشرع المغربي لم يحدد طبيعة الشقاق المبرر للتطليق وخصائصه، الأمر الذي لا يسهل معه للمحكمة معرفة حدود صلاحيتها في قبول أو رفض التطليق بسبب الشقاق، فالمشرع لم يحدد حالات معينة لنطاق الشقاق الذي أصبح مفهوما واسعا لا يشمل حالة معينة[2]، وإن كان الغالب في الواقع أن الأزواج لا يلجئون إلى المحكمة إلا إذا استفحل الخصام واستحالت العشرة كما يكون غرضهم من لجوئهم للمحكمة هو التفريق وليس الصلح في غالب الأحوال.

ونصت المادة 41 من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أنه:" لكل من الزوجين طلب التفريق عند قيام خلاف بينهما سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده"، ويقصد بالخلاف هنا الشقاق بين الزوجين إلى حد يبلغ معه الضرر الجسيم الذي لا يستطاع معه دوام العشرة، فإذا رفع أحد الزوجين قبل الدخول أو بعده الأمر إلى القضاء للحكم بالتفريق تنظر المحكمة في الموضوع، فإن ثبت لها وجود الخلاف بعد الاستماع والنظر في أوراق الدعوى فإنها تحيل الطرفين إلى البحث الاجتماعي فإن تعذرت المصالحة تعين المحكمة حكمين واحد من أهل الزوج والآخر من أهل الزوجة للقيام بإصلاح ذات بين الزوجين، فإن استمر الخلاف

[1] - العيد براهمي، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بين قانون الأسرة والقانون المدني الفرنسي، المرجع السابق، ص.251.

[2] - محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق، ص.233.

رغم جهود الحكمين وتعذرت المصالحة وامتنع الزوج عن التطليق تقرر المحكمة حكمها بالتفريق بين الزوجين[1].

ورغم أن التشريعات السابقة الجزائري والمغربي والعراقي لم تعرف الشقاق ولم تبين حالاته، إلا أنها فصلت حالة التطليق للضرر عن حالة التطليق للشقاق، وبذلك كل مالم يثبت فيه ضرر ولم يعرف المتسبب في الخلاف كان ذلك شقاقا، وطبقت عليه مسطرة الشقاق على حد تعبير المشرع المغربي.

أما من لم تأخذ من التشريعات بالتطليق للشقاق مستقلا عن التطليق للضرر المشرع المصري، الذي أدرج النص على الشقاق بين الزوجين ضمن نفس النص الذي يتحدث عن التطليق للضرر، حيث نصت المادة 06 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 والتي جاءت تحت عنوان "الشقاق بين الزوجين والتطليق للضرر"، ونصت 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 طلقة بائنة إذا أثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما فإذا رفض الطلب وتكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكمين وقضى على الوجه المبين بالمواد 07،08،09،10،11."، وإن كان الظاهر من النص أن المشرع المصري لم يفرق في المادة 6 أعلاه بين التطليق للضرر والتطليق للشقاق، إلا أنه وبتتبع باقي المواد 9 و10 من نفس القانون يتضح أن هناك فرق بين التطليق للضرر الذي يطلق فيه القاضي إن تبين له الضرر وعجز عن الإصلاح، وبين التطليق للشقاق الذي يعين فيه القاضي بعد محاولة الإصلاح بين الزوجين حكمين من أهل الزوجين أو من غيرهم، فإن عجز الحكمان عن الإصلاح وطبقا للمادة 10 فقرة ت وث وكانت الإساءة مشتركة أو لم يعرف سبب الإساءة اقترح الحكمان التطليق دون بدل أو ببدل يتناسب مع الإساءة.

وبدوره أدرج المشرع السوري تحت نفس الفصل الذي عنونه بـ " التفريق للشقاق بين الزوجين" كل من التفريق للضرر والتفريق للشقاق، وإن كان هو الآخر لم يفرد له نصا خاصا على غرار المشرع المصري، إلا أنه وطبقا للمادة 112 من ق.أ.ش.س والتي نصت على مايلي:

- إذا ادعى أحد الزوجين إضرار الآخر به بما لا يستطاع معه دوام العشرة يجوز له أن يطلب من القاضي التفريق.
- إذا ثبت الإضرار وعجز القاضي عن الإصلاح فرق بينهما ويعتبر هذا التطليق طلقة واحدة بائنة.

[1] - فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، المرجع السابق، ص.ص197-198.

- إذا لم يثبت الضرر يؤجل القاضي المحاكمة مدة لا تقل عن شهر أملا بالمصالحة فإن أصر المدعي على الشكوى ولم يتم الصلح عين القاضي حكمين من أهل الزوجين وإلا ممن يرى القاضي فيه قدرة على الإصلاح بينهما وحلفهما يمينا بأن يقوما بمهمتهما بعدل وأمانة".

ويتضح من خلال هذا النص أن الفقرة 02 منه متعلقة بالتطليق للضرر إذا ثبت الضرر وعجز القاضي عن الإصلاح، والفقرة 03 تتعلق بتعيين الحكمين في حالة عدم ثبوت الضرر واستمرار الخلاف وفشل القاضي في الصلح وهذه هي حالة الشقاق بين الزوجين والذي ينتهي بالتفريق إذا عجز الحكمان عن الإصلاح طبقا للمادة 114 من ق.أ.ش.س.

وطبقا للمادة 126 من ق.أ.ش.أ أعطى المشرع الأردني الحق لأي من الزوجين أن يطلب التفريق للشقاق والنزاع إذا لحقه ضرر حسي، وقد خفف القانون الجديد لسنة 2010 عبء الإثبات على الزوجة في دعواها أخذا بمذهب الإمام مالك، حيث يتعذر عليها في كثير من الأحيان إثبات النزاع والشقاق لأن النزاعات تكون داخلية لا يطلع عليها أحد، وأعطى القانون للقاضي حق التحقق بما يراه مناسبا من وجود النزاع والشقاق دون حاجة لإثبات ذلك بالبينات، كما كان يطلب من الزوجة في قانون 1976، وذلك لرفع الظلم والضرر عنها، وإن كان المدعي هو الزوج فيطلب منه إثبات وجود النزاع والشقاق بطرق الإثبات المعروفة، فإن تحقق ذلك بذلت المحكمة جهدها في الإصلاح بين الزوجين فإن تعذر أجل القاضي النظر في الدعوى مدة لا تقل عن شهر أملا بالصلح، فإن لم يتم وأصر الزوجين على دعواهما أحال القاضي الأمر إلى الحكمين فإن عجزا عن الإصلاح وكانت الإساءة مشتركة من الزوجين قرر الحكمان التفريق بينهما بطلقة واحدة بائنة[1]، و طبقا للمادة 126 من قانون الأحوال الشخصية الأردني يتبين أن المشرع الأردني دمج بين التطليق للشقاق مشروطا بادعاء الضرر المطلوب إثباته من طرف الزوج دون الزوجة، ويكون بذلك الشقاق والنزاع هو ادعاء الضرر الذي يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية وإصرار الطرف الآخر على الإخلال بالواجبات والحقوق الزوجية.

وإن كان المشرع التونسي لم ينص على حالة الشقاق بين الزوجين، إلا أن ذلك لا يمنع من أن تدرج تحت الفصل 31 ف.02 من م.أ.ش.ت والتي نصت على أنه :" يحكم بالطلاق: 2- بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر"، وهذا باعتبار وقوع الشقاق ضررا بحد ذاته، فأجاز المشرع التونسي بذلك للزوجين طلب التطليق، فالشقاق والخلاف والتنافر الذي يصدع العلاقة الزوجية فيغيب معه التوافق والوئام الذي تقتضيه

[1] - محمد أحمد حسن القضاة، الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، الكتاب الثاني، انحلال الزواج وآثاره، المرجع السابق، ص.ص174-175.

المعاشرة بالمعروف، وحصول الشقاق يفترض أن الزوجين هما سبب الشقاق أو على الأقل أن كلاهما يدعي إضرار الآخر به ولم يستطع إثبات هذا الضرر.

المطلب الثاني

إضرار أحد الزوجين بالآخر

وصلنا من خلال عرض مضمون التزام المعاشرة بالمعروف في الباب الأول إلى أن عدم إضرار كل من الزوجين بالآخر هو من صميم المعاشرة بالمعروف، فالزوجان مطالبان بالامتناع عن الإضرار ببعضهما البعض، فإن حصل الإضرار اعتبرا مخلين بالتزام المعاشرة بالمعروف.

والضرر يكون إما ماديا وهو الذي يلحق بالبدن والمال، أو معنويا وهو الذي يلحق الألم بنفس الآخر، وإن كانت كل حالات التطليق والتفريق التي عددها الفقهاء ونصت عليها التشريعات محل المقارنة تقوم على أساس الضرر كحالة التطليق للهجر والغيبة والحبس وعدم الإنفاق، إلا أنها تخرج من هذا المطلب، لأننا نقصد فيه الإضرار الذي يحصل من الزوج كما قد يحصل من الزوجة، وتخرج أيضا حالة الشقاق على أساس أننا تطرقنا لها سابقا ولأن التطليق للشقاق عند أغلب التشريعات لا يشترط فيه إثبات الضرر كما سبق بيانه.

وعليه سنقتصر في هذا المطلب على صور من الإضرار الواقع بين الزوجين، فنتطرق إلى الإيذاء العمدي(الفرع الأول)، واتهام أحد الزوجين الآخر بالخيانة الزوجية(ثانيا)، وإلى الإساءة إلى أهل وأقارب الزوج الآخر وخيانة الأمانة بين الزوجين(الفرع الثالث)، والملاحظ في كل هذه الحالات توفر قصد الإضرار إلى جانب تحقق الضرر، لذلك خرجت من هذا التفريع حالات الإضرار بغير قصد على نحو ما رأيناه كالغيبة والحبس.

الفرع الأول

الإيذاء العمدي

يأخذ الإيذاء العمدي الممارس من أحد الزوجين ضد الآخر سواء كان هذا العنف والإيذاء ماديا أو معنويا وصفا تجريميا تحت ما يسمى بالعنف الزوجي[1]، ذلك أن القوانين

[1] - والعنف الزوجي وطبقا لتعريف منظمة الصحة العالمية هو :" سلوك يصدر في إطار علاقة حميمية، يسبب أضرارا وآلاما جسدية أو نفسية لأطراف تلك العلاقة ويتعلق الأمر بالتصرفات التالية:

أعمال الاعتداء الجسدي كاللكمات والصفعات، والضرب بالأرجل...إلخ

أخذت في الاعتبار الرابطة الزوجية القائمة وجعلتها في جرائم الإيذاء والعنف ماديا كان أو معنويا ظرفا مشددا، على أساس أن الرابطة الزوجية تفترض المودة والرحمة والمعاملة الحسنة، وهذا ما يتنافى مع أي نوع من أنواع العنف والإيذاء، ولأن حماية الأسرة أولوية قبل أي شيء آخر، ذلك أن تماسك الأسرة واستقرارها هو وسيلة لتحقيق غاية أكبر هي استقرار المجتمع وتطوره.

على أن العنف المادي تحت مسمى تأديب الزوجة الناشز قد يثير إشكالا أحيانا باعتبار أن تأديب الزوجة الناشز بالضرب يعتبر حقا للزوج طبقا للشريعة الإسلامية، فكيف يكون استعمال هذا الحق اعتداء في نظر القانون الجنائي؟

وعليه سنتناول في هذا المطلب العنف المادي بين الزوجين(أولا)، والعنف المعنوي واللفظي(ثانيا)، وتأديب الزوجة ضربا بين التجريم والإباحة(ثالثا).

أولا: العنف المادي بين الزوجين

يعد عنفا ماديا الضرب[1] والجرح[2]، ونصت المادة 266 مكرر من قانون العقوبات الجزائري والمستحدثة بموجب تعديل 2015[3] على أنه:" يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات كل من ارتكب ضد زوجه أي شكل من أشكال التعدي أو العنف اللفظي الذي يجعل الضحية في حالة تمس بكرامتها أو تؤثر على سلامتها البدنية أو النفسية"، ومن خلال هذا النص يتضح أن محل هذه الجريمة هو أحد الزوجين، إذ يستوي أن تكون الجريمة مرتكبة

أعمال العنف النفسي كاللجوء إلى الإهانة والحط من قيمة الشريك وإشعاره بالخجل ودفعه إلى الانطواء وفقدان الثقة بالنفس...إلخ.

أعمال العنف الجنسي ويمثل كل أشكال الاتصال الجنسي المفروضة تحت الإكراه وضد رغبة الآخر وكذا مختلف الممارسات الجنسية التي تحدث الضرر.

العنف الذي يشمل مختلف التصرفات السلطوية والجائرة كعزل الزوجة عن محيطها العائلي وأصدقائها والحد من أية إمكانية لحصولها على مساعدة من مصدر خارجي."، وطبقا لهذا التعريف ينقسم العنف إلى عنف جسدي وعنف نفسي أو لفظي وعنف جنسي وعنف اقتصادي.عبد الله زهام، حماية الزوجة من عنف الزوج دراسة على ضوء القانون رقم 15-16 المتضمن تعديل قانون العقوبات الجزائري، مجلة جيل حقوق الإنسان، العام الخامس، العدد 28، لبنان، 2018، ص.182.

[1] - تعريف الضرب:" يراد بالضرب كل تأثير على جسم الإنسان، ولا يشترط أن يحدث جرحا أو يتخلف عنه أثر أو يستوجب علاجا".أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.58.

[2] - نعريف الجرح:" يراد بالجرح كل قطع أو تمزيق في الجسم أو في أنسجته، ويتميز عن الضرب بأنه يترك أثرا في الجسم، ويدخل ضمن الجرح: الرضوض والقطوع والتمزق والعض والكسر والحرق". أحسن بوسقيعة، نفس المرجع، نفس الصفحة.

[3] - القانون رقم 15-19 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156، المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات الجزائري، الجريدة الرسمية عدد17، المؤرخة في 30 ديسمبر 2015.

من الزوجة ضد الزوج أو من الزوج ضد الزوجة[1]، وإن كان الاعتداء على الزوجة هو الشائع، إلا أن ذلك لا يمنع من القول أن حالات اعتداء الزوجة على الزوج بالضرب خاصة في الآونة الأخيرة أخذت في الارتفاع، وبدأت تكسر نوعا ما المتعارف عليه في مجتمعنا[2].

وبدوره المشرع المغربي في المادة 404 من ق.ع.م عاقب على الضرب والجرح والإيذاء أو العنف ضد زوج أو خاطب أو طليق أو امرأة بسبب جنسها أو امرأة حامل، وسنبين أن المشرع المغربي تدخل لزجر كل صور الإيذاء وجرم جميع أنواع الممارسات التي قد ينتج عنها أي نوع من أنواع الآلام كيفما كانت، والواضح أن صيغة هذه المواد جاءت لتشمل المرأة بنفس القدر الذي يشمل الرجل، فالمشرع المغربي هو الآخر يهتم أساسا بالعنف كفعل وبمن يقع عليه وهو الضحية، وبالتالي لم يخصص للإيذاء العمدي المرتكب من الزوج على زوجته أو من الزوجة على زوجها مواد خاصة[3]، بل ساوى بين الزوجين في المعاملة حتى بالنسبة لتقرير الأعذار المخففة في جريمة القتل والجرح والضرب التي يرتكبها الزوج ضد الزوج الآخر وشريكه إذا فاجأهما متلبسين بجرم الزنا طبقا للمادة 418 من ق.ع.م..

واعتبر المشرع التونسي الزوجية ظرفا مشددا في جرائم الضرب والجرح، طبقا للفصل 218 من م.ج.ت، الذي ضاعف عقوبة السجن والغرامة في هذه الجرائم عند توفر ظرف الزوجية.

ولم تخصص التشريعات العقابية لكل من مصر والأردن وسوريا والعراق نصا خاصا بجريمة عنف الزوج ضد الزوجة أو عنف الزوجة ضد الزوج، إلا أن هذا لم يمنع

---

[1] - عبد الله زهام، حماية الزوجة من عنف الزوج دراسة على ضوء القانون رقم 15-16 المتضمن تعديل قانون العقوبات الجزائري، المرجع السابق، ص. 184.

[2] - في مقال ليومية الوطن معنون بـ " 456 حالة اعتداء على الزوج والخلافات المادية والمشكلات النفسية أبرز الأسباب"، أكدت صاحبة المقال هدى عبد الحميد أنه وحسب إحصائيات النيابة العامة بلغت نسبة الاعتداءات على الأزواج 456 حالة لعام 2019 ، وتقول صاحبة المقال :" وعلى الرغم من محدودية الحالات التي تم الكشف عنها، فإن هناك حالات اعتداء الزوجة على زوجها بالسب والضرب في البيوت المغلقة ويخشى الرجل إيصالها للقضاء حفاظا على كرامته كرجل وحرصا على مكانته الاجتماعية وسط زملائه في العمل"، وأشارت المحامية جناحي فوزية قائلة إلى أن :" أغلب حالات الاعتداء يكون سببها الخلافات المادية أو وجود مشكلات نفسية لدى الزوجة المعتدية بسبب اعتقادها المستمر أن الزوج يخونها مع غيرها، بالرغم من عدم وجود دليل على ذلك، ما يؤدي إلى تكرار الاعتداءات وفي الوقت نفسه فإن الزوج لا يتمكن من صد الاعتداء خشية اتهامه بالاعتداء على زوجته"، وأضافت المحامية جناحي قائلة:" وحدث في إحدى الحالات أن الزوج أمسك بذراع زوجته بقوة حتى يمنعها من تكرار صفعها له على وجهه، فاستغلت الزوجة هذا الموقف وقامت بتحرير محضر اعتداء ضد الزوج استنادا إلى وجود آثار قبضته على ذراعها، وفي حالة أخرى قام الزوج بمنع زوجته من محاولة انتحار، ونجم عن ذلك وجود سحجات على ظهرها وذراعيها نتيجة سحبه لها من الخلف ومنعها من إلقاء نفسها من شرفة المنزل، فما كان من الزوجة إلا أنها حررت ضده محضرا بالاعتداء، وتحول المحضر إلى قضية جنائية صدر فيها الحكم بالغرامة، ومن ثم تحصلت الزوجة على حكم تطليق للضرر بناء على هذا الحكم". ينظر هدى عبد الحميد، 456 حالى اعتداء على الزوج والخلافات المادية والمشكلات النفسية أبرز الأسباب، يومية الوطن، متاح على الرابط: alwatannews.net، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2 سبتمبر 2022، على الساعة 10:30.

[3] - فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص.260.

قضاء الأحوال الشخصية المصري من اعتبار ضرب الزوج زوجته عدم أمانة عليها توجب لها الامتناع عن الدخول في طاعته[1]، رغم أن الجزاء المدني لا يعتبر كافيا، إلا أن العنف الممارس من أحد الزوجين ضد الآخر في هذه القوانين لا يمكن أن يأخذ وصفا جنائيا إلا إذا وصل إلى الضرب الذي يترك أثرا أو الجرح الذي يسبب عجزا أو قطع عضو أو إتلافه أو عاهة، وهو قصور وجب تداركه في هذه القوانين.

ومن صور الإيذاء الذي تمارسه الزوجات خاصة ضد الأزواج السحر والشعوذة، هذا الفعل الي يعتبر عنفا ضد الرجل إذا مارسته المرأة مستعينة بمجموعة من الوسائل لسلب إرادة الزوج، بقصد أن تحكم سيطرتها عليه، ومن أجل ذلك تلتجأ إلى المشعوذين، وتقتني مواد سامة تضعها في طعام زوجها ظنا منها أنها ستكسب مودته وحبه، وتنسى أن هذه المواد ستؤثر على حالة زوجها الصحية وقد تسبب له تسممات أو تفقده توازنه النفسي، ومن وقائع صور هذا الفعل حدث وأن أدى فعل السحر إلى إصابة الزوج بقرحة في المعدة نتيجة تناول مجموعة من الأعشاب وضعتها الزوجة في أكله، وحدث أن أدى فعل السحر إلى فقدان الزوج لتوازنه النفسي، وفي ظل عدم وجود نص خاص يجرم هذا الفعل من طرف الزوجة يمكن للقاضي الجزائي أن يكيف فعل السحر هذا على أساس جنحة إعطاء مواد ضارة طبقا للمادة 275 من قانون العقوبات الجزائري، وحتى في تطبيق الظروف المشددة لعقوبة هذا الفعل طبقا لنص المادة 276 من نفس القانون[2].

واعتبر المشرع الفرنسي الزوجية ظرفا مشددا إلى جانب حالات أخرى تضاعف العقوبة في جرائم الضرب والجرح، حيث نصت المادة 222 مكرر 13 ف.06 من ق.ع.ف على أنه:" يعاقب على العنف الذي يؤدي إلى عدم القدرة على العمل لمدة تقل عن ثمانية أيام أو ما يعادله أو لا ينتج عنه أي عجز عن العمل بالسجن لمدة ثلاث سنوات وغرامة مالية قدرها 5000 يورو عند ارتكابها: 6- من قبل زوج أو شريك الضحية أو الشريك المرتبط بالضحية بموجب ميثاق تضامن مدني".

ثانيا: العنف المعنوي بين الزوجين

يسمى أيضا بالعنف النفسي، وهو نمط سلوكي مستمر يتصف بهدم المنشئ للعلاقة الطبيعية مع الزوج، مثل المضايقات الكلامية؛ التهديد؛ الهجمات الكلامية؛ الإذلال؛ الانتقاد المتكرر؛ الاتهامات الجائرة؛ العزلة؛ الإرغام، ويؤثر العنف النفسي على الزوجة فتصاب باضطرابات نفسية، حيث تكون الأسباب المؤدية إلى ذلك متعددة منها استعمال العنف اللفظي

[1] - قرار عن رقم 9 لسنة 60، ق أحوال شخصية، جلسة 1992/12/15. نقلا عن محمد عزمي البكري، دعوى الطاعة وإنذار الطاعة والاعتراض عليه، ط.1، دار محمود، مصر، 2017.

[2] - عبد الباقي بوزيان، الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في التشريع الجزائري، ماجستير في العلوم الجنائية وعلم الإجرام، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2010، ص.103.

الي يتمثل بصور الإهانات والشتم واستعمال عبارات نابية تحط من قيمة الزوجة ومن كرامتها[1].

وطبقا للمادة 266 مكرر 01 من ق.ع.ج فقد انفرد المشرع الجزائري من بين التشريعات العربية المقارنة بالنص على العنف اللفظي والنفسي الذي يجعل الضحية في حالة تمس بكرامتها أو تؤثر على سلامتها البدنية والنفسية على حد تعبير نص المادة 266 مكرر 01 أعلاه، وبذلك يشترط لقيام هذه الجريمة التي تعد جنحة، أن يكون العنف اللفظي متكررا؛ وأن يمس بكرامة المرأة ؛ وسلامتها البدنية والنفسية، كأن يشتمها أو يلعنها أو يصرخ عليها أو يلقبها بأسماء حقيرة أو ينعتها بألفظ بذيئة أو يسخر منها أمام الآخرين، وأن يبدي عدم الاحترام والتقدير لها، أو يعيرها بصفة فيها أو يعيرها بأهلها[2]، كما يتخذ شكل العنف المعنوي التهديد بالطلاق؛ التخويف، إبعاد الأطفال وإيذائهم لإيذاء المرأة نفسيا[3].

ويجب أن يتخذ فعل الاعتداء في العنف اللفظي والنفسي صفة التكرار، أي تكرار السلوك على نحو مستمر، ولا يعتد بالعبارات الصادرة عن الزوج لمرة واحدة لعفوية أو ذلك السلوك الصادر نتيجة انفعال الزوج، فإذا عنف الزوج زوجته مرارا وتكرارا قامت الجريمة[4].

ويتضح أيضا من نص المادة 266 مكرر01 من ق.ع.ج أن العنف اللفظي أو النفسي كما العنف الجسدي قد يكون ضحيته الزوجة كما الزوج، لأن المادة لم تفرق بين الزوجين فجاءت العبارة "كل من ارتكب ضد زوجه" تؤكد المساواة بين الزوجين في الجزاء إذا ما ارتكب أحدهما عنفا جسديا أو لفظيا أو نفسيا ضد الآخر.

وجرم المشرع الفرنسي بدوره العنف النفسي من خلال نص المادة 222-3-2-1 من ق.ع.ف التي تعاقب الزوج الذي يضايق شريكه، من خلال الملاحظات أو السلوك المتكرر الذي يؤدي إلى تدهور ظروفه المعيشية مما ينتج عنه تغيير في صحته الجسدية أو العقلية بعقوبة السجن لمدة 03 سنوات، وضاعف المشرع الفرنسي العقوبة لتصل إلى 10 سنوات عندما يؤدي هذا العنف النفسي إلى انتحار الشريك أو محاولة انتحاره طبقا لنفس المادة أعلاه.

---

[1] - عبد الله زهام، حماية الزوجة من عنف الزوج دراسة على ضوؤ القانون رقم 15-16 المتضمن تعديل قانون العقوبات الجزائري، المرجع السابق، ص. 183.

[2] - لامية لعجال، العنف ضد المرأة في قانون العقوبات الجزائري(نموذج العنف اللفظي)، المجلة الشاملة للحقوق، كلية الحقوق جامعة باجي مختار عنابة، مجلد 1، عدد2، الجزائر، 2021، ص.ص95-96. زوليخة رواجنة، الحماية الجنائية للمرأة من العنف اللفظي والنفسي في ضوء قانون 15-19، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر بسكرة، عدد13، الجزائر، 2016.

[3] - يمينة مكرلوفي، استراتيجيات التعامل لدى الزوجة المعنفة وعلاقتها بالتوافق الزواجي، ماجستير علم النفس الأسري، كلية العلوم الاجتماعية جامعة وهران2، الجزائر، 2015، ص. 17.

[4] - لامية لعجال، العنف ضد المرأة في قانون العقوبات الجزائري(نموذج العنف اللفظي)، المرجع السابق، ص.ص95-96.

ثالثا: تأديب الزوجة ضربا بين التجريم والإباحة

يقتضي تأديب الزوجة الناشز ضربها كآخر حل يلجأ إليه الزوج بعد الوعظ والهجر، وإن لم يكن تأديب الزوجة عامة موضوع النقاش هنا لأنه يعتبر جزاء لإخلال الزوجة بالتزاماتها وليس إخلالا في حد ذاته، فما الذي يجعل الزوج رغم أنه يستعمل حقا له هو تأديب الزوجة الناشز مخلا بالتزام المعاشرة بالمعروف ومتسببا في الإضرار بزوجته؟ باعتبار أن هناك حدا فاصلا بتخطيه يتغير مركز الزوج من مستعمل لحقه إلى مخل بالتزام من التزامات الزواج أو حتى مرتكبا لجريمة معاقب عليها قانونا.

أقرت الشريعة الإسلامية للزوج الحق في تأديب زوجته الناشز- ولنا عودة إلى تفصيل الأساس الشرعي لحق الزوج في تأديب زوجته عند مناقشة التأديب كجزاء للإخلال بالتزام المساكنة- على أن هذا التأديب ونخص منه وسيلة الضرب لمساسها بالسلامة الجسدية للزوجة، يجب أن يتم ضمن إطار معين ووفق شروط محددة، يتعلق الشرط الأول منها بالسبب الذي يبرر تأديب الزوجة ضربا وهو نشوز الزوجة أي عدم طاعة الزوج لزوجها فيما يفرضه عليها الزواج من واجبات - والتي بيناها في الباب الأول من هذه الرسالة-؛ والشرط الثاني يتعلق بوسائل التأديب فلا يقفز الزوج إلى الضرب قبل الهجر وقبل الوعظ، فالزوج لا يختار بين هذه الوسائل ويقدم بعضها على الآخر بل يلتزم بالترتيب الوارد في آية التأديب[1]، وحتى مع استيفاء الشرطين أي شرط النشوز وشرط احترام الترتيب المذكور أعلاه، وجب ألا يكون الضرب مبرحا أي أن يكون الضرب بسيطا لا يكسر عظما ولا يسيل دما ولا يغير لونا[2]، ويجب ألا يكون موضع الضرب الوجه لقوله ﷺ :"...ولا تضرب الوجه ولا تقبح..."[3]، كما نهي عن ضرب المواضع المخوفة كالوجه والرأس والصدر والثديين والقلب والبطن والفرج لما في الضرب هنا من خطر الهلاك[4].

ويضاف إلى ذلك كله شرط حسن النية، بمعنى أن تكون الغاية التي من أجلها يؤدب الزوج زوجته ضربا هي الإصلاح، فكل استعمال للحق مشروط بأن يكون صاحبه يهدف باستعماله إلى غاية مشروعة، فإن استهدف الزوج من وراء ضرب زوجته غرضا غير الإصلاح كأن يريد الانتقام منها مثلا خرج الضرب هنا من حالة الإباحة ولو كان ضربا خفيفا، فإن تجاوز الضرب هذه الحدود ولم يراع كل هذه الشروط يصبح بذلك إساءة للمعاملة توجب للزوجة طلب التطليق[5].

---

[1] - محمود أحمد طه، الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.ص320-322.
[2] - المرجع نفسه، ص.ص326-327.
[3] - أبو داود، سنن أبي داود، الجزء2، المرجع السابق، ص.244، ح.رقم 2142.
[4] - ابن قدامة، المغني، الجزء7، المرجع السابق، ص.318.
[5] - عدي طلفاح محمد الدوري، الرابطة الزوجية في منظور القانون الجنائي، المرجع السابق، ص.ص140-141.

وبذلك يكون ضرب الزوجة تأديبا لها مباح في الشريعة الإسلامية، وفق الشروط التي سبق ذكرها مجمولة لا ينقص منها شرط وإلا اعتبر تعديا من الزوج لا ممارسة للحق.

أما القوانين الوضعية محل المقارنة وعلى رأسها القانون الجزائري، فلم نجد نصا في قانون الأسرة الجزائري يبيح للزوج تأديب زوجته الناشز ضربا، خاصة وأن المشرع الجزائري قد ألغى بموجب تعديل 2005 لقانون الأسرة المادة 39 والتي كانت تنص على حق الزوجة على زوجته في الطاعة، رغم أن هناك من الفقه من يقول بأن هذا الإلغاء للمادة 39 أعلاه غير كاف للقول بأن حق الزوج في الطاعة قد ألغي، لأن المادة 222 من ق.أ.ج والتي تحيل إلى الشريعة الإسلامية في غياب النص تؤكد هذا الحق، وبذلك يكون حق الزوج في التأديب طبقا لما جاءت به أحكام الشريعة الإسلامية مقرر وموجود[1]، كما أن التأديب يعتبر من أسباب الإباحة عند أغلب شراح قانون العقوبات الجزائري[2]، وهو من تطبيقات استعمال الحق وهو ما يفهم من نص المادة 39 من ق.ع.ج التي نصت على أنه :"لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون"، وتلك إحالة إلى المادة 222 من ق.أ.ج التي تحيل بدورها إلى الشريعة الإسلامية، كما أن المادة 269 من ق.ع.ج تستثني من العقاب من يقوم بالإيذاء الخفيف للقاصر دون السادسة عشر في إشارة إلى إباحة تأديب الأبناء[3]، كما أن قواعد الإباحة هي قواعد أصلية استنادا إلى أنها تصدر عن مبادئ قانونية عامة منها مبدأ احترام القانون ومبدأ استعمال الحق، ويترتب على ذلك أنه يجوز القياس عليها متى توافرت العلة في الحكم الذي يطبق عليه الإباحة، وإذا كان القياس جائزا بصددها فيجوز تفسيرها تفسيرا واضحا من باب أولى[4].

كما أن المشرع الجزائري ورغم التعديلات التي مست قانون العقوبات وإضافة المادتين 266 مكرر و266 مكرر01 اللتين تتمحوران حول العنف ضد الزوجة عموما، وبالأخص نص المادة 266 مكرر ف.01 و02 التي يجرم من خلالها ويعاقب على الجرح والضرب إن نشأ عنه أي مرض أو عجز كلي عن العمل يفوق 15 يوم، بما يفيد أن المشرع الجزائري قد أقر الإيذاء الخفيف الذي يمارسه الزوج لتأديب زوجته، لأن الفرق بين الإيذاء الخفيف والضرب موجود، فالإيذاء الخفيف هو المساس بجسم المجنى عليه دون ضغط على أنسجته أو تمزيق لها، أما الضرب فهو صدمة تمارس من طرف الجاني على المجني إما

[1] - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص.317.
[2] - حسين فريجة ، شرح قانون العقوبات الجزائري جرائم الأشخاص وجرائم الأموال، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص.151. عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، الجزء 01، القسم العام (الجريمة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص.126.
[3] - اليزيد عيسات، تأديب الزوجة بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، المجلد 14، العدد02، الجزائر، 2016، ص.314.
[4] - عبد الحليم مشري، ضوابط تأديب الزوجة بين الشريعة والقانون، المنتدى القانوني، العدد06، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2018، ص.41.

بصفة مباشرة مثل الضرب باليد أو بالرجل أو بصفة غير مباشرة مثل استعمال آلة معينة، وذكر المشرع الجزائري أيضا في المادة 266 مكرر من ق.ع.ج الظروف التي لا يستفيد معها الزوج من التخفيف بنصه :" مالم تكن حاملا وليست معاقة وعند غياب الأبناء ودون تهديد بالسلاح"، وكأن المشرع الجنائي يحصر لنا شروط ممارسة حق التأديب[1].

وعلى صعيد آخر يقول الأستاذ أحسن بوسقيعة في مسألة عدم إباحة قانون العقوبات لضرب الزوجات تأديبا :" إن حق تأديب الزوج لزوجته وإن كان مقررا في الشريعة الإسلامية إلا أن مثل هذا الحق لا يمكن التحجج به أمام القاضي الجزائي، إذا ما قدمت زوجته شكوى ضده من أجل الضرب، ذلك أن قانون العقوبات الجزائري قانون وضعي، ومن ثم فلا يؤخذ بما هو مقرر في الشريعة الإسلامية إلا إذا كان متوافقا مع قانون العقوبات مثلما هو الحال بالنسبة لحق تأديب الصغار"[2].

ويبدو واضحا أن ليس هناك أي تعارض مع أحكام تأديب الزوجة في الشريعة الإسلامية والنصوص التي تجرم الضرب عامة وضرب الزوجات خاصة في القانون الجزائري، لأن الضوابط التي قررتها الشريعة الإسلامية لتأديب الزوجة الناشز ضربا كفيلة بأن تنفي عن هذا الفعل وصف التعدي إذا ما التزم بها الزوج في تأديبه لزوجته، أما إن حاد عنها فيعتبر متعديا على زوجته شرعا وحتى طبقا لقانون العقوبات، فالشريعة الإسلامية بتقريرها لحق التأديب كان الغرض منه الإضرار المعنوي لذلك سبقت الهجر في المضجع- والذي من شأنه أن يجعل الزوجة تلين وتعيد النظر في سلوكها- على الضرب بضوابطه طبعا، ثم إ[3]ن الزوجة إن لم ينفع معها الوعظ والهجر في المضجع فهي بذلك أشبه بالطفل الصغير في عناده وتعنته فوجب تأديبها لأن الرجل راع عليها وعلى أسرته حتى تعود لجادة الصواب، والزوج الصالح حتى وهو يؤدب زوجته ضربا لا ينسى أنها أم عياله وسكنه ومؤنسته فلا تغيب المودة والرحمة حتى في هذه الأحوال.

ولم ينص كل من المشرعين المغربي والتونسي على حق الزوج في تأديب زوجته صراحة كسبب للإباحة مما يجعل نفس النقاش يثور كما حدث مع المشرع الجزائري.

وما عدا المشرع العراقي لم تنص أي من التشريعات محل المقارنة صراحة على حق تأديب الزوج لزوجته، حيث جاء في المادة 41 من ق.ع.ع مايلي:" لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالا لحق مقرر بمقتضى القانون ويعتبر استعمالا للحق:1- تأديب الزوج لزوجته...."، وبما أن أحكام هذا التأديب مفصلة في الشريعة الإسلامية فيكون التأديب وفقا لها وفي إطارها.

[1] - اليزيد عيسات، تأديب الزوجة بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، المرجع السابق، ص.ص315-316.
[2] - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجزء الأول، دار هومة للنشر، الجزائر، 2003، ص.116.

أما قانون العقوبات المصري وإن لم ينص صراحة على حق الزوج في تأديب زوجته إلا أنه وطبقا للمادة 60 منه والتي جاء فيها:" لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة"، كما نصت المادة 7 من ق.ع.م على أنه:" لا تخل أحكام هذا القانون في أي حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة في الشريعة الغراء"، ونظرا لأن حق التأديب مقرر للزوج طبقا للشريعة الإسلامية فإن الزوج المؤدب لزوجته يعتبر مستعملا لحقه ولا يعاقب على فعله ذاك[1].

ومن بين التشريعات التي سكتت عن إجازة تأديب الزوجة التشريعين السوري والأردني، إلا أن الفقه والقضاء في هذه القوانين جعلا حق التأديب من صور الأفعال التي يجيزها القانون، تارة على أساس القياس على حق تأديب الأولاد وتارة أخرى على أساس الشريعة الإسلامية أو العرف العام، وهي تقر بحق الزوج في تأديب زوجته[2].

الفرع الثاني

اتهام أحد الزوجين الآخر بالخيانة الزوجية

جرمت الشريعة الإسلامية إيذاء الآخرين بأي وسيلة من وسائل الإيذاء القولي أوالفعلي، وبينت الوسائل التي تمنع الوصول إلى ذلك بالحث على حسن المعاشرة والتحلي بالأخلاق الحميدة وعدم إشاعة الفاحشة، وإذا كان مقصدها هذا عام يشمل جميع البشر فهو أكد في العلاقة بين الزوجين لتوثيقها والابتعاد بها عن مزالق الخلل[3]، فإذا كانت العلاقة الزوجية أساسها المعاشرة بالمعروف، فالثقة بين الزوجين هي الستار الواقي الذي يلفها ليجعلها تصمد أمام الظروف التي قد تعصف بهذا الزواج.

فإذا تسرب الشك إلى الحياة الزوجية واتهم أحد الزوجين الآخر بالخيانة اعتبر هذا قذفا طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية (أولا)، فإن لم يكن لهذا الزوج شهداء غير نفسه يقام عليه الحد طبقا للشريعة الإسلامية وإلا يصير إلى الملاعنة(ثانيا)، وسنحاول بيان أحكام هذه المسائل مقارنة بين ما قررته الشريعة الإسلامية وبين ما جاءت به القوانين الوضعية.

أولا: قذف أحد الزوجين للآخر

يفرض التزام المعاشرة بالمعروف على الزوجين عدم الإضرار بالآخر حتى بالقول.

---

[1] - محمود أحمد طه، الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.318.

[2] - اليزيد عيسات، تأديب الزوجة بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، المرجع السابق، ص.311. نوال ضيف، تأديب الزوجة حق مشروع أم انتهاك محظور، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد04، عدد 02، جامعة عمار ثليجي الأغواط، الجزائر، 2020، ص.ص53-70، ص.64.

[3] - فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص.263.

وأي قول يسبب ضررا لا يجبره تعويض أكثر من اتهام أحد الزوجين الآخر بالخيانة، فيما تسميه الشريعة الإسلامية قذفا.

وعرف الحنفية والحنابلة القذف على أنه الرمي بالزنا، وزاد بعض الحنابلة "الرمي بزنى أو لواط أو شهادة به عليه ولم تكمل البينة وهو كبيرة"؛ وعرفه الشافعية بأنه:" القذف هو الرمي بالزنى في معرض التعبير لا الشهادة وهو لرجل أو لامرأة"؛ وعرفه المالكية بأنه:" رمي مكلف حرا مسلما بنفي نسب عن أب أو جد أو بزنا"[1].

وبذلك يكون المراد بالقذف في الفقه الإسلامي الرمي بالزنا أو اللواط كنحو قولك لغيرك يازان أو يا لوطي أو يازانية، أو النفي عن النسب كنحو قولك لغيرك: لست لأبيك أو لست ابنا شرعيا[2].

وقذف المحصن والمحصنة حرام، وهو من الكبائر، والأصل في تحريمه الكتاب والسنة، ومن الكتاب قوله تعالى:" وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا ۚ وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ "[3]، وقوله عز وجل:" إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعِنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ"[4]، ومن السنة النبوية الشريفة قول رسول الله ﷺ:" واجتنبوا السبع الموبقات، قالوا: يارسول الله، وماهن؟ قال: الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات"[5].

والقذف طبقا لألفاظه يكون صريح أو غير صريح، والصريح هو ما لا يحتمل غير القذف كأن يقول له: يا زاني، أو قد زنيت أو ينطقه باللفظ الحقيقي في الجماع، أما غير الصحيح فهو ما احتمل أكثر من معنى وهو ما احتمل القذف وغيره[6]، ويكون كناية، وإلا فتعريض، واتفق الفقهاء على أن القذف بصريح الزنا يوجب الحد بشروطه، وأما الكناية والتعريض فاختلف الفقهاء في تفصيلها وأن كانت توجب حد القذف[7].

---

[1]- ابن نجيم، البحر الرائق، الجزء5، المرجع السابق، ص.31. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء4، المرجع السابق، ص.288. الخطيب الشربيني، معني المحتاج، الجزء 5، المرجع السابق، ص.460. البهوتي، كشاف القناع، الجزء4، المرجع السابق، ص.104.

[2] - محمد جبر السيد عبد الله جميل، عقوبة جريمة القذف في قانون العقوبات المصري والجزائري، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، مجلة الأبحاث القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد01، 2022، ص.ص 01-19، ص.5.

[3] - سورة النور، الآية 4.

[4] - سورة النور، الآية 23.

[5] - البخاري، صحيح البخاري، الجزء8، المرجع السابق، ص.175، ح.رقم 6857.

[6] - شرف بن علي الشريف، صيانة الإسلام للعرض والنسب، المرجع السابق، ص.298.

[7] - ينظر في تفصيل ذلك الموسوعة الفقهية، الجزء33، المرجع السابق، ص.ص6-11.

فيكون اتهام أحد الزوجين للآخر بالزنا طبقا للشريعة الإسلامية قذفا موجبا للحد، أما إذا اتهم أحدهما الآخر دون ذلك - دون الزنا- كأن تتهم الزوجة زوجها بأنه يحب امرأة أخرى ويتصل بها هاتفيا أو يلتقي بها، ففعل الزوج هذا وإن يكن لم يأخذ وصف الزنا إلا أنه يأخذ وصف الخيانة الزوجية كما سبق بيانه، وعليه لا يمكن تكييف اتهام الزوجة على أنه قذف موجب للحد وإنما يعتبر إضرارا من طرفها بالزوج وإخلالا بالتزام المعاشرة.

أما القذف في الاصطلاح القانوني فهو"إسناد واقعة معينة إلى شخص معين تستوجب لو صحت عقاب هذا الشخص المعين، واحتقاره لدى أهل وطنه"، ووفقا لهذا التعريف يعد قاذفا كل من يخدش شرف آخر أو يخل باعتباره بشرط أن يسند إليه واقعة معينة تخدش شرفه أو تخل باعتباره أما إذا خدش شرفه أو أخل باعتباره دون أن يسند إليه واقعة معينة فإنه يعد سابا لا قاذفا[1].

ومن خلال ملاحظة التعريف القانوني للقذف يتضح اختلافه عن التعريف الشرعي الذي ينصب على الرمي بالزنا أو اللواط أو نفي النسب، في حين يتضمن التعريف القانوني للقذف كل مامن شأنه أن يخدش شرف الشخص أو يخل باعتباره، سواء كان اتهاما بالزنا أو اتهاما بغيره مما يشوه السمعة وينتقص من مكانة الفرد[2].

واعتبرت التشريعات الوضعية محل المقارنة القذف طبقا للمفهوم القانوني جريمة، فنص المشرع الجزائري على جريمة القذف في المادة 296 من ق.ع.ج واعتبر القذف كل ادعاء بواقعة من شأنها المساس بشرف أو اعتبار الأشخاص أو الهيئات أو إسنادها إليهم؛ كما نص المشرع التونسي في الفصل 245 من م.ج.ت على أن القذف يحصل بكل ادعاء أو نسبة أمر لدى العموم فيه هتك شرف أو اعتبار شخص أو هيئة رسمية؛ كما يعد قذفا طبقا للقانون المغربي ولنص المادة 442 من ق.ج.م ادعاء واقعة أو نسبتها إلى شخص أو هيئة، إذا كانت هذه الواقعة تمس شرف أو اعتبار الهيئة التي تنسب إليها؛ ويعد قاذفا طبقا للمادة 302 من قانون العقوبات المصري كل من أسند لغيره علانية أي كانت الوسيلة أمورا لو كانت صادقة لأوجبت عقاب من أسندت إليه بالعقوبات المقررة في هذا القانون أو لأوجبت احتقاره عن أهل وطنه؛ وعرف المشرع العراقي القذف في المادة 433 من ق.ع.ع بنفس تعريف المشرع المصري؛ أما المشرعين الأردني والسوري فسميا القذف ذما وذهبا إلى

[1] - محمد جبر السيد جميل، عقوبة جريمة القذف في قانون العقوبات المصري والجزائري، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص.5. نعيمة مراح، جريمة القذف بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة 8 ماي 1945 قالمة،مجلد 10، عدد16، الجزائر، 2016، ص.201. عبد الله الحاج أحمد، تحريك دعوى القذف في الفقه المالكي، دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، مجلد12،عدد 2، الجزائر، 2015، ص.135.

[2] - محمد جبر السيد جميل، عقوبة جريمة القذف في قانون العقوبات المصري والجزائري، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص.ص5-6.

نفس التعريف تقريبا طبقا للمادتين 188 من ق.ع.أ والمادة 375 من ق.ع.س على التوالي، وهو اسناد مادة أو أمر معين إلى شخص ولو في معرض الشك والاستفهام من شأنها أن تنال من شرفه وكرامته أو تعرضه لبغض الناس واحتقارهم سواء كانت تلك المادة جريمة تستلزم العقاب أم لا.

وطبقا للتعريفات التشريعية للقذف يجب لاعتبار اتهام أحد الزوجين للآخر بالخيانة قذفا أن يسند أحدهما للآخر واقعة يتهمه فيها بالخيانة الزوجية، إذ لا يكفي قول أحدهما للآخر أنت خائن أو أنت غير مخلص، كما يجب أن بتوفر شرط العلانية أي سماع أكثر من شخص لهذا الاتهام، وقد اعتبر القضاء الجزائري أن الإدعاء بأن الزوجة لم تكن عذراء عند الدخول بها، في حين أثبتت الخبرة الطبية التي أمر بها وكيل الجمهورية بعد الواقعة أنها مازالت عذراء (غشاء بكارة مطاطي سليم) قضى بأن مثل هذا الادعاء فيه مساس بالاعتبار والشرف (قذف)[1]، كما اعتبرت محكمة التمييز العراقية في قرار لها جاء فيه الآتي:" إن اتهام الزوج لزوجته (بقوله عندك عشيق) اتهام خطير يتعلق بشرفها وله عواقب وخيمة وهذا ضرر كبير يلحق بالزوجة مما ينطبق وأحكام المادة 40 من قانون الأحوال الشخصية"[2]

وعليه فإن اتهام أحد الزوجين للآخر بالخيانة الزوجية ولو لم يأخذ وصف الزنا أو اللواط يكون قذفا في القانون رغم أنه ليس كذلك في الشريعة الإسلامية، كما أن اتهام أحد الزوجين للآخر بالخيانة الزوجية سواء أخذ وصف القذف في القانون أم لم يأخذ يبقى دائما إخلالا بالتزام المعاشرة بالمعروف، التي تفرض على الزوجين عدم إضرار أحدهما بالآخر أي كان هذا الضرر ماديا أو معنويا.

ثانيا: اللعان بين الزوجين

عرف الأستاذ عبد الكريم زيدان اللعان بأنه:" حلف ألفاظ مخصوصة من قبل الزوج على زنى زوجته أو نفي ولد منها، وحلفها على تكذيبه فيما قذفها به"[3]، فاللعان في الشريعة الإسلامية يكون باتهام الزوج زوجته بالزنى وعجزه عن إثبات ذلك، فإذا ارتكبت الزوجة جريمة الزنى وعجز الزوج عن إثبات ذلك وشكا أمرها إلى القاضي ووقع التفريق بينهما

[1] - الغرفة الجنائية، مجلس قضائي 3، قرار صادر بتاريخ 16-07-1995، ملف رقم 107891، غير منشور، نقلا عن أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول، ط. 18، المرجع السابق، ص.220.

[2] - قرار رقم 567 في 1966/6/18 ينظر قضاء محكمة تمييز العراق بالقرارات الصادية سنة 1966، المجلد الرابع، ص.192. نقلا عن فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، المرجع السابق، ص.195.

[3] - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء8، المرجع السابق، ص.321.

بإجراءات وأيمان كان هو اللعان في الشريعة الإسلامية[1]، أما إن اتهمت الزوجة زوجها بالزنى ولم يكن لها شهود حدت للقذف ولم تلاعن[2].

فاللعان هو طريق لفك رابطة الزوجية ونفي نسب الولد، والأصل أن اللعان الشرعي الواجب والجائز هو الذي يتيقن فيه الزوج من زنى زوجته بأن رآها تزني أو يثبت عنده زناها، أما إذا توصل إليه الزوج بقذف زوجته بناء على شكوك وظنون لا تصلح دليلا شرعيا ولا قرينة معتبرة على ما يقذفها به من الزنى فهذا اللعان محرم، وهو المقصود هنا والذي يعتبر من أوجه الإضرار التي يتسبب بها الزوج لزوجته باتهامه لها بالزنى، أما الزوج الذي يلاعن زوجته وهو متيقن من زناها فلا يعتبر مخلا بالتزام المعاشرة بالمعروف بل يكون اللعان في هذه الحالة جزاء لإخلال الزوجة بالتزام الإخلاص.

ولم ينص المشرع الجزائري على غرار التشريعات العربية محل المقارنة على اللعان باعتباره من فرق النكاح، وبناء على أحكام المادة 222 من ق.أ.ج التي تحيل إلى الشريعة الإسلامية فإن القانون ترك الأمر إلى القاضي، وربما يكون عدم نصه على اللعان كسبب للفرقة هو أن القانون لا يطبق حد القذف وحد الزنى[3]، واكتفى المشرع الجزائري بالنص وبطريقة غير صريحة على اللعان كطريق شرعي لنفي النسب في المادة 41 من ق.أ.ج، أما على مستوى القضاء الجزائري فهناك ندرة في قضايا اللعان سواء ما تعلق منها بتهمة الزنى أو بنفي النسب[4].

ويبقى اتهام أحد الزوجين للآخر بالخيانة الزوجين كإخلال بالتزام المعاشرة بالمعروف واسعا ويستوعب حتى الحالات التي لا تكون فيها الخيانة زنى بالمعنى الكامل بل أقل من ذلك، ورغم عدم إمكانية تطبيق حد القذف وندرة تطبيق اللعان لتهمة الزنى يبقى تمسك الزوج المتهم بالخيانة الزوجية بالضرر المعنوي الذي لحقه جراء هذا الاتهام هو الوسيلة الوحيدة المتاحة أمامه، ويعتبر طبقا لذلك الطرف الآخر مخلا بالتزام المعاشرة بالمعروف المفروض على الزوجين.

---

[1] - فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الاخلال بها، المرجع السابق، ص.264.

[2] - أبو الحسن على بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي (الماوردي)، الأحكام السلطانية، دار الحديث، مصر، د.س.ن، ص.136.

[3] - مبروك المصري، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية دراسة فقهية مقارنة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص.371.

[4] - عز الدين كيحل، اللعان بين الزوجين في الفقه الإسلامي ومدى تطبيقه في القضاء الجزائري، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر بسكرة، مجلد3، عدد1، الجزائر، 2008، ص.128.

الفرع الثالث

الإساءة إلى أهل وأقارب الزوج الآخر وخيانة الأمانة بين الزوجين

تعتبر إساءة كل من الزوجين إلى والدي الآخر إخلالا بالتزام المعاشرة بالمعروف باعتبار التزام كل منهما بمعاملة والدي الآخر هو من صميمها(أولا)، بالإضافة إلى أن خيانة الأمانة بين الزوجين بحكم تقاربهما وتشاركهما في كل شيء يعتبر هو الآخر من صور الإضرار التي يتسبب فيها الزوج أو الزوجة للآخر على حد سواء(ثانيا).

أولا: إساءة أحد الزوجين لأهل وأقارب الآخر

إن عقد الزواج لايربط فقط بين شخصين إنما هو ترابط بين عائلتين مصاهرة ونسبا، ولأن طاعة الوالدين والبر بهما واجب على كل شخص وكذا الإحسان إلى الأهل والأقارب، فإن هذا الواجب يمتد بعقد الزواج نحو والدي الزوج الآخر وأهله، لأنه من جميل العشرة أن يعامل الزوج أهل زوجته وأقاربها وتعامل الزوجة أهل زوجها وأقاربه بالحسنى[1].

وقد نص المشرع الجزائري والمغربي - دون القوانين الأخرى محل المقارنة- في المواد 36 من ق.أ.ج والمادة 51 من م.أ.م على التوالي على تبادلية واجب المحافظة على روابط القرابة وحسن معاملة الوالدين والأقارب، وبذلك تعتبر الإساءة بالقول أو بالفعل إلى أقارب الزوج الآخر إخلالا بالواجبات الزوجية المفروضة على الزوجين في إطار المعاشرة بالمعروف، وتعتبر إساءة أحد الزوجين لأهل وأقارب الآخر إضرارا به حتى لو كانت معاملة كل من الزوجين لبعضهما بالمعروف، بل إنه لا يكتمل هذا المعروف إلا باحترام الزوج لأهل زوجته وإحسان الزوجة لأهل زوجها، بل ولن تستقيم الحياة الزوجية ولن تسعد إلا بذلك.

كما أن حق الزوجة في مسكن مستقل لا يتعارض مع واجبها في الإحسان لأهل زوجها، فتعد إساءة من الزوجة لأهل زوجها عدم استضافتها لهم، أو استضافتها لهم على مضض وتقصير في الضيافة، ويعتبر إساءة أيضا عدم سماحها لوالدي زوجها أو أحدهما بالسكنى معها إن كان قد اشترط عليها الزوج ذلك ابتداء، ولم يكن لهما معيل أوراع غيره وكانا لا يقدران على إعالة نفسيهما ولم يؤذيانها؛ ومن قبيل إساءة الزوج لأهل زوجته أن لا يستقبل والدي زوجته وأهلها إن حضروا لزيارة ابنتهم، وألا يكرمهم مع قدرته على ذلك، أو أن يقلل من احترامهم بكلام أو تصرف غير لائق، ويعتبر إساءة أيضا منه ألا يلبي دعوتهم في مناسباتهم، أو ألا يزورهم في الأعياد والمناسبات وكان يستطيع ذلك.

[1] - ينظر ص. 177 من هذه الرسالة.

والضرر الناتج عن إساءة أحد الزوجين لوالدي الآخر هو ضرر معنوي يصيب الزوج أو الزوجة بحسب الحال، ويجعل العلاقة مع الوقت تفتر مهما كان التعلق بالشريك كبيرا، كما تجعله يعيد النظر في اختياره لهذا الشريك، لأن الشخص رجلا كان أو امرأة لا غنى له عن عائلته ووالديه مهما كان لديه من أطفال ومهما كان حبه لزوجه كبيرا.

ثانيا : خيانة الأمانة بين الزوجين

إن مناقشة مسألة خيانة الأمانة من طرف الزوجين قد يبدو أمرا غير مستساغ، خصوصا مع ما يفرضه عقد الزواج من تشارك وتقارب وتلاحم بين الزوجين، إلا أن شريعتنا الإسلامية قبل القوانين الوضعية حكمت فعدلت وجعلت للمرأة ذمة مالية مستقلة عن ذمة زوجها، فلا يجوز له أن يمد يده إلى أموالها إلا برضاها، وجعلت نفقتها عليه مهما كانت غنية إن كان قادرا على نفقتها وحسب استطاعته، وإن كان معسرا تنفق عليه هي من مالها، وبذلك لا يكون هناك مجال أمام الزوج بأن يستولي على أموال زوجته بحجة أنه زوجها ولا فرق بينهما.

وخيانة الأمانة بين الزوجين تكون بأن يستولي الزوج على مال زوجته دون رضاها أو أن يبدده دون رضاها، ومن طرف الزوجة تكون بأن تسرف في الإنفاق من مال زوجها.

وأقرت القوانين الوضعية محل المقارنة هي الأخرى انفصال الذمة المالية للزوجين كأصل عام على نحو ما رأينه سابقا[1]، ومن وجوب نفقة الزوجة على زوجها[2]، كما جرمت فعل السرقة بين الأزواج رغم أنها قيدت تحريك الدعوى العمومية في السرقة بين الآزواج بشكوى الزوج المجني عليه، على غرار المشرع العراقي في المادة 463 من ق.ع.ع والقانون المصري في المادة 312 مكرر1 من ق.ع.م؛ في حين اكتفى المشرعين الجزائري والمغربي والأردني بإلزام السارق زوجا كان أو زوجة فقط بالتعويض المدني مع إعفائه من العقاب طبقا للمادة 425 ف.1 من ق.ع.ج والمادة 534 من م.ج.م والمادة 425 ف.1 من ق.ع.أ على التوالي؛ كما خفض المشرع السوري في المادة 660 من ق.ع.س عقوبة السرقة إلى الثلثان منها إذا كان المجني عليه زوج أو زوجة الجاني.

كما أن الشريعة الإسلامية وإن أجازت للزوجة أن تأخذ من مال زوجها إن كان بخيلا لا ينفق عليها، إلا أن الحديث الشريف اشترط أن يكون هذا الأخذ من مال الزوج بما يكفي المرأة وعيالها دون زيادة، فعندما جاءت هند إلى رسول الله ﷺ تسأله : يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهولا يعلم، فقال

[1] - ينظر ص.271 من هذه الرسالة.
[2] - ينظر ص. 187 من هذه الرسالة.

رسول الله ﷺ :" خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"[1]، فما تأخذه الزوجة في هذه الحالة من مال زوجها هو النفقة المفروضة عليه شرعا وقانونا، فإن كان ينفق عليها وعلى أولادها ويكفيهم حرم عليها ما تأخذه فوق ذلك من ماله واعتبر سرقة.

وقد سار القضاء على اعتبار خيانة الزوجة للأمانة وسرقة أموال زوجها إخلالا بالالتزامات المتبادلة التي يفرضها الزواج، من حسن المعاشرة بالمعروف والمعاملة الحسنة والأمانة بين الزوجين، حيث جاء في قرار لمحكمة التعقيب التونسية قضت فيه بالآتي:" إذا تبين من أسانيد القرار المنتقد أنه أسس قضاءه على الحكم الجنائي القاضي بإدانة الزوجة من أجل استيلائها على مبلغ مالي على ملك الزوج، إضافة إلى إقرارها القضائي بذلك لدى القاضي الصلحي، فإن الإخلال بواجب الوفاء والأمانة من طرف الزوجة واعتمادها الاستيلاء على ماله ومصوغه من شأنه أن يجعلها مخطئة وخارقة لأحكام الفصل 23 من م.أ.ش المتضمن الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين مما ألحق ضررا بالزوج وجعله محقا في طلب الطلاق بناء على ذلك"[2]

كما تعتبر جريمة تبديد منقولات الزوجية إحدى صور السلوك الإجرامي لجريمة خيانة الأمانة ، وموضوعها يكون منقولات الزوجية حيث تقوم هذه الجريمة على ثلاثة أركان، ركن مفترض وهو تسليم مال منقول مملوك للزوجة بناء على قائمة تسمى قائمة المنقولات الزوجية في القانون المصري، يكون موقعا عليها من طرف الزوج ومذيلة بإقراره بتسلم هذه المنقولات على سبيل الأمانة، وقد لا تحرر هذه القائمة لوجود مانع أدبي لدى الزوجة في هذه الحالة تثبت بشهادة الشهود، كما يتم التسليم بناء على عقد من عقود الأمانة(العارية؛ الوديعة؛ الرهن؛ الإجارة؛ والوكالة)، وركن مادي هو القيام بتبديد هذه المنقولات، والتبديد هو إخراج الشيء من حيازة المتهم (الزوج أو الزوجة) سواء بتصرف قانوني كالبيع أو الرهن أو بعمل مادي بإتلاف الشيء أو التقليل من منفعته، وركن معنوي يتمثل في القصد الجنائي حيث يحيط الجاني (الزوج أو الزوجة) علما وقت ارتكاب الجريمة بكل عناصر الجريمة وانصراف إرادته إليها، بالإضافة إلى القصد الجنائي الخاص المتمثل في نية تملك الشيء[3].

---

[1] - البخاري، صحيح البخاري، الجزء5، المرجع السابق، ص.40، ح. رقم 3825. المرجع نفسه، الجزء 9، ص.68، ح.رقم 7160.

[2] - قرار تعقيبي مدني، عدد25636 بتاريخ 23 أكتوبر 1990- ن 1990، ق. م ص.30. نقلا عن محمد الحبيب الشريف، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المرجع السابق، ص.ص 109-110.

[3] - رباب عنتر، جريمة تبديد منقولات الزوجية بين الشريعة والقانون الوضعي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، عدد39، مصر، 2006، ص.ص 106-256، ص.ص 113، 124، 125، 142، 192، 212.

وعليه تكون السرقة أو خيانة الأمانة بين الزوجين جريمة يعاقب عليها القانون الجنائي، رغم أن بعض القوانين كما رأينا تلزم فقط بالتعويض المدني وتقيد أخرى تحريك الدعوى العمومية بطلب من المجني عليه كما رأينا أعلاه، إلا أنه وطبقا لقوانين الأسرة يعتبر هذا الفعل إضرارا ماديا يمس بالمصلحة المالية للزوج الآخر، كما يعتبر بذلك إخلالا بالتزام المعاشرة بالمعروف التي تقتضي أن يكون الزوج أمينا على مال زوجته وأن تكون الزوجة حريصة على مال زوجها غير مبذرة له ولا مستولية عليه.

المطلب الثالث

صور أخرى لإخلال الزوج بالتزام المعاشرة بالمعروف

الأكيد أن المطالب الأولى من هذا المبحث لم تخل من صور لإخلال الزوج بالتزام المعاشرة بالمعروف، إلا أننا جمعناها مع صور لإخلال الزوجة بنفس الالتزام كونها صورا مشتركة بين الزوجين قد تصدر منهما معا، لذلك خصصنا في هذا المطلب صورا لإخلال الزوج بالتزام المعاشرة بالمعروف كونه المخاطب شرعا بهذا الالتزام كما ذكرناه مرارا، والأكيد أيضا أن هذه الصور ليست على سبيل الحصر وإن حاولنا التطرق لأكثرها واقعية واتصالا بالمجتمع، وبذلك فقد توجد صور أخرى لم يشملها بحثنا هذا.

ومن الواجبات المترتبة على الزوج بموجب عقد الزواج والمتفق عليها شرعا وقانونا هو واجب الإنفاق، فيكون بذلك التماطل أو عدم الإنفاق إخلالا بالتزام المعاشرة بالمعروف(الفرع الأول)، وبالإضافة إلى أمن الزوجة على قوتها بنفقة زوجها، من حقها أيضا أن تأمن على نفسها ودينها لذلك يعتبر تعاطي الزوج للمخدرات والخمر إخلالا بالتزام حسن المعاشرة، والذي قد يغيب معها عقل الزوج إلى حد يصل معه الأمر إلى إرغام زوجته على ارتكاب المحرمات فيما يعرف بإفساد الزوجة(الفرع الثاني).

الفرع الأول

عدم الإنفاق

إذا كانت قوانين الأسرة وقبلها الشريعة الإسلامية قد قرروا إلزام الزوج بالنفقة على زوجته وأولاده، فإن التخلي على القيام بواجب الإنفاق المطلوب يعتبر نوعا من التخلي عن الالتزامات الزوجية التي تستوجب الإثم والعقاب في الدنيا والآخرة ويشكل أيضا بدوره نوعا من الاعتداء على نظام الأسرة[1]، وسنبين من خلال هذا الفرع عدم الإنفاق كإخلال بالتزام

[1] - عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2013، ص.38.

المعاشرة بالمعروف في الشريعة الإسلامية(أولا)، لنتبعه برأي التشريعات محل المقارنة في إخلال الزوج بواجب النفقة(ثانيا).

أولا: موقف الشريعة الإسلامية من عدم الإنفاق

يبين فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة عدم إنفاق الزوج عدة أحوال، فقد يكون الزوج حاضرا أو غائبا وهذا تنطبق عليه أحكام الغيبة[1]، أما الزوج الحاضر فإما لم ينفق لأنه معسر عاجز عن الإنفاق وإما لأنه قادر على الإنفاق ولكنه متعنت.

بالنسبة للأحناف[2] فإنهم يقولون بعدم التفريق بين الزوجة وزوجها الذي لا ينفق عليها حتى لو أعلنت عدم رضاها به، وطلبت من القاضي الخلاص من زوجية صارت عبئا، وليس في مذهب الحنفية ما يجيز تطليق الزوجة من زوجها لعجزه عن نفقتها أو لامتناعه عنها حتى لو كان لديه مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه[3]، وجاء في الفتاوى الهندية:" ولا يفرق بعجزه عن النفقة وتؤمر بالاستدانة عليه"[4]، وللحنفية في قولهم ذاك أدلة لا يسعنا المقام لذكرها، كما أنهم لا يفرقون بين الزوج الحاضر والزوج الغائب في هذا الحكم.

وقال المالكية[5] بالنسبة للزوج المعسر العاجز عن النفقة إذا ثبت العجز بإقرار الزوج أو بالبينة الشرعية، وطلبت الزوجة التفريق أمهل القاضي الزوج مدة مناسبة يقدرها وحده، فإن عاد الزوج وأنفق على زوجته خلال المهلة فذلك المراد، وإن ظل ممتنعا عن الإنفاق لعجزه عنه ومضت المهلة طلق عليه القاضي طلقة رجعية، أما إذا لم يثبت العجز بالبينة الشرعية المعتبرة قال له القاضي :طلق زوجتك أو أنفق عليها، فإن امتنع عن الطلاق والإنفاق فقيل يمهل مدة مناسبة ثم يطلق عليه القاضي إن ظل على امتناعه، وقيل لا يمهل بل يطلق عليه القاضي فورا وهذا المعتمد عند المالكية، وإن سكت الزوج إذا ادعت الزوجة عدم الإنفاق فلم يبين عذره عنه ولا قدرته عليه، فإن القاضي يطلق عليه حالا بلا إمهال[6].

وأما الشافعية[7] فقالوا بأنه إن ثبت للزوجة حق فسخ النكاح بإعسار الزوج وعجزه عن الإنفاق عليها، واختارت المقام معه ولم تطلب فسخ النكاح ثبت لها في ذمته ما يجب للزوجة على زوجها المعسر من الطعام والأدم والكسوة ونفقة الخادم، فإن أيسر طولب بها، لأنها حقوق واجبة عليه عجز عن أدائها، فإذا قدر على أدائها طولب بها كسائر الديون، وإن

---

[1] - ينظر ص.ص 307- 311 من هذه الرسالة.
[2] - السرخسي، المبسوط، الجزء5، ص.191.
[3] - محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1994، ص.98.
[4] - نظام الدين البلخي وآخرون، الفتاوى الهندية، الجزء 1، ط.2، دار الفكر، سوريا، 1310 هـ، ص.550.
[5] - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء 2، المرجع السابق، ص.ص518-519.
[6] - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء8، المرجع السابق، ص.480.
[7] - الرملي، نهاية المحتاج، الجزء7، المرجع السابق، ص.ص 201-202. الشربيني، مغني المحتاج، الجزء5، ص.ص179- 181.

اختارت الزوجة المقام بعد الإعسار ولم تطلب التفريق لم يلزمها التمكين من نفسها، ولها أن تخرج من منزله للتكسب لأن التمكين والقرار في البيت حقوق للزوج مقابل الإنفاق، وإن اختارت المقام معه على الإعسار ثم رأت أن تطلب التفريق وفسخ النكاح جاز لها ذلك لأن النفقة يتجدد وجوبها كل يوم، فيتجدد لها بذلك حق الفسخ وإن اختارت التفريق يمهل القاضي زوجها ثلاثة أيام على القول الأظهر عند الشافعية وإن لم يطلب الزوج الإمهال، لأنه قد يعجز عن النفقة لعارض ثم يزول، وهي على كل حال مهلة قصيرة يمكن للزوجة خلالها تحصيل نفقتها باستدانة ونحوها، ولها بعد الإمهال فسخ النكاح صبيحة اليوم الرابع مباشرة إلا إذا سلم لها نفقة اليوم الرابع وعاد إلى الإنفاق[1].

وقال الحنابلة[2] بأن العجز عن النفقة الذي يثبت حق الفسخ للزوجة هو العجز عن نفقة المعسر لا مازاد عليها، لأن مازاد عليها يسقط بإعساره، وسواء كانت النفقة التي عجز عنها نفقة طعام أو كسوة أو أجرة مسكن، وإذا ثبت للزوجة حق التفريق بفسخ النكاح، خيرت الزوجة على التراضي بين الفسخ من غير إمهال للزوج وبين المقام معه على النكاح، فإن اختارت المقام معه فلها تمكينه من نفسها وتكون لها النفقة نفقة فقير بما فيها نفقة طعام وكسوة ومسكن دينا في ذمته، ولها المقام مع زوجها على النكاح ومنعه من نفسها فلا يلزمها تمكينه ولا ملازمة منزله، وعليه ألا يمنعها من الخروج، بل يدعها تخرج للتكسب ولو كانت موسرة، فإن رضيت بعسرته ثم اختارت الفسخ فلها ذلك، ويثبت للزوجة طلب التفريق وفسخ النكاح بعجز الزوج عن الإنفاق مطلقا أي سواء تزوجته وهي عالمة بإعساره أو لا، أو تزوجته موسرا فأعسر بنفقتها، ويبقى لها حق طلب التفريق وفسخ النكاح ولو شرط أن لا ينفق عليها أو أسقطت هي النفقة المستقبلية ثم بدا لها طلب الفسخ فلها ذلك[3].

وأما الظاهرية[4] فانفردوا برأي خاص بهم لم يقل به أحد غيرهم من الفقهاء، وهو أن الزوجة إن كانت غنية وزوجها معسر فعليها الإنفاق على ألا ترجع عليه بما أنفقت بعد يساره، وذلك معناه ثبوت نفقة الزوج على الزوجة عند يسارها وإعساره[5].

أما إن كان الزوج حاضرا ولم ينفق على زوجته ليس لإعساره وإنما تعنتا وإضرارا بالزوجة، فقال المالكية أن الزوجة إن رفعت أمرها لعدم إنفاق الزوج رغم يساره إلى القاضي، فقيل أن القاضي يعجل عليه الطلاق، وقيل يحبس وإن حبس ولم ينفق طلق عليه

---

[1] - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء8، المرجع السابق، ص.481..

[2] - ابن قدامة، المغني، الجزء8، المرجع السابق، ص.204. البهوتي، كشاف القناع، الجزء5، المرجع السابق، ص.ص 479- 477.

[3] - عبد الكريم زيدان المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء8، المرجع السابق، ص.482.

[4] - ابن حزم، المحلى، الجزء9، المرجع السابق، ص.284

[5] - محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين دراسة فقهية وقانونية، المرجع السابق، ص. 98.

القاضي، قالوا، وهذا كله مالم يكن له مال ظاهر يمكن تحصيل النفقة منه[1]، وبمفهوم المخالفة إن كان له مال ظاهر يمكن تحصيل النفقة منها فإن القاضي لا يجيب طلب الزوجة للتفريق وإنما يستحصل النفقة من المال الظاهر للزوج[2].

وقال الشافعية[3] أن الزوج إن كان حاضرا موسرا وامتنع عن الإنفاق لم يثبت للزوجة حق فسخ النكاح على القول الأصح في المذهب، معللين ذلك بانتفاء إعسار الزوج المثبت للزوجة طلب التفريق بفسخ النكاح، وبأن الزوجة يمكنها تحصيل نفقتها بنفسها إن استطاعت أن تأخذ من مال زوجها ما يكفيها لنفقتها، وإن لم تستطع رفعت أمرها إلى القاضي ليحصل لها نفقتها من زوجها بأن يضيق عليه بالحبس لحمله على الإنفاق، وعلى القول المرجوح في مذهب الشافعية لها حق التفريق وفسخ النكاح لتضررها من امتناع الزوج عن النفقة رغم قدرته عليها[4].

وقال الحنابلة[5] بأن الزوج إن امتنع عن النفقة مع قدرته عليها ورفعت الزوجة أمرها إلى الحاكم فإنه يأمره بالإنفاق ويجبره عليه، فإن رفض حبسه، وإن صبر على الحبس أخذ الحاكم النفقة من ماله، فإن لم يكن له مال ظاهر يستطيع أن يأخذ منه النفقة، فللزوجة الحق في التفريق بطلب فسخ النكاح وهو اختيار بعض الحنابلة، وقال بعض آخر لا تملك حق فسخ النكاح لأن الفسخ بسبب إعسار الزوج ولم يوجد هنا، لأن الزوج موسر، ولأن الموسر في مظنة إمكان الأخذ من ماله، فإذا امتنع عن الإنفاق في يوم فربما لا يمتنع في الغد[6].

والراجح هو ما ذهب إليه الحنابلة لأنهم لم يتعجلوا بالتفريق، فقالوا بحبس الزوج الموسر الممتنع عن النفقة لعل ذلك يحمله على الإنفاق، فإن أبى وكان له مال ظاهر باع القاضي منه ما يكفي لنفقة الزوجة، فإن لم يكن يوجد له مال ظاهر فيتم إيقاع التفريق بفسخ النكاح[7].

ورغم اختلاف الفقهاء على نحو ما رأيناه بين من قال بإيقاع الفرقة لعدم الإنفاق وهو رأي الجمهور وبين من قال بعدم جواز التفريق لامتناع الزوج عن الإنفاق وهو رأي الحنفية، إلا أنهم اتفقوا على أن عدم الإنفاق على الزوجة هو ترك لواجب يفرضه عقد الزواج، فيأثم

---

[1] - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء2، المرجع السابق، ص.518.
[2] - عبد الكريم زيدان المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء8، المرجع السابق، ص.481.
[3] - الشربيني، مغني المحتاج، الجزء 5، المرجع السابق، ص. 177. الرملي، نهاية المحتاج، الجزء 7، المرجع السابق، ص.202.
[4] - عبد الكريم زيدان المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء8، المرجع السابق، ص.483.
[5] - ابن قدامة، المغني، الجزء8، المرجع السابق، ص.ص 201- 202. البهوتي، كشاف القناع، الجزء5، المرجع السابق، ص.479.
[6] - عبد الكريم زيدان المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء8، المرجع السابق، ص.482.
[7] - المرجع نفسه، ص.284.

الزوج إن كان موسرا قاصدا الإضرار ويجبر على الإنفاق، وإن كان معسرا ينظر إلى حين يستطيع الإنفاق ولا يسقط هذا الواجب من ذمته تجاه زوجته رغم إعساره.

ثانيا: امتناع الزوج عن الإنفاق في القوانين الوضعية

نظرا للأهمية البالغة لواجب الإنفاق فرضت القوانين عقوبات جزائية على الزوج الممتنع عن الإنفاق، فأصبغت على هذا الامتناع وصفا جزائيا إلى جانب اعتباره إخلالا بالتزام هام يفرضه عقد الزواج.

وطبقا للمواد 74 و75 و78 و79 من قانون الأسرة الجزائري فإن نفقة الزوجة واجبة على الزوج، وتشمل الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات عرفا وعادة، وفي حالة عجز الأب أو إعساره تجب نفقة الأولاد على الأم إن كانت قادرة على ذلك كما يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش، وعليه يعتبر الامتناع عن الإنفاق من الزوج إخلالا بأحد الالتزامات المفروضة بعقد الزواج.

دعم المشرع الجزائري هذا التوجه وذلك باعتبار الإنفاق من أوكد الواجبات الزوجية، بأن جعل عدم تسديد النفقة والتخلي عن الالتزامات الزوجية والعائلية جرائم يعاقب عليها القانون تحت اسم جرائم الإهمال العائلي، التي من بينها جريمة ترك الأسرة وجريمة عدم تسديد النفقة الغذائية المقررة بحكم، ولنا تفصيل في هذه الجرائم في الفصل الثالث من الباب الثاني والمخصص لجزاء الإخلال بالتزام المساكنة وواجب الإنفاق بشكل خاص.

وما يؤكد أيضا اعتبار عدم إنفاق الزوج على زوجته مع قدرته إخلالا بينا بالتزام المعاشرة بالمعروف، هو تقرير المشرع لحق الزوجة في طلب التطليق لعدم الإنفاق طبقا للمادة 53 من ق.أ.ج بعد صدور حكم بوجوب النفقة حائز لقوة الشيء المحكوم فيه، بشرط ألا تكون الزوجة عالمة بإعسار الزوج ابتداء فلا يجوز طلب التطليق مع بقاء النفقة واجبة إلى حين يساره[1].

وطبقا للقانون المغربي فإن إخلال الزوج بواجب الإنفاق يعتبر إخلالا بمضمون عقد الزواج، وهذا الإخلال يلحق ضررا ماديا وأدبيا بالزوجة يتعين معه الاستجابة لطلبها في التطليق طبقا للمادة 102 من م.أ.م، وإذا ادعت الزوجة أن زوجها لا ينفق عليها وكان له مال ظاهر يمكن الحجز عليه عقار أو منقول أو حساب بنكي أو راتب، فإن المحكمة تقضي لها بالنفقة وتحدد في حكمها طريقة التنفيذ على ذلك المال وفي هذه الحالة لا تستجيب المحكمة لطلب التطليق لعدم الإنفاق، لأن الزوجة ستأخذ نفقتها من مال الزوج وفي غير هذه الأحوال

[1] - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 1987/07/26، ملف رقم 44457، المجلة القضائية، عدد 4، 1991، ص.88.

إما يطلق على الزوج مباشرة وإما يمهل إن كان معسرا أجل 30 يوما يحكم بعدها بتطليق الزوجة إن لم يوف الزوج بما عليه من مستحقات النفقة[1].

ونص الفصل 39 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أن الزوج لا يلزم بالنفقة إذا أعسر إلا أن الحاكم يتلوم له بشهرين فإن عجز بعد إتمامها عن الانفاق طلقت عليه زوجته، وهو ما أكدته محكمة التعقيب التونسية في قرار لها جاء فيه:" لا يعفى الزوج من الإنفاق على زوجته إلا إذا أخلت بواجباتها الزوجية أو كان الزوج معسرا حتى وإن كانت الزوجة تتقاضى مرتبا شهريا، والحكم الذي قضى بخلاف ذلك يكون مستهدفا للنقض لأنه خالف النصوص التي جاءت بها م.أ.ش إذ أن وجوب مشاركة الزوجة في الإنفاق على العائلة إن كان لها مال لا يعفي الزوج من واجب الإنفاق"[2]، ويسقط حق الزوجة في طلب الطلاق لعدم الإنفاق إن كانت عالمة بإعساره حين العقد طبقا لنص الفصل 39 أعلاه.

أما بالنسبة للقانون المصري، فالجدير بالذكر أن القضاء المصري ظل يأخذ بالراجح في مذهب أبي حنيفة والذي يقضي بعدم التفريق لامتناع الزوج عن الإنفاق أو لإعساره بها، وقد حمل ذلك العديد من الأزواج الذين لا يقدرون تبعات الحياة الزوجية على ترك زوجاتهم بلا نفقة بما يهدد كرامة الزوجة ويضر بمقصود الزواج، الأمر الذي أدى إلى تدخل المشرع المصري بالقانون رقم 25 لسنة 1920 واعتمد أساسا على المذهب المالكي متخليا عن حكم هذه المسألة في المذهب الحنفي[3].

قضى هذا القانون في مواده 4 و5 و6 وما تبع ذلك من منشورات وزارية موضحة له بأن الزوج إن كان له مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه بالطرق المعهودة نفذ عليه الحكم عليه بالنفقة في ماله، سواء كان حاضرا أم غائبا ولا موضع في هذه الحالة لطلب التفريق لعدم الإنفاق، ويقوم مقام مال الزوج مال الكفيل بالنفقة إن كان له مال ظاهر يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه، وإن لم يكن له مال ظاهر وكان حاضرا وصدر عليه حكم بالنفقة ولم ينفق فللزوجة حق طلب التفريق، فإن ادعى الزوج الإعسار وأثبته أمهله القاضي مدة لا تزيد عن شهر فإن لم ينفق فللزوجة حق طلب التطليق، فإن ادعى الزوج الإعسار دون إثباته أو أصر على عدم الإنفاق مع يساره طلق عليه القاضي دون إمهال[4].

وطبقا لقانون الأحوال الشخصية السوري فالنفقة واجبة على الزوج مادام لم يثبت عجزه عن الوفاء بها، فإن امتنع الزوج عن الإنفاق ولم يثبت عسره ولم يكن له مال ظاهر

[1] - محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص.ص 252-253.
[2] - قرار تعقيبي مدني، عدد 4701 مؤرخ في 14 أفريل 1981- ن1981- ق..م. ج1، ص.195. نقلا عن محمد الشريف الحبيب، مجلة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.162.
[3] - محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين دراسة فقهية وقانونية، المرجع السابق، ص. 102.
[4] - محمد مصطفى شلبي، أحكام أسرة في الإسلام دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.584.

طلق عليه القاضي، أما إن أثبت عجزه أمهله القاضي مدة مناسبة لا تتجاوز ثلاثة أشهر فإن لم ينفق خلالها فرق القاضي بينه وبين زوجته طبقا لنص المادة 110 بفقرتيها 01 و02 من نفس القانون.

وقرر المشرع الأردني نفس الحكم من وجوب النفقة على الزوج، ويمهل فقط إن أثبت إعساره، أما إن لم يثبت إعساره أو أصر على عدم الانفاق متعنتا طلق عليه القاضي دون إمهال[1].

ونص المشرع العراقي في المادة 43 ف.07 من ق.أ.ش.ع على أن الزوج إن امتنع عن الإنفاق دون عذر مشروع فإنه يمهل مدة أقصاها شهرين ثم يطلق عليه القاضي بعدها إن لم يدفع النفقة، بالإضافة إلى ما قررته ف.09 من نفس المادة والتي نصت على أن الزوج الممتنع عن تسديد النفقة المتراكمة المحكوم بها كذلك يمهل مدة أقصاها شهرين من قبل دائرة التنفيذ فإن لم يدفع ما عليه طلق القاضي عليه، وهنا يثور تساؤل يتعلق بالحالة التي يكون فيها الزوج يدفع النفقة الحالية الجارية ولكنه قد أعسر بنفقة زوجته قبل ذلك وتراكمت عليه، فهل ينطبق عليه هذا الحكم أي يمهله القاضي مدة لا تزيد عن شهرين ثم يطلق عليه إن لم يدفع، مع أنه ملتزم بدفع النفقة الجارية ولكنه أعسر فقط بالنفقة السابقة، وبذلك يتساوى في الحكم - التطليق لعدم الإنفاق- مع الزوج الموسر المتعنت الرافض لدفع النفقة، والمفروض أن على القاضي أن يقيم اعتبارا لحسن نية الزوج وأن دفعه للنفقة الحالية بعد إعساره بالنفقة الماضية يكفي لرد طلب الفرقة من الزوجة.

وبذلك اتفقت القوانين العربية محل المقارنة على أن عدم تسديد النفقة يشكل إخلالا بأوكد الالتزامات الزوجية المفروضة على الزوج يترتب عنه حق للزوجة في طلب التطليق لعدم الإنفاق.

أما القانون المدني الفرنسي فإنه كما سبق ذكره في صفحات سابقة يفرض على كلا الزوجين المساهمة في مصاريف الزواج وفي النفقات طبقا للمادة 214، كما يفرض على الزوجين واجب المساعدة طبقا لمادة 212 من ق.م.ف، وواجب المساعدة يقضي التزام كل من الزوجين بتقديم الإعانات اللازمة لشريكه الذي يكون في وضع الحاجة[2]، فالزوجة إن لم يكن لها مال تساهم به في نفقات البيت ولم يكن لها دخل شهري فإن الزوج ملزم بنفقتها، ولها إن امتنع عن النفقة أن تطلب الطلاق للضرر الذي أصابها جراء إخلال الزوج بالتزام الإعانة، أما إن كان لها مال فالأمر يختلف وتلزم بالمساهمة في نفقات الأسرة والأطفال وإلا

[1] - محمد أحمد حسن القضاة، الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد، الكتاب الثاني، انحلال عقد الزواج وآثاره، المرجع السابق، ص.ص130-131.

[2]- Isabelle Sayn, les obligation alimentaires(droit civile et droit de la protection sociale), cairn.info, revue français des affaires sociales, n°4, françe, p.p11-33, p.19.

اعتبرت مخلة بالواجبات الزوجية، وليس ذلك فحسب بل هي ملزمة بالإنفاق إن لم يكن للزوج موارد مالية تحت ما يسمى بواجب الإعانة.

الفرع الثاني

تعاطي الزوج للمسكرات وإرغام الزوج على ارتكاب المعاصي

إن سوء أخلاق أحد الشريكين يؤثر لا محالة على الشريك الآخر، وتعاطي الزوج للمخدرات والخمر وإدمانه عليهما يؤثر على الزوجة خاصة إن كانت هذه الزوجة متدينة محافظة ويؤذيها كثيرا، وسنتطرق إلى هذا النوع من الإضرار(أولا)، لنبين (ثانيا) مسألة إرغام الزوج زوجته على ارتكاب المحرمات أي محاولة الزوج إفساد زوجته.

أولا: تعاطي الزوج للمخدرات والخمر

إن تعاطي المخدرات والخمر عادة سيئة تؤثر على الوضع النفسي والصحي والاجتماعي والاقتصادي للشخص، فيصبح معها شخصا مضطرب السلوك ويفقد قوته الجسدية تدريجيا وينعزل عن المجتمع كما سيؤدي إدمانه إلى تبديد ثروته وما يملك، وكل هذه الآثار تمتد إلى الزوجة إن كان المتعاطي متزوجا، فتتضرر الزوجة من سلوك الزوج ومن عدم قيامه بواجباته الزوجية.

وترتبط مسألة إدمان الزوج للمخدرات والخمر عند فقهاء الشريعة الإسلامية من ناحية تأثيرها على عقد الزواج بمسألة كفاءة الزوج، واختلف الفقهاء في جواز فسخ المرأة نكاحها من المتعاطي إن كان تعاطيه قبل العقد أو بعده.

فإذا كان التعاطي قبل العقد فقال ابن عابدين من الحنفية:" لو زوج بنته الصغيرة ممن ينكر أنه يشرب المسكر، فإذا هو مدمن له، وقالت بعدما كبرت، لا أرضى بالنكاح، إن لم يعرف الأب بشربه، وكان غلبة أهل بيته صالحين، فالنكاح باطل، لأنه إنما زوج على ظن أنه كفء"[1]، وقال المالكية بأن من كان معروفا بالزنى أو بغيره من الفسوق معلنا به، فتزوج على أهل بيت ستر وغرهم من نفسه، فلهم الخيار في البقاء معه أو فراقه وذلك كعيب من العيوب[2]، وقال البعض الآخر من المالكية بأن نكاح الفاسق لا يصح ويجب على الزوجة ولمن قام معها من الأولياء فسخه وأن للحاكم أن يطلقها من الفاسق وإن كرهت إيقاع الطلاق،

[1] - ابن عابدين، رد المحتار، الجزء3، المرجع السابق، ص.85.
[2] - الحطاب، مواهب الجليل، الجزء3، المرجع السابق، ص.461.

وفي مواهب الجليل جاء :" وكان بعض أشياخنا يهرب من الفتوى في هذا ويرى أنه يؤدي إلى فسخ كثير من الأنكحة"[1].

والجمهور يرون أن الكفاءة شرط لزوم لا شرط صحة وعليه فيسقط حق الكفاءة بالإسقاط، ومتى تراضى الأولياء مع المرأة على إسقاط الكفاءة في الدين صح عقد النكاح مع الكراهة[2].

أما إذا كان الزوج غير متعاط ووقع في التعاطي بعد عقد النكاح، فاختلف الفقهاء في جواز الفسخ، فقال الجمهور أن وقت اعتبار الكفاءة هو عند ابتداء العقد[3]، وقالوا بأن الشروط تعتبر حال العقد وقد كان حال العقد صالحا، فلا عبرة بالفسق الطارئ، لأنه يجوز في الاستدامة مالا يجوز في الابتداء[4]، أما القول الثاني فيرى أصحابه أن وقت اعتبار الكفاءة عند العقد وبعده، وهو قول بعض الشافعية[5] ورواية عن أحمد بن حنبل إلا أنه جعل حق الفسخ للزوجة دون أوليائها[6]، وذلك أن في بقاء المرأة مع الفاسق بتعاطي المخدرات ضرر عليها كأن يؤذيها أو يسلب مالها لاقتناء المخدرات أو يوقعها في تعاطي المخدرات...إلخ[7].

والراجح هو القول الثاني الذي يجيز للزوجة فسخ النكاح إذا وقع الزوج في تعاطي المخدرات بعد العقد لأن هذا عيب في الزوج من جهته وبسببه، وكل عيب يمنع كمال الاستمتاع بين الزوجين موجب للفسخ[8].

أما القوانين الوضعية محل المقارنة لم تنص صراحة على حالة تعاطي الزوج للمخدرات أو الخمر وإن كانت موجبة للتفريق أم لا، ماعدا قانون الأحوال الشخصية العراقي الذي نص في المادة 40 ف.1 على أنه من قبيل الضرر الموجب لطلب التفريق الإدمان على تناول المسكرات أو المخدرات، على أن تثبت حالة الإدمان بتقرير لجنة طبية رسمية مختصة"، فالمشرع العراقي تلمس مدى الضرر الذي يلحقه بأحد الزوجين والأسرة ككل جراء إدمان الزوج الآخر على هذه الآفة، ومثل ذلك سائر أنواع المخدرات التي باتت تهدد أمن واستقرار المجتمعات[9]، ولم يخص المشرع العراقي الزوج وحده بهذا الحكم بل وطبقا

---

[1] -المرجع نفسه، نفس الصفحة.

[2] - الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء 2، المرجع السابق، ص.317. الخرشي، شرح مختصر خليل، الجزء 3،المرجع السابق، ص.205. الشربيني، مغني المحتاج، الجزء 4، المرجع السابق، ص.270.

[3] - ابن نجيم، البحر الرائق، الجزء3، المرجع السابق، ص.139. ابن قدامة، المغني، الجزء 7، المرجع السابق، ص.35.

[4] - البهوتي، كشاف القناع، الجزء 5، المرجع السابق، ص.67.

[5] - الرملي، نهاية المحتاج، الجزء 6، المرجع السابق، ص.256.

[6] - ابن قدامة، المغني، الجزء7، المرجع السابق، ص.ص 33-34.

[7] - ناصر بن محمد العبد المنعم، طلاق متعاطي المخدرات، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، مركز ضياء للمؤتمرات والأبحاث، مجلد 45، عدد4، الأردن، 2018،ص. 280، هامش رقم 187.

[8] - المرجع نفسه، ص.نفسها.

[9] - أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح القانون الشخصية وتعديلاته، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.153.

للمادة 40 ف.01 أعلاه يسري طلب التفريق في حق الزوج المدمن أو الزوجة المدمنة وإن كان إدمان الزوج وتعاطيه المخدرات هو الشائع والواقع أكثر من إدمان الزوجة.

ورغم أن القوانين الأخرى محل المقارنة لم تنص على حالة إدمان الزوج وتعاطيه للمخدرات والخمر، إلا أن ذلك لا يمنع من الاعتداد بها كإخلال بالتزام العشرة الحسنة وإدراجها ضمن حالات الضرر الموجب للتفريق، والذي يشترط فيه حسب هذه القوانين أن يكون مما لا يستطاع معه دوام العشرة، فإذا ما طبقنا هذا المعيار الأخير على حالة تعاطي الزوج المخدرات والمسكرات فيجب ألا تستطيع الزوجة أن تعيش حياة عادية مع هذا المتعاطي حتى يمكن القول أنها متضررة من عاداته و يمكن لها طلب التفريق، ومثل ذلك أن يتغير سلوكه فيصبح عنيفا ويعتدي عليها بالضرب أو تؤثر المخدرات على عقله فيصبح الحاضر الغائب لا يقوم بما عليه من التزامات تجاه أسرته، أو يكون تأثير المخدرات ظاهرا على صحته الجسدية وقدرته الجنسية فيصبح مفرطا مقصرا في واجب المعاشرة الزوجية، إلى غير ذلك من الأضرار التي تخل حقيقة بالالتزامات الزوجية.

فإذا لم يخل الزوج بأي من التزاماته رغم تعاطيه للمخدرات فلا يقوم ذلك مبررا لطلب الفرقة من الزوجة، وقد أكذ القضاء المصري ذلك وأن تعاطي الزوج للمخدرات إن لم يكن من شأنه التأثير على أخلاق الزوج ومعاملته لزوجته، ولم يجعله دائم الغلظة والانفعال معها تبدر منه ألفاظ غير كريمة تتأذى منها الزوجة لا يعد ضررا يجيز التطليق[1].

