جامعة دمشق

كلية الشريعة

قسم الفقه الإسلامي وأصوله

مدى سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين

دراسة مقارنة

أطروحة أعدَّت لنيل درجة الدكتوراه في الفقه الإسلامي وأصوله

إعداد الطالبة

براءة علي اليوسف

إشراف

أ. د. أسامة الحموي

العام الدراسي ١٤٣١ - ١٤٣٢هـ

٢٠١٠ - ٢٠١١م

إهداء

إليكَ ....

يا فخر الكائناتَ وسيد الساداتَ .. يا مبلغ العدل في حَلْكَةِ البشرية ..و أزكى الأزواج خَلقًا و خُلقا .. يا مـه أستميحك عذرًا إن قَصُرَ حبي و أدبي عـه رتبة قدرك .. فما مثلي يكتب عـه مثلك .. إليك يا شفيعي يا رسول الله ﷺ ..

إليكَ ....

يا صانع المعروف لله و في الله .. يا مـه شرَّفك الله بنزل قدسه .... فكنتَ طريق الوصول إلى الله .. يا وريث رسول الله ﷺ .. إليك طبيبي و مرشدي و دليل دعوتي ....

إليكَ ....

يا روحًا طاهرة و قلبًا ناصعا .. يا أسدًا هصورًا ملأ حياتي عزمًا و قوة ..يا جبينًا تَنَدَّى سنينَ كدح ليسقي ثماره ثمرَ العلم .. إليك داعم مسيرتي لحين وفاته .. إليك والدي المرحوم ....

إليكِ .... أنتِ ...

يا بسمة لمّاعة رسمها الإله في وجهي .. يا سطوع الإشراق في حلكة روحي ..يا مـه أركضه لاهثةً إلى أحضانها عندما تثقل كاهلي أنواء الحياة .. إلى مـه حبها دنياي العامرة .. و رضاها فردوسي المنشود.. إليكِ أمي الحنون ..

إليكَ ....

يا جبهة العز في عريه الأسود .. يا مـه عجز عـه التعبير عـه مؤازرته يراعي .. بصدق عزيمته وصفاء سريرته .. يا مـه أحتمي بظل جبينه الشامخ عندما يشتد أوار العمر .. إليك عزّي و شريكي ..

إليكُما ....

يا فلذتي كبدي .. و قطعتي روحي .. و محط آمالي و مستقبلي المشرق _ بإذن الله _.. إليكما طفليَّ ..

إلى النخلات الباسقات ذوات الطلع النضيد.. إلى النحلات العاملات في خدمة ديـه الله أملًا و ازدهارا.. إلى كل مـه جمعني بها حب العلم و أهله .. إليكِ أختي و أخواتي في الله جميعًا ....

أهدي هذه الأطروحة المتواضعة .. سائلة المولى كمال الصدق و الإخلاص و القبول فيها ...

كلمة تقدير وشكر

بانحناءَ تهامة .. و باقة معطرة بياسمين الاحترام أتقدم بخالص الشكر والعرفان و التقدير إلى الذين أعطوا و ما بخلوا وقدموا و ما تأخروا ، رواد الفكر و منارة الأمة ، منابع العطاء و ورثة الأنبياء، أساتذتي الأعلام ...

و في مقدمتهم فضيلة الأستاذ الدكتور أسامة الحموي حفظه الله تعالى الذي تفضل بقبول الإشراف على الأطروحة ، وأسدى إلي نصائحه في شتى المجالات ، و أكرمني براحته و أوقاته ، فكان مثالًا رائعًا و نموذجًا حسنًا بالصدق و الإخلاص والتواضع ، أسأل الله تعالى أن يجزيه و يثيبه عني خير الجزاء .

كما أشكر سيادة القاضي الشرعي الأستاذ راكان وهيبة حفظه الله تعالى، الذي علِمَ فعلَّم ، و حكم فعدل ما استطاع إليه من سبيل ، و أمضى أربع عشرة سنة في القضاء الشرعي ، فجاءت ثمار سنينه يانعة في خدمة العلم و أهله ، فجزاه الله عني كل خير ..

و أخص بالشكر و التقدير الأستاذ يحيى فتلون حفظه الله تعالى ، أستاذي في اللغة العربية الذي أسدى إلي نصائحه ، وقدَّم من جهده و وقته في العناية بالأطروحة ، له مني جزيل الشكر و الامتنان ..

و لا يسعني إلا أن أشكر كل العاملين في مكتبة الأسد ومكتبة كلية الشريعة بجامعة دمشق و مكتبة كلية الحقوق بجامعتي دمشق و حلب و مكتبة القصر العدلي بحلب ، و كل من سهّل عليّ مرحلة جمع المادة العلمية بإعارتي الكتب من المكتبات الصغيرة في حلب .

إليهم جميعًا أشكر الله تعالى لهم ما أكرموني به ، و أسأله تعالى أن يوفيهم خير الجزاء ..

إنه سميع مجيب .. وبالإجابة جدير ...

مقدمة

الحمد لله رب العالمين ، حمدًا يليق بكماله وجماله و جلاله ، الذي خلق الذكر والأنثى في أحسن تقويم ، و جعل لهما سبل الأرض ذلولا ، و هداهما نَجْدَي الأعمال ، بعد أن أسبغ عليهما من النعم الظاهرة و الباطنة ، و ساوى بينهما في الحقوق والواجبات ، ليسلكا سبيل العبودية لله تعالى وشكره دون إعراض أو نكران ، فيكونا من الفالحين السعداء لا الخاسرين الأشقياء .

والصلاة والسلام على إمام المرسلين و سيد الخلق أجمعين ، والرحمة المهداة للعالمين ، صاحب الخُلق العظيم ، الذي سعد بهديه بنو البشر و تحققت مصالحهم ، وشقي و خاب من أعرض و تولى عنه ففسدت أحوالهم في دنياهم وخسروا آخرتهم .

و بعد :

فالقضاء في الشريعة الإسلامية دليل صريح على تكاملها ، فهو الحصن الحصين لحفظ الحقوق ، و أداة استردادها إن استُلبت من أصحابها ، علاوةً على أنه المؤشر على صلاح المجتمع أو فساده .

وفي سبيل تحقيق الغاية المرجوة منه نص الشارع الحكيم على حقوق كل فرد من أفراد المجتمع ؛ بما فيهم الزوجين خاصة ، و دلَّ على طرق إثبات الحق لصاحبه .

كما أكد على مرونة الشريعة الإسلامية و صلاحيتها لكل زمان ومكان ، بما ورد فيها من أحكام فقهية تعالج المشاكل الزوجية مع تطورها و حداثتها في المجتمعات ، ثم نص على كثير من قواعد أصول المحاكمات ، و ترك الاختيار للقضاة لما يكون فيه صلاحُ أمر الزوجين و سعادتُهما ، فالقاضي مطالب ببذل قصارى جهده في فهم الدعوى أمامه ، ثم تصنيفها تمهيدًا للحكم عليها بما نُصَّ عليه في الشرع ، أو يجتهد فيما لا نصَّ فيه إن كان أهلًا له ، ليختار بعدها الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم إن لم تكن الطريقة محددة بنص أو اجتهاد سابق من قِبَل الشرع .

وبما أنه أُوكل إلى القاضي تلك المهام و الأعمال ، فقد اشترط فيمن يتولى منصب القضاء شروطًا تضْمن عدمَ وقوعه في الجور ، ثم أعانه على عمله بما شرع له من منارات يستهدي بها ، و وضع له ضوابط حظر عليه تجاوزَها .

هذا و الظلم أمرٌ خطير في المجتمع الإنساني عامة ، و بين أفراد الأسرة بما فيهم الزوجين خاصة ، مما ينبغي عدمه أو تجنبه ما أمكن ، نظرًا و تطبيقًا ، وتتمثل أداته المباشرة لدى بعض القضاة نظرًا لصلاح المجتمع بعدلهم و فساده بظلمهم.

فكثيرًا ما يقع الزوجان في مشاكل تستدعيهم اللجوء إلى القضاة لحلّها ، و قد يصعب عليهم النظر فيها أو تصنيفها أو الحكم عليها وفق النصوص الشرعية الواردة فيها ، مما يلزم عنه وقوع الخلل والمفاسد و الأضرار ، مع أن اللازم تقديم الحلول السليمة من القضاة الشرعيين في كل ما تعرض لهم من مشاكل أو دعاوى ينظرون فيها . مما يبرز أهمية النظر و البحث في حدود سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين وضابطها و أدلتها وشروطها ، لما تسببه المشاكل الزوجية من أضرار و مفاسد ينبغي درؤها ما أمكن .

فإلى القضاة أتوجه بهذا البحث ؛ فهم الذين يحمون صرح الإسلام ، و يعبرون عن مرونة الشريعة الإسلامية ومسايرتها لتطورات البشرية على مرِّ الزمان ، ليكون نبراسًا ومنهاجًا يسترشدون به في محاكمهم ، و يوضح لهم كيف يسيرون في الدعاوى بالطرق الشرعية السليمة.؟ و كيف يقضون فيما يعرض لهم من قضايا .؟ و ما هي حدود سلطتهم وإلى أين مداها .؟ لما هداني إليه المولى من تأصيل فقهي لما ورد . لينعم الزوجان بالأمن والطمأنينة و السعادة ، لا يصيبهم ظلم و لا يأس ، لإيمانهم بخالقهم جل و علا ، مع معرفتهم بشرعه الحنيف و بنواميس الكون المسخَّر لهم ، عارفين طريق الخلاص ، واثقين بوعد الله تعالى .

الهدف من البحث

تتمثل أهداف البحث فيما يلي :

١. يعد موضوع التفريق القضائي بين الزوجين أحدَ موضوعات الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية و قانون الأحوال الشخصية الذي لا يزال يُمارس على أرض الواقع ، و يخضع للاجتهادات القضائية فيما لم يرد فيه نص في المحاكم الشرعية لدى معظم البلدان العربية والإسلامية ، لذا هدفتْ دراسةُ الأطروحة إلى النظر في مسائله بحثًا ودراسةً تفصيلية ، بالتأصيل الفقهي و التكييف القانوني ، لإثبات مرونة الشريعة الإسلامية و إيفائها بمتطلبات هذا الجانب رغم حداثته و تجدده .
٢. حاجة القضاة لمعرفة الأحكام الفقهية في جزئيات هذا الموضوع الذي يمس عملهم مباشرةً ؛ أمام ما يواجههم من مشاكل زوجية يتأثر بها كل فرد من أفراد المجتمع ؛ ويتعلق بجانب حيوي من حياة المسلمين ، وبخاصة في زمان كثر فيه الفساد والتحلل الخلقي و التنازع و الخلاف بين الزوجين، فأردت أن أضع مادة علمية موثقة بطريقة جامعية في حوزة القضاة ، تبين لهم حدود سلطتهم و مدى صلاحيتهم وشرعية تدخلهم في التفريق حيال ما يعرض لهم من دعاوى تفريق فيما لا نص فيه لدى القاضي ، من خلال الكشف عن أقوال الفقهاء و أدلتهم ، بالإضافة إلى تأصيلهم الفقهي لما ورد في كل جزئية من جزئيات الأطروحة ، وإسباغ الأدلة الفقهية على عمل القاضي و دوره في التفريق ، مضافًا إليها وجه العلاقة بين معنى الفرقة و ضابطها و بين دور القاضي و سلطته .

٣. جمع آراء الفقهاء القدامى والمعاصرين حول كل جزئية متعلقة بموضوع البحث ؛ وتتبع جزئياتها من مظانها في كتب الفقه ، واستقصاء أهم ما قيل حول كل منها .

٤. محاولة تشكيل رؤية عامة حول الاجتهادات القضائية في البلاد الإسلامية لمثل هذه القضايا ، زد على ذلك الإشارة إلى النقاط الإيجابية و السلبية بما يتصل بها في قوانين الأحوال الشخصية .

٥. محاولة تلمس النمط المعرفي في التعامل مع فقه النوازل ، من خلال دراسة الأبعاد المستجدة لكل جزئية من جزئيات الموضوع ، وبناء الحكم الشرعي على تلك الأبعاد بمقتضى روح الشريعة ومقاصدها وأهدافها .

٦. محاولة تحقيق الرأي الفقهي في بعض جزئيات الموضوع التي نوقشت في بعض الكتب الفقهية و القانونية المعاصرة ، بالإضافة إلى إتمامها وجمعها بطريقة فقهية تأصيلية.

٧. بحث و جمع الضوابط الشرعية التي تُلزم القاضي في سائر مراحل الدعاوى أمامه .

٨. يعد موضوع البحث من المباحث المهمة التي لم يفردها الفقهاء القدامى بالبحث إلا نادرًا ، لذا دعت الحاجة إلى توضيح حدود سلطة القاضي و مداها في التفريق بين الزوجين ، ليتمكن القضاة من الحكم فيما يعرض لهم من قضايا تستوجب التفريق وفق شرع الله تعالى ، فيصل الحق لصاحبه ، و يمتنع الظلم بصلاح القضاة و عدلهم .

حدود البحث :

تستدعي الأطروحة التقيد بحدود العنوان (**مدى سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين**) ، و عدم التعرض لفروع موضوع التفريق بالإرادة المنفردة .

كما استدعت عدم التعرض لفروع التفريق على مال أو التفريق بحكم الشرع ؛ إلا في حدود ما يتعلق بدور القاضي و سلطته في التفريق بين الزوجين .

كما استدعى العنوان عدم التعرض لفروع سلطة القاضي في فرض العوض عند التفريق ، وعدم الخوض في سلطته فيما يترتب على التفريق من آثار مالية و معنوية إلا في حدود ما يخدم هدف الأطروحة .

منهج البحث :

لتحقيق هدف البحث قمت بتوفيق الله تعالى بعرض مباحث الأطروحة واحدًا بعد الآخر معتمدةً المنهج الاستقرائي الاستنباطي التحليلي المقارن ، بجمع أقوال الفقهاء وتحليلها ، للكشف عن الأدلة الفقهية التي يمكن بها التأصيل الفقهي لحدود سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين ، معتمدةً في تحليل نصوصهم على المقتضى والمفهوم.

أما المقتضى : فهو دلالة اللفظ على سبيل الظن .

وأمّا المفهوم المخالف : فهو دلالة اللفظ على مخالفة حكم مسكوت عنه لما دلّ عليه اللفظ من الحكم .

لذا اعتمدت منهج الاقتباس من عبارات الفقهاء القدامى أحيانًا ، للحاجة إليها في الاستنباط ، ومعرفة مقتضاها و مفهومها. علاوةً على ضرورة البحث بتفصيل في آخر اجتهادات المحاكم السورية و المصرية ، مضافًا إليها ما وجدتُ في بحثه الإفادة من اجتهادات المحاكم في باقي الدول العربية ؛ لسببين :

١. الإحاطة بآخر الاجتهادات القضائية في قضايا التفريق تفيد في التوصل إلى هدف البحث .
٢. باستقراء الواقع الحياتي الذي يقضي به القضاة في محاكمهم اليوم يمكن تمحيص آراء الفقهاء و مذاهبهم في جزئيات البحث ، بالإضافة إلى التصويب لما عليه القضاء أو الإشادة بما هو أسلم وأدق من اجتهادات القضاة .

و قد رجعت في كل جزئية من جزئيات البحث إلى المذاهب الأربعة المعتمدة ما وجدت فيها حكمًا على الغالب ، فلم تخل مسألة إلا وللمذاهب الأربعة فيها حكم إلا ما ندر ، كما ذكرت بعضًا من آراء المذاهب الفرعية كالجعفرية والظاهرية بما يَهُمُّ موضوع الأطروحة ، إضافةً إلى إيضاح اجتهادات القضاة فيها. محاولةً تقصي كل ما في المذهب الواحد من أقوال و إن لم تُعتمد ، لبيان ثراء الفقه الإسلامي و خصوبته ، ولاطِّلاع القاضي على بعض الأقوال التي قد يضطر للأخذ بها في بعض الحالات المستثناة ، و أبيّن في الغالب الراجح في كل مذهب ، مع محاولة الاختصار في البيان ما أمكن .

ونتج عن استقراء بعض المراجع العثور على مسائل متفرقة تتعلق بموضوع الأطروحة ، حاولت أن أنظمها ضمن مسائل عامة ، عنونتُ لها بعناوين بارزة ، وألحقتها بموضوع الفصل الذي تتصل به حسب ما رأيته مناسبًا .

هذا و استخدمت رموزًا و مصطلحات عند ذكر القوانين و اجتهادات المحاكم ، تعارف القضاة عليها في هذا العصر ، هي :

(قا) وتدل على القاعدة من مجلة المحامون .

(ع) وتدل على العدد من مجلة المحامون .

(ص) وتدل على رقم الصفحة .

(عا) وتدل على العام .

(م) وتدل على مجلة المحامون .

أما طريقة البحث :

فقد رتبت أقوال الفقهاء في كل مسألة وفقًا للترتيب الزمني للمذاهب ؛ الحنفي فالمالكي فالشافعي فالحنبلي ، ثم ما ورد في البحث من آراء للمذاهب الفرعية . عرضت بعدها رأي القوانين واجتهادات المحاكم في المسألة بدءًا بالقانون السوري والمصري ، وما أفاد من باقي القوانين العربية .

كما ذكرت أدلة الفقهاء وناقشتها إن لزم ، مع ذكر بعض القواعد الفقهية وعزوها إلى مذاهبها ، ومن ثم الترجيح بين الأدلة لأبيِّن رأيي في غالب المسائل المدروسة، متوخية فيما أَذْكُرُ الدقة و الأمانة العلمية في عزو الآراء لقائليها ، مستعينة بالله تعالى .

وقد اعتمدت في دراستي على أمهات المصادر الفقهية لكل مذهب ، ولم أكتفِ للحكم بمصدر واحد بل رجعت إلى أكثر من مصدر في كل مذهب ، كي أتثبت من صحة الحكم ، و بخاصة عندما تدور حوله أقوال كثيرة وخلافات متعددة في المذهب الواحد .

و قد راجعت بعض المؤلفات الفقهية المعاصرة التي تبحث في موضوعات الأحوال الشخصية وبخاصة ما يتعلق منها بالتفريق القضائي ، فإنَّ فيها كثيراً من الآراء الجديدة أحيانًا والموضحة لآراء الفقهاء القدامى أحيانًا أخرى ، و فيها بلورة لبعض الأصول واستنتاج لبعض القواعد مما أورده القدامى من فقه و فروع فقهية .

كما راجعت ما يتعلق بجزئيات بحثي من فتاوى للفقهاء القدامى والمعاصرين ، حتى ما ورد منها عبر الشابكة (شبكة الانترنت) .

و قد عزوت الآيات القرآنية إلى سورها ، و رجعت إلى كتب التفسير لأعتمد عليها في بيان وجه الاستدلال بالآيات .

وحيث ذكرت الأحاديث النبوية ، رجعت إلى كتب السنة التي جمعها مؤلفوها عن طريق تلقيها عن شيوخهم بأسانيد إلى النبي ﷺ كـ (الكتب الستة) و (موطأ مالك) و(مسند أحمد) و(مصنف عبد الرزاق) وغيرها ، وذلك لتخريج ما مرّ في ثنايا البحث من أحاديث .

واعتمدت على أشهر كتب التخريج في الحكم على الأحاديث إن لم يكن في الصحيحين ، كـ (نصب الراية) و(التلخيص الحبير) .

كما ترجمت لجميع الأعلام المذكورين في البحث ، المجهول منهم والمشهور .

وبينت معاني الكلمات الغريبة التي يعضل على القارئ الكريم فهمها ، فما كان منها في القرآن شرحته من كتب التفاسير ، وما كان منها في الحديث شرحته من كتب غريب الحديث ، وما كان منها من عبارات الفقهاء شرحته من كتب لغوية ما وفقني الله لذلك .

وختامًا صغت في آخر البحث النتائج على شكل مواد ، فيها ملخص البحث و أهم نتائجه والتوصيات ، ثم أوردت فهارس علمية ميسَّرة .

والله الموفق و هو من وراء القصد جلّ و علا .

الجهود السابقة في الموضوع :

لم يفرد الفقهاء القدامى في كتبهم الفقهية بحثًا بعنوان التفريق القضائي ، ولم أجد في حدود الجهود التي بذلتها بحثًا بالتأصيل الفقهي و التكييف القانوني لسلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بجميع أسبابه ، والذي وجدته عددًا من الكتيبات القانونية في بعض أنواع الفرق دون بعضها الآخر ، زد عليه ما ورد في كتب القانون و شروحها من ذكر التفريق القضائي على عمومه دون تأصيل فقهي لسلطة القاضي ، وفق مراحل سير الدعوى إلى الحكم عليها ، ولا تكييف قانوني لصلاحيته في التفريق بناءً على قضاء المحاكم الشرعية .

ومن ذلك ؛ الفرقة بين الزوجين لمحمد عبد الرحيم محمد ، و دعوى التفريق للشقاق و النزاع لعقاب فايز ، ومدى حرية الزوجين في الطلاق للدكتور عبد الرحمن الصابوني.

وقد بحث الأستاذ محمد مصطفى الشلبي و الأستاذ أبو زهرة التفريق القضائي لعدد من الأسباب كالتفريق لعدم الإنفاق و للعيب و للغيبة و للشقاق فقط ، كما بحثها الدكتور مصطفى السباعي و الدكتور عبد الرحمن الصابوني والدكتور محمد الحسن البغا في شروح القانون على عمومها .

وقد بحث الأستاذ محمد فهر الشقفة بعض مسائل التفريق بذكر آراء الفقهاء فيها ، إلا أنها افتقرت إلى التأصيل الفقهي لباقي مسائلها .

وعلى العموم ؛ فجميع ما ذكر على جلالته يولي اهتمامًا أكبر للتفريق القضائي للأسباب المذكورة آنفًا ، دون التأصيل الفقهي لمراحل سير الدعاوى ، و دون تكييف دور القاضي و سلطته في التفريق بحكم الشرع و التفريق بسبب اختلاف الدين وعدم إتمام العقد إلى غيرها من الأسباب المتفرقة .

كما أفدت من عدد من الكتب القانونية مضافًا إليها رسالة الدكتوراه المقدَّمة في كلية الشريعة بجامعة دمشق للدكتور محمود بركات عام (٢٠٠٤) م ، بعنوان « **السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي** » و ذلك في طريقة عرض المسائل وتنظيمها ، ولم أشر إلى جميعها في الهوامش لأن إفادتي منها على سبيل الإجمال والعموم ، و سأورد أسماءها في الفهارس.

وينبغي أن أذكر بعض الأبحاث العلمية التي تمسّ موضوع البحث ، وهي :

١. التفريق بين الزوجين للضرر في الفقه الإسلامي ، رسالة ماجستير مقدمة من الباحث أ. علي عبد الله الضلعي ، عام (٢٠٠٣) م في جامعة صنعاء .
٢. التفريق بين الزوجين بسبب العيوب الزوجية ، بقلم : مجلة البحوث الفقهية ، انترنت ، قسم RSS ، منتديات والإسلاماه ، مصر .

ولم يتسن لي أن أطلع على مضمون هذه الأبحاث ، ولكن موضوعها قاصر عن شمولية الأطروحة لشتى أسباب التفريق القضائي بين الزوجين ، التي تعد هذه الفكرة أساس البحث الذي أتقدم به ، أضف إلى ذلك طروء كثير من المستجدات الحياتية عليه ، ولهذا فهو جدير بالبحث من جديد.

و هكذا فإن عنوان الأطروحة لم يُكتب فيها _ فيما أعلم _ كتابةً فقهية تأصيلية مقارنة تجمع بين مصادر و أدلة الشريعة و فقهها و بين دور القاضي وسلطته في التفريق ، وتتضمن جزئيات ومسائل مرتبطة ارتباطًا وثيقًا بعمل القضاة في المحاكم الشرعية حيال الدعاوى التي تمس واقع الأزواج الحياتي ، مما أكسب البحث جدة وحيوية ، من حيث جزئياته و تنظيمه و كيفية دراسة مراحل سير جميع الدعاوى بشتى أسباب التفريق ، زد على ذلك ربطه بالواقع و عمل القضاة في المحاكم الشرعية اليوم ، ومن حيث الموضوع من خلال جمع أقوال الفقهاء و أدلتهم ، والاستنباط منها ما وفقني الله.

واللهَ أسألُ أن يرزقني سلامة الفهم في إدراك حقائق الأمور؛ لأحقق مقصد الأطروحة من معرفة شرع الله تعالى فيما يعرض للقضاة من أسباب تستوجب التفريق، وتقديم الحلول التي تساهم في تطبيق أحكام الله تعالى على الوجه السديد ، لإحقاق الحق وإيصاله لمستحقيه ، وإبطال الباطل و منع الظلم ما أمكن ذلك من سبيل ، ليرضى عنّا المولى جل في علاه .

صعوبات البحث :

يعدُّ البحث في موضوع (*مدى سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين*) من الناحية الفقهية و القانونية ، من أصعب مسائل الأحوال الشخصية ، أما الناحية الفقهية فلأن نصوص الفقهاء القدامى المتعلقة بموضوع البحث متفرقة و موزعة في ثنايا بابي النكاح والطلاق ؛ مما دفعني إلى التعمق و التمعن في قراءتها بتؤدة وطمأنينة ؛ علّني أجد حكمًا متعلقًا بموضوع البحث .

أما الناحية القانونية؛ فتكمن الصعوبة فيها بكثرة اجتهادات المحاكم الشرعية في موضوع البحث ، و اختلافها من بلد لبلد و تنوعها ، بالإضافة إلى قصور الاجتهادات على بعض أنواع التفريق دون بعض .

ثم إن مشكلة البحث تتنوع بين أسباب التفريق باختلافها من سبب لآخر، بدءًا من مناقشة العلماء في التأصيل الفقهي لكل سبب من أسباب التفريق القضائي ، إلى التكييف القانوني و اجتهادات القضاة فيها ، ثم تفصيل مراحل سير القضاة في كل دعوى على حدة ، وانتهاءً بحكم القضاة في الدعاوى على اختلاف أسبابها.

أسأل الله تعالى أن يجعل عملي خالصاً لوجهه الكريم ، و أن يجنبني حظوظ النفس التي تأتي على الأعمال فتهدمها ، ولا يكون بعد ذلك لصاحبها إلا التعب والخسران .

خطة البحث :

جاءت موضوعات الرسالة ضمن فصل تمهيدي ، تلاه سبعة فصول :

* تضمن **الفصل التمهيدي** : مقدمات عن السلطة القضائية في التفريق ، وذلك ضمن خمسة مباحث :

المبحث الأول : حول معنى السلطة القضائية في التفريق و ماهيتها .

وتضمن **المبحث الثاني** : مشروعية سلطة القاضي في التفريق و الحكمة منها .

بينما تضمن **المبحث الثالث** : قواعد سلطة القاضي في التفريق .

أما **المبحث الرابع** : فتضمن أقوال الفقهاء في الفُرق التي تتوقف على القضاء و التي لا تتوقف .

و **المبحث الخامس** : فمضمونه الآثار المترتبة على سلطة القاضي في التفريق.

* وعقدت **الفصل الأول** : لبيان سلطة القاضي في التفريق لعدم الإنفاق ، فجعلته في أربعة مباحث :

فصّلت في **المبحث الأول** : مشروعية سلطة القاضي في التفريق لعدم الإنفاق.

وقد فصّلت في **المبحث الثاني** : أسباب التفريق لعدم الإنفاق و شروطه.

أما **المبحث الثالث** : فذكرت فيه سلطة القاضي في إجراءات دعوى التفريق لعدم الإنفاق.

و **المبحث الرابع** : فتضمن آثار سلطة القاضي في التفريق لعدم الإنفاق.

* أمّا **الفصل الثاني** : فتضمن سلطة القاضي في التفريق للعيب ، وذلك ضمن أربعة مباحث :

تحدثت في **المبحث الأول** : عن معيار العيب الموجب للتفريق و أنواعه و شروطه .

وخصصت **المبحث الثاني** : لبيان مشروعية سلطة القاضي في التفريق للعيب.

أمّا **المبحث الثالث** : ففصلت فيه سلطة القاضي في إجراءات دعوى التفريق للعيب.

أمّا **المبحث الرابع** : فقد بينت فيه : أثار سلطة القاضي في التفريق للعيب.

* أمّا **الفصل الثالث** : فبينت فيه سلطة القاضي في التفريق للغيبة و الهجر والحبس، وقسمته إلى أربعة مباحث :

فصّلت في **المبحث الأول** : معنى الغيبة و الهجر و الفرق بينهما و شروطهما الموجبة للتفريق.

بينما فصّلت في **المبحث الثاني** : مشروعية سلطة القاضي في التفريق للغيبة.

أمّا **المبحث الثالث** : ففصّلت فيه سلطة القاضي في إجراءات دعوى التفريق للغيبة .

أمّا **المبحث الرابع** : فقد بينت فيه آثار سلطة القاضي في التفريق للغيبة .

* أمّا **الفصل الرابع** : فتضمن سلطة القاضي في التفريق للشقاق و الضرر ، وذلك ضمن أربعة مباحث :

تحدثت في **المبحث الأول** : عن ماهية الشقاق و الضرر و حالاته و شروطه.

وخصصت **المبحث الثاني** : لبيان مشروعية سلطة القاضي في التفريق للشقاق والضرر .

أمّا **المبحث الثالث** : ففصلت فيه سلطة القاضي في إجراءات دعوى التفريق للشقاق والضرر .

أمّا **المبحث الرابع** : فقد بينت فيه : آثار سلطة القاضي في التفريق للشقاق والضرر .

* أمّا **الفصل الخامس** : فبينت فيه سلطة القاضي في التفريق بتغيير الدين بين الزوجين ، وقسمته إلى أربعة مباحث :

فصلت في **المبحث الأول** : معنى تغيير الدين و ضابطه وشروط صحة التفريق به .

بينما فصّلت في **المبحث الثاني** : مشروعية سلطة القاضي في التفريق بتغيير الدين.

أمّا **المبحث الثالث** : ففصلت فيه سلطة القاضي في إجراءات دعوى التفريق بتغيير الدين .

أمّا **المبحث الرابع** : فقد بينت فيه آثار سلطة القاضي في التفريق بتغيير الدين.

* وعقدت **الفصل السادس** : لبيان سلطة القاضي في التفريق بسبب الشرع ، فجعلته في ثلاثة مباحث :

ذكرت في **المبحث الأول** : سلطة القاضي في التفريق بسبب الإيلاء.

بينما فصلت في **المبحث الثاني** : سلطة القاضي في التفريق بسبب اللعان.

أما **المبحث الثالث** : فذكرت فيه سلطة القاضي في التفريق للظهار و الخلع .

* أمّا **الفصل السابع** : فبينت فيه سلطة القاضي في التفريق لأسباب متفرقة ، وقسمته إلى مبحثين:

فصّلت في **المبحث الأول** : سلطة القاضي في التفريق لعدم تمام العقد.

بينما فصّلت في **المبحث الثاني** : سلطة القاضي في التفريق لعدم الوفاء بالالتزامات.

* ثم **ختمت** الأطروحة بأهم النتائج والمقترحات .

..... والحمد لله رب العالمين .....

الفصل التمهيدي

مقدمات عن السلطة القضائية في التفريق

ويتضمن المباحث التالية:

المبحث الأول: معنى السلطة القضائية في التفريق وماهيتها .

المبحث الثاني: مشروعية سلطة القاضي في التفريق و الحكمة منها .

المبحث الثالث: قواعد سلطة القاضي في التفريق.

المبحث الرابع: أقوال الفقهاء في الفُرق التي تتوقف على القضاء و التي لا تتوقف.

المبحث الخامس: الآثار المترتبة على سلطة القاضي في التفريق.

تمهيد

يعدُّ القضاء المظهر العملي الحازم لإلزام الناس باحترام أحكام الشريعة ، و إعلان هيبتها ونفوذها وتطبيقها في العلاقات الاجتماعية لإحقاق الحق وإبطال الباطل ، وإبراز العدل و الإنصاف بين الناس.

كان القضاء أحد وظائف الأنبياء ، قَالَ تَعَالَى: ﴿ لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ ﴿٢٥﴾ ﴾ سورة الحديد . فالعدل أساس الملك ، وهو اسم من أسماء الله تعالى، به قامت السماوات و الأرض، والقضاء حصن العدل وأداة تنفيذه، فبالقضاء العادل تصان الحقوق، و تصل إلى مستحقيها[1] .

لذا بلغ غاية الأهمية والحساسية، فمادام القضاء بخير فالأمة بخير، و إذا فسد القضاء فسدت الأمة ، سيما فيما يتعلق بأحكام الأسرة ، إذ منح الشارع الحكيم الحقَ للزوج في الطلاق إن أراده، كما راعى جانب الزوجة ، ففتح لها باب الخلاص وإن لم يرضَ به الزوج، و منحها حق اللجوء إلى القاضي ليطلقها، و أوجبت على القاضي الاستجابة لها متى وجد السبب المقتضي لما طلبت ، وامتنع الزوج عن المفارقة بالمعروف.

من هذا المعنى تنطلق أهمية البحث في دراسة حدود سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين ، مع ما يتعلق بها من أحكام عامة ، كمعرفة ماهية سلطة القاضي في التفريق ومشروعيتها وضوابطها و أقسامها وآثارها وما إلى ذلك، لتحديد مدلول السلطة القضائية، وتبيين حدودها وصفة إلزامها.

وسأبحث هنا معنى السلطة القضائية في التفريق و مشروعيتها و الحكمة منها وضوابطها وأنواع الفُرق المتوقفة على القضاء وآثارها.

المبحث الأول: معنى السلطة القضائية في التفريق وماهيتها.

المبحث الثاني: مشروعية سلطة القاضي في التفريق و الحكمة منها.

المبحث الثالث: ضوابط سلطة القاضي في التفريق.

المبحث الرابع: أقوال الفقهاء في الفُرق التي تتوقف على القضاء والتي لا تتوقف.

المبحث الخامس: الآثار المترتبة على سلطة القاضي في التفريق.

---

(١)_ الهداية(٣ / ١٠١) للإمام برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر الفرغاني المرغيناني ، (٥١١هـ / ٥٩٣ هـ) ، تعليق : محمد عدنان درويش ، دار الأرقم بن أبي الأرقم ، بيروت ، لبنان . مغني المحتاج (٤ / ٤٩٥) للشيخ شمس الدين محمد بن الخطيب الشر بيني ، اعتنى به : محمد خليل عيتاني ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ط٢ ، عـ(١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٤م).

المبحث الأول

معنى مدى سلطة القاضي في التفريق وماهيتها

نظرًا لأهمية القضاء وحساسيته المفرطة في حسم المنازعات و فصل الخصومات[1] ، وبيان شرع الله تعالى و الإلزام به في حدود العلاقة بين الزوجين و خاصة التفريق بينهما، كان البحث مهمًا في معرفة المعنى اللغوي و الشرعي للسلطة القضائية في التفريق و التفقه في أحكامها العامة ، بعد معرفة ماهية سلطة القاضي والفُرقة و نوعها، و بيان مشروعيتها والحكمة منها، والإشارة إلى ضوابطها الشرعية المرتكزة عليها لعدم الحيد عنها، و التفصيل في رأي الفقهاء في الفرق التي تتوقف على القضاء و التي لا تتوقف ، لتبنى عليها حدود السلطة القضائية في التفريق، وأخيرًا توضيح الآثار الشرعية المترتبة على سلطته ، مستمدة أحكامها من بحر الشريعة الإسلامية ومدى مطابقة القانون للشريعة التي استُمدّت غالب أحكامه منها، لتحقيق العدل و السلام و الاستقرار في حياة النوع البشري عامة.

و أشرع في الحديث عن الأحكام العامة المتعلقة بالسلطة القضائية في التفريق، من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: معنى مدى سلطة القاضي

أولًا: معنى مدى

المدى في اللغة :

المدى بفتحتين : الغاية ، وبلغ مدى البصر أي منتهاه و غايته ، يقال : ما أدري ما ميداء هذا الأمر يعني قدره وغايته ، و يقال : لا أفعله مدى الدهر أي طوله ، و منه التمادي في الأمر و هو بلوغ المدى[2].

---

(١)_ الخصومة : من كنت خصمه خصمته أي غلبته في الخصومة ، جمعه خصوم و خصام ، واختصم القوم خاصم بعضهم بعضًا ، [المغرب (٨٨) لأبي الفتح ناصر الدين المطرزي ، تحقيق : محمود فاخوري ؛ وعبد الحميد مختار ، مكتبة لبنان ، ط١ ، عـ (١٩٩٩م) . المصباح المنير في غريب الشرح الكبير (٦٥)، للعلامة أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ ؛ ت (٧٧٠هـ) مكتبة لبنان ، بيروت ، عـ (١٩٨٧هـ) مادة (خَصْم)].

(٢) _ [المصباح المنير (٨/ ٤١٣)، لسان العرب (٣/ ٢٧٢، ٣٩٦)، ، محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري ، (٦٣٠هـ/ ٧١١هـ) ، ط١، دار صادر ، بيروت ، المغرب (٢/ ٢٦١) مادة (مدي)].

المدى في الاصطلاح :

وفي **اصطلاح** الفقهاء : هو مكيال كان يستعمل قبل الإسلام في الشّام ومصر ، وقُدِّر بنيّف وأربعين رطلاً ، وهي أكثر من سبعة صيعانٍ ونصف الصّاع بقليل على وفق مذهب الحنفية[1] في الصّاع.

و منه نجد أنَّ معنى مدى مقترنًا بسلطة القاضي في التفريق ، إنما هو **مقدار السلطة و غايتها** في موضوع تفريق القاضي بين الزوجين .

ثانيًا : معنى السلطة

السلطة في اللغة:

من سَلِطَ يَسْلَط سَلَاطة ، و سَلُطَ سلاطة ، و السلاطة: القهر والتسليط: التمكين من سلّطه على الشيء تسليطًا مكّنه منه فتسلّط تمكّن وتحكم ، والسلطان: الحجة و البرهان و الولاية، وقدرة الملك[2] .

وقد فُسِّر بها[3] قوله تعالى: **قَالَ تَعَالَى:** ﴿ فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا ﴿٣٣﴾ ﴾ سورة الإسراء .

وسمي السلطان سلطانًا إما لتسلطه أو لأنه حجة من حجج الله تعالى، ويقال للأمراء سلاطين لإقامة الحجة والحقوق بهم[4] .

السلطة في الاصطلاح:

لا تخلو سلطة القاضي في الاصطلاح من عموم و خصوص ، أما المعنى الاصطلاحي العام : فتعني التمكن من إلزام الحق أهله في تنفيذ أحكام الشرع ، بعد تبيين الحكم الشرعي لحسم المنازعات وفصل الخصومات[5].

---

(١)_ الموسوعة الفقهية الكويتية ، ملتقى أهل الحديث، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية بالكويت ، حاشية رد المحتار (١ / ١٧١)للعلامة محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين الدمشقي؛ ت (١٢٥٢هـ) ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ط (١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م).

(٢)_ [المصباح المنير (١٠٨)، المغرب (١٣٥) ، مادة (سَلِطَ)] .

(٣)_ تفسير ابن كثير(٢ / ٣٧٣) لأبي بكر محمد بن عبد الله ؛ المعروف : بابن العربي ؛ (٤٦٨هـ/ ٥٤٣هـ) ، تحقيق : علي محمد البجاوي، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان.

(٤)_ [المصباح المنير (١٠٨) مادة (سَلِطَ)] .

(٥)_ مطالب أولي النهى (٦ / ٤٥٤) للشيخ مصطفى السيوطي الرحيباني ، منشورات المكتب الإسلامي ، دمشق . شرح ميارة (١ / ١٠) لمحمد بن أحمد ميّارة الفاسي ، دار المعرفة .

و فيه من الفائدة ما يمكِّن القاضي من ممارسة السلطة بالشكل الصحيح وتنفيذ ثمراتها وما ينتج عنها ولو بالقهر والقوة ، و يكسب أحكامه الصادرة عنها من الحجية[1] والنفاذ و القوة ما يجعلها مستقلةً مثمرةً.

أما المعنى الاصطلاحي الخاص : فتعني صلاحيةً تعطي الحق للقاضي في الوصول إلى المقاصد المطلوبة من القضاء بالطرق الممكنة لإنصاف المظلوم و الوصول إلى الحق ، و له فيها خيار ما دامت لا تخالف نصًا شرعيًا [2] .

هذا والغاية في كلا الحالين قطع المنازعات والخصومات ، إما صلحًا عن تراضٍ أو إجبارًا[3] بحكم قطعي باتٍّ ، واستيفاء[4] الحقوق و إيصالها إلى مستحقيها[5].إلّا أن الغاية المرجوة لن تتحقق إلا بإتباع نظام و دستور يمكِّن القاضي من إلزام الحق أهله وفقًا لضوابط الشريعة الإسلامية.

ثالثًا: معنى القضاء

القضاء في اللغة: يطلق على معانٍ كثيرة متنوعة ، قد تتقارب في المعنى وقد تختلف ، فهو مشتق من قضى عليه يقضي قضاءً وقضية . أما معانيه: فأقتصر على أهمها ، وهي : الحكم ، من قضيت بين الخصمين أي حكمت ، و الأداء ، من قوله تعالى: ﴿ فَإِذَا قَضَيْتُمُ ٱلصَّلَوٰةَ ﴿١٠٣﴾ ﴾ سورة النساء .أي أديتموها و الأخذ يقال: اقتضيت منه حقي أي : أخذته، والقضايا: الأحكام والجمع أقضية ، ومن معانيه: القطع و الفصل و الإحكام و الإمضاء و إتمام الشيء والنفاذ[6].

القضاء في الإصطلاح: عُرِّف القضاء تعريفات كثيرة متقاربة ، يمكن إجمالها بما يلي :

أولًا: عرّفه الحنفية : الفصل بين الناس في الخصومات حسمًا للتداعي ، و قطعًا للنزاع ، بالأحكام الشرعية

---

(١)_ الحجّية : من الحجّة ، وهي البرهان و الدّليل ، حاجّه فحجّه إذا غلبه في الحجّة ، قال ابن الأعرابي : برهن إذا أتى بحجّته . [المغرب (٦٤) ، المصباح المنير (٤٧) مادة (حُجَجٌ)] .

(٢) _ المبادئ القضائية في الشريعة الإسلامية (١/ ٥٧) جمع الدكتور حسين بن عبد العزيز آل الشيخ ، ط (١٤٢٦)هـ .

(٣)_ الإجبار : الإكراه ، و هو الحمل على فعل الشيء كارهًا ، من أجبرته على كذا بالألف حملته عليه قهرًا وغلبة فهو مجبر . [طلبة الطلبة (١٦١) للإمام نجم الدين أبي حفص عمر بن محمد النسفي ، تعليق : الشيخ : خالد عبد الرحمن العك ، دار النفائس ، بيروت ، ط٢ ، ط (١٩٩٩م) . المصباح المنير (٢٠٣) مادة (جَبَرَ)] .

(٤)_استيفاء : من وفى الشيء تم وفيًا و كيل وافٍ و أوفاه أتمه إيفاءً ، و منه أوفى العمل و وفاه حقه و أوفاه إياه أعطاه وافيًا تامًا و استوفاه و توفاه أخذه كله [المغرب (٢٦٧) ، المصباح المنير (٢٥٦) مادة (وَفَيَ)] .

(٥)_ الأحكام السلطانية (٩٤) لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي ، تحقيق : د. أحمد مبارك البغدادي ، دار ابن قتيبة ،الكويت ، ط ١ ، ط (١٤٠٩هـ/ ١٩٨٩م) .

(٦)_ [المصباح المنير (١٩٣)، المغرب (٢١٣)، مادة (قَضِيَ)] .

المتلقاة من الكتاب و السنة [1].

ثانيًا: عرّفه الشافعية : فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى[2].

ثالثًا: تعريف الحنابلة و هو: الإلزام بالحكم الشرعي و فصل الخصومات[3].

رابعًا: ما ذهب إليه ابن فرحون[4] في تبصرته و هو : الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام[5] ، وهو قريب من المعنى السابق.

وجميع هذه التعريفات تبين أن القضاء هو الإخبار عن حكم الله تعالى في القضية و إظهار الحق المدعى به بين الخصمين مع الإلزام للطرفين به ، فالقاضي مخبر للحكم و مظهر له ، و ليس منشئًا لحكم من عنده ، و هذا الإلزام مستمد من السلطة القضائية التي تعتبر جزء من سلطة الدولة [6].

و قد اختار الدكتور محمد مصطفى الزحيلي تعريف فقهاء الحنفية للقضاء لأنه ينص على الغاية و الهدف من وجود القضاء ، و أنه شرع لفصل الخصومات و قطع المنازعات ، بتطبيق أحكام الله تعالى التي أنزلها في الكتاب و السنة ، بالنص أو بالاجتهاد ، بالعبارة أو بما تشير إليه النصوص ، مما بينه الله تعالى لإقامة شرعه لإصلاح الفرد و المجتمع [7].

رابعًا : معنى القاضي

القاضي لغة: الحاكم المحكم ، أي : المنفذ المتقِن[8]، ويقال: قضى القاضي أي ألزم الحق أهله[9].

---

(١)_ بدائع الصنائع (٩ / ٧٩) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ؛ ت (٥٨٧ هـ) ، تحقيق : د. محمد محمد تامر ، محمد السعيد الزيني ، وجيه محمد علي ، دار الحديث ، القاهرة ، ط(١٤٢٦هـ/ ٢٠٠٥م)..

(٢)_ مغني المحتاج (٤ / ٤٩٧).

(٣)_ مطالب أولي النهى (٦ / ٤٥٤).

(٤)_ هو إبراهيم بن علي ، ابن فرحون ، برهان الدين ، الفقيه المالكي القاضي ، ولد و نشأ و مات بالمدينة المنورة ، ولد سنة (٧٢٩ هـ ، ١٣٢٩م) ، اشتهر بعدله في القضاء ، توفي سنة (٧٩٩هـ ، ١٣٩٧م) ، له مؤلفات كثيرة منها : تبصرة الحكام في أصول الأقضية و مناهج الأحكام . [شجرة النور الزكية لابن مخلوف ، (٢٢٢) محمد بن مخلوف ، دار الكتاب العربي ، بيروت (١٣٤٩هـ) . الأعلام للزركلي ، (١ / ٥٢) خير الدين الزركلي ، دار العلم للملايين ، بيروت ، لبنان ، ط٤، ط (١٩٩٩م) .] .

(٥)_ شرح ميارة (١ / ١٠) [الإلزام : من لزم الشيء يلزم لزوماً ثبت و دام ، فيقال أثبتّه و أدمته ، و لازمت الغريم ملازمة تعلقت به . (المصباح المنير (٢١١) مادة (لَزِمَ)] .

(٦)_ انظر التعريفات للجرجاني (١٨٥) دار الكتب العلمية ، ط٣ ، ط (١٤٨٠هـ/ ١٩٩٨م) .

(٧)_ أصول المحاكمات الشرعية و المدنية (٣٠) ، د. محمد مصطفى الزحيلي ، ط٦، منشورات جامعة دمشق ، ط(١٤١٧_١٤١٨هـ) (١٩٩٧_١٩٩٨م)

(٨)_ [طلبة الطلبة (١٢٩) مادة (قَضَيَ)].

(٩)_ شرح ميارة (١ / ١٠).

وفي الاصطلاح: هو من كان له وصف حكمي اختص به عن غيره، يوجب نفوذ حكمه الشرعي وإمضاؤه، فَصَلَ أولم يفصل بين الناس[1].

وعرّفه ابن عبد السلام[2] : المُظهِر حكمَ الشرع في الواقعة فيمن يجب عليه إمضاؤه فيه بخلاف المفتي[3].

و قد ورد في كتاب شرح ميارة بأنه : المنفذ للأحكام بمقتضى الشرع و موافقتِه، وله النيابة[4] عن الإمام [5].

وعُرِّف في شرح مجلة الأحكام[6] بأنه: « الذات الذي نُصِّب و عُيِّن من قبل السلطان لفصل وحسم الدعوى والمخاصمة الواقعة بين الناس توفيقًا لأحكامها المشروعة ».

و يكمّل هذه التعاريف بعضها بعضًا إلا الذي جاء في شرح المجلة ، لخلوه من صفة نفاذ حكم القاضي الملازمة له ، و التي تُكسبه صفة تخصه عن غيره ، كالمفتي وغيره.

وعليه ، فقد استُمد وصف القاضي الحكمي من وصف الإمام أو الخليفة أو السلطان الذي عينه لتنفيذ الأحكام الموكلة إليه و إمضائها . لنيابته مناب من وكّله.

و يحسن التنبيه إلى ما قد يورث التباسًا عند مطالعة الكتب الفقهية ، و هو ؛ كثيرًا ما يُذْكَر كلمة (حاكم) مع كلمة (قاضٍ) ، فهل المقصود بكلمة حاكم عند الإطلاق القاضي أم غيره ؟

سبق عند بيان المعنى اللغوي للقضاء أن من أهم معانيه الحكم ، و الحكم هو القضاء ، مما يعني دلالة أحدهما على

---

(١)_ هذا التعريف ذهب إليه ابن عرفة ، شرح حدود ابن عرفة (٤٣٣) محمد بن قاسم الرصاع ، المكتبة العلمية .

(٢)_ العز بن عبد السلام (٥٧٧ ، ٦٦٠ هـ ، ١١٨١ ، ١٢٦٢ م) ، عبد العزيز بن عبد السلام الدمشقي ، عز الدين الملقب بسلطان العلماء ، فقيه شافعي بلغ رتبة الاجتهاد ، ولد و نشأ في دمشق ، و توفي في القاهرة ، ومن كتبه الكثيرة: التفسير الكبير ، الإلمام في أدلة الأحكام ، قواعد الشريعة . [شذرات الذهب لابن العماد (٧ / ٥٢ و ما بعدها) أبو الفلاح عبد الحي بن أحمد بن العماد (١٠٣٢هـ/ ١٠٨٩ هـ) ، تحقيق : محمود الأرناؤوط ، دار ابن كثير ، دمشق ، بيروت ، ط١ ، عـ(١٤١٣هـ/ ١٩٩٣م). الأعلام للزركلي (٤ / ٢١)] .

(٣)_ مغني المحتاج (٤ / ٤٩٧).

(٤)_ النيابة : من أناب وكيلاً عنه في كذا ، و الوكيل مُناب و الأمر مُناب فيه ، و ناب الوكيل عنه في كذا ينوب نيابة فهو نائب . [المصباح المنير (٢٤٠) مادة (نَوَبَ)] .

(٥)_ شرح ميارة (١ / ١٠).

(٦)_ درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (٤ / ١٨٠٤) علي حيدر ، دار الجيل .

الآخر ، و هو ما ذهب إليه ابن القيم[1] ، حيث ذكر أن المتولي لفصل الخصومات وإثبات الحقوق و الحكم في الفروج والأنكحة والطلاق و النفقات وصحة العقود و بطلانها ، هو المخصوص باسم الحاكم والقاضي، و أن هذا الاسم يتناول كل حاكم بين اثنين و قاضٍ بينهما.[2]

و كذا مرّ تعريف مجلة الأحكام العدلية للحاكم ، « بأنه الذات الذي نُصِّب وعُيِّن من قبل السلطان لفصل وحسم الدعوى و المخاصمة الواقعة بين الناس وفقًا لأحكامها المشروعة » ، و هو عين تعريف القاضي كما وضَح .

خامسًا: ماهية سلطة القاضي .

يُستنتج من التعريفات السابقة دلالة سلطة القاضي على صفة حكمية توجب له نفوذ حكمه الشرعي لا في عموم مصالح المسلمين.

تدل هذه الصفة على القوة و الصلاحية التي تمنح لموصوفها للإخبار عن شرع الله تعالى و الإلزام به بعد تبيينه وتوضيحه[3] .

علاوةً على أنه موضع الثقة بين الناس، لحمايته الحق و إظهار حكم الله فيه، فضلًا عن نشر لواء العدل و حسم المنازعات التي تتولد بين الأفراد[4].

ولتبيان **ماهية سلطة القاضي** أوضحُ التعريفَ:

صفة حكمية: أي المعنى الحكمي الملازم لموصوفه يوجب نفاذ حكمه.
و النفوذ: بالذال المعجمة الإمضاء و هو المراد ، و يخرج به من لم يتصف بتلك الصفات مما لا ينفذ حكمه ، وثبوت الصفة الحكمية للموصوف بعد ثبوت تقديمه للحكم (حكم المفتي) .

---

(١)_ هو محمد بن أبي بكر الحنبلي المعروف بابن قيم الجوزية ، فقيه أصولي ، مجتهد ، مفسر ، متكلّم ، نحوي ، محدث ، ولد بدمشق (٦٩١ هـ ، ١٢٩٢ م) ارتقى منصب الإفتاء و الإمامة ، لازم ابن تيمية و سجن معه في قلعة دمشق ، توفي سنة (٧٥١ هـ ، ١٣٥٠ م) ، و من تصانيفه الكثيرة ؛ التفسير القيم ، الطرق الحكمية ، مدارج السالكين في شرح منازل السائرين . [معجم المؤلفين (٣ / ١٦٤ ، ١٦٥) عمر رضا كحالة ، بعناية مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط١ ، عـ(١٤١٣هـ/ ١٩٩٣م).] .

(٢)_ الطرق الحكمية (١٩٨) لمحمد بن أبي بكر الزرعي (ابن قيم الجوزية) ، دار البيان .

(٣)_ شرح حدود ابن عرفة (٤٣٣).

