

## التفريق بين الزوجين بسبب الضرر في القانون الأفغاني: دراسة فقهية تحليلية

عبد البصير عزيزي<sup>(1)</sup>، عبد البصير أمة<sup>(2)</sup>

### ملخص البحث

يتناول المقال مسألة التفريق بسبب الضرر بين الزوجين في القانون الأفغاني، ويهدف إلى بيان الأضرار التي تسبب الفرقة بين الزوجين. هناك كثير من أنواع الضرر الحديثة التي نسمعها ونراها في محاكم ولاية بدخشان بأفغانستان، والتي تعدُّ سببًا للتفريق بين الزوجين، ولها تأثير كبير على العلاقة الزوجية. لهذا تجدر دراسة كل من موقف الفقه الإسلامي وموقف القانون الأفغاني حول هذا الموضوع، وما الإجراءات القضائية عند وقوع الخلاف بين الزوجين؟ وقد اعتمدت الدراسة على المنهج الاستقرائي، وذلك بتتبع واستقراء المصادر الفقهية وآراء الفقهاء إضافة إلى القانون الأفغاني؛ والمنهج التحليلي، من خلال تفسير المعلومات الشرعية المتعلقة بالأضرار، وتوضيح القانون المدني، وبيان الأحكام المتعلقة بالموضوع. وتوصلت الدراسة إلى عدة نتائج، أهمها: أن القانون الأفغاني لم يضع حدًا واضحًا لمفهوم الضرر، ولم يبيّن شروطه وضوابطه، وترك ذلك لاجتهاد المحكمة وتقديرها لحالات الضرر والأفعال الضارة. كذلك يرى بعض الناس أن العيوب من أسباب التفريق بسبب الضرر، ويرى آخرون أن من الأسباب أيضا الغيبة وعدم الإنفاق؛ لذلك يقترح الباحثون إعادة النظر في المواد القانونية خاصة في المواد المتعلقة بالتفريق بسبب الضرر.

الكلمات المفتاحية: التفريق، الضرر، أسباب التفريق، الإجراءات القضائية، التحكيم.

### *Separation Due to Harm Between Spouses in Afghan Law: A Juristic Analytical Study*

#### Abstract

The article includes the issue of separation due to harm between spouses in Afghan law. It aims to illustrate the harms that cause separation between spouses. There are many types of modern harms that we hear and see in the courts of Badakhshan, a province of Afghanistan which are reasons of the separation between spouses, and they have a significant impact on the marital relationship. Therefore, it is important to investigate what is the position of Islamic jurisprudence and Afghan law regarding this issue, and what judicial procedures should be followed when the dispute occurs between the spouses? The study relies on the inductive approach, by tracking and extrapolating the juristic sources and the opinions of jurists, in addition to the Afghan law; and the analytical approach, by interpreting legal information related to harms, clarifying the civil law, and explaining the Islamic rulings related to the subject. The study reaches to several results, the most important of them are the Afghan law neither specified a clear definition for the concept of harm and its conditions, nor explained its guiding principles, rather it left those aspects to the court's discretion and judgment of the cases of harms and harmful deeds. Likewise, some people see defects as one of the causes of separation (due to harm), and others think that one of the reasons of separation is (husband's) absence and non-payment of living expenses (of his wife). Therefore, the researchers propose the revision of the legal articles, especially the articles related to separation due to harm.

**Keywords:** Separation, Harm, Causes of Separation, Judicial Procedures, Arbitration.

<sup>(1)</sup> طالب ماجستير، قسم الفقه وأصوله الفقه، كلية معارف الوحي والعلوم الإنسانية، الجامعة الإسلامية العالمية ماليزيا. [azizi.basir2018@gmail.com](mailto:azizi.basir2018@gmail.com)

<sup>(2)</sup> أستاذ مساعد، جامعة نجر، أفغانستان. [ummattaluqani@gmail.com](mailto:ummattaluqani@gmail.com)

	<b>المحتوى</b>	
113	المطلب الرابع: آثار التفريق بسبب الضرر	
114	المبحث الثالث: الإجراءات القضائية والتحكيم	106
114	المطلب الأول: الإجراءات القضائية والتحكيم في الفقه الإسلامي	107
117	المطلب الثاني: الإجراءات القضائية والتحكيم في المحاكم الأفغانية خصوصا في ولاية بدخشان	107
119	المطلب الثالث: المقارنة بين الإجراءات القضائية والتحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الأفغاني	108
120	الخاتمة	108
120	التوصيات	109
121	المراجع	112
122	الملاحق	112
		المقدمة
		المبحث الأول: مفهوم التفريق والضرر
		المطلب الأول: مفهوم التفريق لغة واصطلاحا
		المطلب الثاني: مفهوم الضرر لغة واصطلاحا
		المبحث الثاني: مفهوم التفريق بسبب الضرر وآثاره
		المطلب الأول: التفريق بسبب الضرر في الفقه الإسلامي
		المطلب الثاني: التفريق بسبب الضرر في القانون الأفغاني
		المطلب الثالث: المقارنة بين الفقه والقانون في التفريق بين الزوجين بسبب الضرر

## المقدمة

الحمد لله وكفى، والصلاة والسلام على رسوله المصطفى، صلوات الله وسلامه عليه وعلى أصحابه أجمعين، أما بعد؛ فإن من الأحكام المهمة التي اهتمت بها الشريعة الإسلامية الأحكام المتعلقة بالزواج؛ لأنه من أقدس العقود، وأحاطته بسياج من الأوامر والنواهي التي تضمن نجاحه، فأمرت الزوجين بحسن المعاشرة، وأوصت الرجال والنساء خيراً، كما نهت الزوجين عن كل ما يسيء إلى العشرة الزوجية، أو يؤدي إلى قطعها.

والأصل في الزواج الديمومة طوال الحياة مع المحبة والمودة، لكن تحدث أحياناً عدة أمور في الحياة الزوجية تكدر صفوها، وتهدد كيانها، فمن ذلك الأضرار الجسدية كالضرب والعنف، والأضرار المادية كعدم الإنفاق والبخل، والأضرار المعنوية كتدخل الأقارب وسوء الظن، والأضرار الجنسية كالزنى والخيانة الزوجية؛ ما يجعل الحياة الزوجية في قلق واضطراب، ومن هنا يجلُّ التنافر محل الانسجام، والكراهية محل المحبة، والألفة والقسوة محل الرحمة والعطف. وأحياناً يكون الأمر صعباً، بحيث يصعب التعايش ويصبح البقاء غير ممكن، ويتعذر الإصلاح ويستحيل بقاء الحياة الزوجية دون حقوق الضرر بأحد الزوجين. وفي هذه الحالة فإن واقعية الشريعة الإسلامية راعت مثل هذه الظروف التي قد تطرأ على الحياة الزوجية؛ تحقيقاً لأصل الدوام والتأييد وحفظ النسل؛ ومن هنا فإن الشريعة والقانون الأفغاني أجازا للقاضي فك الارتباط والتفريق بين الزوجين لأسباب عدة. وهذا الموضوع بحاجة إلى دراسة فقهية قانونية، وسيقوم الباحثون بتتبع أسباب التفريق بين الزوجين بسبب الضرر؛ سعياً لإنقاذ الأسر في ضوء النصوص الشرعية والقانونية.

## الدراسات السابقة

عثر الباحثون -في حدود اطلاعهم- على عدة دراسات ذات صلة بالموضوع، منها: مقالة رعنا سعيد (٢٠١٧م)، عنوانها باللغة الفارسية "ازدواج و آثار حقوقي آن در قانون مدني

أفغانستان"، ما ترجمته باللغة العربية "الزواج وآثاره الحقوقية في القانون المدني الأفغاني"، حيث قسّمت الباحثة بحثها إلى فصلين، تطرقت في الفصل الثاني لاختلال الزواج وآثاره، وبعض المطالب في هذا الفصل تشتمل على انحلال الزواج بالطلاق والخلع والتفريق، وأشارت إلى بعض أسباب التفريق، نحو: التفريق بسبب الضرر، وعدم الإنفاق، وغياب الزوج، ووجود العيوب. وبعد ثبوت هذه الأسباب قرّر القانون حق المرأة في المطالبة بالتفريق. وأجادت الباحثة إذ ذكرت عدة عيوب تعدُّ ضرراً للزوجين، لكنها لم تستوعب جميع العيوب والأضرار.

ومن الدراسات السابقة: "المشاكل الزوجية بين الشرع والعرف"، للشيخ حسان محمود عبد الله (٢٠٠٦م)، حيث تطرّق في هذا الكتاب إلى ذكر المشاكل الزوجية، وجعل كتابه على فصلين، تناول في الفصل الثاني: مشاكل وعيوب الزوجين، وعدّها منها: الضعف الجنسي عند الرجل وبرودة المرأة، وسوء المعاملة، بالضرب والإهانة وغيرها. وقد أجاد المؤلف في ذكر العيوب المتعلقة بالحياة الزوجية والمشاكل التي تسبب التفريق بين الزوجين، ولهذه الرسالة علاقة قوية مع البحث الحالي، لكنه لم يبين جميع أسباب التفريق بسبب الضرر؛ فيستفاد من هذا الكتاب في معرفة الأضرار المتعلقة بالحياة الزوجية، والمشاكل التي تسبب التفريق بين الزوجين.

وثمة دراسة أخرى بعنوان: "أسباب التطلاق وإشكالات إثبات الضرر في القانون الجزائري"، لنعيمة (٢٠١٨م)، ذكرت الباحثة فيها أسباب التطلاق وإشكالات إثبات الضرر في ضوء الفقه والقانون من خلال مقدمة وفصلين، ولكل فصل مباحث ومطالب. وتحدثت الباحثة في الفصل الأول عن مفهوم التطلاق وأسبابه، وفي الفصل الثاني عن إشكالات إثبات الضرر في قضايا التطلاق.

وأختم بدراسة بعنوان "التفريق بين الزوجين للشقاق والضرر"، من إعداد الطالبتين زهية وحميدة (٢٠١٨م)، افتتحت الباحثتان البحث بمقدمة، ثم أتبعتاها بفصلين وخمسة مباحث وتحت كل مبحث مطالب وخاتمة. وقد تناول الفصل الأول التفريق بين الزوجين بسبب الشقاق والضرر في الشريعة

## المطلب الأول: مفهوم التفريق لغة واصطلاحاً أولاً: التفريق في اللغة:

التفريق مصدر فرَّق، والفرق خلاف الجمع، وهو الفصل بين الشيئين، والتفريق والفرقة: "مصدر الافتراق" (Ibn Manzūr, 1414AH, 10/299). والتفريق اسم يوضع موضع المصدر الحقيقي من الافتراق. ووردت هذه الكلمة في حديث " ... ثُمَّ تَفَرَّقَتْ بِكُمْ الطُّرُقَ..." (Ibn Khuzaymah, 1424AH, 2/1391)، أي ذهب كل منكم إلى مذهب، ومال إلى قول، وتركتهم السنة. وفارق الشيء مفارقة وفراقاً: باينه، وفارق فلان امرأته مفارقة وفراقاً: باينها. ومعنى التفريق التبديد أيضاً، يقال: شمل مبدد، وبدد الشيء فتبدد، أي فرقه فتفرق. وتبدد القوم إذا تفرقوا، وجاءت الخيل بداد، أي متفرقة متبعدة (Ibn Manzūr, 1414AH, 3/78).

