

وقد وجه القرآن الكريم أيضا انذاراً مماثلاً ، إلى الموصين الذين يقصدون بمساعدة المنتفعين بوصاياهم ، أن يحرموا وارثيهم الشرعيين ، فقال : " من بعد وصية يوصى بها أو دين ، غير مضار " الآية ١٢ / النساء .

فمن هذه الأمثلة القرآنية ، التي تشاركها أمثلة أخرى كثيرة ، استنبط النبي (صلى الله عليه وسلم) هذه القاعدة الكلية ، التي أثبت بها تكليف كل مسلم ، بأنه (لا ضرر ولا ضرار) .

ونختم هذا المقال بقولنا : إننا لو نظرنا بعين محايدة إلى هذه الأدلة التي عول عليها الأئمة المالكية ، لا يسعنا إلا تأييدها والقول بها والله سبحانه أعلم .

التفريق للضرر

للمستشار عمر محمد أبو سردانة *

تقديم :

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا ، من يهده الله فهو المهتد ، ومن يضلل فلن تجد له وليا مرشداً ، والصلاة والسلام على أشرف خلق الله سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه أجمعين ومن سار على نهجه إلى يوم الدين .

أما بعد : فإن العلوم وإن كانت تتعاضم شأننا وتطلع في سماء العلا كواكبها ضياءً وشرفاً فلا مرية في أن الفقه واسطة عقدها ورابطة حلها ، وعقدها به يعرف الحلال والحرام ويدين الخاص والعام .

وكفى لعلم الفقه فخراً أن الله سبحانه وتعالى حث على تعلمه بقوله تعالى :
{ وما كان المؤمنون لينفروا كافة فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين ولينذروا قومهم إذا رجعوا إليهم لعلهم يحذرون } .

وزاده تعظيماً ورفعته قول المصطفى صلى الله عليه وسلم : " من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين " .

وإذ انعقد عزم كلية الشريعة والقانون بجامعة الامارات العربية المتحدة لعقد ندوة تدور محاورها حول حقوق الأسرة في ضوء المعطيات المعاصرة .

وكان لى شرف المشاركة في هذه الندوة مشاركاً في محورها المتعلق بالتطبيق

* القاضي الشرعي بمحكمة دبي الابتدائية

للضرر وذلك لما لهذا الموضوع في أيامنا هذه من أهمية قصوى في حياة الأفراد لعدم وقوفهم على حقيقته وتخطبهم في فهم أسبابه وموجباته والآثار المترتبة عليه، فتقدمت بهذه المشاركة المتواضعة التي أرجو من العلى القدير أن أكون فيها قد أوفيت الموضوع حقه . فقد تناولت عناصر الموضوع وعرضتها فقهاً وقضاً وتطبيقاً بدارسة مقارنة مبيناً معنى الضرر، وآراء الفقهاء في التفريق، للضرر، وأسانيدهم مع الترجيح والاختيار، ومن يملك حق التفريق ، وبيان نظام التحكيم الأسرى، وأثاره على حياة الأسرة المسلمة ، مع ايضاح ما يتعلق بالتفريق للضرر الناجم عن تعدد الزوجات .

وزيادة في الفائدة فقد نقلت نصوص المواد القانونية ذات الصلة بالبحث من قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية معقياً عليها بما ارتأيته مناسباً في حل المشاكل القضائية ذات الفائدة في موضوع البحث .

وأرجو أن أكون قد وفقت في توضيح الأمر وبيانه .

تمهيد : إن المستقرىء لأحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالعلاقة الأسرية ليجده قد أحاطها بسياج منيع من الأوامر والنواهي مبيناً ما لكل من الزوجين من حقوق وواجبات لقوله تعالى : **{ ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف }**^(١) حائناً لهما على حسن العشرة فيما بينهما حرصاً منه على بقاء تلك الرابطة التي يظلها التعاطف والتآلف والمودة والرحمة قائمة لقوله تعالى : **{ وعاشورهن بالمعروف }** أمراً كلاً منهما بالصبر على صاحبه لقوله تعالى : **{ فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً }**^(٢) وإن كان الخطاب في أصله موجهاً للرجال مع قدرتهم على الخلاص بالطلاق فإن الزوجة أولى بالصبر ، ويجلي

(١) سورة البقرة آية ٢٢٨ .

(٢) سورة النساء آية ٩ .

الأمر ويوضحه قول المصطفى صلى الله عليه وسلم : " لا يفرك مؤمن مؤمنة إن كره منها خلقاً رضى منها آخر " .

إلا أن الحياة الزوجية قد يعترضها ما يعكر صفوها ويخلخل أركانها ويحطم أعمدها ويجعلها بركاناً ثائراً وموجاً هادراً لانعدام التفاهم وانتهيار مقومات الثقة واختلاف الأمزجة والأشربة وركوب هوى النفس مما يتعذر معه إصلاح ذات البين وعودة الأمور لنصابها فتصبح الحياة الزوجية والحالة هذه نقمة وشقاء وجحيماً وبلاء لا بد من إزالته وقطع دابره برفع قيد الزواج إما بالطلاق أو التطليق لأنه العلاج الشافي من انتشار كثير من الأمراض الاجتماعية والواقى مي توسيع دائرة الجريمة .

