



## الضرر الأدبی الناشئ عن جرح المشاعر دراسة مقارنة فى الفقه الإسلامى و القانون

پدیدآورنده (ها) : النجار، عبدالله مبروک

اقتصاد :: نشریه للاقتصاد الاسلامی :: ینایر - اپریل ۲۰۰۳ - العدد ۱۹

صفحات : از ۱۲۳ تا ۱۷۴

آدرس ثابت : <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/737076>

تاریخ دانلود : ۱۴۰۲/۰۶/۳۰

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) جهت ارائه مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است، بر این اساس همه حقوق مادی برآمده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابر این، هرگونه نشر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و بر گرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه **قوانین و مقررات** استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.



- ملخص الرسالة: عرض رسالة ماجستير الأحكام المتعلقة بالإعتداء على الأموال و الأشخاص عبر شبكة الإنترنت (دراسة مقارنة فى الفقه الإسلامى و القانون الوضعى) (لعصام الدين مصطفى عبدالله حسين)
- ملخصات الرسائل الجامعية: الاستحالة و أثرها على الالتزام العقدى دراسة مقارنة فى الفقه الإسلامى و القانون المدنى
- ٢ - ملخص الرسالة: عرض رسالة ماجستير مسكن الزوجية أثناء و بعد إنتهاء العلاقة الزوجية دراسة مقارنة فى الفقه الإسلامى و القانون الوضعى و شرائع غير المسلمين (اليهود و النصارى) (محمد محمود حسين أحمد منصور)
- النجش و تطبيقاته المعاصرة : دراسة مقارنة فى الفقه الإسلامى و القانون الأردنى
- «فى ضمان الضرر الجسدى الناتج عن فعل ضار»: دراسة فى القانون المدنى الأردنى و قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات - موازنة مع الفقهاء الإسلامى و الغربى
- فى ضمان الضرر المادى الناتج عن فعل ضار دراسة فى القانون المدنى الأردنى و قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات - موازنة مع الفقهاء الإسلامى و الغربى (١)
- جولة بين مؤلفات العلوم الإدارية: الدولة و السيادة فى الفقه الإسلامى (دراسة مقارنة)
- مع رسالة جامعية: انقضاء العقد بالإلغاء و الرجوع فى القانون المدنى (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامى)
- ماهية العيب و شروط ضمانه فى عقد البيع - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى و التشريعات العربية
- ملخص الرسالة: عرض رسالة ماجستير الإمتناع عن علاج المريض (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى و القانون الوضعى) (لهشام محمد مجاهد القاضى)

## الضرر الأدبي الناشئ عن جرح المشاعر دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون

دكتور/ عبد الله مبروك النجار (\*)

تقديم:

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، سيدنا ونبينا محمد بن عبد الله، الرحمة المهداة، والنعمة المسداة، صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه واتباعه، ومن سار على منوال شريعته واتبع منهاج دينه إلى يوم الدين وبعد؛

فإن منهج الشريعة الإسلامية في المحافظة على مقومات الكيان الأدبي للإنسان لم يترك جانباً من الجوانب التي يمكن أن ينطوي المساس بها على إيذاء له، فتناوله بالضبط والتوضيح، وشرع له من الأحكام ما يخفف من إيذائه، ويعالج الأضرار الناشئة عنه، وذلك إعمالاً للقواعد العامة القاضية برفع الضرر، والتعويض عنه، وتقرير أحكام الضمان للأثار المترتبة عليه. ولاشك أن جانب العواطف في الإنسان، وما يعتري كيانه الأدبي من مشاعر الود والارتباط بأهله وأحبابه وذويه، يمثل جانباً من أهم جوانب حياته التي يجب أن تدخل في إطار المساءلة عن الأضرار الأدبية الناشئة عنها، وذلك لما لها من أثر واضح في توجيه مجرى حياته، والتأثير عليه مما يسبب له قدراً كبيراً من الأذى والألم، ومن ثم كانت واجبة الضبط

(\*) أستاذ القانون المدني - جامعة الأزهر - عضو مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف.

والتوصيف حتى يتسنى إضفاء الوصف الصحيح عليها، ووضع الأحكام المنظمة للضمان منها، وهذه الدراسة تتغيا ذلك، وتقصّد إليه، إضافة إلى تأصيل أحكامه وبيان الأصول العامة التي تستند إليها تلك الأحكام، وذلك في محاولة مبتدأة لفتح الباب لتعميق النظر في الأحكام المتصلة به.

والضرر الأدبي الذي يصيب الإنسان في مشاعره وعواطفه أكثر تطبيقاً في الفقه الإسلامي، حيث أبرز الفقهاء خصائص هذا الضرر وبينوا كيفية ضمانه من خلال استجلاء غايات الأحكام الواردة بشأنه وبيان الحكمة من تقريرها، ومن المؤكد بالنسبة لنا، أن ما هو موجود بكتب الفقهاء القدامى يصلح لأن يضع أساساً لتأصيل أحكام الضمان في هذا الجانب الحيوي من جوانب الحياة، وإعطاء حكم واضح يقدر على علاج ما يتعلق به من آثار.

وإذا كان الأمر يتعلق بمدى ضمان الضرر الأدبي الذي يمس مشاعر الإنسان وعواطفه، فإن طبيعة هذا النوع من الضرر تكاد تكون أكثر وقوعاً في ساحة الحياة الاجتماعية، حيث يعيش الرجل مع المرأة، ويرتبط معها بروابط الود، ووشائج الرحمة، وذلك بحكم التقارب الفطري الذي ركب الله في قلب كل منهما تجاه الآخر وعبر عنه القرآن الكريم أبلغ تعبير في قول الله تعالى: ﴿هُمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾<sup>(١)</sup>.

ولاشك أن كلا من الرجل والمرأة بحكم ما ركب الله في كل منهما من فطرة مدفوع نحو الآخر بمشاعر الود، وأحاسيس الحنان، بحثاً عن هدوء خاطر وراحة البال، وقد نظم الشارع الحكيم هذا التقارب النفسي بين الرجل

(١) سورة الروم - آية ٢١.

والمرأة ووضع له الضوابط الشرعية التي يجتمعان معاً في ظلها، ويعيشان معاً في ضوء أحكامها، وإذا جمع عقد النكاح بين رجل وامرأة، وارتبطا معاً على كتاب الله وسنة رسوله ﷺ، كانت مشاعر كل واحد منهما تجاه الآخر في ظل هذا العقد في قمة السعادة، وفي غاية الأمل خاصة مشاعر المرأة التي تجد في ارتباطها بزوج توازناً نفسياً يمثل بالنسبة لها أقصى ما تطمح إليه في حياتها.

وأحكام التشريع الإسلامي لم تغفل هذا الجانب النفسي والحيوي والهام في حياة كل من الرجل والمرأة، وقدرت أن كل مسلك يصدر من أحدهما وينطوي على مساس بمشاعره، ونيل من عواطفه، يعتبر ضرراً محققاً قد يقصر عن بلوغ مكانته في نفس كل من الرجل والمرأة، أي ضرر غيره، ولذا قرر له الشارع حكماً يحمل معنى الضمان وإن كان لم يصرح بذكره، ربما لأن علاقة الرجل بالمرأة أسمى، وأجل من أن توزن بما يوزن به غيرها، وقد جاء هذا الحكم في أحوال فرق النكاح بين الزوج والزوجة، كما أثير في الفقه أيضاً بخصوص مدى مشروعية التعويض عن الضرر الناشئ عن فسخ الخطبة، ومن المؤكد أن تلك الأضرار يغلب عليها الطابع الأدبي الذي يمس بصورة ملموسة عواطف الإنسان ومشاعره.

### أحوال الضرر الأدبي الذي يمس عواطف الإنسان:

والضرر الذي يمس العواطف وينال من المشاعر قد يأتي في مقدمات الزواج من خلال الرجوع في الخطبة، وقد يأتي بعد الزواج، وفي الحالة الأخيرة، فإنه قد يأتي من قبل الزوج وقد يأتي من قبل الزوجة، وهذا

يقتضي الإشارة إلى الضرر الأدبي الذي يمس العواطف الإنسانية من جراء الرجوع في الخطبة وإلى الضرر الأدبي الذي يمس العواطف الإنسانية من جراء وقوع الطلاق أو إيقاعه، ومن ثم فإننا سنعالج مسائل هذا الموضوع من خلال مبحثين: أولهما: للضرر الأدبي الناشئ عن فسخ الخطبة، وثانيهما: للضرر الأدبي الناشئ عن الطلاق.



مركز تحقيقات كميوتور علوم إسلامي

## المبحث الأول

### الضرر الأدبي الناشئ عن الرجوع في الخطبة

والضرر الأدبي الناشئ عن فسخ الخطبة، قد حظي باهتمام الفقهاء في كل من الشريعة والقانون، خاصة ما يتعلق بمدى ضمانه، وإن كان مجال الفصل بين الاتجاهين في مجال أحكام الأسرة غير واضح لأن قانون الأحوال الشخصية الذي ينظم أحكام الأسرة كما هو معروف مأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية مباشرة، ومع ذلك فإن الإشارة إلى اتجاه فقهاء القانون والشريعة في تلك المسألة سيفيد في تعميق معنى الضمان في هذا النوع من الضرر ومن ثم تجدر الإشارة إلى ذلك من خلال مطلبين.

مركز تحقيقات كميبيوتر علوم إسلامي

## المطلب الأول

### اتجاه الفقه الوضعي والقضاء في التعويض

#### عن فسخ الخطبة

من المعروف في فقه القانون أن الخطبة ليست عقداً ملزماً، لأنه لا يجوز أن يتقيد شخص بالزواج من شخص معين<sup>(١)</sup>، فمثل هذا التقيد يكون مخالفاً للنظام العام، الذي يقرر حق الإنسان في اختيار من يريده في عقد النكاح، ولكن فسخ الخطبة أو الإخلال بالوعد بالزواج إذا لم يكن خطأ عقدياً، فإنه قد يكون خطأ تقصيرياً يوجب التعويض، ومعيار الخطأ هنا هو المعيار المعروف، فإذا انحرف الخطيب وهو يفسخ الخطبة عن السلوك المألوف للشخص العادي في مثل هذه الظروف الخارجية التي أحاطت بالخطيب، كان فسخ الخطبة خطأ يستوجب المسؤولية التقصيرية، والأصل أن فسخ الخطبة لا

(١) د. سليمان مرقس - بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية - ص ١٨٨، حيث يعرف الخطبة بأنها ارتباط أدبي أياحه الشارع الإسلامي كسباج يمنع الاعتداء عليه، حتى يعدل أحد طرفيه عدولاً نهائياً. والمسألة كلها مراعى فيها ناحية الآداب والديانة لا غير، وكان ما ذهب إليه د. السعيد مصطفى السعيد في رسالته بالفرنسية عن مدى استعمال حقوق الزوجية - ص ٨٢، ص ١١٧، حيث انتهى إلى أن الخطبة عقد مستحب تنشأ عنه ارتباطات، وأن العدول عنه حق مقيد استعماله بحكمة خاصة، مشار إليه في سليمان مرقس - المرجع والمكان السابقان، وقد انتقد هذا الاتجاه بما قرره المرحوم الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم في مقدمة الرسالة المذكورة: أن اعتبار الخطبة عقد لا تساعد عليه النصوص الفقهية، المرجع نفسه - ص ١٨٩.



يجعل حقاً في التعويض إلا عن الضرر المادي، لكن هذا لا يمنع أن يكون متمخضاً عن ضرر أدبي يستوجب التعويض<sup>(١)</sup>.