## ثانياً: التفريق في الاصطلاح:

التفريق مصطلح نابع من اللغة، ولا يتعدى معناه الاصطلاحي معناه اللغوي، ويتبين ذلك بعد دراسة مصطلح التفريق في كتب الفقه، إذ لم يستخدم الفقهاء مصطلح التفريق، وإنما استخدموا مصطلح الطلاق؛ وذلك لأن التفريق عند العلماء والفقهاء القدامى معروف بدهاءة، ولأنه لا يبعد في موضوعه ومعناه عن التفريق بين الزوجين بإبطال النكاح، سواء حصل التفريق بالطلاق أو بالفسخ؛ ولذلك كان المراد بين الفقهاء قديماً بالتفريق الطلاق، والطلاق عند الفقهاء القدامى عبارة عن حل عقدة النكاح، أو عبارة عن إسقاط حق البضع (al-Haddādī, 1322AH, 2/30).

بناء على ما تقدّم؛ فالتفريق مصطلح حديث بين الفقهاء، وقد عرّفه الزحيلي: بأنه "انحلال رابطة الزواج، وانقطاع العلاقة بين الزوجين بسبب من الأسباب" (al-Zuhaylī, 2006, 9/347). وعرّفه مصطفى الشلي بقوله: "التفريق أن يقع من قبل القاضي بواسطة القضاء، يؤدي إلى انحلال الرابطة الزوجية، وانقطاع العلاقة بين الزوجين، بسبب من الأسباب الشرعية والقانونية" (al-Shalabī, 1407AH, 524). وعرفه

الإسلامية، وتحدّث الفصل الثاني عن التفريق بين الزوجين لعلّة الشقاق والضرر في القانون.

من خلال عرض الدراسات السابقة التي تناولت هذا الموضوع يُلاحظ أنها لم تستوعب جميع أنواع العيوب والضرر، وقد تميّزت دراسة الباحث عن غيرها بأنها تعرضت لذكر عيوب وأضرار أخرى قد تؤدي إلى التفريق بين الزوجين. ومن جانب آخر سيركز الباحثون في بيان الإجراءات القضائية في ولاية بدخشان، مع ذكر ما جاء في قانون الأحوال الشخصية الأفغاني حول الموضوع، الأمر الذي لم يتطرق إليه الباحثون الآخرون.

## المبحث الأول: مفهوم التفريق والضرر

الزواج عقد من العقود الشرعية الإسلامية، وهو عقد أبدي، وبه أساس الأسرة وتكاثر البشرية؛ ولذلك اهتمت به الشريعة الإسلامية اهتماماً بالغاً، واعتبرته رباطاً مقدّساً وميثاقاً غليظاً، ومع حرص الإسلام على استمرارية الأسرة وديمومة بنائها جعل لمشكلاتها المتوقعة حلولاً تخفّف وطأة هذه المشكلات والآثار المترتبة عليها. ولكن يحدث أحيانا تنازع وشقاق بين الزوجين؛ ما يسبب انحلال عقد الزواج، وإقامة الدعوى أمام القضاء، الأمر الذي ينتهي بصدور حكم القاضي. ولانحلال الزواج صور متعددة، فهو يكون بطريق الفسخ، أو الطلاق، أو الخلع، أو التفريق القضائي كما نصت عليها المادة (١٣١) من قانون الأحوال الشخصية الأفغاني. ولذلك يفترق الزوجان إما بالطلاق، أو بالخلع، أو بتفريق القاضي في حالة الإضرار وعدم الإنفاق على الزوجة، أو حدوث العيوب، أو في حالة غياب الزوج. فالتفريق سبب من أسباب انحلال الزواج، وقد صرّح في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأفغاني أن الطلاق حق خاص للرجال دون النساء، ولحفظ التوازن والاعتدال مقابل الطلاق، أجاز هذا القانون للمرأة أن تطلب التفريق من المحاكم حين حدوث الخلاف ووقوع الضرر من جانب الزوج. ولذلك يلزم أن نوضح مفهوم التفريق لغة وشرعاً والأحكام التي تتعلق به.

إيلام النفس وما يتصل بأحوالها، وتشعر الضمة في الضر بأنه عن قهر وعلو، والفتحة بأنه ما يكون من مماثل أو نحوه" (al- (Munāwī, 1994, 6/559).

واستعملوه بمعنى أن ينقص الرجل أخاه شيئاً من حقوقه، كما أفاد الدكتور الزحيلي بأن الضرر الموسَّع لطلب التفريق هو إيذاء الزوج زوجته بالقول أو بالفعل، كالشتم والضرب والهجر من غير سبب يبيحه، (al-Zuhaylī, 1424AH, 7/527).

#### التعريف المختار: والتعريف الذي يراه الباحث جامعاً

ومطابقاً لأحكام التفريق هو تعريف الدكتور الزحيلي؛ لأنه جمع فيه جميع أنواع إيذاء الزوج زوجته، سواء كان بالقول كالشتم المقذع، أو بالفعل كالضرب المبرح والتقيح المخل بالكرامة، والحمل على ما حرّم الله، والإعراض والهجر من غير سبب يبيحه، وغيرها من الأمور التي يصعب معها دوام العشرة بينهما، وتستحق الزوجة أن تطلب الفرقة من المحكمة لرفع الضرر عن نفسها.

#### المبحث الثاني: التفريق بسبب الضرر وآثاره

المقصد الأساس والهدف المرجو من الزواج سكن كل من الزوجين إلى الآخر بالمودة والرحمة، بما يؤدي إلى إحصان الزوجين، والمحافظة على الأنساب، وهو أساس استمرار الحياة البشرية، كما قال الله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ (الروم: ٢١). وقَرَّرَ الإسلام للزوجين حقوقاً مشتركة، وجعل الأعراف والعادات معتبرة في هذا المقام، وقد جاء في التنزيل: ﴿وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾ (البقرة: ٢٢٧)، ففي هذه الآية أوجب الله المماثلة في تأدية كل واحد من الزوجين ما عليه من الحق لصاحبه بالمعروف، والمقصود بالمقابلة مقابلة واجب لآخر، فما من عمل تعمله المرأة لزوجها إلا ويقابلها الرجل لها بما يليق بالرجال، من زيادة التوسعة والإنفاق أو حسن العشرة

أحمد عبد الوهاب غندور، فقال: "انتهاء عقد الزواج بسبب من الأسباب التي توجب انتهاءه" (Ghundūr, 2001, 295).

يظهر من أقوال العلماء أن التعريف الاصطلاحي لم يخرج عن المعنى اللغوي، والتعريف المختار من خلال التعريفات المذكورة أنفاً تعريف غندور؛ لأنه يعتبر تعريفاً جامعاً تدخل فيه جميع الأسباب التي تسبب التفريق بين الزوجين، سواء أكان التفريق بسبب الضرر، أو بسبب الغياب، أو بسبب عدم الإنفاق، أو غير ذلك.

#### المطلب الثاني: مفهوم الضرر لغة واصطلاحاً

##### أولاً: الضرر في اللغة:

الضرر جمعه أضرار، ضد نفع وهو النقصان، يضر المرء غيره فينقصه شيئاً من حقه، وكذلك الضرر ما تضر به صاحبك، وتنتفع أنت به (Ibn Manzūr, 1414AH, 4/2573). والضرر في اللغة يأتي على معان كثيرة، منها: الأذى، والضيق، والشدة، والمكروه، وسوء الحال. ويقال: ترك الفيضان ضرراً بسكان القرى، أي خسارة. ويحدث التدخين ضرراً بجسم الإنسان، أي آفة ومرضا. والضرر يطلق على ضرر الجسم والمال، ومنه الأذى أو الخسارة التي تصيب الشخص في جسمه أو ماله نتيجة إخلال تعاقدية أو جريمة؛ مما يجيز له التماس التعويض بدعوى مدنية (Mu'jam al-Lughah al-'Arabiyyah al-Mu'aṣirah, 2020, 17/70).

##### ثانياً: الضرر في الاصطلاح:

استعمل الفقهاء الضرر في مقابل النفع، وعرفه ابن العربي بأنه: "الألم الذي لا نفع يوازيه أو يربي عليه، وهو نقيض النفع" (Ibn al-'Arabī, 1972, 1/413).

واستعملوه بمعنى إلحاق المفسدة والأذى بالغير، قال المناوي: الضرر هو إلحاق مفسدة بالغير أو إلحاقها به على وجه المقابلة، كل واحد منهما يقصد ضرر صاحبه بغير جهة الاعتداء بالمثل، وقال الحرالي: "الضرر -بالفتح والضم- ما يؤلم الظاهر من الجسم وما يتصل بمحسوسه، في مقابلة الأذى، وهو

والتفريق بأنواعه مشروع بالكتاب والسنة، دليل مشروعيته من الآيات القرآنية قول الله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبَّغْنَ أَجْلَهُنَّ فَأُمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِنَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ...﴾ (البقرة: ٢٢٩). ومن السنة النبوية ما رواه البخاري عن ابن عباس -رضي الله عنه-، أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ، فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله ﷺ: "أتردين عليه حديقته؟" قالت: نعم، فقال رسول الله ﷺ لثابت: "اقبل الحديقة، وطلقها تطليقة" (al-Bukhārī, 1422AH, 7/46). يتضح من الحديث أن النبي ﷺ لم ينكر على الزوجة طلبها الافتراق عن زوجها، مع عدم إضراره بها، إلا أنها خشيت ألا تقوم بحقوقها، فأقرَّ النبي ﷺ طلبها وأعانها عليه، رغم إقرارها بحسن خلق زوجها ودينه، فمن باب أولى يجوز طلب التفريق لمن لحق بها الضرر من زوجها (al-Asqalāni, 1379AH, 10/496). وكذلك العقل يقبل مشروعية التفريق؛ لأن من أسمى أهداف الزواج أن يجد كلٌّ من الزوجين سكناً لروحه ولصاحبه ولجسده، وقد نهبت الشريعة في أكثر من موضع إلى قداسة الحياة الزوجية وحرمتها، وضرورة العمل بأدائها وأحكامها، وجعلت من الزوجين كيانا واحداً، يتغذى من نبع واحد، ويترب عليه بناء المجتمع وحفظ النوع البشري بالموددة والرحمة.

وتجدر الإشارة إلى أن المراد بالتفريق بسبب الضرر التفريق القضائي، وهذه المسألة فيها قولان على النحو التالي:

#### القول الأول: جواز التفريق بسبب الضرر:

يرى أصحاب هذا الرأي جواز التفريق بسبب الضرر بين الزوجين؛ لدفع الضرر، وهم فقهاء المالكية، وهو قول أهل المدينة. واستدل هؤلاء بالآيات القرآنية والأحاديث النبوية ﷺ وأقوال السلف ودليل العقل، كما يلي:

والصحة؛ لقوله تعالى: ﴿وَاللِّرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾ (البقرة: ٢٢٧).

ومع هذه الإيجابيات قد تظهر عدة جوانب سلبية تسوء العشرة بين الزوجين بسببها، وتنعدم المودة والرحمة، وتستحيل المحبة والألفة، ولا يبقى الشعور بالأمان بين الزوجين، فتقلب هذه المشاعر الطيبة إلى مشاعر النفور والشقاق، على نحو يمكن أن يهزَّ استقرار الأسرة، ويصير كل واحد من الزوجين عدواً للآخر طوال حياته، ويُنبت الحسد والبغضاء، ففي هذه الحالة هل للزوجة أن تتحمل العداوة والشقاق والضرر طوال حياتها أم لها أن تطالب بإنهاء هذه العلاقة؟ وقد أجاز القانون المدني الأفغاني للأحوال الشخصية في هذه الحالة أن تطلب المرأة التفريق من القاضي، والتفريق في الفقه الإسلامي هو التطلاق الذي يدل على تدخل إرادة خارجة عن الزوجين لإيقاع الطلاق، يعني تدخل القاضي بناء على طلب الزوجة المتضررة من استمرار الحياة الزوجية للتفريق بينها وبين زوجها، فالمراد من التفريق هو التطلاق، والتفريق الذي يقع بحكم القاضي بناء على طلب الزوجة المتضررة يلزم تنفيذه.