التفريق للضرر

معنى الضرر في اللغة :

جاء في لسان العرب < الضر والضر > بفتح الضاد أو ضمها . ضد النفع وكل ما كان من سوء حال وفقر وشدة في بدن فهو شر والضرر يعني أيضا الضيق .

ومعنى الضرر في الاصطلاح الشرعي :

لقد عرف ابن حجر الهيتمي من الشافعية الضر بأنه هو إلحاق مفسدة بالآخرين^(١) وهذا تعريف عام للضرر وقد ذهب الشيخ أحمد الزرقاء في شرحه للقاعدة الثامنة عشرة من مجلة الأحكام الشرعية بقوله : إن الضرر إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً^(٢) ، ومن هنا فإنه يتضح للمتتبع لآراء الفقهاء في تعريف الضرر في الاصطلاح الشرعي أنهم قد تركوه لمعناه اللغوي إذ أن هذا المعنى هو المراد من الضر شرعا خاصة فيما يتعلق بالأحكام المتعلقة بالأسرة وإن كانوا قد ضربوا لذلك

(١) نظرية الضمان في الفقه الاسلامي العام - الدكتور محمد فوزي ص ٨٩ .

(٢) الفعل الضار والضمان فيه للشيخ أحمد الزرقا ص ٢٢ .

أمثلة لايضاح الأمر وبيانه ففي ذلك يقول الفقيه المالكي الدردير معرّفاً ومبيناً الضرر الذي يبيح للزوجة أن تطلب بموجبها التفريق لترفع أمرها للحاكم فيقول " ولها . أي للزوجة - التطلق على الزوج بالضرر وهو ما لا يجوز شرعاً كهجرها بلا موجب شرعي وضربها كذلك وسبها وسب أبيها ^(١) .

والتعريف المختار للضرر الذي يمكن أن نعرّبه الضرر الموجب للزوجة أن ترفع أمرها بموجبه للحاكم ليقوم بالتفريق بينها وبين زوجها بقولنا الضرر : " هو كل ما يلحق مفسدة بشخص المرأة ويؤذيها ويؤلمها ببدنها أو نفسها " . وإن الأذى والألم يختلف أمره باختلاف الأزمنة والأمكنة والأشخاص ويخضع تقديره لقاضي الموضوع لأنها مسألة واقع تدخل في سلطة قاضي الموضوع الذي هو أقدر على تقديرها وفهمها .

والضرر الذي يلحق الزوجة من قبل الزوج إما أن يقصد إيقاعه وإلحاقه بالزوجة أو أن يقع منه دون قصد وتعمد أو يكون مصدره قيام الشقاق والتنافر بين الزوجين والغالب فيه يتسبب كل من الزوجين في قوعه وعليه فنسطيع تقسيم حالات الضرر التي تلحق بالزوجة من قبل الزوج إلى ثلاثة أقسام :

أولاً - ضرر محض يقصده الزوج وهو كل ما يصدر عن الزوج من قول أو فعل أو ترك يلحق أذى بالزوجة ويصدر عن الزوج بدون موجب أو مبرر شرعي .

ثانياً - ضرر يلحق بالزوجة ويكون فيه قصد الزوج منعداً إلا أنه يسبب للزوجة أذى كغيبته عنها أو فقده أو إفساره أو حبسه .

ثالثاً - الضرر الذي يلحق الزوجة ويغلب فيه نسبة الضرر للزوجين معاً وهو التفريق للشقاق والنزاع والتنافر .

وان أمر هذا النوع من الضرر متداخل مع النوع الأول ويدق على الكثيرين

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٢ ص ٣٤٥

التمييز بينهما ، إلا أن النوع الأول يسند فيه الفعل الضار الموجب للتفريق إلى الزوج ولا يكون للزوجة فيه دخل ، كأن يضربها ضرباً مبرحاً دونما سبب أو مبرر شرعي يوجب هذا الضرب أو أن يشتمها بأشد الألفاظ وانباها لأن العادة في مثل بلاده قد جرت على ذلك ، أو أن يتركها بمكان قفر موحش دون مؤنس وهي لم تكن قد اعتادت على مثل هذه الحياة ، وغالباً ما يتحقق النوع الأول بترك الزوج لزوجته دون أن يجتمع وإياها في مسكن واحد ، أما النوع الآخر فغالباً ما يحدث بين الزوجين وهما يقيمان معاً ويكون مصدره تحرش أحدهما بالآخر .

ولذلك ولوجود الترابط بين هذين النوعين فسوف استعرضهما بشيء من التفصيل ، ولكونهما أقرب إلى صلب محور التطليق للضرر ، مع الوقوف على النوع الثاني من أنواع الضرر استكمالاً للفائدة .

النوع الأول : التفريق للضرر المحض الذي يقصده الزوج ويتعمده والذي هو عبارة عن كل ما يصدر عن الزوج تجاه زوجته من قول أو فعل أو ترك يؤديها ويؤلها بدون مبرر أو سبب شرعي موجب متعمداً إيذاءها وقاصداً إيلاها .
ولابد هنا من الإشارة إلى أقسام الضرر المؤدى إلى التفريق :

١ - الضرر القولي والضرر الفعلي :

- أ - فقد ينشأ الضرر عن القول كأن يشتمها أو يسب ذوبها أو يقذفها أو يذيع سراً لها ائتمنته عليه يسىء إليها .
ب - وقد ينشأ الضرر عن الفعل كتمزيق ثيابها وكسر أدواتها الخاصة بها وضربها ضرباً مؤلماً لغير سبب .

