



رابطة العالم الإسلامي
المجمع الفقهي الإسلامي

الدورة الثانية والعشرون للمجمع الفقهي الإسلامي
المنعقدة في مكة المكرمة

حكم مطالبة المرأة المسلمة بما يفرضه لها القانون الوضعي في مال زوجها عند طلاقها

د. محمد جميل مبارك
أكادير - المملكة المغربية

أبيض

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه:
أما بعد: فموضوع هذا البحث قضية جزئية محددة، ومع ذلك فإنها تلامس مقصدا من المقاصد الكبرى للشريعة وهو مقصد التسليم لحكم الله، وعدم استبدال أي حكم آخر به، فمفردات هذه القضية كما هي في عنوانها تشير إلى عدة أمور:

الأمر الأول: أن مطالبة المرأة المسلمة بما يفرضه لها القانون تتحدد في حالة ما إذا كان الإسلام يفرض شيئا للمرأة عند طلاقها، ويفرض لها القانون ما يخالف هذا الذي يفرضه لها الإسلام.

الأمر الثاني: أن القضية محصورة في حالة الطلاق؛ والطلاق يجرز أبوابا أخرى كباب الوفاة مثلا، وهو باب قد تكون فيه تفاصيل وفروق ليست في باب الطلاق، ومن هذه الفروق، الفرق بين أن ينشأ عن مطالبتها بما يفرضه لها القانون الوضعي الوقوع في محذور شرعي صريح، وبين أن لا ينشأ عن تلك المطالبة أي وقوع في محذور شرعي.

ومنها: الفرق بين ما إذا ترتب عن مطالبتها بما يفرضه لها القانون الوضعي حرمان ذي حق من حقه، وبين ما إذا لم يترتب عنها أي حرمان.

الأمر الثالث: أن وصف المرأة بالإسلام يستلزم ضرورة خضوعها لحكمه دون أن تجد في نفسها حرجا من حكم الله ورسوله.

الأمر الرابع: أن السؤال في قضية المطالبة هذه يتجه في حالتين:

الأولى: حالة وجود المرأة المسلمة في مجتمع غير مسلم، كأن تطلق في إحدى الدول الغربية.

الثانية: حالة وجودها في مجتمع مسلم لكن قانونه في شؤون الأسرة يفرض للمطلقة حقوقا لم يفرضها لها الإسلام.

حكم المطالبة بما يخالف الشريعة:

لابد من بيان حكم المطالبة بما يخالف الشريعة قبل إصدار حكم عن قضية مطالبة المرأة بما يفرضه لها القانون الوضعي.

وبيان ذلك: أن المسلمة - كالمسلم - لا يجوز لها أن تخالف نصا شرعيا صحيحا صريحا بأي ذريعة كانت!!.

وهذا المبدأ مبدأ اعتقادي قبل أن يكون مبدأ فقها ومعنى كونه مبدأ اعتقادياً أن مما يفرضه الإيمان على المؤمن التسليم بحكم الله وبحكم رسوله دون تلكؤ أو ضجر.

وهذا ما تفيدته آيات قرآنية كريمة، وهذه جملة منها:

١ - قوله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ (النساء: ٦٥).

فهذه الآية ترسخ مفهوم تحكيم رسول الله ﷺ في نفوس الناس وفي شؤونهم، وتجعل للإيمان ثلاثة عناصر لا يتم في مجال التحاكم إلا بها.

الأول: تحكيم رسول الله ﷺ في النزاعات.

الثاني: انتفاء أي حرج في نفوسهم من حكم رسول الله ﷺ.

الثالث: التسليم والرضى بحكمه ﷺ.

ومؤدى هذه العناصر في قضيتنا هذه أن المرأة المسلمة حال مطالبته بما يفرضه لها القانون الوضعي، مما يخالف الشريعة، لم تحكم رسول الله ﷺ، وتخرجت من حكمه، ولم ترض به!!.

وقد أقسم سبحانه بذاته العلية أنه لا يتم إيمان الأمة حتى تحكم رسول الله ﷺ راضية بحكمه، مسلمة بقضائه متلقية حكمه بالانشراف؛ خالية صدورها من الإحساس بأي حرج من حكم رسول الله ﷺ.

والآية بهذا الأسلوب الجليّ البليغ تضع مبدأ من المبادئ الكبرى للإسلام، وهو مبدأ: تحكيم الشريعة بمصدرها. الكتاب والسنة.

وقد أورد المفسرون سببين لنزول الآية لهما علاقة بموضوع هذه القضية أحدهما: أن الزبير بن العوام - رضي الله عنه - خاصم رجلا من الأنصار في شراج من الحرة ، كانا يسقيان به كلاهما النخل . فقال الأنصاري سرح الماء يمر فأبى عليه ، فقال رسول الله ﷺ اسق يا زبير ، ثم أرسل الماء إلى جارك ، فغضب الأنصاري وقال: يا رسول الله ، أن كان ابن عمتك؟ فتلون وجه رسول الله ﷺ ثم قال: اسق يا زبير ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر، ثم أرسل الماء إلى جارك، واستوعى النبي ﷺ للزبير حقه في صريح الحكم حين أحفظه الأنصاري، وكان أشار عليهما بأمر لهما فيه سعة، قال الزبير: فما أحسب هذه الآية إلا نزلت في ذلك: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾^(١).