#### المطلب الأول: التفريق بسبب الضرر في الفقه الإسلامي

في هذا المطلب يركز الباحث في الموضوع من الناحية الفقهية، فالزوج يملك الطلاق في كل حال، وله أن ينهي العقد متى شاء، سواء كان متضرراً - كأن وجد خيانة من زوجته مثلاً - أو لا، فهو يستطيع أن يرفع الضرر بإرادته المنفردة دون الرجوع إلى القضاء والمحاكم. وأما الزوجة فلا تملك طريقة للخروج من عقد الزواج إلا أن يطلقها زوجها، أو إذا تضررت بأضرار مادية أو معنوية فقد أباح الشارع لها أن تطلب التفريق قضاءً. والقضاء الأفغاني يعمل بالمذهب الحنفي الذي لا يعرف التفريق بسبب الضرر، ولكن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩م أخذ بالمذهب المالكي في التفريق للضرر، مستمداً ذلك من الآية ٣٥ من سورة النساء. ومن ثمَّ حُصِّصَ هذا المبحث لبيان المجالات التي يجوز فيها طلب التفريق من قبل الزوجة، وبيان آراء الفقهاء في التفريق بسبب الضرر.

## أولاً: القرآن الكريم:

١. قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تَمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ...﴾ (البقرة: ٢٢٩)، حيث بيّن الله تعالى في هذه الآية أن للزوجة حقوقاً على الزوج، فيلزمه أن يمسكها بمعروف ويراعي ما تحتاجه أو يسرحها بمعروف، ودلت الآية صراحة على النهي عن الإمساك الذي يُلحق الضرر بالمرأة بصيغة العموم ﴿وَلَا تَمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾، حيث لم تفصل الآية أنواع الضرر. ويفهم من الآية بطريق إشارة النص أن الإمساك بمعروف والإمساك مع الضرر نقيضان لا يجتمعان، فإذا كان الإمساك بمعروف انتفى الضرر، وكذلك العكس، أي عند غياب الإمساك بالمعروف يتحقق الضرر. وقد بين الله تعالى أن الذي يمسك زوجته ضراراً ويبيّت الشر والأذى يظلم نفسه؛ كما قال تعالى: ﴿وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾؛ لاعتدائه على زوجته وعلى أحكام الله، وفاعل هذا وضع نفسه موضع الحساب والعقاب؛ لأن فعله يؤدي إلى اختلال المعاشرة الزوجية، وفوات مصالح الزواج. والأمر الذي يتعيّن هنا هو رفع الضرر عن الزوجة قضاءً؛ لتكون عقوبة دنيوية على الزوج، جزاء اعتدائه على زوجته وظلمه لنفسه (Ibn 'Ashūr, 2/422)؛ وقد امتن الله سبحانه وتعالى ووعد أهما إذا تفرّقا؛ فإنه سيغنيها عنها ويغنيها عنه، بأن يعوضه من هو خير له منها، ويعوضها عنه بمن هو خير لها منه، وكان الله واسعاً حكيماً، أي واسع الفضل، عظيم المن، حكيم في جميع أفعاله وأقداره وشرعه (Ibn Kathīr, 1419AH, 2/382).
٢. قوله تعالى: ﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ (الطلاق: ٦)، قال الجزائري في تفسير قوله تعالى: (وَلَا تُضَارُّوهُنَّ) أي: "لا تطلبوا ضررهن بأي حال من الأحوال" (al-Jazā'irī, 2003, 5/387). وأيضاً قال النسفي في تفسيرها: "ولا تستعملوا معهن الضرر لتضيّقوا

عليهن في السكن ببعض الأسباب، من إنزال من لا يوافقهن، أو يشغل مكانهن، أو غير ذلك حتى تضطروهن إلى الخروج" (al-Nasafi, 2005, 3/387). فنهى الله تعالى عن مضارتهن بجميع صور الضرر وأشكاله؛ لحفظ حقوقهن وكرامتهن الإنسانية.

### ثانياً: السنة النبوية:

١. ما رواه ابن ماجه من حديث عبادة بن الصامت، "أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ -ﷺ- قَضَى أَنْ لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ" (al-Qazwīnī, 2/784). وعن أبي سعيد الخدري -رضي الله عنه-، أن رسول الله ﷺ قال: "لا ضررَ ولا ضِرارَ، مَنْ ضَارَّ ضَرَّهُ اللهُ، وَمَنْ شَاقَّ شَقَّ اللهُ عَلَيْهِ" (al-Hākim, 1997, 2/57).

### وجه الاستدلال بالحديثين: أنهما يدلان على النهي

عن الضرر، وإن كان لفظهما الإخبار، إلا أن معناهما: لا يضر بعضكم بعضاً. وحكم الحديث العام أن الضرر الواقع بين الزوجين على الآخر يعتبر من قبيل الضرر المنهي عنه، الذي تلزم إزالته أو رفعه إلى القاضي؛ استناداً إلى القاعدة الشرعية التي تنص على أنه (لا ضرر ولا ضِرار) (Lajnah 'Ulāmā al-Khilāfah al-'Uthmāniyyah, 1/18). وبعيد من الحق أن يأمر الشارع بإبقاء المرأة على الحياة الزوجية والضرر يلحقها والأذى يقع عليها، مع أمره بإزالته. فالمراد من "لا ضرر" في تشريع الحكم الذي يستلزم منه الضرر، على اعتبار أن الرسول الله ﷺ بينه على وجه التشريع، فكل حكم يستلزم الضرر يكون منفيًا. كما ذهب بعض الفقهاء في بيان معنى "ولا ضرر" إلى القول: بأن المقصود بـ "لا ضرر" عدم جواز أن يضر أحد غيره، لا في نفسه ولا في ماله ولا في عرضه؛ إذ إلحاق الضرر بالغير ظلم، والظلم حرام في الإسلام. والضرر هنا هو الضرر الفاحش، حتى وإن نشأ من فعل مباح. وقالوا أيضاً: المقصود به عدم جواز مقابلة الضرر بالضرر، وإنما على المتضرر مراجعة القضاء لرفع الضرر عنه، وتعويضه عما لحقه (al-Zaydān, 2001, 85).

## القول الثاني: عدم جواز التفريق بسبب الضرر:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (al-Jaṣṣāṣ, 1994, 2/233) والشافعية (al-Sharbīnī, 1425AH, 3/261) والحنابلة (Ibn 'Uzaymī, 1968, 8/168) والظاهرية (Ibn Hazm, 2015, 1/87) إلى عدم جواز التفريق بسبب الضرر؛ لأن الطلاق والتفريق ليس بيد أحد سوى الزوج أو من يوكله. وإن طلبت الزوجة من القاضي رفع الضرر والظلم عن نفسها، ففي هذا المقام يلزم القاضي أن يأمره بحسن معاملتها. وإن كان الضرر شديداً، فيمكن دفعه بغير التفريق والطلاق، فيحكم القاضي على الرجل بالتأديب، وعند تعذر الإقناع والإبقاء وكثرة الشكوى يجبره على تأدية المال جزاء عليه؛ حتى يرجع عن الإضرار بها. وأدلة هذا الفريق كما يلي:

### أولاً: القرآن الكريم:

١. يقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ (النساء: ٣٥)، قال الجصاص في تفسير هذه الآية: "الأولى أن يكون خطاباً للحاكم الناظر بين الخصمين والمانع من التعدي والظلم، وذلك أنه قد بين أمر الزوج، وأمره بوعظها وتخفيفها بالله، ثم هجرانها في المضجع إن لم تنزجر، ثم بضرها إن قامت على نشوزها، ثم لم يجعل بعد الضرب إلا المحاكمة إلى من ينصف المظلوم منهما من الظالم، ويتوجه حكمه عليهما" (al-Jaṣṣāṣ, 1992, 3/150). والآية تكاد تكون صريحة في أن عمل الحكامين قاصر على بذل الجهد في الإصلاح بين الزوجين، حيث لم تتعرض الآية للتفريق، فلا يملك الحكمان التفريق بين الزوجين إلا بإذنهما، كما أن إضرار الزوج بزوجه يمكن تداركه بتعزيز الزوج وإجبار الزوجة على الطاعة، فلم يتعين الطلاق الذي هو أبغض الحلال إلى الله طريقاً لإزالة الإضرار بها؛ فلا يلجأ إليه (Māhir, 2019, 28).

٢. يقول الله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾

(الروم: ٢١)، والمعنى أن الله جعل بينكم التواد والترحم بسبب الزواج، وقيل: مودة بالشابة ورحمة بالعجوز. ولا يخفى ما بثه الله تعالى بين الأزواج من الشفقة والحنان، وما أوجبه عليهما من المودة والتفاني في الإخلاص والمحبة، وهذا لا يتنافى مع ما يحدث من الشقاق بين الطبقة الدنيا وذوي النفوس الوضيعة، مما ينشأ من ضعف الأخلاق وفساد البيئة ونقص التربية. والآية الكريمة تشير إلى أن الواجب على الزوجين أن تسود بينهما المودة والرحمة والإحسان، كيف لا وهما شركاء البأساء والنعماء والضراء والسراء (al-Khaṭīb, 1964, 1/493).

### ثانياً: الحديث النبوي:

١. عن عبيدة قال: جَاءَ رَجُلٌ وَأَمْرَأَتُهُ إِلَى عَلِيٍّ -رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ- مَعَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَنَامَ مِنَ النَّاسِ، فَلَمَّا بَعَثَ الْحَكَمَيْنِ قَالَ: "رُوَيْدُكُمْ حَتَّى أَعْلَمَكُمَا مَاذَا عَلَيَكُمَا، هَلْ تَدْرِيَانِ مَا عَلَيَكُمَا؟ إِنَّكُمَا إِنْ رَأَيْتُمَا أَنْ يَجْمَعَا جَمْعَتُمَا، وَإِنْ رَأَيْتُمَا أَنْ تُفَرِّقَا فَرَفِّقْتُمَا"، ثُمَّ أَقْبَلَ عَلَى الْمَرْأَةِ وَقَالَ: "أَرْضَيْتِ بِمَا حَكَمْنَا؟" قَالَتْ: نَعَمْ، قَدْ رَضِيتِ بِكِتَابِ اللَّهِ عَلَيَّ وَوَلِي، ثُمَّ أَقْبَلَ عَلَى الرَّجُلِ، فَقَالَ: "قَدْ رَضِيتِ بِمَا حَكَمْنَا؟" قَالَتْ: لَا، وَلَكِنِّي أَرْضَى أَنْ يَجْمَعَا، وَلَا أَرْضَى أَنْ يُفَرِّقَا، فَقَالَ لَهُ: "كَذَبْتِ، وَاللَّهِ لَا تَبْرُحُ حَتَّى تَرْضَى بِمِثْلِ الَّذِي رَضِيتِ بِهِ" (al-Sayūfī, 2005, 18/163).