وهنا تثور مسألة التفرقة بين تعاطي المخدرات وبين إدمانها، وطبقا لقانون الأحوال الشخصية العراقي والمادة 40 أعلاه لا يكفي التعاطي بل يجب أن يكون الزوج مدمنا، رغم أن تعاطي المخدرات والمسكرات غالبا ما يؤدي إلى إدمانها، وحتى بالنسبة للقوانين التي تدرج هذه الحالة ضمن حالات الضرر، فإن كانت العشرة ممكنة مع المتعاطي فإنها مستحيلة مع مدمن المخدرات، وإن كانت العبرة ليس بكون الزوج متعاطيا أو مدمنا بقدر ماتكون بوفائه بالتزاماته الزوجية أم لا وبإضراره بزوجته أو عدم إضراره بها، إلا أن الغالب هو أن مدمن المخدرات يكون في وضع يفقد معه التواصل مع العالم الخارجي ويهمل نفسه فما بالك بعائلته وزوجته، على عكس المتعاطي الذي لم يصل لدرجة الإدمان فيبقى متواصلا مع أسرته ويمارس عمله ويقوم بواجباته الزوجية، ولا يعني ذلك بأي حال أن التعاطي مسموح به، بل إن حسن أخلاق الزوجة والأولاد من حسن خلق الزوج والأب وصلاحه فهو الراعي والقدوة.

ويبقى الضرر الذي لا يستطاع معه دوام العشرة بين مثيلات الزوجة مسألة موضوعية تخضع لتقدير القاضي، وبذلك هي تتغير من شخص لآخر، ومن زوجة لأخرى،

[1] - محمد عزمي البكري، أسباب التطليق، المرجع السابق، ص.79.

فالزوجة الورعة التقية التي نشأت في أسرة محافظة متشبثة بتعاليم الإسلام، سيؤذيها مجرد تعاطي الزوج للمخدرات وارتكابه المحرمات وتركه للصلاة وإن لم يقصر في واجباته نحوها، ويعتبر الضرر في هذه الحالة معنويا يجيز للزوجة طلب الفرقة لكونها تتضرر من معاشرة شارب الخمر أو متعاطي المخدرات وتخشى على دينها وعلى أطفالها منه، وتبقى السلطة التقديرية للقاضي كما سبق ذكره يقدر بناء على ما يتبين له من ظروف وملابسات، فإما يعطي الزوج فرصة ليصلح حاله إن هو أبدى استعدادا لذلك وإما يطلق عليه إن ثبت له أن لا فائدة ترجى من هذا الزوج.

ثانيا: إرغام الزوج زوجته على ارتكاب المعاصي

لعل أهم سبب يجعل المرأة تقرر إن كان رجل معين يصلح لأن يكون زوجا لها تكمل معه حياتها هو شعورها بالأمان معه وفي وجوده، وقد أوصى رسول الله ﷺ الرجال بالنساء خيرا وبأن يكونوا أمناء عليهن، ومقتضى أمانة الزوج على زوجته أن يحافظ عليها ويصونها من الأذى ومما يخل بدينها وخلقها[1].

فإذا كان الزوج يسأل شرعا إذا ما قصر في حث زوجته على أداء الفرائض والالتزام بتعاليم الدين الإسلامي، فكيف بالزوج الذي يحرض زوجته ويكرهها على ارتكاب المعاصي والمنكرات، ومثل ذلك أن يأمر الزوج زوجته باحتساء الخمر أو لعب الميسر أو مخالطة الرجال الأجانب أو الظهور على الشواطئ شبه عارية[2].

وإكراه الزوج الفاسق زوجته على الفساد صورة منكرة لها أثر خطير على كرامة الزوجة وإنسانيتها، لذلك خص الله عز وجل هذا السلوك الشائن بنص خاص، قال تعالى:" وَلَا تُكْرِهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِّتَبْتَغُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا ۚ وَمَن يُكْرِههُّنَّ فَإِنَّ اللَّهَ مِن بَعْدِ إِكْرَاهِهِنَّ غَفُورٌ رَّحِيمٌ"[3]، فإن كان النهي في الآية يتعلق ظاهره بالفتيات -الجواري- فالزوجات المحصنات من باب أولى، والآية في الواقع جاءت تحرم إكراه النساء عموما على البغاء، خاصة لما في هذا الأمر من إشاعة للفواحش التي نهى الله عز وجل عنها وعن إشاعتها[4].

وقد نص المشرع العراقي في قانون العقوبات صراحة في المادة 380 على أنه:" كل زوج حرض زوجته على الزنا فزنت بناء على هذا التحريض يعاقب بالحبس"، كما نص المشرع المغربي في المادة 498 من ق.ج.م أنه :"يعاقب بالحبس كل من مارس ضغوطا

[1] - محمد عزمي البكري، دعوى الطاعة وإنذار الطاعة والاعتراض عليه، المرجع السابق، ص.24.
[2] - ، محمد عزمي البكري، دعوى الطاعة وإنذار الطاعة والاعتراض عليه، المرجع السابق ص.26
[3] - سورة النور، الآية 33.
[4] - فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص.ص97-98.

على شخص من أجل ممارسة البغاء وتشدد العقوبة إذا كان مرتكب الجريمة أحد الزوجين طبقا للفصل 499 من نفس القانون".

وبذلك يأخذ تحريض الزوجة على الفساد وصفا جنائيا، ويعتبر جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات، ويعتبر أيضا إخلالا من طرف الزوج بالتزام المعاشرة بالمعروف والذي يفترض بمقتضاه أن يكون الزوج أمينا على زوجته محافظا عليها.

المبحث الثاني

الإخلال بالتزام المساكنة بين الزوجين في أحوال خاصة

وصلنا فيما سبق إلى أن تعدد الزوجات ليس هو الأصل بل الزوجة الواحدة، لذلك اعتبرنا تعدد الزوجات حالة خاصة يختلف فيها الوفاء بالتزام المساكنة عنه في حالة وحدة الزواج، وتعتبر الشروط الاتفاقية المقترنة بعقد الزواج حالة خاصة أيضا كون آثار العقد مقررة شرعا وإدراج شروط في عقد الزواج من شأنه تعديل هذه الآثار، لذلك أفردنا للإخلال بالتزام المساكنة في هذه الأحوال الخاصة مبحثا مستقلا، بحيث يكون الإخلال الصادر من الزوج أو الزوجة في هذه الأحوال خاصا لم نتعرض له عند مناقشة صور الإخلال بالالتزامات الأخرى الناشئة عن المساكنة.

وسنبين في المطلب الأول من هذا المبحث الإخلال بالتزام المساكنة في حالة تعدد الزوجات، والذي يعتبر الزوج المعني به ليس لأن الزوجة المعدد بها أو عليها لا تخل بالتزام المساكنة إنما لأن هذا الإخلال في حالة التعدد من الزوجة في مواجهة الزوج تتشابه صوره مع إخلال الزوجة بالالتزامات الناشئة عن الإخلال بالمساكنة بشكل عام في حالة الزوجة الواحدة، ولا طائل من تكرار ماتم التفصيل فيه.

أما الإخلال بالشروط الاتفاقية وإن كان للزوج أيضا النصيب الأكبر من هذا الإخلال، باعتبار أن أغلب الشروط الاتفاقية تضعها الزوجة وتصب في مصلحتها، إلا أن ذلك لا يمنع من أن الزوجة قد تخالف ماتم اشتراطه في عقد الزواج.

المطلب الأول

الإخلال بالتزام المساكنة بين الزوجين في حالة تعدد الزوجات

إن الزوج في حالة التعدد ليس مطالبا لكي يعتبر موفيا بالتزام المسكنة تجاه زوجاته بشيء أكثر من العدل، الذي يعتبر تحققه أو غيابه ضابطا للقول بأن الزوج أخل بالتزاماته الزوجية تجاه زوجاته أو إحداهن أم لم يخل، فالأمر في التعدد ليس كما هو في وحدة الزواج، ذلك أن في الحالة الأخيرة يكون قيام الزوج بما عليه من التزامات وواجبات تجاه زوجته

كافيا للقول بوفائه بالتزام المساكنة، أما في حالة تعدد الزوجات لا يكفي قيامه بما عليه من واجبات تجاه زوجاته إنما وجب عليه أن يكون عادلا في هذا الوفاء، لأجل ذلك اعتبرنا عدم المساواة والعدل بين الزوجات فيما لهن من حقوق يقرها لهن الزواج إخلالا من الزوج بالتزام المساكنة، وهو ماسنحاول بيانه من خلال هذا المطلب باسقاط حالة التعدد على كل الالتزامات المفروضة على الزوج في حالة وحدة الزواج.

الفرع الأول

إخلال الزوج بالتزام السكن في حالة التعدد

بالإضافة إلى حالات الإخلال المتعلقة بالتزام السكن والتي تم استعراضها سابقا والمتعلقة بشرعية المسكن، يعتبر أيضا الزوج مخلا بهذا الالتزام وبالتالي يعتبر مسكن الزوجية غير شرعي إذا كان غير مماثل لمسكن الضرة (أولا)، وإذا كان مجاورا لمسكن الضرة (ثانيا).

أولا: عدم مماثلة مسكن الزوجية لمسكن الضرة

اتفق الفقهاء على أن الزوج مكلف بأن يوفر لكل زوجة مسكنا مستقلا بمرافقه لها ولأولادها، فلكل امرأة متزوجة الحق في مسكن مستقل بمرافقه سواء تزوجت برجل عدد زوجاته أو كانت هي الزوجة الوحيدة، ذلك أن استقلال كل زوجة بمسكنها هي وأولادها سيجنب الضرائر والزوج مشاكل كثيرة تتولد شرارتها عند تخالطهن في مسكن واحد[1].

فإن كان حق الزوجة في مسكن الزوجية ثابت، فماذا عن حقها في أن يكون مسكنها مماثلا لمسكن ضرتها؟

الجدير بالذكر أن هناك من الفقهاء من قال بعدم وجوب التسوية في النفقة بين الزوجات والتي يدخل السكن في مشتملاتها، وأجازوا للزوج أن يفضل إحدى زوجاته على الأخرى أو الأخريات إن كانت الثانية في كفاية، وقال بهذا الرأي بعض الحنفية والمالكية وبعض الحنابلة[2]، وقال آخرون وهم بعض آخر من الحنفية والحنابلة أنه تجب المساواة بين الزوجات في النفقة[3]، ومرد هذا الخلاف هو اختلاف الفقهاء في المعتبر من حال الزوجين في النفقة، فمن قال أن المعتبر هو حال الزوج أوجب المساواة بين الزوجات في الإنفاق، ومن

[1] - عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات من النواحي الدينية والاجتماعية والقانونية، المرجع السابق، ص.221.
[2] - الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء 4، المرجع السابق، ص.212. ابن قدامة، المغني، الجزء7، المرجع السابق، ص.305- 306.
[3] - ابن عابدين، رد المحتار، الجزء3، المرجع السابق، ص.ص 201-202. ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، الجزء5، المرجع السابق، ص.482.

قال أن المعتبر في تقدير النفقة هو حال الزوجة لم يوجب المساواة، بل ينفق الزوج على زوجاته نفقة أمثالها من عنى أو فقر ومال أو حسب.

إلا أن الراجح في هذه المسألة هو وجوب العدل في النفقة والمسكن بل إن العدل لا يتجلى في شيء كما يتجلى في النفقة، فليس من العقل في شيء أن يتزوج الرجل امرأتان واحدة يسكنها قصرا والأخرى يسكنها في بيوت الفقراء، فقط لأن الأولى كانت غنية في بيت أبيها والثانية فقيرة فيكتب لها الفقر في بيت أبيها وبيت زوجها[1].

أما المقصود بالمماثلة بين مسكن الزوجية ومسكن الضرة، هو مماثلة المسكن من حيث محتوياته ومستواه وليس بعدد غرفه، إذ قد تكون إحدى الزوجتين لها أولاد أكثر من الأخرى فتحتاج بذلك إلى مسكن أكبر وغرف أكثر وأثاث أكثر، إذ ليس من المعقول أن يكلف بإعداد مسكن لزوجته التي ليس لها أولاد يماثل تماما مسكن الزوجة التي لها أولاد في مساحته وغرفه وأثاثه[2]، لذلك كان المقصود بالمساواة هنا مماثلة المسكنين في المستوى الاجتماعي والمادي، فلا يكون عدلا أن يسكن الزوج إحدى زوجتيه في قصر منيف ويسكن الأخرى في مسكن متواضع كمساكن الفقراء لأن النفقة حسب حال الزوج، والمسكن من النفقة التي يجب على الزوج أن يعدل فيها بين زوجاته إن تعددن[3].

وقد نصت المادة 68 من قانون الأحوال الشخصية السوري - من بين التشريعات محل المقارنة- صراحة على وجوب التسوية بين الزوجات في المسكن، وهو ما أيده القضاء السوري في كثير من القرارات والتي جاء في أحدها:" يتوجب المساواة في المسكن بين الضرتين، وحيث أن مسكن الضرة منفرد بينما مسكن الزوجة الثانية مشترك مع آخرين حتى ولوكانت والدة الزوج يجعل التماثل مفقودا بين مسكني الضرتين"[4] .

ثانيا: مجاورة مسكن الزوجية لمسكن الضرة

من بين شروط مسكن الزوجية التي بيناها في الباب الآول وجود المسكن بين جيران صالحين يساعدون الزوجة ويغيثونها إن استغاثت وكان زوجها غائبا وتستأنس بهم، وهؤلاء الجيران قد يكون منهم أهل الزوج أو الزوجة وقد يكون منهم الأجانب وقد تكون من هؤلاء الجيران الضرة.

[1] - نور الدين أبو لحية، الحقوق المادية والمعنوية للزوجة برؤية مقاصدية،المرجع السابق، ص.435.
[2] - جمال أبو سنينة، الطاعة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.148.
[3] - جمال أبو سنينة، الطاعة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.149.
[4] - نقض سوري، الغرفة الشرعية، القضية 52 أساس لعام 1994. قرار 45 لعام 1994- تاريخ 1994/01/26. مجلة المحامون، العدد 1-2 لعام 1995.

واختلف الفقهاء في هذه المسألة بين من يرى أن مجاورة مسكن الضرة لا تجعل المسكن غير شرعي، إلا إذا صدر منها أذى وضرر للزوجة، ويرى أخرون أن وجود الضرة ومجاورة مسكنها لمسكن الزوجية بحد ذاته ضرر، يقول أبو زهرة:" وعلى ذلك إذا كان يسكنها شقة في منزل، وذلك مسكن من هو في حاله، وفي الشقة الأخرى ضرتها أو بعض أهله يعتبر المسكن شرعيا، لأن المسكن مستوفيا كل المرافق الشرعية، فتعتبر كأنها منزل قائم بذاته، وعبارة المتون تجعل الغرفة التي لها غلق مسكنا شرعيا، ولو كان بجوارها غرفة ضرتها أو حماتها، فأولى أن تكون الشقة كذلك، إلا إذا آذوها بالقول أو الفعل إيذاء بينا قام الدليل عليه"[1].

في حين يرى آخرون أن مجاورة مسكن الضرة يقدح في شرعية مسكن الزوجية، لأن الغالب في هذا الزمان هو الاختلاف والنزاع والمشاجرة خاصة إذا كانت بيوتهم متجاورة ومجتمعة في دار واحدة[2]، وقد قضت محكمة التمييز العراقية بأنه:" لا يعتبر البيت الذي هيأه المدعي عليه شرعيا إذا كانت الغرفة المعدة لسكن المدعية تقع بجوار الدار التي أسكن فيها المدعى عليه زوجته الثانية، بل ينبغي إعداد بيت شرعي مناسب للمدعية أسوة بالزوجة الثانية وبعيدا عنها"[3].

واعتبر القضاء المصري أيضا المسكن غير شرعي إذا كان مجاورا لمسكن الضرة، وأجاز للزوجة دفع دعوى الطاعة لعدم شرعية المسكن، حتى يهيأ لها الزوج مسكنا شرعيا بعيدا عن مسكن ضرتها[4].

كما اعتبرت محكمة النقض السورية بدورها المسكن المجاور لمسكن الضرة مسكنا غير شرعي دون حاجة إلى إثبات وجود الضرر، حيث قضت بأن:"مجاورة المسكن المهيأ للزوجة لضرتها ينفي وقوعه بين جيران صالحين لأن الضرة ليست جارا صالحا"[5] ، وقضت أيضا بأن :" إن الاجتهاد استقر على أن مجاورة الزوجة لمسكن الضرة يخل بشرعية المسكن لأن من شرائط شرعيته وجوده بين جيران صالحين تأمن فيه الزوجة بهم على نفسها

[1] - محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج، المرجع السابق، ص.307.
[2] - طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى، المرجع السابق، ص.141.
[3] - قرار رقم 2154/ شخصية/87 في 1988/02/27، ص. 80، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول، 1988، ص 63، نقلا عن طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى، المرجع السابق، ص. 141.
[4] - القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، أحمد داوود، الجزء1، ص.683، القرار الاستئنافي رقم 9155. نقلا عن جمال أبو سنينة، الطاعة الزوجية في الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.153.
[5] - عزة ضاحي، المبادئ القانونية التي قررتها الغرف الشرعية لمحكمة النقض السورية، ص.289. نقلا عن طه صالح الجبوري، المرجع نفسه، ص.143.

وراحتها ويغيثونها إن استغاثت والضرة ليست من هؤلاء الجوار لأن اسمها مشتق من الضرر والمضارة"[1].

وبذلك يكون تهيئ مسكن للزوجة بمجاورة مسكن الضرة إخلال من طرف الزوج، فإن لم تلبي الزوجة دعوة زوجها للإقامة في هذا المسكن أو تركته بعدما أقامت فيه، لم تعد ناشزا وبقيت نفقتها واجبة عليه لعدم شرعية المسكن المجاور لمسكن الضرة.

الفرع الثاني

الإخلال بالتزام الإحصان في حالة التعدد

يلتزم الزوج بإحصان زوجاته وضابطه في ذلك العدل ما استطاع، وإن كان لفقهاء الشريعة الإسلامية كلام في مسألة العدل في الحب والجماع بين الزوجات، وسنبين من خلال هذا الفرع كيفية إخلال الزوج بالتزام المعاشرة الزوجية والتزام الإخلاص في مواجهة زوجاته حال التعدد.

أولا: إخلال الزوج بالتزام المعاشرة الزوجية حال التعدد

اتفق الفقهاء على عدم اشتراط القسمة في المعاشرة الزوجية بين الزوجات، لأن ذلك لا يكون إلا عن شهوة وميل ولا سبيل للتسوية بين الزوجات في ذلك، لأن قلب الرجل قد يميل إلى واحدة دون الأخرى[2]، يقول الشوكاني:" ولا يجب على الزوج التسوية بين الزوجات فيما لا يملكه كالمحبة ونحوها"[3]، وجاء في المغني:" ولو وطئ زوجته ولم يطأ الأخرى، فليس بعاص، ولانعلم خلافا بين أهل العلم في أنه يجب التسوية بين النساء في الجماع، وهو مذهب مالك والشافعي، وذلك لأن الجماع طريقه الشهوة والميل ولا سبيل إلى التسوية بينهن في ذلك فإن قلبه قد يميل إلى إحداهما دون الأخرى"[4].

فالزوج غير مطالب بالعدل بين زوجاته في الجماع ولا يعتبر مخلا بالتزام المعاشرة الزوجية إن لم يعدل بينهن، إلا إذا قصد الإضرار، وقد جاء في المدونة الكبرى:" أن الرجل إن كان عنده زوجتين فكان ينشط في يوم هذه أيكون عليه في هذا شيء أم لا؟، يقول مالك:" أرى ما ترك من جماع إحداهما وجامع الأخرى على وجه الضرر والميل أن يكف عن هذا لمكان ما

[1] - نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس 485 قرار رقم 487 بتاريخ 1984/07/22، قاعدة 330، أديب استانبولي، سعدي أبو حبيب، المرشد في الأحوال الشخصية، ص.220. نقلا عن طه صالح الجبوري، المرجع نفسه، ص.143.

[2] - نور الدين أبو لحية، الحقوق المادية والمعنوية برؤية مقاصدية، المرجع السابق، ص.431.

[3] - الشوكاني، نيل الأوطار، الجزء6، المرجع السابق، ص.257.

[4] - ابن قدامة، المغني، الجزء7، المرجع السابق، ص.308.

يجد من لذته في الأخرى فهذا الذي لا ينبغي ولا يحل، فأما ما كان من ذلك فيما لا ينشط الرجل ولا يتعمد به الميل إلى إحداهما ولا الضرر فلا بأس بذلك"[1].

ومثل الجماع مقدماته، جاء في المغني:" ولا تجب التسوية بينهن في الاستمتاع بما دون الفرج من القبل واللمس ونحوهما لأنه إن لم تجب التسوية في الجماع ففي دواعيه أولى"[2].

وبذلك يكون العدل بين الزوجات في الجماع غير واجب وإن كان مستحبا على رأي الجمهور، لأنه أكمل للعدل أن يسوي الرجل بين زوجاته في جميع الاستمتاعات من الوطء والقبلة[3]، بينما يرى المالكية أن الوطء يترك لسجية الرجل وطبيعته، فلا يكلف أن يطأ إحدى زوجاته مثل ما يطأ الأخرى، إلا إذا قصد الإضرار بها عن عمد منه حتى لو لم تتضرر بالفعل[4].

فالإسلام يحرص على دوام الألفة بين الأزواج بغض النظر عن حصول المعاشرة أو لا، ووجوب القسم للزوجات ومبيت الزوج عند زوجاته بانتظام من شأنه أن يبدد أي جفاء أو فتور قد يصيب الزوج تجاه إحدى زوجاته، ويجعل الزوج مطلعا على أحوال زوجاته وأولاده عن قرب ومشاركا في يومياتهم.

وخلاصة القول وإن كان لا يشترط التسوية التامة بين الزوجات في الجماع، فإنه يكفي حصول التحصين للزوجة، ذلك أن طباع الزوجات واحتياجاتهم الجنسية ليست واحدة، فوجب على الزوج أن يراعي هذا الجانب ويحصن زوجاته بحسب استطاعته فلا ضرر ولا ضرار.

ثانيا: إخلال الزوج بالتزام الإخلاص في حالة التعدد

بالنسبة للزوجات فالتزام الإخلاص مفروض على كل زوجة - بكل ما يتفرع عن الالتزام بالإخلاص من التزامات كما سبق بيانه- مادامت الزوجة في عصمة زوجها، فتمتنع عن الخيانة الزوجية بكل درجاتها وعن كل فعل من شأنه أن يمس بشرفها وشرف زوجها وعرضه كما لو كانت زوجته الوحيدة.

أما الزوج فيعتبر مخلا بالتزام الإخلاص إذا كان على علاقة مع امرأة غير زوجاته، ويعتبر بذلك مرتكبا للخيانة الزوجية أي كانت درجتها ومخلا بالتزام الإخلاص في مواجهة كل زوجاته.

---

[1] - مالك ابن أنس، المدونة الكبرى، الجزء2، المرجع السابق، ص.191.
[2] - ابن قدامة،المغني، الجزء 7، المرجع السابق، ص.308.
[3] - نور الدين أبو لحية، الحقوق المادية والمعنوية برؤية مقاصدية، المرجع السابق، ص.431.
[4] - الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء4، المرجع السابق، ص.214.

والجدير بالذكر أن القوانين الوضعية محل المقارنة التي تمنع التعدد ونقصد التشريعين التونسي والفرنسي، تعتبر المعاشرة الزوجية بين الرجل وزوجته الثانية خيانة زوجية وإخلالا بالتزام الإخلاص في مواجهة زوجته الأولى.

فالقانون الفرنسي والقانون التونسي يعتبران أن الزوج المعدد لا يمكنه البقاء مخلصا لزوجته الأولى إذا تزوج بأخرى، ذلك أن تبادلية واجب الإخلاص تفرض وعد كل من الزوجين بالإنفراد بالآخر وله وحده، ولهذا السبب يعتبر تعدد الزوجات من نظر القانون التونسي والقانون الفرنسي خيانة زوجية، على خلاف ما هو سائد في الدول الإسلامية التي تسمح بالتعدد، إذ من غير المقبول القول بأن التعدد خيانة زوجية رغم أنه قد يشكل سببا للطلاق لفائدة الزوجة الأولى، لكن ليس للإخلال بواجب الإخلاص إنما بسبب الضرر الذي يسببه الزواج الثاني للزوجة الأولى[1].

وحتى في التشريعات التي تشترط الإذن القضائي في التعدد فلا يعتبر الزواج الثاني فيها دون إذن إخلالا بالتزام الإخلاص، بل يعتبر إخلالا بالشروط الشكلية في الزواج الثاني وليس إخلالا بالتزام الإخلاص.

ويعتبر نكاح الخامسة إخلالا من طرف الزوج بالتزام الإخلاص في مواجهة زوجاته، ولأن المتفق عليه بين الفقهاء أن نكاح الخامسة باطل وأن التعدد مقيد بألا يزيد عن أربع[2]، وكل وطء في نكاح باطل أي في زواج مجمع على بطلانه كنكاح الخامسة زيادة على الأربع هو زنا موجب للحد ولا عبرة لوجود العقد ولا أثر له[3]، وكذلك إن كان هذا النكاح - نكاح الخامسة- في عدة الطلاق الرجعي للزوجة الرابعة، لأن المطلقة رجعيا مازالت في ذمة زوجها وله مراجعتها، أما إن كان الزواج بالخامسة في عدة الرابعة البائن - المطلقة طلاقا بائنا- فاختلف الفقهاء في ذلك، بين من أجاز[4] زواج الخامسة في عدة الرابعة المطلقة طلاقا بائنا على أساس أن المطلقة طلاقا بائنا تعد أجنبية عن الرجل، وبين من منع[5] هذا الزواج مدة العدة على أساس أن بعض أحكام النكاح مازال سارية بين الزوج ومطلقته طلاقا بائنا[6].

[1]- فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص.55.
[2] - ينظر ص. 212 من هذه الرسالة.
[3] - سبد سابق، فقه السنة، الجزء2، المرجع السابق، ص.139.
[4] - حاشية القليوبي وعميرة، الجزء3، المرجع السابق، ص.247. الغزالي، إحياء علوم الدين، الجزء2، المرجع السابق، ص.37
[5] - ابن قدامة، المغني، الجزء6، المرجع السابق، ص.401، ابن الهمام، فتح القدير، الجزء3،المرجع السابق، ص.225.
[6] - عبد الناصر إبراهيم العطار، تعدد الزوجات من النواحي الدينية والاجتماعية والقانونية، المرجع السابق، ص.206.

الفرع الثالث

إخلال الزوج بالتزام المعاشرة بالمعروف في حالة التعدد

يعتبر الزوج مخلا بالتزام المعاشرة بالمعروف في مواجهة زوجاته زيادة على صور الإخلال بهذا الالتزام في الحالة العادية، إذا لم يساو بين زوجاته في النفقة رغم ما يصاحب هذه المسألة من خلافات(أولا)، كما يعتبر مخلا بالتزام المعاشرة بالمعروف إذا لم يعدل بين زوجاته في السفر(ثانيا)، وبصفة عامة يعتبر مخلا بالتزامه إذا ما سبب ضررا لإحدى زوجاته(ثالثا).

أولا: عدم المساواة في الإنفاق بين الزوجات حال التعدد

إن اعتبار عدم التسوية بين الزوجات في النفقة إخلالا بالتزام المعاشرة بالمعروف أم لا متوقف على الأخذ برأي جانب من الفقه الإسلامي دون الآخر، وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين اثنين، الأول وبه قال المالكية وهو الأظهر عندهم وقال به الشافعية وهو قول عند الحنفية وقول عند الحنابلة، ويرى هؤلاء أن الرجل إن كانت له امرأتان له أن يفضل إحداهما على الأخرى في النفقة - نفقة الطعام- والشهوات أي في الوطء ونحوه، والكسوة إذا كانت الأخرى في كفاية من نفقتها وكسوتها، لأن التسوية في هذا كله تشق، فلو وجبت لم يمكنه القيام بها إلا بحرج، فسقط وجوبها[1] ، أما القول الثاني فهو قول عن الحنفية وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية وحسب هؤلاء على الزوج أن يسوي بين زوجاته في النفقة[2].

فيعتبر الزوج مخلا بواجب الإنفاق إن لم يساو بين زوجاته في النفقة طبقا للقوانين التي تأخذ حال الزوج في تقدير النفقة، فلأن حاله المعتبر وجب عليه التسوية بين زوجاته ولاعبرة لغنى أو فقر إحداهن، أما إن كان المعتبر حال الزوجين معا، فهنا يجب على الزوج العدل بين زوجاته دون اشتراط التسوية أي ينفق على كل واحدة نفقة أمثالها.

فإن كان العدل واجبا ومفروضا على الزوج فهل المساواة بين الزوجات واجبة عليه أيضا؟ يجيب الأستاذ عباس شومان قائلا:" يظن بعض الناس أن العدل والمساواة بمعنى واحد أو على الأقل متلازمان، فالعدل عندهم يقتضي المساواة، والمساواة تستلزم تحقيق العدل، ولهذا يفهمون أن العدل بين النساء المشروط ليتزوج الرجل بزوجة أخرى أو أكثر هو التسوية بينهما في الإنفاق والمبيت، بمعنى أنه لو أنفق على زوجته ألف جنيه مثلا، يجب أن ينفق

[1] - ابن قدامة، المغني، الجزء7، المرجع السابق، ص.305. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء2، المرجع السابق، ص.339. الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء4، المرجع السابق، ص.ص211-212.

[2] - الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء2، المرجع السابق، ص.ص 332-333. ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، الجزء5، المرجع السابق، ص.482.

على الأخرى ألفا كذلك، وأنه إذا بات عند واحدة فانصرف إلى عمله السابعة، فإنه يلزمه أن يفعل ذلك في نفس التوقيت مع الأخرى، وأن ما يكون بينه وبين زوجة في يومها أو ليلتها يجب أن يتكرر عند الأخرى!

ولا يدرك هؤلاء أن التسوية بهذا المعنى قد تكون هي عين الظلم... أما التسوية في الإنفاق على الزوجات تسوية عددية فليست هي المرادة والضامنة للعدل، بل قد تكون عين الظلم ونقيض العدل المشروط، فالعدالة المطلوبة بالنسبة للزوجات هي أن يكون تحقيق الحاجة بدرجة مكافئة لما حقق نفس الحاجة للزوجة الأخرى، وقد لا يتساوى ما يحقق حاجة إحداهن مع ما يحقق حاجة الأخرى، فمثلا لو أن إحدى الزوجات مرضت فانفق الزوج على علاجها ألف جنيه فلا يلزمه إنفاق مثله على الأخرى، حيث لا حاجة لها في علاج أصلا لعدم مرضها، .... ومن ثم، فإن حاجات زوجة تخرج للعمل غير حاجات أخرى لا تعمل وزوجة مريضة غير زوجة صحيحة، وزوجة في قرية غير زوجة في مدينة، والتسوية بينهن تسوية عددية هي عين الظلم، لأن الزوج عندئذ سيقضي لواحدة منهن حاجتها في حين لا يقضي للأخرى إلا جزءا يسيرا من حاجتها، فالعدالة هنا هي عدم تفضيل إحداهن على الأخرى في إشباع حاجتها..."[1].

ثانيا: عدم التسوية بين الزوجات في السفر

إذا كان الزوج دائم الترحال كثير الأسفار، فإنه سيكون بحاجة لأن ترافقه زوجته في سفره ذاك، فإن كان له أكثر من زوجة، فهل يسافر بنسائه جميعا ليعتبر ملتزما بالعدل بين زوجاته؟ وإن كان ذلك غير ممكن فهل يكون آثما إن اختار واحدة يسافر معها وترك الأخريات؟

إذا كان سفر الزوج لنقلة حرم عليه أن يصطحب بعضهن دون بعض ولو بقرعة، بل ينقلهن أو يطلقهن، وإن أراد الانتقال بنسائه فأمكنه استصحابهن كلهن في سفره فعل ذلك ولم يكن له إفراد إحداهن به، لأن هذا السفر لا يختص بواحدة بل يحتاج إلى نقل جميعهن[2].

أما إن كان السفر لغير النقلة، فقال الحنفية لا حق للزوجات في القسم حال السفر، فيسافر الزوج بمن شاء منهن، والأولى أن يقرع بينهن يسافر بمن خرجت قرعتها تطييبا لقلوبهن، ولأنه قد يثق بإحدى الزوجات في السفر، وبالأخرى في الحضر والقرار في المنزل

[1] - عباس شومان، بين العدل والمساواة !، مقال منشور في جريدة اليوم السابع، القاهرة، مصر، متاح على الرابط https://www.google.com/search ، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2022/10/05 على الساعة 22:13.
[2] - الشربيني، مغني المحتاج، الجزء4، المرجع السابق، ص.423. ابن قدامة، المغني، الجزء7، المرجع السابق، ص.313.

لحفظ الأمتعة أو لخوف الفتنة، وقد يمنع من سفر إحداهن كثرة سمنها مثلا، فتعيين من يخاف صحبتها في السفر لخروج قرعتها إلزام للضرر الشديد وهو مندفع بالثاني للحرج[1].

وقال المالكية :"إن أراد الزوج أن يسافر بإحدى زوجتيه أوزوجاته اختار من تصلح لإطاقتها السفر أو لخفة جسمها أو نحو ذلك لا لميله إليها، إلا في سفر الحج والغزو فيقرع بينهما أو بينهن لأن المشاحنة تعظم في سفر القربات وشرط الإقراع صلاح جميعهن للسفر، من اختار سفرها أو تعين بالقرعة أجبرت عليه إن لم يشق عليها أو يكون سفرها معرة عليها، ومن أبت لغير عذر سقطت نفقتها"[2].

واتفق الشافعية والحنابلة على أن الزوج لا يجوز له أن يسافر ببعض زوجاته - واحدة أو أكثر- إلا برضاء سائرهن أو بالقرعة، وذلك في الأسفار الطويلة المبيحة لقصر الصلاة، وكذا في الأسفار القصيرة في الأصح عند الشافعية والحنابلة، قالوا لا فرق بين السفر الطويل والقصير لعموم الخير والمعنى، ومقابل الأصح عند الشافعية وهو قول القاضي من الحنابلة، أن ليس للزوج أن يستصحب بعض زوجاته بالقرعة في السفر القصير لأنه في حكم الإقامة، وليس للمقيم تخصيص بعضهن بالقرعة، فإن فعل قضى للبواقي، واستدل الشافعية والحنابلة على وجوب القرعة لتعيين إحدى الزوجات للسفر مع الزوج بما روت عائشة رضي الله عنها:"أن النبي ﷺ كان إذا أراد سفرا أقرع بين نسائه، وأيتهن خرج سهمها خرج بها معه"[3]، وقالوا أن المسافر ببعض زوجاته من غير قرعة تفضيل لمن سافر بها فلم يجز من غير قرعة، وقالوا إذا سافر بأكثر من واحدة سوى بينهن في القسم في السفر كما يسوي بينهن في الحضر[4].

فالزوج إذا كانت أسفاره كثيرة وكان معددا أوجب عليه أن يسافر في كل مرة مع واحدة على أن يقرع بينهن لمعرفة من تسافر معه، فإن فضل في كل سفر واحدة من زوجاته دون الأخرى أو الأخريات كان مخلا بالتزام المعاشرة بالمعروف، إلا إذا كان هناك مانعا يمنع الزوجة أو الزوجات الأخريات كمرض إحداهن أو عملها أو رعايتها لأطفالها إن كانوا صغارا، فإن سافر بزوجتيه أو زوجاته معا وجب عليه أن يسوي في المبيت كما لم يكن مسافرا وإلا اعتبر مخلا بالتزام المعاشرة بالمعروف.

[1] - ابن عابدين، رد المحتار، الجزء3، المرجع السابق، ص.206.
[2] - مالك ابن أنس، المدونة، الجزء2، المرجع السابق، ص.ص189-190.
[3] - البخاري، صحيح البخاري، الجزء3، المرجع السابق، ص. 159، ح.رقم 2593.
[4] - الشربيني، مغني المحتاج، الجزء 4، المرجع السابق، ص.423. ابن قدامة، المغني، الجزء7، ص.413.

ثالثا: إضرار الزوج بزوجاته أو بإحداهن

يقع على الزوج واجب الإحسان إلى زوجاته ومعاشرتهن بالمعروف، وتجنب الإضرار بهن بكل صور الإضرار المادي والمعنوي التي سبق التطرق إليها[1].

وإن كان الميل لإحدى الزوجات بالمحبة مما لا يستطاع العدل فيه لأن القلوب بيد الله عز وجل يقلبها كيف يشاء، وقد أخبر الله تعالى بنفي الاستطاعة في العدل بين النساء في المحبة بقوله عز وجل:" وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ "[2]، إلا أنه ومع ذلك لا يجوز للزوج أن يؤذي زوجته بذكر محبته لضرتها لأن أذية المسلم حرام، ولأجل هذا الاعتبار فرض لكل واحدة من الزوجات بيتها الخاص حتى لا ترى أي أثرة عليها، وقال الله تعالى في ذلك:" ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَن تَقَرَّ أَعْيُنُهُنَّ "[3]، أي ذلك أقرب ألا يحزن إذا لم يجمع إحداهن مع الأخرى، ويعاين الأثرة والميل[4].

ولا يعتبر أيضا من المعاشرة بالمعروف المقارنة بين الزوجات في الجمال والحسن والثقافة وإتقان الأعمال المنزلية وغيرها، وإفصاح الزوج عن ذلك، فالزوجات لسن نسخة واحدة، إنما كل واحدة منهن لها شخصيتها وتربيتها وقدراتها ومؤهلاتها، ولا يتشابهن أكيد في كل ذلك، فلم يكن هناك داع لهذه المقارنات التي من شأنها أن تؤجج نار الغيرة بين الزوجات، وتقلب حياة الزوج جحيما حتى لو كانت كل واحدة منهن تسكن بعيدا عن الأخرى.

ومن صور الإضرار الجمع بين الزوجات في فراش واحد، رغم أن بعض الفقهاء قالوا بجواز ذلك كما لو كان الرجل مسافرا ومعه زوجاته وجميعهم في خيمة واحدة، أو كانوا في سفينة واحدة في غرفة واحدة على فراش واحد، إلا أن المالكية قالوا: إنه يحرم أن يجمع بين الزوجات في فراش واحد، ولو بدون وطء، على الراجح، وبعضهم يقول إنه مكروه، وقالوا بأن وطء إحدى الزوجات أمام الأخرى مستورة العورة أو غير ذلك حرام لا مكروه[5].

ولا ينبغي للرجل أيضا أن يدخل بزوجتيه حماما واحدا، ولو رضيتا، لما في ذلك من إسراف في حب الشهوات واطلاع النساء على عورات بعضهن[6].

وصور الضرر كثيرة ومتعددة لا يسعنا حصرها، على أن كل ما شأنه أن يعكس ميل الرجل لإحدى زوجاته وتفضيلها على الباقيات يعتبر إضرارا في حقهن، مادام الزوج لم يتحر العدل في معاملة زوجاته.

---

[1] - ينظر ص.ص 185- 187 من هذه الرسالة.
[2] - سورة النساء، الآية 129.
[3] - سورة الأحزاب، الأية 51.
[4] - نور الدين أبو لحية، الحقوق المادية والمعنوية للزوجة برؤية مقاصدية، المرجع السابق، ص.ص430-431.
[5] - الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص.ص221-222.
[6] - ابراهيم توفيق العطار، تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص.104.

المطلب الثاني

الإخلال بالشروط الاتفاقية المتعلقة بالتزام المساكنة

إن الشروط الاتفاقية إذا لم تكن منافية للعقد ومقاصده كانت صحيحة ملزمة للزوجين ما داما قد ارتضياها، واعتبرت امتدادا لآثار عقد الزواج والتزاماته الواجب الوفاء بها، ويكون الإخلال بها إخلالا بالتزام المساكنة بمضامينه التي وسعت الشروط الاتفاقية منها أو ضيقت حسب الحال، وسنبين من خلال هذا المطلب متى يكون عدم الوفاء بالشروط الاتفاقية في عقد الزواج إخلالا بالتزام المساكنة ومتى لا يكون كذلك(الفرع الثاني)، وقبل ذلك نعدد صورا من الشروط تعتبر باطلة كونها تخل بمقتضيات عقد الزواج ومقاصده وبالتزام المساكنة بين الزوجين بشكل أدق(الفرع الأول).

الفرع الأول

شروط تنافي مقتضى عقد الزواج

إن الشروط الباطلة عند الحنابلة - باعتبار أن التشريعات العربية أخذت من الحنابلة في مسألة الاشتراط في عقد الزواج- هي شروط فاسدة تبطل لأنها شروط تنافي مقتضى العقد، وتتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد فلا تصح، ويصح العقد لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به فلم يبطل العقد[1]، ومن بين هذه الشروط اشتراط عدم الوطء(أولا)؛ واشتراط عدم الإنجاب (ثانيا)؛ كما أنها قد تكون شروطا مخالفة لنص في كتاب الله عز وجل أو سنة رسوله ﷺ كاشتراط تطليق الضرة أو اشتراط قسم أكثر منها أو عدم القسم لها(ثالثا).

أولا: اشتراط عدم الوطء

شرع المولى عز وجل الزواج وجعله عقدا تحل به المتعة بين الرجل والمرأة، إذ من غاياته الأساسية السامية تحصين الفرج والتناسل وهذه الغايات لا تتحقق إلا بالمعاشرة الزوجية، وبذلك يكون شرط عدم الوطء شرطا منافيا لمقصدين أساسين هامين في عقد الزواج، وهو شرط باطل باتفاق الفقهاء، الذين فرقوا في هذا الصدد بين مسألتين[2]، مسألة اشتراط عدم حل الوطء ومسألة اشتراط عدم الوطء.

فإذا اشترط في عقد الزواج عدم حل الوطء، أي بأن يتزوج الرجل المرأة على أن لا تحل له فلا خلاف بين الفقهاء على بطلان هذا الشرط، ولكنهم اختلفوا في حكم العقد المقترن

[1] - البهوتي، كشاف القناع، الجزء 5، المرجع السابق، ص.98.

[2] - فتيحة بوراق، الاشتراط في عقد الزواج –دراسة مقارنة- بين القانون الجزائري والقانون المغربي، المرجع السابق، ص.61.

بهذا الشرط إن كان يصح أو يبطل ببطلان الشرط، فقال جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة ببطلان الشرط والعقد معا، ذلك أن الشرط ينافي مقصود العقد[1]، أما الحنفية فاعتبروا الشرط فاسدا والعقد صحيح، إذ القاعدة عند الحنفية أن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة بل يبطل الشرط ويصح النكاح[2].

أما إذا اشترط في عقد الزواج عدم الوطء فاختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة على ثلاثة أقوال، الأول للحنفية اللذين يبطلون الشرط في كل حال ويصح العقد عندهم كما سبق بيانه، والحنابلة الذن يرون أيضا بطلان الشرط وصحة العقد، فأما بطلان الشرط فلإنه ينافي مقتضى العقد ويتضمن اسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فلم يصح، وأما العقد فيصح فلأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به فلم يبطله[3].

أما المالكية فاعتبروا شرط عدم الوطء شرطا فاسدا والعقد فاسد لوقوعه على الوجه المنهي عنه شرعا، ولكن اختلفوا فيما يترتب عليه بعد وقوعه، فقالوا يفسخ النكاح قبل الدخول ويثبت بعده، ويبطل الشرط[4].

وقال الشافعية بأن شرط عدم الوطء يختلف إذا ماكانت الزوجة هي من اشترطته أو الزوج، فإذا ما اشترطت الزوجة أن لا يطأها الزوج أصلا، أو ألا يطأها إلا مرة واحدة في السنة مثلا أو أن لا يطأها إلا ليلا فقط أو نهارا فقط بطل النكاح لأنه ينافي مقصود العقد فأبطله، أما إذا اشترط الزوج عدم الوطء، صح النكاح لأن الوطء حقه فله تركه والتمكين عليها[5].

ويتبين بذلك موقف جمهور الفقهاء من اشتراط عدم الوطء واتفاقهم على بطلان الشرط مع خلاف حول صحة العقد أو بطلانه كما رأينا.

أما القوانين الوضعية محل المقارنة وإن لم تنص صراحة على بطلان هذا الشرط إلا أن تعريف هذه القوانين لعقد الزواج واتفاقها على أنه هدفه إحصان الزوجين والتناسل يؤيد هذا المعنى، وهو ما ذكره المشرع الجزائري في المادة 4 من ق.أ.ج معرفا عقد الزواج على غرار التشريعات العربية محل المقارنة على أنه عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب، وهذا لا

[1] - الشربيني، مغني المحتاج، الجزء4، المرجع السابق، ص.377. الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء4، المرجع السابق، ص.83. البهوتي، كشاف القناع ، الجزء5، المرجع السابق، ص.97.

[2] - بن الهمام، فتح القدير، الجزء4، المرجع السابق،ص.183.

[3] - البهوتي، كشاف القناع، الجزء 5، المرجع السابق، ص.98.

[4] - الحبيب بن الطاهر، الفقه المالكي وأدلته، الجزء3، ط.3، مؤسسة المعارف، لبنان، 2005، ص.237.

[5] - الشربيني، مغني المحتاج، الجزء 4، المرجع السابق، ص.377.

يتحقق إلا بالمعاشرة الزوجية أو الوطء، بالإضافة إلى أنه من الواجبات الزوجية المفروضة على الزوجين طبقا للمادة 36 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 51 من مدونة الأسرة المغربية والفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية، ضرورة قيام الزوجين بالواجبات الزوجية والتي من بينها المعاشرة الزوجية التي تعتبر حقا تبادليا بموجب القانون، وبذلك لا يمكن اشتراط عدم الوطء، كون هذا الشرط يتنافى مع أحكام قانون الأسرة سواء المتعلقة بتعريف عقد الزواج وأهدافه أو المتعلقة بحقوق الزوجين المترتبة على عقد الزواج.

ثانيا : اشتراط عدم الإنجاب

يطلق الإنجاب على حصول النسل والذرية مطلقا، في عملية تبدأ بالتلقيح مرورا بالحمل وانتهاء بالولادة أي وضع الحمل، وهو خروج الجنين من رحم أنثى في نهاية مدة الحمل، ومن يشترط عدم الإنجاب في عقد النكاح يقصد عدم حمل الزوجة الذي ينتهي بالإنجاب والولادة، وذلك باتخاذ الوسائل والأسباب المؤدية إلى عدم الحمل[1].

واشتراط عدم الإنجاب إما يكون مطلقا غير مقيد بوقت، وذلك بأن يتم الاتفاق على عدم الإنجاب دائما بصفة مستمرة طوال الحياة الزوجية، بحيث تكون رغبة المشترط في عدم حمل الزوجة من الزوج أبدا، وقد يقع هذا الاشتراط من الزوج كما الزوجة، فالزوج مثلا عندما يكون قد سبق له الزواج وله أولاد من زواجه الأول فإذا ما أراد أن يعدد أو يتزوج بعد وفاة زوجته أو طلاقه منها يشترط على المرأة التي يريد الزواج منها عدم الإنجاب بحجة أن له أولاد، وهو الحاصل كثيرا في الواقع، ذلك أن اشتراط الزوجين الرجل أو المرأة عدم الإنجاب مع عدم وجود أطفال لكليهما أمر نادر الوقوع، لأن الشخص رجلا كان أو امرأة إنما يتزوج ليكون أسرة ويكون له أولاد يستمر بهم نسله، فالتناسل واستمرار الجنس البشري يعتبر من أهم مقاصد الزواج وغاياته التي شرع الزواج من أجلها، حيث اقتضت سنة الله في كونه أن تكون الخلافة للبشر فوق الأرض، وأساس هذه الخلافة علاقة بين رجل وامرأة في إطار شرعي من أجل إنشاء أسرة تعتبر هي الخلية الأساسية في بناء كل المجتمعات[2]، قال الله تعالى:" وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً ۖ قَالُوا أَتَجْعَلُ فِيهَا مَن يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاءَ وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَ ۖ قَالَ إِنِّي أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ"[3]، ويقول رسول الله ﷺ:" تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة"[4].

---

[1] - عبد الله بن فهد بن ابراهيم العيد، اشتراط عدم الإنجاب في عقد النكاح، مجلة العدل، عدد58، مجلد15، المملكة العربية السعودية، محرم 1424 هـ.

[2] - علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية، المكتبة العربية، الدار البيضاء، د.س.ن، ص. 14. نقلا عن فتيحة بوراق، الاشتراط في عقد الزواج دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون المغربي، المرجع السابق، ص.63.

[3] - سورة البقرة، الآية 30.

[4] - أبو داود، سنن أبي داود، الجزء2، المرجع السابق، ص.220، ح. رقم 2050.

وبذلك يكون شرط عدم الإنجاب مطلقا متضمن في الشروط المخالفة للأحكام المقررة شرعا، ويكون معها العقد صحيحا والشرط باطلا لمخالفته مقتضى عقد النكاح ومخالفته ما دلت عليه النصوص الشرعية، لحديث رسول الله ﷺ:" فما بال رجال منكم يشترطون شروطا ليست في كتاب الله؟ فأيما شرط كان ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط، فقضاء الله أحق، وشرط الله أوثق..."[1].

أما إذا كان شرط عدم الإنجاب محدد بوقت معين كالسنة والسنتين، فالحكم يختلف لأن الاشتراط هنا يكون في معنى اتفاق الزوجين على تأخير الحمل لمدة معينة، عن طريق العزل أو ما يشبه العزل باستعمال وسائل منع الحمل المؤقته[2].

واشتراط عدم الإنجاب المؤقت قد يأخذ شكل أحد الصورتين، الأولى هي تنظيم النسل، والثانية هي تحديد النسل، وتنظيم النسل هو عبارة عن تنظيم عملية الإنجاب باتباع وسائل معينة بحيث يكون هناك مدة بين كل مولود وآخر[3]، وهذا ما يقصد به تباعد الولادات في القوانين الوضعية، وتنظيم النسل جائز شرعا باستعمال العزل أو بوسائل أخرى بشرط استعمال ذلك للمنع المؤقت لا الدائم، وأن يكون استعمال المانع برضا الزوجين لأن حق النسل والولد هو لكليهما، ويشترط أن يكون لضرورة[4]، فإن كان لغير ضرورة فلا يجوز، كما أن الضرورة يجب أن تكون غير الفقر، لأن الفقر ليس ضرورة والرزق بيد الله عز وجل[5]، قال الله تعالى:" وَمَا مِن دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا وَيَعْلَمُ مُسْتَقَرَّهَا وَمُسْتَوْدَعَهَا"[6].

أما تحديد النسل فهو الوقوف بالنسل عند حد معين باستعمال وسائل وقائية علاجية لقطع النسل كأن تنجب الزوجة ولدا واحد فقط أو اثنين، وهو محرم لا يجوز شرعا لأن فيه معارضة للنصوص الشرعية الداعية إلى الإكثار من النسل[7].

---

[1] - البخاري، صحيح البخاري، الجزء 2، المرجع السابق، ص.152، ح. رقم 2563. مسلم، صحيح مسلم، الجزء 2، المرجع السابق، ص.1142، ح. رقم 1504.

[2] - عبد الله بن فهد بن ابراهيم العيد، اشتراط عدم الإنجاب في عقد النكاح، المرجع السابق، ص.141.

[3] - صفاء خالد حامد زين، تنظيم النسل في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2005، ص.105.

[4] - من بين حالة الضرورة الخشية على حياة الأم وصحتها من الحمل وتبعاته، ذلك أن الولادات المتكررة مرهقة للمرأة تحتاج المرأة لراحة بين الولادة والأخرى، ومدة هذه الراحة قد تطول أو تقصر حسب حالة الأم، كأن تكون الولادة قيصرية فتحتاج لسنوات لحمل وإنجاب الطفل الثاني. صفاء خالد حامد زين، تنظيم النسل في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.106.

[5] - فرج زهران الدمرداش، تنظيم النسل بين الحل والحرمة دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية، دار المعرفة الأزهرية، مصر، د.س.ن، ص.85.

[6] - سورة هود، الآية 6.

[7] - صفاء خالد حامد زين، تنظيم النسل في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير في الفقه والتشريع، المرجع السابق، ص.ص 105-106.

أما بالنسبة لشرط عدم الإنجاب في القوانين الوضعية وإن لم نجد النص عليه صريحا في تشريعات الأحوال الشخصية محل المقارنة، إلا أنه ومن خلال تعريف هذه القوانين لعقد الزواج الذي جعلت من بين أهم مقاصده وأهدافه التناسل وتكوين أسرة، ولا شك أن شرط عدم الإنجاب مطلقا يتعارض مع هذه المقاصد والأهداف وبذلك يعتبر باطلا طبقا لهذه القوانين.

أما شرط عدم الإنجاب المؤقت والذي يأخذ صورة تنظيم النسل فهذا ما تجيزه القوانين الوضعية وتدعو إليه، وقد أشار المشرعين الجزائري والمغربي - دون القوانين الأخرى محل المقارنة- إلى مسألة تنظيم النسل طبقا للمواد 36 من ق.أ.ج و 51 من م.أ.م، واعتبراه من المسائل التي يتشاور حولها الزوجان.

وقد يثور تساؤل حول تشاور الزوجين بخصوص تباعد الولادات وإن كان يتطلب تراضي الزوجين أم لا؟ يبدو ومن خلال المادة 36 من ق.أ.ج والمادة 51 من م.أ.م أنه لا يشترط رضا الطرف الآخر على تباعد الولادات مادام الطرف الذي قرر ذلك لديه سبب وجيه وضروري يدفعه لذلك القرار، فالزوجة تتشاور مع زوجها في أن يكون هناك مدة زمنية كافية بين ولادة طفلها الأول وولادة طفلها الثاني بسبب حالتها الصحية مثلا، فللزوجة في هذه الحالة أن تنفذ قرارها دون رضا الزوج، لأن صحة الزوجة تدخل ضمن الضرورات المبيحة لتباعد الولادات.

أما في الحالة التي تشترط فيها الزوجة عدم الإنجاب المؤقت، في هذه الحالة يعتبر الشرط ملزما للطرف الآخر ولو لم يتعلق بضرورة، كأن تشترط على زوجها عدم الإنجاب مادامت لم تتخرج من الجامعة.

ثالثا: شرط تطليق الضرة أو قسم أكبر من قسمها أو عدم القسم لها

يعتبر شرط تطليق الضرة عند جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة -على تفصيل سيأتي بيانه - والظاهرية شرطا باطلا لمخالفته نصا شرعيا هو حديث رسول الله ﷺ:" لا يحل لامرأة تسأل طلاق أختها لتستفرغ صفحتها، فإنما لها ما قدر"[1]، وفي رواية لتكتفى ما في صفحتها"، ووجه الدلالة أن النبي ﷺ نهى المرأة أن تطلب من الرجل الذي يريد الزواج منها أن يطلق زوجته والنهي يقتضي الفساد[2].

قال النووي في معنى هذا الحديث:" نهى المرأة الأجنبية أن تسأل الزوج طلاق زوجته ليطلقها ويتزوج بها هي، فيصير لها من نفقته ومعروفه، ومعاشرته، ما كان للمطلقة، فعبر

[1] - البخاري، صحيح البخاري، الجزء 7، المرجع السابق، ص. 21، ح.رقم 5152.
[2] - علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.75.

عن ذلك بقوله:" تكتفى، مافي صفحتها" مجازا، قال الكاساني وأكفأت الإناء كببته وكفأته وأكفأته أملته والمراد بأختها غيرها سواء كان أختها من النسب أو أختها في الإسلام أو كافرة"[1].

وصور هذا الشرط تكون إما باتفاق المرأة مع الرجل على أن يطلق زوجته، وقد يتفقان على جزاء لمخالفة هذا الشرط كعدم انعقاد الزواج الجديد إذا لم ينفذ الشرط، أي أن الزواج الجديد يعلق على طلاق الزوجة الحالية، وهناك صورة عكسية هي تعليق طلاق الزوجة الحالية على الزواج الجديد، كأن يقول رجل لامرأة زوجتي طالق إن تزوجتك، وفي هذه الصورة الأخيرة تطلق الزوجة بمجرد انعقاد الزواج الجديد عند من يجيز تعليق الطلاق[2]، بخلاف الصورة الأولى حيث يلغى الشرط ويظل زواج الأولى والثانية صحيحا[3].

وإن كان الشرط باطلا باتفاق الفقهاء فإن النكاح الذي اقترن به الشرط اختلف في حكمه كما هو الحال بالنسبة للعقد المقترن بشرط باطل كما سبق بيانه، فأبطل الظاهرية العقد مع الشرط، وأجاز الحنفية والشافعية والحنابلة العقد وأبطلوا الشرط، أما المالكية ففرقوا بين اشتراطه قبل الدخول أو بعده، فإن كان قبل الدخول بطل الشرط والعقد وإن كان بعد الدخول مضى العقد وأبطل الشرط.

فإذا ماتم الزواج الجديد مع هذا الشرط كان الزواج صحيحا والشرط باطلا ملغيا، ولا سبيل للزوجة الجديدة إلى إجبار الزوج على تنفيذ هذا الشرط أو دفع تعويض عند عدم الوفاء به، كما أن الزوجة الجديدة ليس لها طلب فسخ زواجها بسبب عدم تنفيذ هذا الشرط لبطلانه[4].

وبالنسبة لمن قال بصحة شرط تطليق الضرة من الفقهاء هو أبو الخطاب من الحنابلة واختاره أكثر الأصحاب وكثير من متأخري الحنابلة قالوا بصحة مثل هذا الشرط، وقالوا بأن هذا الشرط صحيح يثبت للزوجة حق الفسخ عند عدم الوفاء به، جاء في كشاف القناع:" أو شرط لها طلاق ضرتها، فهذا صحيح لازم"[5]، واستدلوا بأن هذا الشرط لا ينافي العقد، وفيه مصلحة وفائدة للزوجة، فأشبه لو اشترطت عليه ألا يتزوج عليها وبالتالي يكون شرطا

---

[1] - أبوزكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، الجزء9، ط.2، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1392هـ، ص.ص 192-193.

[2] - تعليق الطلاق بالشرط هو ترتيبه على حصول شيء أو عدمه بإحدى أدوات الشرط، ومن يقول من الفقهاء أنه صحيح فلا يقع الطلاق المعلق قبل حصول ما علق عليه، واستدل هؤلاء بحديث رسول الله ﷺ :" المسلمون عند شروطهم". ينظر لمزيد من التفاصيل: عبد الكريم اللاحم، المطلع على دقائق زاد المستقنع"فقه الأسرة"، الجزء3، ط.1، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2010، ص.ص 311- 312.

[3] عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات من النواحي الدينية والاجتماعية والقانونية، المرجع السابق، هامش رقم 2، ص.249.

[4] - عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات من النواحي الدينية والاجتماعية والقانونية، المرجع السابق، ص.250.

[5] - البهوتي، كشاف القناع، الجزء5، المرجع السابق، ص.91. المرداوي، الإنصاف، الجزء8، المرجع السابق، ص.158.

صحيحا[1]، ويناقش هذا الاستدلال بأنه قياس مع الفارق، ذلك أن شرط المرأة على زوجها عدم الزواج عليها لا يخرج شيئا عن ملك نكاحه، ولا يلحق ضررا بزوجته، بينما في شرط تطليق الضرة يخرج زوجته عن ملك نكاحه، ويلحق ضررا بها فافترقا[2].

يقول ابن قدامة معلقا على قول أبي الخطاب:" ولم أر ماقاله أبو الخطاب لغيره وقد ذكرنا ما يدل على فساده"، كما يرى ابن قدامة أن مجرد نهي رسول الله ﷺ عن هذا الشرط يجعله باطلا لاغيا لا قيمة له، فلا يصح شرعا اشتراطه[3].

وقال الإمام ابن القيم أيضا ردا على من صحح شرط تطليق الضرة:" فإن قيل ما الفرق بين هذا وبين اشتراطها أن لا يتزوج عليها حتى صححتم هذا، وأبطلتم شرط طلاق الضرة؟ قيل الفرق بينهما، أن في اشتراط طلاق الزوجة من الإضرار بها وكسر قلبها، وخراب بيتها، وشماتة أعدائها ما ليس في اشتراط عدم نكاح غيرها، وقد فرق النص بينهما، فقياس أحدهما على الآخر فاسد"[4].

ولا شك في أن القول الراجح هو ما ذهب إليه القائلون ببطلان شرط تطليق الضرة، وأنه شرط لا يجب العمل به لمخالفته النصوص الشرعية، وهو النهي عن هذا الشرط بصريح نص الحديث الشريف[5]، والحكمة من هذا النهي واضحة ذلك أن الإسلام يدعو إلى المحبة والألفة، فلا تحرم المرأة أختها من حياتها الزوجية فالحياة الزوجية حق لكل امرأة ويتجلى هذا الحق في كون الإسلام عندما أقر التعدد اعترف بحق المرأة الجديدة في أن تكون زوجة، وعندما حرم على الزوجة أن تسأل طلاق أختها أكد حق المرأة القديمة في أن تبقى زوجة، ولا يقال هنا أن الشرط قد قبله الزوج وأن أحق الشروط أن يوفى ما استحللتم به الفروج، فالمسلمون حقا على شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا، وقد نهى النبي ﷺ عن سؤال المرأة طلاق أختها فكان السؤال والشرط حراما، فهو يحرم حلالا على الرجل وهو استمراره في حياته الزوجية السابقة فكان باطلا[6].

أما إن اشترطت الزوجة أن يقسم لها زوجها أكثر مما يقسم لزوجته أو زوجاته الأخريات، فيعطيها نفقة أكثر مما يعطي ضرتها أو يبيت عندها مدة أطول إلى غير ذلك، فهذا الشرط باطل والنكاح صحيح، لأن زيادة القسم للزوجة عما تستحقه حرام ينهى عنه الشرع والاتفاق على ذلك يقصد به أن يصير الحرام حلالا، وكل شرط أحل حراما فهو

[1] - ابن قدامة، المغني، الجزء7، المرجع السابق، ص.94.
[2] - علي محمد قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، المرجع السابق، ص.79.
[3] - ابن قدامة، المغني، الجزء7، المرجع السابق، ص.94.
[4] - ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، الجزء5، ط.27، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1994، ص.98.
[5] - علي محمد قاسم، التفرق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، المرجع السابق، ص.80.
[6] - عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات من النواحي الدينية والاجتماعية والقانونية، المرجع السابق، ص.251.

باطل، كما أن هذا الشرط يتنافى مع مقاصد عقد الزواج وشروط التعدد وغاياته والعدل بين الزوجات ومن ثم كان هذا الشرط منافيا لمقتضى العقد ومقصوده، فكان شرطا باطلا[1].

وبالنسبة لشرط الزوجة على الزوج عدم القسم لزوجته الأخرى، يسري عليه نفس الحكم وأشد، لمخالفة هذا الشرط لنص القرآن الكريم وقوله تعالى:" ولا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة..." فكان هذا الشرط باطلا لأنه يحلل حراما وفيه ظلم كبير للزوجة الأخرى، ومن شأنه أن يجعل الزوجة كالمعلقة لا هي متزوجة محصنة ولا هي مطلقة حرة تلتفت لحياتها.

ولم تنص القوانين الوضعية محل المقارنة على شرط طلاق الضرة أو شرط قسم أكبر من قسمها أو عدم القسم لها، إلا أنه وإعمالا لأحكام الشريعة الإسلامية ونظرا لأن هذا الشرط ينافي مقتضى العقد ويخالف نصوصا شرعية كانت هذه الشروط باطلة والعقد صحيح، ولا مجال لمطالبة الزوجة التي اشترطتها باللجوء للقضاء من أجل تنفيذها أو تعويضها على عدم التنفيذ، أو مطالبتها بالفسخ لعدم تنفيذ الشرط.

الفرع الثاني

الحالات التي لا يشكل فيها عدم الوفاء بالشرط إخلالا بالتزام المساكنة

إن الشروط الاتفاقية المقترنة بالعقد متى كانت صحيحة لا تخل بمقتضى العقد ولا تخالف نصا شرعيا، وجب الوفاء بها من طرف الزوج أو الزوجة ولا يحلهما من هذا الوفاء سوى إبراء الطرف الأخر أو رضاه صراحة أو ضمنا بهذا الإخلال(أولا)، أو زوال سبب الشرط واستحالة تنفيذه(ثانيا)، وهذه الأحوال لا تثير إشكالات في العادة وبتحققها يتحلل المشترط عليه من الوفاء بالشرط، وهناك أحوال أخرى يتمسك فيها الطرف الآخر بتنفيذ الشرط رغم ما استجد من ظروف جعلت تنفيذ الشرط مرهقا(ثالثا).

أولا: الإبراء من الوفاء بالشرط

تدخل ضمن حالة إسقاط الشرط برضا الزوج عدة فروض، فرض أول يكون إسقاط الشرط قبل الإخلال به، تندرج ضمنه عدة صور، من بينها أن تعفي الزوجة زوجها من الوفاء بالشرط ومثال ذلك أن تعفي الزوجة زوجها من شرط عدم نقلها من بلدها، وصورة آخرى أن يتم تعديل هذا الشرط بما يتناسب مع ظروف وإمكانيات الطرف الآخر كأن يكون الزوج قد اشترط على زوجته رعاية أبويه المريضين فيعدل الشرط أو يخفف منه فيصبح شرطا برعاية أمه المريضة دون الأب الذي يكون في رعاية إبنه الآخر، وقد يكون إسقاط

[1] - عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص.118.

الشرط صراحة أو ضمنا، ففي المثال الذي سقناه أولا عندما تسقط الزوجة شرط عدم الانتقال بها من بلدها، فإما يكون ذلك بأن تعبر عن ذلك بالقول أو بمراسلة زوجها كتابيا أو بسفرها إليه فيما يعتبر تعبيرا صريحا، وإما بطريقة ضمنية كأن تقوم بنقل مكان عملها من البلدة التي اشترطت سابقا على زوجها ألا يخرجها منها إلى البلدة التي يعيش فيها أهل زوجها، وفي كل الصور يكون إسقاط الشرط من الزوج أو الزوجة قبل أن يحدث الإخلال.

أما الفرض الثاني هو أن يسبق الإخلال بالشرط إسقاطه، ويكون الرضا في هذه الحالة بالإخلال من طرف الزوج المشترط إسقاط للشرط، ومثال ذلك أن يخل الزوج بشرط المرأة في العمل بحيث لا يسمح لها بالخروج لعملها، فتنصاع الزوجة لرغبة زوجها فيكون ذلك الانصياع ولو لم تصحبه موافقة بالقول إسقاط للشرط.

ذلك أن الزوجة يثبت لها الحق في فسخ عقد الزواج إن أخل الزوج بالشروط الاتفاقية، وهذا الحق لا يسقط بمجرد الإخلال بالشرط، بل يظل ثابتا للزوجة على التراخي، فلا يلزمها العمل به فورا، لأنه خيار يثبت لدفع الضرر عنها، فكان على التراخي تحصيلا لمقصودها، ولأنها أدرى بمصلحتها وأعرف بما ينفعها من الفورية في الفسخ أو التأمل والتأني والتراخي فيه[1].

ويسقط هذا الحق إذا رضيت الزوجة بإخلال الزوج بالشرط، وحينها يسبق الإخلال بالشرط إسقاطه برضا الزوجة به، سواء كان هذا الرضا بالقول أو بالفعل، كأن تمكنه من نفسها بالوطء مع علمها بعدم وفائه بالشرط[2]، أو كأن تنصاع لأمره وتستقيل من عملها لأنه لم يعد يسمح لها بمزاولة عملها الذي اشترطته في عقد الزواج.

وبالنسبة للقوانين الوضعية ورأيها في مسألة إسقاط الشروط المتفق عليها في عقد الزواج برضى الزوجين، وإن لم تنص صراحة على ذلك إلا أن هذه المسألة تندرج ضمن اتفاق الزوجين وتراضيهما على تعديل شروط تراضيا عليها مسبقا في عقد الزواج أو إلغائها، سواء أصبحت هذه الشروط لا تحقق مصلحة لأحدهما أو لأنها تمس بمصالح الأسرة ككل، لأن الأصل أن الزوجان هما الوحيدان المخول لهما تعديل الشروط المقترنة بعقد الزواج أو إلغائها في حدود ما تراضيا عليه، وهذا تكريسا لمبدأ القوة الملزمة للعقد الذي يقضي بأن تعديل الالتزامات التعاقدية لا يتم إلا بموجب اتفاق المتعاقدين[3].

[1] - علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشروط الاتفاقية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.174.
[2] - نفس المرجع، نفس الصفحة.
[3] - إيمان لعرايبي، الاشتراط في عقد الزواج، المرجع السابق، ص.ص64- 65.

ثانيا: زوال سبب الشرط

يفرغ الشرط من محتواه ولا يعود له معنى إذا زال سببه، ومثال ذلك أن تشترط الزوجة على زوجها ألا يخرجها من منزل أبويها، فبموت الأب والأم يبطل الشرط، لأن المنزل صار لورثتهما بعد أن كان لهما فاستحال إخراجها من منزل أبويها فبطل الشرط، وأيضا كما لو تعذر سكنى المنزل الذي اشترطت سكناه بسبب خراب أو بغيره، فإن للزوج أن ينتقل بها حيث أراد ويسقط حقها في الفسخ لأن الشرط عارض وقد زال فرجعنا إلى الأصل والسكن محض حق الزوج[1]، ويكون أيضا بوفاة والدي الزوج الذي اشترط على الزوجة رعايتهما، والجدير بالذكر أن زوال سبب الشرط يتحول لاستحالة تنفيذ هذا الشرط، فوفاة والدي الزوجة يجعل السبب في اشتراطها بقائها في بيتهما يزول وبدوره يتحول استحالة مادية، ذلك أن بيت أبويها لم يعد موجودا بالمعنى القانوني وأن ملكيته انتقلت لورثتهما.

ومثال زوال سبب الشرط أن تستقيل الزوجة من عملها أو تطرد منه وكان زوجها قبل ذلك اشترط عليها مساهمتها بجزء من راتبها في تكاليف المعيشة، فهنا زال سبب الاشتراط وهو عمل الزوجة وتحصيلها لراتب شهري وبالتالي يتحول زوال السبب إلى استحالة تنفيذ الشرط من طرف الزوجة بعد استقالتها أو تسريحها من وظيفتها حسب الأحوال، يبقى هناك تساؤل قد يثور حول ما إذا كانت الزوجة قد استقالت من عملها فقط لكي لا تنفذ شرط الزوج بمساهمتها في مصاريف البيت، فهل تعتبر في هذه الحالة مخلة بالوفاء بالشرط؟

على الأغلب لا تعتبر كذلك، لأن الأصل هو قرار المرأة في بيتها وخروجها استثناء، والأصل أيضا انفاق الزوج عليها مقابل احتباسها والاستثناء أن تساهم في النفقات، والزوجة تعتبر مخلة بالشرط فقط إن بقيت في عملها ولم تساهم في نفقات البيت، أما وقد استقالت وقرت في بيتها فقد تحقق الاحتباس الكامل لهذه الزوجة، ولم يعد من حق الزوج مطالبتها بالمساهمة في النفقات، بعدما كان له ذلك بمثابة تعويض له مقابل تخليه عن جزء من حقه في احتباسها.

ولقد نص المشرع المغربي في قانون الالتزامات والعقود فيما يشابه الحالة التي يزول فيها سبب الشرط ويصبح غير ملزم، حيث جاء في المادة 111 من ق.إ.ع.م ما نصه:" يبطل ويعتبر كأن لم يكن الشرط الذي تنعدم فيه كل فائدة ذات بال سواء بالنسبة لمن وضعه أو إلى شخص آخر غيره، أو بالنسبة إلى مادة الالتزام"، فكل شرط يصبح لا طائل من استمرار اشتراطه ولا مصلحة للمتعاقدين من ورائه، يصبح لاغيا كأن لم يكن ويسقط حق مشترطه في المطالبة به طبقا لقانون الالتزامات والعقود المغربي.

[1] - البهوتي، كشاف القناع، الجزء5، المرجع السابق، ص.92.

ثالثا: تعذر الوفاء بالشرط بسبب ظروف طارئة أو قوة قاهرة

لم تنص تشريعات الأحوال الشخصية محل المقارنة – ماعدا التشريع المغربي- ومن بينها تشريع الأسرة الجزائري على إسقاط الشرط بسبب ظرف طارئ، مع الإشارة إلى أن المشرع الجزائري أخذ بنظرية الظروف الطارئة كأصل عام في القانون المدني، على عكس نظيره المغربي الذي وإن لم يأخذ بنظرية الظروف الطارئة كقاعدة عامة إلا أنه اقتبس من مبادئها الفقرة الثانية من المادة 48 من مدونة لأسرة المغربية والتي أجازت تعديل أو إلغاء الشرط الذي أصبح تنفيذه مرهقا بسبب ظروف طرأت[1].

وبالنسبة للقانون الجزائري وإذا ما حاولنا تطبيق القاعدة العامة المتعلقة بالظروف الطارئة على شروط عقد الزواج، والتي تضمنتها الفقرة 3 من المادة 107 من ق.م.ج حيث نصت على أنه:" غير أنه إذا طرأت ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف، وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"، من خلال نص المادة يتضح أن المشرع الجزائري لم يحدد طبيعة الحادث الاستثنائي وبذلك يشمل كل الظروف أيا كانت طبيعتها، كما لم يحدد العقود المعنية بهذه النظرية يكفي أن يكون هناك فاصل زمني بين وقت إبرام العقد وتنفيذه، كما يشترط في الحادث أن يكون استثنائيا أي غير مألوف ولا يقع في ظروف عادية، ويشترط في الحادث أن يكون غير متوقع، أي لا يمكن توقعه أثناء إبرام العقد، وأن يكون عاما فيمس كافة الناس أو فئة منهم، رغم أن بعض الفقه لا يرى مبررا لاشتراط صفة العمومية في الحادث الاستثنائي[2].

فطبقا للقانون الجزائري يعتبر ظرفا طارئا يجيز تعديل الشرط أو إلغائه مثلا شرط الزوجة على زوجها عدم نقلها من عاصمة البلد، في حين يتم نقل الزوج بصفته موظفا ولظروف استثنائية للبلد كحالة الحرب مثلا من العاصمة إلى ولاية أخرى بعيدة بموجب أمر إداري لمدة معينة، وأي مخالفة لهذا الأمر يترتب عنها الفصل من الوظيفة[3] ، في حين لا يعتبر وطبقا للقانون الجزائري عقم الزوجة ظرفا استثنائيا يجيز تعديل أو إلغاء الشرط الذي يقضي بعدم تزوج الزوج على زوجته[4]، لأنه في هذا المثال وإن اعتبرنا عقم الزوجة حادثا استثنائيا وطارئا نتج عن حادث تعرضت له الزوجة، وأن تنفيذ شرط عدم التعدد مع هذا

[1] - محمد الكشبور، الواضح في مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق، ص.253.
[2] - علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، ط.3، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص.ص 398- 399.
[3] - إيمان لعرايبي، الاشتراط في عقد الزواج، المرجع السابق، ص.68.
[4] - نفس المرجع، نفس الصفحة.

الحادث الطارئ مرهق للزوج ، فلا يمكن اعتباره بحال من الأحوال حادثا عاما لأنه متعلق بالزوجة فقط.

فإن لم يكن ممكنا اعتبار عقم الزوجة الطارئ حادثا استثنائيا طبقا للقانون الجزائري، فهل يمكن اعتباره قوة قاهرة؟

إن القوة القاهرة هي كل حادث خارجي لا يمكن توقعه ولا يمكن دفعه يؤدي إلى إحداث الضرر[1]، والقوة القاهرة أيضا سببها حادث مفاجئ وغير متوقع كما أنه لا يشترط فيها العمومية، إلا أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا وليس مرهقا[2]، فهل يجعل عقم الزوجة تنفيذ شرط عدم التعدد مستحيلا؟ أم أن تنفيذ هذا الشرط يكون مرهقا للزوج دون الاستحالة؟

الغالب في هذه المسألة هو حالة الزوج المشروط عليه، فإذا كان هذا الزوج لديه أطفال من زوجته المتوفاة أو المطلقة فيعتبر شرط الزوجة المتضمن عدم الزواج عليها والتي طرأ عقمها مرهقا له، أما إن كان الزوج في مقتبل العمر وليس لديه أطفال فسيعتبر شرط الزوجة في عدم الزواج عليها والتي طرأ عقمها مستحيل التنفيذ بالنسبة للزوج، ويعتبر حينها عقم الزوجة قوة قاهرة يترتب عند تحققها فسخ هذا الشرط لاستحالة التنفيذ.

وبالنسبة للمشرع المغربي الذي نص صراحة على الأخذ بنظرية الظروف الطارئة في الشروط الاتفاقية التي أصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقا، حيث نصت المادة 48 ف.3 من م.أ.م على أنه:" إذا طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقا، أمكن للملتزم به أن يطلب من المحكمة إعفاءه منه أو تعديله ما دامت تلك الظروف أو الوقائع قائمة مع مراعاة أحكام المادة 40 أعلاه"، حيث يجوز للملتزم بالشرط أن يطلب من المحكمة أن تعدل الشرط الذي أصبح تنفيذه مرهقا لوقائع استجدت وطرأت أو إلغائه، ومن ذلك أن يلتزم الزوج بالإنفاق على أبناء زوجته من رجل آخر، ثم تسوء ظروفه المادية لدرجة يرهقه معها تنفيذ الشرط، أو تلتزم الزوجة بحضانة أبنائه من امرأة أخرى وتصبح عاجزة عن ذلك بسبب مرض ألم بها، والمحكمة تقدر بحسب ظروف كل نزاع على حدة، وتقرر إما تعديل الشرط كالإعفاء منه مدة معينة أو الإعفاء الكلي من الشرط أي إلغائه[3].

وقد استثنى المشرع المغربي في الفقرة 3 من المادة 48 من م.أ.م أعلاه شرط عدم تعدد الزوجات، فلا يجوز بذلك للزوج الذي اشترطت عليه زوجته عدم التعدد أن يطلب من

[1] - علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.332.
[2] - شارف بن يحيى، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة وهران، الجزائر، 2010، ص.ص58- 60.
[3] -- محمد الكشبور، الواضح في مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق، ص.254.

المحكمة أن تعفيه أو تعدل من الشرط، وإن كان المشرع المغربي أغفل حالة عقم الزوجة، ذلك أن هذه الحالة ينبغي فيها مراعاة القاعدة الشرعية "لا ضرر ولا ضرار"[1].

على أن إلغاء الشرط بسبب الظروف الطارئة أو القوة القاهرة لا يخول للزوج أو الزوجة حق طلب الفسخ لعدم الوفاء بالشرط، إذ لا يكون عدم الوفاء بالشرط وتنفيذه هنا إخلالا بالشروط الاتفاقية، إنما يكون عدم التنفيذ راجعا لاستحالة مادية أو إرهاق يصيب المدين بتنفيذ الشرط جراء حادث طارئ.

[1] - إيمان لعرايبي، الاشتراط في عقد الزواج، المرجع السابق، ص.68.

الفصل الثالث

آثار الإخلال بالتزام المساكنة بين الزوجين

الفصل الثالث

آثار الإخلال بالتزام المساكنة بين الزوجين

إن الإخلال بالتزام المساكنة بمضامينه المتجسدة في شكل قواعد تحتويها نصوص قانونية، يترتب عنه أثر مباشر يتمثل في تقرير جزاء يختلف بالنظر لدرجة الإخلال ومدى تأثيره ومساسه بالعلاقة الزوجية وبالأسرة ككل.

ورغم أن الأصل في الزواج والعلاقة الزوجية أنها سكن ومودة ورحمة، إلا أن ذلك لا يمنع من أن تعتريها أحوال من شأنها أن ينقلب معها السكن اضطرابا والمودة والرحمة بغضا وظلما، وهي استثناءات وجب ردها إلى الأصل عن طريق تقرير جزاء يفرض على كل من يخل بالتزاماته الزوجية ويسبب ضررا لصاحبه، بحيث يعتبر هذا الجزاء المقرر ضمانة للوفاء بالالتزامات المفروضة على الزوجين ولعودة الألفة بينهما واستمرار حياتهما الزوجية بسلام.

كما أن تقرير جزاء للإخلال بالتزام المساكنة من شأنه أن يؤدي دورا وقائيا، يتجسد في عدم إقدام كل من الزوجين على إتيان السلوكات التي حظرها القانون ورتب على اقترافها جزاء، فشعور الزوجين بأن هناك قوانين تحمي من الاعتداء والاستهتار بالعلاقة الزوجية من شأنه إحاطة هذه العلاقة بسياج يحميها من التفكك والانهيار، خصوصا مع ضعف الوازع الديني وغياب حس المسؤولية الذي أدى إلى تشتت أسر وانهيار علاقات زوجية كثيرة[1].

ويختلف جزاء الإخلال بالتزام المساكنة باعتبار هذا الالتزام ينطوي على التزامات متفرقة، كما أننا نجد أحيانا الجزاء يختلف عن نفس الإخلال فقط لأنه صدر من الزوج أو صدر من الزوجة، لذلك تشعبت الجزاءات كما تشعبت صور الإخلال، وسوف لن يكون تتبعنا لهذه الجزاءات بناء على الالتزام الذي يطاله الإخلال لأن ذلك سيجعلنا نقع في التكرار على أساس أن جزاء الإخلال بالتزامات متنوعة قد يكون واحدا، وآثرت أن أقسم الجزاءات أو آثار الإخلال بالتزام المساكنة بالنظر إلى القانون الذي يحتوي هذه الجزاءات وينظمها، وبما أن دراستنا منصبة على قانون الأسرة سنخصص المبحث الأول لآثار الإخلال بالتزام المساكنة في قوانين الأحوال الشخصية، ونخصص المبحث الثاني لآثار الإخلال بالتزام المساكنة في القوانين الأخرى، ونقصد القانون المدني والقانون الجنائي.

[1]- فتيحة الشافعي ، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص، 141.

المبحث الأول

آثار الإخلال بالتزام المساكنة بين الزوجين في قوانين الأحوال الشخصية

تعددت الجزاءات المقررة في نصوص الأحوال الشخصية بين جزاءات تستوجب تدخل القاضي، فلا يتقرر هذا الجزاء إلا بعد مطالبة قضائية يقرر القاضي بناء عليها وعلى ما توافر لديه من معطيات حل الرابطة الزوجية أو لا، وبين جزاءات ينفذها الزوج أو الزوجة حسب الحال؛ وبين جزاءات تنفك بها الرابطة الزوجية وأخرى تبقى مع تقررها الرابطة الزوجية مستمرة، وإن كانت صور الجزاء التي تنحل بها الرابطة الزوجية كثيرة مقارنة مع الأخرى، وهذا ما يجعل أغلب النزاعات التي تصل إلى القضاء ويكون موضوعها الإخلال بالتزام المساكنة في إحدى مضامينه مصيرها فك الرابطة الزوجية، وكأنه الجزاء الوحيد!

وبالنسية لآثار الإخلال بالتزام المساكنة أو الجزاءات المقررة للإخلال به لا نجد قسما خاصا بهذه الآثار في قوانين الأحوال الشخصية محل المقارنة، إنما نجدها متفرقة ومتناثرة هنا وهناك بين نصوص قانون الأسرة وأحكام الشريعة الإسلامية، بل إن بعض هذه الجزاءات نجد لها أصلا في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة التي تتضمن تنفيذ والإخلال بتنفيذ الالتزامات التعاقدية، كحبس الزوج النفقة الذي يعتبر تطبيقا لقاعدة الدفع بعدم التنفيذ والذي سنترك مناقشته للمبحث الثاني.

وسنناقش آثار الإخلال بالتزام المساكنة في قوانين الأحوال الشخصية من حيث كون هذه الآثار أو الجزاءات تنحل بها الرابطة الزوجية أم لا، فيأتي بذلك المطلب الأول متضمنا لآثار االإخلال بالتزام المساكنة التي تنحل معها رابطة الزوجية، والمطلب الثاني متضمنا لآثار الإخلال بالتزام المساكنة التي لا تنحل بتقررها الرابطة الزوجية.

المطلب الأول

آثار الإخلال بالتزام المساكنة التي تنحل بها رابطة الزوجية

إن الجزاءات التي تنحل بها رابطة الزوجية نظرا للإخلال بالتزام المساكنة وعلى كثرتها لا تؤدي دورها في كثير من الأحيان، من حيث إصلاحها للأوضاع المخل بها وجبر ضرر الطرف المتضرر من الإخلال بالتزام المساكنة بمضامينه، ولا ننكر أنها تكون في حالات إخلال معينة الجزاء الأفضل عند انعدام الوسيلة في التوافق بين الزوجين وتعذر استمرار الحياة الزوجية وظلم المرأة والجور عليها.

وإذا كان المولى عز وجل شرع النكاح الذي هو رباط بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي شرع أيضا فك هذه الرابطة وحكمته في ذلك جلية[1]، يقول الزيلعي:" ثم إن الله تعالى شرع النكاح لمصلحة العباد لأنه ينتظم به مصالحهم الدينية والدنيوية، ثم شرع الطلاق، كمالا للمصلحة لأنه قد لا يوافقه النكاح فيطلب الخلاص، فيمكنه من ذلك، وجعله عددا وحكمه متأخر، ليجرب نفسه في الفراق، كما جربها في النكاح، ثم حرمها عليه بعد فراغ العدة، قبل أن تتزوج بزوج آخر ليتأذى بما فيه غيظه وهو الزوج الثاني، على ما عليه جبلة الفحولة بحكمته ولطفه بعباده"[2].

والزواج ينحل بالوفاة أو الفسخ أو الطلاق أو التطليق أو الخلع كما ذكر المشرع المغربي[3]، وهو ما أهمله المشرع الجزائري الذي اقتصر على الوفاة والطلاق ليفهم من ذلك أنه أهمل الفسخ وأدرج الخلع والتطليق ضمن الطلاق.

وسنتطرق في هذا المطلب المعنون بـ أثار الإخلال بالتزام المساكنة الذي تنحل به الرابطة الزوجية إلى التطليق أو ما يسمى بالتفريق القضائي باعتباره الأثر الأكثر ترتبا على الإخلال بمضامين التزام المساكنة والجزاء الأكثر استعمالا لرفع الضرر عن المرأة (الفرع الأول)، لنتطرق إلى باقي الصور التي تنحل بها رابطة الزوجية والتي تكون جزاءا للإخلال بالتزام المساكنة وهي الطلاق والخلع واللعان (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

التفريق القضائي

لم يعرف الفقهاء القدامى التفريق القضائي تعريفا محددا، إلا أن كتاباتهم دلت على أن المفهوم العام للتفريق القضائي هو قطع النكاح بين الزوجين بأمر القاضي بناء على طلب أحدهما[4]، وعرفت الموسوعة الفقهية الكويتية التفريق القضائي على أنه:" انهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي بناء على طلب أحدهما لسبب، كالشقاق والضرر وعدم الإنفاق، أو بدون طلب من أحد حفظا لحق الشرع، كما إذا ارتد أحد الزوجين"[5].

---

[1] - مبروك المصري، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية دراسة فقهية مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2010، ص.28.

[2] - عثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، الجزء2، ط.1، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1314هـ، ص.188.

[3] - تنص المادة 71 من مدونة الأسرة المغربية على أنه:" ينحل الزواج بالوفاة أو الفسخ أو الطلاق أو التطليق أو الخلع".

[4] - عدنان علي النجار، التفريق القضائي بين الزوجين دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، كلية الشريعة، الجامعة الإسلامية غزة، فلسطين، 2004، ص.5.

[5] - الموسوعة الفقهية الكويتية، مجموعة من الفقهاء، الجزء29، المرجع السابق، ص.ص6-7.

والتفريق القضائي كجزاء للإخلال بالتزام المساكنة في إحدى صوره، يكون بطلب من أحد الزوجين، إلا أن المشرع الجزائري جعل المطالبة بالتفريق القضائي أو كما سماه التطليق حكرا على الزوجة خلافا لما قضت به التشريعات الأخرى محل المقارنة، وربما يبرر موقف المشرع الجزائري كون غالبية حالات التفريق القضائي تكون بسبب تضرر الزوجة، إلا أن ذلك لا يمنع من أن هناك حالات للتفريق تتم فيها المطالبة من طرف الزوج، لذلك فضلت أن يكون عنوان هذا الفرع التفريق القضائي بدل التطليق، والذي يعتبر مندرجا ضمن التفريق القضائي الذي يتضمن إلى جانب التطليق، الفسخ، ذلك أن الفسخ يختلف عن التطليق في الأسباب والآثار كما سنبينه في حينه، وسنتطرق فيما يلي إلى صور التفريق القضائي الذي يعتبر جزاء للإخلال بمضامين التزام المساكنة.

أولا: التفريق القضائي للعيب

العيب هو نقص بدني أو عقلي في أحد الزوجين يمنع من تحصيل مقاصد الزواج، والتمتع بالحياة الزوجية[1]، فإذا ما أصيب الزوجين بعيب من العيوب التي كما رأينا في الفصل الثاني من الباب الأول تمنع الاتصال الجنسي أو تنفر منه، فللزوج المتضرر طلب التفريق للعيب[2].

وقد اختلف الفقهاء في إجازة التفريق للعيب وفيمن له الحق في ذلك من الزوجين، فقال ابن حزم ومعه الأوزاعي وعمر ابن عبد العزيز أنه لا يجوز فسخ النكاح للعيوب لا للمرأة ولا للرجل وسواء قبل الدخول أو بعده[3]، وذهب الحنفية إلى إجازة طلب التفريق للزوجة دون الزوج، لأن الزوج له حق الطلاق وسترا على المرأة وتجنبا للتشهير بها[4]، وأما الشافعية والمالكية والحنابلة فقالوا بأن للزوج كما الزوجة حق الخيار لما قد يلحقه من ضرر[5]، وهذا في العيب الذي يكون قبل العقد، واستدلوا بأن رسول الله ﷺ تزوج امرأة من من بني غفار، فلما أدخلت عليه رأى بكشحها بياضا فناء عنها وقال: أرخي عليك، فخلى سبيلها، ولم يأخذ منها شيئا..."[6].

[1] - علي حسب الله، الفرقة بين الزوجين وما يتعلق بها من عدة ونسب، المرجع السابق، ص.120.
[2] - مبروك المصري، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية دراسة فقهية مقارنة، المرجع السابق، ص.333.
[3] - ابن حزم، المحلى بالآثار، الجزء9، المرجع السابق، ص.279. الشوكاني، نيل الأوطار، الجزء6، المرجع السابق، ص.187.
[4] - الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء2، المرجع السابق، ص.327.
[5] - ابن قدامة، المغني، الجزء 7، المرجع السابق، ص.18. الشافعي، الأم، الجزء 5، المرجع السابق، ص.90. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء2، المرجع السابق، ص.ص278-279..
[6] - البيهقي، السنن الكبرى، الجزء 14، المرجع السابق، ص.ص418- 419، ح.رقم 14338

وأما العيب الذي يطرأ بعد العقد، فذهب الشافعية على الصحيح عندهم وفي رواية عند الحنابلة أن الخيار يثبت للزوجين إذا حدث العيب بعد العقد[1]، وذهب المالكية إلى أن حدوث العيب بعد العقد يخول للمرأة طلب التفريق دون الرجل، لأن العصمة بيده وليس له ردها[2].

أما عن نوع الفرقة التي تكون بسبب العيب فذهب المالكية والحنفية إلى اعتبارها طلاقا بائنا، لأن المالكية يرون أن سبب الفرقة إذا لم يوجب فساد العقد فهو طلاق، ويرى الحنفية أن الفرقة إذا كانت من الزوج أو لسبب منه فهي طلاق[3]، أما الشافعية فيرون أن التفريق للعيب فسخ للعقد وليس طلاق[4] لأن الطلاق ما أوقعه الزوج أو جعل لأحد إيقاعه، لقول رسول الله ﷺ:" الطلاق لمن أخذ بالساق"[5]، ونفتح قوسا هنا للقول بأن هناك فرق بين بين الفسخ والطلاق من حيث معنى كل منهما؛ ومن حيث السبب المؤدي إلى كليهما، وكذا من حيث الأثر المترتب عن كل منهما.

فالطلاق اصطلاحا هو "حل قيد النكاح بألفاظ مخصوصة كالطلاق وما يحل محله من الألفاظ"[6]، والطلاق لا يكون إلا من زواج صحيح[7]، أما الفسخ فهو حل رابطة العقد أو أو حل ارتباط العقد[8]، ويكون الفسخ في الزواج الصحيح وفي الزواج غير الصحيح[9]، والطلاق غالبا ما تكون الأسباب المؤدية إليه خفية أي أنها أسرار زوجية وقد تكون خارجية وهي عديدة، تنشأ عن ضعف الوازع الديني وتدخل الأقارب في شؤون الزوجين، الاختلاف بين الزوجين ثقافيا واجتماعيا، الخيانة الزوجية ...إلخ أما الفسخ فأسبابه معلومة ظاهرة بدلائل ملموسة وقرائن واضحة، وهي إما تكون مقترنة بالعقد كالفسخ بسبب خيار البلوغ وعدم الكفاءة، وهنا يكون الفسخ نقضا للعقد من أصله، وهناك أسباب تكون طارئة عن العقد بعد صحته ولزومه وذلك مثل ردة أحد الزوجين أو اتصال أحد الزوجين بأقارب الآخر، وهذا الفسخ لا ينقض العقد من أصله[10].