(٤)_ الدليل الشرعي (٢٣٢ – ٢٣٣) محمد زهير عبد الحق ، طبعة منقحة و مزيدة . نظام القضاء و الإدارة (٢٣٧) أحمد قمحة بك ، عبد الفتاح السيد بك ، المطبعة الرحمانية بمصر ، ط٣ ، عـ(١٣٤٣هـ/ ١٩٢٥م).

الحكم الشرعي: إلزام القاضي الخصمَ أمرًا شرعيًا، ويخرج به غير الشرعي ، مما لا يراد به خطاب الله تعالى.

لا في عموم مصالح المسلمين: يخرج به الإمامة الكبرى لسعة سلطة الإمام فيها عن سلطة القاضي، مما ليس للقاضي قسمة الغنائم ولا تفريق مال بيت مال المسلمين ولا غيرها من عموميات مصالح المسلمين[1].

وعليه ، فمدلول مصطلح ماهية سلطة القاضي مقترنًا بالتفريق بين الزوجين لأي سبب من الأسباب هو :

صلاحية يتمتع بها القاضي للتفريق بين الزوجين باستمداده من أحكام الشريعة و روحها، لإقامة شرع الله فيما يعرض له من قضايا في جميع مراحلها، ابتداءً من قبول سماعها، إلى تهيئتها لإثبات صحتها أو كذبها، إلى الحكم عليها، و اختيار الطريقة المناسبة فيما فُوِّض أمره للقاضي لتنفيذ الحكم الشرعي، قوامه تطبيق شرع الله تعالى على أتم وجه كما نزل.

سادسًا: الشروط الشرعية لقاضي الأحوال الشخصية .

لصفات القاضي بمجموعها أثر على سلطته ، سيما في قضايا الأحوال الشخصية، إذ يشترط لصحة قضائه فيها ما يشترط لصحة قضائه في عامة القضايا المعروضة أمامه ، سواء في الأحوال الشخصية أم في غيرها ، و هي شروط تجعل من المرشح للقضاء شخصًا مؤهلًا لممارسة سلطاته و أعماله القضائية ، فبها تصح توليته و تنفذ أحكامه ، و هي على قسمين:

١. شروط صحة ، يلزم من عدمها أو عدم واحد منها عدم صحة ولايته.
٢. شروط كمال ، تصح ولايته بدونها إلا أن وجودها أولى[2].

أما شروط الصحة فهي:

أولًا: الإسلام:

ينظر قاضي الأحوال الشخصية في قضايا لا تقل أهمية عن قضايا الدماء والأموال ، ألا و هي شؤون الأسرة من نكاح و طلاق و ما يتبعها من لعان أو ظهار أو خلع أو غيره.

---

(١)_ شرح ميارة (١ / ٩).

(٢)_ حاشية التلويح على التوضيح (١ / ٢٨١) لمسعود بن عمر التفتازاني ، مكتبة صبيح ، مصر.

فمراعاة حفظ الأنساب و الأعراض من المصالح الضرورية[1] الخمس التي يجب المحافظة عليها ، أضف إليه حفظ الأموال والأنفس والعقول .

هذا ، ولم يجز شرعًا الحكم و النظر في مثل تلك القضايا من قاض غير مسلم بين المسلمين ، لعدم ائتمانه على أنساب الناس وأعراضهم ، فضلًا عن أنه لا سابقة علم لديه في مقاصد الشريعة لأحكام النكاح و غيرها من قضايا الأحوال الشخصية، فلا يسعى بالعمل على صلاح حال الناس بتحقيق مقاصد الشرع فيهم . و لأن القضاء من باب الولاية، بل هو من أعظم الولايات بعد الإمامة ، والكافر ليس له أهلية أدنى الولايات - وهي الشهادة - فلأن لا يكون له أهلية أعلاها أولى.

أما تولية غير المسلم على أمثاله فأجازها الحنفية خلافًا لغيرهم[2]، لأن أهلية القضاء بأهلية الشهادة ، و غير المسلم أهل للشهادة على أمثاله .

زد عليه أنه إذا ولَّى سلطان أو ذو شوكة من فقد منه بعض صفات القاضي صحت التولية (و يسمى قاضي الضرورة) ، و ذهب بعض الفقهاء إلى انعزاله بزوال ذلك السلطان لأن الضرورة تقدر بقدرها [3].

و منه نجد أنَّ لشرط الإسلام في القاضي أثر كبير على شروطه الأخرى التي يتوجب عليه ألا يتعداها كالعدالة و الاجتهاد، وهي بدورها مؤثرة على سلطته في قضايا الأحوال الشخصية للحكم بين الناس المسلمين و حسم المنازعات .

ثانيًا: التكليف:

يشترط عقل القاضي و بلوغه ، فإن لم يكن ما صحت توليته ، وكذا ضعيف العقل أو مختل[4] النظر، لبعده كل البعد عن صحة الفكر و جودة الفطنة، فلا يتوصل إلى وضوح المشكل وحل المعضل.

---

(١)_ المراد بالمصلحة الضرورية : ما يكون من الضروريات الخمس التي يجزم بحصول المنفعة منها لفائدة تعم جميع المسلمين [البحر المحيط (٨/ ٧٩) بدر الدين بن محمد بهادر الزركشي ، تحرير : د . عبد الستار أبو غدة ، دار الصفوة بالغردقة ، ط٢ ، عـ(١٤١٣هـ/ ١٩٩٢م)] .

(٢)_ حاشية رد المحتار (٥/ ٣٥٥)، أسنى المطالب (٤/ ٢٧٨)، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري ، دار الكتاب الإسلامي ، الفروع لابن مفلح (٦/ ٢٨٣) للإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن مفلح المقدسي الحنبلي ؛ ت (٧٦٢هـ) ، ومعه تصحيح الفروع ، للعلامة : علاء الدين علي بن سليمان المرداوي ؛ ت (٨٨٥ هـ) تحقيق : أبو الزهراء حازم القاضي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط١ ، عـ (١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م).

(٣)_ الغرر البهية في شرح البهجة المرضية (١٠/ ١٦٢)دار الكتب العلمية ، بيروت ،ط١، عـ(١٤١٨هـ)(١٩٩٧م) ، تحفة المحتاج (١٠/ ١١٤) أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي ، دار إحياء التراث العربي

(٤)_ مختل : يقال اختل الشيء إذا تغير و اضطرب ، و الخلل اضطراب الشيء و عدم انتظامه .[المصباح المنير (٦٩) مادة (خَلَل)] .

ولا يُتَصَوَّر منه القضاء في قضايا الأحوال الشخصية لفقده العلم بالأحكام الشرعية التي تطبيقها من أساسيات عمله.

و كذا غير البالغ لن يكون على علم و لا خبرة ببعض ما يتعلق بالأسر وشؤونهم الاجتماعية، مما له أثر سلبي على قضاءه في أحكام الأسرة[1].

ثالثًا : الذكورة:

منع جمهور الفقهاء[2] تعيين المرأة منصب القضاء ، بما فيه قضايا الأسرة ، لم يخالفهم إلا فقهاء الحنفية[3] ،زد عليه أن الشافعية و الحنفية أجازوا توليتها منصب القضاء للضرورة ، و قالوا بنفاذ أحكامها ، إلا أنها لا تقضي بعلمها وعليها أن تبين مستندها في الحكم .

ولكلٍّ استدلالاته ، مما يؤكد أثر الذكورة و الأنوثة في صلاحية القاضي للقضاء ، ولو في مسائل تخص الأحوال الشخصية بما يدلي إليه فكره من آراء واستنتاجات لا غنىً للقضاء عنها.

و دليل الجمهور في المنع وصف المرأة بضعف الرأي ، و نقصان العقل[4]، والقضاء أحوج ما يكون إلى قوة الفكر و نبوغ العقل ورجاحة الرأي بكافة مجالاته .

أما دليل الحنفية فقد عدُّوا القضاء من باب الولاية كالشهادة ، و المرأة من أهل الشهادات في الجملة فتكون من أهل ولاية القضاء ، بل إن حكم القاضي مستقى من حكم الشهادة [5].

---

(١)_ **بدائع الصنائع** (٧/ ٣) ، **مواهب الجليل** (٦/ ٨٧) للشيخ أحمد بن أحمد المختار الجكني الشنقيطي ، راجعه ؛ عبد الله ابراهيم الأنصاري ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط (١٤٢٦هـ / ٢٠٠٥م)، **نهاية المحتاج** (٨/ ٢٣٨) شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ؛ ابن شهاب الدين الرملي ؛ الشهير بالشافعي الصغير ؛ ت (١٠٠٤هـ) ، ومعه حاشية أبي الضياء نور الدين علي بن علي الشبراملسي ؛ ت (١٠٨٧هـ) وحاشية أحمد بن عبد الرزاق بن محمد بن أحمد المعروف بالمغربي الرشيدي ؛ ت (١٠٩٦هـ) دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأخيرة ، ط (١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م)، **كشاف القناع** (٦/ ٢٩٤) للشيخ منصور بن يونس البهوتي الحنبلي ؛ ت (١٠٥١هـ) ،عن متن الإقناع ، للإمام موسى بن أحمد الحجاوي الصالحي ؛ ت (٩٦٠هـ) تقديم : د. كمال عبد العظيم العناني ، تحقيق : أبو عبد الله محمد حسن اسماعيل الشافعي ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط١ ، ط (١٤١٨هـ / ١٩٩٧م) .

(٢)_ **بداية المجتهد** (٤ / ١٧٦٨) للإمام أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، ت (٥٢٠ هـ / ٥٩٥ هـ) تحقيق : ماجد الحموي ، دار بن حزم ، بيروت ، لبنان ، ط١ ، ط(١٤١٦هـ/ ١٩٩٥م) ، مغني المحتاج (٤ / ٥٠١) ، مطالب أولي النهى (٦ / ٤٦٧).

(٣)_ بدائع الصنائع (٩ / ٨٢).

(٤)_ مطالب أولي النهى (٦ / ٤٦٧).

(٥)_ بدائع الصنائع (٩ / ٨١).

و ترى الباحثة جواز تولية المرأة منصب القضاء فيما يخص أحكام الأسرة إلا فيما يتعلق بالحدود ، شريطة استكمال المرأة الشروط الشرعية المشترطة في القاضي، خاصة فيما يتعلق بالعيوب الخاصة بالنساء، لقدرة بعضهن على القيام بأعباء القضاء في أمثال تلك القضايا أكثر من الرجال، فتتحقق الإفادة المرجوة من قضائهن .

أما إن استغلقت قضية أو عسر حلها أمكن استشارة قضاة ذكور أو إرسال الدعوى إليهم للنظر فيها. ليتوصل إلى المطلوب من القضاء و القصد منه في حل المنازعات المتعلقة بالرجال والنساء على السواء .

رابعًا: العدالة:

تعدُّ العدالة شرطًا ضروريًا لصحة تولية القضاء عند جمهور الفقهاء[1]، فالعدلُ الوَرع الموثوق بدينه مؤتمن على أعراض الناس و أنسابهم . و زاد المالكية[2] عزل القاضي بفسقه . أمَّا فقهاء الحنفية فشرط العدالة عندهم شرط كمال لتقليد القضاء لا شرط صحة[3].

خلاصـــــة:

تعدُّ العدالة من أهم الشروط الواجب تحققها في قاضي الأحوال الشخصية ، لضرورتها في التزام الحق المنزل في كتاب الله تعالى، فالقاضي مُوكل بإظهار حكم الله تعالى فيما يقضي به ، وهو موضوع الثقة بين الناس ، و من كان هذا شأنه توجب عليه التزود بالتقوى والورع ، لأنها أساس عمله في كل خطوة من خطوات إجراءات التقاضي بين الناس ، ليقضي بالحق بعيدًا كل البعد عن الظلم و الجور.

خامسًا: سلامة السمع و البصر و النطق:

اشترط الفقهاء[4] لصحة تقليد القاضي القضاء سلامة سمعه وبصره و نطقه ، لاختصاص كل حاسة من الحواس بوظيفة مختلفة عن غيرها ، مما يؤثر في إدراك العقل للأمور ، وأي تعطيل لمنفذ من منافذ الإدراك قد يؤثر فيه ، فيمتد أثره على الحكم والقضاء ، إذ الحكم على الشيء فرع عن تصوره، وما ترسمه المخيِّلة من صورة يُبنى على

(١)_ بداية المجتهد (٤ / ١٧٦٨)، مغني المحتاج (٤ / ٥٠٣)، مطالب أولي النهى (٦ / ٤٦٧).

(٢)_ بداية المجتهد (٤ / ١٧٦٨).

(٣)_ بدائع الصنائع (٩ / ٨٢).

(٤)_ مغني المحتاج (٤ / ٥٠٢)، مطالب أولي النهى (٦ / ٤٦٧) .

ما تمَّ تخزينه في الذهن من صور حسية[1] عرفت عن طريق البصر، مما يتعذر على القاضي غير المبصر تخيل الصورة الصحيحة الواقعية لشيء لم يسبق أن رأى له مثالًا.

أضف إليه ، أن للقاضي عملًا يعتمد على نطقه ، من وعد و وعيد و زجر وغيره ، و آخر يعتمد على سمعه ، مما يؤثر في معرفة الواقعة وقصد الخصم من لفظه و سماع الشهود وما إليه ، وهذا بدوره يؤثر على حكم القاضي وقضائه. و إلا تعطلت الأحكام و اختل النظام.

- و شروط الكمال هي:

أولًا: العلم بالأحكام الشرعية:

يشترط لكمال تقليد القاضي منصب القضاء علمه بالحلال و الحرام و سائر الأحكام، فلو ولاّه الإمام عقد الأنكحة و فسخها ، ما كمل قضاؤه إلا بالتفقه في جزئيات الأحكام الشرعية لما يقضي به ، وهذا ما اختاره السادة الحنفية [2].

أما المالكية و الشافعية والحنابلة[3]فاشتراط العلم بالأحكام الشرعية عندهم لصحة تقليد القاضي لا لكماله ، فلا يصح للجاهل ولا المقلد تولية القضاء و الحكم بين الناس ، و غالبًا ما يعبرون عن هذا الشرط بالاجتهاد في القاضي .و يصرِّح المالكية بأن شرط صحة التولية هو العلم أما الاجتهاد فهو واجب إن وجد أهله ، و المراد هنا الاجتهاد المطلق .

ثانيًا : وزادوا ترفعه عن الطعن[4] عليه في نسبه بولادة اللعان أو الزنى، وسلامته من حد القذف وغيره[5]، لضرورة تأثر القاضي بما ذكر في قضاءه ، من غمز و لمز وغيره ، سيما لو عرضت عليه قضية طعن في النسب و ما شابهه ، مما له أثر واضح على سلطته في القضاء .

---

(١)_ حسية : استُعمل الحس في الوجدان و العلم بأي حاسة كانت ، من أحس الشيء إحساسًا علم به . [المصباح المنير(٥٢) ، مادة (حَسَسَ)].

(٢)_ بدائع الصنائع (٩ / ٨٢)،

(٣)_ بداية المجتهد (٤/ ١٧٦٨)، مغني المحتاج (٤ / ٥٠٢ ، ٥٠٣) ، مطالب أولي النهى (٦ / ٤٦٧)..

(٤)_ الطعن : طعنه بالرمح طعنًا من باب قتل ، و طعن في المفازة طعنًا ذهب ، قال الزمخشري : طعنت في أمر كذا و كل ما أخذت فيه فقد طعنت فيه . [المصباح المنير (١٤١) مادة (طَعَن)]

(٥)_ شرح ميارة (١ / ١١)، بدائع الصنائع (٩ / ٨٠).

المطلب الثاني: معنى التفريق و أنواعه.

أولًا: معنى التفريق .

التفريق لغةً: من فرَّق الشيء تفريقًا وتفرقةً فانفرق و افترق و تفرّق، و الاسم : الفُرقة بالضم من الافتراق ضد الاجتماع، و الجمع فُرَق، و فَرَّقت بين الشيء فَرْقًا من باب فصلتُ أبعاضه ، والفاروق ، الرجل الذي يفرق بين الأمور أي يفصلها[1].

وفي الاصطلاح: لم يُعرِّف الفقهاء الفرقة تعريفًا مستقلًا كاملاً، واكتفوا بعطفها على الطلاق، فقالوا: (الفُرقة والطلاق) . لذا فُهم من كلامهم معنى الفرقة: صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته لسبب من الأسباب الشرعية الموجبة للتفريق . و زيادة القيد المذكور على – رفع حلية متعة الزوج بزوجته – تفيد أن موجب رفع حلية المتعة وجود أسباب وصور تقتضي رفع الحلية بالزوجة ، وهذه خاصية التفريق بين الزوجين[2] .

و كذا تطلق الفرقة على السبب المشروع الموصل إليها ، كما لو ظهر السبب المقتضي للتفريق بين الزوجين وحكم القاضي بالفرقة بينهما لأجله[3].

ثانيًا: الفرق بين التفريق و الطلاق و الفسخ:

عدَّ الفقهاء[4] للفرقة بين الزوجين وجوهًا يجمعها اسم الفرق ، و يفترق بها أسماء دون اسم الفرقة، منها الطلاق والفسخ وغيرها، فالفرقة أعم من الطلاق والفسخ ، بل كلاهما جزء من أجزائها، فكل طلاق و فسخ فرقة و ليس العكس ، وذكروا فرقًا تعدُّ طلاقًا وأخرى تعد فسخًا ورتبوا لها آثارًا شرعية.

---

(١)_ [المغرب (١٩٨) ، مادة (فَرَقَ)]

(٢)_ شرح حدود ابن عرفة (١٨٤) .

(٣)_ أحكام الأسرة في الإسلام (٤٦١) للأستاذ : محمد مصطفى الشلبي ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ط٢ ،عـ(١٣٩٧هـ/ ١٩٧٧م) ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية (٣٦١) ، زكي الدين شعبان ، منشورات جامعة قار يونس ، بنغازي ، ط٦ ، عـ(١٩٩٣م).

(٤)_ الأم (٥/ ١٢٦) للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ؛ (١٥٠/ ٢٠٤هـ)، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، عـ (١٤١٠هـ / ١٩٩٠م) ، البحر الرائق (٣ / ٢٥٢) للعلامة زين الدين ؛ ابن نجيم الحنفي ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ط٣ ، عـ (١٤١٣هـ / ١٩٩٣م) ، المبسوط (٥ / ٢٦) لأبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السّرَخْسي الحنفي ، ت (٤٩٠ هـ) ، تحقيق : أبي عبد الله محمد حسن اسماعيل الشافعي ، تقديم : د. كمال عبد العظيم العناني، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط١ ، عـ (١٤٢١هـ / ٢٠٠١م) ، بجيرمي على الخطيب (٤ / ١٥)، سليمان بن محمد البجيرمي ، دار المعرفة ، لبنان ، بيروت ، (١٣٩٨هـ/ ١٩٧٨م) .

و يفترق الطلاق عن الفسخ من عدّة وجوه :

أولها: الطلاق إنهاء لعقد الزواج في الحال إن كان بائنًا، و في المآل إن كان رجعيًا[1]،أما الفسخ فهو نقض[2] للعقد ورفع له من أساسه كأن لم يكن ، أو من وقت وقوع سببه[3].

ثانيها: الطلاق ما كان من زواج صحيح ، أما الفسخ فما كان من زواج فاسد مجمع على فساده[4].

ثالثها: تعدُّ الفرقة طلاقًا إذا كانت من قبل الزوج أو من ينوب عنه من وكيل أو قاضٍ ، بلفظ من ألفاظ الطلاق ، وكذا إن كانت بسبب عيب الزوج ، أو بتفويض[5] منه للمرأة ، بينما تعدُّ الفرقة فسخًا إذا كانت بسبب اقتران العقد بما يفسده أو يجعله غير لازم ، سواء من قبل الزوج أو الزوجة، أو طرأ عليه مما يوجب حرمة المصاهرة منهما أو من جهة الزوجة من غير تفويض من الزوج، كردتها أو إبائها عن الإسلام وهي غير كتابية[6].و يعد هذا الفرق ضابطًا وضعه الفقهاء لكل من النوعين في غالب تفريقهم بين الطلاق والفسخ .

.

رابعها: ينقص بالفرقة التي تعدُّ طلاقًا عددُ الطلاق، سواء كان رجعيًا أم بائنًا، فلو راجع الزوج زوجته لم يملك عليها إلا طلقتين .أما الفرقة التي تعدُّ فسخًا فلا ينقص بها عدد الطلاق الذي يملكه الزوج ، فلو وقعت فرقة الفسخ بين الرجل و المرأة، ثم عادا إلى الزواج من جديد ملك الرجل على زوجته ثلاث طلقات[7].

---

(١)_ فتح باب العناية (٢ / ٨٨) للفقيه نور الدين أبي الحسن علي بن سلطان محمد الهروي القاري (٩٣٠هـ/ ١٠١٤هـ) ، و معه النقاية ، عبيد الله بن مسعود المحبوبي ، دار الأرقم بن أبي الأرقم ، بيروت ، لبنان، مغني المحتاج (٣ / ٣٦٨).

(٢)_ نقض : نقضت البناء نقضًا من باب قتل ، و حُمل النقض على معنى المنقوض ، و اقتصر الأزهري على الضم اسم البناء المنقوض إذا هدم ، و الجمع نقوض ، و نقضت الحبل نقضاً حللت برمه ، و نقضت ما أبرمه إذا أبطلته . [المصباح المنير (٢٣٧ ،٢٣٨) ، المغرب (٢٥٤) مادة (نَقَضَ)] .

(٣)_ الفتاوى الهندية (٥ / ١٧٨) لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي و بهامشه فتاوى قاضيخان ، للإمام فخر الدين حسن بن منصور الأوزجندي الفرغاني الحنفي ،ط٢، المطبعة الكبرى الأميرية ، بيولاق مصر ،ع(١٣١٠هـ) .

(٤)_ حاشية الدسوقي (٣ / ٩٦) للشيخ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي ، ت (١٢٣٠هـ) ، خرج آياته و أحاديثه : محمد عبد الله شاهين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط٢ ، ع (٢٠٠٣م / ١٤٢٤هـ)، الأم (٥ / ١٢٨).

(٥)_ التفويض : التسليم ، و هو ترك المنازعة و المضايقة . [المصباح المنير (١٨٤) ، المغرب (٢٠٣) مادة (فَوَضَ)] .

(٦)_ الفتاوى الهندية (١ / ٢٨٦)، بدائع الصنائع (٣ / ٦٠٧)، المبسوط (٥ / ٢٦)، الأم (٥ / ١٢٧).

(٧)_ بجيرمي على الخطيب (٣ / ٣٦٢).

خامسها: يترتب على الفرقة التي تعد طلاقًا قبل الدخول وما في حكمه إيجاب نصف المهر المسمى ، للمرأة ، أما الفرقة التي تعد فسخًا فلا يترتب على حصولها قبل الدخول و ما في حكمه، إيجاب شيء من المهر للمرأة ، سواء كانت من قبل الزوج أو الزوجة بالاتفاق[1].

ثالثًا: أنواع الفُرق الزوجية.

يتضح مما سبق تنوع الفرق الزوجية ، فمنها ما يعد طلاقًا ومنها ما يعد فسخًا، و هي بمجموعها تنقسم إلى قسمين: قسم لا يحتاج إلى قضاء القاضي و قسم لا يقع إلا بالقضاء.

أما **التقسيم الأول** : **فمن الفرق التي تعد طلاقًا**: الفرقة التي وقعت بإرادة الزوج المنفردة بلفظ من ألفاظ الطلاق و الخلع و الإيلاء ، و التفريق القضائي لعيب في الزوج، والتفريق باللعان عند الحنفية ، والتفريق بسبب امتناع الزوج عن الإسلام ، والتفريق لعدم الإنفاق و الغيبة و سوء العشرة[2]، كما ورد في القانون و على خلافٍ بين المذاهب لا مجال لذكره هنا. **و من الفُرق التي تعد فسخًا** : التفريق لعدم صحة العقد، والتفريق بما يوجب حرمة المصاهرة منهما، والتفريق بخيار البلوغ أو الإفاقة منهما ، والتفريق لعدم كفاءة الزوج ، أونقصان المهر ، و التفريق بسبب ردة الزوجة أو امتناعها عن الإسلام ، و التفريق بسبب امتناع الزوج عن الإسلام بعد إسلام زوجته[3].

أما **التقسيم الثاني** : الذي يعتمد على القضاء و عدمه ، فسيأتي ذكره في موضعه إن شاء الله.

---

(١)_ الفتاوى الهندية (١ / ٢٨٧)الفواكه الدواني (٥/ ٢٠١) أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي ، دار الفكر ، بجيرمي على الخطيب (٣ / ٣٦٢) ، الإنصاف (١٣/ ١١٨) للإمام علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرداوي السعدي الحنبلي ؛ ت (٨٨٥ هـ) ، تحقيق : أبي عبد الله محمد حسن إسماعيل الشافعي ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان، ط١ ، عـ (١٤١٨هـ / ١٩٩٧م) .

(٢)_حاشية رد المحتار (٣ / ٨٠)، الفتاوى الهندية (١ / ٢٨٦).

(٣)_ الدر المختار (٣ / ٢٥٠)، المبسوط (٥ / ٤٥)، المنثور في القواعد الفقهية (٣ / ٤٢) بدر الدين بن محمد بهادر الزركشي ، وزارة الأوقاف الكويتية .

المبحث الثاني

مشروعية سلطة القاضي في التفريق و الحكمة منها.

من المعلوم أن الطلاق حق للزوج ، فلا يملك أحد إيقاعه سواه إلا بتوكيل منه أو تفويض، و قد راعت الشريعة جانب المرأة في هذا المجال و لم تهمله ، فمنحتها الحق في طلب التفريق من القاضي في الحالات التي يقع عليها الظلم أو الضرر ، علاوةً على التراضي مع الزوج على الفرقة بما يعرف بـ (الخلع) ، أو عن طريق تمليكها الطلاق بالتفويض من الزوج.

لذا كان البحث في مشروعية منح السلطة للقاضي في التفريق من أهم الأسس التي يقوم عليها هذا البحث، فمن خلاله تتبين مشروعية تمتع القاضي بهذه السلطة من عدمها، وتتضح حدود تلك السلطة بعد بيان و معرفة مشروعيتها والحكمة منها.

المطلب الأول: مشروعية منح السلطة للقاضي .

لبيان صحة القول بمشروعية منح السلطة للقاضي أسوق الأدلة الآتية:

أولًا: من القرآن الكريم.

قال تعالى: ﴿ يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلۡنَٰكَ خَلِيفَةٗ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَٱحۡكُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ بِٱلۡحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ ٱلۡهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِۚ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ لَهُمۡ عَذَابٞ شَدِيدُۢ بِمَا نَسُواْ يَوۡمَ ٱلۡحِسَابِ ٢٦ ﴾ سورة ص . يوصي الله عز و جل ولاة الأمور و القضاة أن يحكموا بين الناس بالحق المنزل من عنده ، و لا يعدلوا عنه فيضلوا عن سبيل الله[1].

و منه نجد أن قضاء القاضي و فصله في قضايا التفريق بين الزوجين يدخل في عموم الآية، إذ الحياة الزوجية بأمسّ الحاجة إلى الحكم فيما أنزل الله تعالى و عدم اتباع الهوى.

(١)_ تفسير ابن كثير (٣/ ٢٠٠).

قال تعالى: ﴿ فَٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُۖ ﴿٤٨﴾ ﴾ سورة المائدة . في الآية دلالة على أمر الله تعالى نبيه صلى الله عليه وسلم الحكم بين الناس بما أنزل في كتابه من الحق المبين ، ولا شك أنه صلى الله عليه وسلم سيد القضاة وإمامهم في الفصل بين الناس بالعدل والحق(١).

و عليه ، فالقاضي ملزم بالحكم و القضاء بما أنزل الله من الحق في أي مسألة تعرض له، و الحكم في قضايا التفريق بين الزوجين يدخل في عموم ما يقضي به ، لذا وجب عليه أن يقضي فيها بما يرى في كتاب الله تعالى.

ثانيًا: من السنة المطهرة .

- حديث سيدنا معاذ(٢) رضي الله عنه عندما بعثه النبي ﷺ ، إلى اليمن، قال: كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟ قال أقضي بما في كتاب الله، قال: فإن لم يكن في كتاب الله؟ قال: فبسنة رسول الله ﷺ ، قال: فإن لم يكن في سنة رسول الله ﷺ ولا في كتاب الله؟ قال: أجتهد(٣) رأيي ولا آلو، فضرب رسول الله ﷺ صدره وقال: (الحمد لله الذي وفق رسولَ رسولِ الله لما يرضي رسول الله ﷺ)(٤) .

---

(١)_ أحكام القرآن للشافعي (٢ / ١٢١) محمد بن إدريس الشافعي ، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان .

(٢)_ هو معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس ، يكنى أبا عبد الرحمن ، شهد العقبة و بدرًا و المشاهد كلها مع رسول الله ﷺ، وكان زاهدًا ورعًا متعبدًا جوادًا ، مات بطاعون عمواس هو وابناه و امرأتاه سنة ثماني عشرة هجرية . [صفوة الصفوة (١ / ٤٨٩ و ما بعدها) جمال الدين أبي الفرج ابن الجوزي ، (٥١٠هـ/ ٥٩٧هـ) ، تحقيق : محمود فاخوري ، د. محمد رواس قلعه جي ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ط٢ ،(١٣٩٩هـ/ ١٩٧٩م) .

(٣)_ الاجتهاد : بذل الوسع في طلب الأمر ، و هو افتعال من الجهد و الطاقة ، و المراد به رد القضية التي تعرض للحاكم من طريق القياس إلى الكتاب والسنة و لم يرد الرأي الذي رآه من قبل نفسه من غير حمل على كتاب أو سنة . [النهاية في غريب الحديث والأثر (١ / ٣١٣، ٣١٤) لأبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ؛ المعروف بابن الأثير، ت (٥٤٤/ ٦٠٦)،تحقيق : خليل مأمون شيحا ، دار المعرفة، بيروت، لبنان ، ط٢، ع (١٤٢٧هـ / ٢٠٠٦ م)].

(٤)_ أخرجه أبو داوود ، كتاب : الأقضية ، باب : اجتهاد الرأي في القضاء ، رقم (٣٥٩٢) ، (٧٢٥) ، و اللفظ له، أبي داوود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي (٢٠٢/ ٢٧٥هـ) ، تحقيق : يوسف الحاج أحمد ، مكتبة ابن حجر، ط١ ، ع (١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٤م) .

* أخرجه الترمذي ، كتاب : الأحكام عن رسول الله ﷺ ، باب : ما جاء في القاضي كيف يقضي ، رقم (١٣٢٧) ، (٣٩٥) ، [و قال: لا نعرفه إلا من هذا الوجه و ليس إسناده عندي متصل] للإمام محمد بن عيسى بن سورة الترمذي ، ت (٢٧٩هـ) ، تحقيق : يوسف الحاج أحمد، مكتبة ابن حجر، ط١ ، ع (١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٤م) .

* أخرجه أحمد في مسنده ، مسند الأنصار ، حديث معاذ ، رقم (٢١٩٩٩) ، (١٦/ ١٩٨) للإمام أحمد بن حنبل (١٦٤/ ٢٤١هـ) ، دار الحديث ، القاهرة ، ط١ ، ع (١٤١٦هـ/ ١٩٩٥م) .

* مصنف ابن أبي شيبة ، كتاب : البيوع و الأقضية ، باب: في القاضي ما ينبغي أن يبدأ به في قضائه ،رقم (٢٣٣٢٣) ، (٧/ ٧١٧) لأبي بكر عبد الله بن محمد بن ابراهيم بن أبي شيبة ؛ (١٥٩هـ/ ٢٣٥هـ) ، تحقيق : حمد بن عبد الله الجمعة ، تقديم : د . سعد بن عبد الله آل حميد ، محمد بن ابراهيم اللحيدان ، مكتبة الرشد، ط١ ، ع (١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٤م) .

ففي الحديث دلالة واضحة على وجوب قضاء القاضي بما يراه في كتاب الله تعالى وسنة نبيه محمد ﷺ ، و قضاء القاضي في مسألة التفريق بين الزوجين جزء من قضائه بما في كتاب الله و سنة نبيه، وفيه دليل على مشروعية منح السلطة للقاضي في التفريق.

- قوله ﷺ : ((إنما أنا بشر ، و إنكم تختصمون إلي و لعل بعضكم أن يكون ألحن[1] بحجته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار))[2].

يستفاد من الحديث إلزام القاضي الحكم بما ظهر له و أمره الخصمين الالتزام بما حكم[3]، وكذا قضاء القاضي في التفريق ، إذ يحتاج إلى الخصومة و الطلب والادعاء بالتفريق، إلى غيرها من إجراءات يسير القاضي في مراحلها لحكمه ، و الله يتولى السرائر.

= * التلخيص الحبير ، كتاب : القضاء ، رقم (٢٠٧٦) ، (٤/ ١٨٢ ،١٨٣) ، [قال ابن حزم عنه : أنه لا يصح ، و قال ابن الجوزي في العلل المتناهية : لا يصح و إن كان الفقهاء كلهم يذكرونه في كتبهم و يعتمدون عليه ، و إن كان معناه صحيحًا] ابن حجر العسقلاني ؛ الإمام أبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد بن محمد بن حجر العسقلاني ؛ ت (٨٥٢هـ) ، تعليق : السيد عبد الله هاشم اليماني المدني ، المدينة المنورة ، الحجاز ، عـ(١٣٨٤هـ/ ١٩٦٤ م) .

* جاء في المستصفى (٢/ ٢٥٤) ، [أن هذا الحديث تلقته الأمة بالقبول] لمحمد بن محمد الغزالي ، ط١، المطبعة الأميرية ببولاق ، مصر ، عـ(١٣٢٢هـ) ، ط٢، دار الكتب العلمية ، بيروت ، عـ(١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م).

* و ذكر ابن أمير الحاج في التقرير و التحبير (١/ ٢٨٩) ، [أن شهرته و تلقي العلماء له بالقبول لا تقعده إن شاء الله تعالى عن درجة الحجية و من ثم أطلق جماعة من الفقهاء كالباقلاني ، و أبي الطيب الطبري ، وإمام الحرمين الجويني عليه الصحة لابن أمير الحاج ، وبهامشه نهاية السول ، دار الكتب العلمية ، ط ٢ ، عـ(١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م).

(١)_ ألحن : يعني أفطن لها و أجدل ، و اللّحَن : الفطنة بفتح الحاء ، و منه قول عمر بن عبد العزيز : عجبت لمن لاحن الناس كيف لا يعرف جوامع الكلم ، يقال : رجل لحن إذا كان فطنًا ، و يقال : لحن فلان في كلامه إذا مال عن صحيح المنطق . [غريب لحديث لابن سلام (٢/ ٤٢) للشيخ أبي عبيد القاسم بن سلام الهروي ، تحقيق : د . حسين محمد شرف ، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية ، عـ (١٩٨٤م) ، غريب الحديث لابن الجوزي (٢/ ٣١٩) للشيخ أبي الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد بن علي بن الجوزي ، تخريج : د . عبد المعطي قلعجي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط١ ، عـ(١٩٨٥م) ، النهاية في غريب الحديث والأثر (٢/ ٥٩٣)] .

(٢)_ أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب : الأحكام ، باب : موعظة الإمام للخصوم ، رقم (٦٧٤٨) ، (٤/ ٢٤٦١)، و اللفظ له ، للإمام أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري الجعفي ، ضبطه وخرج أحاديثه : د . مصطفى ديب البغا ، دار العلوم الإنسانية ، دمشق ، حلبوني ، ط٢ ، عـ (١٤١٣هـ / ١٩٩٣م) .

* أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب : الأقضية ، باب : بيان أن حكم الحاكم لا يغير الباطن ، رقم (١٧١٣)،(١١/ ٣٦٧) للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ؛ (٢٠٦/ ٢٦١هـ) ، دار المنار ، عـ (١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٣م) .

(٣)_ سبل السلام (٢ / ٥٧٣) للإمام محمد بن اسماعيل الأمير اليمني الصنعاني ، دار الحديث .

• و الأدلة التي تمنح القاضي السلطة في التفريق بين الزوجين كثيرة متنوعة، سأذكرها في ثنايا فصول هذه الأطروحة إن شاء الله تعالى بالحديث عنها بخصوص أسبابها الواردة في ثنايا البحث. فما تم ذكره في المبحث على العموم و الإطلاق ، أما التخصيص فسأبحثه في موضعه بإذنه تعالى.

ثالثًا : المعقول :

إن الوقائع و الحوادث غير متناهية ، و نصوص الكتاب و السنة محصورة مقصورة ، و مواضع الاجتهاد معدودة مأثورة ، و هي على الجملة متناهية ، و نحن نعلم قطعًا أنه لا تخلو واقعة عن حكمٍ لله تعالى فيها متلقًّى من قاعدة الشرع ، فلا بد من الأخذ بالقياس و ما يتعلق به من وجوه النظر و الاستدلال ، لأنه الأصل الذي يسترسل على جميع الوقائع ، و هو مناط الاجتهاد و أصل الرأي ، و منه يتشعب الفقه وأساليب الشريعة ، وهو المفضي- إلى الاستقلال بتفاصيل أحكام الوقائع مع انتفاء الغاية و النهاية[1]، والقاضي من أهم من يقوم بذلك عند استيفاء شروطه.

المطلب الثاني : الحكمة من المشروعية .

تقدم فيما سبق [2] أن الشريعة الإسلامية لم تهمل جانب المرأة و حقها في إنهاء الزواج ، فمنحتها طلب التفريق ، وألزمت القاضي الاستجابة لطلبها بالتفريق إن وجد من الأسباب ما تقره العدالة وتؤيده الشريعة، أو تضررت من زوجها، وثبت أنه يؤذيها بما لا يليق بها و بأمثالها، أو كان به عيب مستحكم إلى غيره من الأسباب.

فالحكمة من ضرورة القضاء بالتفريق من جانب الزوجة ، تنفيذ الأحكام وفقًا لشرع الله تعالى، وإنصاف المظلوم، و قطع المنازعات التي تعدُّ مادة الفساد، إلى غيره من المصالح التي لا تقوم إلا بإمام، ومعلوم عدم إمكانه القيام بما نصب له بنفسه، لذا احتيج إلى نائب يقوم مقامه ، فكان القاضي نائبه[3].

و لما للقضاء من أمانة عظيمة تتمثل في حرمة الأبضاع[4] و النفوس، إذ لا يقوم بوفائها إلا من كمل ورعه، وتم تقواه، و القاضي بما نصب له خير من يؤتمن على الأبضاع و النفوس لصونها وحفظها عن الجور والظلم .

---

(١)_ البحر المحيط للزركشي (٥/ ٥).

(٢)_ تقدم بيانه ص (٣٠) .

(٣)_ بدائع الصنائع (٩ / ٧٩ – ٨٠).

(٤)_الأبضاع : جمع بُضع بضم الباء وهي اسم بمعنى الجماع ، والبَضع : الشق والقطع ، والمباضعة : المباشرة وقد كُنِّي بها عن الفرج في قولهم : ملك فلان بُضع فلانة إذا عقد بها . [المصباح المنير (٢٠) ، المغرب (٣١) مادة (بُضع)] .

يضاف إليه أنَّ المرأة سريعة التأثر و الانفعال، قد تحكمها العاطفة و تسيطر عليها، فتُقْدِم على حل رابطة الزوجية لأتفه الأسباب، أما الرجل فبما يلقى عليه من تبعات والتزامات مالية مترتبة ، مما يضطره التفكير والتأني قبل اتخاذ القرار به[1] .

(١)_الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية لزكي الدين شعبان (٣٧٥)، الوافي / (٢ / ٤٤) من عام (١٩٩٢م/ إلى ٢٠٠٥م) ، ط١ ، مطبعة اليمامة ، حمص .

المبحث الثالث

قواعد سلطة القاضي في التفريق

سبق البحث في مشروعية سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين و الحكمة منها، إلا أن أحكام الشريعة الإسلامية عرفت بالانضباط و الوسطية ، فلم تفسح مجالًا لتركها حرة مطلقة دون فرض حدود أو ضوابط ، لذا وضعت ضوابط لسلطته في التفريق و ألزمته بها.

وهي ذات الضوابط الموضوعة لعمل القاضي عمومًا، وهي كثيرة متعددة، لما لعمله من خطورة وأهمية، فكلما عظم قدر الشيء وخطره شُدِّدَ فيه وكثرت شروطه و بالغ إبعاده إلا لسبب قوي تعظيمًا لشأنه و رفعًا لقدره [1].

فهي منارات يهتدي بها القاضي في عمله، و تعينه للوصول إلى مبتغاه ، إلا أن ما ذكر منها لاستعمال القاضي سلطته في التفريق ضوابط عامة أو تدخل في أكثر من فصل من فصول البحث، وسأذكر بعض القواعد الخاصة بكل فصل أثناء دراسته.

و أشير هنا إلى ضرورة أحقية ولي الأمر بوضع ضوابط شرعية لسلطة القاضي، يذكرها له في عقد تقليده ، و يلزمه بها ، وتعدُّ من باب تخصيص عمل القاضي بعمل محدد بضوابط.

و أشرع الآن بإيراد ضوابط السلطة بصيغة قاعدة فقهية أدق في تبيين المراد وأقرب إلى التقنين .

١. أسس و مبادئ سلطة القاضي و الغاية منها:

- (القاضي مأمور بالقضاء بالحق)[2].

فعلى القاضي أن يتقي الله و يقضي بالحق، فلا يقضي لهوى يضله، و لا لرغبة تغيره ولا لرهبة تزجره، بل يؤثر طاعة ربه، و العمل طمعًا في جزيل ثوابه، و هربًا من أليم عذابه ، فيتبع الحكمة وفصل الخطاب[3].

---

(١)_ أنوار البروق في أنواع الفروق (٣ / ١٤٤) لأحمد بن إدريس القرافي ، وبأسفله حاشية الشاط ، و بهامشها تهذيب الفروق لمحمد مفتي ، عالم الكتب .

(٢)_ معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام للطرابلسي (١٤) و يليه لسان الحكام في معرفة الأحكام لابن الشحنة .

(٣)_ الفتاوى الهندية (٣ / ٣٢٧).

• (القاضي مأمور بالعدل)[1].

إذ المبدأ الأساسي الذي يقوم عليه قضاؤه في كل ما يقضي فيه من مسائل عامة أو خاصة العدل، فعليه ألا يألو جهدًا في تحقيق هذا المبدأ.

• (القاضي نصب ناظرًا للمسلمين، لا مبطلًا لحقوقهم)[2].

فإعمال القاضي ذهنه لتأدية عمله على النحو المطلوب منه، جزء من عمله ، فقد نصب لينظر في أحوال المسلمين، لا ليبطل حقوقهم تهاوناً في مهنته وعـــــــــــــمله الموكول له.

٢. المصلحة و الحيطة في القضاء:

• (تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة)[3].

هذه القاعدة من أهم القواعد التي تحكم عمل القاضي و تضبط سلطته، والمقصود بها المصلحة العامة لا الخاصة .

• (يحتاط في الخروج من الحرمة إلى الإباحة أكثر من الخروج من الإباحة إلى الحرمة).

فالحيطة مطلوبة ، لأن التحريم يعتمد المفاسد فيتعين الاحتياط له ، ولا يقدم على محل فيه مفسدة إلا بسبب قوي يدل على زوالها أو يعارضها ، و يمنع الإباحة ما فيه مفسدة بأيسر الأسباب دفعًا لها بحسب الإمكان[4].

٣. مجال الاجتهاد:

• (لا مساغ للاجتهاد في مورد النص).

فكل مسألة ورد فيها نص من الشارع لا أحقية للقاضي الاجتهاد فيها، لأن جواز الاجتهاد أو القياس في الفروع من الأحكام مشروط بعدم وجود نص من الشارع[5].

---

(١)_ تبصرة الحكام في أصول الأقضية (١ / ٥١) لإبراهيم بن علي بن فرحون اليعمري ، دار الكتب العلمية.

(٢)_ العناية شرح الهداية للبابرتي (٩ / ٣٩٢) لمحمد بن محمد بن محمود البابرتي ، دار الفكر.

(٣)_ الأشباه و النظائر للسيوطي (١٢١) عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي ، دار الكتب العلمية ، بيروت، ط١، عـ(١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م)، المنثور في القواعد الفقهية للزركشي (١ / ٣٠٩)، [قال : وقال الشافعي: منزلة الوالي من الرعية ، منزلة الولي من اليتيم] .

(٤)_ أنوار البروق في أنواع الفروق (٣ / ١٨١) الفرق بين قاعدة البيع و قاعدة النكاح.

(٥)_ درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (١ / ٣٢)، المادة (١٤).

- (النص لا ينقض بالاجتهاد)[1].

أي لا تقوى الأحكام الصادرة عن اجتهاد على نقض نص ، و المراد بالنص القطعي لا الظني .

٤. مقدار الضرورة :

- (ما أحل إلا لضرورة أو حاجة يقدر بقدرها و يزال بزوالها)[2].
- (الإباحة ضرورة فتتقدر بقدر الضرورة)[3].

الأصل حظر حرمات الناس بما فيها شؤونهم الأسرية خاصة ، و كذا تخويفهم أو حجز حرياتهم و غير ذلك من المحظورات ، و لكن الضرورات تبيح المحظورات ، فإذا أبيح للقاضي أن يُعمل نشاطه الذهني في التفتيش عن أحوال بعض الناس كالشهود ، أو بحجز حرياتهم مؤقتًا للتحقيق ، أو سؤال الجيران عما علموا أو سمعوا من أحوال الزوجين أو غير ذلك فينبغي عليه ألا يتعدى حدود الضرورة أو الحاجة ، و إلا كان متعديًا آثمًا .

٥. عمل القاضي تجاه الضرر:

- (الضرر يزال)[4].
- (الضرر واجب الدفع ما أمكن)[5].
- (دفع الضرر عن الإنسان بإضرار غيره متناقض)[6].

من واجبات القاضي أن يستعمل سلطته لإزالة الضرر ، بحفظ الحقوق لأصحابها و برفع الضرر عنهم بإعادة الحقوق إليهم إن سُلبت منهم ، لكن حفظه للضرر مشروط بألا يقابله بضرر آخر ، فلا ضرر ولا ضرار ، و الغاية لا تُسوِّغ الوسيلة ، و عليه يتوجب على القاضي رفع الضرر عن عموم الناس وإزالته من المجتمع بوسائل مشروعة .

---

(١)_ كشاف القناع عن متن الإقناع (٤ / ٢٠١) ، مطالب أولي النهى (٤ / ٢٠٠).

(٢)_ قواعد الأحكام في مصالح الأنام (٢ / ٢٩٣) لعز الدين عبد العزيز بن عبد السلام ، دار الكتب العلمية .

(٣)_ المنثور في القواعد للزركشي (٢ / ٣٢٠)، المبسوط (٢ / ١٢٧).

(٤)_ الأشباه و النظائر للسيوطي (٨٣) القاعدة الرابعة.

(٥)_ بدائع الصنائع (٥ / ٢٨٧)، المغني (٤ / ٢٩٩٤) موفق الدين وشمس الدين ؛ ابني قدامة ، المغني ، لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة ؛ ت (٦٢٠هـ) ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ط١ ، عـ (١٤٠٤ هـ / ١٩٨٤م).

(٦)_ بدائع الصنائع (٥ / ١٩).

المبحث الرابع

أقوال الفقهاء في الفرق التي تتوقف على القضاء و التي لا تتوقف

سبق بيان تقسيم الفرق الزوجية إلى قسمين : قسم يحتاج إلى قضاء القاضي وقسم لا يحتاج ، بعد أن ذكرت ما يتفرع عن كلا القسمين من وصف بطلاق أو فسخ.

هذا ما سأدرسه في المبحث ، من تبيان لهذه الأقسام لكن بطريقة موجزة ، علمًا أن التفصيل بذكر أقوال الفقهاء فيها سيتم ذكره في موضعه إن شاء الله عند البحث في مشروعية تفريق القاضي .

المطلب الأول : الفرق التي تتوقف على القضاء.

جمع فقهاء الحنفية[1] الفُرق التي تتوقف على القضاء بضابط تعرف به، وتتوقف الفرقة عليه ضرورة.

مفاده ، كل فُرقة تبنى على أسباب تقديرية[2] خفية، مما تثير النزاع و الخلاف ، لزم توكيل الأمر فيها إلى القاضي ، لاختصاصه بالفصل في المنازعات.

بينما وضع فقهاء الشافعية[3] ضابطًا آخر يعرف منه الفُرق المتوقفة على القضاء من عدمها.

مفاده ، كل فُرقة يجب على الزوج مباشرتها ، يقوم القاضي مقامه فيها إذا امتنع ، لاختيار الزوجات ، و كذا ما اختلف في تعلق الفسخ به ، فيفتقر إلى القاضي عندهم، لأنه موضع اجتهاد ، أما فقهاء المالكية و الحنابلة [4] فلم أجد لهم تقييدًا للفُرق المتوقفة على القضاء بضابط تعرف به.

---

(١)_ حاشية رد المحتار (٣ / ٧٨).

(٢)_ تقديرية : قدره تقديرًا قدر الشيء مبلغه ، وهو أن يكون مساويًا لغيره من غير زيادة و لا نقصان .

[المصباح المنير (١٨٧) ، المغرب (٢٠٦) مادة (قَدَرَ)] .

(٣)_ المنثور في القواعد الفقهية (٣ / ٢٧).

(٤)_ بحثت عن الضابط عند المالكية و الحنابلة فلم أجده في كتبهم .

و إليك الفُرق المتوقفة على القضاء عند عامة الفقهاء[1] :

- الفرقة بسبب إعسار الزوج بالنفقة أو امتناعه عن الإنفاق على زوجته مع قدرته على الإنفاق.
- الفرقة بسبب عيب يوجب الخيار لأحد الزوجين ، كالجب و العنة والخصاء في الرجل والقرن و الرتق في المرأة.
- الفرقة بسبب غيبة الزوج أو حبسه.
- الفرقة بسبب الشقاق و الضرر وسوء المعاشرة.
- الفرقة بسبب نقصان المهر .
- الفرقة بسبب عدم الكفاءة لأنها مما لا يعرف بالحس و أسبابها مختلفة.
- الفرقة بسبب إباء أحد الزوجين عن الإسلام إذا أسلم الآخر، لضرورة عرض الإسلام على من لم يسلم منهما قبل التفريق عرضًا ضروريًا، مما لا يملكه إلا القاضي.
- الفرقة بسبب خيار البلوغ و الإفاقة من الجنون لأحد الزوجين، لابتنائه على قصور الشفقة و هو أمر باطني.
- الفرقة بسبب اللعان و الإيلاء و الظهار و الخلع و فساد العقد على اختلاف في ذلك، سيذكر كلٌّ في موضعه بعد توفيق الله تعالى.

المطلب الثاني : الفُرق التي لا تتوقف على القضاء

و ضابط هذه الفُرق كما ذكر فقهاء الحنفية[2]، ابتناؤها على أسباب واضحة جلية لا تكون محلًا للنزاع و الخلاف ، فتثبت الفرقة بمجرد وجود سببها من غير حاجة إلى القضاء.

وضابطها عند الشافعية[3]ما كان مجمعًا على الفسخ به في الجملة ، و إن اختلف في موضع الفسخ فيه ، فلا يفتقر إلى القاضي.

---

(١)_ حاشية رد المحتار (٣ / ٧٨ – ٧٩ – ٨٠) ، تبيين الحقائق (٢ / ٥٠٧) للإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ، ت (٧٤٣هـ) ومعه حاشية الشلبي ، تحقيق : أحمد عزو عناية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط١، عـ (١٤٢٠هـ / ٢٠٠٠م)،غمز عيون البصائر (٢ / ١٠٣ ، ١٠٤) أحمد بن محمد الحموي الحنفي ، دار الكتب العلمية ، المنثور في القواعد الفقهية (٣ / ٤٢) ، التاج و الإكليل (٥/ ٢٦٦) لمحمد بن يوسف العبدري المواق ، دار الكتب العلمية ، تبصرة الحكام (١/ ٢٠٣) ، الإنصاف (٨/ ٣٥٧، ٣٥٨).

(٢)_ حاشية رد المحتار (٣ / ٧٨).

(٣)_ المنثور في القواعد الفقهية (٣ / ٤٢).

و إليك صور الفُرق التي لا تتوقف على القضاء بالاتفاق :

- الفرقة بلفظ الطلاق، ومنه تفويض أمر الطلاق إلى الزوجة.
- الفرقة بسبب اتصال أحد الزوجين بأصول الآخر أو فروعه اتصالًا يوجب حرمة المصاهرة كالاتصال بناء على عقد فاسد أو شبهة.
- الفرقة بسبب ردة أحد الزوجين.
- الفرقة بسبب خيار العتق للزوجة.
- الفرقة بسبب ملك أحد الزوجين للآخر.
- الفرقة بسبب فساد العقد في أصله.
- الفرقة بسبب الخلع و الظهار و اللعان و الإيلاء عند من عدَّها غير متوقفة على القضاء[1] ، حسب ما سيأتي ذكره في موضعه بإذن الله.

(١)_ غمز عيون البصائر (٢ / ١٠٣ – ١٠٤)، المنثور في القواعد الفقهية (٣ / ٤٢).

المبحث الخامس

الآثار المترتبة على سلطة القاضي في التفريق

بالنظر لخطورة و أهمية القضاء المستمد من الغاية التي شرع لأجلها، وهي الفصل بالحق و العدل بين الخصوم ، بتطبيق شرع الله تعالى و خاصة فيما يتعلق بشؤون الأسر و قضاياهم، مما يترتب عليه آثارٌ تثمر عن تلك الوظيفة، ولها من الأهمية بمكان ما لتلك الوظيفة من الأهمية والخطورة و سمو الغاية التي شرعت لأجلها.