وقد استقرت هذه المعاني في القضاء المصري بعد اضطراب وتأرجح انتهى إلى أن العدول عن الخطبة يستوجب التعويض إذا نشأ عنه ضرر سواء كان هذا الضرر بسلوك الخطيب أثناء الخطبة، أو بعدوله عنها بكيفية ضارة، على نحو يتسبب في إحداث أضرار مادية أو أدبية، وأظهر حكم في هذا المعنى ما قضت به محكمة سوهاج الكلية: من أن الخطبة تنشئ علاقات بين الطرفين لا يجوز تجاهلها، كما لا يمكن إغفال اعتبارها، ولا تحريمها من أي تقدير قانوني، ففيها يصدر إيجاب يقترن بقبول على الوعد بالزواج، فهو ارتباط قانوني وعقد قائم، وفي هذا العقد يلتزم كل من الطرفين بإجراء التعاقد النهائي في الوقت الملائم، وأنه وإن كان ليس ثمة ما يوجب وفاء الالتزام عيناً، أي إجراء هذا التعاقد النهائي، لأن الوعد بالتعاقد لا ينشئ إلا حقاً شخصياً، إلا أن العدول عن الوفاء بهذا الالتزام يوجب التعويض، وليس في هذا مساساً بحرية الزواج إطلاقاً، إذ لكل من الطرفين أصلاً أن يعدل عن وعده، ولكن إذا أجرى ذلك في تهور أو عنف أو خالياً مما يبرره أو بغير مسوغ مشروع، أو لمجرد الهوى، فإن ذلك يوجب التعويض، والتعويض الأدبي لا يقصد به الإثراء، ولكن لرد الكرامة ومحو الأثر السيئ الذي تخلف عن فعل المخطئ، كما تستحق الخطيبة تعويضاً مادياً عما لحقها من ضرر فيما تكلفته من معدات الزواج في مجموعها مادامت لا تضمن

(١) الوسيط - للسهنوري - ج ١ - ص ٨٢٧، والأحكام المشار إليها فيه، وراجع:  
د. عبد المنعم فرج الصده - مصادر الالتزام - ص ٥٦٢ - دار النهضة العربية ١٩٧٩

الانتفاع بها على الوجه الصحيح<sup>(١)</sup>، فإذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين جاء الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية سواء كان الضرر أدبياً أو مادياً، وقد قررت محكمة النقض هذا المبدأ في حكم لها قالت فيه: إن الخطبة ليست إلا تمهيداً لعقد الزواج، وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحداً من المتواعدين، فلكل واحد منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء، خصوصاً، وأنه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته، لما للزواج من الخطر في شئون المجتمع لأن عقد الزواج عقد مؤبد والعثرة فيه تقوّت هناءة دهر وتجلب شقاء سنين، وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهتداً بالتعويض ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه، باعتبار أنهما مجرد وعد فعدول، قد لازمتهما أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالاً تاماً، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضرراً مادياً أو أدبياً بأحد المتواعدين، فإنها تكون مستوجبة التضمين على من وقعت منه، وذلك على أساس أنها هي في حد ذاتها - بغض النظر عن العدول المجرد - أفعال ضارة موجبة للتعويض<sup>(٢)</sup>.

- (١) محكمة سوهاج الكلية في ١٩٤٨/٥/٣٠، المحاماة ٢٨-٤٣٤-١٠٥٦.
- (٢) نقض مدني في ١٩٣٩/١٢/١٤ مجموعة عمر ٣-١٤-٣٠. وراجع: السهري - نظرية العقد فقرة ٤٨٠، والوسيط ج١-٨٣، ود. عبد المنعم فرج الصده - السابق - ص ٥٦٢ والأستاذ مصطفى مرعي في المسؤولية المدنية ص ١١٥ - فقرة: ١٢١، ود. سليمان مرقس - الفعل الضار - ص ٦٣ وما بعدها. وراجع في أساس المسؤولية في العدول عن الخطبة رسالة د. السيد مصطفى السيد - مدى استعمال حقوق الزوجة - من جامعة القاهرة سنة ١٩٣٦ - ص ٥٣ وما بعدها، وص ٨٢ و ١١٧، وراجع بحوث وتعليقات على أحكام المسؤولية المدنية للدكتور سليمان مرقس - السابق - ص ٥٨ وما بعدها.

## المطلب الثاني

### الضرر الأدبي الناشئ عن فسخ الخطبة

#### عند فقهاء الشريعة

من المقرر في الفقه الإسلامي أيضاً أن الخطبة ليست عقداً قد التزم فيه طرفاه التزامات لها قوة الإلزام، ولكن أقصى ما تدل عليه الخطبة إذا تمت أن تكون وعداً يعقد، وليس للوعد بعقد قوة إلزام عند الجمهور. خلافاً لما ذهب إليه المالكية في قول عندهم صححه ابن الشاطب في حاشيته على الفروق<sup>(١)</sup>، وهو مذهب ابن شبرمة<sup>(٢)</sup> وقول عند الحنابلة<sup>(٣)</sup> استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ كَبِرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾<sup>(٤)</sup>، حيث إن الوعد إذا أخلف يكون قولاً بلا فعل فيلزم أن يكون كذباً محرماً، وقد جعل النبي ﷺ خلف الوعد من آيات المنافق فيما أخرجه البخاري، أنه صلى الله عليه وسلم قال: آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا ائتمن خان<sup>(٥)</sup>، والأدلة في تحريم خلف الوعد كثيرة خاصة إذا كان الوعد قد ترتب عليه خسارة مالية، وهذا النوع من الوعد هو المعروف عند المالكية: بالعدة إذا كانت على سبب ودخل الموعد

- (١) ابن الشاطب - إدرار الشروق على أنواء الفروق، بهامش الفروق للقرافي - ج٤ - ص٢٤، دار إحياء الكتب العربية.
- (٢) المحلى لابن حزم - ج٨ - ص٣٧٧.
- (٣) كشف القناع - ج٣ - ص٣١٦، والفتاوى الكبرى لابن تيمية - ج٣ - ص٤٧٤.
- (٤) سورة الصف: الآيتان: ٢، ٣.
- (٥) أخرجه البخاري، راجع: فتح الباري - ج٥ - ص٢٨٩.

فيه فإنها تلزم بحصوله<sup>(١)</sup>.

والواقع ورغم قوة الأدلة التي يقوم عليها رأى القائلين بالزام الواعد، وأنه يجب الوفاء به قضاء، إلا أن الخطبة بصفة خاصة لا يسلم لها هذا الحكم، لأن الوفاء بالوعد فيها أثره عشرة عمر، والإلزام فيها ينطوي على حرج لا يطاق، ومشقة تفسد معنى الحياة، ومن ثم فإن المصلحة توجب أن يكون كل من طرفي العقد له الحرية التامة قبل إبرامه، لأنه عقد الحياة، ومن المصلحة فيه التروي وترديد الأمر فيه قبل اتخاذ القرار، حتى إذا تم كان ذلك برضا صحيح كامل لم تشبه شائبة، ولو ألزم الخاطب بخطبته لكان في ذلك حمل له على عقد تقتضي المصلحة الراجعة فيه أن لا يتم إلا بعد رضا تام واقتناع مطلق<sup>(٢)</sup>، والقول بالزام الوفاء بالوعد مطلقا، لا يستقيم مع هذا المعنى في الخطبة، وينبغي صرفه إلى غير الخطبة من المعاملات المالية وغيرها.

لكن القول بعدم إلزام الخطبة لا يمنع من حصول أضرار تترتب على هذا العدول، وهذه الأضرار رغم أنه قد يغلب عليها الطابع المادي، كما إذا قامت المخطوبة بإعداد الجهاز أو تركت عملها الذي كانت تتكسب منه، أو قام الخاطب بإعداد مسكن خاص اشترطته عليه المخطوبة، ثم عدلت هي

(١) الخطاب تحرير الكلام في مسائل الالتزام، مع فتح العلي المالك - ج ١ - ص ٢٥٦ وما بعدها.

وراجع الالتزامات في الشرع الإسلامي - للشيخ أحمد إبراهيم - ص ٢١٦، دار الأنصار.

(٢) في هذا المعنى: محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص ٣٨ - دار الفكر العربي.

عن الخطبة، فإن هذا وغيره يعتبر من الأضرار المادية التي تنشأ عن العدول.

وبجانب هذه الأضرار يوجد نوع آخر من الضرر لا يقل عن هذه الأضرار أثراً في نفس الخاطب أو المخطوبة، بل قد يزيد، وهو الضرر الأدبي أو المعنوي الذي يتمثل في جرح الشعور والإحساس<sup>(١)</sup> وتعرض الطرف الآخر للأقويل والشائعات، فهل يرقى هذا الضرر لأن يضمن في الفقه الإسلامي؟، ذلك ما ينبغي النظر فيه.

ليس في كتب القدامى ذكر لهذه المسألة:

وبالنظر في كتب الفقه في المذاهب المختلفة، لا نجد فيها ذكراً لهذه المسألة، إذ يبدو أن طبيعة الحياة الاجتماعية في زمن أولئك الفقهاء لم تكن تسمح بإثارة مثل هذه المسألة حتى يتناولها الفقهاء بالبحث والتحليل وإصدار الحكم فيها، لأن مظهر الحياة الاجتماعية المعاصرة فيما يتعلق بمقدمات الزواج ربما ينطوي على مخالفة واضحة لما تقضي به الأحكام الشرعية، مما لم يكن موجوداً عندهم، فالإسلام لا يبيح للخاطب إلا النظر والحديث إلى مخطوبته والجلوس معها بحضور محرم لها، ولا يتصور في مجتمع يقوم على قيم الإسلام وآدابه أن يلتقي الخاطب مع مخطوبته إلا مرة أو مرتين مع محرم أن تنشأ فيه مثل تلك المشكلات، أما ما استقرت عليها بعض العادات السيئة، والأعراف الضارة مع الاختلاط الزائد والخروج دون محرم، والظهور أمام الناس بمظهر أقرب إلى الزوجة منه المخطوبة، وما ينشأ عن

(١) د. زكي الدين شعبان - الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، فقرة ٥٥ - ٧٩ - منشورات الجامعة الليبية سنة ١٩٨٣ م.

ذلك من أضرار تلحق بالمخطوبة عند العدول، فذلك ما لم يكن موجوداً في عهد هؤلاء الفقهاء، ولا هو موجود في البيئات التي تتمسك بتعاليم الإسلام<sup>(١)</sup>. ولكن المسلمين حين انحرفوا عن تعاليم الإسلام في كثير من المجتمعات، وقلدوا الأجانب فسمحوا للخاطب أن يخرج مع خطيبته وهدما، ترتب على ذلك أضرار لحقت بالمرأة عندما يعدل الخاطب ولا يتم الزواج، مما دعا الفقهاء المحدثين إلى البحث عن هذه الأضرار وبيان حكم الشريعة منها.

#### أساس قيام الضرر في العدول عن الخطبة:

ولقد كان رائد الفقهاء المحدثين، وهم بصدد البحث عن أحكام شرعية تواجه ما استجد في حياة المسلمين من أضرار أدبية تلحق بالمخطوبة إذا حصل العدول من الخاطب بعد اختلاط وخروج ودخول أمام الناس، أقول: لقد كان رائد الفقهاء في تكيف الضرر الحاصل والبحث عن أساسه أمرين: أولهما: الرجوع إلى أقوال قدامى الفقهاء في طبيعة الخطبة، وهي تكاد تجمع على أن الخطبة وعد غير ملزم شرعاً<sup>(٢)</sup>.

ثانيهما: الرجوع إلى القواعد الفقهية التي تحكم الضرر.

وقد ترتب على اعتبار الأساس الأول وقد انتهى إلى أن الخطبة وعد غير ملزم أنه يجوز لكل من طرفيه أن يعدل عن الخطبة في أي وقت مادام عقد الزواج لم يتم بينهما، ومتى كان العدول حقا لكل منهما، فلا ضمان عليه في استعماله، لما هو مقرر شرعاً: أن الجواز الشرعي ينافي الضمان، وأن

(١) المرجع السابق - ص ٨٠.

(٢) أبو زهرة - السابق - ص ٣٨، وزكي الدين شعبان - المكان السابق.

من استعمل حقه الشرعي لا يكون ضامنا ولا مطالبا بالتعويض عن الضرر الناشئ عن فسخ الخطبة، سواء كان ضررا أدبيا أم ماديا، وسواء كان للعادل دخل في الضرر الذي لحق الطرف الآخر أو لم يكن له دخل في ذلك<sup>(١)</sup>.

كما يترتب على اعتبار الأساس الثاني، وهو بمراعاة القواعد الشرعية التي تحكم الضرر، والتي تقضى برفعه أن نفرق بين حالتين:

- الحالة الأولى: أن يكون للعادل عن الخطبة دخل في حصول الضرر الذي لحق بالطرف الآخر سواء كان ضررا ماديا أم أدبيا بمعنى أن يكون الضرر ناشئا عن فعله الشخصي وليس عن مجرد العدول كما لو طلب جهازا خاصا أو يحمل المخطوبة عن ترك وظيفتها، أو يقترن العدول بتصرفات طائشة من العادل توجي بأنه قد عدل لقادح في عرض أو شرف مما يسئ إلى المخطوبة إساءة أدبية، أو يشيع عنها ما يقدح في خلقها، أو يمس سلامة بدنها كزوجة في المستقبل. أو يكون العدول قد تم دون مسوغ مقبول مما يسفر عن طعن للمخطوبة في مشاعرها وعواطفها. وفي تلك الحالة يكون العدول تغريرا وضررا موجبين للضمان.

- الحالة الثانية: أن يخلو العدول مما يوجب الضمان أي يقتصر أمره على مجرد استعمال حق العدول دون مجاوزة له أو إساءة في استعماله، وهنا لا يتقرر الضمان<sup>(٢)</sup>، ولا تعارض بين كون العدول حقا، وبين تعويض الضرر، لأن التعويض ليس عن العدول المجرد، ولكنه تعويض لضرر

(١) د. زكي الدين شعبان - المرجع والمكان السابقان.