---

[1] - محمد نجيب المطيعي، كتاب المجموع شرح المهذب وتكملة المطيعي الأولى، المكتبة السلفية، المملكة العربية السعودية، د.س.ن، ص.335. ابن قدامة، المغني، الجزء7، المرجع السابق، ص.187.

[2] - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء2، المرجع السابق، ص.279.

[3] - مالك ابن أنس، المدونة الكبرى، الجزء2، المرجع السابق، ص.121. السرخسي، المبسوط، الجزء5، المرجع السابق، ص.102.

[4] - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، الجزء4، المرجع السابق، ص.343.

[5] - ابن ماجه، سنن ابن ماجه، الجزء1، ص.672، ح.رقم 2081.

[6] - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء3، المرجع السابق، ص.126.ابن قدامة، المغني، الجزء7، المرجع السابق، ص.363.

[7] - مبروك المصري، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية دراسة فقهية مقارنة، المرجع السابق، ص.43.

[8] - ابن نجيم، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص.402.

[9] - مبروك المصري، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية دراسة فقهية مقارنة، ص.44.

[10] - نفس المرجع، نفس الصفحة.

أما من حيث الأثر فالفرق بين الطلاق والفسخ واضح، ففي الطلاق تنحل الرابطة الزوجية في الحال إذا كان الطلاق بائنا وفي المآل إذا كان الطلاق رجعيا، أما الفسخ فتنحل به الرابطة الزوجية حالا دائما، ومن حيث وجوب المهر فكل طلاق قبل الدخول يثبت به نصف مهر المثل للمرأة وكل فسخ قبل الدخول لا يثبت به شيء للمرأة، وهناك أثر مهم جعل الفقه يثبت حق الطلاق للزوج دون القاضي، لأن الطلاق في رأيه حق شخصي للزوج، وقول القاضي للزوج طلق وإلا طلقنا عنك هو إكراه له على مالا يرضى[1]، وقد سئل الإمام أحمد بن حنبل عن الخيار للعيب لماذا لا يكون طلاقا؟ فقال:"لأن فقال:"لأن الطلاق ما تكلم به الرجل"[2]، هذا الأثر هو احتساب عدد الطلقات على الزوج، فالطلاق الذي يقع صحيحا يحسب طلقة على الزوج فإن طلق زوجته ثلاثا لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره، أما الفسخ فلا يحسب على الزوج من مجموع الطلقات، كما أن الطلاق ماعدا المكمل للثلاث يقع رجعيا للزوج أن يراجع زوجته من غير مهر ولا عقد جديدين، أما الفسخ فإنه يقع بائنا لا رجعة فيه ولا طلاق لأنه نقض العقد من أساسه[3].

أما عن التفريق القضائي للعيب في قوانين الأحوال الشخصية محل المقارنة، فقد أدرج المشرع الجزائري وطبقا للمادة 53 من ق.أ.ج العيوب ضمن الحالات التي تجيز للزوجة طلب التطليق، حيث نصت الفقرة 3 من المادة 53 على أنه :" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج"، بحيث يعتبر وجود هذه العيوب إخلالا بالتزام المعاشرة الزوجية والذي يعتبر الوجه الإيجابي للالتزام بالإحصان، ومن خلال نص المادة أعلاه يتضح أن المشرع الجزائري منح حق التفريق للعيب للزوجة دون الزوج آخذا في ذلك بمذهب الحنفية، كما أن المشرع الجزائري لم يسم أي من هذه العيوب ولم يعددها أو يحصرها، واكتفى بتقرير ضابط لاعتبار أي عيب موجب للتفريق إذا كان يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، وطبقا لنص المادة 4 من نفس القانون أهداف الزواج وعلى حد تعبير المادة هي"تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"، وبذلك تكون أهداف الزواج طبقا لقانون الأسرة هي التناسل والإحصان وتكوين أسرة، والمشرع الجزائري بتوجهه هذا أخذ برأي ابن القيم الذي قال بعدم حصر العيوب المبيحة للفسخ كما بيناه سابقا[4].

[1] - علي حسب الله، الفرقة بين الزوجين، المرجع السابق، ص.119.
[2] - ابن قدامة، المغني، الجزء7، المرجع السبق، ص.193.
[3] - مبروك المصري، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية دراسة فقهية مقارنة، المرجع السابق، ص.ص44-45.
[4] - ينظر ص.ص 134- 136 من هذه الرسالة.

وما يسجل على المشرع الجزائري من مآخذ في مسألة التطليق للعيب كما يرى الأستاذ مبروك المصري، هو عدم تعرضه للأجل الذي يضرب للعيوب التي يرجى برؤها وكذا عدم تحديد نوع الفرقة للعيب إذا كان فسخا أم طلاق[1]، وبالنسبة للمأخذ الأول فالمشرع الجزائري رغم سكوته عن الأجل المضروب للعنين للتأكد من شفائه أو لا، إلا أن اجتهاد المحكمة العليا قد كرس ذلك، حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى :" من المقرر فقها وقضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلها وبعد انتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق"[2]، على أن بدأ حساب هذه السنة يكون من يوم تنفيذ الحكم القاضي بها ولو كانت الزوجة قد مكثت مع زوجها العنين سنة قبل ذلك،على أن تثبت العيوب الجنسية وغيرها بخبرة طبية[3]، والتي تقرر إما منح الزوج مهلة إذا رأت أن العيب يمكن زواله، أما إن أثبتت الخبرة أن العيب مستحكم كالجب مثلا يفرق القاضي بين الزوجين إن بقيت الزوجة مصرة على الفرقة[4]، أما بالنسبة للمأخذ الثاني وهو عدم تحديد نوع الفرقة للعيب وإن كانت فسخا أو طلاقا فالمشرع الجزائري أدرج حالة التفريق للعيب ضمن المادة 53 من ق.أ.ج التي عنيت بحالات طلب التطليق، فاعتبر التفريق للعيب طلاقا من طرف القاضي.

وبالنسبة للمشرع المغربي فقد فصل نوعا ما مقارنة مع نظيره الجزائري في التفريق للعيوب من خلال المواد 107 إلى غاية 111 من م.أ.م، ورغم أن المشرع المغربي هو الآخر لم يحصر العيوب ولم يعددها إلا أنه أشار إلى مجموعتين من العيوب، عيوب تمنع المعاشرة وأمراض خطيرة على حياة الزوج الآخر أو صحته، وأخذ المشرع المغربي برأي الجمهور وأثبت حق التفريق للعيب لكلا الزوجين، أما عن شروط قبول دعوى التطليق للعيب، فيشترط طبقا للمادة 108 من م.أ.م ألا يكون طالب الفرقة من الزوجين عالما بالعيب حين العقد، وألا يصدر من الطالب ما يدل على الرضى بالعيب بعد العلم بتعذر الشفاء ويكون ذلك بتعبيره صراحة عن رغبته في استمرار الحياة الزوجية رغم وجود العيب وربما قد يتدخل لمحاولة العلاج[5].

وبالنسبة لمصير الصداق في وجود العيب بعد البناء فقد نصت المادة 109 من المدونة على أن الزوج يرجع على من غرر به أو كتم عنه العيب قصدا، ويستعين القاضي بأهل

---

[1] - مبروك المصري، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية دراسة فقهية مقارنة، المرجع السابق، ص.ص343-344.

[2] - المجلس الأعلى، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1984/11/19، ملف رقم 34784، م.ق، عدد03، 1989، ص.73.

[3] - أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، المرجع السابق، ص.162.

[4] - نفس المرجع، نفس الصفحة.

[5]- محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق، ص.176.

الخبرة في معرفة العيب أو المرض وإن كان قابلا للشفاء أو كان داء مستعصيا طبقا للمادة 111 من م.أ.م، أما عن عن مسألة اعتبار التفريق القضائي للعيب فسخا أم طلاقا، فلم يصرح المشرع المغربي بذلك، إلا أنه ومن خلال المادة 71 من المدونة التي تقضي بأن عقد الزواج ينحل بالوفاة أو الفسخ أو الطلاق أو التطليق أو الخلع، وورود المواد الخاصة بالتفريق القضائي للعيب ضمن القسم الرابع الخاص بالتطليق يتبين موقف المشرع المغربي الذي اعتبر هو الآخر التفريق للعيب طلاقا موافقا بذلك الفقه المالكي.

ولم ينص المشرع التونسي على التفريق للعيب كحالة للتطليق والفرقة، إنما تندرج هذه الحالة ضمن الطلاق للضرر طبقا للمادة 31 فقرة 2 من م.أ.ش.ت.

وأجاز المشرع المصري للزوجة دون الزوج وطبقا للمادة 9 من القانون رقم رقم 25 لسنة 1920 طلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يبرأ منه أو يأخذ وقتا طويلا للشفاء، وعدد المشرع المصري على سبيل المثال عيوبا هي الجنون والجذام والبرص ولم يفرق بين حالة وجود العيب بالزوج قبل العقد أو بعده، والمعتبر فقط ألا تكون الزوجة قد علمت به قبل العقد أورضيت به بعده، ونصت المادة 11 من نفس القانون على أنه يستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها، وقد قضت محكمة النقض المصرية في إحدى قراراتها بأنه:" حق الزوجة في طلب التفريق للعيب المستحكم في الزوج شرطه جواز الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام المرض ومدى الضرر"[1]، ونص المشرع المصري صراحة في نص المادة 10 من نفس القانون على أن الفرقة للعيب طلاق بائن.

وفي القانون الأردني - الذي جاء مفصلا في مسألة التفريق للعيوب- وطبقا للمواد 131 و132 يجوز للزوجة كما الزوج طلب الفرقة لوجود عيب في الآخر، واشترط على الزوج لكي يستطيع طلب الفرقة لسبب عيب في زوجته ألا يكون قد علم به قبل العقد أو رضي به بعده صراحة أو ضمنا، ولم يشترط هذا الشرط بالنسبة للزوجة في التفريق لعنة الزوج، كما عدد المشرع الأردني مجموعة من العيوب التي تصيب الزوج على سبيل المثال وذكر منها الجذام والجب والعنة والخصاء والبرص والسل والزهري والإيدز وكل مرض أو علة لا يمكن المقام معها دون ضرر، سواء أصيب بها الزوج قبل العقد أو طرأت بعده، وللزوجة طلب التفريق بمراجعة القاضي الذي لابد عليه من أن يستعين بأهل الخبرة، فإن أكدت الخبرة أن العيب أو العلة مستحكمة ولا شفاء منها حكم بالفرقة في الحال، وإن وجد أمل بالشفاء فيؤجل الزوج سنة واحدة، فإن لم يزل العيب ولم تبرأ العلة ورفض الزوج الطلاق وأصرت الزوجة عليه حكم القاضي بالتفريق، وعدد المشرع

[1] - الطعن رقم 08 لسنة 43، ق.جلسة، 1975/11/19، مس مجلة فني مدني. نقلا عن أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص.166.

الأردني هو الآخر مجموعة من العيوب التي تكون بالزوج ولا توجب التفريق كالعمى والعرج، واعتبر المشرع الأردني طبقا للمادة 135 من ق.أ.ش.أ جنون الزوج الذي لا يزول طبقا لخبرة طبية عيبا موجبا للتفريق أما إن كان ممكن زواله تؤجل الفرقة لمدة سنة، فإن لم يزل بعد السنة وأصرت الزوجة فرق القاضي بينهما.

كما اعتبر المشرع الأردني وطبقا للمادة 136 من ق.أ.ش.أ عقم الزوج عيبا موجبا للتفريق بشرط أن تكون الزوجة قادرة على الإنجاب؛ ولم تتجاوز الخمسين سنة؛ وأن تثبت عقم الزوج بتقرير طبي؛ وأن يكون قد مضى خمس سنوات على الدخول بها.

وعدد المشرع الأردني أيضا مجموعة من العيوب المتعلقة بالزوجة كالرتق والقرن وكل مرض منفر لا يمكن للزوج المقام معه إلا بضرر، ونصت المادة 128 من نفس القانون على أن الزوجة المصابة بهذه العلل لا تسمع دعواها للتفريق من زوجها الذي به عيب يحول دون بنائه بها.

ويتضح من خلال ما سار إليه المشرع الأردني في مسألة التفريق للعيوب أنه أخذ برأي الجمهور، في إثبات حق التفريق للعيب لكلا الزوجين معا وفي تعداد العيوب والعلل الموجبة للتفريق، كما أنه أخذ برأي الشافعية في اعتبار الفرقة للعيب فسخا طبقا للمواد 131 و132 من نفس القانون.

ولقد غير المشرع السوري توجهه في مسألة التفريق للعيوب بعد تعديل قانون الأحوال الشخصية السوري في 2019، فبعدما كان يجيز للزوجة فقط طلب التفريق للعيب، أصبح وطبقا للمادة 105 من ق.أ.ش.س المعدلة بموجب القانون رقم 04 لعام 2019 المعدل لقانون الأحوال الشخصية السوري يجيز لكلا الزوجين التفريق لوجود عيب في الآخر، بشرط سلامة طالب الفرقة من هذه العيوب، ولم يعدد المشرع السوري العلل والعيوب الموجبة للفرقة إنما وصفها بالعلل المانعة من الدخول أو تمامه والأمراض المنفرة المستديمة أو الأمراض المخيفة أو المعدية سواء وجدت قبل العقد أو بعده، فالمشرع السوري وسع من العيوب والأمراض ليدخل تحتها الكثير من الأمراض المعاصرة، كما أن المشرع السوري اعتبر وطبقا للمادة 108 من ق.أ.ش.س التفريق للعيوب والعلل فسخا بعدما كان يعتبره طلاقا قبل التعديل.

وأجاز المشرع العراقي التفريق بسبب العيب للزوجة دون الزوج، وذكر في نص المادة 43 من ق.أ.ش.ع ثلاث حالات يتحدد في ضوئها مفهوم العيب الموجب للتفريق وردها إلى ثلاثة معايير، الأول يرجع لعدم القدرة على القيام بالواجبات الزوجية، فكل عيب يمنع من المعاشرة الزوجية يكون عيبا موجبا للتفريق طبقا للفقرة 4 من المادة 43 من ق.أ.ش.ع، وسواء أصيب الزوج بهذه العيوب قبل أو بعد الدخول، فإن طالبت الزوجة

بالفرقة يعين القاضي خبرة طبية تنظر إذا كان هناك أمل في شفائه فيؤجل سنة وإلا يفرق بينهما القاضي حالا؛ والثاني هو حالة عقم الزوج سواء كان قبل الزواج أو طرأ بعده ولم يكن للزوجة ولدا منه على قيد الحياة جاز لها طلب التفريق؛ والثالث هو ما تضمنته الفقرة 6 من نفس المادة والتي أجازت للزوجة طلب التفريق إذا أصيب زوجها بعد العقد بعلة منفرة وخطيرة وسارية كالجذام والبرص أو السل أو الزهري أو الجنون، واعتبر المشرع العراقي التفريق للعيب طلاقا بائنا طبقا لنص المادة 45 من ق.أ.ش.ع.

ثانيا التفريق لعدم الإنفاق أو الإعسار بالنفقة

اختلف الفقهاء - كما سبق بيانه- في جواز التفريق بسبب الإعسار في النفقة على قولين اثنين، الأول قول الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة والذين يرون جواز التفريق للإعسار بالنفقة مطلقا، والقول الثاني هو للحنفية والظاهرية وعطاء والزهري وابن شبرمة والذين قالوا بعدم جواز التفريق للإعسار بالنفقة [1].

واختلف جمهور الفقهاء الذين أجازوا التفريق لعدم الانفاق في الشروط الواجب توفرها لتقرير الفرقة، فالشرط الأول وجود نكاح صحيح مع استحقاق الزوجة النفقة، فقد يكون النكاح فاسدا واجب الفسخ وقد يكون النكاح صحيحا والزوجة لا تستحق النفقة لنشوزها[2]؛ والشرط الثاني عدم وجود مسقط لحق النفقة، ومن بين مسقطات النفقة العلم بفقر الزوج عند العقد الذي قال به المالكية[3] ولم يقل به الشافعية[4] والحنابلة[5]؛ والشرط الثالث رفع دعوى التفريق أمام القاضي، وبذلك قال المالكية والشافعية والحنابلة، وزاد المالكية على ذلك إن لم يجب الحاكم قال جماعة العدول من المسلمين[6].

واعتبر الشافعية والحنابلة الفرقة لعدم الإنفاق فسخا[7]، واعتبرها المالكية طلاقا رجعيا، فإن وجد الزوج يسارا في العدة ملك به الرجعة وإن لم يرتجع لأنها كالزوجة حكما[8].

وبالنسبة للتفريق لعدم الإنفاق في قوانين الأحوال الشخصية فقد أخذت القوانين محل المقارنة برأي جمهور الفقهاء، وأجازت التفريق لعدم الإنفاق، فنص المشرع الجزائري في المادة 53 من ق.أ.ج وفي الفقرة 01 على أنه يجوز للزوجة طلب التطليق

---

[1] - ينظر ص.ص 401- 404 من هذه الرسالة.
[2] - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم، الجزء8، المرجع السابق، ص.487.
[3] - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء2، المرجع السابق، ص.ص518-519.
[4] - الشربيني، مغني المحتاج، الجزء4، المرجع السابق، ص.347. الرملي، نهاية المحتاج، الجزء7، المرجع السابق، ص.ص202-203.
[5] - البهوتي، كشاف القناع، الجزء5، المرجع السابق، ص.477.
[6] - الشربيني، مغني المجتاج، الجزء4،المرجع السابق، ص.347. ابن قدامة، المغني، الجزء8، المرجع السابق، ص. 210. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، الجزء2، ص.519.
[7] - الشربيني، مغني المحتاج، الجزء5، المرجع السابق، ص.182. ابن قدامة، المغني، الجزء7، ص.576.
[8] - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء2،المرجع السابق، ص.519.

إذا لم ينفق الزوج عليها، واشترط في التطليق لعدم الإنفاق طبقا لنفس الفقرة صدور حكم من المحكمة بوجوب النفقة ومعنى ذلك أن الزوج قد امتنع مدة معلومة من الإنفاق على زوجته، فضروري أن ترفع الزوجة دعوى مطالبة بالنفقة وصدور حكم فيها يلزم الزوج بالإنفاق[1] حتى تستطيع الزوجة رفع دعوى تطليق لعدم الإنفاق[2]؛ والشرط الثاني ألا تكون الزوجة عالمة بإعسار الزوج وقت إبرام العقد، وبذلك وافق المشرع الجزائري في هذا مذهب المالكية، وكان على المشرع الأخذ في هذه المسألة برأي الشافعية والحنابلة والقائل بأن لها الفسخ لعدم الإنفاق ولو رضيت بإعساره ابتدء، لأن حق الزوجة في النفقة يتجدد كل يوم فيتجدد معه ضرر الامتناع عن أدائها[3].

ونص المشرع المغربي على التفريق لعدم الإنفاق في المادة 102 من م.أ.م والتي قضت بأن للزوجة طلب التطليق لعدم الإنفاق، فإن كان للزوج مال يمكن أخذ النفقة منه تنفذ المحكمة عليه ولا تستجيب لطلب التطليق، وإذا أثبت الزوج عجزه تحدد له المحكمة أجلا لا يتعدى ثلاثون (30) يوما لينفق خلاله وإلا طلقت عليه ماعدا في حالة ظرف قاهر أواستثنائي.

أما إذا امتنع الزوج عن الإنفاق ولم يكن له مال ولم يثبت عجزه فإن المحكمة تطلق عليه حالا لأن الإنفاق لا يحتمل التأخير دون مبرر مقبول[4]، ويعتبر الزوج ممتنعا عن الإنفاق يثبت عسره طبقا للقضاء المغربي إذا أصر الزوج على عدم الإنفاق رغم جبره جبريا[5]، وكذلك الزوج الذي تم التوصل إليه في دعوى النفقة بصفة قانونية وتخلف عن الحضور لأن عدم إنفاقه في الماضي وعدم حضوره رغم تبليغه قرينة على إصراره على عدم

[1] - لقد انفرد المشرع الجزائري بهذا الإجراء كشرط للحكم للزوجة بطلب التفريق لعدم الإنفاق، وهو ما يتعارض مع الأساس التي تقوم عليه دعوى التطليق لعدم الإنفاق وهو دفع الضرر الواقع على الزوجة جراء امتناع الزوج عن الإنفاق قصدا أو عسرا، حيث تتحمل الزوجة بذلك عبء إثبات عدم الإنفاق وبعدها تستصدر حكما قضائيا تلزم الزوج فيه بالإنفاق، ثم بعد مرور شهرين من صدور هذا الحكم يجوز لها رفع دعوى أخرى تطالب فيها بالتطليق لعدم الإنفاق، وفي ذلك كله إثقال لكاهل الزوجة بإجراءات قضائية طويلة ومعقدة. شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، المرجع، ص.199.

[2] - عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.54.

[3] - عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السايق، ص.56.

[4] - محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص.253.

[5] - محكمة النقض، قرار صادر بتاريخ 22 يونيو 199، قضاء المجلس الأعلى في الأحوال الشخصية والعقار(1957-2002). نقلا عن محمد الشافعي ، المرجع نفسه، ص.252.

الإنفاق[1]، كما يعتبر الزوج مصرا على عدم الإنفاق إذا فضل دخول السجن بدل الإنفاق على زوجته وأولاده[2].

ونص المشرع التونسي في الفصل 39 من م.أ.ش.ت على أن القاضي يمنح للزوج الممتنع عن النفقة شهرين لكي ينفق على زوجته، فإن مضى الأجل ولم ينفق طلقت عليه الزوجة، ويسقط حق الزوجة في الطلاق إذا كانت عالمة بإعسار الزوج حين العقد تأسيا بما ذهب إليه الفقه المالكي.

وأجاز المشرع المصري بدوره التفريق لعدم الإنفاق بموجب القانون رقم 25 لسنة 1925 في المادة 4 و5 منه بعدما كان يعتبر الإعسار بالنفقة أو عدم الإنفاق غير موجب للفرقة عملا بمذهب أبي حنيفة[3]، وطبقا للقانون المصري لا يطلق على الزوج الموسر الذي له مال ظاهر إنما ينفذ ما استحق من نفقة للزوجة على ماله الظاهر، أما إن لم يكن له مال ظاهر ولم يبين إن كان موسرا أو معسرا وأصر على عدم الإنفاق، أوإن ادعى أنه معسر ولم يستطع الإثبات طلق عليه القاضي في الحال، أما إن أثبت إعساره أمهل عليه مدة لا تزيد عن شهر، فإن لم ينفق بعد تمام هذا الأجل طلق عليه القاضي، واعتبر القانون المصري التطليق لعدم الإنفاق طلاقا رجعيا طبقا للمادة 6 من نفس القانون، ولكن شراح قانون الأحوال الشخصية المصري بينوا أنه مقيد بكون تطليق القاضي بعد الدخول، وكان الأولى النص على ذلك في المادة 6 أعلاه[4].

وصار المشرع الأردني إلى نفس الحكم، فلم يجز التفريق لعدم الإنفاق إذا كان للزوج مالا يمكن تنفيذ النفقة فيه سواء كان الزوج حاضرا أو غائبا، أما إن لم يكن للزوج مال فإن ادعى اليسار وأصر على عدم الإنفاق وأصرت الزوجة على التفريق طلق عليه القاضي، فإن ادعى العجز والإعسار ولم يثبته طلق عليه القاضي أيضا، أما إن أثبت عجزه أمهله القاضي مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد عن ثلاثة أشهر تحسب من تاريخ رفع دعوى التفريق طبقا لنص المادة 116 من ق.أ.ش.أ، واعتبر المشرع الأردني التفريق لعدم الإنفاق طلاقا رجعيا إذا كان بعد الدخول أما إن كان قبل الدخول فيقع بائنا طبقا للمادة 118 من نفس القانون.

وأجاز المشرع السوري بدوره وطبقا للمادة 110 من ق.أ.ش.س للزوجة طلب التفريق إذا امتنع الزوج الحاضرعن الإنفاق على زوجته، إن لم يكن له مال ظاهر يمكن

[1] - محكمة النقض، قرار مؤرخ في 18 أكتوبر2000. نقلا عن محمد الشافعي، المرجع نفسه، نفس الصفحة.
[2] - محكمة الاستئناف مراكش، قرار صادر بتاريخ 5 نوفمبر 1991، مجلة المحامي، العدد25-26، ص.158. نقلا عن محمد الشافعي، المرجع نفسه، نفس الصفحة.
[3] - ناصر عبد الرازق، حق الطلاق بين الزوج والزوجة والقاضي، مدبولي الصغير للنشر، مصر، 2007، ص.103.
[4] تيسير رجب التميمي، الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي، ط.1، دار الفكر العربي، مصر، 2009، ص.ص194-195.

التنفيذ عليه ولم يثبت عجزه عن الإنفاق، فإن أثبت عجزه أمهله القاضي مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، والتي تعتبر طويلة مقارنة مع ما قرره المشرع المصري، فإن انقضت المدة ولم ينفق طلق عليه القاضي، ويعتبر التفريق لعدم الإنفاق طبقا للقانون السوري طلاقا رجعيا للزوج أن يراجع زوجته، بشرط أن يثبت يساره وأن يتعهد بالإنفاق طبقا لنص الفقرة 3 من نفس المادة.

ونتساءل في هذه الحالة هل يشترط التعهد بالإنفاق على المعسر كونه لم يمتنع عن الإنفاق مختارا، وإن كان الزوج الموسر الذي يتعنت في عدم الإنفاق هو الأولى بهذا الشرط .

وقرر المشرع العراقي حق الزوجة في التفريق لعدم الإنفاق في المادة 43 من ق.أ.ش.ع على ثلاثة فروض، الأول إذا امتنع الزوج عن الإنفاق دون عذر مشروع بعد امهاله مدة لا تتجاوز شهرين، الثاني يكون في حالة تعذر تحصيل النفقة منه بسبب غيبته أو فقده أو سجنه أو الحكم عليه بالحبس مدة لا تزيد عن السنة في هذه الحالة يطلق عليه دون إمهال، والثالث إذا امتنع الزوج عن تسديد النفقة المتراكمة المحكوم بها عليه بعد إمهاله مدة لا تتجاوز شهرين[1]، وإن كان هذا الحكم الأخير مجحف في حق الزوج، خصوصا وأن الزوج قد يتكلف عناء تحصيل النفقة الجارية لكي لا يتم التفريق بينه وبين زوجته وتشتيت أسرته، فيتفاجئ بالقاضي يحكم بالفرقة لأن الزوج لم يدفع النفقة المتراكمة.

والجدير بالذكر عدم إشارة المشرع العراقي إلى الفرض الذي يمتنع فيه الزوج الموسر عن الإنفاق ويكون له مال ظاهر، وإن كان القاضي ينفذ عليه ولا يقضي بالتفريق كما نصت عليه التشريعات العربية أم لا.

كما لم تشر أي من التشريعات العربية إلى الحالة التي يتكرر فيها الإخلال بالتزام الإنفاق، حيث لا يرضخ الزوج في كل مرة ولا ينفق على زوجته إلا بحكم ملزم من القضاء وبعد طلبها التفريق عنه لعدم الإنفاق.

ثالثا: التفريق للهجر والغيبة والحبس

إن الأساس في اعتبار الغيبة عند الفقهاء سببا للتفريق ليس هو عدم الإنفاق، لأن الفقهاء أجازوا التفريق للغيبة ولو ترك الزوج للزوجة مالا تنفق منه، وإنما المعتبر في ذلك هو حرمان الزوجة من مشاركة زوجها في أعباء الحياة ومن الأنس والألفة، لذلك جمعنا تحت هذا العنوان التفريق للغيبة والهجر والحبس لأن كل ذلك يجعل تلك المعاني لا

[1] - فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، المرجع السابق، ص.ص203-204.

تتحقق، وإن كان قصد الإضرار في الهجر بين أكثر من الغيبة والحبس اللذين قد يكون لا دخل لإرادة الزوج فيهما.

1 - التفريق للهجر: كما سبق بيانه في صفحات سابقة من هذه الرسالة، يعتبر الإيلاء والظهار هجرا يتحقق به الإضرار بالزوجة، لذلك أجاز فقهاء الشريعة الإسلامية للزوجة طلب الفقرة عن زوجها للهجر سواء كان إيلاء أو ظهارا أو هجرا دونهما، فالمالكية والحنابلة يرون أن من ترك الوطء بغير يمين لزمه الحكم إذا قصد الإضرار، فيحدد له مدة أربعة أشهر ثم يحكم له بحكم الإيلاء لأنه تارك لوطئها ضررا بها فأشبه المولي، وكذلك من ظاهر زوجته ولم يكفر كفارة الظهار تضرب له مدة الإيلاء ضررا بها فأشبه المولي، وثبت له حكمه لقصد الإضرار بها[1].

وبالنسبة للتفريق بالإيلاء فهو طلاق رجعي عند المالكية والشافعية[2]، وذهب الحنفية وفي رواية عند الحنابلة أنه يقع طلاقا بائنا حتى يزال الضرر، وفي رواية عند الحنابلة أن القاضي هو من يقرر حسب الحال إما يكون طلاقا رجعيا أو بائنا[3].

وفيما يتعلق بموقف التشريعات الوضعية من المسألة، فقد نص المشرع الجزائري في المادة 53 من ق.أ.ج فقرة 03 على أنه:" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: 3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر"، ولم يخرج بذلك المشرع الجزائري عما قرره الفقه الإسلامي بل وافق المالكية والحنابلة في جواز التفريق بترك الوطء أكثر من أربعة أشهر سواء كان ذلك بالإيلاء أو بالظهار أو بدونهما[4]، فالمشرع الجزائري وإن لم ينص مباشرة على الإيلاء إلا أنه كان يقصده، ذلك أن الهجر المذكور في الفقرة 3 من المادة 53 أعلاه يتفق مع الإيلاء قي عدم معاشرة الزوجة مدة تفوق أربعة أشهر[5].

طبقا للقانون الجزائري لا يحكم القاضي بالتفريق إلا إذا توفرت شروط معينة، أولها هي السلوك اللاشرعي وهو أن يهجر الزوج فراش الزوجية ويدير ظهره لها في الفراش؛ والثاني هو العنصر الزمني وهو استمرار ذلك أربعة أشهر متتالية متواصلة غير منقطعة، دون أي اتصال بين الزوجين؛ والعنصر الثالث هو العنصر المعنوي والمتمثل في نية الإضرار بالزوجة، دون أن تكون نية التأديب، وإن كانت نية الإضرار تتحقق

[1] - وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، الجزء8، المرجع، ص.516.
[2] - ابن رشد، بداية المجتهد، الجزء3، المرجع السابق، ص.120. الشافعي، الأم، الجزء5، المرجع السابق، ص.290.
[3] - الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء3، المرجع السابق، ص.165. ابن قدامة، المغني، الجزء7، المرجع السابق، ص.565.
[4] - مبروك المصري، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، المرجع السابق، ص.328.
[5] - دليلة أيت شاوش، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2014، ص.192.

بمجرد امتناع الزوج عن معاشرة زوجته دون عذر شرعي مدة أربعة أشهر، فإن تحققت هذه الشروط ورفعت الزوجة أمرها للقاضي أمر القاضي الزوج بالعودة لزوجته، فإن لم يفعل طلق عليه القاضي[1].

وربما يظهر الفرق بين الإيلاء والهجر في القانون الجزائري من الناحية العملية، ويطرح تساؤل يفيد أنه إن كانت الزوجة في الإيلاء تستطيع أن ترفع أمرها إلى القاضي قبل مضي الأربعة أشهر؟ لأن الزوج إذا حلف أمام زوجته أنه لن يطأها مطلقا أومدة تفوق أربعة أشهر فهي بناء على يمينه يمكن أن ترفع أمرها للقاضي، على عكس الهجر الذي يكون دون أيمان ودون تصريح من الزوج بالهجر، فلا تستطيع الزوجة رفع أمرها إلى القاضي إلا بعد أربعة أشهر، لتصبح مدة الأربعة أشهر هنا قرينة تثبت نية الزوج في الإضرار بالزوجة، أما في الإيلاء فإن نية الإضرار تظهر في اليمين الذي يحلفه الزوج فلا تكون هناك حاجة لانتظار أربعة أشهر، إلا أن الغالب هو ألا ترفع الزوجة أمرها إلى القاضي قبل مضي هذه المدة وأكثر، لأن قانون الأسرة الجزائري ركز فقط على مدة أربعة أشهر دون اعتبار ليمين الزوج وإن كان حلف بترك معاشرة زوجته أم لا.

ونتساءل أيضا لماذا استعمل المشرع الجزائري على خلاف التشريعات محل المقارنة مصطلح "الهجر في المضجع" دون "الهجر"، لأن الهجر في المضجع يقترن بتأديب الزوجة كمرحلة ثانية يصير إليها الزوج بعد وعظ زوجته دون نتيجة، ولا يعني هذا أن الهجر في المضجع لا يعتبر إخلالا بالتزام المعاشرة والتزام المساكنة عامة بل هو كذلك، فكثيرا ما يهجر الزوج فراش زوجته، ولأن الهجر قد يكون هجرا في الفراش وهجرا للفراش وهجرا لبيت الزوجية، وجب بذلك أن نسميه هجرا حتى يستوعب هذه الصور الثلاث، ونترك مصطلح "الهجر في المضجع" لنقصد به وسيلة من وسائل تأديب الزوجة الناشز.

وأجاز المشرع المغربي التطليق للهجر والإيلاء طبقا للمادة 112 من م.أ.م التي نصت على أنه:" إذا آلى الزوج من زوجته أو هجرها، فللزوجة أن ترفع أمرها إلى المحكمة التي تؤجله أربعة أشهر، فإن لم يفيء بعد الأجل طلقتها عليه المحكمة"، فالمحكمة تؤجل الزوج أربعة أشهر من وقت رفع الدعوى من طرف الزوجة وليس من وقت الهجر الفعلي للزوجة والذي قد يكون سبق رفع الدعوى، وإلا لماذا ترفع الزوجة أمرها للقاضي، بما يفيد أنه وطبقا للمادة 112 أعلاه يجوز للزوجة أن ترفع أمرها للقاضي حال الهجر أو حال الإيلاء حتى قبل مضي أربعة أشهر من هجرها لأن المحكمة في كل الاحوال تمنح للزوج مدة أربعة أشهر ليفيء لزوجته.

[1] -أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، المرجع السابق، ص.144.

والتطليق للهجر والإيلاء في القانون المغربي يعد طلاقا رجعيا، يعطي الحق للزوج في مراجعة زوجته أثناء العدة، على أن تكون الرجعة بالوطء حتى لا تتضرر الزوجة أكثر وتطول بذلك فترة الهجر، وإذا رجع الزوج قبل التطليق وباشر زوجته سقطت دعوى التطليق، وعليه كفارة اليمين[1].

ولم ينص المشرع المصري على التطليق للإيلاء أو الهجر، على أن هذه الأحوال تندرج ضمن التطليق للضرر طبقا لنص المادة 6 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985، والذي جاء فيها :" إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب التفريق..."، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في قرار لها جاء فيه:" مجرد ثبوت واقعة هجر الزوج لزوجته تكفي وحدها للحكم بالتفريق"[2]، وحتى أن القضاء المصري اعتبر التراخي في الدخول بالزوجة هجرا موجبا للتفريق .

أما المشرع الأردني ونقلا عما جاء في الشريعة الإسلامية فقد أجاز التفريق للهجر وللإيلاء وللظهار في المواد طبقا للمواد 122 و123 و124 من ق.أ.ش.أ على التوالي، وخصص لكل حالة مادة منفردة، وسمى كل حالة كما اصطلح فقهاء الشريعة على تسميتها، غير أن ما يؤخذ على المشرع الأردني أنه وطبقا للمادة 122 من ق.أ.ش.أ جعل مدة الهجر سنة لكي تستطيع الزوجة المطالبة بالتفريق للهجر، حيث تبدو هذه المدة طويلة جدا وهي أشبه بالمدة المقررة في التطليق للغيبة المنصوص عليه في المواد 119 و 120 و121 من نفس القانون والتي تعتبر حالة مستقلة عن التفريق للهجر.

كما أجاز المشرع السوري التفريق للهجر والإيلاء طبقا للمادة 111 من ق.أ.ش.س المعدلة بموجب القانون رقم 04 لسنة 2019 والتي نصت على أنه:" للزوجة طلب التفريق إذا هجرها زوجها أو حلف على عدم مباشرتها مدة أربعة أشهر وأكثر".

ولم ينص المشرع العراقي على التفريق للإيلاء في قانون الأحوال الشخصية العراقي، كما أنه ذكر في المادة 43 فقرة 02 من ق.أ.ش.ع التفريق للهجر والتي نصت على أنه:" إذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين أو أكثر بلا عذر مشروع، وإن كان الزوج معروف الإقامة، وله مال تستطيع الإنفاق منه"، إلا أنه بالتمعن في التفاصيل الواردة في نص المادة يتبين أن المشرع العراقي قصد الغيبة وليس الهجر، إلا أن القضاء العراقي يرى بأن الهجر المذكور في المادة 43 فقرة 02 يشمل الهجر في الفراش على أساس قياس الهجر في الفراش على الهجر إلى مكان آخر لاشتراكهما في فوات المعاشرة وتضرر

[1] - محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص.178.
[2]- طعن رقم 51 لسنة 48، ق-أ-ش، جلسة 1980/03/05. نقلا عن أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، المرجع، ص.149.

الزوجة من ذلك[1]، ورغم ذلك تبقى مدة السنتين طويلة جدا مقارنة بمدة الأربعة أشهر التي قررتها الشريعة الإسلامية في الهجر والإيلاء ولا مجال للقياس بين الحالتين.

2- التفريق للغيبة: بينا سابقا موقف الشريعة الإسلامية من التفريق للغيبة، وكيف قال الحنفية والشافعية والظاهرية بعدم جواز التفريق للغيبة[2]، وأجاز المالكية والحنابلة للزوجة طلب التفريق لغيبة الزوج ولو ترك لها مالا تنفق منه لأن غيبته عنها تلحق بها ضررا يتمثل في ترك الوطء، فوجب إزالة الضرر، واختلفوا في مدة الغياب فجعلها المالكية سنة وجعلها الحنابلة ستة أشهر[3].

وفي الفقد قال الحنفية والشافعية أن زوجة المفقود لا تبين منه إلا إذا مات، ويموت إذا مات أقرانه من البلدة[4]، وأجاز المالكية والحنابلة التفريق للفقد وفرق الحنابلة بين فقد ظاهره السلامة وفقد ظاهره الهلاك، كما فرق الدسوقي من المالكية بين أحوال كثيرة للفقد[5].

وبالنسبة للتشريعات محل المقارنة فقد أخذت برأي المالكية والحنابلة في التفريق للغيبة وأجاز للزوجة طلب الفرقة لغيبة زوجها، وهو ماقرره المشرع الجزائري في المادة 53 فقرة 5 من ق.أ.ج والتي نصت على أنه:" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية: 5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة"، ويتبين من خلال هذا النص أن المشرع في اعتماده الغيبة كسبب التفريق لم يأخذ برأي المالكية مطلقا، فقد أخذ من المالكية مدة السنة، إلا أنه اشترط أن لا تكون الغيبة بعذر وألا يترك الزوج نفقة لكي يتقرر التفريق، وهو ما لم يشترطه المالكية.

بل إن بعض الفقه يرى أن أخذ المشرع الجزائري برأي المالكية والحنابلة في مسألة التفريق للغيبة مسلك شكلي فقط، لأنه إذا كان مشرعنا اختلف مع الحنابلة في شرط واحد هو مدة الستة أشهر فهو قد اختلف مع المالكية في شرطين هما عدم وجود عذر وعدم الإنفاق، فالعبرة في التفريق للغيبة عند المالكية ليست في عدم الإنفاق أو في العذر المبرر وإنما هي في الضرر الذي يصيب المرأة جراء غيبة زوجها، فما أخذ به المشرع الجزائري لا علاقة له بالعلة الحقيقية للتفريق، حيث استبعد كل ضرر ينجم من الغياب إلا

---

[1] - فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، المرجع السابق، ص.208.

[2] - السرخسي، المبسوط، الجزء11، المرجع السابق، ص.ص34-35. الشافعي، الأم، الجزء5، المرجع السابق، ص.255. ابن حزم، المحلى، الجزء 9، المرجع السابق، ص.322.

[3]- الحطاب، مواهب الجليل، الجزء4، المرجع السابق، ص.ص155-156. الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء ، الجزء 2، المرجع السابق، ص.431. البهوتي، كشاف القناع، الجزء4، المرجع السابق، ص.193.

[4] - الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء 6، المرجع السابق، ص.197. الماوردي، الحاوي الكبير، الجزء11، المرجع السابق، ص.316.

[5] - ينظر ص.311 من هذه الرسالة.

ضرر عدم الإنفاق، رغم أنه جعل عدم الإنفاق سببا منفصلا للتطليق في الفقرة 2 من المادة 53 من ق.أ.ج، ليتضح أن المشرع الجزائري لم يأخذ برأي المالكية و الحنابلة، وإنما أخذ ودون قصد برأي من آراء الحنفية الذي يرى بالتطليق للغيبة إذا اقترن بعدم الإنفاق، وأخذ برأي الشافعية الذين يرون أنه لا فسخ لغيبة مادام الزوج موسرا، فلماذا لا نقول أن المشرع الجزائري أخذ برأي الشافعية وبعض الحنفية فلا تطليق مادامت النفقة موجودة، بل أكثر من ذلك فقد قيد المشرع الجزائري التطليق للغياب بعدم توفر العذر[1].

وعليه يجب الحسم في موضوع التطليق استنادا للفقرة 5 من المادة 53 من ق.أ.ج، فإما أن يكون تطليقا للغيبة وبالتالي يلغى شرط عدم الإنفاق وشرط عدم وجود العذر، وإما يكون تطليقا لعدم الإنفاق وبالتالي تلغى الفقرة 5 من المادة 53 أعلاه وتتم الإشارة في الفقرة 1 من نفس المادة إلى عدم الإنفاق بسبب الغياب[2].

واعتبر المشرع المغربي التطليق للغيبة سببا للتطليق طبقا للمادة 114 من م.أ.م، واشترط مدة السنة في الغيبة ولم يشترط عدم وجود العذر ولا عدم الإنفاق موافقا بذلك المذهب المالكي، كما نصت نفس المادة على أن المحكمة تبلغ الزوج الذي يعرف مكان إقامته وتشعره بأنه في حالة ثبوت الغيبة تطلق عليه إن لم يحضر للإقامة مع زوجته أو ينقلها إليه، أما الزوج المجهول الإقامة فتتخذ المحكمة كل الإجراءات من أجل تبليغه بالدعوى المرفوعة ضده وتعين له قيما عنه، فإن لم يحضر طلق عليه القاضي، ليتبين أن المشرع المغربي أخذ بما جاء من أحكام الغيبة في الفقه المالكي ووافقه بذلك تماما.

وأجاز المشرع المصري طبقا لأحكام المواد 12 و13 من القانون رقم 25 لسنة 1929 للزوجة أن تطلب للقاضي تطليقها إذا غاب سنة فأكثر بلا عذر مقبول، إذا تضررت الزوجة من بعده حتى لو ترك لها مالا تنفق منه، فشروط التطليق للغيبة في القانون المصري هي غياب الزوج أكثر من سنة، وألا يكون له عذر أو مبرر مقبول، وأن تتضرر الزوجة من غياب الزوج، فإذا كان الزوج معلوم الإقامة أعذره القاضي إما يعود لزوجته وإما ينقلها إليه وضرب له أجلا، فإن لم يفعل طلق عليه القاضي، أما إن كان مجهول الإقامة طلق عليه القاضي بلا إعذار ولا أجل، والتفريق للغيبة طبقا للقانون المصري يقع طلقة بائنة حسب المادة 12 أعلاه.

وإلى نفس الحكم انتهى المشرع الأردني في المواد 119 و120 و121 من ق.أ.ش.أ، إلا أنه لم يشترط وجود العذر كما فعل المشرع المصري، كما لم يشترط

[1] - دليلة أيت شاوش، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، المرجع السابق، ص.ص151-152.

[2] - المرجع نفسه، ص.153.

المشرع السوري في التفريق للغيبة وجود العذر أو عدم الإنفاق طبقا للمادة 109 من ق.أ.ش.س آخذين في ذلك بما قرره المذهب المالكي في مسألة التفريق للغيبة.

وأما المشرع العراقي فقد عبر عن الغيبة بالهجر في المادة 43 فقرة 02 من ق.أ.ش.ع، ولم يفرق المشرع العراقي بين الزوج مجهول الإقامة ومعلومها، كما أنه أجاز التفريق للغيبة ولو كان للزوجة مال تنفق منه، كما قرر المشرع العراقي في البند الثالث فقرة 01 من نفس المادة أنه للزوجة العراقية طلب التفريق من زوجها المقيم خارج العراق والذي يحمل جنسية دولة أجنبية إذا مضى على إقامته في الخارج مدة لا تقل عن ثلاث سنوات بسبب منعه أو امتناعه عن دخول الوطن، وإن كانت هذه الفقرة توحي بأن المعتبر في التفريق هنا ليس تضرر الزوجة بقدر ما هو اعتبارات سيادية وطنية.

والجدير بالذكر أن المشرع العراقي جمع بين التطليق للهجر والتطليق للغيبة في حالة واحدة، مع أن شروط كل حالة تختلف كما رأينا فيما أخذت به التشريعات العربية محل المقارنة عن الأخرى.

وبالنسبة للتفريق للفقد فلم تنص عليه التشريعات محل المقارنة ضمن حالات التفريق، على غرار المشرع الجزائري والمغربي والمصري والسوري والأردني، ماعدا المشرع العراقي الذي نص في المادة 43 من ق.أ.ش.ع بند (ب) فقرة 01 على أن لزوجة المفقود الثابت فقدانه بصورة رسمية التفريق عن زوجها المفقود بعد مرور أربع سنوات على فقدانه، وقد يطرح تساؤل هنا حول ما إذا ما كانت الرابطة الزوجية تنحل بموت الزوج في حالة الحكم بالفقد؟ وهو مايبرر عدم إدراج حالة التفريق للفقد مع حالات التفريق الأخرى، لأنه من الآثار الأساسية التي تتبع الحكم بوفاة المفقود عدة الزوجة عدة الوفاة وبينونتها بعدها من زوجها، إلا أن انحلال الرابطة الزوجية بين زوجة المفقود وزوجها المفقود يسمى تفريقا لأن الموت في هذه الحالة ليس موتا طبيعيا، إنما هو موت حكمي حكم به القاضي، وبذلك تبين الزوجة من زوجها المفقود بناء على حكم القاضي وليس تلقائيا كما هو الحال في الموت الطبيعي، على أن الزوجة قبل الحكم بالوفاة للفقد لها أن تطلب التطليق للغيبة لأن المفقود هو غائب انقطعت أخباره [1].

3- التطليق للحبس: بالنسبة للتطليق للحبس فقد سبق القول أن الحنفية والشافعية لم يجيزوا التطليق للغيبة عموما فالأولى ألا يجيزوا التفريق للحبس الذي يعتبر غيبة بعذر،

[1] - دليلة أيت شاوش، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، المرجع السابق، ص.ص161-162، 170.

والحنابلة بدورهم لم يجيزوا التفريق للحبس لأنه غيبة بعذر رغم إجازتهم التفريق للغيبة بدون عذر[1].

أما المالكية وإن لم يكن لديهم نص يقضي بأن حبس الزوج يعطي للمرأة حق طلب التفريق[2]، إلا أنه بالنظر للعلة التي برروا بها جواز التفريق للغياب والمتمثلة في تضرر الزوجة ولو كان غيابا بعذر، على اعتبار أن الحبس غيبة بعذر، وبذلك يكون الزوج في حبسه بمثابة الغائب في سفره غيبة بعذر[3]، أما ما يمكن أن يؤسس عليه التطليق للسجن هو رأي ابن تيمية الذي قال في هذا الصدد:" وحصول الضرر للزوجة بترك الوطء مقتض للفسخ بكل حال، سواء كان بقصد من الزوج أو بغير قصد، ولو مع قدرته وعجزه عن النفقة، فهو أولى للفسخ وعلى هذا فالقول في امرأة الأسير، والمحبوس ونحوهما ممن تعذر انتفاع امرأته به إذا طالت فرقته، كالقول في امرأة المفقود بالإجماع"[4]، فقياس حكم التفريق للحبس على التفريق للغيبة تبرره علة تضرر الزوجة، وهو ما أخذ به المالكية والذين أعطوا لزوجة المحبوس واستنادا إلى الشروط التي وضعوها للتفريق للغيبة الحق في طلب التفريق إذا حبس الزوج أكثر من سنة[5].

وأخذت برأي المالكية وابن تيمية التشريعات العربية محل المقارنة وقررت لزوجة المحبوس الحق في التفريق لحبس زوجها.

بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من التطليق لحبس الزوج فقد أثارت الفقرة 4 من المادة 53 من ق.أ.ج والتي يفترض أنها تعالج هذه الحالة الكثير من الجدل وتعرضت للكثير من الانتقادات[6] قبل تعديل قانون الأسرة وبعده، والتي نصت قبل التعديل على أنه:" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:4- الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة

[1] - ينظر في أقوال الحنفية والشافعية ص.315 من الرسالة.
[2] - ينظر في أقوال المالكية ص. 315 من الرسالة.
[3] - دليلة أيت شاوش، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، المرجع السابق، ص.172.
[4] - علاء الدين أبو الحسن على بن محمد عباس البعلي الدمشقي، الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، مطبعة السنة المحمدية، مصر، 1950، ص.247.
[5] - دليلة أيت شاوش، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، المرجع السابق، ص.173.
[6] - ينظر في المآخذ المسجلة على هذه الفقرة: عائشة معروف، براهيم عماري، حق الزوجة في التطليق لحبس الزوج في مواجهة حق الزوج المسجون في الخلوة الشرعية، المرجع السابق، ص.ص 764- 765

والحياة الزوجية"، وكان المشرع قد انتقد لأنه وصف عمل القاضي بالشينة وترك العمل الشائن الذي ارتكبه المجرم[1].

عدل المشرع الجزائري نص الفقرة 4 من المادة 53 أعلاه في 2005 وأصبحت تنص على أنه:" يجوز للزوجة طلب التطليق للأسباب التالية:4- الحكم على الزوج عن جريمة بها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية"، ورغم أنه استدرك الصياغة الركيكة وحذف عبارة " العقوبة الشائنة" إلا أن هذه الفقرة بعد التعديل أصبحت تشبه أي شيء إلا حالة التطليق لحبس الزوج، خاصة بعدما ألغى المشرع شرط الحكم بعقوبة لمدة أكثر من سنة، والتي كانت تربط حالة التطليق للسجن بحالة التطليق للغيبة وتقيسها عليها، وبالتمعن في نص الفقرة بعد التعديل نجد المشرع الجزائري ابتعد عن الاعتبار الذي على أساسه أجاز المالكية وابن تيمية التفريق للحبس، والذي اعتبروه غيبة تتضرر الزوجة منها بترك الوطء[2]، وبذلك لا يصح أصلا القول بأن المشرع الجزائري أخذ بالتطليق لحبس الزوج في الفقرة 4 من المادة 53 من ق.أ.ج، وهو ما يبرر فكرة أن المشرع الجزائري لم يأخذ أصلا بالتطليق على أساس الغيبة[3]، وما يؤكد ذلك أن المشرع الجزائري لم يذكر كلمة "حبس" أو "سجن" في نص الفقرة 4، ولم يحدد المدة المحكوم بها كعقوبة للجرم المقترف من طرف الزوج، واكتفى المشرع الجزائري بالتركيز على الضرر المعنوي الذي يطال سمعة وشرف الأسرة وتستحيل معه مواصلة العشرة والحياة الزوجية[4]، لذلك يقترح بعض الفقه الاستعاضة عن الفقرة 4 من المادة 53 من ق.أ.ج بالفقرة 10 من نفس المادة والتي تكفي للدلالة على الضرر المعنوي الذي افترض المشرع أنه لحق بالأسرة جراء الجريمة التي ارتكبها الزوج[5].

وبالنسبة لموقف المشرع المغربي من التطليق لحبس الزوج، فلم تكن مدونة الأحوال الشخصية المغربية الملغاة في 2004 تتضمن أي نص قانوني يجيز التطليق لحبس الزوج، مما أدى إلى اختلاف أحكام القضاة بين رافض ومجيز للتطليق لحبس الزوج، لتتدخل محكمة النقض المغربية والتي قضت في قرار لها بـ:" إدانة الزوج

---

[1] - العربي بلحاج، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.295. نورة منصوري، التطليق والخلع وفق قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص.ص 55-56.

[2] - عائشة معروف، براهيم عماري، حق الزوجة في التطليق لحبس الزوج في مواجهة حق الزوج المسجون في الخلوة الشرعية، المرجع السابق، ص.765.

[3] - دليلة أيت شاوش، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، المرجع السابق، ص.179.

[4] - عائشة معروف، براهيم عماري، حق الزوجة في التطليق لحبس الزوج في مواجهة حق الزوج المسجون في الخلوة الشرعية، المرجع السابق، ص.765.

[5] - عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.74.

بالحبس لمدة ثلاث سنوات نافذة من أجل التزوير يشكل ضررا للزوجة يجعلها محقة في طلب التطليق لحرمانها من حقوقها الشرعية التي منها المعاشرة والمساكنة"[1]، ثم في 2004 حسم المشرع المغربي الأمر ونص في المادة 106 من مدونة الأسرة المغربية الجديدة على أنه:" إذا حكم على الزوج المسجون بأكثر من ثلاث سنوات سجنا أو حبسا، جاز للزوجة أن تطلب التطليق بعد مرور سنة من اعتقاله، وفي جميع الأحوال يمكنها أن تطلب التطليق بعد سنتين من اعتقاله"، وطبقا لنص المادة يشترط للتطليق للحبس في القانون المغربي الحكم على الزوج بأكثر من ثلاث سنوات سجنا أو حبسا، ورفع دعوى بعد مرور سنة من حبس الزوج، وفي جميع الأحوال يمكن أن تطلب الزوجة التطليق بعد سنتين من اعتقال الزوج، وإن كنا لا ندري ماذا قصد المشرع المغربي من عبارة "في جميع الأحوال"؟ فهل قصد بذلك قوله: ودونما الشروط المذكورة سابقا يمكن للزوجة أن تطلب التطليق بعد سنتين من اعتقال الزوج؟ لأن حالات الاعتقال لا يحدد فيها المدة، لذلك راعى المشرع المغربي تضرر الزوجة مع هذه المدة التي قد تطول كثيرا وقرر هذا الحكم بالنسبة للتطليق لمرور سنتين على اعتقال الزوج.

وأجاز المشرع المصري هو الآخر التطليق للحبس طبقا للمادة 14 من القانون رقم 25 لسنة 1929، والتي جاء فيها:" لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه"، وبذلك يشترط للتفريق للحبس طبقا للقانون المصري الحكم على الزوج بعقوبة سالبة للحرية لمدة ثلاث سنوات فأكثر، والعقوبة السالبة للحرية تكون إما بالسجن المؤبد أو السجن المشدد أو الحبس، ويجب ألا تقل العقوبة عن ثلاث سنوات، وأن يكون الحكم الصادر ضد الزوج نهائيا أو باتا لا يقبل الطعن فيه بطرق الطعن العادية والنقض، إلا أن محكمة النقض المصرية وفي حكم لها اكتفت بأن يكون الحكم نهائيا وليس باتا[2]، وشرط آخر هو أن تمضي سنة على تنفيذ الحكم حتى تكون الزوجة قد لحقها شيء من الضرر الفعلي الذي بني عليه التفريق للحبس، وإذا تم الإفراج عن الزوج المحبوس أثناء نظر دعوى التطليق أي قبل انقضاء مدة ثلاث سنوات المحكوم بها عليه، فإن الدعوى تكون قد فقدت أحد شروطها[3].

كما يرى الأستاذ محمد عزمي البكري أن المادة المتعلقة بالتطليق لحبس الزوج في القانون المصري واجبة التطبيق على الزوج المعتقل إذا قضى في معتقله ثلاث سنوات

[1] - قرار رقم 23 يناير 2002، مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 61-2003، .94. نقلا عن محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص.257.

[2] - طعن رقم 480 لسنة 64، ق- أحوال شخصية- صادر بتاريخ 1998/12/28. نقلا عن محمد عزمي البكري، أسباب التطليق، المرجع السابق، ص.233.

[3] - نفس المرجع، ص.234.

على الأقل، وأن للزوجة رفع دعوى تطليق بعد انقضاء هذه المدة، لأن العلة التي من أجلها كان التطليق للحبس قد تحققت وهي حماية الزوجة من الضرر الذي يكون في هذه الحالة قضاء الزوج ثلاث سنوات في معتقله، ولكون أمر الاعتقال لا تحدد فيه مدة الاعتقال[1].

أما المشرع السوري وبموجب تعديله لقانون الأحوال الشخصية في 2019، أصبحت المادة 109 فقرة 2 من ق.أ.ش.س تنص على أنه:" إذا حكم على الزوج بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد ستة أشهر من السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق لتضررها من غيابه عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه"، وبذلك خفض المشرع السوري المدة من سنة كما كان ينص القانون السوري قبل التعديل إلى ستة أشهر وقد أخذ في ذلك بما قرره الحنابلة في التفريق للغيبة، لأن الحنابلة لم يجيزوا التفريق للحبس كما رأينا لأنه غيبة بعذر.

ونص المشرع الأردني على التطليق للحبس في المادة 125 من ق.أ.ش.أ، فأجاز لزوجة المحبوس المحكوم عليه بحكم قطعي بعقوبة مقيدة للحرية بثلاث سنوات طلب التفريق عن زوجها بعد مضي سنة على حبسه ولو كان له مال تنفق منه، فإذا تم الإفراج عن الزوج قبل صدور الحكم بالتفريق فإن المحكمة ترد طلب الزوجة.

وأجاز المشرع العراقي للزوجة طلب التفريق لحبس الزوج لمدة ثلاث سنوات فأكثر في نص المادة 43 فقرة 01 على غرار التشريعات السابقة، إلا أنه لم يبين في هذه الفقرة المدة التي تنتظرها الزوجة لتستطيع طلب الفرقة والتي حددتها التشريعات السابقة بمدة سنة كما تم بيانه.

رابعا: التفريق للشقاق والضرر المعتبر شرعا

رأينا فيما سبق أن بعض قوانين الأحوال الشخصية محل المقارنة تعرضت للتفريق للشقاق مقترنا مع التفريق للضرر، لذلك كان الأفضل مناقشة الحالتين معا.

1- **التفريق للشقاق:** اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في جواز التفريق للشقاق على قولين، فقال الحنفية وفي إحدى الروايتين لأحمد وفي الأظهر عند الشافعية وهو قول الظاهرية أن الشقاق لا يصلح سببا للتفريق بين الزوجين، لأنه ليس للحكمين أن يفرقا إلا إذا وكلا من الزوجين[2]، وذهب المالكية وفي القول الثاني عند الشافعية ورواية ثانية عند

[1] - نفس المرجع، ص.236.

[2] - ابن قدامة، المغني، الجزء7، المرجع السابق، ص.320. ابن حزم، المحلى، الجزء9، المرجع السابق، ص.247. الشافعي، الأم، الجزء5، المرجع السابق، ص.ص 124-125. أبو بكر علي بن أحمد الرازي الجصاص، أحكام القرآن، الجزء 3، دار المصحف شركة مكتبة ومطبعة عبد الرحمان، مصر، د.س.ن، ص. 125.

الحنابلة إلى أن الشقاق يصلح سببا للتفريق لأن بقاء الشقاق ضرر للزوجين والضرر يزال، وإزالته عن الزوجة بإيقاع التفريق[1].

وكنا قد وصلنا في صفحات سابقة من هذا البحث إلى أن قوانين الأحوال الشخصية اعتبرت الخلاف المستفحل بين الزوجين والذي لا يعرف فيه المسيء منهما يعتبر شقاقا، ولأن القاضي دوره رفع الظلم وجبر الضرر وجب عليه معرفة المتسبب في الضرر عن طريق تعيين حكمين يحاولان التحقق من مصدر الضرر.

وقد أدرج المشرع الجزائري في المادة 53 من ق.أ.ج وتحديدا الفقرة 8 حالة التطليق للشقاق المستمر بموجب تعديل 2005 لقانون الأسرة، إلا أن المادة 56 من نفس القانون كانت ومازالت تنص على أنه:" إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر، وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما"، ليتبين أن حالة الشقاق لا يثبت فيها الضرر، أي أن المشرع افترض الضرر في التطليق للشقاق وهذا مالم يأخذ به فقهاء الشريعة الإسلامية الذين اعتبروا الشقاق حالة تندرج ضمن التطليق للضرر لأن استجابة القاضي لدعوى الزوجة تكون بناء على الضرر الذي يثبت وليس على أساس الشقاق، لذلك كانت حالة الشقاق تدخل ضمن حالة الضرر قبل تعديل المادة 53 من ق.أ.ج في 2005[2]، وحتى المحكمة العليا في قراراتها لم تكن تفترض الضرر في حالة الشقاق بل كانت تقيد إجابة الزوجة لطلبها للتطليق للشقاق بثبوت دعواها في الإضرار، وقد قضت في إحدى قراراتها بـأن:" من المقرر شرعا أنه إذا طال أمد النزاع بين الزوجين ولحق الزوجة من ذلك ضرر بين، واقتنع القضاة بضرورة التفريق بينهما فإنه لا سبيل من حال إلا بفك الرابطة الزوجية..."[3] .

ويرى بعض الفقه أن منح الزوجة حق طلب التطليق بسبب الشقاق معناه تحميل الزوج سبب الشقاق كله بشكل أصلي رغم أن الزوجة قد تكون سببا فيه، كما أن التعلل بأن الزوجة هي المتضررة الوحيدة في الشقاق وأن هناك قصور في إعمال مبدأ التحكيم على مستوى التطبيق القضائي ليس مبررا لمنح الزوجة حق التطليق للشقاق، فمن الضروري ثبوت الضرر وإلا فسيعتبر ذلك تحيزا في الحفاظ على مصلحة طرف على حساب

[1] - ابن قدامة، المغني، الجزء7، المرجع السابق، ص. 320. الشربيني، مغني المحتاج، الجزء 3،المرجع السابق، ص.161. مالك ابن أنس، المدونة الكبرى، الجزء2، المرجع السابق، ص.270.

[2] - عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.23.

[3] - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 1985/05/20، ملف رقم 36414، م.ق، عدد2، سنة 1990، ص.58.

مصلحة الآخر، وفيما يتعلق بإعمال مبدأ التحكيم فإن ذلك يعالج بمراقبة تنفيذه على مستوى التطبيق القضائي وليس بمنح الزوجة حق التطليق لمجرد وجود حالة الشقاق[1].

أما التفريق للنشوز وإن لم تتضمنه المادة 53 من ق.أ.ج إلا أنه يعتبر من حالات التفريق القضائي، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 55 من ق.أ.ج على أن القاضي وعند نشوز أحد الزوجين يحكم بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر، وتعتبر الزوجة ناشزة متى خرجت عن طاعة زوجها دون مبرر شرعي، كمن تترك مسكن الزوجية دون عذر؛ أو تخرج منه دون إذن زوجها؛ أو من امتنعت عن الانتقال لمسكن الزوجية دون مبرر، أو من منعت زوجها من الدخول إلى مسكن الزوجية؛ أو خرجت للعمل دون إذنه، وفي هذه الحالات يجوز للزوج طلب الطلاق للنشوز مادامت الزوجة مستمرة في نشوزها، ويكلف الزوج بإثبات نشوز زوجته[2]، ويصدر حكم الطلاق متى ثبت نشوز الزوجة ويقضي القاضي بالطلاق والتعويض للزوج المتضرر[3].

ويعتبر الزوج ناشزا إذا أخل بالتزاماته الزوجية تجاه زوجته بشكل يتعارض مع الهدف من الزواج؛ وإذا ظلم زوجته؛ وإذا امتنع دون حق عن العودة لمنزل الزوجية[4]، وقد حكم القضاء الجزائري بالطلاق في حالة نشوز الزوج وتركه مسكن الزوجية، والتخلي عن الواجبات الزوجية كتوفير المسكن أو تماطله في إرجاع زوجته[5]، ومن الناحية القانونية نجد المحاكم عادة لا تعتبر الزوج أو الزوجة في حالة نشوز إلا إذا كانا خارج منزل الزوجية، والسبب في ذلك مقتضيات الإثبات فعندما يطلب القاضي من الزوج أو من الزوجة العودة لمسكن الزوجية والوفاء بالتزاماته الزوجية ولا يستجيب الزوج المخل لهذا الأمر، فإن القاضي يسجل هذا الامتناع ضده ويعتبره ناشزا ويحمله مسؤولية التعويض للطرف المتضرر من التفريق للنشوز[6]، وبذلك قضت المحكمة العليا في قرار لها بأنه:" من المقرر قانونا أنه عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للضرر، ومتى تبين - في قضية الحال- أن الطاعن ثبت نشوزه بامتناعه عن

[1] - عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.24.
[2] - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج واللاق، ص.ص309-310.
[3] - رشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص.215.
[4] - نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، د.س.ن، ص.214.
[5] - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص.311.
[6] - الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص.215.

توفير السكن المنفرد المحكوم به للزوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[1].

وطبقا للقانون المغربي فقد قررت مدونة الأسرة في المادة 94 و97 منها أن المحكمة تقوم بكل محاولات الصلح بين الزوجين فإن تعذر الإصلاح واستمر الشقاق فإن المحكمة تحكم بالتطليق، وحدد المشرع المغربي أجل ستة أشهر لإنهاء مسطرة الشقاق بالصلح أو بالتطليق طبقا للمواد 61 و97 من المدونة، حيث تلزم المحكمة بالفصل في دعوى الشقاق خلال هذه المدة من تاريخ تقديم الطلب، بحيث تعتبر مسطرة الشقاق الأنسب للنساء خاصة لمن لجأت منهن إلى القضاء بسبب التطليق للضرر الذي يعرف مسطرة جد صعبة في مجال الإثبات، بل نجد المحاكم تقضي بالتطليق للشقاق بعد استنفاذ مسطرة الضرر ولو شكليا نظرا لكثرة القضايا ولعامل الزمن، ولقد ذهب بعض القضاء المغربي إلى تقرير التطليق للشقاق في دعوى التطليق للضرر الذي لم تستطع الزوجة أن تثبته[2]، حيث جاء في إحدى قراراته الآتي:" ...وحيث أنه برجوع المحكمة إلى تصريحات الزوجين والشهود والحكمان تبين لها عدم وجود ضرر تتعرض له الزوجة من زوجها كضرب وشتم وغيره، غير أن المحكمة تأكد لها من هذه التصريحات استحالة المعاشرة الزوجية بين الطرفين وإمكانية حصول أضرار جسيمة في حالة استمرارها، مما تعين معه الاستجابة لطلب الزوجة التطليق بسبب الشقاق مع تقدير مستحقاتها ومستحقات أبنائها مع الأخذ بعين الاعتبار إصرارها على الطلاق وإصرار الزوج على الحفاظ على الأسرة ومراعاة ظروف حال الطرفان"[3]، وقد يصعب تصور الحالة التي يستحيل فيها استمرار الحياة الزوجية وعدم وجود ضرر، فمادامت الحياة الزوجية أصبحت مستحيلة فالضرر موجود وإن لم يكن ماديا فهو معنوي، وفي هذه الحالة - المتضمنة في نص القرار- الغالب أن النفور حاصل من الزوجة والمفروض في حال عدم وجود ضرر وعدم إفصاح الزوجة عن سبب طلب الفرقة، أن يكون التفريق بأن تفتدي الزوجة نفسها أي عن طريق الخلع وليس التطليق للشقاق.

ولا يقتصر التطليق للشقاق على الخلاف القائم بين الزوجين، بل يمكن اللجوء إلى مسطرة الشقاق طبقا للقانون المغربي في حالات أخرى افترض فيها المشرع المغربي وجود نزاع مستحكم بين الزوجين، فيمكن للزوجة استخدام مسطرة الشقاق في حالة التعدد وعدم موافقة الزوجة عليه؛ وفي حالة إخلال أحد الزوجين بالحقوق المتبادلة بينهما؛ وفي

[1] - المحكمة العليا، قرار صادر بتاريخ 1998/04/21، ملف رقم 189226، م.ق، عدد خاص باجتهاد غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، 2001، ص.144.

[2] - محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق، ص.ص 152-153.

[3] - ابتدائية فاس، حكم رقم 2648، صادر بتاريخ 2003/05/30، مجلة المعيار، العدد 34، ص.301، نقلا عن محمد الأزهر، المرجع نفسه، ص.153.

حالة عجز الزوجة عن إثبات الضرر؛ وفي حالة النزاع حول الخلع أي عدم استجابة الزوج لطلب الخلع، وفي حالة رفض الزوجة الرجعة خلال الطلاق الرجعي[1].

وبالنسبة للتطليق للنشوز فقد اعتبر القانون المغربي التطليق للنشوز من حالات التطليق للشقاق، سواء كان النشوز من الزوج أو من الزوجة ولم يستطع إثبات الضرر، باعتبار أنه جعل من بين حالات التطليق للشقاق حالة إخلال الزوجين بالحقوق المتبادلة بينهما.

وأقر المشرع العراقي وطبقا للمادة 41 من ق.أ.ش.ع أن لكلا الزوجين الحق في طلب التفريق عند قيام خلاف بينهما، فإن تعذر الإصلاح واستمر الخلاف وامتنع الزوج عن التطليق فرقت المحكمة بينهما، واعتبر المشرع العراقي التفريق للشقاق طلاقا بائنا بينونة صغرى طبقا لنص المادة 45 من ق.أ.ش.ع.

أما التشريعات الأخرى محل المقارنة فقد قرنت التفريق للشقاق مع التفريق للضرر على نحو ما سنبينه فيما يلي.

2- التفريق للضرر المعتبر شرعا : سبق وفصلنا في مفهوم الضرر وأنواعه وبينا بعض صوره[2]، وسنناقش الآن اعتباره أي الضرر إخلالا بالتزام المساكنة وتقرير جزاء على اقترافه يتمثل في التفريق للضرر، رغم أن المتمعن في كل صور الإخلال بالتزام المساكنة وكذا الجزاءات المترتبة عليها وحالات التفريق القضائي يجدها كلها أساسها الضرر، وقد اختلف الفقهاء في جواز التفريق للضرر مع اتفاقهم على حرمة الضرر لحديث رسول الله ﷺ:"لاضرر ولا ضرار"[3]، والمعلوم أن المالكية هم أكثر الفقهاء أخذا بالتفريق للضرر[4]، جاء في مواهب الجليل:" ولها التطليق بالضرر، قال ابن فرحون: من الضرر قطع كلامه عنها وتحويل وجهه في الفراش عنها، وإيثار امرأة عليها، وضربها ضربا مؤلما"[5]، ولم يشترط المالكية تكرر الضرر لطلب التفريق، فإن عجزت الزوجة عن إثبات الضرر أرسل الحكمين[6]، ويرى البعض أن ما ورد في كتب المالكية فيما يتعلق

[1] - محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص.ص242-244.
[2] - ينظر ص.ص 188- 189 من هذه الرسالة.
[3] - سبق تخريج الحديث.
[4] - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء8، المرجع السابق، ص.439.
[5] - الحطاب الرعيني، مواهب الجليل، الجزء4، المرجع السابق، ص17.
[6] - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء 2، المرجع السابق، ص.345.

بالضرر يعد مبالغة في الحفاظ على مشاعر الزوجة، مثل عدم الإصغاء إليها أو التشاغل عنها أو الانصراف عنها وهي تتكلم أو إظهار العبوس في وجهها...إلخ[1].

ولقد نص المشرع الجزائري على التطليق لكل ضرر معتبر شرعا طبقا للفقرة 10 من المادة 53 من ق.أ.ج، ولم يحدد المشرع الجزائري أنواعا معينة من الضرر ولم يتقيد بضرر معين تاركا بذلك للقاضي سلطة تقدير الضرر، بحيث يعتمد القاضي معيارا شخصيا في تحديد السلوك الضار وغير الضار، انطلاقا من المعطيات الاجتماعية والثقافية الخاصة بكل زوجة[2]، وما يمكن قوله حول الفقرة 10 من المادة 53 من ق.أ.ج المتعلقة بالتطليق لكل ضرر معتبر شرعا أن صور أو حالات التطليق الأخرى الواردة في المادة 53 هي صور للإضرار بالزوجة، كما أن المشرع الجزائري وصف الضرر بالمعتبر شرعا وهو بذلك اقترب من المعيار الذي وضعه فقهاء المالكية الذين عرفوا الضرر بما لا يجوز شرعا، ولم يربط الضرر باستحالة دوام العشرة كما فعلت التشريعات العربية الأخرى، لذلك وطبقا للقانون الجزائري أي واقعة أو تصرف يشكل ضررا شرعيا يعد سببا من أسباب التطليق[3].

ومن بين صور الضرر[4] التي اعتبرتها المحكمة العليا ضررا معتبر شرعا وموجبا للتفريق تماطل الزوج في إرجاع زوجته إلى منزل الزوجية[5]؛ الضرب والجرح العمدي[6]؛ العمدي[6]؛ سوء المعاملة[7]...إلخ.

ونص المشرع المغربي في المادة 99 من م.أ.م على التطليق للضرر، كما عرف في نفس المادة الضرر المبرر للتطليق على أنه:" يعتبر ضررا مبررا للتطليق، 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"، فالمشرع المغربي اعتد بالأضرار المادية والمعنوية التي تصيب الزوجة وأجاز لها طلب التطليق للضرر إن لم تستطع معه الاستمرار في الحياة الزوجية، وكان الاجتهاد القضائي المغربي قد تعرض كثيرا لقضايا الضرر التي تندرج ضمن المادة 99 من المدونة، ومن صور الإضرار تلك

[1]- دليلة آيت شاوش، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، المرجع السابق، ص.206.

[2] - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص.ص301-302-303.

[3] - دليلة آيت شاوش، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، المرجع السابق، ص.215.

[4] - ينظر في صور الضرر ص.ص 382- 397من هذه الرسالة.

[5] - المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 50519، صادر بتاريخ1988/09/26، م.ق، عدد2، لسنة 1992، ص.48.

[6] - المحكمة العليا، ف.أ.ش، ملف رقم 258555، قرار بتاريخ 2001/01/23، م.ق، عدد2، لسنة 2002، ص.417.

[7] - المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 269594، صادر بتاريخ 2001/07/18، م.ق،عدد1، لسنة 2003، ص.349.

سب وشتم الزوجة وضربها وجرحها[1]؛ انعدام الكفاءة بين الزوجة متدينة والزوج فاسد الأخلاق أو اتهام الزوجة بالزنا[2]؛ وبقاء الزوجة بكرا عذراء منذ تزويجها وهي في بيت الزوجية مع زوجها في فراش واحد[3]؛ وكذا الضرب المتكرر للزوجة من طرف الزوج ولو كان غير مبرح[4]؛ أو معاشرة الزوج خليلته بصفة غير شرعية[5]؛ وإقدام الزوج على الزواج من أخرى دون إشعار زوجته الأولى[6]؛ أو إتيان الزوج أفعال السكر العلني والاتجار بالمخدرات[7]؛ أو حصول العقم بفعل الزوج وإرادته قصد الإضرار بالزوجة الثانية حتى لا تنجب[8]، فهذه الأسباب وغيرها تعتبر سلوكا مشينا مخلا بالأخلاق والكرامة والكرامة يلحق بالزوجة ضررا ماديا أو معنويا لا تستطيع معه مواصلة الحياة الزوجية وبذلك يبرر تطليقها[9].

والزوجة ملزمة بإثبات الضرر الذي لا يستطاع معه دوام العشرة طبقا للمادة 100 من م.أ.م، فيكفي أن تثبت الزوجة أن الضرر الذي يتبين منه أنه يحول دون استمرار الحياة الزوجية ماديا كان أو معنويا، ولا يعني ذلك أن هذا الضرر تستحيل معه العشرة، فعبارة استحالة العشرة تفيد المبالغة وقد تؤدي إلى ثقل عبء الإثبات على المرأة، لذلك يرى محمد الأزهر أنه يكفي أن تثبت الزوجة الضرر الحاصل لها وأن هذا الضرر ماديا كان أو معنويا لا يمكنها مواصلة الحياة معه[10]، أما إن لم تستطع الزوجة إثبات الضرر المبرر للتطليق أو أن وسائل الإثبات كانت غير كافية وبقيت مصرة على التطليق، فلها أن تتبع مسطرة الشقاق طبقا لنص الفقرة 2 من المادة 100 من م.أ.م[11]، ويتضح بذلك أن

[1] - محكمة الاستئناف مراكش، قرار صادر في 4 جانفي 1994، مجلة المحامي، العددان 25و26، ص.247.نقلا عن محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص.248.

[2] - محكمة النقض، قرار 21 يوليو 1987، منشورات المجلس الأعلى في ذكراه الأربعين(1962-1995)، الرباط، 1997، ص.118. نقلا عن محمد الشافعي، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

[3] - محكمة النقض، قرار مؤرخ في 18 أكتوبر 2000، مجلة قضاء الأعلى، العدد 57-58، ص.161. نقلا عن نفس المرجع، نفس الصفحة.

[4] - محكمة النقض، قرار صادر بتاريخ 24 يناير 2001، مجلة القضاء والقانون، العدد145، ص.150. نقلا عن نفس المرجع، نفس الصفحة

[5] - محكمة النقض، قرار صادر في 23 جانفي2002، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 61، ص.85. نقلا عن نفس المرجع، ص.249.

[6] - محكمة النقض، قرار صادر في 8 أكتوبر 2003، مجلة القضاء والقانون، العدد 149، ص.296. نقلا عن محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص.249..

[7] - محكمة النقض، قرار صادر بتاريخ 14 سبتمبر 1999، مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 59-60، ص.155، نفس المرجع، نفس الصفحة.

[8] - قرار مؤرخ في 18 أكتوبر 2000، مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 59-60، ص.178. نقلا عن نفس المرجع، نفس الصفحة.

[9] - محمد الشافعي، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

[10] - محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص.164.

[11] - محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص.251.

المشرع المغربي يسر سبل الافتراق بين الزوجين وأصبح التطليق للشقاق واد تصب فيه جميع الروافد من أنواع التطليق[1].

وأجاز المشرع التونسي في نص الفصل 31 فقرة 2 للزوجين طلب الطلاق بسبب ماحصل لهما من ضرر، وبذلك قضت المحاكم التونسية، حيث جاء في إحدى قراراتها:" إذا انبنى فك العصمة على حصول الضرر لأحد الزوجين بفعل الآخر تطبيقا للفصل 31 من م.أ.ش والفصل 82 من م.إ.ع يكون الحكم قد استند على أساس صحيح قانونا"[2]، وطبقا وطبقا للقضاء التونسي لا يجوز المطالبة بالطلاق على أساس الضرر إن كان الضرر ناتجا عن السلوك الشخصي للطالب نفسه أي لمدعي الضرر، كأن تطلب الزوجة الطلاق بسبب هجر الزوج لها والذي يتضح أنه هجرها لعدم طاعتها له وتمردها عليه[3].

ومن صور الضرر التي أخذ بها القضاء التونسي في الطلاق للضرر نشوز الزوجة الثابت بحكم[4]؛ الامتناع عن أداء نفقة الزوجة[5]؛ امتناع الزوجة عن مساكنة زوجها ببيت الزوجية[6]؛ وتوجيه الزوجة إلى الزوج عبارات الشتم والسب التي تجرح كرامته[7]...إلخ.

وبالنسبة للتفريق القضائي في القانون المصري فيكون بأن تتضرر الزوجة من البقاء على الزوجية ويكون ثمة سبب مادي يمكن الاستدلال منه على الضرر، فيكون لها طلب التفريق كأن يؤذيها بالقول أو الفعل إيذاء لا يليق بمثلها ويثبت ذلك[8]، وقد أخذ المشرع المصري في هذه المسألة بالمذهب المالكي بعد صدور القانون رقم 25 لسنة 1929 حيث أخذ المشرع المصري بالتطليق للضرر طبقا لنص المادة 6 من نفس القانون والتي جاء فيها:" إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما..." ، وبذلك تكون شروط التطليق طبقا للمادة 6 هي وقوع الضرر من الزوج على الزوجة ومن صور هذه الأضرار تعدي الزوج على

---

[1] - محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص.164.

[2] - قرار استئنافي مدني تونسي، عدد 570880 مؤرخ في 22 أكتوبر 1964- ق.ت، عدد 6. محمد الحبيب الشريف، مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المرجع السابق ص. 102.

[3] - حكم ابتدائي مدني تونسي، 8305 مؤرخ في 07أفريل 1969- ق.ت، 6و7/1969، ص.167.نقلا عن محمد الحبيب الشريف، المرجع نفسه، ص.103.

[4] - قرار تعقيبي مدني، عدد 355 مؤرخ في 25 أكتوبر 1965- ق.ت 1966/1، ص.54.نقلا عن المرجع نفسه، ص.102.

[5] - قرار تعقيبي مدني عدد 4546 في 25 ماي 1966- ق.ت 1966/5، ص.55. نقلا عن نفس المرجع، نفس الصفحة.

[6] - قرار استئنافي مدني تونسي، عدد 30284 مؤرخ في 11 فيفري 1971-ق.ت 1972/3، ص.97. نقلا عن محمد الحبيب الشريف، المرجع السابق، ص.103.

[7] - قرار استئنافي مدني تونسي، عدد 30676 مؤرخ في 22 جويلية 1971- ق.ت 4و1972/5.ص.54. نقلا عن المرجع نفسه، نفس الصفحة.

[8] - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.360.

الزوجة بالضرب أو السب؛ الهجر؛ التراخي في الدخول بالزوجة عمدا؛ تحريض الزوجة على ارتكاب المحرمات؛ التشهير على الزوجة بارتكاب إحدى الجرائم؛ إفشاء الزوج الأسرار الزوجية التي بينه وبين زوجته وتبديد الزوج أعيان زوجته وأموالها أو سرقة أموالها أو محاولة ابتزازها؛ عدم إيفاء الزوج عاجل صداق الزوجة وتركها دون دخول وتعدد الخلافات والخصومات بين الزوجين(الشقاق)[1].

ويجب أن يكون الضرر طبقا للقانون المصري واقعا على الزوجة وأن يكون متعمدا، ولا يشترط تكرار الضرر، وبالنسبة لإثبات الضرر فيكون بوسائل الإثبات والتي من بينها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، على أن محكمة النقض المصرية قضت بعدم جواز إثبات الضرر بشهادة التسامع، وعدم قبول شهادة الأصول للفروع والفروع للأصول[2]، وشرط آخر هو أن يكون الضرر بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثال الزوجة، ومعنى ذلك أن المادة 6 أعلاه اشترطت درجة معينة في الضرر الذي يجيز التطليق، ولم يجعل الشارع أي ضرر كاف لطلب التطليق، فالحياة لا تخلو من زلات يسيء فيها أحد الزوجين للآخر، ومن غير المعقول اتخاذ الإساءة العادية سببا للتفريق، واشتراط أن يكون الضرر مما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثال الزوجة تقتضيه مصلحة المجتمع وخير الأسرة[3].

وتعلق دليلة آيت شاوش على ضابط استحالة دوام العشرة بين أمثال الزوجة قائلة:" وهذا الضابط في حقيقة الأمر يخلو من التأصيل الفقهي، فالضرر لا يجوز شرعا لأنه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام والضرر يجب أن يزال، فلا يجوز شرعا عدم تقبل طلب التفريق لأن الضرر الواقع يمكن تحمله"[4].

ومعيار الضرر الذي لا يستطاع معه دوام العشرة طبقا للقضاء المصري هو معيار شخصي يختلف باختلاف بيئة الزوجين وثقافتهما ووسطهما الاجتماعي، وبهذا حكم القضاء المصري الذي اعتبر اعتداء الزوج على زوجته بالضرب أو السب لا يعد ضررا يستحيل معه دوام العشرة بين أمثالها، لأنهما من طبقة دنيا ومن وسط يسود فيه تدهور الأخلاق والتشبع بالرذيلة التي أصبحت لا تثير الاشمئزاز في هذه الطبقة[5].

---

[1] - محمد عزمي البكري، أسباب التطليق، المرجع السابق، ص.ص64-78.

[2] - طعن رقم 305، لسنة 71 ق"أحوال شخصية" جلسة 2003/3/8. طعن رقم 9 لسنة 51ق- جلسة 1981/12/29. نقلا عن عزمي البكري، المرجع نفسه، ص. 99.

[3] - محمد عزمي البكري، المرجع نفسه، ص.110.

[4] - دليلة آيت شاوش، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص.208.

[5] - المحكمة الشرعية أسيوط، بتاريخ 1932/7/7، دعوى رقم 248 لسنة 1931. نقلا عن عزمي البكري،أسباب التطليق، المرجع السابق، ص.111.

والشرط الآخر في التطليق للضرر طبقا للقانون المصري أن يعجز القاضي عن الإصلاح بين الزوجين، فإن توفرت هذه الشروط مجتمعة حكمت المحكمة بالتفريق بين الزوجين.

فإن لم تستطع الزوجة إثبات الضرر قضت المحكمة برفض دعواها، فإن تكررت شكوى الزوجة ولم تستطع إثبات الضرر أيضا هنا تسير المحكمة في إجراءات التحكيم، طبقا للمادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 المتعلق بالأحوال الشخصية المصرية.

وأجاز المشرع السوري التطليق للضرر طبقا لنص المادة 112 من ق.أ.ش.س، والجدير بالذكر أن المشرع السوري وعلى خلاف المشرع المصري أجاز لكلا الزوجين طلب التفريق للضرر، فإذا أثبت الزوج المضرور الضرر الذي لا يستطاع معه دوام العشرة وعجز القاضي عن الإصلاح فرق القاضي بين الزوجين، ويعتبر هذا التفريق طلقة بائنة، أما إن لم يستطع الزوج المضرور إثبات الضرر فإن القاضي يؤجل المحاكمة مدة لا تقل عن شهر من أجل الصلح، فإن لم يتم الصلح وأصر المدعي على دعوى التفريق عين القاضي حكمين من أهل الزوجين أو ممن يرى القاضي قدرته على الإصلاح للإصلاح بين الزوجين.

وبدوره أعطى المشرع الأردني الحق في التفريق للضرر لكلا الزوجين، وطبقا لنص المادة 126 من ق.أ.ش.أ لم يسمه تفريقا للضرر رغم أنه اشترط لتقريره وجوب إثبات الضرر، إلا أنه سماه "التفريق للشقاق والنزاع"، على خلاف ما ذهبت إليه التشريعات السابقة من أنه عند إثبات الضرر يسمى تفريقا للضرر و عند تعذر اثبات الضرر يسمى تفريقا للشقاق.

واشترط المشرع الأردني في الضرر الموجب للتفريق أن يكون ضررا يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، وعدد أنواع الضرر بين مادي حسي ومعنوي، وعرف الضرر المعنوي بأنه أي تصرف أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة يلحق بالطرف الآخر إساءة أدبية وكذلك إصرار الطرف الآخر على الإخلال بالواجبات والحقوق الزوجية التي نظمها هذا القانون طبقا لنص المادة 126 من ق.أ.ش.أ.

ولقد خفف قانون الأحوال الشخصية الأردني عبء الإثبات على الزوجة في دعواها آخذا بالمذهب المالكي، ذلك أنه يتعذر على الزوجة في كثير من الأحيان إثبات الضرر لأن النزاعات تكون داخل بيت الزوجية، لذلك أعطى القانون الجديد لسنة 2010 للقاضي حق

التحقق بما يراه مناسبا من وجود النزاع والشقاق دون حاجة لإثبات ذلك بالبينات كما كان يطلب من الزوجة ذلك في قانون 1978[1].

وأجاز المشرع العراقي هو الآخر لكلا الزوجين التطليق للضرر في المادة 40 فقرة 01 من ق.أ.ش.ع وعدد المشرع العراقي في نفس المادة صورا للإضرار، فاعتبر من قبيل الأضرار الإدمان على تناول المسكرات والمخدرات، ارتكاب الزوج الآخر خيانة زوجية، وممارسة الزوج اللواط والزواج من قاصر دون موافقة القاضي، والزواج خارج المحكمة عن طريق الإكراه قبل الدخول، والزواج بثانية دون إذن المحكمة، ويعتبر التفريق للضرر طلاقا بائنا بينونة صغرى طبقا للمادة 45 من ق.أ.ش.ع.

وأخذ المشرع الفرنسي بحالة التفريق القضائي للضرر والتي تندرج ضمن حالة الطلاق للخطأ، والتي اصطلح المشرع الفرنسي على تسميتها وطبقا للمادة 242 من ق.م.ف بـ "الانتهاك الخطير أو المتجدد للواجبات والالتزامات الزوجية" والتي تجعل الحفاظ على الحياة المشتركة أمرا لا يطاق، فعند تضرر أحد الزوجين من سلوكات الزوج الآخر والتي تعتبر إخلالا بالواجبات الزوجية بحيث لا يستطيع معه دوام الحياة الزوجية فله طلب الطلاق للضرر.

والملاحظ أن المشرع الفرنسي في المادة 242 من ق.م.ف أخذ هو الآخر بمعيار قياس الضرر الموجب للتفريق الذي أخذت به التشريعات العربية وهو استحالة دوام الحياة الزوجية، كما أن المشرع الفرنسي في نفس المادة اشترط لكي يكون انتهاك الواجبات الزوجية موجبا للطلاق أن يكون خطيرا أولا، ولا يشترط في الانتهاك إذا كان خطيرا التكرار فيكفي حصوله مرة واحدة، والثاني أن يكون متكررا، وفي حالة تكرر انتهاك الواجبات الزوجية فلا يشترط هنا أن تصل درجة من الخطورة لاعتبارها أسبابا موجبة للطلاق.

خامسا: التفريق لارتكاب فاحشة

انفرد المشرع الجزائري في المادة 53 من ق.أ.ج وتحديدا الفقرة 7 منها بحالة التطليق لارتكاب فاحشة، والتي لم تنص التشريعات العربية عليها كحالة منفردة وإنما أدرجتها ضمن حالات التطليق للضرر على غرار المشرع العراقي، الذي اعتبر وطبقا للمادة 40 من ق.أ.ش.ع من قبيل الإضرار الموجب للتفريق ارتكاب الزوج الآخر الخيانة الزوجية ويكون ارتكاب الزوج اللواط خيانة زوجية، وممارسة القمار ببيت الزوجية والإدمان على تناول المسكرات والمخدرات وكلها صور للضرر الموجب للتفريق.

[1] - محمد أحمد حسن القضاة، الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد، الجزء الثاني، الزواج وآثاره، المرجع السابق، ص.ص174-175.

ولقد انتقد المشرع الجزائري على إدراجه هذه الفقرة - فقرة7- في المادة 53 من ق.أ.ج والتي تقضي أنه يجوز للزوجة طلب التطليق "لارتكاب فاحشة مبينة"، وأساس كل الانتقادات أن المشرع الجزائري لم يبين المقصود بالفاحشة، كما أن هذه الفقرة يمكن الاستغناء عنها بالفقرة 4 من نفس المادة والتي تقضي بأنه من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق "الحكم على الزوج على جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة والزوجية"؛ أو الفقرة 10 من نفس المادة والتي تقضي بالتفريق "لكل ضرر معتبر شرعا"[1].

والمقصود بالفاحشة كما عرفها العربي بلحاج:" هي الخطأ المخل بالآداب بصفة خطيرة أو جسيمة في ضوء أحكام الفقه الإسلامي، والعرف والضمير الاجتماعي"، وذلك كالزنا أو الشرك بالله أو الردة، أو الاعتداء على قاصر أو انحراف عن الطريق السليم أو القيام بسلوك إجرامي يتنافى مع مقتضيات العقل السليم وإرادة المجتمع[2]، وترد دليلة آيت شاوش على هذا التعداد لصور الفاحشة قائلة:" إن الزوجة في حالة ردة الزوج وشركه بالله لن تضطر إلى الاستناد على فقرة الفاحشة لتفريقها عن زوجها، لأن النصوص واضحة في قانون الأسرة... وهذا ماجاءت به المادة 30...:" كما يحرم مؤقتا...زواج المسلم بغير المسلمة"، وإذا حدث وأن ارتد الزوج بعد الزواج فإن عقد الزواج مصيره الفسخ لا محالة، بالنسبة للانحراف والإجرام والاعتداء على قاصر فإن الزوجة كذلك تكتفي بالفقرة الرابعة التي تعطيها الحق في التفريق إذا أدين الزوج بجريمة تمس شرف الأسرة"[3]، وتضيف قائلة:" أما الزنا فهو المقصود لا محالة بهذه الفقرة، وقد يقول قائل أن زنا الزوج كذلك معاقب عليه جزائيا... إن الفاحشة المقصودة والتي من أجلها أدرج المشرع هذه الفقرة هي زنا الزوج، لأن زنا أحد الزوجين يشترط فيه لتحريك الدعوى شكوى الزوج المتضرر، وهو في هذه الحالة الزوجة، لكن قد لا تتمسك الزوجة بحقها في تحريك الدعوى الجزائية لاعتبارات اجتماعية وأسرية، لكنها لا تفقد الحق في طلب التفريق لارتكاب الزوج هذه الفاحشة إذا اقتنع القاضي بدعواها"[4].

