

مشروع قانون الأحوال الشخصية الكويتي التفريق للمضرر

المادة (١٢٤) لكل من الزوجين قبل الدخول أو بعده أن يطلب التفريق بسبب
إضرار الآخر به قولاً أو فعلاً بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما .

المادة (١٢٥) على المحكمة أن تبذل وسعها للإصلاح بين الزوجين فإذا تعذر عينت
حكماً للتفريق أو التوفيق .

المادة (١٢٦) يشترط في الحكمين : أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن
وإلا فمن غيرهم ممن يتوافر فيهم حسن التفهم والقدرة على الإصلاح .

المادة (١٢٧) على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق ويبذلا جهدهما في الإصلاح
بين الزوجين بأي طريقة ممكنة .

المادة (١٢٨) إذا عجز الحكمان عن الإصلاح :

(أ) فإن تبين أن الإساءة كلها من الزوج وكانت الزوجة طالبة للتفريق قرر
الحكمان التفريق وإلزامه جميع الحقوق المترتبة على الزواج والطلاق . وإن
كان الزوج طالباً للتفريق اقترح الحكمان رفض دعواه .

(ب) وإن كانت الإساءة كلها من الزوجة قررا التفريق بين الزوجين نظير ما
قبضته من المهر وسقوط جميع حقوقها المالية المترتبة على الزواج
والطلاق .

(ج) وإن كانت الإساءة مشتركة قررا التفريق دون عوض أو بعوض يتناسب مع
الإساءة .

(د) وإن لم يعرف المسيء من المزوجين فإن كان طالب التفريق هو الزوج اقترحا
رفض دعواه وإن كانت الزوجة هي الطالبة وكان كل منهما يطلب التفريق،

- قرر الحكمان التفريق دون عوض .
- (هـ) التفريق للضرر يقع طليقة بائنة

المادة (١٢٩)

- (أ) على الحكمين أن يرفعا إلى المحكمة تقريراً مفصلاً وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه إذا كان موافقاً لأحكام المادة السابقة .
- (ب) وإذا اختلف الحكمان ضمت المحكمة إليهما حكماً ثالثاً مرجحاً من غير أهل الزوجين قادراً على الإصلاح .

المادة (١٣١) يثبت الضرر بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين .

المادة (١٣٢) يكفي في إثبات الضرر الشهادة بالتسامع المبني على الشهر في نطاق حياة الزوجين ولا تقبل هذه الشهادة على نفي الضرر .

المادة (١٣٣) تقبل شهادة القريب ومن له صلة بالمشهود له متى كانوا أهلاً للشهادة .

قانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٣٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ (مصر)

كان العمل بالمحاكم المصرية جرياً على ما ذهب إليه السادة الأحناف إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والذي تم تعديله بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ وأخذ بما استقر عليه الاجتهاد المالكي فيما يتعلق بالتفريق للضرر .

ففي المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ٢٩ بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ والمواد ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ و ١١ من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ ما يشترط في الحكمين وما يجب عليهما وما يحكم به القاضي فنصت المادة السادسة :

مادة ٦ : إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها طليقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكيم وقضى على الوجه المبين بالمواد ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ و ١١

مادة ٧ : يشترط في الحكيم أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن له خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما .

مادة ٨ : (أ) يشتمل قرار بعث الحكيم على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما على أن لا تتجاوز مدة ستة شهور وتخطر المحكمة الحكيم والخصوم بذلك وعليها تحليف كل من الحكيم اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة .
(ب) يجوز للمحكمة أن تعطي للحكيم مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد على ثلاثة شهور فإن لم يقدموا تقريرهما اعتبرتهما غير متفقين .

مادة ٩ : لا يؤثر في سير عمل الحكيم امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم إخطاره .
وعلى الحكيم أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين وببدلاً جهدهما في الإصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة .

مادة ١٠ : إذا عجز الحكمان عن الإصلاح :

١ - فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التفريق بطلقة بائنة دون مساس بشيء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق .

٢ - وإذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التفريق نظير بدل مناسب يقدر أنه تلزم به الزوجة .

٣ - وإذا كانت الإساءة مشتركة اقترحا التفريق دون بدل أو ببديل يتناسب مع نسبة الإساءة .

٤ - وإن جهل الحال فلم يعرف المسيء منهما اقترح الحكمان تفريقاً دون بدل .

مادة ١١ :على الحكّمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملاً على الأسباب التي بني عليها فإن لم يتفقا بعشتهما مع ثالث له خبرة بالحال وقدرة على الإصلاح وحلفته اليمين المبينة في المادة ٨٠ وإذا اختلفوا أو لم يقدموا التقرير في الميعاد المحدد سارت المحكمة في الإثبات وإن عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتفريق بينهما بطلقة بئانه مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلياً أو بعضها وإلزامها التعويض المناسب إن كان كذلك له مقتضى .