٢ - الضرر الايجابي والضرر السلبي :

- أ - قد ينشأ عن الفعل الإيجابي كأن يدفع الزوج زوجته من مكان مرتفع أو يضع لها سماً في طعامها .

ب - وقد ينشأ عن الفعل السلبي كمن يترك زوجته المصابة بالصرع والتي تحتاج إلى الحفظ والصيانة من أن تقع في النار أو ترمي نفسها في النهر أو البحر حال صرعها دون أن يحفظها الزوج أو يتركها لتتعرى حال إصابتها بهذه الحالة أو كانت الزوجة صغيرة تحتاج إلى الحفظ وسلمت إلى الزوج ولم يحفظها وضيعها كأن اقتادها إلى دور اللهو والفجور أو كمن يهجر زوجته في فراشها ويعرض عن الكلام معها .

٣ - الضرر المادي والضرر المعنوي :

والأول :

هو كل ما يلحق الأذى والألم ببدن المرأة ، ومنه ضربها باليد أو بعَضِّها أو باستعماله آلة حادة قد تؤدي إلى إحداث جراح بجسدها أو باستعماله لبعض المواد الحارقة أو إلقائه عليها ماء حاراً وكل ما من شأنه أن يؤدي إلى إلحاق الأذى بالمرأة أو يؤدي إلى فقدانها لقيمة من القيم الجمالية التي تعتز المرأة بها وتعتبرها من أساس مقوماتها كحلق شعر رأسها أو إزالة حاجبها أو رشها بمادة كيماوية حارقة .

والآخر :

وهو إلحاق مفسدة في شخص المرأة بما يمس كرامتها أو يؤذي شعورها أو يخذل شرفها أو يتهمها في دينها أو يسيء إلى سمعتها ومنه إسماعها الكلام القبيح من سب لها ولوالديها أو تشبيهها بالدواب أو بذات سمعة سيئة ، ومنه ترك الكلام معها أو ترك المبيت في فراشها دون وجه حق مع القدرة عليه ، ومنه العبوس في وجهها أو بنهرها وزجرها بصوت مرتفع وتشاغله عنها عند محادثتها إياه أو تركه لها دون أن يعبرها أو يحترم مشاعرها ، وكثير من التصرفات التي يطلق عليها اليوم اسم الأضرار الأدبية ، وقد تكون هذه الأضرار أوقع وأبلغ في

الضرر والأثر من الأضرار المادية لأن كلام اللسان أنكى من كلام السنان .

المصدر الفقهي للفريق للضرر :

يعتبر المذهب المالكي هو المصدر الأساسي الذي يرجع إليه في مسألة التفريق للضرر المحض ، فذهب السادة المالكية للقول بأنه : إذا رفعت الزوجة أمرها للحاكم واشتكت زوجها لإضراره بها إضراراً يؤذيها وبلا موجب شرعي فينظر فيما أن تطلب التفريق بينها وبينه أو انها تطلب زجره وتأديبه مع بقائها معه .

فإن اثبتت الضرر بإقرار أو بينة عادلة أو شهدت لها شواهد الحال المقنعة فرق بينهما الحاكم ، وفي ذلك قال الدردير في الشرح الكبير : " ولها أي للزوجة التطلاق على الزوج بالضرر وهو مالا يجوز شرعا " (١) وكما ورد في مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب : وقالوا " ولها التطلاق بالضرر قال ابن فرحون من المقرر قطع كلامه عنها وتحويله وجهه في الفراش عنها وإيثار أمراء عليها وضربها ضرباً مؤلماً " .

وأما من رغبت في البقاء عنده على الرغم من دعواها إضرار الزوج فلها ذلك وعلى الحاكم ، أن يزجر الزوج ويحمله على ترك الإضرار بها . فقد جاء في مختصر خليل وشرحه للحطاب : " ولها أي للزوجة أن تقيم مع زوجها ويزجره الحاكم عن إضراره بزوجه " (٢) وفي الشرح الكبير : " ويتعديه - أي على زوجته - زجره الحاكم إذا اختارت البقاء معه " (٣) وفي شرح المواق : " وقال الموافقة " ولا أذكر من قال أنها تسجن وقد قالوا في الزوج أنه يسجن " (٤) وقال الخرشي : " إذا ثبت

(١) الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٤٥ .

(٢) مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب ج ٤ ص ١٦ .

(٣) الشرح الكبير للدردير ج ٢ ص ١٤٥ .

(٤) شرح المداق ج ٤ ص ١٦ .

بالبينة عند القاضي أن الزوج يضار زوجته وهي في عصمته ولو كان الضرر مرة واحدة فالمشهور أنه يثبت للزوجة الخيار فإن شاءت أقامت على هذه الحالة وإن شاءت طلقت نفسها بطلقة واحدة بائنة لخير لا ضرر ولا ضرار^(١) .