[1] - ينظر العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص.306. مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.226.

[2] - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص.305.

[3] - دليلة آيت شاوش، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، 223.

[4] - نفس المرجع، ص.ص223-225.

سادسا: التفريق لمخالفة الشروط الاتفاقية وشروط تعدد الزوجات

نواصل في سرد الأسباب التي أجاز المشرع الجزائري بموجبها للزوجة طلب التفريق ومقارنتها بالقوانين العربية محل المقارنة، وسنتطرق إلى التفريق لمخالفة الشروط الاتفاقية المقترنة بعقد الزواج، والتفريق لمخالفة الشروط التي نصت عليها المادة 8 والمتعلقة بشروط تعدد الزوجات.

1- التفريق لمخالفة الشروط الاتفاقية المقترنة بعقد الزواج: وصلنا في صفحات سابقة إلى أن التشريعات العربية أخذت برأي الحنابلة في مسألة الاشتراط في عقد الزواج، واللذين اعتبروا الشروط التي لا تنافي مقتضى العقد ولا الشرع صحيحة لازمة يجب الوفاء بها، وأن للزوجة حق فسخ العقد متى شاءت ولا يسقط حقها في الفسخ، وهو اختيار ابن تيمية وتلميذه ابن قيم الجوزية[1]، ومادام الشرط غير مناف لمقتضى العقد وغير مخالف للشرع فهو ملزم لمن اشترط عليه.

ونصت المادة 53 فقرة 5 من ق.أ.ش على أنه للزوجة طلب التطليق بسبب "مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج"، وبذلك أقر المشرع الجزائري بحق الزوجة في التطليق لعدم الوفاء بالشرط بموجب تعديل 2005 لقانون الأسرة الجزائري، وكان القضاء قد سبقه إلى هذا الحكم بكثير، حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى في 03 مارس 1973 الآتي:" حيث أنه من المقرر فقها وقضاء جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها فائدة، بشرط أن لا تحلل حراما وبشرط أن لا تناقض روح العقد، وحيث أن قضاة الموضوع استنتجوا من الوقائع ومن الوثائق بما لهم من سلطة تقديرية، أن الزوج بإصراره على إخراج زوجته من بلدها يعتبر مخلا بأحد الشروط التي تضمنها عقد الزواج التي التزم بها، مما يترتب عليه فك العصمة، وعليه فإنهم لم يخالفوا أحكام الفقه الإسلامي، ويعتبر الوجه غير سديد"[2].

وبدوره اعتبر المشرع المغربي في المادة 99 فقرة01 من م.أ.م كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضررا مبررا لطلب التطليق، ويعلق محمد الأزهر على هذه الفقرة بقوله:" قد تشترط الزوجة على زوجها بعض الشروط... كأن تشترط عليه أن لا تنتقل معه إلى مقر عمله الجديد بعيدا عن موطنها الأصلي؛ أو أن لا يتزوج عليها... فقد يخل الزوج بإحدى هذه الشروط، المشرع اعتبر هذا الإخلال ضررا مبررا للمرأة طلب التطليق للضرر، وهذا مقتضى غريب لأن الزوجة قد ترغب في البقاء مع زوجها، رغم الإخلال ببعض الشروط التي اشترطتها عليه، فقد تريد منه الالتزام بها لا التفريق أي تطبيق

[1] - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، الجزء32، المرجع السابق، ص.164. زاد المعاد، ابن قيم الجوزية، الجزء5، المرجع السابق، ص.106.

[2] - المحكمة العليا، غ.ق.خ، قرار صادر بتاريخ1971/05/03، م.ق عدد2، لسنة 1972، ص.39.

مقتضيات العقد وتقاضيه في هذا الشأن، بحيث كان على المشرع أن يجد صيغة لذلك عوض فتح الأبواب على مصراعيها للفرقة، علما أنه اعتبر الفرقة استثناء"[1].

وفي القانون التونسي فإن خيار الشرط يثبت في الزواج طبقا للفصل 11 من م.أ.ش.ت، ويترتب على مخالفة الشرط إمكان طلب الفسخ بطلاق من غير أن يترتب على الفسخ أي تعويض وهذا إذا كان الطلاق قبل الدخول، وبمفهوم المخالفة للفصل 11 أعلاه فإنه إذا تم الفسخ بعد الدخول لعدم الوفاء بالشرط فإن المسؤولية تترتب ويلزم المخل بالشرط بالتعويض[2].

وأجاز المشرع الأردني على خلاف المشرع الجزائري والمغربي التفريق لعدم الوفاء بالشرط لكلا الزوجين، فإذا لم يف الزوج بالشرط الصحيح فسخ العقد بطلب من الزوجة، ولها مطالبته بسائر حقوقها الزوجية، وإن لم تف الزوجة بالشرط الصحيح فسخ النكاح بطلب من الزوج وسقط مهرها المؤجل ونفقة عدتها طبقا للمادة 37 فقرة أ وب من ق.أ.ش.أ.

أما المشرع السوري فأجاز التفريق لعدم الوفاء بالشرط للزوجة دون الزوج إذا لم يف الزوج بالشرط طبقا للمادة 14 فقرة 3 من ق.أ.ش.س، وبدوره أجاز المشرع العراقي للزوجة طلب فسخ العقد عند عدم وفاء الزوج بما اشترط ضمن عقد الزواج طبقا للمادة 6 فقرة 4 من ق.أ.ش.ع.

ولا توجد في قوانين الأحوال المصرية نصوص واضحة تنظم حالة الاشتراط في عقد الزواج، سوى ما أشار إليه المشرع المصري في المادة 11 مكرر من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985، والتي كرست حق الطلاق للزوجة في حالة حصول الضرر من الزواج عليها بأخرى حتى ولو لم يكن هناك شرط بعدم الزواج عليها، بما يفيد أنه في حالة وجود شرط صحيح مقترن بعقد الزواج وعدم الوفاء به يكون ذلك ضررا يجيز للزوجة طلب الفرقة[3].

2- التطليق لمخالفة شروط تعدد الزوجات: أجازت الشريعة الإسلامية التعدد بشرط العدل، لأن عدل الزوج في معاملته لزوجاته يفترض عدم إضراره بهن، والإضرار هو ما تنكره الشريعة الإسلامية، فما دام الزوج عادلا في معاملته لزوجاته فلا يحق لهن أو لإحداهن أن تطلب التفريق لأن الضرر لم يسببه الزوج، وإن كان الضرر المعنوي قد

[1] - محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص.198.
[2] - الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص.139.
[3] - المرجع نفسه، ص.141.

طالها لمجرد زواجه بأخرى، إلا أن فقهاء الشريعة الإسلامية ونقصد المالكية اللذين أسسوا للتفريق للضرر لم يعتبروا مجرد التزوج عليها ضررا[1]، قال الخرشي من المالكية:" ومن الضرر قطع الكلام عنها وتحويل وجهه عنها وضربها ضربا مؤلما لا منعها الحمام وتأديبها على الصلاة والتسري والتزوج عليها"[2].

وبذلك لا يجوز للزوجة طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية طلب التفريق لمجرد زواجه عليها، فإن عدد ولم يعدل بينها وبين ضرتها وتضررت وجب لها طلب التفريق للضرر وليس للتعدد.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 53 فقرة 6 من ق.أ.ج على أنه من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق "مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه"، وكانت المادة 8 من ق.أ.ج قد نصت على أنه:" يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

يجب على الزوج إخبار زوجته السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج لمكان مسكن الزوجية.

يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية"، ومن خلال المادتين يتضح أن المشرع الجزائري أجاز للزوجة طلب التطليق إذا خالف الزوج شروط التعدد المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه، وهي المبرر الشرعي والعدل بين الزوجات والقدرة على الإنفاق بالإضافة إلى موافقة الزوجة والمرأة المقبل على الزواج بها والشرط الشكلي المتمثل في الترخيص القضائي، فإذا تخلف شرط من هذه الشروط جاز للزوجة التمسك بطلب التطليق طبقا لمقتضيات الفقرة 6 من المادة 53 من ق.أ.ج.

وكان المشرع الجزائري قد قرر حكما في نص المادة 8 مكرر من ق.أ.ج المضافة بموجب تعديل 2005 لقانون الأسرة الجزائري، التي نصت على أنه:" في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق "، هذه المادة رآها

[1] - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء2، المرجع السابق، ص.345.
[2] - محمد الخرشي، شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل، الجزء4، المرجع السابق، ص.9.

البعض كافية وتغني عن الفقرة 6 من المادة 53 من ق.أ.ج والمتعلقة بالتطليق لعدم الوفاء بالشروط الاتفاقية[1].

كما أن المشرع الجزائري أخرج حالة مخالفة المادة 8 من ق.أ.ج من دائرة عموم الضرر، لأنه افترض وجود الضرر مسبقا لمجرد تعدد الزوجات، ومنح الزوجة حق طلب التطليق دون أن يترك ذلك إلى ما بعد العشرة والتي ستثبت تحقق الضرر أو عدم تحققه[2].

وأجاز المشرع المغربي طبقا للمادة 45 من م.أ.م للزوجة التي لم ترض بالتعدد طلب التطليق، وتحكم المحكمة بمبلغ لاستيفاء حقوق الزوجة والأولاد الملزم بأن ينفق عليهم الزوج، فإن لم يودع الزوج المبلغ خلال سبعة أيام اعتبر تراجعا عن طلب الإذن بالتعدد، وإن أودع المبلغ حكمت المحكمة بالتطليق، وهذا في حالة مطالبة الزوجة بالتطليق.

أما في الحالة التي لا توافق فيها الزوجة على التعدد وفي نفس الوقت تريد الاستمرار في زواجها ويبقى الزوج مصرا على التعدد، في هذه الحالة قضت الفقرة الخامسة من المادة 45 من م.أ.م أعلاه بأن المحكمة تطبق تلقائيا مسطرة الشقاق المنصوص عليه في المواد 94 إلى 97 من المدونة، هذا ما اعتبره الفقه المغربي خروجا عن الحياد التي تفرضه طبيعة وظيفة المحكمة والتي يجب عليها البث في حدود طلبات الأفراد طبقا للمادة 3 من قانون المسطرة المدنية، فالزوجة لم تطلب التطليق رغم عدم موافقتها على التعدد، ومعلوم أن مسطرة الشقاق تنتهي إما بالصلح وبذلك تستمر الحياة الزوجية دون تعدد؛ وإما تنتهي بالتطليق وفي هذه الحالة يسلك الزوج الذي يصير حرا للزواج بأخرى المسطرة العادية بدل مسطرة التعدد[3].

على أنه وفي حالة وجود شرط بعدم التعدد فلا مجال لأن يطالب الزوج بالزواج بأخرى، لأن وجود مثل هذا الشرط يمنع حتى المطالبة بالإذن للتعدد أمام المحكمة طبقا لنص المادة 42 من م.أ.م.

أما عن موقف القانون المصري من التفريق للزواج بأخرى، فقد نصت المادة 11 مكرر 1 من القانون رقم 100 لسنة 1985 على أنه:" يجوز للزوجة التي تزوج عليها

---

[1] - عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.19.لعلى سعادي، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.290.

[2] - لعلى سعادي، دراسة مقارنة، المرجع نفسه، ص.290. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 274.

[3] – محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص.99.

زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالها، ولو لم تكن قد اشترطت عليه في العقد ألا يتزوج عليها...ويسقط حق الزوجة في التطليق لهذا السبب بمضي سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى، إلا إذا كانت قد رضيت بذلك صراحة أو ضمنا، ويتجدد حقها في طلب التطليق كلما تزوج بأخرى، وإذا كانت الزوجة الجديدة لم تعلم أنه متزوج من سواها ثم ظهر أنه متزوج فلها أن تطلب التطليق لذلك"، ويتضح من خلال نص المادة أن المشرع المصري أجاز للزوجة طلب التطليق للتعدد إذا لحقها ضرر منه، فإن لم يلحقها ضرر لم يجز لها طلب التطليق، وبذلك تدخل هذه الحالة ضمن التطليق للضرر الذي يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالها.

على أن المشرع المصري أجاز للزوجة الجديدة طلب التطليق لعدم علمها بزواجه السابق وإن لم يلحقها ضرر، وهو بذلك جعل عدم علم الزوجة الجديدة بزواجه قبلها كافيا لطلب التطليق، واشترط تضرر الزوجة الأولى من التعدد لإمكانية طلبها التطليق ولم يقم وزنا لعلمها أو رضاها أو عدمهما.

ولم نجد في قانون الأحوال الشخصية الأردني أية إشارة إلى التفريق للتعدد أو حتى للتضرر من تعدد الزوجات، بما يفيد أن المشرع الأردني لم يجز التفريق لمجرد التعدد، على أنه عند التضرر من عدم العدل أو من هجر الزوج فللزوجة المطالبة بالتفريق على أساس الضرر أو على أساس الهجر إن توفرت شروطه، أو على أساس النزاع والشقاق طبقا لأحكام الفصل الرابع من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

وبدوره المشرع السوري لم يجز التفريق لمجرد التعدد، على أن الزوجة إن تضررت من التعدد بأن ثبت عدم العدل بينها وبين ضرتها، فلها التطليق للضرر طبقا لأحكام المادة 112 من ق.أ.ش.س، فإن لم يثبت الضرر فرق القاضي بينهما للشقاق.

وبالنسبة للمشرع العراقي فقد نص في المادة 40 من ق.أ.ش.ع التي تتضمن أسباب التطليق للضرر، وفي فقرتها الخامسة على الآتي:" إذا تزوج الزوج بزوجة ثانية بدون إذن من المحكمة، وفي هذه الحالة لا يحق للزوجة تحريك الدعوى الجزائية، بموجب الفقرة(1) من البند(1) من المادة الثالثة من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم 1971، بدلالة الفقرة 6 من المادة (3) من هذا القانون"، وكانت الفقرة 6 من المادة 3 من ق.أ.ش.ع نصت على أنه:" كل من أجرى عقدا بالزواج بأكثر من واحدة خلافا لما ذكر في الفقرتين 4 و5 يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن سنة وبالغرامة بما لا يزيد عن مئة دينار أو بهما"، وكانت الفقرة 4 و5 من نفس المادة قد نصتا على أنه :" لا يجوز الزواج بأكثر من واحدة إلا بإذن القاضي ويشترط لإعطاء الإذن تحقق شرطين : أن تكون للزوج كفاية مالية لإعالة أكثر من زوجة، أن تكون هناك مصلحة مشروعة.

إذا خيف عدم العدل بين الزوجات فلا يجوز التعدد ويترك تقدير ذلك للقاضي"، ومن خلال هذه المواد يتضح أن المشرع العراقي لم يشترط للتفريق بسبب التعدد وجود الضرر بل افترض أن مجرد التعدد دون مراعاة شروطه ودون إذن المحكمة في حد ذاته ضرر، وطبقا للقانون العراقي للزوجة التي تزوج عليها زوجها دون إذن المحكمة إما أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها وإما تحرك دعوى عمومية ضد زوجها، ذلك أنه وطبقا لأحكام الفقرة 1 من المادة 3 من القانون رقم 23 لسنة 1971 المتضمن قانون أصول المحاكمات الجزائية والتي قضت بـ:" لا يجوز تحريك الدعوى الجزائية إلا بناء على شكوى من المجني عليه أو من يقوم مقامه في الجرائم الآتية: 1- زنا الزوجية أو تعدد الزوجات خلافا لقانون الأحوال الشخصية"، فإن سلكت الزوجة أحد الطريقين فيعتبر ذلك تخليا عن الآخر، فإن حركت دعوى جزائية ضد زوجها سقط حقها في المطالبة بالتفريق، وإن طالبت بالتفريق سقط حقها في تحريك الدعوى العمومية، هذا كله إذا كان التعدد دون إذن المحكمة، أما إن عدد الزوج بإذن المحكمة فلا يحق للزوجة طلب التفريق إلا إذا أصابها ضرر بعد ذلك من معاملة زوجها وعدم عدله بين زوجاته، فيكون التفريق في هذه الحالة للضرر الواقع فعلا على الزوجة وليس الضرر المفترض من التعدد.

الفرع الثاني

الطلاق والخلع واللعان

تبين ومن خلال الفرع الأول أن التفريق القضائي هو الأثر المباشر والأكثر ترتبا على الإخلال بالتزام المساكنة، وتقرير التفريق القضائي في كل أحواله يفترض وجود إخلال من أحد الزوجين بالتزام المساكنة وبشكل أخص إخلال الزوج بهذا الالتزام كون أغلب حالات التفريق القضائي تتقرر لصالح الزوجة، إلا أن الطلاق والخلع لا يفترض تقررهما دائما وجود إخلال بالتزام المساكنة، فالزوج قد يطلق زوجته دون أن يقع منها أي إخلال أو إهمال أو ترك لواجباتها الزوجية، والزوجة قد تخالع زوجها ولو كان حسن العشرة مؤد لحقوقها الزوجية، لكن هذا لا يمنع من أن الطلاق والخلع يكونان في أحيان كثيرة أثرا لإخلال أحد الزوجين بالتزاماته الزوجية وطريقا يختاره الزوج الآخر للرد على هذا الإخلال، وإلا اقترن الطلاق أو الخلع في حالة عدم إخلال الطرف الآخر بواجباته الزوجية بوصف التعسف.

وسنناقش في هذا الفرع الطلاق والخلع ونضيف إليهما اللعان باعتباره جزاء أو أثرا يترتب على الإخلال بالتزام الإخلاص والإحصان بشكل عام وتنحل به الرابطة الزوجية.

أولا: الطلاق

سنبين فيما يلي تعريف الطلاق وحكمه التكليفي، لنتطرق إلى الطلاق بإرادة الزوج المنفردة وهو المقصود من هذا العنوان، لنبين موقف الفقه الإسلامي والقوانين محل المقارنة من الطلاق التعسفي.

1- تعريف الطلاق وبيان حكمه التكليفي: الطلاق هو رفع قيد النكاح الصحيح بلفظ الطلاق أو ما يقوم مقامه، حالا بالطلاق البائن ، أو مآلا بالطلاق الرجعي إذا لم تعقبه الرجعة في أثناء العدة[1]، وعرفه القرطبي بأنه:" حل العصمة المنعقدة بين الأزواج بألفاظ مخصوصة"[2].

وقد ثبتت مشروعية الطلاق بالكتاب والسنة ولا يسعنا المقام لاستعراض هذه النصوص، والشريعة الإسلامية إن كانت شرعت الطلاق لتستجيب بذلك لدواعي الفطرة ولحرصها على المصالح الخاصة والعامة ورفعا منها للضيق والحرج على العباد، إلا أنها لم تترك الأمر على إطلاقه بل أحاطته بأمور منها ما يبعد وقوع الطلاق بأن جعلت النكاح ميثاقا غليظا والعلاقة الزوجية بما يكتنفها من مودة ورحمة أية من أيات الله، وجعلت أبغض الحلال إلى الله الطلاق، كما أحاطته بأمور تقلل من أضراره وتخفف متاعبه، فلم يجعل الطلاق أو الفرقة أبدية بل جعل عدة الطلاق، وجعل الطلاق ثلاثا ليتمكن الزوج من تدارك ما ارتكبه من أخطاء[3].

وبالنسبة للحكم التكليفي للطلاق، فيكون الطلاق واجبا على الزوج إذا كان سببه من قبل الزوج بأن تعذر عليه الإمساك بالمعروف، ويكون ذلك بعجزه عن أداء حقوق زوجته بسبب الجب والعنة أو عجزه عن العدل بين زوجاته، ويكون الطلاق مستحبا إذا كان بسبب من قبل الزوجة بأن تكون سليطة اللسان مؤذية أو تاركة لفرائضها ولم تستجب لنصح ولم يجد معها تأديب، ويكون الطلاق مباحا إذا كان بها عيب يمنع الاستمتاع بها مثل الرتق والقرن، ويكون الطلاق مكروها تحريما إذا لم يكن هناك سبب من قبل الزوج أو من قبل الزوجة[4].

---

[1] - علي حسب الله، الفرقة بين الزوجين وما يتعلق بها من عدة ونسب، ط.1، دار الفكر العربي، مصر، 1968، ص.22.

[2] - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء2، المرجع السابق، ص.126.

[3] - علي حسب الله، الفرقة بين الزوجين وما يتعلق بها من عدة ونسب ، المرجع السابق، ص.ص11-14.

[4] - تيسير رجب التميمي، الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي، المرجع السابق، ص.ص39-40. علي حسب الله، الفرقة بين الزوجين وما يتعلق بها من عدة ونسب، المرجع السابق، ص.22. عبد الرحمان الصابوني، أحكام الطلاق في الفقه الإسلامي وماعليه العمل في دولة الإمارات، المرجع السابق، ص33. مبروك المصري، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، المرجع السابق، ص.30.

2- الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج: نص المشرع الجزائري في المادة 48 من ق.أ.ج 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 33 و54 من هذا القانون"، ونميز من خلال هذه المادة بين أنواع الطلاق في قانون الأسرة الجزائري وهي الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج؛ الطلاق بالتراضي؛ الخلع.

ومعلوم أن الطلاق هو رفع قيد النكاح بلفظ الطلاق الذي يصدر من الزوج دون غيره، عملا بحديث رسول الله ﷺ:" الطلاق لمن أخذ بالساق"[1]، وبذلك يخرج التطليق لأنه تفريق من القاضي ويخرج الخلع لأنه افتداء الزوجة نفسها بعوض، ويبقى الطلاق بالتراضي والذي لا يثير إشكالات في العادة باعتبار الزوجين تراضيا على فك الرابطة الزوجية، وعليه يبقى فقط الطلاق بإرادة الزوج المنفردة، وعلى المشرع الجزائري إعادة صياغة المادة 47 من ق.أ.ج بحيث لا تبقى تنص على الطلاق والوفاة كطريقين فقط لانحلال الرابطة الزوجية.

وبالنسبة للمشرع المغربي فقد نص في المادة 71 من م.أ.م على أنه :" ينحل عقد الزواج بالوفاة أو الفسخ أو الطلاق أو التطليق أو الخلع" وبذلك ميز بين الطلاق والتطليق والخلع وفصل كل طريق عن الآخر ونظم أحكامه بمواد خاصة بكل حالة.

واختلف المشرع التونسي عن التشريعات العربية محل المقارنة في تقرير صور فك الرابطة الزوجية، حيث نص الفصل 31 من م.أ.ش.ت على أنه:" يحكم بالطلاق :

1 - بتراضي الزوجين.

2- بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر.

3 بناء على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به "، وبذلك يكون الطلاق في القانون التونسي إما بالتراضي أو بالطلاق للضرر أو بإرادة الزوج المنفردة أو مطالبة الزوجة، وإن كان هذا لا يمنع أن تدخل ضمن هذه الحالات مختلف الحالات التي قررتها التشريعات الأخرى محل المقارنة.

ونص المشرع المصري على الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج في المواد من 1 إلى 5 مكرر من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985، كما يتبين ومن خلال الباب الرابع من قانون الأحوال الشخصية الأردني المعنون بـ" انحلال عقد الزواج" أن الزواج ينحل بالطلاق وبالخلع الرضائي والطلاق على مال وبالتفريق

[1] - سبق تخريجه الحديث.

القضائي، ونظمت المواد من 88 إلى 97 من ق.أ.ش.أ أحكام الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.

وطبقا لقانون الأحوال الشخصية السوري هناك أربع صور لانحلال الزواج هي الطلاق والمخالعة والتفريق القضائي وطلاق التعسف، وجاء الباب الرابع من قانون الأحوال الشخصية العراقي والمعنون بـ" انحلال عقد الزواج" محتويا فصلا أول متعلق بالطلاق؛ وفصل ثان يخص التفريق القضائي؛ وفصل ثالث سماه المشرع العراقي التفريق الاختياري أو الخلع.

ويتضح بذلك أن تشريعات الأحوال الشخصية العربية محل المقارنة فرقت بين الطلاق وتفريق القاضي والخلع كصور لفك الرابطة الزوجية.

وبالنسبة للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج - وكما بيناه في الحكم التكليفي للطلاق- يكون واجبا إذا تعذر على الزوج الإمساك بالمعروف، أي أن الزوج يكون مقصرا ومخلا بواجباته الزوجية، إما بواجب المعاشرة الزوجية بسبب مرض أو عيب فيطلق هو بدل أن يطلق عليه القاضي، لأن في طلاقه تيسيرا على زوجته وحفاظا على خصوصياته ومراعاة لمشاعره، كما يكون الطلاق مستحبا إذا كانت الزوجة بها عيب يمنع معاشرتها، أي أن الإخلال بالتزام الإحصان في هذه الحالة من جانب الزوجة، فبدل أن يفرق بينهما لعيب الزوجة يطلقها الزوج ويستر عيوبها.

كما أن الطلاق يكون مباحا إذا كانت الزوجة سيئة العشرة سليطة اللسان لم ينفع معها وعظ ولا تأديب، فتكون الزوجة في هذه الحالة مخلة بالتزام المعاشرة بالمعروف، وبدل أن يطلب الزوج التفريق للضرر المتمثل في سوء العشرة يطلقها الزوج ولا يفضحها ويسيء لسمعتها، علها تتعض وتلين فتجد من يتزوجها فيما بعد.

وإن كان الطلاق في هذه الأحوال يعتبر أثرا مشروعا وجزاء عادلا للإخلال بالتزام المساكنة في مضامينه، فإن الطلاق دون أن يكون هناك إخلال من طرف الزوجة بالتزاماتها، أو يكون هناك إخلال ولكن لا يصل الجزاء فيه إلى الطلاق وفك الرابطة الزوجية، فهذا ما يعتبر تعسفا من الزوج في استعمال حق الطلاق.

3- الطلاق التعسفي: لمناقشة الطلاق التعسفي لابد من الانطلاق أولا من مسألة اختلاف الفقهاء في كون الأصل في الطلاق الحظر أو الإباحة؟ ذلك أن الفقهاء إن كانوا اتفقوا على أن الطلاق حق للرجل إلا أنهم اختلفوا في الأصل في الطلاق وإن كان الحظر أم الإباحة[1].

[1] - محمد أبوزهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.284.

فقال بعض الحنفية وبعض المالكية وبعض الحنابلة[1] أن الأصل في الطلاق الحظر ولا يباح إلا لأسباب قاهرة، وقال الآخرون من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة أن الطلاق مباح غير محضور[2]، واحتج كل فريق بمجموعة من الحجج لا يتسع المقام لذكرها[3].

والراجح في هذه المسألة وما ذهب إليه الفقهاء المعاصرون[4] هو الرأي الأول القائل أن الأصل في الطلاق الحظر، ويترتب على اعتبار الأصل في الطلاق الحظر أن كل طلاق يقع على الزوجة يعتبر طلاقا تعسفيا، ومعنى ذلك أن المطلقة لا تتحمل عبء إثبات أن زوجها متعسف في استعمال حقه، بل يكفي منها أن تثبت إيقاعه للطلاق، فإذا ادعى الزوج أن طلاقه ليس تعسفيا فعليه إثبات سبب طلاقه[5].

يقول أبوزهرة في تأثير هذا الخلاف بين الفقهاء في أصل الطلاق على قرارات المحاكم المصرية:" وقد انبنى على الخلاف في أصل الطلاق خلاف بين المحاكم الوطنية في شأن تعويض المطلقة، فإن بعض المحاكم الوطنية حكمت بالتعويض لأن من يطلق من غير حاجة أساء استعمال الحق، إذ الأصل في الطلاق الحظر، ولا يباح إلا عند الحاجة، ومادام الرجل لم يبين سبب الطلاق فهو لم يستعمل حقا، أو على الأقل أساء استعمال حقه، بل يزيد بعضهم فيقول إن من يطلق من غير سبب عليه تبعة مشتقة من عقد الزواج نفسه، فمسئوليته المدنية مسئولية تعاقدية أي أنها مشتقة من طبيعة العقد نفسه"[6]، ويضيف الأستاذ أبوزهرة قائلا:" وكان رأي أكثر المحاكم وهو ما كان قد استقر عليه الأمر أنه لا تعويض في الطلاق، وذلك حكم صحيح يتفق مع المبادئ الإسلامية، ولكنهم يعللون الحكم بأن الأصل في الطلاق هو الإباحة، والحق أن الأصل هو الحظر، ولا يباح إلا للحاجة"[7].

---

[1] - ابن الهمام، فتح القدير، الجزء3، المرجع السابق، ص.479. الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، الجزء2، المرجع السابق، ص. 535. ابن تيمية، الفتاوى لابن تيمية، الجزء 3، المرجع السابق، ص.16.

[2] - السرخسي، المبسوط، الجزء6، المرجع السابق، ص.2. ابن نجيم، البحر الرائق، الجزء3، المرجع السابق، ص.255. الحطاب، مواهب الجليل، الجزء 4، ص.ص18- 19. الشافعي، الأم، الجزء5، المرجع السابق، ص.264. الرملي، نهاية المحتاج، الجزء6، المرجع السابق، ص.433. ابن قدامة، المغني، الجزء7، ص.363. البهوتي، كشاف القناع، الجزء 5، المرجع السابق، ص.232.

[3] - ينظر في هذه الحجج ومناقشتها تيسير رجب التميمي، الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي، المرجع السابق، ص.ص84-91.

[4] - من هؤلاء الفقهاء وهبة الزحيلي، عبد الرحمان الصابوني، محمد أبو زهرة، عبد الوهاب خلاف، مصطفى السباعي، عبد الفتاح عمرو. ينظر علي سنوسي، مجال التعسف في الحقوق الأسرية بين التوسيع والتضييق على ضوء الاجتهاد القضائي وأحكام التشريع والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، الجزائر، 2019، ص.291. ومن هؤلاء أيضا عبد الكريم زيدان، المفصل في بيان أحكام المرأة والبيت المسلم، الجزء7، المرجع السابق، ص.355.

[5] - علي سنوسي، مجال التعسف في الحقوق الأسرية بين التوسيع والتضييق على ضوء الاجتهاد القضائي وأحكام التشريع والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.ص271-272.

[6] - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.285.

[7] - نفس المرجع، نفس الصفحة.

والجدير بالذكر أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يذكروا مصطلح الطلاق التعسفي في مصنفاتهم، إلا أنهم نصوا وكما رأينا على أن الطلاق من غير حاجة أو ضرورة مخالف للشرع[1]، وقرروا أن التعسف هو " مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل"[2].

ويعتبر الزوج متعسفا إذا طلق زوجته في مرض الموت[3] وإذا طلق دون سبب[4]، وسنكتفي وسنكتفي بالخوض في الطلاق بدون سبب، فيكون الطلاق دون حاجة أو سبب مناقضة لقصد الشارع.

فإن طبقنا المعيار الشخصي على الطلاق التعسفي يكون قصد الرجل من إيقاع الطلاق هو الإضرار فقط بالزوجة، إما لانتفاء الفائدة فيبقى قصد الإضرار هو البين وإما يكون دافع الزوج هو الانتقام وبذلك يكون متعسفا في إيقاع الطلاق[5]، ولأن الطلاق شرع ليكون السبيل الأخير إذا ما اشتدت الخلافات الزوجية ولم يمكن استمرارالحياة الزوجية، فيكون الزوج متعسفا في إيقاع الطلاق إذا كان لغير المصلحة التي شرع لأجلها[6]، وبمفهوم وبمفهوم المخالفة إذا كان بالإمكان معالجة الخلافات الزوجية بغير الطلاق وجب ذلك، بل لا يصار إلى الطلاق إلا بعد استنفاذ كل الوسائل من نصح وموعظة وتأديب وإصلاح ومحاولات توفيق، ويكون الزوج متعسفا في إيقاع الطلاق إذا بادر إليه دون أن يستنفذ هذه الوسائل التي مر ذكرها.

أما المعيار المادي للتعسف، فيكون الزوج متعسفا طبقا لهذا المعيار إذا ألحق بالزوجة ضررا فاحشا، كما لو طلقها وليس لها معيل أو بعد أن بلغت من العمر حدا لا يكون لها معه فرصة في الزواج ثانية، ويكون الزوج متعسفا أيضا طبقا لهذا المعيار إذا كانت المصلحة التي يبتغيها من إنهاء هذا الزواج لا تتناسب مع المضار التي سيرتبها

---

[1] - تيسير رجب التميمي، الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي، المرجع السابق، ص.92.

[2] - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحقن ص. 87.

[3] - مرض الموت هو:" المرض المخوف الذي يتصل بالموت، ولو لم يكن الموت بسببه ". الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء37، ص.5. والزوج بطلاق زوجته في مرض يكون متعسفا قاصدا الإضرار بها، ويرى جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة أن الزوجية أزيلت بقصد إبطال حق الزوجة في الإرث، فيرد ذلك على المطلق قصده ما بقيت العدة لبقاء آثار الزوجية. ابن نجيم، البحر الرائق، الجزء 4، المرجع السابق، ص.52. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء2، المرجع السابق، ص.353. البهوتي، كشاف القناع، الجزء4، المرجع السابق، ص482.

[4] - إضافة إلى هذه الأسباب هناك أسباب أخرى لاعتبار الزوج متعسفا في الطلاق طبقا لما جاء في الفقه الإسلامي ذكرها الأستاذ المصري مبروك هي : إ'ذا طلق زوجته وهي حائض؛ إذا طلقها في طهر مسها فيه؛ إذا طلقها في طهر طلق في حيض قبله؛ إذا طلقها وهي في نفاس؛ إذا طلقها من غير حاجة دعته للطلاق؛ إذا طلقها ثلاثا أو اثنين عند جمهور الفقهاء؛ إذا أتبعها بطلاق وهي في العدة في طلاق رجعي أو بائنة بينونة صغرى عند جمهور الفقهاء. مبروك المصري، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، المرجع السابق، ص.234.

[5] - تيسير رجب التميمي، الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي، المرجع السابق، ص.93.

[6] - علي سنوسي، مجال التعسف في الحقوق الأسرية بين التوسيع والتضييق على ضوء الاجتهاد القضائي وأحكام التشريع والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.272.

الطلاق على زوجته وعلى أسرته وعلى المجتمع ككل، وبالموازنة بين المصلحة المبتغاة وبين المفسدة المترتبة نجد الرجل متعسفا في استعمال حقه في إيقاع الطلاق [1].

وهناك من يبرر مسألة عدم جواز التعويض على الطلاق دون حاجة أو سبب أو الطلاق التعسفي، بأن الطلاق لا يكون إلا بسبب وأن الزوج بذلك لا يكون متعسفا في إيقاع الطلاق، لأن الطلاق في رأيهم قد يقع لحاجة نفسية، وقد تكون هذه الحاجة مما يجب ستره ولا يجب أن تعرض أمام القضاء ويتنازعها الخصوم فيما بينهم شدا وجذبا[2]، ويقول الأستاذ زكي شعبان مبررا الطلاق دون سبب ظاهر:" صحيح أن الأصل في الطلاق هو الحظر والمنع، ولا يباح إلا لحاجة، لكن هذه الحاجة تقديرية قد تكون نفسية لا تجري عليها وسائل الإثبات، فالطلاق من هذه الناحية يشبه الحق التقديري، وهو الذي يكون صاحبه الحكم الوحيد في تقدير الواجب الملقى على عاتقه حين يستعمل هذا الحق، والحق التقديري لا يوصف من يستعمله بالتعسف، ولا يؤدي استعماله إلى مسؤولية صاحبه تطبيقا لنظرية التعسف في استعمال الحق، وذلك لخروجه من نطاق هذه النظرية"[3]، إلا أن هذا القول مردود عليه لأن الطلاق حق للرجل وإن كان مقيدا في استعماله، كما أنه وبوجود الأسباب الخفية يؤسس التعسف على أساس عدم التناسب بين المصلحة المرجوة من استعمال الحق وبين المفسدة التي سيحققها هذا الاستعمال للحق، والمتمثلة في تشتت الأسرة وضياع الأبناء وبذلك يتحقق وصف التعسف بغض النظر عن كون الأسباب ظاهرة أو خفية.

وقد نصت تشريعات الأحوال الشخصية العربية على الطلاق التعسفي، من ذلك قانون الأسرة الجزائري والذي نص صراحة في المادة 52 منه على أن:" إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، وهو ما جسدته قرارات القضاء، حيث قضت المحكمة العليا بأن التعويض واجب على من طلق زوجته تعسفا[4].

كما قرر المشرع المغربي في نص المادة 52 من م.أ.م على أنه:" تشمل مستحقات الزوجة الصداق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة، والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج في توقيعه"،

---

[1] - تيسير رجب التميمي، الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي، المرجع السابق، ص.94. علي سنوسي، مجال التعسف في الحقوق الأسرية بين التوسيع والتضييق على ضوء الاجتهاد القضائي وأحكام التشريع والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.272.

[2] - محمد أبوزهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.285.

[3] - زكي شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، ص.381. نقلا عن سنوسي علي، مجال التعسف في الحقوق الأسرية بين التوسيع والتضييق على ضوء الاجتهاد القضائي وأحكام التشريع والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.381..

[4] - المحكمة العليا، الأحوال الشخصية، 1989/03/27، ملف رقم 53017، م.ق عدد 01، لسنة 1991، ص.56.

وطبقا لهذه المادة فالمتعة واجبة على الزوج، أما إذا كان الطلاق تعسفيا وبدون مبرر تتحول المتعة إلى تعويض يجبر ضرر الزوجة نتيجة إيقاع الطلاق الجائر[1]، على أن ستتم مناقشة مسائل المتعة والتعويض لاحقا.

ولم ينص المشرع التونسي على حالة الطلاق التعسفي، إلا أنه وفي الفصل 31 فقرة 4 نص على أنه:"يقضي لمن تضرر من الزوجين بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجم عن الطلاق في الحالتين المبينتين بالفقرتين الثانية والثالثة أعلاه، وبالنسبة للمرأة يعوض لها عن الضرر المادي بجراية تدفع لها بعد انقضاء العدة مشاهرة وبالحلول على قدر ما اعتادته من العيش في ظل الحياة الزوجية بما في ذلك المسكن"، ويتبين أن المشرع التونسي اعتمد معيار الضرر لإقرار التعويض عن الطلاق الذي يقرره الزوج أو الزوجة على حد سواء.

ولم يشر المشرع المصري في قوانين الأحوال الشخصية المصرية إلى حالة التعسف في إيقاع الطلاق، إلا أن مشروع قانون 1956 ومن بين ما جاء فيه أنه إذا كان الطلاق بعد الدخول بغير رضا الزوجة تكون لها متعة هي نفقة سنة بعد انتهاء العدة، وتقطع إذا تزوجت، لكن القضاء المصري قضى بالتعويض عن الطلاق من غير حاجة ولا سبب لأنه طلاق تعسفي[2].

ونص المشرع السوري صراحة على الطلاق التعسفي في المادة 117 من ق.أ.ش.س والتي جاء فيها:" إذا طلق الزوج زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقة جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حاله ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لأطفالها فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يجعل هذا التعويض جملة أو شهريا بحسب مقتضى الحال"، وطبقا لهذا النص لا يحكم القاضي بالتعويض إلا إذا كان الطلاق لغير سبب معقول وكانت الزوجة بطلاقها ستتعرض للفقر والحاجة، فإن كان لها معيل أو كان لها راتب ثابت عن عملها لم يحكم لها بالتعويض ولو كان الزوج متعسفا في إيقاع الطلاق.

وبدوره نص المشرع الأردني في المادة 155 من ق.أ.ش.أ على الطلاق التعسفي وجاء نص المادة كالآتي:" إذا طلق الزوج زوجته تعسفا كأن طلقها لغير سبب معقول وطلبت من القاضي التعويض حكم لها على مطلقها بتعويض لا يقل عن نفقة سنة ولا يزيد عن نفقة ثلاث سنوات ويراعى في فرضها حال الزوج عسرا ويسرا ويدفع جملة إذا كان الزوج موسرا وأقساطا إذا كان معسرا، ولا يؤثر ذلك على حقوقها الأخرى"، وعلى

[1] - محمد الأزهر، شرح مجونة الأسرة، المرجع، ص.138.
[2] - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع الساق، ص.285.

خلاف المشرع السوري لم يشترط المشرع الأردني تعرض الزوجة للفقر والبؤس جراء الطلاق، بل مجرد إيقاع الطلاق لغير سبب وليس أي سبب بل سبب معقول يعتبر تعسفا من الزوج في إيقاع الطلاق.

كما نص المشرع العراقي في المادة 39 فقرة 3 من ق.أ.ش.ع على أنه:" إذا طلق الزوج زوجته تعسفا وتبين للمحكمة أن الزوج تعسف في طلاقها، وأن الزوجة أصابها ضرر جراء ذلك، تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها بتعويض يتناسب وحالته المادية ودرجة تعسفه، يقدر جملة، على أن لا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين علاوة على حقوقها الثابتة الأخرى".

ليتضح لنا بعد عرض موقف الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية من الطلاق التعسفي أنه ليس جزاء للإخلال بالتزام المساكنة، لأن الجزاء يفترض الإخلال، إلا أن الزوجة في حالة الطلاق التعسفي لم تخل بالالتزامات المترتبة عليها بموجب عقد الزواج ليكون الجزاء هو الطلاق، بل كان الطلاق من غير حاجة، وحتى في الحالات التي تخل فيها الزوجة بالتزام المساكنة في أحد مضامينه لا يكون الطلاق كجزاء متناسبا مع الإخلال، لذلك لا يعتبر الطلاق التعسفي جزاء أو أثرا للإخلال بالتزام المساكنة، بل يمكن اعتباره إخلالا بالتزام المعاشرة بالمعروف، الذي يفترض كما رأينا أن يصبر الزوج على زوجته ويعاشرها بالمعروف، ولا يسارع إلى طلاقها لمجرد شعور عابر ببغضها عملا بحديث رسول الله ﷺ :" لا يفرك مؤمن مؤمنة، إن كره منها خلقا رضي منها آخر"[1].

ثانيا: الخلع

إن الخلع كطريق تنحل به الرابطة الزوجية لم يختلف الفقهاء على مشروعيته[2] بقدر ما اختلفوا على طبيعته، وإذا ماكان عقدا رضائيا يحتاج لموافقة الزوج أم أنه حق أصيل للمرأة، فتخلع الزوجة نفسها من زوجها دون موافقته؟

1- تعريف الخلع وحكمه: الخلع بضم الخاء طلاق المرأة ببدل منها أو من غيرها، كالمخالعة والتخالع، وقد اختلعت، والاسم الخلعة بالضم، والخالع كل من المتخالعين[3].

وعرف فقهاء الحنفية[1] الخلع بأنه :"إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها، بلفظ الخلع أو مافي معناه"، والخلع عند المالكية[2]:"الطلاق بعوض، سواء كان من الزوجة أو

[1] - سبق تخريج الحديث.

[2] - ينظر في أدلة مشروعية الخلع من الكتاب والسنة والإجماع ومناقشتها عبد الكريم زيدان، المفصل في بيان أحاكم المراة والبيت المسلم، الجزء8، المرجع السابق، ص.ص115-116.عامر سعيد نوري الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، ماجستير في الفقه الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة، المملكة العربية السعودية، 1982، ص.ص35-46.

[3]- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، دار الحديث، مصر، 2008، ص.ص290-291.

من غيرها من ولي أو غيره، أو هو بلفظ الخلع"، فالخلع عند المالكية يشمل الفرقة بعوض أو بدون عوض، وعرف الشافعية[3] الخلع بأنه "فرقة بعوض بلفظ طلاق أو خلع راجع لجهة الزوج"، وعرفه الحنابلة[4] بأنه :"فراق الزوج امرأته بعوض، يأخذه الزوج من امرأته أو غيرها بألفاظ مخصوصة وفائدته تخليصها من الزوج على وجه لا رجعة له عليها إلا برضاها".

أما حكم الخلع عند فقهاء الشريعة الإسلامية فهو إما يكون مباحا أو مكروها أو حراما أو واجبا بحسب الأحوال، فيكون الخلع مباحا إذا كرهت الزوجة زوجها لخلقه أو لخلقه أو لكبر سنه أو لعجزه عن أداء حقوقها، وخشيت بذلك أن لا تؤديه حقه وبذلك قال الحنابلة والشافعية[5] وزاد الظاهرية أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها[6] وقال الحنفية إن تشاق الزوجان ولم يتوافقا[7]، ويكون الخلع مكروها للزوجة إذا ما كانت العلاقة الزوجية جيدة والعشرة حسنة ولم يوجد ما يدعو إلى طلب الخلع من زوجها، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم :" المختلعات المنتزعات هن المنافقات"[8]، وبذلك قال الحنابلة[9].

ويكون الخلع حراما إذا كان من غير بأس[10]، لقول رسول الله ﷺ:" أيما امرأة سألت زوجها طلاقا في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة"[11]، ويذهب الظاهرية إلى القول ببطلان الخلع بغير السببين اللذين ذكرهما الإمام ابن حزم في كتابه المحلى قائلا:"...ولا يحل الافتداء إلاّ بأحد الوجهين المذكورين- إن خافت ألا توفيه حقه، أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها -أو باجتماعهما، فإن وقع بغيرهما فهو باطل، ويرد عليها ما أخذ منها، وهي امرأته كما كانت، ويبطل طلاقها ويمنع من ظلمها"[12].

ويكون طلب الخلع واجبا من قبل الزوجة على حد قول الأستاذ عبد الكريم زيدان إذا كان الزوج تاركا للصلاة، رغم تذكير الزوجة له بلزوم قيامه بالصلاة كما فرضها الله

---

[1]- ابن عابدين، رد المختار، الجزء3، المرجع السابق، ص.439- 440. ابن الهمام، شرح فتح القدير، الجزء4، المررجع السابق، ص.211.

[2]- أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير العدوي، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، الجزء 4، دار المعارف، لبنان، د.س.ن، ص. 518.

[3]- الرملي، نهاية المحتاج، الجزء 6، المرجع السابق، ص. 393.

[4]- البهوتي، كشاف القناع، الجزء5، المرجع السابق، ص212.

[5] - الشيرازي، المهذب وشرحه المجموع، الجزء2، المرجع السابق، ص.489. البهوتي، كشاف القناع، الجزء5، المرجع السابق، ص.212.

[6] - ابن حزم، المحلى، الجز9، المرجع السابق، ص.511.

[7] - ابن عابدين، رد المحتار، الجزء3، المرجع السابق، ص.441.

[8]- الترمذي، سنن الترمذي، الجزء3، ص.484، ح. رقم 1186.

[9] - ابن قدامة، المغني، الجزء7، المرجع السابق، ص.326

[10] - نفس المرجع، نفس الصفحة

[11]- أبو داود ، سنن أبي داود، الجزء2، المرجع السابق، ص.268.

[12]- ابن حزم، المحلى ، الجزء9، المرجع السابق، ص. 511.

تعالى، ففي هذه الحالة على الزوجة أن تطلب من الزوج أن يطلقها فإن أبى فإنها تخالعه على مال تبذله له، فلا ينبغي للمرأة المسلمة أن تكون زوجة لتارك الصلاة عمدا، وهذا الحكم قياس على ماذهب إليه ابن تيمية من أنه يجب على الزوج أمر زوجته بالصلاة، فإن لم تصل وجب عليه فراقها[1].

2- طبيعة الخلع: ذهب جمهور الفقهاء إلى اعتبار الخلع عقد معاوضة، فقال الحنفية:" إن إيجاب الزوج في الخلع في المعنى تعليق الطلاق بشرط قبولها، لأن العوض الذي من جانبه في هذا العقد طلاق وهو محتمل على التعليق على شرط... والذي من جانبها أي جانب الزوجة في الخلع التزام المال، فيكون بمنزلة البيع والشراء"[2]، وقال الشافعية بذلك أيضا جاء في مغني المحتاج:" وإذا بدأ الزوج بصيغة معاوضة...كخالعتك بكذا كألف فقبلت الزوجة...، فهو معاوضة لأخذه عوضا في مقابلة ما يخرجه من ملكه"[3]، واعتبره المالكية عقد معاوضة جاء في الشرح الصغير للدردير:" يجوز الخلع، وهو الطلاق بعوض"[4]، والخلع أيضا يحتاج لموافقة الزوج عند الظاهرية جاء في المحلى لابن حزم:" ويطلقها إن رضي هو وإلا لم يجبر"[5].

وانفرد ابن رشد من المالكية بالقول بأن الخلع حق خالص للمرأة، جاء في بداية المجتهد :" والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة، جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل"[6]، وبذلك وبذلك لا تحتاج الزوجة إلى مجلس عقد ولا لإيجاب الزوج لمخالتعها[7].

3- الخلع في تشريعات الأحوال الشخصية: اختلفت تشريعات الأحوال الشخصية محل المقارنة بين من أخذت برأي جمهورالفقهاء واعتبرت الخلع عقدا رضائيا وبين من اعتبرته حقا خالصا للمرأة لا تحتاج فيه موافقة الزوج.

وعن موقف المشرع الجزائري من طبيعة الخلع فاختلف بين النص والأحكام القضائية، ليصبح موقف المشرع الجزائري موافقا للقضاء بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري في 2005[8]، حيث كانت المادة 54 من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون

---

[1] عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، الجزء8، المرجع السابق، ص.122.

[2]- السرخسي، المبسوط، الجزء6، المرجع السابق، ص.173.

[3] - الشربيني، مغني المحتاج، الجزء4، المرجع السابق، ص.440.

[4] - الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، الجزء2، ص.ص 517- 518.

[5] - ابن حزم، المحلى ، الجزء 9،المرجع السابق، ص.511.

[6] - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء3، المرجع السابق، ص.90.

[7] - لعلى سعادي، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، ص.305.

[8] - ينظر في موقف المشرع الجزائري والاجتهاد القضائي من طبيعة الخلع وإذا ما كان رخصة أو حقا أصيلا للمرأة قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري وبعده : عائشة معروف ، براهيم عماري، تعسف الزوجة في طلب الخلع وسلطة=

الأسرة قبل التعديل تنص على أنه:" يجوز للزوجة مخالعة نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء حكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم"، وجاء نص المادة غير واضح حول ما إذا كان الاتفاق حول مبدأ الخلع في حد ذاته[1] أو على بدله[2] وهذا ما أدى إلى اختلاف تطبيق هذه المادة عمليا[3].

تأرجح الاجتهاد القضائي الجزائري بين الإيجاب والسلب بخصوص مبدأ الرضائية المتعلق بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع، تجسد ذلك من خلال عدة اجتهادات غير مستقره منها ماهو مستمد من تفسيره لقانون الأسرة ومنها ماهو مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية ودون تحديد الفقه المعتمد[4].

فحسب الاجتهاد القضائي القديم للمحكمة العليا لم يكن قضاء المجلس الأعلى والمحكمة العليا يعتبر الخلع حقا خالصا للزوجة، بل كان يشترط موافقة الزوج وبذلك لا يكون للقاضي مخالعة الزوجين دون رضا الزوج[5]، وقد تجلى هذا التوجه في الكثير من القرارات على غرار القرار الصادر عن المجلس القضائي الأعلى بتاريخ 1976/02/23، في القضية رقم 1267 ومضمونه أنه لا يجوز للقاضي أن يصرح بالخلع من تلقاء نفسه، بل لابد من وجود التراضي بين الزوجين، والملاحظ أن القضاء الجزائري آنذاك أسس اجتهاداته على أساس أن العصمة بيد الزوج وبالتالي رضاه مطلوب لصحة الخلع، والقضاة انطلاقا من نص المادة 222 من ق.أ.ج التي تحيل إلى الشريعة الإسلامية الأمر

=القاضي في تقديره، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، مجلد 8، عدد2، 2022، ص.ص 182-208، ص.189.

[1]- اعتبر أغلب شراح القانون الخلع عقد رضائي، فلا خلع دون موافقة الزوج، ومن ذلك الأستاذ عبد العزيز سعد الذي عرف الخلع في كتاب الزواج والطلاق بأنه:"عبارة عن عقد اتفاقي وثنائي الأطراف ينعقد عادة بدفع الزوجة لمبلغ من المال مقابل طلاقها وقبول صريح من الزوج لهذا العرض وللطلاق" وهو تعريف مستمد من المادة 54 من ق.أ.ج بما يفيد أن الخلع ليس إلا طلاقا رضائيا مقابل مال تقدمه الزوجة لزوجها"، كما يرى وفي نفس السياق الأستاذ العربي بلحاج أنه "إذا اتفق الزوج مع زوجته أن تدفع له مبلغا من المال لقاء طلاقها فقبلت وتم ذلك بإيجاب وقبول، سمي هذا مخالعة"، ينظر نور الدين عماري، الخلع من رخصة الى حق أصيل للزوجة بين أحكام القضاء وقانون الأسرة الجزائريين، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة،عدد13، 2015.، ص.ص 109-110.

[2]- يرى الأستاذ آث ملويا في تعليقه على المادة 54 من القانون رقم 84-11 أن الاتفاق بين الزوجين لا علاقة له بالخلع، لكن بالمال المفتدى به أي مقدار المال الذي تفتدي به الزوجة، وبذلك فإن إزالة عقد الزواج بالخلع جائز للمرأة بإرادتها المنفردة، ولا حاجة لصدور قبول من الزوج. ينظر لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في الأحوال الشخصية، الجزء الأول، ط.2، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص. 619.

[3]- نورة منصوري، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2012، ص. 132.

[4]- صديق سعداوي، تغيرات مبدأ الرضائية وفق الاجتهاد القضائي الجزائري في الطلاق والخلع، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعيد دحلب، البليدة، مجلد1، عدد1، الجزائر، 2011، ص. 167.

[5]- لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. 422.

الذي جعلهم يأخذون برأي جمهور الفقهاء، الذين قالوا بأن استجابة الزوج لطلب الزوجة للخلع أمر وجوبي لصحة الخلع باعتباره عقد رضائي لابد فيه من إيجاب وقبول[1].

ليغير القضاء الجزائري موقفه ابتداء من سنة 1992، فأصبح بذلك مكرسا لحق الزوجة في الخلع دون انتظار لإجابة الزوج لها، إذ يكفي فقط أن تعرض الزوجة بدلا لفك العلاقة الزوجية دون الحاجة إلى رضا الزوج، فلم يعد الخلع عقدا رضائيا كما كان ينظر إليه سابقا و تجلى ذلك في عديد القرارات، كالقرار المؤرخ في 92/07/21 والقرار المؤرخ في 1999/03/16، وأصبح يجب على القاضي الاستجابة لطلب الزوجة إذا أصرت على الخلع و تعذر إعادة الوفاق بين الطرفين، ويبقى دور القاضي هنا مقتصرا فقط في تقدير بدل الخلع عند عدم الاتفاق عليه من قبل المتخالعين بما لا يتجاوز صداق المثل[2].

وفي 2005 فصل المشرع الجزائري في الأمر بصفة نهائية معلنا وضع حد لهذا الاختلاف بنصه على عدم رضائية الخلـع، والذي يمكن أن يحصل بطلب من الزوجة دون موافقة الزوج وهذا طبقا لنص المادة 54 من ق.أ.ج المعدلة[3] بموجب الأمر 05-02[4].

ونص المشرع المغربي في المادة 115 من م.أ.م على أنه:" للزوجين أن يترضايا على الطلاق بالخلع طبقا لأحكام المادة 114 أعلاه"، وكانت المادة 114 قد نصت على أن الطلاق بالاتفاق يكون بتقديم الزوجين أو أحدهما طلبا للمحكمة بالطلاق دون شرط أو بشروط لا تتنافى مع أحكام المدونة ولا تضر بمصالح الأسرة والأطفال، على أن تحاول المحكمة الإصلاح بين الزوجين فإن تعذر ذلك أثبتت بالإشهاد على الطلاق وتوثيقه، ويبدو واضحا من خلال النصين أعلاه أن المشرع المغربي اعتبر الخلع عقدا يتراضى فيه الزوجان على الطلاق وتطبق على الخلع أحكام الطلاق بالاتفاق.

---

[1]- نظيرة عتيق، الخلع بين الرخصة و الحق الأصيل دراسة نقدية في ظل الاجتهاد القضائي والفقه الإسلامي، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق. جامعة سعد دحلب. البليدة، مجلد1،عدد1، الجزائر، 2011، ص.203.

[2]- المرجع نفسه، ص.ص203-204.

[3]- وكان الأستاذ عبد العزيز سعد قد علق على هذه المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري- قبل صدور التعديل قائلا:" وبالنسبة لتدخل القاضي من أجل الحكم بانحلال الزواج بالخلع بناء على طلب الزوجة وحدها، دون موافقة الزوج، فإن بالإمكان أن نقول أن مثل هذا الحكم هو حكم يمكن أن يوصف بأنه حكم تعسفي ومتحيز ولا أساس له في الشرع أو في القانون ، ونعتقد أن الحكم بالخلع دون رضا الزوج أو دون موافقته على مقدار أو مبلغ العوض المعروض عليه من الزوجة يعتبر من قبيل إجبار الزوج على التطليق دون أي مبرر شرعي أو قانوني ، ويعتبر خرقا لمبدأ حرية التعاقد التي هي أساس الخلع، ومن حيث أن الخلع هو عقد رضائي بين الزوجين هدفه حل الرابطة الزوجية بعوض وبإرادة متبادلة"، ينظر: رابح بن غريب، أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري ، دراسة مقارنة بقوانين الدول العربية والشريعة الإسلامية، مجلة تاريخ العلوم، جامعة زيان عاشور الجلفة، العدد 7، الجزائر، مارس 2017، ص.ص 81-82.

[4]- نور الدين عماري، الخلع من رخصة الى حق أصيل للزوجة بين أحكام القضاء وقانون الأسرة الجزائريين، المرجع السابق، ص. 110.

ونص المشرع المصري بموجب القانون رقم 1 لسنة 2000 المتعلق بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع واجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، وتحديدا المادة 20 منه التي نصت على أنه:" للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية، وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها، حكمت لها المحكمة بتطليقها عليه"، ليتبين من خلال هذا النص أن المشرع المصري جعل الخلع حقا خالصا للمرأة يخضع لإرادتها إن رفض الزوج مخالعتها، وطبقا لنفس المادة لا تحكم المحكمة بالخلع إلا بعد محاولة الإصلاح بين الزوجين، فإن فشلت مساعي الصلح وجب على الزوجة إلى جانب التنازل عن حقوقها المالية، الإقرار ببغضها الحياة مع زوجها وعدم قدرتها على الاستمرار فيها وخشيتها ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، ويقع الخلع طلاقا بائنا طبقا لنفس المادة.

واعتبر المشرع السوري الخلع عقدا رضائيا، فنص في المادة 96 من ق.أ.ش.س على أنه:" لكل من الطرفين العدول عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر"، ولم يشر في المواد التالية لها إلى حالة رفض الزوج طلب الزوجة الخلع، مما يفيد اعتبار الخلع عقدا رضائيا يستوجب موافقة الزوج.

ونص المشرع الأردني في المادة 102 من ق.أ.ش.أ على تعريف الخلع الرضائي، وجاء نص المادة كالآتي:" الخلع الرضائي هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه بلفظ الخلع أو الطلاق أو المبارأة أو ما في معناها..."، وقد يوحي نص المادة على الخلع الرضائي أن هناك خلع غير رضائي، إلا أنه بتتبع المواد التالية للمادة 102 أعلاه يتضح أن الخلع المنصوص عليه في قانون الأحوال الشخصية الأردني هو ما يشترط فيه تراضي الزوجين من أجل إيقاعه.

كما نص المشرع العراقي على الخلع وأسماه التفريق الاختياري، حيث نصت المادة 46 من ق.أ.ش.ع على أنه:" الخلع إزالة قيد النكاح بلفظ الخلع أو ما في معناه وينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي مع مراعاة أحكام المادة 39 من هذا القانون"، ويتضح من خلال النص الذي عرف الخلع على أنه ينعقد بإيجاب وقبول، أن المشرع العراقي اعتبره اتفاقا يتراضى فيه الزوجان على المخالعة، ويؤكد ذلك أيضا تسمية المشرع العراقي الخلع بالتفريق الاختياري وهو يقصد التفريق بالتراضي.

4- الخلع جزاء للإخلال بالتزام المساكنة: قد يتساءل القارئ كيف يكون الخلع جزاء للإخلال بالتزام المساكنة؟ لأنه بإخلال الزوج بالتزام المساكنة في أحد مضامينه يكون للزوجة اللجوء إلى التفريق القضائي والذي تغطي حالاته تقريبا جميع صور الإخلال

بمضامين التزام المساكنة، فليس على الزوجة أن تسلك طريق الخلع أين يكون عليها دفع بدل الخلع للزوج والتنازل عن حقوقها الزوجية في بعض القوانين!!؟

في أحوال معينة عندما تلجأ الزوجة لطلب الخلع بدل طلب التفريق لأحد الأسباب الموجبة للتفريق، قد يتعذر عليها أن تسلك طريق التفريق القضائي لعدم استطاعتها إثبات الضرر، أو لعدم وجود شقاق بينها وبين زوجها ورغم ذلك هي تبغضه ليس لسوء عشرته إنما لخلقته أو لخلق فيه أو لكبر سنه أو لعجزه عن أداء حقوقها، ومن المفيد الإشارة هنا إلى حكم الخلع الذي مر معنا بين المباح والحرام والمكروه، ويكون الخلع مباحا عند الفقهاء فقط إذا خشيت الزوجة أن لا تؤدي حق زوجها أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها، أما ماعدا ذلك فتكون الزوجة متعسفة في استعمال حقها.

وعليه إذا طلبت الزوجة الخلع من زوجها بسبب ضرر أصابها ولم تستطع إثباته أو لم تشأ فضح حياتها الزوجية وأسرارها الخاصة ولم يرد الزوج تطليقها، كان الخلع في هذه الأحوال جزاء تمارسه الزوجة في مواجهة الزوج لإخلاله بالتزام المساكنة، أما إن كانت الزوجة طلبت الخلع من غير بأس أصابها ففي هذه الحالة تعتبر بطلبها ذاك أخلت بالتزام المعاشرة بالمعروف، وتعسفت في استعمال حقها في المخالعة مما يستوجب تعويض الزوج عن الخلع تعسفا والذي يكون مستقلا عن بدل الخلع[1].

ثالثا: اللعان

من المفيد التذكير أننا تطرقنا للحديث عن اللعان في معرض بياننا لصور الإخلال بالتزام المعاشرة بالمعروف، والمتمثلة في اتهام أحد الزوجين للآخر بالخيانة الزوجية، فالزوج عندما يلاعن زوجته لمجرد الشك يعتبر قاذفا لها ومخلا بالتزام المعاشرة بالمعروف الذي يفرض عليه عدم الإضرار بزوجته سواء إضرارا ماديا أو معنويا.

أما اللعان الذي نحن بصدد دراسة تفاصيله فهو اللعان الذي يكون بناء على قرائن واضحة وبينة قوية بزنا الزوجة، فيكون بذلك جزاء للإخلال بالتزام الإحصان من طرف الزوجة، وسنتطرف فيما يلي إلى تعريف اللعان وبيان مشروعيته، لنتطرق إلى صيغة اللعان وألفاظه، لنبين بعد ذلك شروطه وآثاره.

[1] - ينظر في تفصيل مسألة استقلال التعويض على الخلع التعسفي عن بدل الخلع كل من: عائشة معروف، عماري براهيم، تعسف الزوجة في طلب الخلع وسلطة القاضي في تقديره، المرجع السابق، ص.ص195-157. راضية بشير، حق الزوج في التعويض عن فك الرابطة الزوجية بالخلع، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 03، الجزائر، ديسمبر 2019، ص. 346.

1 - تعريف اللعان ومشروعيته: اللعان في اللغة مصدر للفعل لاعن، ومأخوذ من اللعن، ومعناه الطرد والإبعاد من الخير، واللعن يكون من الله ويكون من الخلق، فاللعن من الله هو الطرد والإبعاد، أما اللعن من الخلق فهو السب والدعاء[1].

واصطلاحا عرف الحنفية اللعان على أنه:" اسم لما يجري بين الزوجين من الشهادات بالألفاظ المعروفة"، وعرفه الشافعية :" اللعان شرعا كلمات جعلت حجة للمضطر لقذف من لطخ فراشه وألحق به العار أو لنفي ولد عنه"، وعرفه المالكية:" اللعان حلف زوج مسلم مكلف على زنى زوجته أو نفي حملها منه، وحلفها على تكذيبه، أربعا من كل منهما بصيغة أشهد بالله بحكم حاكم يشهد القضية"، وعرفه الحنابلة:" اللعان شرعا شهادات مؤكدات بأيمان من الجانبين مقرونة بلعن من زوج وغضب من زوجة قائمة مقام حد قذف إن كانت محصنة أو تعزير إن لم تكن كذلك في جانبه، وقائمة مقام حبس من جانبها"[2].

والأصل في مشروعية اللعان القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة، جاء في القرآن الكريم قوله تعالى:" وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا ۚ وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ (4) إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِن بَعْدِ ذَٰلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ (5) وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ ۙ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ"[3]، وسبب نزول هذه الآيات كما ترويه كتب السنة هو أن عويمر العجلاني جاء رسول الله ﷺ، فقال: يا رسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا، أيقتله فتقتلونه أم كيف يصنع؟ فقال رسول الله ﷺ: قد أنزل الله القرآن فيك وفي صاحبتك، فأمرهما رسول الله ﷺ بالملاعنة بما سمي في كتابه، فلاعنها، ثم قال: يارسول، إن حبستها فقد ظلمتها، فطلقها، فكانت سنة لمن كان بعدهما في المتلاعنين..."[4].

إن الزوجة هي من لها الحق في طلب إجراء اللعان إن قذفها الزوج، فكان ذلك حقها فاشترط طلبها وبهذا قال جمهور الفقهاء[5] وخالفهم الظاهرية الذين قالوا بأن للقاضي أن يأمر بإجراء اللعان إذا علم بقذف الزوج زوجته بالزنا، طلبت ذلك الزوجة أم لم تطلب[6].

---

[1] - الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء 35، ص.246.

[2] - ابن الهمام، فتح القدير، الجزء4، المرجع السابق، ص.276. الرملي، نهاية المحتاج، الجزء 7، المرجع السابق، ص.103. الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، الجزء2، ص.ص657- 658. منصور بن إدريس البهوتي، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، ط.1، الجزء 3، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية، 1993، ص. 311.

[3] - سورة النور، الآيات 4- 6.

[4] - البخاري، صحيح البخاري، الجزء9، ص.446، ح.رقم 4745. مسلم، صحيح مسلم، الجزء1، ص.ص 19-22. ح.رقم 1492.

[5] - ابن الهمام ، فتح القدير، الجزء4، المرجع السابق، ص.277. الشافعي، الأم، الجزء5، المرجع السابق، ص.306. ابن قدامة، المغني، الجزء8، المرجع السابق، ص.59.

[6] - ابن حزم، المحلى، الجزء9، المرجع السابق، ص.331.

أما طلب إجراء اللعان من الزوج إن لم يكن له ولد يريد أن ينفي نسبه لم يكن له أن يطلب اللعان، وهو قول أكثر أهل العلم على رأي ابن قدامة، الذي قال:" لا نعلم فيه مخالفا إلا بعض أصحاب الشافعي قالوا له :" الملاعنة لإزالة الفراش"، والصحيح عندهم أن إزالة الفراش ممكنة بالطلاق فلا حاجة للزوج باللعان"[1].

وإذا امتنع الزوج عن اللعان بعد طلب إجرائه، قال جمهور الفقهاء أنه يحد حد القذف[2] وقال الحنفية يحبس الزوج ولا يحد[3]، وإذا امتنعت الزوجة من اللعان قال الشافعية والمالكية أنها تحد حد الزنا[4] وقال الحنفية و الحنابلة أن الزوجة إذا امتنعت عن اللعان حبسها الحاكم حتى تلاعن أو تقر بالزنا فتحد[5].

2- **صيغة اللعان وألفاظه**: وصيغة اللعان وألفاظه وردت محددة دقيقة في الآيات 6 إلى 9 من سورة النور، وقذف الزوج لا يخلو من أن يكون بالزنا أو بنفي الولد، فإجراء اللعان للقذف بالزنا يقيمه القاضي بين يديه ويأمر الزوج أن يقول أربع مرات: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا، ويقول في الخامسة: لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا، ثم يأمر المرأة أن تقول أربع مرات: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا، وتقول في الخامسة : أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا[6]، ويبدأ القاضي بلعان الزوج أولا[7].

فإذا كانت الزوجة حاضرة يشير إليها الزوج وقيل يضيف ذكر الاسم للتأكيد، أما إن كانت غائبة فيسميها أو ينسبها بما يميزها دفعا للاشتباه[8].

ويجب التقيد بعدد شهادات اللعان وهي أربعة لكل من الزوجين والخامسة اللعن على الزوج إن كان كاذبا والغضب على الزوجة إن كان الزوج صادقا، ولا يجوز تبديل

---

[1]- ابن قدامة، المغني، الجزء8، المرجع السابق،ص.59.

[2] - ابن رشد، بداية المجتهد، الجز 3، المرجع السابق، ص..137. الشافعي، الأم، الجزء5، المرجع السابق، ص.311-312.. ابن قدامة، المغني، الجزء 8، المرجع السابق، ص.49. ابن حزم، المحلى، الجزء11، المرجع السابق، ص.214.

[3]- المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدئ، الجزء3، دار إحياء التراث العربي، لبنان، د.س.ن، ص.143.

[4] - الشافعي، الأم، الجزء5، المرجع السابق، ص.308. ابن رشد، بداية المجتهد، الجزء3، المرجع السابق، ص.137.

[5] - المرغيناني، بداية المبتدئ، الجزء3، المرجع السابق، ص.251. ابن قدامة، المغني، الجزء8، ص.ص 93-94.

[6]- الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء3، المرجع السابق، ص.237. ابن الهمام، فتح القدير، الجزء4، المرجع السابق، ص.285.

[7] - الشربيني، مغني المحتاج، الجزء5، المرجع السابق، ص.63.

[8] - أحمد محمد المومني، اسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، ط.1، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطبع، الأردن، 2009، ص.136.

لفظ "أشهد" بغيرة مثل "أقسم" و"أحلف"، أو تبديل لفظ "اللعن" ولفظ "الغضب" ولا قول الزوج "إني لمن الكاذبين" ولا قول الزوجة "إنه لمن الصادقين"[1].

3- شروط اللعان: من شروط اللعان إجراؤه بحضرة القاضي وأمره[2]، وأن يبدأ الزوج باللعان فإن بدأت الزوجة لا يعتد به ويعاد[3]، ويشترط أيضا أن يلقي كل من الزوجين ألفاظ ألفاظ اللعان بعد أن يلقنهما الحاكم، ولا يشترط حضور الزوجين معا في مجلس اللعان، فلو لاعن الرجل داخل المسجد ولاعنت المرأة على بابه لعدم إمكان دخولها جاز ذلك[4]، وزاد المالكية شرطا آخر هو أن يجرى اللعان بحضرة جماعة أصلها أربعة من الرجال العدول[5].

واتفق الفقهاء على أن اللعان لا يكون إلا بين زوجين في زواج صحيح قائم حقيقة أو حكما[6]، وقال جمهور الفقهاء أن اللعان يصح من كل زوجين مسلمين أو غير مسلمين عدلين أو فاسقين محدودين في قذف أو غير محدودين[7]، وذهب الحنفية وفي رواية للحنابلة أن اللعان لا يصح إلا من الزوجين المسلمين البالغين العاقلين الناطقين، غير المحدودين في قذف[8]، وسبب هذا الخلاف أن الحنفية اعتبروا اللعان شهادة وبذلك اشترطوا فيه شروط الشهادة، واعتبر الجمهور اللعان أيمان مؤكدة بلفظ الشهادة والتكرار وبذلك لا يشترط في الزوجين إلا أهليتهما لليمين[9].

4- آثار اللعان: يترتب على اللعان آثار معينة هي سقوط الحد عن الزوجين ووقوع الفرقة بين المتلاعنين وانتفاء نسب الولد عن الزوج، ونركز هنا على الأثرين المتعلقين بالفرقة وهما وقوع الفرقة بين المتلاعنين، والحرمة المؤبدة بينهما.

ذهب عامة الفقهاء إلى أن الفرقة تقع بين الزوجين المتلاعنين بسبب اللعان، واختلفوا فيما إذا كان يكفي لعان الزوجين لحصول الفرقة أم لا بد من تدخل القاضي

---

[1] - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء8، المرجع السابق، ص.ص376-378.

[2] - ابن قدامة، المغني، الجزء8، المرجع السابق، ص.87. الشربيني، مغني المحتاج، الجزء 5، المرجع السابق، ص.65.

[3] - الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء3، المرجع السابق، ص.ص237-238.ابن قدامة، المغني، الجزء 8، المرجع السابق، ص.69.

[4] - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء8، المرجع السابق، ص. 384.

[5] - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، الجزء 2، المرجع السابق، ص.464..

[6] - علي حسب الله، الفرقة بين الزوجين، المرجع السابق، ص.178.

[7] - ابن قدامة، المغني، الجزء 8، المرجع السابق، ص.49. الشافعي، الأم، الجزء 5، المرجع السابق، ص.ص133، 142، 143. الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، الجزء2، المرجع السابق، ص.657.

[8] - ابن الهمام السيواسي، فتح القدير، الجزء4، المرجع السابق، ص.ص278-279.

[9] - علي حسب الله، الفرقة بين الزوجين وما يتعلق بها من عدة ونسب، المرجع السابق، ص.179.

لإيقاع الفرقة بينهما، فقال المالكية والظاهرية وفي رواية عن الحنابلة أن الفرقة تقع بين الزوجين بعد فراغهما من لعانهما دون حاجة إلى تدخل القاضي، وحجتهم قول عمر رضي الله عنه:" المتلاعنين يفرق بينهما ولا يجتمعان أبدا"، ولأنه معنى يقتضي التحريم المؤبد فلم يقف على حكم الحاكم كالرضاع، ولكن الفرقة لا تحصل قبل تمام اللعان بينهما[1]، والقول الثاني يرى أصحابه أن الفرقة لا تقع بمجرد لعان الزوجين بل لا بد أيضا أيضا من تفريق القاضي لأن سبب هذه الفرقة يقف على الحاكم، فالفرقة المتعلقة به لا تقع إلا بحكم الحاكم وبهذا قال الحنفية والحنابلة في رواية ثانية[2].

وفرقة اللعان عند جمهور الفقهاء فسخ لأنها فرقة توجب تحريما مؤبدا فكانت فسخا كفرقة الرضاع[3]، أما الحنفية فقالوا أن الفرقة الواقعة باللعان طلاق بائن[4].

وعن الأثر الثاني والمتعلق بالفرقة المؤبدة بين الزوجين المتلاعنين فلا خلاف بين الفقهاء في وقوع الحرمة المؤبدة بين الزوجين بسبب اللعان[5]، واحتجوا بحديث سهل ابن سعد الذي رواه أبو داود في سننه في باب اللعان وجاء فيه:"...فمضت السنة بعد في المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبدا"[6]، وجاء في شرح الحديث قول الشوكاني:" الشوكاني:" قوله :(لا يجتمعان أبدا) فيه دليل على تأكيد التحريم...والأدلة الصحيحة الصريحة قاضية بالتحريم المؤبد وكذا أقوال الصحابة، وهو الذي يقتضيه حكم اللعان ولا يقتضي سواه، فإن لعنة الله وغضبه قد حلت بأحدهما لا محالة"[7].

وقال أبو حنيفة ومحمد من الحنفية دون الجمهور أن الزوج إن أكذب نفسه سقطت الحرمة المؤبدة، لأن إكذاب الزوج القاذف نفسه رجوع عن الشهادة، والشهادة بعد الرجوع عنها لا حكم لها وبذلك تزول الحرمة المؤبدة ويحد الزوج للقذف[8].

---

[1] - الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، الجزء 2، المرجع السابق، ص.669. ابن حزم، المحلى، الجزء11، المرجع السابق، ص.286. ابن قدامة، المغني، الجزء8، المرجع السابق، ص.64.

[2] - الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء3، المرجع السابق، ص.ص244- 245. ابن قدامة، المغني، الجزء8، المرجع السابق، ص.63.

[3] - ابن قدامة، المغني، الجزء8، المرجع السابق، ص.65. الشربيني، مغني المحتاج، الجزء5، المرجع السابق، ص.71.. أحمد الصاتي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، الجزء2، المرجع السابق، ص.390. ابن حزم، المحلى، الجزء 9، المرجع السابق، ص.329.

[4] - الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء3، المرجع السابق، ص.ص245-246.

[5] - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء8، المرجع السابق، ص. 397..

[6] - أبو داود، سنن أبي داود، الجزء3، المرجع السابق، ص. 564،ح.رقم 2250.

[7] - الشوكاني، نيل الأوطار، الجزء6، المرجع السابق، ص.322.

[8] - الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء 3، المرجع السابق،ص.245.

ومن بين آثار اللعان أنه لا نفقة للملاعنة ولا سكنى لها، وقيل لها السكنى لأنها عدة منه، ولا توارث بينهما ولها عدة الطلاق، ولها كامل مهرها إن لاعنها بعد الدخول، ونصف المهر إن لاعنها قبله[1].

وبعد استعراض أهم أحكام اللعان باعتباره كطريق لفك الرابطة الزوجية وجزاء للإخلال بالتزام الإخلاص، تظهر استثنائية هذا الطريق مقارنة بطرق فك الرابطة الزوجية الأخرى، بالنظر لآثاره بالنسبة للزوجين ونخص بالذكر أثر الحرمة الأبدية، ذلك أنه حتى في الطلاق المكمل للثلاث والذي لا يستطيع الزوج فيه إرجاع زوجته لعصمته إلا بعد زواجها من آخر ودخوله بها ثم طلاقها منه أو وفاته عنها يمكن أن تعود زوجته بعقد جديد، أما في حالة اللعان فالفرقة بينهما أبدية، وبذلك تظهر خطورة إجراء اللعان في الحالات التي يبني فيها الزوج حكمه على مجرد شكوك وظنون دون يقين أو بينة تثبت خيانة زوجته، ويكون من المستحيل إصلاح الوضع لوقوع الحرمة الأبدية بين الزوجين بسبب اللعان.

المطلب الثاني

آثار الإخلال بالتزام المساكنة التي تبقى معها الرابطة الزوجية قائمة

تتمثل آثار الإخلال بالتزام المساكنة و التي تبقى معها الزوجية قائمة في التأديب والذي يعتبر جزاء لنشوز الزوجة، وفي الصلح الذي يقوم به القاضي أو الحكمين، وإن كان إجراء الصلح لم ينفع وأصر الزوجان أو أحدهما على الفرقة فيصار إلى الفرقة، إلا أن هذا لا يعني بأي شكل من الأشكال أن الصلح طريق تنتهي به الرابطة الزوجية، بل على العكس من ذلك فقد جعل الصلح والتحكيم للتوفيق بين الزوجين وثنيهما عن الفرقة والطلاق، وتلك غايته إصلاح ذات بين الزوجين وإزالة سوء الفهم بينهما ولم شملهما، فإن لم يكن ذلك ممكنا صرنا للتفريق القضائي وهو ما تنحل به الرابطة الزوجية وليس الصلح.

ومن خلال هذا المطلب سنتناول في الفرع الأول تأديب الزوجة، ونتناول في الفرع الثاني الصلح والتحكيم.

[1] - أحمد محمد المومني، اسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، المرجع السابق، ص.141.

الفرع الأول

تأديب الزوجة

يصف بعض الفقه تأديب الزوجة بالحق، ويسمى أيضا ولاية تأديب الزوجة، ومن خلال هذا الفرع سنعرف تأديب الزوجة والمقصود به ونبين أدلة مشروعيته(أولا) ثم نبين وسائل تأديب الزوجة (ثانيا).

أولا: تعريف التأديب ودليل مشروعيته

التأديب لغة مصدر أدبه تأديبا، أي علمه الأدب، وعاقب على إساءته، وهو رياضة النفس ومحاسن الأخلاق[1]، والتأديب اصطلاحا لا يخرج عن المعنى اللغوي، ويعرف بأنه:" تعليم ومعاقبة خفيفة ينزلها الولي -غير القاضي- بمن له ولاية عليه بقصد إصلاحه، والتعريف ذكر الولاية الخاصة التي تشمل الزوجة والأولاد"[2]، ويكون تأديب الزوجة إذا قصرت في أداء حق الله تعالى أو قصرت في أداء حقوق زوجها الشرعية.

وإن كان الفقهاء اتفقوا على أن الزوج يؤدب زوجته فيما يتصل بحقوقه الزوجية، فإنهم اختلفوا في جواز تأديب الزوج لزوجته في حق الله تعالى، كترك الصلاة ونحوها من الفرائض، فذهب المالكية والحنابلة[3] إلى أنه يجوز تأديبها على ترك الفرائض، وقيده المالكية بما قبل الرفع للإمام، أما الحنفية والشافعية[4] فقالوا ليس له التأديب لحق الله تعالى، لأنه لا يتعلق به ولا ترجع المنفعة إليه[5].

ويستند حق الزوج في تأديب زوجته إلى أن الله تعالى أمر المسلم بوقاية أهله من النار في قوله عز وجل:" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ..."[6]، وزوجة الرجل من أهله فتكون الوقاية من النار بحملها على طاعة الله بتطبيق أوامره واجتناب نواهيه، بالنصيحة والإرشاد، وإلا بوسائل التأديب الأخرى[7].

---

[1] - الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء10، المرجع السابق، ص.19.

[2] - عبد الله بن سليمان العجلان، أحكام تأديب الزوجة في الفقه الإسلامي، مجلة العدل، العدد52، المملكة العربية السعودية، شوال 1432 هـ، ص.47.

[3] - الدسوقي،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء2، المرجع السابق، ص.343. ابن قدامة، المغني، الجزء7، المرجع السابق ص.319.

[4] - ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، الجزء4، المرجع السابق، ص.78. الشربيني، مغني المحتاج، الجزء 5، الرجع السابق، ص.193...525.

[5] - الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء10،المرجع السابق، ص.ص 21-22.

[6] - سورة التحريم، الآية 6.

[7] - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء7، المرجع السابق، ص.309

وفي الحديث الشريف قوله ﷺ :" كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته... والرجل راع في أهله ومسؤول عن رعيته..."[1]، فأهل المرء ونفسه من جملة رعيته وهو مسؤول عنهم، لأن الله تعالى أمر أن يحرص على وقايتهم من النار بحملهم على امتثال أوامر الله تعالى واجتناب نواهيه[2] وبهذا قال الفقهاء، جاء في المغني:" وله تأديب زوجته على ترك فرائض الله تعالى"[3].

وجاء أيضا في قوله تعالى:" الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ۚ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ ۚ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ۖ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا"[4]، وفي الآية الكريمة تقرير حق القوامة والإشراف للرجل على النساء بسبب ما فضل الله به الرجال على النساء من مزايا خاصة، ثم بسبب ما ينفقون من الأموال، وقسم النساء صنفين، نساء صالحات قانتات حافظات لأزواجهن بالمعروف مؤديات لحقوق أزواجهن محافظات عليها، فهؤلاء مدحهن الله وأثنى عليهن، وهذا القسم من النساء ليس للرجال عليهن شيء من سلطان التأديب، والصنف الآخر من النساء على العكس متمردات عاصيات لأزواجهن فيما أمر الله به من حقوق وهن النساء الناشزات اللواتي أذن بتأديبهن[5]، وأباح الله عز وجل من خلال الآية للزوج تأديب زوجته إذا أخلت وقصرت في أداء حقوقه على نحو يعتبر معه هذا التقصير نشوزا وتصير بذلك الزوجة ناشزا[6].

وقال ﷺ في حجة الوداع:" استوصوا بالنساء خيرا فإنهن عوان عندكم ليس تملكون منهن شيء غير ذلك إلا أن يأتين بفاحشة، فإن فعلن فاهجروهن في المضاجع وأضربوهن ضربا غير مبرح، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا، ألا إن لكم على نسائكم حقا، ولنسائكم عليكم حقا، فأما حقكم على نسائكم فلا يوطئن فرشكم من تكرهون، ولا يأذن في بيوتكم لمن تكرهون، ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن في كسوتهن وطعامهن"[7].

---

[1] - البخاري، صحيح البخاري، الجزء7، المرجع السابق، ص.26، ح.رقم 5188. أبو داود، سنن أبي داود، الجزء3، المرجع السابق، ص.130، ح.رقم 2928.

[2]- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء7، المرجع السابق، ص.309.

[3] - ابن قدامة، المغني، الجزء7، المرجع السابق، ص.319.

[4] - سورة النساء، الآية 34.

[5] - معتصم عبد الرحمان محمد منصور، أحكام نشوز الزوجة في الإسلام، كلية الدراسات جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2007، ص.ص104-105.

[6] - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء7، المرجع السابق، ص. 310.

[7] - ابن ماجه، سنن ابن ماجه، الجزء1، ص.594، المرجع السابق،ح.رقم 1851.

وقال النبي ﷺ:" لا تضربوا إماء الله"، فجاء عمر إلى رسول الله ﷺ فقال:" ذئرن النساء على أزواجهن، فرخص بضربهن، فأطاف بآل رسول الله ﷺ نساء كثير يشكون أزواجهن، فقال النبي ﷺ: لقد طاف بآل محمد نساء كثير يشكون أزواجهن، ليس أولئك بخياركم"[1]، وقال الإمام الشافعي:" في نهي النبي ﷺ عن ضرب النساء، ثم إذنه في ضربهن، وقوله :" لن يضرب خياركم" يشبه أن يكون عليه الصلاة والسلام نهى عنه على اختيار النهي، وأذن فيه بأن أباح لهن الضرب في الحق، واختار ألا يضربوا، لقوله:" لن يضرب خياركم"[2]، ويفيد معنى الحديث أن التراجع عن الضرب أفضل وأكمل وأبقى للمودة حتى مع وجود الداعي له، تأسيا بسيد الخلق الذي ما ضرب خادما ولا امرأة قط[3].

ثانيا: وسائل تأديب الزوجة

جاءت هذه الوسائل محددة في آية التأديب، وهي الوعظ والهجر والضرب، وسنبين فيما يلي المقصود من كل وسيلة وضوابط استعمالها.

1- الوعظ: الوعظ لغة من وعظ يعظ وعظا وعظة، أي ذكره بما يلين قلبه من الثواب والعقاب، فالوعظ النصح والتذكير بالعواقب، واتعظ أي قبل الموعظة، ويقال : السعيد من وعظ بغيره، والشقي من اتعظ منه غيره[4].

وفي تفسير قوله تعالى في آية التأديب"فعظوهن" قال القرطبي :" أي فعظوهن بكتاب الله تعالى، أي ذكروهن بما أوجب الله عليهن من حسن الصحبة وجميل العشرة، والاعتراف بالدرجة التي له عليها، ويذكرها أيضا بقول النبي ﷺ:" لو أمرت أحدا أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها"[5].

وجاء في تفسير المنارفي معنى "فعظوهن" :" إذا آنس الزوج من زوجته ما يخشى أن يؤول إلى الترفع وعدم القيام بحقوق الزوجية، فعليه أولا أن يبدأ بالوعظ الذي يرى أنه يؤثر في نفسها، والوعظ يختلف باختلاف حال المرأة، فمنهن من يؤثر في نفسها التخويف من الله عز وجل وعقابه على النشوز، ومنهن من يؤثر في نفسها التهديد من سوء العقاب

[1] - أبو داود، سنن أبي داواد، الجزء 2، ص.245، المرجع السابق،ح.رقم 2146.
[2] - الشافعي، الأم، الجزء5، المرجع السابق، ص.208.
[3] - نايف بن أحمد الحمد، تأديب الزوجة بين التعدي والمشروع، مجلة العدل، عدد37، المملكة العربية السعودية، رجب 1431، ص.217.
[4] - الفيروز أبادي، القاموس المحيط، الجزء2، المرجع السابق، ص.400.
[5] - القرطبي، أحكام القرآن، الجزء 5، المرجع السابق، ص.171.

في الدنيا، كشماتة الأعداء، والمنع عن بعض الرغائب كالثياب الحسنة والحلي، والرجل العاقل لا يخفى عليه الوعظ الذي يؤثر في قلب امرأته"[1].

ويقول الماوردي من الشافعية في ذلك:" أما العظة فهو يخوفها بالله تعالى وبنفسه، فتخويفها بالله أن يقول لها اتق الله ، وأخشي سخطه واحذري عقابه فإن التخويف بالله تعالى أبلغ الزواجر في ذات الدين، وتخويفها من نفسه بالهجر والضرب وقطع النفقة[2].

ويتبين من أقوال الفقهاء والمفسرين أن الوعظ لا حد له، وتكون الموعظة بالرفق بما يلين قلب المرأة ويخوفها ويردها عن معصيتها، وهذا كله إذا ظهرت علامات النشوز، لأن هذا الوضع تناسبه الموعظة[3].

وينبغي أن يكون وعظ الزوج سرا بينه وبين زوجته لا بحضور أهله أو أهلها، كما يجب أن يكون وعظ الزوج هينا لينا رقيقا خاليا من التعنيف والغلظة والشدة وروح الإستعلاء، مفعما بالحب وإرادة الخير للزوجة، كما على الزوج أن يذكر زوجته بحق الأولاد وأن لا يظهروا أمامهم بمظهر المختلفين المتنازعين، ويبقى الوعظ المؤثر متروك لفطنة الزوج وحسن سياسته مع زوجته ومراعاته لمشاعرها[4].

أما عن الوقت الذي تجب فيه الموعظة فاختلف الفقهاء في تحديده لأنهم اختلفوا في تفسير قوله تعالى :" واللاتي تخافون نشوزهن"، فهناك من فسر الخوف بمعنى الظن، والمعنى يكون إن ظننتم أيها الأزواج نشوز زوجاتكم فعظوهن، وفي هذا إرشاد للمبادرة بالعلاج قبل وقوع الداء[5]، وهناك من فسر الخوف باليقين والعلم، ويكون المعنى إذا علمتم أيها الأزواج وتيقنتم من نشوز الزوجات فاسلكوا معهن هذه الوسائل وأولها الوعظ[6]، وبذلك وقت الموعظة يكون حسب الرأي الأول قبل وقوع النشوز مع الخوف من وقوعه، وحسب الرأي الثاني يكون تأديب الزوجة وعظا إذا وقع النشوز فعلا وظهرت أماراته بقول أو فعل، وأما إمارات النشوز بالقول أن يكون من عادة الزوج مع زوجته إذا دعاها أجابته بالتلبية وإذا خاطبها أجابت بما هو جميل حسن، وصارت بعد ذلك لا تجيب أو تجيب بالتماطل والتثاقل دون أن يكون هناك سبب أو على الأقل دون أن تدلي بسبب معين، وبالنسبة لأمارات النشوز بالفعل فكأن تكون مثلا إذا دعاها لفراشه أجابته ببشاشة

---

[1] - محمد رشيد رضا، تفسير المنار، الجزء 5، المرجع السابق، ص.72.

[2] - أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير،الجزء 9، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994، ص.598.

[3] - اليزيد عيسات، ضوابط التأديب الأسري في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري دراسة نظرية تطبيقية مقارنة، المرجع السابق، ص.202.

[44] - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء7، ص.313.

[5] - الجصاص، أحكام القرآن، الجزء2، المرجع السابق، ص.237.

[6] - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء 5، المرجع السابق، ص.170.

وطلاقة ثم أصبحت بعد ذلك متجهمة عبوسة، أو كان من عادتها إذا دخل عليها قامت لخدمته ثم صارت بعد ذلك كسولة خاملة دون مرض أو مشكل ظاهر ودون تقصير منه، فكانت تلك أمارات النشوز[1].

وإن كان الراجح هو القول بإتيان الموعظة والنصح عند مجرد الخوف من النشوز ولو لم يحدث فعلا استنادا إلى أن الموعظة مباحة قبل فعل المكروه، وجائزة إن لوحظت أسبابه، ثم إن الموعظة مستحبة من المرء لأخيه فكيف بزوجته بل من باب أولى أن تكون لها، كما أن الموعظة تفتح باب التفاهم وتحل الكثير من المشاكل[2].