(٢) زكي الدين شعبان - السابق - ص ٨١. أبو زهرة.

ناشئ عن العدول بعد السير في أسباب الزواج كما ذهب المالكية في رأى لهم في الوعد سبق بيانه، ولئن كانت المصلحة تقتضي عدم تنفيذ الوعد عينا بإتمام الزواج، فلا أقل من التعويض عن الأضرار التي نشأت عنه، وكان السبب فيها هو العادل فإن لكل حق ميقاتا معلوما في حكم الشرع والإنصاف<sup>(١)</sup>.

وقد استقر القضاء في مصر على هذا الذي قرره الفقهاء وانتهى كما رأينا إلى أن الخطبة ليست بعقد ملزم، وأن مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا موجبا للتعويض، وأن العدول عن الخطبة إذا اقترن بأفعال أخرى ألحقت ضررا بأحد الخطيبين جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية<sup>(٢)</sup>.

وفي رأينا أن ما انتهى إليه القضاء في هذا الموضوع يتفق مع القواعد الفقهية المتعلقة بالضمان وما تقتضيه الأحكام الشرعية في هذه المسألة ويكون القانون قد تلاقى مع مبادئ الشريعة منها.

- (١) أبو زهرة- المرجع نفسه- ص ٤٠، د. محمد يوسف موسى- أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلام- ص ٤٩ فقرة ٥٤- طبع ١٩٥٨ مؤسسة الخانجي بالقاهرة، د. محمد مصطفى شحاته الحسيني- الأحوال الشخصية- ص ١٧- طبعة ١٩٨٣م، د. محمود الطنطاوي- الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية- ص ٢١ وما بعدها- الطبعة الثانية- دار النهضة العربية، د. وهبة الزحيلي- الفقه الإسلامي وأدلته- ج ٧- ص ٢٧ وما بعدها. دار الفكر.
- (٢) قررت محكمة النقض هذه المبادئ في حكمها الصادر في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩م، السابق الإشارة إليه، وراجع: د. زكي الدين شعبان- المصدر نفسه- ص ٨٢ وما بعدها، د. بدران أبو العينين بدران- الزواج والطلاق في الإسلام- ص ٣٤- مؤسسة شباب الجامعة.



## المبحث الثاني

### الضرر الأدبي الناشئ عن الطلاق

ولا يقتصر حصول الضرر الأدبي الذي يمس مشاعر الإنسان وعواطفه على مجرد العدول عن الخطبة، فإن هذا العدول قد يكون ضرره محتملاً، كما أن وقعه قد يكون مستساغاً إذا أسفر الفسخ عن مصلحة تعود على كلا الطرفين بل أن يشرعا في رابطة تكلف كل واحد منهما عبئاً مالياً ونفسياً، ربما يكون التخلص منه بعد ذلك أمراً مرهقاً، ولذلك كان الطلاق متضمناً لحصول ضرر أدبي ملموس وواضح، والضرر الأدبي في الطلاق أكثر منه وجوداً وأثراً في العدول عن الخطبة، ولذلك فإنه قد حظي باهتمام التشريع الإسلامي الذي نظم طرق استحقاق التعويض عن الضرر الأدبي الناشئ من خلال تنظيم الآثار المالية الناشئة عن الطلاق والتي من أهمها المتعة، وكذلك من خلال إقرار الشريعة الإسلامية لبطل الخلع، ومن المؤكد أن أحكام الشريعة الإسلامية المقررة في هذا المجال معمول بها في مجال الفقه الوضعي والقضاء، لأن أصل القانون المعمول به فيها مأخوذ من الفقه الإسلامي كما سبقت الإشارة إلى ذلك، ولكن يبدو أن القضاء المصري في هذا المجال قد اتجه نحو تقدير التعويض عن مجرد الضرر الأدبي أو النفسي الذي ينشأ عن الطلاق مجرداً، وهذا التعويض يعتبر في فقه القانون أمراً زائداً على الآثار المالية الناشئة عن الطلاق والتي قررتها أحكام الشريعة الإسلامية، ولذلك ينبغي تحليل اتجاه الفقه الوضعي والقضاء بخصوص هذا الموضوع، مع بيان اتجاه الفقه الإسلامي بصدد تنظيم الآثار المالية الناشئة

عن الطلاق، والتي يمكن النظر إليها وفقاً لطبيعتها على أنها نوع من التعويض عن ضرر أدبي، وسوف نعالج مسائل هذا البحث من خلال مطلبين.

## المطلب الأول

### الضرر الأدبي الناشئ عن الطلاق في الفقه الإسلامي

من المعروف أن الطلاق يترتب عليه ضرر أدبي لكل من الزوج والزوجة، وأن وجود هذا الضرر في جانب كل منهما متوقف على تصرف كل واحد منهما قبل صاحبه، أي أن وجود الضرر الناشئ عن الطلاق بالنسبة لكسل واحد من الزوجين على حدة يعتبر أمراً نسبياً، لأن الطلاق إذا أوقعه الرجل، فإنه يكشف عن رغبة له في المقارنة ينتفي معها القول بحصول ضرر له فيه، وإلا لما أوقعه، وإذا طلبت المرأة فراق زوجها على مال، فإن عملها هذا لا يمكن القطع بحصول ضرر لها فيه، وإنما الذي يمكن الجزم به أن الطرف الذي أوقع عليه الطلاق هو المضروب، ومن ثم فإن محدث الضرر قد يكون هو الزوج وقد تكون هي الزوجة.

### الضرر الذي يحدث من جانب الزوج

وفرق النكاح قد يأتي من قبل الرجل، وفي ظل تغير حدث في قلبه، وتحول طراً على مشاعره، دون أن يكون لدى المرأة ما يقابله، بل دون أن يكون لدى المرأة أي رغبة في فراقه، فإذا ما فوجئت بهذا التحول في قلب زوجها، استشعرت أن الحياة تتهاير من حولها، وأن آمالها في طريقها للذبول والموت، وهنا يكون ضررها شديداً، وألمها كبيراً، وشدة الألم لدى المرأة من

فراق زوجها لها تختلف في دوافعها بعد عقد النكاح وقبل الدخول، عنها بعد الدخول وطول العشرة، ولذلك قدر الشارع طبيعة الضرر النفسي الواقع على الزوجة في كلتا الحالتين ووضع له مقابلاً من المال يغلب على تكيفه أنه مقابل لما أصابها من ألم الفراق ووحشة البعاد، وهذه المعاني لا تبعد كثيراً عن مفهوم الضرر الأدبي كما سنرى.

### الضرر الذي يحدث من جانب الزوجة

وحصول الضرر النفسي الناشئ في إطار علاقة الزوجية لا يقتصر على الرجل وحده، بل للمرأة فيه حظ وافر، فقد تأتي النفرة من قبلها، وترغب في فراق زوجها لأنها تكرهه ولا تطيق عشرته، وهذا المسلك من قبلها قد يدفعها إلى افتداء نفسها من زوجها نظير مبلغ من المال على نحو ما ورد في الخلع ونتناول هاتين الحالتين بالتوضيح الذي يبرز معنى ضمان الضرر الأدبي فيهما، وذلك من خلال دراسة أحكام كل حالة في فرع على حدة.

### الفرع الأول

#### الضرر الأدبي الناشئ عن الطلاق من قبل الزوج

والضرر الحاصل من قبل الزوج -كما سبقت الإشارة- يختلف في طبيعته وجسامته قبل الدخول، عنه بعده، لأن العشرة الزوجية، واعتياد نفس الزوجة عليها، يزيد من وحشة الفراق، ويضاعف ألم البعاد عما ألقته واعتادت عليه، ولذلك قرر الشارع للمرأة نصف المهر المسمى في الحالة

الأولى، والمتعة في الحالة الثانية، ونشير إلى هذين الأمرين بشيء من التفصيل الذي تقتضيه الدراسة.

### أولاً: وجوب نصف المهر للمطلقة قبل الدخول

إذا حصل الطلاق قبل الدخول، وقبل الخلوة الصحيحة، فإنه يجب للزوجة نصف المهر وذلك إذا كان المهر قد سمي في عقد الزواج تسمية صحيحة، وحصلت الفرقة بسبب من جهة الزوج، سواء أكانت هذه الفرقة طلاقاً أم فسحاً، كالفرقة بلفظ الطلاق، أو بسبب الإيلاء واللعان، وكالفرقة بسبب ردة الزوج عن الإسلام أو إياء الزوج غير المسلم عن الدخول في الإسلام بعد أن أسلمت الزوجة<sup>(١)</sup>.

دليل هذا الحكم قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾<sup>(٢)</sup>، حيث دل هذا القول الكريم على وجوب نصف المهر للزوجة إذا كان المهر مفروضاً، أي مقدراً تقديراً صحيحاً، ومن لطف التشريع في هذه المسألة، أنه قد أرشد الأزواج إلى عدم المطالبة بما يستحقون من التصيف لو قدم أحدهم جميع المهر ثم حدث الاقتراق، يقول الله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾<sup>(٣)</sup>، وقد روى الدار قطني عن جبير بن مطعم أنه تزوج امرأة من بني نضر،

(١) راجع: بدائع الصنائع - للكاساني - ج ٢ - ص ٢٩٦، بداية المجتهد - ج ٢ - ص

٢٣، وما بعدها، والمهذب - ج ٢ - ص ٥٩، وكشاف القناع - ج ٥ - ص

١٦٥

(٢) سورة البقرة: آية ٢٣٧.

(٣) تكملة الآية السابقة.

فطلقتها قبل الدخول بها فأرسل إليها بالصداق كاملاً وقال: إلا أن يعفون، وأن أحق بالعفو<sup>(١)</sup>.

وتتصيف السمي بالطلاق قبل الدخول الحقيقي، والحكمي يتفق مع القواعد الفقهية لأن الطلاق قبل استيفاء أي حكم من أحكام العقد، يقتضي نقضه من أصله، ومن شأن هذا النقض أن لا يثبت أي حكم من أحكامه، فلا يجب من المهر شيء، ولكن الطلاق في ذاته إنهاء للعقد. وليس نقضاً له، كما أن إنهاء العقد يقرر أحكامه السابقة على الإنهاء ولا يلغيها، فكان بهذا النظر يجب أن يثبت المهر كله. فكان من النظر لهذين المعنيين من غير ترجيح لأحدهما على الآخر، أن يجب نصف المهر. إذ أن النظر الأول ينفي المهر كله. والثاني يثبتته كله فتوسطا بين الأمرين وجب التصييص<sup>(٢)</sup>.

ولا يشترط للتصيف أن يكون المهر قد سمي في عقد النكاح، بل يجب التصيف حتى ولو كان المهر قد فرض بعد العقد، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿فَنَصِّفْ مَا فَرَضْتُمْ﴾، حيث بينت الآية أن الواجب نصف المهر، سواء كانت التسمية وقت العقد أم بعده، ولأن التسمية بعد العقد تلتحق بالتسمية وقته، بدليل أنها تكون واجبة إن تأكد المهر بدخول أو وفاة<sup>(٣)</sup>.

(١) مشار إليه في: الأحوال الشخصية للدكتور محمد مصطفى شحاته- السابق- ص ٧٠، وراجع: د. زكي الدين شعبان- السابق- ص ٢٨٧، د. محمود طنطاوي- السابق- ص ٢١٣، د. وهبة الزحيلي- السابق- ص ٢٩٣، الشيخ محمد أبو زهرة- السابق- ص ٢٢٤.

(٢) د. محمد الحسيني شحاته- السابق، أبو زهرة- السابق- ص ٢٢٥.

(٣) راجع في هذا المعنى: الأم- ج ٥- ص ٦١، قليوبي وعميرة ج ٣- ص ٦٩، ومنار السبيل- ج ٢- ص ٢٠، وبداية المجتهد ج ٢- ص ٣٦، أبو زهرة =

وقد ذهب الحنفية إلى خلاف ذلك، وفي هذا المعنى يقول الزيلعي: وما فرض بعد العقد أو زيد لا يتتصف، يعني إذا تزوجها، ولم يسلم لها مهرا، أو نفاه بأن قال زوجيني نفسك على ألا مهر لك، فقالت: قبلت، ثم تراضيا على التسمية، وسمى له بعد العقد، أو تزوجها على مهر مسمى، ثم زادها بعد ذلك وطلقها قبل الدخول بها، فإن ما وجب بعد العقد ولا الزائد المسمى، ولا يتتصف بل تجب المتعة في الأول، ونصف المسمى عند العقد في الثاني ويسقط الزائد، وكان أبو يوسف أو لا يقول بتتصيف المفروض بعد العقد والزائد بعده وهو قول الشافعي في المفروض بعده دون الزائد لعدم صحة الزيادة بعده<sup>(١)</sup>.