وأما إذا لم تقم بينة عادلة على دعواها اضرار الزوج بها وأنكر الزوج دعواها فينظر فإذا تكررت الشكوى حمل الحاكم الزوج على أن يسكن زوجته بين قوم صالحين ويكلفهم بتفقد حالها والوقوف على خبرها وفي ذلك يقول المتيطي : " إذا اشتكت المرأة إضرار زوجها بها ورفعت إلى الحاكم أمرها وتكررت الشكوى وعجزت عن إثبات الدعوى فإن الحاكم يأمر زوجها بإسكانها بين قوم صالحين ويكلفهم تفقد خبرها واستعلام ضررها فإن كانت ساكنة معه في مثل هؤلاء القوم لم يلزم نقلها إلى غيرها " .

وكما أجاز السادة المالكية للزوجة أن ترفع أمرها للحاكم وتطلب التفريق للضرر الواقع عليها من الزوج أجاز السادة المالكية للزوج أن يرفع أمر زوجته التي أضرت به للحاكم ، هذا الذي يفهم من قول المواق : " ولا أذكر من قال أنها تسجن وقد قالوا في الزوج أنه يسجن والسجن عقوبة لا تتحقق إلا بحكم من حاكم ولا يحكم الحاكم إلا إذا تنازع لديه الخصوم .

كمية الضرر :

وليس هناك حد معين للضرر الموجب للتفريق وأمره متروك لتقدير القاضي حيث يراعي فيه ظروف الزوجين الأسرية وحالتهم الاجتماعية والظروف المحيطة بهما ويثبتهما إذ أن أمر الضرر نسبي يختلف باختلاف الأشخاص والأزمنة ويحكمه العرف العام الصحيح السائد في المجتمع . وفي ذلك يقول الإمام مالك : وليس عندنا في كمية الضرر وكثرته شيء معروف .

(١) شرح الخرشي ج ٣ ص ١٤٩ .

فإذا كان الضرر فاحشاً ثابتاً بالبينّة العادلة ولو لمرة واحدة نفّذ المحاكم طلب الزوجة بالتفريق ولا يشترط تكرار الضرر، فقد جاء في مختصر خليل وشرحه للدردير : " ولها - أي للزوجة - التّطليق على الزوج بالضرر ولو لم تشهد البينة - الشهود - بتكرره " وقال الدسوقي في " حاشيته " تعليقا على هذا القول : " قوله ولو لم تشهد البينة بتكرره ، بل شهدت بأنه حصل لها مرة واحدة فلها التّطليق بها على المشهور " .^(١)

أما إذا كان الضرر خفيفا محتملاً تطيقه طبيعة المرأة ولا تأباه فيشترط فيه التكرار حيث ورد في البهجة وقال : " لا بد من تكرار الضرر حيث كان أمراً خفياً... " .^(٢)

ويشترط في دعوى الضرر أن يبقى الضرر قائماً وأن لا يرجع المضر عن إضراره بصاحبه ، فإن أقلع المضر عن إضراره ورضي بذلك المضرور فإن دعواه تعتبر كأن لم تكن ، ومن الأدلة الدالة على الرضا حصول المعاشرة الزوجية بين الزوجين سواء أكانت الزوجة عاملة بذلك أو غير عاملة فإذا ما رفعت الزوجة أمرها للمحاكم طالبة التفريق بينها وبين زوجها لتضررها من تصرفاته وأمام المحاكم دفع الزوج دعوى الزوجة بأنه قد مكنته من نفسها وصدقته في ذلك سقط حقها حيث ورد في البهجة وقال التسولي : " فإن ادعى الزوج أنها مكنته من نفسها بعد قيامها بالضرر وصدقته سقط حقها كانت جاهلة أو عاملة " .^(٣)

وسائل إثبات الضرر :

أ - الإقرار : فهو اعتراف شخص بحق عليه لآخر سواء قصد ترتيب هذا الحق

(١) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ج ٣ ص ٢٢٥ .

(٢) البهجة ج ١ ص ٣٠٦ .

(٣) البهجة ج ١ ص ٣٠٢ .

في ذمته أو لم يقصد . أو هو الاعتراف الصادر من شخص بصحة واقعة يترتب على وجودها التزامه . وهو في الاصطلاح الشرعي : " إظهار مكلف مختار ما عليه لفظاً أو كتابة أو إشارة أحرص أو على موكله أو مولييه أو مورثه بما يمكن صدقه وليس بإنشاء " . (١)

والإقرار بهذا المعنى وبهذه الطبيعة إنما يجعل الواقعة التي أقر بها في غير حاجة إلى الإثبات ومن ثم اعتبر الإقرار طريقاً غير عادي للإثبات فهو ليس دليلاً بالمعنى الفني وإنما مجرد وسيلة لإعفاء المدعي من إقامة الدليل على ما يدعيه إذ بالإقرار لم تعد الواقعة المعترف بها بحاجة لإقامة الدليل عليها لأنها لم تعد متنازعا عليها .

ب - شهادة عدلين فأكثر: بمعابنتهم إياها لمجاورتهم للزوجين أو لقرابتهم منهنما وإما بالسماع الفاشي المستفيض على السنة معارفهم وذويهم وأصحاب الخلطة معهم من الأصدقاء والجيران من النساء والخدم ونحوهم بأن فلاناً يضر بزوجه ويؤذيها بضرب أو بتجويع أو عدم كلام .