كما أن المشرع المصري وفي قانون الأحوال الشخصية الجديد قد أخذ بسبب جديد للتفريق للضرر وهو طلب التفريق للاقتران بزوجة أخرى . حيث نص في المادة ٦ مكرر من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أنه " على الزوج أن يقر في وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية وأن يبين اسم الزوجات اللاتي في عصمته وقت العقد الجديد ومحل إقامتهن . كما أوجبت على الموثق إخطارهن بالزواج الجديد بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول وللزوجة التي تزوج عليها زوجة أخرى أن تطلب التطليق إذا لحقها ضرر مادي أو أدبي يستحيل معه دوام العشرة بين أمثالهما ولو لم تكن قد اشترطت على زوجها في العقد ألا يتزوج عليها، وعلى القاضي أن يعمل على الإصلاح بينهما فإن تعذر طلقها للضرر بطلقة بئانه ويسقط حق الزوجة في طلب التطليق لهذا الضرر بمضي سنة من تاريخ علمها ما لم تكن قد رضيت بذلك صراحة أو ضمناً " .

ويتحدد حقها في الطلب كلما تزوج بأخرى ، أما بالنسبة للزوجة الجديدة فإذا لم تكن تعلم أن زوجها متزوج بسواها ثم ظهر أنه متزوج فلها أن تطلب التطلق .

باستقراء النصوص السابقة نجد أن غالبية الدول العربية قد قامت بتطبيق قوانين للأحوال الشخصية فيها وأنها جميعا قد أخذت بالتفريق للضرر تحت باب التفريق للضرر أو التفريق للشقاق والنزاع أو التفريق للضرر والشقاق . وما اتفقت عليه الكلمة في هذه القوانين أنها أخذت بنظام التحكيم بين الزوجين على خلاف في المرحلة التي يجب فيها إرسال المحكمين وحول سلطة المحكمين وكما اتفقت الكلمة في هذه القوانين على أنه يشترط في الضرر المشكو منه أن يكون بحيث لا يستطيع معه دوام العشرة الزوجية بين الزوجين .

كما أن معظم القوانين المعمول بها قد أعطت الحق للزوجين بطلب التفريق للضرر إلا أن ما يؤخذ من المادة السادسة من القانون المعدل للأحوال الشخصية رقم ٢٥ لسنة ٢٩ والمادة السادسة مكرر من القانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٥ فإنها قد اقتصرت على إعطاء الحق في طلب التفريق للزوجه فقط دون الزوج وأما أن مدونة الأحوال الشخصية المغربية فقد قصرت الحق في طلب التفريق للزوجة دون الزوج سندا للمادة ١ من الفصل ٥٦ .

كما أن الطلاق الواقع بسبب الضرر هو تفريق بطلاق بائن إلا أن المشرع اليمني الشمالي قد خالف في ذلك إذا اعتبر التفريق بين الزوجين لكراهية الزوجة لزوجها فسخا بينونة صغرى وأنه لا يهدم عدد الطلاقات ولا يعد طلقه كما ورد بالمادة ٥٥ من قانون الأسرة (١)

تفردت قوانين الأحوال الشخصية المعمول بها في كل من سوريا ومصر والمغرب وكما يفهم من القانون التونسي بأن المحكمة تحكم بالتفريق بين الزوجين إذا ما

أثبتت الزوجة الضرر الذي تدعيه دون بعث المحكمة للمحكمن وقد تضمنت ذلك المواد ٢/١٢ سوري و ٦/ق القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٥ مصري والمادة ١ من الفصل ٥٦ من مدونة الأحوال الشخصية المغربية . ومفهوم المخالفة من المادة ٢٥ من مجلة الأحوال الشخصية التونسية التي تنص : - إذا شك أحد الزوجين من الإضرار به ولا بينة له وأشكل على الحكام تعيين المضر بصاحبه يعين حكمن وعلى الحكمن أن ينظرا فإن قدرا على الإصلاح أصلحا ويرفعان الأمر إلى الحاكم في كل الأحوال .

أما قوانين الأحوال الشخصية لكل من الأردن والعراق واليمن الشمالي فقد اشترط المشرع فيها ثبوت الضرر المدعى به ومن ثم تقوم المحكمة بدورها بمحاولة إصلاح ذات بين النزاع بين الزوجين وإلا يعرض الأمر على المحكمن كما هو وارد في المواد ١٣٢/أ أردني و ٢/٤١ عراقي و ٥٢ يمن شمالي إلا أن المشرع الأردني قد تميز بوضع قيد آخر قبل بعث الحكمن ألا وهو إعداز الزوج لإصلاح حاله مع زوجته، إذا كان طلب التفريق من جهة الزوجة أما إذا كان طلب التفريق من جهة الزوج .

وأماً من المحكمة في حصول الصلح بين الزوجين تؤجل الدعوى في الحالتين لمدة لا تقل عن الشهر . كما هو ثابت بالمادة ١٣٢ / أ و ب من قانون الأحوال الشخصية الأردني .

وأما قوانين الأحوال الشخصية المعمول بها في كل من ليبيا والكويت وكما ورد في مشروع قانون الأحوال الشخصية الإماراتي فإنها لم تشترط ثبوت الضرر الذي يدعيه طالب التفريق وإنما بمجرد تقديم الدعوى فانه يتوجب على المحكمة عقد جلسة سرهتقين الزوجين تبذل جهدها لإصلاح ذات بين الزوجين فإن تعذر عليها أحالت النزاع إلى حكمن كما هو ثابت بالمواد ٤ ليبي و ١/١١٤ مشروع الإمارات و ١٢٥ كويتي .