### القول الراجح:

بعد تقليب أقوال الفقهاء، يرى الباحثون أن قول جمهور الفقهاء هو القول المختار؛ لأن التفريق أو الطلاق ليس بيد أحد سوى الزوج أو من يوكله، ودفع الضرر عن الزوجة يمكن من غير التفريق القضائي، وذلك من خلال إجبار الزوج على عدم الإضرار قضاءً، أو الحكم عليه بما يردعه ويؤدبه حتى يرجع عن الإضرار. وأما إذا كان سبب اختلاف الزوجين اختلاف الطبائع والثقافات، أو أضراراً مدهشة ومخوفة، أو انتهاك الحرمات الإنسانية، أو تضييع الحقوق والأعراض؛ ففي مثل

الأفغاني: "التفريق يكون طلاقاً بائناً" (al-Qanun al-Madani, 1355AH, No: 184).

ولم يعين القانون المدني بشكل واضح مفهوم الضرر وشروطه وضوابطه، وترك ذلك لاجتهاد المحكمة وتقديرها لحالات الضرر والأفعال الضارة، فمثلاً: عند عامة الناس يعد العيب والغيبة وعدم الإنفاق من أسباب التفريق بسبب الضرر، ولكن بعد التأمل والنظر توصل الباحث إلى أن هذه الأمور تختلف عن الضرر من حيث الموضوع والمحتوى؛ ولذلك يقترح الباحث إعادة النظر في المواد القانونية خاصة في مواد التفريق بسبب الضرر.

هناك أسباب أخرى للضرر، منها تَدخُلُ الأهل في الحياة الزوجية، والسكن المشترك، وأثر الموبقات على الحياة الزوجية -مثل: معاقرة الخمر، وإدمان المخدرات، ولعب القمار، والزنى، واللواط، وغيرها- والعنف اللفظي، والممارسات الضارة، وإفشاء الأسرار الزوجية، والخيانة الزوجية، وتعدد الزوجات، وغير ذلك من المشاكل والأضرار المتعلقة بالحياة الزوجية، وهي لا تقل خطورة عن العيوب الجسمية والعضوية، والعقلية، كما أنها أيضاً قد تؤدي إلى التفريق بين الزوجين.

### المطلب الثالث: المقارنة بين الفقه والقانون في التفريق بين الزوجين بسبب الضرر

- أ. القانون الأفغاني أخذ برأي المالكية في جواز التفريق القضائي بسبب الضرر، خلافاً لرأي الجمهور -ومنهم الأحناف- الذين يرون عدم جواز ذلك.
- ب. والترجيح أو التوفيق بين القولين الذي أفاده الباحثون من قبل فهو يشبه تماماً ما مشى عليه القانون الأفغاني.
- ج. يجوز للمرأة المتضررة أن تطلب التفريق القضائي بسبب الضرر حسب رأي المذهب المالكي، وكذلك حسب ما ذهب إليه الباحثون من التوفيق بين القولين، وأيضاً حسب القانون الأفغاني.
- د. تعيين الحكمين للإصلاح بين الزوجين مشروع في الفقه الإسلامي وكذلك في القانون الأفغاني.

هذه الأحوال لا يمكن استدامة الحياة الزوجية، وقد وضع الفقهاء عدة شروط للتفريق بين الزوجين، أهمها ما يلي:

١. أن يكون الضرر جسيماً، ومحققاً، ومعتبراً شرعاً.
٢. أن يتعذر استمرار الحياة الزوجية.
٣. أن يتعذر الإصلاح بين الزوجين.

فبعد توفر هذه الشروط ليس من المعقول استمرار الحياة الزوجية، واستمرارها منافي لمقاصد الزواج؛ لذا في هذه الحالة يفرق القاضي بين الزوجين قضاءً.

### المطلب الثاني: التفريق بسبب الضرر في القانون الأفغاني

أخذ القانون الأفغاني بالمذهب المالكي القائل بجواز التفريق بين الزوجين متى حصل الضرر، واستحالت الحياة الزوجية بينهما، وأعطى القانون الحق للزوجة بطلب التفريق لرفع الضرر عن نفسها، كما نصت المادة (١٨٣) من القانون المدني صراحة على مشروعية التفريق بسبب الضرر: "إذا ادّعت الزوجة أنها تضررت بالمعايشة الزوجية، مما يجعل استمرار الحياة الزوجية مستحيلاً، يباح لها أن ترفع أمرها إلى المحكمة وتطلب التفريق" (al-Qanun al-Madani, 1355AH, No: 183). والضرر المذكور في المادة يشمل الضرر المادي والمعنوي، كإساءة تصرف الزوج بمتلكات زوجته، أو النزاع الحاد بينهما مع إهانة شخصية الزوجة بالقول أو الفعل، أو إجبار الزوج زوجته على فعل يخالف الشرع والقانون؛ فيباح للزوجة أن تطلب التفريق بالضرر. وبعد ثبوت الضرر تأمر المحكمة بالتفريق بين الزوجين. وإذا لم يثبت ذلك وأصرّت الزوجة على مطالبته، فتعين المحكمة حكمين من أقاربهما للإصلاح ورفع الخلاف. فإن عجز الحكمين عن الإصلاح، فتحكم المحكمة بالتفريق بينهما إذا كانت الإساءة من الزوج، مقررة التفريق بطلقة بائنة، طبقاً للفقرة الأولى من المادة ١٨٤: "وإذا أثبت الضرر، وعجز الحكمين عن الإصلاح، يحكم القاضي أو المحكمة بالتفريق".

والتفريق الذي يوقعه القاضي بسبب الضرر طلاقاً بائناً، كما نصت الفقرة الثانية من المادة ١٨٤ للقانون المدني

### أولاً: الطلاق:

إذا وقع التفريق القضائي تصبح الزوجة أجنبية عن زوجها، فلا يحل الاستمتاع بها. ويترتب على التفريق القضائي الطلاق البائن، وأحكام أخرى، منها: أنه من تاريخ صدور الحكم بالتفريق لا يجوز التوارث بين الزوجين المفرّق بينهما، سواء خلال فترة العدة أو بعد انقضائها، بعكس الطلاق الرجعي الذي يجوز التوارث فيه خلال فترة العدة. وإذا توفي أحدهما فكذلك لا يرث ولا يورث قبل انتهاء العدة أو بعدها.

### ثانياً: العدة:

تجب العدة على المرأة في التفريق القضائي إذا وقع التفريق بعد الدخول فقط، ولا عدة لغير المدخول بها. والعدة في اللغة: الإحصاء، يقال: عددت الشيء عدة أحصيته إحصاء (Ibn Manẓūr, 1414AH, 3/272). وفي الاصطلاح: عرّفها فقهاء المذاهب بتعاريف مختلفة، يمكن بيانها على النحو التالي:

عرّفها الكاساني من فقهاء الحنفية بأنها "اسم أجل ضرب لانقضاء ما بقي من آثار النكاح" (al-Kāsānī, 1982, 3/190). وعرّفها ابن عرفة من فقهاء المالكية بكونها: "مدة منع النكاح، لفسخه أو موت الزوج أو طلاقه، فتدخل مدة منع من طلق رابعة نكاح غيرها" (al-'Abdarī, 1994, 5/470). وعرّفها الشريبي من فقهاء الشافعية بأنها: "اسم لمدة تترتب فيها المرأة؛ لمعرفة براءة رحمها، أو للتعبد، أو لتفجعها على زوجها" (al-Sharbīnī, 1425AH, 2/465). وعرّفها البهوتي من فقهاء الحنابلة بأنها: "التربص المحدود شرعاً" (al-Bahūtī, 2015, 5/411). وورد تعريف العدة في القانون المدني في المادة (١٩٨) (al-Qanun al-Madani, 1355AH, No: 198) بأنها:

عبارة عن مدة معينة، وبانقضائها تنتهي جميع آثار الزواج.

وقد شرعت العدة لحكم عديدة، منها: تعظيم خطر عقد النكاح، وإظهار شرفه ورفع قدره، والاحتياط لحق الزوج لئتمكن من الرجعة في العدة، والعلم ببراءة الرحم، وألا يجتمع ماء وطئين فأكثر في رحم واحد فتختلط الأنساب؛ ولذلك قرّر القانون للزوجة تربص أربعة أشهر وعشراً، ولا يلزم عليه نفقة في العدة. بناءً على ذلك؛ فبعد تحكيم القاضي تُحرّم الزوجة من

هـ. يجوز للقاضي أن يفرّق بين الزوجين قضائياً بسبب الضرر، وذلك جرياً على المذهب المالكي، والتوفيق بين القولين الذي أفاده الباحثون، والقانون الأفغاني أيضاً.

و. يشبه القانون الأفغاني رأي المذهب المالكي في اشتراط شروط متعددة لجواز طلب المرأة المتضررة التفريق القضائي بسبب الضرر، غير أن هذه المشاهدة ليست من كل الوجوه؛ فللمذهب المالكي مثلاً اشتراط ما يلي:

١. أن يتعذر مع وجود هذا الضرر دوام العشرة.

٢. ألا يبيح الشرع هذا الضرر.

٣. وقوع الضرر من الزوج، ويقصد بالضرر كل معاملة سيئة من الزوج لزوجته بالقول والفعل.

٤. أن يكون الضرر متعمداً.

٥. أن يكون الضرر أو الإساءة مما لا يليق بأمثال الزوجة.

بينما القانون الأفغاني يقرّر ما يلي:

١. للزوجة حق طلب التفريق لضرر سوء العشرة إن أثبتته، وهذا موافق للمشهور من مذهب المالكية.

٢. إن لم تثبت الزوجة الضرر، وتكررت الشكوى؛ فإن الموضوع يتحوّل إلى إجراءات التفريق للضرر والشقاق.

٣. إذا أثبت الضرر وعجز القاضي عن الإصلاح وفرّق بينهما؛ فيعتبر هذا التطليق طلاقاً بائناً.

٤. اشتراط القانون محاولة الإصلاح بين الزوجين بإرسال الحكّمين من أهل وأهلها.

### المطلب الرابع: آثار التفريق بسبب الضرر

التفريق بسبب الضرر أو انحلال الرابطة الزوجية عن طريق القضاء هو حل العلاقة الزوجية وقطعها بأمر القاضي بناء على طلب الزوجة لأسباب شرعية وقانونية مسوّغة، ويترتب على هذا آثار تخصّ كلاً من الزوجة والأولاد، وسيطرّق الباحث في هذا المطلب إلى بيان أهم هذه الآثار.

### المبحث الثالث: الإجراءات القضائية والتحكيم

بعد أن انتهى الباحث من تعريف التفريق والضرر، ومفهوم التفريق بسبب الضرر في الفقه الإسلامي والقانون الأفغاني، ويبيّن آثاره، مستندا إلى الأدلة الشرعية من الكتاب والسنة وإلى أقوال الفقهاء، فبيّن فيما يأتي كيفية السير بإجراءات الدعوى القضائية والتحكيم للتفريق بسبب الضرر.

#### المطلب الأول: الإجراءات القضائية والتحكيم في الفقه الإسلامي

##### أولاً: الدعوى:

##### ١. الدعوى في اللغة:

اسم من الادعاء، أو اسم ما يدعى، مصدر دعا، وتجمع على دعاوى - بكسر الواو وفتحها - ودعاؤه. ولها معان مختلفة، منها: الطلب والتمني، والدعاء والزعم (، 1983، al-Jurjānī، 1/104). ومن ذلك قول الله تعالى: ﴿هُم فِيهَا فَآكِهَةٌ وَهُمْ مَا يَدْعُونَ﴾ (يس: ٥٧)، أي وهم ما يطلبون، وكذلك الدعوى بمعنى قَوْلٌ يَقْصِدُ بِهِ الْإِنْسَانُ إِجَابَ حَقِّ عَلَى غَيْرِهِ (al-Haddādī، 1322AH، 2/209).