وسأعرض جملة من الآثار المترتبة على سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين ما وفقني الله .

المطلب الأول: أثر صفات القاضي على سلطته في التفريق .

تبين فيما تقدم[1] عند البحث في شروط القاضي الشرعية أثر صفات القاضي على سلطته، ويتردد هذا الأثر بين الزيادة و النقصان حسب موضوع الدعوى ، فيما تعلق منها بأحكام الأسرة عمومًا، و التفريق بين الزوجين خصوصًا مما له بالغُ الأثر على سلطته ، لما له من تبعات و نتائج مؤثرة على كيان الأسرة خاصة و المجتمع عامة.

فوصف القاضي مسلمًا عدلًا تقيًا ورعًا له أثره الإيجابي على توليته القضاء والحكم في قضايا التفريق بين الزوجين ، مما يحول دون عمله في النظر بما يتعلق بأحكام الشرع الإسلامي الحنيف وجزئياته إن كان على غير ملة الإسلام و العدالة ، فيمتنع عن ولاية شؤون المسلمين للحكم بين الناس و حسم المنازعات و الخلافات ، إذ القضاء فرع عن الولاية [2].

وكذا للعقل و البلوغ أثرهما البالغ ، لما يحتاجه القاضي إلى دقة النظر و حدة العقل والوعي في إدراك الأمور ليتمكن من حل المنازعات و حسم الخلافات[3].

أضف إليه ، غيرها من الصفات كسلامة السمع و البصر و النطق و الذكورة والعدالة والعلم بالأحكام الشرعية، فلكلٍّ منها أثره الواضح على سلطته في التفريق للأسباب التي تقدم ذكرها في موضعها.

---

(١)_ تقدم بيانه ص (٢٢).

(٢)_ بدائع الصنائع (٩ / ٨٠)، مغني المحتاج (٤ / ٥٠١).

(٣)_ بدائع الصنائع (٩ / ٨٠)، بداية المجتهد (٤ / ١٧٦٨).

المطلب الثاني: أثر وقوع الفُرقة بالقضاء و عدمه على بعض الأحكام.

يظهر أثر توقف التفريق على القضاء و عدمه في بعض الأحكام ، منها الإرث فلو مات أحد الزوجين قبل القضاء بالتفريق الذي وجد سببه ، ورثه الآخر إن احتاجت الفرقة إلى القضاء، شريطة عدم المانع من الإرث، كالاختلاف في الدين، لبقاء الزوجية التي تعدُّ سببًا للإرث بينهما ، أما الفرقة التي لا يشترط فيها القضاء ، فلا تستوجب ميراث الآخر ، لانتهاء الزوجية بوجود سببها دون ضرورة القضاء فيها ، علمًا أن الزوجية سبب التوارث بين الزوجين، فإن زالت لا يثبت الميراث لأحدهما من الآخر.

وكذا ما ذكر أبو الخطاب[1] في ميراث زوجة المفقود، التي مات زوجها الأول، أو ماتت قبل زواجها بالثاني، حيث قال: (إذا حكمنا بوقوع الفرقة بتفريق الحاكم ظاهرًا و باطنًا ورثت الثاني و ورثها، ولم ترث الأول ولم يرثها، و إن لم نحكم بوقوع الفرقة باطنًا، ورثت الأول و ورثها، ولم ترث الثاني ولم يرثها)[2].

و من الأحكام وقت العدة ، فتبدأ من وقت القضاء بالتفريق و الحكم به لا من وقت وجود سببه ، إن كانت الفرقة مما يتوقف على القضاء ، ومن وقت وجود سبب الفرقة ما لم تتوقف عليه[3].

---

(١)_ هو محفوظ بن أحمد بن الحسن ، أبو الخطاب الكلوذاني ، أحد أئمة الحنابلة و مصنفيهم ، سمع الكثير وتفقه بالقاضي أبي يعلى ، درس و أفتى و ناظر و صنّف في الأصول و الفروع و له شعر حسن ، توفي في جمادى الآخرة عن ثمان و سبعين سنة . من تصانيفه المفيدة ؛ الهداية و الانتصار و رؤوس المسائل و التهذيب في الفرائض . [البداية و النهاية (١٢ / ١٨٠) اسماعيل بن عمر بن كثير القرشي أبو الفداء ، ت(٧٧٤هـ)، مكتبة المعرف ، بيروت ، المطلع على أبواب المقنع (١ / ٤٥٣) محمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي أبو عبد الله (٦٤٥هـ/ ٧٠٩هـ)تحقيق: محمد بشير الإدلبي، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ط (١٤٠١هـ/ ١٩٨١م)] .

(٢)_ المغني لابن قدامة (٨ / ١١١) ، أحكام الأسرة في الإسلام للشلبي (٤٦٦).

(٣)_ تنقيح الفتاوى الحامدية (١ / ٥٥) لمحمد أمين بن عمر بن عابدين ، دار المعرفة .

المطلب الثالث : أثر العدالة في استقلال القاضي في سلطته .

مما سبق بيانه [1] العدل اسم من أسماء الله تبارك وتعالى، به قامت السموات والأرض ، وعليه قام حكم الله وملكه ، فهو أساس الملك، و القضاء حصنه و أداة تنفيذه، فبالقضاء العادل تصان الحقوق والأنساب و الأعراض، وتعاد لأصحابها إن استلبت منهم.

قال الإمام أحمد[2] رحمه الله ، مؤكدًا ضرورة القاضي و الحكم بين الناس بالعدل : (لا بد للناس من حاكم، لئلا تذهب حقوق الناس)[3].

ففيه دلالة واضحة على ضرورة وجود القاضي العدل لحفظ حقوق الناس من الضياع ، إذ لو كان حافظًا للمروءة ، غير مصرٍ على صغيرة، لا يقرب الكبائر، مما تغلب حسناته على سيئاته، ترتب أثر عظيم على قضائه بين الناس فيما يتعلق بأخص علاقاتهم الأسرية ، مما له دوره الفعال في فلاح المجتمعات وصلاحها و سعادتها أو في دمارها وخرابها[4].

فالذي يعيش حياة مستقرة مطمئنة تلازمه السعادة و الفلاح في حياته، و من كانت حياته مضطربة قلقلة تملؤها المنازعات و الخلافات و المشاكل الأسرية كان الدمار و الخراب مآلها.

و عليه ، فاستقلال القضاء هدف ثابت حتمي ، لتحقيق العدالة في المجتمع ، و ضمان حرية المواطنين و حقوقهم، مما يكسب الناس الثقة في نزاهة القاضي و شرعية قضاءه [5].

---

(١)_ تقدم بيانه ص (١٥) .

(٢)_ هو الإمام حقًا ، وشيخ الإسلام ، أبو عبد الله ، أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد بن إدريس بن عبد الله بن حيّان بن عبد الله بن أنس الشيباني المروزي البغدادي . ولد سنة أربع وستين ومائة ، صنف (المسند) و (التفسير) و(الناسخ و المنسوخ) و (المقدم والمؤخر في القرآن) ، (نفي التشبيه) وغيرها ، توفي سنة إحدى و أربعين و مائتين . [سير أعلام النبلاء (٩/ ٤٣٤ ، ٤٣٥، ٥٢٨، ٥٣٢)] .

(٣)_ كشاف القناع (٦ / ٢٨٦)، المغني لابن قدامة (١٠ / ٨٩).

(٤)_ أسنى المطالب (٤ / ٣٣٩)، حاشية العطار (٢ / ١٧٤) لحسن بن محمد بن محمود العطار ، دار الكتب العلمية .

(٥)_ النظام الدستوري للسلطة القضائية – انترنت – الجمهورية اليمنية (WWW.YEMEN-NIC.INFO).

الفصل الأول

سلطة القاضي في التفريق لعدم الإنفاق

ويتضمن المباحث التالية:

المبحث الأول: مشروعية سلطة القاضي في التفريق لعدم الإنفاق.

المبحث الثاني: أسباب التفريق لعدم الإنفاق و شروطه.

المبحث الثالث: سلطة القاضي في إجراءات دعوى التفريق لعدم الإنفاق.

المبحث الرابع: آثار سلطة القاضي في التفريق لعدم الإنفاق.

تمهيد

الزوجية رابطة مقدسة فهي حياة العمر التي تقوم على التعاون و المحبة و المودة ، وقد يعتريها من الظروف ما يمتلكه الإنسان و ما قد لا يمتلكه ، كما لو أعسر الزوج بالنفقة أو كان موسرًا ، لكنه امتنع عن الإنفاق. فما موقف الزوجة؟

هل تقف بجانب زوجها تشاطره آلام الفقر كما شاطرته لذة الغنى، أم تتخلى عنه وتطلب من القاضي التفريق؟

وهل هذا التفريق مطلق أم يرتكز على أسباب و شروط لعدم الإنفاق ، مما يستوجب السلطة للقاضي فيه.

هذا ما سأعرض له في ثنايا الفصل من مدى مشروعية سلطة القاضي في التفريق وأسباب و شروط عدم الإنفاق التي تمنحه سلطةً في التفريق ، و الإجراءات التي يتبعها في تفريقه، وما يترتب عليها من آثار، محاولةً إبراز حدود سلطته في التفريق ما وفقني المولى.

المبحث الأول

مشروعية سلطة القاضي في التفريق لعدم الإنفاق

يعدُّ البحث في مشروعية السلطة للقاضي لعدم الإنفاق من أهم الأسس التي يقوم عليها هذا الفصل، فمن خلاله تتبين مدى أحقية القاضي و مشروعية سلطته في التفريق من عدمها، بعد معرفة مناط سلطته في التفريق و أقوال الفقهاء وأدلتهم و الأحوال التي تمنح له في التفريق.

و سأفصِّل الحديث عنها بتوفيق الله تعالى ، في المطالب الآتية:

المطلب الأول: مناط سلطة القاضي في التفريق لعدم الإنفاق.

مما تقدم بيانه[1] عند الحديث عن ضوابط سلطة القاضي في التفريق، أن واجب القاضي تجاه الضرر ما أشارت إليه القاعدة (الضرر يزال). وعليه ، ينبغي أن تناط سلطة القاضي في التفريق لعدم الإنفاق بإزالة الضرر ما أمكن[2].و من هنا انطلق عمل القاضي في بذل الجهد و الوسع لإزالة الضرر ما أمكن.

أما القانون[3] فوافق القاعدة الشرعية في عدِّ مناط السلطة في التفريق ، انتفاء وجود مال ظاهر للزوج يمكن التنفيذ عليه بالنفقة، فإن وجد المال الظاهر فلا تفريق عليه ، إذ رفع الظلم و إزالة الضرر عنها مما يتعين سبيله في التنفيذ على هذا المال ، أما إن لم يوجد ولم يدع الزوج العسر أو اليسر، مع إصراره على عدم الإنفاق ترتب عليه الظلم والتعسف بحق الزوجة ، لذا تعين على القاضي التفريق في الحال.

وتعدّ مسألة استظهار وجود المال من مسائل الواقع المنوطة بقاضي الموضوع و لا رقابة عليه من محكمة النقض طالما أقام قضاءه على أسباب شرعية سائغة.

---

(١)_ تقدم بيانه ص (٣٧).

(٢)_ سبل السلام (٢ / ٣٢٨).

(٣)_ موسوعة الأحوال الشخصية (١ / ٣٥٨) ، المستشار : معوض عبد التواب ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ط٦ ، عـ(١٩٩٥م) ، أحكام الأسرة لسراج و إمام (١٠٥) د. محمد أحمد سراج / د. محمد كمال إمام ، دار المطبوعات الجامعية ، اسكندرية ، عـ(١٩٩٩م).

ومن أهم المبادئ التي قضت بها محكمة النقض المصرية [1] منوطة سلطة القاضي بها ، عملًا بالمادة الرابعة من المرسوم بقانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩ م ، ضرورة التزام القاضي بإمهال الزوج لأداء النفقة، قبل الحكم عليه بالتفريق، رفعًا للضرر وإزالةً للظلم المتحقق بالزوجة ، وهذا بدوره موافق لمبادئ الإسلام في قواعده الشرعية المقررة فيه، والله أعلم.

المطلب الثاني: آراء الفقهاء في سلطة القاضي في التفريق لعدم الإنفاق.

إذا لم تملك الزوجة نفقتها الواجبة بسبب الزوج كعسره أو امتناعه عن الإنفاق، ترتب عليه حالتان: حالة ملك الزوج مال ظاهر عنده أو عند شخص آخر وإثبات الزوجة لملكيته ، فعندئذٍ تتمكن من حصولها على حقها في النفقة ، فلا تفريق .

أما الحالة الثانية ، فعدم ملكية الزوج أو غيبته غيبة لا يعلم معها مكان ماله ، مما يؤدي إلى عدم ملكية النفقة للزوجة ، وعليه ، فهل للزوجة الحق في طلب التفريق من القاضي في هذه الحالة، بل هل يتم التفريق بين الزوجين بطلب الزوجة أم لا بد من تفريق القاضي بالسلطة الممنوحة له؟

اختلف الفقهاء في ثبوت هذا الحق للزوجة علاوةً على شرعية تفريق القاضي على أقوال:

القول الأول: قول الحنفية:

اختار الحنفية[2]عدم ثبوت هذا الحق للقاضي و لا للزوجة، فلو لم يمكن أخذ النفقة من الزوج ، لعدم ملكيته و فقره أو للجهل بها عليه أو لإخفائه بحيث لا يعلم مكانه ، فلا أحقية للقاضي في التفريق لطلب الزوجة، بل له أن يفرض لها نفقة عليه، و يأذن لها بالاستدانة[3] عليه، أو يحبسه.

---

(١)_ أحكام الأسرة الإسلامية (٢٨٦) المستشار : حسن حسانين رئيس الاستئناف ، دار الآفاق العربية ، ط١ ، عـ(١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م).

(٢)_ حاشية رد المحتار (٣ / ٦٤٩)، البناية (٥ / ٥٠٥) لأبي محمد محمود بن أحمد العيني ، دار الفكر ، بيروت ، ط١ ، عـ (١٤٠٠هـ ، ١٩٨٠م) ، ط٢ ، عـ (١٤١١هـ _ ١٩٩٠م) ، تحفة الفقهاء (٢ / ١٦٣) لعلاء الدين السمرقندي (٥٣٩هـ) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط٢، (١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م) ، الفتاوى الهندية (١ / ٥٥٠).

(٣)_ (الاستدانة: شراء الطعام على أن يؤدي الزوج ثمنه، و قال الخصاف: هي : الشراء بالنسيئة ليقضي الثمن من مال الزوج) ، البناية (٥ / ٥٠٥)، حاشية رد المحتار (٣ / ٦٤٩).

إلا أنهم استحسنوا أن ينصب القاضي الحنفي نائبًا عنه ممن مذهبه التفريق بين الزوجين إذا كان الزوج حاضرًا وأبى عن الطلاق، به قال الزهري[1] و عطاء بن يسار[2] و الحسن البصري[3] و الثوري[4] وابن أبي ليلى[5] و ابن شبرمة[6]. و هو قول الزيدية و الظاهرية و الإباضية[7] الذين اختاروا إجبار الزوج على الإنفاق أو الطلاق.

والزيدية أجازوا للقاضي التفريق فيما لو امتنع الزوج عن الإنفاق مع سهولة تكسبه[8] ، و تعذر إجباره على الإنفاق أو الطلاق ، أما إن عجز عن التكسب فلا يفرق بينهما. لا فرق بين غيبة الزوج وحضوره و تمرده و إعساره.

أما إن كانت الزوجة غنية أو موظفة تعمل بإذن زوجها ، فالرأي عند الحنفية[9] ألا يفرق بينها و بين زوجها ، بل تستدين من مالها و ترجع عليه إن أيسر .

---

(١)_ هو أبو بكر محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب الزهري ، قال حفص بن ربيعة لعراك : من أعلم من رأيت ؟ قال : أعلمهم بالحلال و الحرام ابن المسيب ، و أغزرهم حديثاً عروة ، و لا تشاء أن تقع من عبيد الله بن عبد الله بن عتبة علم لا تسمعه إلا منه إلا وقعت ، و أعلم هؤلاء كلهم عندي ابن شهاب لأنه جمع علمهم إلى علمه . [طبقات الفقهاء للشيرازي (٦٣/ ٦٤) لأبي اسحاق الشيرازي الشافعي ؛ (٣٩٣هـ / ٤٧٦م) ، تحقيق : د . إحسان عباس ، دار الرائد العربي ، بيروت ، لبنان ، عـ (١٩٧٠م) .] .

(٢)_ هو عطاء بن يسار المدني الفقيه ، مولى أم ميمونة أم المؤمنين ، ثقة إمام ، كان يقضي بالمدينة ، روى عن كبار الصحابة ، قال ابن قتيبة : كان عطاء قاضيًا و يرى القدر و يكنى أبا محمد ، توفي سنة ثلاث و مائة و هو ابن أربع و ثمانين سنة . [شذرات الذهب (٢ / ١٩ و ما بعدها)] .

(٣)_ هو الحسن البصري ، أبو سعيد ، إمام أهل البصرة و خير أهل زمانه ، ولد لسنتين بقيتا من خلافة عمر ، شهد يوم الدار، أبوه مولى زيد بن ثابت ، وأمه مولاة أم سلمة ، قيل : أن أم سلمة كانت تعلله بثديها من صغره حتى تجيء أمه فيدرّ عليه ، فيروون أن علمه و فصاحته وورعه من ذلك ، ، قال أبو عمرو بن العلاء : ما رأيت أفصح من الحسن ، وقال ابن سعد في طبقاته : كان جامعًا عالمًا رفيعًا فقيهًا حجة مأمونًا ناسًا كثير العلم فصيحًا، توفي سنة (١١٠هـ) . [شذرات الذهب (٢/ ٤٨ وما بعده)] .

(٤)_ هو سفيان بن سعيد بن مسروق بن حبيب بن رافع بن عبد الله بن موهبة بن أبيّ بن عبد الله بن منقذ بن نصر بن الحارث ، ذكر ابن سعد أنه من ثور طانجة ، و قيل : هو من ثور همدان ، ولد سنة سبع و تسعين ، وهو شيخ الإسلام ، أبو عبد الله الثوري الكوفي المجتهد ، مصنف كتاب (الجامع) ، توفي سنة ست وعشرين ومائة . [سير أعلام النبلاء (٧ / ١٧٤ - ١٧٥)] .

(٥)_ هو محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى ، العلامة الإمام مفتي الكوفة وقاضيها ، أبو عبد الرحمن الكوفي الأنصاري ، ولد سنة نيف وسبعين ، كان نظيرًا للإمام أبي حنيفة في الفقه ، وقاضيًا على الكوفة ، توفي سنة ثمان و أربعين ومائة . [سير أعلام النبلاء (٦ / ٤٧٦ - ٤٧٧ - ٤٧٨ - ٤٧٩)] .

(٦)_ هو عبد الله بن شبرمة ، الإمام العلامة ، فقيه العراق ، أبو شبرمة ، قاضي الكوفة ، حدّث عن أنس بن مالك و ابن واثلة والشعبي و غيرهم ، و حدث عنه الثوري و ابن المبارك و غيره ، روي أنه كان يسهر في الفقه فربما لم يقم إلى الفجر ، توفي سنة أربع و أربعين و مئة .
[سير أعلام النبلاء (٦ / ٥٠٠)] .

(٧)_ التاج المذهب (٢ / ٢٨٦) أحمد بن قاسم العنسي الصنعاني ، مكتبة اليمن ، البحر الزخار (٤ / ٥٨ – ٦٨) أحمد بن يحيى بن المرتضى ، دار الكتاب الإسلامي ، المحلى بالآثار (٩ / ٥٦) لعلي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، دار الفكر ، شرح النيل (٦ / ٤٨٣) محمد بن يوسف بن عيسى أطفيش ، مكتبة الإرشاد.

(٨)_ تكسبه : من كسبت مالًا كسبًا ربحته ، و كسب لأهله و اكتسب طلب المعيشة . [المصباح المنير (٢٠٣) مادة (كَسِبَ)].

(٩)_ حاشية رد المحتار (٣/ ٦٤٩).

ووافق الظاهرية [1] رأي الحنفية في أن المرأة الغنية تكلف بالإنفاق على نفسها و زوجها إلا أنهم خالفوا الحنفية فرأوا فرأوا أنها الا ترجع عليه بشيء من ذلك إن أيسر.

القول الثاني: قول الجمهور (المالكية و الشافعية و الحنابلة):

أثبت جمهور الفقهاء[2]للزوجة الحق في طلب التفريق لعدم الإنفاق، و ألزموا القاضي الاستجابة لطلبها عند ثبوت صحة دعواها على اختلافٍ بينهم في التفصيلات، إلا أنهم قيدوا حقها في طلب التفريق باشتراط ثبوته عند القاضي بعد الرفع إليه، فلا تفسخ بنفسها، بل ترفع أمرها إلى القاضي ليأمره بالطلاق أو يفرق عليه.

فإن كانت الزوجة غنية أو موظفة تعمل بإذن زوجها فالرأي عندهم سقوط نفقة الزوجة عن زوجها بعسره وعدم مطالبته بها إن أيسر ، فإن كانت غنية أو عاملة بإذنه و كان معسرًا لم يفرق بينهما ، لعدم إيجابها عليه أصلًا .

القول الثالث : قول ابن القيم الجوزية [3]:

و مذهبه جواز التفريق للقاضي بطلب الزوجة لعدم إنفاق الزوج بشروط :

أولًا : إذا ادعى الزوج غناه عند العقد و تبين أنه فقير .

ثانيًا : إذا ثبت أنه من أصحاب اليسار و الغنى و امتنع عن الإنفاق .

المطلب الثالث: الأدلة و المناقشة

أولًا : الأدلة:

استدل فقهاء الحنفية ومن وافقهم في عدم التفريق لما ذهبوا إليه بالأدلة الآتية:

- **أولًا: القرآن الكريم**

- قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا ۚ سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴿٧﴾ ﴾ سورة الطلاق .

---

(١)_ المحلى بالآثار (٩ / ٥٦).

(٢)_ حاشية الصاوي على الشرح الصغير(٢ / ٤٨٣)، ، أبو العباس أحمد الصاوي ، دار المعارف ، المدونة الكبرى (٤ / ٢٥٨) مالك بن أنس الأصبحي ، دار صادر ، طبعت بمطبعة السعادة بجوار محافظة مصر،عـ(١٣٢٣هـ)، مغني المحتاج (٣ / ٥٨٢)، المجموع (١٨ / ٢٧١) للإمام أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي ، دار الفكر ، المغني (٩ / ٢٤٨)، الإنصاف (٩ / ٤٠٩).

(٣)_ زاد المعاد (٥ / ٤٥٦) لمحمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله ، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، عبد القادر الأرناؤوط ، مؤسسة الرسالة ، مكتبة المنار الإسلامية ، بيروت ، الكويت ، ط١٤ ، عـ(١٤٠٧هـ/ ١٩٨٦م).

وجه الاستدلال بالآية: لا يكلف الزوج بالإنفاق على زوجته حال فقره، فلا يعد آثمًا بالامتناع عنه، لذا ما صلح الإعسار سببًا في التفريق من باب أولى [1].

- قَالَ تَعَالَى: ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ۚ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ ۖ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿٢٨٠﴾ ﴾ سورة البقرة . تدل الآية على عدم ظلم الزوج إن لم ينفق على زوجته لعسره وفقره ، وتؤكد على ضرورة إنظار صاحب الدين الزوجة زوجها إلى حين اليسار[2] .

• ثانيًا: من السنة المطهرة

- غضب النبي ﷺ على نسائه و اعتزلهن شهرًا حين طالبنه بما ليس عنده من نفقة، حتى قلن له: (والله لا نسأل رسول الله شيئًا أبدًا ليس عنده)[3]. في الحديث دلالة واضحة على عدم التفريق لمجرد الإعسار عن النفقة[4].

- كان من الصحابة رضي الله عنهم المعسر و الموسر، بل والمعسرون أضعاف الموسرين، و لم يؤثر عن النبي ﷺ أنه فرق بين زوج و زوجته بهذا السبب [5]، و لو كان الإعسار مبيحًا للتفريق لقضى به ولو في قضية واحدة أو لبين للزوجة أن لها هذا الحق[6].

---

(١)_ أحكام القرآن للجصاص (٣ / ٦٩٣) أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص الحنفي ؛ ت (٣٧٠ هـ) ، دار الفكر، بيروت ، لبنان .

(٢)_ أحكام القرآن للجصاص (١ / ٦٥٠ وما بعدها).

(٣)_ أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب : الطلاق ، باب : بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقًا إلا بالنية ، رقم (١٤٧٨) ، (١٠/ ٦٤) ، و اللفظ له .

* سنن النسائي الكبرى ، كتاب عشرة النساء ، باب : إذا لم يجد الرجل ما ينفق على امرأته هل يخير امرأته ، رقم (٩٢٠٨) (٥/ ٣٨٣) أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي ، ت (٣٠٣ هـ)، تحقيق : د . عبد الغفار سليمان البنداري ، سيد كسروي حسن دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط١ ، عـ (١٤١١هـ/ ١٩٩١م) .

* سنن البيهقي الكبرى ، كتاب : النكاح ، باب : ما وجب عليه من تخيير النساء ، رقم (١٣٠٤٧) (٧/ ٣٨) للإمام أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي ؛ ت (٤٥٨هـ) ، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مكتبة : دار الباز ، مكة المكرمة ، عـ (١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م)..

* مسند أبي عوانة ، كتاب الطلاق ، باب : بيان الخبر الدال على إيجاب النفقة للنساء على أزواجهن ،رقم (٤٥٨٦) (٣/ ١٧٤) لأبي عوانة يعقوب بن اسحاق الإسفرائيني ت(٣١٦هـ)، تحقيق: أيمن بن عرف الدمشقي ، دار المعرفة، بيروت ، لبنان ، ط١، (١٤١٩هـ/ ١٩٩٤م).

* مسند أبي يعلى ، رقم (٢٢٥٣) (٤/ ١٧٥) للإمام أحمد بن علي بن المثنى التميمي ؛(٢١٠/ ٣٠٧هـ) ، تحقيق : حسين سليم أسد ، دار المأمون للتراث ، دمشق، بيروت ، ط١، عـ (١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م).

(٤)_ نيل الأوطار (٦ / ٣٨٦).

(٥)_ التلخيص الحبير ، كتاب النفقات ، (٤/ ٣١) ابن حجر العسقلاني ؛ الإمام أبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد بن محمد بن حجر العسقلاني ؛ ت (٨٥٢هـ) ، تحقيق : عادل أحمد عبد الموجود ، علي محمد معوض ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .

* زاد المعاد لابن القيم ، (٥/ ٥١٩) .

(٦)_ نيل الأوطار للشوكاني (٦ / ٣٨٦) محمد بن علي بن محمد الشوكاني ،(١١٧٣هـ/ ١٢٥٠هـ) ، تحقيق: أحمد محمد السيد ، محمد أديب الموصللي ، دار الكلم الطيب ، بيروت ، ط١ ، عـ(١٤١٩هـ/ ١٩٩٩م) .

• **ثالثًا: من المعقول**

أولًا: يبطل حق الزوج بمنفعة زوجته عند امتناعه عن الإنفاق ، بينما يتأخر حق الزوجة بأن تصير النفقة دينًا في ذمة زوجها و تستوفى لاحقًا ، وضرر بطلان حق الزوج أقوى من ضرر الزوجة بعدم الإنفاق ، لذا فما يتبع النكاح من فوات المال و الإنفاق لا يلحق بمقصود عقد النكاح و ما شُرِّع لأجله من إكثار ذرية وتناسل . وعملًا بالقاعدة:(إذا اجتمع ضرران، ارتكب أخف الضررين) فكان عدم التفريق أولى ، لأن فيه أخف الضررين(١).

ثانيًا: يعدُّ الامتناع عن الإنفاق مع القدرة عليه ظلمًا وتعسفًا لا يتوقف دفعه على التفريق، بل يمكن دفعه بحبس الزوج لحمله على الإنفاق، أو ببيع ماله إن عرف مكانه، أو إظهار ماله الذي أخفاه، ليكون زاجراً له عند الظلم، أما الممتنع عن الإنفاق مع عجزه فليس بظالم بل مستحق للنظرة إلى ميسرة، لقوله تعالى: ﴿ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴿٢٨٠﴾ ﴾ سورة البقرة .

ثالثًا: دفع الحاجة الدائمة قد لا يتيسر بالاستدانة، و أحيانًا قد لا تجد الزوجة من يقرضها، علاوة على أن توقع غنى الزوج مآلًا أمر متوهم ، لذا كان التفريق ضروريًا إذا طلبته الزوجة من القاضي ممن مذهبه التفريق و الذي عينه القاضي الحنفي نائبًا عنه ، شريطة حضور الزوج و امتناعه عن الطلاق لإعساره(٢).

ولعل دليلهم على عدم التفريق بين الغنية وزوجها و الاستدانة من مالها هو مناط التفريق عندهم بحصول الضرر بالزوجة ، ولا ضرر على زوجة غنية أعسر زوجها عن الإنفاق ربما فترة من الزمن .كما أن الأصل عندهم عدم التفريق و لو كانت فقيرة بل الاستدانة عليه ، فلأن تستدين من مالها من باب أولى ، والله أعلم .

بينما استدل الجمهور بالأدلة الآتية:

• **أولًا : القرآن الكريم**

_ قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ ﴿٢٢٩﴾ ﴾ سورة البقرة .

وقوله: ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴿١٩﴾ ﴾سورة النساء ،وقوله:﴿ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟ ﴿٢٣١﴾ ﴾ سورة البقرة.

(١)_الهداية (٢ / ٣٢٩)، البناية (٥ / ٥٠٦)، الاختيار (٤ / ٦)، البحر الزخار (٤ / ٥٨).

(٢)_ حاشية رد المحتار (٣ / ٦٤٨ ، ٦٤٩).

تدل الآيات دلالة واضحة على بالغ الضرر و عظيم أثره عند إمساك الزوجة مع عدم الإنفاق عليها مما يتنافى مع ما أمر الله به من الإمساك بالمعروف، فإن أمسكها مع يساره و امتناعه عن الإنفاق كان مضارًا بها ، علمًا أن الضرار والمضارة[1] مما نهى الشرع عنه ، إذ يجب عليه التسريح بالإحسان، فإن لم يفعل ناب عنه القاضي ، رفعًا لظلمه و دفعًا للضرر عن الزوجة[2].

• ثانيًا: من السنة المطهّرة

– روي عن أبي هريرة[3] رضي الله عنه، أن النبي ﷺ قال: (أفضل الصدقة ما ترك غنى[4] ، واليد العليا خير من السفلى ، وابدأ بمن تعول[5]، تقول المرأة : إما أن تطعمني و إما أن تطلقني)[6]. ففي الحديث دلالة على أحقية المرأة بطلب التفريق عند الامتناع عن الإنفاق.

---

(١)_ المضارة : أن تضر من ضرك . [المغرب (١٦٠) ، المصباح المنير (١٣٦) مادة (ضَرَر)].

(٢)_ أحكام القرآن لابن عربي (١ / ٢٧٠) لأبي بكر محمد بن عبد الله ؛ المعروف : بابن العربي (٤٦٨هـ/ ٥٤٣هـ) ، تعليق : محمد عبد القادر عطا ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .

(٣)_ هو الإمام الفقيه المجتهد الحافظ ، صاحب رسول الله ﷺ ، أبو هريرة الدوسي اليماني ، اختُلف في إسمه على أقوال أرجحها : عبد الرحمن بن صخر الدوسي ، وهو من قبيلة دوس ، احتج المسلمون قديمًا وحديثًا بحديثه ، لحفظه وجلالته وإتقانه وفقهه، توفي سنة تسع وخمسين ، وقيل: سنة سبع وخمسين ، وقيل : سنة ثمان وخمسين . [سير أعلام النبلاء (٤/ ١٧٥ – ١٩٣ – ٢٠٢ – ٢٠٣)] .

(٤)_ ما ترك غنى : فضل العيال ، أي ما كان عفواً قد فضل عن غنى ، و الظهر قد يراد في مثل هذا إشباعًا للكلام و تمكينًا كأن صدقته مستندة إلى ظهر قوي من المال . [غريب الحديث لابن الجوزي (٢/ ٦٠) ،النهاية في غريب الحديث والأثر(٢/ ١٤٧)].

(٥)_ تعول : تعين ، أي ما بقيت لك بعد إخراجها كفايةً لك و لعيالك و استغناءً ، يقال عال الرجل عياله يعولهم إذا قام بما يحتاجون إليه من قوت وكسوة و غيرهما . [غريب الحديث لابن الجوزي (٢/ ١٣٥) ، الفائق (٣/ ٧٨) للعلامة جار الله محمود بن عمر الزمخشري ، تحقيق : محمد أبو الفضل ابراهيم و علي محمد البجاوي ، دار الفكر ، ط٣ ، عـ (١٩٧٩م) ، النهاية في غريب الحديث والأثر (٢/ ٢٧٢)].

(٦)_ أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب : النفقات ، باب : وجوب النفقة على الأهل و العيال، (٥٠٤٠) (٣/ ١٩٢٢) ، واللفظ له ، [و أعقبه بقوله : قالوا يا أبا هريرة سمعت هذا من رسول الله ﷺ قال : لا هذا من كيس أبي هريرة].

* سنن النسائي الكبرى ، كتاب : عشرة النساء ، باب : إذا لم يجد الرجل ما ينفق على امرأته هل يخير امرأته ، رقم (٩٢١١) ، (٥/ ٣٨٥) .

* سنن البيهقي الكبرى ، كتاب : النفقات ، باب : الرجل لا يجد نفقة امرأته ، (١٥٤٨٨) (٧/ ٤٧٠) [قال البيهقي : رواه سعيد بن أبي أيوب عن ابن عجلان ، و رواه ابن عيينة و غيره عن ابن عجلان عن المقبري عن أبي هريرة رضي الله عنه و جعل آخره من قول أبي هريرة ، و كذلك جعله الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة قالوا : يا أبا هريرة هذا شيء تقوله من رأيك أو من قول رسول الله ، قال : لا بل هذا من كيس أبي هريرة] .

* سنن الدار قطني ، كتاب : النكاح ، باب : المهر ، (١٩٠) (٣/ ٢٩٦) علي بن عمر الدار قطني ؛ ت (٣٨٥هـ) ، تنسيق : السيد عبد الله هاشم يماني المدني ، بالمدينة المنورة ، الحجاز ، دار المحاسن بالقاهرة ، عـ (١٣٨٦هـ/ ١٩٦٦م).

* مسند أحمد بن حنبل ، مسند أبي هريرة رضي الله عنه ، (٧٧٢٧) (٧/ ٤٤٨) .

– قوله ﷺ : (لا ضرر و لا ضرار)[1]. يفيد الحديث بعمومه منع إلحاق الضرر بالغير، أو المضارة بين اثنين ليضر كل منهما صاحبه[2].

– ما روي عن أبي الزناد[3]، قال: (سألت سعيد بن المسيب[4] عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته أيفرق بينهما؟ قال: نعم، قلت له: سنَّة؟ قال: سنَّة)[5].

---

(١)_ الضرار : أن يضر الرجل فينقصه الرجل أخاه فينقصه شيئًا من حقه و هو فعل الواحد و ابتداء الفعل . [النهاية في غريب الحديث والأثر (٢/ ٧٧) ، مادة (ضَرَر)].

* أخرجه ابن ماجه ، كتاب : الأحكام ، باب : من بنى في حقه ما يضر بجاره ، رقم (٢٣٤٠) (٢ / ٧٨٤) الإمام أبو الحسن الحنفي المعروف بالسندي ؛ ت (١١٣٨ هـ)، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ،عـ (١٣٩٥هـ/ ١٩٧٥م) ..

* مسند أحمد ، مسند عبد الله بن العباس ، رقم (٢٨٦٧) (٣ / ٢٦٧) .

* سنن البيهقي الكبرى ، كتاب : الرهن ، باب : لا ضرر و لا ضرار ، رقم (١١١٦٧) (٦ / ٦٩) .

* المستدرك على الصحيحين ، كتاب : البيوع ، (٢ / ٥٨) محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري أبو عبد الله (٣٢١ / ٤٠٥ هـ) ، تحقيق : مصطفى عبدالقادر عطا ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط١(١٤١١هـ/ ١٩٩٠م)..

* الدراية في تخريج أحاديث الهداية ، كتاب : الديات ، رقم (١٠٤١) ، (٢ / ٢٨٢) ، [رواه ابن ماجه عن عبادة بن الصامت أنّ رسول اللهﷺ قضى أنه لا ضرر و لا ضرار ، و فيه انقطاع] ابن حجر العسقلاني ؛ الإمام أبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد بن محمد بن حجر العسقلاني ، تعليق: عبد الله هاشم اليماني المدني ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .

* نصب الراية ، كتاب : الديات ، باب : ما يحدثه الرجل في الطريق ، (٤ / ٣٨٤) نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية ، للعلامة جمال الدين الزيلعي ، اعتنى بهما : أيمن صالح شعبان ، دار الحديث ، القاهرة ، ط١ ،عـ (١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م) .

* رواه الطبراني في الأوسط ، باب : من اسمه أحمد ، رقم (٢٧٠) ، (١/ ١٤٠) أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبراني ، تحقيق : أيمن صالح شعبان ، سيد أحمد اسماعيل ، دار الحديث ، القاهرة ، ط١ ، عـ (١٤١٧هـ/ ١٩٩٦م) . .

* مجمع الزوائد ، كتاب : البيوع ، باب : لا ضرر و لا ضرار ، رقم (٦٥٣٦) ، (٤/ ١٩٨) ، [قال الهيثمي : روى الحديث الطبراني في الأوسط ، و فيه ابن اسحاق و هو ثقة ، لكنه مدلس] نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي ؛ ت (٨٠٧هـ) ، تحقيق : عبد الله محمد الدرويش ، ج٤ ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، عـ (١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م).

(٢)_ التلخيص الحبير ، باب القسمة ، رقم (٢٦٣٥) (٤ / ٣٦٢)، طرح التثريب (٨ / ٤٩) لعبد الرحيم بن الحسين العراقي ، دار إحياء الكتب العربية .

(٣)_ هو عبد الله بن ذكوان ، ولد سنة (٦٥هـ) و توفي سنة (١٣١هـ) ، مولى رملة بنت شيبة بن ربيعة ، أصله من همذان ، ولِّي خراج العراق ، كان فقيهًا أحد علماء المدينة ، تابع في طلب العلم و الفقه و الشعر، قال أبو حنيفة : كان أبو الزناد أفقه من ربيعة . [شذرات الذهب (٢/ ١٣٥، ١٣٦) ، سير أعلام النبلاء (٦ / ٢٢٧ ، ٢٢٨وما بعدها) ، طبقات الفقهاء للشيرازي (٦٥)] .

(٤)_ هو سعيد بن المسيب المخزومي القرشي ، ولد سنة (١٥هـ) سيد التابعين و إمامهم ، صهر أبي هريرة على ابنته، أحد فقهاء المدينة السبعة ، توفي بالمدينة سنة (٩٤هـ) [سير أعلام النبلاء (٥/ ٢١٥ هـ)] .

(٥)_ سنن البيهقي الكبرى ، كتاب : النفقات ، باب : الرجل لا يجد نفقة امرأته ، رقم (١٥٤٨٥) ، (٧/ ٤٦٩) .

* سنن الدار قطني ، كتاب النكاح ، باب : المهر ، رقم (١٩٣) ، (٣/ ٢٩٧) .

* نيل الأوطار ، كتاب : النفقات ، باب : إثبات الفرقة للمرأة ، رقم (٣٠٠٠) ، (٤/ ٤٩٢) ، [قال الشوكاني بعد ذكر الحديث : و هذا مرسل قوي] .

فقول سعيد: سنة، ينصرف إلى سنة رسول الله ﷺ ليكون حجة في إثبات المطلوب[1].

• ثالثًا: من المعقول

– يلزم للتفريق ضرورةً قاضٍ يقضي به ، لأنه مختلف فيه بين الفقهاء وهو محل الرأي والاجتهاد، لذا افتقر إلى قاض يحكم به ، كالتفريق بالعنة، هذا ، ويستوجب تفريقه طلب الزوجة ، لأنه لحقها فلم يجُز من غير طلبها كالتفريق للعنة[2].

– للزوجة طلب التفريق عند عجز الزوج عن الاتصال بها اتصالًا جنسيًا ، ويجاب طلبها بالاتفاق ، لما يترتب من ضرر على بقائها معه على هذا الحال، و أشد من هذا الضرر ما يترتب على العجز عن الإنفاق ، لذا لها الحق في طلب التفريق عنده بطريق أولى[3].

ثانيًا: المناقشة و الترجيح

– ناقش فقهاء الحنفية[4] ما أورده الأئمة الثلاثة من الآيات و الأحاديث بأن استدلالهم لجواز التفريق متعين في حق الممتنع عن الإنفاق مع القدرة عليه ، بالتماس القاضي رفع الظلم عن الزوجة به ، ليتحقق مناط التفريق من رفع الضرر والظلم عنها ، أما المعسر فلا ظلم منه ، لأنه مستحق للنظرة إلى ميسرة كما قال تعالى: ﴿ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴿٢٨٠﴾ ﴾ سورة البقرة .

و ردُّوا على قياس الجمهور بأنه قياس مع الفارق، لأن المال في الزواج تابع بخلاف الاتصال الجنسي ، فمقصوده أصالة التوالد و التناسل، و فوات التابع لا يلحق بفوات المقصود أصالة، و لضرورة النفقة دينًا في ذمة الزوج عند الامتناع عنها، خلافًا للاتصال الجنسي الذي يسقط حق الزوجة فيه عند تعذره، لذا افترق القياس معه.

– كما ردوا على استدلال الجمهور بالحديث : (امرأتك ممن تعول ، تقول أطعمني أو فارقني) . بأن محل الاستشهاد هو قول المرأة : (أطعمني أو فارقني) ، وقد عُقِّبَ على الحديث بأن قولها من كلام أبي هريرة رضي الله عنه.

---

(١)_ التلخيص الحبير ، كتاب : النفقات ، رقم (١٦٦٣) ، (٤/ ٨) .

(٢)_ مغني المحتاج (٣ / ٥٨٢)، بجيرمي علي الخطيب (٤ / ٨٧)، المغني (٩ / ٢٤٨)، منار السبيل (٢ / ٢٢٠) للشيخ ابراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان ، ت(١٣٥٣هـ) ، تخريج : فريد عبد العزيز الجندي ، دار الحديث ،القاهرة ، ط(١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م) .

(٣)_ بداية المجتهد (٣ / ١٠٢٣)، مغني المحتاج (٣ / ٥٧٩)، روضة الطالبين (٩ / ٧٦) إشراف : زهيرالشاويش ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، دمشق ، عمان ، ط٣ ، ط(١٤١٢هـ/ ١٩٩١م) ، كشاف القناع (٥ / ٥٦٤)، الإنصاف (٩ / ٤٠٩) .

(٤)_ الهداية (٢ / ٣٢٩)، البناية (٥ / ٥٠٦)، الاختيار (٤ / ٦) عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي ، ومعه تعليقات للشيخ محمود أبو دقيقة ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، المبسوط (٥/ ١٧٥) .

– أما الجمهور فناقشوا أدلة الحنفية ومن وافقهم بقصورها على عدم جواز تفريق المعسر فقط، علمًا أن مذهبهم لا يجيز طلب التفريق لعدم الإنفاق مطلقًا ، لا فرق بين عجز الزوج و إعساره ، أو امتناعه عن الإنفاق مع القدرة عليه ، وعدُّوا أدلتهم قاصرة على إثبات مذهبهم[1].

و ما ورد أن الحديث من كلام أبي هريرة يردّ عليه ، أنه ما كان لأبي هريرة أن يزيد في الحديث لولا فهمه أو سماعه منه ﷺ ، لما عرف عنه من ورعه و شدة تقواه رضي الله عنه.

و يبدو لي بعد علم الله بالصواب ، أن أدلة الجمهور لا تفيد أكثر من النهي عن الإمساك ضرارًا، لأنه ظلم يلحق الضرر بالزوجة ، و صورته متحققة في الامتناع عن الإنفاق مع يسار الزوج، وقد وافقهم الحنفية حين استحسنوا للقاضي الحنفي أن ينصب قاضيًا نائبًا عنه ممن مذهبه جواز التفريق لعدم الإنفاق حالة امتناع الزوج عن الإنفاق مع قدرته المادية.

لذا فإني أصوّب، جواز التفريق إذا كان الامتناع عن الإنفاق مع يسار الزوج و قدرته، وعدم جوازه حالة الامتناع لإعساره و فقره، و على الزوجة إنظاره إلى حين اليسار ، فإن أيسر وأنفق تحقق المطلوب ، و إن لم ينفق مع يساره جاز التفريق ، إذ لو جاز تفريق القاضي بين كل من افتقر وزوجته لعمَّ البلاء وتفاقم الشر و فسخت أنكحة أكثر الناس، مما ينافي بدوره روح الشريعة ومبادءها العامة، التي توجب الوفاء و المعاونة في السراء و الضراء، و تجعل الصلة بين الزوجين صلة روحية قائمة على المودة والرحمة لا صلة تجارية لا وفاء فيها و لا مروءة. والله أعلم.

المطلب الرابع : أحوال سلطة القاضي في التفريق لعدم الإنفاق قانونًا .

أخذ القانون السوري[2] بمذهب الجمهور في جواز التفريق إذا امتنع الزوج عن الإنفاق أو أعسر بناءً على طلب الزوجة . جاء في المادة (١١٠) ما نصه :

(١ . يجوز للزوجة طلب التفريق إذا امتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته و لم يكن له مال ظاهر و لم يثبت عجزه عن النفقة .

٢ .إن أثبت عجزه أو كان غائبًا أمهله القاضي مدة مناسبة لا تتجاوز ثلاثة أشهر فإن لم ينفق فرق القاضي بينهما)

(١)_ تقريرات عليش (٣ / ٤٩٤) تقريرات العلامة محمد بن أحمد بن محمد الملقب بعليش ؛ ت (١٢٩٩هـ) ، خرج آياته وأحاديثه: محمد عبد الله شاهين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط٢ ، عـ (٢٠٠٣م / ١٤٢٤هـ) ، مغني المحتاج (٣ / ٥٨٠ وما بعدها)، الحاوي الكبير(١١ / ٤٥٥) أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري ، تحقيق: علي محمد معوض / عادل أحمد عبد الموجود ، تقديم : أ.د. محمد بكر اسماعيل / أ. د.عبد الفتاح أبو سنة ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط١ ، عـ (١٤١٩هـ/ ١٩٩٩م) .

(٢)_ شرح قانون الأحوال الشخصية السوري للصابوني (٢/ ٨٢).

بينما يجري العمل في المحاكم المصرية على مذهب الإمام أبي حنيفة[1] النعمان رحمه الله تعالى. وبالنظر إلى واقع الحياة العملية أن بعض الأزواج قد يمسك زوجته إضرارًا بها فلا هو مطلقها ولا منفق عليها، فإن حكم بتنفيذ النفقة عليه من ماله ، فضل السجن على دفعها نكاية بزوجته و إمعانًا في إذلالها، مما يعَدُّ ظلمًا يأباه الله و رسوله، لذلك صدر مرسوم رقم (٢٥) لسنة (١٩٢٠)عُمل فيه بمذهب الإمام مالك[2] رحمه الله تعالى و من وافقه من الفقهاء، مخالفًا المذهب الحنفي .

وقد تضمنت تعليمات وزارة العدل المصرية بمنشوراتها الوزارية فيما يتعلق بالمادة الرابعة منها، الأحوال التي يفرق فيها القاضي على الزوج الحاضر الذي ليس له مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه وهي:

- **أولًا**: إذا تصادق الطرفان على الإعسار، أو أنكرته الزوجة و أثبته الزوج ، فعندئذٍ يمهل الزوج مدة لا تزيد على شهر، فإن أنفق خلالها فلا تفريق ، وإلا فرق القاضي عليه، بقوله:(فسخت نكاحكِ منه أو طلقتكِ منه).

- **ثانيًا**: إذا ادعى الإعسار و لم يثبته لا بمصادقة ولا ببينة.

- **ثالثًا**: إذا سكت الزوج و لم يقل أني موسر أو معسر، و أصر على عدم الإنفاق، و بالأولى إذا قال إني موسر و أصر على عدم الإنفاق، ففي هاتين الحالتين الأخيرتين يفرق عليه القاضي بدون إمهال، بإحدى الصيغتين السابق ذكرهما. علماً أنه لا بد من طلب الزوجة التفريق في كل حال سالف ذكره[3].

و بالنظر لما تقدم، نجد أن القانون المصري موافق في مضمونه مذهب الإمام مالك رحمه الله تعالى، و إن خالفه في بعض التفصيلات، إلا أنه أغفل ذكر بعض الجزئيات التي لم يذكرها في ثنايا الموضوع، كالتفريق حالة غنى المرأة ويسارها، أو حالة تطوع شخص ثالث بالإنفاق أو مع علم الزوجة بإعسار زوجها حال العقد.

---

(١)_ هو أبو حنيفة ، النعمان بن ثابت بن زوطى التيمي الكوفي ، الإمام فقيه الملة ، عالم العراق ، مولى تيم الله بن ثعلبة ، ولد سنة (٨٠هـ) في حياة صغار الصحابة ، عني بطلب الآثار ، وإليه المنتهى في الفقه والتدقيق في الرأي و غوامضه ، توفي سنة (١٥٠هـ) ، وله سبعون سنة . [سير أعلام النبلاء (٦/ ٥٢٩- ٥٣٠- ٥٣٧) ، طبقات الفقهاء للشيرازي (٨٦).

(٢)_ هو شيخ الإسلام ، حجة الأمة ، إمام دار الهجرة ، أبو عبد الله ، مالك بن أنس بن أبي عامر بن عمرو بن الحارث بن غيمان بن حثيل بن عمرو بن الحارث ، ولد سنة (٩٣هـ) ، عام وفاة الصحابي الجليل أنس بن مالك خادم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وله من التصانيف كتاب (المدونة) وكتاب (الواضحة) ، توفي سنة (١٧٩هـ) ، وله من العمر تسع وثمانون سنة . [سير أعلام النبلاء (٧/ ٣٨٢- ٣٨٣- ٤٠٩- ٤٣٤)] .

(٣)_ موسوعة الأحوال الشخصية لمعوض عبد التواب (١ / ٣٥٧)، الوجيز في الأحوال الشخصية للسمني (٤٣١) د. حسن علي السمني ، ط(١٩٩٨م/ ١٩٩٩م) ، أحكام الأحوال الشخصية لخلاف (١٦٠) عبد الوهاب خلاف ، على وفق مذهب أبي حنيفة و ما عليه العمل في المحاكم اليوم ، دار القلم ، شارع السور ، ط٢ ،(١٤١٠هـ/ ١٩٩٠م).

و على هذا ، يجب على المشرع البحث فيما ذكر من مسائل متفرعة عن التفريق لعدم الإنفاق أو الإحالة فيها إلى مذهب الإمام مالك الذي استند إليه في المسألة خاصة ، إذ لا تفيد الإحالة إلى المذهب الحنفي الذي يعدُّ المرجع العام لكل ما سكت عنه القانون، لعدم تعرضه لما في المسألة من أحكام فرعية ، فهو لا يجيز التفريق لعدم الإنفاق أصلًا ، مع أن هذه المسائل متفرعة عنها.

المبحث الثاني

أسباب التفريق لعدم الإنفاق و شروطه

ترتكز سلطة القاضي على أسباب و شروط شرعية لعدم الإنفاق، تمنحه الصلاحية في التفريق مما يجعلها مشروطة لتمكينه السلطة ، و يفقدها ما لم تتحقق الأسباب و تتوافر الشروط.

المطلب الأول: معنى عدم الإنفاق الموجب للتفريق.

حدد جمهور الفقهاء[1] النفقة التي يستوجب عدمها التفريق بالقوت الضروري الذي لولاه ما استطاعت الزوجة الحياة، وقدّروه بأقل نفقتها و أقل مسكن يجب لها وأقل كسوتها، و قالوا يكفي الخبز دون الإدام[2] ، فإن عجز عن الخبز كان لها طلب التفريق. و زاد مذهبا المالكية والحنابلة[3] قولًا يحدد للزوجة الغنية نفقة الأغنياء، كما اتفق المالكية والشافعية و الحنابلة [4] على عدم التفريق للعجز عن نفقة ماضية.

أما الحنفية[5] فلم ينصوا في كتبهم عن النفقة الماضية ، إلا أنهم ذكروا ضرورة إلزام القاضي الزوج بالاستدانة والإنفاق إن أَعْسَرَ عن نفقة الحاضر ، فإن عجز عنها في الماضي فمن باب أولى لا يفرق.

قال الهيتمي[6] في فتاويه الكبرى[7]: (.... نعم لها الفسخ بشرط أن تقيم بينة عادلة تشهد عند قاضٍ

---

(١)_ تقريرات عليش (٣ / ٤٩٤)، مغني المحتاج (٣ / ٥٨١ – ٥٨٢)، بجيرمي على الخطيب (٤ / ٨٥ – ٨٦)،الإنصاف (٩ / ٤٠١ – ٤٠٢)، كشاف القناع (٥ / ٥٦٤).

(٢)_ الإدام : هو ما يؤتدم به ، قال ابن الأنباري : معناه الذي يطيب الخبز و يصلحه و يلتذ به الآكل . [المغرب (١٨) ، المصباح المنير (٤) ، مادة (أَدَمُ)] .