أما لجهة عمل المحكمين فإن كلمة جميع قوانين الأحوال الشخصية قد اجتمعت على أن مهمة المحكمين الأساسية هي إصلاح ذات بين الزوجين وعليهما بذل جهدهما في ذلك والعمل على إصلاحهما بأية طريقة ممكنة وقد تناولت ذلك المواد : ١٣٢/د أردني و ١٢٧ كويتي و ١٥٢ يمني شمالي و ٢/١١٤ سوري و ٣/٤١ عراقي وفصل ٥٦ / ١ مغربي و ٧ ليبي و ٩ مصري و ١١٧ مشروع الإمارات .

وذهب المشرع اليمني والمغرب والعراقي والتونسي : بأن على المحكمين أن يسعيا إلى الإصلاح صلحاً وإلا رفعاً الأمر للقاضي كما هو وارد في المواد ١٥٢ يمني و ٢٥ تونسي و ٣/٤١ و ٤ (أ) عراقي من الفصل ٥٦ مغربي لتقوم المحكمة بعد أن تبين لها الجهة المقصرة بعرض الصلح فإن عجزت أمرت الزوج بالطلاق كما هو الحال في القانون العراقي وإلا حكمت بالتفريق بين الزوجين وأما في القانون المغربي فإن المحكمة تنظر في الأمر على ضوء التقرير المرفوع إليها من المحكمين .

إلا أن بعض القوانين قد أعطت للمحكمين الحق في التفريق بين الزوجين بعد الوقوف على أسباب الشقاق والنزاع المتسبب بها من الزوجين ومقدار إساءة كل واحد منهما ومساهمة في النزاع القائم وجعلت للمحكمين التفريق بين الزوجين بعد تقدير العوض المطلوب وبهذا الاتجاه أخذ المشرع الأردني بالمادة ١٣٢/هـ والكويتي بالمادة ١٢٨ والسوري بالمادة ١/١١٤ والليبي بالمادة ٨ والمصري بالمادة ١٠ والمشرع الإماراتي بالمادة ١٢٥ .

وبعد الوقوف على أهم الأمور المتعلقة بقوانين الأحوال الشخصية المعمول بها في العالم العربي وأنه من واقع التطبيق العملي وبعد رؤية المعاناة التي يكابدها الأواج في أروقة المحاكم من طول أمد التقاضي فإنني أرى حلاً لمعالجة هذه القضايا اتباع الأسلوب الآتي :

أولاً: أن تخضع قوانين الأحوال الشخصية لقوانين إجراءات خاصة بها لأن النزاع

الذي يتعلق بالأسرة هو نزاع إنساني من جانب ومادي من جانب آخر إلا أن النزعة الإنسانية هي الغالبة لذلك يجب على المشرع مراعاة أن تتضمن نصوص مثل هذه القوانين سهولة وسرعة الإجراءات والتوسع في الأخذ بأدلة الإثبات وعدم تقييدها بوسائل معينة وذلك بالأخذ بقرائن الأحوال كوسيلة من وسائل الإثبات لأن مبنى الحياة الأسرية على الستر وأن مشاهدة الناس وإطلاعهم على خفايا الأسر أمر مقيد بقيود اجتماعية عديدة .

ثانياً: أن يشكل في كل محكمة من المحاكم مجلس صلحي يتكون من ذوى الخبرة بالأمر الاجتماعية والشرعية وذوي القدرة على الإصلاح يتم عرض النزاع عليه قبل الولوج في الدعاوي والقضايا وأن يمثل فيه أصحاب العلاقة شخصياً .

ثالثاً: أنه في حال ثبوت الضرر بأي وسيلة من وسائل الإثبات المعتبرة شرعاً أن يجاب طالب التفريق لطلبه وأن يترك بحث الأمور المادية ليطالب كل صاحب حق بحقه وهذا ما يقتضيه المذهب المالكي الذي هو الأساس الذي بني عليه الأخذ بالتفريق للضرر وذلك لأن الضرر يزال وزواله بزوال سببه .

رابعاً: في حال عرض النزاع على المحكمة ولا بينة لإثبات مدعيه يعرض الأمر على المحكمين وعلى أن يكون للمحكمين حق التوفيق أو التفريق وفقاً لما يتم التوصل إليه بعد وقوفهما على أسباب الشقاق والنزاع على العوض الذي يريانه وفقاً لنسبة إساءة كل واحدة من الزوجين .

خامساً: أن يتم تدقيق الحكم الصادر عن محكمة الدرجة الأولى استثنافاً فقط ولو لم يستأنفه الخصوم والوقوف بهذا النوع من النزاع عند هذه الدرجة من درجات التقاضي .

سادساً: ذهبت كثير من القوانين إلى القول برفض دعوى الزوج إذا تبين أنه المسيء وكان هو طالب التفريق . فالذي أراه هو أن يتم التفريق بين الزوجين ويجبر الزوج على جبر الضرر الذي أحاق بالزوجه نتيجة لهذا السلوك . لأن العادة قد جرت على أنه إذا وصل الأمر بالزوجين لاقببة المحاكم أن يشتد بينهما التباعد ويأخذ كل واحد منهما يكيد للآخر ويفقد بينهما عنصر الثقة الذي هو العمود الفقري للحياة الزوجية وأنه في رفض طلب الزوج بالتفريق فإن الأمر سيحمله للتفكير في تدبير مكيدة ليتخلص من زوجته بأيسر الطرق وأيسرها دون نظر منه للأثار المترتبة على فعله .