ج - قرائن الأحوال : وقد نص المذهب المالكي على أن قرائن الأحوال يوخذ بها كدليل لإثبات الضرر الموجب للتطبيق وفي ذلك قال الشيخ النفراوي في الفواكه الذي شرح رسالة أبي زيد القيرواني : للمرأة التطبيق بالضرر الثابت ولو بقرائن الأحوال ومن قرائن الأحوال الأحكام الجزائية والتقارير الطبية .

هل ترك الوطء من الأسباب الموجبة للتفريق ؟ :

صرح السادة المالكية بأن ترك وطء الرجل لزوجته يعتبر إضراراً بها يببر طلبها التفريق منه ، فقد جاء في التاج والإكليل للمواق في فقه المالكية : " قال مالك : "

(١) الإقناع ج ٤ ص ٤٥٦

من يريد العبادة أو ترك الجماع لغير ضرر ولاعلة قيل له: إما وطئت أو طلقت" (١).

وقد ذهب ابن تيمية إلى أن ترك الوطء موجب لفسخ النكاح في كل حال سواء كان الزوج يقصد الضرر أو لم يقصده وسواء أكانت لديه القدرة على الجماع أو انعدمت وفي ذلك يقول رحمة الله تعالى عليه : " وحصول الضرر للزوجة بترك الوطء مقتضي للفسخ بكل حال ، سواء كان بقصد من الزوج أو بغير قصد ولو مع قدرته وعجزه كالنفقة وأولى " . (٢)

ويقاس على ذلك إذا امتنعت الزوجة عن زوجها ولم تمكنه من نفسها فإن الضرر أيضاً يكون من جهتها متحققاً بجانب الزوج وفي مثل هذه الأيام وإذ فسدت الذمم وغلب على الخصوم المشاحنة والكيد فإن كثيراً من النساء يرتكبن مثل هذه الأمور لحمل الزوج على الطلاق وإرهاق عاتقه بالتكاليف المادية من نفقات ومهور وتعويضات مالية .

تعدد الزوجات وعلاقته بموضوع التفريق للضرر :

إن من محدثات الأمور وبدعها التي أخذت تعرض على المحاكم الشرعية دعاوى تتعلق بطلب التفريق لقيام الزوج بالزواج من أخرى سواء من جهة الزوجة الأولى أو الزوجة الجديدة لمجرد الزواج بزوجة ثانية على اعتبار أن الضرر في مثل هذه الحالة واقع ومفترض وأن للزوجة أن تتخلص منه بفراقها من زوجها لكونه قد تزوج عليها أو لأنه تزوج دون أن يعلم الزوجة الثانية بزواجه من سابقة .

وإن هذه الظاهرة قد أخذت في الظهور نتيجة لتوجه المشرعين إلى وضع القيود حول الزواج بزوجة ثانية والعمل على الاكتفاء بزوجة واحدة وما ذلك إلا تتبعاً من المشرعين لما هو عليه الحال السائد لدى غير المسلمين من الإبقاء على زوجة واحدة

(١) التاج والاكلیل للمواق ج ٤ ص ١٧ .

(٢) الاختبارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية ص ٢٤٧ .

وتأسياً منهم بما هو معمول به لدى أصحاب القوانين الوضعية دون نظر منهم لما تقتضيه طبيعة الأحكام الشرعية والبيئة الإسلامية التي يجب أن تبقى متميزة متفردة بأحكامها عن الغير لأنها تصدر عن شريعة ربانية فيها النجاح والفلاح والخير لإبقاء البشرية جمعاء .

وقد أخذت بعض قوانين الأحوال الشخصية المعمول بها في العالم العربي والإسلامي إلى منع التعدد كما ذهب إلى ذلك المشرع المغربي حيث ورد في مدونة الأحوال الشخصية في المادة (٣١) : على أنه إذا أضيف عدم العدل بين الزوجات لم يجيز التعدد . وكما نص المشرع التونسي على منع التعدد دون تقيده بقيد العدل حيث ورد في الفصل ١٨ من مجلة الأحوال الشخصية التونسية : - 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 باحدى العقوبتين ولو أن الزواج الجديد لم يبرم طبق أحكام القانون .

وكما أن المشرع العراقي قد قيد الزواج بزوجة ثانية بقيود تتوقف على إذن القاضي بالزواج وتحققه من قدرة الزوج المالية وتوفر مصلحته في هذا الزواج أخذاً بعين الاعتبار موضوع العدل وجوداً وعدمياً وقد بحث ذلك في الفرقتين الرابعة والخامسة من المادة الثالثة من قانون الأحوال الشخصية .