##### ٢. الدعوى في اصطلاح الفقهاء:

عرّف الفقهاء الدعوى بعبارات مختلفة، منها: قول العيني من فقهاء الحنفية أنها: "إضافة الشيء إلى نفسه في حالة المنازعة" (، 2000، 9/313، al-'Aynī)، وعرّفها القرافي من فقهاء المالكية بأنها: "طلب معين، أو ما في ذمة معين، أو أمر يترتب له عليه نفع معتبر شرعا" (، 1994، 5/11، al-Qarrāfī). وعرّفها الرملي من فقهاء الشافعية بأنها: "إخبار عن وجوب حق على غيره عند حاكم" (، 1984، 8/333، al-Ramlī). فيما قال المرادوي من فقهاء الحنابلة: "هي إخبار خصم باستحقاق شيء معين أو مجهول؛ كوصية وإقرار عليه، أو عنده له، أو لموكله، أو توكيله، أو لله حسبة، يطلبه منه عند حاكم" (، al-Mardāwī، 1995، 29/119). وفي "أصول المحاكمات المدنية"، المادة (٥) "الدعوى طلب الحق من الغير عند المحكمة".

نفقة العدة، كما نصت المادة (٢١٣) (al-Qanun al-) (Madani، 1355AH، No: 213): "التفريق إذا كان سببه وقوعه المطالبة أو قصور المرأة، فتسقط نفقة العدة".

##### ثالثاً: حضانة الطفل:

الحضانة في اللغة: مصدر حضن، والحاضن والحاضنة الموكلان بالصبي يحفظانه ويربانه (، 2001، 4/123، al-'Azharī)، وهي الولاية على الطفل لتربيته وتدير شؤونه (، 1988، 1/93، Sa'dī).

وقد ذكر الفقهاء عدة تعريفات للحضانة، فعرفها ابن عابدين من فقهاء الحنفية بأنها "تربية الولد لمن له الحق في الحضانة" (، 2000، 3/555، Ibn 'Abidin). وعرّفها العبدري من فقهاء المالكية بأنها: "حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسده" (، 1994، 5/594، al-'Abdarī). وقال الشرييني من فقهاء الشافعية أنها: "تربية من لا يستقل بأمره بما يصلحه ويقبه عما يضره، ولو كبيراً كمجنون، كأن يتعمده بغسل جسده وثيابه ودهنه وكحلّه، وربط الصغير في المهده وتحريكه لينام" (، 1994، 2/489، al-Sharbīnī). وعرّفها ابن العثيمين بكونها: "حفظ الطفل ونحوه عما يضره، والقيام بمصالحه" (، 1422AH، 13/532، al-'Uthaymīn).

ويقول الفقهاء: إذا وقعت الفرقة بين الزوجين فأحق الناس بتربية الولد الأم، فإن لم تكن فأم الأم، وهي أولى من أم الأب (، 3/101، al-Ghunaymī).

وكذلك عرف القانون المدني في المادة (٢٣٦) الحضانة بأنها: "تربية أو صيانة الطفل مادام يحتاج إلى تربية المرأة". كما ورد في القانون المدني: "الأم النسبية قبل التفريق وبعده أحق الناس بتولي أمر الطفل، بشرط أن تكون أهلاً للحضانة" (القانون المدني: ١٣٥٥، المواد ٢٣٧ و٢٣٨). والمرأة التي تتولّى حضانة الطفل لا بدّ أن تكون عاقلة بالغة أمانة، وألا يتصور منها ضياع الطفل، وأن تكون قادرة على حفظه. وتنتهي مدة حضانة الابن بعد ٧ أعوام، وحضانة البنت بعد ٩ أعوام، كما في القانون المدني (١٣٥٥، المادة ٢٤٩).

ثانيا: التحكيم من منظور الفقه الإسلامي:

#### ١. تعريف التحكيم في اللغة:

أورد أهل اللغة للتحكيم أو للحكم معان متعددة، مثل: المخاصمة، والإتقان، والإحكام، والقضاء، والمنع، وأشهرها صلة بالموضوع التفويض أو الفصل بين المتنازعين، أو جعل الحكم إلى جهة ما، قال الله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾ (النساء: ٣٥)، والآية تدل على إرسال الحكم عند وقوع الخلاف والقلق وشدة الشقاق بين الزوجين والخوف منه؛ لرفع ما وقع بينهما أو الفصل فيه.

#### ٢. التحكيم في اصطلاح الفقهاء:

عرفه الحصكفي من فقهاء الأحناف بأنه "تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما" (al-Ḥaṣkafī, 2002, 1/474). وعرفه المنجور من فقهاء المالكية فقال: "هو أن يحكم الخصمان رجلا يحكم بينهما" (al-Manjūr, 2016, 2/576). وعرف عبد الكريم من فقهاء المالكية أيضا بكونه: "اتفاق المتخاصمين على من يحكم بينهما، وينهي نزاعهما، ويفصل في خصومتهم" (al-shāfi'ī, 2012, 1/75). في حين عرّف الماوردي من فقهاء الشافعية التحكيم بقوله: "أن يتخذ الخصمان رجلا من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعا" (al-Māwardī, 1994, 320). وكذلك عرفه الزرقا من الفقهاء المعاصرين بقوله: "هو عقد بين طرفين متنازعين، يجعلان فيه برضاها شخصا آخر حاكما بينهما؛ لفصل خصومتها بدلا من القاضي" (al-Zarqā, 1998, 619). وعرف صاحب المجلة التحكيم بأنه: "اتخاذ الخصمين برضاها حاكما يفصل خصومتها ودعواها...". (Lajnah 'Ulāmā' al-Khilāfah al-Uthmāniyyah. 1790).

وبعد استقراء تعريفات الفقهاء؛ يتضح أن للتحكيم أهمية بالغة في رفض الخلاف والتنازع، وتزايد أهميته في جميع المجالات، وهو تولية من جانب الخصمين لجناح ثالث يفصل بينهما على ما وقع بينهما، كعقد تولية القاضي رجلا لرفع ما وقع بين خصمين باعتباره وكيلا عنهما، كما أن القاضي يتولّى منصب القضاء الذي به رعاية المصالح وحراسة الدين وسياسة الدنيا، ويفترق المحكم عن القاضي في هذا الأمر؛ إذ سلطة

والتعريف الذي يميل الباحث إلى اختياره هو تعريف فقهاء الأحناف، وهو "مطالبة حق في مجلس القضاء"، ويؤيده تعريف الدعوى في "مجلة الأحكام العدلية" (المادة ١٦١٣): "الدعوى هي طلب أحد حقه من آخر في حضور القاضي" (Lajnah 'Ulāmā' al-Khilāfah al-Uthmāniyyah. 320).

#### ٣. أركان الدعوى:

اختلف الفقهاء في أركان الدعوى على أقوال مختلفة، والخلاصة منها أن للدعوى أربعة أركان، هي: المدعي، والمدعى عليه، والمدعى به، والصيغة (al-Tayyār, 2010, 8/94).

المدعي والمدعى عليه هما طرفا الدعوى، والمدعى به هو الحق المتنازع عليه أو المطالب به، ويسمى عند البيئة محل الإثبات، ويسمى في نهاية الدعوى المحكوم به، وأما الصيغة فهي طلب المقدم إلى القاضي للتقاضي والحكم به والمطالبة من الخصم. ويرى الحنفية أن ركن الدعوى هو الصيغة فقط، أو هو قول أو ما يقوم مقامه، وأما المدعي والمدعى عليه فمن مقوماتها أو من أطراف الدعوى؛ ولا يتصور وجود الدعوى إلا بها (al-Kāsānī, 1982, 6/222).

#### ٤. شروط الدعوى:

مما لا شك فيه أن للدعوى أثرا كبيرا ودورا عظيما في تحصيل الحقوق وإظهار الحق من الباطل؛ ولذلك يشترط في الدعوى شرائط خاصة، منها: **أولا: العقل**: فيشترط أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه عاقلين، فدعوى المجنون والمعتوه والصبي ليست بمقبولة. **ثانيا: أن يكون المدعى عليه معلوما**. **ثالثا: أن يكون المدعى به معلوما** ومحمّل الثبوت. **رابعا: يشترط حضور الخصم حين الدعوى**. **خامسا: أن يكون لرافع الدعوى مصلحة في رفعها**. **سادسا: أن تكون الدعوى ملزمة وبلسان المدعي في مجلس القضاء**.

ضياح الحقوق واشتداد الخلاف؛ ولذلك لم يمنع العقل جوازه.

#### ٤. شروط الحكمين في الفقه الإسلامي:

الأصل في تعيين الحكمين أن يكونا من أهل الزوجين، ولا يساغ تعيينهما من الأبعد إلا عند التعذر، كما قال الله تعالى في كتابه الكريم: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾ (النساء: ٣٥)، واشترط الفقهاء في الحكمين شروطاً خاصة، وهي ما يلي:

أ. التكليف (كمال الأهلية): أجمع فقهاء المذاهب الأربعة (Ibn al-Kāsanī, 1982, 3; al-'Abdarī, 1994, 16; Qudāmah, 1968, 244; al-Nawawī, 1991, 372) أنه يشترط في الحكمين البلوغ والعقل؛ كما قال النبي ﷺ: "رَفَعَ الْقَلَمَ عَنْ ثَلَاثٍ، عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يُفِيقَ" (al-Sijistānī, 2009, 455).

ب. الإسلام: فلا يسوغ تحكيم غير المسلم؛ قال الله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ (النساء: ١٤١)، حيث تدل الآية على عدم تحكيم الكافر على المسلم.

ج. الحرية: فلا يصح أن يحكم العبد على الحر إذا لم يكن وكيلًا.

د. العدالة؛ لأن العدالة ملازمة للتقوى.

هـ. الذكورة: لا يجوز تحكيم المرأة.

و. التعدد؛ فلا يجوز الاقتصار على واحد.

ز. العلم والفقه بأحكام التحكيم.

ح. أن يكونا من أهل الزوجين.

ط. أن يكونا على معرفة بالعبادات والتقاليد الإسلامية الصحيحة.

ي. أن يكونا عاملين بالجمع والتفريق، يعني عندهما علم بالفقه بحيث يتصرفان على أساسه، فيعتبر علمهما به (Wizārah al-'Awqāf. 1426AH, 29/55).

الحكم مقصورة على المحكمين إليه، فهو في الأصل ليس منصوباً للقضاء، وإنما جعل حاكماً بإرادة من اختاره، لا ينفذ حكمه إلا في حق من حكّموه، ولذلك فلكل من المحكمين فسخ التحكيم وعزل المحكم.

#### ٣. حكم التحكيم في الفقه الإسلامي:

ثبتت مشروعية التحكيم بالآيات القرآنية والأحاديث النبوية والآثار والعقل، على النحو التالي:

أ. الآيات القرآنية: قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ (النساء: ٣٥)، حيث جعلت الآية أحد الحكمين من أهل الزوج والآخر من أهل الزوجة؛ لأن الأقارب أعرف الناس بأحوال الزوجين (al-Qurtūbī, 2003, 5/175).

ب. الحديث النبوي: عن عبيدة قال في هذه الآية: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾ (النساء: ٣٥): "جاء رجلٌ وامرأةٌ إلى عليٍّ - رضي الله عنه - مع كلٍّ واحدٍ منهما فقام من الناس، فأمرهم فبعثوا حَكَمًا من أهله وحَكَمًا من أهلها، وقال للحَكَمَينِ: "هل تدریان ما عليكما؟ إنَّ عليكما إن رأيتُما أن تُفَرِّقا أن تُفَرِّقا"، فقالت المرأة: رضيتُ بكتابِ الله بما عليّ فيه ولي، وقال الرجل: أمّا الفرقة فلا، فقال عليٌّ - رضي الله عنه -: "كذبت والله، حتى تُقرَّ بمثل الذي أقرتُ به" (al-Dārquṭnī, 2004, 4/451).