سابعاً: اشترطت بعض القوانين على الزوجة التي تطلب التفريق ولا بينة لها تكرار شكواها . وإني أرى أن في ذلك إطالة لأمد التقاضي وفيه حمل المرأة للتردد على المحاكم واكتساب كثير من الأمور التي تتعلق بالخصومات ونحن في غنى عن ذلك .

لذلك : أرى أن تجاب لطلبها التفريق وعلى أن تتحمل التبعات الماليه المترتبة على طلبها طالما أنها قد عجزت عن إثبات دعواها الضرر .

ثامناً: ذهبت بعض القوانين لإحالة النزاع على المحاكم لعدم قدرة الحكامين على تحديد المقصر من الزوجين أو تحديد نسبة المسيء منهما والذي أراه طالما أن المحكمين قد قبلا بالمهمة الموكلة إليهما إنفاذاً وبينان المصير من الزوجين فإن غم الأمر عليهما بعثت المحكمة غيرهما للوقوف على حال الزوجين ومن ثم الأخذ بما يتوصل إليه الحكمان .

تاسعاً: الفصل في دعاوي التفريق للشقاق والنزاع على وجه السرعة واعتبارها من الدعاوي ذات الصفة الاستعجالية .

عاشراً: أن يكون مناط التفريق هو الضرر الذي يصيب أحد الزوجين بلا موجب

أو مبرر شرعي وهذا ما يقتضيه المذهب المالكي وليس الشقاق والنزاع المستحکم والضرر بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين الزوجين .

بعض الاجتهادات القضائية :

الضرر معياره موضوعي لا شخصي وأمر تقديره تستقل به محكمة الموضوع باعتباره من مسائل الواقع التي تدخل في سلطة قاضي الموضوع .

فقد جرى قضاء محكمة النقض في مصر على أن المقصود بالضرر في المادة السادسة من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ هو إيذاء الزوج زوجته بالقول أو بالفعل إيذاء لا يليق بمثلها بحيث تعتبر معاملته لها في العرف معاملة شاذة تشكو المرأة منها ولا ترى الصبر عليها وهو مما تستقل محكمة الموضوع بتقديره باعتباره من مسائل الواقع التي تدخل في سلطة قاضي الموضوع .

(نقض ١٩٨٥/٣/١٢ في الطعن ٤٥ لسنة ٥٤ أحوال شخصيه)

حيث جاء في حكم لمحكمة النقض السورية^١ لما كان ما ادعته الميزة من المعاشرة الزوجية الشاذة يعتبر من الأضرار المنصوص عليها في المادة ١١٢ أحوال كان الدفع به مسموعاً بحكم الفقرة ب من المادة ١٥٩ أصول ومنتجاً في هذه الدعوى [. (ش ٢٧٤ - ق ٢٦٤ - تاريخ ١٩٥٨/٨/٢٨)

كما استقر الاجتهاد القضائي في مصر على أنه من الضرر الذي يوجب التطلق أن يعتمد الزوج إلى غير مكان الحرث والنسل من زوجته أو يتسبب في إصابتها بمرض . ٢٣/٣٦٤ كرموز (٣٤/٩/٣٠) ت م س ش ٧٩٧/٦)

النشوز لا يكون في سائر الأحوال سبباً لإعتبار الزوجه مسيئة:

في حكم لمحكمة النقض السورية^١ لما كان تقرير الحكيم موافقاً للأصول وبما أن النشوز لا يكون في سائر الأحوال سبباً لإعتبار الزوجه مسيئة في الحياة الزوجية بل

قد يكون هناك سبب من الزوج أكبر منه وأدهى كان ما أدلى به الطاعن مستلزم الرد والحكم موافقاً للأصول [(ش ١٠١ - ق ٩٧ - تاريخ ١٩٦٦/٢/٢٨) .

كما أن نشوز الزوجة لا يمنعها أن تطلب التطليق - طبقاً للمادة ٦ ق ٩٢٩/٢٥ - الحكم بنشوز الزوجة لا يمنعها من أن تطلب إلى المحكمة التطليق [المادة ٦ ق ٢٥ سنة ٩٢٩] فقد يكون النشوز ناشئاً عن حالة لا تدفعه ولا يستطيع معها دوام العشرة . (٤٩/٥٥٥ الزقازيق (٤٩/٥/١٥) ت س م ش ٢٦٦/٣٢)

ضرب الزوج العادي لزوجته لا يحتم كون الزوج هو المسيء ، فقد جاء في حكم لمحكمة النقض السورية [ثبوت ضرب الزوج العادي لزوجته لا يحتم كون الزوج هو المسيء في الحياة الزوجية دون الزوجة لجواز أن تكون الزوجة قد عاملت زوجها بأسوأ من الضرب وقلعت عيناه إذا ما قلع عينها] . (ش ١٨ - ق تاريخ ١٩٦٩/١/٧)

والضرب التأديبي لا تشمله المادة ٦ ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ .

للزوج أن يضرب زوجته الضرب التأديبي الذي يؤدب أفعالها إذا نشزت منه لقوله تعالى : { واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن وأهجروهن في المضاجع وأضربوهن } ولا يعد هذا من باب الضرب المنصوص عليه في المادة ٦ ق ٢٥ لسنة ٢٩ . (٢٨/٣٧٨ دمياط - (٢٩/٧/٢٣) -)

لا يفرق بين المدخول بها وغير المدخول بها في طلب التطليق للضرر :
فقد قضت محكمة الجيزة بأن مذهب الإمام مالك وهو المصدر التشريعي للمادة السادسة ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ لا يفرق بين المدخول بها وغير المدخول بها في طلب التطليق فتستمع الدعوى من كليهما . (٩٥٠/١٧٣ جيزه (٥٢/١٢/٣) م ش (٤٢٤/٢٤)

ولكل من الزوجين طلب التفريق ولو لم تحصل بينهما خلوه أو دخول .