وكذلك فإن المشرع اليمني قد قيد زواج الزوج بشانية بضوابط من شأنها الحد من الأخذ بتعدد الزوجات ومنها أنها قد منعت من الزواج إلا بعد حصوله على إذن كتابي من المحكمة الجزئية المختصة التي لا يمكنها منح الإذن إذا توفر لديها أحد الأمور الآتية : عقم الزوجة شريطة أن لا يكون الزوج قد علم به قبل الزواج أو مرضها مرضاً مزمناً أو معدياً غير قابل للشفاء . وزاد الأمر تعقيداً حيث أجاز المشرع اليمني الشمالي لمن تزوج بأكثر من واحدة لكل من الزوجات أن تطلب

الفسخ مع عدم القدرة على النفقة والسكنى وفي ذلك نصت المادة (٥١) إذا كان الرجل متزوجاً بأكثر من واحدة مع عدم القدرة على الإنفاق والسكن فلكل منهن طلب الفسخ وبعد الطلب يخيره الحاكم بين الإمساك بواحدة وطلاق الأخرى فإن امتنع فسخ الحاكم زواج من طلبت .

وكان المشرع الأردني قد سعى للتقيد بالتعدد لاشتراطه العدل وإن خلت نصوصه من وضع قيود صريحة بمنع التعدد .

وإن المشرع المصري قد أجاز للزوجة التي تزوج عليها زوجها أن تطلب التفريق فنص في المادة (١١) مكرر ١ ، ٢ ، ٣ ، ٤ من المرسوم بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالمادة الأولى من القانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٥ على أنه " ويجوز للزوجة التي تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ولو لم تكن قد اشترطت عليه في العقد ألا يتزوج فإذا عجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلاقاً بائناً ويسقط حق الزوجة في طلب التطليق لهذا السبب بمضي سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى إلا إذا كانت قد رضيت بذلك صراحة أو ضمناً ويتجدد حقها في طلب التطليق كلما تزوج بأخرى وإذا كانت الزوجة لم تعلم أنه متزوج بسواها ثم ظهر أنه متزوج فلها أن تطلب التطليق كذلك " .

وإلى هذا الاتجاه سار المشرع الإماراتي في مشروع قانون الأحوال الشخصية بحيث أجاز للزوجة التي يتزوج عليها زوجها بزوجة أخرى أن تطلب التفريق متى تضررت وإن لم تكن قد اشترطت عليه في العقد ألا يتزوج عليها كما هو وارد في المادة (١٢٠) من المشروع .

إلا أن المدة التي اعطى فيها المشرع الحق للزوجة طالبة التفريق أن لا تتجاوزها هي الشهرين ، ويتجدد لها هذا الحق مع كل زواج .

ومن هنا فإننا نجد أن كثيراً من قوانين الأحوال الشخصية المعمول بها في العالم العربي قد سعت لتقييد حق الزوج في التعدد ومنها من منعتة وقد توسعت في إعطاء المجال للمرأة للمطالبة بالتفريق ، وإن هذا التوسع لا وجه له يؤيده وإن الأخذ به بدون قيود يؤدي إلى هدم بنية الأسرة ويساعد على تقويض دعائمها وتكون مضاره أشد من منافعه . وانه يجب عند تشريع أي قانون أن ينظر فيه أولاً لمصلحة المجتمع وأن تكون هي الغاية المتوخاه دون إهمال لمصلحة الفرد وأن في فتح الباب للتطليق لزواج الزوج بزوجة ثانية بافتراض الضرر مخالفة صريحة للمذهب المالكي الذي كان فقهه الأساس الذي بنيت عليه أحكام التفريق للضرر، حيث انه يتمعن النصوص الفقهية يجد الناظر بعين الصواب ان المذهب المالكي قد أرسى قواعد التفريق على أساس من الضرر المادي والأدبي الواقع فعلاً والذي أدى إلى إلحاق الضرر بالزوج وایذائها وشريطة أن لا يكون هذا الضرر مشروعاً وبلا موجب أو مبرر مشروع . فقد ورد في الشرح الكبير للدردير - حاشية الدسوقي " ولها أي للزوجة التطليق على الزوج للضرر وهو مالا يجوز شرعاً كهجرها بلا موجب شرعي وضربها كذلك وسبها وسب أبيها ويؤدب على ذلك زيادة على التطليق لا (أي ليس لها التطليق) بمنعها من حمام وفرجة وتأديبها على ترك الصلاة أو تسر أو تزوج عليها " .^(١)

وكما ورد في حاشية حجازي على مجموع الأمير : " قوله بثبوت الضرر أي بقطع كلامه عنها أو تولية وجهه عنها في الفراش . . . لا منع حمام ونزهات أو تأديبها على الصلاة أو سكر أو تزوج عليها " .^(٢)

وكما أن التفريق للضرر قد أخذ به لإزالة الضرر عن المضرور وهذا يقتضي أن يكون هناك إضراراً من الغير ولا يكون الإنسان مضرراً بالغير إذا استعمل حقه

(١) الشرح الكبير للدردير - حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٤٥ .

(٢) حاشية حجازي على مجموع الأمير ج ١ ص ٤٧٦ .

المشروع والذي لم يتعسف باستعماله ، ولم يتجاوز حدود العمل المشروع - ولذلك ولا انتفاء فعل الإضرار من الزوج عند زواجه بأخرى لاستعماله حقاً مشروعاً له قد سبقه إليه خير خلق الله سيدنا محمد صلى اله عليه وسلم وصحابته وقال به أهل السلف والخلف أجمعين ولم ينكره إلا صاحب هوى أو متبعاً لشهوى - فأى ضرر تدعيه الزوجه لمجرد زواج زوجها عليها بأخرى طالما أنه يؤديها حقها كاملاً غير منقوص .