والحنفية - كما يبدو من أقوالهم - وإن كانوا يقولون بعدم وجوب نصف المهر غير المسمى في العقد عند الطلاق قبل الدخول، فإنهم يوجبون عوضا عنه وهو المتعة، حيث يقولون بوجوبها في هذا الموطن، والضابط في هذا عندهم كما يقول الكاساني: إن كل فرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول في زواج لا تسمية فيه للمهر توجب المتعة، لأن هذه الفرقة توجب نصف المهر في زواج فيه تسمية - والمتعة عوض عنه<sup>(٢)</sup>، ومن ثم كان الطلاق قبل الدخول والخلوة موجبا لعوض باتفاق الفقهاء، وهو نصف المهر المسمى عند الجمهور، أو بدله وهو المتعة الواجبة في هذه المسألة عند

=السابق - ص ٢٢٥، د. محمود الطنطاوي - السابق - ص ٢١٤، زكي الدين

شعبان - ص ٢٨٨، د. محمد يوسف موسي - السابق - ص ١٩٧.

(١) تبين الحقائق - للزيلعي - ج ٢ - ص ١٤١، وبدائع الصنائع - ج ٢ - ص ٢٩٨، وما بعدها.

(٢) بدائع الصنائع - ج ٢ - ص ٣٠٣.

الحنفية، أي أن مبدأ التعويض متفق عليه، أما طريقة التعويض فيبدو أنها هي التي محل خلاف بينهم.

### شروط وجوب نصف المهر للمطلقة قبل الدخول

ويشترط حتى يجب نصف المهر للمطلقة قبل الدخول، أو تجب المتعة عند الحنفية شروط:

**أولها:** أن تكون الفرقة بسبب من جهة الزوج، ولا فرق في ذلك بين الطلاق أو الفسخ، ويستثنى من ذلك إذا كانت الفرقة بسبب خيار الزوج عند البلوغ وقد اختار الفسخ وحكم القاضي له به، فإنه لا يجب للزوجة شيء من المهر في هذه الحالة، لأن الشارع أعطاه الخيار للإبقاء على الزواج، أو المطالبة بفسخه، فلا بد أن يكون لهذا الخيار فائدة<sup>(١)</sup>، وهي سقوط نصف المهر، لما هو مقرر من أن الجواز الشرعي ينافي الضمان، فإذا حصلت الفرقة بسبب من جهة الزوجة، كردتها قبل العقد الصحيح عليها، وقبل الدخول الحقيقي، أو الخلوة الصحيحة بها، فإنها لا يجب لها من المهر شيء ولا تجب لها المتعة أيضاً.

**ثانيها:** أن يكون الطلاق قبل الدخول، ودليل هذا الشرط قول الله تعالى:

﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنَصَفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى

(١) د. محمود الطنطاوي - المرجع نفسه - ص ٢١٣ وما بعدها، د. محمد يوسف موسى - المرجع نفسه - ص ١٩٦، د. بدران أبو العينين بدران - المرجع نفسه - ص ٢٠٨، د. زكي الدين شعبان - السابق - ص ٢٨٧.

وَلَا تَتَسَوَّا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ<sup>(١)</sup>، فإذا وقع الطلاق بعد الخلوة أو الدخول، وكان الدخول حقيقياً، فإنه يجب المهر كله بدلالة الآية الكريمة نفسها، حيث تدل بمفهومها على وجوب المهر كله إذا كان الطلاق بعد المس، وهو الوقاع<sup>(٢)</sup>، لأن الزوج قد استوفى حقه بالدخول فينقرر حق الزوجة في المهر كاملاً.

ثالثهما: أن لا يعترني نصف المسمى مسقط له، والإسقاط قد يكون بعفو المرأة أو وليها، كما يقول الله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ﴾، فإذا طرأ العفو على الوجوب فإنه يسقط، وقد يكون الإسقاط بقيام مانع لاستحقاق الزوجة ما يجب في ذمة زوجها لها، وذلك كما لو كانت الزوجة قد قتلت زوجها قبل الدخول والخلوة الصحيحة، فإنها بهذا القتل يسقط حقها في المهر كله، ذلك ما قال به جمهور الفقهاء، وهو ما نرجحه لأنها قد أنهت حياة زوجها بالجناية عليه، ولئن كان القتل مانعاً من الميراث فأولى أن يكون مانعاً من استحقاق غيره من الحقوق المالية، كما أن المرتدة إذا كان مهرها يسقط بعصيانها، فليسقط في حالة قتل زوجها بنفس السبب أيضاً<sup>(٣)</sup>.

ذلك ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، وإن كان العمل بما ذهب إليه مخالفوهم ممن قالوا بوجوب المهر للمرأة كاملاً بالموت أو بالقتل أياً كان هذا القتل، وذلك ما ذهب إليه أبو حنيفة والصاحبان، ولقد قرر الإمام زفر: أن من قتلت نفسها يسقط كل مهرها مخالفاً في ذلك جمهور الفقهاء، ودليله: أن قتلها نفسها جناية، وقد فوتت بهذه الجناية حق الزوج عليها، فيسقط حقها في

(١) سورة البقرة: آية ٢٣٧.

(٢) د. زكي الدين شعبان - السابق - ص ٢٨١.

(٣) د. محمود الططاوى، المرجع نفسه - ص ٢٠٦ وما بعدها.



المهر إذا لم يكن مؤكداً بالدخول من قبل، وقد ذهب الإمام زفر مع جمهور الفقهاء أيضاً في قولهم: إن قاتلة زوجها يسقط مهرها كله قبل الدخول، فما عهدت الجنائيات مؤكدة للحقوق<sup>(١)</sup>.

### طبيعة المال المستحق للمرأة بالطلاق قبل الدخول

ووجوب نصف المهر للمرأة إذا طلقت قبل الدخول ينطوي على معنى له أساسة لها وتعويضها عما نكبت به في مشاعرها وعواطفها، ولا في بدء حياتها الزوجية دون أن يصدر منها ما يبهر فراق زوجها لها، فكان في هذا الوجوب نوع من التعويض والمواساة، وقد المح كثير من الفقهاء عن هذا المعنى، يقول الشيخ محمد أبو زهرة: أن وجوب نصف المهر للمطلقة قبل الدخول فيه معنى التسريح بإحسان الذي أمر به الله سبحانه وتعالى حيث قال تعالى: ﴿وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً﴾، ولأن الفرقة قبل الدخول تجرح نفس المرأة، فأوجب الله سبحانه نصف المهر لها<sup>(٢)</sup>.

ومما يدل على هذا المعنى ما اشترطه الفقهاء من وجوب أن تكون الفرقة بسبب من قبل الزوج، فإن كانت من قبلها لا تستحق شيئاً، لأن تصرفها هنا ينطوي على معنى إسقاط ما هو واجب لها، ونصف المهر ما

(١) أبو زهرة - السابق - ص ٢١٩.

(٢) المرجع نفسه - ص ٢٢٥، وفي هذا المعنى: محمد مصطفى الحسيني شحاته - السابق - ص ٦٧، د. زكي الدين شعبان، السابق - ص ٢٨٩، وراجع: بداية المجتهد ج ٢ - ص ٢٤، حيث يقول: أنه إنما وجب لها نصف الصداق عوض ما كان لها مكان الجبر.

هو إلا مال يبذل في غير معاوضة فلم يبق له معنى إلا الزوجان الألم النفسي الذي يصيب المرأة من جراء فراق زوجها.

### ثانياً: استحقاق المطلقة للمتعة:

والمتعة بصورة من صور التعويض عما يصيب الزوجة من جراء طلاق زوجها لها وهي تتمثل فيما يقدمه الزوج لزوجته زائداً على صداقها وهذه الزيادة ليست من قبيل المعاوضات المالية، وإنما هي نوع من التعويض عن ألم الفراق كما سبق، يبدو هذا المعنى واضحاً من خلال تعريف الفقهاء لها.

وهي في اللغة: مشتقة من المناع، وهو ما يستمتع به<sup>(١)</sup>، وقد عرفت في اصطلاح الفقهاء بما يبرز فيها هذا المعنى، حيث تعرف بأنها: المال الذي يعطيه الزوج لمطلقاته زيادة على الصداق لتطبيب نفسها، وتعويضها عن الألم الذي أصابها بسبب الفراق<sup>(٢)</sup>، أو هي ما يقدمه الزوج لزوجته بعد فراقه لها من الثياب أو ما يقوم مقامها. تعويضاً لها عن وحشة الفراق<sup>(٣)</sup>.

### حكم المتعة والدليل عليه:

وللفقهاء في حكم المتعة تفصيل تجدر الإشارة إليه:

- (١) مختار الصحاح - ص ٦١٤.
- (٢) د. زكي الدين شعبان - السابق - ص ٢٨٩، د. محمود الطنطاوي - السابق - ص ٢١٦.
- (٣) د. محمد يوسف موسى - السابق - ص ٢٠٤.

## - أما الحنفية:

فإن المتعة عندهم تجب في نوعين من الطلاق، أولهما: الطلاق قبل الدخول إذا لم يسم لها مهراً أو سمي لها مهراً تسمية فاسدة، ودليل هذه الحالة قول الله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرَهُ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾<sup>(١)</sup>، حيث أمر الله في الآية الكريمة بالمتعة للزوجة التي طلقت قبل الدخول قبل أن يفرض لها مهر، والأمر للوجوب، وقد جاء مقترنا بما يؤكدوه وهو قول الله تعالى: حقا على المحسنين.

وقالوا أيضاً: إنها بدل عن الأمر الواجب وهو نصف المهر وبدل الواجب يكون واجبا فتكون المتعة واجبة<sup>(٢)</sup>.

وثانيهما: الطلاق الذي يكون قبل الدخول في نكاح لم يسم فيه المهر، وإنما فرض بعده لقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَنْعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً﴾<sup>(٣)</sup>، فالآية الأولى أوجبت المتعة في كل المطلقات قبل الدخول، ثم خصت منه من سمي لها مهراً فبقيت المطلقة التي لم يسم لها مهر، والآية الثانية أوجبت المتعة لمن لم يفرض لها فريضة، وهو منصرف إلى الفرض في العقد<sup>(٤)</sup>.

(١) سورة البقرة: آية ٢٣٦.

(٢) فتح القدير - للكمال بن الهمام - ج ٢ - ص ٤٤٩.

(٣) سورة الأحزاب: الآية ٤٩.

(٤) راجع في وجه الدلالة من الآيتين الكريميتين: د. وهبة الزحيلي - السابق - ص ٣١٧.

وتكون مستحبة عند الحنفية فيما عدا ذلك، كما لو كان فارق الرجل زوجته بعد الدخول الحقيقي أو بعد الخلوة الصحيحة بها، وذلك إذا كان المهر غير مسمى في عقد الزواج وهي في هذه الحالة تكون من التسريح بإحسان، وقد أمرنا الله به في قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾<sup>(١)</sup>، وكذلك تستحب المتعة عند الحنفية إذا فارق الزوج زوجته قبل الدخول والخلوة، وكان مهرها مسمى في العقد.

#### - عند المالكية:

أما عند مالك وابن أبي ليلى والليث: فإن المتعة لا تجب وإنما تكون مستحبة، لأن الله تعالى جعلها حقا على المحسنين وخصهم بها، فيدل ذلك على أنها: على سبيل التفضل والإحسان، أما بالنسبة لمن لم يسم لها مهرا وقت العقد وطلقت قبل الدخول فلها نصف المهر<sup>(٢)</sup>.

#### - وعند الشافعية:

المتعة واجبة لكل مطلقة، سواء كان الطلاق قبل الدخول أم بعده، إلا المطلقة قبل الدخول إذا سمى لها مهرا، فإنه يكتفى لها بنصف المهر، فإن وجب لها نصف المهر فلا متعة لها، وفي قول تجب لها المتعة لإطلاق قول الله تعالى: ﴿هُوَ الْمَطْلُوقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾<sup>(٣)</sup>.

(١) سورة البقرة: آية ٢٢٩.

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٢ - ص ٣٢٠ وما بعدها.

(٣) فليوبي وعميرة - ج ٣ - ص ٢٩٠، والآية رقم ٢٤١ من سورة البقرة.

## - وعند الحائبة:

تجب المتعة لكل مطلقة في حالة الطلاق قبل الدخول والخلوة وقيل التسمية، وتستحب فيما عدا ذلك لقول الله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾<sup>(١)</sup>، حيث لم تجب المتعة في غير المفوضة التي لم يفرض لها مهرا، لأن الله تعالى قسم المطلقات إلى قسمين: واجب المتعة لغير المفروض لهن، ونصف المسمى للمفروض لهن، وهو يدل على اختصاص كل قسم بحكمه<sup>(٢)</sup>.