فقد قضت محكمة النقض السورية بقولها¹ . . . وكان الإجتهد القضائي قد
إستقر على أن لكل من الزوجين طلب التفريق وفقاً للمادة ١١٢ أحوال ولو لم يحصل
بينهما خلوه أو دخول . . . [ش ٤٢٩ - ق ٤٢ - تاريخ ١٠/٢٥/١٩٦٦]

تطلق الزوجة من زوجها للضرر الثابت بطمع الزوج ووالده في مال الزوجة
وإساءته معاشرتها .

في حكم لمحكمة المنيا " وحيث أن الأوراق صريحة الدلالة على طمع المدعى
عليه ووالده في أموال المدعيه وإذا أضيف إلى ذلك أن المدعى عليه غير متعلم وهو
عمدة بلد جبلي شرقي النيل يتضح ١- عدم خضوع المدعية وتسليمها أموالها له قد
يكون أعظم أسباب الشقاق القائم بين الطرفين والنزاع المالي دائماً من أخطر أنواع
النزاع بين الناس فهو بلا شك مانع من دوام العشرة بين الزوجين .
(٢٨/١١٢ المينيا (١٠/١٠/٢٩) ت س م ش ٤٧٢/٣)

فسق الزوج لا يوجب التفريق إلا إذا شاب الزوجة . وأن المناط في الضرر من مفسق
الزوج أن تتأثر الزوجة بهذا الفسق .

فقد قضت محكمة السيدة¹ بأن فسق الزوج لا يوجب التفريق إلا إذا شابها
وأنه لا بد من ثبوت الإضرار ثبوتاً قاطعاً فلا يؤخذ بالمظن والافتهام المقرر
في المذهب المالكي الذي أخذ منه حكم المادة السادسة ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ أن فسق
الزوج لا يوجب تطليق الزوجة ما لم يتعد أثره إليها فالمناط في التضمر من فسقه
أن تتأثر هي بهذا الفسق [(٥٠/٣٧١٠) السيده (٥١/٦/٣)]

الحكم بالتطليق للضرر ، وشرطه إضرار الزوج بزوجه بما لا يستطاع معه دوام
العشرة بين أمثالهما وأن يعجز القاضي عن الإصلاح بينهما . والقضاء بالتطليق
دون محاولة القاضي التوفيق بين الزوجين يبطل الحكم بطلاناً متعلقاً بالنظام العام .
(نقض ١٩٨٤/٣/٢٧ في الطعن ٢١ لسنة ٥٣ ق أحوال شخصية) .

ليس من الضروري أن يصلح القاضي بنفسه بين الزوجين فله أن يحاول التوفيق بينهما بوكيلين مفوضين من الزوجين بالصلح .

فمن المقرر في قضاء محكمة النقض أنه لا يشترط لإثبات عجز القاضي عن الإصلاح بين الزوجين وفقاً لنص المادة ٦ من المرسوم بقانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ ماثولهما بشخصيهما أمامه وإنما يكفي فيه حضور الوكيلين المفوضين بالصلح عنهما ورفض أحدهما الصلح (نقض ٨٠/١٢/٢٣ طعن ٤٥ لسنة ٤٨ ق - أحوال شخصية) .

إن تغيب أحد الزوجين أو امتناعه عن حضور جلسات التحكيم ليس له أي أثر على عمل الحكيم إذا ما تم إخطاره إخطاراً صحيحاً فللحكيم الاستمرار في نظر الشقاق بين الزوجين والتعرف على أسبابه ويقترحان ما يريانه وعليهما رفع تقريرهما في الميعاد المحدد .

فقد ذهبت هيئة التحكيم الأردنية في مسائل الأحوال الشخصية إلى اعتبار تغيب أحد الزوجين عن جلسات التحكيم بعد إخطاره إخطاراً صحيحاً يعتبر رفضاً منه للصلح والمقصود منه الإضرار بالآخر . فلا أثر لتغيب أحدهما على سير عمل المحكمة بل ويؤخذ في الإعتبار إذا ما تبين أن تغيب أحدهما مقصود منه الإضرار بالآخر في تقدير الإساءة وهذا ما يخضع لسلطة الحكيم في تقديره .

" قرار هيئة التحكيم الصادر بتاريخ ١٩٨٣/١٠/١ في القضية أساسي ٨٣/٣٠٨ "

إثبات الضرر الموجب للتطبيق ليس مقصوراً على الإقرار أو البينة بل صرح المالكية بالاكتفاء فيه بقرائن الأحوال وقد استندت إلى ذلك المحكمة الكلية بالكويت دائرة الأحوال الشخصية وقضت بالتفريق بين زوجة ادعت على زوجها أنه يؤذيها أذى لا يستطيع معه دوام العشرة لضربها ضرباً مبرحاً وخنقها حتى ترك أثراً ظاهراً في رقبته وضربها بالحذاء على رأسها وكذلك ضرب أباه، بعد أن أنكر

الزوج الواقعة المنسوبة إليه واستندت طالبة التفريق في إثباتها لادعائها لحكم جزائي
أدين به المدعي عليه وقضى عليه فيه بالغرامة .