2- الهجر في المضجع: ورد الهجر في أية التأديب بعد الوعظ، وبذلك إن لم تنفع الموعظة مع الزوجة يسلك الزوج وسيلة الهجر، والهجر لغة ضد الوصل، والمهاجرة من أرض إلى أرض أخرى ترك الأولى إلى الثانية، والمهاجرة نصف النهار لأن الناس بسكنون بيوتهم فكأنهم تهاجروا[3]، يقول ابن العربي:" نظرنا في هذه الموارد فألفيناها تدور على حرف واحد وهو البعد عن الشيء، فالهجر قد بعد عن الوصل الذي ينبغي من الألفة وحسن العشرة...وانتصاف النهار قد بعد عن طرفيه المحمودين في اعتدال الهواء وإمكان التصرف"[4]، وأما المضجع فهو موضع الاضطجاع وهو مأخوذ من ضجع الرجل أي وضع جنبه بالأرض[5]، فيكون بذلك المعنى اللغوي للهجر في المضجع هو البعد عن الزوجة في موضع جنبها على الأرض أي في مكان رقودها[6].

وفي أقوال المفسرين في "الهجر في المضجع" جاء في تفسير الجصاص:" وقال ابن عباس وعكرمة والضحاك والسدي، المقصود بالهجر: هجر الكلام، وقال سعيد بن جبير: هجرالجماع، وقال مجاهد والشعبي: هجر المضاجعة"[7]، وفي تفسير القرطبي جاء:" الهجر في المضاجع هو أن يضاجعها ويوليها ظهره، ولا يجامعها، عن ابن عباس وغيره، وقال مجاهد: جنبوا مضاجعهن"[8]، وجاء في تفسير الألوسي:" فقوله تعالى " أهجروهن في المضاجع" أي مواقع الاضطجاع، والمراد اتركوهن منفردات في مضاجعهن فلا تدخلوهن تحت اللحف ولا تباشروهن، فيكون الكلام كناية عن ترك جماعهن، وإلى ذلك ذهب سعيد بن جبير، وقيل: المراد اهجروهن في الفراش بأن تولوهن

---

[1] - اليزيد عيسات، ضوابط التأديب الأسري في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري دراسة نظرية تطبيقية مقارنة، المرجع السابق، ص.206.

[2] - المرجع نفسه، ص.206.

[3] الفيروز أبادي، القاموس المحيط، الجزء 3، المرجع السابق، ص.55.

[4] - ابن العربي، أحكام القرآن، الجزء1، المرجع السابق، ص.534.

[5] - الفيروز أبادي، القاموس المحيط، الجزء3، المرجع السابق، ص.55.

[6] - نور حسن قاروت، موقف الإسلام من نشوز الزوجين أو أحدهما وما يتبع ذلك من أحكام(دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص.141.

[7] - الجصاص، أحكام القرآن، الجز2، المرجع السابق، ص.237.

[8] - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء5، المرجع السابق، ص.171.

ظهوركم فيه ولا تلتفتوا إليهن، وقيل : المضاجع المبايت: أي اهجروا حجرهن ومحل مبيتهن"[1].

وهذه التفسيرات لقوله تعالى:" واهجروهن في المضاجع" لا تخرج عن أربع معان، الأول أن معناها اهجروهن في المراقد ولا تدخلوهن تحت اللحاف، والثاني لا يجامعها ولا يجمعها معه فراش واحد، والثالث أن المعنى كناية عن تركه لجماعها، والرابع أن يوليها ظهره في الفراش، وهذه الأقوال متقاربة والمقصود منها واحد هو إشعار الزوجة الناشز بزهد الزوج فيها، فكأنه يداويها من جنس دائها، فهي أرادت أن تتعالى عليه في فراشه، فيتعالى هو عليها ويزهد في مضاجعتها، والتعبير عن هذا الزهد قد تختلف صوره من رجل لآخر، فمن يستطيع أن يملك نفسه مع اجتماعه مع زوجته في فراش واحد يكفيه أن يهجرها في الفراش ويوليها ظهره، وبهذا يكون المضجع ظرفا للهجر، وإن كان لا يستطيع ذلك فيلزمه أن يترك مرقدها بحيث لا يجمعه معها فراش واحد[2].

وفي مفهوم فقهاء الشريعة الإسلامية للهجر في المضجع، يرى الحنفية أن الهجر معناه بأن يجامعها ولا يضاجعها على فراشه، وقيل يهجرها بألا يكلمها في مضاجعته إياها، لا أن يترك جماعها ومضاجعتها لأن ذلك حق مشترك بينهما[3]، والقول الأظهر عند عند الحنفية أن الهجر في المضجع معناه :" ترك كلامها مع المضاجعة والجماع إن احتاج إليه"[4].

ويرى الشافعية والمالكية أن الهجر في المضجع ترك فراش الزوجة دون ترك الغرفة، ودون ترك الكلام معها، لأن غاية الهجر أن تبلغ شهرا ولا يجوز ترك الكلام فوق ثلاث أيام[5]، ويرى الحنابلة أن للزوج أن يهجر زوجته في المضجع متى شاء وقيل لا يهجرها في المضجع إلا ثلاثة أيام، وفي الكلام فيما دون ثلاثة أيام[6].

والراجح في معنى المراد من قوله تعالى:" واهجروهن في المضاجع" يقول الأستاذ عبد الكريم زيدان هو :" هجرها في المضجع نفسه أي هجرها في النوم الذي ينامان فيه عادة بأن يوليها ظهره ولا يكلمها إلا بقدر قليل جدا حتى لا يضطر إلى كلامها بعد ثلاثة أيام،

[1] - الألوسي، روح المعاني، الجزء3، المرجع السابق، ص.25.
[2] - نور حسن قاروت، موقف الإسلام من نشوز الزوجين أو أحدهما وما يتبع ذلك من أحكام(دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص.143.
[3] - الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء2، المرجع السابق، ص.334.
[4] - ابن نجيم، البحر الرائق، الجزء3، المرجع السابق، ص.236.
[5] - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء2، ص.343. الشربيني، مغني المحتاج، الجزء4، المرجع السابق، ص.426.
[6] - المرداوي، الإنصاف، الجزء8، المرجع السابق، ص.376.

لأنه لا يجوز عدم كلامها أكثر من ثلاثة أيام[1]، لحديث رسول الله ﷺ:" لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام"[2].

ويؤكد هذا القول صاحب تفسير المنار:" ولا يتحقق هذا بهجر المضجع نفسه وهو الفراش، ولا بهجر الغرفة التي يكون فيها الاضطجاع، وإنما يتحقق بهجر الفراش نفسه، 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 اضطرابهما الذي أثارته الحوادث قبل ذلك، فإن هجر الزوج زوجته وأعرض عنها في هذه الحالة احتمل أن يدعوها ذلك الشعور والسكون النفسي إلى سؤاله عن السبب ويهبط من نشز المخالفة إلى مستوى الموافقة"[3].

وفي نفس المعنى يقول سيد قطب:" المضجع موضع الإغراء والجاذبية، والذي تبلغ فيه المرأة الناشز المتعالية قمة سلطانها، فإذا استطاع الزوج أن يقهر دوافعه تجاه هذا الإغراء فقد أسقط أمضى أسلحتها التي تعتز بها، وكانت في الغالب أميل إلى التراجع والملاينة أمام هذا الصمود وأمام بروز خاصية قوة الإرادة والشخصية"، ويضيف سيد قطب مبينا ضوابط هذا الهجر قائلا:" على أن هناك أدبا معينا في هذا الإجراء وهو ألا يكون هجرا ظاهرا في غير مكان خلوة الزوجين، ولا يكون هجرا أمام الأطفال يورث في نفوسهم شرا أو فسادا ولا هجرا أمام الغرباء يذل الزوجة أو يستثير كرامتها فتزداد نشوزا"[4]، بالإضافة إلى ضوابط أخرى وهي أن لا يبلغ الهجر الحد الذي يصير فيه الزوج الزوج موليا وقد جعل بعضهم غايته شهرا ولا يبلغ أربعة أشهر[5]، وأن يقصد بهجره لها ردها عن المعصية وإصلاح دينها[6].

3- الضرب

آثار الضرب كوسيلة للتأديب الكثير من النقاش على خلاف وسيلتي الوعظ والهجر، بل إن مصطلح تأديب الزوجة يرتبط في أذهان الكثيرين بالضرب رغم أنه وسيلة ثالثة وأخيرة يلجأ إليها الزوج عند عدم فعالية وسيلتي الوعظ والهجر، وسنبين فيما يلي ضوابط الضرب كوسيلة للتأديب طبقا لما جاءت به الشريعة الإسلامية.

[1] - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء7، ص.315.
[2] - البخاري، صحيح البخاري، الجزء8، المرجع السابق، ص.21، ح.رقم 6077.
[3] - محمد رشيد رضا، تفسير المنار، الجزء5، المرجع السابق، ص.73.
[4] - سيد قطب، في ظلال القرآن، الجزء2، المرجع السابق، ص.654.
[5] - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء2، المرجع السابق، ص.343.
[6] - اليزيد عيسات، ضوابط التأديب الأسري في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري دراسة نظرية تطبيقية مقارنة، المرجع السابق، ص.214.

أ- تعريف الضرب كوسيلة للتأديب وحكمه: الضرب هو إيلام الزوجة في جسدها، وهو آخر وسيلة يستعملها الزوج إذا لم تفد وسيلتي الوعظ والهجر، غير أنها وإن كانت وسيلة مباحة إلا أن ممارستها ليست على إطلاقها وإنما هي مقيدة بضوابط، لأن غاية الضرب المشروع للزوجة هو التأديب وليس العقاب[1]، والضرب المقصود هو الضرب التأديبي المصحوب بعاطفة المؤدب كما يزاوله الأب مع أبنائه والمربي مع تلميذه، فهو بهذا المفهوم ممزوج بعاطفة، وذلك هو اللائق الصحيح بمنهج التقويم والإصلاح وليس الضرب الذي يخرج عن هذا المفهوم[2].

والضرب للتأديب وإن كان مباحا فتركه أفضل، قال الشافعي:" والضرب مباح وتركه أفضل[3]، وعند المالكية إذا تحقق أو ظن الزوج عدم إفادة الضرب أوشك فيها فلا يضربها لأنها وسيلة إلى إصلاح حالها والوسيلة لا تشرع عند ظن عدم ترتب المقصود عليها[4]، وجاء في تفسير ابن العربي لقوله تعالى (واضربوهن):" قال عطاء لا يضربها وإن أمرها ونهاها، فلم تطعه ولكن يغضب عليها" ويضيف ابن العربي معلقا على قول عطاء:" وهذا من فقه عطاء فإنه من فهمه بالشريعة ووقوفه على مظان الاجتهاد، علم أن الأمر بالضرب هاهنا أمر إباحة، ووقف على الكراهية من طريق أخرى في قول النبي ﷺ في عبد الله بن زمعة:" إني لأكره للرجل أن يضرب أمته عند غضبه ولعله أن يضاجعها من يومه" وفي حديث آخرجه مالك أن رسول الله ﷺ استئذن في ضرب النساء، فقال: اضربوا ولن يضرب خياركم فأباح وندب إلى الترك"[5].

ب- ضوابط تأديب الزوجة ضربا: قسم الأستاذ اليزيد عيسات في رسالته الموسومة بضوابط التأديب الأسري في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري هذه الضوابط، التي قررتها النصوص القرآنية وفصلت فيها السنة النبوية والآراء الفقهية تفسيرا واستكمالا، تقسيما جديرا بالاستناد إليه، فقسمها إلى ضابط شخصي، وضابط نفسي وآخر يتعلق بالوسيلة وبالتدرج في استعمالها وضابط يتعلق بالمكان وآخر يتعلق بمقدار الضرب.

الضابط الشخصي: ويفيد هذا الضابط أن التأديب ضربا حق شخصي، فوجب بذلك أن يمارسه الزوج بنفسه ولا يوكله لغيره ولو كان قاضيا أو أبا أو غيره، لأن معصية الزوجة متعلقة بحق من حقوقه عليها لا بحق شخص آخر، وأيضا تحقيقا لغاية الستر ما بين

---

[1] - مجيدي المعربي، تأديب الزوجة باستعمال الضرب بين الشريعة والقانون الجزائري، الملتقى الدولي الثاني الموسوم بـ: المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة، معهد العلوم الإسلامية جامعة الوادي، الجزائر، المنعقد يومي 24 و25 فيفري، ص.840..

[2] - اليزيد عيسات، ضوابط التأديب الأسري في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري دراسة نظرية تطبيقية مقارنة، المرجع السابق، ص.218.

[3] - فخر الدين الرازي، مفاتيح الغيب، الجزء 10، ص.90.

[4] - محمد بن أحمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء3، دار الفكر، لبنان، 1984، ص.545.

[5] - ابن العربي، أحكام القرآن، الجزء1، المرجع السابق، ص.536.

الزوجين لأن التأديب قد يكون سببه عدم إجابتها دعوته للفراش وهذا مما لا يليق أن يطلع عليه غيرهما[1].

ضابط نفسي: ويتعلق هذا الضابط بالحالة النفسية للزوج أثناء ممارسة التأديب، إذ يتحتم عليه وهو الطرف الأقوى من حيث التكوين الجسماني أن يحذر من الانسياق وراء غضبه من زوجته ومن عصيانها له فيقع ما لا تحمد عقباه، لأن الإنسان ساعة الغضب لا يسيطر على أفعاله وأقواله فكان لا بد عندما يريد الزوج تأديب زوجته أن يكون في حالة نفسية هادئة واعية، مقدرا للعواقب مدركا لمآل الأمور، ويتذكر دائما أن الغرض من التأديب الإصلاح والعلاج وليس الإفساد والتعنيف والتعذيب[2].

ويضاف إلى ذلك أن تتجه نية الزوج إلى إصلاح الزوجة وتكون هذه غايته وقصده وهو ما يعبر عنه بحسن النية، فإن ابتغى الزوج بفعله غير هذه النية وهذا القصد –الإصلاح- لم يكن فعله مباحا لكونه صار متعسفا في استعمال حقه، إعمالا للقاعدة الشرعية "الأمور بمقاصدها"[3].

ضابط التدرج في الوسيلة: ومعناه ضرورة مراعاة الزوج عند تأديب الزوجة أن يكون قد وفاها جميع حقوقها، فلا تكون صاحبة حق عليه[4]، ثم بعد ذلك يعضها وينصحها فإن لم يجد ذلك معها يهجرها في المضجع، فإن لم ينفع ذلك أيضا يلجأ إلى الضرب بضوابطه[5] التي نحن بصدد استعراضها.

ضابط الوسيلة: وهذا قيد تضبط به الوسيلة فلا يخرج المؤدب عنها، لأن الضرب التأديبي مقيد بكونه غير مبرح[6]، والضرب غير المبرح هو الضرب الذي لا يكسر عظما ولا يخرق جلدا ولا يسوده، فهو الضرب الخفيف غير المؤثر حسيا وغير المؤذي، فلا يتلف عضوا ولا يقطع لحما ولا يترك أثرا ولا يشين جارحة ولا يسيل دما[7]، ولأن الضرب أبيح

---

[1] - مجيدي المعربي، تأديب الزوجة باستعمال الضرب بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص.843.

[2]- اليزيد عيسات، ضوابط التأديب الأسري في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري دراسة نظرية تطبيقية مقارنة، المرجع السابق، ص.231.

[3] - مجيدي المعربي، تأديب الزوجة باستعمال الضرب بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص.842.

[4]- نور حسن قاروت، موقف الإسلام من نشوز الزوجين أو أحدهما وما يتبع ذلك من أحكام(دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص.146..

[5] - اليزيد عيسات، ضوابط التأديب الأسري في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري دراسة نظرية تطبيقية مقارنة، المرجع السابق، ص.231.

[6] - نفس المرجع، ص.232.

[7] - عبد الله بن سليمان العجلان، أحكام تأديب الزوجة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.83.

أبيح للضرورة فالضرورة تقدر بقدرها، وتكون الوسيلة بسيطة لدرجة أن البعض[1] قال باستعمال السواك أو القصبة الصغيرة أو منديل ملفوف، أما إن كان الزوج يستعمل العصى والآلات الحادة أو اللكم أو الركل العنيفين، فيعتبر ذلك اعتداء سافرا وخارجا عن ضوابط التأديب[2].

ضابط المكان: ويتعلق هذا الضابط بمكان الضرب وموضع الضرب، فالزوج يؤدب زوجته في مسكن الزوجية ولا يكون ذلك أمام الأطفال، كما لا يجب أن يكون الضرب أمام الجيران أو في الشارع، فتلك فضيحة كبرى تؤدي إلى نتائج عكسية فتعند الزوجة وتطلب الطلاق[3].

أما موضع الضرب من جسم الزوجة، فلا يجب أن يقع الضرب على الوجه أو على المهالك، قال الشافعية:" لا يأتي الضرب... على الوجه والمهالك"[4]، فلا يجوز للزوج أن يضرب على الوجه لأنه مجمع المحاسن، لأنه قد يكسر الأسنان أو الأنف أو قد يضر بالعين فيأثم الزوج شرعا ويسأل جنائيا[5]، وأن يتقي ضرب المهالك كالبطن والخاصرة ويتقي الوجه والرأس، لأن الضرب فيها قد يؤدي إلى الوفاة أو لعاهة دائمة، ويجب أن يكون الضرب مفرقا على بدنها ولا يوالي به في مكان واحد لئلا يعظم ضرره[6].

ضابط مقدار الضرب: ويتعلق هذا الضابط بعدد الضربات، واختلف الفقهاء في عدد الضربات فقال أحمد بن حنبل في المشهور عنه أنه لا يجوز أن يزيد الضرب عن عشر ضربات[7]، وأجاز أبو حنيفة والشافعي ومالك وأصحابه الزيادة في الضرب على العشر[8]، العشر[8]، والراجح هو القول الأول لاستناد أصحابه إلى حديث رسول الله صلى الله عليه

---

[1] - قال بعضهم في الوسيلة المستعملة في الضرب ما يكون باللكزة، وقال آخرون مايكون بالسواك، وما يكون باليد كالصفع وما يكون بالمعراق وهو المنديل الملفوف ونصوا على ألا يكون الضرب بالسوط أو بالخشب. ينظر : الحطاب، مواهب الجليل، الجزء 4، المرجع السابق، ص.15. الجصاص، أحكام القرآن، الجزء 2، المرجع السابق، ص.237. محمد عليش، شرح منح الجليل، الجزء3، المرجع السابق، ص.545.

[2]- اليزيد عيسات، ضوابط التأديب الأسري في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري دراسة نظرية تطبيقية مقارنة، المرجع السابق، ص.232.

[3] - نفس المرجع، نفس الصفحة.

[4] - الشربيني، مغني المحتاج، الجزء4، المرجع السابق/، ص.260.

[5] - اليزيد عيسات، ضوابط التأديب الأسري في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري دراسة نظرية تطبيقية مقارنة، المرجع السابق، ص.232.

[6] - مجيدي المعربي، تأديب الزوجة باستعمال الضرب بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص.ص842-843.

[7] - ابن قدامة، المغني، الجزء9، المرجع السابق، ص.177. الشربيني، مغني المحتاج، الجزء5، المرجع السابق، ص.525. ابن حزم، المحلى، الجزء12، المرجع السابق، ص.424.

[8] - النووي، شرح النووي على مسلم، الجزء11، ط.2، جار إحياء التراث العربي، لبنان، د.س.ن، ص.221.

وسلم:" لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله"[1]، ولأنه بهذا العدد قد يتحقق الهدف من التأديب اعتمادا على أن الزيادة قد تشكل اعتداء سافرا[2].

ويبقى على الزوج ألا يستعجل اللجوء إلى وسيلة الضرب بل يصبر على زوجته ويتحمل شططها وتقصيرها ويكرر محاولة إصلاحها بالوعظ والهجر، فإن نفذ صبره ولم يعد يحتمل ضربها إن رأى أن الضرب يصلحها، لأن بعض النساء قد لا ينفع معهن إلا الضرب[3]، يقول ابن العربي في ذلك:" ومن النساء، بل ومن الرجال، من لا يقيمه إلا الأدب فإن علم ذلك الرجل فله أن يؤدب، وإن ترك فهو أفضل"[4]، ويقصد ابن العربي بالأدب الضرب.

وبالتمعن في ضوابط تأديب الزوجة ووسائله، ووسيلة الضرب خاصة، نجد أن ممارسة الزوج لولاية تأديب زوجته ضربا وفق هذه الضوابط لا يتعارض البتة مع ما قررته القوانين الجنائية من تجريم ضرب الزوجة، لأن الشريعة الإسلامية قيدت هذه الوسيلة بقيود وضيقت منها بطريقة تجعلها ترتفع عن أي وصف بالتعدي والعنف قد يلحقها، أما ضرب الزوجات وتعنيفهن فقد جرمته الشريعة الإسلامية قبل القوانين الوضعية، ولا مجال لتحجج شرار الناس من الأزواج بأحكامها التي هي بريئة منهم لتبرير ضربهم لزوجاتهم وتعنيفهن، فشريعتنا السمحاء جعلت من الزواج سكنا ومودة ورحمة وميثاقا غليظا وأوصت بالنساء خيرا.

الفرع الثاني

الصلح والتحكيم

يعتبر الصلح والتحكيم إجراءين على قدر كبير من الأهمية في مجال الأحوال الشخصية وفي الدعاوى المتعلقة بالتفريق للشقاق بين الزوجين أكثر من غيرها، لأن الصلح والتحكيم من شأنه أن يعود بالزوجين من حافة الفرقة والانفصال ويلم شمل الأسرة بعد النزاع والمخاصمة، وإن كان هدف الصلح والتحكيم واحد وهو التوفيق وإصلاح ذات البين بين الزوجين، إلا أنهما يختلفان في نقاط معينة، وهو ما سيتضح لنا فيما يلي، وعليه سنتناول التعريف بأحكام الصلح (أولا)، لنتطرق إلى التحكيم(ثانيا).

[1] - البخاري، صحيح البخاري، الجزء8، ص.174، المرجع السابق، ح.رقم 6848.
[2] - اليزيد عيسات، ضوابط التأديب الأسري في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري دراسة نظرية تطبيقية مقارنة، المرجع السابق، ص.233.
[3] - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء7، ص.ص318-319.
[4] - ابن العربي، أحكام القرآن، الجزء1، المرجع السابق، ص. 536..

أولا: الصلح

سنعرف الصلح ثم نبين دليل مشروعيته ومن ثم نبين إجراءاته في التشريعات الوضعية محل المقارنة.

1- تعريف الصلح ودليل مشروعيته: الصلح من الصلاح وهو نقيض الفساد، وإصلح الشيء أقامه، وهو بمعنى المصالحة والتصالح بخلاف المخاصمة والتخاصم[1].

ويعرف الصلح اصطلاحا بأنه عقد وضع لرفع المنازعة و أنه عقد غايته الإصلاح بين المختلفين وتنقطع به الخصومة وتنتهي، وزاد المالكية أنه عقد وضع لرفع نزاع أو خوف وقوعه[2]، والصلح بين الزوجين هو ما يزول به الخلاف وتسكن إليه الأنفس ويعني تنازل الزوجين عن شح النفس بالمال أو بالمشاعر رغبة في إبقاء الصلة الزوجية والرابطة العائلية ولا يكون الصلح إلا عندما يكون بين الزوجين شقاق بمعنى العداوة والخلاف، فيكون الصلح بإزالة كل ذلك من أجل الحفاظ على الحياة الزوجية[3].

وعرف المشرع الجزائري الصلح في نصوص القانون المدني تحديدا المادة رقم 459 على أنه:" عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه"، وهو تعريف مستمد من الفقه المالكي رغم أن هناك من ينسبه لتعريف القانون المدني الفرنسي للصلح وتحديدا المادة 2044 من ق.م.ف، وهو التعريف الذي أخذت به باقي التشريعات العربية محل المقارنة[4] ، أما قانون الأسرة الجزائري فلم يعرف الصلح بين الزوجين تعريفا واضحا إنما جعله وسيلة من وسائل حل النزاعات الزوجية، حيث جاء في المادة 49 من ق.أ.ج:" لا يثبت الطلاق بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز مدة محاولة الصلح ثلاثة أشهر".

وقد ثبتت مشروعية الصلح في الكتاب والسنة، قال تعالى:" وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ۚ وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ۗ وَأُحْضِرَتِ

---

[1]- ابن منظور، لسان العرب، الجزء8، المرجع السابق، ص.267. الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء 27، المرجع السابق، ص.323.

[2] - الشربيني، مغني المحتاج، الجزء 3، المرجع السابق، ص.161. الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء 6، المرجع السابق، ص.40. تقي الدين محمد الحسيني الشافعي، كفاية الاختيار في حل عناية الاختصار، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، مصر، د.س.ن، ص.271. الحطاب الرعيني، مواهب الجليل، الجزء5، المرجع السابق،ص.79. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء5، ص.295.

[3] - سفيان سوالم، الصلح بين الزوجين في دعاوى الطلاق صعوبات تطبيقه وآليات تفعيله، الملتقى الوطني الثمن الموسوم بـ حماية الأسرة في التشريع الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدية، الجزائر، المنعقد يومي 4 و5 نوفمبر 2015، ص.3.

[4] - عرف المشرع المغربي عقد الصلح في المادة 1098 من قانون الالتزامات والعقود، وعرفه المشرع التونسي في الفصل 1458 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، كما تضمنت المواد 549 من القانون المدني المصري و517 من القانون المدني السوري و698 من القانون المدني العراقي و647 من القانون المدني الأردني تعريف عقد الصلح بما لا يختلف عن ماجاء به المشرع الجزائري في تعريف الصلح.

الْأَنفُسُ الشُّحَّ "[1] يقول القرطبي في تفسير (والصلح خير):" والصلح لفظ عام يقتضي أن الصلح الحقيقي الذي تسكن إليه النفوس ويزول به الخلاف خير على الإطلاق ويدخل في هذا المعنى جميع ما يقع عليه الصلح بين الرجل وامرأته في مال أو وطء أو غير ذلك،(خير) أي خير من الفرقة، فإن التمادي على الخلاف والشحناء والمباغضة هي قواعد الشر"[2].

ومن السنة قوله ﷺ :"الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما"[3]، والصلح الذي يحرم حلالا هو أن يصالح الرجل إحدى زوجتيه على أن لا يطأ الأخرى، والصلح الذي أحل حراما هو أن يصالح على خمر أو خنزير[4].

2- إجراء الصلح بين الزوجين في قوانين الأحوال الشخصية: لأن الصلح في الشريعة الإسلامية هو إما صلح يقوم به الزوجان دون تدخل أحد، وإما صلح آخر يعين فيه القاضي حكمين من أهل الزوجين وهو ما يسمى بالتحكيم والذي سنناقش أحكامه فيما بعد، لذلك سنقتصر في هذا التفريع على إجراءات الصلح بين الزوجين في القوانين الوضعية محل المقارنة.

من خلال المادة 49 من ق.أ.ج التي تعتبر نصا إجرائيا متعلقا بإجراءات الطلاق، ألزم المشرع الجزائري القاضي وقبل النطق بالحكم بالطلاق بالقيام بالصلح بين الزوجين خلال 03 أشهر من تاريخ رفع الدعوى[5]، فإن لم يتم القيام بإجراء الصلح فإن الحكم الصادر بالطلاق يكون باطلا، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه:" من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون، ولما كان من الثابت - في قضية الحال- أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين قد أخطؤوا في تطبيق القانون"[6]، وبذلك تكون إجراءات الصلح في دعاوى الطلاق متعلقة بالنظام العام لا يجوز مخالفتها والتغاضي عنها تحت طائلة بطلان الحكم الصادر كما قضت به المحكمة العليا[7].

---

[1] - سورة النساء، الآية 128.
[2] -القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء5، المرجع السابق، ص.406.
[3] - الترمذي، سنن الترمذي، الجزء3، المرجع السابق، ص.626، ح.رقم 1352.
[4] - السرخسي، المبسوط، الجزء16، المرجع السابق، ص.62.
[5] - عبد الحق لخذاري، الصلح القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة الأحياء، جامعة الحاج لخضر باتنة، مجلد20، عدد24، الجزائر، 2010، ص.255.
[6] - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1991/06/18، ملف رقم 75141، م.ق لسنة 1993، عدد01، ص.65.
[7] - سفيان سوالم، الصلح بين الزوجين في دعاوى الطلاق صعوبات تطبيقه وآليات تفعيله، المرجع السابق، ص.5.

على أن القاضي المختص بالفصل في دعاوى الطلاق يقوم باستدعاء الزوجين المتخاصمين إلى مكتبه بواسطة مكتب الضبط في جلسة خاصة، ويحاول الصلح بينهما وذلك بإشعار الزوجين بضرورة التسامح المتبادل وبيان محاسن المحبة والانسجام والتفاهم من أجل لم شمل الأسرة واستقرارها ومصلحة الأطفال[1]، وطبقا للمادة 49 من ق.أ.ج أعلاه فإن جلسات الصلح تكون مكررة وليست جلسة واحدة كما كان العمل به قبل تعديل 2005 لقانون الأسرة[2]، وذلك لكي يتسنى للقاضي ثني الزوجين عن رأيهما وإقناعهما بالرجوع عن التفكير بالطلاق، على ألا تتجاوز المدة 03 أشهر طبقا لنفس المادة ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، وإذا ما تخلف أحد الزوجين عن الحضور لجلسات الصلح دون عذر فإن ذلك يعتبر امتناعا متعمدا أو رفضا ضمنيا لمحاولات الصلح، وهذا ما يعفي القاضي من الانتظار وتجديد محاولات الصلح وتعتبر محاولة صلح فاشلة[3]، وهو وهو ما قضت به المحكمة العليا في أحد قراراتها جاء فيه:" إن عدم حضور أحد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجرائها عدة مرات يجعل القاضي ملزما بالفصل في الدعوى رغم عدم حضور أحدهما، لأن المادة 49 من قانون الأسرة تحدد مهلة إجراء الصلح بثلاثة أشهر"[4].

وسواء نجح القاضي في مساعي الصلح أو فشل فيها فإنه يحرر محضرا بما توصل إليه من نتائج يلحق بملف الدعوى، ثم يحيل الطرفين إلى حضور جلسة علنية ويستمع من جديد لكل واحد منهما ثم يصدر حكمه وفقا للإجراءات العادية[5]، وإذا ما تم الصلح بين الزوجين فلا يحتاجان إلى عقد جديد طبقا للمادة 50 من ق.أ.ج التي نصت على أنه:" من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ...".

وبالنسبة للطلاق بالتراضي فإنه يجب فيه إجراء الصلح قبل النطق بحكم الطلاق، ذلك أن المادة 49 من ق.أ.ج جعلت كل طرق الطلاق تحت رعاية المحكمة وأسندتها للقاضي الذي ألزمته بإجراء الصلح[6]، وإن كانت المحكمة العليا في قرار لها اعتبرت الطلاق بالتراضي صلحا[7]، وهو ما لا يمكن التسليم به لاختلاف غاية كل من الصلح عن

---

[1] - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص.352.

[2] - كانت المادة 49 من ق.أ.ج قبل التعديل تنص على أنه:" لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة صلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر".

[3] - لعلى سعادي، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.435.

[4]- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 1997/10/23، ملف رقم 174132، نشرة القضاء، عدد55، ص.179.

[5] - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص.357.

[6] - وردة بوزيد، الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية، مذكرة ما جستير تخصص شؤون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة العربي بلمهيدي أم البواقيس، 2011، الجزائر، ص.42.

[7] - المحكمة العليا، قرار صادر بتاريخ 1994/04/19، ملف رقم 103637، غ.أ.ش، م.ق، ص.94.

الطلاق بالتراضي، في كون الصلح يهدف أساسا إلى ثني الزوجين عن قرارهما بالانفصال أما الطلاق بالتراضي فغايته الانفصال بأقل الأضرار، وبذلك يعتبر الصلح إجراء ضروريا في حالة الطلاق بالتراضي رغم أنه ومن الناحية العملية نجد القضاة في حالة الطلاق بالتراضي يكتفون بجلسة صلح واحدة للحكم بعدها بالطلاق.

وقد ألزم المشرع المغربي طبقا لنص المادة 81 من م.أ.م الزوجين بحضور جلسة الصلح، وتحرص المحكمة على تبليغهما فإن توصل الزوج بالاستدعاء شخصيا ولم يحضر اعتبر ذلك تراجعا منه عن طلب الطلاق، وإن لم تحضر الزوجة تخطرها المحكمة عن طريق النيابة العامة فإن لم تحضر تبث المحكمة في الملف، وطبقا للمادة 82 من نفس المدونة فإن جلسة الصلح تتم بغرفة المشورة بالاستماع إلى الزوجين والشهود ولمن ترى المحكمة فائدة في الاستماع إليه، وفي حالة وجود أطفال تقوم المحكمة بمحاولتين للصلح تفصل بينهما مدة أدناها شهر، فإن تم الصلح يحرر محضر ويتم الاشهاد عليه من طرف المحكمة.

أما إن تعذر الإصلاح بين الزوجين تحدد المحكمة مبلغا ماليا يودعه الزوج بكتابة الضبط بالمحكمة في أجل أقصاه شهر، يشمل هذا المبلغ طبقا للمادة 84 من م.أ.م مستحقات الزوجة من الصداق المؤخر إن وجد ونفقة العدة والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج وحالة الزوج المادية ومدى تعسف الزوج في الطلاق، فإن لم يودع الزوج المبلغ المحدد خلال الأجل المضروب له اعتبر هذا تراجعا عن طلب الطلاق ويتم الإشهاد على ذلك من طرف المحكمة طبقا للمادة 86 من نفس المدونة، أما إن تم إيداع المبلغ المطلوب تأذن المحكمة بتوثيق الطلاق حسب المادة 87 من م.أ.م.

كما نص المشرع المغربي على أن المحكمة تقوم بالصلح حتى في حالات التطليق للعيب ولعدم الوفاء بالشرط والتطليق للضرر وعدم الإنفاق والهجر والإيلاء ما عدا في حالة التطليق للغيبة طبقا للمادة 113 من م.أ.م، وفي حالة الطلاق بالتراضي فقد نص المشرع المغربي على أن المحكمة تحاول الإصلاح بين الزوجين ما أمكن فإن تعذر الإصلاح بينهما تأذن المحكمة بالإشهاد على الطلاق وتوثيقه طبقا لنص المادة 114 من المدونة.

وبدوره جعل المشرع التونسي محاولات الصلح بين الزوجين إجراء لازما سابقا للحكم بالطلاق، حيث نص الفصل 32 فقرة 02:"ولا يحكم بالطلاق إلا بعد أن يبذل قاضي الأسرة جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين ويعجز عن ذلك"، وأكد المشرع التونسي على القاضي ببذل مزيد من الجهد للتوفيق بين الزوجين في حالة وجود طفل قاصر أو أكثر، كما أن جلسات الصلح تتكرر ثلاث مرات في حالة وجود أطفال قصر تفصل بين

الجلسة والأخرى مدة لا تقل عن 30 يوما، على أن المشرع التونسي في نص الفقرة 11 من المادة 31 أعلاه وفي حالة الطلاق بالتراضي أجاز اختصار الإجراءات والوقت طبعا مع مراعاة مصلحة الأبناء في ذلك.

ونص المشرع المصري في المادة 18 من قانون رقم 01 لسنة 2000 المتعلق بإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية على أنه :" ... وفي دعاوى الطلاق والتطليق لا يحكم بهما 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"، فالصلح أيضا طبقا لقانون الأحوال الشخصية المصري إجراء ضروري لا بد منه قبل الحكم بالطلاق.

وعلى غرار المشرعين المغربي والتونسي أكد المشرع المصري أن المحكمة تبذل جهدا أكبر في حالة وجود ولد فأكثر، وأوجب على المحكمة في هذه الحالة عرض الصلح مرتين على الأقل أي أكثر من مرتين، وعين المدة التي تفصل بين جلسات الصلح بين حد أدنى 30 يوم وحد أقصى 60 يوم، وأعطى المشرع المصري لمحكمة شؤون الأسرة المختصة بتسوية المنازعات الأسرية طبقا للقانون رقم 10 لسنة 2004 المتعلق بإنشاء محاكم الأسرة إمكانية عرض الصلح في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، واعتبر الخصم المتخلف عن حضور جلسات الصلح رافضا له إن لم يبرر عدم حضوره، وفي هذه الحالة يجب على المحكمة أن تثبت بمحضر الجلسة هذا الرفض الضمني للصلح، أما إن لم تعرض المحكمة الصلح على الخصوم في دعاوى الطلاق والتطليق فإن الحكم الصادر فيها يكون باطلا لسيره على إجراءات باطلة[1].

ونص المشرع الأردني على إجراء الصلح والذي يكون سابقا لإجراء التحكيم في حالتين هما حالة التفريق للافتداء كما سماه المشرع الأردني أو الخلع في المادة 114 من ق.أ.ش.أ، وحالة التفريق للشقاق والنزاع طبقا للمادة 126 من ق.أ.ش.أ دون حالات فك الرابطة الزوجية الأخرى.

وبالنسبة لإجراء عرض الصلح فيكون حال حضور الزوجين لجلسة الصلح بعد تبليغهما، ويبدأ القاضي بالوعظ والإرشاد ويذكر الزوج بما أوجبه الله تعالى من الحقوق الزوجية ويذكره بأيات الله تعالى وأحاديث رسوله ﷺ التي توصي بالصبر على الزوجة وإكرامها والاستيصاء بها خيرا، ويذكر الزوجة بواجب الطاعة لزوجها وفضل ذلك ويحذرها من الاستمرار في المعصية، وبما فيها من إثم فإن استجاب الزوجان للصلح يحرر القاضي محضرا بالمصالحة وترد الدعوى لحصول الصلح بين الطرفين، فإذا أصرت الزوجة

[1] - لعلى سعادي، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.438.

رغم محاولات القاضي للصلح على الفرقة رغم استعداد الزوج للصلح يعرض عليها القاضي أن تفتدي نفسها بمال يخالعها عليه، فإن وافقت ورضي الزوج لزمها المال ويسجل القاضي ذلك طلقة بائنة[1]، وفي حالة لم يستجب الزوجان لطلب الصلح وأصرا على طلب الفرقة وبعد مرور شهر يحال الأمر إلى الحكمين وتأتي مرحلة التحكيم.

ولم يتطرق المشرع العراقي إلى إجراء الصلح بل نص مباشرة على إجراء التحكيم في المادة 41 من ق.أ.ش.ع، فالمحكمة تصلح بين الزوجين أولا وأخيرا عن طريق الحكمين طبقا للفقرة 4 من نفس المادة.

ونص المشرع السوري في المادة 88 من ق.أ.ش.س على أن كل معاملة طلاق أو خلع يؤجلها القاضي أملا بالصلح، كما نص في المادة 112 فقرة 1 من نفس القانون على أن القاضي إن لم يستطع الإصلاح وثبت الضرر يفرق بين الزوجين بطلقة بائنة، أما إن لم يثبت الضرر ولم يستطع الإصلاح يحيل الأمر للحكمين، ومعنى ذلك أن المشرع السوري قرر في حالة نشوز الزوج أو نشوز الزوجة أن يصلح بينهما القاضي فإن لم ينجح فرق بينهما بعد مرور شهر على الأقل، أما في حالة الشقاق أي أن القاضي لم يعرف مصدر الضرر ومسببه من الزوجين ولم تنجح مساعيه في الصلح فإنه لا يفرق بينهما وإنما يحيل الأمر للحكمين.

والملاحظ أن كل من المشرعين الأردني والعراقي والسوري لم ينصوا على ضرورة تكرار جلسات الصلح ولم يعيروا أهمية لوجود أطفال بين الزوجين أم لا، على خلاف المشرعين التونسي والمغربي والمصري، وإن كان المشرع الجزائري هو الآخر لم يخص حالة وجود أطفال من هذا الزواج بإجراء معين، إلا أنه نص على الأقل على ضرورة تكرار جلسات الصلح ثلاث مرات على الأقل على أن لا تتجاوز المدة 03 أشهر من تاريخ رفع الدعوى طبقا للمادة 49 من ق.أ.ج.

ثانيا: التحكيم

يرتبط التحكيم وتعيين الحكمين في المنازعات الأسرية بمسألة الشقاق بين الزوجين وعدم توصل القاضي للمتسبب في الضرر ومصدر النشوز، ويستمد التحكيم أهميته العملية من حث التشريع الإسلامي عليه بنص القرآن، لما له من دور في امتصاص الشقاق والتنافر وتبديد النزاع والشحناء بين الزوجين، لذلك سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف التحكيم وبيان مشروعيته، ثم نتطرق إلى شروط الحكمين، لنتطرق إلى إجراءات التحكيم ودور الحكمين.

[1] - خالد إبراهيم المسيعدين، أحكام الصلح بين الزوجين دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الأردني، مذكرة ماجستير في الشريعة قسم الفقه وأصوله جامعة مؤتة، الأردن، 2006، ص.ص69-70.

1- تعريف التحكيم وبيان مشروعيته

التحكيم لغة مشتق من حكم يحكم والحكم القضاء، وحاكمه دعاه وخاصمه، وفوض إليه الحكم، وجاء في قوله تعالى:" فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ"[1]، ومن معاني التحكيم في اللغة: الحكم، يقال قضى بين الخصمين، وقضى له ، وقضى عليه[2]، والتحكيم اصطلاحا: تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما، وجاء في مجلة الأحكام العدلية:" التحكيم عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكما برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما"[3].

وعرف فقهاء القانون التحكيم بأنه:" عرض نزاع معين بين الأطراف المحتكمين على هيئة تحكيم من الأغيار، تعين باختيارهم أو بتفويض منهم على ضوء شروط يحددونها لتفصل هذه الهيئة في ذلك النزاع بقرار يكون مجردا من التحامل، قطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الأطراف المحتكمين إليها، بعد أن يدلي كل منهم بوجهة نظره من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية"[4]، وإن كان هذا التعريف متعلقا بإجراء التحكيم في المواد المدنية والتجارية والذي وإن كان يتفق مع التحكيم في منازعات الأسرة من حيث المبدأ والغاية إلا أنهما يختلفان في تفاصيل معينة، من بينها مثلا أن الشخص المحتكم إليه يكون من الأغيار في حين يفضل أن يكون الحكمين في الشقاق بين الزوجين من أهلهما.

وقد ثبتت مشروعية التحكيم بالكتاب والإجماع، جاء في قوله تعالى :" وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا"[5]، يقول القرطبي :" في هذه الآية دليل على إثبات التحكيم"[6].

ومن السنة النبوية، أن رسول الله ﷺ رضي بتحكيم سعد بن معاذ رضي الله عنه في أمر اليهود من بني قريضة حين جنحوا إلى ذلك ورضوا بالنزول على حكمه[7]، وفي الحديث الشريف أن أبا شريح بن يزيد رضي الله عنه لما وفد إلى رسول الله ﷺ مع قومه سمعهم يكنونه بأبي الحكم، فقال رسول الله ﷺ :" إن الله هو الحكم، وإليه الحكم، فلما تكنى أبا الحكم؟ فقال : إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني، فحكمت بينهم، فرضي كلا الفريقين،

[1] - سورة النساء، الآية 60.
[2] - الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء10، المرجع السابق،ص.ص 233-234.
[3] - المرجع نفسه، ص.234.
[4] - نضال سالمي، دراسة مقارنة بين الصلح والتحكيم الداخلي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، رسالة دكتوراه في الحقوق تخصص قانون مدني، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة وهران، الجزائر، 2016، ص.30.
[5] - سورة النساء، الآية 35.
[6] - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء5، المرجع السابق، ص.179.
[7] - البخاري، صحيح البخاري، الجزء5، المرجع السابق، ص.112، ح.رقم 4122.

فقال رسول الله ﷺ : ما أحسن هذا، فمالك من الولد؟ قال: لي شريح ومسلم وعبد الله، قال: فما أكبرهم؟ قلت: شريح، قال: أنت أبو شريح، ودعا له ولولده"[1].

ومن الإجماع، فقد قال ابن العربي:" مسألة الحكمين نص عليها وحكم بها عند ظهور الشقاق بين الزوجين واختلاف ما بينهما، وهي مسألة عظيمة اجتمعت الأمة على أصلها في البعث وإن اختلفوا في تفاصيل ما ترتب عليه"[2]، ولقد وقع إجماع من كبار الصحابة ولم ينكره أحد فكان إجماعا ، وأجازه الفقهاء[3].

وبعث الحكمين واجب لأن قوله تعالى :"فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها" جاء في صيغة الأمر، والأصل في الأمر الوجوب إلا لقرينة تصرفه عن الوجوب إلى غيره، ولا قرينة هنا تصرفه إلى غير الوجوب، بل القرينة هنا تؤكد على إرادة وجوب بعث الحكمين لما هو معلوم من حرص الشريعة الإسلامية على إشاعة الوفاق بين الزوجين واستمرار رابطة الزوجية[4]

2- الحكمين وما يتعلق بهما

سنحاول فيما يلي بيان المكلف ببعث الحكمين استنادا لوجود خلاف بين الفقهاء حول ذلك، ثم نتطرق إلى شروط الحكمين.

أ- المكلف ببعث الحكمين: اختلف الفقهاء في تحديد المكلف ببعث الحكمين نظرا لاختلافهم في تحديد من المقصود بالخطاب في قوله تعالى:" فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها"، فقال فريق من الفقهاء أن المكلف ببعث الحكمين هو السلطان أو نائبه، وقال آخرون الزوجان هما المكلفان ببعث الحكمبين، وقال مالك أن المكلف هو السلطان أو الوليان على الزوجين إن كانا محجورين، وقال آخرون كل واحد من صالحي المسلمين، وقول خامس يرى بأن الخطاب ببعث الحكمين عام يدخل فيه الزوجان وأقاربهما والجيران وكل من يهمه أمرهما من المسلمين[5].

---

[1] - أبو داود، سنن أبي داود، الجزء4، المرجع السابق، ص.289، ح.رقم 4955.

[2] - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء5، المرجع السابق، ص.178.

[3] - السرخسي، المبسوط، الجزء 21، المرجع السابق، ص.62. الشربيني، مغني المحتاج، الجزء 4، المرجع السابق، ص.378. الحطاب الرعيني، مواهب الجليل، الجزء6، المرجع السابق، ص.112. ابن قدامة، المغني، الجزء7، المرجع السابق، ص.320.

[4] - عبد الكريم زيدان، المفصل في بيان أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء8، المرجع السابق، ص.416.

[5] - الجصاص، أحكام القرآن، الجزء2، المرجع السابق، ص.190. ابن العربي، أحكام القرآن، الجزء1، المرجع السابق، ص.423. الفخر الرازي، مفاتيح الغيب، الجزء10، المرجع السابق، ص.92. الألوسي، روح المعاني، الجزء3، المرجع السابق، ص.36. محمد رشيد رضا، تفسير المنار، الجزء5، المرجع السابق، ص.ص78-79.

ويقول عبد الكريم زيدان مرجحا أحد هذه الأقوال:" إن الخطاب في الآية الكريمة "فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها" وإن كان موجها لجميع المسلمين ولكن لا يتأتى أن يكلف كل واحد منهم بهذا الواجب - بعث الحكمين- وإنما يخاطب بهذا الواجب ويكلف به من يمثل المسلمين، كما يمكن أن يكون المكلف بهذا الواجب أهل الزوجين لقدرتهم على القيام بهذا الواجب باعتبارهم أهلا للزوجين ويهمهم أمر الشقاق بينهما وما يؤول إليه هذا الشقاق، ولأن أهل الزوجين من جماعة المسلمين الذين توجه إليهم الخطاب أعلاه"[1].

ب- وظيفة الحكمين: لما كانت وظيفة الحكمين هي الإصلاح والتوفيق بين الزوجين وإصلاح التصدع والشقاق وجب أن تتوفر فيهما شروط معينة، فصل فيها فقهاء الشريعة الإسلامية فاتفقوا على بعضها وكان بعضها الآخر محل خلاف بينهم، لاختلافهم في اعتبار الحكمين وكيلين أو حاكمين.

فاتفق الفقهاء على أن الحكمين يجب أن يكونا عاقلين بالغين مسلمين، فقال الحنفية:" لا يصلح توكيل مجنون وصبي لا يعقل...ولا يصح توكيل عبد محجور"، وقال المالكية:" والصبي والعبد ومن هو على غير دين الإسلام أبعد أن لا يجوز تحكمهم لا برضا الزوج والمرأة ولا بالبعثة من السلطان"، وقال الشافعية:" يشترط فيهما إسلام وحرية وعدل"، وقال الحنابلة:" الحكمان لا يكونان إلا عاقلين بالغين... مسلمين"[2].

وأما الشروط التي اختلف فيها الفقهاء فأولها شرط الذكورة، فاشترطها فريق وقال فريق آخر باستحبابها، فاشترط المالكية والشافعية في أحد الوجهين والحنابلة أن يكون المبعوث ذكرا ولا يصح أن تحكم النساء فإن حكمن فإن حكمهن باطل[3]، ولم يشترط الحنفية والظاهرية أن يكون الحكمين ذكرين، وقال الشافعية في الوجه الثاني عندهم يسن كونهما أي الحكمين ذكرين[4].

---

[1] - عبد الكريم زيدان، المفصل في بين أحكام المرأة والمسلمة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء8، المرجع السابق، ص.417.

[2]- ابن عابدين، رد المحتار، الجزء5، المرجع السابق، ص.511. مالك، المونة الكبرى، الجزء2، المرجع السابق،ص.267. أحمد الخطيب الشربيني، كتاب الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، الجزء2، دار الفكر، لبنان، د.س.ن، ص.434. ابن قدامة، المغني، الجزء7، المرجع السابق، ص321.

[3] - صالح عبد السميع الأبي الأزهري، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، الجزء1، دار الفكر، لبنان، د.س.ن، ص.328. الشيرازي، المهذب، الجزء2، المرجع السابق،ص.488. البهوتي، كشاف القناع، الجزء5، المرجع السابق، ص.211.

[4] - ابن الهمام، فتح القدير، الجزء4، المرجع السابق، ص.244. ابن حزم، المحلى، الجزء9، المرجع السابق، ص.247. الشربيني، الإقناع في حل ألفظ أبي شجاع، الجزء2، المرجع السابق، ص.434.

والراجح عدم اشتراط الذكورة في الحكمين إذا تعذر وجود الحكم الكفؤ الصالح من الرجال، أما إذا تيسر وجود حكمين صالحين من الرجال فلا يجوز تجاوزهما واختيار امرأتين[1].

أما عن شرط أن يكون الحكمين من أهل الزوجين، فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الأولى أن يكون الحكمان من أهل الزوجين استنادا إلى الآية الكريمة، فإن كانا من غير أهل الزوجين جاز ذلك أيضا[2]، وقال المالكية أن الحكمين يجب أن يكونا من أهل الزوجين أحدهما من أهل الزوج والآخر من أهل الزوجة، يقول ابن العربي المالكي:" الأصل في الحكمين أن يكونا من الأهل، وقال الدسوقي:" لأن ظاهر الآية كونهما من أهلهما مع الوجدان شرط واجب"[3].

والراجح هو أن يكون الحكمين من أهل الزوجين لأن الأهل أكثر حرصا على عدم تشتيت الأسرة وأكثر شفقة على أحوال الزوجين، ولورود ذلك في الآية الكريمة فدل ظاهر الآية على وجوب ذلك[4].

وهناك شرط آخر هو علم الحكمين بالجمع والتفريق، فقال المالكية وأحد الوجهين عند الشافعية بوجوب اشتراط علم الحكمين بالجمع والتفريق، أي يكونا فقيهين بما يراد النظر فيه[5]، وذهب الحنفية والوجه الثاني للشافعية والحنابلة إلى القول بعدم اشتراط ذلك لأنهم يرون أن واجب الحكمين الإصلاح وإعلام الحاكم بما وقفا عليه، وهذا لا يحتاج إلى علم بالجمع والتفريق[6]، والراجح هو عدم اشتراط علم الحكمين بالجمع والتفريق لأن ذلك ليس لهما أصلا بل مهمتهما التوفيق والإصلاح بين الزوجين.

---

[1] - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء8، المرجع السابق، ص.321.

[2] - الفخر الرازي، مفاتيح الغيب، الجزء10، المرجع السابق، ص.74. الألوسي، روح المعاني، الجزء3، المرجع السابق، ص.27. ابن قدامة، المغني، الجزء7، المرجع السابق، ص.321، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، الجزء4، ص.429.

[3] - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء 2، المرجع السابق، ص.344.

[4] - عبد لكريم زيدان، المفصل في بيان أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء8، ص.430.

[5] - محمد بن يوسف المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، الجزء5، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994، ص.264. الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع/، الجزء2، ص.434.

[6] ابن الهمام، فتح القدير، الجزء4، المرجع السابق، ص.244. أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ط.1، الجزء9، دار الكتب العلمية، لبنان، 1999، ص.605.

بالإضافة إلى شرط العدالة والرشد، فاشترط الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة العدالة[1] وزاد المالكية شرط أن يكون المبعوث رشيدا وذكروا أنه يبطل حكم السفيه[2].

وبالنسبة لشروط الحكمين في القوانين الوضعية، فلم يتطرق المشرع الجزائري إليها كونه نص على إجراء التحكيم ككل في مادة وحيدة مقتضبة هي المادة 56 من ق.أ.ج، واكتفى فقط بذكر شرط أن يكون أحد الحكمين من أهل الزوج والآخر من أهل الزوجة عملا بأحكام المذهب المالكي، في حين لم تتطرق مدونة الأسرة المغربية وكل من القانون السوري والعراقي لأي من شروط الحكمين، واشترط المشرع المصري في الحكمين العدل وأن يكونا من أهل الزوجين إن أمكن وإلا ممن لديهم القدرة على الإصلاح طبقا للمادة 7 من القانون رقم 25 لسنة 1929، وبدوره اشترط المشرع الأردني طبقا لنص المادة 126 فقرة ج من ق.أ.ش.أ في الحكمين أن يكونا عدلين قادرين على الإصلاح وأن يكون أحدهما من أهل الزوج والآخر من أهل الزوجة.

3- إجراءات التحكيم ودور الحكمين

ما يجدر بنا الوقوف عنده قبل الخوض في إجراءات التحكيم في القانون الجزائري هو الموقف المتباين بين قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية الجزائريين من التحكيم، حيث وطبقا للمادة 56 من ق.أ.ج والتي نصت على أنه:" إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما"، أما المادة 446 من ق.إ.م.إ.ج فقد نصت على أنه:" إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة"، وبذلك نلمس اتجاهين متعاكسين اتجاه غير فيه المشرع الجزائري موقفه من التحكيم بين الزوجين من الوجوب طبقا لما جاء في قانون الأسرة إلى الجواز طبقا لما قضت به أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مع العلم أن نصوص هذا الأخير هي نصوص إجرائية منظمة لإجراءات التقاضي في الشؤون الأسرية، وهو نص لاحق لقانون الأسرة زمنيا، واتجاه ثان يفيد ومن خلال العبارة الواردة في المادة 446 من ق.إ.م.إ " حسب مقتضيات قانون الأسرة" أن تعيين الحكمين لا يجب أن يخرج عن النطاق الذي حددته المادة 56 من ق.أ.ج وأحكامها التي تقضي بوجوب إجراء التحكيم[3].

[1] - الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، الجزء2، المرجع السابق، ص.513. الشيرازي، المهذب، الجزء2، المرجع السابق، ص488. المرداوي، الإنصاف، الجزء 8، المرجع السابق، ص.379.

[2] - الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، الجزء2، المرجع السابق، ص.513.

[3] - وردة بوزيد، الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية والممارسة القضائية، المرجع السابق، ص.128.

أ- إجراءات التحكيم: وعن إجراءات التحكيم بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري، فمادة واحدة لم تكن أبدا كافية لتبيان هذه الإجراءات على خلاف التشريعات محل المقارنة التي فصلت نوعا في ذلك.

وبالنسبة للمادة 56 من ق.أ.ج فقد اكتفت بذكر المدة التي يستغرقها الحكمين لتقديم تقرير عن مهمتهما وهي شهرين، ولم تبين ما العمل في حالة فشل الحكمين في الإصلاح وفي عدم معرفتهما المتسبب في الشقاق، كما أن محضر الصلح الذي يقدمه الحكمان للقاضي ليست له ذات الحجية التي تكون لمحضر الصلح الذي يشرف عليه القاضي الذي يعد سندا تنفيذيا بمجرد إيداعه بأمانة الضبط طبقا لنص المادة 993 من ق.إ.م.إ.ج، أما محضر الصلح الذي يقدمه الحكمان فإنه يخضع لمصادقة القاضي بموجب أمر حتى يصبح سندا تنفيذيا طبقا لنص المادة 1004 من نفس القانون[1].

وفي القانون المغربي وطبقا للمادة 82 من م.أ.م تكون محاولة الصلح عن طريق انتداب حكمين لتقصي الحقائق والوصول إلى العلاج لإنهاء الشقاق، أو عن طريق مجلس العائلة الذي يمكن للمحكمة أن تستعين به عند النظر في قضايا الأسرة، ولو أن هذا المجلس من الناحية العملية لا يقوم بأي دور في هذا المجال، وذلك بخلاف ما يجري به العمل في القانون المدني الفرنسي الذي اقتبس منه المشرع المغربي هذا الجهاز[2].

أما عن إجراءات التحكيم في القانون المصري وطبقا للمادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 فأنه في دعاوى التطليق التي يوجب فيها القانون ندب الحكمين فإن المحكمة تكلف كل من الزوجين بتسمية حكم من أهله فإن لم يفعلا عينت المحكمة حكما عنه، والذي قد يكون أخصائيا اجتماعيا أو إمام مسجد أو ناظر مدرسة، وبالنسبة لجواز أن يكون أحد الحكمين من النساء فلم يفصل القانون المصري في شروط الحكمين وإذا ما تمت الإحالة للمذهب الحنفي الذي يجيز أن يكون الحكمين أو أحدهما من النساء[3].

وبعد أن يسمي الزوجان الحكمين تعينهما المحكمة وتبعثهما لمباشرة مأموريتهما بقرار يثبت بمحضر الجلسة، حيث يسعيان للتعرف على أسباب الشقاق بينهما والمتسبب فيه من الزوجين، ومدى إسهام كل منهما فيه وأن يبذلا جهدهما للإصلاح وتحدد المحكمة الجلسة التالية لتعيينهما، فإن مثلا أمام المحكمة وكانا متفقين في رأيهما قررا أمام المحكمة ماخلصا إليه معا وتثبت المحكمة ذلك بمحضر الجلسة، وإن كانا مختلفين في الرأي أو تخلف أحدهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوالهما أو أقوال الحاضر منهما بعد حلف

[1] - دليلة آيت شاوش، فك الرابطة الزوجية بطلب الزوجة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، المرجع السابق، ص.255.
[2] - محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مجونة الأسرة، المرجع السابق، ص.296.
[3] - محمد عزمي البكري، أسباب التطليق، المرجع السابق، ص.136.

اليمين[1]، وإذا اختلف الحكمان ولم يقدما تقريرا مشتركا للقاضي أو قدم كل منهما تقريرا مختلفا عن الآخر في هذه الحالة تبعث المحكمة حكما ثالثا، أما إن اختلفوا مرة أخرى أو لم يقدموا تقريرهم في الميعاد المحدد فهنا قد تأخذ المحكمة بأقوال أحد الحكام أو قد تأخذ بأقوال غيرهم ووفقا لما تستشفه من أوراق الدعوى طبقا للمادة 19 من القانون رقم 01 لسنة 2000[2].

في حين أفادت المادة 112 من قانون الأحوال الشخصية السوري بأنه بعد فشل القاضي في الصلح مع عدم ثبوت الضرر يعين القاضي حكمين من أهل الزوجين أو ممن يرى القاضي قدرته على الإصلاح، ويحلف الحكمان اليمين على القيام بمهمتهما بعدل وأمانة وبعد أن يقوم الحكمين بالتعرف على أسباب الشقاق بين الزوجين يجمعانهما في مجلس تحت إشراف القاضي بحضور الزوجين ومن يقرر الحكمان دعوته طبقا للمادة 113 من ق.أ.ش.س، وفي حالة اختلاف الحكمين فإما يقوم القاضي بتعيين حكمين غيرهما وإما يضم إليهما حكما ثالثا يرجح قول أحدهما ويحلفه القاضي اليمين طبقا لنص المادة 114 من نفس القانون، وعلى الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى القاضي والذي لا يشترط أن يكون معللا والقاضي إما يحكم بمقتضاه أو يرفض التقرير ويعين في حالة الرفض حكمين آخرين للمرة الأخيرة حسب المادة 115 من ق.أ.ش.س.

وطبقا لقانون الأحوال الشخصية الأردني وتحديدا المادة 126 منه فإن إجراءات التحكيم تبدأ عندما يعجز القاضي عن الصلح بين الزوجين، حيث يبحث الحكمان أسباب الخلاف والنزاع مع الزوجين أو مع أي شخص يرى الحكمين فائدة في بحثه، ولا يخفي أحد الحكمين على الآخر شيئا إذا اجتمعا، فإن تمكنا من الإصلاح كان ذلك، أما إن اختلفا فإن القاضي يحكم غيرهما أو يضم إليهما حكما مرجحا ويؤخذ بعد ذلك برأي الأغلبية، ويرفع الحكمين تقريرهما للقاضي بما توصلا إليه.

وبدوره المشرع العراقي نص في المادة 41 من ق.أ.ش.ع على أن المحكمة تعين حكمين من أهل الزوجين إن وجدو، وإلا تكلف الزوجين بانتخاب حكمين فإن لم يفعلا تنتخب المحكمة الحكمين على أن يبذلا جهدهما للإصلاح، فإن تعذر عليهما ذلك يرفعان الأمر للمحكمة مع توضيح الطرف المقصر من الزوجين، أما إن اختلف الحكمان تعين المحكمة ثالثا لترجح رأيه.

ب- دور الحكمين وصلاحياتهما: غني عن البيان أن الدور الجوهري للحكمين هو الإصلاح بين الزوجين عن طريق معرفة أسباب الشقاق، وذلك بأن يخلو حكم الزوج به

[1] - محمد عزمي البكري، أسباب التطليق، المرجع السابق، ص.ص138-139.
[2] - دليلة أيت شاوش، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، المرجع السابق، ص.239.

ويعرف ما عنده ويخلو حكم الزوجة بها[1] ليعرف ما لديها ثم يجتمعان، ويتعرفان على المسيء فإن وجد الزوج مقصرا في واجباته ألزمه الوفاء بها وزجره، وإن كانت الزوجة مقصرة زجرها، وإن رأى الحكمان أن يشترطا أي شرط لا ينافي عقد النكاح كإسكانها في محل كذا أو ألا يتزوج عليها، أو اشترطا ألا تخرج الزوجة لصاحباتها أو للأسواق لزم الشرط لمن اشترط عليه فالشرط لازم هنا لحاجة الإصلاح[2].

أما مسألة إذا كان الحكمين يملكان التفريق بين الزوجين أم لا في حالة فشل مساعي الصلح بينهما، فقد اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة على قولين، الأول قال أصحابه أن الحكمين لا يملكان التفريق بين الزوجين لأنهما وكيلين عنهما، وبناء على ذلك إن تعذر الإصلاح على الحكمين ولم يوفقا إليه يردان الأمر إلى القاضي، ويخبراه بما علماه من حال الزوجين ليتصرف القاضي في ضوء ذلك بحسب اجتهاده[3] وقال بهذا الحنفية والظاهرية والأظهر عند الشافعية وفي رواية للحنابلة[4]، والقول الثاني فيرى أصحابه أن الحكمين يملكان سلطة التفريق بين الزوجين دون توكيل من الزوجين أو إذن من القاضي لأن الحكمين حاكمين، والحاكم لا يحتاج في حكمه إلى استحصال الإذن والموافقة من المحكوم له أو من المحكوم عليه وبهذا قال المالكية والقول الآخر عند الشافعية ورواية ثانية للحنابلة[5]، ويستندون في قولهم هذا إلى حجج كثيرة من بينها أن الله عز وجل سماهما حكمين وليس وكيلين فثبت بذلك لهما الجمع والتفريق، ولما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال للحكمين اللذين اختارهما أهل الزوجين:"عليكما من الحق إن رأيتما أن تجمعا جمعتما وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما..."، وهذا ما رجحه ابن القيم قائلا:"العجب كل العجب ممن يقول أنهما وكيلان لا حاكمان، والله تعالى قد نصبهما حكمين، وجعل نصبهما إلى غير الزوجين، ولو كان وكيلين لم يختصا بأن يكونا من الأهل... والوكيلان لا إرادة لهما

---

[1] - في مسألة خلوة الحكم بالزوجة يقول عبد الكريم زيدان موضحا:"...أقول مع فائدة هذه الخلوة، يجب أن تكون في حدود المباح شرعا، بمعنى إذا كان الحكم من محارم الزوجة مثل عمها أو جدها، جاز له أن يخلو بها، وإن لم يكن محرما منها كابن عمها، لم يجز له الخلوة بها، وعليه أن يحضر معه أمه أو أخوها الصغير المميز حتى لا تتحقق الخلوة الممنوعة شرعا". عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء7، المرجع السابق، ص.424.

[2] - نور حسن قاروت، موقف الإسلام من نشوز الزوجين او أحدهما وما يترتب على ذلك من احكام، المرجع السابق، ص.ص343-344.

[3] - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء7، المرجع السابق، ص.427.

[4] - ابن الهمام، فتح القدير، الجزء4، المرجع السابق، ص.244. الشربيني، مغني المحتاج، الجزء4، المرجع السابق، ص.429. ابن قدامة، المغني، الجزء7، المرجع السابق، ص.320. ابن حزم، المحلى، الجزء9، المرجع السابق، ص.ص 247- 248.

[5] - الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير، الجزء2، المرجع السابق، ص.440. الشربيني، مغني المحتاج، الجزء4، المرجع السابق، ص.429. ابن قدامة، المغني، الجزء7 ، المرجع السابق، ص. 320.

إنما يتصرفان بإرادة موكلهما، وأيضا فإن الوكيل لا يسمى حكما في لغة القرآن، ولا في لسان الشرع ولا في العرف العام ولا الخاص..."[1].

وبالنسبة لموقف القوانين محل المقارنة من سلطة الحكمين في التفريق بين الزوجين، فلم ينص المشرع الجزائري في المادة 56 من ق.أ.ج إذا ما كان للحكمين أن يفرقا بين الزوجين أم لا، إلا أنه وبالرجوع لنص المادة 449 من ق.إ.م.إ.ج والتي نصت على أنه يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائيا، إذا تبينت له صعوبة تنفيذ المهمة، وفي هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة"، بما يفيد أن المشرع الجزائري اختصر دور الحكمين في الصلح ودليل ذلك أنهما إن لم ينجحا فيه أنهى القاضي مهامهما.

وقرر المشرع المغربي نفس الحكم تقريبا، حيث نصت المادة 97 من م.أ.م على أنه في حالة فشل الحكمين في الإصلاح فإن المحكمة تحكم بالتطليق، بعد أن يرفع الحكمين تقريرهما إلى المحكمة وتستند المحكمة إلى هذا التقرير لمعرفة أسباب الشقاق والمتسبب فيها من الزوجين، ومن هذا المنطلق تقدر المحكمة ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر[2].

ويعتبر رأي الحكمين في القانون المصري وطبقا لنص المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 رأيا استشاريا، للمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمان معا إذا اتفقا أو تأخذ بأقوال أيهما إذا اختلفا ولها ألا تأخذ برأيهما معا أو برأي أحدهما، وتكتفي بالأوراق المطروحة عليها والتي تستنتج منها مصدر الإساءة من الزوجين[3]، والجدير بالذكر أن هذا الحكم يختلف عما كان مقررا في ظل المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الذي كان يقضي بالتزام المحكمة برأي الحكمين، أو برأي الحكام الثلاثة عند اختلاف الحكمين الأولين سواء كان رأيهما الإصلاح أو التطليق، حيث كانت قواعد التحكيم في هذا المرسوم مستمدة من مذهب الإمام مالك الذي كان يقضي بأن الحكمين طريقهما الحكم لا الشهادة والوكالة[4].

واعتبر المشرع الأردني طبقا للمادة 124 من ق.أ.ش.أ الحكمين حاكمين لا وكيلان، ولهما سلطة الصلح ويملكان سلطة تقرير التفريق بين الزوجين بطلقة بائنة، وما يجب على الحكمين التوصل إليه هو نسبة الإساءة التي تكون بين الزوجين والتي على أساسها يكون الحكم، فإن ظهر للحكمين أن الإساءة كلها من الزوج والزوجة مظلومة،

[1] - محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، الجزء5، ط.27، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1994، ص.ص 172-173.
[2] - محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، المرجع، ص.152.
[3] - محمد عزمي البكري، أسباب التطليق، المرجع السابق، ص.140.
[4] - المرجع نفسه، ص.141.

فيحكمان بالتفريق بلا عوض للزوج وتأخذ الزوجة كل مستحقاتها، فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة وقررا التفريق بينهما يكون ذلك مقابل بدل مناسب تدفعه الزوجة ويقدره الحكمان بحسب الإساءة على ألا يزيد عن المهر وتوابعه، أما إن كانت الإساءة مشتركة فللحكمين أن يقررا التفريق بينهما على قسم من المهر بنسبة إساءة كل منهما[1].

وهو ما قرره المشرع السوري الذي اعتبر الحكمين حاكمين لهما تقرير التفريق بين الزوجين إن عجزا عن الإصلاح بينهما طبقا للمادة 114 من ق.أ.ش.س.

ولم يمنح المشرع العراقي سلطة التفريق للحكمين، وطبقا للمادة 41 من ق.أ.ش.ع فقرة 3 فإنه قصر دورهما على محاولة الإصلاح فإن فشلا فيه وجب عليهما توضيح الطرف المقصر من الزوجين، عدا ذلك فالمحكمة هي من تقرر التفريق بين الزوجين إذا استمر الشقاق وامتنع الزوج عن التطليق.

ويتضح في ختام هذا المطلب أن الصلح الذي يقوم به القاضي يختلف عن التحكيم الذي يقوم به الحكمان، رغم أن غايتهما واحدة وهي إعادة الود والوئام بين الزوجين وثنيهما عن طلب الفرقة، من حيث كون صلح القاضي يكون في كل دعوى طلاق أما صلح الحكمين يكون عند الشقاق بين الزوجين حين لا يعرف المتسبب فيه منهما، كما أن صلح القاضي يكون سابقا لإجراء التحكيم، بل إن فشل القاضي في الصلح ولم يتثبت من المتسبب في الضرر من الزوجين مع إصرارهما على الفرقة هو ما يدفع القاضي لتعيين الحكمين.

والجدير بالذكر أن إجراء الصلح الذي يجريه القاضي من حيث الواقع العملي أصبح مفرغا من محتواه وحاد عن غايته، وبات إجراء شكليا لا طائل منه غير استكمال ملف الطلاق أو التطليق بمحضر الصلح ذاك، أما التحكيم بين الزوجين فهو قليل التطبيق رغم أن حالات الشقاق تأخذ نسبة معتبرة من قضايا التطليق المعروضة على المحاكم، إلا إذا كان قضاة شؤون الأسرة يكيفونها على أنها حالة أخرى من حالات التطليق غير الشقاق وبالتالي لا يلجؤون إلى إجراء التحكيم.

[1] - خالد إبراهيم المسيعدين، أحكام الصلح بين الزوجين دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق، ص.ص86-87.

المبحث الثاني

آثار الإخلال بالتزام المساكنة بين الزوجين في القوانين الأخرى

توسعا منها في حماية الأسرة والروابط الأسرية، لم تكتف القوانين الوضعية بتقرير جزاءات للإخلال بالتزام المساكنة بين الزوجين في قانون الأسرة أو قوانين الأحوال الشخصية التي حددت حقوق وواجبات كل من الزوجين وآثار الإخلال بها، بل امتدت هذه الحماية لتتكرس ضمن فروع أخرى للقانون ونقصد القانون المدني والقانون الجنائي، تارة من خلال حرصها على توطيد هذه الروابط الأسرية وتارة أخرى من خلال محاولة جبر الأضرار بإلزام مسببها بالتعويض، وأحيانا بإقرار عقوبات رادعة للمقصر في أداء هذه الحقوق والواجبات الزوجية.

فكون التزام المساكنة هو أثر مباشر لعقد الزواج، فكان الإخلال به هو إخلال بالتزام تعاقدي تنطبق عليه إلى حد ما الأحكام العامة لآثار الإخلال بأي التزام تعاقدي، والتي سنحاول أن نبين مدى إمكانية تطبيقها وترتب هذه الجزاءات عند الإخلال بالتزام المساكنة(المطلب الأول).

على أن الإخلال بالتزام المساكنة قد يأخذ وصفا جنائيا، إذا شكل هذا الإخلال اعتداء سافرا على رابطة الزوجية وتقصيرا فيما يفرضه عقد الزواج من التزامات على الزوجين(المطلب الثاني).

المطلب الأول

آثار الإخلال بالتزام المساكنة بين الزوجين في القانون المدني

يقودنا الخوض في بيان آثار الإخلال بالتزام المساكنة - باعتباره الأثر الأساسي لعقد الزواج- وتتبع انعكساتها في القانون المدني، إلى استذكار النقاش الدائر حول طبيعة الزواج[1] وإن كان عقدا أو نظاما، وإذا ما اعتبرناه عقدا هل هو عقد مدني أم هو عقد ديني؟

وكنا قد وصلنا في صفحات سابقة إلى أن الزواج عقد شرعي باعتبار أن الشارع نظم أحكام انعقاده وآثاره، وبذلك تنطبق أحكام القانون المدني الخاصة بالعقد على عقد الزواج بما يتلاءم مع خصوصية هذا العقد الذي لا يمكن صفه إلى جانب عقود أخرى كالبيع والإجارة.

ومن خلال هذا المطلب سنبين آثار الإخلال بالتزام المساكنة في القانون المدني الذي ينظم آثار الإخلال بالالتزامات التعاقدية عامة، مع محاولة ملاءمة هذه الأحكام كما نوهنا إليه

[1]- ينظر ص. 251 من هذه الرسالة.

أعلاه مع ما يتلاءم والطبيعة الخاصة لعقد الزواج والتزام المساكنة.، وسنتطرق إلى التنفيذ العيني الجبري لالتزام المساكنة (الفرع الأول)، ونتطرق إلى الدفع بعدم التنفيذ (الفرع الثاني)، لنتطرق إلى الفسخ(الفرع الثالث)، ثم إلى التعويض (الفرع الرابع).

الفرع الأول

التنفيذ العيني الجبري لالتزام المساكنة بين الزوجين

الأصل أن الزوجين وهما المدينان بالتزام المساكنة ينفذ كل منهما ما يقتضيه هذا الالتزام بتفاصيله - كما سبق بيانه- مختارا غير مقصر، والتزام المساكنة باعتباره التزام مصدره عقد الزواج يتوفر فيه عنصري المديونية والمسؤولية فإن لم يوف المدين به من الزوجين يكون للدائن بهذا الالتزام من الزوجين الاستعانة بعنصر المسؤولية لإرغام المدين على الوفاء، فكيف يتم جبر المدين بالتزام المساكنة من الزوجين بتنفيذه؟ مع الإشارة إلى اختلاف وخصوصية التزام المساكنة مقارنة بالالتزامات التي ترتبها العقود المدنية المالية، وسنحاول بيان تطبيقات لجبر المدين بالتزام المساكنة بين الزوجين بتنفيذ التزامه (ثالثا)، وكان لابد قبل الخوض في ذلك تعريف التنفيذ العيني الجبري وبيان شروطه(أولا)، والتطرق إلى وسائله(ثانيا).

أولا: تعريف التنفيذ العيني الجبري وشروطه

إذا كان التنفيذ الاختياري هو الأصل، وهو ما يأتيه المدين بالالتزام من وفاء مختارا، فإن التنفيذ العيني الجبري يكون عندما يجبر المدين على الوفاء بعين ما التزم به دون اختيار، والمجبر لن يكون الدائن بالالتزام إنما تكون السلطة العامة، أو كما كان دارجا عند فقهاء الشريعة الإسلامية على تسميته "الحاكم"، إذ كثيرا ما نجد في كتاباتهم المتعلقة بحقوق الزوجين عبارة "ويجبره الحاكم" التي تفيد جبر المدين من الزوجين بتنفيذ التزامه بعد أن رفض ذلك مختارا.

1- تعريف التنفيذ الجبري: يعرف التنفيذ الجبري طبقا لشروحات قوانين الإجراءات المدنية أو قانون المرافعات بأنه:" ذلك التنفيذ الذي تجريه السلطة العامة تحت إشراف القضاء ورقابته، بناء على طلب دائن بيده سند تنفيذي مستوفي لشروط خاصة بقصد استيفاء حقه الثابت في السند من المدين قهرا عنه ولو باستعمال القوة العمومية إن استلزم الحال ذلك"[1].

وإن كان التنفيذ الجبري نوعان تنفيذ مباشر أو عيني وبموجبه يجبر المدين على تنفيذ عين ما التزم به، وتنفيذ غير مباشر وهو التنفيذ بطريق الحجز، وفيه لا يحصل

[1] - عمر حمدي باشا، طرق التنفيذ، دار هومة، الجزائر، 2016، ص.18.

المدين على محل حقه مباشرة بل يحجز على أي مال من أموال المدين ويستوفي دينه من المال المحجوز بعد بيعه[1]، وهو ما لا يتلاءم مع طبيعة الالتزام بالمساكنة والوفاء به، لذلك لم يكن التنفيذ الجبري غير المباشر مقصودا في هذا التفريع.

2- شروط التنفيذ الجبري: نص المشرع الجزائري في المادة 164 من ق.م.ج على أن المدين يجبر على تنفيذ التزاماته تنفيذا عينيا إذا كان ذلك ممكنا، وعليه يشترط في التنفيذ العيني الجبري توفر شروط معينة تتمثل في :

أن يكون التنفيذ العيني ممكنا: ويقصد بالإمكان عدم استحالة وجوده وعدم استحالة القيام به، بحيث تكون الاستحالة مطلقة مرتبطة بجميع الأشخاص، وهي ترتبط بأصل الأشياء لا بالأشخاص[2]، كأن يجبر الزوج على الوفاء بشرط الزوجة في البقاء بمنزل أبويها، وبوفاة والديها يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا لأن المنزل انتقلت ملكيته للورثة، فلم يعد منزل والديها موجودا فكانت الاستحالة متعلقة بأصل الشيء ولم يجبر الزوج على التنفيذ، أما إذا كانت الاستحالة نسبية متعلقة بالمدين بالالتزام فقط كأن يعسر الزوج بالنفقة، فالاستحالة نسبية متعلقة بالزوج ويبقى معها الالتزام بالإنفاق قائما وقابلا للتنفيذ العيني.

ألا يكون التنفيذ العيني مرهقا للمدين: ويراد بالإرهاق هنا العنت الشديد أو الخسارة الشديدة الفادحة[3]، كأن يجبر الزوج على الوفاء بشرط عدم التعدد الذي اشترطته الزوجة، والتي طرأ عقمها أو مرضها الشديد مما يجعل تنفيذ الشرط وإن لم يكن مستحيلا مرهقا جدا للزوج.

مطالبة الدائن بالالتزام بالتنفيذ الجبري: حيث يعتبر الدائن بالالتزام هو صاحب الحق، فكان هو دون سواه من تكون له المطالبة بالتنفيذ الجبري للالتزام، فلا يتدخل الحاكم أو القاضي ويجبر الزوج على الإنفاق أو على العودة من غيبته أو نقل زوجته إليه مالم تطالب هذه الأخيرة بذلك.

ثانيا: وسائل التنفيذ العيني الجبري

من وسائل إجبار المدين على تنفيذ التزامه الإكراه البدني والإكراه المالي، وهو ما سنبينه فيما يلي.

1- الإكراه البدني: إن التنفيذ على شخص المدين هو من الصور التي كانت سائدة في التشريعات القديمة، حيث كان جسم الإنسان ضامنا لديونه في القانون الروماني، فكان

[1] - عمر حمدي باشا، طرق التنفيذ، المرجع السابق، ص.19.
[2] - عثمان التكروري، الوجيز في شرح قانون التنفيذ رقم 23 لسنة 2005، ط.1، دار المحامين للنشر، فلسطين، 2020، ص.116.
[3] - المرجع نفسه، ص.118.

الدائن يستطيع أن يستعبد مدينه أو يقتله بغية استيفاء دينه، وتطور هذا الحق عبر الزمن وأصبح من حق الدائن أن يحبس مدينه لديه ليجبره على الوفاء بالتزامه، ثم انتقل هذا الحق من يد الدائن إلى السلطة العامة التي تقرره وتوقف المدين في سجونها[1].

وعرف الفقه الإسلامي نظام الإكراه البدني كوسيلة لقهر المدين وإجباره على الوفاء، إلا أنه لم يؤخذ على إطلاقه إذ أجازه فقط ضد المدين القادر على الوفاء ولكنه يتماطل أو يمتنع عمدا، لقوله ﷺ:" مطل الغني ظلم"[2]، أما المدين المعسر فلا يجوز حبسه لعدم جدوى ذلك بل ينظر إلى ميسرة.

واليوم قد حرمته تشريعات كثيرة وعدلت من أحكامه، بحيث أصبح الإكراه البدني يقتصر على الوفاء بعض الالتزامات المعينة[3].

بالنسبة للمشرع الجزائري كان يأخذ بالإكراه البدني في قانون الإجراءات المدنية القديم، حيث كان يقصره فقط على تنفيذ الالتزامات التجارية وقروض النقود[4]، وبمصادقة الجزائر على العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية[5] تم إلغاء الإكراه البدني[6] وتجسد هذا الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر في 2008 والذي جاء خاليا من هذه الوسيلة في جبر المدين على الوفاء بالتزامه.

وإن كان المشرع المغربي أجاز الإكراه البدني في نص المادة 635 من المسطرة الجنائية المغربية، إلا أنه وبموجب المادة 636 من نفس المسطرة منع تطبيق الإكراه البدني في حالات معينة من بينها ضد مدين لفائدة زوجه.

أما المشرع المصري فإنه لا يقر الإكراه البدني في المواد المدنية إلا في حالة تنفيذ حكم النفقة وما يتصل بها من أجرة الحضانة والرضاع والمسكن، وحبس المدين في هذه الحالة لا يعد تنفيذا لحكم النفقة إنما هو تنفيذ لحكم لاحق يصدر بحبسه جزاء على إصراره على الامتناع عن تنفيذ حكم النفقة رغم يسره، كما أن الحبس لا يعفي المدين من الوفاء

---

[1] - نصر الدين مروك، طرق التنفيذ في المواد المدنية، ط.2، دار هومة، الجزائر، 2008، ص.ص20-21.
[2] - البخاري، صحيح البخاري، الجزء 3، المرجع السابق، ص.118، ح.رقم 2400.
[3] - صلاح الدين سلحدار، أصول التنفيذ المدني، المكتبة القانونية، سوريا، د.س.ن، ص.16.
[4] - حيث كانت المنادة 407 من قانون الإجراءات المدنية على أنه:" يجوز في المواد التجارية وقروض النقود أن تنفذ الأوامر والأحكام الحائزة لقوة الشيء المقضي به ... بطريق الإكراه البدني".
[5] - تمت المصادقة على العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 16 ماي 1985، ج.ر الصادرة بتاريخ 17 ماي 1989، عدد20 .
[6] - تنص المادة 11 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على أنه:" لا يجوز سجن أي إنسان لمجرد عجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدي".

بالنفقة المحكوم بها ولا يمنع من تنفيذ الحكم الصادر بها بالطرق الاعتيادية، فالإكراه البدني بذلك وسيلة لإجبار المدين على الوفاء[1].

ونص المشرع الأردني في المادة 22 من قانون التنفيذ الأردني على أن الدائن له أن يطلب حبس مدينه دون حاجة لإثبات اقتداره في حالات معينة من بينها حالة دين النفقة المحكوم بها ويعتبر كل قسط منها دينا مستقلا، وفي حالة المهر المحكوم به للزوجة، إلا أن المادة 23 من نفس القانون نصت على أن لا يجوز حبس المدين في حالات محددة من بينها إذا كان المحبوس به دينا بين الأزواج، وتجدر الإشارة إلى أن هذا الحكم لا يشمل الأحكام الصادرة بالنفقة بين الزوجين وبتسليم مهر الزوجة فهذه الحالات يجوز فيها حبس الزوج إذا كان مدينا لزوجته[2].

كما نصت المادة 439 من قانون أصول المحاكمات السوري[3] على أن يتم حبس المحكوم عليه لتأمين استيفاء حق النفقة بأنواعها، والمهر المعجل والمؤجل المسمى بعقد الزواج أو بحكم قضائي مكتسب الدرجة القطعية.

وقرر المشرع العراقي في المادة 41 من قانون التنفيذ[4] الآتي:" لا يجوز حبس المدين في الحالات الآتية: ...إذا كان من أصول الدائن أو فروعه أو إخوته أو زوجاته مالم يكن الدين نفقة محكوما بها"، ما يفيد بمفهوم المخالفة جواز إكراه الزوج بدنيا وحبسه في دين النفقة.

وبالنسبة للقانون الفرنسي فقد تم إلغاء الإكراه البدني في 1987 بصورة عامة في المواد المدنية والتجارية وضد الأجانب، ولم يبق ساري المفعول إلا في تنفيذ الغرامات والرد والتعويضات المحكوم بها في المسائل الجنائية، وكرس المشرع الفرنسي توجهه في تقليص تطبيق الإكراه البدني في القانون رقم 2004-204 المؤرخ في 9 مارس 2004، الذي استبدل بموجبه القانون الفرنسي عبارة الإكراه البدني بالإكراه القضائي، وأصبح مجال تطبيقه فقط في الغرامة والمصاريف القضائية الخاصة بالقضاء العسكري وبدل المصادرة في مادة الجمارك[5].

---

[1] - محمد حسنين، طرق التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص.25.

[2] - صلاح الدين شوشاري، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية والشرعية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص.ص 299.291.

[3] - - قانون أصول المحاكمات السوري الجديد رقم 01 لعم 2016، الصادر بتاريخ 6 مارس 1437 هـ الموافق لـ 7 ديسمبر 2015م.

[4] - قانون التنفيذ العراقي رقم (45) لسنة 1980 الصادر بتاريخ 02 مارس 1980.

[5] - حياة يحياوي، الإكراه البدني في التشريع الجزائري دراسة مقارنة مع التشريع الفرنسي، أطروحة دكتوراه في القانون الإجرائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مستغانم، 2018، ص.ص 44-51.

2- الإكراه المالي: يعتبر الإكراه المالي أو ما يسمى بالغرامة التهديدية وسيلة لإجبار المدين على تنفيذ الالتزامات المترتبة في ذمته، وعرف الأستاذ السنهوري الغرامة التهديدية بأنها:" وسيلة لإكراه المدين وحمله على تنفيذ الالتزام الواقع على عاتقه عينا من طالبه الدائن، وصورتها أن يلزم القضاء المدين بعمل أو امتناع عن عمل أي كان مصدره، ويمهله لذلك مدة زمنية فإذا تأخر ألزمه بدفع غرامة عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو وحدة زمنية يعينها، وذلك متى كان التنفيذ العيني مازال ممكنا ويقتضي لذلك تدخل المدين شخصيا"[1]، وعرف العربي بلحاج الغرامة التهديدية بأنها:" حكم وقتي يتزايد مع استمرار إصرار المدين وتعنته عن الامتناع عن التنفيذ، ثم يحل محله حكم نهائي لجمع مبلغ الغرامة النهائي، وتقدير التعويض الذي يتحمله المدين عن تأخيره في التنفيذ، مراعيا مقدار الضرر الذي لحق بالدائن"[2].

فالغرامة التهديدية بذلك يقدرها القاضي ولا يتقيد فيها إلا بمراعاة قدرة المدين على المماطلة في التنفيذ والقدر الذي يرى أنه منتج في تحقيق غايتها، كما أنها تقدر عن كل وحدة زمنية ومقدراها يرتفع مع كل يوم في تأخير التنفيذ، كما أن الغرامة التهديدية لها طابع مؤقت ذلك أنه إذا تبين للقاضي أن المدين مصر على موقفه في عدم التنفيذ فإن القاضي يقوم بتصفية الغرامة التهديدية لأنها مؤقتة مصيرها الزوال، كما أن الغرامة التهديدية نطاقها الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل متى كان التنفيذ العيني متوقفا على التدخل الشخصي للمدين[3].

والغرامة التهديدية وسيلة ابتدعها القضاء الفرنسي وتدرج القانون الفرنسي في اعتمادها ابتداء من سنة 1949، إلى أن جاء قانون التنفيذ الجديد رقم 91-650 المؤرخ في 9 جويلية 1991 الذي جعل الغرامة التهديدية من وسائل التنفيذ الجبري يمكن تطبيقها لإجبار المدين على تنفيذ التزاماته[4].

وفي القانون الجزائري نص المشرع على الغرامة التهديدية في القانون المدني الجزائري وتحديدا المادة 174 منه، والتي جاء فيها:" إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير

---

[1] - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني،آثار الالتزام، ط.2، دار النهضة العربية، مصر،1982، ص.1057.

[2] - بلحاج العربي، أحكام الالتزام في ضوء الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص.90.

[3] - زهيرة ذبيح، الغرامة التهديدية في القاانون الجزائري، مجلة البحوث والدراسات العلمية، جامعة يحيى فارس البليدة، المجلد8، العدد 1، الجزائر، 2014، ص.ص 4- 10.

[4] -منى ناصر ، نطاق تطبيق الغرامة التهديدية على الأحكام القضائية المدنية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة ماجستير تخصص تنفيذ الأحكام القضائية، كلية الحقوق جامعة الجزائر -1-، الجزائر، 2017، ص.ص 26-30.

ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ ويدفع غرامة إجبارية إن امتنع عن ذلك.

وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة"، وتقابل هذه المادة من القانون المدني المصري المادة 213 والمادة 214 من القانون المدني السوري والمادة 253 من القانون المدني العراقي، كما نصت المادة 448 من قانون المسطرة المدنية المغربي أن الغرامة التهديدية وسيلة منحت للدائن لتمكينه من الحصول على التنفيذ العيني للالتزام متى كان يتعلق بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل لصيق بشخص المدين، ولا تسعف فيه إجراءات التنفيذ الجبري.

من خلال بيان مفهوم الغرامة التهديدية ونطاقها وخصائصها، هل يمكن القول بصلاحية تطبيقها لإجبار المدين بالتزام المساكنة على تنفيذ التزامه؟ خصوصا أن مضامين المساكنة لصيقة بشخص المدين بها، كما أن التنفيذ الجبري قد لا يؤتي ثماره أو لا يمكن أصلا اللجوء إليه لمساسه بحرية أحد الزوجين، كما هو الحال في التزام الزوجة بالانتقال لبيت الزوجية أو العودة إليه، فإن لم يكن ممكنا جبر الزوجة على تنفيذ حكم الطاعة كما كان سائدا في زمن مضى، فهل يمكن تطبيق الغرامة التهديدية عن كل يوم تتأخر فيه الزوجة عن تنفيذ التزامها بالعودة أو الانتقال لمسكن الزوجية؟

من الناحية النظرية ذلك ممكن إذا توفرت شروط تطبيق الغرامة التهديدية في كون الالتزام متعلق بالقيام بعمل، وتأخر الزوجة في تنفيذه، وطبيعة هذا الالتزام الذي لا يمكن تنفيذه إلا من طرف الزوجة شخصيا، ومطالبة الزوج بتطبيق الغرامة التهديدية لتنفيذ التزامها، إلا أنه من الناحية العملية لا نشهد للغرامة التهديدية تطبيقا في أرض الواقع، وذلك دائما يرجع للطبيعة الخاصة لعقد الزواج وللعلاقة بين طرفيه التي لا تشبه العلاقات التعاقدية الأخرى، وتبقى الغرامة التهديدية أولا وأخير إكراها ماليا لا يستساغ تنفيذها في ما لا ينعقد ولا يستمر بالإكراه، فعقد الزواج والتزام المساكنة كأثر له لا يمكن إجبار المدين به من الزوجين بتنفيذه أي كان نوع هذا الإجبار والإكراه، وإلا لما شرع الله عز وجل الطلاق للزوج والخلع للزوجة عند غياب المودة والرحمة والخوف من عدم إقامة حدود الله.

ثالثا: تطبيقات التنفيذ العيني الجبري لالتزام المساكنة

لم أجد وأنا بصدد البحث في موضوع جبر الزوجين على التنفيذ العيني لالتزام المساكنة أو بالاحرى للحقوق المتبادلة بين الزوجين ما يشير مباشرة لهذه التطبيقات في

المؤلفات القانونية ، ومرد ذلك أن الزواج كعقد ذو طبيعة خاصة، والتي تقوم على المودة والرحمة والسكن بين الزوجين تتنافى مع أسلوب الجبر على تنفيذ الالتزامات.

إلا أن ذلك لا يمنع من أن هناك تطبيقات لوسيلة الجبر في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد الزواج، وقد أشار الأستاذ وليد خالد الربيع في كتابه "الإلزام في الأحوال الشخصية" إلى صور من جبر أحد الزوجين على الوفاء بما عليه للآخر، وإن لم يسمه جبرا وإنما سماه إلزاما، وكان قد عرف الإلزام على أنه:" هو الإيجاب على الغير بحق من ذي سلطة شرعية وحمله على فعل أمر أو الامتناع عنه"[1]، وذكر صورا لهذا الإلزام سواء الزام الزوج لزوجته أو إلزام الزوجة لزوجها، والتي قال بها فقهاء الشريعة الإسلامية ابتداء.