(٣)_ الشرح الصغير (٢ / ٤٨٣)، المبدع (٧ / ١٦١).

(٤)_ شرح منح الجليل (٢ / ٤٤٣)، مغني المحتاج (٣ / ٥٧٩)، الحاوي الكبير (١١ / ٤٥٥) ،الإنصاف (٩ / ٤٠٥)، المقنع (٣ / ٣١٥).

(٥)_ المبسوط (٥/ ١٧٥) .

(٦)_ هو الشيخ شهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي المكي ، ولد سنة (٩٠٩ هـ) و توفي سنة (٩٧٣هـ) ، جمع بأسانيده ما يتعلق بالعدل و العادل وأهداها إلى السلطان سليمان خان ، من مؤلفاته ؛ تحفة المحتاج لشرح المنهاج) . [كشف الظنون (١ / ٥٧) للعلامة : مصطفى بن عبد الله القسطنطيني الرومي الحنفي ؛ الشهير بالملاّ كاتب الجلبي ؛ والمعروف بحاجي خليفة ؛ (١٠١٧هـ/ ١٠٦٧هـ) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ع(١٤١٣هـ / ١٩٩٢م) .] .

(٧)_ الفتاوى الفقهية الكبرى (٤ / ٢١٤) أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي الشافعي، المكتبة الإسلامية.

بإعساره[1] عن أقل نفقتها وعن أقل مسكن يجب لها و عن أقل كسوتها....). فيدل قوله « أقل نفقتها وأقل مسكن يجب لها و أقل كسوتها » على حد النفقة اللازم لنفي إعسار الزوج الموجب للتفريق .

و يوجب التحقق من العجز و الإعسار بالنفقة المحددة آنفًا سلطةً للقاضي تكسبه النظر في سبب الدعوى والتحقق منه ، ليتمكن من السير في إجراءات الدعوى اللازمة .

و من الملاحظ عدم تعرض القانون السوري[2] لبيان حد النفقة الذي يترتب التفريق على الإعسار بها بيانًا كافيًا، غير ما ذكر في المادة (١١٠) في الإنفاق على عمومه و إطلاقه . لذا فالذي يتبادر أنَّ المراد بمقدار النفقة التي يجب التفريق بالعجز عنها (مقدار النفقة الواجبة للزوجة على الزوج ، يقدِّرها القاضي على حسب حال الزوجين).

و يعد السودان أول بلد عربي فصَّلت أحكامه هذا الموضوع أخذًا من المذهب المالكي الذي يعتنقه إخواننا المسلمون في القطر الشقيق، جاء في المادة (٨) منه ما نصه:

(إذا قدر الزوج على القوت كاملاً ولو من خشن المأكول أو خبز بغير إدام وعلى الكسوة التي تواري جميع البدن ولو من خشن الملبوس فلا تطلق عليه)[3].

هذا وقد استمد القانون السوري[4] أحكامه من مذهب الإمام مالك في مسألة التفريق لعدم الإنفاق ، لذا كان من الممكن تفسير حد النفقة اللازمة لتفريق القاضي بالنفقة الضرورية الحاضرة والمستقبلية لا الماضية ، حتى لو قدر الزوج على الإنفاق بقدر الضرورة ، وعجز عن إتمام الواجب عليه ، لم يفرق القاضي عليه.

و في تقديري ، يتوجب على القانون تفسير حد النفقة اللازمة لنفي الإعسار الموجب للتفريق بالرجوع إلى مذهب الإمام مالك[5] والقضاء على ضوء الأحكام المنصوص عليها في المذهب ، علمًا أن الحنفية لم ينصوا على مقدار النفقة الواجبة الواجبة للتفريق بالعجز عنها، و الله أعلم.

---

(١)_ الإعسار مصدر أعسر إذا افتقر . [المغرب (١٧٧) ، مادة (عَسُرَ)] .

(٢)_ المرشد في قانون الأحوال الشخصية (١ / ٣٩٥ – ٣٩٦)، قانون الأحوال الشخصية للكويفي (٥١) ،الزواج و الطلاق و آثارهما لغادة همج (١٢٤) ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري للصابوني (١/ ٣١١).

(٣)_ مدى حرية الزوجين في الطلاق للصابوني (٢ / ٨٥٣) د. عبد الرحمن الصابوني ، تقديم : الشيخ أبو زهرة ، د. مصطفى السباعي ، دار الفكر ، ط٢.

(٤)_ شرح أحكام الأحوال الشخصية لشقفة (٢ / ١٤١) ، محمد فهر شقفة ، تقديم : فضيلة الأستاذ القاضي محمد الشماع ، مستشار الغرفة الشرعية لمحكمة النقض بدمشق ، دراسة قانونية فقهية مقارنة على ضوء الاجتهاد القضائي ، نقابة محامين حلب ،أحكام الأسرة في الإسلام للشلبي(٥٦٤).

(٥)_ تقدمت ترجمته ص (٥٦).

المطلب الثاني: شروط عدم الإنفاق.

يتضح مما سبق ، ضرورة بيان الشروط الشرعية للتفريق ، ويتفرع عنها تنوع اشتراطها بين حضور الزوج و غيبته وسجنه . و يمكن إجمال تلك الشروط بالحالات التالية:

أولًا: شروطه على الزوج الحاضر

يشترط لتفريق القاضي بسبب عدم الإنفاق عدة شروط مع حضور الزوج :

الشرط الأول: الامتناع عن الإنفاق.

اشترط المالكية و الحنابلة[1] امتناع الزوج الحاضر عن النفقة للزوجة (معسرًا أم موسرًا) ، وخصُّوا يسار الزوج بجواز إنفاق الزوجة على نفسها من ماله ، و إلا أجبره القاضي على الإنفاق ، فإن أصر على الامتناع فرق عليه .و عند المالكية في المسألة قولان: الأول : يطلق عليه القاضي، و الثاني : يسجنه حتى ينفق.

بينما اشترط الشافعية[2] امتناعه عن النفقة بسبب عجزه و إعساره عنها ، على تنوعها حالًا أو مآلًا ، كأن يكون موظفًا فيفصل، أو تاجرًا فيفلس، و لا تفريق عندهم مع يسار الزوج و قدرته على الإنفاق ، وللقاضي إجباره عليها .

علاوةً على ذلك ، للزوجة أن تأخذ من مال زوجها ولو بدون رضاه مع يسره وغناه، ولا تطلب التفريق لامتناعه ، فإن لم تستطع فعليها رفع الأمر إلى القاضي لإجباره . فالتفريق عندهم للعجز و الإعسار و الممتنع عن الإنفاق مع القدرة عليها ليس بمعسر.

جاء في نهاية المحتاج ما نصه[3]: (إذا عجز الزوج عن نفقة زوجته ولم تصبر فلها فسخ الزواج بعد أن ترفع الأمر إلى القاضي ..... أما إن صبرت و أنفقت على نفسها أصبحت النفقة في ذمة زوجها تأخذها متى أيسر).

ولعل السبب في اختلافهم حول علة التفريق ، هو عند المالكية و الحنابلة ذات الامتناع عن النفقة بقصد الضرر ، دون تبرير شرعي للامتناع ، فامتناعه مع اليسار والإعسار واحد ، و كذا الضرر الحاصل للزوجة واحد ، لذا أجازوا التفريق و لو مع القدرة على الإنفاق.

أما العلة عند الشافعية فهي ذات الإعسار ، فإن لم يثبت عسره فلا تفريق.

---

(١)_ الشرح الصغير (٢ / ٤٨٣)، المدونة الكبرى (٤ / ٢٥٨)، المغني (٩ / ٢٤٩)، المقنع (٣ / ٣١٩).

(٢)_ الحاوي الكبير (١١ / ٤٥٧).

(٣)_ نهاية المحتاج (٦ / ٦٦٣).

و شرط الامتناع عن الإنفاق نص عليه القانون في المادة الرابعة منه ، حيث جاء ما نصه[1]: (إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله. فإن لم يكن له مال ظاهر و لم يقل إنه معسر أو موسر و لكن أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال).

هذا و لم يتعرض القانون لمسألة ما إذا تطوع شخص بالإنفاق على الزوجة حتى يوسر الزوج، إلا أن السادة المالكية والحنابلة تعرضوا لها حين عدوا قصد الضرر بالامتناع وتحققه علة للتفريق ، حتى إذا زال الضرر بتطوع شخص آخر بالإنفاق تحقق المطلوب و اندفعت الحاجة .

الشرط الثاني: عدم المال الظاهر للزوج :

لا خلاف بين أئمة الجمهور[2] في اشتراط عدم المال الظاهر للزوج ، فللزوجة طلب التفريق إن لم تصبر على فقره مع امتناعه وعدم المال الظاهر لديه ، أما إن وجد فلها أخذ النفقة منه و بيع عروضه[3] و ما يملكه شريطة أن يؤجله القاضي مدة لعله ينفق خلالها.

هذا ما عمل به القانون[4] حيث عدَّ المال الظاهر: مما يمكن التنفيذ عليه بالطرق العادية (كالحجز والبيع) وهو غاية القانون (٢٥) و قصده من عدم تمكن الزوجة الوصول إلى ما تنفق منه، حتى إذا وجد مال ظاهر للزوج و استطاعت الزوجة استيفاء حقها منه ، انتفى مبرر التفريق لعدم الإنفاق.

وزادوا : علم الزوجة بالإعسار:

إذ يصح معه التفريق عند الشافعية و الحنابلة[5] ، وعليه فرضى الزوجة بعد علمها بإعسار زوجها أو علمها ولو بدون رضاها لا يسقط حقها في طلب التفريق ، لأنه حق متجدد في كل يوم، و كذا لو اشترط عليها أن لا نفقة لها عليه ، لأنه مما يخالف مقتضى العقد.

---

(١)_ قانون الأحوال الشخصية للكويفي(٥١)، الزواج و الطلاق لغادة همج (١٢٤).

(٢)_ شرح منح الجليل (٢ / ٤٤٣)، حاشية الدسوقي (٣/ ٤٩٤)، الحاوي الكبير (١١ / ٤٥٧)، المغني (٩ / ٢٤٦).

(٣)_ العروض : المتاع ، و قالوا : الدراهم و الدنانير عين و ما سواهما عرض ، و قيل: الأمتعة التي لا يدخلها يل و لا وزن ولا تكون حيوانًا و لا عقارًا . [المصباح المنير (١٥٣) ، مادة (عَرْضُ)] .

(٤)_ الوجيز في الأحوال الشخصية (٤٣٢)، التطليق في الأحوال الشخصية للفقى (١٥). المستشار : عمرو عيسى الفقى ، المكتب الفني للموسوعات القانونية ، شارع بورسعيد ، عمارة اللؤلؤة .

(٥)_ روضة الطالبين (٩ / ٧٨)، الإنصاف (٩ / ٤٠٢)، المقنع (٣/ ٣١٥).

لم يخالفهم إلا المالكية و ابن القيم[1] في إسقاط حق الزوجة بطلب التفريق إذا علمت بفقر زوجها وعسره عند العقد.

ولم يتعرض القانون للمسألة مع أنه استمد أحكامه فيها من المذهب المالكي، و المذهب كما تبين لا يرى للزوجة حقًا في طلب التفريق مع علمها بفقر زوجها وعسره ، طالما رضيت بالمقام معه على فقره وعسره بعد علمها بذلك عند العقد ، وأسقطت حقها على ما هو المشهور في المذهب.

علمًا أن الشافعية و الحنابلة أنصفوا الزوجة حين منحوها حق التفريق لعسر زوجها عن النفقة مع علمها بالإعسار ، لأن الضرر اللاحق بها جراء عدم النفقة عليها متحقق في كلا الحالين ، علمها بالإعسار و عدمه، وهكذا يتضح منح السلطة للقاضي للنظر في تحقق الضرر اللاحق بالزوجة رغم علمها بالإعسار حال العقد، إذ لا يلزم من علمها بالإعسار إسقاط حقها في التفريق، لأن العلم بالشيء ما كان مسقطًا للحقوق المترتبة عليه ، والله أعلم.

ثانيًا: شروطه على الزوج الغائب و (المسجون) .

يشترط للتفريق مع غيبة الزوج و سجنه شروط:

الشرط الأول: العلم بالإعسار مع غيبة الزوج .

انفرد السادة الشافعية[2] بضرورة العلم بإعسار الزوج حال غيبته ، حتى إذا جهل حاله لا تفريق للإعسار عندئذ ، لإمكان يساره ، وللزوجة أن تنفق على نفسها ما دام زوجها غائبًا و لا يعرف حاله ، ونفقتها دين في ذمته إلى أن يرجع . أما إذا علم إعساره في غيبته بالمكان الذي يقيم فيه فيجوز طلب التفريق. ولعل وجهة النظر في التفريق للإعسار ، أما اليسار فلا تفريق معه بحضور الزوج أو غيبته .

الشرط الثاني: الامتناع عن الإنفاق:

لم يفرق المالكية و الحنابلة[3] بين حضور الزوج وغيبته، و لا بين إعساره و يساره ، فبمجرد امتناعه عن الإنفاق يجب التفريق ، إلا أنه يجوز للزوجة مع يسار زوجها و غيبته الأخذ من ماله لتنفق على نفسها ، و إلا باع القاضي من عقاراته في غيبته إن ترك عقارًا ، فإن غاب الزوج ولم يترك نفقة و لا عقارًا يبيعه القاضي عليه ، فللزوجة الحق في طلب التفريق. و في تقديري ، للمسجون حكم الغائب من حيث الامتناع عن الإنفاق و عدمه وتحقق الإعسار و عدمه ، و الله أعلم.

---

(١)_ حاشية الدسوقي (٢ / ٥١٨)، زاد المعاد (٥/ ٤٥٦) ، سبل السلام (٢ / ٣٢٥)، تقدمت ترجمته ص (٢٣).

(٢)_ فتاوى الرملي (٣ / ٣٧٧) شهاب الدين أحمد بن أحمد الرملي ، المكتبة الإسلامية ، أزدمير، ديار بكر ، تركيا .

(٣)_ الشرح الصغير (٢ / ٤٨٣)، المدونة الكبرى (٤ / ٢٥٨)، الإنصاف (٩ / ٤٠٠ وما بعدها)، الفروع (٥ / ٤٤٧) .

هذا، و فرق القانون[1] في الغيبة بين القريبة و البعيدة، فتختص الغيبة القريبة بتنفيذ حكم النفقة على الزوجة إن لم يترك الزوج نفقةً لها و كان له مال ظاهر ، بعد رفع الدعوى إلى القاضي بطلب التفريق ، أما إن غاب الزوج غيبة قريبة ولم يترك نفقة و لا مالًا ظاهرًا لديه ، فللزوجة الحق في طلب التفريق.

بينما تعدُّ الغيبة البعيدة موجبة للتفريق في الحال عند عدم وجود مال ظاهر ، وكذا الحكم فيمن لم يعرف مكانه و لم يترك لزوجته نفقة و لم يكن له مال ظاهر، ومنه المفقود.

أما **المسجون** فيعطى حكم الغائب غيبة قريبة ، شريطة أن يكون مكانه مما يصل إليه الخبر بمدة لا تتجاوز تسعة أيام، فإن تجاوزها أعطي حكم الغائب غيبة بعيدة.

و لم يتعرض **القانون** لحال الزوجة من يسار و إعسار ، فلم يفرق بين الغنية والفقيرة، بينما اختار الدكتور الصابوني التفرقة بينهما[2]، لإمكانية إنفاق الزوجة الغنية على نفسها و زوجها فلا تفريق عندئذٍ ، لعدم تحقق مناط التفريق من إلحاق الضرر بها مع غناها و يسار حالها .

وكذا الزوجة التي لا مال لها ولها كسب تستطيع الإنفاق منه كموظفة مثلًا، إذ يجب عليها الإنفاق على زوجها حرصًا على بقاء الحياة الزوجية ما أمكن لذلك سبيلًا، خاصة أن الفقر والغنى لا يدوم حاله. أما من لا كسب لها فلا تُطالب بالعمل للإنفاق .

و إنني أوافق رأي الدكتور الصابوني في التفرقة بين الزوجة الغنية و الفقيرة ، حرصًا على تحقيق الألفة و المودة والديمومة لعقد الزواج، علمًا أن في تجاهل حال الزوجة ، يسارًا و إعسارًا ، لفقر زوجها و إعساره ، عدم توازن في إعطاء الأحكام و بتر قطعي مباشر للعلاقة الزوجية وإنهاء لها لا داعٍ له مما يبغضه الله و رسوله.

أضف إلى ذلك ، ادعاء الغنية التفريق لعدم الإنفاق ، قد لا يسببه الإعسار، وعلى القاضي النظر في سبب الدعوى و القضاء لما قدمته من أسباب ناشئة عن الشقاق و الضرر و عدم الألفة ، فضلًا عن أن المرأة الغنية قد لا تطاوعها نفسها طلب التفريق لعدم الإنفاق و هي معروفة بين الناس بالغنى و اليسر.

---

(١)_ الوجيز في الأحوال الشخصية(٤٣٣، ٤٣٤)،موسوعة الأحوال الشخصية(٥٨٧)،التطليق في الأحوال الشخصية(١٧).

(٢)_ مدى حرية الزوجين في الطلاق (٢ / ٨٥٤).

المبحث الثالث

سلطة القاضي في إجراءات دعوى التفريق لعدم الإنفاق

الدعوى أول مراحل الخصومة، فهي أول ما يَظهر فيها أثر سلطة القاضي و صلاحيته في تفريقه ، من خلال تحققه و تثبته من توافر شروطها، و صفة الخصوم فيها، و التمييز بينهم، ودوره في قَبول الدعوى، و مدى توافر طرق إثباتها، ومن ثم الحكم عليها و نفاذها ، إلى انتهائها أو سقوطها.

المطلب الأول: سلطة القاضي في سير دعوى التفريق لعدم الإنفاق

يعَد سير الدعوى بداية مرحلة التقاضي بين الزوجين، ليظهر من خلالها دور القاضي وسلطته في التفريق ، و قدرته على التحقق من توافر شروط صحتها وقَبولها، إلى انتهائها بوجود أسباب عدم سماعها.

أولًا: شروط صحة دعوى التفريق لعدم الإنفاق

تشترط جملة شروط لصحة دعوى التفريق لعدم الإنفاق، بعضها يتعلق بأطراف الدعوى (المدعي و المدعى عليه)، و بعضها في المدعى به، و بعضها في ركن الدعوى نفسه.

وتسري هذه الشروط على جميع الدعاوى في فصول الأطروحة كاملة ، مع بعض التفصيلات التي تخص سبب كل دعوى على حدة ، مما سيأتي بيانه في موضعه.

و سأعرض لهذه الشروط ما وفقني الله ؛ محاولةً إبراز دور القاضي في التفريق لعدم الإنفاق وسلطته.

- **أولًا : شروط أطراف الدعوى (المدعي و المدعى عليه)**

يشترط في كل من المدعي و المدعي عليه أربعة شروط على اختلاف بين الفقهاء في بعض التفصيلات ، وهي:

- **أولًا: الأهلية:**

تُعَدُّ الدعوى و الخصومة فيها تصرفًا شرعيًّا، لذا اشتُرط فيها أهلية كلٍّ من المدعي والمدعى عليه لهذا التصرف، ومن لم يكن أهلاً قام من يمثله مقامه.

و الأصل اشتراط الأهلية الكاملة للتصرفات الشرعية فيمن يكون خصمًا في الدعوى، إلا أنه اكتفى بعض الفقهاء بالأهلية الناقصة في المدعى عليه أو كليهما، على التفصيل الآتي:

اشترط فقهاء الحنفية[1] العقل في المدعي و المدعى عليه، فلا تصح دعوى المجنون و الصبي الذي لا يعقل، ولا الدعوى عليهما، أما الصبي المميز[2] صح منه أن يكون مدعيًا و مدعى عليه إذا كان مأذونًا له، أما الصغير أو المحجور عليه فيقوم وليه مقامه، إذ لا تصح الدعوى منهما أو عليهما.

- بينما اختار فقهاء المالكية[3] التفريق بين المدعي و المدعى عليه، فلا يشترط في المدعي البلوغ أو الحرية أو الرشد، فتصح من العبد و السفيه، أما المدعى عليه فيشترط فيه توافر كامل الأهلية للتصرفات الشرعية، أي كونه مكلفًا، فلا يصح سماع الدعوى على من لا يصح إقراره.

ومما ينبغي للقاضي فعله[4] أن يوكل على ناقص الأهلية وكيلًا يفوض إليه جميع أموره، لتكون هذه الخصومة من أموره التي ينظر له فيها و فيما شابهها، لأنه حقٌ على القضاة أن لا يهملوا الأيتام، أما توكيل القاضي وكيلًا عليه لهذه الخصومة ثم يعزله عنها فمكروه.

- أما الشافعية[5] فاشترطوا من حيث الأصل أهلية تكليف كلٍّ من المدعي و المدعى عليه و تعيينه والتزامه للأحكام، فتصح من الرقيق والمحجور عليه لسفه أو فَلَس، خلافًا لغير المكلف ، إذ لا تقبل منه الدعوى ولا عليه .

- وأما الحنابلة[6] فذهبوا إلى أن الدعوى و الإنكار لا يكونان إلا من جائز التصرف حرًا رشيدًا.

ولم يفرق أحد من الفقهاء بين الذكورة و الأنوثة في طرف الدعوى (المدعي والمدعى عليه) ، وكذا ساوى القانون[7] بينهما حيث عدَّ الزوجة الرشيدة غير القاصرة في دعوى التفريق، لا تحتاج فيها إلى إذن الولي.

و يظهر دور القاضي في تحققه و تثبته من توافر ما اشترطه المذهب المعمول به في طرفي الدعوى من أهلية كاملة أو ناقصة، حتى يأذن له بالخصومة مدعيًا أو مدعى عليه.

---

(١)_ بدائع الصنائع (٨ / ٤١٢).

(٢)_ المميز : من تميز الشيء انفصل عن غيره ، و الفقهاء يقولون سن التمييز هي السن التي إذا انتهى إليها عرف مضاره ومنافعه [المصباح المنير (٢٢٤) ، مادة (مَيَزَ)] .

(٣)_ مواهب الجليل (٦ / ١٢٧)..

(٤)_ تبصرة الحكام (١ / ١٥٤).

(٥)_ مغني المحتاج (٤ / ١٤٢).

(٦)_ أسنى المطالب (٤ / ٣٩١).

(٧)_ المرجع في قضاء الأحوال الشخصية (١ / ٢٨٥).

و هكذا يتضح أن سلطة **القاضي تقديرية** ، يُعمل بها فكره[1]، وما لديه من مكنون علمه بتفصيلات الأحكام الشرعية في المسألة، وفقًا للنظر و المقايسة لإقامة شرع الله تعالى.

ثانيًا: التعيينُ:

اشترط فقهاء الشافعية[2]دون غيرهم التعيين في كلٍّ من المدعي و المدعى عليه، إذ لا يمكن فصل الدعوى بغيره، ولا صدور حكم على مجهول أو لمجهول أو إنهاء خصومة مع جهالة المدعي أو المدعى عليه .

و على القاضي أن لا يقبل مثل هذه الدعوى ما لم يمكن تعيين المدعي أو المدعى عليه، و هو بدوره يقدر إمكان ذلك من عدمه، وفقًا لسلطته التقديرية.

علمًا أنّه لا مجال لإعمال هذا الشرط في التفريق ، لإلزام القاضي بطلب الزوجة في شرعية تفريقه على الخلاف المذهبي الآتي بيانه ، وهي بدورها مدعية فتعينت بطلبها، وكذا تعين الزوج المدعى عليه لأنها في عصمته ، والله أعلم.

ثالثًا: حضور الخصم:

ذكر فقهاء الحنفية و الحنابلة في أحد أقوالهم[3] لصحة سماع الدعوى ، ضرورة حضور الخصم (المدعى عليه) الذي الذي تُوَجَّه إليه الدعوى ، أو أن يقيم و كيلًا عنه لسماع الدعوى، أو نائبًا شرعيًا كوصي القاضي أو نائبه حكمًا.

بينما أجاز المالكية و الشافعية و الحنابلة في المذهب عندهم[4]، القضاء على الغائب في الحقوق المدنية لا الحقوق الخالصة لله تعالى، لكنهم اشترطوا لجوازه وجود البينة و العلم بالمدعى به و قدره ونوعه ووصفه.

و الواقع أن من يتتبع أحكام الحنفية في هذا الشأن يفهم منها أنهم يعتبرون حضور المدعى عليه أثرًا من آثار دعوى المدعي يترتب عليها ، و ليس شرطًا من شروطها[5] .

---

(١)_ تناول البحث في السلطة التقديرية للقاضي بتوسع د. محمود محمد ناصر بركات، وهو بحث مقدم لكلية الشريعة – في جامعة دمشق ، عـ (٢٠٠٤م) ، بإشراف: الدكتور وهبة الزحيلي ، وقد أفدت منه كثيرا ، دار النفائس ، الأردن ، ط١ ، عـ(١٤٢٧هـ/ ٢٠٠٧م).

(٢)_ مغني المحتاج (٤ / ١٤٢).

(٣)_ فتح باب العناية (٣ / ١٢٤)، بدائع الصنائع (٨ / ٤١٥)، الإنصاف (١١ / ٢٢٧).

(٤)_ التاج و الإكليل لمختصر خليل (٨ / ٢٧١)، مغني المحتاج (٤ / ٥٤١ – ٥٤٢)، أسنى المطالب (٤ / ٣٢٥).

(٥)_ بدائع الصنائع (٨ / ٤١٥) ، [وبما أن حضور الخصم أثرٌ من آثار دعوى المدعي عند الحنفية فقد زال الخلاف بينهم و بين الجمهور في المسألة ، كما لا مجال لذكر الأدلة التفصيلية في المسألة لعدم تعلقها بصلب البحث، والله أعلم] .

و جرى العمل بمذهب المالكية فيما عرض للقضاة[1] من قضايا متعلقة بدعوى التفريق لعدم الإنفاق ، إذ لم يصحح القاضي دعوى الزوجة لتعذر تحصيل نفقتها من المدعى عليه بسبب غيابه عنها، و انقطاع أخباره، لاحتمال وجود مال للزوج الغائب يمكن تنفيذ حكم نفقة المدعية منه، لذا كلف القاضي المدعية تصحيح دعواها، وفقًا لما نصت عليه المادة (٤٢) من قانون المحاكمات الشرعية، فإذا صححت دعواها، بأن ادعت تعذر تحصيل نفقتها من المدعى عليه، وفق ما نصت عليه المادة (٩١) من قانون حقوق العائلة، دون تقييد ما ذكر بسبب غيابه، كلفتها المحكمة بالإثبات.

و في ذلك دليل واضح على جواز قضاء القاضي على الغائب ، يضاف إليه إمكان تنفيذ النفقة على المدعية عند احتمال وجود مالٍ للزوج إن كان غائبًا ، شريطة تصحيح الدعوى و وجود البينة والإثبات لها.

ويظهر دور القاضي و سلطته في تقدير مدى التثبت من وجود البينة و إثبات الدعوى ، وبيان إمكانية الإنفاق من مال الغائب من عدمه ، و الله أعلم.

رابعًا: الصفة:

اشترط فقهاء المذاهب الأربعة[2] أن يكون كلٌّ من المدعي و المدعى عليه ذا شأن وصلة واضحة في القضية التي أثيرت حولها الدعوى، و المراد بالشأن هنا ، ما يعترف به المشرع و يراه كافيًا لتخويل المدعي حق الادعاء و لتكليف المدعى عليه الجواب والمخاصمة.

و يظهر دور القاضي في مدى تحققه من توافر شرط وجود الصلة و العلاقة بين المدعي و المدعى عليه بالدعوى ، لذا فهي سلطة تقديرية تخول القاضي النظر في شأن كل من المدعي و المدعى عليه و مدى صلته بالدعوى.

•ثانيًا : شروط المدعى به:

- أولًا: تعيينه و العلم به:

اشترط أئمة المذاهب الأربعة[3] تعيين المدعى به و العلم به ، بما ينتفي معه الجهالة ، ببيان المدعي لقدره ونوعه ووصفه، و وجوبه وسببه، حتى أن جهالة المدعى به تفسد الدعوى عندهم .

---

(١)_ القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية (١ / ٣٠٧) للقاضي الشيخ أحمد محمد علي داوود ، عضو محكمة الاستئناف الشرعية ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، الأردن ، ط١ ، عـ(١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م).

(٢)_ بدائع الصنائع (٨ / ٤١٤)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (٦ / ١٢٥)، مغني المحتاج (٤ / ١٤٢)، مطالب أولي النهى (٦ / ٥٠١).

(٣)_ الهداية (٣ / ١٥٢)، شرح مختصر خليل للخرشي (٧ / ١٧٣) محمد بن عبد الله الخرشي ، دار الفكر ، مغني المحتاج (٤ / ١٤١)، مطالب أولي النهى (٦ / ٥٠٢).

وعليه جرى العمل في قضاء المحاكم السورية و الأردنية [1]إذ اشترطوا لصحة الدعوى في التفريق للعجز عن دفع النفقة ، أن تتضمن بيان عدم المال للمدعى عليه، يمكن معه تنفيذ حكم النفقة عليه ، فكان مما استقر عليه الاجتهاد السوري من تاريخ (٢٠/ ١٠/ ١٩٨٢م)إلى الوقت الحالي ، إلزام المحكمة الاستيضاح عن سبب التفريق والعلم به لإمكان متابعة السير في إجراءات الدعوى أصولًا ، و على قضاة المحكمة الاستيضاح من المدعية عن السبب الذي تقيم عليه طلبها بالتفريق ، فإن قامت الدعوى على أكثر من سبب واحد دون تعيين له و لا علم به لم يعتد بأي من تلك الأسباب ، لأن قانون الأحوال الشخصية السوري ذكر أسبابًا متعددة للتفريق بين الزوجين ولكلٍّ واحد من هذه الأسباب أصوله ومقوماته و إجراءاته و آثاره و نتائجه ، و هو يختلف عما سواه من أسباب التفريق، و كل ذلك من النظام العام ، وهو ما نصت عليه المادة (١٢٧) من قانون الأحوال الشخصية الأردني .

حتى إذا وجد لبس أو غموض في ألفاظ الدعوى كان مدعاة لعدم صحتها ، كما لو ذكرت المدعية في دعواها عدم وجود مال للمدعى عليه في هذا البلد، دون إطلاق نفي المال، فلا يكفي ذلك في دعوى طلب التفريق للعجز عن دفع النفقة، بل تكلف المدعية بتصحيح دعواها.

كما و تكلف إزالة اللبس و توضيح موقفها في الدعوى، إذ لا يجوز طلب التفريق لعدم الإنفاق ولعلة الإساءة معًا في دعوى واحدة، علمًا أن طلب التفريق لعدم الإنفاق يختلف عن طلبه لعلة الإساءة سواء في الإجراءات الواجب اتباعها ، أم في النتائج المترتبة على كل منها، مما يؤدي إلى اللبس و الجهالة التي تضيع على القاضي تحديد النهج الذي يجب عليه سلوكه ، و يمنحه الشرعية في رد هذه الدعوى لجهالتها و غموضها و اللبس فيها.

و عليه ، يظهر دور القاضي و سلطته في تقديره وجود الجهالة في المدعى به من عدمها ، فهي سلطة تقديرية مخولة له لينظر من خلالها في حال المدعى به.

- ثانيًا: ألا يكذب المدعى به ظاهر الحال:

اختص الحنفية و الحنابلة[2] دون غيرهم باشتراط مطابقة المدعى به لظاهر الحال ، إذ لا تسمع الدعوى بمدعى به يكذبه العرف و العادة وظاهر الحال.لذا فسلطة القاضي في التحقق من المطابقة و الموافقة بين المدعى به و ظاهر الحال سلطة تقديرية تخوله النظر في ظاهر الحال و مدى مطابقته للمدعى به .

---

(١)_ الوافي في قضاء الأحوال الشخصية (٢٧١) للمحامي : محمد أحمد عبد الرحمن ، دار النابغة ، حمص ، المرشد في قانون الأحوال الشخصية (١ / ٣٩٨ – ٣٩٩)، دعاوى الطلاق و الطاعة (٢٣) المستشار : فتحي حسن مصطفى ، منشأة المعارف بالاسكندرية، المكتبة القانونية ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية (١ / ٣١٠).

(٢)_ بدائع الصنائع (٨ / ٤١٩)، مطالب أولي النهى (٦ / ٥٠٢).

- **ثالثًا: أن يترتب على المدعى به نفع شرعي:**

وهذا مما اختص به فقهاء المالكية و الشافعية[1]، فإن كان المدعى به مما لا يطلب شرعًا، أو حقيرًا[2] لا تطلبه الهمة مثلاً، لم يسمع القاضي الدعوى.

وتتجلى سلطة القاضي في تعيين و تحديد النفع الشرعي جراء طلب الزوجة التفريق لعدم إنفاق زوجها عليها، والتحقق من إزالة الضرر مما يقدره القاضي، كذلك ليتحقق مناط التفريق لعدم الإنفاق .

هذا و تنبه القضاء في سورية[3] للعمل وفق هذا الشرط ، كما لو توقَّى الزوج التفريق بنفقته عن شهر واحد بعد تركها أشهرًا عديدة، مما اضطر الزوجة لرفض دعواه و إبطالها ، إلا أن الزوج أعاد سيرته الأولى بترك النفقة ، و تكرر موقفه ثلاث مرات فأكثر، مما منح القاضي الحق في عدم قبوله توقي التفريق من الزوج لوضوح قصد الكيد و الإضرار منه ، مما يرتب نفعًا شرعيًا على دعوى التفريق ، ليحكم القاضي بالتفريق ضرورةً عملًا بسلطته التقديرية في تحققه و تثبته منه.

- و زاد المالكية[4] على الشروط لزوم المدعى به بإقرار (المدعى عليه) و قضاءه ، كما لو ادعى شخص على آخر محجور[5]عليه في المعاملات لم يقبل منه.

- أما الشافعية[6] فزادوا لزومه بنفسه ، فلا تسمع دعوى بدين حتى يقول المدعي : امتنع المدعى عليه عن أدائه.

- بينما انفرد الحنابلة[7] بزيادة تعلق المدعى به بالحال، فلا تقبل الدعوى بمؤجل، وقيل: تسمع الدعوى بدين مؤجل لإثباته.

---

(١)_ التاج و الإكليل لمختصر خليل (٧/ ٣١٠)، مغني المحتاج (٤ / ١٤٢).

(٢)_ حقيراً : الحقارة مصدر يحقر و الاحتقار الاستصغار ، حقُر الشيء بالضم حقارة هان قدره فلا يعبأ به فهو حقير . [المصباح المنير (١٣٠) ، مادة (حَقُرَ)] .

(٣)_ مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد (١٨٩ – ١٩٠) تم وضعه على يد لجنة خاصة ، دار القلم ، دمشق ، الدار الشامية ، بيروت ، ط١ ، عـ(١٤١٦هـ/ ١٩٩٦م). .

(٤)_ التاج و الإكليل لمختصر خليل (٨/ ٢١٨ – ٢١٩).

(٥)_ المحجور : من الحجر و هو المنع ، وحجر السفيه منعه عن التصرفات ، ومنه حجر عليه القاضي في ماله إذا منعه من أن يفسده فهو محجور عليه . [المغرب (٦٤) ، المصباح المنير (٤٧) ، مادة (حَجْرُ)] .

(٦)_ مغني المحتاج (٤ / ١٤٢).

(٧)_ مطالب أولي النهى (٦ / ٥٠٢).

و هكذا يبرز نشاط القاضي باستعلامه عن حال المدعى به من المتداعيين ، وتقدير مدى كفاية التفاصيل المذكورة عن المدعى به للعلم به ، لضرورة تصوره في ذهن القاضي والمتداعيين مما يساعده في الوصول إلى الحقيقة في الدعوى والحكم عليها بدقة ، لا يصل إليها مع جهالة المدعى به .

● **ثالثًا : شروط ركن الدعوى:**

اشترط الفقهاء عدة شروط في الدعوى نفسها، هي على النحو التالي:

- **أولًا: المطالبة:**

اشترط فقهاء الحنفية و الشافعية و الحنابلة [1] مطالبة المدعي في دعواه بالحق الذي يدعيه ، ولا يكفي ادعاء أمر ما على آخر دون المطالبة به في الدعوى ، لأن حق الإنسان مما يجب إيفاؤه بطلبه لا بدونه.

ومطالبة الزوجة بالتفريق لعدم الإنفاق و تقديم السبب المبيح له و إثباته مما يتوقف عليه قضاء القاضي و حكمه بالتفريق ضرورةً .

- **ثانيًا: أن تكون الدعوى في مجلس القضاء:**

اشترط بعض الفقهاء (الحنفية و الشافعية)[2] أن تكون الدعوى في مجلس الحكم، أي مجلس القاضي، إذ لا تصح خارجه ، بل لا يجب على المدعى عليه جواب المدعي خارج مجلس القضاء .

- **ثالثًا: أن لا تكون الدعوى مناقضة لأمر صدر سابقًا من المدعي:**

ذهب عدد من الفقهاء[3] إلى عدم سماع دعوى المدعي الثانية إن ناقضت سابقتها، حتى لو أقربها المدعى عليه ، لاستحالة وجود الشيء مع ما يناقضه و ينافيه، فلا يجتمع الصدق و الكذب في وصف دعوى واحدة.

- و عليه نهج القضاة[4] في رفع التناقض إن وجد في لائحة الدعوى ، إذ من صلاحية القاضي تكليف المدعي رفع التناقض، فلو ذكرت المدعية في لائحة الدعوى أنه لا مال للمدعى عليه، ثم ذكرت ثانيةً في المحضر أنه لا مال ظاهر له، مما يوجب التناقض في الدعوى، التي على القاضي تكليف المدعية رفعها (٣١٧٨٤ تاريخ ٢٥ / ٧ / ٩٠).

---

(١)_ بدائع الصنائع (٨ / ٤١٤)، فتاوى الرملي (٤ / ١٧٩)، الفروع لابن مفلح (٦ / ٤٦١ – ١٦٢).

(٢)_ فتح باب العناية (٣ / ١٦٢)، مغني المحتاج (٤ / ٦١٣)، المغني لابن قدامة (١٠ / ٨٢٧٦).

(٣)_ بدائع الصنائع (٨ / ٤١٧)، مغني المحتاج (٤ / ١٤٣).

(٤)_ القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية (١ / ٣١٤).

و عليه ، فسلطة القاضي تقديرية في النظر و التحقق من وجود التناقض في الدعوى مما يخوله رفع التناقض إن ارتآه في الدعوى.

- رابعًا: أن تكون الدعوى بتعبيرات جازمة قاطعة:

أما التردد فيها، يجعلها غير مقبولة كقولها : أشك أو أظن أن لي عليه كذا، أو أظن أنه لم ينفق عليّ بعد وهكذا، لضرورة عدم ارتقاء التردد و الشك إلى مرتبة يصح معها إشغال القضاء في دعاوى لم يتحقق من يدعيها أنها الحق، من وجهة نظره على الأقل، مما فيه فتح باب عظيم من الدعاوى بمجرد الشك والوهم ، فالقاضي بدوره لا يقبل مثل هذه الدعاوى التي ليس فيها إلزام، على أن الظن القوي أو الغالب يكفي لقبول الدعوى و اعتبارها محققة ، لقيامه مقام القطع[1].

و تظهر سلطة القاضي التقديرية في رفض ما كان من الدعاوى بعبارات غير جازمة و لا قاطعة ، بالشك و التردد فيها، مما يشغل منصب القاضي على خطورته بالأوهام و الظنون، و يؤدي إلى استدعاء الأفراد إلى مجالس القضاء بمجرد الشك والتخمين.

خلاصة:

مما تقدم نجد ، أن سلطة القاضي حيال كلٍّ من أطراف الدعوى و المدعى به وركن الدعوى ، سلطة تقديرية تظهر في تحققه من توافر الشروط المتفق عليها، فلا يقبل دعوى نقض منها شرط متفق عليه، أما الشروط المختلف فيها فيتبع آراء المذهب المعمول به في مسألة التفريق لعدم الإنفاق، إذ يتقيد بالمذهب الذي عينه الإمام للعمل به و يلتزم بالتقيد بتعاليمه، لتكون سلطته ملزمة بآراء المذهب الفقهي المعمول به.

ثانيًا: سلطة القاضي في قبول دعوى التفريق لعدم الإنفاق

يتخذ القاضي إجراءات عدة بعد تحققه من توافر الشروط الشرعية للتفريق في الدعوى المقدّمة إليه، و تثبته منها لقبولها بمقتضى سلطته التقديرية ، هي كالآتي:

- **أولًا : الحكم بالنفقة على الزوج:** حاضرًا كان أو غائبًا غيبة قريبة.

(١)_ بدائع الصنائع (٨ / ٤١٣)، الفواكه الدواني (٢ / ٢٢٢) ، تحفة المحتاج (١٠ / ٣٢٩)

.

• **ثانيًا: الإمهال و الإعذار بالنفقة:** يمهل المدعى عليه في عدم إنفاقه ويعذر إليه بعد تصادق الزوجان على الإعسار، وعدم المال له ، مما يلزم القاضي تفسير قصد الإمهال من ضرورة إنفاقه على زوجته خلال الأجل المضروب من الإمهال.

ويتم الإعذار بالإنفاق: بإرسال المدعى عليه ما تنفق منه الزوجة على نفسها أو الحضور للإنفاق عليها، فإن لم يفعل حكم القاضي على الدعوى بعد الأجل المضروب(١).

و مما تقدم ، نجد أن القاضي مُلْزَم بالتقيّد بالمذهب المالكي المعمول به في إعذار المدعى عليه بالإنفاق و إمهاله بعد التحقق من توافر شروط صحة الدعوى و قبولها ، فهي لذلك سلطة ملزمة.

ثالثًا: أسباب عدم سماع دعوى التفريق لعدم الإنفاق

تقدم في الفقرة الأولى من المطلب الأول الدعوى الصحيحة، سواء في أطرافها أم في المدعى به، أم في ركنها، فيما لو تخلف شرط من شروط صحتها منع من سماعها وقبولها عند القاضي، فيردها ولا يسمعها ما لم يصحح المدعي دعواه باستكمال الشروط المتخلفة فيها.

كما لو كان في الدعوى جهالة، مما يوجب للقاضي ردها و عدم سماعها، إذ لا يمكنه الإلزام بالمجهول ، فإذا ذكرت المدعية في دعواها أنها لا تعلم إن كان للمدعى عليه أملاك، أو مال يمكن تحصيل النفقة منه، استوجب عدم سماع دعواها ،لأن المادة (١٢٧)من قانون الأحوال الشخصية تشترط لطلب التفريق ، عملًا بفقه الإمام مالك رحمه الله ، نفي ملكية الزوج بطريق قطعي ، يتعذر معه تحصيل النفقة للزوجة (٣٠٤٣٧ تاريخ ٢٢ / ٨ / ٨٩).و كذا التناقض في الدعوى و غيرها مما يوجب تخلفه ردها و عدم سماعها(٢).

و يظهر دور القاضي من خلال تعمقه في دراسة كل الدعاوى المقدمة إليه، هل اكتملت شروط صحتها أم لا ؟ والتحقق في ثبوت كل شرط بذاته إلى غير ذلك.

و يضاف إلى موجبات عدم سماع الدعوى سقوطها قبل الحكم عليها إما بالتنازل عنها أو بتحقق الغرض الذي رفعت لأجله، كما لو قام المدعى عليه بدفع النفقة التي أمر بدفعها، أو حضر الزوج المدعى عليه لدى القاضي، و دفع نفقة

---

(١)_ المجموع (١٨ / ٢٧٢)، نهاية المحتاج (٧ / ٢١٥)، الإنصاف (٩ / ٤٠١ – ٤٠٢)، المقنع (٣ / ٣١٦)، التطليق في الأحوال الشخصية (٧١)، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية (١ / ٣١٠ – ٣١٢ – ٣٢٠ – ٣٢٣).

(٢)_ مواهب الخليل (٦ / ٢٢٠ – ٢٢١)، الوافي في قضاء الأحوال الشخصية (٢٧٢).

ثلاثة أشهر مما تراكم عليه من نفقة زوجته، و عبَّر عن استعداده للإنفاق عليها فعلًا، بتقديم كفالة بنفقتها، مما يزيل أسباب دعواها و يمنع القاضي من سماعها، بل و يستوجب ردها[1].

- ونستنتج مما سبق، ضرورة نظر القاضي و بحثه في شروط صحة الدعوى التي ترفع إليه ، فإن وجد نقصًا أو خللًا ردها إلا إذا كان الفساد و الخلل ممكن تداركه و تصحيحه، إذ يطلب ذلك من المدعي كما ذكرت[2]، فإن فعل صحت دعواه وما لا فلا .

و كذا لو اكتملت شروط صحة الدعوى ثم حدث أمر طارئ أدى لفقدان شرط من شروط صحتها ، مما ينهي الدعوى ، و إن لم يكن قد صدر فيها حكم من القاضي لانتهائها بنفسها.

علمًا أن موجبات عدم سماع الدعوى هذه مما تسري أحكامها على جميع الدعاوى الموجبة للتفريق بشتى أسبابها ، لكن مع بعض التفصيلات التي سآتي على بيانها في موضعها .

المطلب الثاني: سلطة القاضي في إثبات دعوى التفريق لعدم الإنفاق

تعد البينات و طرق الإثبات معينَ القاضي في بحثه عن الحقيقة، فهي سلاح يتسلحه الخصوم لترجيح أقوالهم على أقوال خصومهم، و هي الدرع الواقي لحماية الحقوق، و العون القوي لاستعادتها إن سُلبت من أصحابها.

و طرق إثبات الدعاوى كثيرة متنوعة كالشهادة و اليمين و الإقرار و علم القاضي و الأمارات والقرائن إلى غيرها مما لست بصدد إيرادها في هذا المجال.

وما سأذكره بتوفيق الله تعالى هو ما يتعلق منها بخصوص دعوى التفريق لعدم الإنفاق.

---

(١)_التاج و الإكليل (٦ / ٦١٠)، الأم للشافعي (٦ / ١٨)، المغني (٨ / ٣٢٤)، مدى حرية الزوجين في الطلاق للصابوني(٢ / ٨٥٦)، موسوعة الأحوال الشخصية (٣٦٠)، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية (١ / ٣٢١).

(٢)_ تقدم بيانه ص (٦٤).

أولًا: طرق إثبات الدعوى .

قبل البحث في طرق إثبات دعوى التفريق لا بد من معرفة مَن يقوم عليه عبء الإثبات ، علاوة على ما ينبغي إثباته.

- **عبء الإثبات:**

الإنفاق على الزوجة هو الأصل في الدعوى ، فإن ادعت عدمه و كذبها الزوج، صدِّق بيمينه، وعليها إثبات ما تدعيه ، لمخالفة دعواها الأصل ، فعبء الإثبات يقع على المرأة المدعية، و لا يطلب من زوجها إثبات الإنفاق، فإن أثبتت عدمه كان له إثبات العكس، و لهما ذلك بمختلف وسائل الإثبات[1].

- **الأمور التي يجب إثباتها في الدعوى.**

يجب على الزوجة إثبات زوجيتها من المدعى عليه، و غيابه عنها غيبة بعيدة، أو جهالة مكانه ، أو فقده مما لا يعلم معه حياةً له أو ممات ، وامتناعه عن الإنفاق عليها، و عدم المال الظاهر التي تنفَّذ منه نفقتها[2].

- **طرق إثبات دعوى التفريق لعدم الإنفاق:**

لم يوضح المشرع في قضاء الأحوال الشخصية السوري و المصري أسلوب إثبات الدعوى ، ولم يحل فيها إلى مذهب الإمام مالك الذي استمد منه غالب قواعد التفريق لعدم الإنفاق .

و عليه ، طبقًا لنص المادة (٢٨٠) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي أحال إليها القانون (٤٦٢) لسنة ١٩٥٥ م في المادة السادسة التي تقضي بأن تصدر الأحكام طبقًا للمدون في هذه اللائحة وللراجح من مذهب أبي حنيفة ، لذا وجب الرجوع إلى مذهب الإمام أبي حنيفة في إثبات الدعوى ووسائلها، بما فيها الشهادة و اليمين والإقرار[3].

أما **الشهادة**: فنصابها رجلان أو رجل و امرأتان وفقًا لمذهب الإمام أبي حنيفة[4] رحمه الله تعالى، واشتُرِطَ لقبولها شروط:

---

(١)_ بداية المجتهد (٤ / ١٧٧٨ ،١٧٧٩)، شرح أحكام الأحوال الشخصية لشقفة(٢ / ١٤٣).

(٢)_ التطليق في الأحوال الشخصية للفقي (٧٥).

(٣)_ الوجيز في الأحوال الشخصية ، (٤٣٤ ، ٤٣٥)، قانون الأحوال الشخصية لقدري باشا(١٧٢) الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (٥٩) وتعديلاته مع المذكرة الإيضاحية وكتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان لمحمد قدري باشا ، فرع نقابة المحامين في دمشق ، تاريخ (١٨/ ١/ ١٩٩٠م) .

(٤)_ تقدمت ترجمته ص (٥٦).

أولها: أن تتضمن عجز المدعى عليه عن دفع النفقة، فإن لم تتضمن فلا شهادة ، وبإمكان القاضي استدعاء الشهود الذين شهدوا مرة ثانية، لأداء الشهادة حول ما ذكر. (٤٢٠٨٤ تاريخ ٢٠ / ١ / ٩٧).

ثانيها: مطابقة الشهادة للدعوى، فإن لم تطابقها أعاد القاضي سماع الشهود بخصوص ما ذكر، كما لو شهد الشهود بعدم وجود مال للمدعى عليه في دمشق، فتعدُّ شهادتهم غير مثبتة للدعوى و مطابقة لها، لضرورة نفي مطلق وجود المال له، دون تقييده ، وكذا إذا كان المدعى عليه مجهول محل الإقامة، و لو باعتبار المحكمة ، فيشترط مطابقة الشهادة للدعوى في الجهالة ، لترتب الأثر بعدم الإعذار إليه، لجهالة محل إقامته (٣١١٨٨ تاريخ – ١٠ / ٢ / ٩٠).

أما **اليمين الشرعية** ، فمضمونها تحليف القاضي المدعية اليمين الشرعية على عدم إنفاق زوجها بعد الإمهال، و لا يكتفي بقبولها المجرد في عدم الإنفاق (٧٥١٧ تاريخ – ٤ / ٥ / ٥٢).

أما إذا وجهت اليمين للمدعى عليه بطلب المدعية، فينبغي أن لا تشمل نفي ما ثبت بالبينة الخطية، كفرض النفقة، و طرح إعلام الحكم للتنفيذ في دائرة الإجراء (٤٤٩ تاريخ ٣١ / ٥ / ٩٨).

و يشترط لقبولها :

اشتمالها على نفي صحة ما ورد في الادعاء، مما لم يثبت بالبينة الخطية، وهو (دخول المدعى عليه بالمدعية)، فلم تصح اليمين الموجهة للمدعى عليه ، لأن يمينه التي حلفها، هي:(و الله العظيم لا صحة لما ادعته زوجتي و مدخولتي بصحيح العقد الشرعي ..)، مما يجعل الدخول كأنه ثابت، و لا يشتمل على نفيه، أما الصواب فهو:(و الله العظيم لا صحة لما ادعته زوجتي بصحيح العقد من أنني داخل بها ألخ.....)، (٣٤٧٥٢ تاريخ ٥ / ٩ / ٩٢).

و أما **الإقرار**، فمضمونه: إقرار الزوج بإعساره، و عدم مقدرته على دفع النفقة، فعلى القاضي إمهاله، بعد تأكده من عجزه مدة لا تقل عن شهر، و لا تزيد عن ثلاثة أشهر، لأن الإمهال الشرعي مما يشترط ثبوت موجبه من تحقق الإعسار، الذي يثبت بتصادق الطرفين[1].

(١)_ القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية (١ / ٣٠٥ ، ٣١٣ ، ٣١٤ ، ٣٢٢ ، ٣٢٣)،الوجيز في الأحوال الشخصية (٤٣٥)، التطليق في الأحوال الشخصية (٧٠ – ٧١).

ثانيًا: سلطة القاضي في قبول وسائل الإثبات في الدعوى .

ذكرت مما تقدم، أن للقاضي صلاحية في استدعاء الشهود الذين شهدوا مرة ثانية للإدلاء بشهادتهم بخصوص ما ذكر، إن لم تتوافر القناعة التامة لديه بشهادة الشهود، أو عند عدم مطابقة الشهادة للدعوى فيما ارتآه .

و عليه ، يقدر القاضي شهادة الشهود و الاستناد إليها في الإثبات، و مدى قيمتها، للحكم بها وفقًا لقناعته.

أما اليمين الشرعية، فيلزم إذن القاضي ضرورةً في توجيه اليمين للخصم، و إليه القرار في ورود اليمين على الوقائع غير الممنوعة بالقانون و لا المخالفة للنظام العام ، علاوةً على ضرورة تقديره القصد من اليمين لرفضه أو قبوله ، إن كانت اليمين حاسمة[1]، أما المتممة[2] فللقاضي توثيق قناعته بها، و إليه التقدير في توجيهها للخصم .

فسلطة القاضي إذًا في قبول الشهادة و اليمين سلطة تقديرية، تترك له مطلق الحق في تقدير وسائل الإثبات والاستناد إليها، و تمنحه دورًا فعالًا يؤثر بلا ريب في مجرى الإثبات بها.