كما قضى القضاء الكويتي بالتفريق بين زوجة لادعائها أن المدعى عليه قد
استهان بها واحتقرها وأهدر كرامتها وحياتها جملة لكونه يعاقر الخمر ومدمن عليها
ويحاول إثناءها عن القيام بعبادتها مستندة إلى أن ضابط الضرر الموجب للتطليق هو
ما لا يجوز شرعاً ، وليس أن يكون الضرر الزوجي بما لا يستطيع معه دوام العشرة
بين الزوجين .

(الدائرة الكلية الشخصية في الكويت عام ١٩٦٩)

تم بحمد الله تعالى

حق الزوجة في الانفراد بمسكن الزوجية

للدكتور جاسم علي سالم *

تقديم:

كانت الحياة في دولة الإمارات في ما قبل عصر الرخاء بسيطة جداً ويحيط بها العسر الاقتصادي وشظف العيش ، وهذا الأمر منعكس على جميع مناحي الحياة ومنها مسألة القدرة على استقلالية الزوج ببيت عن أهله ، ورغم أن الشرع قد أعطى الزوجة الحق في أن يكون لها بيتاً تنفرد به خالياً من إشغاله بالغير .

ولقد توارى حكم الشرع والفقهاء الإسلامي للظروف المعيشية الصعبة في ذلك الزمان ، مما أدى إلى رضا الزوجة بالعيش مع زوجها في بيت أهله وقد يكون له إخوة متزوجين ويقيمون في ذات المنزل . وقد يفسر البعض هذا الوضع على أنه عادة وعرف ، إلا أنه في الحقيقة ظرفاً قسرياً حيث لا حلول غير ذلك ، ولا يمكن القول بأن العرف يجوز له مخالفة أحكام الشريعة ، والإتفاق بين الفقهاء وعدم وجود المخالف لهم . ومن جانب ذلك فإننا لم ننكر على من كانت له القدرة المالية في ذلك الزمان باتخاذ منزلاً مستقلاً عن أهله ، ولم يقل بأنه قد خالف العرف والعادة .

والآن بعد الرخاء الإقتصادي - ولله الحمد - فقد تغيرت الظروف الإقتصادية والإجتماعية مما أدى لزوماً الخروج من حالة الضرورة والإضطراب التي أجبرت على وقف تطبيق الأحكام الشرعية في هذا المجال والعودة إلى تطبيقها لزوال الحالة الأولى . خاصة أن الدولة قامت منذ نشأتها بتحسين وضع المواطن على هذه الأرض،

* مساعد العميد لشؤون البحث العلمي ومدرس قانون المعاملات المدنية بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة .

وكان من أهم التحسينات والمتغيرات، توفير السكن اللائق للمواطن سواء على مستوى الاتحاد أو على مستوى الإمارة .

من هنا نقول أن الزوجة لها أحقية الاستقلال ببيت خال من شغل الغير وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ولعدم وجود التشريع الحاكم لهذه المسألة ، فإن أحكام الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي لأحكام الأسرة . والمشرع الإماراتي قد أرجعنا إلى هذه الأحكام حيث بين في مادته الأولى من قانون المعاملات المدنية على أنه إذا لم يوجد تشريع صريح بأن القانون الرسمي المطبق هو الفقه الإسلامي مع تحديد القانون في الرجوع إلى الفقه المالكي والحنبلي معاً فإذا لم يوجد الحكم انتقل القاضي إلى الفقه الشافعي والحنفي .

ورجوع القضاة للحكم بهذه الطريقة يعتبر من النظام العام، فلا يجوز مخالفته، وهو بالتالي ليس له أن يجتهد الحكم وفقاً للمعنى الاجتهادي الموضح في كتب أصول الفقه . وإنما على القاضي تخيير أنسب الحلول المعروضة في الفقه المالكي والحنبلي للنزاع المعروض . وهو لن يلتزم بالرأي الراجح دون المرجوح في المذهب بل عليه الموازنة والتخيير من الراجح والمرجوح ما هو أنسب لهذه المسألة في حاضرنا .
وجعل الدين الإسلامي النفقة على الزوج حتى ولو كانت الزوجة غنية ومما تشمله النفقة الطعام واللباس والمسكن .

ونحن هنا إذ نطرق التزام الزوج بالسكن ودليل التزامه شرعاً بالسكن قوله تعالى « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم »^(١) وإذا أوجبت الآية السكنى للمطلقة فوجوبها للزوجة وعقدة الزواج قائمة أولى قال تعالى « وعاشروهن بالمعروف » ومن المعروف أن يُسكنها في مسكن ، ولأنها لاتستغني عن المسكن للاستتار عن العيون والتصرف والاستمتاع وحفظ مالها .^(٢)

(١) سورة الطلاق آية ٦ .

(٢) فتح القدير شرح الهداية ج ٣ ص ٣٣٤ - ٣٣٥ .