ويبدو من خلال أقوال الفقهاء: أن المتعة واجبة للمطلقة قبل الدخول إذا لم يكن قد سمي مهرها فتجب لها كوجوب نصف المسمى ويأخذ حكمها كل فرقة يتنصف لها المسمى فإنها توجب المتعة إذا كانت مفوضة<sup>(٣)</sup>.

## يجب لاستحقاق المتعة أن تكون الفرقة من قبل الزوج:

وقد وضع الفقهاء شرطا لاستحقاق المتعة حاصله، أن الفرقة يجب أن تكون بسبب من قبل الزوج، فإذا كانت الفرقة بسبب من جهتها لا تجب لها المتعة بل ولا يجب لها نصف المسمى، يقول ابن قدامة: وما يسقط به المسمى من الفرق، كاختلاف الدين والفسخ بالرضاع ونحوه. إذا جاء من قبلها لا تجب به متعة. لأنها أقيمت مقام نصف المسمى، فسقطت في موضع يسقط كما تسقط الإبدال بما يسقط مبدلها<sup>(٤)</sup>.

(١) سبق تخريج الآية.

(٢) المغني لابن قدامة - ج ٦ - ص ٧١٥ - طبعة مكتبة الرياض الحديثة.

(٣) المرجع والمكان السابقان.

(٤) المرجع السابق - ص ٧١٦، د. محمد يوسف موسى - السابق ص ٢٠٤.

### وجوب المتعة للزوجة تعويض عن ألم الفراق:

واشترط هذا الشرط يبرز غاية الوجوب في المتعة ومقصده، حيث يمثل نوعاً من التعويض المستحق لها عن ألم الفراق ووحشته، والفراق لن يكون موحشاً بالنسبة لها، إلا إذا جاء بسبب من قبل الزوج دون أن يكون لها يد فيه، ومن ثم يكون في وجوب المتعة نوع من التعويض لها عن هذا الألم النفسي، وقد صرح كثير من الفقهاء بهذا المعنى، حيث قالوا: إن المتعة تعطى للمرأة لتعويضها عن المفارقة في حال الحياة، بل إنهم قد أبرزوا خاصية التعويض عن الألم النفسي وهم بصدد تعريفها<sup>(١)</sup>.



مركز تحقيقات كالمبيوتر علوم إسلامي

(١) راجع: د. زكي الدين شعبان- السابق- ص ٢٨٩، د. محمود الطنطاوي- السابق- ص ٢١٧، د. محمد يوسف موسى- المكان السابق، محيي الدين عبد الحميد- الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية- ص ١٨٣، الطبعة الثالثة ١٩٦٦ مكتبة صبح.

## الفرع الثاني

### تعويض الضرر الأدبي الناشئ عن الخلع

والضرر الأدبي الذي يصيب الإنسان في عاطفته ومشاعره، لا يقتصر حدوثه على جانب الرجل وحده، بل إن المبادرة فيه قد تقع من جانب المرأة حين يتغير قلبها من جهة زوجها دون أن يكون قد اعترى قلبه أى تغيير من ناحيتها، بل إن قلبه قد يكون مليئاً بالحب لها وعامراً بالمودة إليها، ومن ثم يكون طلب التفريق من جهتها ضاراً به في نفسه أبلغ الضرر، ولذلك شرع الخلع ليكون نوعاً من التعويض عن الألم النفسي الذي يصيبه من جراء طلب زوجته فراقه، وقد عالج التشريع ذلك في مسألتى الخلع والطلاق على مال، ونشير إلى هذين الأمرين بشئ من التفصيل.

#### أولاً: التعريف بالخلع وبيان طبيعته

والخلع في اللغة معناه الإزالة، يقال: خلع فلان ثوبه إذا أزاله، وخلع الزوج زوجته إذا زال زوجيتها، وقد جرى العرف اللغوي على تسمية الإزالة في غير الزواج: خلعا (بفتح الخاء) وعلى تسمية الإزالة في الزواج: خلعا (بالضم)<sup>(١)</sup>، وقد سميت إزالة الزوجية مخالعة منه لأن كلا من الزوجين لباس للآخر. قال تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ﴾<sup>(٢)</sup>، فكان كل واحد من الزوجين حين مفارقة الآخر، كأنه قد نزع لباسه<sup>(٣)</sup>.

(١) مختار الصحاح - ص ١٨٥.

(٢) سورة البقرة: آية ١٨٧.

(٣) الاقناع في حل ألفاظ أبي شجاع - ج ٤ - ص ٨٥، والمغنى لابن قدامة - ج ٧ -

وفي اصطلاح الفقهاء: عرفه الحنفية بأنه: إزالة ملك النكاح، المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه<sup>(١)</sup>.

كما عرفه المالكية بأنه: الطلاق بعوض سواء كان من الزوجة أم من غيرها من ولي أو غيره بلفظ الخلع، فمعناه عندهم يتمثل في أن تبذل المرأة أو غيرها للرجل مالا على أن يطلقها أو تسقط حقا لها عليه، فتقع به طلاقه بئنة، وهو عند المالكية شامل للفرقة بعوض أو بدونها، كأن يقول لها: خالعتك، أو أنت مخالعة<sup>(٢)</sup>.

وعند الشافعية: يعرف بأنه فرقة بين الزوجين بعوض بلفظ طلاق أو خلع، كقول الرجل للمرأة طلقتك أو خالعتك على كذا فتقبل<sup>(٣)</sup>.

كما عرفه الحنابلة: بأنه فراق الزوج امرأته بعوض يأخذ منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة<sup>(٤)</sup>.

وقد عرفه كثير من الفقهاء المحدثين بما لا يخرج عن هذا المعنى<sup>(٥)</sup>.

### أدلة مشروعية الخلع:

وقد قامت الأدلة على مشروعية الخلع من الكتاب والسنة وآثار الصحابة والإجماع.

- (١) فتح القدير - ج ٣ - ص ١٩٩، حاشية ابن عابدين - ج ٢ - ص ٧٦٦.
- (٢) الشرح الصغير - ج ٢ - ص ٥٦٨، والقوانين الفقهية - ص ٢٣٢.
- (٣) مغني المحتاج - ج ٣ - ص ٢٦٢.
- (٤) كشف القناع - ج ٥ - ص ٢٣٧، والمغني لابن قدامة - ج ٧ - ص ٥٢.
- (٥) راجع: د. زكي الدين شعبان - السابق - ص ٤٥٩، محمد أبو زهرة - السابق - ص ٣٨٥، د. الطنطاوي - السابق - ص ٣٣٤، د. محمد يوسف موسى - السابق - ص ٣٠١.



### أما الكتاب:

فَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾<sup>(١)</sup>، حيث دل هذا القول الكريم على رفع الجناح عن الزوجين في حالة افتداء الزوجة نفسها من زوجها بمال تدفعه له عند خوفها من عدم إقامة حدود الله معه لكرهها إياه ورغبتها في عدم العيش معه، يقول ابن قدامة: وجملة الأمر أن المرأة إذا كرهت زوجها لخلقه أو خلقه أو دينه أو كبره أو ضعفه أو نحو ذلك وخشيت أن لا تؤدي حق الله في طاعته، جاز لها أن تخالعه بعوض تقدي به نفسها منه لقول الله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾<sup>(٢)</sup> وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَبِنَ لَكُمْ مِنْ شَيْءٍ مِنْهُ فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾<sup>(٣)</sup>.

### ومن السنة:

بما رواه البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى النبي ﷺ فقالت يا رسول الله: إنني ما اعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله ﷺ: أتريدين عليه حديقته، قالت: نعم؛ فقال النبي ﷺ لقيس: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة<sup>(٤)</sup>، وفي رواية أخرى: زيادة: لا أطيقه بغضا، بعد قولها: ولكني أكره

(١) سورة البقرة: آية ٢٢٩.

(٢) نفس الآية الكريمة.

(٣) سورة النساء: آية ٤.

(٤) المغني - ج٧ - ص ٥١.

الكفر في الإسلام، واسم المرأة حبيبة بنت سهل الأنصاري. وفي رواية الموطأ: هي جميلة بنت أبي سلول<sup>(١)</sup>، وفي رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن ابن ماجة: أن ثابت بن قيس كان دميماً، وأن امرأته قالت: لولا مخافة الله إذا دخل علي لبصقت في وجهه<sup>(٢)</sup>.

وجه الدلالة في هذا الحديث: أنه قد دل على شرعية الخلع، وصحته، وأنه يحل أخذ العوض من المرأة<sup>(٣)</sup>.

### ومن آثار الصحابة:

يدل على مشروعية الخلع ما نقله ابن قدامة في المغني: عن عثمان وابن عمر وابن عباس وعكرمة ومجاهد، وقبيصة بن ذؤيب، كما روى عن علي<sup>(٤)</sup>.

### ومن الإجماع:

قال بمشروعية الخلع جميع الفقهاء بالحجاز والشام، وقد قال ابن عبد البر: ولا نعلم أحدا خالف في مشروعيته إلا بكر بن عبد الله المزني، فإنه لم يجزه، وزعم أن آية الخلع منسوخة بقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ

(١) نيل الأوطار - للشوكاني - ج ٦ - ص ٢٤٦، سبل السلام للصنعاني - ج ٣ - ص ٢٩٦.

(٢) الموطأ. ص ٢٤٨ - وسبل السلام - المكان نفسه حيث ذكر أن البخاري سماها جميلة ذكره عن عكرمة مرسلاً، وأخرج البيهقي مرسلاً أن اسمها زينب بنت عبد الله بن أبي سلول.

(٣) سبل السلام للصنعاني - ج ٣ - ص ٢٩٧.

(٤) المغني - ج ٧ - ص ٥٢، وما بعدها.

زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَأَتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَ بِهَيْئَانًا  
وَإِثْمًا مُبِينًا، وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهِ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا  
غَلِيظًا<sup>(١)</sup>، كما روى عن ابن سيرين وأبي قلابة أنه لا يحل الخلع، حتى يجد  
على بطنها رجلا، لقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضَلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا  
آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبِينَةٍ﴾<sup>(٢)</sup>، وقد قال ابن قدامة: هذا مردود بآية  
الخلع والخبر، وأنه قول عمر وعثمان وعلي وغيرهم من الصحابة، ولم  
يعرف لهم مخالف فيكون إجماعا، ودعوى النسخ لا تسمع حتى يثبت تعذر  
الجمع، وأن الآية الناسخة متأخرة، ولم يثبت شيء من ذلك<sup>(٣)</sup>.

### التكييف الفقهي للخلع:

ووضع الخلع من الناحية الفقهية يتمثل في أنه عقد بإيجاب وقبول،  
ولكن الاعتبار فيه يختلف بالنسبة للرجل والمرأة، فهو من جانب الرجل يعتبر  
تعليقا للطلاق على قبول المال، والتعليق يسمى يمينا في اصطلاح الفقهاء،  
ويعتبر معاوضة من جانب الزوجة، لأنها التزمت بالمال في مقابل افتداء  
نفسها، وخلصها من الزوج، لكنها ليست معاوضة محضة، بل فيها شبهة  
بالتبرعات، لأن المعاوضة المحضة تكون إذا كان كلا من العوضين مالا أو  
في حكمه، وما يثبت للزوجة نتيجة للخلع، وهو افتداء نفسها وخلصها من

(١) سورة النساء: الآيات ٢١، ٢٠.

(٢) سورة النساء: آية ١٩، وقد نقل الإجماع ابن قدامة في المغني - ج٧ - ص ٥١.

(٣) المغني - ج٧ - ص ٥٢.

الزوج لا يعد مالا شرعيا، فلا يكون الخلع في حقها معاوضة محضة، وهذا عند أبي حنيفة وهو الراجح في المذهب<sup>(١)</sup>.

وجمهور الفقهاء يعتبرون الخلع معاوضة: فلا يحتاج في صحته إلى قبض العوض، فلو تم من قبل الزوج وماتت المرأة أو فلتست أخذ العوض من تركتها واتبعت به، ويجوز رد العوض بالعيب فيه، لأن إطلاق العقد يقتضى السلامة من العيب، فثبت فيه الرد بالعيب كالبيع والمهر ويصح الخلع منجزا بمعنى المعاوضة لما فيه من معناها، ويملك العوض بالعقد<sup>(٢)</sup>.

وليس معنى المعاوضة في الخلع عند جمهور الفقهاء تمول البضع، وإنما هي معاوضة بالمعنى العام لأن ما تبذله المرأة في الخلع لا يقابل مالا، وإنما يقابله إسقاط حقه في البضع، وليس فيه تمليك شئ لها، يقول ابن قدامة: والخلع كالطلاق معنى يجوز تعليقه بالشرط فجاز أن يستحق به العوض المجهول كالوصية، ولأن الخلع إسقاط لحقه من البضع وليس فيه تمليك شئ، والإسقاط تدخله المسامحة ولذلك جاز من غير عوض بخلاف النكاح، وإذا صح الخلع، فلا يجب مهر المثل، لأنها لم تبذله، ولا فوتت عليه ما يوجبه فإن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم، بدليل أنها لو أخرجته من ملكه بردتها أو رضاعها لمن يفسخ به نكاحها لم يجب عليها شئ<sup>(٣)</sup>.