وثانيهما: أنها نزلت في المنافق واليهودي اللذين تحاكما إلى كعب بن الأشرف، كما يشير إليه قوله تعالى: ﴿أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا نُزِّلَ إِلَيْكَ وَمَا أُنزِلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ﴾ (النساء: ٦٠).

ورجح الطبري هذا الرأي^(٢).

٢- قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا﴾ (الأحزاب: ٦٣).

فمعنى الآية أن ليس لأي مؤمن ، ولا لأي مؤمنة إذا قضى الله ورسوله في أنفسهم قضاء، وحكما فيهم بحكم أن يتخيروا من أمرهم ما شاءوا، ويخالفوا أمر الله ورسوله ويعصوهما، فما قضى الله هو المتبع، وما حكم به رسول الله ﷺ هو الحق.

(١) انظر صحيح البخاري كتاب التفسير باب: فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم.

(٢) تفسير الطبري ج ٥/١٥٨-١٥٩.

ومن يعص الله ورسوله، ويخالفهما في أمر بأن يعمل فيه برأيه واختياره، فقد ضل ضلالاً مبيناً^(١).

والآية عامة في جميع الأمور، كما هي عامة في جميع المؤمنين، أما عمومها في جميع الأمور فإن «أمرأ» نكرة في سياق الشرط وهي تعم، وأما عمومها لجميع المؤمنين، فإن «مؤمن» ومؤمنة نكرة في سياق النفي فتعم أيضاً.

٣- قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَنْ يَقُولُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾ (النور: ٥١).

ومعنى الآية واضح في إفادة ما ينبغي أن يقوله المؤمنون إذا دعوا إلى حكم الله وإلى حكم رسوله ﷺ وهو: سمعنا وأطعنا.

ويتضح معنى الآية أكثر إذا قرنت بالآيات قبلها من قوله تعالى: ﴿وَيَقُولُونَ آمَنَّا بِاللَّهِ وَبِالرَّسُولِ وَأَطَعْنَا ثُمَّ يَتَوَلَّى فَرِيقٌ مِنْهُمْ مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ... الْآيَاتِ﴾.

٤- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْدُمُوا بَيْنَ يَدَيْ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ (الحجرات: ١).

والمعنى العام للآية: لا تتعجلوا بإبرام أمر من الأمور قبل أن يقضي الله ورسوله فيه، بل كونوا تبعاً لله ورسوله في جميع الأمور، فلا تتقدموا بين يدي الله ورسوله فتقضوا في أموركم بخلاف قضاء الله ورسوله فيها^(٢). والآية دليل على وجوب اتباع الشرع في كل شيء^(٣).

وبعد هذا التأسيس لقضية التحاكم بهذه الآيات الكرييات أود أن أقسم الموضوع إلى قسمين باختلاف مكان التحاكم وقوانينه، فالمرأة المسلمة:

إما أن تعيش في بلاد غير إسلامية فتطالب بحقوقها وفق محاكم تلك البلاد.
وإما أن تعيش في بلاد إسلامية فتطالب بحقوقها وفق محاكمها وقوانينها الوضعية.

(١) انظر تفسير الطبري ج ١١/٢٢، وتفسير الرازي ج ٢٥/٢١١.

(٢) انظر تفسير الطبري ج ١١٦/٢٦، وتفسير ابن كثير ج ٧/٣٤٥.

(٣) روح المعاني ج ٢٦/١٣٤.

وهذا التقييم إنما هو لتجلية أمرين:

أحدهما: أن على المسلمين - في بلاد غير إسلامية - أن يحافظوا على خصوصياتهم التي تتجلى في العقائد والعبادات والمعاملات، وألا يستسيغوا المطالبة بأي حق يخالف ما هو منصوص عليه في الشريعة.

وثانيهما: أن على المحاكم في البلاد الإسلامية ألا تتعمد المخالفة الصريحة في أحكام الشرع الإسلامي لاسيما في أحكام الأسرة.

هل من حق المرأة المسلمة أن تطالب بما يفرضه لها القانون الوضعي، في مال زوجها عند طلاقها في بلاد غير المسلمين؟

لا شك أن الطلاق في غير البلاد الإسلامية مخالف للطلاق في الشريعة الإسلامية ومع ذلك فيحدث أن تطلب المرأة المسلمة الطلاق من زوجها المسلم في تلك البلاد، وتطالب - بناء على ذلك - بما يترتب على الطلاق من حقوق وفق ما تقتضيه قوانين تلك البلاد التي تعيش فيها المرأة ومطلقها المسلمان.