المقصود بالمسكن المنفرد

أولاً : عند المالكية :

ذهب المالكية إلى أن للزوجة أن تمتنع من أن تسكن مع أقاربه كأبويه في دار واحدة لما فيه من الضرر عليها بإطلاعهم على حالها،^(١) ولقد صنف المالكية الناس على درجات وميَّزوا بين المرأة التي تأتي من قوم على جانب من المال والعزة ، فلا يجوز للزوج إسكانها مع أهله . وإذا كانت وضعية الحال أي أنها تسكن في مستوى معيشي أقل من الإنسان المعتاد فإنه ليس لها أن تمتنع من قبول العيش بين والديه^(٢) ، ولكن مع ذلك فقد اشترطوا لتحقيق ذلك الآتي :

- ١- أن تكون في مأمن بحيث لا يمكن الإطلاع على عوراتها^(٣) ، ولذا فإذا كان للزوج إخوة وأقارب رجال يقيمون معه في نفس المنزل وقالت له الزوجة بأنها لاتأمن على نفسها فإن الشرط هنا لم يتحقق، فلا يسكنها مع أهله ولو كانت من بيئة فقيرة ووضعية .
- ٢ - كذلك الأمر إذا قالت لزوجها - حتى ولو كانت وضعية - بأن أهلك يؤذونني ، فأخرجهم عني أو أخرجني عنهم وقالوا لا بد أن يعزلها^(٤) .

حالة ما إذا كان اشتراطه عند العقد بأن يسكنها عند أهله ، قالوا بلزوم الشرط ، إلا أنه يجب أن يتحقق الشرطان السابقان ، تحقق عدم الاطلاع على

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٢ ص ٥١٢ - شرح الخرشني على مختصر خليل ج٤ ص ١٨٨ - القوانين الفقهية لابن جزي، ص ١٤٢ .

(٢) حاشية الدسوقي المرجع السابق .

(٣) حاشية الدسوقي ، المرجع السابق .

(٤) الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ج٢ ص ٥١٣ كذلك المقدمات الممهدة لابن رشد الجد ج١ ص ٥٥٦ .

عورتها وكذلك أن لا يؤذونها .

عدم جواز الجمع بين الزوجة وضررتها في منزل واحد :

ذهب الفقه المالكي إلى عدم جواز أن يجمع الرجل بين زوجته وضررة أخرى لها في بيت واحد وقالوا هذا لا يجوز لأن يجمعها مع أبويه فمن باب أولي أن لا يجوز بأن يجمعها مع ضررة لها^(١) ، وهذا ما قضت به المحكمة الاتحادية العليا في حكم جديد لها فقالت « من المقرر شرعاً أن الزوجة لا تلزم بطاعة زوجها والقرار بالمسكن الذي أعده لها إلا إذا كان هذا المسكن لائقاً لحاله بين جيران صالحين تأمن فيه على نفسها ومالها وأن يكون خالياً من سكني الغير لاسيما الضررة لأن وجود الضررة في حد ذاته إيذاء لها ، فإذا انشغل المسكن بسكني الضررة فيحق للزوجة مغادرته وعدم الاستجابة لدعوة زوجها بالمقام فيه حتى يهيبء لها مسكناً شرعياً مستقلاً »^(٢) .

وقد ذكر صاحب البدائع « ولو أراد الزوج أن يسكنها مع ضررتها أو مع أحمائها كأم الزوج وأخته وبنته من غيرها وأقاربه ، فأبى ذلك عليه فإن عليه أن يسكنها في منزل مفرد ، ربما يؤذونها ويضررن بها في المساكنة ، وإباؤها دليل الأذى والضرر، ولأنه يحتاج إلى أن يجمعها ويعاشرها في أي وقت متفق ، ولا يمكنه ذلك إذا كان معها ثالث^(٣) .

ويقول ابن عابدين : أن المشهور ، وهو المتبادر من إطلاق الحقوق أن يكفيها بيت له من دار ، سواء كان في الدار ضررتها أو أحمائها . وعلى ما فهمه في " البحر " من عبارة " الخانية " وارتضاه المصنف في شرحه لا يكفي ذلك إذا كان في الدار أحد من أحمائها يؤذيها وكذا الضررة بالأولى . وعلى ما نقله المصنف عن

(١) شرح الخرشبي ج٤ ص ١٨٨ .

(٢) الطعن رقم ٢٦ لسنة ١٥ القضائية شرعي جلسة ٢٦ يونيو ١٩٩٣ شرعي مجلة العدالة عدد ٧٨ السنة ٢١ إبريل ١٩٩٤ ص ١٢٦ .

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ج٤ ص ٢٣ ، الهداية وشرح فتح القدير ج٣ ص ٣٣٥ .

ملتقط صدر الاسلام يكفي مع الأحماء لا مع الضرة . وعلي مانقله عن ملتقط أبي القاسم إن ذلك يختلف باختلاف الناس : ففي الشريعة ذات اليسار لابد من أفرادها في دار . ومتوسطة الحال يكفيها بيت واحد من دار ، ومفهومه أن من كانت من ذوات الاعسار يكفيها بيت ولو مع أحمائها وضررتها كأكثر الإعراب وأهل القرى وفقراء المدن الذين يسكنون في الأحواش والربوع وهذا التفصيل هو الموافق لما مر من أن المسكن يعتبر بقدر حالها ^(١) .