أما الإقرار فليس له سلطة في تقديره على الإطلاق، إن كان قضائيًا[3]، إذ تعدَّ سلطته في الإقرار القضائي سلطة ملزمة، لا حق للقاضي في تقديرها (المادة ٩٩)، لظهور و وضوح ركن القصد فيه ، لصدوره عن المقر بحضور القضاء في الواقعة المدعى بها، و لعدم إقرار الإنسان على نفسه كذبًا، مما يجعل القضاء به قضاء بالحق شريطة ألا يثبت لدى القاضي كذب المقر[4].

ثالثًا: موقف القاضي من الدفوع الشرعية .

للزوج دفع دعوى زوجته بأسباب عديدة ، منها؛ النشوز و عملها المنافي لمصلحة الأسرة أو المشوب بإساءة استعمال الحق أو بسبب ردتها أو إنفاق الزوج عليها.

إلا أنه إن دفع دعواها بإنفاقه عليها، و أنكرت ، كلفه القاضي بإثبات ذلك، لعدّ دفعه المذكور دفعًا للدعوى الأصلية (٨٢٨١ تاريخ ٤ / ١ / ٥٤).

---

(١)_ اليمين الحاسمة: هي التي يوجهها الخصم ليحسم النزاع، (المادة ١١٢). قانون البينات (٥٣) منشورات فرع نقابة المحامين في دمشق ، عـ(١٩٩٠م).

(٢)_ اليمين المتممة: هي التي تلجأ المحكمة إلى تحليفها استكمالًا لقناعتها حينما لا يكون في الدعوى دليل كامل، إذ بوجوده لا مجال للجنوح إليها. (قانون البينات ، (٥٥)).

(٣)_ الإقرار القضائي: ما صدر عن المقر أمام القضاء في الواقعة القانونية المدعى بها (المادة ٩٤)، قانون البينات (٤٨).

(٤)_ بدائع الصنائع (٩ / ٩١)، فتح باب العناية (٣ / ١٦٤ ، ١٦٥)، قانون البينات (٢٩ ، ٤٩ ، ٥٣ ، ٥٥).

و منها؛ دفع دعواها بردتها، وعليه ، يلزم القاضي برد الدعوى و إسقاطها إن ثبت لديه دفعها ، سلطته فيها ملزمة، بما صح لديه من إثبات الدفوع الشرعية للدعوى.

أما إن كان الدفع بنشوز الزوجة و ادعاء زوجها بعمل زوجته عملًا منافيًا لمصلحة الأسرة، بعد أن أذن لها بالعمل، فعليه إثبات ما ادعاه من شوب عملها بإساءة استعمال الحق، و من ثمَّ يقدر القاضي ذلك كله ، و يحكم فيه بما يبدو له، فقد يترتب على سبق الإذن من الزوج و لو ضمنًا بعدم اعتراضه إسقاط لحقه الأصلي في الاحتباس الكامل[1].

نستخلص مما سبق، أن سلطة القاضي أمام الدفوع الشرعية الثابتة لديه، سلطة إلزامية بالثابت لديه منها، أما إذا كان فيها مجالًا للنفي و الإثبات عند النزاع، فالفصل فيها يعود للقاضي، الذي يقدِّر مدى صلاحية الدفع لإسقاط الدعوى من عدم صلاحيته.

المطلب الثالث : سلطة القاضي في الحكم على دعوى التفريق لعدم الإنفاق.

أعظم غاية من منصب القضاء إيصال الحقوق لأصحابها، و إنهاء المنازعات بين الناس بالفصل بينهم وفق الشريعة الإسلامية، لذا يعدّ الحكم القضائي الذي يفصل النزاع خاتمة المطاف في التداعي أمام القضاء.

إذ يترتب على إثبات الدعوى إصدار الحكم القضائي بعد استكمال جميع الشروط و الإجراءات المطلوبة، إلا أنه هل للقاضي تأخير إصدار حكمه أم يجب عليه إصدار حكمه على الفور دون انتظار؟

هذا ما سأعرض له في الفقرة الأولى:

أولًا: الحكم على الدعوى بين الفور و التراخي .

الأصل عند عامة الفقهاء[2] وجوب إصدار الحكم فور توافر شروطه لدى القاضي وانتفاء موانعه، و يأثم إن تأخر. قال القرافي[3] : (تعجيل الحكم واجب على الفور عند وجود الحجة، لأن أحد الخصمين على منكر غالبًا، و إزالة المنكر واجب على الفور، و الواجب لا يؤخَّر ...) [4].

---

(١)_ الدفوع الشرعية في دعاوى الأحوال الشخصية (٣١٩ – ٣٢٥ – وما بعدها) المستشار : معوض عبد التواب ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ط١ ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية (١ / ٣٠٦، وما بعدها)، الوافي في قضاء الأحوال الشخصية (٢٧٩).

(٢)_ أنوار البروق في أنواع الفروق (٤ / ٨٣).

(٣)_ هو شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي ، الإمام العلاَّمة الحافظ المؤلف ، من مؤلفاته ؛ الذخيرة ، والفروق، توفي سنة (٦٨٤هـ) . [شجرة النور الزكية (١٨٨) رقم (٦٢٧)] .

(٤)_ أنوار البروق في أنواع الفروق (٤ / ٨٣).

إلا أن بعض الفقهاء أجازوا تأخير إصدار الحكم إن وجد السبب المبرر للتأخير على النحو الذي سيرد تفصيله فيما يأتي:

أولًا: مذهب المالكية[1]: إذا رفعت الزوجة أمرها للقاضي للتفريق لإعسار زوجها فعليه بعد التثبت من توافر شروط صحة دعواها و قبول وسائل إثباتها إمهال الزوج فترة من الزمن عله ينفق أو يتدارك سبل العيش، و لا تحديد لهذه المدة بل تخضع لتقدير القاضي حسب ظروف كل زوج وزوجته.

و إذا مرض الزوج خلال مدة الانتظار فعلى القاضي زيادة مدة المرض في المهلة المقررة، شريطة أن يكون المرض يسيرًا يرجى برؤه خلال أيام.

ثانيًا: و مذهب الشافعية[2]: التفريق بين إعسار الزوج لسبب مرض ألم به مرجو زواله ، و بين مرض طويل الشفاء، فإن كان الأول فعلى القاضي التراخي في التفريق بتأجيل الزوج ثلاثة أيام ، بناءً على التراخي في طلب الزوجة بالتفريق، لانتظارها وصبرها حتى شفاء زوجها، أما إن كان الثاني فللقاضي التفريق فور طلب الزوجة الفرقة دون انتظار و تأجيل.

ثالثًا: و مذهب الحنابلة[3]:القاضي بالخيار ؛ إن شاء فرَّق فور طلب الزوجة بعد إثبات دعواها وتوافر شروطها مباشرة ، و إن شاء أخَّر التفريق إلى أن تطلب الزوجة ذلك و ترضى به.

ويظهر دور القاضي في التفريق الفوري أو التراخي به من خلال تقديره حسب ظروف الزوجين ، فإذا رأى المصلحة في التفريق الفوري قضى به ، بناءً على قناعته في تحقق المصلحة المرجوة ، أما إن رأى المصلحة و الحاجة تقتضي التأخير أملًا في الإنفاق و تحقيق المصالحة بين الطرفين دون الحكم بالتفريق، أخَّر في الحكم حسب ما أدى إليه اجتهاده، وفق سلطته التقديرية الاجتهادية.

ثانيًا: أثر تفريق القاضي على نفاذ الدعوى .

بعد عرض القضية على القاضي و نظره فيها، بدءًا من الادعاء إلى استيفاء جميع متطلبات الحكم ، والوصول إلى مرحلة إصداره، يستكمل القاضي رأيًا في نفسه يحل به النزاع ، وينهي به الخصومة، يعرف بالحكم، و هو أمر نفساني لا يعلم عنه إلا بالتعبير عنه بالقول أو الكتابة أو الإشارة أو الفعل، فإذا تمَّ التعبير عنه فهل يعد نافذًا أم لا؟

---

(١)_ تقريرات عليش (٣ / ٤٩٤).

(٢)_ المنثور في القواعد الفقهية (٣ / ٤٧).

(٣)_ كشاف القناع (٥ / ٣٩٠).

– ذهب فقهاء الحنفية[1] الذين استحسنوا تنصيب القاضي الحنفي نائبًا ممن مذهبه التفريق إذا كان الزوج حاضرًا وأبى عن الطلاق، إلى نفاذ التفريق ظاهرًا أو باطنًا، لأن دفع الحاجة الدائمة لا يتيسر بالاستدانة، إذ الظاهر عدم وجود من يقرضها، و غنى الزوج مآلًا أمر متوهم، لذا كان قضاء القاضي بالتفريق نافذًا، إلا إذا كان الزوج غائبًا فلا ينفذ معه قضاء القاضي عندهم ، لأن العجز في الغائب لم يثبت ، علاوةً على أن أصل المذهب عدم جواز التفريق لعدم الإنفاق إلا إذا نصب القاضي الحنفي نائبًا عنه في الحكم بالتفريق شريطة حضور الزوج و امتناعه عن الطلاق .

و رجح فقهاء الحنفية عدم النفاذ لظهور مجازفة[2] الشهود، و ذكروا في قضاء الأشباه من المسائل التي لا ينفذ فيها قضاء القاضي، التفريق للعجز عن الإنفاق غائبًا على الصحيح لا حاضرًا.

– بينما ذهب جمهور الفقهاء[3]إلى نفاذ قضاء القاضي ظاهرًا لا باطنًا، لأنا مأمورون باتباع الظاهر، والله يتولى السرائر، فلا يحل هذا الحكم حرامًا و لا عكسه.

– ومما سبق يتبين أثر تفريق القاضي على نفاذ الدعوى ، حتى الحنفية الذين لم يجيزوا التفريق لعدم الإنفاق، جعلوه نافذًا في الاستثناء الذي ذكروه حال حضور الزوج، و الحكم النافذ الصادر عن القاضي يرجع إلى المذهب المعمول به في التفريق ، مما يجعل سلطة القاضي في الحكم النافذ على الدعوى سلطة مُلزَمة ، يلتزم بها القاضي بحدود المذهب المعمول به في المسألة ويتقيد بكل جزئياته في الحكم على الدعوى، علاوةً على أنها سلطة مُلزِمة حيث يُلزم القاضي الخصوم بما قضى به وحكم، فهناك تلازم بين السلطة الملزَمة الملزِمة و السلطة القضائية، و قد بينت سابقًا[4] العلاقة بين السلطة القضائية والإلزام .

---

(١)_ حاشية رد المحتار (٣ / ٦٤٨ – ٦٤٩)، الهداية (٣ / ١٠٧)، فتح باب العناية (٣ / ١٢٢).

(٢)_ المجازفة : الجزاف بيع الشيء لا يعلم كيله و لا وزنه ، و هو اسم من جازف مجازفة ،وجزف في الكيل جزفًا أكثر منه، والمجازفة في البيع هي المساهلة. [المصباح المنير (٣٨) ، مادة (جَزَفَ)].

(٣)_ مواهب الجليل (٦ / ١٣٨) ، مغني المحتاج (٤ / ٥٣١) أسنى المطالب (٤ / ٣٠٤) .

(٤)_ تقدم بيانه ص (٢٠).

المبحث الرابع

آثار سلطة القاضي في التفريق لعدم الإنفاق

أشرت سابقًا إلى أن خطورة منصب القضاء، التي تنبع من الغاية التي شرع من أجلها، و هي الفصل بالحق والعدل بين الناس.

و لا يمكن لأي وظيفة أن تثمر ثمارها و تحقق غاياتها المنشودة ما لم يكن لها من الدعم و التأييد ما يضع نتائجها و ما توصلت إليه موضع الاحترام و التنفيذ في الواقع، و القضاء من أهم الوظائف التي ينبغي أن تؤيد بذلك، لأنه يؤدي إلى قطع المنازعات و فصل الخصومات، لذا ترتب على حكم القاضي بالتفريق آثارًا هامة، مستمدةً أهميتها من أهمية القضاء بالتفريق، و هذا ما سأعرض له في ثنايا المبحث ، إن وفقني الله .

المطلب الأول: حجية الحكم القضائي بالتفريق لعدم الإنفاق.

مما لا شك فيه، تمتع الحكم القضائي بالقوة و الحصانة ، إن كان ملتزمًا بالغاية المحددة و المشروعة له، فإن حاد عنها فقد تلك الحجية الشرعية . فالحكم القضائي من حيث الأصل؛ إذا صدر عن أهله مستوفيًا لشروطه المطلوبة و سعى لتحقيق العدالة، ترتب عليه استحقاق التنفيذ لثمرة الحكم الصادر عن سلطة القاضي، و لا يعاد النظر في القضية.

و للحكم القضائي قوة منبثقة عن جهة صدوره ، فإن كانت جهة صدوره مبنيةً على نص قطعي الدلالة و الثبوت من قرآن أو سنة أو إجماع ثابت ، ما جاز لأحد الطعن فيه أو مخالفته.

أما إن كانت مبنية على نص غير قطعي الدلالة، أو اعتمد على سبب صحيح ثم بطل السبب لم يبطل القضاء مما يوجب إنفاذ الحكم القضائي الصادر عن أهله، متمسكًا بقوته في إصدار حكمه ومحافظًا عليها ، إذ الضرورة توجب القول بقوة الحكم القضائي، و عدم جواز نقضه، لأنه لو جاز نقضه سيرفع إلى قاضٍ آخر يرى خلاف رأي الأول فينقضه، ثم يرفعه المدعي إلى قاضٍ آخر يرى خلاف الثاني، مما يؤدي إلى عدم اندفاع الخصومة و المنازعة أبدًا[1]، علمًا أن اندفاعها غاية هذا الحكم .

و يتبين من ذلك ضرورة استحقاق التنفيذ لكل حكم صدر وفق شروطه الشرعية، و وجوب العمل به، حتى لا يستجاب لأي طلب بإعادة النظر في القضية، و لا ينقض الحكم من غير سبب داع لإعادة البحث فيه، و يعدُّ الحكم

(١)_ الفتاوى الهندية (٣/ ٣٤١، ٤٢٠)، الهداية (٣/ ١٠٧).

القضائي حجة إلى أن يقوم الدليل على بطلانه، طالما استوفى جميع الشروط المطلوبة في إجراءات الدعوى كاملةً، بدءًا بسيرها ثم إثباتها وانتهاءً بالحكم عليها، دونما حدوث خلل يمنع من حجية الحكم القضائي. و الله أعلم.

المطلب الثاني: حالات نقض الحكم بالتفريق لعدم الإنفاق.

ترجع حالات نقض الحكم بالتفريق في مجملها، إلى خلل في الإجراءات الموصلة إلى الحكم، أو إلى خلل في الحكم ذاته، أو إلى خلل في أسباب الحكم و البينات .

و يعدُّ هذا الخلل مخالفًا للشرع الذي أوجب نظامًا معينًا تسير فيه الدعوى لتصل إلى مرحلة إصدار الحكم الصحيح.

و الأسباب الموجبة لنقض الحكم القضائي بالتفريق كثيرة متنوعة، فمنها ما يتعلق بحدوث خلل لسبب في المحكوم به، و منها ما يتعلق بحدوث خلل لسبب يتعلق بطرفي الحكم، و منها حدوث الخلل في إجراءات التقاضي أو طرق الإثبات.

و ما سأذكره على سبيل المثال في التفريق لعدم الإنفاق، لأجل التبيان والتوضيح لا على سبيل الحصر.

فمن الحالات الموجبة لنقض الحكم القضائي بالتفريق لعدم الإنفاق:

١. إذا لم يعثر في ملف الدعوى على بيانات تؤكد الأمر بإجراء تنفيذ حكم النفقة على الزوج ، و تعذر التحصيل منه.
٢. إذا تضمن الإعذار تكليف المدعى عليه دفع النفقة المتراكمة عليه، و المطلوب الإعذار وفق المادة (١٢٧) من قانون الأحوال الشخصية (٤٢٢٨١ تاريخ ٢٧ / ٢ / ٩٧).
٣. إذا ذكر في الحكم أن سبب التفريق العجز و الإعسار عن دفع النفقة، والصواب هو الامتناع عن دفع النفقة.
٤. إذا لم تتطابق شهادة الشهود في الدعوى.
٥. إذا قامت الزوجة دعواها بالتفريق للضرر مضافةً إلى دعوى امتناع زوجها عن الإنفاق عليها، مما يعدُّ طلبًا جديدًا يختلف في موضوعه عن الطلب الأول، فينقض الحكم لأنه أغفل الرد على طلب التفريق لعدم الإنفاق، و قضى بالتفريق للضرر.

٦. إذا لم يمهل القاضي المدعى عليه للإنفاق على زوجته لتثبته من عجزه عن الإنفاق من واقعة حبسه من دين النفقة ، علمًا أن حبسه له لم يك تعنتًا[١] وكيدًا منه بزوجته[٢].

و هناك أسباب كثيرة لا مجال لإيرادها لكثرتها و عدم الفائدة من ذكرها، إلا أنه لابد من معرفة توافر الرقابة و التفتيش على حكم القاضي ، علمًا أن احتمال وقوع الخطأ و الخلل منه قائم، لذا جاز الخروج عن أصل عدم جواز نقض الأحكام الصادرة عن القاضي بالرقابة عليها وتفقدها[٣].

و بذلك نتوصل إلى حكم الله تعالى في المسألة بتحقيق جميع الشروط المطلوبة للدعوى ووسائل إثباتها إلى صدور الحكم النافذ فيها، محوطًا بالرقابة عليه ونقضه إن اختل شرط من الشروط الشرعية المطلوبة.

---

(١)_ تعنتًا : العنت الخطأ ، و المشقة و الضيق ، و تعنته أدخل عليه الأذى ، و أعنته أوقعه في العنت و فيما يشق عليه تحمله. [المصباح المنير (١٦٤) ، مادة (عَنَتُ)] .

(٢)_ المرجع في قضاء الأحوال الشخصية (١ / ٣٠٢)، الدفوع الشرعية في دعاوى الأحوال الشخصية (٣٩٠)،موسوعة الأحوال الشخصية (١ / ٣٥٧)، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية (١ / ٣٢٢).

(٣)_ الضمانات القضائية للناهي ، بحث مقدم لمجلة الحقوق جامعة الكويت ، العدد / ٣/ السنة / ٧/ صفحة / ١٣١/ ،القضاء الإداري بين الشريعة والقانون لعبد الحميد الرفاعي (٦١) د. عبد الحميد الرفاعي ، دار الفكر المعاصرة ، بيروت ، دار الفكر ، سوريا ، دمشق ، ط١، عـ(١٤٠٩هـ/ ١٩٨٩م) .

الفصل الثاني

سلطة القاضي في التفريق للعيب

ويتضمن المباحث التالية:

المبحث الأول : معيار العيب الموجب للتفريق و أنواعه و شروطه.

المبحث الثاني : مشروعية سلطة القاضي في التفريق للعيب.

المبحث الثالث : سلطة القاضي في إجراءات دعوى التفريق للعيب.

المبحث الرابع : آثار سلطة القاضي في التفريق للعيب.

تمهيد

مما لا شك فيه حدوث وهن في الحياة الزوجية لعيوبٍ في أحد الزوجين، قد تودي بالألفة بينهما، مما تؤثر بدورها على مقاصد الزواج، يضاف إلى ذلك الإرهاق و الضرر الذي قد ينتج جراء إلزام كلا الزوجين ديمومة الحياة معه، مما لابد معه للفرقة من سبيل.

وبما أن الطلاق حق شرعي يملكه الزوج فقط بحيث لا يستطيع أحد كائنًا من كان أن يملك هذا الحق بدون إنابته ، حتى القاضي نفسه لا يملك حق الطلاق على الزوج إلا بإذنه و بإنابة منه، إلا أن له الإنابة العامة من ولي الأمر (الحاكم)، تكسبه الحق في التفريق لرفع الضرر عن أحد الزوجين، إن ارتآه .

لذا كان من الأهمية بمكان، البحث في معيار العيب الذي يفرق القاضي به، وبيان أنواعه وشروطه، و مدى شرعية القاضي في تفريقه ، و من ثَمَّ إجراءات التقاضي بدءًا بسير الدعوى وصحتها ثم إثباتها و انتهاءً بالحكم عليها و معرفة آثارها من حجية و نقض لها.

هذا ما سأبينه بتوفيق الله تعالى في ثنايا هذا الفصل محاولةً إبراز حدود سلطة القاضي في كل إجراءٍ يتخذه في التفريق.

المبحث الأول

معيار العيب الموجب للتفريق و أنواعه و شروطه

يشترط لإيضاح حدود سلطة القاضي في تفريقه بسبب العيب ، معرفة معياره الذي يحق للقاضي التفريق به، و بيان ماهيته و تفصيل أنواعه و شروطه. و لتتضح سبل التفريق للقاضي ببنائها على معايير واضحة جلية ، لا تخفى على أحد، مما يسهِّل عليه النظر في الدعوى و البحث فيها، مادامت قائمة على الوضوح في معرفة معيار العيب و أنواعه و شروطه.

هذا ما سأفصِّل الحديث عنه في هذا المبحث ما وفقني الله لذلك.

المطلب الأول: معيار العيب الموجب للتفريق

- **تعريف العيب لغة:** الوصمة و العار، من عاب الشيء عيبًا و عابًا صار ذا عيب ، والمفعول: معيب ومعيوب، و منه قوله تعالى: ﴿ فَأَرَدتُّ أَنْ أَعِيبَهَا ﴿٧٩﴾ ﴾ سورة الكهف . أي أجعلها ذات عيب، و الجمع : أعياب وعيوب و معايب[1].

- **تعريف العيب فقهًا:** نقص بدني أو عقلي في أحد الزوجين يمنع مقاصد الزواج ، ويجعل الحياة الزوجية غير مثمرة ، أو قلقة لا استقرار فيها[2].

و عليه ، ليس كل عيب يودي بالحياة الزوجية ، لذا كان معياره حتى يوجب التفريق هو ما ينتفي معه استمرار الحياة الزوجية دون ضرر بالآخر أودون إمكانية الدخول و المحافظة على النسل[3].

---

(١)_ لسان العرب (١ / ٦٣٣) مادة (عَيْبَ)، مختار الصحاح (١ / ١٩٤) لأبي بكر الرازي ، تقديم : محمود خاطر ، مكتبة لبنان ، ناشرون ، طبعة جديدة ، عـ(١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م) ..

(٢)_ المغرب (٤٨٧)، أحكام الأسرة للشلبي (٥٦٧)، دعوى التفريق للشقاق و النزاع (١٢٦) المحامي : عقاب فايز .

(٣)_ الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية (٢١١) د. ابراهيم عبد الرحمن ابراهيم، مكتبة دار الثقافة ، عمان، الأردن ، ط١، عـ(١٩٩٩م)، أحكام الأسرة الإسلامية (٣٠٩).

المطلب الثاني : سلطة القاضي في تقدير العيب

قد يكون العيب المدعى به للتفريق خفيًا، فلا يعرف بالمسّ من وراء الثياب . و كذا قد يشك في ثبوت الادعاء بوجود العيب المستحكم بالزوج الذي لا يرجى البرء منه ، أو يمكن برؤه لكن بعد زمن طويل، و يحول دون مباشرة العلاقة الزوجية بما تتضرر معه الزوجة أو الزوج .

لذا وكل القاضي بتقدير العيب الموجب للتفريق و معرفته و إثبات وجوده ، و له الاستعانة بمن يراه من أهل الخبرة لإثباته ، بأمره أمينًا أن ينظر إلى العيب المستحكم، حتى لو كان عورة أو غيرها مما هو مظنة وجود العيب، لإباحته ضرورةً ، فيخبره بحال العيب و مدى وجوده من عدمه، ليتمكن القاضي من دفع الظلم والضرر عن أحد الزوجين، محققًا مقصود الوطء.

هذه الصلاحية للقاضي في تقدير العيب و إثباته مطلقة ، شريطة اعتمادها على أسباب سائغة مقبولة لا خلل فيها وما لا فلا [1]، لتكون سلطته في تقدير وجود العيب و مدى استحكامه والتحقق من وجود الظلم و الضرر فيه لأحد الزوجين سلطة تقديرية، يقدر بها القاضي العيب الموجب للتفريق بالاستعانة بذوي الخبرة و الاختصاص و الشأن .

المطلب الثالث : أنواع العيوب الموجبة للتفريق.

المراد بالعيوب ؛ جميع الأمراض التي تصيب الإنسان، لكن مقصودها الشرعي هنا أمراض معينة تصيب أحد الزوجين، و تمنح الحق للسليم منهما التشكي و طلب الفرقة ، فمنها ما يصيب الزوج، و منها ما يخص الزوجة، و منها ما يصاب به الإثنان معًا.

كما و يعتريها وصفان : فهي إما منفرة تأباها النفس السوية وتنفر منها، و إما مانعة للمعاشرة الجنسية أو مؤثرة عليها.

لذا قسمها الفقهاء إلى قسمين:

-القسم الأول: عيوب جنسية مؤثرة على المعاشرة الزوجية .

من العيوب الجنسية المؤثرة على المعاشرة الزوجية ما يخص بالرجل و منها ما يخص المرأة.

---

(١)_ حاشية رد المحتار (٣ / ٥٤٤)، بدائع الصنائع (٣/ ٦٠٧)، المجموع (١٦ / ٢٦٩) ، مغني المحتاج (٣ / ٢٦٨) ، التحقيق (٩ / ٧٥)، دعاوى الطلاق و الطاعة (٣٢)، الوجيز في الأحوال الشخصية (٤٦٦)، أحكام الأسرة الإسلامية (٣١٥).

-أما **الخاصة بالرجل** فهي:

- **العُنَّة**: العنِّين عند الحنفية و الشافعية و الحنابلة [1]من لا يقدر على الوطء لعدم انتشار ذكره، إما لمرض أو ضعف في خلقته أو كبر سن أو سحر، وهو ما يعرف (بالاعتراض) عند المالكية[2] الذين أشاروا لمعنى العنين بمن صَغُرَ ذكره بحيث لا يسمح بالإيلاج ، وعلى أية حال فكل ما ذكر مُخِلٌّ بمقصود النكاح.
- **الجَبُّ**: و المجبوب عند الحنفية و المالكية[3]من قطع ذكره و أنثياه معًا، وعرفه الشافعية والحنابلة[4]بمن قطع ذكره كله أو بعضه مع بقاء ما لا يمكن الوطء به ، مما يخل بمقصود النكاح.
- **الخصاء**: الخَصِيُّ من سُلّت خصيتاه و بقي ذكره، هذا رأي الحنفية و الشافعية والحنابلة[5]، ويرى المالكية[6] الخصي من قطع ذكره دون أنثييه ، و هو ما يعرف بالمجبوب عند الشافعية و الحنابلة كما سبق بيانه.
- **الشَّكَّاز** : و هو الإنزال السريع لحديث المرأة قبل الوطء، فلا ينتشر ذكره لجماعها[7].

-أما **العيوب الخاصة بالمرأة** فهي:

- الرتق: هو انسداد مسلك الذكر بعظم أو لحم بحيث يكون ملتصقًا لا يدخل الذكر فيه.
- والقَرَن: لحم أو عظم ينبت في الفرج يمنع دخول الذكر.
- والفتق : انخراق ما بين السبيلين باختلاط مسلك البول بمسلك الجماع وصيرورتهما مسلكًا واحدًا [8].

---

(١)_ الدر المختار (٣/ ١١٥)، المجموع (١٦ / ٢٦٨)، الإنصاف (٨ / ١٨٤)، المقنع (٣/ ٥٧)، كشاف القناع (٥ / ١٢١).

(٢)_ مواهب الجليل (٣/ ٨٥)، حاشية الدسوقي (٣/ ١٠٥)، بلغة السالك (٢ / ٣٠٥).

(٣)_ حاشية رد المحتار (٣/ ٥٤٣)، البناية (٥ / ٣٩٦)، مواهب الجليل (٣/ ٨٥)، حاشية الدسوقي (٣/ ١٠٥).

(٤)_ مغني المحتاج (٣/ ٢٦٨)، نهاية المحتاج (٦ / ٣٠٩)، المقنع (٣/ ٥٧)، كشاف القناع (٥ / ١٢١).

(٥)_ حاشية رد المحتار (٣/ ٥٤٦)، مغني المحتاج (٣/ ٢٦٨)، المقنع (٣/ ٥٧).

(٦)_ بلغة السالك (٢ / ٣٠٧).

(٧)_ البحر الرائق (٤ / ١٣٣) ، المنتقى شرح الموطأ (٥ / ٤١٣) كتاب الطلاق ، باب : أجل الذي لا يمس امرأته ، لسليمان بن خلف الباجي الأندلسي (٤٧٤هـ/ ١٠٨١م)، تحقيق : محمد عبد القادر أحمد عطا ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط١ ، عـ(١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م) .

(٨)_ مغني المحتاج (٣/ ٢٦٨)، المجموع (١٦ / ٢٦٥)، الإنصاف (٨ / ١٨٤ ، ١٩١)، المقنع (٣/ ٥٧).

-القسم الثاني: عيوب جسمية منفرة .

بحيث ينفر منها الطبع، و تتأذى منها النفس، و تعيب الزوج و الزوجة على حد سواء، وهي:

- الجنون: استتار العقل بعلة دائمة أو متقطعة، مما يزيل الشعور من القلب مع بقاء الحركة و القوة في الأعضاء.
- و الجذام: علة يحمر منها الجلد أو العضو ، ثم يتقطع ثم يسود ، ثم يتقطع و ينتن ثم يتناثر.
- و البرص: بياض شديد يبقع الجلد و يذهب دمويته ، يخرج منه الماء لا الدم بنخسه بإبرة. لونه أبيض أو أسود، و هو مقدمة للجذام[1].

و تكثر الأمراض المنفرة التي لا يمكن المقام معها إلا بضرر عن أن تحصر بعدد، كالعفل ؛ و هو رطوبة تمنع الرجل من لذة الجماع، و بخر الفرج ؛ و هو رائحة منتنة تخرج من الفرج ، والاستحاضة والقروح و الالتهابات السيالة و غيرها كثير. زد على ذلك العيوب الحديثة المستعصية كالسل و الزهري و الإيدز و نحوها، والباسور ؛ و هو داء في المقعدة، منه ما هو ناتئ و منه ما هو غائر، سائلًا أو غير سائل. والناسور: و هو قروح غائرة تحدث في المقعدة يسيل منها الصديد، إلى غيرها من الأمراض المستعصية المنفرة.

و قد أطلق ابن القيم العيوب و لم يحصرها في عدد معين فقال: (و أما الاقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة دون ما هو أولى منها أو مساوٍ لها فلا وجه له، فالعمى و الخرس و الطرش، و كونها مقطوعة اليدين أو الرجلين، أو أحدهما أو كون الرجل كذلك من أعظم المنفرات[2]).

نستخلص مما تقدم تنوع العيوب تنوعًا مختلفًا مما لا سبيل لحصره بعدد معين، فمنها ما يؤدي إلى الموت، و منها ما يؤدي إلى العدوى، و منها ما يؤدي إلى الضرر و الألم، و كذا تكاد الأمراض الحديثة المستعصية تكون فوق الحصر، لذا فما يهمنا في بحث أنواع العيوب الموجبة للتفريق هو ما يقع منها على الجسم، فيؤدي إلى تعذر قيام الحياة الزوجية، بحصول الضرر و العدوى، أو ما يحصل نتيجة أسباب جنسية، مما يخل بمقصود النكاح .

ومرجع القاضي في تقدير منع العيب من المعاشرة الجنسية أو كونه منفرًا لا يمكن استمرار الحياة معه إلا بضرر كبير سلطته التقديرية التي منحها الشارع له، و لو بالرجوع إلى ذوي الخبرة و الاختصاص. كما تقدم ذكره[3] عند البحث في سلطته في تقدير العيب الموجب للتفريق.

---

(١)_ مغني المحتاج (٣ / ٢٦٧ ، ٢٦٨)، المجموع (١٦ / ٢٦٥)، المغني (٧ / ٥٨٠)، الشرح الكبير لابن قدامة (٧ / ٥٦٧).

(٢)_ زاد المعاد (٥/ ١٦٣) ، سبل السلام (٢ / ١٩٩).

(٣)_ تقدم بيانه ص (٨٦).

و عليه ، أعطى الشارع الحكيم للقضاء مرونة في التقدير و القياس، إذ بين معيار العيب الموجب التفريق و فصَّل فيه ، بما تنتفي معه استمرار الحياة الزوجية دون الإضرار بالطرف الآخر، و ما يمنع من المعاشرة الجنسية، و بما أن العلة تدور مع معلولها وجودًا و عدمًا، فأي مرض يظهر لم يكن معروفًا و له نفس المؤثرات، يُعَدُّ عيبًا يحق للمتضرر طلب التفريق لأجله ، و للقاضي التثبت والتحقق مما ذكر وفقًا لسلطته التقديرية .

أما مرجعيته في تحديد كون العيوب على اختلاف أنواعها موجبة للتفريق من عدمه، فهذا ما سأبينه في البحث عن مشروعية التفريق بالعيوب. ما وفقني الله لذلك.

المطلب الرابع : شروط التفريق بالعيب.

إذا وجد أحد الزوجين بالآخر عيبًا موجبًا للتفريق، مُنِحَ طلبه من القاضي إذا توافرت الشروط الآتية:

١. عدم العلم بالعيب وقت النكاح، و عدم الرضى بعد العلم به ، فإذا تم النكاح مع العلم بالعيب و الرضى به صراحة أو دلالة، لم يجز التفريق من القاضي عندئذٍ[١].

٢. وجود العيب حال العقد مع عدم علم الطرف الآخر به ، أما حدوثه بعد العقد، فلا تفريق من القاضي، لإيفاء الزوج حق زوجته ضرورة بوصوله إليها و لو مرة واحدة ، فليس لها أن تطالبه بالتفريق بعدها، و هذا رأي فقهاء الحنفية[٢].

أما فقهاء الشافعية[٣] فلم يشترطوا هذا الشرط لذا أجازوا للمرأة طلب التفريق و لو حدث العيب بالزوج بعد العقد حتى لو كان العيب عنّة الزوج، و عللوه بأن كل عيب إذا ثبت لأجله التفريق فيما لو وجد حال العقد، ثبت لأجله التفريق كذلك إذا حدث بعده كالإعسار بالنفقة.

٣. خلو الطرف الآخر من العيب، كما لو كانت المرأة معيبة بعيب يمنع المخالطة الجنسية كالرتق و العفل والقرن، فليس لها معه طلب التفريق بسبب الجب أو العنة، لوجود المانع من الاستمتاع بالطرفين معًا، فلا يكون الزوج ظالمًا بإمساكها ليؤمر برفع الظلم عنها، و كذا المريض منهما بالزهري وغيره، ليس له طلب التفريق لهذا العيب إذا كان قائمًا بالطرف الآخر[٤].

---

(١)_ الدر المختار (٣/ ٥٤٤)، المبسوط (٥ / ٩٧)، الفروع (٥ / ١٨١)، المغني (٧/ ٥٨٤).

(٢)_ الدر المختار (٣/ ٥٤٤)، المبسوط (٥ / ٩٧) ، لينظر الاختيار (٣/ ١١٥).

(٣)_ المجموع (١٦ / ٢٧١، ٢٧٢).

(٤)_ المبسوط (٥ / ٩٧)، الاختيار (٣/ ١١٥)، روضة الطالبين (٧/ ١٧٨).

٤. عدم اشتراط أحد الزوجين على الآخر السلامة من العيوب، فإن تم الاشتراط بالسلامة منها حين العقد، وبعده ثم وجد العيب ، كان وجوده مدعاة للتفريق، لما فيه من التدليس على الطرف الآخر[١].

٥. يشترط في الجذام تحققه ولو يسيرًا، و في البرص أن يكون مضرًا فاحشًا، وألا يرجىء برؤه من العيوب، و أن يتحقق الضرر و النفرة بوجود العيب في الطرف الآخر[٢].

٦. يشترط في بعض العيوب حيلولتها دون المقصود من عقد النكاح و هو الوطء، فإن حققت المقصود منه اشترط فيها وجود النفرة المانعة من القربان بالكلية و خوف التعدي إلى النفس و النسل، لكون المرض وراثيًا إلى غير ذلك من العيوب.

٧. يشترط في بعض العيوب استحكامه مما لا أمل بالشفاء منه، أو يمكن الشفاء منه ، لكن بعد زمن طويل[٣].

هذا ، وجرى العمل في القانون[٤]على مذهب الإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى، فنصت المادة(١٠٥) من قانون الأحوال الشخصية على ما يلي:

« للزوجة طلب التفريق بينها و بين زوجها في الحالتين التاليتين:

- إذا كان فيه إحدى العلل المانعة من الدخول بشرط سلامتها هي منها.
- إذا جُنَّ الزوج بعد العقد».

و نصت المادة (١٠٦) من نفس القانون ما يلي:

١. يسقط حق المرأة في طلب التفريق بسبب العلل المبينة في المادة السابقة إذا علمت بها قبل العقد أو رضيت بها بعده.

٢. على أن حق التفريق بسبب العنة لا يسقط بحال.

– و يبدو ظهور دور القاضي في شروط العيب الموجبة للتفريق بمدى تحققه من توافرها في المدعى عليه، مما يجعله ينظر في الدعوى بعدها .

لتكون سلطته تقديرية، تمنحه النظر في العلة و العيب و التقدير فيما إذا كان جسيمًا منفرًا محققًا للضرر في الطرف الآخر و موجودًا حال العقد أم لا، و هل الجنون مطبقًا لا أمل من الشفاء منه أم يرجى البرء منه ولو بزمن طويل.

---

(١)_ حاشية الدسوقي (٣ / ١٠٨)، بلغة السالك (٢ / ٣٠٤) للقطب سيدي أحمد الدر دير ، للشيخ أحمد الصاوي، صححه : محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان ، ط١ ، عـ (١٤١٥هـ / ١٩٩٥م)، بداية المجتهد (٣ / ١٠٢٢).

(٢)_ بلغة السالك (٢ / ٣٠٥، ٣٠٦)، بداية المجتهد (٣ / ١٠٢١)، المجموع (١٦ / ٢٦٩).

(٣)_ المغني (٧ / ٥٨٠)، الشرح الكبير لابن قدامة (٧ / ٥٦٦)، كشاف القناع (٥ / ١١٦).

(٤)_ شرح أحكام الأحوال الشخصية لشقفة (٢ / ١٢٩).

و يشترط تأكده من سلامة الزوجة مما يمنع الدخول بها، و لكيفية التأكد نصت محكمة النقض على ما يلي : (يتوجب على المحكمة الاستجابة لطلب الزوج وعرض الزوجة على لجنة طبية لإثبات وجود المانع من الدخول).

و كذا اشترط نظره في العلة التي أصيب بها الزوج و منعته من الدخول و جزمه بغير قابليتها للزوال، فنصت محكمة النقض: (إذا كان التقرير الطبي لم يجزم بأن الزوج مصاب بعلة غير قابلة للشفاء فلا يصح التفريق الفوري)[1].

و منه نستدل على سلطة القاضي التقديرية في التحقق من توافر شروط العيب الموجبة للتفريق، ولو استعان بذوي الخبرة و الاختصاص .

(١)_ شرح قانون الأحوال الشخصية السوري للبغا (٥١٢) د. محمد الحسن البغا ، منشورات جامعة دمشق ، كلية الشريعة ، ع(١٤٢٨هـ/ ٢٠٠٧م).

المبحث الثاني

مشروعية سلطة القاضي في التفريق للعيب

يقوم مجتمع الأسرة الذي يبدأ بالزوجين على المحبة و السكينة، مما لا يتأتى معه وجود عيب في أحدهما أو كليهما، لذا فتحت الشريعة المجال أمام الزوجين للتخلص مما يعكر صفو حياتهما، و يحول دون الاستقرار و السعادة الزوجية بالتفريق بينهما بسبب العيب.

لكن ما ضابط العيب ؟ و لمن يثبت حق التفريق به، للزوجة فقط أم للزوجة والزوج على السواء أم للقاضي بطلب أحدهما ؟

و ما هي آراء الفقهاء في شرعية تفريق القاضي و في العيوب التي يثبت بها حق التفريق؟ هل كل عيب يستوجب التفريق، أم عيوب خاصة فقط؟

هذا ما سأبينه في ثنايا هذا المبحث ما وفقني الله لذلك.

المطلب الأول : ضابط التفريق بالعيب.

* من العيوب ما يمكن للإنسان تحمله عادة ، مما لا ينافي مقصود عقد النكاح ولا يخل به ، علاوةً على عدم منعه الاستمتاع بين الزوجين ، مما لا يخشى العدوى منه و لا تعافه النفوس ، كعيب العمى و العور و الشلل و العرج والقرع، إلى غيرها من العيوب التي يصعب تحديدها وحصرها لكثرتها ، مما لا يتعذر معها المعاشرة الزوجية.

هذه العيوب مما اتفق الفقهاء[1] على عدم جواز التفريق بها، لعدم حصول الضرر والأذى والظلم في حق أحد الزوجين.

* و من العيوب ما يحول دون المعاشرة إن كانت جنسية، مما يخل بالمعنى الذي شرع النكاح لأجله ، من إعفاف النفس، و ابتغاء الولد.

---

(١)_ بدائع الصنائع (٣ / ٦٠٧)، تبيين الحقائق (٣ / ٢٤٢)، بلغة السالك (٢ / ٣١٠)، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية لمحمد الإمام (١٠٨)، موسوعة الأحوال الشخصية للعمروسي (٥٩٣) طبقًا للقانون (١) لسنة ٢٠٠٠م، المستشار : أنور العمروسي ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، مصر ، ط١ ، عـ(٢٠٠٠م).

أما إن كانت جسمية، فتبعث على النفور بين الزوجين، و تثير في الطرف الآخر الخوف على النفس و الولد، مما تنتفي معها حكمة الشارع من إباحة الزواج و الحث عليه.

وعليه ، يتحقق ضابط التفريق بالعيب بين الزوجين، بكل عيب يخل بالمقصود الأصلي من الزواج، أو يترتب عليه ضرر لا يحتمله الطرف الآخر، و هذا مما اختلفت عبارات الفقهاء في التفريق به، وهو المقصود في هذا المبحث.

وعلى القاضي النظر في دعوى التفريق للعيب و التحقق من وجود ضابطها أو عدمه بمقتضى سلطته التقديرية.

المطلب الثاني: ثبوت حق التفريق للعيب بين الزوج و الزوجة

اختلف الفقهاء في ثبوت حق التفريق للعيب بين الزوج و الزوجة، فمنهم من قصره على الزوجة فقط و منهم من جعله حقًا ثابتًا للزوجين.

أما فقهاء الحنفية[1] فقصروه على الزوجة فقط، لإمكانية الزوج دفع الضرر عن نفسه بالطلاق الذي ملكه الله إياه، مما لا داعي لرفع الأمر إلى القضاء حرصًا على عدم التشهير بالمرأة ، أما الزوجة فلا يمكنها دفع الضرر عن نفسها إلا بإعطائها الحق في طلب التفريق، لعدم ملكيتها الطلاق.

و ذهب جمهور الفقهاء[2] إلى ثبوت الحق للزوج و الزوجة معًا، لضرورة تضرر الزوج إذا وجد زوجته معيبة بعيب تناسلي يمنع الاتصال بها اتصالًا جنسيًا كالرتق و القرن أو وجدها معيبة بالجنون أو الجذام أو البرص، مما لا تستقيم معها المعاشرة الزوجية فيطلب التفريق بسببها كالزوجة.

و زاد ابن حزم [3] الظاهري ثبوت هذا الحق للزوج و الزوجة معًا شريطة التدليس بوجود العيب أثناء العقد وحلف الطرف الآخر على عدم العلم به ، أما إن حدث العيب بعد العقد فلا يثبت التفريق به [4] .

---

(١)_ فتح باب العناية (٢ / ١٦٥)، بدائع الصنائع (٣ / ٦٠٧)، البناية (٥ / ٣٩٣).

(٢)_ بلغة السالك (٢ / ٣١٠)، مغني المحتاج (٣ / ٢٦٧)، نهاية المحتاج (٣ / ٣٠٨)، التحقيق (٩ / ٧٥) لأبي الفرج عبد الرحمن بن علي بن الجوزي ، ت(٥٩٧ هـ) ، و معه تنقيح التحقيق ، لمحمد بن أحمد بن عثمان الذهبي ، تحقيق : د. عبد المعطي أمين قلعجي ، دار الوعي العربي ، حلب ، القاهرة ، مكتبة ابن عبد البر ، حلب ، دمشق ، ط١ ، (١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م)..

(٣)_ ابن حزم : علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، أبو محمد ، ولد سنة (٣٨٤هـ) في قرطبة ، فقيه مجتهد ، من أئمة المذهب الظاهري ، كان شافعي المذهب ثم انتقل إلى المذهب الظاهري و تبعه خلق كثير سموا : (الظاهرية) ، عوقب لجرأته على العلماء ، أشهر كتبه (المحلى)، توفي سنة (٤٥٦هـ). (سير أعلام النبلاء للذهبي ١٨/ ١٨٢، رقم ٩٩)

(٤)_ المحلى بالآثار لابن حزم ١٨/ ٤٨٧).

و لقد عمل القانون برأي الحنفية، حيث أثبت الحق في طلب التفريق للعيب للزوجة فقط دون الزوج، جاء في المادة (١٠٥) من القانون السوري[١] عملًا برأي الحنفية في ثبوت الحق للزوجة طلبًا للتفريق بالعيب دون الزوج ما يلي:

- للزوجة طلب التفريق بينها و بين زوجها في الحالتين التاليتين:

- إذا كان فيه إحدى العلل المانعة من الدخول بشرط سلامتها هي منها.
- إذا جن الزوج بعد العقد.

و ترى الباحثة _ بعد علم الله بالصواب _ من العدل و الإنصاف بين الزوجين ثبوت الحق في طلب التفريق لكليهما معًا ، موافقة مذهب الجمهور، لما يترتب على الطلاق الذي جعله الشارع بيد الزوج من التزامات مالية و على رأسها إلزامه بالمهر كاملًا إن كان بعد الدخول، و بنصفه إن كان قبله، مما فيه ضرر لا وجه لإلحاقه بالزوج بسبب ما لا دخل له فيه.

خاصة إذا لم يعلم الزوج وجود العيب عند العقد، مما يعد تغريرًا[٢] به من زوجته ، اقتضى العدل جعل حق الفسخ بكل عيب دلس فيه على الزوج عند العقد، حتى لا يتخذ التدليس و الخداع وسيلة للحصول على المال من الزوج ظلمًا من غير وجه حق .

أما العيوب الحادثة بعد العقد فيؤخذ فيها بالمذهب الحنفي، لكفاية درئها بما يملك الزوج من حق الطلاق، مما يمنع التشهير بالزوجة و الستر عليها، و هذا ما عليه المالكية[٣].

يضاف إليه ، ما في التوسعة من منح حق طلب التفريق لكلا الزوجين من اتفاق مع ضابط التفريق بالعيب والأساس الفقهي الذي يقوم عليه ، ألا وهو دفع الضرر والظلم عن كلا الزوجين، بواسطة القاضي الذي من أهم مهامه استعمال سلطته في إزالة الضرر عن الناس و حفظ الحقوق لأصحابها.

---

(١)_ مجموعة قوانين الأحوال الشخصية لشقفة (٣٦) تنسيق : محمد فهر الشقفة، مؤسسة النوري ، دمشق ، فيكتوريا ،ط (١٩٩٦م)، الدليل الشرعي (٦٢).

(٢)_ تغريرًا : من غر الشخص يغر من باب ضرب غرارة بالفتح فهو غار ، و غِرٌّ بالكسر أي جاهل بالأمور غافل عنها .
[المصباح المنير(١٦٩) ، مادة (غَرَر)] .

(٣)_ بلغة السالك (٢ / ٣١٠).

المطلب الثالث: آراء الفقهاء في العيوب الموجبة للتفريق و أدلتهم.

أولاً: آراء الفقهاء في المسألة:

اختلف الفقهاء في عدد العيوب الموجبة للتفريق على أقوال، هي كالآتي:

ذهب الإمام أبو حنيفة و أبو يوسف[1] إلى أنها مقصورة على ما يمنع المتعة الجنسية، و تعرف بالعيوب التناسلية وهي ثلاثة: أن يكون الرجل عنينًا أو مجبوبًا أو خصيًا.

بينما زاد المالكية و الشافعية و الإمام محمد بن الحسن[2] من الحنفية [3]عليها عيوبًا أخرى ، هي: الجنون و الجذام والبرص، سواء كانت بالرجل أ و بالمرأة، والعيوب التناسلية الخاصة بالرجل عند مالك: الجب و العنة و الخصاء والاعتراض، و الخاصة بالمرأة هي: الرتق و القرن والإفضاء و البخر والاستحاضة.

فإذا وجد أحد الزوجين بالآخر عيبًا منها ثبت له الحق في طلب التفريق به ، ولو لم يشترط خلوه حين العقد ، أما غيرها من العيوب كالسواد و العرج و العور و العمى وعدم البكارة فلا يثبت به الحق في طلب التفريق إلا إذا شرط السلامة منها حين العقد.

و زاد الحنابلة [4]على العيوب المذكورة، كل عيب جسمي منفر أوضار ، لا يرجى الشفاء منه، أو يرجى برؤه لكن بعد زمن طويل كالسل و الزهري والسيلان وما أشبهها.

أما العيوب التي يمكن المقام معها بدون ضرر أو بضرر ، و لكن لا يعتد به عرفًا كالعرج أو الخرس فلا يكون لأحد الزوجين طلب التفريق به إلا إذا اشترط السلامة منه حين العقد.

---

(١)_ فتح باب العناية (٢ / ١٦٥)، بدائع الصنائع (٣ / ٦٠٧). أبو يوسف : هو قاضي القضاة أبو يوسف ، يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن حبيش ابن سعد بن بُحَيْر بن معاوية الأنصاري الكوفي ، الإمام المجتهد العلامة المحدث ، ولد سنة (١١٣ هـ) ، وصحب أبا حنيفة سبع عشرة سنة ، توفي (١٨٢ هـ) . [سير أعلام النبلاء (٧/ ٧٠٧- ٧٠٨- ٧٠٩)]

(٢)_ هو أبو عبد الله الشيباني ، محمد بن الحسن بن فرقد ، العلاّمة ، فقيه العراق ، الكوفي ، صاحب أبي حنيفة ، ولد بواسط ، وأصله جَزَري ، أخذ عن أبي حنيفة بعض الفقه وتمم الفقه على القاضي أبي يوسف ، ثم ولي القضاء بعده . توفي سنة (١٨٩ هـ) بمدينة الرَّي . [سير أعلام النبلاء (٨ / ٨٢- ٨٣)] .

(٣)_ بدائع الصنائع (٣ / ٦٠٧) ، حاشية الدسوقي (٣ / ١٠٥ ، ١٠٦ وما بعدها)، بلغة السالك (٢ / ٣٠٤)، بداية المجتهد (٣ / ١٠٢٢)، مغني المحتاج (٣ / ٢٦٨ ، ٢٦٩)، المجموع (١٦ / ٢٦٩).

(٤)_ التحقيق (٩ / ٧٥)، الشرح الكبير لابن قدامة (٧ / ٥٦٧).

– و أخذ القانون[1] بالمذهب الحنفي في المسألة، إذ قصر العيوب الموجبة للتفريق على العيوب التناسلية، و زاد عليها الجنون.

ثانيًا: أدلة الفقهاء .

استدل الحنفية[2] على قصر العيوب على التناسلية فقط، بأنها مما لا يتحقق معها المقصود أصالة من الزواج ، و هو التوالد و التناسل و الإعفاف عن الحرام، و لأنها غير قابلة للزوال، فالضرر المترتب عليها ضرر دائم، لا سبيل إلى الخلاص منه إلا بالتفريق.

و استدل المالكية و الشافعية [3] بأن الضرر الناشئ عن الجنون و الجذام و البرص أشد مما ينشئ عن العيوب التناسلية، لأنها مما لا تستقيم معها الحياة الزوجية لنفرتها، فثبوت حق التفريق بها أولى، علاوةً على الخوف من سرايتها إلى الأبناء .

بينما استدل الحنابلة في توسعهم بأن من شأن إرغام أحد الزوجين على البقاء في الحياة الزوجية مع ما في الآخر من العلل ، أن ينغص عليه حياته، مما يقلبها إلى شقاء دائم، و قد يعرض حياته للخطر إذا كان المرض معديًا، فضلًا عما يصيب الأولاد من الضعف و التشويه و شتى الأمراض والعلل، مما تأباه روح الشريعة الإسلامية التي تحرص كل الحرص على سلامة الفرد والمجتمع[4].

و في تقديري و الله أعلم، أن توسع الحنابلة الرأي الأسلم و الأوجه، لأنهم لم يحصروا العيوب بعدد معين بل عادوا بها إلى ضابطها، فإن وجد الضابط و هو الخلل من مقصود النكاح و النفرة بين الزوجين، وجد عندها الحق في طلب التفريق و العكس بالعكس.

كما و يتفق توسعهم مع المقرر في عقد الزواج، من فوات لزومه بفوات مقصوده ، إذ الأصل في عقد الزواج اللزوم، و لا يصح العدول عنه إلا بعيب يفوت معه المقصود من الزواج .

---

(١)_ موسوعة الأحوال الشخصية للصائغ (١١٢) نبيل الظواهرة الصائغ ، ط٢ ، عـ(١٩٨٤م)، مجموعة قوانين الأحوال الشخصية لشقفة (٣٦).

(٢)_ الاختيار (٣/ ١١٥).