فإذا احتكمت المرأة المسلمة إلى محاكم تلك البلاد واستصدرت منها الطلاق دون أن يوقعه الزوج ودون أن يوافق عليه، فالطلاق غير واقع، وكل ما يبنى عليه في هذه الحالة باطل، ولا يجوز لها أن تتزوج غيره وإلا كانت زانية^(١).

هذا بالنسبة للدول غير الإسلامية التي لم توقع اتفاقا مع الدول التي يعيش رعاياها في تلك الدولة، فإن كانت هناك اتفاقيات فإن حكم الدولة الإسلامية التي ينتمي إليها الزوجان هو الذي يطبق، وهناك ما يسمى بالزواج المختلط، وهو الذي يكون فيه أحد الزوجين من رعايا دولة والآخر من رعايا دولة أخرى، وقد عقدت اتفاقيات بين بعض الدول في الزواج المختلط

وتطبق قوانين خاصة في الزواج المختلط في حالة عدم وجود أي اتفاقية في شأنها، لا داعي للتفصيل في شأنها.

(١) انظر فقه الأسرة المسلمة في المهاجر، د. محمد الكدي العمراني ج ٢/ ٢٣٥.

والذي يعيننا من هذا كله أمران:

أحدهما: أن الزوجين المسلمين لا يجوز لهما العيش إلا في حياة زوجية مبنية على الشريعة الإسلامية، فإن كانا يعيشان في دولة لا تربطها اتفاقيات في شأن الزواج تسمح للزوجين بتطبيق أحكام الشريعة في شئون الأسرة، فإن على الجالية المسلمة أن تنشئ نظاما خاصا بشئون الأسرة.

وثانيهما: أن الزوج إذا نطق بالطلاق ووقع فلا يحق للمرأة أن تطالب بالحقوق التي يفرضها لها القانون الأجنبي في مال زوجها فيما عدا ما فرضته لها الشريعة من تلك الحقوق، فإن قضت لها المحكمة بتلك الحقوق فلا يحل لها أن تأخذ إلا ما فرضته لها الشريعة، وعليها أن ترد ما عدا ذلك إلى مطلقها.

وقد سبق أن مبدأ تحاكم المسلم إلى غير الشريعة الإسلامية مبدأ مرفوض ومخالف لأحكام الإسلام، ثم يختلف الأمر في الأثر الاعتقادي لهذا التحاكم من مسلم رافض لحكم الشرع جاحد له، ومسلم جاهل به، وهذا موضوع آخر له علاقة بالكفر أو بالمعصية.

ويبدو من حال المسلمين الذين يعيشون في بلاد غير إسلامية أن عددا منهم لا يميز بين التحاكم إلى الشريعة، وبين التحاكم إلى القوانين الوضعية السائدة في تلك البلاد، وذلك «لانعدام المحاكم التي تحكم بالشرع الإسلامي ووفرة المحاكم الأخرى السائدة في رحاب المجتمعات العالمية... فهم مضطرون للجوء إليها للمطالبة بحقوقهم أو دفع الحيف عنهم»^(١).

وأيا ما كان فإن المرأة المسلمة إذا فرض لها القانون الوضعي في بلد غير إسلامي تعيش فيه - حقوقا في مال زوجها عند طلاقها منه خارج الحقوق المعروفة في الشريعة الإسلامية من نفقة وسكنى أثناء العدة، ومن نفقة على الأولاد، ومن مؤخر صداق، ومن متعة - فلا يجوز لها أن تطالب بهذا الذي

(١) فقه الأسرة المسلمة في المهاجر - مرجع سابق، ج ٢/ ٢٢٤.

يفرضه لها القانون، وإنما يحق لها أن تطالب بما تفرضه لها الشريعة الإسلامية من حقوق في مال زوجها عند طلاقها، لأن فيما تفرضه الشريعة غنى عن غيره، ولأن في الشريعة غنى عن غيرها.

هل يحق للمرأة المسلمة أن تطالب بما يفرضه لها القانون الوضعي في مال زوجها عند طلاقها في بلاد المسلمين؟

نصت عدد من مدونات الأسرة في عدد من الدول العربية والإسلامية على أن للزوجة حق المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي يسببها لها الطلاق. ولئن كانت عبارات هذه المدونات مختلفة في الإفصاح عن هذا التعويض فإنها متفقة في مبدئه.

فمدونة الأسرة المغربية أعطت المحكمة سلطة تقديرية للحكم بالتعويض على الزوج إذا اتضح لها من خلال جلسات الصلح والحكم أن الزوج متعسف في الطلاق، أو أن الطلاق كان بقصد إلحاق الأذى والضرر بها.

ففي المادة ٩٧: في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق تثبت المحكمة ذلك في محضر، وتحكم بالتطليق، وبالمستحقات طبقاً للمواد ٨٣-٨٤-٨٥ أعلاه، مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر.