ج. الآثار من السلف: إن عثمان بن عفان - رضي الله عنه - بعث ابن عباس ومعاوية حكَمَين فقال لهما: "إن رأيتُما أن تجمعا جمعتُما، وإن رأيتُما أن تُفَرِّقا فَرَفِّقُما" (al-Sayūfī, 2005, 10/17).

د. الإجماع: أجمع الصحابة - رضي الله عنهم - على مشروعية التحكيم، ولم يرد خلاف بين الصحابة في ذلك.

هـ. العقل: الحاجة داعية إلى مشروعية التحكيم لرفع الشقاق والتنازع وإصلاح ذات البين، وعدم جوازه يؤدي إلى

## ٥. وظيفة الحكمين:

واستدل أنصار هذا القول بنفس الآية التي استدلت بها أصحاب القول الأول، قال الله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾ (النساء: ٣٥).

**القول الراجح:** القول الذي يميل إلى الصواب - في نظر الباحثين - هو القول الأول القائل بأن الحكمين وكيلان؛ لأن وظيفة الحكمين هي الإصلاح بين الزوجين بمنتهى الجهد والإخلاص لوجه الله، واتباع كافة الوسائل التي تضمن عودة المودة والمحبة بينهما، والله أعلم.

### المطلب الثاني: الإجراءات القضائية والتحكيم في المحاكم

#### الأفغانية خصوصا في ولاية بدخشان

#### الفرع الأول: الإجراءات القضائية في المحاكم الأفغانية خصوصا في ولاية بدخشان:

إن دعوى التفريق بسبب الضرر تقام لدى القضاء، ولا بد أن يتوفر فيها ما يتوفر في الدعاوي الأخرى من شروط شكلية وموضوعية، وذلك بحسب القانون المطبق والمعمول به لدى الجهة القضائية المختصة، وقد بيّن القانون المدني الأفغاني أن الزوجة إذا أصيبت بضرر من الأضرار فستطيع أن تطلب من القاضي رفع الضرر عن نفسها. وقد بينت أصول المحاكمات المدنية طرق مرافعة الدعوى، وذلك على النحو التالي:

**أولاً:** الاستدعاء، وهو مطالبة بحق مدني بعريضة رسمية، والعريضة تقدم إلى المحاكم أو إحدى شعب المحاكم، وتعرف المدعية بنفسها، وتقول بأني فلانة (أ) بنت فلان (ب) مع ذكر العنوان الأصلي والحالي، وتعين المدعى به وخلاصة مقصد الدعوى، والنوع، وقيمة المدعى به، مع التوقيع والبصمات وتاريخ تقديم العريضة، ثم تسجل في الديوان المدني. **ثانياً:** إصدار القاضي بإحضار المدعى عليه؛ لكي يدفع عن نفسه حسب تقرير القاضي، ويقوم المدعى عليه بالدفاع عن نفسه خلال هذه الأيام، فإن كان الدفاع موافقا للدعوى فتندرج في صورة الحال، وإن كان غير صحيح فيمهل مرة أخرى حتى يدافع عن نفسه مرة ثانية. **ثالثاً:** إحضار جميع المسجلات في مجلس القضاء؛ لیسلم القضاء صورة الدعوى ودفاع المدعى

القول الأول: ليس لهما حق التفريق؛ لأنهما وكيلان. قال فقهاء الحنفية: "ليس للحكمين أن يفرقا إلا برضا الزوجين؛ لأن الحاكم لا يملك ذلك فكيف يملكه الحكمان، وإنما الحكمان وكيلان" (al-Jaṣṣāṣ, 1994, 2/233)، وعند الحنابلة في إحدى الروايتين "أنهما وكيلان لهما، لا يملكان التفريق لهما إلا بإذنهما" (Ibn Qudāmah, 1968, 8/280)، وعند الشافعية "والحكمان وكيلان في الأظهر" (al-Sharbīnī, 1994, 3/261).

والوظيفة التي تقع على عاتق الحكمين هي الإصلاح بين الزوجين بمنتهى الجهد والإخلاص لوجه الله، واتباع كافة الوسائل التي تضمن عودة المودة والمحبة بينهما، كما قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾ (النساء: ٣٥)، ولم يرد في هذه الآية أن للحكمين عملا سوى الإصلاح بين الزوجين؛ فلا تتجاوز مراد الآية.

### القول الثاني: للحكمين حق التفريق؛ لأنهما مثل القاضيين.

وقد قرّر فقهاء المالكية "أن الحكمين طريقهما الحكم لا الوكالة ولا الشهادة، ولو كانا من جهة الزوجين؛ فإذا حكما بطلاق - ولو خلعا - نفذ، ولا يحتاج إلى مراجعة حاكم البلد، ولا إلى رضا الزوجين" (al-Ṭarābalisī, 1992, 4/17)، وفي رواية عن فقهاء الحنابلة "أنهما حاكمان، ومهمتهما أن يفعلوا ما يريان من جمع وتفريق بعوض وغير عوض، ولا يحتاجان إلى توكيل الزوجين ولا رضاهما" (Ibn Qudāmah, 1968, 8/168)، وعند الشافعية قول أنهما "حاكمان، فلهما أن يفعلوا ما يريان من الجمع أو التفريق بعوض وغير عوض" (al-Shīrāzī, 2/488).

وقد تكون محاولة الحكمين للإصلاح بين الزوجين غير مجدية، فيستمر الخلاف والشقاق على حاله؛ مما يؤدي إلى استحالة استمرار الحياة الزوجية، وهنا يحكم الحكمان بالتفريق بينهما دون الرجوع إلى إذن القاضي أو توكيلهما إن عجزا عن الإصلاح بينهما (al-Ṣābūnī, 1968, 763).

(١٨٥): "إذا لم يثبت الضرر المدعى، وأصرت الزوجة على دعواها؛ عيّنت المحكمة حكمين للإصلاح بين الزوجين". وكذا المادة (١٨٦/ الفقرة الأولى): "يجب أن يكون الحكمان عدلين، وأن يكون أحدهما من أهل الزوج، والآخر من أهل الزوجة. وإن لم يتيسر ذلك من أهل الزوجين، فيتم تعيين الحكمين من الأشخاص الذين لديهم معلومات كافية حول وضع الزوجين، ومن ذوي القدرة على الإصلاح بين الزوجين، وفي (الفقرة الثانية من نفس المادة): "يجب أن يحلف الحكمان في المحكمة بأتهما سيؤديان وظيفتهما بالعدل والأمانة".

وتنص المادة (١٨٧) على أنه: "يجب على الحكمين اللذين يتم تعيينهما أن يتعرفا على أسباب الخلاف وطرق الإصلاح بين الزوجين، ويسعيا للإصلاح بينهما". وفي الفقرة الأولى من المادة (١٨٨): "إذا عجز الحكمان عن الإصلاح بين الزوجين، وظهر أن منشأ الخلاف هو الزوج أو الزوجان أو لم يكن معروفاً على الإطلاق، حكمت المحكمة بالتفريق بينهما". وتنص (الفقرة الثانية) من المادة نفسها أنه: "إذا كانت الزوجة هي منشأ الخلاف؛ حكمت المحكمة بالتفريق مقابل المهر كله أو بعضه". أما المادة (١٨٩/ الفقرة الأولى) فننص: "في حالة نشوء خلاف بين آراء الحكمين، سيكلفان من قبل المحكمة بإعادة النظر"، وتقرر (الفقرة الثانية): "في حالة استمرار الخلاف، تعين المحكمة حكمين من غيرهما وفقاً لحكم المادة (١٨٦) من هذا القانون".

وتقرر المادة (١٩٠) أنه: "يجب على الحكمين عرض قراراتهما على المحكمة، وتصدر المحكمة حكمها بموجبها". وكذلك ورد في المادة (١١٠) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأفغاني: "إذا ادعت الزوجة تفريقاً بسبب الضرر ولم تثبت ما ادعته، مع إمكان تصور الخوف في المحكمة من الشقاق والتنازع بين الزوجين؛ فيبعث القاضي رجلين عدلين حكمين من أهل الزوجين للإصلاح".

عليه. رابعاً: المخبرون عن الموضوع: فإن أنكر المدعى عليه فيطلب القاضي خمسة أشخاص من المخبرين، ويسمع منهم أصل القضية، كيف كانت؟ خامساً: اتخاذ قرار المحكمة مع بيان سبب الحكم، وقراءة نص المحكمة. سادساً: الهدية للمحرر بتسليم روبيات حسب قرار المحكمة على البنك أو على حساب الدولة. سابعاً: بعد إصدار الحكم، فإن أصر المدعي على الشكوى بعث القاضي حكمين من أهل الزوجين، ووظيفة الحكمين السعي في الإصلاح بين الزوجين. ثامناً: عند تعذر الإصلاح بين الزوجين يفصل القاضي حسب المادة (١٨٨) للقانون المدني بالتفريق بين الزوجين بسبب الضرر.

وقرر قانون أصول المحاكمات المدنية الأفغاني أساليب ومصطلحات خاصة تساعد في الإجراءات القضائية، أهمها ما يلي: ١- القاضي: وهو الشخص الذي يحكم بين الخصمين. ٢- المحكوم له: وهو الشخص الذي يُحكّم له. ٣- المحكوم عليه: وهو الشخص الذي يُحكّم عليه. ٤- المحكوم به: محل أو موضوع الحكم. ٥- طرق الحكم: أساليب وطرق التحكيم. ٦- القضاء: الحكم الذي يُحكّم من جانب القاضي بالجزم والقطع. ٧- الحكم: نظر القاضي. ٨- القضايا الملزمة: الحكم بثبوت المدعى بما. ٩- ترك القضايا: الحكم بعدم الإثبات. ١٠- طلب الاستئناف. ١١- الطلب النهائي. ١٢- أهل الخبرة (وزارة عدلية: مادة ٤).

## الفرع الثاني: إجراءات التحكيم في المحاكم الأفغانية خصوصاً في ولاية بدخشان

التحكيم أحد وسائل الفصل في المنازعات القائمة بين الزوجين بواسطة شخصين بعيدا عن قضاء الدولة، وهو من صلب أصول المحاكمات المدنية، وقد نصت المواد من (١٨٥) إلى (١٩٠) من القانون المدني الأفغاني على مفهوم التحكيم بشكل واضح وصريح، ويستفاد من فحوى المادة إرسال الحكمين إذا رفض القاضي طلب التفريق للضرر الذي تدعيه الزوجة، ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر. كما ورد في المادة

بالتفريق بسبب الضرر بين الزوجين. ومن هنا تكون وجوه التشابه بين الفقه والقانون في هذه الإجراءات كما يلي:  
يتفق الفقه والقانون في:

١. جواز رفع دعوى التفريق بسبب الضرر إلى المحكمة.
٢. مطالبة القاضي المدعية بالأدلة المثبتة لدعواها.
٣. أن يصلح الحكمان بين الزوجين، ويزيلان الشقاق بينهما.
٤. أن يحكم القاضي وفقا لما يتفق عليه الحكمان من التفريق أو عدمه.
٥. إذا عجز الحكمان عن الإصلاح بين الزوجين ولم يجدا سببا للشقاق بينهما، وأصرّت الزوجة بالمطالبة بالتفريق؛ فللقاضي أن يحكم بالتفريق بسبب الضرر.