وأما لجهة افتراض أن الزوجة تتأثر نفسياً من زواج زوجها عليها بثانية فإن هذا الفرض لا وجود له في مبنى الأحكام لأن الأحكام تبنى لمعالجة الضرر الواقع أو المحتمل وقوعه وتضع الحلول لدفع المخاطر عن الخلف دون أن يكون أساسها عواطف الناس وأهواءهم الخاضعة للمؤثرات بحسب طبيعة كل نفس فما يكون مقبولاً لدى زيد ياباه عمرو لذلك جاءت أحكام الشريعة لتعالج المشاكل الاجتماعية وتضع لها حلولاً تبقى من خلفها حماية ومصالحة الجماعة دون اتباع منها لرأي فرد مهما كان مركزه أو نفوذه مصداقاً لقوله تعالى : { ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السموات والأراض ومن فيهن } .

لذلك أرى أن لا يؤخذ بقول القائلين بوجود التفريق لمجرد زواج الزوج بزوجة أخرى ويترك الأمر واخضاعه للقواعد العامة للتفريق ففي هذه الحالة لا يكون مجرد الزواج هو السبب للتفريق وإنما سلوك الزوج المخالف لأحكام الشريعة الإسلامية إن حمله زواجه على عدم العدل وإيثار الزوجة الجديدة على القديمة أو تعديه على حقوقها وإلحاقه بها ضرراً بدون موجب شرعي هذا في الزوجة القديمة أما مع الزوجة الجديدة فإن كانت غير عالمة بحاله وقد سعى لتضليلها بأن أشعرها وأفهمها أنه غير متزوج فإن الطلاق لا يكون لوجود الزوجة القديمة وإنما يكون لفعل الزوج وتضليله للزوجة الجديدة وتفويته عليها حق الاختيار ولايقاعها وايهامها بأمود هي محببة

لنفسها وتقتضيها مصلحتها من أن تختص بزواج لا يشاركها فيه أخريات ، وأنه لو علمت بحاله لم تقبل بهذا الزواج فيكون بفعلته هذه قد أفسد اختيارها بتضليلها مما يكون لها معه طلب التفريق لوجود الضرر الناشئ عن عدم إعلامها بحقيقة الحال وواقعة .

وقد أحسن المشرع الإماراتي صنعاً عندما قصر الأجل الذي جعل فيه دعوى الزوجة مسموعة لمدة شهرين ولم يتركها لمدة سنة من تاريخ العلم . لأن المرأة بطبيعتها عاطفية عوامل الغيرة تتأجج في النفوس .

وأحسن صنعاً أيضاً عندما قيد طلبها التفريق بعدم رضاها بزواجه من أخرى صراحة أو دلالة . كأن تأذن له بهذا الزواج أو تشارك في عملية تخيير الزوجة . وإن في اشتراط المشرع الإماراتي لشرط حصول الضرر قد قيد هذا النوع من الطلبات . لأن الأصل العام أنه للزوجة المضرورة أن تطلب التفريق لدفع الضرر الواقع عليها .

التفريق للشقاق والنزاع :

يقوم هذا النوع من التفريق بين الزوجين لقيام الشقاق والنزاع بينهما ويعمي أمرهما على الحاكم فلا يعرف المسمي منهما لانعدام بينة مدعية أو لاختلاط الأسباب أو لقيام أسبابه منهما معاً .

والشقاق لغة هو غلبة العداوة والخلاف ^(١) أو هو العداوة بين فريقين والخلاف بين اثنين . وقد قال الامام الرازي رحمة الله تعالى عليه في تفسيره : " للشقاق تأويلات : أحدهما : أن كل واحد منهما يفعل ما يشق على صاحبه والثاني أن كل واحد منهما صار في شق بالعداوة والمباينة " . ^(٢)

(١) لسان العرب لابن منظور ج ١٢ ص ٥٠ .

(٢) تفسير الرازي ج ١٠ ص ٩٢ .

وأساس التفريق للشقاق والنزاع قول الله تعالى في سورة النساء : { وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليماً خبيراً }^(١) .

وذلك لاتخاذ الوسائل الوقائية والعلاجية للقضاء على أسباب الشقاق والنزاع في مهدها وقبل تمكثها من الزوجين لأن الشقاق مقيت وغيض وغير مرغوب فيه لأنه مجلبة للضرر والفساد وتعكير صفو الحياة ولا يقتصر أثره على الزوجيه بل يتعداهما إلى افراد إسرتهما ويؤدى إلى انتشار بذور العداوة والفتنة بينهما ويوغل في الصدور الحقد والتباغض لذلك عاجله الإسلام وسعى للقضاء عليه قبل تطيير شره وتصبح الحياة الزوجية جحيماً لا يطاق .

ولذلك لابد لنا من بيان أمر الحكمين بالوقوف على الجهة المكلفة ببعث الحكمين ووقت بعثهما وهل بعثهما يعتريه الوجوب أم الندب ومن ثم بيان الشروط الواجب توافرها بالحكمين وبيان مهمتهما وعملهما .