وفي المادة ١٠١ «في حالة الحكم بالتطليق للضرر للمحكمة أن تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق عن الضرر».

ففي المادة ٩٧ تم التنصيص على التعويض بالنسبة لكل من الزوجين.

وفي المادة ١٠١ تم التنصيص على التعويض بالنسبة للزوجة.

ونصت المادة ٥٢ المعدلة من القانون الجزائري على أنه «إذا تبين للقاضي

تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها».

كما نصت المادة ١١٧ من قانون الأسرة السوري على منح التعويض للزوجة

المطلقة طلاقاً تعسفياً، مع مراعاة درجة التعسف وتحديد سقف التعويض في مبلغ نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة.

وبعد عرض هذه المواد يطرح سؤال جوهرى عنها وهو: ما المستند الشرعى لهذا التعويض؟

الشرع أثبت للمرأة حق المتعة نصا، وإن كان الفقهاء قد اختلفوا في هذه المتعة هل هي على الوجوب أو الندب؟

ولكن الذين قالوا بالمتعة قالوا إنها «تسلية للزوجة عن الطلاق» أي أنها شرعت لجبر خاطر المرأة المنكسر بالطلاق، ولا ريب أن انكسار خاطرها بالطلاق ضرر، فحكمت الشريعة بالمتعة جبرا لهذا الانكسار.

فإن كانت تلك المدونات قد أضافت التعويض عن الضرر اللاحق بالمرأة إلى المتعة فيصعب الاستدلال له شرعا ولو أن مدونات الأسرة أعطت المحكمة سلطة تقديرية في تقدير حجم المتعة ليتلاءم مع حجم الضرر لكان ذلك سائغا، لأنه منسجم مع مقتضى قوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَىٰ الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَىٰ الْمُقْتَرِ قَدْرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ﴾ (النساء: ٢٣٦).

لكن الذي يبدو من عبارات المدونات أن التعويض عن الضرر شيء زائد عن المتعة، فكأنها أضافت تعويضا إلى تعويض: كما يفهم من المادة ٨٤ التي تقول: تتمثل مستحقات الزوجة في: «الصداق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة، والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج، والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه».

فالمحكمة وفق هذه المادة تحفظ للمرأة المطلقة حقوقها المالية كاملة، لكن المادة ١٠١ أضافت منحها تعويضا عادلا مستحقا عن الضرر، مع أن في المادة ٨٤ نصا على أن من عناصر تقدير المتعة: أسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه.

فإذا كان التعسف ضررا تعوض عنه المرأة فأى تعويض آخر تناله مقابل الضرر، وأي ضرر هو إن لم يكن تعسفا؟

فالمشكلة - فقها - في هذه الإضافة، كيف تخرج؟ وكيف يستدل لها؟ وكيف تضاف إلى ما شرعه الله من المتاع بالمعروف.

قال عدد من العلماء: لكل مطلقة متعة، وقال الإمام مالك - رحمه الله - : لكل مطلقة اثنتين أو واحدة بنى بها أم لا سمي لها صداقا أم لا المتعة، إلا المطلقة قبل البناء وقد سمي لها صداقا فحسبها نصفه^(١).

وفي المسألة تفاصيل فقهية يكفي فيها هنا التنبيه على أن المتعة شرعت جبرا للضرر، فما مسوغ هذا التعويض المضاف إلى المتعة؟

ومدونة الأحوال الشخصية المغربية الملغاة لم تتضمن إضافة هذا التعويض، والفصل ٥٢ الذي أضيف في تعديل مدونة ١٩٩٣، والذي جعل للمحكمة تقدير المتعة بما يراعي ما أصاب المرأة من تعسف في الطلاق أقرب إلى الانسجام مع الأحكام الشرعية، إذ المتعة تقدر من قبل القاضي بناء على عدة اعتبارات، قد يكون منها تعسف الزوج في الطلاق ومدى هذا التعسف.

فقد جاء في هذا الفصل: «إذا ثبت للقاضي أن الزوج طلق بدون مبرر مقبول تعين عليه أن يراعي عند تقدير المتعة ما يمكن أن يلحق الزوجة من أضرار». ويبدو أن الذين تولوا تعديل هذا الفصل بهذه الإضافة لم يجدوا مستندا شرعيا لتخصيص التعويض عن الضرر مع وجود المتعة التي تتضمن تعويضا عن الضرر اللاحق بالزوجة من تعسف الزوج في إيقاع الطلاق.

فلو أن مدونة الأسرة الحالية اكتفت في هذا بالمادة ٨٤ التي ورد فيها أن من عناصر تقدير المتعة مدى تعسف الزوج في توقيع الطلاق، لكانت أقرب إلى الانسجام مع المقتضيات الشرعية.