فالزوج يلزم بوطء زوجته إن امتنع بلا عذر عن ذلك، جاء في بدائع الصنائع:" للزوجة أن تطالب زوجها بالوطء، لأن حله لها حقها كما أن حلها له حقه، وإن طالبته يجب على الزوج، ويجبر عليه..."[2]، وجاء في المحلى لابن حزم أن من ترك الوطء بغير عذر مع قدرته عليه قد أتى منكرا من العمل فيلزم على ذلك ويؤدب بما يراه الحاكم مناسبا[3]، كما يلزم الزوج بدفع مهر زوجته إن هي طالبت به قبل الدخول فإن لم يؤد ماعليه لزوجته حبسه الحاكم إلى أن يؤدي ما عليه من مهر أو يأتي ببينة تثبت عسره[4]، ويلزم الزوج بإخدام زوجته أي يوفر لها خادما، ويلزم بالإنفاق عليها[5]، وذهب بعض الفقهاء إلى القول بإلزام الزوج بالاكتساب لينفق على زوجته، يقول الشوكاني في السيل الجرار:" فإن أبى وصمم على ذلك مع إمكانه وكان في تركه ما يضره أو يضر من يعول فلا بأس أن يمسه بعقوبة تحمله على طلب مافيه مصلحة له ولمن يعول ودفع مفسدة عنهم، وأي مفسدة أعظم من قعود رجل في بيته بلا عذر وأبواب المكاسب مقدمة وأسباب الرزق منتشرة وأطفاله يتضاغون من الجوع، وامرأته المحجبة تقاسي شدائد الفاقة"[6].

ويلزم القاضي الزوج المظاهر ويجبره على التكفير دفعا للضرر عن الزوجة، جاء في رد المحتار:" وسيأتي في باب الظهار أن على القاضي إلزام المظاهر بالتكفير دفعا للضرر عنها - الزوجة- بحبس أو ضرب إلى أن يكفر أو يطلق"[7].

---

[1] - وليد خالد الربيع، الإلزام في الأحوال الشخصية دراسة فقهية مقارنة، دار النفائس، الأردن، د.س.ن، ص.32.

[2] - الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء2، المرجع السابق، ص.331

[3] - ابن حزم، المحلى بالآثار، الجزء 9، المرجع السابق، ص.174.

[4] - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرخ الصغير، الجزء2، المرجع السابق، ص.ص299-300.

[5] - ابن عابدين، رد المحتار، الجزء 2، المرجع السابق، ص.655. الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، الجزء4، المرجع السابق، ص.186. ابن قدامة، المغني، الجزء8، المرجع السابق، ص.200.

[6] - محمد بن علي بن محمد عبد الله الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ط.1، دار ابن حزم، لبنان، د.س.ن، ص. 462.

[7] - ابن عابدين، رد المحتار، الجزء3، المرجع السابق، ص.209.

وتجبر الزوجة على السفر إذا تعين سفرها مع الزوج بقرعة، جاء في مواهب الجليل:" ومن تعين سفرها - من الزوجات- أجبرت عليه إن لم يشق عليها أو يضرها"[1]، وجاء في المغني:" وإن امتنعت من السفر معه، سقط حقها إذا رضي الزوج، وإن أبى، فله إكراهها على السفر معه"[2]، كما تلزم الزوجة بتمكين زوجها من نفسها إذا سلمها المهر ووفر لها المسكن الشرعي، كما تلزم بإزالة ما يمنع الاستمتاع عن طريق التطهر من الحيض والنفاس والجنابة وإزالة كل ما ينفر الزوج، وله جبرها على التنظيف والاستحداد، وله أن يمنعها من كل ما تتزين به ويتأذى من رائحته كرائحة الحناء المخضب[3]، ولعل تأديب الزوجة ضربا هو صورة لإلزامها بالرجوع عن معصيتها لزوجها وتنفيذ التزاماتها الزوجية المفروضة عليها، وإن كان التأديب يمارسه الزوج الدائن بالتزام الطاعة وليس الحاكم، إلا أن الشرع هو من أباح له هذا الإلزام والجبر المتمثل في تأديبها.

أما عن تطبيقات التنفيذ العيني الجبري لالتزام المساكنة وما يتضمنه من التزامات في القانون الوضعي، نجده يتجسد في التنفيذ الجبري لحكم الطاعة الذي يلزم الزوجة بالالتحاق ببيت الطاعة الذي يوفره الزوج، حيث كان يتم تنفيذ هذا الحكم عن طريق القوة العمومية، وهو ماكان سائدا في مصر وبعض الدول المسلمة، وكان قد تعرض هذا الإجراء لانتقادات كثيرة كونه ينافي روح الشريعة الإسلامية التي أقامت الزواج على المودة والرحمة، ولقد أصاب المشرع المصري عندما منع تنفيذ حكم الطاعة بالقوة الجبرية واكتفى بإسقاط نفقة الزوجة التي صدر في حقها حكم بالرجوع لمسكن الزوجية وامتنعت، ذلك أن طاعة الزوجة لزوجها هو التزام لا يمكن الإجبار على تنفيذه عينا لاتصال هذا التنفيذ بشخص الزوجة ومساسه بحريتها، ولعدم جدواه من الناحية العملية ما دامت الزوجة ترفض تنفيذه[4].

ليتبين أن التنفيذ العيني الجبري لالتزام المساكنة بين الزوجين كجزاء للإخلال بالالتزام لا يتلاءم مع مضمون التزام المساكنة، وغايات عقد الزواج باعتباره مصدرا لهذا الالتزام، فالزواج الذي قوامه المودة والرحمة والمعاشرة بالمعروف لن يستقيم مع زوجين يجبر أحدهما الآخر جبرا على القيام بما عليه من واجبات، ورغم ذلك يمكن أن يكون التنفيذ الجبري فعالا كجزاء للإخلال بالتزام المساكنة أكثر من غيره، وهذا في حالة عدم وفاء أحد الزوجين بالشروط الاتفاقية الصحيحة التي ارتضياها ابتداء، فإلزام المدين من الزوجين بالوفاء بالشرط أفضل من تقرير حق للدائن من الزوجين في طلب التفريق لعدم

[1] - الحطاب، مواهب الجليل، الجزء4، المرجع السابق، ص.15.
[2] - ابن قدامة، المغني، الجزء7، المرجع السابق، ص.314.
[3] - ابن نجيم، البحر الرائق، الجزء 3، المرجع السابق، ص.237.
[4] - فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص.169.

الوفاء بالشرط، الأمر الذي قد لا يريده الطرفان أو قد لا تريده الزوجة خاصة، وقد تتخلى عن المطالبة بالوفاء بالشرط فقط لأنها لا تريد أن تسلك طريق طلب التطليق لعدم الوفاء بالشرط.

الفرع الثاني

الدفع بعدم التنفيذ

يرتب عقد الزواج التزامات متقابلة على عاتق طرفيه الرجل والمرأة، لذلك كان عدم تنفيذ أحدهما لالتزام من التزاماته الزوجية المشكلة لالتزام المساكنة، يخول للطرف الآخر أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إلى أن يعود الأول وينفذ التزامه، فبدا بذلك تنفيذ أحكام الدفع بعدم تنفيذ الالتزام مستساغا إلى حد كبير فيما يتعلق بالتزام المساكنة، ومن خلال هذا الفرع سنبين تعريف الدفع بعدم التنفيذ وأساسه (أولا)، لنبين شروط الدفع بعدم التنفيذ (ثانيا)، لنتطرق إلى تطبيقات هذه الوسيلة حين الإخلال بالتزام المساكنة (ثالثا).

أولا: تعريف الدفع بعدم التنفيذ وأساسه

يسمى الدفع بعدم التنفيذ، وسماه الأستاذ السنهوري أيضا الامتناع المشروع عن الوفاء بالعقد[1]، وحيث أن الدفع نوع من أنواع الجواب على الدعوى يتضمن طلب إقرار المتمسك به على موقفه، وعدم إجباره على التنفيذ قبل أن يقوم مقابله بتنفيذ ما عليه من التزام، فالدفع بعدم تنفيذ الالتزام هو الإدعاء بمشروعية امتناع المدعى عليه عن تنفيذ ماوجب عليه من التزام لعدم استحقاق ذلك عليه حالا استنادا إلى امتناع المدعى عن تنفيذ ما أوجب عليه من التزام أو إخلاله به، فالدفع بعدم التنفيذ في حقيقته امتناع لامتناع، أي امتناع الخصم عن تنفيذ ما طولب به لامتناع مطالبه عن تنفيذ ما وجب عليه[2].

وعرف علي فيلالي الدفع بعدم التنفيذ بأنه:"حق المتعاقد (في العقود التبادلية) في الامتناع عن تنفيذ التزامه مالم يقم المتعاقد الثاني بتنفيذ الالتزام المقابل له، ويكون الغرض من الدفع بعدم التنفيذ هو تأجيل تنفيذ الالتزامات إلى حين تنفيذ الالتزامات الأخرى"[3].

والأساس الذي يقوم عليه الدفع بعدم التنفيذ هو الارتباط القائم بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة لجانبين، فإذا كان هذا الارتباط يبرر لأحد المتعاقدين أن يطلب فسخ العقد عند عدم قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه، فإنه يبرر له ومن باب أولى الحق

---

[1] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، لبنان، د.س.ن، ص.727.

[2] - منصور عبد الله الطوالبه، الدفع بعدم تنفيذ الالتزام دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، الأردن، 2005، ص.ص 54، 52.

[3] - علي فيلالي، الالتزامات، الجزء الأول، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 473.

في وقف تنفيذ التزامه إلى أن يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه، ووقف التنفيذ لا شك أقل درجة وأثرا من التحلل النهائي من الالتزام الذي يترتب على الفسخ[1].

ثانيا: شروط الدفع بعدم التنفيذ

يقتضي التمسك بالدفع بعدم التنفيذ توفر شروط معينة نتناولها فيما يلي:

1- **الدفع بعدم التنفيذ يكون في العقود التبادلية:** يقتصر الدفع بعدم التنفيذ على العقود الملزمة لجانبين، فإن خرج عن هذا النطاق أي نطاق العقود الملزمة للجانبين عاد حقا في الحبس، وهو ما يميز الحق في الحبس عن الدفع بعدم التنفيذ[2].

وفي عقد الزواج يترتب على الطرفين التزامات متقابلة على سبيل التبادل، ومن ذلك ما يجب للزوج من التزام على الزوجة متمثلا بتسليم نفسها وما يجب عليه لها من وفاء بالمهر وإعداد لمسكن الزوجية والنفقة، فكل من الزوج والزوجة ملزم في نفس الوقت في مواجهة الآخر[3]، وكل منهما دائن للآخر ومدين له والتزام كل منهما يترتب على التزام الآخر ومرتبط به[4].

2- أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه مستحق الأداء: يجب أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه واجب التنفيذ حالا، فالدفع بعدم تنفيذ التزام طبيعي لا يجوز لأن في هذا إجبار بطريق غير مباشر على تنفيذ التزام طبيعي غير واجب التنفيذ[5].

وليس للمتعاقد أن يدفع بعدم التنفيذ إذا كان التزامه قد حل أجله في حين أن الالتزام المقابل الذي يتحمله المتعاقد الآخر لم يحل أجله بعد، كأن يكون المتعاقدان قد اتفقا على أن تنفيذ الالتزامات لا يتم في وقت واحد[6].

3- إخلال المتعاقد المطالب بالتنفيذ بما ترتب عليه من التزام تجاه المتعاقد الآخر: إذا كان الدفع بعدم التنفيذ هو امتناع مشروع عن الوفاء بالالتزامات العقدية، فإن ما يمنح هذا الامتناع عن التنفيذ صفة المشروعية هو امتناع أو إخلال سابق من المتعاقد الآخر

---

[1] - شريف الطباخ، التعويض عن الإخلال بالعقد التطبيق العملي للمسئولية المدنية في الفقه والقضاء، دار الفكر والقانون، مصر، 2008، ص.447.

[2] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.731.

[3] - منصور عبد الله الطوالبه، الدفع بعدم تنفيذ الالتزام دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.90.

[4] - شريف الطباخ، التعويض عن الإخلال بالعقد التطبيق العملي للمسئولية المدنية في الفقه والقضاء، المرجع نفسه، ص.448.

[5] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.732.

[6] - علي فيلالي، الالتزامات، الجزء الأول، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 474.

بالتزامه، ولا يشترط أن يكون الإخلال عدم تنفيذ كلي بل قد يكون عدم تنفيذ جزئي أو تنفيذ معيب[1].

على أن المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ يجب ألا يتعسف في استعمال حقه في الدفع، فإذا كان الجزء الذي لم ينفذ من الالتزام قليل الأهمية مقارنة مع الجزء المنفذ أو الالتزام ككل، فلا يجوز لم أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، مراعاة للقاعدة التي تقضي بوجوب مراعة حسن النية في تنفيذ العقود[2].

ثالثا: تطبيقات الدفع بعدم تنفيذ الالتزام بالمساكنة

يمارس الدفع بعدم التنفيذ من طرف كل من الزوج والزوجة بحسب الحال، وبحسب المطالب بالوفاء بالتزامه أولا.

فالزوجة لها أن تمتنع من تسليم نفسها إلى أن يسلمها الزوج صداقها، لأن وفاء الزوج بالتزام تسليم المهر للزوجة يكون أولا ليليه وفاء الزوجة بتسليم نفسها، فأجاز الحنابلة للزوجة منع نفسها قبل قبض الصداق المعجل دون المؤجل ولها النفقة، يقول ابن قدامة:" وإن كان بعضه حالا وبعضه مؤجلا فلها منع نفسها قبل قبض العاجل دون الآجل، وإن كان الكل حالا فلها منع نفسها"[3].

وأجاز الحنابلة للزوجة أيضا منع نفسها إذا كان صداقها معيبا، يقول ابن قدامة:"وإن أخذت الصداق فوجدته معيبا، فلها منع نفسها حتى يبدله أو يعطيها أرشه، لأن صداقها صحيح"[4]، فلا يكون الدفع بعدم التنفيذ فقط في حالة عدم تنفيذ الالتزام إنما يكون حتى في حالات التنفيذ المعيب، باعتبار الإخلال بالالتزام يكون في صورة عدم التنفيذ الكلي أو التنفيذ الجزئي أو التنفيذ المتأخر أو حتى التنفيذ المعيب.

وكان المشرع الأردني قد نص صراحة على حق الزوجة في منع نفسها وعدم الانتقال لبيت زوجها إذا لم يوفها مهرها المعجل في المادة 60 من ق.إ.ش.أ، وإن لم تنص القوانين الأحرى محل المقارنة صراحة على ذلك إلا أن التطبيقات القضائية تكرس هذا الدفع للزوجة، ولا تعتبر الزوجة الممتنعة عن الانتقال لبيت الزوجية ناشزا مادام الزوج لم يوف الزوجة حقوقها ومن بين هذه الحقوق المهر المعجل، وهو ما يفيد أن القضاء يقر

[1] - المرجع نفسه، ص.475.
[2] - شريف الطباخ، التعويض عن الإخلال بالعقد التطبيق العملي للمسئولية المدنية في الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص.455.
[3] - ابن قدامة، المغني، الجزء7، المرجع السابق، ص.261.
[4] - نفس المرجع ، نفس الصفحة.

بحق الزوجة في الدفع بعدم تنفيذ التزامها في الانتقال لبيت الزوجة وتسليم نفسها لعدم تنفيذ الزوج لالتزامه المتمثل في تسليم مهرها المعجل[1].

والزوجة لا تدفع بعدم تسليم نفسها فقط إن لم يوفها الزوج مهرها، بل لها الدفع بعدم التنفيذ أيضا في حالة عدم إعداده لمسكن الزوجية، فإن لم يوفر الزوج للزوجة مسكنا أو وفر واحدا ولكنه غير مستوف لشروطه الشرعية، فعندئذ يكون للزوجة أن تمتنع عن تسليم نفسها دون أن تسقط نفقتها لأن دفعها مشروع.

كما أن للزوجة أن تدفع بعدم تنفيذ الالتزام بالطاعة إن لم ينفق عليها الزوج، فلا تستأذنه في سفر أو خروج ولا تقر في بيته، لأن حق الاحتباس عند الفقهاء[2] مرتبط بالنفقة، فإن لم ينفق الزوج على زوجته سقط حقه في احتباسها، وتظهر هنا خطورة ومثالب اعتبار التزام النفقة مقابلا لالتزام الطاعة، لأن الأمر خطير خصوصا في عصرنا هذا أين أصبحت الزوجة مستقلة ماديا ومستغنية عن نفقة زوجها، فهل يكون ذلك مبررا لعدم طاعة زوجها والخروج والسفر دون إذنه ومغادرة بيت الزوجية متى يحلو لها؟ وهذا ما يجعل الرأي القائل بأن سبب النفقة ليس الاحتباس أو التمكين إنما هو عقد النكاح - وهو رأي الظاهرية - ينهض قائما صالحا للتطبيق ولسد هذه الثغرة، ذلك أن رد هذه الالتزامات الزوجية ونقصد بها الإنفاق والطاعة إلى عقد الزواج واكتسابها لقوتها الملزمة منه يجعل عبء الوفاء بها واقعا على الدائن بها مادام العقد قائما، بغض النظر عما إذا كان الطرف الآخر قد وفى بالتزامه، فالزوجة تستحق النفقة مادامت في عصمة زوجها حتى وإن كانت ناشزا، والزوج يستحق طاعة الزوجة مادامت في عصمته حتى وإن لم ينفق عليها.

وللزوجة أيضا أن تدفع بعدم تنفيذ التزام الطاعة إن كان زوجها لا يعاشرها بالمعروف، ويسيء معاملتها أو كان لا يعدل بينها وبين ضرتها.

ويستطيع الزوج أيضا أن يستعمل وسيلة الدفع بعدم التنفيذ، ويعتبر حبس النفقة أو إسقاطها من أهم تطبيقاته، حيث يحبس الزوج النفقة عن زوجته إن هي أخلت بالتزام القرار في مسكن الزوجية أو امتنعت عن الالتحاق بالمسكن وكان شرعيا وكان الزوج قد أوفاها مهرها، لأن التزام الزوجة بالطاعة وتسليم نفسها للزوج معاصر لالتزام الزوج بالإنفاق، والنفقة هي جزاء الاحتباس، وحيث ثبت الاحتباس لأجل الزوج وجب عليه الإنفاق[3]، والعكس صحيح إن لم يثبت حق الزوج في الاحتباس سقط حق الزوجة في الإنفاق.

---

[1] - ينظر ص. 322 من هذه الرسالة.

[2] - الفقهاء الذين يرون أن النفقة سببها الاحتباس ص.191 من هذه الرسالة

[3] - منصور عبد الله الطوالبة، الدفع بعدم تنفيذ الالتزام دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.215.

وأرى أن الهجر في المضجع هو أيضا دفع بعدم التنفيذ من الزوج، فهو يمتنع عن إتيان زوجته ويهجرها مادامت عاصية له، وهو بذلك يدفع بعدم تنفيذ التزامه بالمعاشرة الزوجية في مقابل عدم الطاعة أو النشوز من الزوجة، وإن كانت هذه الصورة للدفع بعدم التنفيذ يشترط فيها ضوابط خاصة، أهمها أن يسبق هذا الهجر وعظ وعدم استجابة من الزوجة، واستمرار عصيانها، وأن لا يتجاوز مدة أربعة أشهر لأن لا يتحول لإيلاء كما سبق بيانه.

الفرع الثالث

الفسخ

يعتبر الفسخ جزاء مدنيا يترتب على الإخلال بالتزام تعاقدي في العقود الملزمة للجانبين، وتنحل بالفسخ الرابطة العقدية ويعاد المتعاقدان للحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فهل يصلح تطبيق الفسخ كجزاء لإخلال أحد الزوجين بالتزام المساكنة في أحد مضامينه، باعتبار هذه المضامين هي التزامات متقابلة ناشئة عن عقد الزواج الذي يعتبر عقدا ملزما للجانبين؟ أم أن آثار الفسخ تمنع تطبيقه على عقد الزواج؟

ومن خلال هذا الفرع سنتطرق إلى فسخ عقد الزواج في الشريعة الإسلامية (أولا)، لنتطرق للفسخ في القانون المدني (ثانيا)، لنبين تطبيقات الفسخ كجزاء للإخلال بالتزام المساكنة (ثالثا).

أولا: فسخ عقد الزواج في الشريعة الإسلامية

سنبين أولا تعريف الفسخ عند فقهاء الشريعة الإسلامية، ثم نميز بين الفسخ والبطلان والطلاق، لنتطرق إلى أسباب فسخ النكاح عند الفقهاء.

1- تعريف الفسخ: الفسخ لغة يطلق على معان منها النقض أوالتفريق، والضعف في العقل والبدن، والجهل والطرح وإسناد الرأي، ومن المجاز انفسخ العزم والبيع والنكاح: انتقض، وقد فسخه إذا نقضه[1].

واختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف الفسخ، فعرفه ابن نجيم من الحنفية بأنه:"حل ارتباط العقد"، وعرفه الكاساني:" الفسخ تصرف في العقد بالإبطال"[2]، وعرف الفسخ من المالكية القرافي بأنه:" قلب كل واحد من العوضين إلى صاحبه"[3]، وعرفه الشافعية

[1] - الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء 32، المرجع السابق، ص.131.
[2] - زين الدين بن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1999، ص.292.
[3] - أبو العباس شهاب الدين القرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، الجزء3، دار عالم الكتب، مصر، د.س.ن، ص.269.

بأنه:"تراد بين العوضين أو رد أحدهما في مقابلة قيمة الآخر"[1]، وعرف الحنابلة الفسخ بأنه:"رفع العقد من حينه"[2].

والمرجح من هذه التعريفات هو تعريف ابن نجيم من الحنفية مع إضافة لفظ الصحيح للعقد، ليصبح التعريف:" الفسخ هو حل ارتباط العقد الصحيح"[3].

2- الفرق بين الفسخ وكل من البطلان والطلاق: يختلف الفسخ عن البطلان، فالإبطال اصطلاحا هو الحكم بكون العقد باطلا، لاختلال ركنه أو محله، والعقد الباطل: هو ما اختل ركنه أو محله أو مالا يكون مشروعا بأصله ولا بوصفه، والصلة بين الإبطال والفسخ أن الإبطال يحدث أثناء قيام التصرف وبعده ويحصل في العقود والعبادات، أما الفسخ فإنه يكون غالبا في العقود والتصرفات ويقل في العبادات[4]، ويشترك الإبطال والفسخ في إعادة المتعاقدين إلى الحالة الأصلية التي كانا عليها قبل التعاقد، والجدير بالذكر أن البطلان والفساد عند جمهور الفقهاء مترادفان بمعنى واحد، وعند الحنفية الفساد هو اختلال في العقد في صفة عارضة طارئة غير جوهرية فيه، لذا كان مرتبة متوسطة بين البطلان والصحة، والعقد الفاسد هو ما كان مشروعا بأصله (ركنه ومحله وأهلية عاقديه) دون صفته وصاحب ذلك وصف منهي عنه شرعا[5].

ويختلف الفسخ عن الطلاق وإن كان الفسخ إلى جانب الطلاق من فرق الزوجية، فالطلاق هو حل قيد النكاح والفسخ هو نقض العقد، ويختلفان من حيث أسباب كل منهما فالطلاق أسبابه غير محصورة تخضع لإرادة الزوج أما الفسخ فأسبابه معينة محددة سلفا وسنبينها فيما يأتي، ويختلف الطلاق عن الفسخ من حيث أثرهما في عدم احتساب الطلقات عند فسخ عقد الزواج واحتسابها عند الطلاق[6]، وأما التفريق القضائي بين الزوجين فهو إما يكون فسخا أو طلاقا بائنا أو رجعيا، واختلف الفقهاء في فرق الزوجية التي تعتبر فسخا من غيره على نحو ما سنبينه فيما يلي.

3- أسباب فسخ عقد الزواج عند فقهاء الشريعة الإسلامية: وضع الحنفية ضابطا يحدد ما إذا كانت الفرقة فسخا أو طلاقا، فقالوا أن الفرقة إن حصلت بسبب من جانب الزوج وليس لها مثيل من جانب الزوجة فهي طلاق، وإن حصلت من جانب الزوجة بسبب لا يكون له مثيل في جانب الزوج فهي فسخ، وعدد الكاساني في بدائع الصنائع الفرق التي

---

[1] - عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، الجزء2، دار الكتب العلمية، لبنان، 1991، ص.82.
[2] - المرداوي، الإنصاف، الجزء4، المرجع السابق، ص.481.
[3] سليم محمودي،/ أحكام فسخ عقود الزواج في الفقه الإسلامي والآثار المترتبة عليها، أطروحة دكتوراه تخصص فقه إسلامي، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، الجزائر، 2018، ص.51.
[4] - الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء32، المرجع السابق، ص.132.
[5] - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء4، صط.4، دار الفكر، سوريا، د.س.ن، ص.3155.
[6] - سبق التطرق لهذه الفروقات، ينظر ص.441 من هذه الرسالة.

تكون فسخا[1] وهي الفرقة بسبب فساد العقد؛ الفرقة بخيار العتق؛ الفرقة لردة الزوج عند أبي حنيفة وأبو يوسف؛ الفرقة للملك الطارئ لأحد الزوجين على صاحبه؛ التفريق بسبب طروء حرمة المصاهرة؛ الفرقة بخيار البلوغ؛ الفرقة لعدم الكفاءة؛ الفرقة للغبن في المهر؛ إباء الزوج الإسلام إذا أسلمت الزوجة عند أبي يوسف؛ إباء الزوجة الإسلام إذا أسلم الزوج ولم تكن الزوجة من أهل الكتاب؛ ردة الزوج[2].

وعند المالكية فالمعتبر في القول بأن الفرقة فسخ أم طلاق، هو أنه إذا كان في صحة النكاح خلاف خارج مذهب مالك وكان الخلاف مشهورا فالفرقة هنا طلاق، وفي رواية ثانية عن مالك أن المعتبر هو السبب الموجب للفرقة، فإن كان غير راجع للزوجين مما لو أرادا الإبقاء على الزواج مع هذا السبب لم يصح بقاء الزوجية ووجب التفريق في هذه الحالة تكون الفرقة فسخا، وإن كان السبب مما يجوز معه استمرار الزوجية إذا أراد الزوجان ذلك فالفرقة هنا طلاق[3]، وفرق الفسخ عند المالكية هي: الفرقة بسبب فساد العقد إذا كان الفساد مجمعا عليه أو فيه خلاف وليس بمشهور، الفرقة بسبب حرمة الرضاع الطارئ، الملاعنة، السبي، إسلام أحد الزوجين[4].

وعند الشافعية، قال الشافعي في الأم مبينا الفرقة التي تقع فسخا:" كل ما حكم فيه بالفرقة وإن لم ينطق بها الزوج ولم يردها ولو أراد الزوج أن لا تقع عليه الفرقة أوقعت، فهذه فرقة لا تسمى طلاقا"[5]، وقال السيوطي في الأشباه والنظائر مبينا أنواع فرق الزوجية:"النكاح فرقته أنواع فرقة طلاق وخلع وإيلاء، وإعسار بنفقة، وفرقة الحكمين، وفرقة عنة وفرقة غرور، وفرقة عيب وفرقة عتق تحت رقيق وفرقة رضاع وفرقة طروء محرمية، وفرقة سبي أحد الزوجين وفرقة إسلام وفرقة ردة، وفرقة لعان وفرقة ملك أحد الزوجين الآخر، وفرقة جهل سبق أحد العقدين وفرقة تبين فسق أحد الشاهدين، وفرقة موت وكلها فسخ إلا الطلاق"[6].

وقال الحنابلة مثل الشافعية وأن الطلاق هو ما يتكلم به الرجل، فكان ماعدا ذلك من فرق الزوجية فسخا[7]، وزادوا على حالات الفسخ التي ذكرها الشافعية فسخ العقد لعدم الوفاء بالشرط[1].

---

[1] - الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء2، المرجع السابق، ص.336.
[2] - مبروك المصري، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، المرجع السابق، ص.50.
[3] - ابن رشد، بداية المجتهد، الجزء3، المرجع السابق، ص.92.
[4] - مبروك المصري، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، المرجع السابق، ص.52.
[5] - الشافعي، الأم، الجزء5، المرجع السابق، ص.128.
[6] - جلال الدين عبد الرحمان السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1983، ص.289.
[7] - ابن قدامة، المغني، الجزء7، المرجع السابق، ص.193.

ومن خلال عرض آراء الفقهاء في أسباب فسخ الزواج، يتضح أن حالات الفسخ التي تتصل أسبابها بالإخلال بالتزام المساكنة عند الشافعية والحنابلة هي الفسخ للإيلاء؛ والفسخ للإعسار بالمهر؛ والإعسار بالنفقة؛ والفسخ للعيب؛ والفسخ لعدم الوفاء بالشروط الصحيحة المقترنة بعقد الزواج.

ثانيا: الفسخ في القانون المدني

الفسخ هو حل الرابطة العقدية بسبب إخلال أحد طرفي العقد الملزم للجانبين بالتزام ناشئ عنه، والأصل فيه ألا يقع إلا بحكم القاضي[2]، ونبين فيما يلي أساسه وشروطه.

1- أساس الفسخ: هناك من الفقهاء من يرى بأن الفسخ هو الشرط الضمني الفاسخ وهذا القول ليس صحيحا كما يقول الأستاذ السنهوري، إذ لو صح لترتب عليه بمجرد عدم قيام المدين بالتزامه تحقق الشرط فيفسخ العقد من تلقاء نفسه، وهذا غير صحيح لأن الفسخ لا يكون إلا بحكم القضاء[3].

وذهب آخرون للقول بأن أساس الفسخ هو نظرية السبب، فسبب التزام كل متعاقد في العقود الملزمة لجانبين ليس هو الالتزام المقابل بل هو تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه، وبهذا تنتقل نظرية السبب من الانعقاد إلى التنفيذ[4].

ويقول الأستاذ السنهوري أن نظرية الفسخ مبنية على فكرة الارتباط مابين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين، ذلك أن طبيعة هذه العقود تقتضي أن يكون التزام كل متعاقد مرتبط بالتزام المتعاقد الآخر، فيكون من الطبيعي ومن العادل إذا لم يف أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه أن يوقف المتعاقد الآخر من جانبه ما في ذمته من التزام وهو الدفع بعدم التنفيذ، أو أن يتحلل نهائيا من هذا الالتزام فيكون الفسخ[5].

2- شروط الفسخ: لكي يتقرر الفسخ لابد من توفر شروط معينة هي:

---

[1] - البهوتي، كشاف القناع، الجزء3، المرجع السابق، ص.190. ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، الجزء5، المرجع السابق، ص.107.

[2] - شريف الطباخ، التعويض عن الإخلال بالعقد التطبيق العملي للمسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص.359.

[3] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام مصادر الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص.695.

[4] - شريف الطباخ، التعويض عن الإخلال بالعقد التطبيق العملي للمسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص.359.

[5] - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.696.

الفسخ لا يكون إلا في العقود الملزمة للجانبين: ذلك أن العقد إذا كان ملزما للجانبين كان الارتباط قائما بين التزام كل متعاقد والتزام المتعاقد الآخر[1]، ومصلحة الدائن في العقد الملزم للجانبين تقتضي عند عدم وفاء المدين بالتزامه أن يتخلص من الالتزامات الملقاة على عاتقه - باعتباره مدينا في الوقت ذاته - عن طريق الفسخ[2].

عدم وفاء المتعاقد الآخر بالتزامه: فالفسخ جزاء عن الإخلال بالتنفيذ، ومن ثم لا يقضى به إلا إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته المتولدة عن العقد، أو قام بهذا التنفيذ على نحو معيب[3]، فعدم التنفيذ يكون بانعدام التنفيذ الكلي للالتزام، والتنفيذ الجزئي و التأخر في التنفيذ والتنفيذ المعيب أو السيء، ويكون المتعاقد قد أخل بالتزاماته حتى لو تعلق الأمر بالتزامات تبعية أو ثانوية[4].

وفاء المتعاقد المتمسك بالفسخ بالتزامه: فيجب أن يكون طالب الفسخ من المتعاقدين غير مقصر بأن يكون قد نفذ التزامه الناشئ عن العقد أو على الأقل أبدى استعداده لهذا التنفيذ، أما إن كان مقصرا في تنفيذ التزامه فليس من حقه أن يطلب مجازاة المتعاقد الآخر على تقصير مماثل لتقصيره، ولأن إجابة طلب الفسخ من طرف القاضي تقتضي إعادة المتعاقدين إلى حالهما قبل التعاقد، استلزم ذلك أن يكون طالب الفسخ قادرا على تحقيق أثره بأن يكون قادرا على رد ما تسلمه تنفيذا للعقد[5].

ثالثا: فسخ عقد الزواج للإخلال بالتزام المساكنة في قوانين الأحوال الشخصية

بالنسبة لقوانين الأحوال الشخصية والتي تعتبر الشريعة الإسلامية مرجعها الأساسي، فالواضح تأثر هذه القوانين بما جاء به الفقه الإسلامي - باختلاف مذاهبه - في أحكام فسخ عقد الزواج.

حيث أقر المشرع الجزائري في قانون الأسرة فسخ الزواج في حالات معينة، فنصت المادة 33 فقرة 2 أن الزواج يفسخ قبل الدخول إذا فقد شرطا من شروط الصحة كأن تم دون شاهدين أو دون صداق[6]، أو دون ولي في حالة وجوبه، وإذا اشتمل العقد على

---

[1] - شريف الطباخ، التعويض عن الإخلال بالعقد التطبيق العملي للمسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص.361.

[2] - علي فيلالي، الالتزامات، الجزء الأول، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.458.

[3] - شريف الطباخ، التعويض عن الإخلال بالعقد التطبيق العملي للمسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص.364

[4] - علي فيلالي، الالتزامات، الجزء الأول، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.459.

[5] - شريف الطباخ، التعويض عن الإخلال بالعقد التطبيق العملي للمسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص.368.

[6] - رغم أن المحكمة العليا قضت بأن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج، لأنه عند النزاع يحكم للزوجة بصداق المثل. المثل. المحكمة العليا، قرار صادر بتاريخ 1998/11/17، ملف رقم 210422نقلا عن بلحاج العربي، أحكام الزوجية

على شرط يتنافى ومقتضيات عقد الزواج، رغم أنه عبر عن ذلك بالبطلان في نص المادة 32 من ق.أ.ج، إلا أن المشرع الجزائري صحح هذا العقد بالدخول ونص على بطلان الشرط وصحة العقد في المادة 35 من ق.أ.ج، وهو ما جعل الفقه ينتقد المشرع الجزائري لهذا التعارض بين أحكام المادتين 32 و35 من ق.أ.ج[1]، كما يفسخ أيضا العقد بالزواج بإحدى المحارم قبل الدخول وبعده طبقا للمادة 34 من ق.أ.ج.

أما المشرع المغربي ففرق بين العقد الباطل والعقد الفاسد الذي يقترن به الفسخ كجزاء، ويكون الزواج فاسدا طبقا لما جاء في مدونة الأسرة المغربية وتحديدا المادة 55 منها إذا اختل شرط من شروط صحته، وطبقا للمادة 13 من نفس المدونة شروط عقد الزواج هي أهلية الزوجين، عدم الاتفاق على إسقاط الصداق لأن في حالة عدم ذكره يحكم بصداق المثل، وولي الزواج عند الاقتضاء، سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول وتوثيقه، وشرط انتفاء الموانع الشرعية، ويفسخ أيضا عقد الزواج قبل البناء وبعده إذا كان الزواج في المرض المخوف لأحد الزوجين، وإذا قصد الزوج بالزواج تحليل المبتوتة أي زواج المحلل، ويفسخ الزواج أيضا طبقا للمادة 63 من م.أ.م إذا طالب به الزوج المدلس عليه إذا كانت الوقائع المدلس بها هي الدافع للتعاقد، ويجب أن يصدر حكم بفسخ الزواج لتقرر آثار الفسخ طبقا للمادة 63 من م.أ.م.

وعرف المشرع التونسي الزواج الفاسد في الفصل 21 من م.أ.ش.ت، والملاحظ أنه خلط بين حالات الفساد وحالات البطلان وسماه الزواج الفاسد، وذكر حالاته وهي اقتران الزواج بشرط ينافي مقتضيات العقد، أو انعقاد الزواج بدون رضا الزوجين، ويعتبر الزواج فاسدا إذا توفرت الموانع الشرعية أو عقد ممن ليس له أهلية الزواج دون إذن قضائي، وكذا الزواج بالمحرمات، والزواج الثاني الذي يكون فاسدا إلى جانب تقرير عقوبة جزائية للزوج، ويعتبر أيضا زواجا فاسدا زواج الرجل من مطلقته ثلاثا قبل زواجها من آخر وتطليقه لها أو موته عنها، وزواج الرجل من زوجة الغير أو من معتدته قبل انقضاء العدة، ورتب المشرع التونسي البطلان على الزواج الفاسد قبل الدخول وبعده، وتترتب آثار نص عليها الفصل 22 من م.أ.ش.ت والمتمثلة في استحقاق المرأة المهر وثبوت النسب والعدة وحرمة والمصاهرة.

ولم يتطرق المشرع المصري لفسخ عقد الزواج ولعقد الزواج الفاسد، إلا أن المعمول به في المحاكم المصرية هو تطبيق المذهب الحنفي ونظرية فساد العقد.

= =وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.501. والملاحظ أن المحكمة العليا وحتى المشرع الجزائري كلاهما تكلم عن البطلان وقصد الفسخ، لأن العقد الباطل لا يعود صحيحا.

[1] - بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.ص508-512. رشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسو مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص.88.

أما المشرع الأردني فنص على الحالات التي يكون فيها العقد فاسدا ضمن المادة 31 من ق.أ.ش.أ وهي تزوج الرجل بالمحرمات بنسب أو رضاع، الزواج والجمع بمن لا يجوز الجمع بينهن، تزوج الرجل فوق أربع، تزوج الرجل بمطلقته ثلاثا قبل أن تنكح زوجا آخر، الزواج بلا شهود، زواج المتعة والزواج المؤقت، والزواج دون أهلية بشرط ألا تكون الزوجة حاملا وألا يكون الزوجن حين إقامة الدعوى حائزين للأهلية.

واعتبر المشرع الأردني التفريق القضائي للغياب فسخا طبقا لنص المادة 122 من ق.أ.ش.أ، وكذا التفريق لحبس الزوج(م 125) والتفريق للعيوب(م 138)، والتفريق للعجز عن دفع المهر(م139)، ويفسخ الزواج طبقا للقانون الأردني إذا أسلم الزوج وزوجته لم تكن كتابية ولم تسلم(140)، ويفسخ لردة أحد الزوجين(م142)، ويكون التفريق للفقد فسخا أيضا (143.).

أما المشرع السوري فلم يعرف العقد الفاسد ولم يذكر حالاته واكتفى بذكر آثاره، حيث نص في المادة 51 من ق.أ.ش.س على أن الزواج الفاسد قبل الدخول مثل الزواج الباطل لا يترتب عليه أي أثر، أما بعد الدخول فيترتب عنه المهر وثبوت النسب والعدة وحرمة المصاهرة ونفقة العدة ووجوب نفقة الزوجة إن كانت تجهل فساد العقد، ولا يتوارث الزوجان من عقد فاسد.

في حين لم يشر المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية إلى فسخ عقد الزواج أو إلى فساد عقد الزواج، واكتفى بالنص على شروط انعقاد الزواج وشروط الصحة في المادتين 4 و6 من ق.أ.ش.ع، وأجاز المشرع العراقي حالة واحدة للفسخ تضمنتها المادة 6 فقرة 4 من ق.أ.ش.ع، يكون للزوجة بموجبها طلب فسخ الزواج إذا لم يوف الزوج بما اشترط عليه ضمن عقد الزواج.

وبعد استعراض موقف تشريعات الأحوال الشخصية محل المقارنة من فسخ عقد الزواج، نطرح السؤال التالي هل أجازت هذه القوانين فسخ عقد الزواج للإخلال بالتزام المساكنة على نحو ما قرره القانون المدني كقاعدة عامة في حالة الإخلال بأي التزام تعاقدي، وعلى نحو ما جاء في الفقه الإسلامي في فسخ عقد الزواج كما سبق ورأينا؟

بالنسبة للمشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يرتب الفسخ على الإخلال بالتزام المساكنة بل رتب التطليق من طرف القاضي، والذي يعتبر طلاقا وليس فسخا طبقا للمادة 47 من ق.أ.ج التي تنص على أن الرابطة الزوجية تنحل بالطلاق أو الوفاة، فيدخل بذلك تطليق القاضي في الطلاق، وحتى في حالة الإخلال بالشروط الاتفاقية جعل المشرع التطليق جزاء لهذا الإخلال طبقا لنص المادة 53 فقرة 9 من ق.أ.ج، ولم يقرر المشرع التونسي فسخ عقد الزواج للإخلال بالتزام المساكنة، اللهم إن اعتبرنا تعدد الزوجات

إخلال بالتزام الإخلاص في القوانين التي تحظر تعدد الزوجات، وإن سلمنا جدلا بذلك هل يكون فساد عقد الزواج الثاني وتقرير فسخه سببه الإخلال بالتزام المساكنة أم سببه مخالفة نص قانوني خاصة أن هذا الفسخ يقترن بعقوبة جنائية؟!

ولم تأت حالات الفسخ المقررة في مدونة الأسرة المغربية نتيجة للإخلال بأحد مضامين التزام المساكنة، والأمر ذاته بالنسبة للمشرعين السوري والمصري.

أما المشرع الأردني وإلى جانب حالات الفسخ التي ذكرها في المادة 31 من ق.أ.ش.أ قرر فسخ عقد الزواج في حالة الغياب والهجر والحبس والتي تعتبر كما رأينا إخلالا من الزوج بالتزام السكن بمسكن الزوجية، كما قرر المشرع الأردني الفسخ للعيوب والتي تعتبر إخلالا بالتزام المعاشرة الزوجية، وذكر المشرع العراقي حالة فسخ واحدة تقرر للإخلال بالشروط الاتفاقية، والتي تعتبر كما سبق بيانه جزءا من التزام المساكنة إذا ارتضاها الزوجان وكانت شروطا صحيحة، فيكون الإخلال بها إخلالا بالتزام المساكنة يجيز للزوجة دون الزوج فسخ العقد طبقا لقانون الأحوال الشخصية العراقي.

الفرع الرابع

التعويض

يترتب على إخلال أحد الزوجين بالالتزامات التي يفرضها عقد الزواج وتسببه في ضرر للآخر قيام مسؤوليته المدنية، والتي يكون التعويض الأثر المباشر لها جبرا لهذا الضرر، ومن خلال هذا الفرع سنعرف التعويض كجزاء للإخلال بالتزام المساكنة ونبين كيفية تقديره(أولا)، لنتطرق إلى صور للإخلال بالتزام المساكنة موجبة للتعويض(ثانيا)، لنبين بعد ذلك علاقة التعويض عن الطلاق التعسفي بالمتعة (ثالثا).

أولا: تعريف التعويض وتقديره

نبين فيما يلي تعريف التعويض لنتطرق إلى كيفية تقديره.

1- تعريف التعويض: إن أصل التعويض لغة العوض، وهو البدل، نقول عوضته تعويضا إذا أعطيته بدل ما ذهب منه، واصطلاحا التعويض هو دفع ما وجب من بدل مالي بسبب إلحاق ضرر بالغير، وبالنسبة لفقهاء الشريعة الإسلامية فلم يعرفوا مصطلح التعويض إنما استعملوا لفظ الضمان، والضمان هو ما يجب بإلزام الشارع، بسبب الاعتداءات، كالديات

ضمانا للأنفس، والأروش ضمانا لما دونها وكذا قيمة صيد الحرم، وكفارة اليمين، وكفارة الظهار، وكفارة الإفطار عمدا في رمضان[1].

والتعويض في الاصطلاح القانوني هو جزاء المسؤولية، وهو ما يلتزم به المسؤول في المسؤولية المدنية تجاه من أصابه بضرر[2]، والتعويض أيضا هو الالتزام بإصلاح الضرر المادي والمعنوي الذي يجب في ذمة المتسبب فيه بأداءات مالية أو عينية[3].

2- تقدير التعويض: تقدير التعويض يكون إما قانونيا وهو التعويض الجزافي، أو يحدده المتعاقدان في العقد وهو ما يسمى بالتعويض بالشرط الجزائي، فإن لم يكن كذلك قرره القاضي طبقا للمادة 182 من القانون المدني الجزائري[4]، وسنقتصر على التعويض الاتفاقي والتعويض القضائي كون التعويض القانوني لا مجال لتطبيقه في حالة الإخلال بالتزام المساكنة.

التقدير الاتفاقي للتعويض (الشرط الجزائي): يعرف التعويض الاتفاقي بأنه التعويض الذي يقوم بتقديره المتعاقدان مقدما بدل من تركه للقاضي، والذي يستحقه الدائن إن لم يقم المدين بتنفيذ التزامه وهذا هو التعويض عن عدم التنفيذ، أو قد يتفق المتعاقدان على مقدار التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه وهذا هو التعويض عن التأخير في التنفيذ[5].

ويسمى هذا الاتفاق بالشرط الجزائي الذي يتم النص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق، ويرتبه المتعاقدان كجزاء في حالة إخلال المدين بالتزاماته، سواء بعدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ[6].

ولا نرى إمكانية تطبيق الشرط الجزائي في عقد الزواج، ذلك أن الشرط الجزائي يقوم على اعتبارات مالية اقتصادية تتنافى مع أهداف وغايات الزواج ومقتضياته، وإدراج شرط جزائي في عقد الزواج من شأنه أن يجعل الطرف الذي يريد الانفكاك من هذه الرابطة بمثابة المكره على البقاء فيها إكراها اقتصاديا، كونه لا يستطيع دفع قيمة الشرط الجزائي، كما أن الله عز وجل شرع الطلاق على بغضه له لأنه يكون حلا ومخرجا في حالات معينة، فكان مخالفا لمقاصد الشريعة الإسلامية إرغام أحد الزوجين على البقاء في

---

[1] - الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء28، المرجع السابق، ص.220.

[2] - محمد فتح الله النشاز، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2002، ص.35.

[3] - اسمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، ماجستير قانون الأسرة، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، الجزائر، 2011.

[4] - تنص المادة 182 من ق.م.ج على أنه:" ...."، تقابل هذه المادة في التشريعات محل المقارنة المادة ....

[5] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص.851.

[6] - مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد، الجزائر، 2010، ص.253.

زوجية جفت منابع المودة والرحمة فيها وغاب عنها السكن والألفة، وتبعا لذلك كان مثل هذا الشرط باطلا والعقد صحيح.

التعويض القضائي: إذا لم يحدد القانون التعويض ولم يقدره المتعاقدان فالقاضي هو الذي يقدره، ويستند في ذلك إلى الضرر المباشر الذي هو مقياس التعويض، والذي يشتمل على عنصرين هما الخسارة التي لحقت المضرور والكسب الذي فاته، شرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن بإمكان الدائن أن يتوخاه ببذل جهد معقول[1]، والضرر يكون إما ماديا أو معنويا كما أسلفنا بيانه، ويجب توافر شروط معينة في الضرر ليحكم القاضي بالتعويض، وهي أن يكون الضرر شخصيا ومحقق الوقوع، وأن يكون ضررا مباشرا وأن يمس بحق ثابت أو مصلحة مالية مشروعة.

ثانيا: صور للإخلال بالتزام المساكنة بين الزوجين موجبة للتعويض

يتقرر التعويض كقاعدة عامة إن حصل الضرر، وبذلك تكون حالات التطليق للضرر موجبة للتعويض فيتقرر هذا الأخير إلى جانب تقرير التفريق القضائي بين الزوجين، إلا أننا سنخص من بين صور التعويض عن الإخلال بالتزام المساكنة، التعويض للإخلال بالشروط الاتفاقية، والتعويض عن الخيانة الزوجية بالإضافة إلى التعويض عن الطلاق والخلع التعسفيين لخصوصية الضرر في هذه الأحوال.

1- التعويض عن الإخلال بالشروط الاتفاقية: إن الشروط الاتفاقية كما أسلفنا إذا ارتضاها المتعاقدان وكانت صحيحة فإنها تكون ملزمة، وبالتالي يعتبر عدم الوفاء بها إخلالا بالتزام المساكنة موجبا للتعويض، فالغرض من وضع الشرط هو تنفيذه لأن في تنفيذه تحقيق مصلحة مشروعة، وإن كنا في قانون الأسرة الجزائري نلمس موقفا آخر للمشرع الجزائري الذي قضى في نص المادة 53 فقرة 9 من ق.أ.ج بحق الزوجة في التطليق لعدم الوفاء بالشروط المقترنة بعقد الزواج، كما نصت المادة 53 مكرر من نفس القانون على أنه يجوز للقاضي أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها، ويتبين أن المشرع الجزائري لم يقرر جزاء للإخلال بالشروط الاتفاقية في عقد الزواج لذلك لم يأت التعويض كجزاء منفردا بل اقترن بالتطليق وحصول الضرر، وهو مسلك غير مقنع سلكه المشرع الجزائري، إذ في الغالب ما تكون الزوجة التي تضع شرطا في عقد الزواج راغبة في تنفيذ زوجها الشرط لأنها تريد استمرار حياتها الزوجية، فعوض أن يجبر الزوج على تنفيذ الشرط وعلى التعويض جراء الإخلال بالشرط تكون الزوجة

[1] - منير قزمان، التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، مصر، 2002، ص.90.

هي من يدفع الثمن، وتبقى أمام خيارين لا ثالث لهما إما تطلب التطليق لعدم الوفاء بالشرط وإما تتخلى عن المطالبة بالوفاء به والخسارة حليفها في الحالتين.

وذهب القضاء الجزائري إلى أبعد من ذلك حيث جاء في قرارات المحكمة العليا أنه:" في حالة الحكم بالتطليق، فإن المطلقة لا تستحق التعويض، فهي إن تضررت فإن جبرها يكون بتطليقها، فلا يعوض الضرر الواحد مرتين"[1]، فالمحكمة العليا اعتبرت التطليق جبرا لا يجتمع مع التعويض النقدي، وهذا القول غير صحيح على إطلاقه، ذلك أنه إذا كان التطليق في حالات معينة جبرا إلا أنه لا يمكن اعتباره كذلك في حالة عدم وفاء الزوج بالشرط المقترن بعقد الزواج.

ونتساءل في هذه الحالة عما إذا كانت الزوجة تستطيع أن ترفع دعوى تطالب فيها الزوج بتنفيذ الشرط أو تطالب بالتعويض عن الإخلال بالوفاء بالشرط دون أن تطلب التطليق؟ من الناحية النظرية يمكن لها ذلك وأساس تقرير التعويض هو الإخلال بالالتزامات الزوجية والتي يعتبر الشرط الصحيح من ضمنها، أما في التطبيقات القضائية لا يكون للزوجة إلا أن تسلك الطريق التي تتيحه المادة 53 فقرة 9 من ق.أ.ج وهو التطليق لعدم الوفاء بالشرط.

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم يقرر أي جزاء على إخلال الزوجة بالشروط الاتفاقية في عقد الزواج، ولم يبين إذا ماكان الزوج يستحق تعويضا جراء هذا الإخلال، أم كون العصمة بيده و كونه قيما على زوجته يغنيه عن ذلك في نظر المشرع؟!

واعتبر المشرع المغربي عدم الوفاء بالشرط ضررا موجبا للتفريق طبقا للمادة 99 من م.أ.م، وبالتالي يحق للزوجة المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يكون موجبا للتطليق على نحو ما قرره المشرع الجزائري، ولم يشر المشرع المغربي هو الآخر إلى حق الزوج في التعويض إن أخلت الزوجة بالشروط الاتفاقية في عقد الزواج.

ولم تنص التشريعات الأخرى محل المقارنة على الإخلال بالشروط الاتفاقية في عقد الزواج وآثار ذلك، ماعدا المشرع الأردني الذي نص في المادة 37 من ق.أ.ش.أ على أنه إذا أخل الزوج بالشرط فللزوجة طلب الفسخ ولها مطالبته بسائر حقوقها، وإن لم تف الزوجة بالشرط فسخ العقد بطلب من الزوج وسقط مهر الزوجة المؤجل ونفقة عدتها، ليتضح أن المشرع الأردني هو الآخر لم يجعل التعويض جزاء لعدم الوفاء بالشرط بل الفسخ، وأسقط حقوق الزوجة من معجل ونفقة عدة إن كان الإخلال من طرف الزوجة

[1] - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 27 مارس 1989، ملف رقم 53017، م.ق لسنة 1991، عدد1، ص.56.

وأوجب على الزوج دفع مستحقات الزوجة إذا كان الإخلال بالشرط منه وهو مالا يمكنه اعتباره تعويضا.

2- التعويض عن الضرر الذي يسببه الزوج الآخر بشكل عام: طبقا للمادة 53 مكرر من ق.أ.ج لا يكون التعويض عن الضرر الذي يصيب الزوجة مستقلا عن التطليق، فالقاضي يقدر الضرر وإن كان موجبا للتطليق فيقرر تطليق الزوجة ويحكم لها بناء على ذلك بالتعويض، فماذا لو طالبت الزوجة بالتعويض عن الضرر دون أن تطالب بالتطليق، كما لو أن زوجها تزوج بأخرى دون علمها وموافقتها، وكانت تريد المحافظة على أسرتها وفي نفس الوقت تريد جبرا للضرر الذي أصابها جراء زواج زوجها بأخرى دون علمها وموافقتها، أو كأن تكون الزوجة تضررت من عدم إنفاق الزوج عليها، فتطالب بالتعويض دون التطليق، ولانقصد بالتعويض النفقة المتراكمة لأنها مستحقة في كل حال، بل التعويض الذي يكون نتيجة الإهمال العائلي وعدم قيام الزوج بما يفرضه عليه الزواج من التزام بالإنفاق، فهل يجيب القاضي الزوجة في طلبها في هذه الحالات ويحكم لها بالتعويض دون التطليق؟ هذا أيضا من الناحية النظرية ممكن وأساسه دائما الإخلال بالالتزامات الزوجية والإضرار بالطرف الآخر في العقد، إلا أن القضاء يحكم فقط بالتعويض عن الضرر الموجب للتفريق أي الضرر الذي يصحبه تطليق، ويؤكد هذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا قضت فيه بأن :" من المقرر قانونا أنه يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا... ومن المقرر أنه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر... ولما كان ثابتا أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغا فيه...فإن تطليق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر وتعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها، فإن القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة ...قد طبقوا صحيح القانون"[1]، وهو نفس موقف التشريعات العربية محل المقارنة.

3- التعويض عن الخيانة الزوجية: طبقا لقانون الإجراءات الجزائية يجوز لكل شخص لحقه ضرر من الجريمة، أن يطالب المتهم أو المسؤول عن الحقوق المدنية أمام القاضي الجنائي، بجبر الضرر الذي أصابه نتيجة الجريمة التي ارتكبها فأضرت به[2].

والضرر المترتب عن الخيانة الزوجية هو ضرر معنوي يصيب أحد الزوجين في شرفه وسمعته، فلا يخل توقيع العقوبة الجنائية على من يرتكب جريمة الزنا بحق الزوج المجني عليه في أن يطالب بالتعويض عما لحقه من أضرار والتي تكون عادة مزيجا بين

[1] - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 23 ديسمبر 1997، ملف رقم 181648، م.ق لسنة 1997، عدد1، ص.49.

[2] - عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ط.3، دار هومة، الجزائر،2012، ص.143.

أضرار مادية ومعنوية، كالطلاق، وتغير المسكن، وتشرد الأطفال، وضياع الهيبة والشرف، والفضيحة في المجتمع، إلى غير ذلك من الأضرار[1].

وقد انقسم الفقه ما بين فريق يرى أن التعويض المادي يمكن المطالبة به دون التعويض المعنوي في جريمة الخيانة الزوجية لأن الشرف لا يقوم بالمال، ولا يمكن إرجاع السمعة والكرامة إلى أصلها وهو الرأي الوسط، وفريق يرفض طلب التعويض إطلاقا سواء كان عن الأضرار المادية أو المعنوية، لأنه من المخجل في حق الزوج أن يطلب ثمن شرفه من الشريك ومن العار عليه أن يأخذ مالا سببه زنا زوجته، أما الفريق الثالث فيرى جواز المطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الأدبية، ويبرر أصحاب هذا الرأي قولهم بأن التعويض وإن كان مؤلما للمجني عليه، إلا أنه يتضمن شيئا من التأديب والزجر للجاني، وهو ما أخذ به القضاء المصري[2].

وترى الأستاذة فتيحة الشافعي صواب الرأي الثالث أمام هزالة مدة الحبس في جريمة الزنا في التشريعات الوضعية، فلا يجب ترك المخل دون جزاء بحجة صعوبة تقييم الضرر المعنوي الذي يمس بشرف المجني عليه، ويبقى الإكراه المالي والرفع من قيمته إلى أقصى درجة وسيلة عقابية تتضمن نوعا من الزجر الذي يمس الذمة المالية للمخل، الأمر الذي قد يجعله يفكر طويلا قبل أن يقدم على الزنا[3].

وقد قضت المحاكم الفرنسية بتعويض الزوج الذي يصاب بضرر يمس شرفه في حالة الخيانة الزوجية، وهو المبدأ الذي أكده مجلس(Amien) في حكم له بتاريخ 5 ماي 1949[4]، ويرى الفقه انصراف حق التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية في جريمة الزنا سواء تقرر الطلاق بين المجني عليه وزوجه أو تقرر فقط الانفصال الجسماني[5]، ولا يستند بذلك الحكم بالتعويض على واقعة الطلاق أو الانفصال الجسماني إنما على الحالات الجديدة التي تترتب عنها أضرار معنوية بسبب التبريرات المفتعلة لطلب الطلاق والحكم به[6]، والواضح أن القضاء الفرنسي فصل بين الحكم بالتعويض الناتج عن الخيانة الزوجية والتي تعتبر إخلالا بالتزام الإخلاص المفروض على الزوجين وبين الطلاق وفك الرابطة الزوجية، فالمعتبر في تقرير التعويض طبقا للقضاء الفرنسي هو الضرر الحاصل نتيجة

[1] - فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، المرجع السابق، ص.228.
[2] - أحمد محمود خليل، جرائم هتك العرض، المرجع السابق، ص.156.
[3] - فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال به، المرجع السابق، ص.228.
[4] - سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المرجع السابق، ص.162.
[5] - نفس المرجع، نفس الصفحة.
[6] - cass.Req, 10/05/1937,1 ;82.Angens, 23/12/1931.G.p.1932.1.347.TR civ Alençon 19545, 1932.2.255.Trb,civ, Sieine 15/03/1934.G.P 1934.1951. Montpellier, 28/01/1936.1.421. نقلا عن سعيد مقدم، المرجع نفسه، نفس الصفحة

الإخلال بالتزام زوجي بغض النظر إذا ماكان هذا الإخلال سبؤدي إلى فك الرابطة الزوجية أم لا.

ثالثا: متعة الطلاق و التعويض عن الطلاق التعسفي

نتطرق تحت هذا العنوان إلى تعريف المتعة وبيان دليل مشروعيتها، ثم نبين العلاقة بين متعة الطلاق والتعويض عن الطلاق التعسفي وإذا ما كانت المتعة تغني عن الطلاق التعسفي.

1 - تعريف متعة الطلاق مشروعيتها وحكمها: المتعة لغة اسم مشتق من المتاع، وهو جميع ما ينتفع به أو يستمتع به[1]، وتعرف المتعة اصطلاحا على أنها:"مال يجب على الزوج دفعه لامرأته المفارقة في الحياة بطلاق وما في معناه بشروط تأتي ويستوي فيها الحر وغيره، والمسلم والذمي والحرة وغيرها والمسلمة والذمية"[2]، والمتعة أيضا هي :"ما يعطيه الزوج للمطلقة، تخفيفا للألم الذي حصل لها من طلاقه إياها، ويعطيه المطلق على قدر حاله، حسب يسره وعسره"[3].

مشروعية متعة الطلاق: دلت النصوص من الكتاب والسنة على مشروعية متعة الطلاق، قال الله تعالى:" **لَّا** جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ"[4]، ووجه ووجه الدلالة أن الله عز وجل في قوله تعالى:"ومتعوهن" أوجب المتعة للمطلقة قبل المسيس أوالفرض، وقال تعالى:"وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ"[5]، ووجه الدلالة أن الله تعالى أوجب المتعة لكل مطلقة.

وقال الله تعالى:" يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا "[6]، ووجه الدلالة أن الله عز وجل أمر نبيه بأن يخير نسائه بين البقاء في عصمته وبين الطلاق، فإن اخترن الطلاق أمره أن يمتعهن وكانت زوجات النبي ﷺ جميعهن مدخولا بهن فدل ذلك على وجوب المتعة للمطلقات بعد الدخول[7].

---

[1] - الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء36، المرجع السابق، ص.95.

[2] - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، الجزء3، المرجع السابق، ص.160.

[3] - عبد العزيز حمد آل مبارك الإحساني، تبيين المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك، شرح محمد الشباتي ابن حمد الشنقيطي الموريتاني، الجزء3، ط.2، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1998، ص.160.

[4] - سورة البقرة، الآية 236.

[5] - سورة البقرة، الآية 241.

[6] - سورة الأحزاب، الآية 28.

[7] - جميل فخري محمد حاتم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص.66.

ومن السنة النبوية، عن ابن عباس بن سهل عن أبيه وأبي أسيد قالا: تزوج النبي ﷺ أميمة بنت شراحيل، فلما أدخلت عليه بسط يده إليها، فكأنها كرهت ذلك، فأمر أبا أسيد أن يجهزها ويكسوها ثوبين رازقين"[1].

وعن عائشة رضي الله عنها قالت:" أن عمرة بنت الجون تعوذت من رسول الله صلى الله عليه وسلم حين أدخلت عليه، فقال ﷺ:" لقد عذت بمعاذ"، فطلقها وأمر أسامة أو أنسا، فمتعها بثلاثة أثواب رزاقية"[2]، فدلت الأحاديث الشريفة على مشروعية متعة الطلاق.

حكم متعة الطلاق: اختلف الفقهاء في حكم المتعة للمطلقة ومتى تستحقها، قال الحنفية بأن المتعة تجب للمطلقة قبل الدخول إذا لم يجب لها شطر مهر بأن كانت مفوضة ولم يفرض لها شيء، وزاد الحنفية حالة تكون فيها المتعة مستحبة هي حالة المطلقة المدخول بها سمي لها مهرا أم لم يسم، وحالة تكون فيها المتعة غير مستحبة هي حالة المطلقة قبل الدخول سمي لها مهر أم لم يسم[3].

وقال الشافعية في القديم عندهم أن المتعة مستحبة لكل مطلقة لقوله تعالى:" حقا على المحسنين"، ولو كانت واجبة لم يختص بها المحسنون دون غيرهم، وفي الجديد قالوا بأنه تجب للمطلقة قبل الوطء متعة إن لم يجب لها شطر مهر بأن كانت مفوضة ولم يفرض لها شيء، ولأن المفوضة لم يحصل لها شيء فتجب لها متعة للإيحاش، بخلاف من وجب لها الشطر، أما إن فرض لها في التعويض شيء فلا متعة لها، لأنه لم يستوف الزوج منفعة بضعها فيكفي شطر مهرها لما لحقها من الاستيحاش والابتذال[4].

وقال المالكية أن المتعة مندوبة لكل مطلقة، جاء في بداية المجتهد:" وأما مالك فإنه حمل الأمر بالمتعة على الندب لقوله تعالى في آخر الآية:" حقا على المحسنين"، أي على المتفضلين المتجملين، ما كان من باب الإجمال والإحسان فليس بواجب"[5].

وقال الحنابلة بأن المتعة تستحب لكل مطلقة غير المفوضة التي لم يفرض لها، جاء في كشاف القناع :"فإن دخل الزوج بها أي بالمفوضة قبل الفرض استقر به مهر المثل لأن الدخول يوجب استقرار المسمى، فكذا مهر المثل لاشتراكهما في المعنى الموجب للاستقرار فإن طلقها أي المفوضة بعد ذلك أي بعد الدخول بها لم تجب المتعة بل مهر المثل... والمتعة تجب على كل زوج حر وعبد مسلم وذمي لكل زوجة مفوضة بضع أو

---

[1] - البخاري، صحيح البخاري، الجزء7، المرجع السابق، ص.41، ح. رقم 5256.
[2] -- اين ماجه، سنن ابن ماجه، الجزء1، المرجع السابق، ص.657، ح.رقم 2037.
[3] - ابن عابدين، رد المحتار، الجزء1، المرجع السابق، ص.ص 110-112. السرخسي، المبسوط، الجزء6، المرجع السابق، ص.ص61-62.
[4] - الشربيني، مغني المحتاج، الجزء4، المرجع السابق، ص.398.
[5] - ابن رشد، بداية المجتهد، الجزء3، ابمرجع السابق، ص.117

مهر حرة أو أمة مسلمة أو ذمية، طلقت قبل الدخول وقبل أن يفرض لها مهر لما تقدم من الآية... وتستحب المتعة لكل مطلقة غيرها أي غير المفوضة التي لم يفرض لها لقوله تعالى :" وللمطلقات متاع بالمعروف" ولم تجب لأنه تعالى قسم المطلقات قسمين، وأوجب المتعة لغير المفروض لهن ونصف المسمى للمفروض لهن"[1].

2- العلاقة بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي: يختلط مفهوم متعة الطلاق عند البعض مع مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي، الأمر الذي وجب معه حصر أوجه الشبه والاختلاف بينهما.

تتشابه المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي في أن كل منهما يجب بعد الطلاق البائن الذي لا رجعة فيه، فالمطلقة رجعيا لا تستحق لا المتعة ولا التعويض إلا بعد انقضاء عدتها[2].

إن كلا من المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي غير مقدرين بقدر محدود لذلك أمر تحديدهما يرجع للقاضي، مع الإشارة إلى أن الحد الأعلى والأدنى لهما محدد مع اختلاف بين أقوال الفقهاء في مقدار المتعة[3]، واختلاف قوانين الأحوال الشخصية في الحد الأعلى للتعويض[4].

لا تؤثر المتعة ولا التعويض عن الطلاق التعسفي على الحقوق الزوجية للمرأة كالمهر والنفقة[5].

وتختلف المتعة عن التعويض في الطلاق التعسفي في كون حق المطلقة في المتعة يستند إلى نصوص صريحة واضحة الدلالة في القرآن والسنة، أما التعويض فهو أمر اجتهادي،

[1] - البهوتي، كشاف القناع، الجزء5، المرجع السابق، ص.158.
[2] - جميل فخري محمد جاثم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص.234.
[3] - اختلف الفقهاء في تقدير المتعة، جاء في الموطأ لمالك:" ليس للمتعة عندنا حد معروف في قليلها ولا في كثيرها"، وعند الشافعية :" المستحب أن تكون المتعة خادما أو مقنعة أو ثلاثين درهما"، وعند الحنفية المتعة الواجبة ثلاثة أثواب درع وخمار وملحفة وأرفع المتعة خادم ثم دون ذلك الكسوة والنفقة، وعند الحنابلة أعلى المتعة خادم وأدناها كسوة يجوز لها أن تصلي فيها إلا أن يشاء هو أن يزيدها أو تشاء هي أن تنقصه. مالك ابن أنس، الموطأ، الجزء2، المرجع السابق، ص.537. الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء2، المرجع السابق، ص.476. الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء2، المرجع السابق، ص.304.ابن قدامة، المغني، الجزء7، المرجع السابق، ص.242.
[4] - عبد اللطيف بومبعي، التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، مذكرة ماجستير في الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، الجزائر، 2015، ص.74.
[5] - جميل فخري محمد جاثم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص.234.

يستند القائلون به إلى نظرية التعسف في استعمال الحق، التي استمدت مشروعيتها من مقاصد الشريعة الإسلامية بعدم الإضرار بالغير[1].

إن نطاق المتعة أوسع من التعويض، ففي حين تجب المتعة لكل مطلقة نجد التعويض لا يجب إلا إذا كان الطلاق تعسفيا[2].

تجب المتعة للمطلقة في الفقه الإسلامي دون أن يسمح للمطلق أن يثير الأسباب التي دفعته للطلاق، أما التعويض عن الطلاق فقد سمح له القانون حتى يدفع عن فعله (الطلاق) وصف التعسف أن يثير الأسباب التي دفعته للطلاق، فإن أثبت هذه الأسباب وكانت معقولة لا يحكم بالتعويض لانتفاء التعسف في الطلاق[3].

3- المتعة تغني عن التعويض في الطلاق التعسفي : يرى كثير من الفقهاء المعاصرين أن نفقة المتعة في الشريعة الإسلامية تقابل نظام التعويض القانوني عن الطلاق التعسفي، بينما يرى آخرون أن المتعة لا تغني عن التعويض للتعسف في الطلاق.

من بين الذين يرون أن المتعة تغني عن التعويض في الطلاق التعسفي وهبة الزحيلي الذي اعتبر أن مستند التعويض هو العمل بمبدأ السياسة الشرعية العادلة، التي تمنع ظلم المرأة وتعريضها للفاقة والحرمان بسبب تعنت الزوج، وربما يستند إلى المتعة المعطاة للمطلقة والتي أوجبها الفقهاء، واستحبها بعضهم ورغب فيها القرآن وجعل تقديرها بالمعروف فيترك تقديرها للقاضي بحسب العرف[4]، ويقول محمود السرطاوي الذي يعتقد أن القوانين هي من تعسفت بإقرارها لمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي :" ومما يؤكد أن القوانين تعسفت في استعمال مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي أنها قدرته بالنفقة والأصل أن يقدر بمقدار الضرر الذي لحق بالمطلقة، كما أنها تفاوتت في الحد الأعلى للمدة الزمنية، والذي أراه إن تعسف الزوج بالطلاق فقد تعسفت القوانين التي أخذت بمبدأ التعويض في مقدار العقوبة المالية وفي تكييفها لها، وهذا شأن التشريع الذي يضعه البشر من عند أنفسهم وأرى لذلك العدول عن مبدأ التعويض الذي يقدره البشر فتختلف فيه العقول، وتتدخل فيه الأهواء إلى الأخذ بنظام المتعة الذي أقرته الشريعة الإسلامية"[5]، ويقول علي حسب الله في نفس الصدد:" ويقترح بعض المفكرين أن يكون

---

[1] - جميل فخري محمد جاثم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، المرجع السابق،، ص.234.

[2] - عبد اللطيف بومبعي، التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، المرجع السابق، ص75. جميل فخري محمد جاثم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص.235. سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.322.

[3] - عبد اللطيف بومبعي، التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، المرجع السابق، ص.75.

[4] - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء9، المرجع السابق، ص.7066.

[5] - محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط.3، دار الفكر، الأردن، 2010، ص.180.

للمرأة على الزوج تعويض إذا أساء استعمال حقه في الطلاق، ليفكر في عاقبة أمره قبل أن يقدم على تطليق امرأته، والشريعة العادلة أرفق بالمرأة وأرحم وأسبق إلى ما فكروا فيه، فقد أوجبت لها هذا التعويض باسم المتعة - أي الترفيه وتخفيف الألم- سواء أساء الرجل في استعمال حقه أم أحسن لأن في استقلاله بالطلاق إساءة لها، وإيحاش على كل حال"[1].

واعتبر العربي بلحاج المتعة تعويضا عن الطلاق التعسفي، مستدلا بكيفية ورودها في الفقه الإسلامي[2].

وذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى القول بأن المتعة لا تغني عن التعويض في الطلاق التعسفي، وفي هذا الصدد تقول عبير القدومي:" وأرى أن المتعة لا تغني عن التعويض عن الطلاق التعسفي ولا تحل محله، لأن المتعة كما رجحنا سابقا إنما تجب للمطلقة قبل الدخول الذي لم يسم لها مهر فيه، وتستحب لغيرها، والتعويض يجب لكل مطلقة مادام أنه ثبت أن لا يد مباشرة لها في إيقاع الطلاق، لأن الطلاق إن وقع غالبا مايكون لاختلاف الزوجين فيما بينهم، وهي طرف فيه، لكن قد يكون السبب الجائز في الطلاق تصرفات الزوج اللامسؤولة، مما يترتب عليه ردة فعل الزوجة الرافضة، فينشأ الطلاق، وبذلك يظهر لنا بأن التعويض يجب لمن لا متعة واجبة لهن، فلا تغني المتعة بذلك عن التعويض، لأنها تجب لفئة مغايرة عن تلك التي يجب لها التعويض"[3].

4- موقف القوانين محل المقارنة من مسألة المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي: لم ينص المشرع الجزائري على متعة الطلاق، واكتفى بالنص في المادة 52 من ق.أ.ج على أنه:" إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض والضرر اللاحق بها"، فهل يعني ذلك أن المشرع الجزائري أخذ بالتعويض عن الطلاق التعسفي بديلا عن المتعة واستغنى به عنها؟ لم تحسم القرارات القضائية الأمر أيضا، حيث استعمل القضاة في بعضها مصطلح "المتعة" واستعمل البعض مصطلح" التعويض"، وجمع البعض الآخر بين المتعة والتعويض.

فقضت المحكمة العليا في قرار لها بأن:" من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة ونفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي يحكم به جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة، وفي أي إطار تدخل والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح

[1] - علي حسب الله، الفرقة بين الزوجين، المرجع السابق، ص.113.
[2] - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،ج.1، المرجع السابق، ص.233.
[3] - نقلا عن جميل فخري محمد جاثم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص.239.

للزوجة المطلقة مبلغا ماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي"[1]، وفي قرار آخر قضى المجلس الأعلى بأنه:" إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها منحة تعطى لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعتبر خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية، لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مالي باسم متعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض"، ويتضح اختلاف القرار الثاني الذي جعل الحكم بأحد الأمرين المتعة أو التعويض مغني عن الآخر، في حين قضى القرار الأول بإمكانية الجمع بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي.

وفي قرار آخر للمحكمة العليا قضت فيه بأن:" الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمله التعويض عن الطلاق"[2]، وما قصده القرار بالتعويض عن الطلاق هو المتعة، فاستحقاق التعويض أساسه الضرر اللاحق بالزوجة نتيجة تعسف الزوج في استعمال الحق في الطلاق، وأما الأضرار الأخرى الناتجة عن أفعال مستقلة عن فعل الطلاق في حد ذاته فلا يشملها التعويض، بل تشملها المتعة التي شرعت لتؤدي هذا الغرض[3].

ويبدو جليا أن الأساس التي تستند إليه المتعة ليس هو نفس الأساس الذي يستند إليه التعويض عن الطلاق التعسفي، فأساس التعويض عن الطلاق التعسفي هو نظرية التعسف في استعمال الحق، والجزاء المقرر نتيجة التعسف هو التعويض ولا يمكن أن يكون هذا التعويض متعة بالمفهوم القانوني وتطبيقاته القضائية، أما المتعة فعلتها مجرد الطلاق، وإذا كان التعويض يستند إلى المتعة فطبقا لمفهوم المادة 52 من ق.أ.ج فإن الزوجة التي لم يتعسف الزوج في طلاقها لا تستحق التعويض، وهذا مخالف للرأي الراجح في الفقه الإسلامي الذي يوجب المتعة لكل مطلقة، كما أن سياق المادة 52 من ق.أ.ج يدل على إلحاق الضرر بالمطلقة لا محالة، لأنه لا يحكم بالتعويض إلا إذا تبين تعسف الزوج، فربط التعويض بالتعسف ولم يربطه بالضرر اللاحق بالمطلقة، أما المتعة فهي واجبة للمطلقة سواء كانت ضحية تعسف أم لا ومناط وجوبها هو الإيحاش والألم الذي يلحقها، أي أن المتعة مرتبطة بالضرر المعنوي وليس بالتعسف[4].

---

[1] - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ7أفريل 1986، ملف رقم 41560، م.ق لسنة 1989، عدد2، ص.69.

[2] - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 22 فيفري 2000، ملف رقم 235456، م.ق لسنة 2000، غدد1، ص.282.

[3] - مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص.312.

[4] - عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، معلومات المرجع؟؟، ص.174.

وعليه تعتبر المادة 52 من ق.أ.ج مقررة لحق الزوجة في التعويض نتيجة تعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق، أما المتعة فلم ينص عليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة ويرجع في تطبيق أحكامها إلى الشريعة الإسلامية.

ونص المشرع المغربي على المتعة صراحة في نص المادة 84 من م.أ.م، والتي جاء فيها:"تشمل مستحقات الزوجة، الصداق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة، والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه"، ليتبين من خلال نص المادة أن المتعة واجبة على الزوج وعلى القاضي أن يراعي عند تقديرها يسر الرجل وحال المرأة، وإذا كان الطلاق تعسفيا تتحول المتعة إلى تعويض لجبر الضرر الذي لحق بالزوجة نتيجة هذا الطلاق الجائر والعبرة في الطلاق لذاته كيفما كان نوعه حتى لو كان تطليقا[1]، وبذلك يكون التعويض مندرجا في المتعة طبقا للقانون المغربي، ويفضل بعض الفقه المغربي استعمال مصطلح المتعة بدل التعويض وفي هذا الصدد يقول الأستاذ عبد الكبير العلوي المدغري:"والمتعة تقوم مقام التعويض، ويراعى فيها يسر الزوج وحال الزوجة، واسم المتعة أشرف من اسم التعويض وأكرم، فهو يسمو بعقد الزواج من أن يكون عقد تشغيل، تستحق الزوجة بمقتضاه تعويضا بعد طردها طردا تعسفيا من بيت الزوجية أو مقر عملها الأسري، ثم إن المتعة تغطي معنويا مالا يستطيع التعويض تغطيته، إذ أي تعويض يمكن أن يغطي خسارة المرأة في بيتها وزوجها ومستقبلها وعواطفها ووضعها الاجتماعي... ومع ذلك فإن النساء يرغبن في الحصول على التعويض عن الضرر الذي يلحقهن من جراء الطلاق، وأن يقدر ذلك التعويض بقدر الضرر الحاصل، فلا نرى في ذلك بأسا، نعتقد أن الشريعة تتسع لمفهوم تعويض الضرر الحاصل من جراء الطلاق كما تتسع للتعويض من أي ضرر آخر والنبي ﷺ قال :"لا ضرر ولا ضرار"[2].

أما مجلة الأحوال الشخصية التونسية وفي الفصل 31 منها فقرة 4 قضت لمن تضرر من الزوجين، بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجم عن الطلاق الذي يكون بناء على رغبة الزوج، أو بطلب من الزوجة، أو الطلاق الذي يكون بطلب من أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر، وقد جاءت قرارات محكمة التعقيب مبينة العناصر المعتمدة في تقدير التعويض، حيث قضت في قرار لها بأنه:" طالما وقع تقدير غرامة الطلاق للزوجة المتضررة على أساس ما لحقها من خسارة وما فاتها من أرباح، تلك العناصر المبينة على نسبة مأخوذة من سن المعنية بالأمر يوم الزواج ويوم الطلاق ومدة المعاشرة وحالتها وحالة مطلقها المادية الدالتين على مستوى المرافق الحياتية التي

[1] - محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص.138.
[2] - عبد الكبير العلوي المدغري، المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير، ص.190. نقلا عن محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، المرجع نفسه، ص.139.

تمتعت بها طيلة المعاشرة المذكورة وأيضا حالة الطرفين الاجتماعية الدالة على ذات المستوى وهي كلها مضمنة في الأوراق بالطبع بداية من الحالة المادية المدنية لكل منهما إلى مهنته ومقر إقامته ونوع نشاطه ومرتبه وإمكانياته"[1]، كما قضت في قرار آخر لها بأن:" تقدير التعويض المعنوي الذي يستحقه أحد الزوجين المتضرر من الطلاق إنشاء يعتمد فيه أساسا على وقع ذلك الطلاق على مشاعره وحياته المستقبلية ومدة المعاشرة تطبيقا لأحكام الفصل 31 من م.أ.ش، ويتبين من أسانيد القرار المطعون فيه أن المحكمة التي أصدرته بعد استعراضها لوقائع القضية وأدلتها اعتمدت في قضائها على مدى ما لحق الزوج من جراء الطلاق ووقعه على مشاعره وهو تعليل له مأخذ صحيح من الواقع والقانون ويتعين لذلك رد هذا الفرع من الطعن"[2]، ويتبين أن القضاء التونسي لم يقرر المتعة للزوجة إنما قرر لها تعويضا مثلها مثل الزوج وراعى في تقديره الضرر اللاحق بأحدهما جراء الطلاق دون أن يقيم وزنا للتعسف في المطالبة به من طرف الزوج أو الزوجة، كما حدد القضاء مجموعة من العناصر يستند إليها القاضي في تقدير الضرر وبالتالي تقدير التعويض الذي يتناسب مع مقدار الضرر الحاصل.

ونص المشرع المصري في المادة 18 مكرر من القانون 25 لسنة 1920 على أنه:"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 وبمراعاة حال المطلق يسرا أو عسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية، ويجوز أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط"، ليتبين من خلال النص أن المشرع المصري قرر للمطلقة تعسفا أي دون رضاها ودون سبب من قبلها تعويضا يراعى في تقديره حال الزوج وظروف الطلاق ومدة الزوجية، إلا أن المشرع المصري سماه متعة وجعل لها حدا أدنى قدره بنفقة سنتين.

ونصت المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه:"إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دونما سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها بؤس وفاقة جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حاله ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لأمثالها..."، ويتبين من خلال نص المادة أن المشرع لم يحكم للمرأة بالتعويض فقط لمجرد طلاقها تعسفيا، بل لا بد أن يصيبها جراء هذا الطلاق بؤس وفاقة، أما إن كانت أحوالها المادية ميسورة كأن تكون موظفة تتقاضى راتبا شهريا أو يكون لها أب يعيلها فلا تستحق التعويض حتى لو تعسف

[1] - قرار تعقيبي مدني، عدد 4534 مؤرخ في 6 جانفي 1981- ق.ت 1981/5، ص.21. نقلا عن الحبيب محمد الشريف، مجلة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.106.

[2] قرار تعقيبي مدني، عدد 41404 مؤرخ في 18 أكتوبر 1994، ن1994، ق.م، ص.279. نقلا عن الحبيب محمد الشريف، مجلة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.ص111-112.

الزوج في طلاقها، وهذا كان موقف المشرع السوري قبل تعديل 2019، وتم تعديل المادة 117 ليصبح نصها كالآتي:" إذا طلق الرجل زوجته بإرادته المنفردة دونما سبب معقول ومن غير طلب منها استحقت تعويضا من مطلقها بحسب حاله وبما لا يتجاوز نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة..."، والواضح أن المشرع السوري جعل لاعتبار الطلاق تعسفيا شرطين هما أن يكون الطلاق دونما سبب معقول، وأن يكون من غير طلب الزوجة ورضاها بغض النظر عن حالة الزوجة المادية، على أن يكون الحد الأدنى لهذا التعويض ما مقداره نفقة ثلاث سنوات، والجدير بالذكر أن المشرع السوري لم يشر للمتعة سواء قبل أو بعد التعديل، مما يفيد أنه اعتبرها تعويضا عن الطلاق دونما سبب وبغير رضا الزوجة.

ونص المشرع الأردني في المادة 155 من ق.أ.ش.أ على التعويض عن الطلاق التعسفي، حيث أقر بتعويض للزوجة حده الأدنى مقدر بنفقة سنة وحده الأعلى مقدر بنفقة ثلاث سنوات إذا طلقها زوجها تعسفا، وذكر من بين صور الطلاق التعسفي طلاقها من غير سبب معقول، والمشرع الأردني في هذا النص جعل الطلاق التعسفي مرادفا للمتعة رغم أنه لم يأت على ذكر مصطلح المتعة في نص المادة، إلا أنه بنصه على أن التعويض يراعى في تقديره حال الزوج يسرا أو عسرا اعتبره كذلك.

وبدوره لم ينص المشرع العراقي على المتعة للمطلقة إنما قرر في نص المادة 39 فقرة 3 أن المحكمة تحكم للزوجة بتعويض عن الطلاق التعسفي إذا أصابها ضرر جراء هذا الطلاق، على أن يكون التعويض مناسبا للحالة المادية للزوج ودرجة التعسف، كما أن هذا التعويض لا يتجاوز نفقة سنتين.

المطلب الثاني

آثار الإخلال بالتزام المساكنة بين الزوجين في القانون الجنائي

قد يقول قائل أن الأسرة والعلاقة الزوجية على قدر ما فيها من الخصوصية والحميمية، لا تتحمل تدخل قواعد القانون الجنائي في ضبط سلوكات أفراد الأسرة أو الزوجين في مواجهة بعضهم البعض، إلا أن هذا القول إن كان فيه شيء من الصحة من جهة إلا أنه من جهة أخرى لايؤخذ على إطلاقه، ذلك أن أفراد هذه الأسرة والزوجين خاصة هم من أفراد المجتمع الذين تجب حمايتهم، لذلك نجد التشريعات كفلت حماية جنائية تمثلت في تقرير جزاءات جنائية لسلوكات تمس الرابطة الزوجية والأسرة بشكل عام، هذه السلوكات أصبحت في مفهوم القانون الجنائي جرائم مقرر شرعيتها بنصوص محددة غرضها حماية الطرف المتضرر جراء اعتداء شريكه في العلاقة الزوجية أو جراء عدم الوفاء بالتزاماته الزوجية، وحتى لا يكون تدخل القانون الجنائي في شؤون

الأسرة والزوجين غير محدود، واحتراما منها لخصوصية العلاقة الزوجية وحرصا منها على استدامة عقد الزواج، قيدت التشريعات تحريك الدعوى العمومية في الجرائم المرتكبة من أحد الزوجين ضد الآخر، والمتعلقة بالإخلال بالالتزامات الزوجية بقيد الشكوى من طرف الزوج المضرور، وجعلت أيضا الصفح والتنازل عن الشكوى يضع حدا للمتابعة الجزائية، فحاولت التشريعات بذلك الموازنة بين مصالح الأسرة مجتمعة ومصالح كل فرد فيها منفردا.

وسنركز فيما يلي على العقوبات المقررة في جرائم تعتبر إخلالا بالتزام المساكنة أو بالأحرى بأحد الالتزامات المتضمنة فيه.

الفرع الأول

جرائم الإهمال العائلي

جاء النص على هذه الجرائم في قانون العقوبات الجزائري- الذي ركزنا عليه في هذا المطلب- متضمنا في القسم الخامس من الفصل الثاني المعنون بالجنايات والجنح ضد الأسرة والآداب العامة، في الباب الثاني المعنون بالجنايات والجنح ضد الأفراد، تضمن هذا القسم جريمة ترك الأسرة، وجريمة التخلي عن الزوجة، وجريمة الامتناع عن النفقة، وهذا سنتناوله في هذا الفرع.

أولا: جريمة ترك مقر الأسرة

جاء نص الفقرة 1 من المادة 330 من ق.ع.ج كالآتي:" يعاقب بالحبس من ستة أشهر(06)إلى سنتين(2) وبغرامة من 50000 دج إلى 200.000 دج:

1- أحد الوالدين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز شهرين(2) ويتخلى عن كافة التزاماته الأدبية أو المادية المترتبة عن السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية، وذلك لغير سبب جدي، ولا تنقطع مدة الشهرين (2) إلا بالعودة إلى مقر الأسرة على وضع ينبئ على الرغبة في استئناف الحياة العائلية بصفة نهائية"[1].

يقابل هذا النص في التشريعات محل المقارنة المادة 479 من المدونة الجنائية المغربية[2] والمادة 227 مكرر من قانون العقوبات الفرنسي[1].

[1] عدلت هذه المادة 330 بالقانون رقم 15-19، مؤرخ في 18 ربيع الأول عام 1437 الموافق لـ 30 ديسمبر 2018، المعدل والمتمم لقانون العقوبات الجزائري، ج.ر صادرة بتاريخ 30 ديسمبر2018، عدد71، ص.3.-

[2] - تنص المادة 479 فقرة 1 من المدونة الجنائية المغربية على أنه:" يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبالغرامة من 200 إلى 2000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبيتين فقط:=

تقوم جريمة ترك الأسرة على أركان وعناصر يستوجب توفرها مجتمعة لقيام هذه الجريمة وتتمثل في:

1- الابتعاد جسديا عن مقر الأسرة: من شروط قيام الجريمة ابتعاد أحد الزوجين جسديا عن مقر الأسرة، أي غيابه عن مسكن الزوجية وهذا يقتضي وجود مقر للأسرة يتركه الجاني، أما إن ظل الزوجان بعد زواجهما يعيش كل منهما في بيت أهله منفصلا عن الآخر وكانت الزوجة تراعي ولدها في بيت أهلها، فإن مقر الأسرة حينها يكون منعدما، ويعتبر مسكن الزوجية قائما وفقا للشروط المقررة في تشريع الأحوال الشخصية[2]، والتي تطرقنا لها بالتفصيل في الباب الأول من هذه الرسالة.

2- وجود ولد أوعدة أولاد قصر: وإن لم تصرح المادة 330 ف 1 من ق.ع.ج بهذا الشرط، إلا أنه يتبين من صفة المخاطب بالنص وهما الوالدين أي الأب والأم مما يفترض وجود طفل فأكثر، أما الزوجين الذين لا أطفال لهما فلا تقوم هذه الجريمة في حقهما.

وإن كان الأجدر بالمشرع تجريم فعل أحد الزوجين بترك الأسرة سواء وجد أولاد أم لم يوجدوا[3]، ولا يعني أن ترك أحد الزوجين لمنزل الزوجية في حالة عدم وجود أطفال لا يعتبر إخلالا بالالتزامات الزوجية، بل هو كذلك والجزاء المقرر له مدني، ويعتبر هجرا أو غيبة أو نشوزا موجبا للتطليق أو لسقوط النفقة، إن توفرت شروط كل حالة طبقا لقانون الأسرة.

2- ترك مقر الأسرة لأكثر من شهرين: يجب ترك مقر الزوجية مدة تتجاوز الشهرين، تحسب من تاريخ ترك مقر الزوجية إلى تاريخ تقديم الشكوى باعتبار أن هذه الجريمة لا يمكن تحريك الدعوى العمومية فيها ضد الزوج التارك لمقر الأسرة إلا من طرف الزوج

= 1 - الأب والأم إذا ما ترك أحدهما بيت الأسرة دون موجب قاهر لمدة تزيد على شهرين وتملص من كل أو بعض واجباته المعنوية والمادية الناشئة عن الولاية الأبوية أو الوصاية القانونية أو الحضانة، ولا ينقطع أجل الشهرين إلا بالرجوع إلى بيت الأسرة رجوعا ينم عن إرادة استئناف الحياة العائلية بصورة نهائية"

[1]- art 227-3 : (Le fait, pour une personne, de ne pas exécuter une décision judiciaire ou l'un des titres mentionnés aux 2° à 6° du I de l'article 373-2-2 du code civil lui imposant de verser au profit d'un enfant mineur, d'un descendant, d'un ascendant ou du conjoint une pension, une contribution, des subsides ou des prestations de toute nature dues en raison de l'une des obligations familiales prévues par le code civil, en demeurant plus de deux mois sans s'acquitter intégralement de cette obligation, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende…)

[2] - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء1، المرجع السابق، ص.ص165-166.

[3] - سمير رحال، الرابطة الزوجية في قانون العقوبات الجزائري...آية حماية؟، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، المجلد12، عدد2، الجزائر، 2020، ص.339.

الذي بقي في مقر الزوجية، ويقع على عاتق الزوج الشاكي إثبات مرور مدة الشهرين بكل وسائل الإثبات القانونية[1].

4- عدم الوفاء بالالتزامات العائلية: تقع على عاتق كل من الأب والأم التزامات تجاه الزوج الآخر وتجاه الأولاد، وبذلك تقتضي الجريمة أن يتخلى الأب وهو صاحب الولاية على أبنائه التخلي عن كافة التزاماته تجاه زوجته والتي يفرضها عقد الزواج، والتزاماته تجاه أولاده والتي تفرضها ولايته عليهم أوما سماه المشرع الجنائي السلطة الأبوية.

وتقتضي الجريمة أن تتخلى الأم عن كافة التزاماتها الزوجية تجاه زوجها المفروضة عليها بموجب عقد الزواج، والتزاماتها تجاه أطفالها المتمثلة في الرعاية والتربية والتوجيه[2].

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري اشترط التخلي عن كافة الالتزامات الأدبية والمادية المترتبة عن السلطة الأبوية، بمفهوم المخالفة لا تقوم الجريمة إذا تخلى أحد الوالدين عن بعض التزاماته دون الأخرى، كما أن المشرع عندما خص بالذكر الالتزامات المادية والمعنوية الناتجة عن السلطة الأبوية، وكأنه أهمل الالتزامات المتبادلة بين الزوجين والناتجة عن عقد الزواج، فكان تركيزه على حماية الأولاد في هذه الحالة أكثر من الزوج المتروك في منزل الزوجية.