الجهة المكلف ببعث الحكمين :

القول الأول : إن المكلف ببعث الحكمين هو السلطان أو نائبه أو من يمثل السلطة العامة وهم الحكام وإلى ذلك ذهب سعيد بن جبير والضحاك وهو قول منقول عن الإمام الطبري حيث ورد في تفسيره : " السلطان الذي يرفع ذلك إليه لما روي عن سعيد بن جبير^(٢) " . وكما جاء في مواهب الجليل : وقال الخطاب : " إذا اختلف الزوجان وخرجا إلى ما لا يحل من المشاقمة كان على السلطان أن يبعث حكيمين ينظران في أمرهما . . . " ^(٣)

(١) سورة النساء الآية ٣٥ .

(٢) تفسير الطبري ج ٨ ص ٣٨ .

(٣) مواهب الجليل ج ٤ ص ١٦ .

القول الثاني : ان المكلف بذلك هما الزوجان وهو قول السدي وفي ذلك يقول الجصاص في أحكام القرآن : " ما روي عن السدي أنه الرجل والمرأة " .

القول الثالث : أن الخطاب عام وموجه لكل واحد من المسلمين ويدخل فيه الزوجان وأقاربهما وكل من بلغه أمرهما من المسلمين عليه أن يسعى في إصلاح ذات بينهما .

والقول الرابع أن المخاطب ببعث الحكيم هما حكام المسلمين بصفتهم ممثلين للسلطان الذي هو نائب عن عامة المسلمين أو أولياء الزوجين وأهليهما لكونهما أقدر على مشاكلهما والوقوف على حالهما .

وقت بعث الحكيم :

أولاً - من قبل السلطان أو نائبه : ذهب فريق إلى القول إلى أن القاضي يتدخل ويبعث الحكيم للنظر في النزاع القائم بين الزوجين إذا رفع إليه أمرهما سواء من قبلهما أو من قبل أحدهما وذهب فريق آخر للقول بأن القاضي يرسل الحكيم متى بلغه أمرهما وعلم به الإمام ولا ينتظر ارتفاعهما إليه . إلا أن هذا الرأي منعدم في مثل هذه الأيام بعد أن تم تنظيم مرفق القضاء وامتنع على القضاة إلا النظر فيما يحال إليهم من دعاوى تقع ضمن اختصاصهم ولايتهم ولذلك حتى تنضبط الأمور فإنه يتوجب الأخذ بالاتجاه الأول وهو أن القاضي لا ينظر في أمر بعث الحكيم إلا إذا تخاصم لديه الزوجان أو أحدهما .

ثانياً- من قبل أهل الزوجين : قد جرت العادة أنه عندما تتعرض حياة الزوجين لبعض المشاكل الأسرية البسيطة فإن العادة قد جرت بتدخل ذوي الزوجين واختيار من يصلح من أهل المروءة ليتدخل لإصلاح ذات البين . إلا أن رأي مثل هؤلاء الناس لا يرقى إلى درجة الحكيم اللذين يبعثهما القاضي ولا يكون ملزماً للزوجين .

هل بعث الحكمين واجب أم مندوب ؟ :

إن الذي عليه القول عند السادة الشافعية وأحد قولي الجعفرية أنه واجب فقد ورد في نهاية المحتاج : " البعث - أي بعث الحكمين - واجب كما صححه في زيادات الروضه وجزم به الماوردي وقال الأذرعى ظاهر نص " الأم " أي كتاب الأم للشافعي - الوجوب وذهب إلى ذلك ابن العربي المالكي في أحكام القرآن حيث يقول : " إذا علم الإمام من حال الزوجين الشقاق لزمه أن يبعث إليهما حكيم . . " (١) وقد أيد هذا الاتجاه صاحب تفسير المنار حيث يقول : " وظاهر الأمر أن هذا التحكيم واجب ولكنهم اختلفوا فيه فقال بعضهم إنه واجب وبعضهم إنه مندوب .

ويقول الأستاذ الجليل المرحوم الشيخ محمد أبو زهره : " قال جمهور الفقهاء أن التحكيم واجب وجوباً حتمياً لا يصح التفريط فيه ومن يوم أن فرطنا فيه بدأ الكلام في شأن الطلاق " . (٢)

وإن القوال الراجح أن بعث الحكمين للنظر في شقاق الزوجين واجب امتثالاً لقوله تعالى (فابعثوا) إذ الأمر يقتضي الوجوب إلا لقرينة تصرفه عن الوجوب إلى غيره خاصة وأن الشريعة قد حرصت على حماية الأسرة وأحاطتها بسيج منيع يحفظها من كل عوامل الهدم وحفظت لها مقومات استمرارها ووجودها لتبقى هادئة سعيدة مؤدية لدورها في بناء المجتمع الإسلامي السليم .

شروط الحكمين :

يشترط في الحكمين أن يكونا بالغين عاقلين مسلمين عدلين يفهمان المقصود من مهمتهما مع معرفتهما بكيفية أدائها ولديهما من الفقه ما يمكنهما من القيام بمهمتهما من الجمع بين الزوجين أو التفريق بينهما ، وزاد على ذلك المالكية بأن

(١) أحكام القرآن لابن عربي ج ١ ص ٢٧ .

(٢) شريعة القرآن لابي زهرة ص ٣٦ .