فهل يحق للمرأة إذا حصلت - بعد طلاقها - على مؤخر صداقها، وعلى نفقتها في العدة، وعلى المتعة التي يقدرها القاضي ناظرا إلى مختلف الاعتبارات - هل يحق لها - والحالة هذه - أن تطالب بهذا التعويض الذي أضافته عدة مدونات للأسرة؟

(١) تفسير القرطبي ج ٣ / ٢٠٠.

الذي يبدو أن لا حق لها في هذه المطالبة لصعوبة تخريجه على الأصول الشرعية.

فإن قيل؟ فكيف نواجه تعسف بعض الأزواج في استعمال حق الطلاق؛ كأن تعيش معه زوجه مدة طويلة ذهبت فيها نعومتها وقوتها وشبابها، ثم يقدم على طلاقها بلا مسوغ معقول؟

فالجواب أن للمحكمة أن تقدر درجة هذا التعسف فتضيف قدرا من المال داخل دائرة المتعة تعويضا عن هذا الضرر؛ إذ المتعة - وهي حكم شرعي نصي - تتسع لهذا التقدير.

وبذلك نكون قد جمعنا بين دفع الضرر أو تقليص حجمه وبين الاستناد إلى أدلة الشرع ومقاصده.

وقد صدر عن إحدى المحاكم المغربية ما يدعم هذا الاتجاه؛ ففي حكم صدر عن المحكمة الابتدائية بتطوان بتاريخ ٢ يناير ٢٠٠٦ م ذهبت المحكمة إلى رفض طلب الزوجة التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي تدعيها، والتي رأت المحكمة أنه لا مسوغ لها مادامت المحكمة قد راعت كل ذلك عند تحديد المتعة^(١).

فقد استغنت المحكمة بمراعاة التعويض عن الضرر عن طريق المتعة - عن تخصيص التعويض عن الضرر بتقدير خاص.

ولننظر إلى مسألة أخرى تحكم فيها المحاكم بالتعويض عن الضرر وهي مسألة «الطلاق للشقاق».

وهي مسألة يتحدث فيها عن الضرر الناجم عن الطلاق الصادر عن الزوج بعد إذن القاضي له، وهو طلاق يكون في الغالب رجعيا.

كما يتحدث فيها عن الضرر الناجم عن التطليق للشقاق الصادر من المحكمة وهو طلاق يقع بائنا.

(١) انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة مع أحداث الاجتهادات القضائية د. إدريس الفاخوري ص ٢٧٣.

والتطبيق للشقاق مشروع، وأفاض العلماء في تفاصيله.
وقد خصص ابن عاصم في منظومته «تحفة الحكام» فصلاً خاصاً به بعنوان:
فصل في إثبات الضرر والقيام به وبعث الحكمين.
ومما جاء فيه:

ويثبت الإضرار بالشهود أو بسماع شاع في الوجود
وإن تكن قد خالعت وأثبتت إضراره ففي اختلاع رجعت
ويزجر القاضي بما يشاؤه وبالطلاق إن يعد قضاؤه^(١)
وبناء على هذا يسلم ما ورد في شأنه من المواد، من المادة ٩٤ إلى المادة ٩٧ من
مدونة الأسرة المغربية، ولكننا نبحت في أمر على درجة كبيرة من الأهمية وهو
حكم الحالات التي يحكم فيها بقبول طلب التطبيق للشقاق؛ فهناك حالات لا
إشكال في تطبيق مسطرة الشقاق في شأنها كحالة ثبوت إضرار الزوج بزوجه
بالضرب أو الإهانة أو التقتير في الانفاق مع سعته، أو بتناول المسكرات
والمخدرات الخ...

لكن هناك حالات يصعب الاستدلال عليها أذكر منها ثلاث حالات:

الحالة الأولى: حالة إصرار الزوج على طلب التعدد.

ففي هذه الحالة تقضي المادة ٤٥ من مدونة الأسرة بأن المحكمة ملزمة بتطبيق
مسطرة الشقاق تلقائياً عندما يتعلق الأمر بطلب التعدد وإصرار الزوجة على عدم
الموافقة فمما جاء في هذه المادة: "فإن تمسك الزوج بطلب الإذن بالتعدد، ولم توافق
المراد التزوج عليها، ولم تطلب التطبيق طبقت المحكمة تلقائياً مسطرة الشقاق
المنصوص عليها في المواد ٩٤ إلى ٩٧ بعده.

ففي هذه الحالة عدة أمور:

الأول: أن الضرر من التعدد لا يثبت بمجرد طلب التعدد لأن الضرر في هذه

الحالة ضرر نفسي لا تكاد امرأة تتخلص منه!!

(١) راجع البهجة في شرح التحفة ج ١ / ٣٠١ وما بعدها.

أما بعد التعدد فإذا ثبت تضررها من التعدد فيصح لها - شرعا - المطالبة بالتطبيق إن كان ذلك هو السبيل الوحيد لدفع الضرر عنها.