#### الفرع الثاني: أوجه الاختلاف في إجراءات التحكيم بين الفقه الإسلامي والقانون الأفغاني:

إجراءات التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الأفغاني لا تختلف إلا في الشكليات، وهي تقام لدى القضاء من خلال تقديم عارضة رسمية معروفة عند المحاكم مع التوقيع والبصمات والتاريخ والتسجيل في ديوان المدينة، ويعطى للمدعى عليه وقت معين للدفاع عن نفسه، فإن كان الدفاع موافقا للدعوى فتندرج في صورة الحال، وإن كانت غير صحيحة فيعطي له القضاء الحق مرة أخرى حتى يدفع عن نفسه، فإن أنكر المدعى عليه فيقوم القاضي بطلب أفراد معدودين ليسمع القضية منهم. وهذه الشكليات من الأمور الجديدة التي لا توجد في الفقه الإسلامي، لكنها في الوقت نفسه لا تعارض الفقه.

#### الفرع الثالث: أوجه التشابه في طريقي التحكيم بين الفقه الإسلامي والقانون الأفغاني:

تقرّر في الفقه الإسلامي وفي القانون الأفغاني أن طريقي التحكيم هما الخصمان اللذان اتفقا على فض النزاع بينهما، وكل منهما يسمى المحكم، ولا بدّ أن يكون الطرفان ذوّي أهلية صحيحة

وشروط الحكّمين في القانون المدني الأفغاني بينتها المادة (١٨٦): "يجب أن يكون الحكمان عدلّين، وأن يكون أحدهما من أهل الزوج، والآخر من أهل الزوجة. وإن لم يتيسر ذلك من أهل الزوجين، فيتم تعيين الحكّمين من الأشخاص الذين لديهم معلومات كافية حول وضع الزوجين، ومن ذوي القدرة على الإصلاح بين الزوجين".

#### المطلب الثالث: المقارنة بين الإجراءات القضائية والتحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الأفغاني

مما لا شك فيه أن الإجراءات القضائية والتحكيم من وسائل الفصل في النزاع، ولهما دور كبير في حسم ما ثار بين الزوجين من خلاف، ولذا وُجِدَ في الفقه الإسلامي والقانون الأفغاني الإجراءات القضائية والتحكيم؛ لقطع النزاعات والخلافات الزوجية، وتلافي الأضرار التي تلحق بالزوجين. ويحتوي هذا المطلب على عدة فروع، كما يأتي:

#### الفرع الأول: أوجه التشابه في الإجراءات القضائية بين الفقه الإسلامي والقانون الأفغاني:

تعتبر الإجراءات القضائية من الأصول والقواعد المعلومة في الفقه الإسلامي وفي القانون، ومن بينها الإجراءات المتعلقة بمسألة الطلاق والتفريق بين الزوجين، والتي يتم فيها حضور الزوجة المدعية أمام القضاء، وذكرها للمعرّف بها -الذي يكون من محارمها-، وحضور الزوج المدعى عليه، وتعريفه بالزوجة، ومصادقته على كون المدعية زوجته، وغيرها من الإجراءات الأخرى.

وبناء على ما بينه الباحثون سابقا من اختلاف الفقهاء في موضوع التفريق بسبب الضرر على قولين؛ إذ قال بعضهم بعدم جواز التفريق بسبب الضرر وهم الجمهور، وقال بعضهم بجوازه كالمالكية الذين أعطوا للزوجة حق مطالبة القاضي بالتفريق بسبب الضرر. وبما أن القانون المدني الأفغاني يتبع رأي المذهب المالكي في هذا الموضوع؛ فيسمح للقاضي الحكم

٥. التفريق بسبب الضرر بعد صدور حكم القاضي يعتبر طلاقاً بائناً، وتربص الزوجة بالعدة، ولا يجوز للزوج أن يرجع إليها إلا بعقد جديد .
٦. أن يكون تعيين الحكيم من أهل الزوجين، ولا يسوغ تعيين الحكيم من الأبعد إلا عند التعذر.
٧. وظيفة الحكيم الإصلاح بين المتخاصمين وليس التفريق بين الزوجين.
٨. أعطى المشرع في القانون الأفغاني مساحة واسعة للقاضي، وأطلق صلاحياته؛ ومن ثمَّ حيث تحقق مقتضى العدالة وفق نظر القاضي فيإمكانه أن يقضي بالتفريق، وعليه كثرت صور التفريق القضائي. أما في الفقه الإسلامي فنقل صور التفريق القضائي؛ لأنه حصر التطبيق بيد الزوج.
٩. هناك عدة أمور تعتبر ضرراً وسبباً للتفريق بين الزوجين، ولكنها لا تعتبر ضرراً في المجتمع الأفغاني.
١٠. من أسباب كثرة التفريق بين الزوجين في المجتمع الأفغاني التي شهدتها ساحات المحاكم الأفغانية وكانت سبباً في التطبيق: سوء المعاشرة، وتدخل الأهل المستمر، والتعنيف بأنواعه، والمنع من زيارة الأقارب والمحارم، وإدمان المخدرات والأفيون والميسر، والتعسف في استعمال كلمة الطلاق، والخيانة الزوجية، والقتل بالسرقة، والزواج بأكثر من زوجة، وعدم الحفاظ على الأسرار الزوجية، والتهديد بالقتل، وتدخل الأقارب، وعدم الطاعة من شريك الحياة الزوجية، وعدم الرضى بالزواج، وغير ذلك.

### التوصيات

- من أهم التوصيات التي يوصى بها الباحث ما يلي:
١. الاهتمام بمراكز الإصلاح والتوعية لمكافحة التفريق بسبب الضرر، وللمحافظة على القيم الإسلامية.
٢. القيام بالبحوث والدراسات، وإيجاد الدورات المثالية، وتفسير القانون، وتوعية المجتمع والمتزوجين، والصلح بين الزوجين بقدر الإمكان.

للتعاقد، وأن يكونا ذوي أهلية في إجراءات التحكيم، بأن يكونا مصلحين بقدر استطاعتهما مع الإخلاص لوجه الله، ويقدمان ما عندهما من المعلومات المتعلقة بالزوجين إلى المحكمة.

### الفرع الرابع: أوجه الاختلاف في طرفي التحكيم بين الفقه الإسلامي والقانون الأفغاني:

لا تختلف الإجراءات المتعلقة بالحكيم في الفقه الإسلامي والقانون إلا في مواضع يسيرة، فمثلاً بناء على القانون يحلف الحكمان أنهما سيؤديان وظيفتهما بعدالة وأمانة، ولكن في الفقه الإسلامي لا يحلف الحكمان، بل يُرسلان كوكيلين ونائبين عن القاضي للإصلاح بين الزوجين. وإذا عجز الحكمان عن الإصلاح بين الزوجين فتحكم المحكمة بالتفريق بينهما، والتفريق يعتبر تطبيقاً بائناً في القانون الأفغاني، وهذا يخالف ما ورد في المذهب الحنفي حول هذه القضية.

### الخاتمة

مما لا شك فيه أن التفريق بسبب الضرر يترك آثاراً سلبية على الزوجين وعلى أولادهم وعلى المجتمع بأسره، والضرر الذي يقع بينهم نتيجة التفريق أكبر من فوائده. ومن أهم ما توصل إليه الباحث من خلال هذا البحث ما يلي:

١. الأصل أن التفريق بين الزوجين جائز شرعاً وقانوناً، لكن يجب تحقق أسبابه، ولا يمكن تطبيقه إلا بفوات الإمساك بالمعروف، وتحقيق الضرر وإهدار مقاصد النكاح.
٢. التعريف بأسباب الضرر وما لها من دور سيء في تدمير الأسرة - الزوجين والأولاد - والمجتمع.
٣. دعوى التفريق بسبب الضرر من أكثر الدعاوى شيوعاً في الديوان المدني من حيث الأسس والإجراءات في المحاكم.
٤. التفريق بسبب الضرر مسألة خلافية عند الفقهاء، فلا يثبت حكمه على سبيل التوهم، بل يشترط فيه تحقق الضرر.

al-Jazā'irī, Jābir bin Mūsā. (2003). *'Aysar al-Tafāsīr Li Kalām al-'Alī al-Kabīr*. al-Madīnah al-Munawwarah: Maktabah al-'Ulūm Wa al-Hikam.

al-Jurjānī, 'Alī bin Muḥammad. (1983). *al-Ta'rīfāt*. Bayrūt: Dār al-Kutub al-'Ilmiyyah.

al-Kāsānī, 'Abū Bakr bin Mas'ūd. (1982). *Badā'i' al-Ṣanā'i'*. Bayrūt: Dār al-Kitāb al-'Arabī.

al-Khaṭīb, Muḥammad 'Abd al-Muṭallib. (1964). *'Awdāḥ al-Tafāsīr*. Miṣr: al-Maṭba'ah al-Miṣriyyah Wa Maktabatuhā.

al-Lāḥim, 'Abd al-Karīm bin Muḥammad. (2012). *al-Muṭṭali' 'Alā Daqā'iq Zād al-Mustaḥni'*. al-Riyāḍ: Dār al-Kunūz.

al-Manjūr, 'Aḥmad bin 'Alī. (2016). *Sharḥ al-Manhaj al-Muntakhab 'Ilā Qawā'id al-Madhhab*. Dār 'Abdullāh al-Shanqīṭī.

al-Mardāwī, 'Alī bin Sulaymān. (1995). *al-'Inṣāf*. al-Qāhirah: Hajr Li al-Ṭibā'ah Wa al-Nashr.

al-Māwardī, 'Alī bin Muḥammad. (1994). *'Adab al-Qādī*. Bayrūt: Dār al-Kutub al-'Ilmiyyah.

al-Munāwī, Zayn al-Dīn Muḥammad. (1994). *Fayḍ al-Qadr*. Bayrūt: Dār al-Kutub al-'Ilmiyyah.

al-Nasafī, 'Abdullāh bin 'Aḥmad. (2005). *Madārik al-Tanzīl Wa Ḥaqā'iq al-Ta'wīl*. Bayrūt: Dār al-Nafā'is.

al-Nawawī, Yahyā bin Sharaf. (1991). *Rawḍah al-Ṭālibīn Wa 'Umdah al-Muftīn*. Bayrūt: al-Maktabah al-'Islāmiyyah.

al-Qarrāfī, 'Aḥmad bin 'Idris. (1994). *al-Dhakhīrah*. Bayrūt: Dār al-Gharb al-'Islāmī.

al-Qazwīnī, Muḥammad bin Yazīd. (n.d.). *Sunan 'Ibn Mājah*. Bayrūt: Dār 'Ihyā' al-Kutub al-'Arabīyyah.

al-Qurṭūbī, Muḥammad bin 'Aḥmad. (2003). *al-Jāmi' Li 'Aḥkām al-Qur'ān*. al-Riyāḍ: Dār 'Ālam al-Kutub.

al-Ramlī, Muḥammad bin 'Abī al-'Abbās. (1984). *Nihāyah al-Muḥtāj 'Ilā Sharḥ al-Minhāj*. Bayrūt: Dār al-Fikr.

al-Ṣābūnī, 'Abd al-Raḥmān. (1968). *Madā Hurriyyah al-Zawjayn Fī al-Ṭalāq Fī al-Sharī'ah al-'Islāmiyyah*. al-Qāhirah: Dār al-Fikr.

al-Ṣan'ānī, Muḥammad bin 'Ismā'īl. (1379AH). *Subul al-Salām*. Miṣr: Muṣṭafā al-Bābī al-Ḥalabī.

al-Sayūfī, Jalāl al-Dīn. (2005). *Jam' al-Jawāmi'*. Miṣr: al-'Azhār al-Sharīf.

al-Shalabī, Muṣṭafā. (1407AH). *'Aḥkām al-'Usrah Fī al-'Islām*. Bayrūt: Dār al-Nahḍah.