(٣)_ بداية المجتهد (٣/ ١٠٢٢)، بلغة السالك (٢/ ٣٠٥، ٣٠٦)، المجموع (١٦ / ٢٦٩)، مغني المحتاج (٣/ ٢٦٨، ٢٦٩).

(٤)_ المغني (٧/ ٥٨٠)، الشرح الكبير لابن قدامة (٧/ ٥٦٦).

المطلب الرابع: حكم توقف التفريق بالعيب على القضاء.

اتفق أئمة المذاهب الأربعة و معهم الزيدية[1] على ضرورة القضاء للتفريق بالعيب ، مما لا يجوز إلا بقضاء القاضي، لأن التفريق بسبب العيب محل نظر واجتهاد بين الفقهاء ، فيحتاج إلى قضاء القاضي لرفع هذا الخلاف، و لأن كثيرًا ما يختلف الزوجان في وجود العيب و عدمه ، و في العيوب التي يجب بها التفريق وغيرها، لذا احتيج إلى قضاء القاضي لما من شأنه قطع النزاع وحسم الخلاف، علمًا أن القاضي نائب عن الزوج في التفريق الواجب عليه.

(١)_ بدائع الصنائع (٣ / ٦٠٧)، تحفة الفقهاء (٢ / ١٨٣ ، ١٨٤)، حاشية الدسوقي (٣ / ١١٢)،شرح ميارة (١ / ٢٠٠) ، المجموع (١٦ / ٢٨٠) ، روضة الطالبين (٧ / ١٩٨) ، المغني (٧ / ٥٧٩ ، ٥٨٥) ،الإنصاف (٨/ ١٩٨) ، التاج المذهب (٢ / ٦٣) .

المبحث الثالث

سلطة القاضي في إجراءات دعوى التفريق للعيب

الدعوى أول مراحل خصومة المدعي و المدعى عليه بالتفريق للعيب ، فهي التي يمكن من خلالها ظهور دور القاضي و سلطته في التفريق ، لذا لابد من البحث في مراحل سيرها و إثباتها عند القاضي و من ثم صلاحيته و سلطته في الحكم بالتفريق جراء ثبوت العيب المدعى به.

هذا ما سأذكره عند البحث في مراحل إجراءات الدعوى، محاولةً إبراز دور القاضي فيها ، ما وفقني الله لذلك.

المطلب الأول : سلطة القاضي في سير دعوى التفريق للعيب.

من المعلوم حتمًا، أن صحة الدعوى شرط لصحة القضاء بها ، لذا من الضروري لصحة دعوى التفريق لسبب العيب توافر شروط تحقق صحتها، هذه الشروط منها ما يتعلق بالمدعي، و منها ما يتعلق بالمدعى عليه ، و منها ما يتعلق بركن الدعوى.

و لقد سبق[1] البحث في شروط صحة دعوى التفريق لسبب عدم الإنفاق، و هي ذاتها الشروط بسبب العيب ، مع بعض التفصيلات التي تخصُّه ، و التي سآتي على بيانها مع تبيان أسباب عدم سماع تلك الدعوى ، ما وفقني المولى.

أولًا: شروط صحة دعوى التفريق للعيب.

يشترط لصحة دعوى التفريق بسبب العيب شروط عدّة، هي كالآتي:

١. بلوغ العنين إذا كانت دعوى التفريق لعنة الزوج، اشترط لصحتها وجوبًا أن يكون الزوج العنين المدعى عليه بالغًا، فلو كان دونه اشتُرط لصحة الدعوى عليه انتظار بلوغه.
كما يشترط بلوغ العنين حتى لو كان للمدعى عليه و صيٌّ بالغٌ[2].

---

(١)_ تقدم بيانه ص (٦٤) .

(٢)_ حاشية رد المحتار (٣ / ٧٦)، المبسوط (٥ / ٩٤).

٢. حضور الخصم في دعوى التفريق للعنة، خاصةً العنين المدعى عليه حتى لو كان له وكيل نائب عنه حقيقة ، أو وصي القاضي مما ينوب عنه شرعًا[١].

٣. وجود العيب حقيقةً، فيشترط لصحة ادعاء المرأة بالتفريق للعيب قيامه على سبب مباح موجود، أيًّا كان نوع هذا العيب[٢].

٤. معلومية سبب التفريق و بيان نوعه ، بذكر نوع العيب الموجب للتفريق في الدعوى ، لاختلاف إجراءات الدعوى من سبب لآخر، فإذا لم يتم التصريح بنوع العيب أو ذكر أكثر من نوع للعيب في دعوى واحدة كانت الدعوى غير صحيحة و بالتالي لا تسمع.

علمًا أن فائدة الدعوى في الإلزام بواسطة إقامة الحجة و الإثبات لدى القاضي، والإلزام في الدعوى ذات السبب المجهول غير متحققة[٣].

٥. المطالبة و الخصومة ، إذ يشترط سبق الخصومة و المطالبة بالتفريق من القاضي لتقوم الدعوى على أسس و شروط سليمة صحيحة[٤].

٦. يشترط في دعوى التفريق للجنون أن يكون مذهبًا للعقل ، حتى لا يدري فيه المجنون ما يفعل، لا فرق بين أن يكون الجنون مطبقًا أو متقطعًا[٥].

٧. و مما تجدر الإشارة إليه أنه يشترط لصحة دعوى التفريق للجنون طلب الزوجة من القاضي الشرعي تعيين قيم على زوجها فتخاصمه بصفته قيمًا عليه، إذ لا يصح أن تقام الدعوى و تبلغ إلى المجنون[٦].

و يبرز دور القاضي أمام شروط صحة دعوى التفريق بالعيب في مدى تقديره ما إذا كان العنين المدعى عليه بالغًا وحاضرًا بنفسه غير موكل نائبًا عنه أم لا.

---

(١)_ الإنصاف (٨ / ١٩٩)، منار السبيل (٢ / ١٢٩)، و يعدُّ هذا الشرط أصح الروايتين في المذهب الحنبلي.

(٢)_ بدائع الصنائع (٥ / ١٠٧)، بلغة السالك (٢ / ٣٠٦).

(٣)_ الهداية (٣ / ١٥٢)، مطالب أولي النهى (٦ / ٥٠٢).

(٤)_ حاشية رد المحتار (٣ / ٧٦)، المبسوط (٥ / ٩٥)، تقريرات عليش (٣ / ١٠٥)، روضة الطالبين (٧ / ١٩٨)،الفتاوى الفقهية الكبرى (٤ / ١١١).

(٥)_ [الجنون المطبق : لا يتخلله إفاقة ، أما غير المطبق : فيتخلله إفاقة فيجن تارة و يفيق أخرى ، و في الجنون (مطبقًا أو غير مطبق) الخيار للزوجين قلَّ زمان الجنون أو كثر ، لأن قليله يمنع من تأدية الحق في زمانه ، و لأن قليله كثير ، سواء كان بالزوج أو الزوجة] الحاوي الكبير (٩/ ٨٦٠)، مغني المحتاج (٣ / ٢٦٧ ، ٢٦٨)، المجموع (٦ / ٢٦٩)، بلغة السالك (٢ / ٣٠٦)، شرح منح الجليل (٢ / ٨٠).

(٦)_ بدائع الصنائع (٨ / ٤١٣) .

و في تثبته من وجود العيب و معرفة نوعه و مطالبة المدعية بحقها في الدعوى، وكذا في دعوى التفريق للجنون، حيث يقدر القاضي درجة جنون المدعى عليه و نوعه ، و لو استعان بذوي الخبرة والاختصاص، إذ المرجع في الأصل لتقدير القاضي .فهو الذي يعين الوصي على المدعى عليه إذا كان مجنونًا بما يفي و يحقق المطلوب من الدعوى.

و فيما ذكر دليلٌ واضحٌ على سعة سلطة القاضي وصلاحيته في النظر في شروط صحة الدعوى، ومدى تحققه من توافرها ، مما يدل على مرونة سلطة القاضي التقديرية .

ثانيًا: أسباب عدم سماع دعوى التفريق للعيب.

تقدم بيان شروط الدعوى الصحيحة، سواء في أطرافها ، أم في المدعى به، أم في ركنها، وكذا شروط العيوب الموجبة للتفريق، فلو تخلف شرط مما ذكر منع من سماع الدعوى وقبولها عند القاضي، فيردها ولا يسمعها ما لم تصحح المدعية دعواها باستكمال الشروط المتخلفة.

وللقاضي رد الدعوى إذا وجد من الأسباب لعدم سماعها ما سبق ذكره، و إذا وجدت الأسباب التالية:

١. حدوث العيب بعد الدخول ولو مرة، شرط اختص به فقهاء الحنفية[١]، إذ لا يبرر للزوجة طلب التفريق بسبب العيب الذي يصيب الزوج في فترة لاحقة للزواج.
بينما لم يشترطه جمهور الفقهاء[٢] الذين أجازوا طلب التفريق للعيب و لو حدث بعد العقد و الدخول.

و استقر الاجتهاد في المحاكم السورية[٣] على العمل بالمذهب الحنفي ، علمًا أنه أضاف تخصيص العيب بالعنة فقط ، إذ يختلف التفريق للعنة المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة (١٠٦) من قانون الأحوال الشخصية عن غيره من التفريق للعلل الأخرى المانعة من الدخول و المنصوص عليها في المادة (١٠٥) من القانون نفسه، لانتفاء العنة بوصول الزوج إلى زوجته ولو مرة واحدة على ما أوضحته المادتان (٢٩٩ / ٣٠٠) من كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية المعمول به بدلالة المادة (٣٠٥) من قانون الأحوال الشخصية.

و مما يؤخذ على اجتهاد المحاكم السورية، أنه غير معقول و لا دليل يؤيده ، إذ شرعت الفرقة بالإيلاء دون التقيد بعدم الوصول إلى الزوجة قبله، و لو كان حقها لما أطلقه.

---

(١)_ الدر المختار (٣ / ٥٤٤)، المبسوط (٥ / ٩٧)، الاختيار (٣ / ١١٥).

(٢)_ بلغة السلك (٢ / ٣٠٦)، مغني المحتاج (٣ / ٢٧٠)، المغني (٧ / ٥٨٥).

(٣)_ المرجع في قضاء الأحوال الشخصية للداغستاني (١ / ٢٩٣) المستشار أحمد الداغستاني ، ط١ ،عـ(١٩٨٣م) ، المرشد في قانون الأحوال الشخصية (٣٨٦)، شرح أحكام الأحوال الشخصية (٢ / ١٣٦)، قانون الأحوال الشخصية لقدري باشا (١٩٩).

و هذا حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم في قصة سيدنا عبد الله بن عمرو بن العاص[1] وشكوى امرأته اشتغاله بالعبادة عنها يقول له: (و إن لزوجك عليك حقًا)[2] دون أن يسألها عن قربانه لها قبله ، فلو كان حقها في المرة الواحدة فقط لسألها و لأخبرها بعدم حقها فيما طلبت لو دخل بها مرة، وعليه ، فالحق استمرارية استمتاع المرأة ما دامت الحياة الزوجية[3].

لذا أطمئن إلى مذهب الجمهور ، لموافقتهم ضابط التفريق بالعيب ومناطه، فكل عيب يمنع الاستقرار في الحياة الزوجية و المقصود من عقد النكاح، من الوطء و إنجاب الولد، مما يُوْقِعُ النفرة بين الزوجين، يستوجب نظر القاضي في الدعوى و قبولها لا فرق بين حدوثه بعد العقد أو قبله.

٢. الرضا بالعيب بعد العلم به، مما يبرر للقاضي عدم سماعه الدعوى شريطة تحققه من رضا الزوجة بالعيب بعد علمها به، و قد تقدم بيانه في شروط التفريق بالعيب[4].

* ويظهر دور القاضي في تقديره مدى رضا الزوجة و علمها بالعيب واستمرار العشرة بينهما، مع ضرورة تأكده من حدوث الرضا بعد التعاقد، إذ الرضا باطني لا يعرف إلا بالتقدير، والقاضي بدوره يجتهد في معرفته ما أمكن، والله أعلم.

٣. ثبوت العدوى بالمرض المدعى التفريق به، ما يوجب عدم سماع الدعوى. كما لو طالبت الزوجة بالتفريق لإصابة زوجها بمرض تناسلي معدٍ ، لكن زوجها دفع دعواها بانتقال المرض منها ، إذ المرض وراثي في عائلتها وفق شهادة الأطباء المعالجين، مما يوجب عدم سماع دعوى التفريق ، لتسببها فيما في الزوج، فليس عدلًا أن يستفيد المخطئ من خطئه، والآثم من إثمه[5].

---

(١)_ هو الصحابي الجليل عبد الله بن عمرو بن العاص بن وائل بن هاشم بن سعيد بن سعد بن سهم بن عمرو بن هصيص بن كعب بن لؤي بن غالب ، الإمام الحبر ، له مناقب و مقام راسخ في العلم و العمل ، يبلغ ما أسند سبعمائة حديث ، كتب الكثير بإذن النبي و ترخيصه له ، توفي سنة (٦٣هـ) وقيل سنة (٦٥هـ) . [سير أعلام النبلاء (٤/ ٢٥٧ ٢٥٨) ، الإصابة في تمييز الصحابة (٣ / ٢٦١) أحمد بن علي بن حجر العسقلاني الشافعي ، (٧٧٣هـ/ ٨٥٢هـ) ، دار الفكر ، ط١ ، عـ (١٤٢١هـ/ ٢٠٠١م) .] .

(٢)_ أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب : النكاح ، باب : لزوجك عليك حق ، رقم (٤٩٠٣) ، (٣/ ١٨٦٩) ،و اللفظ له .

* أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب : الصيام ، باب : النهي عن صوم الدهر لمن تضرر به أو فوّت به حقًا أو لم يفطر العيدين والتشريق و بيان تفضيل صوم يوم و إفطار يوم ، رقم (١١٥٩) ، (٨/ ٢٢٠) .

(٣)_ الاختيار (٣/ ١١٥).

(٤)_ تقدم بيانه ص (٨٩).

(٥)_ مغني المحتاج (٣/ ٢٦٨ ، ٢٦٩)، زاد المحتاج (٣/ ٢٥٤) للشيخ عبد الله بن الشيخ حسن الحسن الكوهجي ، تحقيق : عبد الله بن ابراهيم الأنصاري ، المكتبة العصيرية ، صيدا ، بيروت ، ط٢ (١٤٠٧ه/ ٢٠٠٤م)،الأم (٨ / ٢٧٨).

و يظهر دور القاضي في إثبات دعوى العدوى و التحقق منها بمقتضى سلطته التقديرية، المستندة إلى آراء ذوي الخبرة و الاختصاص.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في إثبات دعوى التفريق للعيب.

تعدُّ طرق الإثبات الدرع الواقي لحماية الحقوق، و العون القوي لاستعادتها إن سُلبت من أصحابها. لذا اشترط إثبات العيب لدى القاضي ، ليحكم بناءً عليه .

ويلزم لإثبات الدعوى معرفةُ مَنْ يقوم عليه عبء الإثبات ، و من ثم كيفية إثبات العيب، ليظهر دور القاضي وسلطته أمام وسائل إثبات تلك الدعوى .

هذا ما سأعرض له في هذا المطلب :

أولًا: عبء الإثبات.

لا يعني بقاء الزوجة بكرًا بسبب عنَّة زوجها أو جبّه أو خصائه، لإمكانية أن يكون سبب بقاء البكارة منها، أو لعلة فيها مانعة من الدخول، أو لإمكانية كينونتها من النوع الذي لا يزول بالإيلاج. لذا وجب إثبات العيب على الزوجة، و القول الفصل فيه تقارير الأطباء و خبرتهم في كشف العيوب، ولو كانت البكارة قرينة إلى جانب المرأة و الثيوبة قرينة إلى جانب الرجل.

و لها إثبات العيب إما بإقرار الزوج أو بالخبرة أو الكشف الطبي وفق المشهور في المذهب المالكي الذي عمل به القانون السوري فجعله قاعدة من القواعد القانونية الشرعية السورية[1].

ثانيًا: أثر سلطة القاضي على إثبات العيب الموجب للتفريق.

– إما أن يكون العيب ظاهرًا مما لا يحتاج معه لبينة، أو غير ظاهر فيحتاجها ، فإن ظهر العيب بالزوج أو الزوجة ثبت عند القاضي و ترتب عليه حكمه .

و مثل ظهور العيب الإقرار به عند شاهدين، أو عند القاضي عند الشافعية أو بالتراضي عند المالكية[2].

---

(١)_ شرح ميارة (١ / ٢٠٠)، شرح أحكام الأحوال الشخصية (٢ / ١٣٧) نقلاً من القاعدة (٨٢٠) من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية.

(٢)_ شرح ميارة (١ / ٢٠٠)، مغني المحتاج (٣ / ٢٧٢).

و حجية الإقرار عند القاضي ملزمة ليس له سلطة في تقديرها، أما الإقرار عند الشهود و ما يعرف (بالإقرار غير القضائي) فمما يعود تقديره إلى القاضي ، لعدم وضوح قصد المقر فيه ، بدلالة صدوره في غير حضور القاضي لذا لم يمكن الجزم بنية المقر فيه[1].

– أما إن لم يظهر العيب ، فإما أن يقر و يثبت عند القاضي أو غيره كما ذكرت آنفًا ، و إما أن ينكر، فإن أنكر:

- فعند الجمهور[2] (المالكية و الشافعية و الحنابلة) تطلب يمينه، فإن حلف صدق بيمينه .و يعود طلبه اليمين و إذنه إلى تقدير القاضي و اجتهاده و نظره فيما إذا كانت اليمين منتجة أو غير منتجة في الدعوى. أمّا إن لم يحلف منكر الدعوى و لم يدعِ الوطء ثبت العيب بمجرد إنكاره عند الحنابلة والمالكية.
- و عند الشافعية: ترد اليمين إلى الزوجة لإمكان اطلاعها على العنة من خلال قرائن المعاشرة، و عدم تحققها، و لا يتصور عندهم ثبوت العنة بالبينة، لاستحالة اطلاع الشهود عليها.
- و إن ادعى الزوج وطء زوجته، فأنكرت مع وجود العيب، فعند الحنفية[3]: إن كانت بكرًا نَظَرَتْهَا النساء، على النصاب المقدر في شهادتهن[4] فإن شهدن بعذرتها فالقول قولها من غير يمين، لأن البكارة فيها أصل، و قد تقوّت شهادتهن بشهادة الأصل، وثبت العيب لأجله.

أما إن كانت ثيبًا: فالقول قول الزوج، يستحلفه القاضي دفعًا للتهمة، إذ الثيوبة دليل على الوصول جملةً، و يعدُّ ما منعه عارض على سلامته من العيوب، فالأصل: السلامة من العيوب و هو الظاهر، لأن هذا الأمر لا يعرف إلا من جهته . و عند المالكية[5] يصدق الزوج بيمينه مطلقًا.

و يظهر أثر سلطة القاضي على إثبات العيب في تقديره صحة الإقرار و مطابقته مع ظاهر الحال على ما يبدو له من وقائع الدعوى، علاوةً على إذنه باليمين من منكر الدعوى لما يراه من مصلحة تستوجبه، وتقديره قصد الخصم من اليمين،

---

(١)_ قانون البينات (٤٩).

(٢)_ شرح ميارة (١ / ٢٠٠)، روضة الطالبين (٧ / ١٩٧) ، الإنصاف (٨ / ١٨٤)

(٣)_ المبسوط (٥ / ٩٦)، بدائع الصنائع (٣ / ٥٧٢).

(٤)_ نصاب النساء المنفردات واحدة عند الحنفية، لأن البكارة باب لا يطلع عليه الرجال، و شهادة النساء بانفرادهن فيما لا يطلع عليه الرجال مقبولة للضرورة، لكن الاثنتين أحوط. [بدائع الصنائع (٣ / ٥٧٢)] .

(٥)_ حاشية الدسوقي (٣ / ١١٢).

بين الكيد بخصمه أو إظهار الحق فعلًا، و له إحالة من به العيب إلى الكشف الطبي ليخبر بحاله، إذ يباح النظر إلى العورة عند الضرورة [1].

أضف إليه أحقية القاضي في الاستعانة بالخبراء، شريطة أن توقف الدعوى على أمور تستلزم معرفة فنية، كدعوى التفريق للعيب، بكل أنواعه[2].

و عليه ، فسلطة القاضي في إثبات العيب ، سلطة ملزمة يلتزم بها فيما نص عليه لإثبات العيب في كل من الدعوى والإقرار و الإنكار و اليمين ، مما يوافق رأي الشافعية كما مرَّ بيانه .

المطلب الثالث : سلطة القاضي في الحكم على دعوى التفريق للعيب.

إذا وصلت الدعوى إلى مرحلة إصدار الحكم القضائي فيها ، بأن استكملت جميع شروطها وإجراءاتها المطلوبة، فهل يحق للقاضي تأخير إصدار الحكم، أم يجب عليه إصداره على الفور دون انتظار؟

و ما أثر سلطته على حكمه بالتفريق للعيب؟

هذا ما سآتي على بيانه بتوفيق الله تعالى.

أولًا : الحكم على الدعوى بين الفور والتراخي .

– إذا تزوجت المرأة فبان زوجها مجبوبًا رفعت أمرها إلى القاضي بالتفريق بينها و بينه، فإن أثبتت ما تدعيه بطريق من طرق الإثبات المذكورة أعلاه أمر القاضي الزوج أن يطلقها في الحال دون إمهال، فإن لم يطلقها طلقها القاضي نيابة عنه، دفعاً للضرر الذي قد يلحق بها جراء هذا العيب، وتحقيقًا لمصلحة عقد الزواج.

– أما إن وجدته عنينًا أو خصيًا إذ لم يستطع الاتصال بها جنسيًا ، ترفع الأمر إلى القاضي طالبةً التفريق بينها و بينه، فإن اعترف الزوج بما تدعيه الزوجة ، وجب على القاضي ألايفرق بينهما في الحال، كما في الجب بل يؤجله سنة قمرية باتفاق الفقهاء[3].

---

(١)_ حاشية رد المحتار (٣ / ٥٤٤).

(٢)_ قانون البينات (٥٩).

(٣)_ المبسوط (٥ / ٩٦)، حاشية الدسوقي (٣ / ١١٢)،بداية المجتهد (٣ / ١٠٢٢)، روضة الطالبين (٧ / ١٩٧، ١٩٨)، الإنصاف (٨ / ١٨٤).

و دليلهم:

من **المنقول** : ما روي عن عمر بن الخطاب[1] رضي الله عنه ، أن امرأة أتته فأخبرته أن زوجها لا يصل إليها، فأجله حولًا ، فلما انقضى الحول ولم يصل إليها خيّرها، فاختارت نفسها، ففرق بينهما[2]. وروي مثل ذلك عن عبد الله بن مسعود[3] وعثمان[4]وعلي[5] رضي الله عنهم ، وكان قضاؤهم بمحضر من الصحابة، ولم ينقل أن أحدًا منهم أنكر عليهم فكان إجماعًا.

و من المعقول: قد يكون العجز عن الاتصال الجنسي لعيب في أصل الخلقة لا يرجى زواله، أو لعلة طارئة تزول بتغير الفصول ، فبمرور السنة يتبين ما إذا كان العجز لعيب في أصل الخلقة أو لسبب طارئ[6].

و الحكمة من التأجيل في العنة و الخصاء دون الجب، أن المجبوب لا يرجى منه الاتصال بزوجته في المستقبل فلا فائدة في التأجيل، أما العنين و الخصي فيحتمل أن يكون العجز فيهما لعارض يرجى زواله، و الأطباء كثيرًا ما يختلفون و لا يقطعون برأي فيه ، فكان التأجيل أوثق لبناء التفريق على عيب مستحكم لا على سبب طارئ قد يزول قريبًا[7].

– أما إذا كان العيب غير الجب و العنة و الخصاء، فإن كان مما لا يرجى زواله بالعلاج فرق القاضي في الحال إذا طلبه من له الحق في التفريق، أما إن كان مما يرجى زواله بالعلاج ، أجل القاضي التفريق لمدة سنة إن كان العيب من العيوب المشتركة بين الرجل و المرأة كالجنون و الجذام و البرص ، أما إن كان خاصًا بالمرأة فالأجل فيها بالاجتهاد حسبما

---

(١)_ هو عمر بن الخطاب بن نفيل ، ثاني الخلفاء الراشدين و أول من لقب بأمير المؤمنين ، يُضرب بعدله المثل ، لقبه النبيﷺبالفاروق وكنّاه أبا حفص ، قتله أبو لؤلؤة المجوسي غيلةً و هو في صلاة الفجر .[الإصابة في تمييز الصحابة (٤/ ٣) ،(صفوة الصفوة لابن الجوزي (١ / ٢٦٨ و ما بعدها)]

(٢)_ موطأ مالك ، كتاب: النكاح ، باب : الرجل ينكح المرأة ولا يصل إليها لعلة بالمرأة أو بالرجل ، رقم (٥٣٧)، (٢/ ٤٥٢) ، مالك بن أنس أبو عبدالله الأصبحي ، تحقيق : د. تقي الدين الندوي ، دار القلم ، دمشق، ط١، ١٤١٣ هـ – ١٩٩١ م. نصب الراية ، كتاب : الطلاق ، باب : العنين ، (٦/ ٤٩١) .

(٣)_ هو الصحابي الجليل عبد الله بن مسعود بن غافل أبو عبد الرحمن ، حدث عن النبي ﷺ الكثير ، و هو سادس من أسلم ، توفي قبل مقتل سيدنا عمر رضي الله عنهما ، و قيل مات بالمدينة سنة (٣٢هـ) و قيل (٣٣هـ) . [الإصابة في تمييز الصحابة (٣ / ٢٨٧ و ما بعدها)] .

(٤)_ هو الصحابي الجليل عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية بن عبد شمس ، أمير المؤمنين ، أبو عمرو ، و أبو عبد الله ، القرشي الأموي ، أحد السابقين الأولين ، و ذو النورين ، و صاحب الهجرتين ، توفي سنة (٣٥هـ) . [سير أعلام النبلاء (٢ / ٥٦٦ ،٥٩١) ، الإصابة في تمييز الصحابة (٣/ ٤٢٥)] .

(٥)_ هو الصحابي علي بن أبي طالب بن عبد مناف بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف ، ابن عم النبيﷺ ، أمير المؤمنين ، أبو الحسن القرشي الهاشمي ، كان من السابقين الأولين ، شهد بدرًا وما بعدها ، كان يكنى أبا تراب ، توفي سنة (٤٠) للهجرة ، قتله ابن ملجم من الخوارج . [سير أعلام النبلاء (٢/ ٦١٥ ، ٦١٦ ، ٦٦٠)] .

(٦)_ الدر المختار (٣ / ٥٤٥ و ما بعدها)، بدائع الصنائع (٣ / ٥٧٢)، بلغة السالك (٢ / ٣٠٧)، مغني المحتاج (٣ / ٢٧٢).

(٧)_ المدونة الكبرى (٤/ ٢١٤)، مغني المحتاج (٣ / ٢٧٤) ، البناية (٥ / ٣٩٤) ، الاختيار (٣ / ١١٥) .

تقتضيه حالة العلاج من العيب[1]. و لا عبرة بالتأجيل إن كان من غير القاضي، فلا يعتبر تأجيل المرأة ولا غيرها كائنًا من كان، لأن التأجيل مقدمة التفريق الذي لا يكون إلا عند القاضي، فكذا مقدمته[2] .

و قد وافق القانون[3] اتفاق الفقهاء في المادة (١٠٧) منه، حيث جاء فيه ما نصه:

(إذا كانت العلل المذكورة في المادة (١٠٥) غير قابلة للزوال يفرق القاضي بين الزوجين في الحال وإن كان زوالها ممكنًا يؤجل الدعوى مدة مناسبة لا تتجاوز السنة فإذا لم تزل العلة فرق بينهما ، ولو وجدته مجبوبًا جاهلة ذلك وقت النكاح و طلبت مفارقته يفرق بينهما للحال بدون إمهال) .

هذا ، وجعل فقهاء الشافعية[4] حكم القاضي بالتفريق على الفور، لأنه خيار عيب ، كما في البيع، مما ينافي معه ضرب ضرب المدة في العنة و الخصاء، إذ يؤمر القاضي بالتفريق بعد تحقق العيب فورًا.

إلا في العنين حيث استثناه الحنفية[5] و عدّوا الحكم بالتفريق للعنة على التراخي، لأن العنين لو كان صغيرًا ينتظر بلوغه.

و ذكر التمرتاشي[6] لو سأل الزوج القاضي بعد السنة تأجيل سنة أخرى أو شهرًا أو أكثر لا يؤجله إلا برضا الزوجة الزوجة المدعية، فإذا رضيت ثم رجعت بطل الأجل[7].

و نجد مما ذكر، أن سلطة القاضي في تأجيل التفريق سلطة مقيدة برضا الزوجة حتى إذا رضيت ورجعت بطل تأجيله . و عليه ، فهي سلطة ملزمة بالمذهب المعمول به في الحكم بالتفريق على الفور أو التراخي و في تحديد مدة الأجل.

---

(١)_ مغني المحتاج (٣ / ٢٧١، ٢٧٢)، المغني (٧ / ٥٨٤ ، ٥٨٥).

(٢)_ حاشية رد المحتار (٣ / ٥٤٦)، المبسوط (٥/ ٩٨).

(٣)_ شرح أحكام الأحوال الشخصية (٢ / ١٣٧)، الوافي في قضاء الأحوال الشخصية (٢٧٤)، مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا (٣٦).

(٤)_ مغني المحتاج (٣ / ٢٧٠)، زاد المحتاج (٣ / ٢٥٧).

(٥)_ حاشية رد المحتار (٣ / ٥٤٤).

(٦)_ هو محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد التمرتاشي ، الغزي ، الحنفي (٩٣٩ ، ١٠٠٤ هـ / ١٥٣٣ ، ١٥٩٦ م) فقيه ، أصولي ، متكلم ، ولد بغزة هاشم و توفي فيها ، من تصانيفه ؛ تنوير الأبصار . [معجم المؤلفين لكحالة (١٠ / ١٩٦ ، ١٩٧)] .

(٧)_ البناية (٥ / ٣٩٤)، الاختيار (٣ / ١١٥).

ثانيًا: أثر سلطة القاضي على الحكم بالتفريق للعيب.

بعد تحقق القاضي من توافر شروط صحة الدعوى و إثباتها، يقدم على الحكم بالتفريق، التحقق من الأمرين التاليين:

أولًا: الجزم بإصابة المدعى عليه بعلة غير قابلة للشفاء، لعدم كفاية الظن وحده للاستناد إليه، فإن وجد ظن بالعلة لا يحكم القاضي بالتفريق بحال.

ثانيًا: المساكنة: مما يتوجب على الزوجة مساكنة زوجها خلال مدة الإمهال، ولا تحسب الأيام التي لم تساكنه فيها من المهلة، هذا ما ذهب إليه فقهاء الحنفية [1]، و استقر عليه الاجتهاد السوري[2].

فإذا توافرت شروط صحة الدعوى و طرق إثباتها عند القاضي ، مع الجزم بغير قابلية العلة للشفاء بعد مساكنة المرأة زوجها و عدم تمكنه من الوصول إليها خلال المدة الممنوحة، عندئذٍ يحكم القاضي بالتفريق بين الزوجين بناءً على ما توفر لديه من أسباب خولته الحكم بالتفريق .

– ومما اشترطه فقهاء الشافعية[3] لنفاذ حكم القاضي ، قوله ثبتت العنة ونفذت التفريق ، إذ عدّوا إذنه بالتفريق كتنفيذه، لما فيه من دليل على قوة نفاذ حكمه.

و وافقهم فقهاء الحنفية[4] الذين عدّوا حكم القاضي بالتفريق نافذًا لا يبطله شيء، حتى لو ولدت المرأة بعد التفريق أو برأ المريض من مرضه.

نستخلص مما ذكر ، الأثر الكبير لسلطة القاضي على حكمه بالتفريق للعيب، و قوة نفاذ حكمه مما لا يبطله شيء ، بعد تحقق القاضي و تثبته من توافر الشروط المطلوبة لصحة حكمه. هذه السلطة الممنوحة للقاضي سلطة إلزامية، يلتزم فيها القاضي باختيار و لي الأمر الاختيار الحر من فقه المذاهب، عن طريق مبدأ تخصيص القضاء، مما ليس له الخروج في حكمه بالتفريق للعيب عما اعتمده ولي الأمر من مذاهب الفقهاء المعمول بها في المسألة. إذ يحكم بها بناءً على آراء الفقهاء بتقيد تام بمذاهبهم دون الحيد عنها. علمًا أن (القاضي نائب عن الزوج في التفريق الواجب عليه، و متى وجب التفريق على القاضي إلزامًا عليه وجب التفريق على نائبه بالضرورة[4]) ، فتكون سلطته ملزمة.

---

(١)_ بدائع الصنائع (٣ / ٥٧٢) .

(٢)_ الزواج و الطلاق و آثار هما لغادة همج (٣٣٨)، مختارات من أحكام الأحوال الشخصية (٤٣٣) المحامي : محمود زكي شمس ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ط١ ، عـ(١٩٩٩م/ ١٤١٩هـ) ، شرح أحكام الأحوال الشخصية (٢ / ١٣٧).

(٣)_ روضة الطالبين (٧ / ١٩٨)، الفتاوى الفقهية الكبرى (٤ / ١١١).

(٤)_ حاشية رد المحتار (٣ / ٥٤٤)، الهداية (٢ / ٣١٤).

المبحث الرابع

آثار سلطة القاضي في التفريق للعيب.

يترتب على سلطة القاضي في التفريق للعيب آثارٌ هامة من حيث حجيةُ حكم القاضي ونقضه، و سيأتي بيانه بتوفيق الله تعالى.

المطلب الأول: حجية الحكم القضائي بالتفريق للعيب.

بما أن القضاء من أهم الوظائف التي ينبغي أن تؤيد بالاحترام والتنفيذ في الواقع ، لأنه يؤدي إلى قطع المنازعات و فصل الخصومات و وضع حد للمنازعات التي قد تنشأ من احتكاك الناس بعضهم ببعض، و خاصة حياة الأزواج فيما بينهم، مما يجعل القضاء وسيلة للعمل على تحقيق الاستقرار والطمأنينة و السعادة بين بني البشر.

و بما أن القاضي ملتزمٌ بما في المذهب المعمول به في مسألة التفريق للعيب، ومقيدٌ بضابط التفريق للعيب، بعد تحققه من توافر الشروط المصححة للدعوى و طرق إثباتها، فلحكم القاضي بالتفريق للعيب حجية شرعية، تجعل إذنه بالحكم كتنفيذه[1].

إذ تتلازم الأحكام الصادرة عن سلطة القاضي الملزمة مع الأحكام الصادرة عن سلطته القضائية عمومًا، فالإلزام لا ينفك عن سلطة القاضي ، عملًا بمبدأ تخصيص القضاء السالف الذكر .

المطلب الثاني: سلطة القاضي في نقض دعوى التفريق للعيب.

قد يصيب الخللُ إجراءاتِ الدعوى الموصلة للحكم، فقد يختل شرط من شروط صحتها، و قد يصيب الخلل طرق إثباتها، و قد يصيب الحكم عليها.

و أيًا كان الخلل« **في الإجراءات الموصلة للحكم، أم في القاضي و تقديره**» فإنه يعدُّ مخالفًا للشرع الذي أوجب نظامًا معينًا تسير فيه الدعوى، لتصل إلى مرحلة إصدار الحكم الصحيح، فإذا لم يتبع النظام كان البطلان و النقض جزاء مخالفته ، و كذا الخلل الحاصل في شرط أو إجراء قضائي سابق على إصدار الحكم، مما يعدُّ سببًا لإبطال الحكم و نقضه ، لأن ما بني على باطل فهو باطل.

---

(١)_ حاشية رد المحتار (٣ / ٥٤٤)، روضة الطالبين (٧ / ١٩٨).

و يلزم القاضي ببدء إجراءاته من النقطة التي نقض الحكم من أجلها، و لا يعيد الإجراءات الصحيحة السابقة على البطلان و النقض، سواء كان الناقض للحكم هو القاضي نفسه أو غيره . حفظًا للعدالة و سهولة التقاضي و اختصار إجراءاته[1].

هذا و ذكرت بعض مواد القانون السوري أسبابًا موجبة لنقض دعوى التفريق للعيب على سبيل المثال لا الحصر ؛ هي كالآتي :

١. تنص المادة (١٥٧) على ما يلي:

- إذا تنازع الطرفان في المرض بعد مدة التأجيل، فيعاد الكشف الطبي على الزوج لمعرفة الشفاء أو عدمه.
- إذا ثبت شفاء الزوج بالكشف الطبي عليه بعد مدة التأجيل فترفض الدعوى و إلا طلقت عليه.

* ويستعان بأهل الخبرة و الاختصاص من الأطباء المسلمين في معرفة أحكام الشفاء أو عدمه، و المدة المناسبة للشفاء (م ١٥٨) و تكفي شهادة الطبيب المسلم الواحد (م ١٥٩)[2].

٢. إذا اعترفت المدعية بعدم مساكنتها زوجها و لم يتعرض تقرير الأطباء الأخير لموضوع المساكنة المشروطة من قبلهم في التقرير الأول ، كان الحكم بدعواها مستحقًا للنقض[3].

يتضح مما سبق، عناية الشريعة الإسلامية بسلطة القاضي و صلاحيته في التفريق للعيب، فتمتع القاضي بسلطة تقديرية في بعض الأحيان لا يعني ضياع الحقوق أو إهدارها، علاوةً على أن أي خلل في الدعوى أو إجراءاتها أو إثباتها يوجب نقضها ، مما يدل على تحقيق الهدف الأسمى من عقد الزواج ، ألا وهو الاستقرار والسكن النفسي و الطمأنينة بين الأزواج، هدف الشريعة فيه تحقيق العدل و المساواة بين الناس بمقتضى ما مُنِحَ القاضي من سلطة و صلاحية .

(١)_ نظرية الحكم القضائي لأبو البصل (٥٠٧) د. عبد الناصر أبو البصل ، دار النفائس ، الأردن ، ط١ ، عـ(١٤٢٠هـ/ ٢٠٠٠م).

(٢)_ المبسوط (٥ / ٩٦)، قانون الأحوال الشخصية لقدري باشا(١٩٩) ، هذه الأسباب مأخوذة من الفقه الحنفي حسب ما تقتضيه المادة (٣٠٥) منه.

(٣)_ المرشد في قانون الأحوال الشخصية لاستانبولي (١ / ٣٨٩).

الفصل الثالث

سلطة القاضي في التفريق للغيبة و الهجر و الحبس

و يتضمن المباحث التالية :

المبحث الأول : معنى الغيبة و الهجر و الفرق بينهما و شروطهما الموجبة للتفريق.

المبحث الثاني : مشروعية سلطة القاضي في التفريق للغيبة.

المبحث الثالث : سلطة القاضي في إجراءات دعوى التفريق للغيبة.

المبحث الرابع : آثار سلطة القاضي في التفريق للغيبة.

تمهيد

الطمأنينة و الاستقرار و السكن النفسي هدفٌ يسمو إليه عقد الزواج ، كما يهدف إلى تأسيس اللبنة الأولى في المجتمع بما فيها الأسرة وتنشئة الأولاد.

و بغيبة الزوج، أو ارتكابه ما يوجب حبسه، يتأثر استقرار الحياة الزوجية ، وقد يتلاشى، إذ الفراق ألم معنوي قد يهون أمامه ترك القيام بكثير من الواجبات الزوجية.

و قد يتسنى للحياة الزوجية الاستمرار و تحقق أهدافها و مقاصدها في حالة ابتعاد الزوجين، مما يُسَوِّغُ البحثَ في موجبات تفريق القاضي بين الزوجين بسبب غيبة الزوج و هجره وحبسه ، كحل أخير لتلاشي الاستقرار و السكن النفسي و تحقيق الهدف الأسمى من الزواج.

لذلك يتوجب معرفة معنى الغيبة الموجبة للتفريق و شروطها ، و من ثم مشروعية تفريق القاضي لهذا السبب ، بدءًا بسير الدعوى و إثباتها ، و انتهاءً بالحكم عليها و معرفة مدى نفوذها، مما يترتب بالضرورة البحث في أثر سلطة القاضي في التفريق للغيبة من حيث انتهاء الدعوى و ردها و نقضها، و سأحاول أن أبرز دور القاضي وسلطته في ثنايا الفصل ما وفقني المولى .

المبحث الأول

معنى الغيبة و الهجر و الفرق بينهما و شروطهما الموجبة للتفريق

إنّ معرفة المعنى الحقيقي لغيبة الزوج عن زوجته و هجره لها، و بيان الفرق بينهما، والشروط الشرعية التي تستوجب التفريق بينهما، من أهم ما يجب على القاضي معرفته، ليتمكن من النظر في الدعوى ، و إعطائها وصفها الحق ، وإسباغ التكييف الفقهي الصحيح عليها.

المطلب الأول: معنى الغيبة و الهجر و الفرق بينهما .

أولًا: معنى الغيبة و الهجر.

الغيبة في اللغة: الغيب خلاف الشهادة، و كل ما غاب عن العين فهو غَيْب ، و يقال : غابت الشمس إذا استترت عن العين[1]، و قد ورد عن النبي ﷺ أنه قال: ((أمهلوا كي تمتشط الشعثة وتستحد المغيبة))[2]. والمغيبة: هي التي غاب عنها زوجها[3].

---

(١)_ [مختار الصحاح (١ / ٢٠٣) ، لسان العرب (١ / ٦٥٦)، مادة (غَيْب)].

(٢)_ أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب : النكاح ، باب : نكاح الأبكار ، رقم (٤٧٩١) ،(٥/ ١٩٥٤).

* أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب : النكاح ، باب : استحباب نكاح البكر ، رقم (٧١٥) ، (٢/ ١٠٨٨) ، و اللفظ لهما .

(٣)_ فتح الباري(٩/ ١٢٣) أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، (٧٧٣هـ / ٨٥٢هـ)، تحقيق : محب الدين الخطيب ، دار المعرفة، بيروت ، لبنان،شرح النووي على صحيح مسلم(١٠/ ٥٤) أبو زكريا يحيى بن شرف النووي ، (٦٣١هـ/ ٦٧٦هـ)، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ط٢، عـ(١٣٩٢هـ)، تحفة الأحوذي (٧/ ٤٠٩) محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري أبو العلا ؛ (١٢٨٣ هـ / ١٣٥٣ هـ) ، ومعه شفاء الغلل في شرح كتاب العلل ، تخريج : عصام الصبابطي ، دار الحديث ، القاهرة ، ط١ ، عـ (١٤٢١هـ / ٢٠٠١م)، عون المعبود(٧ / ٢٣٠) للعلامة : أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي ، تعليق : ابن قيم الجوزية ، تخريج : عصام الصبابطي ، دار الحديث ، القاهرة ،عـ (١٤٢٢هـ / ٢٠٠١م) .

في الاصطلاح : للفقهاء في تحديد ماهية الغيبة أقوال:

أما الحنفية[1] فأرادوا بها المنقطعة و هي من كان في بلد لا تصل إليها القوافل في السنة إلا مرة واحدة، مما اختاره القدوري[2] ، و زاد زفر[3] و معه الحنابلة[4] في المنقطعة بمن كان في مكان غير مكان إقامة الزوجة و لا يدري أين هو، و لا يمكن استطلاع رأيه ، و في قول للخرقي[5] ؛ الغائب من لا يصل إليه الكتاب أو يصل فلا يجيب عنه.

و ذهب المالكية[6] إلى أن الغائب من عجز عن خبره بالبحث عنه.

بينما قسّمها الشافعية[7]إلى منقطعة وغير منقطعة، أما المنقطعة فمن فقد وانقطع خبره ولا يعلم مكانه. و غير المنقطعة ؛ من عرف فيها خبره و مكانه و يأتي كتابه.

هذا ويدخل المفقود في معنى الغائب إلا أنه أعم، إذ لا تعلم حياته من موته، و لا يعلم مكانه، إلا المالكية[8] فالمفقود فالمفقود عندهم : من انقطع خبره مع إمكان الكشف عنه فخرج به ؛ الأسير: لعدم انقطاع خبره، و المحبوس: لعدم إمكان الكشف عنه.

أما ماهية الهجر: فبعد الزوج عن زوجته و إن أقام في نفس بلدها ، كما ذكر الحنابلة[9] بأن يصل الخطاب إلى الزوج و و يعرف مكانه لكنه لا يجيب عنه، و قد يترك الزوج زوجته بقصد إضراره بها وتفويت المصلحة.

---

(١)_ الهداية (١ / ٢٣٥)، البناية (٤ / ٦١٤)، الاختيار (٣ / ٩٦).

(٢)_ أحمد بن محمد بن جعفر بن حمدان أبو الحسن القدوري الحنفي ، كان إمامًا بارعًا عالمًا ثبتًا مناظرًا ، تولى مناظرة الشيخ أبي حامد الإسفراييني من الحنفية ، صاحب المصنف المختصر و الكتاب المشهور في مذهب أبي حنيفة ، توفي سنة (٥٦ هـ) . [سير أعلام النبلاء (١٣/ ٣٧٣ ، ٣٧٤)] .

(٣)_ هو الفقيه المجتهد ، زفر بن الهذيل العنبري ، أبو الهذيل بن الهذيل بن قيس بن مسلم ، ولد سنة (١١٠ هـ) وهو من بحور الفقه ، تفقه على أبي حنيفة ، و هو أكبر تلامذته ، توفي سنة (١٥٨ هـ) . [سير أعلام النبلاء (٧ / ٣٧٦ ، ٣٧٧) ، طبقات الفقهاء للشيرازي (١٣٥)] .

(٤)_ المغني (٧ / ٣٧٠)، الشرح الكبير لابن قدامة (٧ / ٤٣٠).

(٥)_ هو العلامة شيخ الحنابلة ، أبو القاسم ، عمر بن الحسين بن عبد الله ، البغدادي الخِرَقِي الحنبلي ، صنف (المختصر) المشهور في مذهب الإمام أحمد ، توفي سنة أربع وثلاثين وثلاثمائة .[سير أعلام النبلاء (١٢/ ٤٦) ، ينظر طبقات الفقهاء للشيرازي (١٧٢) ، مختصر طبقات الحنابلة (٣١/ ٣٢) للشيخ محمد جميل بن عمر البغدادي ؛ المعروف بابن شطّي ، دراسة : فواز الزمرلي ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، الرملة البيضاء ، ط١ ، عـ (١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م) ، للشيخ محمد جميل بن عمر البغدادي ؛ المعروف بابن شطّي ، دراسة : فواز الزمرلي ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، الرملة البيضاء ، ط١ ، عـ (١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م)] .

(٦)_ بلغة السالك (٢ / ٤٥٣ ، ٤٥٤)، بداية المجتهد (٣ / ٩٥٨).

(٧)_ المجموع (١٨ / ١٥٨).

(٨)_ بلغة السالك (٢ / ٤٥٢).

(٩)_ المغني (٧ / ٣٧٠)، الشرح الكبير لابن قدامة (٧ / ٤٣٠).

و في هذه الحال فإن للقاضي سلطة واسعة في تحققه من توافر ماهية الغيبة والهجر في الدعوى أمامه، فإن تأكد منها بمقتضى سلطته نظر فيها ، ليعطيها الوصف والتكييف الفقهي الحق .

ثانيًا: الفرق بين الغيبة و الهجر.

من التعريفات السابقة يتضح الفرق بين الغيبة والهجر بما يلي:

أولًا: غيبة الزوج عن زوجته تركها في مكان إقامة غير مكان إقامته ، أما الهجر فالإقامة في نفس بلد الزوجة لكن مع ترك الزوج العيش معها.

ثانيًا: تتنوع غيبة الزوج بين السبب القهري ، كحبسه أو أسره أو فقده ، والسبب الإرادي كسفره وغيبته بقصد التجارة و العلم و العمل وغير ذلك. أما الهجر فلا يكون إلا بإرادة الزوج و رغبته ترك زوجته و عدم المقام معها، لتلازم إرادته مع تواجده في نفس بلد إقامتها دون العيش معها.

ثالثًا: قد يتحقق في الغيبة قصد الزوج الإضرار بزوجته بتركها وحيدة و قد لا يتحقق .أما الهجر فتحقق قصد الإضرار بالزوجة واقع ، لعدم رغبة الزوج في العيش معها رغم إقامته في نفس بلد إقامتها. و الله أعلم.

المطلب الثاني: شروط التفريق للغيبة و الحبس .

أولًا: شروط التفريق للغيبة.

يشترط لحكم القاضي بالتفريق بسبب الغيبة الشروط التالية:

الشرط الأول : غياب الزوج سنة فأكثر.

اشترط فقهاء المالكية[1] أن تطول مدة الغيبة سنة فأكثر وقيل ثلاث سنوات، لا فرق بين غيبة الزوج لعذر أو لغير عذر ، معلوم محل الإقامة ولا سبيل إلى مراسلته أو غير معلومها .

وحددها المالكية بسنة لأنها المدة التي يمكن للزوجة أن تتضرر بها خلال غياب زوجها.

(١)_ حاشية الدسوقي (٣/ ٣٥١).

بينما حددها فقهاء الحنابلة[1]بستة أشهر فأكثر، لأنها المدة القصوى التي تصبر فيها المرأة عن الاستمتاع و يخشى عليها بعدها من الوقوع في الزنا. و هو مذهب سيدنا عمر بن الخطاب[2] رضي الله عنه، الذي وقّت للناس في مغازيهم ستة أشهر بعد أن سأل ابنته حفصة[3] عن المدة التي تصبر فيها المرأة عن زوجها.

* والمقصود بالسنة عند الفقهاء القمرية التي تعتمد على الهلال في حسابها خلافًا للقانون الذي يعتمد على السنة الشمسية و التي تقدر بـ (٣٦٥) يوم، أخذًا من المذهب الحنفي[4] .

ويبدو في اعتماد القانون على السنة الشمسية نظر، لأن الحنفية أنفسهم[5]لا يجيزون التفريق للغيبة فكيف نتخذ من تحديد سنتهم معيارًا للتفريق للغيبة وهم لا يقرونه، علاوةً على أن المعتمد في جميع الأحكام الشرعية السنة الهلالية .
هذا وجرى العمل في القانون السوري و المصري[6] وفقًا للمذهب المالكي في تحديد المدة بالسنة فأكثر. وفي تقديري ، ما عليه العمل في القانون بتحديد المدة سنة أخذًا من المذهب المالكي خلافًا للمذهب الحنبلي أقرب للمصلحة، لما فيه من الحرص على الإبقاء والديمومة للحياة الزوجية، و الله أعلم .

الشرط الثاني: غيبة الزوج بغير عذر مقبول.

هذا الشرط مما انفرد به الحنابلة[7] حتى إذا كانت الغيبة بعذر شرعي مقبول كالسفر لطلب العلم أو للتجارة فلا تفريق ، خلافًا للمالكية[8] الذين توسعوا فلم يشترطوا الغيبة بعذر أو بغيره ، لتضرر المرأة في الحالتين.

و لعل المناط في تفريق الحنابلة بين الغيبة بعذر و بغيره، قصد الزوج الإضرار بزوجته جراء غيبته عنها بغير عذر وإلا لا يفرق عليه .

---

(١)_ المغني لابن قدامة (٩ / ١٣٢ ، ١٣٣).

(٢)_ تقدمت ترجمته ص (١٠٤) .

(٣)_ حفصة بنت عمر بن الخطاب ، كانت عند خنيس بن حذافة السهمي ، هاجرت معه إلى المدينة فمات عنها بعد الهجرة فقدم النبيﷺ من بدر فتزوجها ، و في رواية أن رسول الله طلقها فقال له جبريل : راجعها فإنها صوامة قوامة ، و إنها زوجتك في الجنة ، روت عن النبي ﷺ (٦٠)حديثًا ، كانت كاتبة ذات فصاحة و بلاغة ، توفيت سنة(٤٥ هـ) .[صفوة الصفوة (٢ / ٣٨ ، ٣٩) ، المنتظم (٥ / ٢١٣) لأبي الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد بن الجوزي ، تحقيق : محمد عبد القادر عطا ، مصطفى عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان، ط١ ، عـ(١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م) . أعلام النساء (١ / ٢٧٥) عمر رضا كحالة ، مؤسسة الرسالة ، ط٤ ، عـ(١٤٢٠هـ/ ١٩٨٢م).] .

(٤)_ البناية (٤ / ٦١٥).

(٥)_ حاشية رد المحتار (٣ / ٦٤٩) .

(٦)_ الاجتهاد الشرعي لعزة ضاحي(٢١) ، شرح أحكام الأحوال الشخصية لشقفة (٢ / ١٣٩) ، التطليق في الأحوال الشخصية للفقى (٥٨).

(٧)_ مطالب أولي النهى (٥ / ١٥٢) .

(٨)_ حاشية العدوي (٢ / ٩٤) لعلي الصعيدي العدوي ، دار الفكر .

أما الغيبة بعذر كما لو غاب إلى بعثة علمية أو تجارة أو انقطاع مواصلات أو غيره من الأسباب الشرعية المقبولة لا يكون معه قصد الإضرار بالزوجة، مما لا يبيح لها طلب التفريق.

هذا وأخذ القانون السوري و المصري[1] بالمذهب الحنبلي في المسألة، حيث نصت المادة (١٠٩) منه في الفقرة الأولى على ما يلي: ((إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول ... جاز لزوجته بعد سنة من الغياب ... أن تطلب إلى القاضي التفريق)).

علل القانون جواز التفريق للغيبة بأن مقام الزوجة و زوجها بعيد عنها زمنًا طويلًا مع محافظتها على العفة والشرف مما لا تحتمله الطبيعة البشرية في الأعم الأغلب.