(١) بدائع الصنائع - للكاساني - ج ٣ - ص ١٤٥، وحاشية ابن عابدين على الدر

المختار - ج ٢ - ص ٧٦٨، والمبسوط للرخسي - ج ٦ - ص ٧٣.

(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير - ج ٢ - ص ٥١٨، ص ٥٣١ المهذب

للشيرازي - ج ٢ - ص ٧٢، المغني لابن قدامة ج ٧ - ص ٥٧ - ص ٦٧.

(٣) المغني - السابق - ص ٦٢.

### آثار التكيف الفقهي للخلع:

ويستفاد مما قاله الفقهاء أنهم متفقون على أن في الخلع صفتين: أنه يمين، وأن فيه معنى المعاوضة، وقد ترتب على اعتبار الخلع يمينا من جانب الزوج أنه إذا لزم نفسه الخلع نظير مبلغ من المال لا يملك الرجوع قبل قبول الزوجة، لأنه تعليق، والتعليق لا يملك الزوج الرجوع فيه، كما أن إيجاب الزوج لا يبطل بقيامه من المجلس الذي أوجب فيه الخلع، ولا يجوز أن يشترط لنفسه الخيار في مدة معلومة، لأنه لا يملك الرجوع، الرجوع يعطيه هذا الحق في مدة الخيار، كما يجوز للزوج أن يعلق الخلع على حصول أمر في المستقبل وأن يضيفه إلى زمن المستقبل كذلك<sup>(١)</sup>.

كما ينبني على اعتبار الخلع معاوضة من جانب الزوجة له شبه بالتبرعات: أن الزوجة لو ابتدأت بالخلع على مبلغ من المال يجوز لها أن ترجع عن هذا الإيجاب قبل قبول الزوج، لأن الإيجاب في المعاوضات يصح الرجوع عنه قبل صدور القبول من الطرف الآخر، ولا بد من قبول المرأة في المجلس إذا كانت حاضرة، أو قبولها في مجلس علمها بالإيجاب إن كانت غائبة، كما يجوز للزوجة أن تشترط لنفسها الخيار في مدة معلومة يكون لها الحق في القبول أو الرد، ولا يجوز لها أن تعلق الخلع على شرط، ولا أن تضيفه إلى زمن مستقبل لأن الخلع من جانبها معاوضة وتمليك، والتمليكات لا تقبل التعليق ولا الإضافة، كما أن بدل الخلع لا يلزم المرأة إلا إذا كانت

(١) راجع في هذا المعنى: د. زكي الدين شعبان - السابق - ص ٤٦٠ وما بعدها، محمد أبو زهرة - ص ٣٨٥ وما بعدها، د. محمد يوسف موسى - السابق - ص ٣٠٣ وما بعدها، د. محمود الطنطاوي - السابق - ص ٣٤٠ وما بعدها.

أهلا للتبرع بأن كانت بالغة عاقلة رشيدة، لأن للخلع صفة التبرع مع أنه معاوضة من قبل الزوجة<sup>(١)</sup>.

### الآثار التي تترتب على وقوع الخلع:

ويترتب على وقوع الخلع مستوفيا شروطه آثارا شرعية تتمثل في وقوع الطلاق بائنا عند جمهور الفقهاء<sup>(٢)</sup>، أما عند الحنابلة فقد اختلفت الرواية فيه عند الإمام أحمد، ففي إحدى الروايتين أنه فسخ، وهذا اختيار أبي بكر وقول ابن عباس وطاووس وعكرمة واسحاق وأبي ثور وأحد قولي الشافعي، والرواية الثانية: أنه طلاق بائنة، روى ذلك عن سعيد بن المسيب والحسن وعطاء وقبيصة وشريح ومجاهد وأبي سلمة ابن عبد الرحمن والنخعي والشعبي والزهرى ومكحول ومالك والاوزاعي والثوري وأصحاب الرأي، وقد روى عن عثمان وعلي وابن مسعود لكن ضعف أحمد الحديث عنهم، قال: ليس في الباب أصح من حديث ابن عباس أنه فسخ، واحتج ابن عباس بقول الله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾<sup>(٣)</sup>، ثم قال الله

(١) د. زكي الدين شعبان- السابق- ص ٤٦٢، أبو زهرة- السابق- ص ٣٨٧، د. محمد يوسف موسى- السابق- ص ٣٠٤، د. محمود الطنطاوي- السابق- ص ٣٤٢.

(٢) بدائع الصنائع- ج ٣- ص ١٤٤، بداية المجتهد- ج ٢- ص ٦٩، والمهذب- ج ٢- ص ٧٢، والشرح الصغير- ج ٢- ص ٥١٨.

(٣) سورة البقرة: آية ٢٢٩.

تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّىٰ تَنْبَحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾<sup>(١)</sup>، فذكر الله تطليقان والخلع، وتطليقة بعده، فلو كان الخلع طلاقاً لكان الطلاق أربعاً، ولأنها فرقة خلت من صريح الطلاق ونيته، فكانت فسخاً كسائر الفسوخ<sup>(٢)</sup>.

ووجه الرواية الثانية: أنها بذلت العوض للفرقة، والفرقة التي يملك الزوج إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ، فوجب أن يكون طلاقاً<sup>(٣)</sup>. أقول: وسواء كان الخلع حكمه الطلاق البائن أو الفسخ فإن المرأة ترفع فيه ضرراً نفسياً محققاً مقابل ما تدفعه للزوج كمقابل لتعويضه عن الضرر الذي يمكن أن يكون قد حل به بسبب فراقها له بسبب من جهتها.

كما يترتب على الخلع لزوم بدل الخلع في ذمة الزوجة، سواء كان مبلغ من النقود أم منفعة تقوم بمال كأجرة الرضاعة أو الحضانة، كما تسقط كل حقوق الزوجة الثابتة وقت الخلع لكل منهما على الآخر من المهر والنفقة، أما الديون التي لا تتعلق بهذا الزواج الذي انتهى فلا يسقط منها شيء، وعلى ذلك لا يكون لها عليه شيء من المهر الذي لم تقبضه سواء كان الخلع قبل الدخول أم بعده، ويسقط مالها من نفقة ماضية تجمدت عليه وكذلك يسلم لها كل المهر الذي دفع وليس له استرداد شيء منه، ولو كان الخلع قبل الدخول، ولا يسترد شيئاً من النفقة التي قد عملها لها قبل الخلع، وقبل استحقاقها له، ولا تسقط نفقة العدة لأنها لم تكن ثابتة على الزوج حين الخلع، حيث لم يكن أو أنها قد جاء بعد، إلا إذا نص عليها كبديل للخلع، فإنها تسقط في هذه الحالة، وأساس سقوط هذه الحقوق المالية بالخلع أنه لفظه ينبي عن

(١) سورة البقرة: آية ٢٣٠.

(٢) المعنى لابن قدامة - ج ٧ - ص ٥٦ وما بعدها.

(٣) المرجع والمكان السابقان.

إزالة العلاقة التي كانت تربط بين الزوجين، وتجعل لكل واحد منهما حقوقاً على الآخر، فمتى زالت سقطت كل هذه الحقوق عند أبي حنيفة، وقد خالف في هذا الإمام محمد بن الحسن، حيث يرى أن حقوق الإنسان لا يسقط منها شيء من غير أن يسقطه، والإمام أبو يوسف يتفق مع أبي حنيفة في سقوط كل تلك الحقوق المالية بالإبراء، أما في الخلع فلا تسقط لأن لفظ الخلع ليس نصاً في البراءة من كل شرط<sup>(١)</sup>.

وعند جمهور الفقهاء لا يسقط بالذاع شيء من حقوق الزوجة إلا بإسقاطه، سواء تم بلفظ الخلع أم المبرأة، فهو تماماً كالطلاق على ما يقع به الطلاق بائناً، ويجب به البذل المتفق عليه، لأن الحقوق لا تسقط إلا بما يدل على إسقاطها قطعاً. وليس في الخلع دلالة على إسقاط الحقوق الثابتة لأنه معاوضة من جانب الزوجة والمعاوضة لا أثر لها في غير ما تراضى عليه الطرفان<sup>(٢)</sup>.

ورأى الجمهور هو الراجح في نظرنا لأنه يتفق مع العدالة، كما يتفق مع قواعد الشريعة التي تقضى بأن الانفاق لا يسرى إلا على ما يتناوله وينصرف إليه.

(١) راجع في بيان رأى الحنفية في هذه المسألة: المبسوط - ج ٦ - ص ١٨٩، ص ١٩٠، وبدائع الصنائع للكاساني - ج ٣ - ص ١٥١، وما بعدها، وفتح القدير - ج ٣ - ص ٢١٥، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار - ج ٢ - ص ٥٧٤ وما بعدها.

(٢) بداية المجتهد المكان السابق، ومعنى الخناج - ج ٣ - ص ٢٧٧، كشف القناع - ج ٥ - ص ٢٤١. ود. زكي الدين شعبان - السابق - ص ٣٠٩، د. محمود الطنطاوي - السابق - ص ٣٤٣ وما بعدها، أبو زهرة - السابق - ص ٣٩١، وما بعدها.



### مشروعية الخلع تعويض عن الضرر النفسي:

ويسدو من خلال ما وضعه الفقهاء لاستحقاق بدل الخلع من شروط، أنه يتمخض عن تعويض الزوج الذي سبب له طيب زوجته فراقه ألما نفسياً، عما أصابه من ضرر، وهو بهذا الألم الذي حل به يكون مستحقاً لما قرره الشارع له في بدل الخلع، فالخلع مشروع لعلاج الكره الحاصل في نفس المرأة دون أن يقابله في نفس الزوج كره مثله، ولذلك فإنه يحرم على الزوج عضل زوجته والإضرار بها بالضرب والتضييق عليها أو منعها حقوقها من النفقة والقسم ونحو ذلك لتفتدي نفسها منه، فإن فعلت ذلك بسبب من جهته فالخلع باطل<sup>(١)</sup>، والعيوض مردود، روى ذلك عن ابن عباس وعطاء ومجاهد والشعبي والنخعي والقاسم ابن محمد وعروة، وعمرو بن شعيب، وحמיד بن عبد الرحمن، والزهري وبه قال مالك والثوري وقتادة والشافعي، وإسحاق، بدليل قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾<sup>(٢)</sup>.

وعلى هذا فلو أضر الزوج بزوجه لتفتدي نفسها منه، فإنه لا يحل له أخذ العوض لأنه يعتبر إكراهاً منه لها على بذل المال لزوجها في سبيل طلاقها، وهذا لا يجوز<sup>(٣)</sup>، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾<sup>(٤)</sup>.

(١) المعنى لابن قدامة - ج٧ - ص ٥٤ وما بعدها.

(٢) سورة النساء: آية ١٩.

(٣) المعنى لابن قدامة - المكان السابق. وبداية المجتهد - ج٢ - ص ٦٨، وحاشية

الدسوقي على الشرح الكبير - ج٢ - ص ٣٥٥.

(٤) سورة البقرة: آية ٢٣١.

واشترط أن يكون طلب التفريق من جهة المرأة أو أن يتم قبولها فيما لو صدر الإيجاب منه بناء على كرهها له، يدل على أن الضرر النفسي الحائق به يعتبر ضرراً معتبراً شرعاً ويستوجب تعويضه على النحو الذي قرره الشارع في باب الخلع<sup>(١)</sup>.

### ثانياً: الطلاق على مال

الطلاق على مال، هو الذي تكون صيغته بلفظ من ألفاظ الطلاق الصريحة أو الكناية في مقابل مال تدفعه الزوجة لزوجها، وهو بهذا يختلف عن الخلع، ولا تترتب عليه أحكام الخلع وإنما يترتب عليه أحكام تختص به، بعضها يتفق مع أحكام الخلع، وبعضها يختلف معها.

#### أ- الأحكام التي يتفق فيها الخلع مع الطلاق على مال:

يتفق الخلع مع الطلاق على مال في أمرين:

الأول: قبول الزوجة للخلع والطلاق على مال أمر لا بد منه لأنهما معاوضة من جهتها والمعاوضة لا بد فيها من القبول، فإذا لم تقبل المرأة لا يصح الخلع ولا الطلاق على مال وإذا قبلت صح ذلك وترتبت الأحكام الشرعية.