الثاني: أن المحكمة ملزمة بتطبيق مسطرة الشقاق ولو لم تطلب المرأة تطبيقها، وإنما امتنعت عن الموافقة على التعدد فما هو المستند في إلزام المحكمة بتطبيق مسطرة الشقاق؟

الثالث: أن المحكمة قد تقضي بالتعويض عن الضرر الناجم عن التطبيق للشقاق في هذه الحالة فهل يحق للمرأة أن تطالب بالتعويض عن هذا الضرر المدعى؟

الجواب: أن من الصعب الاستدلال على جواز الحكم بالتعويض في هذه الحالة بأدلة نصية أو اجتهادية فإذا تيقنت المحكمة أن طالب التعدد قادر على العدل بين المرأتين وعلى الإنفاق عليهما، وعلى تحمل سائر ما يترتب عن التعدد من مسؤوليات فكيف تحكم بالتعويض عن الضرر لامرأة رفضت الموافقة على التعدد مع توفر شروطه؟

الحالة الثانية: حالة ادعاء الزوجة إضرار الزوج بها مع عجزها عن إثبات الضرر، ففي هذه الحالة يحق للمرأة اللجوء إلى مسطرة التطبيق للشقاق. ففي هذه الحالة إشكال يتمثل في أن الضرر إذا لم يثبت بأي وسيلة من وسائل الإثبات فكيف يصح شرعيا واجتماعيا قبول طلب المرأة اللجوء إلى مسطرة الشقاق.

فقد جاء في المادة ١٠٠ من مدونة الأسرة: «تثبت وقائع الضرر بكل وسائل الإثبات بما فيها شهادة الشهود الذين تستمع إليهم المحكمة في غرفة المشورة». «إذا لم تثبت الزوجة الضرر، وأصررت على طلب التطبيق يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق».

فالفقرة الأولى من هذه المادة لا إشكال فيها، لكن الإشكال في الفقرة الثانية فهو يفتح الباب أمام أي امرأة لسلوك طريق الشقاق سواء حصل الضرر في الواقع أم لا.

فإذا حصل الضرر في الواقع ولم يثبت بوسائل الإثبات فما المستند الشرعي للحكم به؟

وإذا لم يحصل الضرر في الواقع فهل يجوز للمرأة أن تطالب بهذا الذي أتاحتها لها مدونة الأسرة؟

الجواب: أنه لا يحق لها ذلك ؛ لأن ذلك عبث بميثاق الزوجية الغليظ!! .
نعم قد تكره المرأة زوجها دون عيب فيه، وفي هذه الحالة أباح لها الشرع أن تلجأ إلى الافتداء، ولم يبح لها اللجوء إلى مسطرة الشقاق خصوصاً إذا لم يلحقها أي ضرر في الواقع.

الحالة الثالثة: حالة المطلقة طلاقاً رجعيًا يرغب زوجها في ارتجاعها، وترفض ذلك ، فقد أعطتها مدونة الأسرة الحق في اللجوء إلى مسطرة الشقاق .
ففي المادة ١٢٤... فإذا امتنعت ورفضت الرجوع يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المادة ٩٤ أعلاه.

ففي هذه الحالة نفس الإشكال الذي في الحالة الأولى .
والحاصل أن مسطرة الشقاق بهذا الاتساع قد تعين المرأة على طلب التعويض عن ضرر غير حاصل لها أصلاً، بل قد يكون ذلك الضرر حاصلًا على الزوج!! .
كما أن مسطرة الشقاق هذه قد تقضي على الخلع المنصوص عليه في القرآن الكريم؛ إذ لا تريد أي امرأة أن تنفصل عن زوجها دون اللجوء إلى الخلع، إلا انفصلت عنه باللجوء إلى مسطرة الشقاق.

ولذلك قد يكون السؤال الذي طرحه أحد الباحثين لموضوع الشقاق، سؤالاً ذا دلالة قوية، وهو: هل التطبيق للشقاق حل أم معضلة^(١)؟

ومدونة الأسرة أتاحت لكلا الزوجين أن يطالب بالتطبيق للشقاق، ثم يفرق المجلس الأعلى - في المغرب - بين ما إذا طلبه الزوج وبين ما إذا طلبته الزوجة.

(١) عنوان بحث الطالب بو الدين أنجزه لنيل شهادة الإجازة من كلية الآداب قسم الدراسات الإسلامية - جامعة ابن زهر - أكادير.