ملاحظة : لو كانت الزوجة مثلاً تعيش في منزل أبيها سابقاً بمنزل ضخم وقد اعتادت على هذا النمط وعلى الأثاث الضخم فهل يلتزم الزوج بتوفير ذلك ؟ ويمكن لنا أن نسترشد برأي الأستاذ الدكتور عبدالكريم زيدان وهو يقول في ذلك:

- ١- إذا كان الزوجان موسرين فعلى الزوج أن يسكنها في دار على حدة تناسب يسارهما من جهة سعة الدار وبنائه ومشمولاته ومرافقه وأثاثه وموقعه .
- ٢ - أما إذا كان الزوجان متوسطي الحال ، فعلى الزوج أن يسكنها إما بدار مستقلة صغيرة تناسب حالهما ، أو يسكنها بشقة في عمارة تناسب حالهما .
- ٣ - إن كان الزوجان فقيرين، فعلى الزوج أن يسكنها في الأقل .
- ٤ - إذا كان الزوج موسراً والزوجة معسرة، فعلى الزوج أن يسكنها في دار منفردة ولو صغيرة نظراً ليساره أو يسكنها بشقة من عمارة كما لو كانا متوسطي الحال، لأن مسكنها بهذه الكيفية هو المناسب لحالهما .
- ٥ - إذا كان الزوج فقيراً والزوجة موسرة فالواجب على الزوج أن يسكنها في

(١) الدر المختار ورد المختار لابن عابدين ج ٣ ص ٦٠٠ .

بيت من دار بموافق خاصة به أو مشتركة مع البيوت الأخرى في الدار، ولا يكلف الزوج بأكثر من ذلك، ووجه ذلك أن الآية الكريمة « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » (سورة الطلاق آية ٦) وهذه الآية الكريمة أوجبت السكن للمطلقة ، فوجود السكن للزوجة في حال قيام الزوجية أولى^(١) .

٦ - وفي جميع الأحوال والحالات على الزوج أن لا يسكن أحداً من أهله مع زوجته في مسكنها ، كما ليس من حقها أن تسكن أحداً من أهلها معها في سكنها .

٧ - أن الشقق في العمارات في الوقت الحاضر تعتبر بمنزلة الدور المستقلة ولا تنزل منزلة البيوت في الدار الواحدة ، ويكون هذه الشقق مناسبة لذوي اليسار والمتوسطي الحال بالنظر إلى سعة الشقق وكفاية مستحضراتها ومرافقها وموقعها^(٢) .

ثانياً : رأي الحنابلة :

ويذهب الحنابلة إلى أنه ليس للرجل أن يجمع بين زوجته في مسكن واحد بغير رضاها صغيراً كان أو كبيراً لأن عليهما ضرراً لما بينهما من العداوة والغيرة وإجتماعهما يثير المخاصمة ، وتسمع كل واحدة منهما حسه إذا أتى الأخرى ، أو تري ذلك ، فإن رضيا بذلك جاز ، لأن الحق لهما ، فلهما المسامحة بتركه^(٣) .

والظاهر في مجموع هذا الكلام أن من حق الزوجة أن تنفرد بمسكن مع زوجها ليس فيه أحد من أهله ، دفعاً للضرر عنها إذ ربما يكون وجود أحد من أهله مانعاً

(١) نقلاً عن ابن قدامة الحنبلي ج٧ ص ٥٦٩ .

(٢) د . عبدالكريم زيدان ، الفصل في أحكام المرأة ج٧ ص ٢٠٤ - ٢٠٥ .

(٣) المغني وبلية الشرح الكبير لابن قدامة ج٧ ص ٢٦ .

من استمتاع كل منها تصحبه على الوجه المرغوب فيه ^(١) .

ثالثاً : رأي الشافعية :

ويرى الشافعية أن على الزوج أن يهيب مسكناً لائقاً بها عادة ، لأنها لا تملك الانتقال منه ، فروعياً فيه جانبها بخلاف نفقة الطعام والكسوة حيث روعي حال الزوج ، لأنها تملك إبدالهما . وعلى هذا فإن لم تكن الزوجة ممن يسكن الخان أسكنها زوجها داراً أو حجرة وينظر إلى ما يليق بها من سعة أو ضيق قال تعالى : « ولاتضاروهن لئُضَيِّقُوا عليهن ، ولا يشترط في المسكن أن يكون ملكاً للزوج ، فيجوز إسكانها في موقف أو مستأجر أو مستعار . ولو سكنت هي وزوجها في منزلها مدة يسقط فيها حق السكنى لها ولا مطالبة لها بأجرة سكنه معها إن كنت أذنت له في ذلك ، لأن الإذن المطلق الخالي عن ذكر لعوض ينزل على الإعارة والإباحة ^(٢) .

رابعاً : رأي الحنفية :

يجب على الزوج أن يهيب لزوجته مسكناً لائقاً بها باعتبار ذلك مما تتضمنه نفقتها عليه ، وإن مسكنها مقدر بكفايتها ومن كفاية المسكن للزوجة انفرادها بمسكن وحدها مع زوجها ليس فيه أحد من أهله ، لأنه وجب حقاً لها فليس له أن يشرك غيرها فيه . لأنها قد تتضرر به ويمنعها وجوده من المعاشرة مع زوجها واستمتاع كل منهما بصاحبه إلا أن تختار ذلك بأن يسكن زوجها معها أحداً من أهله ، لأنها رضيت بانتقاص حقها ^(٣) .

وللزوج أن يمنع أهلها من السكن معها في بيته حتى ولدها من غيرها سواء

(١) د . عبدالكريم زيدان الفصل في أحكام المرأة ج٧ ص ١٩٨ .

(٢) مغني المحتاج ج٣ ص ٤٣٢ .

(٣) الهداية ج٣ ص ٣٣٤ - ٣٣٥ .