الثاني: الطلاق الذي يقع بالخلع. وبالطلاق على مال يكون طلاقاً بائناً، لأنها لا يمكنها الخلاص من سلطان الزوج إلا به، أما الطلاق الرجعي فلا

(١) راجع في هذا المعنى: د. محمود الظنطاوي - السابق - ص ٣٣٨، أبو زهرة - السابق - ص ٣٨٨، د. وهبة الزحيلي - السابق - ص ٤٩٩، د. محمد يوسف موسى - السابق - ص ٣٠٥، د. زكي الدين شعبان - السابق - ص ٤٦٢، ص ٤٦٤.

يترتب عليه ذلك لإمكان مراجعتها من غير رضاها، فهو لا يترتب عليه أى ضرر نفسي للزوج.

#### ب- الأحكام التي يختلف فيها الخلع مع الطلاق على مال:

كما أن الخلع يختلف مع الطلاق على مال في أمرين:  
الأول: الطلاق على مال لا يسقط أى حق مالي أصلاً بالاتفاق بين أئمة المذهب الحنفي والخلع يترتب عليه إسقاط بعض الحقوق المالية عند أبي حنيفة، كما سبق.

الثاني: إذا بطل البذل في الطلاق على مال، وقع الطلاق رجعيًا، وإذا بطل البذل في الخلع وقع الطلاق بائنًا، والذي يجرى عليه العمل في القضاء في مصر أنه إذا بطل البذل في الخلع أو في الطلاق على مال وقع الطلاق رجعيًا<sup>(١)</sup>.

مركز تحقيقات كميونر علوم إسلامي

(١) الميسوط- ج٦- ص١٧٩، بدائع الصنائع- ج٣- ص١٥٢ والهداية مع فتح القدير- ج٣- ص٣٠٥، وما بعدها. وراجع: د. محمود الطنطاوي- السابق- ص٣٤٤ وما بعدها، د. محمد يوسف موسى- السابق- ص٣١٠، د. زكي الدين شعبان- السابق- ص٤٦٨ وما بعدها، أبو زهرة- السابق- ص٣٩١ وما بعدها.

## المطلب الثاني

### اتجاه الفقه الوضعي والقضاء في التعويض

#### عن الطلاق

أثيرت مسألة التعويض عن الضرر الأدبي المتمثل في الآلام النفسية الناشئة عن الطلاق، حين تعرض فقه القانون لطبيعة حق الطلاق، وما إذا كان هذا الحق مطلقاً أو مقيداً، ومن المؤكد أن تحديد طبيعة حق الطلاق وفقاً لما إذا كان مطلقاً أو مقيداً تترتب عليه نتائج هامة، منها أنه لو كان مقيداً فإن استعماله سيترتب عليه قيام المسؤولية عن استعمال هذا الحق، وجواز الاتفاق على التنازل عنه، والاتفاق على دفع تعويض في حالة الطلاق وهل يعتبر هذا الاتفاق شرطاً جزائياً أو التزاماً شرطياً وما يترتب على هذا التكييف القانوني أو ذلك، ونشير إلى ذلك بشئ من التفصيل.

#### أولاً: طبيعة حق الطلاق:

أما بالنسبة لطبيعة حق الطلاق، وما إذا كان مطلقاً أو مقيداً، فإن تلك الطبيعة كانت قد أثارَت جدلاً في الفقه والقضاء حيث ذهب جانب منهما إلى أن حق الطلاق ليس حقاً مطلقاً، وإنما هو مقيد بوجود أن يكون لحاجة تدعو إليه، ولا يكون بحيث ينشأ عنه ضرر زائد عن مجرد حل رابطة الزوجية<sup>(١)</sup>.

(١) د. سليمان مرقس - بحوث وتعليقات على الأحكام - ص ١٩١ - طبعة ١٩٨٧م، والشيخ أحمد إبراهيم - الأحوال الشخصية - ص ٧٦ - طبعة ١٩٣٠م، والشيخ عبد الوهاب خلاف - الأحوال الشخصية - ص ١٤٦ - طبعة ١٩٣٨م، وحسين عامر، وعبد الرحيم عامر - المسؤولية المدنية - ص ٢٧٨ وما بعدها - طبعة دار المعارف سنة ١٩٧٩م.

وهذا الرأي يجرى منسجماً مع ما كانت المحاكم الابتدائية تراه: من أن الطلاق لا يباح إلا لحاجة، وأن استعماله مقيد بتحقيق تلك الحاجة، فإذا أوقع الزوج الطلاق بغير سبب كان ذلك إساءة منه لاستعمال حقه موجبا لمسئولته<sup>(١)</sup>.

وهذا الاتجاه الفقهي والقضائي يعد مخالفاً لما جرى عليه قضاء محكمة الاستئناف المختلطة، التي كانت تقضى بأن إيقاع الطلاق حق مطلق للزوج المسلم يستعمله كيف شاء، فليس لمن تتزوج به، وهي عالمة بذلك أن تطلب تعويضاً عنه بعد وقوعه<sup>(٢)</sup>، وفي هذا الاتجاه أيضاً يجرى حكم محكمة استئناف مصر والذي جاء فيه: أن حق الطلاق مخول في الشريعة الإسلامية للزوج، ولا يترتب على استعماله من الأحكام سوى استحقاق الزوجة المطلقة لمؤخر صداقها ونفقة عدتها<sup>(٣)</sup>.

وفي تطور لاحق أصدرت محكمة استئناف مصر حكماً آخر معدلاً من الاتجاه الذي سبق أن سارت فيه على غرار محكمة الاستئناف المختلطة، والحكم اللاحق الذي أصدرته يدل في ظاهره على أنها تعتبر إيقاع الطلاق حقاً مقيداً، لكنها خففت من هذا القيد إلى حد يجعله في حكم العدم، حيث تأسس حكمها على أن نظرية سوء استعمال الحقوق تجعل الحق غير شرعي

- (١) محكمة مصر الابتدائية في ٢٠ يناير ١٩٢٦ - الخامة - ٦-٣٣٣-٢٥٥، وفي ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٢ - الخامة - ١٣-١١٣٣-٥٦٤، ومحكمة شين الكوم في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ - الخامة - ١١-٥٤٠-٢٧٧.
- (٢) استئناف مختلط في ٢٠ يونيو ١٩٢٢م، ومشار إليه في د. سليمان مرقس - السابق - ص ١٩١.
- (٣) محكمة استئناف مصر بتاريخ ١٨/١٢/١٩٢٨، الخامة ٨-٧-٤٩-٣٢٥، محكمة استئناف مصر بتاريخ ٢٢ يناير ١٩٣٦م، الخامة ١٧-١١٩-٥٨.

إذا لم يقصد باستعماله سوى الإضرار بالغير، أما استعماله لتحقيق منفعة شخصية فلا تنشأ عنه مسؤولية وأن المطلق في حربه أن يكون قد رغب في الخلاص من الزوجة حتى يكون في استعمال حقه في التطلق منفعة له، وأن الزوج إذا طلق زوجته عادة العقد عليها، فلا جناح عليه في ذلك، حتى ولو كانت الزوجة مدرسة وقدمت استقالتها عقب الزواج وقبل وصول وثيقة الطلاق إليها، رغم ما يحوم حولها بسبب هذا الطلاق من أقويل وشبهات تؤثر في سمعتها الأدبية ورزقها، وقد انتقد هذا الحكم بأنه لا يكفي أن يكون الزوج قد قصد من إيقاع الطلاق إلى مجرد الرغبة في الخلاص من رابطة الزوجية، حتى يكون في ذلك منفعة له تبرر استعماله حق الطلاق، وترفع عنه مسؤولية الإضرار التي تزيد عما يلحق الزوجة عادة بسبب حل رابطة الزوجية، ولا سيما إذا كان الزوج لم يراع منتهى الحذر في استعمال حقه في التطلق<sup>(١)</sup>.

محكمة النقض ترى أن الطلاق حق مقيد:

وقد أيدت محكمة النقض ضمناً مبدأ تنفيذ حق الطلاق وإمكان وقوع الإساءة في استعماله بإقرارها أسباب الحكم الابتدائي الصادر في الدعوى التي أصدرت فيها محكمة النقض حكمها محل هذا التعليق وقد جاء في أسباب هذا الحكم: أن حق الطلاق وإن كان مقرراً للزوج المسلم شرعاً، إلا أنه حق مكروه، ويكفي في بيان كراهته ما جاء في الحديث الشريف عن

(١) د. سليمان مرقس - المرجع نفسه - ص ١٩٢، ومجلة القانون والاقتصاد - السنة السابعة - ص ٣٥٢، حسين عامر، عبد الرحيم عامر - السابق - ص ٢٨١ وما بعدها.

النبي ﷺ، إذ قال: أبغض الحلال إلى الله الطلاق، حيث دل على أن الأصل في الطلاق المنع، ولا يباح إلا لحاجة كبرى وريبة فهو مشروع من جهة، ومحظور من جهة أخرى، فمشروعيته من حيث أن فيه إزالة الزواج عندما تكون هناك داعية إليه، وحظره من ناحية أن فيه قطع الزواج المترتبة عليه المصالح الدنيوية والأخروية والقول بأن الشريعة الإسلامية جعلت إيقاع الطلاق حقاً مطلقاً للزوج، أن يستعمله دون أن يؤدي عن ذلك حساباً أو يتعرض لأيّة مسئولية رغبة منها في ستر أسباب الطلاق، ومنعاً لكشف عيوب الأسر، ذلك القول ينقضه أن الشريعة الغراء قد أباحت أن تطلب الزوجة الطلاق لعيوب في زوجها، كذلك أباح المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩م للزوجة أن تطلب الفرقة إذا دعت أضرار الزوج بها مما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها، وبديهي إن بحث ذلك دفعاً ودفاعاً قد يكشف الستر عما يقول الطاعن: إن الشريعة تتطلب ستره من شئون الزوجية<sup>(١)</sup>.

### الاتجاه القاضي بالإطلاق حق الطلاق منتقد

وقد انتقدت الأحكام التي نحت منحى إطلاق حق الطلاق بأننا لو سلمنا بما قضت به لعمت الفوضى الخلقية جميع البلاد، ولجاز للشبان المستهترين أن يستبيحوا لأنفسهم أعراض فتيات الأسر، فيعقدوا عليهن، ثم يطلقوهن في اليوم التالي لغير سبب سوى الخلاص منهن وبدون مسئولية

(١) مجلة المحاماة - ٢٠ - ص ١١٤٩. وراجع د. سليمان مرقس - السابق - ص ١٩٢، وما بعدها. وانظر: نقض مدني ٢٨ مارس سنة ١٩٧٧ - مجموعة أحكام النقض ٢٨ - ٨١٢ - ١٤٤، ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦٧ - مجموعة أحكام النقض ١٨ - ١٩٤٣ - ٢٩٣ - ٢٠ مارس سنة ١٩٦٩، مجموعة أحكام النقض ٢٠ - ٤٥٨ - ٧٤.

عليهم في ذلك، وحاشا للشرع والقانون أن يجيزا مثل هذه الفوضى، فالشريعة الإسلامية تحذر الطلاق إلا لحاجة ماسة إليه، وتقيد استعماله بوجوب مطابقته للحكمة التي دعت إلى تشريعه وهي الخلاص من رابطة الزوجية عند تباين الأخلاق، وتعذر الوفاق بحيث يفوت الغرض المقصود من الزواج وينقلب مضرة وتقيدة أيضا بوجوب أن يكون استعماله بحيث لا يترتب عليه ضرر بالزوج يزيد على ما ينشأ عادة من حل رابطة الزوجية، فإذا لم يراع الزوج هذه القيود وطلق زوجته من غير داع شرعي للطلاق وجبت عليه المتعة لمطلقته على سبيل التعويض وذلك وفقا لرأى المالكية والشافعية بسبب ما يلحقها من ضرر بسبب الطلاق<sup>(١)</sup>.

ثم أن إيقاع الطلاق من خلال مسلك يكشف عن رعونة وعدم تبصر، ينطوي على إخلال بما يجب من الحرص على عدم الإضرار بالغير ومهما قيل من أسباب تبريره، فإن الأسباب الداعية إليه لا بد أن يكون قيامها سابقا على العقد، ويكون الزوج مقصرا في عدم تحريها قبل العقد، مادام قد أمكنه معرفتها قبله، ومن ثم يكون إيقاع الطلاق من خلال هذا المسلك استعمال لحق في غير حذر ولا حرص، وهو يلحق بالمطلقة ضررا غير عادي يجب تعويضها عنه<sup>(٢)</sup>.

(١) د. سليمان مرقس - السابق - ص ٢٠٢، ويرى الدكتور السعيد مصطفى السعيد في رسالته أن المتعة تجب للمطلقة تطيبا لنفسها وجبرا لإحسانها، فهي تعويض لها عما يلحقها بسبب الطلاق، مشار إليه في المرجع السابق - نفس المكان بالهامش.