فقد نص قرار المجلس الأعلى رقم ٤٣٣ الصادر في ٢١ / ٠٩ / ٢٠١٠ في الملف عدد ٦٣٣ / ٠٢ / ٠١ / ٢٠٠٩ أن المتعة لا يحكم بها إلا في حالة الفراق الذي يطلبه الزوج، أما الفراق الذي تطلبه الزوجة، فإنه لا يحكم لها بالمتعة فيه، وإنما يحكم لها بالتعويض إذا أثبتت الضرر طبقاً للقواعد العامة. كما يحكم للزوج بالتعويض إذا ثبت تضرره من التطليق الذي طلبته الزوجة^(١)

فهذا القرار يطرح أسئلة:

الأول: هل يتعين الحكم بالمتعة إذا طلب الزوج التطليق للشقاق مطلقاً؟ يذهب عدد من المحاكم إلى أن الزوجة إذا أثبتت زوجها أنها قد أخلت بالواجبات والحقوق المنصوص عليها في المادة (٥١) وطلب الزوج التطليق للشقاق بناء على هذا الإخلال فلا يحكم للزوجة لا بالمتعة ولا بالتعويض، بل هو الذي له الحق (قانونياً) أن يطلب الحكم له بالتعويض إذا ثبت أنه متضرر. وهنا يأتي سؤال جديد على غرار السؤال السابق وهو: هل يحق للزوج المطالبة بالتعويض الذي يفرضه له القانون من مال زوجته عند طلاقها منه؟ وجوابه: أن الحكم بالتعويض للزوج في هذه الحالة ليس منصوصاً عليه في الشرع إلا بالخلع.

وهذا يفرض رفض المحكمة طلب المرأة تطليقها للشقاق في حالة إخلالها بالحقوق والواجبات، وفتح باب اللجوء إلى الخلع أمامها، وبذلك تحقق المحكمة أمرين:

أولهما: خلاص المرأة من زوجها الذي قد تكون كارهة له كراهة دفعتها للإخلال بالحقوق والواجبات.

(١) انظر التطليق للشقاق حل أم معضلة؟ ص ٦٧

ومن أمثلة تضرر الزوج أن تصدر من الزوجة الخيانة الزوجية وقد أصدر قسم الأسرة التابع للمحكمة الابتدائية بالدار البيضاء حكماً بتاريخ ٢١ فبراير ٢٠٠٥ على الزوجة في التطليق للشقاق بمائة ألف درهم تعويضاً للزوج لارتكابها الخيانة الزوجية!! - الوسيط في شرح مدونة الأسرة د. محمد الكشور - الكتاب الثاني ص ١٤٤ هامش.

وثانيهما: تعويض الزوج عما لحقه من ضرر بالخلع المنصوص عليه في القرآن الكريم والحديث النبوي الشريف^(١).

فإذا كان تضرر الزوج من زوجته حقيقيا، ولم يستطع إثباته، ولجأ إلى مسطرة الشقاق، حسبما قررته مدونة الأسرة المغربية، لا حسبما هو مقرر في الفقه الإسلامي، فبأي حق يحكم للزوجة بالمتعة والحال أن الزوج هو المتضرر؟ نعم قد يقال هنا ما سبق في حالة تضرر الزوجة ولم تستطع إثبات ضررها؛ فإذا لم يتمكن الزوج من إثبات ضرره، وحكم للمرأة بالمتعة، فهل يجوز لها أخذ تلك المتعة والحال أنها - في الواقع - هي التي دفعت الزوج لسلوك مسطرة الشقاق؟

الجواب: أن الواجب عليها أن تلجأ في هذه الحالة إلى الخلع لا إلى مسطرة الشقاق؛ لأنها في حالة لجوئها إلى الخلع، تدفع ما سمته المدونة تعويضا، أما في حالة لجوئها إلى الشقاق فإنها تأخذ تعويضا!! وشتان بين الحكم بدفع التعويض والحكم بأخذه؟!

فهل يحق لها في هذه الحالة أن تأخذ التعويض؟ لا يبدو أن لها الحق في أخذ التعويض بل عليها أن تدفع الفدية.

فإن قيل: لم يلجأ الزوج أصلا إلى مسطرة التطلق للشقاق؟

الجواب: أن لجوءه للشقاق إنما كان من أجل أن مدونة الأسرة قد نزعت منه حق إيقاع الطلاق، فلم يبق أمامه إلا الشقاق كالمراة سواء بسواء!! وهنا يطرح سؤال، ليس هذا المبحث موضعا للإجابة عنه، حول مشروعية نزع حق الطلاق من يد الزوج مطلقا؟!!

السؤال الثاني: من الأسئلة التي يطرحها قرار المجلس الأعلى المذكور آنفا:

(١) ينظر في تفاصيل الخلع البحث المقدم للمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دورته الثامنة عشرة، لصاحب البحث بعنوان: مدى حق الزوجة في إنهاء عقد النكاح بالخلع.

كيف تحرم الزوجة من المتعة إذا كانت هي التي طلبت التطليق للشقاق، مع أنها قد تكون متضررة في الواقع؛ والمتعة وسيلة شرعية لرفع الضرر؟ وهو سؤال عكس نظير له سابق والمقصود من طرحه هو فتح الباب أمام مزيد من البحث حول بنود المدونة، وحول الأحكام القضائية الصادرة في تطبيقها.