هذا ، والعلة واحدة في كلا الحالين الغيبة لعذر أو لغيره ، مما لا يشذ عنه إلا النادر، فلم لم يجز القانون التفريق بالغيبة لعذر كما أجازها بغيره ، وكما هو مذهب المالكية الذي صرحت المذكرة بأن الحكم مأخوذ منه؟

و من الممكن تعليل ما ذكر ، بأن الغيبة بغير عذر يلحق معها الضرر بالمرأة من غير فائدة تعود إليها أو إلى الحياة الزوجية ، مما لا يلزمها الصبر والتحمل ، أما الغيبة بعذر كالسفر للتجارة أو للعمل أو لطلب العلم مثلًا ففيها من الفائدة ما يعود على الحياة الزوجية المستقبلية، مما يلزم المرأة تحمل قسطٌ من أعباء الحياة لبناء مستقبل الأسرة ، فاستحق بذلك زوجها الرحمة والرأفة فلا يسمح لها طلب التفريق[2].

و أرى من خلال بحثي رأي المالكية في التوسع بالتفريق للغيبة الرأي الأسلم والأصلح، لضرورة تحقق مناط التفريق للغيبة فيما كانت لعذر و لغيره ، من إلحاق الضرر بالزوجة، مما لا عبرة بالنظر للفائدة المرجوة من الغيبة بعذر لتحقق الضرر فيها كذلك.

و عليه ، فالحق للزوجة في طلب التفريق مطلقًا ، وجد العذر الشرعي المقبول أولم يوجد، لكن مما تجدر الإشارة إليه ضرورة صبر الزوجة الصالحة على غياب زوجها إن كان غيابه لعذر مشروع مقبول وبالإذن منها ، لتكون المشاركة الأولى في بناء مستقبل الأسرة و تحقيق الغرض الأسمى من الزواج ، ألا وهو الاستقرار و السكن والطمأنينة.

و القاضي بدوره التقديري يقدر تحقق هذا الشرط في الدعوى من عدمه، و كذا يقدر وجود العذر المقبول من عدمه، و الله أعلم.

---

(١)_ الزواج و الطلاق لغادة همج (١٢٣)، أحكام الأحوال الشخصية لشقفة (٢ / ١٣٩).

(٢)_ أحكام الأسرة في الإسلام للشلبي (٥٨٩ ، ٥٩٠).

الشرط الثالث : تحقق ضرر الزوجة من الغيبة.

يشترط للتفريق بالغيبة تضرر الزوجة جراء غيبة زوجها، كأن تخشى على نفسها الفتنة، أو الوقوع في الزنا لبعدها عنه أو لطول غيابه عنها. لأن الضرر سبب الدعوى فلابد من تحقق ثبوته في الدعوى، و لأن التفريق بناءً على وقوع الضرر حق للزوجة فلا بد من طلبه، و لا يقضي القاضي من تلقاء نفسه به[1].

هذا و مجرد ادعاء الزوجة وقوع الضرر تصدق قضاءً ، ويلزم القاضي الأخذ بقولها ، لصعوبة التحقق من وجود الضرر في هذه الحالة علاوةً على استحالة تحققه على كافة الأصعدة والمجالات الحياتية والمعيشية والنفسية. و الله أعلم.

ثانيًا: شروط التفريق للحبس .

حدد القانون شروطًا عدة لجواز تفريق القاضي بين الزوجين بسبب الحبس، هذه الشروط حددتها المادة رقم (١٤) من المرسوم بقانون مصر رقم (٢٥) لسنة (١٩٢٩) التي تقضي بأنه :

((لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيًا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه .....))[2].

و على ذلك نصت المادة (١٠٩) من قانون الأحوال الشخصية السوري على ما يلي:

((إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ...))[3] .

و يستفاد من هذه النصوص اشتراط القانون توافر عدة شروط للتفريق للحبس، هي :

الشرط الأول: الحكم على الزوج بعقوبة مقيدة للحرية.

كالحبس أو السجن أو الأشغال الشاقة المؤقتة، فلو حكم عليه بعقوبة الغرامة أوتم تنفيذها بطريق الإكراه البدني لم ينطبق عليه هذا الشرط .

و يقصد المشرع العقوبة التي تحرم المحكوم عليه من حريته إطلاقًا، و تفرض عليه الإقامة في مكان تنفيذ مدة العقوبة.

---

(١)_ حاشية الدسوقي (٣ / ٣٥١)، بلغة السالك (٢ / ٤٥٣، ٤٥٤)، الشرح الصغير (٢ / ٤٥٣).

(٢)_ موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين للعمروسي (٦١٣) ، أحكام الأسرة الإسلامية لحسانين (٣١٧).

(٣)_ شرح أحكام الأحوال الشخصية لشقفة (٢ / ١٣٩).

الشرط الثاني: نهائية الحكم الصادر بالعقوبة و البدء بتنفيذه فعلًا.

بمعنى كون الحكم باتًا ، لا يقبل الطعن فيه بأي طرق الطعن العادية (المعارضة ، الاستئناف ، النقض) إما بفوات مواعيده أو باستنفاذه. مما ينبني عليه :

أنه لو كان الحكم غيابيًا أو حضوريًا مطعونًا عليه بالاستئناف أو غيابيًا استئنافيًا لا يكون سببًا للحكم بالتفريق. ويعدُّ نهائيًا في الحالات الآتية:

١. إذا لم يكن قابلًا للطعن فيه بحسب طبيعته.
٢. إذا استنفذ كل طرق الطعن فيه الجائزة قانونًا.
٣. إذا قامت المواعيد المقررة للطعن دون الطعن فيه.

الشرط الثالث: الحكم بالعقوبة لثلاث سنين فأكثر.

و صدور العقوبة في جناية أو جنحة لا أثر له، فاختلاف الوصف القانوني للجريمة التي اقترفها لا يترتب عليه اختلاف الضرر الناجم عن تقييد حريته وحرمان الزوجة من حقوقها الشرعية و تضررها من بعده عنها.

و لعل السبب شعور الزوجة يأسها من عودة قريبة ، فقد لا تطيق الزوجة المدة الطويلة مع محافظتها على العفة والشرف ، مما يستحكم معه الضرر إن بقيت دون زوجها إلى نهاية مدة العقوبة.

الشرط الرابع: مضي سنة على تنفيذ الحكم قبل رفع دعوى التفريق.

قياسًا على زوجة الغائب الذي طالت غيبته سنة فأكثر، إذ عدّ القانون مدة السنة سببًا لطلب التفريق لزوجة الغائب، فتقاس عليها زوجة المحبوس، لاتحادهما في العلة، من تضرر الزوجة من بعد زوجها عنها. لذا اشترط قيام الزوج بتنفيذ العقوبة، فلو هرب من تنفيذ الحكم لم يجز للزوجة طلب التفريق.

مما يترتب عليه ، رفع دعوى التفريق بعد مضي سنة من تاريخ تنفيذ الحكم القضائي بالعقوبة، فلو رفعت قبل انتهائها لم تقبل الدعوى .

و لعل العلة في اشتراط مضي سنة على الأقل من تاريخ بدء تنفيذ حكم الحبس لحوق شيء من الضرر الفعلي على الزوجة ، لذا بني عليه التفريق[1].

* و يتفرع عن الشروط السالفة الذكر ، حالتي الإفراج عن الزوج أثناء تداول الدعوى و قبل مضي ثلاث سنوات ، وحالة المعتقل الذي دخل السجن و قضى في اعتقاله أكثر من ثلاث سنوات.

و من الملاحظ أن القانون عدَّ حالة الإفراج عن الزوج المسجون أثناء تداول الدعوى و قبل مضي ثلاث سنوات خللًا في الشرط الثالث من شروط التفريق للحبس، لأن المقصود من شرط الثلاث سنوات طول الفترة مما لا يكون إلا بالتنفيذ الفعلي للمدة كاملة.

و هناك من القانونيين من جعل الإفراج عن الزوج المسجون لا يوجب القضاء برفض الدعوى ولا ينال منها، لتأكد حق الزوجة في الطلاق باستيفاء الشروط ، والضرر قد وقع بالزوجة فعلًا فلا يمنعه الإفراج عن الزوج و إطلاق سراحه.

و الذي يبدو لي بعد عرض الرأيين أن الرأي الأول هو الأولى بالاتباع، و لست مع الرأي الثاني من أن رفع الدعوى قرينة على تحقق الضرر ، لأن القاضي الذي ينظر دعوى التفريق على هذا النحو يجب عليه أن يبحث عن الحكم الصادر ضد الزوج بعقوبة مقيدة لحريته مدة ثلاث سنين أو أكثر، و هل الزوج مسلوب الحرية فعلًا يعني تنفيذ العقوبة أم لا ، فإذا بحث القاضي ذلك و تبين له أن الزوج المدعى عليه غير مقيد الحرية بسبب مشروع كالإفراج عنه مثلًا و مَثُلَ أمام القاضي فهنا انتفى المناط و هو تضرر الزوجة من بعد الزوج عنها و انهارت القرينة بعدم توافر شروط التفريق للحبس. فتكون سلطة القاضي واسعة المدى، تعود إلى تقديره لتوافر هذه الشروط بالطريقة التي يختارها، بعد معرفته بالأمور التي تعد سالبة للحرية من غيرها ومقيدة للمسجون من غيرها و على ضوء ما ذكر فعليه إما أن يقبل الدعوى و إما أن يرفضها و الله أعلم.

أما المعتقل فقد عدّه القانون كالمسجون و لزوجته أن ترفع دعوى التفريق بعد انقضاء مدة أكثر من ثلاث سنوات على اعتقاله، لأن العلة التي دعت المشرع إلى تطليق زوجة المحبوس ، و هي حماية الزوجة من الضرر ، متوافرة في حالة

---

(١)_ أحكام الأسرة بين الشرع و القانون (٢ / ٢٢ – ٢٣ – ٢٤) بقلم : جلال سعد عثمان ، دعاوى الطلاق والطاعة لفتحي مصطفى (٨٥)، التطليق في الأحوال الشخصية للفقي (٦١ – ٦٢) مدى حرية الزوجين في الطلاق للصابوني (٢ / ٨٠١ ، ٨٠٢)، الزواج والطلاق و آثارهما لغادة همج (١٢٣).

الاعتقال ، وبالتالي يطبق عليه ذات الحكم لاتحاد هما في العلة ، ولأن العلة تتفق مع الحكم وجودًا و عدمًا ، و شرطه أن تقام الدعوى بعد مضي ثلاث سنوات من تاريخ الاعتقال علمًا أن الاعتقال دائمًا غير معلوم المدة[1].

المطلب الثالث : سلطة القاضي في تقدير عذر الغيبة .

لم يحدد الفقهاء[2] الأعذار الشرعية المقبولة على سبيل الحصر ، كما لم يبينوا ما يصلح عذرًا للغياب من عدمه ، إلا أنهم أوكلوا تقديرها للقاضي، و أناطوا فائدة الرفع إليه بدوره في الكشف عن حال الزوج وعذره في الغيبة بالسؤال وغيره.

جاء في الشرح الصغير ما نصه [3]: (و فائدة الرفع للحاكم الكشف عن حال زوجها بالسؤال ...). و مقتضى هذا النص ترك الأمر للقاضي بتقدير عذر الغيبة و الكشف عن حال الزوج بقبول عذره أو رفضه، مرده الكشف عن قصد الزوج في الغياب من الإضرار بالزوجة أم الحاجة إليه ، و عليه ، فمناطه في قبول العذر ألا يقصد الزوج بغيابه عن زوجته الأذى، بحيث يتعين ثبوت عدم استطاعة الزوج نقل زوجته إلى حيث يطلب العلم أو يمارس التجارة أو العمل نظرًا لظروفه .إذن فتقدير العذر لا إلى الزوج أو الزوجة ، إنما إلى القاضي ، و عليه استقر الاجتهاد في المحاكم السورية والمصرية[4].

إلا أن الاجتهاد حصر الغيبة بقصد العمل في كونها عذرًا مقبولًا، لضرورة سعي الرجل على عياله في الحضر والسفر خلافًا لما ذهب إليه القرار الذي عدَّ الغيبة في سبيل العمل لا تشكل عذرًا مقبولًا مما لا وجه لهذا الاعتبار (م ١٩٨١ ص ٥٥٧ قا ٢٧١).

و الرأي عندي موافق لمذهب المالكية في ترك تقدير عذر الغيبة للقاضي دون تحديد أي نوع من الغياب من قبوله أو عدمه. فربما غاب الزوج بقصد العمل لماله من رغبة في جمع المال رغم أنه يملك الكفاف في بلده ، فعندها يقدر القاضي تحديد مدى تضرر الزوجة من غيبة زوجها بقصد عمله ، و مدى تحقق المصلحة في هذا الغياب من عدمها.

نستخلص من ذلك ، أن سلطة القاضي في تقدير عذر الغيبة، و كونه مقبولًا أو غير مقبول ، سلطة تقديرية اجتهادية واسعة لا حصر لها من وجهة نظر القاضي ، مادام استخلصها القاضي وفقًا لتحقيق مناطها من الأصول الشرعية التابعة لها. والله أعلم.

---

(١)_ الوجيز في الأحوال الشخصية للسمني (٤٥٤)، التطليق في الأحوال الشخصية للفقي (٦٢ – ٦٣)، أحكام الأسرة (١٦٣) ابراهيم فوزي ، دار الكلمة للنشر ، شارع ليون ، بيروت ، لبنان ، ط٢ ، عـ(١٩٨٣م).

(٢)_ الشرح الصغير (٢ / ٤٥٣).

(٣)_ الشرح الصغير (٢ / ٤٥٣).

(٤)_ الاجتهاد القضائي لعزَّة ضاحي (٢١)، المرجع في قضاء الأحوال الشخصية (١ / ٣٠٠ ، ٣٠١)، الوجيز في الأحوال الشخصية (٤٥٢)، أحكام الأسرة بين الشرع و القانون (٢ / ٦)، إقامة الدعوى في مواد الأحوال الشخصية (١٦٩) المستشار أحمد نصر الجندي ، دار الكتب القانونية ، المحلة الكبرى ، عـ(١٩٩٥م).

المبحث الثاني

مشروعية سلطة القاضي في التفريق للغيبة

من أهم الأسس التي يقوم عليها هذا الفصل ، البحث في مشروعية سلطة القاضي في التفريق للغيبة، فمن خلاله تتبين مدى سلطة القاضي و صلاحيته في التفريق من عدمها.

و لبيان ذلك يلزم البحث في ماهية سبب التفريق و مذاهب الفقهاء في حكم طلبه للغيبة وآرائهم و مناقشاتهم ، مع ما يترتب عليه من ضرورة القاضي للتفريق ومدى شرعيته .

المطلب الأول : ماهية سبب التفريق للغيبة.

مما تقدم عند البحث في ضوابط سلطة القاضي في التفريق ، أن واجب القاضي وعمله تجاه الضرر دفعه و إزالته ما أمكن ، تطبيقًا لما ورد عن النبي ﷺ : ((لا ضرر ولا ضرار))[1].

من هذا المنطلق تتحدد ماهية سبب تفريق القاضي لغيبة الزوج عن زوجته، متمثلة في إلحاق الضرر بالزوجة جراء غياب زوجها، فإذا مضت مدة على غياب الزوج ، استوحشت فيها الزوجة وتضررت فعلًا مِمَّا يسبب معها التفريق القضائي لتحقق ماهيته. إذ الضرر المعتد به في الإثبات ، المحقق لا الاحتمالي أو المتوقع حصوله ، و دور القاضي تجاه دفعه وإزالته ما أمكن.

هذا ما عليه الفقهاء[2] مع ما استقر عليه الاجتهاد في المحاكم[3]،جاء في حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية[4] ما نصه: (إذا غاب الزوج عن زوجته سنة فأكثر بدون عذر مقبول يباح لزوجته أن تطلب تطليقها منه بائنًا إذا تضررت من بعده عنها و لو كان له مال تستطيع الإنفاق منه).

---

(١)_ تقدم تخريجه ص (٥٣).

(٢)_ بداية المجتهد (٣/ ١٠٢٤)، بلغة السالك (٢ / ٤٥٣ ، ٤٥٤).

(٣)_ مدى حرية الزوجين في الطلاق للصابوني (٢ / ٨٠١).

(٤)_ محكمة القاهرة الابتدائية ٢٦ / ١ / ١٩٥٨م ، نقلًا عن كتاب مدى حرية الزوجين في الطلاق للصابوني (٢ / ٨٠١).

و لم يفرق القانون[1] في ماهية سبب التفريق بين كون الزوجة المتضررة جراء غيبة زوجها مدخولًا بها أم لا ، مادام ركن الضرر متحققًا في كلا الحالين. و عليه فالمقصود من وصف الزوجة بالمتضررة من بُعد الزوج إخراج المسنة وأمثالها ممن وصلن إلى حالة ليس معها لغيابه أو حضوره فرق ذو بال بعد وجود مال تنفق منه. فحيث تنتفي مظنة الضرر ينتفي حق الزوجة في طلب التفريق .

و مما سبق يبدو بعد علم الله تعالى ، ضرورة تقدير القاضي في تحديد ماهية سبب التفريق للغيبة لينظر بدوره في مدى تحقق ركن الضرر من الغيبة و يجتهد ، فإذا تحققت الماهية نظر في الدعوى و ما لا فلا.

المطلب الثاني: آراء الفقهاء في التفريق للغيبة و الحبس.

أولًا: مذاهب الفقهاء في التفريق للغيبة.

إذا غاب الزوج عن زوجته، و تضررت من غيبته مدة تتضرر بها عادة، و خشيت على نفسها الفتنة، فهل يجوز لها طلب التفريق من القاضي لهذا السبب، و هل على القاضي أن يجيبها إلى طلبها؟

اختلفت آراء الفقهاء في التفريق بسبب فقد الزوج أو غيبته مدة تتضرر بها عادة، على مذهبين:

المذهب الأول: ما عليه فقهاء الحنفية و الشافعية[2] من عدم جواز التفريق بسبب غيبة الزوج، و إن طالت غيبته أو قصرت إلى أن يعود أو يحكم القاضي بموته بعد الثمانين سنة ، و في قول عند الحنفية يقضي بإمكان التفريق بفقد الزوج شريطة تعذر النفقة عليها .

أما الشافعية: فلا يفرق بينهما عندهم مادام الزوج موسرًا ولو تعذر أخذ النفقة منه.

المذهب الثاني: رأي فقهاء المالكية و الحنابلة[3] الذين أجازوا التفريق للغيبة على التفصيل الآتي:

توسع فقهاء المالكية في الجواز شريطة تضرر الزوجة ، فلم يفرقوا بين الغيبة بعذر و بدونه ، وعليه ، فكل غياب تضررت منه الزوجة ، ترتب عليه حقها في طلب التفريق.

---

(١)_ أحكام الأسرة بين الشرع و القانون (٢ / ٧)، مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد (٢٠٨).

(٢)_ حاشية رد المحتار (٣ / ٦٤٩)، المجموع (١٨ / ١٥٥).

(٣)_ حاشية الدسوقي (٣ / ٣٥١) و بهامشه تقريرات عليش ، بداية المجتهد (٣ / ١٠٢٤)، المغني (٩ / ١٣١).

و قالوا: ينظر الغائب أربع سنين ثم تعتد زوجته عدة الوفاة، والغائب عندهم إما مفقود في دار الإسلام أو أسير أو معلوم مكان غيبته ، فإن فقد في دار الإسلام أجِّل ، أما مفقود الأسر فإلى الثمانين سنة ثم تعتد زوجته عدة الوفاة . و أما الغائب المعلوم المكان فيكتب إليه ليأتي أو لينقل امرأته إليه أو يفارقها أو يطلق عليه.

بينما قيَّد الحنابلة الجواز في التفريق للغيبة بدون عذر ، فمن غاب بعذر كالتجارة أو طلب العلم أو غيرها من الأعذار الشرعية المقبولة فلا تفريق .

وقالوا: تتربص امرأة المفقود في الغيبة التي ظاهرها عدم السلامة أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة. وأما المفقود في الغيبة التي ظاهرها السلامة كالتجارة و طلب العلم فإلى التسعين ثم تعتد عدة الوفاة.

و اشترط فقهاء المالكية و الحنابلة مع جواز التفريق للغيبة ضرورة وجود قاضٍ يقضي به ، لتعذر انفساخ العقد بنفسه بعد مضي المدة، لذا اشترط قضاء القاضي و حكمه بالتفريق بعد اتخاذه الإجراءات المطلوبة والتي سآتي على بيانها في موضعه بتوفيق الله تعالى.

جاء في حاشية الدسوقي[1] ما نصه: (لكن الغائب ... لابد من الكتابة إليه إما أن يحضر أو ترحل امرأته إليه أو يطلق فإن امتنع تلوم[2] له بالاجتهاد و طلق عليه).

فقوله « طلق عليه » يدل دلالة واضحة على اشتراط وجود من يطلق و يفرق على الغائب ، إذ لو انفسخ العقد بنفسه لقال « انفسخ العقد » و لم يقل « طلق عليه »، علاوةً على تعذر تفريق المرأة أو فسخها العقد بحال ، والقاضي نُصِبَ للفصل و حل النزاع ما أمكن ، لذا وجب تفريقه على الغائب .

جاء في المغني[3]: (يكتب إليه فإن أبى أن يرجع فرّق الحاكم عليه).

---

(١)_ حاشية الدسوقي (٣ / ٣٥١).

(٢)_ تلوّم : من تلوّم تلوّماً تمكث . [المصباح المنير (٢١٤) ، مادة (لَوَمَ)] .

(٣)_ المغني (٩ / ٣٢).

ثانيًا: مذاهب الفقهاء في التفريق للحبس.

إذا حُكِمَ على الزوج بالحبس الذي يحول بينه و بين التردد على زوجته أو أسر أو اعتقل فإنه يعدُّ غائبًا و يأخذ حكم الغيبة التي تقدم بيانها.

و تقاس زوجة السجين على زوجة الغائب بجامع الضرر بينهما ، إذ الضرر محقق من بُعدِ الزوج غائبًا كان أو مسجونًا.

و إليه أشار الحنابلة في فتاويهم[1]، بأن القول في امرأة الأسير و المحبوس ونحوهما ممن تعذر انتفاع امرأته به إذا طلبت فرقته كالقول في امرأة المفقود بالإجماع لديهم .

و بناءً عليه ، لا حق لزوجة المحبوس في طلب التفريق عند الحنفية و الشافعية كما تقدم بيانه[2].

و كذا الحنابلة، للعذر في غيبة كلٍّ من المحبوس و المأسور و المعتقل.

و أما المالكية فأجازوا للزوجة طلب التفريق شريطة الغيبة سنة فأكثر ، علاوةً على توافر شروط الغيبة السالفة الذكر[3] في المحبوس . لجواز التفريق عندهم بعذر وبدونه .

وكذا لو أسر الزوج أو اعتقل و مضى عليه في الأسر أو الاعتقال سنة فأكثر، حق لزوجته طلب التفريق ، و لزم القاضي إجابتها إلى طلبها و القضاء بتفريقه .

هذا ما ذهب إليه المذهب المالكي[4] فمناط التفريق عندهم بعد الزوج عن زوجته ، باختياره أو قهرًا عنه مما يشبه حال الأسير، و لتحقق الضرر بزوجة المحبوس جراء البعد، علاوةً على زوجة الغائب .

و به أخذ مشروع قانوني سوريا و مصر[5] في المواد (١٠٥) من القانون السوري والمادة (١٤) من القانون المصري.

---

(١)_ الفروع لابن مفلح (٥ / ٣٢٢) ، الإنصاف (٨ / ٣٥٤، ٣٥٥) .

(٢)_ تقدم بيانه ص (١٢٠).

(٣)_ تقدم بيانه ص (١١٤).

(٤)_ منح الجليل شرح مختصر خليل (٤ / ٣١٧) .

(٥)_ مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد(٢٠٨)، أحكام الأسرة للشلبي(٥٩٣)، دعاوى الطلاق و الطاعة (٨٥).

المطلب الثالث: الأدلة و المناقشة.

استدل فقهاء المذهب الأول إلى صحة ما ذهبوا إليه بالأدلة الآتية:

١. ما روي عن المغيرة بن شعبة[١] أن النبي ﷺ أمر امرأة المفقود أن تصبر حتى يأتيها البيان. فإذا أمرها بالصبر مع فقد زوجها فمع غيبته من باب أولى حتى يرجع [٢].

٢. ما روي عن علي بن أبي طالب[٣] رضي الله عنه قال في امرأة المفقود: هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق [٤].

٣. لم يقم دليل شرعي يدل على عدِّ الغيبة سببًا للتفريق ، و الأصل بقاء الزواج حتى يقوم الدليل على انتهائه ، إذ يرون أنه لا فسخ مادام الزوج موسرًا و إن انقطع خبره[٥].

---

(١)_ هو المغيرة بن شعبة بن أبي عامر بن مسعود بن معقب ، الأمير : أبو عيسى ، و يقال : أبو محمد ، و هو من كبار الصحابة ، أسلم قبل عمرة الحديبية وشهدها و شهد بيعة الرضوان ، و كان داهية ، يقال له : مغيرة الرأي ، و له في الصحيحين اثنا عشر حديثاً ، انفرد له البخاري بحديث ، و مسلم بحديثين ، توفي المغيرة في سنة خمسين للهجرة و له (٧٠) سنة . [الإصابة في تمييز الصحابة (٥ / ١٩٢ ، ١٩٣) سير أعلام النبلاء (٤ / ١٧)] .

(٢)_ سنن البيهقي الكبرى ، كتاب اللعان ، باب : من قال امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها يقين وفاته ، رقم (١٥٣٤٢) ، (٧/ ٤٤٥) ، و اللفظ له ، [قال البيهقي : و كذلك رواه زكريا بن يحيى الواسطي عن سوار بن مصعب ، وسوار ضعيف] .

* سنن الدار قطني ، كتاب : النكاح ، باب : المهر ، رقم (٢٥٥) ، (٣/ ٣١٢) .

* الدراية في تخريج أحاديث الهداية ، كتاب : الآبق و المفقود ، رقم (٧٥٣) ، (٢/ ١٤٣) ، [سئل أبو حاتم عنه فقال منكر و في إسناده سوار بن مصعب عن محمد بن شرحبيل و هما متروكان] .

* التلخيص الحبير ، كتاب : العدد ، رقم (١٦٤٢) ، (٣/ ٢٣٢)[و إسناده ضعيف و ضعفه أبو حاتم و البيهقي و عبد الحق و ابن القطان و غيرهم].

* نصب الراية ، كتاب : المفقود ، (٣/ ٤٧٣) .

(٣)_ تقدمت ترجمته ص (١٠٥) .

(٤)_ سنن البيهقي الكبرى ، كتاب : إحياء الموات ، باب : من قضى فيما بين الناس بما فيه صلاحهم و دفع الضرر عنهم على الاجتهاد ، رقم (١١٦٦٥) ، (١٥٨/٦) .

* سنن البيهقي الصغرى ، كتاب : الإيلاء ، باب : امرأة المفقود ، رقم (٢٨٣٤) ، (٣/ ١٧٠) للإمام أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي ؛ ت (٤٥٨هـ) ، توثيق : د. عبد المعطي أمين قلعجي ، دار الوفاء ، المنصورة ، ط١ عـ (١٤١٠هـ/ ١٩٨٩م) .

* نصب الراية ، كتاب : المفقود ، (٣/ ٤٧٣) .

* الدراية في تخريج أحاديث الهداية ، كتاب : الآبق و المفقود ، رقم (٧٥٣) ، (٢/ ١٤٣) ، [قوله و قد رجع عمر إلى قول علي ، وأما رجوع عمر فلم أره لكن قال عبد الرزاق أخبرنا ابن جريج بلغني أن ابن مسعود وافق علياً على أنها تنتظره أبدًا] .

(٥)_ مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (١ / ٣٣٧) عبد الله بن محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، فتاوى الرملي (٣ / ٣٧٧) .

٤. الأخذ بالحديث القائل: (إنما الطلاق لمن أخذ بالساق)[1] فلا يملكه القاضي[2].

٥. لا يورث مال المفقود حتى يغلب على الظن موته، و عليه تقاس الفرقة بينه وبين زوجته [3].

بينما استدل فقهاء المذهب الثاني إلى صحة ما ذهبوا إليه بالأدلة الآتية:

١. قوله تعالى: ﴿ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ ﴿٢٢٩﴾ ﴾ سورة البقرة ، و قوله تعالى: ﴿ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟ ﴿٢٣١﴾ ﴾ سورة البقرة . و تدل الآية على تخيير الله تعالى الأزواج بين أمرين: الإمساك بمعروف أو التسريح بإحسان ، إذ ليس من المعروف ترك الزوجة كالمعلقة، مما يعدُّ إضرارًا بها قد يعرضها للفتنة ، و قد نهى الله عن إمساك الزوجة بقصد إضرارها[4].

٢. ما روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه في امرأة غاب عنها زوجها فسأل حفصة[5]: يا بنية كم تصبر المرأة عن زوجها فقالت: سبحان الله مثلك يسأل مثلي عن هذا، فقال: لولا أني أريد النظر للمسلمين ما سألتك، فقالت: خمسة أشهر ستة أشهر[6].لذا وقّت للناس في مغازيهم ستة أشهر فجعل الجند لا يغيبون يغيبون عن زوجاتهم أكثر من ستة أشهر.

---

(١)_ أخرجه ابن ماجه ، كتاب : الطلاق ، باب : طلاق العبد ، رقم (٢٠٨١) ، (١/ ٦٧٢) .

* سنن البيهقي الكبرى ، كتاب : الرجعة ، باب : ما جاء في عدد طلاق العبد و من قال الطلاق بالرجال و العدة بالنساء و من قال هما جميعًا بالنساء ، رقم (١٤٩٥٦) ، (٧/ ٣٧٠) ، [قال البيهقي : روي عن النبيﷺ مرسلًا] .

* سنن الدار قطني ، كتاب : الطلاق و الخلع و الإيلاء و غيره ، رقم (١٠٣) ، (٤/ ٣٧) .

* الدراية في تخريج أحاديث الهداية ، كتاب : الحجر ، رقم (٨٨٢) ، (٢/ ١٩٩) ، [و أخرجه الدار قطني من وجه آخر والإسنادان ضعيفان و ابن عدي من حديث عصمة بن مالك بإسناد ضعيف] .

* التلخيص الحبير ، كتاب : الإيلاء ، رقم (١٦١٢) ، (٣/ ٢١٩)] .

* نصب الراية ، كتاب : الحجر ، (٤/ ١٦٥) .

(٢)_ تبيين الحقائق (٢ / ١٩٦) ، فتح القدير (٣ / ٢) ، مغني المحتاج (٥ / ٢٧) .

(٣)_ فتاوى الرملي (٣ / ٣٧٧).

(٤)_ أحكام القرآن لابن العربي (١ / ٢٧٠) .

(٥)_ تقدمت ترجمتها ص (١١٤).

(٦)_ سنن البيهقي الكبرى ، كتاب : السير ، باب : الإمام لا يجمر بالغزى ، رقم (١٧٦٢٨) ، (٩/ ٢٩) .

* سنن البيهقي الصغرى ، كتاب : السير ، باب : ما على الوالي من أمر الجيش ، رقم (٣٤٨٠) ، (٣/ ٣٦٦) .

* مصنف عبد الرزاق ، كتاب : الطلاق ، باب : حق المرأة على زوجها و في كم تشتاق ، رقم (١٢٥٩٤) ، (٧/ ١٥٢)لأبي بكر عبد الرزاق بن همّام الصنعاني ، ومعه : كتاب الجامع للإمام معمر بن راشد الأزدي رواية الإمام الصنعاني ، تحقيق : حبيب الرحمن الأعظمي ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ط٢ ، ع (١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م) .

* التلخيص الحبير ، كتاب : الإيلاء ، رقم (١٦١٢) ، (٣/ ٢٢٠) ، [كذا ذكره بالشك و رواه ابن وهب عن مالك عن عبد الله بن دينار فأرسله] .

٣. و لما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: (أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرًا ثم تحل)[١].

٤. و لأنه إذا جاز التفريق بسبب العنة لما يلحق بالزوجة من ضرر جراء عيب العنة فلأن يجوز التفريق بسبب الغيبة من باب أولى لجامع الضرر بينهما[٢].

بعد أن تبينت أدلة المذاهب في جواز التفريق للغيبة وعدمه، نجد أن أدلة المذهب الثاني أقوى دلالة و أوضح حجة من وجهة نظر الباحثة ، إذ كيف يستدل فقهاء المذهب الأول بالحديث : (إنما الطلاق لمن أخذ بالساق)[٣] و هم أنفسهم يجيزون تفريق القاضي حالة العيب و غيره على اختلاف عندهم، فكما استثني العيب من مفهوم القاعدة يمكن استثناء الغيبة.

- أما استدلالهم بضرورة صبر امرأة المفقود و الغائب فلا يعارض حكم القاضي بالتفريق بعد الإرسال إليه والكتابة واستدعائه ثم إبائه ، إذ يفرق القاضي بينهما بعد اتخاذ إجراءاته الشرعية المطلوبة.
- و أما استدلالهم بعدم توزيع مال المفقود حتى يغلب على الظن موته وقياس التفريق عليه فمما لا علاقة له بأحقية الزوجة بطلب التفريق، لتوقف تفريق القاضي على طلب الزوجة وكذا للزوجة الطلب بالتفريق إن تضررت من غيبة زوجها كما تقدم بيانه[٤]، لذا فهو قياس مع الفارق ، لاختلاف سبب كل منهما ، إذ يلحق جراء غيبة الزوج عن زوجته ضرر خلافًا لتوزيع ميراث المفقود فلا ضرر.

و عليه ، يتقوّى لدي و يترجح رأي المذهب الثاني ، لأن إقامة المرأة بعيدة عن زوجها مدة طويلة مع محافظتها على العفة والشرف مما قد لا تحتمله الطبيعة البشرية، إضافة لما يترتب عليه من ضرر بالغ بالزوجة، مما يجب رفعه كما مر في ضوابط التفريق القضائي، لحديث النبي ﷺ : (لا ضرر و لا ضرار) ، ورفع الضرر أهم وظائف القاضي ، لذا جاز التفريق بسبب الغيبة ولزم القاضي بالتفريق بعد طلب الزوجة ، إذ لو ترك الأمر في الفسخ للزوجة أو لانقضاء المدة أو لغيرها

---

(١)_ سنن البيهقي الكبرى ، كتاب العدد ، باب : من قال تنتظر أربع سنين ثم أربعة أشهر و عشراً ثم تحل ، رقم (١٥٣٤٣) ، (٧/ ٤٤٥) .

* موطأ مالك ، كتاب : الطلاق ، باب : عدة التي تفقد زوجها ، رقم (٥٢) ، (٤١٥) للإمام مالك بن أنس ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، دار الحديث ، القاهرة ، ط(١٤٢١هـ/ ٢٠٠١م) .

* نصب الراية ، كتاب : المفقود ، (٣/ ٤٧٢) .

* الدراية في تخريج أحاديث الهداية ، كتاب الآبق و المفقود ، (٢/ ١٤٢ ، ١٤٣) .

* التلخيص الحبير ، كتاب : العدد ، رقم (١٦٤٣) ، (٣/ ٢٣٥) ، [رواه ابن جريج عن يحيى ، و أبو عبيد عن محمد بن كثير عن الأوزاعي عن الزهري عن سعيد عن عمر و عثمان ، و رواه عبد الرزاق و البيهقي من طريق آخر عن عمر] .

(٢)_ بداية المجتهد (٣/ ١٠٢٤).

(٣) تقدم تخريجه ص (١٢٥) .

(٤)_ تقدم بيانه ص (١٢٢).

لتحول المجتمع إلى فوضى لا نظام يضبطه ، نتيجةً حتميةً لعدم من ينظم حياة الناس من القضاة، وفي ذلك ما فيه من الضياع الكبير لمصالح المسلمين وحاجاتهم التي جاء الشرع الحنيف بالمحافظة عليها. و الله أعلم.

المبحث الثالث

سلطة القاضي في إجراءات دعوى التفريق للغيبة

تعد الدعوى المرحلة الأولى من مراحل خصومة الزوجة زوجها لغيبته، ليظهر فيها دور القاضي و سلطته ، من خلال التحقق من توافر شروط صحتها، و معرفة سببها، و التحقق من توافر وسائل إثباتها الشرعية، إلى الحكم عليها أو نقضها أو انتهائها و سقوطها.

لذا أبحث المطالب الآتية:

المطلب الأول: سلطة القاضي في سير دعوى التفريق للغيبة.

تخضع دعوى التفريق للغيبة لنفس الشروط الشرعية المشترطة في كل دعوى ، إلا أنها تمتاز عن غيرها بشروط تخصّها ، لابد من بيانها و إيضاحها ليظهر دور القاضي و سلطته في سير الدعوى.

أولًا: شروط صحة دعوى التفريق للغيبة.

تشترط جملة شروط لصحة الدعوى، سواء ما يتعلق منها بأطراف الدعوى أو موضوعها أو ركنها أو مكانها، هي :

١. تقدم في المطلب الثاني[١] من المبحث الأول شروط التفريق للغيبة و الحبس، التي تُعدُّ أساسًا يقوم على توافرها نظر القاضي في الدعوى ، حتى إذا تخلف شرط منها منع صحة الدعوى و نظر القاضي فيها، و ملك به القاضي الحق في ردها وعدم سماعها ما لم يصحح المدعي دعواه باستكمال الشروط المطلوبة.

فمثلًا: لو رفعت دعوى التفريق للغيبة قبل اكتمال سنة من الزمن على غياب الزوج، منع القاضي صحتها ، وقابلها بالرفض و عدم القبول[٢]، فالقاضي بدوره ينظر في مدى توافر الشروط الشرعية لصحة الدعوى بمقتضى معرفته وعلمه بها، حسب ما يدليه اجتهاده و تقديره ، و الله أعلم. هذا ما قضت به محكمة النقض السورية[٣] / الغرفة الشرعية / أساس (١٢١) قرار (١٢٣) بتاريخ ١٠ / ٣ / ١٩٧٧، والذي نصه: (إذا اختلت أحد شرائط المادة ١٠٩ أحوال لم يعد بإمكان القاضي الحكم بالتفريق للغيبة).

---

(١)_ تقدم بيانه ص (١١٣).

(٢)_ أحكام الأسرة بين الشرع و القانون لجلال عثمان (٢ / ٦).

(٣)_ المرشد في قانون الأحوال الشخصية لاستانبولي (١ / ٣٩٤) ، المرجع في قضاء الأحوال الشخصية (١ / ٣٠٠).

٢. توافر إثبات موضوع الدعوى (غيبة الزوج) بالبينة الصحيحة مع إثبات تحقق الضرر بالزوجة المدعية ، حتى لو لم يدخل الزوج بها تطلب التفريق شريطة توافر ركن الضرر الموجب للتفريق بعد التحقق منه[١].

هذا و التثبت من توافر غيبة الزوج وظيفة القاضي ، الذي ينظر بدوره فيها و يجتهد و يقدر غيبة الزوج ، فلو تبين له أن الزوج لم يغب عن زوجته بل تركته الزوجة من تلقاء نفسها ملك القاضي بما تبين له رفض الدعوى لعدم توافر موضوعها، كما و يرفضها إن لم يتوافر ركن الضرر فيها من وجهة نظره و اجتهاده و تقديره ، و الله أعلم.

٣. وضوح سبب الدعوى و إفراده ، فلو كان سببها مجهولًا غير واضح أو متعدد ، توجب على القاضي توضيحه وبيانه ولو بطلبه من المدعي إيضاح السبب و توحيده [٢].فلو ذكرت المدعية في دعواها إقامة زوجها المدعى عليه إقامة دائمة في بلد غير البلد التي تقطن فيها و تركها مع ولديها دون نفقة و إساءة معاملتها، لذا تطلب التفريق بينها و بينه للأسباب المذكورة إلى آخر ما تطلبه في دعواها، توجب على القاضي الطلب من المدعية سببًا واحدًا تقوم الدعوى على أساسه، و يعود لتقديره ، فإن فعلت المدعية سارت الدعوى بإجراءاتها حسب الأصول. و به حكمت محاكم النقض السورية[٣]، فقيام الدعوى بالتفريق لأكثر من سبب لا وجه له في الأصول ولا سند له في القانون ولا في الاجتهاد، لأن قانون الأحوال الشخصية ذكر أسبابًا متعددة للتفريق بين الزوجين ، لكلٍّ منها أصوله ومقوماته و إجراءاته و آثاره ونتائجه مما يختلف عما سواه من أسباب التفريق ، و كل ما ذكر من النظام العام.

٤. رفع التناقض في الدعوى إن وجد ، و هو مما يشترط في كل دعوى ، لاستحالة وجود الشيء مع ما يناقضه وينافيه، فلا يجتمع الصدق و الكذب في وصف دعوى واحدة، و هذا ما عليه معظم الفقهاء[٤].فادعاء الزوجة ترك زوجها لها يتناقض مع ادعائها تركه بلا عذر مقبول، مما يتوجب على القاضي قبل نظره في الدعوى وإثباتها العمل على رفع التناقض فيها بالطريقة التي يراها حسب اجتهاده و رأيه، ليصح وجه السير في الدعوى . هذا ما قضت به محاكم النقض السورية[٥] تحت عنوان (**التفريق للغيبة لا يكون في حال الغيبة بصورة دائمة**) .

٥. وضوح كيفية غياب الزوج عن زوجته و إزالة اللبس عن ظروف غيبته و ملابساتها، ومعرفة مكان ترك الزوج لزوجته و لماذا تركها و استيضاحه، و بيان آخر محل إقامة للمدعى عليه، مما يعدُّ شرطًا أساسيًا توضيحه ومعرفته ، لأن دعوى التفريق للغيبة دعوى على غائب وهي مما يشترط لجوازها تبيين المدعي ما المدعى به و قدره

---

(١)_ الشرح الصغير (٢ / ٤٥٣)، الوافي في قضاء الأحوال الشخصية (٢٧٧).

(٢)_ مطالب أولي النهى (٦ / ٥٠١).

(٣)_ المرشد في قانون الأحوال الشخصية لاستانبولي (١ / ٣٩٤).

(٤)_ بدائع الصنائع (٦ / ٢٢٣)، مغني المحتاج (٥ / ٣٨٠)، مطالب أولي النهى (٩ / ٢٩٦)، و المالكية يشيرون لهذا المعنى من اشتراط عدم التناقض عند حديثهم عن الإقرار، حاشية الدسوقي (٣ / ٤٠٧).

(٥)_ المرجع في قضاء الأحوال الشخصية للداغستاني (١ / ٢٩٩)،القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية (١ / ٢٣٤).

و نوعه و وصفه و إيضاح كل ما في الدعوى من ملابسات قد تجعلها غامضة[1]. وكذا لو لم يعرف ما إذا استطاع المدعى عليه ضم زوجته إليه أم لا، أو حضر الزوج بعد سفره الأخير أم لا، أو اضطر للغيبة أم لا، إلى غيره من وضوح الملابسات. و عليه قضاء محاكم الأحوال الشخصية في سوريا[2].و يعود تقدير مدى غموض الدعوى إلى نظر القاضي و اجتهاده مما يمنحه السلطة في العمل على إزالة الملابسات و الغموض فيها بالطريقة التي يختارها ليصبح سير الدعوى شرعيًا مما يسمح له النظر فيها بعد رفع الغموض و اللبس. و الله أعلم.

٦. و مما يتبع دعوى التفريق للغيبة دعوى التفريق لحبس الزوج، إذ يشترط لصحتها ، إضافة لما ذكر أن تتضمن الدعوى بينة بالحكم على الزوج بالسجن حكمًا نهائيًا ، علاوةً على مضيها سنة من حبسه ، يذكر فيها الحكم عليه بالعقوبة المقيدة للحرية فعلًا مع التطبيق لها[3]، لتصح الدعوى، ويترتب عليها نظر القاضي في إجراءاتها وشروطها وتحققه من توافرها في الدعوى و صحتها بمقتضى سلطته التقديرية. و الله أعلم.

ثانيًا: الإمهال و الإعذار.

تقدم في الفقرة الأولى من هذا المطلب شروط صحة دعوى التفريق للغيبة، لصحة سيرها، فإذا صحت الدعوى اتخذ القاضي إجراءات لإتمام سيرها، هي :

- **كيفية الإعذار و مضمونه:**

فرّق فقهاء المالكية[4]بين نوعين للغائب: معلوم الإقامة ؛ يمكن وصول الرسائل إليه، و غير معلوم الإقامة أو معلومها لكن لا يمكن وصول الرسائل إليه.

أمّا **النوع الأول** فيضرب القاضي له أجلًا و يعذر إليه بكتاب و يخبره أن يختار أحد الخيارات الآتية:

١. الحضور للإقامة مع زوجته.
٢. أو نقلها إليه في بلد إقامته .
٣. أو طلاقها.

فإذا اختار الزوج أحد الخيارات الثلاثة حكم القاضي برفض دعوى الزوجة. أما إذا لم يختر أحدها تلوَّم له بالاجتهاد و فرق بينه وبين زوجته شريطة وصول الكتاب إليه.

---

(١)_ مغني المحتاج (٤ / ٥٤١).

(٢)_ المرجع في قضاء الأحوال الشخصية للداغستاني (١ / ٢٩٩).

(٣)_ موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين للعمروسي (٦١٣) ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية (١ / ٣٢٥ ، ٣٢٦).

(٤)_ حاشية الدسوقي (٣ / ٣٥١)، بداية المجتهد (٣ / ١٠٢٤) ، الشرح الصغير (٢ / ٤٥٣).

علمًا أن المراسلة و الاتصال بالزوج في الزمن الحالي أصبح متيسـرًا للقاضي أكثر مما كان عليه القضاة في الزمن الماضي لكثرة وسائل الاتصال و تنوعها في العالم كالاتصال عبر الشابكة (شبكة الانترنت) أو الفاكس أو الهاتف و ما إلى ذلك ...

و كتاب القاضي للزوج ضروري ، مما لا يجوز له التفريق بغيره ، و لو حصل بطل التفريق ، وتختص الكتابة برسائل القاضي فقط ولا عبرة برسائل الزوجة. فلو كتبت الزوجة لزوجها الغائب أن يحضر إليها أو ينقلها أو يطلقها و حددت له موعدًا ، لم يكن لكتابتها أدنى أثر أمام قاضي الدعوى.

جاء في حاشية الدسوقي ما نصه[1]: (و لا يجوز التطليق عليه بغير كتابة إليه إن علم محله) .

وأمّا **النوع الثاني** ؛ من لم تعلم إقامته أو علمت لكن لا يمكن وصول الرسائل إليه لأي سبب كانقطاع المواصلات و المراسلات بسبب الحروب أو الكوارث الطبيعية و غيرها مثلًا، فيفرق القاضي مباشرة بعد إثبات الدعوى وصحتها بلا إعذار ولا ضرب أجل.

و هذا ما قضت به محكمة أدفو الشرعية[2]جاء فيها ما نصه: (..... و للقاضي أن يعذر عليه إذا أمكن و إلا طلق عليه بدون إعذار).

و يلحق بهذا النوع حالة سجن الزوج أو أسره أو اعتقاله ، إذ يفرق القاضي بينه وبين زوجته دون كتابة إليه أو انتظار، لعدم إمكان خروج المحبوس عن الحكم الذي يقوم بتنفيذه فلا فائدة من الكتابة إليه.

- **مناط الإمهال و الإعذار:**

يعدُّ إمكانية وصول الرسائل إلى الزوج مناط إمهال القاضي له و إعذاره قبل الحكم بالتفريق للكشف عن حاله بالسؤال و الإرسال.

و لا يشترط إعلام الزوج بطريقة معينة أو على نحو معين[3]، إنما يعود تقديره إلى القاضي الذي يسعى لتحقيق مناط الإمهال و الإعذار ما استطاع إلى ذلك من سبيل ، والله أعلم.

---

(١)_ حاشية الدسوقي (٣ / ٣٥١).

(٢)_ محكمة أدفو الشرعية ٢٠ نوفمبر ١٩٤٣ عدد ٥١٤ محاماة شرعية ص ١٣٥ نقلاً عن مدى حرية الزوجين في الطلاق للصابوني (٢ / ٨٠١).

(٣)_ الشرح الصغير (٢ / ٤٥٣).

- **تحديد المدة و المراد منها:**

يقصد بالمهلة التي يعطيها القاضي للزوج ليختار ما أرشده لاختياره، حثه على العودة للإقامة مع زوجته أو نقلها إليه مكان إقامته، مما ينتفي بفعله إيجاب التفريق من القاضي بعد انقضاء المهلة أو في أي مرحلة من مراحل الدعوى انتفى موجب التفريق من القاضي.

وعليه ، فوصول ما يقرره القاضي إلى علم الغائب يكفي معه تحقق شرط الإمهال و الإعذار إليه . و يخضع تحديد الأجل لتقدير القاضي ، الذي يراعي مقدار المسافة و حالة المواصلات ، فليست المدة التي يحددها القاضي للإمهال من مواعيد المرافعات التي يتعين على الزوج تنفيذ واحد من الخيارات الثلاث المطلوبة منه [1].

و يتضح مما سبق سلطة القاضي التقديرية في تحديد المدة التي تعود إلى نظره واجتهاده بما يتحقق معها مقصود الإمهال و مناطه ، و الله أعلم.

- **سلطة القاضي في الإعذار:**

تبين مما تقدم ، إيجاب فقهاء المالكية على القاضي إعذار الزوج و الكتابة إليه إن أمكن وصول الرسائل إليه بأن يحضر أو ترحل امرأته إليه أو يطلق ، فإن امتنع تلوّم له بالاجتهاد و فرق بينه وبين زوجته. و تبين عمل اجتهادات المحاكم وفق رأي المالكية .

و عليه، نجد أن سلطة القاضي في الإعذار سلطة ملزمة لا تقدير له فيها ، طالما توافرت شروط صحة الدعوى وأمكن وصول الرسائل إلى الزوج. هذه السلطة ملزمة للقاضي من قِبَل المشرع الحكيم، للعمل في المحاكم بها لاستمداد أحكامها من المذهب المالكي ، والله أعلم.

ثالثًا: أثر الإفراج عن المسجون على سير الدعوى.

تقدم في المطلب الثاني[2] من المبحث الأول شروط التفريق للغيبة و السجن، ومما اختصت به الغيبة للسجن شرط مضي سنة على تنفيذ الحكم قبل رفع دعوى التفريق. مما تفرع عنه أثر الإفراج عن المسجون على سير الدعوى، و عليه رتب بعض القانونيين أثرًا للإفراج عن المسجون على سير الدعوى ، بينما لم يجعل بعضهم الآخر له أثرًا عليها.

---

(١)_ حاشية الدسوقي (٣ / ٣٥١)، بداية المجتهد (٣ / ١٠٢٤)، أحكام الأسرة (٢ / ١٦، ١٧)، التطليق في الأحوال الشخصية (١٠٥)، إقامة الدعوى في مواد الأحوال الشخصية (١٦٨).

(٢)_ تقدم بيانه (١١٣).

و ترى الباحثة بالنظر لما تقدم ، أن يعود الأمر في متابعة سير الدعوى إلى القاضي لاحتمال وجود ملابسات فرعية ترجح التفريق أو متابعة الزوجية ، و الله أعلم.

حتى إذا رأى القاضي تحقق مناط التفريق للحبس رغم الإفراج عن المسجون كان له تقدير الدعوى وقبولها بتحقق مناطها إذ لا أثر للإفراج عن السجين عليها، أما إن لم يتحقق مناطها بالإفراج عن المسجون فعندها يرفض الدعوى و لا يقبل السير فيها، مداره على سلطته التقديرية ، و الله أعلم.

المطلب الثاني : سلطة القاضي في إثبات دعوى التفريق للغيبة.

لإثبات الدعوى بعد صحتها أثر كبير في الحكم عليها، و لوسائل إثباتها دور هام في ترجيح أقوال الخصوم بعضهم على بعضهم. فوسائل الإثبات المعين الذي يستقي منه القاضي في بحثه عن الحقيقة، فبها تُحمى الحقوق و ترد إلى أصحابها.

لذا لابد من معرفة من يقوم بعبء الإثبات في الدعوى و ما الأمور الواجب إثباتها، إضافةً إلى معرفة الوسائل التي ينبغي إثبات دعوى الغيبة بها، و ما هي شروطها، و ما هو موقف القاضي من الدفوع الشرعية التي ترد على الدعوى. هذا ما سأبينه بتوفيق الله تعالى، محاولةً إبراز دور القاضي في كل فقرة من الفقرات الآتية:

أولًا: عبء الإثبات.

-ذهب الفقهاء[1] إلى تحميل عاتق الزوجة عبء إثبات الغيبة و امتدادها لأكثر من سنة ، لا فرق بين وسائل الإثبات على اختلافها. و وافقهم قضاء المحاكم السورية الذي جعل عبء الإثبات على عاتق الزوجة كذلك[2].

جاء في حاشية رد المحتار ما نصه[3]: (و عليه يحمل ما في فتاوى قارئ الهداية حيث سأل عمن غاب زوجها و لم يترك لها نفقة؟ فأجاب: إذا قامت بينة على ذلك و طلبت فسخ النكاح من قاض يراه ففسخ نفذ ....)

دلّ قوله: «إذا قامت بينة على ذلك » أن الزوجة المدعية تقوم بإثبات ما تدعيه ، و قوله(بينة) دلّ على صحة إثبات دعواها بأي وسيلة من وسائل الإثبات. و الله أعلم.