(٢) د. سليمان مرقس - السابق - ص ٢٠٢ وما بعدها، ولقد سبق لقانون الأحوال الشخصية في سوريا - المرسوم التشريعي رقم ٥٩ الصادر بتاريخ ١٧/٩/١٩٥٣ أن وضع عنوان: طلاق التعسف فوق المادة ١١٧ والتي كانت تنص على أنه: إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول، =



### ثانياً: الآثار الناشئة عن تقييد حق الطلاق:

وإذا كان الفقه والقضاء قد انتهيا وفقاً للاتجاه الغالب فيهما إلى أن حق الطلاق حق مقيد، فإن هذا التكييف للحق تترتب عليه آثار منها: أنه يمكن وقوع الإساءة في استعماله وتترتب على هذه الإساءة مسؤولية المطلق في دفع تعويض عن الضرر الأدبي الذي لحقها من جراء الطلاق، ذلك أمر مقرر وواضح، وهو نتيجة منطقية لتكييف حق الطلاق على أنه حق مقيد، ولكن السؤال الذي يرد هنا: هل هذا التعويض يعد أمراً مستقلاً عما قررتة الشريعة الإسلامية للمطلقة من متعة؟، أم أن المتعة المقررة للمطلقة تمثل هذا التعويض وتعبر عنه؟ ذلك ما نود الإجابة عنه.

### اتجاهان حول مضمون التعويض:

يترجح لدينا أن هناك اتجاهين في الفقه والقضاء حول مضمون التعويض الذي ينشأ عن إساءة حق الطلاق، الذي هو في طبيعته حق مقيد كما رأينا.

أولهما: يميل إلى أن إساءة استعمال حق الطلاق يستأهل التعويض على نحو مستقل، تعويضاً للزوجة عما لحقها من ضرر نفسي، تترتب على تلك الإساءة، وهذا التعويض ليس مصدره حق الطلاق مجرداً، وإنما يتمثل مصدره في أمر آخر غير مجرد وقوع الطلاق كالاتفاق الحاصل بين الزوج والزوجة بصدده، وذلك على نحو ما قضت به محكمة النقض في حكم لها

= وأن الزوجة سيصيها بؤس وفاقه، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حاله ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة سنة لأنماها فوق نفقة العدة وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهرياً بحسب مقتضى الحال.

بتاريخ ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠م جاء فيه: أن تعهد الزوج بتعويض زوجته إذا طلقها لا يخالف الشريعة ولا النظام العام، وإنما ينتفي الالتزام بالتعويض إذا كانت الزوجة هي التي دفعت الزوج بفعلها إلى تطليقها، ومن المتفق عليه أنه يجوز للشخص أن يتعهد مقدماً بتعويض ضرر يحدثه للغير بعمل يأتيه حتى ولو كان هذا العمل مشروعاً كالطلاق أو الزواج بامرأة ثانية، فهذا التعهد وإن كان لا يمنع من الزواج بأخرى، إلا أنه إذا التزم أن يدفع تعويضاً مالياً لزوجته الأولى في هذه الحالة، فإن التزامه يكون صحيحاً، ولا يعترض عليه بشأن الالتزام هنا شرط جزائي تابع للالتزام أصلي باطل، فإن الالتزام بدفع التعويض في هذه الحالة يعتبر التزاماً أصلياً معلقاً على شرط واقف هو الزواج بأخرى، ومثل ذلك التزام الزوج بدفع تعويض لزوجته، إذا طلقها، فلا يكيف هذا الاتفاق على أنه تعهد من الزوج بعدم الطلاق يفترن بشرط جزائي، بل على أنه الالتزام أصلي معلق على شرط واقف هو وقوع الطلاق<sup>(١)</sup>.

ما يستفاد من هذا الحكم:

ويستفاد مما انتهت إليه محكمة النقض في هذا الحكم أن التعويض عن الطلاق يعد أمراً زائداً عن التعويض المضروب بالشرع، وذلك لاختلاف السبب في كل منهما، فإذا كانت المتعة سببها وقوع الطلاق مجرداً، فإن التعويض هنا سببه ومصدره هي الإرادة التي تمثلت في اتفاق بين الزوج وزوجته على هذا التعويض، والذي تمخض عن التزام شرطي ما كان ليوحد

(١) نقض مدني في ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠، الخامسة ٢٠-١١٤٦-٤٨٣.

لولا الاتفاق عليه<sup>(١)</sup>، وقد علق الطرفان وجود هذا الالتزام على أمر مستقبل لتعذر علمهما وقت الاتفاق بتحقيق الأمر المستقبل أو عدم تحققه، إذ لو علما ذلك لرتبا علاقتهما على أساسه ترتيبا باتا<sup>(٢)</sup>.

ويترتب على ذلك أن الالتزام الشرطي يصير مستحقا بمجرد تحقق الشرط، وهو وقوع الطلاق في تلك الحالة، بصرف النظر عن وقوع خطأ من المدين، أو إصابة الدائن بضرر، ويعتبر مستحقا من وقت الاتفاق لا من وقت تحقق الشرط بناء على المادة ١٠٥ مدني والتي تجعل للشرط أثرا رجعياً<sup>(٣)</sup>.

ولو لم يكن لهذا الالتزام بالتعويض ذاتية مستقلة لما كان للنص عليه بالاتفاق فائدة، حيث أن أحكام الطلاق كانت ستغني عنه على أساس أن وقوع الطلاق في حد ذاته يعد سبباً يترتب عليه استحقاق المتعة، فاتجاه الإرادة إليه دليل على أنه متميز عنه ومقصود لذاته، وإذا كان سبب المتعة إجراء الطلاق دون اعتساف، فإن سبب هذا الالتزام هو الإساءة في استعمال حق الطلاق.

ثانيهما: يرى أن هذا التعويض لا يخرج عما قررته أحكام الشريعة بخصوص المتعة المستحقة للمطلقة، والتي هي عبارة عما يدفعه الزوج

(١) سليمان مرقس - المرجع نفسه - ص ١٩٣.

(٢) المرجع نفسه - ص ١٩٥.

(٣) المرجع والمكان السابقان، وراجع: حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المرجع السابق - ص ٢٨١، حيث يقران أنه: سبق القول إن الطلاق يترتب منزلة محرمة النهي عنه، وهو على الأقل بغض إلى الله، وليس من أدنى ريبة أن للمساكم شرعا أن يعاقب بالتعزير كل من يقترف محرما أو معصية وذلك التعزير يختلف بحسب كل معصية، وهذا يعني أن للمساكم أن يوجب التعويض على من يطلق زوجته بلا مبرر أو بغير سبب مقبول.

لمطلقته بعد الفرقة بينهما، وذلك تطبيقاً لخطرها وجبراً لإيحاشها من هذا المنطق لا تخرج عن كونها مجرد تعويض عما لحقها من ضرر نفسي وأدبي بسبب الطلاق<sup>(١)</sup>.

يقول الأستاذ الدكتور سليمان مرقس<sup>(٢)</sup>: وقد حكم بذلك بعض المحاكم الابتدائية فجعلت الزوج مسئولاً عن إساءة استعمال حقه في الطلاق، وألزمته بتعويض ما يلحق الزوجة بسبب ذلك من ضرر مادي أو أدبي، ثم يقول: فالشريعة تحظر الطلاق إلا لحاجة ماسة إليه، وتقيد استعماله بوجوب مطابقته للحكمة التي دعت إلى تشريعه وهي تعذر الوفاق، وتقيدته أيضاً بوجوب أن يكون استعماله بحيث لا يترتب عليه ضرر بالزوجة يزيد على ما ينشأ عادة عن حل رابطة الزوجية، فإذا لم يراع الزوج هذه القيود وطلق زوجته من غير داع شرعي للطلاق وجبت عليه المتعة لمطلقته<sup>(٣)</sup>، وهذا القول صريح في أن التعويض المستحق هو المتعة.

#### تقييم هذين الاتجاهين:

والاتجاه الثاني متفق مع ما تقضى به أحكام الشريعة الإسلامية بخصوص المتعة للمطلقة، لكن تنظيم الشريعة الإسلامية للضرر الأدبي الناشئ عن الطلاق شامل لكل حالات الضرر، كما أن تقدير التعويض عنه يدور مع هذا الشمول فقد يتقرر للمطلقة قبل الدخول، وقد يتقرر للزوج في

(١) د. السعيد مصطفى السعيد- في رسالته إساءة استعمال حق الطلاق- ص ٢٤٥،

وراجع: الشيخ أحمد إبراهيم- الأحوال الشخصية- فقرة ٢٠٣.

(٢) د. سليمان مرقس- المرجع نفسه- ص ٢٠٢، والأحكام القضائية المشار إليه نفسه.

(٣) المرجع نفسه- ص ٢٠١ وما بعدها.

بدل الخلع، ومن ثم يمكن القول أن للشريعة الإسلامية نظرة شاملة في هذا الموضوع يفتقدها القانون، أما الاتجاه الأول، فإنه ينطوي على زيادة تمثل مزيداً على ما جاءت به الأحكام الشرعية، ومن المعروف أن أقصى حالات الاعتساف في وقوع الطلاق، هي الطلاق المحرم والطلاق المكروه، والأول يكون في حالة البدعة، كما لو طلق زوجته في حال الحيض، وهذا لا يترتب عليه أثر مالي، وإنما الذي يترتب عليه هو الإثم الذي يستوجب العقاب الأخروي، أو عدم الاعتداد بوقوع الطلاق في حال الحيض على نحو ما ذهب إليه ابن تيمية وابن حزم الظاهري<sup>(١)</sup>، وليس من ضمن تلك الآثار مطلقاً استحقاق مبلغ من المال يكون الطلاق المحرم، وهو الذي يمثل أقصى صور الاعتساف سبباً في استحقاقه للزوجة وفي حالة الطلاق المكروه، وهو الذي يوقعه الزوج لغير حاجة، فإن كل ما يترتب على الكراهة مجرد الإثم الذي يستوجب العقاب الأخروي فقط، وليس من ضمن أحكامه استحقاق المطلقة لمبلغ من المال ومن ثم يكون هذا التعويض الناشئ بسبب التعسف في استعمال الطلاق أمراً زائداً.

وربط الطلاق بالمال يجعله أشبه بسلعة مبتذلة، والأعراض يجب أن تصان عن هذا الامتهان، كما أن الاتفاق على جعل الطلاق نظير مال سيمثل ذريعة لنكاح المتعة، والنكاح المؤقت وكلاهما باطل، والباطل حكم التحريم، وذريعة المحرم تكون على وفق حكمه.

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الأصل في الطلاق هو الحذر والمنع

(١) راجع: الخلی لابن حزم - ج ١٠ - ص ١٩٧ - مسألة ١٩٥٣، ونيل الأوطار - للشوكاني - ج ٦ - ص ٢٢٦.

وخلاف الأولى، والأولى يكون لحاجة كسوء سلوك الزوجة أو إيذائها أحداً، لما فيه من قطع الألفة، وهدم سنة الاجتماع والتعريض للفساد؛ وقد قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَطَعْتَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً﴾<sup>(١)</sup>، وقلوه صلى الله عليه وسلم: ابغض الحلال إلى الله الطلاق، وقلوه صلى الله عليه وسلم: أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس، فحرام عليها رائحة الجنة<sup>(٢)</sup>.

وهذا هو الراجح لاتفاقه مع مقاصد الشريعة ولمخاطر الطلاق المتعددة ومن ثم كان إيقاعه بلا حاجة حمفاً، وسفاهة ورأى، ومجرد كفران النعمة، وإخلاق الإيذاء بها وبأهلها وأولادها.

ومع ذلك فإن كل ما يترتب عليه هو الإثم، لأن الحاجة قد تكون تقديرية أو نفسية خفية لا تخضع للإثبات الظاهر في القضاء، وقد تكون مما يجب ستره حفظاً لسمعة المرأة، ومنعاً من التشهير بها، ولهذا كان الأصل ألا يحكم على الرجل بتعويض مادي للمطلقة بسبب كون الطلاق تعسفاً ويكتفى بما قرره الشرع من دفع مؤخر الصداق ونفقة العدة والمتعة التي هي تعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق<sup>(٣)</sup>.

هذا وبالله التوفيق، وهو سبحانه الهادي إلى سواء السبيل،

(١) النساء: من الآية ٣٤.

(٢) نيل الأوطار - ج ٦ - ص ٢٢١، وارجع: رأى الجمهور في أن الأصل في الطلاق الحظر، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٢ - ص ٣٦١، والمهذب للشيرازي - ج ٢ - ص ٧٨، والمغني لابن قدامة - ج ٧ - ص ٩٧، وقارن ما ذهب إليه الحنفية من أن الأصل في الطلاق الإباحة، حاشية ابن عابدين على الدر المختار - ج ٢ - ص ٥٧١، وما بعدها.

(٣) د. وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته - ج ٧ - ص ٤٠١ - دار الفكر بيروت.