٣. لمعرفة أسباب التفريق بين الزوجين بسبب الضرر ننصح المحاكم أن يكون لديها مجالس علمية عبر التلفاز والإذاعة لرفع التوهم والالتباس، وتوسيع نطاق الاجتهادات القضائية في قضايا التفريق.

٤. على الآباء أن يهتموا بتربية الأجيال، وأن يعلموهم مقاصد الزواج؛ تجنباً للمشاكل التي تضر بالأسرة والمجتمع.

٥. على العلماء والدعاة أن يبذلوا جهدهم لتفهم الناس بمضار التفريق وما يترتب عليه من آثار.

## المراجع

al-'Abdarī, Muḥammad bin Yūsuf. (1994). *al-Tāj Wa al-'Iklīl*. Bayrūt: Dār al-Kutub al-'Ilmiyyah.

al-'Asqalānī, 'Aḥmad bin 'Alī. (1379AH). *Faḥ al-Bārī Sharḥ Ṣaḥīḥ al-Bukhārī*. Bayrūt: Dār al-Ma'rīfah.

al-'Aynī, Maḥmūd bin 'Aḥmad. (2000). *al-Bināyah Sharḥ al-Hidāyah*. Bayrūt: Dār al-Kutub al-'Ilmiyyah.

al-'Azharī, Muḥammad bin 'Aḥmad. (2001) *Tahdhīb al-Lughah*. Bayrūt: Dār 'Ihyā' al-Turāth al-'Arabī.

al-Bahūtī, Maṣṣūr bin Yūnus. (2015). *Kashshāf al-Qinā' 'An Matn al-'Iqnā'*. al-Riyāḍ: Maktabah al-Naṣr al-Ḥadīthah.

al-Bukhārī, Muḥammad bin 'Ismā'īl. (1422AH). *Mukhtaṣar Ṣaḥīḥ al-Bukhārī*. Dār Tūq al-Najāh.

al-Dārquṭnī, 'Alī bin 'Umar. (2004). *Sunan al-Dārquṭnī*. Lubnān: Mu'assasah al-Risālah.

al-Ghunaymī, 'Abd al-Ghanī bin Ṭālib. (n.d.). *al-Lubāb Fī Sharḥ al-Kitāb*. Bayrūt: al-Maktabah al-'Ilmiyyah.

al-Ḥaddādī, 'Abū Bakr bin 'Alī. (1322AH). *al-Jawāhir al-Nayyirah 'Alā Mukhtaṣar al-Quddūrī*. al-Maṭba'ah al-Khayriyyah.

al-Ḥākim al-Naysabūrī, Muḥammad bin 'Abdullāh. (1997). *al-Mustadrak 'Alā al-Ṣaḥīḥayn*. Miṣr: Dār al-Ḥaramayn.

al-Ḥaṣkafī, Muḥammad bin 'Alī. (2002). *al-Durr al-Mukhtār Sharḥ Tanwīr al-'Abṣār*. Bayrūt: Dār al-Kutub al-'Ilmiyyah.

al-Jaṣṣāṣ, 'Aḥmad bin 'Alī. (1994). *'Aḥkām al-Qur'ān*. Bayrūt: Dār al-Kutub al-'Ilmiyyah.

- 'Ibn Khuzaymah, Muḥammad bin 'Ishāq. (1424AH). **Ṣaḥīḥ 'Ibn Khuzaymah**. Bayrūt: al-Maktab al-'Islāmī.
- 'Ibn Manzūr, Muḥammad bin Mukarram. (1414AH). **Lisān al-'Arab**. al-Qāhirah: Dār al-Ma'ārij.
- 'Ibn Qudāmah, 'Abdullāh bin Qudāmah. (1968). **al-Mughnī**. al-Qāhirah: Maktabah al-Qāhirah.
- Lajnah 'Ulāmā' al-Khilāfah al-'Uthmāniyyah. (n.d.). **Majallah al-'Aḥkām al-'Adliyyah**. Karachi: Kitāb 'Āram Bāgh.
- Māhir, Nūr Muḥammad Shujā'. (2019). **al-Tafrīq Bayna al-Zawjāyn Li 'Illah al-Shiqāq Wa al-Ḍarar**. al-Suriyyah: Jāmi'ah al-Shām.
- Sa'dī, 'Abū Jayb. (1988). **al-Qāmūs al-Fiqhī**. Dimashq: Dār al-Fikr.
- Wizārah 'Adliyyah. (1396AH). **'Uṣūl Muḥākamāt al-Madaniyyah**. Jarīdah Rasmi.
- Wizārah al-'Awqāf. (1426AH). **al-Mawsū'ah al-Fiqhiyyah al-Kuwaytiyyah**. al-Kuwayt: Maṭba'ah al-Wizārah.
- Wizārāt al-'Adliyyah. (1355AH). **al-Qānūn al-Madaniyyah**. Muntashirah Li Jarīdah al-Rasmiyyah.
- al-Sharbīnī, Muḥammad bin 'Aḥmad. (1425AH). **al-'Iqnā' Fī 'Alfāz 'Abī Shujā'**. Bayrūt: Dār al-Fikr.
- al-Sharbīnī, Muḥammad bin 'Aḥmad. (1994). **Mughnī al-Muḥtāj 'Ilā Ma'rifah Ma'ānī 'Alfāz al-Minhāj**. Bayrūt: Dār al-Kutub al-'Ilmiyyah.
- al-Shirāzī, 'Ibrāhīm bin 'Alī. (n.d.). **al-Muhadhdhab Fī Fiqh al-'Imām al-Shāfi'ī**. Bayrūt: Dār al-Kutub al-'Ilmiyyah.
- al-Sijistānī, Sulaymān bin al-'Ash'ath. (n.d.). **Sunan 'Abī Dāwūd**. Bayrūt: al-Maktabah al-'Aṣriyyah.
- al-Ṭarābalisī, Muḥammad bin Muḥammad. (1992). **Mawāhib al-Jalīl Li Sharḥ Mukhtaṣar Khalīl**. Bayrūt: Dār al-Fikr.
- al-Ṭayyār, 'Abdullāh Muḥammad. (2010). **al-Fiqh al-Muyassar**. al-Riyāḍ: Dār al-Waṭan Li al-Nashr.
- al-Tirmidhī, Muḥammad bin 'Īsā. (1975). **Sunan al-Tirmidhī**. Miṣr: Muṣṭafā al-Bābī al-Ḥalabī.
- al-'Uthaymīn, Muḥammad bin Ṣāliḥ. (1422AH). **al-Sharḥ al-Mumtī 'Alā Zād al-Mustaḥṣin**. al-Sa'ūdiyyah: Dār 'Ibn al-Jawzī.
- al-Zarqā, Muṣṭafā. (2006). **al-Madkhal al-Fiqhī al-'Amm**. Dimashq: Dār al-Qalam.
- al-Zaydān, 'Abd al-Karīm. (2001). **al-Wajīz Fī Sharḥ al-Qawā'id al-Fiqhiyyah**. Bayrūt: Mu'assasah al-Risālah.
- al-Zuḥaylī, Wahbah bin Muṣṭafā. (2006). **al-Fiqh al-'Islāmī Wa 'Adillātuhu**. Dimashq: Dār al-Fikr.
- Ghundūr, 'Aḥmad 'Abd al-Wahhāb. (2001). **al-'Aḥwāl al-Shakhṣiyyah Fī al-Tashrī' al-'Islāmī**. al-Kuwayt: al-Fallāḥ Li al-Nashr Wa al-Tawzī'.
- 'Ibn 'Ābidīn, Muḥammad 'Amīn bin 'Umar. (2000). **Hāshiyah Radd al-Mukhtār 'Alā al-Durr al-Mukhtār**. Bayrūt: Dār al-Fikr.
- 'Ibn al-'Arabī, 'Abū Bakr bin 'Abdullāh. (1972). **'Aḥkām al-Qur'ān**. al-Qāhirah: Dār al-Fikr.
- 'Ibn 'Āshūr, Muḥammad al-Ṭāhir. (1984). **al-Taḥrīr Wa al-Tanwīr**. Tūnis: Dār al-Nashr al-Tūnisiyyah.
- 'Ibn Ḥazm, 'Alī bin Sa'ad. (2015). **al-Muḥallā Bi al-'Āthār**. Bayrūt: Dār al-Fikr.
- 'Ibn Ḥibbān, Muḥammad bin Ḥibbān. (1988). **al-'Iḥsān Fī Taqrīb Ṣaḥīḥ 'Ibn Ḥibbān**. Bayrūt: Mu'assasah al-Risālah.
- 'Ibn Kathīr, 'Ismā'īl bin 'Umar. (1419AH). **Tafsīr al-Qur'ān al-'Aẓīm**. Bayrūt: Dār al-Kutub al-'Ilmiyyah.

## الملاحق

### المواد القانونية التفريق بسبب الضرر:

المادة ١٨٣ - إذا ادعت الزوجة ضرراً يلحقها من المعاشرة مع الزوج مما يجعل استمرار الحياة الزوجية في مثل هذه الحالة بين الزوجين غير ممكن، يمكنها أن تطلب التفريق من المحكمة.

المادة ١٨٤ - (١) إذا ثبت الضرر المدعى وتعدر الإصلاح بين الزوجين، حكمت المحكمة بالتفريق. (٢) التفريق، له حكم الطلاق البائن.

المادة ١٨٥: إذا لم يثبت الضرر المدعى، وأصررت الزوجة على دعواها، عيّنت المحكمة حكّمين بالإصلاح بين الزوجين.

المادة ١٨٦ (١) يجب أن يكون الحكّمان عدلين، وأن يكون أحدهما من أهل الزوج، والآخر من أهل الزوجة. إن لم يتيسر ذلك من أهل الزوجين، فيتم تعيين الحكّمين من الأشخاص الذين لديهم معلومات كافية حول وضع الزوجين ومن ذوي القدرة على الإصلاح بين الزوجين. (٢) يجب أن يحلف الحكّمان في المحكمة بأنهما سيؤديان وظيفتهما بالعدل والأمانة.

المادة ١٨٧ - يجب على الحكّمين اللّذين يتم تعيينهما أن يتعرّفا على أسباب الخلاف وطُرق الإصلاح بين الزوجين ويسعّيا للإصلاح بينهما.

المادة ١٨٨ (١) إذا عجز الحكّمان عن الإصلاح بين الزوجين وظهر أن منشأ الخلاف هو الزوج أو الزوجين أو لم يكن معروفاً على الإطلاق، حكمت المحكمة في التفريق بينهما. (٢) إذا كانت الزوجة هي منشأ الخلاف، فحكمت المحكمة في التفريق مقابل المهر كله أو بعضه.

المادة ١٨٩ (١) في حالة نشوء خلاف بين آراء الحكّمين، سيُكلّفان من قِبَل المحكمة بإعادة النظر. (٢) في حالة استمرار الخلاف، عيّنت المحكمة حكّمين من غيرهما وفقاً لحكم المادة (١٨٦) من هذا القانون.

المادة ١٩٠ - يجب على الحكّمين عرض قراراتهما على المحكمة، وتصدر المحكمة حكماً بموجبها.