5- ترك الأسرة دون سبب جدي: ومعنى ذلك أن جريمة ترك مقر الأسرة هي من الجرائم العمدية، التي يجب أن يتوفر فيها القصد الجنائي الخاص وهو نية هجر مقر الأسرة، وبذلك لا تقوم الجريمة إذا غاب أحد الزوجين عن مقر الأسرة أكثر من شهرين لسبب جدي، والسبب الجدي الذي يحول توفره دون قيام الجريمة قد يكون ظروفا عائلية أو مهنية أو صحية، وللقضاء الفرنسي في هذه المسألة عدة مواقف جسدها في قرارات عدة[3]، حيث قضى بأن نفور الزوج من حماته لا يشكل سببا شرعيا لمغادرة بيت الزوجية[4]، كما قضى بعدم جواز مغادرة الزوج مقر الزوجية بحجة سيرة زوجته إذا ما ثبت أنه غادر منزل الزوجية ليعيش مع خليلته تاركا أولاده القصر تحت رعاية زوجته[5]، وفي المقابل اعتبر القضاء الفرنسي بأن سوء معاملة الزوجة وممارسة العنف ضدها يشكل مبررا شرعيا يبرر مغادرتها مقر الزوجية ولا تعتبر بتوفره مرتكبة لجريمة ترك مقر الأسرة[6]، وقضى أيضا بأن الشراسة التي تطبع تصرفات الزوجة نحو زوجها وتوبيخها الدائم له مما

---

[1] - عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2013، ص.ص 20-21.
[2] - أحسن بو سقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء1، المرجع السابق، ص.166.
[3]- هذه القرارات منقولة عن أحسن بو سقيعة، المرجع نفسه، ص.169.
[4]- T.corr, Nantez, 31-70-1947, Rev, sc, crim, 1948.
[5] - crim 30-5-1967, D, 1988 somm, 14.
[6] - T.corr, claey crim, 10-7-1946, D, 1946, 416.

جعل استمرار الحياة الزوجية أمرا مستحيلا هو سبب شرعي لمغادرة مسكن الزوجية[1]، كما اعتبر سجن الزوج مبررا شرعيا مادام لم يغادر مقر الأسرة قبل وبعد اعتقاله[2]، ويعد سببا شرعيا مغادرة الزوج بحثا عن العمل أو تحصيلا للعلم أو لأداء الخدمة الوطنية[3].

6- عقوبة جريمة ترك مقر الأسرة: هذه الجريمة مقيدة في تحريك الدعوى العمومية بشأنها بشكوى الزوج المتروك، ومادامت كذلك فسحب الشكوى يضع حدا للمتابعة الجزائية.

وقررت المادة 330 فقرة 1 من ق.ع.ج جزاء على ترك مقر الأسرة بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وغرامة من 50.000 دج إلى 200.000 دج، ويجوز حرمان المتهم من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية كعقوبة تكميلية من سنة إلى خمس سنوات طبقا للمادة 332 من ق.ع.ج[4]، وقرر المشرع المغربي عقوبة عن جريمة ترك مقر الأسرة تقدر بالحبس من شهر إلى سنة وغرامة من 200 إلى 2000 درهم طبقا لنص المادة 479 فـ1 من م.ج.م، وقرر المشرع الفرنسي عقوبة الحبس لمدة سنتين وغرامة قدرها 1500 يورو في جريمة ترك مقر الأسرة، أو كما سماها إهمال الأسرة طبقا للمادة 227 مكرر 3 من ق.ع.ف.

ثانيا: جريمة التخلي عن الزوجة

للإشارة أن المشرع الجزائري قبل تعديل 2015 لقانون العقوبات كان ينص في المادة 330 فقرة 2 منه[5] على جريمة التخلي عن الزوجة الحامل، هذه المادة يقابلها من المدونة الجنائية المغربية المادة 479 ف 2.

بعد تعديل 2015 لقانون العقوبات الجزائري لم يعد المشرع الجزائري يشترط حمل الزوجة، وأصبحت المادة 330 ف 2 تنص على أنه:" يعاقب بالحبس من ستة أشهر(6) إلى سنتين(2) وبغرامة من 50.000 دج إلى 200.000 دج:

2- الزوج الذي يتخلى عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن زوجته وذلك لغير سبب جدي".

---

[1] - T. corr, lille,15-5-1943, D.A, 1943, 80, Lyon, crim 12-6-1943, p.A, 1943, 71.

[2] - crim 26/3/1957.

[3] - عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص.23.أحسن بو سقيعة، القانون الجزائي الخاص، الجزء1، المرجع السابق، ص.169.

[4] - أحسن بو سقيعة، ، القانون الجزائي الخاص، الجزء1، المرجع السابق، ص.170.

[5] - جاء نص المادة 330 ف 2 قبل التعديل كالآتي:" يعاقب بالحبس من ستة أشهر(6) إلى سنة(1) وبغرامة من 50.000 إلى 200.000 دج:

2- الزوج الذي يتخلى عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن زوجته مع علمه أنها حامل وذلك لغير سبب جدي".

وجريمة التخلي عن الزوجة تعتبر أيضا من الجرائم التي يشترط فيها الشكوى، فيجب لتحريك الدعوى العمومية أن تتقدم الزوجة المهملة - والتي كان يجب قبل تعديل 2015 أن تكون حاملا- بشكوى كتابية أو شفهية إلى المصالح المختصة، وتقوم هذه الجريمة أيضا على عناصر بتوفرها تقوم الجريمة في حق الزوج.

1- صفة الزوج: تخاطب الفقرة 2 من المادة 330 من ق.ع.ج الزوج، وبالتالي تكون هذه الصفة كافية لقيام الجريمة حتى وإن لم يكن هناك أولاد[1]، وإن كانت الجريمة تقوم فقط في حق الزوج فالعلة ليست في عدم مساواة المشرع بين الزوجين إنما هي في ضعف المرأة، فالحمل مثلا - كما كان يأخذ به كل من المشرع الجزائري قبل تعديل 2015 لقانون العقوبات و المشرع المغربي في المادة 479 فـ2 من م.ج.م- يفترض معه الضعف الذي يصيب المرأة الحامل وحاجتها إلى الرعاية أكثر من أي وقت مضى.

وفي حالة كان الزواج عرفيا لا يمكن للزوجة تقديم شكوى بتخلي زوجها عنها مادام عقد الزواج العرفي لم يثبت بحكم قضائي، فإن ثبت عقد الزواج فإن الجريمة تكون قائمة في حق الزوج من تاريخ تخليه عن الزوجة وليس من تاريخ تثبيت الزواج وتسجيله في الحالة المدنية[2].

2- تخلي الزوج عن زوجته لمدة شهرين : يتمثل هذا العنصر في قيام الزوج بسلوك إيجابي يتمثل في تخليه عن زوجته، ويكون ذلك بترك الزوجة والابتعاد[3]، ولم يبين المشرع الجزائري إن كان هذا الترك في مقر الزوجية كما فعل مع جريمة ترك مقر الأسرة، وبذلك يمكن قيام هذه الجريمة إن ترك الزوج زوجته في بيت أهله أو بيت أهلها إن لم يكن لهم مسكنا للزوجية.

3- حمل الزوجة (قبل تعديل 2015 لقانون العقوبات الجزائري): يجب أن تكون الزوجة حاملا، أي الحمل لا يفترض هنا إنما يجب أن يحصل فعلا، وعليه وجب أن يكون الحمل مثبتا[4]، ويشترط المشرع المغربي في المادة 479 ف 2 علم الزوج بالحمل فمادام لم يعلم بحمل زوجته لا تقوم هذه الجريمة في حقه، بالإضافة إلى ذلك يشترط المشرع المغربي الموجب القاهر.

والمشرع الجزائري بعد 2015 عندما لم يعد يشترط حمل الزوجة لقيام جريمة ترك الزوجة، وهو بذلك كرس حماية أكثر للمرأة بوصفها الطرف الضعيف في العلاقة

[1] - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء1، المرجع السابق، ص.171.
[2] - ، القانون الجزائي الخاص، الجزء1، المرجع السابق، ص.171..
[3] - سمير رحال، الرابطة الزوجية في قانون العقوبات الجزائري...أية حماية؟، المرجع السابق، ص.340.
[4] - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء1، المرجع السابق، ص.172.

الزوجية -غالبا- فجريمة ترك الزوجة تقوم حتى لو لم تكن الزوجة حاملا، ويكون حملها وعلم الزوج به ظرفا مشددا في هذه الجريمة.

ثالثا: جريمة عدم تسديد النفقة

ركزت القوانين الجنائية على هذه الجريمة، ولم يخل من أحدها النص على تجريم عدم تسديد الزوج نفقة الزوجة والأولاد، لأهمية هذا الالتزام الذي بأدائه يضمن حياة كريمة للزوجة خصوصا إن كانت معدومة الدخل والمورد المالي.

نص المشرع الجزائري على جريمة عدم تسديد النفقة في المادة 331 من ق.ع.ج والتي جاء نصها كالآتي:" يعاقب بالحبس من ستة أشهر (6) إلى 3 سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمدا، ولمدة لا تتجاوز الشهرين(2) عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم.

ويفترض أن عدم الدفع عمدي مالم يثبت العكس، ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أية حالة من الأحوال".

ونصت التشريعات العربية محل المقارنة على تجريم امتناع الزوج عن النفقة في قوانينها الجنائية، حيث نص المشرع المغربي على جريمة عدم تسديد النفقة في المادة 480 من م.ج.م، ونص المشرع التونسي على هذه الجريمة في الفصل 53 مكرر من م.ج.ت، وتقابل هذه المواد في التشريع المصري المادة 293 من ق.ع.م، وفي التشريع العراقي المادة 384 من ق.ع.ع، والجدير بالذكر أن قانون العقوبات الأردني لم ينص على جريمة عدم تسديد النفقة للزوجة ونص عليها قانون التنفيذ الأردني الذي أجاز للدائن حبس مدينه دون حاجة إلى إثبات اقتداره في دين النفقة المحكوم بها للزوجة، ويعتبر ذلك قصورا في قانون العقوبات الأردني[1]، ونص المشرع الفرنسي على جريمة عدم تسديد النفقة الغذائية في المادة 227 مكرر 3 من ق.ع.ف.

وبالنسبة لشروط قيام جريمة عدم تسديد النفقة أو العناصر المكونة لجريمة الامتناع عن تسديد النفقة - بالإضافة إلى عنصر أو صفة الزوجية الذي تكرر معنا في الجرائم التي سبق التعرض لها- هي:

1- وجود حكم قضائي نهائي ملزم بالنفقة: يجب أن يصدر حكم قضائي يلزم الزوج بالنفقة بغض النظر عن الجهة التي صدر عنها، المهم أن يكون حائزا لقوة الشيء المقضي

[1] - نور هاشم باج، الحماية الجنائية للأسرة في التشريع الاردني دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، الاردن، 2018، ص.30.

فيه، وقد يكون الحكم صادرا عن جهة قضائية أجنبية في هذه الحالة يشترط أن يكون ممهورا بالصيغة التنفيذية[1].

كما يشترط تبليغ الحكم إلى علم المدين عن طريق التبليغ حسب الأشكال والشروط المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2].

2- وجود دين مالي في ذمة المطالب بالنفقة: يتعلق دين النفقة طبقا للمادة 78 من ق.أ.ج بالغذاء والكسوة والسكن وأجرته، وتجدر الإشارة إلى أن هناك تباين بين النص العربي للمادة 331 من ق.ع.ج والنص الفرنسي لنفس المادة الذي حصر الدين المالي في النفقة الغذائية، إلا أن المحكمة العليا في قرار لها صدر في 2006 قضت فيه بأن:" النفقة تشمل الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"[3]، وبما أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها بالدخول وطالما لم يصدر حكم بالطلاق والزوجية مازالت قائمة فالزوجة مسؤولة من زوجها شرعا وقانونا[4].

3- عدم دفع مبلغ النفقة كاملا: يجب دفع مبلغ النفقة كاملا، وعليه فإن دفع جزء من النفقة لا يمنع قيام جريمة الامتناع عن تسديد النفقة[5]، وهذا الشرط وإن كان لا يظهر في نص المادة 331 من ق.ع.ج في نسخته العربية إلا أنه بالرجوع إلى النص باللغة الفرنسية نجده يتضمن ذلك من خلال عبارة "totalité"[6].

الفرع الثاني

جريمتي الزنا والقذف

في هذا الفرع لن نتطرق إلى عناصر جريمة الزنا لأنه تم التطرق إليها عند مناقشة صور الإخلال بالتزام الإخلاص، لذلك سيتم التركيز على عقوبة جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية (أولا)، لنتطرق إلى جريمة القذف أي قذف أحد الزوجين للآخر بالزنا(ثانيا)، وجمعنا بين جريمة الزنا والقذف لتعلق كليهما بالعرض والشرف.

---

[1] - أحسن بو سقيعة، الوجيز في القانون الجزائي، الجزء1، المرجع السابق، ص.ص 178-179.
[2] - أحسن بو سقيعة، الوجيز في القانون الجزائي، الجزء1، المرجع السابق، ص.180.
[3] - المحكمة العليا، غ.ج، قرار صادر بتاريخ 26 أفريل 2006، ملف رقم 38095.
[4] - كمال الدين عمراني، الإطار القانوني لجريمة عدم تسديد نفقة واجبة بحكم قضائي دراسة مقارنة في إطار التشريع الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة مولاي الطاهر سعيدة، عدد7، الجزائر، 2017، ص.79.
[5] - نفس المرجع، ص.81.
[6] - نفس المرجع ،، ص.82.

أولا: عقوبة جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية

يعتبر الزنا في الشريعة الإسلامية كبيرة يجب فيها الحد، ويختلف الحد إذا كان الزاني محصنا أو غير محصن، أما القوانين الوضعية فتعتبر الزنا من جرائم العرض التي قررت لها القوانين الوضعية عقوبات لا يكاد يتحقق عنصر الزجر فيها، وهو ما سنبينه فيما يلي:

1- عقوبة جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية: عقاب الزاني في الشريعة الإسلامية الجلد والتغريب والرجم، والجلد والتغريب هو عقوبة الزاني غير المحصن، أما الرجم فهو عقوبة الزاني المحصن.

والجلد هو الضرب بالمجلد وهو السوط، فإن وقع الزنا من غير المحصن وجب عقابه جلدا[1]، أما التغريب فهو النفي عن البلد والإبعاد عنها، واتفق الفقهاء على مشروعية التغريب في الزنا[2]، فقال الجمهور أن التغريب من حد الزنا إلى جانب الجلد، وقال الحنفية أن التغريب ليس من الحد ولكنهم يجيزون للإمام أن يجمع بين الجلد والتغريب إن رأى مصلحة في ذلك[3].

أما الرجم فهو القتل رميا بالحجارة وهو حد الزاني المحصن، والإحصان هنا هو إحصان الرجم، فالإحصان هيئة يكونها اجتماع مجموعة من الشروط التي تكون أجزاؤه وهي البلوغ والعقل والوطء في نكاح صحيح والحرية والإسلام[4].

ولقد ثبتت مشروعية الرجم بالسنة[5] بأخبار مشهورة تكاد تبلغ حد التواتر، ولم يخالف مشروعيته أحد من علماء الأمة إلا الخوارج الذين أنكروا عقوبة الرجم حيث يقوم مذهبهم على جلد المحصن وغير المحصن والتسوية بينهما في العقوبة[6].

ومن أدلة مشروعية الرجم من السنة النبوية، عن ابن عباس عن عمر قال:" لقد خشيت أن يطول بالناس زمان حتى يقول قائل ما نجد آية الرجم في كتاب الله، فيضلوا

---

[1] - عبد الملك عبد الرحمان السعدي، العلاقات الجنسية غير الشرعية وعقوبتها في الشريعة الإسلامية والقانون، القسم الثاني، المرجع السابق، ص.315.

[2] - ابن عابدين، رد المحتار، الجزء4، المرجع السابق، ص.14.

[3] - الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء7، المرجع السابق، ص.39. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء 4، ص.ص 321-322. الشربيني، مغني المحتاج، الجزء5، ص.448. البهوتي، كشاف القناع، الجزء6، ص.ص91-92.

[4] - الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء2، المرجع السابق، ص.ص223-226.

[5] - السرخسي، المبسوط، الجزء9، المرجع السابق، ص.39. الشربيني، مغني المحتاج، الجزء 5، ص.457. ابن حزم، المحلى، الجزء 12، ص.ص 173-174.

[6] - عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الجزء1، المرجع السابق، ص.640.

بترك فريضة أنزلها الله، وإن الرجم حق على من زنى وقد أحصن إذا قامت البينة أو كان الحمل أو الاعتراف، قال سفيان: كذا حفظت ألا وقد رجم رسول الله ﷺ ورجمنا بعده"[1].

وقال رسول الله ﷺ:" لايحل دم امرئ مسلم، يشهد ان لا إله إلا الله وأني رسول الله، إلا بإحدى ثلاث النفس بالنفس والثيب الزاني والمارق في الدين التارك للجماعة[2]، وقال ﷺ:" خذوا عني خذوا عني، قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة والثيب بالثيب جلد مائة والرجم"[3]، ولقد ثبت أن النبي ﷺ رجم اليهوديين[4] وماعزا[5] والغامدية[6].

والشريعة الإسلامية شددت في عقوبة الزاني المحصن للإحصان، لأن المفروض أن الإحصان يصرف الشخص عادة عن التفكير في الزنا، فإن فكر فيه بعد ذلك فإنما يدل تفكيره فيه على قوة اشتهائه اللذة المحرمة وشدة اندفاعه للاستمتاع بما يصحبها من نشوة، فوجب أن توضع له عقوبة فيها من قوة الألم وشدة العذاب ما فيها، بحيث إذا فكر في هذه اللذة المحرمة تذكر العقوبة وتغلب عليه التفكير في الألم بدلا من التفكير في اللذة التي سيصيبها من الزنى[7].

يقول ابن القيم في نفس المعنى:" وإنما شرع في حق الزاني المحصن القتل بالحجارة ليصل الألم إلى جميع بدنه حيث وصلت إليه اللذة بالحرام ولأن تلك القتلة أشنع القتلات والداعي إلى الزنا داع قوي في الطباع فجعلت غلظة في مقابلة قوة الداعي ولأن فيه تذكيرا لعقوبة الله لقوم الفاء بالرجم بالحجارة على ارتكاب الفاحشة"[8].

ولأن عقوبة الزاني المحصن من أشد العقوبات وأقساها فقد تحرزت الشريعة الإسلامية في إثبات الزنا، والذي يثبت بأربعة شهود رجال مكلفين عاقلين عدل غير فاسقين مسلمين، ويثبت الزنا أيضا بالإقرار الصريح للزاني، وفي تنفيذ الرجم ووضعية المرجوم ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم الحفر له وبدون ربط ولا توثيق وأما المرأة فيحفر لها لكونه ستر لها[9]، وقال المالكية يحفر للمشهود عليه بالزنا لأن هروبه لا يسقط عنه الحد، ويترك المرجوم بالإقرار ليمكنه الهرب لأن هروبه يسقط عليه الحد[10]، وقد فصل

---

[1] - البخاري، صحيح البخاري، الجزء8، المرجع السابق، ص.168، ح.رقم 6829.
[2] - البخاري، صحيح البخارين الجزء9، المرجع نفسه، ص.5، ح.رقم 6878.
[3] - مسلم، صحيح مسلم، الجزء 3،المرجع السابق، ص.1316، ح.رقم 1690.
[4] - مسلم، صحيح مسلم، الجزء3، المرجع السابق، ص.1368، ح.رقم 1700.
[5] - أبو داود، سنن أبي داود، الجزء4، المرجع السابق، ص. 145، ح.رقم 4419.
[6] - نفس المرجع، الجزء4، ص.158، ح.رقم 4442.
[7] - عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الجزء1، المرجع السابق، ص.641.
[8] - ابن قيم الجوزية، الصلاة وأحكام تاركها، مكتبة الثقافة، المملكة العربية السعودية، د.س.ن، ص.31.
[9] - ابن قدامة، المغني، الجزء8، المرجع السابق، ص.36. ابن عابدين، رد المحتار، الجزء4، المرجع السابق، ص.14.

[10] - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء4، المرجع السابق، ص.319.

فقهاء الشريعة الإسلامية فيمن يقيم حد الرجم ومن يحضره ومكان إقامته وفي تأجيل العقوبة على نحو مستفيض لا يسعنا المقام لذكره[1].

2- عقوبة الزنا في القوانين الوضعية: سلكت التشريعات الوضعية في عقوبة جريمة الزنا مسلكا مخالفا للشريعة الإسلامية، ليس فقط في مقدار العقوبة بل حتى في شروط تكوين الجريمة ومدى مساسها بالمجتمع على نحو ما سنبينه فيما يلي.

فمن حيث شروط قيام جريمة الزنا في القوانين الوضعية تشترط صفة الزوجية في أحد الشريكين وإلا فلا تكون العلاقة الجنسية زنا، على خلاف ما جاء في الشريعة الإسلامية التي اعتبرت كل وطء محرم شرعا بين رجل وامرأة زنا.

واشترطت بعض القوانين ونقصد المشرع المصري في المادة 277 من ق.ع.م والقانون العراقي في المادة 377 من ق.ع.ع شرطا آخر لقيام جريمة الزنا في حق الزوج هو أن يكون فعل الزنا في منزل الزوجية، ولا يكيف كل وطء لرجل متزوج لأجنبية عنه خارج منزل الزوجية على أنه زنا في هذين القانونين، بالإضافة إلى أن القانون المصري أقر في المادة 273 من ق.ع.م أنه لا تسمع دعوى الزوج في زنا زوجته إذا كان قد سبق له وزنى في المسكن المقيم فيه مع زوجته!!!

بالإضافة إلى ما تشترطه القوانين الوضعية في هذا النوع من الانتهاكات التي تمس الأسرة من قيد الشكوى لتحريك الدعوى العمومية، إذ لا يمكن للنيابة العامة تحريك الدعوى العمومية في جريمة الزنا إلا بناء على شكوى من الزوج المضرور نفسه، وينتج عن ذلك بالضرورة أن صفح الزوج المضرور يضع حدا للمتابعة الجزائية.

أما العقوبة المقررة لجريمة الزنا في التشريعات الوضعية فتمثلت في عقوبة الحبس، حيث ساوى المشرع الجزائري ونظيره المغربي بين الزوج الزاني والزوجة الزانية في العقوبة، فنصت المادة 339 من ق.ع.ج على أنه يقضى بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها لجريمة الزنا، ويعاقب الزوج المرتكب لجريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين، كما يعاقب الشريك في الزنا بنفس العقوبة بغض النظر إن كان متزوجا أم لا، وبدوره المشرع المغربي نص في المادة 491 من م.ج.م على أنه:" يغاقب بالحبس من سنة إلى سنتين أحد الزوجين الذي يرتكب جريمة الخيانة الزوجي"، وما يؤخذ على المشرع المغربي في هذا النص أنه سمى زنا أحد الزوجين بالخيانة الزوجية - وإن كان يقصد الزنا- وكنا قد بينا أن مفهوم الخيانة الزوجية أوسع،

[1] - ينظر في تفصيل ذلك عبد الملك عبد الرحمان السعدي، العلاقات الجنسية غير الشرعية وعقوبتها في الشريعة الإسلامية والقانون، القسم الثاني، المرجع السابق، ص.ص 363- 383.

وهو يشمل الزنا دون أن يكون مرادفا له، وقرر المشرع التونسي عقوبة السجن لمدة خمس سنوات سواء كان الزاني زوجا أو زوجة طبقا لأحكام الفصل 276 من م.ج.ت.

أما المشرع المصري ففرق في عقوبة جريمة الزنا بين الزوجة والزوج، فالمرأة المتزوجة التي ثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد عن سنتين طبقا للمادة 274 من ق.ع.م، أما الزوج الزاني فيعاقب بالحبس مدة لاتزيد عن ستة أشهر طبقا لنص المادة 277 من نفس القانون.

وفي القانون الأردني يعاقب الزاني المتزوج والزانية المتزوجة بالحبس من سنتين إلى ثلاث سنوات طبقا للفقرة 2 من المادة 282 من ق.ع.، ويعاقب القانون العراقي كل من الزوج الزاني والزوجة الزانية بنفس العقوبة وهي الحبس من سنة إلى ثلاث سنوات.

أما المشرع السوري فقد حذا حذو المشرع المصري وفرق في العقوبة بين الزوج الزاني الذي قرر حبسه مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد عن سنة طبقا لنص المادة 374 من ق.ع.س، والزوجة الزانية التي جعل عقوبتها الحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد عن السنتين طبقا للمادة 473 من نفس القانون.

وبالنسبة للقانون الفرنسي فقد ألغى بموجب القانون الصادر في 11 جويلية 1975 جريمة الزنا، وأصبح زنا أحد الزوجين خطأ مدنيا يجيز للمتضرر منهما طلب الطلاق والتعويض.

وتتضح بذلك الهوة الكبيرة بين ماهو مقرر كعقوبة لجريمة الزنا في الشريعة الإسلامية وبين ما تتبناه التشريعات العربية من سياسة في مكافحة هذه الآفة، والتي تبين فشلها في الردع والعقاب بدليل استخفاف مرتكبيها وضربهم عرض الحائط هذه القواعد القانونية، التي كما قلنا أثبتت فشلها الذريع في التصدي لهذه الجرائم الأخلاقية التي تنخر أساسات المجتمع وتشتت أسره وتشيع فيه الفساد والرذيلة.

ثانيا: جريمة القذف

رأينا في صفحات سابقة أن القذف عند فقهاء الشريعة الإسلامية هو القذف بالزنا وزاد بعضهم الرمي بالزنا واللواط[1]، أما القذف في القوانين الوضعية هو ادعاء واقعة ونسبتها إلى شخص ومن شأن هذه الواقعة أن تمس باعتبار وشرف الشخص[2]، وبذلك يختلف القذف في الشريعة الإسلامية من حيث شروط قيامه عنه في القوانين الوضعية، كما تختلف العقوبة المقررة للقذف في الشريعة الإسلامية عنها في القوانين الوضعية.

[1] - ينظر ص. 293 من هذه الرسالة.
[2] - ينظر ص . 294 من هذه الرسالة.

1- جريمة القذف في الشريعة الإسلامية: يرتبط قذف الزوجات بالزنا في الشريعة الإسلامية باللعان إذا صدر القذف من الزوج ولم يكن له شهود، فالزوج الذي يقذف زوجته يجب أن يلاعن لصريح نص الآية الكريمة:" وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ ۙ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (6) وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ (7) وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ ۙ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ"[1]، فإن لم يلاعن وكذب نفسه وجب عليه حد القذف عملا بقوله تعالى:" وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا ۚ وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ"[2]، وبذلك تكون عقوبة القذف في الشريعة الإسلامية هي الجلد ثمانين جلدة وعدم قبول الشهادة.

ولتقرير حد القذف في الشريعة الإسلامية يجب توفر شروط معينة في القاذف وأخرى في المقذوف، فالقاذف يشترط فيه البلوغ والعقل والاختيار، سواء كان ذكرا أو أنثى، حرا أو عبدا، مسلما أو غير مسلم، ويشترط في المقذوف أن يكون محصنا وشروط الإحصان في القذف هي البلوغ والعقل والإسلام والحرية والعفة عن الزنا[3] .

وحد القذف ثمانون جلدة لقوله تعالى :" وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا ۚ وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ"، ويشترط لإقامة الحد بعد تمام القذف شرطان، الأول ألا يأتي القاذف ببينة وألا يقر المقذوف لأنه في معنى البينة، والثاني استدامة مطالبة المقذوف بإقامة الحد لأنه حق له[4].

2- جريمة القذف في القوانين الوضعية: يشترط لقيام جريمة القذف وفق القوانين الوضعية، توفر مجموعة من العناصر تختلف في مجملها عما هو مقرر في الشريعة الإسلامية.

وطبقا للقانون الجزائري تقوم جريمة القذف بتوفر خمس عناصر أو شروط، الأول إسناد واقعة لشخص ونسبتها إليه على سبيل التأكيد سواء كانت الواقعة صحيحة أو كاذبة، والثاني هو تعيين الواقعة فيجب أن ينصب الإسناد على واقعة محددة وبذلك يختلف القذف عن السب، والشرط الثالث أن تمس هذه الواقعة بالشخص أو الاعتبار، والرابع أن يعين الشخص أو الهيئة المقذوفة بالاسم أو بعبارة يمكن معها معرفة الشخص المقصود، أما

[1] - سورة النور، الآيات 6 و7.
[2] - سورة النور، الآية4.
[3] - ابن عابدين، رد المحتار، الجزء3، المرجع السابق، ص. 54. الشربيني، مغني المحتاج، الجزء5، المرجع السابق، ص.462. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء4، المرجع السابق، ص.327. ابن قدامة، المغني، الجزء9، المرجع السابق، ص.87.
[4] - ابن قدامة، المغني، الجزء 9، المرجع السابق، ص.85.

الشرط الخامس فهو العلنية بإحدى الطرق سواء بالقول أو الكتابة أو الصور أو الوسائل الالكترونية أو الإعلامية[1].

وبالنسبة لعقوبة جريمة القذف في التشريعات محل المقارنة، فقد قرر المشرع الجزائري في القذف الموجه للأفراد والذي ينطبق على حالة القذف بين الزوجين حبس القاذف من شهرين إلى ستة أشهر وغرامة من 25.000 دج إلى 50.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين، وقرر المشرع المغربي غرامات مالية لكل من ينسب إلى المرأة واقعة بسبب جنسها في الفصل 444 مكرر 2 من م.ج.م، ويعاقب مرتكب جريمة القذف بالسجن لمدة ستة أشهر في القانون التونسي طبقا للفصل 247 من م.ج.ت، وفي القانون المصري عقوبة القذف الحبس مدة لا تتجاوز طبقا لنص المادة 303 من ق.ع.م، وتصل عقوبة القذف في القانون الأردني إلى الحبس من شهرين إلى سنة طبقا للمادة 358 من ق.ع.أ، وقرر المشرع السوري عقوبة القذف بالحبس لمدة تصل إلى ثلاثة أشهر طبقا لنص المادة 568 من ق.ع.س، كما قرر المشرع العراقي أن عقوبة القذف الذي يتم من غير علانية هي الحبس مدة لا تزيد عن ستة أشهر طبقا لنص المادة 436 من ق.ع.ع.

وبذلك يكون قذف أحد الزوجين للآخر إن توافرت عناصر جريمة القذف موجبا للعقاب المقرر في نصوص القانون، أما إن لم تتوفر عناصر جريمة القذف يبقى اتهام أحد الزوجين للآخر بالزنا في تلك الحالة سلوكا يسبب ضررا معنويا للطرف المقذوف، ويعتبر إخلالا بالتزام المعاشرة بالمعروف كما سبق بيانه.

الفرع الثالث

جرائم العنف الزوجي

تشمل جرائم العنف الزوجي عدة جرائم حسب طبيعة العنف الممارس من أحد الزوجين ضد الآخر، فإذا كان العنف جسديا في شكل ضرب وجرح سمي العنف المادي، وإذا كان في شكل إهانات وسباب وشتائم وكلام جارح كان عنفا معنويا، وقد يكون العنف اقتصاديا حين يكره الزوج زوجته على السماح له بالتصرف في أموالها، فتقوم جريمة تصرف الزوج في ممتلكات زوجته ومواردها المالية.

أولا: جريمة العنف المادي الزوجي

تم استحداث نص خاص في التشريع الجزائري ينظم جريمة العنف الزوجي بموجب القانون رقم 15- 19 المعدل والمتمم لقانون العقوبات الجزائري هو المادة 266

[1] - عبد الله حاج أحمد، تحريك دعوى القذف في الفقه المالكي دراسة مقارنة مع التشريع الجزائري، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، مجلد12، عدد2، مجلد 12، الجزائر، 2015، ص.137.

مكرر[1]، هذا النص يجرم الضرب والجرح ضد الزوج، وقد استعمل المشرع الجزائري لفظ "ضد زوجه" مما يفيد أن العنف المادي قد يمارس من الزوج ضد زوجته أو من الزوجة ضد زوجها، وإن كان غرض المشرع بإضافة هذا النص التصدي للعنف الذي تتعرض له الزوجات في البيوت من طرف أزواجهن.

وجريمة العنف المادي الزوجي تتطلب لقيامها عناصر معينة تتبين من خلال نص المادة 266 مكرر، العنصر الأول هو رابطة الزوجية التي تثبت بعقد رسمي، ولا يشترط أن يقيم الزوجان معا في مسكن الزوجية أو أن يحدث الضرب في مسكن الزوجية، كما وسع المشرع الجزائري الحماية حيث قرر أن الجريمة تقوم أيضا حتى لو ارتكبت أعمال العنف من الزوج السابق، وتبين أن الأفعال ذات صلة بالعلاقة الزوجية السابقة[2].

وتعتبر جريمة العنف المادي أو الضرب والجرح ضد الزوج من الجرائم العمدية، فإن توفر القصد الجنائي بعنصريه العلم والإرادة، يدان الزوج بجريمة عمدية بغض النظر عن الباعث أو النية التي دفعته إلى ذلك[3].

أما عن العقوبة المقررة لهذه الجريمة فهي تختلف بحسب النتيجة التي تحققت جراء الضرب أو الجرح والتي تحدد درجة خطورة هذه الجريمة، قد تصل العقوبة إلى السجن المؤقت إذا أدت أعمال العنف إلى بتر عضو أو عاهة مستديمة، كما قرر المشرع الجزائري عدم استفادة الزوج من ظروف التخفيف إذا حدث الضرب أمام الأطفال أو كانت الزوجة حاملا أو معاقة[4].

---

[1] - تنص المادة 266 مكرر من ق.ع.ج على أنه:" كل من أحدث عمدا جرحا أو ضربا بزوجه يعاقب كما يأتي:
1- بالحبس من سنة (1) إلى ثلاث (3) سنوات إذا لم ينشأ عن الجرح والضرب أي مرض أو عجز كلي عن العمل يفوق خمسة عشر(15 يوما).
2- بالحبس من سنتين(2) إلى خمس سنوات إذا نشأ عجز كلي عن العمل لمدة تزيد عن خمسة عشر (15) يوما.
3- بالسجن المؤقت من عشر(10) سنوات إلى عشرين(20) سنة إذا نشأ عن الجرح أو الضرب فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقد بصر إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى.
4- بالسجن المؤبد إذا أدى الضرب أو الجرح المرتكب عمدا إلى الوفاة بدون قصد إحداثها.
وتقوم الجريمة سواء كان الفاعل يقيم أو لا يقيم في نفس المسكن مع الضحية.
كما تقوم الجريمة أيضا إذا ارتكبت أعمال العنف من قبل الزوج السابق، وتبين أن الأفعال ذات صلة بالعلاقة الزوجية السابقة.
لا يستفيد الفاعل من ظروف التخفيف إذا كانت الضحية حاملا أو معاقة أو إذا ارتكبت الجريمة بحضور الأبناء القصر أو تحت التهديد بالسلاح.
يضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية في الحالتين (1) و(2).
تكون العقوبة السجن من خمس (5) إلى عشر (10) سنوات في الحالة الثالثة (3) في حالة صفح الضحية".

[2] - خيرة جعلي، الحماية الجنائية للزوجة من خلال مستجدات القانون رقم 15- 19 المعدل والمتمم لقانون العقوبات، المرجع السابق، ص.ص 68-69.

[3] - آمينة وزاني، الحماية الجزائية للزوجة من العنف المادي في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص.254.

[4] - ينظر في تفصيل عقوبات جريمة العنف المادي وكل حالاته المادة 266 مكرر من قانون العقوبات الجزائري المذكورة أعلاه.

وفي القانون المغربي تعتبر الزوجية ظرفا مشددا في جريمة الضرب والجرح، ويقرر في حالة حصول الضرب من أحد الزوجين للآخر ضعف العقوبة المقررة في حالة غياب صفة الزوجية طبقا للفصل 404 من م.ج.م، وضاعف المشرع التونسي بدوره العقوبة في جريمة الضرب والجرح إذا كان المعتدى عليه زوجا طبقا للفصل 218 ف 2 من م.ج.ت.

ثانيا: جريمة العنف اللفظي والنفسي الزوجي

تم تجريم التعدي أو العنف اللفظي والنفسي من طرف أحد الزوجين على الآخر في التشريع الجزائري بموجب المادة 266 مكرر1[1]، المضافة أيضا بالقانون رقم 15-19 المعدل لقانون العقوبات صراحة دون التشريعات العربية الأخرى محل المقارنة

هذه الجريمة التي يتكون ركنها المادي من سلوك يتمثل في فعل العنف اللفظي المتكرر، ومساس العنف اللفظي بكرامة الزوج الآخر والتأثير على سلامته البدنية والنفسية، ويشمل العنف اللفظي الألفاظ التي تهدف إلى الحط من قيمة الزوج، بإشعاره بأنه سيء وشتمه ولعنه أو الصراخ عليه أو السخرية منه وإبداء عدم الاحترام والتقدير له أمام الآخرين، ولا تقوم الجريمة إلا بالتكرار أي من الفعل الثاني، فالتعنيف اللفظي لمرة واحدة لا تقوم معه الجريمة[2].

ولكي تقوم جريمة العنف اللفظي يجب أن تتحقق النتيجة والتي تتمثل في الآثار التي يخلفها العنف اللفظي، وهي التأثير على السلامة النفسية ومن ثم البدنية للزوج، بالإضافة إلى وجود العلاقة السببية بين الفعل والنتيجة، ويقع عبء إثبات كل ذلك على الزوج المتضرر من العنف اللفظي وبكافة الوسائل[3].

---

[1] - تنص المادة 266 مكرر 1 من ق.ج على أنه:" يعاقب بالحبس من خمس(1)إلى عشر(3) سنوات، كل من ارتكب ضد زوجه أي شكل من أشكال التعدي أو العنف اللفظي أو النفسي المتكرر الذي يجعل الضحية في حالة تمس بكرامتها أو تؤثر على سلامتها البدنية أوالنفسية.
يمكن إثبات حالة العنف الزوجي بكافة الوسائل.
وتقوم الجريمة سواء كان الفاعل يقيم أو لا يقيم في نفس المسكن مع الضحية.
كما تقوم الجريمة أيضا إذا ارتكبت أعمال العنف من قبل الزوج السابق، وتبين أن الأفعال ذات صلة بالعلاقة الزوجية السابقة.
لا يستفيد الفاعل من ظروف التخفيف إذا كانت الضحية حاملا أو معاقة أو إذا ارتكبت الجريمة بحضور الأبناء القصر أو تحت التهديد بالسلاح.
يضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية".

[2] - زوليخة زواحنة، الحماية الجنائية للمرأة من العنف اللفظي والنفسي في ضوء قانون 15-19، المرجع السابق، ص.279.

[3] - رفيق العقون، الأسرة في التشريع والقضاء الجزائي الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أحمد دراية أدرار، الجزائر، 2022، ص.110.

وجريمة العنف اللفظي من الجرائم العمدية التي يشترط فيها القصد الجنائي، وقرر المشرع الجزائري في هذه الجريمة نفس الحكم بالنسبة لجريمة العنف المادي بين الزوجين، حيث تقوم الجريمة سواء كان الفاعل يقيم أو لا يقيم مع الضحية في نفس المسكن، وتقوم الجريمة أيضا في حق الزوج السابق متى ارتكبت أعمال العنف اللفظي واتضح أنها ذات صلة بالزواج السابق طبقا للمادة 266 مكر 1 من ق.ع.ج.

وقرر المشرع الفرنسي عقوبة عن جريمة العنف النفسي الذي يمارسه الزوج ضد زوجه أو الشريك ضد شريكه - في المعاشرة الحرة أو ميثاق التضامن المدني- بالسجن لمدة 03 سنوات والغرامة، كما تصل العقوبة إلى عشر سنوات إذا أدى هذا العنف النفسي الممارس على الشريك إلى انتحاره طبقا لنص المادة 222 مكرر 3 فقرة 6° من ق.ع.ف.

ثالثا- جريمة التصرف في أموال الزوجة

واصل المشرع الجزائري من خلال القانون رقم 15- 19 المعدل والمتمم لقانون العقوبات في حماية المرأة والزوجة خاصة من كل أشكال العنف، ونص في المادة 330 مكرر المضافة بهذا القانون على أنه:" يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين، كل من مارس على زوجته أي شكل من أشكال الإكراه أو التخويف ليتصرف في ممتلكاتها أو مواردها المالية".

هذه الجريمة التي انفرد المشرع الجزائري في تقريرها بالنسبة للتشريعات العربية محل المقارنة، تقوم عند توفر عناصر معينة تتمثل في :

1- صفة الزوجية: لا تقوم هذه الجريمة طبقا لنص المادة 330 مكرر إلا في حق الزوج، مما يعني قيام رابطة زوجية صحيحة، فلا تقوم هذه الجريمة في حق الخطيب أو الطليق، ولا تقوم هذه الجريمة في حق الغير كأقارب الزوجة، كما لا تقوم هذه الجريمة في حق الزوجة تجاه زوجها[1].

2- **استعمال الزوج طرق الإكراه أو التخويف:** يعتبر إكراه الزوج لزوجته وتخويفها من أجل التصرف في أموالها السلوك الإجرامي المكون للركن المادي لهذه الجريمة، فلا بد للزوج أن يأتي هذه السلوكات - الإكراه والتخويف- ليعتبر مرتكبا لجريمة التصرف في أموال زوجته، والملاحظ من خلال نص المادة 330 مكرر أن المشرع الجزائري لم يحدد صورا معينة للإكراه أو التخويف بل يعتد بأي شكل من أشكاله، فالإكراه المادي باستعمال القوة معتبر والإكراه المعنوي أيضا معتبر كالتهديد، إما التهديد بخطر جسيم يقع على

[1] - سمير رحال، الرابطة الزوجية في قانون العقوبات الجزائري ...أية حماية؟، المرجع السابق، ص. 341.

النفس والمال أو التهديد بنشر فضيحة أو إفشاء أسرار ماسة بالشرف[1]، وقد يهدد الزوج زوجته بالطلاق أو بالزواج عليها أو بحرمانها من زيارتها أهلها.

ويرى البعض أنه كان أحرى بالمشرع الجزائري أن يضيف وسيلة الاحتيال إلى جانب الإكراه والتخويف، ذلك أن الزوج قد يلجأ إلى بعض الحيل كأن يوهم زوجته بأنه سيستثمر أموالها ويخبرها فيما بعد بفشل المشروع الذي استثمر فيه ليستغل أموالها[2].

3- تصرف الزوج في ممتلكات الزوجة ومواردها المالية: يكون تصرف الزوج في ممتلكات الزوجة أو مواردها المالية تصرفا قانونيا، إما في شكل عقود كالبيع والإيجار وإما بإرادة منفردة كالوصية والوعد بجائزة، والمقصود بالممتلكات الأموال المنقولة والعقارية[3]، ويقصد بالموارد المالية للزوجة الدخل الشهري أو السنوي من مرتب أو أجر أو عائدات معينة.

وتعتبر جريمة التصرف في أموال الزوجة جريمة عمدية تقتضي توفر القصد الجنائي الخاص، أي علم الزوج بأن ليس له حق في ممتلكات زوجته أو مواردها المالية وإرادته في تحقيق النتيجة الإجرامية وهي التصرف في مال ليس له الحق فيه[4].

عاقب المشرع الجزائري على جريمة تصرف الزوج في ممتلكات زوجته وعائداتها المالية بحبس الزوج من ستة أشهر إلى سنتين.

والجدير بالذكر أيضا أن المشرع الجزائري ودائما بموجب القانون رقم 15-19 المعدل والمتمم لقانون العقوبات، أخرج السرقات التي تقع بين الأزواج من دائرة السرقات التي يعاقب عليها القانون، حيث كانت المادة 368 من ق.ع .ج تنص على أنه:" لا يعاقب على السرقات التي ترتكب بين الأشخاص المبينين فيما بعد ولا تخول إلا الحق في التعويض المدني: 3- أحد الزوجين إضرارا بالزوج الآخر"، حيث عدلت هذه المادة في 2015 وحذفت الفقرة 3 المعنية، وأصبحت المادة 369 بموجب نفس التعديل تنص على أنه:" لا يجوز اتخاذ إجراءات المتبعة الجزائية بالنسبة للسرقات التي تقع بين الأزواج والأقارب والحواشي والأصهار إلى غاية الدرجة الرابعة إلا بناء على شكوى الشخص المضرور، والتنازل عن الشكوى يضع حدا لهذه الإجراءات"، جاء هذا النص مواكبا لتغير نمط الحياة الاجتماعية للأسرة الجزائرية وذلك بتغير الدور الاجتماعي للزوجة التي

[1] - عبد القادر بوعرفة، جريمة التصرف في ممتلكات الزوجة وقواعد صياغة النص العقابي، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة مولاي الطاهر سعيدة، مجلد 8، عدد2، الجزائر، 2018، ص.672.

[2] - سمير رحال، الرابطة الزوجية في قانون العقوبات ... أية حماية؟، المرجع السابق، ص.341.

[3] - عبد القادر بوعرفة، جريمة التصرف في ممتلكات الزوجة وقواعد صياغة النص العقابي، المرجع السابق، ص.677.

[44] - المرجع نفسه، ص.679.

دخلت عالم الشغل وأصبح لديها مكاسب مالية، بالإضافة إلى ضعف الوازع الديني لبعض الأزواج وغياب القيم والأخلاق عند البعض، فكان لا بد من تدخل المشرع الجزائري والمعاقبة على السرقات التي تقع بين الأزواج حماية للزوجات بشكل مقصود رغم أن النص جاء مخاطبا كلا الزوجين ولم يميز بين الرجل والمرأة[1].

ويتبين من خلال استعراضنا لهذه الجرائم الماسة بالأسرة والمرتكبة من طرف أحد الزوجين ضد الآخر، أنها تشترك في كون الدعوى العمومية **لا** تحرك بشأنها إلا من طرف المضرور أي الزوج المجني عليه لاعتبارات عديدة منها قدسية وحرمة الحياة الزوجية ومراعاة عدم التدخل بين الزوجين إلا حين يكون لابد من ذلك، كما أن الطرف المتضرر من هذه الممارسات هو الزوج الآخر، وهو وحده من له الحق في تحريك الدعوى ضد شريكه.

الفرع الثالث

جريمة تعدد الزوجات وتعدد الزوجات دون احترام الشروط القانونية

يكون التعدد جريمة في القوانين التي تحظره، فتترتب على الرجل المعدد عقوبات جنائية، كما اتجهت بعض التشريعات إلى تقرير جزاء جنائي عند عدم احترام جملة الشروط المنصوص عليها عند إقدام الرجل على الزواج بثانية، فيكون ذلك أيضا إخلال بقاعدة قانونية يترتب عنه جزاء جنائي، في حين اكتفت أغلب التشريعات محل المقارنة بإقرار جزاءات مدنية في حالة مخالفة شروط التعدد على غرار المشرع الجزائري.

أولا: جريمة تعدد الزوجات

يعتبر كل من القانون التونسي في التشريعات العربية والقانون الفرنسي من حظرا تعدد الزوجات وجرماه.

1- جريمة تعدد الزوجات في القانون التونسي: بالنسبة للقانون التونسي صدرت مجلة الأحوال الشخصية سنة 1956[2] تمنع التعدد في نص المادة 18 الذي كان ينص على أن:" تعدد الزوجات ممنوع.

[1] - سمير رحال، الرابطة الزوجية في قانون العقوبات ... أية حماية؟، المرجع السابق، ص.341.

[2] -صدرت مجلة الأحوال الشخصية التونسية في 13 أوت 1956 متأثرة بالحركات الإصلاحية - كما سميت نفسها آنذاك- والتي قادها الطاهر حداد، وكان قد ظهرت أطروحات في كتابه الذي حمل عنوان " امرأتنا في القانون والمجتمع" سنة 1930، حيث قدم فيه المؤلف العقيدة الإسلامية في الأحكام المتعلقة بالمرأة كنظام يحتوي على منطقا ليبيراليا إلى حد ما، وكان من بين ما طالب بإلغائه الحجاب وطالب بالمساواة بين الرجل والمرأة في الميراث وإزالة تعدد الزوجات وتنظيم الطلاق، وكان المقصود بذلك هو جعل المرأة مساوية للرجل، وتبنى المشرع التونسي =

والتزوج بأكثر من واحدة يستوجب عقابا بالسجن مدة عام، وبخطية قدرها 240.000 فرنك أو بإحدة العقوبتين فقط"، ونقح هذا النص بموجب القانون ذي الصيغة التقديرية عدد 70 لسنة 1956 وأصبح نص المادة 18 ينص على أنه:" تعدد الزوجات ممنوع.

كل من تزوج وهو في حالة الزوجية وقبل فك عصمة الزواج السابق يعاقب بالسجن لمدة عام وبخطية قدرها مائتان وأربعون ألف فرنك أو بإحدى هاتين العقوبتين ولو أن الزواج الجديد لن يبرم طبق أحكام القانون"، وبموجب المرسوم عدد1 لسنة 1964[1] تمت إضافة ثلاث فقرات لنص الفصل 18 والتي بقيت كذلك ليومنا هذا.

وعن فقرات الفصل 18 من م.أ.ش.ت فالأولى تمنع تعدد الزوجات، رغم أن البعض يرى أنها عنوان للفصل وليست فقرة أولى له، يقول محمد الحبيب الشريف في هذا الصدد:" ذهب فقه القضاء إلى تأويل أحكام الفصل 18 من م.أ.ش.ت في اتجاه تطبيقه على كل من الرجل والمرأة الذي يتعمد الارتباط بأكثر من قرين واحد سواء كان ذلك طبق الصيغ الرسمية للزواج أو على خلافها، والحجة في ذلك أن "تعدد الزوجات ممنوع" فقرة أولى لذلك الفصل وليس عنوانا له، أما من يرى أن "تعدد الزوجات ممنوع" هو عنوان الفصل المذكورفإنه يتمسك بالتالي بأن التتبع والعقاب المسلطين على المرأة التي تتزوج بأكثر من رجل واحد يعتبران مخالفين لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات... واعتقادنا أن الاتجاه الذي يعتبر "تعدد الزوجات ممنوع" هو فقرة أولى هو أقرب إلى المنطق والقانون، سيما فيما يتعلق بسياسة الدولة التونسية في المساواة بين الجنسين في الحقوق والواجبات"[2].

ونجد في هذا الصدد حكما لمحكمة التعقيب التونسية في قضية تعدد الأزواج قضت فيه بـ:"إن تكرار الاتصال الجنسي بين الزوجة ورجل آخر في مسكن الزوجية وبمعية زوجها الشرعي يشكل جريمة التزوج بثان على غير الصيغة الشرعية وهي الجريمة المنصوص عليها بالفقرة الأولى من الفصل 18 م.أ.ش.ت، أما المتهم المشارك فتتألف من فعلته جريمة الاقتران عرفيا، موضوع الفقرة الثالثة من نفس الفصل"[3]، وما قضت به محكمة التعقيب التونسية مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية ومخالف أيضا لما جاء في

=الاقتراحات التي صاغها طاهر حداد وأصبحت التجربة التونسية صورة مختلفة جدا عن نظيراتها العربية والإسلامية. ينظر :

Adel Ben Nacer, la gestion des conflis conjugaux en Tunisie de l'adaptation à l'innovation, centre de publication universitaire, Tunisie, 2004, p.p 79-80.

[1] - المرسوم عدد 1لسنة 1964، مؤرخ في 20 فيفري 1964 والمصادق عليه بالقانون عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 21 أفريل 1964.

[2] - محمد الحبيب الشريف، مجلة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.44.

[3] - قرار تعقيبي جزائي عدد 15899 بتاريخ 27 جانفي 1988-ن. 1988: ق.ج، ص122- ق.ت عدد 1990/7 ص.78.

مجلة الأحوال الشخصية التونسية، فالزوجة في هذه الحالة مرتكبة لجريمة الزنا وليس جريمة التزوج بثان حيث أنه من موانع الزواج طبقا للفصل 5 من نفس المجلة الذي ينص على أن يكون الزوجان خاليان من الموانع ومن بين هذه الموانع أن تكون المرأة متزوجة أو في عدة طلاق، كما أن الفصل 20 من نفس المجلة يحظر التزوج بزوجة الغير أو معتدته قبل انقضاء العدة.

وتضمنت الفقرة 3 من الفصل 18 من م.أ.ش.ت على أنه:" ويعاقب بنفس العقوبات كل من كان متزوجا على خلاف الصيغ الواردة بالقانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في 4 محرم 1377(أول أوت 1957) والمتعلق بتنظيم الحالة المدنية ويبرم عقد زواج ثان ويستمر على معاشرة زوجه الأول"، وبذلك يكون المشرع التونسي قد قرر جريمتين متعلقتين بالتعدد، الأولى هي جريمة التزوج بثانية والتي نظمتها الفقرة 2 من الفصل 18 والجريمة الثانية هي التزوج على خلاف الصيغ القانونية والتي نضمنتها الفقرة 3 من نفس المادة.

وتقوم جريمة التزوج على خلاف الصيغ القانونية عندما يكون الزوج متزوجا عرفيا أي بخلاف الصيغ القانونية المتعلقة بإبرام عقد الزواج لدى ضابط الحالة المدنية، ثم يقدم على إبرام عقد زواج ثان ويستمر في معاشرة زوجه الأول، وتكون العقوبة في جريمة التزوج بثانية وجريمة التزوج مع وجود زواج أول عرفي نفسها وهي السجن لمدة عام وغرامة مالية قدرها مائتين وأربعون ألف فرنك أو بإحدى العقوبتين.

وقد فرقت محكمة التعقيب التونسية هي الأخرى بين الجريمتين، حيث قضت في قرار لها:" أ- لا توارد بين جريمة الزواج العرفي والتزوج بثانية إذا تزوج الرجل أولا زواجا على غير الصيغ القانونية ثم تزوج بزواج قانوني واستمر على معاشرة الزوجة الأولى.

ب- يعد زواجا فعليا واقعا على خلاف الصيغ القانونية ومستهدفا صاحبه للعقاب كل زواج استكمل مظاهره المادية بمعاشرة المرأة معاشرة الأزواج بالدخول والخروج والإنفاق عليها ودفع معين كراء الشقة"[1].

والمشرع التونسي بذلك سد كل الأبواب أمام الرجل الذي يريد التعدد سواء في النور أو في الظلام، فمنع الرجل المتزوج زواجا قانونيا مسجلا في الحالة المدنية من إبرام زواج ثان ووضع حدا لذلك، ومنع أيضا الرجل الذي يكون متزوجا عرفيا من إبرام عقد ثان وتسجيله في الحالة المدنية وجرم هذا الفعل.

[1] - قرار تعقيبي جزائي عدد 9616 مؤرخ في 18 جوان 1973، ن-1973، ق.ج، ص.45. نقلا عن محمد الحبيب الشريف، مجلة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.48.

2- جريمة تعدد الزوجات في القانون الفرنسي: يعتبر تعدد الزوجات جريمة معاقب عليها في قانون العقوبات الفرنسي، حيث تنص المادة 433 مكرر 20 منه على أنه:"لا يمكن لشخص متزوج أن يعقد زواجا ثانيا قبل انحلال الزواج الأول، ويعاقب بالسجن لمدة عام وبغرامة قدرها 45 ألف يورو، ويعاقب بنفس العقوبات الضابط العام الذي أبرم بوجوده هذا العقد إذا كان يعلم بوجود الزواج الأول".

إن هذا النص القانوني - المادة 433 مكرر 20- من حيث تطبيقه على الإقليم الفرنسي يمنع أي زواج لشخص متزوج حتى لو كان أجنبيا وكان قانون هذا الشخص وقانون الزوجة التي يريد الزواج منها يسمح بالتعدد، ومن حيث التطبيق الشخصي فهذا النص يمنع أي شخص فرنسي من الزواج بشخص متزوج حتى لو انعقد هذا الزواج خارج القطر الفرنسي، ويميز الفقه في هذه الحالة بين تعدد الزوجات الإيجابي للرجل الفرنسي وتعدد الزوجات السلبي للمرأة الفرنسية، وقد قضى القضاء الفرنسي بعدم الاعتراف بزواج أقيم في الكاميرون بين فرنسية عزباء وكاميروني متزوج على الرغم من أن قوانين الزوج والزوجة الأولى تسمح بالتعدد، فالقانون الفرنسي وبموجب المادة 147 من ق.م.ف[1] لا يريد أن يجد الفرنسي سواء كان ذكرا أو أنثى نفسه ملزما في زواج متعدد[2].

فالمنع والتجريم في تعدد الزوجات تقرر للفرنسيين ابتداء، وللأجانب الذين يريدون عقد زواجهم في فرنسا والذين تعترف قوانين أحوالهم الشخصية بتعدد الزوجات، إلا أن تطبيق هذه القوانين من قبل ضابط الحالة المدنية مستبعد باسم النظام العام[3]، وبذلك يكون من الصعب جدا ارتكاب جريمة تعدد الزوجات في فرنسا إلا إذا كان الأمر يتعلق بفشل السلطة المعنية في التحقيق في القضية أو عن طريق الخداع وتقديم وثائق أجنبية مزورة[4].

فتعدد الزوجات يتعارض في القانون الفرنسي مع النظام العام لأنه يتعارض مع المساواة بين الجنسين، إلا أنه يجب عدم الخلط بين النظام العام الوطني والنظام العام الدولي، حيث تقبل المحاكم الفرنسية تعدد الزوجات المسبق الذي يكون بين الأجانب ويتم

[1]- art 147 du c.c.f :¨On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier.

[2]- Edwige Rude-Antoine, la validite de la réception de l'union polygamique par l'ordre juridique français une question théorique controversée, op.cit, p.4. Jean-Marie Bischoff, le mariage polygamique en droit international privé, droit international privé, travaux du comité français de droit international privé, 3° année, tome 2, 1980-1981, p.p 91-116 , p. 94.

[3]- Jean-Marie Bischoff, le mariage polygamique en droit international privé, op.cit, p. 96.

[4] - Jens Urban, la réception de la polygamie au regarde du droit français et du droit canadien par rapport au mariage et à ses effets, thése doctorat en droit, université de Perpignan via domitia, franҫe, 2017, p.84.

الاحتفال به في الخارج دون احتيال، وبما يتوافق مع القانون الذي له ولاية قضائية على هؤلاء الأجانب[1].

ثانيا: جريمة التزوج بثانية دون احترام الشروط القانونية

يعتبر المشرع العراقي الوحيد من بين التشريعات العربية محل المقارنة الذي عاقب على التعدد دون احترام الشروط القانونية المنصوص عليها في قانون الأحوال الشخصية، ورتب عليه جزاء جنائيا، وإن لم ينص عليه في قانون العقوبات العراقي بل في قانون الأحوال الشخصية.

حيث تنص المادة 3 من ق.أ.ش.ع في فقرتها السادسة على أن:"كل من أجرى عقدا بالزواج بأكثر من واحدة خلافا لما ذكر في الفقرتين 4 و5 يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة بما لا يزيد عن مائة دينار أو بهما"، وكانت الفقرتين 4 و5 من نفس المادة قد بينتا الشروط القانونية الواجب توافرها حتى يستطيع الرجل أن يعدد، وتتمثل هذه الشروط طبقا للفقرتين 4 و5 في إذن القاضي والذي لا يمنحه إلا بتوافر شرطين، يتمثل الأول في الكفاية المالية للزوج والثاني أن تكون هناك مصلحة مشروعة أي أن يكون الزواج مبررا، وشرط تضمنته الفقرة 5 هو شرط عدم مخافة العدل بين الزوجات، وعليه إن تخلف شرط من هذه الشروط وأقدم الزوج على التعدد يعتبر مخالفا للشروط القانونية ويستحق الجزاء المقرر في الفقرة 6 من المادة أعلاه.

ورغم أن المشرع العراقي جرم تعدد الزوجات دون احترام الشروط القانونية المذكورة سالفا إلا أنه اشترط في تحريك الدعوى العمومية شكوى المجني عليه وهي الزوجة في هذه الحالة، وهو ما نصت عليه المادة 3 من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي حيث جاء فيها:" لا يجوز تحريك الدعوى الجزائية إلا بناء على شكوى من المجني عليه أو من يقوم مقامه قانونا في الجرائم التالية:

1- زنا الزوجية أو تعدد الزوجات خلافا لقانون الأحوال الشخصية".

وربما يبدو من خلال إقرار المشرع العراقي لجريمة التعدد دون احترام الشروط القانونية الخاصة به أنه سار في جهة منع التعدد أكثر من إجازته، إلا أن هذا التصور ليس صحيحا، إذ ومن خلال الحكم الذي قرره في الفقرة 7 من نفس المادة - المادة 3 من ق.أ.ش.ع- يتضح العكس، حيث قضت هذه الفقرة بأنه:" استثناء من أحكام الفقرتين 4 و5 من هذه المادة يجوز الزواج بأكثر من واحدة إذا كان المراد الزواج بها أرملة"، فالمشرع

[1]- Jens Urban, la réception de la polygamie au regarde du droit français et du droit canadien par rapport au mariage et à ses effets,op.cit, p.p101-103.

العراقي أسقط الشروط القانونية المطلوبة في التعدد حين تكون الزوجة المراد التعدد بها أرملة وهذه الحالة الأولى.

أما الحالة الثانية تتحقق إذا كانت المرأة المراد التزوج بها هي مطلقة طالب الإذن نفسه، أي عندما يريد الزوج أن يعيد مطلقته إلى ذمته، وفي هذا الصدد جاء في قرار لمجلس قيادة الثورة المرقم بـ 147 ما يلي:" استنادا إلى أحكام الفقرة (أ) من المادة الثانية والأربعين من الدستور المؤقت، قرر مجلس قيادة الثورة بجلسته المنعقدة بتاريخ 1982/1/27 ما يلي:

(1)لا يعتبر إعادة المطلقة إلى عصمة زوجها بمثابة زواج بأكثر من واحدة لأغراض الفقرتين (4 و5) من المادة الثالثة من قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 المعدل فيما سبق للزوج أن عقد زواجه على امرأة أخرى قبل إعادة مطلقته إلى عصمته.

(2) يعفى الزوج المطلق من شروط الحصول على موافقة دائرته فيما يتعلق بإعادة زوجته المطلقة إلى عصمته إذا كانت القوانين التي يخضع لها الزوج توجب الحصول على هذه الموافقة قبل عقد الزواج".[1]

فالمشرع العراقي أعفى الزوج من الحصول على إذن في الحالتين السالفتين الذكر لاعتبارات اجتماعية أجاز بموجبها التعدد دون قيد أو شرط، وهي إذا كانت المرأة المراد التعدد بها أرملة فهي في هذه الحالة بحاجة إلى معيل يرعاها ويرعى أطفالها إن وجدوا، وإن كانت المرأة المراد التعدد بها هي طليقة طالب التعدد والتي قد يكون لها أطفالا منه فكان أولى أن يعيدها لعصمته حتى يتربى أطفاله في كنفه، وما عدا ذلك لا يكون التعدد إلا بإذن القاضي الذي يراعي في منحه توفر الشروط القانونية سالفة الذكر.

[1] - أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، المرجع السابق، ص.ص 26-27.

الخاتمة

خاتمة:

تتأكد مرارا وبعد كل دراسة لموضوع الزواج وآثاره الأهمية التي يكتسيها هذا الموضوع، ومدى تأثيراته العميقة على الأسرة والمجتمع ككل في مختلف النواحي، وتتحدد بذلك قيمة البحث في موضوع التزام المساكنة وآثار الإخلال به كالتزام تدخل ضمنه الحقوق والواجبات الزوجية، وهو ما تناولناه بالدراسة والتحليل في هذا البحث، والذي وصلنا في ختامه إلى النتائج التالية:

- المساكنة كمصطلح تجد معانيها في القرآن الكريم، ومع ذلك لم يعن فقهاء الشريعة الإسلامية أو فقهاء القانون بتعريفها ولا بتفصيل مضامينها، ومن خلال الرجوع لمعاني السكن لغة واصطلاحا، وإلى بعض الآراء الفقهية، والاجتهادات القضائية يمكن تعريف المساكنة بأنها:" تشارك الزوجين الحياة الزوجية والتزام كل واحد منهما بالوفاء بواجباته المترتبة على عقد الزواج وبالمقابل تمتعه بالحقوق المقررة بموجب نفس العقد، بما يفيد استمرار الزواج وتحقيقه الغاية التي شرع من أجلها".
- التزام المساكنة بين الزوجين يتشكل من التزامات، تتمثل في: التزام الزوجين بالسكن في مسكن الزوجية؛ التزام الزوجين بالإحصان؛ التزام الزوجين بالمعاشرة بالمعروف.
- الوفاء بالتزام السكن واجب على الزوجين معا، ويختلف الوفاء به حسبما كان الموفي به الزوج أو الزوجة، فيعتبر الزوج موفيا بالتزام السكن ببيت الزوجية إذا وفر المسكن المستوفي للشروط الشرعية، فيجب أن يكون المسكن مستقلا بالزوجة وأن يتوفر على المرافق الضرورية وأن يكون آمنا بين جيران صالحين، بالإضافة إلى وجوب دعوة الزوج زوجته للإقامة في مسكن الزوجية، ويلتزم بالإقامة في هذا المسكن، وتعتبر الزوجة موفية بهذا الالتزام إذا استجابت لدعوة الزوج والتحقت بمسكن الزوجية وقرت فيه، وإذا سافرت وانتقلت إلى حيث يعيش زوجها، كما يتطلب هذا الوفاء أيضا القيام بشؤون مسكن الزوجية، والإشراف عليه والحفاظ على محتوياته، بالإضافة لعدم السماح للغير بدخوله دون إذن الزوج.
- التزام الإحصان يتضمن وجهين للوفاء به، وجه إيجابي والآخر سلبي، أما الأول فيتمثل في التزام المعاشرة الزوجية فيما يسميه فقهاء الشريعة الإسلامية حل الاستمتاع، والذي يعتبر حقا للزوجين معا تحكمه ضوابط معينة، تمثلت في إتيان الزوجة في موضع الحرث، وعدم إتيانها في أحوال معينة هي الحيض، والنفاس، ونهار رمضان، والاعتكاف والإحرام، أما الوجه السلبي فهو التزام الزوجين بالامتناع عن الخيانة الزوجية فيما يسميه فقهاء القانون التزاما بالإخلاص، هذا الالتزام الذي لم نجد له تعريفا في الفقه الإسلامي، وإن كان فقهاء الشريعة الإسلامية

يقيمون واجبا عاما على كل مسلم ومسلمة بالعفة، فيكون بذلك الالتزام بالإخلاص هو الامتناع عن كل ما من شأنه المساس بالعرض والشرف.

- التزام المعاشرة بالمعروف يكتسي أهمية بالغة من التزام المساكنة ومن الزواج عامة، إذ يعتبر وجوده مؤشرا على استمرار الحياة الزوجية هادئة مثمرة، ولا يمكن بحال حصره لتعدد الأوجه التي يتحقق بها وتنوعها، إلا أن الضابط الذي يقاس به وجود أو غياب هذا الالتزام هو عدم الإضرار، فمادام كل من الزوجين لا يضر بصاحبه فهو بذلك يحسن عشرته، وإلا فالعكس صحيح، وتتسع بذلك المعاشرة بالمعروف لتشمل التزام كل زوج بالإحسان إلى والدي الزوج الآخر مادام عدم الإحسان يضر بهذا الزوج الآخر، كما يمتد هذا الالتزام ليشمل أيضا التزام الزوجين بالتعاون على رعاية مصلحة الأسرة والأولاد مادام إلقاء هذه المهام على أحد الزوجين فقط سيثقل كاهله ويضر به.
- الوفاء بالتزام المساكنة في حالة التعدد صورة خاصة، ذلك أن الأصل في الزواج الزوجة الواحدة، فكان التعدد بذلك حالة خاصة يختلف فيها نوعا ما الوفاء بالتزام المساكنة، ونقصد هنا وفاء الزوج باعتباره المدين بالتزام المساكنة في مواجهة زوجاته والعدل بينهن ليعتبر موفيا به.
- الشروط الاتفاقية المقترنة بعقد الزواج والموضوعة من طرف أحد الزوجين، من شأنها أن تعدل في التزام المساكنة ضيقا واتساعا لمصلحة أحد الزوجين على حساب الآخر، فاشتراط الزوجة العمل يعدل في التزام الزوجة بالسكن في مسكن الزوجية فلا تقر فيه كل الوقت، ويضيق من جهة أخرى من حق الزوج في الاحتباس؛ واشتراط الزوج على زوجته السكن بيت أهله يعدل من التزام الزوج في توفير المسكن ومن جهة أخرى يضيق من حق الزوجة في الانفراد بمسكن الزوجية.
- الإخلال بالتزام المساكنة يكون بالإخلال بأحد الالتزامات التي يشملها، كإخلال الزوجين بالتزام السكن بمسكن الزوجية؛ أو إخلال الزوجين بالتزام الإحصان، أو الإخلال بالتزام المعاشرة بالمعروف؛ أو الإخلال بالشروط الاتفاقية المقترنة بعقد الزواج، أو عدم العدل بين الزوجات.
- الإخلال بالتزام السكن بمسكن الزوجية من طرف الزوج يكون بأن لا يهيء المسكن الشرعي وفق الشروط الشرعية، وأن يماطل في دعوة زوجته للالتحاق بمسكن الزوجية، وبالغيبة عن مسكن الزوجية غيبة بعذر، أو بدونه؛ أما الزوجة فتعتبر غير موفية بهذا الالتزام، إذا امتنعت عن الالتحاق بمسكن الزوجية دون عذر، إذا غادرت مسكن الزوجية دون إذن زوجها؛ وإذا امتنعت عن السفر مع زوجها والانتقال إليه حيث يعيش، وإذا لم تسمح بدخول زوجها لمسكن الزوجية.

- استفحال الشقاق بين الزوجين دون معرفة مسببه يعتبر إخلالا بالتزام المعاشرة بالمعروف، و كذلك إضرار أحد الزوجين بالآخر سواء كان هذا الضرر ماديا أو معنويا، ومن صور الإضرار الإيذاء العمدي الذي يتمثل في العنف المادي أو المعنوي الذي يمارسه أحد الزوجين ضد الآخر، ويجرم جنائيا، حيث يتخذ العنف المعنوي شكل العنف اللفظي والتعنيف والتهديد والانتقاد المتكرر، كما يدخل في صور الإضرار اتهام أحد الزوجين الآخر بالخيانة، والإساءة إلى والدي الزوج الآخر وأقاربه، وخيانة الأمانة بين الزوجين، ويعتبر إخلالا من طرف الزوج بالتزام المعاشرة بالمعروف امتناعه عن الإنفاق على زوجته، وتعاطي الزوج للمخدرات والمسكرات وإرغام الزوجة على ارتكاب المعاصي.
- الضابط في الوفاء بالتزام المساكنة في حالة تعدد الزوجات هو العدل، وأكثر ما يتجسد العدل في المسكن والنفقة والقسم، فيكون الزوج مخلا بالتزام السكن في حالة التعدد في مواجهة الزوجة، إذا كان مسكن الزوجية بالقرب من مسكن ضرتها، أو كان مسكن الضرة أحسن من مسكنها طبقا لأحكام الفقه الإسلامي.
- الشروط الاتفاقية المقترنة بعقد الزواج، تعتبر جزءا من التزام المساكنة، فمتى كانت الشروط صحيحة غير منافية لمقتضى العقد أو الشرع كان الوفاء بها واجبا على من اشترطت عليه، غير أنه في حالات معينة لا يشكل عدم الوفاء بالشرط إخلالا بالتزام المساكنة، وذلك في حالة الإبراء من الشرط، وحالة زوال سبب الشرط وحالة الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ الشرط مرهقا أو القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الشرط مستحيلا.
- الإخلال بأحد الالتزامات المتضمنة في التزام المساكنة يترتب عليه آثار قررتها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، هي عبارة عن جزاءات يتحملها المخل بالالتزام تتراوح بين جزاءات مدنية وأخرى جنائية، تختلف بحسب نوع الالتزام المخل به ودرجة الإخلال ومساسه بحقوق الزوج الآخر، والأسرة ككل، حيث تفرقت الأحكام المتعلقة بهذه الجزاءات بين قوانين الأحوال الشخصية، والقانون المدني، والقانون الجنائي بحسب الأحوال.
- تنوع آثار الإخلال بالتزام المساكنة في قوانين الأحوال الشخصية، بين آثار أو جزاءات تنحل بها الرابطة الزوجية كالتفريق القضائي، والطلاق، والخلع، واللعان، وبين أخرى تستمر بتقريرها الرابطة الزوجية كالتأديب، والصلح.
- التفريق القضائي أو ما يسمى في قانون الأسرة الجزائري التطليق كطريق تنحل به الرابطة الزوجية، يستوعب كجزاء صورا عديدة للإخلال بالتزام المساكنة في مختلف مضامينه، وذلك لتعدد الحالات التي تجيز للزوجين طلب التفريق واستيعابها لأغلب صور الإخلال، والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري تمادى في النص على حالات

التطليق حتى بلغت في المادة 53 من ق.أ.ج لوحدها عشر(10) حالات، تداخلت فيما بينها أحيانا وتكررت أحيانا أخرى مما عرض هذا النص بالذات للانتقاد، حتى أن حالة التفريق للضرر لوحدها تستوعب كل صور الإخلال بالتزام المساكنة تقريبا، على أنه في دعوى التفريق للضرر يشترط إثبات الضرر، فإن لم يكن ذلك ممكنا واستمرت المطالبة بالتفريق يصبح بالإمكان اللجوء لدعوى التطليق للشقاق، وهذا ما قرره المشرعين المغربي والمصري بصريح النص.

- الطلاق بإرادته المنفردة طريق مختصر يسلكه الزوج في حالة إخلال زوجته بأحد التزاماتها الزوجية، ليتجنب ربما كشف أسرارهما الزوجية، إلا أن الطلاق في غير حاجة - سواء كان الطلاق دون سبب، أو لم يرد الزوج الكشف عنه، أو لم يستطع إثباته- يكون طلاقا تعسفيا يستوجب التعويض، كما يعتبر الخلع طريقا تنفك به الرابطة الزوجية، عن طريق افتداء الزوجة نفسها بعوض برضا الزوج أو بدونه كما هو الحال في التشريعين الجزائري والمصري، وقد نص فقهاء الشريعة الإسلامية على أنه في حالة الشقاق بين الزوجين، ولم يعرف سبب الشقاق أو تبين أنه من الزوجة فإنها تبذل قيمة المهر ليحصل التفريق، بالإضافة إلى أن الزوجة تستطيع المخالعة إذا لم تتمكن من إثبات الضرر.
- تأديب الزوجة باعتباره أثرا لإخلالها بالتزام المساكنة، يتضمن ثلاثة وسائل يتدرج الزوج في الأخذ بها طبقا لنص الآية 34 من سورة النساء، من الوعظ إلى الهجر إلى الضرب، وضمن ضوابط شرعية تجعل الضرب كوسيلة للتأديب آخر مرحلة لمواجهة نشوز الزوجة، ولطالما أثار تأديب الزوجة ضربا النقاش والجدل، بين من اعتبره تعديا على حق الزوجة في السلامة الجسدية، وإخلالا بالتزام المعاشرة بالمعروف، وبين من اعتبره جزاء لنشوز الزوجة وإخلالها بالتزاماتها الزوجية، إلا أن الفرق بين الضرب المباح الذي يدخل في إطار تأديب الزوجة وبين الضرب الذي يعتبر اعتداء عليها، يصنعه وجود ضوابط معينة أوغيابها، تتعلق بأسباب التأديب وكيفيته واحترام التتالي المنصوص عليه شرعا بين وسائل التأديب.
- الصلح والتحكيم يفعلان حين استفحال الشقاق بين الزوجين، فيقوم القاضي بعقد صلح بين الزوجين، فإن لم يستطع التوفيق بينهما، ولم يعرف المسيء منهما، عين حكمين ليقوما بما فشل فيه، وقد أولت الشريعة الإسلامية أهمية بالغة لإجراء الصلح والتحكيم في الدعاوى المتعلقة بالتفريق للشقاق بصريح النص القرآني، ويبدو من الناحية العملية أن هذه الآليات تبقى مجرد إجراءات شكلية يجب استيفاءها لتقرير الطلاق، حيث تم إفراغها من كل معانيها وغاياتها في التوفيق بين الزوجين وإزالة الشقاق بينهما وبالتالي ثنيهما عن قرار الفرقة.

- القوانين الوضعية أقرت جزاءات للإخلال بالتزام المساكنة في القانون المدني، باعتبار الزواج عقدا يخضع لأحكام نظرية العقد بما يتوافق مع طبيعته الخاصة، تتمثل هذه الجزاءات المدنية في التنفيذ الجبري لالتزام المساكنة، والذي يعتبر الإكراه البدني لإجبار الزوج الممتنع عن الإنفاق أهم تطبيقاته، بالإضافة إلى الدفع بعدم التنفيذ، والذي تظهر تطبيقاته مثلا في دفع الزوج بعدم تنفيذ الالتزام بالنفقة في مواجهة امتناع الزوجة عن تنفيذ التزامها بالالتحاق بمسكن الزوجية، أو في دفع الزوجة بعدم تنفيذ الالتزام بالطاعة لامتناع الزوج عن تنفيذ التزامه بدفع مهرها، بالإضافة إلى جزاء الفسخ المقرر في حالة إخلال أحد أطراف العقد بالتزامات متقابلة ومرتبطة، رغم اختلاف أحكام الفسخ في القانون المدني عنه في قانون الأسرة أو بالأحرى عنه في الشريعة الإسلامية.
- التشريعات الوضعية أيضا قررت جزاء مدنيا للإخلال بالتزام المساكنة يتمثل في التعويض، والذي يلتزم به من تسبب من الزوجين في ضرر للزوج الآخر، حيث يتم تقديره من طرف القاضي، في حين يستبعد التعويض الاتفاقي أو ما يسمى بالشرط الجزائي لأنه شرط مناقض للشرع ومخالف لمقتضى عقد الزواج.
- التعويض عن الإخلال بالشروط الاتفاقية في القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة، لا يمكن المطالبة به مستقلا عن دعوى التفريق أو التطليق لعدم الوفاء بالشرط، وهو ما قد لا تريده الزوجة التي ترغب في المحافظة على بيتها وتريد تنفيذ زوجها للشرط الذي التزم به، وتعتبر الخيانة الزوجية أيضا صورة موجبة للتعويض، رغم انقسام الفقه بشأن هذه المسألة بين ثلاثة اتجاهات فيما يخص طبيعة الضرر الموجب للتعويض، اتجاه أول يرى أن الضرر المادي قابل للتعويض غير أن الضرر المعنوي لا يمكن تقديره ماديا لأن الشرف لا يقوم بالمال، واتجاه ثان يرى بعدم جواز المطالبة بالتعويض عن الخيانة الزوجية سواء كان الضرر معنويا أو ماديا لاعتبارات أخلاقية اجتماعية، واتجاه ثالث يرى أن الخيانة الزوجية تسبب ضررا ماديا ومعنويا موجبين للتعويض، ويجوز المطالبة به بل يجب الرفع من قيمة التعويض لتحقيق الردع الذي لا توفره هزالة مدة الحبس في جريمة الزنا.
- متعة الطلاق المقررة في كل طلاق تختلف عن التعويض في الطلاق التعسفي الذي يكون جزاء لتعسف الزوج في طلاق زوجته، عندما يطلقها من دون سبب، رغم اتجاه فقهاء الشريعة الإسلامية، وبعض التشريعات العربية والقضاء إلى أن تقرير المتعة يغني عن التعويض في الطلاق التعسفي، إلا أن الأساس الذي تستند إليه المتعة والتي تجب لكل مطلقة بضريح النص القرآني، يختلف عن الأساس الذي يستند إليه التعويض عن الطلاق التعسفي، وهو نظرية التعسف في استعمال الحق.

- التشريعات الوضعية قررت جزاءات جنائية للإخلال بالتزام المساكنة، وذلك حين يتعلق الأمر بمصالح الأسرة والاعتداء على الطرف الآخر سواء في جسده، أو في مشاعره، أو في عرضه، أو ممتلكاته، حيث جرمت التشريعات محل المقارنة، وعلى رأسها المشرع الجزائري الإهمال العائلي بكل صوره، والممثلة في جريمة ترك مقر الأسرة، والتي قد يرتكبها الزوج كما الزوجة بوصفهما أبوين والذين يتخليان عن واجباتهما تجاه بعضهما أو تجاه أطفالهما، وجريمة التخلي عن الزوجة عامة والزوجة الحامل خاصة، وجريمة عدم تسديد النفقة.
- إقرار التشريعات الوضعية عقوبات على الجرائم الماسة بالعرض، والمتمثلة في الزنا والقذف، فعاقبت الزوج الزاني كما الزوجة الزانية كما فعل المشرع الجزائري، وإن كانت بعض القوانين على غرار المشرع المصري قد اشترطت في زنا الزوج أن يكون داخل منزل الزوجية وفرقت في العقوبة بين الزوج والزوجة، والجدير بالذكر هو هزالة العقوبة الجنائية المقررة لجريمة الزنا في هذه القوانين مقارنة مع عقوبة الرجم المقررة في الشريعة الإسلامية للزاني المحصن.
- جريمة القذف في الشريعة الإسلامية تختلف عما هو مقرر في القوانين الوضعية، حيث تعني في الأولى الرمي بالزنا، واللواط عند بعض الفقهاء، وتعني في الثانية إسناد واقعة ونسبتها لشخص معين، بحيث تمس هذه الواقعة بالشرف والاعتبار ودون اشتراط أن تكون هذه الواقعة متعلقة بزنا الزوج أو الزوجة، ويرتبط قذف الزوج لزوجته بالزنا باللعان إن لم يكن وجود شهود، فإن لم يقم الزوج بملاعنة زوجته أقيم عليه حد القذف وهو سبعين جلدة، أما في القوانين الوضعية فيجب توافر أركان جريمة القذف للقول بأن الزوج أو الزوجة قد ارتكبا جريمة القذف في حق الزوج الآخر.
- جرائم العنف الزوجي في القانون الجزائري شملت كافة أنواع العنف الذي قد يرتكبه أحد الزوجين ضد الآخر، وبالأخص الذي يرتكبه الزوج ضد زوجته، والذي يتمثل في العنف المادي والذي يكون في شكل ضرب أو جرح، وكذا العنف المعنوي أو اللفظي والذي يتمثل في كل كلام مؤذ، وجارح، ومهين، يوجهه أحد الزوجين للآخر، بالإضافة إلى عنف من نوع آخر هو العنف الاقتصادي، حيث جرم المشرع الجزائري تصرف الزوج في ممتلكات زوجته، ومواردها المالية بالإكراه والتخويف.
- تعدد الزوجات محظور ومجرم في كل من التشريعين التونسي والفرنسي، واعتبر المشرع التونسي إقدام شخص متزوج زواجا قانونيا على الزواج بأخرى في الشكل القانوني جريمة يعاقب عليها بالحبس والغرامة، كما اعتبر أيضا إقدام شخص متزوج عرفيا أي بخلاف الشروط القانونية المقررة في مجلة الأحوال الشخصية التونسية على الزواج بأخرى مرتكبا أيضا لجريمة تعدد الزوجات، كما حظر المشرع الفرنسي

تعدد الزوجات بالنسبة للمواطنين الفرنسيين داخل القطر الفرنسي و خارجه، وأيضا بالنسبة للأجانب الذين يعقدون زواجهم داخل القطر الفرنسي حتى لو كان قانون الزوجين يجيز التعدد، إلا أنه بالمقابل اعترف القضاء الفرنسي بالزواج الذي يبرم بين الأجانب خارج فرنسا وطبقا للأشكال القانونية التي يقررها القانون الذي له ولاية قضائية على أطراف العقد وموضوعه وشكله.

- المشرع العراقي وبخلاف التشريعات العربية محل المقارنة اعتبر تعدد الزوجات الذي يتم دون إذن قضائي ودون توفر الشروط القانونية الواجبة جريمة معاقب عليها بالحبس والغرامة، إلا أنه اشترط لتحريك الدعوى العمومية شكوى الزوجة الأولى، وأعفى الزوج طالب التعدد من الإذن القضائي ومن شرط القدرة المالية للزوج والمصلحة المشروعة، إذا كانت المرأة المراد الزواج بها أرملة أو كانت مطلقته التي يريد ردها لعصمته.

ويبقى الاعتراف بقصور نصوص قانون الأسرة الجزائري واقتضابها، وإغفالها للعديد من الأحكام، هو الخطوة الأولى في طريق إصلاح قانون الأسرة الجزائري واستكمال النقص الموجود فيه، وهو نتيجة وصلت إليها أغلب الدراسات في مجال قانون الأسرة الجزائري.

وتبعا لما توصلنا إليه من نتائج في ختام هذه الدراسة التي تعلقت بالتزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال به، نقترح مجموعة من التوصيات كالآتي:

- ضرورة الإشارة إلى التزام المساكنة كأثر لعقد الزواج في نص المادة 36 من ق.أ.ج، والنص على أنه التزام أساسي يتضمن كل ما يتبادله الزوجان من حقوق وواجبات في إطار عقد الزواج.
- ضرورة نص المشرع الجزائري على التزام الزوجين بالسكن بمسكن الزوجية، وعدم الاكتفاء بافتراضه، والنص أيضا على الشروط التي يجب توافرها للحكم بشرعية المسكن من عدمها، وتوضيح ما يترتب على الزوجين من التزامات للوفاء بالتزام السكن بمسكن الزوجية.
- النص على التزام الزوجين بالإخلاص كالتزام أساسي، مضمونه التزام بالامتناع، وكذا النص على المعاشرة الزوجية كالتزام جوهري يؤدي غيابه أو إهماله إلى تضييع مقصد أساسي لعقد الزواج، وعدم الاكتفاء بالإشارة إليه ضمنا فيما عبر عنه المشرع الجزائري في المادة 36 من ق.أ.ج بواجبات الحياة المشتركة.
- اعتماد معيار عدم الإضرار صراحة كضابط يقاس به حسن المعاشرة، ذلك أن حصر كل ما يعتبر من المعاشرة بالمعروف بين الزوجين صعب جدا لتعدد أوجهها واتساع مداها مما يجعلها تتقاطع مع التزامات زوجية أخرى.

- ضرورة إضافة الفسخ، والتطليق، والخلع، واللعان، إلى الطرق التي تنحل بها الرابطة الزوجية إلى المادة 47 من ق.أ.ج إلى جانب الطلاق والوفاة
- الإيصاء بتعديل الفقرة 4 من المادة 53 من ق.أ.ج والتي تنص على حالة التطليق للحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، كونها متضمنة في الفقرة 7 من نفس المادة والتي تنص على التطليق لارتكاب فاحشة مبينة، لأن الفقرة 4 في صياغتها الحالية بعيدة كل البعد عن حالة التطليق لحبس الزوج التي أجازها المالكية وابن تيمية من الحنابلة واعتمدتها قوانين الأحوال الشخصية العربية محل المقارنة.
- ضرورة النص على الخيانة الزوجية كإخلال بالتزام الإخلاص سواء من طرف الزوج أو الزوجة، مع ضرورة الإشارة إلى الخيانة الالكترونية والتي أصبحت تتصدر أسباب الطلاق في المجتمع العربي والجزائر خاصة
- ضرورة النص على الجزاء المدني للإخلال بالتزام المساكنة في قانون الأسرة، وكل ما يترتب عنه من التزامات والمتمثل في التعويض، وعدم الاكتفاء بالقواعد العامة للمسؤولية المدنية في القانون المدني، كما يجب تقرير حق المطالبة بالتعويض عن الإخلال بالتزام المساكنة منفصلا عن دعوى التطليق من طرف الزوجة أو الطلاق المبرر من طرف الزوج.
- ضرورة النص على وسائل لجبر الملتزم من الزوجين بتنفيذ الشروط الاتفاقية المقيدة لعقد التي التزم بها، فإن لم يكن ممكنا جبر المدين إما لتعنته أو بسبب استحالة الوفاء، يصار في هذه الحالة إلى التعويض وليس إلى التطليق لعدم الوفاء بالشرط أو الفسخ، كما قررته بعض التشريعات العربية.
- تفعيل إجراءات الصلح والتحكيم، سواء من حيث مراقبة سير جلسات الصلح ومساعي التحكيم من طرف لجان مختصة تستحدث على مستوى المحاكم، ولما لا إنشاء محاكم لشؤون الأسرة على غرار محاكم الأسرة في مصر لتكفل أفضل بالقضايا الكثيرة المعروضة على أقسام شؤون الأسرة، بالإضافة إلى تفعيل دور الأخصائيين الاجتماعيين والنفسيين، ورجال الدين، في مساعي الصلح بين الأزواج المتخاصمين، وربما يكون من المفيد أيضا رصد تحفيزات مالية للقضاة استنادا لعدد قضايا الطلاق المرفوعة أمامهم والتي يستطيعون فيها الإصلاح بين الزوجين وثنيهما عن الطلاق طبعا مع مراعاة مصلحة الأسرة مجتمعة ودون إهمال لمصالح أفرادها كل على حدة، وقبل هذا وذاك ضرورة الحرص على التكوين الشرعي لقضاة شؤون الأسرة لأنه لا غنى لهم عن ذلك وهم ينظرون في قضايا نظمت أحكامها الشريعة الإسلامية وفصل فيها فقهاءها غاية التفصيل.
- ولأننا نناقش تفاصيل التزام المساكنة الذي ينظم علاقات الأزواج فيما بينهم والتي تعتبر أكثر من خاصة، فإن القواعد القانونية تعجز في الكثير من الاحيان في معالجة

الإخلال بهذا الالتزام، لذلك يبدو ملحا ضرورة الاهتمام بالتربية الدينية الإسلامية وبتوعية المقبلين على الزواج بالحقوق والواجبات المترتبة على هذا الرباط المقدس.

ويبدو جليا في ختام هذه الدراسة أن الشريعة الإسلامية في تنظيمها لحقوق الزوجين وواجباتهما والعشرة الزوجية لم تترك شيئا إلا نظمته بأحكام بينة، وإلا بحالات عامة يمكن قياس الأمور المستجدة في الزواج والعشرة الزوجية عليها، وسواء في أحكامها الوقائية أو حتى العلاجية للخلافات الزوجية أوجدت حلولا قوامها العدل والإنصاف ومراعاة مصلحة الأسرة مجتمعة ومصلحة كل فرد فيها، وهو مالم تستطع التشريعات الوضعية تحقيقه، رغم ما تبذله من جهود، وإن كان لا مجال للمقارنة بين التشريع السماوي والتشريعات الوضعية، إنما الغرض هنا فقط هو التذكير بأن تمسك هذه القوانين بأحكام الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي لها من شأنه أن يحقق لها النجاعة والفعالية المأمولة في حماية كل أفراد الأسرة والمحافظة على مصالحهم ومصلحة الأسرة ككل.

قائمة المراجع

قائمة المصادر والمراجع باللغة العربية

أولا: المصادر

I - المعاجم والقواميس:

1- محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، دار صادر للنشر، لبنان، 1414هـ.
2- أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، المجلد الثاني، الطبعة الأولى،عالم الكتب، مصر، 2008.
3- أحمد عمر المختار، المعجم الموسوعي لألفاظ القرآن الكريم وقراءاته، ط.1، مؤسسة سطور المعرفة، السعودية، 2006.
4- إميل بديع يعقوب، المعجم المفصل في الجموع، دار الكتب العلمية، لبنان، 2004.
5- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، شركة دار الأرقم بن الأرقم للطباعة والنشر والتزيع، لبنان، 2011.
6- محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ط.1، مطبعة التراث العربي، الكويت، 2001.
7- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، دار الحديث، مصر، 2008.
8- عصام حداد، حسان جعفر، المنبع الموسع، دار صبح للنشر، لبنان، 2019.
9- رينهارت دوزي، ترجمة محمد سليم النعيمي، تكملة المعاجم العربية، دار الرشيد للنشر والتوزيع، العراق، د.س.ن.

II- كتب التفسير:

1- أبو الفداء الحافظ بن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2005.
2- أبو الفداء اسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير ابن كثير، تحقيق سامي بن محمد السلامة، ط.2، دار طيبة للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1999.
3- أبوالفضل شهاب الدين السيد محمود الألوسي البغدادي، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، الجزء الرابع، دار إحياء التراث العربي، لبنان، د.س.ن.
4- أبو بكر بن العربي المالكي، أحكام القرآن، القسم الأول، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.
5- أبو بكر علي بن أحمد الرازي الجصاص، أحكام القرآن، دار المصحف شركة مكتبة ومطبعة عبد الرحمان، مصر، د.س.ن.
6- أبو حيان الأندلسي، تفسير المحيط، دار الكتب العلمية، لبنان، 1993.
7- أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، جامع أحكام القرآن، دار الكتب المصرية، مصر، 1957.
8- محمد أبو زهرة، زهرة التفاسير، دار الفكر العربي، مصر، دون سنة نشر.