السؤال الثالث: ما وجه استبدال التعويض عن الضرر إذا ثبت أن الزوج مسؤول عن الفراق بالمتعة؟ أي كيف يستغني عن المتعة التي هي منصوصة للشارع بالتعويض عن الضرر؟

فإذا ثبت أن الزوج هو المسؤول عن الفراق بإخلاله بالحقوق والواجبات، فمن العدل أن يحكم للمرأة بالمتعة ويقدر فيها حجم الضرر اللاحق بها. وبعد هذا يبدو أن الجواب عن السؤالين الكبيرين في الموضوع هو: لا يحق للمرأة المسلمة أن تطالب بما يفرضه لها القانون الوضعي في مال زوجها عند طلاقها.

وكلمة المطالبة هنا ذات دلالة قوية؛ لأن مدونات الأسرة تنص على المطالبة؛ بمعنى أن التعويض لا يحكم به إلا عند المطالبة به، كما يقضي الفصل الثالث من القانون المدني المغربي من أن المحكمة لا تحكم إلا بما طلب منها.

فإذا نصت مدونة الأسرة المغربية - مثلا - على أن المحكمة تحكم بالمستحقات طبقا للمواد: ٨٣ - ٨٤ - ٨٥ فإنها قد تحكم إضافة إلى المستحقات «بالتعويض المدني الناتج عن المسؤولية بصفة مستقلة عن تلك المستحقات، وخاصة متى طالب به الطرف المتضرر بصفة مستقلة»^(١).

وبهذا نقرب من الإجابة عن سؤال منهجي يولده ضرورة بحث هذا التعويض وهو: ما مستند الحكم بالتعويض عن الضرر الناجم عن طلاق الشقاق؟

(١) الوسيط في شرح مدونة الأسرة. د. محمد الكشيبور الكتاب الثاني ص ١٤٥.

فهذا التعويض يسمى تعويضا مدنيا، ويحكم به بناء على المطالبة، ثم يحكم به بناء على ما هو مقرر في القوانين المدنية.

فهل هناك نقص في التراث الفقهي الإسلامي في حل معضلة التعويض عن الضرر حتى نلجأ إلى القوانين المدنية لتدارك هذا النقص؟

وهلّا يكفي ما نصت عليه الشريعة وقرره الفقهاء من حق المتعة في جانب المرأة، ومن حق الخلع من جانب الرجل؟

وهل تُعدّ هذه الإحالة على مقرر المسؤولية التقصيرية في القانون المدني تناقضا مع ما ورد في المادة ٤٠٠ من مدونة الأسرة المغربية - مثلا - من أن " كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف؟! "

فقد كان الواجب - وفق هذه المادة - العودة إلى التراث الفقهي النوازي في المذهب المالكي، وإلى الاجتهاد بمعناه الواسع للوصول إلى أحكام لا تتنافى مع النصوص وتعضدها المقاصد الشرعية.

وهكذا يبدو أن المستند الأقرب إلى الحكم بالتعويض عن الضرر الناجم عن طلاق الشقاق بعد صعوبة إثبات دليله في نصوص الشريعة وفي اجتهادات الفقهاء: هو المسؤولية التقصيرية، وهو مصطلح قانوني صرف.

فالمسؤولية في القانون معناها: تعويض الضرر الناشئ عن عمل غير مشروع، وهي نوعان:

الأول: المسؤولية التعاقدية الناشئة عن الإخلال بالعقد.

الثاني: المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الإضرار بالغير عن عمد أو غير

عمد^(١).

(١) الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني للأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري ص ٣١١ ط. المجمع العلمي العربي الإسلامي - منشورات محمد الداية - بيروت لبنان.

وهذا المستند يتيح لنا أن نجزم أن الحكم بالتعويض عن الضرر يستلزم إثبات عناصر المسؤولية التقصيرية، وهي عناصر فيها تفاصيل ونقاشات لا يستلزمها هذا البحث هنا^(١).

ويكفي تأكيد أن فكرة التعويض مأخوذة من القانون المدني، كما صرح به بعض القانونيين.

يقول د. إدريس الفاخوري: «إن المسوغ القانوني للمطالبة بالتعويض عن الضرر في التطبيق للشقاق يجد أساسه في قواعد المسؤولية التقصيرية: ويعتبر الفصلان ٧٧ و ٧٨ من قانون الالتزامات والعقود المغربي الإطار العام المنظم للمسؤولية التقصيرية»^(٢).

والذي ينبغي هو العودة إلى الفقه الإسلامي المستمد من نصوص الشريعة ومقاصدها لحل كل ما يتعلق بفقه الأسرة تمكيناً للزوجين كليهما من المطالبة بما تفرضه لهما قوانين فقه الأسرة، إذ هو الفقه الذي كان قد سلم - إلى زمن قريب - من عواصف التغيير.

(١) انظر هذه التفاصيل في المرجع السابق ص ٣١٠ وما بعدها.

(٢) انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة مع أحداث الاجتهادات القضائية ص ٢٦٩.