9- محمد الرازي فخر الدين، تفسير الفخر الرازي(التفسير الكبير ومفاتيح الغيب)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1981.
10- محمد بن مصلح الدين القوجوي محي الدين الحنفي، حاشية شيخ زاده على تفسير القاضي البيضاوي، مكتبة الحقيقة، تركيا، 1998.
11- محمد رشيد رضا، تفسير المنار، ط.2، الجزء 5، دار المنار للنشر، مصر، 1974.
12- ناصر الدين البيضاوي، تفسير البيضاوي، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1999.
13- سيد قطب، في ظلال القرآن، ط.32، دار الشروق، مصر، 2003.
14- عبد الأعلى الموسوي السبزواري، مواهب الرحمان في تفسير القرآن، ط.5، دار التفسير، العراق، 2010.
15- عبد الرحمان الثعالبي المالكي، تفسير الثعالبي المسمى بالجواهر الحسان في تفسير القرآن، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1990.
16- عبد الرحمان بن محمد ابن ادريس الرازي، تفسير القرآن العظيم مسندا عن رسول الله ﷺ والصحابة التابعين، ط.1، مكتبة نزار مصطفى الباز، السعودية، 1997 .

III- كتب الحديث

[1]- أبو الحسن على بن خلف بن عبد المالك بن بطال، شرح صحيح البخاري لابن بطال، ط.2، مكتبة الرشد، المملكة العربية السعودية، 2003.
[2]- أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، المكتبة العصرية، لبنان، د.س.ن.
[3]- أبوزكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ط.2، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1392هـ.
[4]- أبو عبد الله محمد بن اسماعيل بن إبراهيم البخاري، صحيح البخاري،ط.1، دار طوق النجاة، لبنان، 1422هـ.
[5]- أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجه، سنن ابن ماجه ، ط.1، دار الجيل، لبنان،1998.
[6]- أبو عبد الرحمان أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، سنن النسائي، ط.2، الجزء8، مكتب المطبوعات الجامعية، سوريا، د.س.ن.
[7]- أبو مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، ط.1، دار طيبة للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2006.
[8]- أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة، سنن الترمذي، تحقيق ابراهيم عطوة عوض ، ط.2، ملتزم للطباعة والنشر، سوريا،1975.
[9]- الأمير علاء الدين بن بلبان الفارسي، الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، ط.1، مؤسسة الرسالة للنشر، لبنان، 1988.
[10]- الحافظ أبو العباس أحمد بن عمر بن ابراهيم القرطبي، المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، الجزء4، دار ابن كثير، سوريا، د.س.ن.

[11]- العراقي وابن السبكي والزبيدي، تخريج أحاديث إحياء علوم الدين، دار العاصمة للنشر، المملكة العربية السعودية، 1987.
[12]- ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ط.2، المكتب الإسلامي، لبنان،1985.
[13]- ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، دار السلام للطبع، مصر، 2002.
[14]- ناصر الدين االألباني، صحيح الجامع الصغير وزيادته، المكتب الإسلامي، لبنان، د.س.ن.

ثانيا : قائمة المراجع

I- كتب الفقه الإسلامي

1- أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير العدوي، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار المعارف، لبنان، دون سنة نشر.
2- أبو المحاسن عبد الواحد بن اسماعيل الروياني، بحرالمذهب للروياني، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2009.
3- أبو النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار المعرفة للباعة والنشر، لبنان، د.س.ن.
4- أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل افريقية والأندلس والمغرب، نوازل النكاح، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للملكة المغربية، المغرب، 1981.
5- أبو العباس شهاب الدين بن إدريس بن عبد الرحمان القرافي، الذخيرة، ط.1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1994.
6- أبو العباس شهاب الدين القرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، الجزء3، دار عالم الكتب، مصر، د.س.ن.
7- أبو الضياء سيدي خليل الشهير بالحطاب، مواهب الخليل وهامشه لأبي عبد الله بن يوسف الشهير بالمواق، التاج والإكليل، ط.1، مطبعة السعادة، مصر، 1238هـ.
8- أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي ، المهذب في فقه الإمام الشافعي وبذيله النظم المستعذب في شرح غريب المهذب ، ط.2، دار المعرفة، لبنان، 1959.
9- أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، دار المعرفة، لبنان، د.س.ن.
10- أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، المستصفى من علم الأصول، المكتبة العصرية، لبنان، د.س.ن.
11- أبو زكريا محيي الدين بن شرف النووي، كتاب المجموع شرح المهذب، مكتبة الإرشاد، المملكة العربية السعودية، د.س.ن.
12- أبوزكريا محيي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، مطبعة التضامن الأخوي، مصر، 1347هـ.

13- أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي السعدي المالكي،عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، ط.1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 2003.
14- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري الأندلسي، المحلى بالآثار ، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.
15- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم الظاهري، مراتب الإجماع في العبادات و المعاملات والاعتقادات، ط.1، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1998.
16- أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، ط.1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 2003.
17- أبو عبد الله محمد بن محمد الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، ط.1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1984.
18- أبو عبد الله مالك ابن أنس بن أبي عامر الأصبحي الحميري المدني، الموطأ، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1985.
19- أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، الجزء5، ط.2، دار الفكر للطباعة والنشر، لبنان، 1983.
20- أبوعبد الله محمد الخرشي، شرح مختصر خليل وبهامشه حاشية العدوي، دار الفكر للطباعة، لبنان، د.س.ن.
21- أبو عبد الرحمان محمد ناصر الدين الأشقودري الألباني، آداب الزفاف في السنة المطهرة، دار السلام، مصر، 2002.
22- ابراهيم ابن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح أبو اسحاق برهان الدين، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997.
23- أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة أيوب، نيجيريا، 2000.
24- أحمد بن محمد الطحطاوي، حاشية الطحطاوي على الدر المختار، دار الكتب العلمية، لبنان، 2017.
25- أحمد بن محمد الصاوي المالكي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1956.
26- أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيثمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي، الجزء1، دار إحياء التراث العربي، لبنانن د.س.ن.
27- أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ابن عبد اللهبن أبي القاسم الخضر النميري الحراني الدمشقي الحنبلي، أبو العباس تقي الدين ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، لبنان، 1987.
28- أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الكتب العلمية، مصر، د.س.ن.
29- أحمد سلامة القليوبي، أحمد البرلسي عميرة، حاشيتا القليوبي وعسيرة، دار الفكر، لبنان، 1995.

30- الخرشي محمد بن عبد الله، مختصر سيدي خليل بهامشه حاشية الشيخ علي العدوي، دار صادر للنشر والتوزيع، لبنان، 1318هـ.
31- بدر الدين محمد بن علي البعلي، مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية، مطبعة السنة المحمدية، مصر، د.س.ن.
32- بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز بن عمر الدميري، الدرر في شرح المختصر وهو الشرح الصغير على مختصر خليل وبهامشه شفاء العليل في حل مقفل خليل، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر،2014.
33- جلال الدين عبد الرحمان السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمة، لبنان، د.س.ن.
34- زين 0ن ابراهيم بن محمد بن بكر(ابن نجيم)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، لبنان، د.س.ن.
35- زين الدين ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، وبهامشه حواشي منحة الخالق لابن عابدين، ط.1، المطبعة العلمية، مصر، 1310 هـ.
36- زين الدين بن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1999.
37- محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، الطب النبوي، ط.6، المكتبة التوفيقية، مصر، 2013.
38- محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، روضة المحبين ونزهة المشتاقين، دار الكتب العلمية، لبنان، 1984.
39- مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994.
40- محمد الأمير الكبير المالكي، الإكليل شرح مختصر خليل، مكتبة القاهرة، مصر، د.س.ن.
41- محمد أمين بن عمر عابدين، رد المختار على الدر المختار، دار عالم الكتب، السعودية، 2007.
42- محمد أمين الشهير ابن عمر عابدين، رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، ط.2، مطبعة مصطفى البابلي وأولاده، مصر، 1966.
43- محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ط.3، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.
44- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ط.1، دار الوفاء للطباعة والنشر، مصر، 2001.
محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، لبنان، د.س.ن.
45- محمد بن أحمد بن محمد عليش، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، دار المعرفة، لبنان، د.س.ن.
46- محمد نجيب المطيعي، كتاب المجموع شرح المهذب وتكملة المطيعي الأولى، المكتبة السلفية، المملكة العربية السعودية، د.س.ن.

47- محمد بن عبد الواحد السيواسي كمال الدين ابن همام ، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدىء ،ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.
48- محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ط.1، دار ابن حزم، لبنان، 2004.
49- محمد بن صالح بن محمد العثيمين، شرح رياض الصالحين، الجز3، دار الوطن للنشر، المملكة العربية السعودية، 1426هـ.
50- منصور ابن يونس ابن إدريس البهوتي، كشاف القناع، دار الفكرللطباعة والنشر، لبنان، 1982.
51- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع وحاشية الروض المربع، مكتبة الرياض الحديثة، السعودية، 1977.
52- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، السعودية، 2003.
53- مصطفى بن سعد بن عبد السيوطي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ط.2، المكتب الإسلامي، المملكة العربية السعودية، 1994.
54- نظام الدين البلخي وآخرون، الفتاوى الهندية، ط.2، دار الفكر، سوريا، 1991.
55- سيد سابق، فقه السنة، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، ط.3، لبنان، 2009.
56- سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، النهر الفائق شرح كنز الدقائق، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2002.
57- عثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، الجزء1، ط.1، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1314هـ.
58- عبد الكريم اللاحم، المطلع على دقائق زاد المستقنع"فقه الأسرة"، الجزء3، ط.1، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2010.
59- عبد الله محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، زاد المعاذ في هدي خير العباد، دار المنار للنشر، مصر، د.س.ن.
60- عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، الإختيار لتعليل المختار، الجزء 4، دار الكتب العلمية، لبنان، 1359هـ، ص.8.
61- عبد الحميد الشواني وأحمد بن القاسم العبادي، حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، لبنان، 2015.
62- عبد العزيز حمد آل مبارك الإحساني، تبيين المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك، شرح محمد الشباتي ابن حمد الشنقيطي الموريتاني، الجزء3، ط.2، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1998.
63- عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة،ط.2، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.
64- عبد الرحمان جلال الدين السيوطي، الدر المنثور في التفسير المأثور،ط.1، دار الفكر، سوريا، 1983.

65- عبد الرحمان شيخي زادة، كتاب مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، لبنان، د.س.ن.
66- عبد الله بن محمد الخليفي، إرشاد المسترشد إلى المقدم في مذهب أحمد، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2003.
67- عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الآنام، دار الكتب العلمية، لبنان، 1991.
68- علاء الدين أبو الحسن على بن محمد عباس البعلي الدمشقي، الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، مطبعة السنة المحمدية، مصر، 1950.
69- علاء الدين أبو الحسن علي بن سلمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، مطبعة بيت الأفكار الدولية، الرياض، السعودية، 2004.
70- علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية،لبنان، 2003.
71- علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدئ، دار إحياء التراث العربي، لبنان، د.س.ن.
72- عثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي ، ط.1، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1314هـ.
73- فهد بن عبد الرحمان اليحيى، اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية الفقهية، ط.1، كنوز إشبيليا، السعودية،2009.
74- صالح عبد السميع الأبي الأزهري، جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة الشيخ الجليل في مذهب الإمام مالك إمام دار التنزيل، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997.
75- شهاب الدين القليوبي والشيخ عميرة، حاشيتا القليوبي وعميرة على منهاج الطالبين، دار إحياء الكتب العربية، د.س.ن.
76- شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان الطرابلسي المغربي الحطاب الرعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط.3، دار الفكر، سوريا، 1992.
77- شمس الدين أبو عبد الله محمد بن قيم الجوزية، الداء والدواء، تحقيق بشير محمد عيون، ط.4، مكتبة دار البيان، سوريا، 2008.
78- شمس الدين ابن أبي عباس أحمد بن شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مصطفى البابلي الحلبي، مصرد.س.ن.
79- شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، دار الفكر، لبنان، 1417هـ.
80- شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي، الفروع لابن مفلح، ط.1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2003.
81- شمس الدين عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، مصر، دون سنة نشر.

82- تاج الدين ابن عبد الكافي السبكي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، لبنان، 1991.

II- كتب في الأحوال الشخصية

1- أبو حامد الغزالي، آداب النكاح وكسر الشهوتين، منشورات دار المعارف للطباعة والنشر، تونس، 1990.
2- أبو عبد الله مصطفى بن العدوي، كشف المبهم عن حكم سفر المرأة بدون زوج أو محرم، ط.1، دار ابن القيم، المملكة العربية السعودية، 1987.
3- إبراهيم، رفعت الجمال، الحقوق غير المادية بين الزوجين، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005.
4- أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، الزواج والطلاق وآثارهما، ط.3، المكتبة القانونية، العراق، 2010.
5- أحمد بن يوسف بن أحمد الدريويش، الزواج العرفي حقيقته حكمه آثاره والأنكحة ذات الصلة به ، دار العاصمة للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2005.
6- أحمد محمود خليل، الوسيط في شرح تشريعات محاكم الأسرة للمسلمين وغير المسلمين، دار الفتح المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2008.
7- أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون التونسي، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.
8- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري وفقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية نقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010.
9- النسائي، كتاب عشرة النساء، ط.3، دار المعمور، ماليزيا، 2009.
10- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.
11- العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2013.
12- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ط.4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
13- الغوتي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
14- أسامة عمر سليمان الأشقر ، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2000.
15- بدران أبو العينين، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط.2، مطبعة دار التأليف، مصر، د.س.ن.
16- بدر ناصر مشرع السبيعي، المسائل الفقهية المستجدة في النكاح مع بيان مأأخذ به القانون الكويتي، دار الوعي الإسلامي، الكويت، 2014.

17- جمال بن محمد بن محمود، الزواج العرفي في ميزان الإسلام، دار الكتب العلمية، لبنان، د.س.ن.
18- زكريا البري، بداية المجتهد في أحكام الأسرة، مطبعة دار التأليف، مصر ، د.س.ن.
19- حسن البغا، مصطفى البغا، شرخ قانون الأحوال الشخصية السوري، الزواج والطلاق، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، سوريا، 2018.
20- حسان عشا، الزواج والطلاق وتعدد الزوجات في الإسلام، ط.1، دار الساقي، لبنان، 2004.
21- حسن عبد الغني أبو غدة، حق المرأة في اشتراط عدم الزواج عليها، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، المملكة العربية السعودية، 2005.
22- طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكنى دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2012..
23- كرم حلمي فرحات، تعدد الزوجات في الأديان، ط.1، دار الآفاق العربية، مصر، 2002.
24- لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في الأحوال الشخصية، الجزء الأول، ط.2، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
25- مبروك المصري، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2010.
26- محمد أبو زهرة، محاضرات عن عقد الزواج وآثاره، الملتزم للطبع والنشر، دار الفكر العربي، مصر، دون سنة نشر.
27- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ملتزم للطبع والنشر، دار الفكر العربي، لبنان، دون سنة نشر.
28- محمد أحمد حسن القضاة، الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد رقم(36) لسنة 2010، كلية الشريعة الجامعة الأردنية، الأردن، 2012.
29- محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، الزواج، انحلال ميثاق الزوجية وآثاره، الولادة وآثارها، الطبعة السادسة، المغرب، 2015.
30- محمد الحبيب الشريف، مجلة الأحوال الشخصية معلق عليها، دار الميزان للنشر، تونس، 2004.
31- محمد الكشبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ط.3، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، المغرب، 2015..
32- محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، سلسلة البحوث القانونية،دون دار نشر، المغرب، دون سنة نشر.
33- محمد بن فنخور العبدلي، الأنكحة المستحدثة(المبتدعة) وحكم الشرع فيها، المعهد العلمي بمحافظة القريات،المملكة العربية السعودية، د.س.ن.
34- محمد جمال أبو سنينة، حسين مطاوع الترتوري، الطاعة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005..

35- محمد زيد الأنباني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية،ط.1، مطبعة الواعظ، مصر، 1326هـ.
36- محمد يعقوب محمد الدهلوي، حقوق المرأة الزوجية والتنازل عنها، ط.1، دار الفضيلة، المملكة العربية السعودية، 2002.
37- محمد لمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2004.
38- محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة الخطبة والزواج دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، ط.2، شهاب للنشر والتوزيع، الجزائر، 1994.
39- محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1994.
40- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط.4، الدار الجامعية، لبنان، 1983.
41- محمد عزمي البكري، أسباب التطليق من موسوعة الأحوال الشخصية، ط.1، دار محمود للطبع والنشر، مصر، 2016.
42- محمد عزمي البكري، دعوى الطاعة وإنذار الطاعة والاعتراض عليه، ط.1، دار محمود للطباعة والنشر، مصر، 2017.
43- محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 1989.
44- محمد علي ضناوي، الزواج في الإسلام أمام التحديات، ط.2، المكتب الإسلامي، لبنان، 1980.
45- محمد فوزي فيض الله، الزواج وموجباته في الشريعة الإسلامية والقانون، الطبعة الثانية، مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، 1997.
46- محمد شفيق عاني، أحكام الأحوال الشخصية في العراق، المطبعة الفنية الحديثة دار الكتب، العراق، 1970.
47- محمد مختار الشنقيطي، كتاب فقه الأسرة، المكتبة الشاملة المدنية، الجزء5، ص.4، متاح على الرابط: http://al-maktaba.com.org.book/7698/54 #p3. تم الإطلاع عليه بتاريخ 20 ديسمبر 2021 على الساعة 17:10.
48- محمود أحمد طه، الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية(دراسة مقارنة)، منشأة المعارف، مصر، 2008.
49- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الفكر، الأوذن، 2010.
50- محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج في الاجتهاد القضائي الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر02-05، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
51- ملكة يوسف زار، موسوعة الزواج والعلاقة الزوجية في الإسلام والشرائع المقارنة، الجزء الأول، ط.1، الناشر الفتح للإعلام العربي، مصر، 2000.
52- معوض محمد سرحان، الأحوال الشخصية حسب المعمول به في المحاكم الشرعية المصرية والسودانية والحسبية، الطبعة الأولى، مطابع رمسيس، مصر، 1953.

53- مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، ط.7، دار الوراق للنشر، لبنان، 1999.
54- ناصر جبر القرم، دور القضاء الشرعي في إصلاح الأسرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
55- نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
56- نور الدين أبو لحية، عقد الزواج وشروطه، الطبعة الأولى، دار الكتب الحديثة، مصر، د.س.ن.
57- نور حسن قاروت، موقف الإسلام من نشوز الزوجين أو أحدهما وما ينتج عن ذلك من أحكام دراسة مقارنة، ط.1، أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1995.
58- نورة منصوري، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2012.
59- نزيه حماد، الأحكام الشرعية في العلاقات الجنسية، الطبعة الثانية، منار للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2005.
60- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية وفق مذهب أبو حنيفة وماعليه العمل بالمحاكم، الطبعة الثانية، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1990.
61- عبد الوهاب هيكل، تعدد الزوجات في الإسلام وحكمة تعدد أزواج النبي صلى الله عليه وسلم، دار العلم، لبنان، د.س.ن.
62- عبد الحميد بن صالح بن عبد الكريم الكراني، القوامة وأثرها في استقرر الأسرة، دار القاسم للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2010.
63- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ط.1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1992.
64- عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، مصر، 2004.
65- عبد الملك بن يوسف بن محمد المطلق، زواج المسيار دراسة فقهية واجتماعية نقدية، دار ابن لعبون للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1432هـ.
66- عبد المعز محمد علي فركوس، المعين في بيان الحقوق الزوجية، دار العواصم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
67- عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات من النواحي الدينية والاجتماعية والقانونية، الشركة المصريةللطباعة والنشر، مصر، 1972.
68- عبد السلام بن محمد الشويعر، أثر عمل المرأة في النفقة الزوجية، ط.1، مكتبة الملك فهد الوطنية للنشر، المملكة العربية السعودية، 1442هـ.
69- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار البعث، الجزائر، 1989.

70- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
71- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاءا "الزواج"، دار الفكر العربي، مصر، 1974.
72- عبد الرحمان العمراني، تقييد المباح في بعض قوانين الأسرة العربية وفي بعض الاجتهادات الفقهية المعاصرة، جامعة القاضي عياش، المغرب، د.س.ن.
73- عبد الرحمان الصابوني، أحكام الطلاق في الفقه الإسلامي وماعليه العمل في دولة الإمارات، ط.3، دار القلم للنشر والتوزيع، الإمارات العربية المتحدة، 2000.
74- عبد الفتاح كبارة، الزواج المدني، ط.1، دار النشر الجديدة، لبنان، 1994.
75- عبلة عبد العزيز عامر، الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون المصري، دار النهضة العربية، مصر، 2010.
76- عدي طلفاح محمد الدوري، الرابطة الزوجية في منظور القانون الجنائي(دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2015.
77- علي حسب الله، الفرقة بين الزوجين وما يتعلق بها من عدة ونسب، ط.1، دار الفكر العربي، مصر، 1968.
78- علي أحمد عبد العالي الطهطاوي، كتاب النكاح، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2005
79- علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005.
80- عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ط.1، دار النفائس، الأردن، 2000.
81- عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2004.
82- عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
83- سمر محمد أبو يحيى، أحكام الخلوة في الفقه الإسلامي، دار البازوردي، الأردن، 1997.
84- سامح عبد السلام، نظام الأسرة بين حضارتين، دار النهضة العربية، مصر، 2008.
85- سامي وديع عبد الفتاح القدومي، طاعة الزوج وأثرها في أحكام خروج الزوجة من البيت،دار الوضاح، الأردن، 1426هـ.
86- سليمان بن ابراهيم اللاحم، وجوب أداء حقوق النساء ومعاشرتهن بالمعروف، دار العاصمة،/ المملكة العربية السعودية، د.س.ن.
87- فاطمة الزهراء بن محمود، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية قراءة في فقه القضاء، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015.

88- فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح القانون الأحوال الشخصية العراقي، جامعة السليمانية، العراق، 2004.
89- فهد بن محمد الحميزي، المعاشرة والطاعة بالمعروف رسالة إلى كل زوج وزوجة، دار الصميعي، السعودية، د.س.ن.
90- فيحان بن سالي بن عتيق المطيري، إتحاف الخلان بحقوق الزوجين في الإسلام، دار العاصمة، السعودية، 1411 هـ.
91- صلاح سيف الدين، حقوق الزوج والزوجة وأصول المعاشرة الزوجية، دار الروضة للنشر والتوزيع، مصر، 1993.
92- قاسم أمين، تحرير المرأة، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، مصر، 2011.
93- تيسير رجب التميمي، الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي، ط.1، دار الفكر العربي، مصر، 2009.
94- راسم شحدة سدر، تعدد الزوجات بين الإسلام وخصومه، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
95- رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء (دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان)، ط.2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.
96- رشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط.1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
97- خليفة علي الكعبي، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي، دار النفائس، ط.1، الأردن، 2010.

III- كتب قانونية وفقهية

1- أحمد أبو الروس، جرائم الإجهاض والاعتداء على العرض والشرف والاعتبار والحياء العام والإخلال بالآداب العامة من الوجهة القانونية 3والفنية، المكتب الجامعي، مصر، 1997.
2- أحمد محمد أحمد، الجرائم المخلة بالآداب العامة الاغتصاب- هتك العرض- الفعل الفاضح والمخل للحياء- الزنا- ألعاب القمار في ضوء التشريعات المقابلة، جدار الفكر والقانون، مصر، 2009.
3- أحمد محمود خليل، جرائم هتك العرض، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1990
4- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجزء الأول، دار هومة للنشر، الجزائر، 2003.
5- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول،ط.18، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2015.
6- بلحاج العربي، أحكام الالتزام في ضوء الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.
7- بلخيرسديد، الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.

8- جمال عبد الرحمان اسماعيل، ولا تقربوا الفواحش، ط.1، مكتبة الملك فهد الوطنية، المملكة العربية السعودية، 1423.
9- جميل فخري محمد حاتم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
10- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر، سوريا، 2010.
11- وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي(دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1979.
12- حسين فريجة ، شرح قانون العقوبات الجزائري جرائم الأشخاص وجرائم الأموال، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
13- حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار كنوز إشبيليا، السعودية، 2009..
محمد حسنين، طرق التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
14- محمد متولي الشعراوي، الزوجة الصالحة وبناء الأسرة السعيدة، دار الروضة للنشر والتوزيع، مصر.2011.
15- محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، التعريفات الفقهية، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.
16- محمد قطب، شبهات حول الإسلام، الطبعة الحادية والعشرون، دار الشروق، مصر، 1992.
17- محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، الطبعة الثامنة عشر، دار الشروق، مصر، 2001.
18- منير قزمان، التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، مصر، 2002
19- نصر الدين مروك، طرق التنفيذ في المواد المدنية، ط.2، دار هومة، الجزائر، 2008.
20- سعيد مقدم ، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الونية للكتاب، الجزائر، 1992.
21- عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ط.3، دار هومة، الجزائر،2012.
22- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، الجزء 01، القسم العام (الجريمة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.
23- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2013.
24- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الجزء الأول، دار الكتاب العربي، لبنان، د.س.ن.
25- عبد الرزاق السنهورين الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار إحياء التراث العربي، لبنان، د.س.ن.

26- علي فيلالي، الالتزامات، ، ط.3، موفم للنشر، الجزائر، 2012.
27- عمر حمدي باشا، طرق التنفيذ، دار هومة، الجزائر، 2016.
28- عمر سليمان الأشقر وآخرون، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، المجلد الأول، ط.1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2001.
29- فرج زهران الدمرداش، تنظيم النسل بين الحل والحرمة دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية، دار المعرفة الأزهرية، مصر، د.س.ن.
30- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط.4، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1988.
31- فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2008.
32- صلاح الدين سلحدار، أصول التنفيذ المدني، المكتبة القانونية، سوريا، د.س.ن.
33- صلاح الدين شوشاري، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية والشرعية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
34- رضي الدين محمد بن الحسن الاستراباذي، شرح شافية ابن الحاجب مع شرح شواهده لعبد القادر البغدادي، دار الكتب العلمية، لبنان، 1982.
35- شريف الطباخ، التعويض عن الإخلال بالعقد التطبيق العملي للمسئولية المدنية في الفقه والقضاء، دار الفكر والقانون، مصر، 2008.
36- خالد عبد العظيم أبو غابة، الخيانة الزوجية وأثرها (المعاشرة الجنسية) دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط.1، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2009.

VI- الرسائل والمذكرات الجامعية:

أطروحات الدكتوراه:

1- العيد براهامي، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بين قانون الأسرة الجزائري والقانون المدني الفرنسي، رسالة دكتوراه في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، الجزائر، 2018.
2- دليلة آيت شاوش، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، رسالة دكتوراه تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2014.
3- حياة يحياوي، الإكراه البدني في التشريع الجزائري دراسة مقارنة مع التشريع الفرنسي، أطروحة دكتوراه في القانون الإجرائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مستغانم، 2018.
4- حفيظة عاقلي، الحماية القانونية للحق في حرمة الحياة الحاصة دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2012.

5- منصور عبد الله الطوالبه، الدفع بعدم تنفيذ الالتزام دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، الأردن، 2005.
6- سليم محمودي، أحكام فسخ عقود الزواج في الفقه الإسلامي والآثار المترتبة عليها، أطروحة دكتوراه تخصص فقه إسلامي، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، الجزائر، 2018.
7- عبد الكريم الغوط، سلطات الرجل والمرأة داخل الأسرة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران -1- أحمد بن بلة، الجزائر، 2017.
8- عبد النور عيساوي، حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015.
9- علي سنوسي، مجال التعسف في الحقوق الأسرية بين التوسيع والتضييق على ضوء الاجتهاد القضائي وأحكام التشريع والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، الجزائر، 2019.
10- فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، المغرب، 2004.
11- رتيبة عياش، مدى تأثير تفويت الاحتباس على استحقاق الزوجة للنفقة، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق يوسف بن خدة، جامعة الجزائر، الجزائر، 2016.
12- رفيق العقون، الأسرة في التشريع والقضاء الجزائي الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أحمد دراية أدرار، الجزائر، 2022.

رسائل الماجستير:

13- إيمان يونس الأسطل، تعسف الزوج في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية غزة، فلسطين، 2013.
14- إيمان لعريبي، الشروط المقترنة بعقد الزواج، مذكرة ماجستير قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2014.
15- جمعة صالح الكربي، قوامة الرجال على النساء في كتب التفسير، رسالة ماجستير في التفسير وعلوم القرآن، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، قطر ، 2017.
16- زينب حسن شرقاوي، الحقوق غير المالية الناشئة عن عقد الزواج، رسالة ماجستير في الفقه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1408هـ.

17- يمينة مكرلوفي، استراتيجيات التعامل لدى الزوجة المعنفة وعلاقتها بالتوافق الزواجي، ماجستير علم النفس الأسري، كلية العلوم الاجتماعية جامعة وهران2، الجزائر، 2015.
18- محمود خميس حسن محمد خميس، حق المسكن الشرعي للزوجة، دراسة فقهية تطبيقية، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2012.
19- منال محمد رمضان، هاشم العشي، أثر الأمراض الوراثية على الحياة الزوجية، ماجستيرفي الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية غزة، فلسطين، 2008.
20- منى ناصر ، نطاق تطبيق الغرامة التهديدية على الأحكام القضائية المدنية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة ماجستير تخصص تنفيذ الأحكام القضائية، كلية الحقوق جامعة الجزائر -1-، الجزائر، 2017..
21- نور هاشم باج، الحماية الجنائية للأسرة في التشريع الاردني دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، الاردن، 2018.
22- سي ناصر بوعلام، الاشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون -دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية، ماجستير في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، الجزائر، 2012.
23- عائشة محمد صدقي موسى، أثر الأمراض الوراثية على الحياة الزوجية في الفقه الإسلامي، ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2014.
24- عادل بن عبد الله محمد المطرودي، الأحكام الفقهية المتعلقة بالشهوة، ماجيستير في الفقه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1427هـ.
25- عامر سعيد نوري الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، ماجستير في الفقه الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة، المملكة العربية السعودية، 1982.
26- عبد الباقي بوزيان، الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في التشريع الجزائري، ماجستير في العلوم الجنائية وعلم الإجرام، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2010.
27- عبد الله محمد خليلي إبراهيم، صور مستحدثة لعقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2010.
28- عبد اللطيف بومبعي، التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، مذكرة ماجستير في الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، الجزائر، 2015.

29- عدنان علي النجار، التفريق القضائي بين الزوجين دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، مذكرة ماجستير، كلية الشريعة، الجامعة الإسلامية غزة، فلسطين، 2004.
30- فتيحة بوراق، الاشتراط في عقد الزواج دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون المغربي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2016.
31- صفاء خالد حامد زين، تنظيم النسل في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2005.
32- قيدوم بوزياني إيمان، نظام الأموال المشتركة بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري، ماجستير عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2014.
33- رتيبة إزوين، الحجاب بين الشرعية والموضة، ماجستير في علم الاجتماع التربوي، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية، جامعة الجزائر، الجزائر، 2008.
34- شرف بن علي الشريف، صيانة الإسلام للعرض والنسب، شرف بن علي الشريف، رسالة ماجستيرفي الفقه وأصوله، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الملك عبد العزيز، مكة المكرمة، العربية السعودية، 1394هـ.
35- شرف بن علي الشريف، صيانة الإسلام للعرض والنسب، مذكرة ماجستير في الفقه وأصوله، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الملك عبد العزيز مكة، المملكة العربية السعودية، 1394هـ.
36- شارف بن يحيى، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة وهران، الجزائر، 2010..

V- المقالات

1- الهادي أحمد محمد حسن، تعدد الزوجات الأسباب والضوابط ، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد16، السودان، 2010
2- اليزيد عيسات، تأديب الزوجة بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، المجلد 14، العدد02، الجزائر، 2016، ص.ص300-321.
3- العمري بلا عدة، أثر الأمراض المعدية في التفريق بين الزوجين الإيدز أنموذجا، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة المسيلة، مجلد2،عدد5، الجزائر، 2020.ص.ص 111-137.
4- أحمد القضاة، أحكام سكنى الزوجة في قانون الأحوال الشخصية، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، مجلد 13، عدد4، الأردن، 2017..
5- أحمد بن محمد بن سعد آل سعد الغامدي، حدود الطاعة الزوجية في المسائل الخلافية، دراسة تأصيلية تطبيقية، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بدمنهور، عدد 4، الجزء1، مصر، 2019.

6- أحمد عبد الله الحاج ، تحريك دعوى القذف في الفقه المالكي، دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، العدد 20، الجزائر، 2015، ص.ص133-153.
7- أحمد عيسى عبيدات شلبي، يوسف عبد الله الشريفين، تعسف الزوج في حق زوجته وأثره على استقرار الأسرة المسلمة، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، العدد42، فلسطين، 2017.
8- بلقاسم شتوان، حق الزوجة في السكن شرعا وقانونا، مجلة المعيار، كلية أصول الدين جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطيمة، مجلد3، عدد5، الجزائر، 2003، ص.ص71-83.
9- بركاهم لنقار، مصادقة الجزائر على اتفاقية سيداو وتأثيرها عل قانون الأسرة الجزائري، مجلة السياسة العالمية، مخبر الدراسات السياسية والدولية، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، مجلد 5، عدد3، الجزائر، 2021، ص.ص444-455.
10- جيلالي تشوار، الجنس الزواج والقانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، مجلد 32، عدد4، الجزائر، 1995، ص.ص788-828.
11- جمال بلبكاي، دنيا فراحنة، الضغوط النفسية وسيكولوجية الحمل والولادة، مجلة القدس للدراسات النفسية والاجتماعية، جامعة يحيى فارس المدية، مجلد03، عدد04، الجزائر، 2021، ص.ص29-41.
12- جمال محمد يوسف علي، الممارسات الشاذة والتعسفية في العلاقات الجنسية بين الزوجين من منظور فقهي، مجلة كلية الشريعة والقانون، المجلد 30، العدد1، مصر، 2018.
13- وفاء بوكروشة، حق الزوجة في المعاشرة بالمعروف، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، المجلد6، العدد12، الجزائر،2014، ص.ص43-51.
14- وفاء بن عبد العزيز السويلم، مسقطات القوامة (دراسة فقهية إسلامية)، مجلة العدل، عدد 62، المملكة العربية السعودية، 1435هـ.
15- وردة دلال، موقف المشرع الجزائري من الخيانة الزوجية الالكترونية وأثرها على انحلال الرابطة الزوجية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر باتنة، عدد3، مجلد8، الجزائر، 2021.
16- زهيرة ذبيح، الغرامة التهديدية في القانون الجزائري، مجلة البحوث والدراسات العلمية، جامعة يحيى فارس البليدة، المجلد8، العدد 1، الجزائر، 2014.
17- زوليخة رواحنة، الحماية الجنائية للمرأة من العنف اللفظي والنفسي في ضوء قانون 15-19، جامعة محمد خيضر بسكرة، مجلة الاجتهاد القضائي، مجلد8، عدد13، الجزائر، 2016.

18- حسن ضعيف حمود المعموري، حيدر كاظم الشمري، العيوب المرافقة للنكاح دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مجلة كلية التربية الإسلامية للعلوم التربوية والإنسانية، جامعة بابل، العدد38، العراق، نيسان 2018.
19- ليلى جمعي، طبيعة التعديلات التي مست المركز القانوني للمرأة بمقتضى الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل لقانون الأسرة، مجلة العلوم الإنسانية، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة وهران، مجلد 1، عدد1، الجزائر، 2012، ص.ص355-370.
20- يوسف أبجيك السوسي، صفحات من أخبار الأنبياء والعلماء والأولياء والحماء في الصبر على الزوجات والحلم عليهن، دار الفتح للدراسات والنشر، الأردن، 2019.
21- كمال الدين عمراني، الإطار القانوني لجريمة عدم تسديد نفقة واجبة بحكم قضائي دراسة مقارنة في إطار التشريع الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة مولاي الطاهر سعيدة، مجلد4، عدد1، الجزائر، 2017.ص.ص69-91.
22- كريمة محروق، قيود تعدد الزوجات وإشكالاتها قراءة في نصوص القانون واجتهادات المحكمة العليا، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري قسنطينة، المجلد 48، عدد4، الجزائر، 2017، ص.ص383-401.
23- لامية لعجال، العنف ضد المرأة في قانون العقوبات الجزائري(نموذج العنف اللفظي)، المجلة الشاملة للحقوق، كلية الحقوق جامعة باجي مختار عنابة، مجلد1، عدد2، الجزائر، 2021، ص.ص 85-101.
24- محمد المهدي بن السيحمو، مظاهر حفظ العرض والنسب في الشريعة الإسلامية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تمنراست، مجلد3، عدد2، الجزائر، 2014، ص.ص143-158.
25- محمد الشافعي، تجريم الاغتصاب بين الزوجين في القانون الفرنسي،المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، عدد33، المغرب، 2000.
26- محمد بن سعد بن محمد المقرن، القوامة الزوجية، أسبابها، ضوابطها، مقتضاها، مجلة العدل، عدد32، المملكة العربية السعودية، 1427هـ.
27- محمد جبر السيد عبد الله جميل، عقوبة جريمة القذف في قانون العقوبات المصري والجزائري؛ دراسة تقويمية في ضوء الشريعة الإسلامية، مجلة الأبحاث القانونية والسياسية، جامعة مولاي الطاهر سعيدة، المجلد 04، العدد01، الجزائر، 2022، ص.ص01-19.
28- محمد صالح بن عومر، مساواة المرأة في التشريعات الأسرية المغاربية (الجزائر، تونس، المغرب)، مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة أحمد دراية، مجلد 15، عدد3، الجزائر، 2016، ص.ص54-78.

29- مصطفى مناصرية، الالتزامات المالية للزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد 2، العدد3، الجزائر، 2017، ص.ص263-286.
30- مليكة هنان ، بواب بن عامر، النقص التشريعي في أحكام الطلاق الرجعي وأثره على جريمة الزنا في التشريع الجزائري، دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة قاصدي مرباح ورقلة، عدد19، الجزائر،2018.
31- ناصر بن محمد العبد المنعم، طلاق متعاطي المخدرات، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 45، عدد4، الأردن ، 2018.
32- نوال ضيف، تأديب الزوجة حق مشروع أم انتهاك محظور، مجلة الفكر القانوني والسياسيي، جامعة عمار ثليجي الأغواط، المجلد04، عدد 02، الجزائر، 2020، ص.ص53-70.
33- نور الدين عماري، الخلع من رخصة الى حق أصيل للزوجة بين أحكام القضاء وقانون الأسرة الجزائريين، دفاتر السياسة والقانون، مجلد7، عدد13، الجزائر، 2015، ص.ص103-114.
34- نعيمة مراح، جريمة القذف بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة 8 ماي 1945 قالمة، مجلد10، عدد3، الجزائر، 2016، ص.ص191-210.
35- نظيرة عتيق، الخلع بين الرخصة و الحق الأصيل دراسة نقدية في ظل الاجتهاد القضائي والفقه الإسلامي، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق جامعة سعد دحلب البليدة، 2011، مجلد1، عدد1، الجزائر، 2011، ص.ص198-205.
36- ساجدة عاطف التلي، اختيار الزوجة لمسكنها(دراسة في الشريعة الإسلامية مقارنة باتفاقية سيداو الدولية)، مجلة الفقه، أكاديمية الدراسات الإسلامية، عدد12، جامعة ملايا، ماليزيا، 2015.
37- سالم عبد الله أبو مخلدة، الخيانة الزوجية الالكترونية في الفقه الإسلامي، مجلة بحوث ودراسات، كلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية، عدد14، فلسطين، 2020.
38- سامي بن حملة، تطور المركز القانوني للمرأة أثناء الزواج في مجال إدارة شؤون الأسرة ضمن تشريعات الأحوال الشخصية المغاربية، أبحاث قانونية وسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد الصديق بن يحيى جيجل، مجلد1، عدد1،الجزائر، 2018، ص.ص165-175.
39- سارة بوعلي، عبد الله بن عقيلة، التزام الزوجة بالإنفاق على بيت الزوجية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة ابن خلدون تيارت، المجلد07، عدد01، الجزائر، 2021، ص.ص450-470.

40- سمير رحال، الرابطة الزوجية في قانون العقوبات الجزائري...آية حماية؟، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، المجلد12، عدد5، الجزائر، 2020، ص.ص 336-346.
41- سميرة عبدو، التأصيل الفقهي للأمراض المعاصرة وأثرها في الفرقة بين الزوجين دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، مجلة الإحياء كلية العلوم الإسلامية جامعة باتنة، المجلد20، عدد2، الجزائر، 2014، ص.ص37-66.
42- سناء جميل الحنيطي، خلوف ضيف الله محمد آغا، شروط مسكن الزوجية في قانون الأحوال الشخصية الأردني، مؤتة للبحوث والدراسات، سلسلة العلوم الانسانية والاجتماعية، المجلد 33، العدد2، الأردن، 2018.
43- سعاد بنت محمد عبد العزيز الشايقي، عمل الزوجة وأثره على النفقة الزوجية دراسة فقهية مقارنة، مجلة جامعة طيبة للآداب والعلوم الانسانية، السنة الخامسة، العدد 10، المملكة العربية السعودية، 1437هـ.
44- سعيد السحارة ، مفيدة ميدون، حماية الحقوق المتبادلة بين أفراد الأسرة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد11، العدد1، الجزائر، 2019، ص.ص209-232.
45- عائشة معروف، براهيم عماري، حق الزوجة في التطليق لحبس الزوج في مواجهة حق الزوج المسجون في الخلوة الشرعية، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد الصديق بن يحيى جيجل، مجلد 7، عدد9، الجزائر، 2022، ص.ص760-785.
46- عائشة معروف ، براهيم عماري، تعسف الزوجة في طلب الخلع وسلطة القاضي في تقديره، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، مجلد 8، عدد2، 2022، ص.ص182-208.
47- عاصم أحمد بسيوني، التفريق بين الزوجين بسبب سوء العشرة دراسة مقارنة بين الفقه االإسلامي والقانون المصري، مجلة الدراسات العربية، كلية دار العلوم، جامعة المنيا، المجلد36، عدد3، مصر، 2017.
48- عبير حسن علي الزواوي، الأبعاد المستحثة في الخيانة الزوجية عبر الأنترنيت والمخاطر المحتملة على الأسرة المصرية جراء انتشارها ودور مقترح للتحفيف منها من منظور طريقة العمل مع الجماعات، مجلة كلية الخدمة الاجتماعية للدراسات والبحوث الاجتماعية، جامعة الفيوم، العدد4، مصر.
49- عزيز عبد اللطيف سمرة، جرائم الاعتداء على الأعراض وعقوباتها في الفقه الإسلامي، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية بنين، المجلد31، العدد1، مصر.
50- عبد الباقي بدوي، التفريق القضائي بين الزوجين بسبب العيوب في الفقه الإسلامي وبعض قوانين الأحوال الشخصية العربية- العقم نموذجا-، مجلة جامعة الأميرعبد القادر للعلوم الإسلامية، مجلد30، عدد3، الجزائر، 2016، ص.ص 91-127.

51- عبد الباقي بدوي، التفريق القضائي بين الزوجين بسبب الأمراض الجنسية في الشريعة الإسلامية وبعض قوانين الأحوال الشخصية العربية-العقم أنموذجا-، مجلة الإحياء،جامعة الحاج لخضر باتنة، العدد1، المجلد15، الجزائر، 2015، ص.ص 43-62.
52- عبد الحي أبرو، دراسة فقهية تطبيقية لقاعدة "لاضرر ولا ضرار"، مجلة القلم، جامعة القلم للعلوم الإنسانية والتطبيقية، اليمن، 2013.
53- عبد الحليم بن مشري، ضوابط تأديب الزوجة بين الشريعة والقانون، المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد06،الجزائر، 2009، ص.ص 39-50.
54- عبد المنعم نجيمي، الحقوق المشتركة بين الزوجين في الشريعة والقانون، مجلة الإحياء، كلية العلوم الإسلامية جامعة باتنة، مجلد 13، عدد1، الجزائر، 2012، ص.ص439-470.
55- عبد الله أحمد الزيوت، آية القوامة، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد41، العدد02، الأردن، 2014.
56- عبد الله بن فهد بن ابراهيم العيد، اشتراط عدم الإنجاب في عقد النكاح، مجلة العدل، عدد58، مجلد15، المملكة العربية السعودية، محرم 1424 هـ.
57- عبد الله زهام، حماية الزوجة من عنف الزوج دراسة على ضوء القانون رقم 15-16 المتضمن تعديل قانون العقوبات الجزائري، مجلة جيل حقوق الإنسان، العام الخامس، العدد 28، لبنان، 2018.
58- عبد القادر بوعرفة، جريمة التصرف في ممتلكات الزوجة وقواعد صياغة النص العقابي، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة مولاي الطاهر سعيدة، مجلد8، عدد2، الجزائر، 2018، ص.ص667-685.
59- عبد الرحمان خلفي، الحق في الحياة الخاصة في التشريع العقابي الجزائري (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، مجلة البحوث والدراسات،جامعة الوادي، المجلد8، العدد2، الجزائر، 2011، ص.ص135-193.
60- فايزة مخازني، مبدأ المساواة بين الزوجين وآثار عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، مجلد9، عدد17، الجزائر، 2017، ص.ص105-118.
61- فاطمة الزهراء لقشيري، المساواة بين الزوجين في واجب الإنفاق، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة زيان عاشورالجلفة، الجزائر، عدد 9، مجلد4، 2012، ص.ص157-169.
62- فاطمة حداد، ياسين حجاب، الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية،جامعة محمد بوضياف المسيلة، عدد5، مجلد2، الجزائر، 2017، ص.ص239-273.
63- فتيحة بن موفق، ليلى قوقي، تأثير اكتئاب ما بعد الولادة على طبيعة التفاعل أم- طفل، مجلة دراسات في سيكولوجية الإنحراف، جامعة محمد لخضر باتنة، المجلد06، عدد02، الجزائر، 2011، ص.ص617-634.

64- صديق سعداوي، تغيرات مبدأ الرضائية وفق الاجتهاد القضائي الجزائري في الطلاق والخلع، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق جامعة سعيد دحلب البليدة، مجلد1، عدد1، الجزائر، 2011، ص.ص164-171.
65- رابح بن غريب، أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بقوانين الدول العربية والشريعة الإسلامية، مجلة تاريخ العلوم، جامعة زيان عاشور الجلفة، مجلد4، عدد 07، الجزائر، 2017، ص.ص78-89.
66- رباب عنتر، جريمة تبديد منقولات الزوجية بين الشريعة والقانون الوضعي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، عدد39، مصر، 2006.
67- رنا حكمت عباس، أثر المواقع الالكترونية على النظام الأسري"الخيانة الزوجية نموذجا"، لارك للفلسفة واللسانيات والعلوم الاجتماعية، الجز2، عدد29، العراق، 2018.
68- رندة سعد ابراهيم التكريتي، الحماية القانونية للرابطة الأسرية في ظل التغيرات المجتمعية دراسة مقارنة، ط.1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2020، ص.237.
69- شريف هنية، الاجتهاد القضائي الفرنسي في مجال تعدد الزوجات، مجلة البحوث و الدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق جامعة سعد دحلب البليدة، المجلد 1، العدد 1،الجزائر، 2011، ص.ص 46-55.

VI- المداخلات والملتقيات

1- منوبة برهاني، ذكرى منصوري، القوامة الزوجية في ضور القرآن والسنة، ملتقى دولي التاسع قضايا الأسرة المسلمة المعاصرة في ضوء أصول ومقاصد الشريعة الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية جامعة باتنة، الجزائر، المنعقد يومي 27 و28 نوفمبر 2018.
2- كتاب المؤتمر الثاني لمجمع فقهاء الشريعة بأمريكا، المنعقد في كوبنهاجن، الدنمارك، في 22-25 يونيو 2004، متاح على الرابط http://www.amjaonline.org تم الإطلاع عليه بتاريخ 2022/05/10.

VII- النصوص القانونية

التشريعات الوطنية:

1- الأمر رقم 66-156 المورخ في 18 صفر عام 1386الموافق لـ 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، ج.ر عدد49، الصادرة بتاريخ 21 صفر 1386 الموافق لـ 11 يونيو 1966، ص.702.
2- الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج.ر عدد78، المؤرخة في 24 رمضان 1395 الموافق لـ 30 سبتمبر 1975، ص.990.

3- القانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر عدد24 الصادرة بتاريخ 12 رمضان 1404 الموافق لـ 12 يونيو 1984، ص.910.
4- الأمر رقم 05-02 مؤرخ في 1 محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005، المعدل والمتمم للقانون رقم 84 -11 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر رقم 15، المؤرخة في 18 محرم عام 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005، ص.18.
5- القانون رقم 15-19 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156، المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات الجزائري، الجريدة الرسمية عدد17، المؤرخة في 30 ديسمبر 2015.
6- المنشور الوزاري رقم 84-102 الصادر بتاريخ 23 ديسمبر 1984 الذي أصدره وزير العدل كتفسير للمادة 08 من ق.أ.ج .
7- المنشور الوزاري رقم 14 الصادر بتاريخ 22 أوت 1985 الذي أضاف فيه وزير العدل حالات ومبررات أخرى يقدرها القاضي للإذن بالتعدد.

النصوص التشريعية المقارنة:

1- قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 25 لسنة 1920، المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 والمتعلق بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية.
2- القانون رقم 58 لسنة 1937 الصادر بتاريخ 31 يوليو 1937 والمتضمن قانون العقوبات العراقي، والمعدل بالقانون رقم 95 لسنة 2003.
3- قانون عدد 3 لسنة 1957، مؤرخ في 4 محرم 1377(غرة أوت 1957) يتعلق بتنظيم الحالة المدنية، منشور بالرائد الرسمي عدد 2 و3 المؤرخ في 30 جويلية و2 أوت 1957.
4- ظهير شريف رقم 190-57-1 المؤرخ في 22 محرم 1377 الموافق لـ 19 أوت 1957 والمعدلة في 10 سبتمبر 1993.
5- القانون رقم 4 لعام 2019 القاضي بتعديل بعض مواد قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953 وتعديلاته، الصادر بتاريخ 7فيفري 2019، سوريا.

VIII- قرارات قضائية

1 - محكمة النقض السورية، القرار رقم 256، صادر بتاريخ 1968/09/12، مجلة المحامين، عدد5، ص.327.
2 - المحكمة العليا، غ.ق.خ، قرار صادر بتاريخ1971/05/03، م.ق عدد2، لسنة 1972، ص.39.
3 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1987/01/12، ملف رقم 43864، م.ق. 1991، عدد1، ص.44.
4 - المجلس الأعلى، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1984/11/19، ملف رقم 34784، م.ق، عدد03، 1989، ص.73.
5 - المحكمة العليا، قرارصادر في 1984/07/09، ملف رقم 33762، المجلة القضائية، عدد04، شنة 1989، ص.119.

6 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 1985/05/20، ملف رقم 36414، م.ق، عدد2، سنة 1990، ص.58.
7 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 45311، صادر بتاريخ 1987/03/09، المجلة القضائية، عدد03، لسنة 1990، ص.505.
8 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 1987/07/26، ملف رقم 44457، المجلة القضائية، عدد 4، 1991، ص.88.
9 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 50519، صادر بتاريخ1988/09/26، م.ق، عدد2، لسنة 1992، ص.48.
10 - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 38331 الصادر بتاريخ 1985/11/04، منشور بالمجلة القضائية العدد الأول لسنة 1989، ص.101.
11 - المحكمة العليا، الأحوال الشخصية، 1989/03/27، ملف رقم 53017، م.ق عدد 01، لسنة 1991، ص.56.
11 - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 39390 الصادر بتاريخ 1986/01/13، منشور بالمجلة القضائية العدد الثاني لسنة 1990، ص.62.
12 - نقض سوري، الغرفة الشرعية، القضية 52 أساس لعام 1994. قرار 45 لعام 1994- تاريخ 1994/01/26. مجلة المحامون، العدد 1-2 لعام 1995.

13 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1996/09/24، ملف رقم 139353، المجلة القضائية 1992، عدد خاص، ص.96.
14 - المحكمة العليا، قرار رقم 218736، الصادر بتاريخ 1999/02/16، غ.أ.ش، عدد خاص، المجلة القضائية، 2000، ص.206.
15 - قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 89339، الصادر بتاريخ 1998/05/19، منشور بالمجلة القضائية سنة 2001، ص.216.
16 - المحكمة العليا، قرار صادر بتاريخ 1998/04/21، ملف رقم 189226، م.ق، عدد خاص باجتهاد غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، 2001، ص.144.
17 - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 218754 الصادر بتاريخ 1999/02/16، منشور بالمجلة القضائية ، عدد حاص سنة 2001، ص.222.
18 - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 216886، الصادر بتاريخ 1999/03/01، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001.
19 - المحكمة العليا، ف.أ.ش، ملف رقم 258555، قرار بتاريخ 2001/01/23، م.ق، عدد2، لسنة 2002، ص.417.
20 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 269594، صادر بتاريخ 2001/07/18، م.ق،عدد1، لسنة 2003، ص.349.
21 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2001/01/23، ملف رقم 258555، م.ق.2002، عدد 2، ص.417.
22 - المحكمة العليا، ، غ.أ.ش، ملف رقم 334060 صادر بتاريخ 19 جانفي 2005، م.م.ع عدد.3، ص.325.

23 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 364855 بتاريخ 12جويلية 2006، م.م.ع، عدد2، 2006، ص.469.
24 - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصي، ملف رقم 356997، صادر بتاريخ 12-07-2006، مجلة المحكمة العليا، العدد2، 2006، ص.441.
25- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 374449، صادر بتاريخ 2006/12/13، المجلة القضائية عدد01، لسنة 2007، ص.505.
26 - المحكمة العليا، غ أ ش، 2009/02/11، ملف رقم 480264، م م ع، 2009، العدد1، ص.283.

IX- المقالات الالكترونية

1- أحمد حافظ، دار الإفتاء المصرية تعبر خطا اجتماعيا أحمر برفعها الغطاء عن المعاشرة الزوجية بالإكراه، جريدة العرب، عدد 12168، السنة 44، صدرت بتاريخ 2021/09/03، مصر متاح على الرابط: alarab.co.uk، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2022/08/26 على الساعة 19:30.
2 - أحمد عبيدي فتح الدين، وجهة نظر الشريعة الإسلامية في تعدد الزوجات، ص.3، متاح على الرابط publications<media.neliti.com ، تم الإطلاع عليه بتاريخ 31 جانفي 2022 على الساعة 20:04.
3 - أسامة شهاب حمد الجعفري، حق الخصوصية بين الزوجين من الشراكة إلى الفردانية، صحيفة المدى، مقال منشور يوم 2021/10/25، متاح على الرابط https://almadapaper بقية الرابط ؟؟؟، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2022/12/20 على الساعة 10:45.
4 - هبة حلمي الجابري، إطلالة فقهية على أحاديث الأربعين النووية، ص.16، متاح على الرابط noor-book.com/grs3zt، تم الأطلاع عليه بتاريخ 29 جويلية 2022 على الساعة 09:55.
5 - هدى عبد الحميد، 456 حالى اعتداء على الزوج والخلافات المادية والمشكلات النفسية أبرز الأسباب، يومية الوطن، متاح على الرابط: alwatannews.net، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2 سبتمبر 2022، على الساعة 10:30.
6 - حمدي صبحي، منع الزوجة من السفر في الشريعة الإسلامية والقانون المصري، منشور بتاريخ 4 فبراير 2018، متاح على الرابط https://www.mohamah.net/law، تم الإطلاع عليه بتاريخ، 30 جويلية 2022 على الساعة 10:20.
7 - حسن مصطفى، علماء الأزهر يحسمون الجدل في قضية "الاغتصاب الزوجي"، جريدة صوت الأزهر، متاح على الرابط: https://www.facebook.com/soutelazhar/photos/1677184819148523، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2022/08/26 على الساعة 19:00.

8 - محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز ابن عابدين، تنقيح الفتاوى الحامدية، موقع الإسلام، متاح على الرابط :http:/www.al-islam.com، تم الإطلاع عليه بتاريخ6 ماي 2022 على الساعة 12:47.
9 - محمد براء ياسين، فضل غض البصر، شبكة الألوكة، 1437هـ، متاح على الموقع www.alukah.net تم الإطلاع عليه بتاريخ 31جويلية 2022 على الساعة 10:30
10 - محمد جمال، هل التعدد في الإسلام هو الأصل أم الزوجة الواحدة؟، منشور بتاريخ: الاثنين 08 اكتوبر 2018، متاح على الرابط https://www.amrkhaled.net، تم لاطلاع عليه بتاريخ 7 فيفري 2022 على الساعة 20:04.
11 - مجموعة من المؤلفين، موسوعة الفقه الإسلامي المصرية، مقال متاح على الرابط: al-maktaba.org/book/437، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2022/08/26 على الساعة 18:19.
12 - محمود داوود يعقوب، واجب المساكنة، خمسينية الفقه والقضاء المدني، مقال منشور بتاريخ 2017/05/10، ص.2، متاح على الرابط: https://maitremahmoudyacoub.blogspot.com/2017/05/blog-post.html تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2020/12/21 على الساعة 13:07.
13 - مصباح أمين، تفتيش هاتف "شريك الحياة" تلصص ينتهي بالسجن والغرامة، مقال منشور على ، متاح على الرابط https://www.emaratalyoum.com/local-section/accidents/2018-10-01-1.1139416 ، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2022/09/26 على الساعة 20:45.
14 - عباس أحمد شحادي، الحكم الشرعي للخيانة الزوجية الالكترونية، مداخلة دينية فقهية أولية، متاح على الرابط: https://www.newlebanon.info/lebanon-now - تم الإطلاع عليه بتاريخ 28 سبتمبر 2021 على الساعة 21:09.
15 - سالم رضوان الموسري، حقوق المرأة في تطبيقات القضاء العراقي، مجلة الحوار المتمدن، عدد3417، بتاريخ 5جويلية 2011، العراق، متاح على الرابط https://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=266017 ، تم الإطلاع عليه بتاريخ 30 جويلية 2022 على الساعة 09:45.
16 - عباس شومان، لا اغتصاب في الزواج، بوابة أخبار اليوم، تاريخ النشر 08يونيو 2021، مصر، متاح على الرابط: https://akhbarelyom.com/news/newdetails، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2022/08/26 على الساعة 20:15.
17 - عبد الله عبد المنعم عبد اللطيف العسيفي، محمد عبد المجيد إبراهيم الأشقر، تعليم المرأة وعملها بين الشريعة والقانون، متاح على الرابط Ebook.univeyes.comK، تم الاطلاع عليه بتاريخ 30 جوان 2022، على الساعة 19:07، ص.13.

18 - شفيق العرج، لطائف من نسبة البيوت للنساء في القرآن الكريم، مجلة البيان، عدد375، جويلية 2010، متاح على الرابط www.albayane.co.uk، تم الإطلاع عليه بتاريخ22 جويلية 2022 على الساعة 09:27.
19 - عباس شومان، بين العدل والمساواة !، مقال منشور في جريدة اليوم السابع، القاهرة، مصر، متاح على الرابط https://www.youm7.com ، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2022/10/05 على الساعة 22:13.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية

I -Les dictionnaires :

1- dictionnaire de langue français lexis, larousse, France.
2- hachette dictionnaire pratique du français, librairie larousse, canada, 1989.

II -Les ouvrages :

1- Adel Ben Nacer, la gestion des conflis conjugaux en Tunisie de l'adaptation à l'innovation, centre de publication universitaire, Tunisie, 2004.
2- Claire Veihinck et autres, droit de la famille, edition Ellipses, Françe. 2002.
3- Corinne Renault-Brahinsky,l'essentiel droit de la famille,18 edition,Gaulino-lextensod, France, 2019.
4- François Térré, Dominique Fenouillet, droit civile, les personnes- la famille, les capacites , edition Dalloz, Françe , 2000.
5- frédérique faudier, droit de la famille, 2°édition, Armand Colin, Dalloz, Fance, 2003.
6- Marie Cresp(Coord),Jean Hauser et autres,Droit de la famille (droit français, européen, internationale, comparé), editions Bryland,Bruxelles,2018 .
7- Patrice Hilt, Fréderique Granet-Lamberchts , droit de la famille, 6°édition, presses université de Grenoble, janvier 2018, France, 2018.
8- Patrick Nicoleau, droit de la famille, edition markiting, France, 1995.
9- patrick courbe, droit de la famille, 4°edition, edition Dalloz, Françe, 2005.
10- Djilali Tachouar, reflixions sur les questions epineuses du code algérien de la famille,office des publcations universitaires, Alger, 2004.

III -Les article :

1- Edwige Rude-Antoine, la validite de la réception de l'union polygamique par l'ordre juridique français une question théorique controversée, journale des anthropologues, assosciation français des Anthropologues, n°71, françe, 1997.
2- Jean-Marie Bischoff, le mariage polygamique en droit international privé, droit international privé, travaux du comité français de droit international privé, 3° année, tome 2, 1980-1981, p.p 91-116 , p. 94.
3- Isabelle Sayn, les obligation alimentaires(droit civile et droit de la protection sociale), cairn.info, revue français des affaires sociales, n°4, françe.
4- Stéphane Papi, les mariage à la FATIHA et le droit français, revue de droit de religions, 4/2017, France.
5- Wilfried Rault, L'invention du PACS, pratiques et symboliques d'une nouvelle forme d'union, presses de sciences po, paris, 2009.
6- Yann Favier, la notion de couple de fait en droit français : « concubinage » vs, PACS et Mariage, Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 11, aout 2019, Spain, 2019.

IV -Les théses ;

1- Jens Urban, la réception de la polygamie au regarde du droit français et du droit canadien par rapport au mariage et à ses effets, thése doctorat en droit, université de Perpignan via domitia, françe, 2017.
2- Dania Dhaini, Mariage et libertés(etude comparative en droit français), these doctorat siences juridique, université Paris-Saclay, Françe, 2016.

V- les artices sur les sites web ;

1- Marie Lamarche. Jean-Jacque Lemouland , les effets de mariage ,p.16, disponible sur le lien : https://actu.dalloz-etudian.fr/fileadmin/actualites/pdfs/civ07- mariage__ 4_effets__ 2009-2.pdf, la date a été vue 05/07/2022 à l'heure 21 :18.

فهرس المحتويات

فهـــرس المحتويات

الأية الكريمة	
الإهداء	
الشكر والتقدير	
قائمة لبعض المختصرات	
العنوان	**الصفحة**
مقدمة	02
الباب الأول: مفهوم التزام المساكنة بين الزوجين	11
الفصل الأول: المفهوم الضيق لالتزام المساكنة بين الزوجين	13
المبحث الأول: تعريف التزام المساكنة بين الزوجين، طبيعته ونطاقه	13
المطلب الأول: تعريف التزام المساكنة بين الزوجين	14
الفرع الأول: التعريف اللغوي للمساكنة	14
أولا: المعنى اللغوي للسكن	14
ثانيا: معاني أوزان ساكن ومساكنة	16
ثالثا: معنى المساكنة بدلالة المفاعلة	17
رابعا: معاني المساكنة في القرآن الكريم	17
الفرع الثاني: تعريف المساكنة اصطلاحا	20
أولا: تعريف المساكنة عند فقهاء الشريعة الإسلامية	20
ثانيا: تعريف المساكنة في التشريعات المقارنة	21

ثالثا: تعريف فقهاء القانون للمساكنة	23
الفرع الثالث: طبيعة التزام المساكنة بين الزوجين	26
أولا: التزام المساكنة بين الزوجين التزام تبادلي	26
ثانيا: التزام المساكنة بين الزوجين التزام تشاركي تكاملي	27
ثالثا: التزام المساكنة بين الزوجين مصدر للحقوق والواجبات الزوجية	28
المطلب الثاني: تحديد نطاق التزام المساكنة بين الزوجين	28
الفرع الأول: التزام المساكنة بين الزوجين ناتج عن عقد زواج صحيح وقائم	29
أولا: الزواج العرفي والتزام المساكنة بين الزوجين	30
ثانيا: التزام المساكنة بين الزوجين وعدة الطلاق الرجعي	33
الفرع الثاني: التزام المساكنة بين الزوجين في بعض أنواع الزواج الشائعة اليوم	36
أولا: التزام المساكنة بين الزوجين وزواج المسيار	37
ثانيا: التزام المساكنة بين الزوجين والزواج الميسر(زواج الفريند)	40
الفرع الثالث: تمييز التزام المساكنة بين الزوجين عن بعض الأنظمة في القانون الفرنسي	42
أولا: التزام المساكنة بين الزوجين ونظام المعاشرة(concubunage)	43
ثانيا: التزام المساكنة بين الزوجين وميثاق التضامن المدني	45
المبحث الثاني: التزام الزوجين بالسكن بمسكن الزوجية	48
المطلب الاول : مسكن الزوجية في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية	48
الفرع الاول : مسكن الزوجية في الشريعة الإسلامية	49
أولا: تعريف مسكن الزوجية في الفقه الإسلامي	49

ثانيا: الطبيعة الشرعية لمسكن الزوجية	52
ثالثا: المعيار المعتبر في تقدير مسكن الزوجية	53
1- المعتبر في تقدير مسكن الزوجية حال الزوجين معا	54
2- المعتبر في تقدير مسكن الزوجية حال الزوجة	54
3- المعتبر في تقدير مسكن الزوجية حال الزوج	55
رابعا: شروط مسكن الزوجية عند فقهاء الشريعة الإسلامية	56
1- أن يكون المسكن لائقا ومناسبا	56
2- أن يكون المسكن مستقلا	57
3- أن يكون المسكن آمنا	61
4- أن يكون المسكن مجهزا	63
الفرع الثاني: مسكن الزوجية في قوانين الأحوال الشخصية	65
أولا: تعريف مسكن الزوجية في قوانين الاحوال الشخصية	66
ثانيا: المصطلحات التي تختلط بمعنى مسكن الزوجية	70
1- مسكن الزوجية ومسكن المعتدة من طلاق رجعي	70
2- مسكن الزوجية ومسكن الحاضنة	71
3- مسكن الزوجية وبيت الطاعة	72
ثالثا: شروط مسكن الزوجية في القوانين الوضعية	73
1- أن يكون المسكن مستقلا ومنفردا	74
2- أن يكون المسكن حسب حال الزوجين	76
3- أن يكون المسكن مأمونا وبين جيران صالحين	78

4- أن يكون المسكن مجهزا ومؤثثا	79
المطلب الثاني: وفاء الزوجين بالتزام السكن بمسكن الزوجية	81
الفرع الاول: التزام الزوجين بالإقامة في مسكن واحد	82
أولا: مشاركة مسكن الزوجية اساس الالتزام بالسكن	82
ثانيا: انفصال الزوجين في المسكن امر عارض	83
الفرع الثاني: كيفية وفاء الزوج بالتزام السكن بمسكن الزوجية	85
أولا: توفير المسكن وتجهيزه واجب يفرضه الزواج ام قوامة من الزوج	85
1- مفهوم القوامة	85
2- توفير مسكن الزوجية يقع على الزوج	87
3- اختيار مكان مسكن الزوجية وإقامة الزوجة	88
ثانيا: دعوة الزوجة للالتحاق بمسكن الزوجية	91
ثالثا: الإقامة في مسكن الزوجية	93
الفرع الثاني: كيفية وفاء الزوجة بالتزام السكن بمسكن الزوجية	95
أولا: التحاق الزوجة بمسكن الزوجية والقرار فيه طاعة لزوجها أم وفاء بالتزام السكن	96
1- الطاعة الزوجية	96
2- انتقال الزوجة لمسكن الزوجية وقرارها فيه	99
أ- خروج الزوجة لزيارة والديها وأقاربها	100
ب- عمل الزوجة	101
3- سفر الزوجة وانتقالها مع زوجها	102
ثانيا: قيام الزوجة بشؤون مسكن الزوجية والإشراف عليه	105

ثالثا: عدم السماح للغير بدخول مسكن الزوجية بدون إذن الزوج	108
الفصل الثاني: المفهوم الواسع لالتزام المساكنة بين الزوجين	112
المبحث الاول: التزام الإحصان بين الزوجين	113
المطلب الاول: مضمون التزام الإحصان بين الزوجين	113
الفرع الأول: التزام المعاشرة الزوجية(حل الاستمتاع)	114
أولا: تعريف المعاشرة الزوجية وما يدخل ضمنها	114
1- تعريف المعاشرة الزوجية	114
2- مقدمات الجماع	117
ثانيا: الطبيعة الشرعية لالتزام المعاشرة الزوجية	118
1- مشروعية حق المعاشرة الزوجية من الكتاب والسنة	118
2- المعاشرة الزوجية حق للزوجين معا	119
ثالثا: ضوابط وحدود التزام المعاشرة بين الزوجين	120
1- الاستمتاع في موضع الحرث	120
2- حالة حيض أو نفاس الزوجة	121
3- الاستمتاع في الصوم والحج	123
4- الوطء في الظهار قبل الكفارة	124
الفرع الثاني: مضمون الالتزام بالإخلاص	124
أولا: التزام الإخلاص في الشريعة الإسلامية	124
ثانيا: التزام الإخلاص في القوانين العربية	126
ثالثا: التزام الإخلاص في القانون الفرنسي	127

المطلب الثاني: الوفاء بالتزام الإحصان	130
الفرع الأول: وفاء الزوجين بالتزام المعاشرة الزوجية	130
أولا: في عدد مرات الوطء الواجبة على الزوجين	130
1- عدد مرات الوطء فيما يجب للزوجة	131
2- عدد مرات الوطء فيما يجب للزوج	132
ثانيا: العيوب والأمراض المانعة من المعاشرة الزوجية	132
1- العيوب والأمراض المانعة من المعاشرة الزوجية عند فقهاء الشريعة الإسلامية	133
2- الأمراض المعاصرة المؤثرة على المعاشرة الزوجية	135
3- العيوب والأمراض التي تمنع المعاشرة الزوجية في القوانين الوضعية	137
ثالثا: تعسف الزوجين في المعاشرة الزوجية	142
الفرع الثاني: الوفاء بالتزام الإخلاص بين الزوجين	145
أولا: وفاء الزوجين معا بالتزام الإخلاص	146
1- امتناع الزوجين عن الزنى	146
2- امتناع الزوجين عن الخيانة الزوجية الالكترونية	148
ثانيا: وفاء الزوج بالتزام الإخلاص	150
1- امتناع الزوج عن ممارسة اللواط	150
2- امتناع الزوج عن ممارسات شاذة أخرى	152
ثالثا: وفاء الزوجة بالتزام الإخلاص	153
1- امتناع الزوجة عن الخروج متبرجة	154

2- امتناع الزوجة عن السفر دون محرم	156
3- امتناع الزوجة عن الخلوة والاختلاط بالأجانب	158
4- امتناع الزوجة عن النظرة والملامسة والخضوع بالقول	160
المبحث الثاني: التزام المعاشرة بالمعروف بين الزوجين	162
المطلب الأول: مضمون التزام المعاشرة بين الزوجين	162
الفرع الاول: التزام المعاشرة بالمعروف بين الزوجين في الشريعة الإسلامية	163
أولا: معنى المعاشرة بالمعروف	163
ثانيا: السند الشرعي للمعاشرة بالمعروف	165
ثالثا: معيار المعاشرة بالمعروف	167
الفرع الثاني: التزام المعاشرة بالمعروف في القوانين الوضعية	168
أولا:التزام المعاشرة بالمعروف في القانون الجزائري	168
ثانيا: التزام المعاشرة بالمعروف في قوانين الأحوال الشخصية العربية	170
ثالثا: التزام المعاشرة بالمعروف في القانون الفرنسي	173
الفرع الثالث: اتساع التزام المعاشرة بالمعروف ليشمل التزامات أخرى	174
أولا: التزام كل من الزوجين بحسن معاملة أبوي الآخر وأقاربه	175
ثانيا: التزام الزوجين بالتعاون على رعاية مصلحة الأسرة والأولاد	177
المطلب الثاني: وفاء الزوجين بالتزام المعاشرة بالمعروف	179
الفرع الأول: عدم إضرار كل من الزوجين بالآخر من صميم المعاشرة بالمعروف	180
أولا: التأسيس الفقهي والقانوني لعدم إضرار كل من الزوجين بالآخر ومعيار الضرر	180

ثانيا: مفهوم الضرر المعتبر إخلالا بالتزام المعاشرة الزوجية	183
الفرع الثاني: وفاء الزوج بالتزام المعاشرة بالمعروف	185
أولا: الإنفاق على الزوجة	185
ثانيا: تطييب القول للزوجة	191
ثالثا: رعاية الزوجة في المرض ومواساتها والصبر عليها وإشراكها في العبادات	192
رابعا: مراعاة مشاعر الزوجة ومسامرتها والتزين لها	193
خامسا: حسن الظن بالزوجة وتقبل غيرتها وعدم طلب عثراتها	195
الفرع الثالث: وفاء الزوجة بالتزام المعاشرة بالمعروف	196
أولا: استئذان الزوجة زوجها فيما يستوجب إذنه	197
ثانيا: حفظ الزوجة زوجها غائبا في ماله ونفسها	198
ثالثا: عدم إرهاق الزوج بكثرة الطلبات وشكره وعدم إنكار فضله	199
رابعا: خدمة الزوج زوجها وأولادها	199
خامسا: التزين للزوج وحسن استقباله عند عودته لبيته	200
الفصل الثالث: التزام المساكنة بين الزوجين في أحوال خاصة	203
المبحث الأول: التزام المساكنة بين الزوجين وتعدد الزوجات	203
المطلب الأول: تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية	204
الفرع الأول: تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية	205
أولا: مشروعية تعدد الزوجات وحكمه	205
ثانيا: تعدد الزوجات أصل أم استثناء	207

1- تعدد الزوجات هو الأصل	207
2- الزواج بواحدة هو الأصل	208
ثالثا: ضوابط تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية	210
1- الحد الأقصى لعدد الزوجات	210
2- العدل بين الزوجات	211
3- عدم الجمع بين المحارم	212
4- قدرة الزوج على الإنفاق	212
الفرع الثاني، تعدد الزوجات في القوانين الوضعية	215
أولا: موقف القوانين الوضعية من تعدد الزوجات	215
1- القوانين التي أجازت تعدد الزوجات بقيود	216
2- القوانين التي حظرت تعدد الزوجات	220
ثانيا: ضوابط وقيود تعدد الزوجات في القوانين الوضعية	222
1- قيد المبرر الشرعي	222
2- توفر شروط ونية العدل	224
3- القدرة على توفير الشروط الضرورية للحياة	225
4- إخبار الزوجة السابقة والزوجة المستقبلية اللاحقة	225
5- طلب الترخيص بالتعدد من القضاء	226
المطلب الثاني: وفاء الزوجين بالتزام المساكنة في حالة تعدد الزوجات	229
الفرع الأول: وفاء الزوج بالتزام المساكنة في حالة تعدد الزوجات	229
أولا: العدل في المبيت	229

ثانيا: العدل في النفقة والسكن	231
ثالثا: العدل في المعاملة حتى في أحوال خاصة للزوج	233
1- قسمة الصبي	234
2- قسمة المريض	234
3- قسمة المسافر	235
4- قسمة المجنون	236
رابعا: العدل في الميل القلبي وفي الاستمتاع	237
الفرع الثاني: وفاء الزوجة بالتزام المساكنة في حالة التعدد	240
أولا: التزام الزوجة بالسكن في مسكن الزوجية في حالة التعدد	240
ثانيا: وفاء الزوجة بالتزام المعاشرة الزوجية في حالة التعدد	242
ثالثا: إسقاط الزوجة المعدد بها أو عليها نفقتها	244
رابعا: تنازل الزوجة عن حقها في المبيت لضرتها	245
المبحث الثاني: تأثير الشروط الاتفاقية المقيدة لعقد الزواج على الوفاء بالتزام المساكنة	248
المطلب الأول: الاشتراط في عقد الزواج ودور الإرادة فيه	248
الفرع الأول: طبيعة عقد الزواج	249
أولا: الزواج عقد أم نظام قانوني	250
ثانيا: الزواج عقد ديني أم عقد مدني	254
الفرع الثاني: ضوابط الاشتراط في عقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية	256
أولا: ضوابط الاشتراط في عقد الزواج طبقا لأحكام الفقه الإسلامي	256

1- موقف الظاهرية من الاشتراط في عقد الزواج	256
2- موقف الموسعين في الأخذ بالاشتراط	257
3- المسلك الوسط في الأخذ بالاشتراط	258
ثانيا: ضوابط الاشتراط في عقد الزواج طبقا للقوانين الوضعية	259
1- شرط عدم مخالفة النظام العام	259
2- عدم مخالفة أحكام قانون الاسرة	260
3- جدية المصلحة في الاشتراط	261
المطلب الثاني: تطبيقات بعض الشروط الاتفاقية المعدلة لالتزام المساكنة بين الزوجين	263
الفرع الأول: اشتراطات تتعلق بالجانب المالي في التزام المساكنة بين الزوجين	263
أولا: الشرط المتعلق بالسكن	264
ثانيا: شرط انفاق الزوجة على نفسها أو على زوجها	265
ثالثا: الشرط المتعلق بالصداق	268
رابعا: الشروط المتعلقة بالاموال المكتسبة بين الزوجين	269
الفرع الثاني: الاشتراطات غير المالية	272
أولا: شرط عمل المرأة	272
ثاينا: شرط المرأة عدم الزواج عليها	275
ثالثا: اشتراط الزوجة مواصلة دراستها	277
رابعا: شرط الزوجة عدم الانتقال بها	278
خامسا: اشتراط صفة معينة في أحد الزوجين	281

سادسا: اشتراط العصمة بيد الزوجة	285
الباب الثاني: الإخلال بالتزام المسكنة بين الزوجين وآثاره	288
الفصل الأول: الإخلال بالتزام السكن بمسكن الزوجية وبالتزام الإحصان	291
المبحث الأول: الإخلال بالتزام السكن بمسكن الزوجية	291
المطلب الأول: إخلال الزوج بالشروط المطلوبة لشرعية المسكن	292
الفرع الأول: إخلال الزوج بالشروط المتعلقة بالمسكن في حد ذاته	292
أولا: عدم توفر المسكن على المرافق الضرورية	292
ثانيا: مرافق المسكن غير مستورة أو مشتركة	294
ثالثا: عدم صلاحية المسكن من الناحية الصحية	296
رابعا: خلو مسكن الزوجية من بعض اللوازم الضرورية	297
خامسا: احتواء مسكن الزوجية على أمتعة الغير	298
الفرع الثايي: إخلال الزوج بالشروط المتعلقة بظروف المسكن ومحيطه	298
أولا: انشغال المسكن بأ قارب الزوج	298
ثانيا: عدم وجود جيران لمسكن الزوجية	299
ثالثا: وجود عداوة بين الزوجة وجيران المسكن	300
رابعا: عدم أمن الزوجة على نفسها ومالها في مسكن الزوجية	301
المطلب الثاني: إخلال الزوج بالالتزامات الناشئة عن التزام السكن بمسكن الزوجية	302
الفرع الأول: مماطلة الزوج في دعوة الزوجة أو الاستجابة لدعوتها في الدخول بها	302
الفرع الثاني: غيبة الزوج عن مسكن الزوجية	304

أولا: غيبة الزوج عن مسكن الزوجية في الفقه الإسلامي	305
ثانيا: غيبة الزوج عن مسكن الزوجية في القوانين الوضعية	307
الفرع الثاني: حبس الزوج وسجنه	310
أولا: حبس الزوج في الفقه الإسلامي	311
ثانيا: حبس الزوج في القوانين الوضعية	312
المطلب الثالث: إخلال الزوجة بالالتزامات الناشئة عن التزام السكن بمسكن الزوجية	315
الفرع الأول: نشوز الزوجة في الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية	315
أولا: نشوز الزوجة في الشريعة الإسلامية	316
ثانيا: نشوز الزوجة في القوانين الوضعية	317
الفرع الثاني: امتناع الزوجة عن الالتحاق بمسكن الزوجية	320
أولا: ألا يكون امتناع الزوجة عن الالتحاق بمسكن الزوجية سببه عدم استيفاء صداقها	320
ثانيا: ألا يكون امتناع الزوجة عن الالتحاق بمسكن الزوجية سببه عدم توفير المسكن الشرعي	323
الفرع الثالث: مغادرة الزوجة مسكن الزوجية	324
أولا: خروج الزوجة دون إذن زوجها	325
ثانيا: خروج الزوجة للعمل دون إذن زوجها	329
ثالثا: سفر الزوجة دون إذن زوجها	332
الفرع الثالث: عدم سماح الزوجة بدخول زوجها مسكن الزوجية	335
المبحث الثاني: الإخلال بالتزام الإحصان	336
المطلب الأول: الإخلال بالتزام المعاشرة الزوجية	337

الفرع الأول: امتناع الزوج عن معاشرة زوجته	338
أولا: الإيلاء	339
ثانيا: الظهار	340
ثالثا: الهجر	341
الفرع الثاني: امتناع الزوجة عن المعاشرة الزوجية	346
أولا: امتناع الزوجة عن المعاشرة الزوجية بعذر شرعي	346
ثانيا: امتناع الزوجة عن المعاشرة الزوجية دون عذر شرعي	347
الفرع الثالث: وطء الزوجة كرها	349
أولا: وطء الزوج كرها حق للزوج	350
ثانيا: الاغتصاب الزوجي	351
ثالثا: الزواج سبب لإباحة معاشرة المرأة بالإكراه	354
المطلب الثاني: الإخلال بالتزام الإخلاص	356
الفرع الأول: الخيانة الزوجية	356
أولا: جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية	356
ثانيا: جريمة الزنى في القوانين الوضعية	360
الفرع الثاني: إطلاع أحد الزوجين على محادثات واتصالات الآخر بين الإباحة والتجريم	365
أولا: حق كل من الزوجين في الخصوصية	365
ثانيا: التنصت على اتصالات الزوج الآخر ومراقبتها فعل مباح في القضاء المصري والفرنسي	367
ثالثا: موقف القوانين من اطلاع أحد الزوجين على محادثات الآخر واتصالاته	369

الفصل الثاني: الإخلال بالتزام المعاشرة بالمعروف وبالتزام المساكنة في الأحوال الخاصة	373
المبحث الأول: الإخلال بالتزام المعاشرة بالمعروف	373
المطلب الاول: الشقاق بين الزوجين	374
الفرع الأول: الشقاق بين الزوجين في الشريعة الإسلامية	375
الفرع الثاني: الشقاق بين الزوجين في القوانين الوضعية	376
المطلب الثاني: إضرار أحد الزوجين بالآخر	381
الفرع الأول: الإيذاء العمدي	381
أولا: العنف المادي بين الزوجين	382
ثانيا: العنف المعنوي بين الزوجين	384
ثالثا: تأديب الزوجة ضربا بين التجريم والإباحة	386
الفرع الثاني: اتهام أحد الزوجين الآخر بالخيانة الزوجية	389
أولا: قذف أحد الزوجين للآخر	389
ثانيا: اللعان بين الزوجين	392
الفرع الثالث: الإساءة إلى أهل وأقارب الزوج الآخر وخيانة الأمانة بين الزوجين	394
أولا: إساءة أحد الزوجين إلى أهل وأقارب الزوج الآخر	394
ثانيا: خيانة الأمانة بين الزوجين	395
المطلب الثالث: صور أخرى لإخلال الزوج بالتزام المعاشرة بالمعروف	397
الفرع الأول: عدم الانفاق	397

أولا: موقف الشريعة الإسلامية من عدم الإنفاق	398
ثانيا: امتناع الزوج عن الإنفاق في القوانين الوضعية	400
الفرع الثاني: تعاطي الزوج للمسكرات وإرغام الزوجة على ارتكاب المعاصي	404
أولا: تعاطي الزوج للخمر والمخدرات	404
ثانيا: إرغام الزوجة على ارتكاب المعاصي	407
المبحث الثاني: الإخلال بالتزام المساكنة في الأحوال الخاصة	408
المطلب الأول: الإخلال بالتزام المساكنة في حالة التعدد	408
الفرع الأول: إخلال الزوج بالتزام السكن في حالة التعدد	409
أولا: عدم مماثلة مسكن الزوجية لمسكن الضرة	409
ثانيا: مجاورة مسكن الزوجية لمسكن الضرة	410
الفرع الثاني: الإخلال بالتزام الإحصان في حالة التعدد	412
أولا: إخلال الزوج بالتزام المعاشرة الزوجية حال التعدد	412
ثانيا: إخلال الزوج بالتزام الإخلاص في حالة التعدد	413
الفرع الثالث: إخلال الزوج بالتزام المعاشرة بالمعروف حال التعدد	415
أولا: عدم المساواة في الإنفاق بين الزوجات	415
ثانيا: عدم التسوية بين الزوجات في السفر	416
ثالثا: إضرار الزوج بزوجاته أو بإحداهن	419
المطلب الثاني: الإخلال بالشروط الاتفاقية المتعلقة بالتزام المساكنة	419
الفرع الأول: شروط تنافي مقتضى عقد الزواج	419

أولا: اشتراط عدم الوطء	419
ثانيا: اشتراط عدم الإنجاب	421
ثالثا: شرط تطليق الضرة أو قسم أكبر من قسمها أو عدم القسم لها	423
الفرع الثاني: الحالات التي لا يشكل فيها عدم الوفاء بالشرط إخلالا بالتزام المساكنة	426
أولا: الإبراء من الوفاء بالشرط	426
ثانيا: زوال سبب الشرط	428
ثالثا: تعذر الوفاء بالشرط بسبب ظروف طارئة أو قوة قاهرة	429
الفصل الثالث: آثار الإخلال بالتزام المساكنة بين الزوجين	433
المبحث الأول: آثار الإخلال بالتزام المساكنة بين الزوجين في قوانين الأحوال الشخصية	434
المطلب الأول: آثار الإخلال بالتزام المساكنة بين الزوجين التي تنحل بها الرابطة الزوجية	434
الفرع الأول: التفريق القضائي	435
أولا: التفريق القضائي للعيب	436
ثانيا: التفريق لعدم الإنفاق أو الإعسار بالنفقة	442
ثالثا: التفريق للهجر والغيبة والحبس	445
1- التفريق للهجر	446
2- التفريق للغيبة	449
3- التفريق للحبس	451
رابعا: التفريق للشقاق والضرر المعتبر شرعا	455
1- التفريق للشقاق	455

2- التفريق للضرر المعتبر شرعا	459
خامسا: التفريق لارتكاب فاحشة	465
سادسا: التفريق لمحالفة الشروط الاتفاقية وشروط تعدد الزوجات	467
1- التفريق لمخالفة الشروط الاتفاقية المقترنة بعقد الزواج	467
2- التفريق لمخالفة شروط تعدد الزوجات	468
الفرع الثاني: الطلاق والخلع واللعان	472
أولا: الطلاق	473
1- تعريف الطلاق وبيان حكمه التكليفي	473
2- الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج	474
3- الطلاق التعسفي	476
ثانيا: الخلع	480
1- تعريف الخلع وحكمه	480
2- طبيعة الخلع	482
3- الخلع في تشريعات الأحوال الشخصية	482
4- الخلع جزاء للإخلال بالتزام المساكنة	485
ثالثا: اللعان	486
1- تعريف اللعان ومشروعيته	487
2- صيغة اللعان وألفاظه	488
3- شروط اللعان	489
4- آثار اللعان	489
المطلب الثاني : آثار الإخلال بالتزام المساكنة التي تبقى معها الرابطة الزوجية قائمة	491

الفرع الأول: تأديب الزوجة	492
أولا: تعريف التأديب ودليل مشروعيته	492
ثانيا: وسائل تأديب الزوجة	494
1- الوعظ	494
2- الهجر في المضجع	496
3- الضرب	498
أ- تعريف الضرب كوسيلة للتأديب وحكمه	499
ب- ضوابط تأديب الزوجة ضربا	499
الفرع الثاني: الصلح والتحكيم بين الزوجين	502
أولا: الصلح	503
1- تعريف الصلح ودليل مشروعيته	503
2- إجراءات الصلح بين الزوجين في قوانين الاحوال الشخصية	504
ثانيا: التحكيم	508
1- تعريف التحكيم ودليل مشروعيته	509
2- الحكمين وما يتعلق بهما	510
3- إجراءات التحكيم بين الزوجين ودور الحكمين	513
المبحث الثاني: آثار الإخلال بالتزام المساكنة بين الزوجين في القوانين الأخرى	519
المطلب الأول: آثار الإخلال بالتزام المساكنة بين الزوجين في القانون المدني	519
الفرع الأول: التنفيذ العيني الجبري لالتزام المساكنة	520
أولا: تعربف التنفيذ العيني الجبري وشروطه	520
1- تعريف التنفيذ العيني الجبري	520

2- شروط التنفيذ العيني الجبري	521
ثانيا: وسائل التنفيذ العيني الجبري	521
1- الإكراه البدني	522
2- الإكراه المالي	524
ثالثا: تطبيقات التنفيذ العيني الجبري لالتزام المساكنة بين الزوجين	526
الفرع الثاني: الدفع بعدم التنفيذ	528
أولا: تعريف الدفع بعدم التنفيذ وأساسه	528
ثانيا: شروط الدفع بعدم التنفيذ	529
1- الدفع بعدم التنيفذ يكون في العقود التبادلية	529
2- أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه مستحق الاداء	529
3- إخلال المتعاقد المطالب بالتنفيذ بما ترتب عليه من التزام تجاه المتعاقد الآخر	529
ثالثا: تطبيقات الدفع بعدم تنفيذ التزام المساكنة بين الزوجين	530
الفرع الثالث: الفسخ	532
أولا: فسخ عقد الزواج في الشريعة الإسلامية	532
1- تعريف الفسخ	533
2- الفرق بين الفسخ وكل من البطلان والطلاق	534
3- أسباب فسخ عقد الزواج عند فقهاء الشريعة الإسلامية	534
ثانيا: الفسخ في القانون المدني	535
1- أساس الفسخ	535
2- شروط الفسخ	536
ثالثا: فسخ عقد الزواج للإخلال بالتزام المساكنة في قوانين الأحوال الشخصية	537
الفرع الرابع: التعويض	539

أولا: تعريف التعويض وتقديره	540
ثانيا: صور للإخلال بالتزام المساكنة بين الزوجين موجبة للتعويض	541
1- التعويض عن الإخلال بالشروط الاتفاقية	541
2- التعويض عن الضرر الذي يسببه أحد الزوجين للآخر بشكل عام	543
3- التعويض عن الخيانة الزوجية	543
ثالثا: متعة الطلاق والتعويض عن الطلاق التعسفي	545
1- تعريف متعة الطلاق مشروعيتها وحكمها	545
2- العلاقة بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي	549
3- المتعة تغني عن التعويض عن الطلاق التعسفي	546
4- موقف القوانين محل المقارنة من مسألة الحكم بالمتعة إلى جانب الطلاق التعسفي	550
المطلب الثاني: آثار الإخلال بالتزام المساكنة بين الزوجين في القانون الجنائي	554
الفرع الأول: جرائم الإهمال العائلي	554
أولا: جريمة ترك مقر الاسرة	555
1- الابتعاد جسديا عن مقر الاسرة	555
2- وجود ولد أو عدة أولاد قصر	556
3- ترك مقر الأسرة لأكثر من شهرين	556
4- عدم الوفاء بالالتزامات العائلية	556
5- ترك مقر الأسرة دون سبب جدي	557
6- عقوبة جريمة ترك مقر الأسرة	557
ثانيا: جريمة التخلي عن الزوجة	558

1- صفة الزوج	558
2- تخلي الزوج عن زوجته لمدة شهرين	559
3- حمل الزوجة (قبل تعديل 2015 لقانون العقوبات الجزائري)	559
ثالثا: جريمة عدم تسديد النفقة	559
1- وجود حكم قضائي نهائي ملزم بالنفقة	560
2- وجود دين مالي في ذمة المطالب بالنفقة	560
3- عدم دفع مبلغ النفقة كاملا	561
الفرع الثاني: جريمتي الزنا والقذف	561
أولا: عقوبة جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية	561
1- عقوبة جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية	561
2- عقوبة جريمة الزنا في القوانين الوضعية	563
ثانيا: جريمة القذف	564
1- جريمة القذف في الشريعة الإسلامية	565
2- جريمة القذف في القوانين الوضعية	566
الفرع الثالث: جرائم العنف الزوجي	567
أولا: جريمة العنف الزوجي المادي	567
ثانيا: جريمة العنف الزوجي اللفضي والنفسي	568
ثالثا: جريمة تصرف الزوج في أموال زوجته	570
1- صفة الزوجية	570
2- استعمال الزوج طرق الإكراه والتخويف	570

3- تصرف الزوج في ممتلكات الزوجة ومواردها المالية	571
الفرع الثالث: جريمة تعدد الزوجات وتعدد الزوجات دون احترام الشروط القانونية	572
أولا: جريمة تعدد الزوجات	572
1- جريمة تعدد الزوجات في القانون التونسي	572
2- جريمة تعدد الزوجات في القانون الفرنسي	573
ثانيا: جريمة التزوج بثانية دون احترام الشروط القانونية	575
خاتمة	578
قائمة المراجع	588
فهرس المحتويات	619