و يجب حتمًا على القاضي بعد علمه بضرورة إثبات الزوجة دعواها غيبة زوجها مطالبتها بالإثبات إذا ادعت دون إثبات، إذ لا يقبل دعواها ما لم تثبتها بأي وسيلة من وسائل الإثبات. و الله أعلم.

---

(١)_ حاشية رد المحتار (٣ / ٦٤٩)، الهداية (٢ / ٣٣١)، الشرح الصغير(٢ / ٤٨٧).

(٢)_ شرح قانون الأحوال الشخصية لشقفة (٢ / ١٤٠).

(٣)_ حاشية رد المحتار (٣ / ٦٤٩).

ثانيًا: الأمور التي يجب إثباتها في دعوى التفريق للغيبة.

ذكر فقهاء الحنفية و المالكية[1] ضرورة إثبات الزوجة لدى القاضي غياب زوجها عنها، وعدم تركه مالًا تنفق منه، ولا وكيلًا ينفق عليها ، و لم تسقط عنه النفقة حال غيبته، هذا إن رافق الغيبة عدم الإنفاق. أما إن غاب فقط فعليها إثبات غيبة زوجها و تضررها جراء غيبته عنها .

و قد وسع القانون[2] مجال المستندات التي يتعين تقديمها من الزوجة المدعية لتقيم الدليل على صحة دعواها، حيث ذكر ما يتعين على الزوجة تقديمه على وجه الخصوص :

- الوثيقة الرسمية الدالة على قيام الزوجية بينها و بين زوجها.
- صحيفة الدعوى مذكورًا فيها تضرر الزوجة المدعية من غيبة زوجها، إذ الضرر لا يعرف إلا من جهتها.
- صحيفة الدعوى مذكورًا فيها غياب الزوج بإرادته سنة فأكثر، خارج البلد الموجود به مسكن الزوجية، بلا عذر مقبول.
- صورة رسمية من الحكم الجنائي الصادر بمعاقبة الزوج بعقوبة سالبة للحرية مدتها ثلاث سنين على الأقل.
- شهادة من الجدول أو تطلب من القاضي ضم القضية الصادر فيها الحكم النهائي.
- تقدم شهادة بالحبس الفعلي تُثبت أن زوجها بدأ في تنفيذ العقوبة المقضي بها نهائيًا وتاريخه مع مراعاة مضي سنة على تنفيذ الحكم ، و إلا حكم بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل الأوان.

– وعليه ، فدور القاضي أمام تلك المستندات التي تقدمها الزوجة لإثبات دعواها يتضح في بحثه و تحريه عن مدى صحة المستندات و مطابقتها للواقع حسب وجهة نظره وسابقة علمه .

و بناءً على سلطته التقديرية و اجتهاده بإمكانه قبول المستندات أو ردها وفقًا لعلمه بصحتها من عدم صحتها ، فهو الذي يقدر فيها و يجتهد. و الله أعلم.

---

(١)_ حاشية رد المحتار (٣ / ٦٤٩)، الهداية (٢ / ٣٣١)، الشرح الصغير (٢ / ٤٨٧).

(٢)_ أحكام الأسرة بين الشرع و القانون (٢ / ٤، ٢٩)، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين للعمروسي (٦١٤)، الصيغ الشرعية لدعاوى الأحوال الشخصية (٣٤٤) المستشار : معوض عبد التواب ، دار الوفاء ، المنصورة ، ط٢، عـ(١٩٨٨م)، شرح قانون الأحوال الشخصية للتكروري (٢٢٧) د. عثمان التكروري ، مكتبة دار الثقافة ، عمان وسط البلد ، الأردن ، المكتبة القانونية ، ط١ ، عـ(١٩٩٨م) .

ثالثًا: وسائل إثبات دعوى التفريق للغيبة و شروطها.

أولًا: وسائل إثبات دعوى التفريق.

عدّ فقهاء المالكية[1] أول وسيلة لإثبات الدعوى يمين المدعية، فإن غاب الزوج وتضررت زوجته ، حلفت اليمين لتثبت صحة دعواها. لما لليمين من أثر ديني و دنيوي في فصل الخصومات و حفظ الحقوق لأصحابها، علمًا أن الضرر لا يعرف إلا من جهة الزوجة، لذا تحلف على ثبوت و قوعه عليها جرّاء غياب زوجها، و لأن اليمين الشرعية من الوسائل التي يثبت بها حق المدعي لإثبات ما أنكره المدعى عليه .

وأضاف فقهاء الحنفية[2] وسيلةً تثبت بها المدعية صحة دعواها على غيبة زوجها و عدم إنفاقه ألا وهي البينة الصحيحة، كشهادة الشهود على غيبته، إلى غيرها من الإثباتات ، و كما لو أتت المدعية بشهادة من مصلحة الجوازات تفيد تاريخ مغادرة زوجها مكان إقامتها، إلى غيره .

أما القانون[3] فعمل بالمذهب المالكي إلا أنه اشترط طلب الزوج المدعى عليه يمين المدعية ، لأن اليمين من حقوق العباد، يضاف إليه عدم ما يمنع الزوجة طلب التفريق لتضررها من غيبة زوجها.

واليمين الشرعية بالصيغة التالية: (و الله العظيم إن زوجي فلان قد غاب عني مدة أكثر من سنة بدون عذر مقبول و بدون موافقة مني و أني قد تضررت من بعده عني و الله على ما أقول شهيد).

ثانيًا: شروط وسائل إثبات دعوى التفريق للغيبة.

يشترط في يمين المدعية و البينة ليصح إثبات دعوى التفريق بهما عدة شروط، تخص دعوى التفريق للغيبة:

الشرط الأول: الجزم في عبارة الشهود:

فأي كلمة في عبارتهم تفيد الظن فيما تدعيه المدعية تنتفي معها البينة، كما لو أفادت شهادة أحد الشاهدين أن المدعية قد تتضرر من غيبة المدعى عليه عنها، مما يخل بشرط الجزم الذي تنتفي معه قيام البينة على ما يفيد القطع بحصول الضرر، لانحصار معنى (قد) الداخلة على الفعل المضارع في هذه الشهادة في إفادة التوقع، دون تحقق الشاهد بحصول الضرر بالفعل، و هو ما تفيده كلمة قد بدخولها على الفعل الماضي.

---

(١)_ الشرح الصغير (٢ / ٤٨٧)، بداية المجتهد (٤ / ١٧٧٨ ، ١٧٧٩).

(٢)_ حاشية رد المحتار (٣ / ٦٤٩).

(٣)_ أحكام الأسرة بين الشرع و القانون (٢ / ٥ ، ٦)، دعوى التفريق للشقاق و النزاع (١٤٤).

الشرط الثاني: مطابقة الشهادة للدعوى من حيث المعنى و المدلول:

و إن لم تطابقها لفظًا ، فالشهادة بالغيبة سنة وثلاثة أشهر تتفق مع الشهادة بالغيبة سنة و ثمانية أشهر في اشتراكهما تجاوز الغيبة سنة فأكثر و هو الحد المطلوب، مما يتفق مع الدعوى ، ولا يناقضها ، كذا يمين المدعية.

الشرط الثالث: ذكر جميع التفاصيل المطلوبة و إيضاحها في شهادة الشهود ويمين المدعية :

إذ لو خلت شهادة الشهود و اليمين الشرعية التي حلفتها المدعية من بيان مكان ترك الزوج زوجته، و مكان المدعية وقت الترك، لم تعتمد في إثبات الدعوى ، لعدم إيضاحها .

الشرط الرابع: أن تتضمن شهادة الشهود آخر محل إقامة للمدعى عليه المذكور في الدعوى : حال جهالة محل إقامة المدعى عليه [1].

و مما سبق نجد ، أن دور القاضي التقديري و نشاطه الذهني يظهر أمام وسائل إثبات الدعوى في التحقق من صحة الوسائل المقدمة للإثبات، و إمكان قبولها في مورد النزاع، فإن كان من أهل الاجتهاد لم يكن له أن يقرر وسيلة إثبات جديدة غير مقررة شرعًا لدى الفقهاء في تلك المسألة مما ورد به نص، لأنه لا مساغ للاجتهاد في مورد النص، و إن لم يكن من أهل الاجتهاد فعليه تقليد غيره من المجتهدين فيما ورد في المسألة.

و كذا يمين المدعية فإن كانت عند القاضي كانت قاطعة للخصومة، مما يتوجب على القاضي التقيد بها ، ليقضي بما يقطع الخصومة، لأن ذلك من حقه ، كما اعتمده فقهاء الحنفية[2].

و كذا يلزم القاضي التقيد بشهادة الشهود عند استجماع شرائط الشهادة الشرعية، لأنها مظهرة للحق، و القاضي مأمور بالقضاء بالحق، لذا فسلطته إلزامية بعد تقديره صحة اليمين و الشهادة و مدى شرعيتها على المعتمد لدى الفقهاء. و الله أعلم.

رابعًا: موقف القاضي من الدفوع الشرعية.

قد تدفع الدعوى و ترد من الخصم بعدد من الدفوع التي قد تكون جوهرية وقد لا تكون . أما الدفع الجوهري فقد يكون في جزئية الشروط التي تطلَّبها النص ليحق للزوجة المدعية طلب التفريق ، كما لو أقيمت الدعوى قبل مضي

(١)_ فتح باب العناية (٣ / ١٤٣)، مطالب أولي النهى (٦ / ٥٠١ ، ٥٠٢)، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية (١ / ٢٣٠ ، ٢٣٢ ، ٢٤١).
(٢)_ فتح باب العناية (٣ / ١٦٥)، بدائع الصنائع (٩ / ٥٣).

سنة من غياب الزوج فيمكن دفعها بـ (عدم قبول الدعوى لرفعها قبل الأوان).و هناك من الدفوع الكثير، فأي خلل في الدعوى أو في صحة سيرها أو في وسائل إثباتها يدفع الخصم التمسك به لردها .

و المهم بيانه في هذا المقام ، دور القاضي أمام تلك الدفوع المقدمة لديه، فمن وجهة نظر الباحثة لا يوجه الدفع إلى إجراءات الخصومة، ولا إلى ذات الحق المدعى به، بل يرمي إلى إنكار سلطة الزوجة المدعية في استعمال دعواها بالتفريق للغيبة، فهو الذي يوجه إلى الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه، وما إذا كان من الجائز استعمالها من عدمه، أو لعدم توافر شرط خاص من الشروط المتعلقة بذات الدعوى كالمثال المذكور أعلاه، فإذا كان الدفع هذا شأنه فدور القاضي أمامه الطلب من مدعيه إثبات ذاك الدفع بالطرق الشرعية السليمة، حتى إذا اقتنع القاضي به وبصحته وطرق إثباته له رد الدعوى وفقًا لنظره واجتهاده في صحة الدفع، أما إن تبين أي خلل في الدفع أو في طرق إثباته حق له رد الدفع و عدم اعتباره و قبوله .

و هناك من المحاكم[1] من قننت هذه الدفوع و جعلتها معتمدة ، إذ ذكرت ما كان منها شرعيًا من عدمه كمحكمة جنوب القاهرة الابتدائية للأحوال الشخصية في حكمها الصادر في الدعوى رقم ٤٩٠ لسنة ١٩٨٢ بجلسة ٢٨ / ٢ / ١٩٨٢ م. و بهذا التقنين تقيد المحاكم سلطة القاضي في مدى اقتناعه بصحة الدفع وصحة طرق إثباته مادام موجودًا ضمن تقنين تلك المحاكم.

و في تقديري ، لا يمكن حصر الدفوع الشرعية في قانون معتبر معتمد، لتغير الظروف و تطور المجتمعات واختلاف الأزمان و الأماكن، مما يجعل الحق للقاضي والسلطة التامة في تقديره للدفوع و مدى شرعيتها دون الحيد عما جاءت به أحكام الشريعة.

المطلب الثالث : سلطة القاضي في الحكم على دعوى التفريق للغيبة.

تبين سابقًا مساهمة جميع مراحل الدعوى في تكوين الحكم القضائي و تأثيرها فيه، عند عرض القضية على القاضي و نظره فيها، بدءًا من الادعاء إلى استيفاء جميع متطلبات الحكم والوصول إلى مرحلة إصداره .و إلى أن يصل القاضي إلى المرحلة الأخيرة يكوّن رأيًا في نفسه يحل به النزاع، وينهي به الخصومة، هذا الحل الذي تكون لدى القاضي يقال له: الحكم. فإذا حكم القاضي بالتفريق بين الزوجة المدعية وزوجها المدعى عليه ، فهل يعدُّ حكمه نافذًا في الظاهر و الباطن أم ينفذ ظاهرًا لا باطنًا؟ و ما أثر تفريق القاضي على نفاذ حكمه ؟

هذا ما سأذكره محاولةً إبراز دور القاضي على نفاذ حكمه.

---

(١)_ أحكام الأسرة بين الشرع و القانون (٢ / ٣٠).

أولًا: حكم نفاذ تفريق القاضي للغيبة.

ذكر أبو حنيفة [1] في نفاذ القضاء على الغائب الذي لم ينفق على زوجته روايتان، فعلى القول بنفاذه يسوغ للحنفي أن يزوج زوجة الغائب من الغير بعد العدة، وإذا حضر الزوج الأول و برهن على خلاف ما ادعت من عدم إنفاقه عليها لم تقبل بينته، لأن البينة الأولى ترجحت بالقضاء فلا تبطل بالثانية.

و أجاب عن نظيره من عدم النفاذ في موضع آخر ، بأنه إذا فسخ النكاح قاضٍ يرى فسخه و نفذه قاضٍ آخر وتزوجت غيره صح الفسخ و التنفيذ و التزوج بالغير، ولا يرتفع بحضور الزوج و ادعائه أنه ترك نفقتها مدة غيبته. ووافقهم فقهاء الشافعية [2] الذين ذكروا لنفاذ قضاء القاضي على الغائب وجهان ؛ أحدهما : وقوع الفرقة ظاهرًا وباطنًا والثاني نفاذها ظاهرًا لا باطنًا. أما الحنابلة [3] فخصوا نفاذ القضاء على الغائب في الظاهر لا في الباطن.

أما القانون [4] فجعل قضاء القاضي على الغائب قضاءً نافذًا في الظاهر، ولو تأخر صدور الحكم إلى ما بعد مرور الزمن المطلوب ، إذ ينفذ قضاء القاضي بدءًا من تاريخ صدور الحكم. ذلك في القاعدة (٢٥٢)، (نقض هيئة عامة رقم ٢٩ أساس ١٢ تاريخ ٢٨ / ٥ / ١٩٨٤ م).

ثانيًا: أثر تفريق القاضي على نفاذ حكمه.

بالرغم من أن فقهاء الحنفية و الشافعية أنفسهم لم يجيزوا تفريق القاضي لغيبة الزوج، إلا أنهم قضوا بنفاذ تفريقه ظاهرًا و باطنًا إن وقع في إحدى الروايتين عندهم لغيبة الزوج و عدم إنفاقه على زوجته ، مما يمكن قياسه على التفريق للغيبة فقط مع تحقق الضرر، ففي عدم الإنفاق على الزوجة ضررٌ متحققٌ يفرق به ، و كذا في الضرر المتحقق بالغيبة و لو مع الإنفاق.

لذا صح قولهم و ترجح من وجهة نظر الباحثة ، فلو قضى القاضي بالتفريق لغيبة الزوج نفذ قضاؤه في الظاهر والباطن، لابتنائه على أسباب رافقتها البينة المقنعة، التي ترجحت بالقضاء، لذا فلتفريق القاضي أثرٌ كبيرٌ على نفاذ حكمه ، علمًا أن القاضي الذي يحكم بالتفريق نصب لحسم المنازعات و فصل الخصومات، لذا نفذ قضاؤه ً في الظاهر و الباطن، إذ لو نفذ ظاهرًا لا باطنًا، كان مدعاةً لضياع الأنساب واختلاطها، و فتحاً لباب النزاع و الخصومات بين الأزواج الغائب منهم والحاضر.

---

(١)_ حاشية رد المحتار (٣ / ٦٤٩)، تنقيح الفتاوى الحامدية (١ / ٣٢).

(٢)_ المجموع (١٨ / ١٥٦).

(٣)_ المقنع (٣ / ٢٨٣).

(٤)_ مجموعة القواعد القانونية لوسيم أحمد (٣٧٢) تنسيق : وسيم حسام الدين الأحمد، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط١ ، عـ(٢٠٠٨م).

المبحث الرابع

آثار سلطة القاضي في التفريق للغيبة

قضاء القاضي من أهم الوظائف التي يتوجب تأييدها بالاحترام و التنفيذ في الواقع ، لأنه يؤدي إلى قطع المنازعات و فصل الخصومات و وضع حد لها.

لذا توجب وضع قضاء القاضي في التفريق بين الزوجين للغيبة موضع الاحترام و التنفيذ، وذلك شريطة صحة الدعوى و إثباتها و حكمها، إذ لو وجد خللًا فيها ترتب عليها آثارًا تمنع صحة حكمها وتنقضه، أو تؤدي إلى إنهائها .

و سأذكر تلك الحالات محاولةً إبراز دور القاضي فيها.. ؟

أولًا : إذا تضمنت التحريات غيبة المدعى عليه منذ عشرة أشهر، مما يتعارض مع ما تم اشتراطه من مضي سنة على غيابه ، فعلى القاضي قبل تكليف المدعية إثبات دعواها التحقيق في هذا الأمر، فإذا أقرت بالغيبة منذ عشرة أشهر أنهت الدعوى و إلا لجأت إلى السير بها.

ثانيًا : إذا ذكرت المدعية في دعواها تركها زوجها المدعى عليه في محل سكناهما، لم تقبل الدعوى ، لأن المدعية هي مَن غابت عن زوجها لا الزوج، و إنما ساغ لها طلب التفريق من القاضي لغيبة زوجها سنة فأكثر، دون عذر مقبول وتضررها لا لغيبتها.

ثالثًا : الخلاف في دعوى الطاعة، مما يؤخر الفصل في دعوى التفريق إلى تحقق القاضي من رغبة الزوج بنقل زوجته إليه، ومن شرعية مسكنه، و استعداده لتأمين نفقات وصولها إليه، ومن عدم وجود أي مانع شرعي يحول دون طاعتها، مما يمنع سماع دعوى التفريق.

رابعًا : إقرار الزوجة غيبة زوجها بموافقتها و إذنها، مما يهدم دعواها بالتفريق و كذا إذا أكذبت شهودها[1]، إلى غيره مما يستوجب رد الدعوى أو إنهاءها أو نقضها.

* من خلال ما سبق ، نجد أن للقاضي سلطة في رفض الدعوى و ردها إن تكونت لديه القناعة التامة بعدم صحتها ، إما لخلل حدث في سيرها أو في إثباتها أو في الحكم عليها، مما يعود إلى تقديره واجتهاده فيما يرد على الدعوى من موانع شرعية صحيحة تمنع إتمامها و إتمام الحكم عليها.

---

(١)_ الوافي في قضاء الأحوال الشخصية (٢٧٨)، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية (١/ ٢٢٦، ٢٢٧)، أحكام الأسرة بين الشرع و القانون (٢/ ١٣، ١٤) .

الفصل الرابع

سلطة القاضي في التفريق للشقاق و الضرر

و يتضمن المباحث التالية :

المبحث الأول : ماهية الشقاق و الضرر و حالاته و شروطه .

المبحث الثاني : مشروعية سلطة القاضي في التفريق للشقاق و الضرر .

المبحث الثالث : سلطة القاضي في إجراءات دعوى التفريق للشقاق و الضرر .

المبحث الرابع : آثار سلطة القاضي في التفريق للشقاق و الضرر .

تمهيد

الزواج مشاركة اجتماعية بين رجل و امرأة، غايتها التعاون على أعباء الحياة و التناسل وتكوين الأسرة . فالمرأة سكن للنفس ، والرجل مأمور بمعاشرتها بالمعروف، قال جل شأنه:﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴿١٩﴾ ﴾ سورة النساء .

و قال ﷺ : (خيركم خيركم لأهله، و أنا خيركم لأهلي)[1].

و منه يتضح توازن الحقوق و الواجبات بين الزوجين و تعادلها ، فكما يجب معاملة الرجل زوجته بالمعروف ، توجب عليها حفظه في حضوره و غيبته.

كما يجب على كلٍّ من الزوجين الصبر على صاحبه، فإن كره أحدهما من الآخر أمرًا فقد يعجبه منه أمور أخرى ، بل قد يكون فيما يكرهه أحدهما خيرًا لا يعرفه، وسوف تظهره له الأيام.

و إذا كانت الوصية للزوج بالصبر مع الكراهية و هو يملك الطلاق فلأن تكون الوصية بالصبر للزوجة مع الكراهية من باب أولى. ولكن قد تبدو في سحب الحياة الزوجية بعض ما يعكر صفاءها من نفور أحدهما أو نزاعه أو ضرره.

لذا شرع الله تعالى لكل حالة حكمًا سواءً كان من الزوج أم من الزوجة أم من كليهما ، و كلها ترمي إلى الحيلولة بين الزوجين لرأب الصدع و عدم وقوع الفرقة بينهما ما استطاع إلى ذلك سبيلًا.

وأبحث هنا عن ماهية الشقاق و الضرر وحالاته وشروطه محاولة إبراز دور القاضي و سلطته في التفريق، بذكر مشروعية سلطته في التفريق ودوره في إجراءات الدعوى وإثباتها و الحكم عليها وما يترتب على سلطته من آثار. ما وفقني الله لذلك.

---

(١)_ سنن الترمذي ، كتاب : المناقب عن رسول الله ﷺ ، باب : فضل أزواج النبي ﷺ رقم (٣٨٩٥) ، ١٠٧٨) ، [قال أبو عيسى : هذا حديث حسن غريب صحيح من حديث الثوري ما أقل من رواه عن الثوري و روي هذا عن هشام بن عروة عن أبيه عن النبي ﷺ مرسل].

* سنن ابن ماجه ، كتاب : النكاح ، باب : حسن معاشرة النساء ، رقم (١٩٧٧) ، (١ / ٦٣٦) .

* سنن البيهقي الكبرى ، كتاب : العدد ، باب : فضل النفقة على الأهل ، رقم (١٥٤٧٧) ، (٧ / ٤٦٨) .

* سنن الدار مي ، كتاب : النكاح ، باب : في حسن معاشرة النساء ، (٢ / ١٥٩) أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام الدار مي ؛ (١٨١/ ٢٥٥هـ) ، دار الكتب العلمية ، بيروت.

* أخرجه الطبراني في الأوسط ، باب : من اسمه محمد ، رقم (٦١٤٥) ، (٦ / ٢٥٩) ، [لم يرو هذا الحديث عن روح إلا يزيد تفرد به أزهر جميل].

المبحث الأول

ماهية الشقاق والضرر و حالاته و شروطه

سيدرس هذا المبحث في ماهية الضرر و الشقاق بين الزوجين، وحالاته وشروطه، ما أوجب تفريق القاضي بين الزوجين وما لم يوجب ، لإبراز سلطة القاضي ودوره في التفريق للضرر والشقاق.

المطلب الأول: ماهيت الشقاق و الضرر الموجب للتفريق .

أولًا: ماهية الشقاق:

الشقاق من الشق و هو الخرق الواسع في الشيء، و منه شق عصا الجماعة: أي فرّق كلمتهم[1].

والشقاق في قوله تعالى:﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴿٣٥﴾ ﴾ سورة النساء .

يعني: الخلاف بين الزوجين، وأصل الشقاق العداوة والمخاصمة، لأن كل واحد يكون شقًا أي ناحية غير شق الآخر، ومنه قوله تعالى:﴿ فِى عِزَّةٍ وَشِقَاقٍ ﴿٢﴾ ﴾ سورة ص. أي خلاف ، و المعنى صاروا في جانب وشق آخر غير شق أمر الله ونهيه[2].

قال البغوي[3] من المالكية[4] في الشقاق: هو العداوة و الخلاف، لأن كل واحد منهما يكون في شق، أي في ناحية.

و عرّفه فقهاء الشافعية[5] بما خرج به الزوجان إلى قبيح الفعل فتضاربا، و إلى قبيح القول فتشاتما، وهو معنى قول

---

(١)_ [المصباح المنير (١٢٢) ، المغرب (١٤٧) ، مادة (شَقَقَ)].

(٢)_ عمدة الحفاظ (٢ / ١٣٥٠) أحمد بن يوسف بن عبد الدائم الحلبي المعروف بالسمين ؛ ت (٧٥٦هـ) ، تحقيق : عبد السلام أحمد التنجي الحلبي ، دار الكتب الوطنية ، بنغازي ، ط١ ،ـ (١٤٢٤هـ/ ١٩٩٥م) ، الكشاف للزمخشري (١ / ٥٢٥) أبي القاسم جار الله محمود بن عمر الزمخشري الخوارزمي ، دار المعرفة، بيروت ، لبنان.

(٣)_ هو شيخ الإسلام ، محيي الدين ، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الغراء البغوي الشافعي المفسّر ، صاحب التصانيف ، كـ (شرح السنة) و(معالم التنزيل) و (المصابيح) و (التهذيب) ، توفي بمرو الروذ مدينة من مدن خراسان ،سنة (٥١٦ هـ) ، [سير أعلام النبلاء (١٤ / ٣٨٩ ، ٣٩٠)] .

(٤)_ مواهب الجليل (٣ / ١٣٠).

(٥)_ الحاوي الكبير (٩ / ٦٠٢)، نهاية المحتاج (٦ / ٣٩٢).

الإمام الشافعي[1] رحمه الله تعالى[2]: ((وصارا من القول و الفعل إلى مالا يحل لهما و لا يحسن)).

لذا ، يراد بالشقاق الموجب لتفريق القاضي : ظهور الخلاف الشديد المستحكم بين الزوجين بما يستحيل معه استمرار الحياة الزوجية بينهما. و الله أعلم.

و إلى هذا المعنى أشار قانون الأحوال الشخصية السوري[3] في فقرته الأولى من المادة (١١٢) منه، حيث جاء فيه ما نصه: ((إذا ادعى أحد الزوجين اضرار الآخر به بما لا يستطاع معه دوام العشرة يجوز له أن يطلب من القاضي التفريق)).

ثانيًا: ماهية الضرر:

عرّف علماء اللغة[4]الضرر: بأنه ضد النفع من الضَّر و الضُّر – بفتح الضاد وضمها –وكل ما كان من سوء حال وفقر وشدة في بدن فهو ضُر، والضُّر يعني الضيق.

أما ماهية الضرر بين الزوجين على الخصوص فقد بيّنه فقهاء المالكية[5] بقولهم: ((هو مالا يجوز شرعًا كهجرها بلا موجب شرعي وضربها كذلك و سبها وسب أبيها نحو يا بنت الكلب يا بنت الكافر يا بنت الملعون كما يقع كثيرًا من رعاع الناس)).

و عليه ، يمكن تعريف الضرر الذي يوجب للزوجة طلب التفريق بالجمع بين ما سبق من تعاريف من وجهة نظر الباحثة : ((كل ما يُلحق الأذى أو الألم ببدن الزوجة أو نفسها أو يعرضها للهلاك)) .

---

(١)_ هو الإمام محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن السائب بن عبيد بن عبد يزيد بن هاشم بن المطلب بن عبد مناف بن قصي بن كلاب بن مرة ، الإمام عالم عصره ، ناصر الحديث ، فقيه الملة، أبو عبد الله القرشي الشافعي المكي، الغزّي المولد، صنف التصانيف و دوّن العلم ، وصنف في أصول الفقه وفروعه ، توفي سنة أربع ومائتين. [سير أعلام النبلاء (٨/ ٣٧٧- ٣٧٨- ٤١١) ، طبقات الشافعية (١/ ١٨) عبد الرحيم الإسنوي (جمال الدين) ؛ ت (٧٧٢هـ) دراسة : كمال يوسف الحوت ، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان ، ط١، عـ (١٤٠٧هـ / ١٩٨٧م) ، معجم الأعلام (٦٧٧)] .

(٢)_ الأم للشافعي (٥/ ١٦٧) .

(٣)_ مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سورية لشقفة (٣٧).

(٤)_[المغرب (١٦٠) ، المصباح المنير (١٣٦) ، مادة (ضَرَر)].

(٥)_ الشرح الكبير (٣ / ٢١٣).

المطلب الثاني: حالات الشقاق و الضرر بين الزوجين .

قد يصدر الشقاق و النزاع عن الزوج وحده، وقد يصدر عن الزوجة دون الزوج ، وقد يصدر عن كليهما معًا، مما يؤدي إلى الإضرار ببعضهما و يستحيل معه استمرار الحياة الزوجية، وسأعرض لذكر حالات الشقاق و النزاع بين الزوجين و صور الضرر بينهما ما وفقني الله .

وهي حالات ثلاث:

الحالة الأولى: الشقاق و النشوز و الإضرار من الزوجة دون الزوج.

وردت هذه الحالة في القرآن الكريم بقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ وَٱضۡرِبُوهُنَّۖ فَإِنۡ أَطَعۡنَكُمۡ فَلَا تَبۡغُواْ عَلَيۡهِنَّ سَبِيلًاۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيّٗا كَبِيرٗا ﴿٣٤﴾ ﴾ سورة النساء .و نشوز الزوجة و شقاقها: خروجها عن طاعتها الواجبة لزوجها ، كأن تمنع زوجها الاستمتاع بها، أو تخرج بلا إذنه لمحل تعلم أنه لا يأذن فيه، أو تترك حقوق الله تعالى كالغسل أو الصلاة أو تغلق الباب دونه[1].

هذا ، وجعل الفقهاء[2] لنشوز الزوجة علاجًا قسموه على مراحل: أولها الموعظة، وثانيها: الهجر، وثالثها: الضرب غير المبرح[3]، ويشترط لجواز الانتقال بين المراحل الثلاثة تيقن الزوج أن المرحلة التي يعالج بها زوجته لم تعد مجدية لذا ينتقل إلى غيرها.

وبما أن الشارع الحكيم ملَّك الرجل الطلاق ، إذ جعله حلًا في مثل تلك الحالة ، لذا لم تدخل هذه الحالة في صدد البحث في الشقاق و النزاع و الضرر الموجب لتفريق القاضي .

الحالة الثانية: الشقاق و الإضرار من الزوج لزوجته.

ورد ذكر هذه الحالة في قوله تعالى:﴿ وَإِنِ ٱمۡرَأَةٌ خَافَتۡ مِنۢ بَعۡلِهَا نُشُوزًا أَوۡ إِعۡرَاضٗا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يُصۡلِحَا بَيۡنَهُمَا صُلۡحٗاۚ وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞۗ ﴿١٢٨﴾ ﴾ سورة النساء .

وشقاق الزوج لزوجته بتركه لها و مجافاتها، أو يضارها بالهجر أو الضرب أو الشتم، أو منعها حقًا كقسم و نفقة وغيرها.

---

(١)_ الشرح الكبير (٣/ ٢٠٩، ٢١٠)

(٢)_ مواهب الجليل (٣/ ١٢٨، ١٢٩)، المجموع (١٦/ ٤٤٥، ٤٤٧) الإنصاف (٨/ ٣٧٦)

(٣)_ الضرب غير المبرح : (وهو الذي لا يكسر عظماً ولا يشين جارحة) بشرط أن يظن إفادة الضرب . [مواهب الجليل (٣/ ١٢٩)].

و يمكن تقسيم الضرر و الشقاق من الزوج إلى قسمين:

الأول: ضرر مادي، و هو كل ما يلحق الأذى ببدن الزوجة، و منه ضربها باليد أو بالآلة ، و إحداث جرح في بدنها أو كدمة أو كسر و نحوه ، علاوةً على الأضرار المادية التي قد تلحق الأذى ببدن المرأة من غير ضرب وجرح ، كإلقاء الماء الحار عليها ووضع الأذى من الحبوب و السموم في طعامها من غير أن تشعر و نحوه ، مما لا يجوز فعله شرعًا ويلحق الأذى ببدن المرأة.

و الثاني: ضرر معنوي أو نفسي، و هو كل ما يلحق الألم في نفس الزوجة، و منه إسماعها الكلام القبيح من سب وشتم لها و لوالديها، أو تشبيهها بما يعدُّ شتمًا لها كتشبيهها بالكلب أو الحمار أو تشبيه والديها بذلك. ويعدّ من الضرر المعنوي ترك الكلام معها أو ترك المبيت في فراشها دون وجه حق وهو ما يسمى بالهجر الذي تقدم بيانه[1]. ومنه ترك وطئها دون مبرر شرعي مثل مرضه، أو ما يكون بمظهر الزوج مثل إظهار العبوس لها و تقطيب الحاجبين في مواجهتها ورفع الصوت عليها، وعدم الإصغاء لحديثها معه كأن يتشاغل بشيء ما أو يتركها تتكلم ويمضي استصغارًا بها[2]، إلى غيرها من الأضرار التي تؤثر في نفسية الزوجة. وفي هذه الحالة ترفع الزوجة أمرها للقاضي ليعزره ، وإن أصرّ على عناده ونشوزه يأمر الزوجة بهجره ، فإن لم يفد الهجر ضربه تعزيرًا. وعلى القاضي زجر الزوج و كفِّه عنها ما أمكن باجتهاده كما كان الزوج يتولى زجرها إذا كان الضرر منها، شريطة أن لا ترغب الزوجة التفريق بينها وبينه و إرادتها إرادة تامة بالإصلاح بينهما والبقاء مع الزوج[3].

أما إن أرادت الزوجة التفريق بسبب إضرار الزوج بها و شقاقه ، فهذا ما سأعرض له بتوفيق الله تعالى عند البحث في مشروعية سلطة القاضي في التفريق للضرر والشقاق بناءً على طلب الزوجة ومدى أحقيتها وشرعيتها في الطلب.

الحالة الثالثة: الشقاق و الإضرار من الزوجين لبعضهما البعض.

وصف القرآن الكريم الحالة معالجًا لها بقوله:﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴿٣٥﴾ ﴾ سورة النساء .

---

(١)_ تقدم بيانه ص (١١٠).

(٢)_ مواهب الجليل (٣/ ١٣٠)، بلغة السالك (٢/ ٣٣٣)، حاشية الدسوقي (٣/ ٢١٠)، المجموع (١٦ / ٤٤٥)، كشاف القناع (٥/ ٢٤١)، الإنصاف (٨/ ٣٧٥).

(٣)_ حاشية الدسوقي (٣/ ٢١٠)، مغني المحتاج (٣/ ٣٤٤، ٣٤٥).

و المراد بالشقاق في الآية: كراهية كل واحد من الزوجين صاحبه، وعداوته له ومخالفته[1].فمشاقة الزوجة زوجها بعصيانها وامتناعها عنه، و مشاقة الزوج زوجته بتركه لها ومجافاته فإذا تلاقت الحالتان أحكم الشقاق بينهما [2].

عالج أئمة المذاهب الأربعة [3] مشاقة الزوجين بتولي القاضي أمرهما ، شريطة إثبات تعدي كل منهما على صاحبه ، بوعظهما أولًا، فإن لم يتعظا ضربهما حسب اجتهاده، أما إذا لم يثبت التعدي و الإضرار فيوعظهما و يسكنهما إلى جانب قوم صالحين، ليعرف الظالم منهما فيمنعه من الظلم .

فإن بلغا من الشقاق و الضرر الشتم و الضرب و الإيذاء المحقق بعث القاضي حكمين للإصلاح أو التفريق ، لأن إقدام الزوج على الطلاق بإرادته المنفردة مما يكلفه مع ظلم زوجته له ما لا يطيق من مال، لذا فالتفريق القضائي أكثر إنصافًا للزوجين منه ، إذ يتيح لهما عرض مشكلتهما أمام القاضي والحكمين، ويتيح للقاضي وللحكمين التوسط بحل النزاع و إزالة أسباب الخلاف وإعادة الحياة الأسرية إلى سابق عهدها من التفاهم و الوئام .

هذا ما سأبينه بتوفيق الله تعالى في ثنايا البحث عن إجراءات سلطة القاضي في التفريق، وهو موضوع الدراسة لهذا الفصل.

المطلب الثالث : شروط التفريق للشقاق و الضرر .

يشترط في الضرر الذي يوجب التفريق عدة شروط :

أولًا: وقوعه من جهة الزوج دون غيره، أما إذا وقع من والدي الزوج أو أحد أقاربه أو آخرين دون اشتراك من الزوج بالتحريض أو الاتفاق أو المساعدة فلا يجيز للزوجة طلب التفريق به .

ثانيًا: وقوعه على الزوجة، أما الواقع على والديها أو أحد أقاربها لا يجيز لها طلب التفريق[4].

ثالثًا: ألا يستطاع دوام العشرة بين الزوجين بسببه[5]، كما ذكره الشافعي بقوله[6] : (وصارا من القول و الفعل إلى ما لا يحل لهما ولا يحسن).

---

(١)_ الكشاف للزمخشري (١/ ٥٢٥)، عمدة الحفاظ (٢/ ١٣٥٠)، مواهب الجليل (٣/ ١٢٩)، المبدع (٦/ ٢٦٣).

(٢)_ المجموع (١٦/ ٤٤٥).

(٣)_ حاشية رد المحتار (٣/ ٢٢٥) ، بلغة السالك (٢/ ٣٣٣) ، المجموع (١٦/ ٤٥١)، الشرح الكبير (٣/ ٢١٠، ٢١١)، الإنصاف (٨/ ٣٧٧).

(٤)_ الشرح الكبير (٣/ ٢١٣)، مغني المحتاج (٣/ ٣٤٤).

(٥)_ المجموع (١٦/ ٤٥١)، الإنصاف (٨ / ٣٧٧).

(٦)_ الحاوي الكبير (٩/ ٦٠١).

رابعًا: طلب الزوجة إلى القاضي التفريق بسببه ، إذ يعد طلب التفريق حق لها ، لذا توجب المطالبة به، علمًا أن وظيفة القاضي تقبل دعوى الحُسبة فمهمته دفع الظلامات، وهي من الفروض العامة عليه [1].

خامسًا: الفشل لجميع محاولات الإصلاح و التوفيق بين الزوجين ، مما يمنح القاضي الحق في النظر في الدعوى بعد عجزه عن الإصلاح، لأنه الحل الثاني بين الزوجين حالة الشقاق و الضرر المستحكم بينهما[2].

سادسًا: قصد الإضرار من الزوج وتعمده ، سواء كان إيجابيًا من قبيل الإيذاء بالقول أو الفعل، أو سلبيًا يتمثل في هجر الزوج لزوجته ومنعها مما تدعو إليه الحاجة الجنسية باختياره لا قهرًا عنه، وعليه ، يباح للزوجة طلب التفريق إذا ما ضارها الزوج بأي نوع من أنواع الإيذاء التي تتمحض تدخلًا منه وإرادة متحكمة في اتخاذها، حسب ما ذهب إليه فقهاء المالكية[3] ، دلَّ عليه استعمالهم لفظ الإضرار لا الضرر، ففي الإضرار قصد لا يتحقق في الضرر ، و الله أعلم .

---

(١)_ الشرح الكبير (٣/ ٢١٣).

(٢)_ المجموع (١٦ / ٤٥٣).

(٣)_ حاشية الدسوقي (٣/ ٢١٠)، بلغة السالك (٢ / ٣٣١).

المبحث الثاني

مشروعية سلطة القاضي في التفريق للشقاق و الضرر

من الأسس الهامة التي يقوم عليها المبحث مشروعية منح السلطة للقاضي في التفريق للضرر و الشقاق ، ليتبين من خلاله مشروعية تمتعه بالسلطة من عدمها، ويتضح الفرق بين سلطة القاضي و سلطة الحكمين في التفريق.

و لبيانه أسوق أقوال الفقهاء في المسألة و أدلتهم، مع ما عُمل به في القانون.

المطلب الأول: أقوال الفقهاء في التفريق للشقاق و الضرر.

اختلفت عبارات الفقهاء و آراؤهم في مشروعية سلطة القاضي في التفريق بين مجيز و غير مجيز، حسب الأقوال والآراء التالية:

الرأي الأول: و أصحابه فقهاء الحنفية و الشافعية و الحنابلة في إحدى الروايتين عندهما[1]. إذ يرون أن المرأة التي يمنعها زوجها شيئًا من حقوقها الشرعية من نفقة وقسم و حسن معاملة، أو التي يضربها، أو يسبها إلى نحوه من المضارة بها، لا تملك الحق في طلب التفريق بسببه و ليس للقاضي التفريق به، لكنها تملك الطلب من القاضي ردعه ، و نهيه عن إساءته لها، مما يجب عليه أن يأمره بحسن المعاشرة، و ينهاه عن ضربها وسبها، فإن عاد مسيئًا لها، عزره القاضي بما يراه رادعًا، و عليه، لم يجيزوا للقاضي حبس الزوج إذا كانت الشكوى من الجور في القسم.

أمّا إذا استحكم الشقاق و عجزت الزوجة عن إثبات الضرر و تكررت منها الشكوى ، توجب على القاضي بعث حكمين بوكالة الزوجين و إذنهما بالتفريق أو بالخلع، فإن لم يرضيا بالحكمين ولم يتفقا بحث القاضي عن الظالم منهما وأدبه.

و قد عدّ فقهاء الحنفية جواز التفريق بعد بعث الحكمين راجعًا إلى رضا الزوجين و إذنهما ، إذ ليس للحكمين أن يفرقا من أنفسهما، لأن القاضي عندهم لا يملك التفريق فلا يملكه الحكمان من باب أولى! علاوةً على أن الحكمين وكيلان عندهم .

---

(١)_ حاشية رد المحتار(٣ / ٢٢٥)، أحكام القرآن للجصاص (٢ / ٢٣٣)،المجموع (١٦/ ٤٥١) كشاف القناع(٥ / ٢٤٠).

الرأي الثاني: و أصحابه فقهاء المالكية و قول للشافعي و إحدى الروايتين عند الحنابلة [1]، ومذهبهم إذا تعدى الزوج بالضرب و نحوه، كالإكراه على فعل ما هو حرام، أو ضار زوجته بالهجر، أو الشتم، و رفعت أمرها إلى القاضي، وأثبتت تعديه، كان لها الطلب من القاضي تأديبه وزجره، ليكف أذاه عنها، بنفس الوسائل التي يؤدب بها الزوج زوجته إذا نشزت عن طاعته، بأن يعظه إن رآه القاضي مجديًا، فإن لم تُجدِ العظة أمرها بهجره، فإن لم تُفد ضربه، شريطة اختيارها البقاء مع زوجها كما مرّ بيانه[2].

أما إذا اختارت التفريق وطلبته بعد أن أثبتت الضرر و الشقاق بينها وبين زوجها توجب على القاضي أمر الزوج طلاقها، فإن لم يفعل فرّق عليه.

أما إذا ادعت الضرر، وتكررت شكواها، و عجزت عن إثبات دعواها، أو ادعى كل منهما الضرر، وتكررت منهما الشكوى، وعجزا عن إثبات الضرر، وجب على القاضي في هاتين الحالتين تعيين حكمين، حكمًا من أهله، وحكمًا من أهلها ، لهما التفريق إن عجزا عن الإصلاح.

وعدّ فقهاء هذا الرأي السلطة في التفريق للحكمين لا للقاضي، فطريق تعيين الحكمين هو الحكم لا الوكالة ولا الشهادة، حتى ولو كان من جهة الزوجين وحكما بطلاق ولو خلعًا نفذ و لم يحتج إلى مراجعة القاضي ولا رضا الزوجين.

لم يخالفهم إلا الظاهرية[3] الذين عدّوا التفريق إلى القاضي بما ينهيه إليه الحكمان وهو مما صح عند سعيد بن جبير[4] رضي الله عنه.

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري[5] ومن قبله القانون رقم (٢٥) المصري برأي فقهاء الحنابلة في إحدى الروايتين و المالكية الذي يقضي بجواز تفريق القاضي لدعوى الزوج و الزوجة بوقوع الضرر المؤدي إلى استحالة العشرة الزوجية.

---

(١)_ حاشية الدسوقي (٣ / ٢١٠)، مواهب الجليل (٣ / ١٣١)، الشرح الكبير (٣ / ٢١٠، ٢١١)، المجموع (١٦ / ٤٥١)، مغني المحتاج (٣ / ٣٤٤، ٣٤٥)، الإنصاف (٨ / ٣٧٧)، كشاف القناع (٥ / ٢٤٠).

(٢)_ تقدم بيانه ص (١٤٥)

(٣)_ المحلى بالآثار (٩ / ٢٤٨).

(٤)_ هو سعيد بن جبير بن هشام ، الإمام الحافظ المقرئ المفسِّر ، الشهيد أبو محمد و يقال : أبو عبد الله الأسدي الوالبي مولاهم الكوفي أحد الأعلام ، قيل : كان سعيد بن جبير جهبذ العلماء ، روى عن ابن عباس و عائشة والأشعري و حدث عنه السمان ، قتل سنة (٩٥ هـ) . [سير أعلام النبلاء (٥ / ٢٨٧ ، ٢٨٨ و ما بعدها)] .

(٥)_ شرح أحكام الأحوال الشخصية لشقفة (٢ / ١٤٧)، موسوعة الأحوال الشخصية للصائغ (١١٥).

فقد ذُكر في الفقرة الأولى من المادة (١١٢) بعد تعديلها بالقانون ٣٤ تاريخ ٣١ / ١٢ / ١٩٧٥م. ما جاء نصه: ((إذا ادعى أحد الزوجين إضرار الآخر به بما لا يستطاع معه دوام العشرة يجوز له أن يطلب من القاضي التفريق)).

و من الملاحظ أنَّ القانون السوري[1] خالف مذهبي المالكية و الحنابلة في إجازته إقامة دعوى التفريق من الزوج رغم أنه استمد أحكامه من أقوالهما فيما يخص الزوجة فقط بجواز طلب التفريق دون الزوج.

هذا و أميل إلى ما أيده الدكتور عبد الرحمن الصابوني من عدم وجود مبرر للتفرقة بين الزوج والزوجة في طلب التفريق، فكما يتضرر الزوج تتضرر الزوجة ولا يكفي للرد ملكية الزوج للطلاق، لما له من تبعات و التزامات تقع على عاتق الزوج لا الزوجة، فإذا كانت الزوجة مضارة بزوجها أفلا يكون من الظلم و الضرر أن نلزمه بالطلاق وتأدية ما يترتب عليه من التزامات مالية رغم أنها مما ينبغي عليها دفع ثمن إضرارها بزوجها عن طريق المخالعة إذا ما قرره الحكمان وصادق عليه القاضي ، لما في من تحقيق العدالة التي تهدف إليها الأحكام الشرعية.

المطلب الثاني: الأدلة و المناقشة.

استدل الفقهاء لعدم جواز تفريق القاضي للشقاق و الضرر بالأدلة التالية:

أولًا: مهمة الحكمين الإصلاح بين الزوجين كما نص قوله تعالى : ﴿إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ ﴿٣٥﴾﴾ سورة النساء . وجه الاستدلال بالآية أن الله تعالى قال فيها ﴿إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا ﴾ ولم يقل « إن يريدا فرقة». فإيفاد الحكمين لوعظ الظالم من الزوجين و إعلام القاضي ليأخذ على يده[2].

ثانيًا: ما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه جاءه رجل و امرأة ومعهما جمع من الناس فسألهم علي عن شأنهما فقالوا بينهما شقاق فقال: ﴿ وَإِنۡ خِفۡتُمۡ شِقَاقَ بَيۡنِهِمَا فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ ﴾ ، ثم قال للحكمين : أتدريان ما عليكما؟ عليكما إن رأيتما أن تجمعا أن تجمعا ، و إن رأيتما أن تفرقا أن تفرقا، فقالت المرأة: رضيت بكتاب الله، وقال الرجل: أما الفرقة فلا، فقال علي: كذبت و الله لا تنفلت مني حتى تقرّ ما أقرت [3].

---

(١)_ مدى حرية الزوجين في الطلاق للصابوني (٢ / ٧٨٠)، شرح أحكام الأحوال الشخصية لشقفة (٢ / ١٤٩).

(٢)_ الكشاف للزمخشري (١ / ٥٢٥).

(٣)_ سنن النسائي الكبرى ، كتاب : المزارعة ، باب : الشقاق بين الزوجين ، رقم (٤٦٧٨) ، (٣ / ١١١) .

* سنن البيهقي الكبرى ، كتاب : القسم و النشوز ، باب : الحكمين في الشقاق بين الزوجين ، رقم (١٤٥٥٩) ،(٧ / ٣٠٥) .

* سنن الدار قطني ، باب : المهر ، رقم (١٨٨) ، (٣ / ٢٩٥) .

* التلخيص الحبير ، كتاب : القسم و النشور ، رقم (١٥٨٨) ، (٣ / ٢٠٤) ، [رواه النسائي في الكبرى و الدار قطني و البيهقي و إسناده صحيح] .

ففي الأثر دلالة واضحة على أن حكم الحكمين مقيد بتوكيل الزوجين ورضا منهما، لذا أمر سيدنا علي رضي الله عنه الزوج قبول التحكيم، فلو لم يشترط لم يطلب علي منه الموافقة على التحكيم . مما يدلّ على تقييد سلطة الحكمين بتفويض الزوجين.

ثالثًا: يمكن دفع الضرر عن الزوجة بغير الطلاق، ترفع أمرها للقاضي ليأمر الزوج بحسن معاشرتها وعدم إيذائها، فإن لم يمتثل أدبه بما يراه كفيلًا بحمايتها، ولو بالحيلولة بينه وبينها حتى يرجع عن الإضرار ويحسن معاملتها، و على نقيضه الزوجة يأمرها بالاستقامة إن كان الشقاق منها. و إذا أمكن رفع الضرر من غير تفريق كان أولى من الطلاق الذي يعدُّ أبغض الحلال إلى الله تعالى[1].

رابعًا: يتردد التفريق للشقاق و الضرر بين الطلاق و الخلع، فالطلاق حق الرجل، وبذل المال في الخلع حق المرأة، لذا لم يجز التفريق إلا بإذنهما، ولا ولاية لأحد عليهما مع الرشد، مما يمنع القاضي التفريق بينهما دون رضىً منهما[2].

بينما استدل من أجاز التفريق للشقاق و الضرر بالأدلة التالية:

أولًا: قال تعالى:﴿ فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ ﴿٣٥﴾ ﴾ سورة النساء . دل قوله «حكمًا» أنهما حكمان ولو كانا وكيلين لقال: (فابعثوا وكيلًا عن الزوجة ووكيلًا عن الزوج)، لذا لم يشترط رضا الزوجين، و لأن الحكم يحكم بما يراه من المصلحة ، فإن وفقا إلى الإصلاح فهو خير قضيا به ، و إلا لهما التفريق[3].و ذكر الله تعالى في كتابه الإصلاح دون الفرقة ، لأنه الحل الأفضل وليسعى الحكمان إليه، ولا يفهم منه الاقتصار على الإصلاح إذ لا يباح غيره.

(١)_ حاشية رد المحتار (٣ / ٢٢٥)، نهاية المحتاج (٦ / ٣٩٢)، كشاف القناع (٥ / ٢٤٠، ٢٤١).

(٢)_ أحكام القرآن للجصاص (١ / ٢٣٣) ، المجموع (١٦ / ٤٥١)، كشاف القناع (٥ / ٢٤٠).

(٣)_ بلغة السالك (٢ / ٣٣٣)، المجموع (١٦ / ٤٥٣).

ثانيًا: ما روي عن عقيل بن أبي طالب[1] أنه نشأ بينه و بين زوجته شقاق وكانت من بني أمية، فبعث عثمان[2] رضي الله عنه حكمًا من أهله وهو ابن عباس[3] رضي الله عنه، و حكمًا من أهلها وهو معاوية[4] رضي الله عنه، لأن الحكمين من أهلهما أعرف بالحال، وقال لهما إن رأيتما أن تفرقا فرقتما[5].

ثالثًا: عن ابن عباس[6] رضي الله عنه أنه قال في الحكمين : (فإن اجتمع أمرهما على أن يفرقا أو يجمعا فأمرهما جائز)[7] .

رابعًا: أمر الله تعالى الأزواج بقوله: ﴿ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴿٢٢٩﴾ ﴾ سورة البقرة . فإن وقع الشقاق تعين التسريح، لوقوع النفرة و النشوز بينهما بعد محاولة الحكمين الإصلاح و عدم توصلهما إلى نتيجة فيه ، مما توجب التفريق ولو دون رضا الزوجين[8].

---

(١)_ هو عقيل بن أبي طالب الهاشمي ، ابن عم النبيﷺ ، و هو أكبر إخوته ، شهد بدر مشركًا ، و خرج مهاجرًا في أول سنة ثمان مدة الهدنة ، و شهد مؤتة ، روي أن النبي ﷺ قال له : إني أحبك لقرابتك مني و لحب أبي طالب لك ، قيل : مات في خلافة معاوية . [سير أعلام النبلاء (٣ / ١٣٨، ١٣٩) ، الإصابة (٣/ ٤٧٣)].

(٢)_ تقدمت ترجمته ص (١٠٤) .

(٣)_ هو الصحابي الجليل عبد الله بن عباس بن عبد المطلب القرشي الهاشمي ، يكنى أبا العباس ، ترجمان القرآن ، ولد قبل الهجرة بثلاث سنين ، و توفي بالطائف سنة (٦٨ هـ) . [الإصابة (٣ / ٢٢٩ وما بعدها)] .

(٤)_ هو معاوية بن أبي سفيان بن صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف ، قيل : أسلم قبل أبيه وقت عمرة القضاء ، حدث عن النبي ﷺ وكتب له مرات يسيرة ، قال فيه النبي ﷺ : (اللهم علمه الكتاب والحساب وقِه العذاب ، توفي سنة (٦٠هـ) . [سير أعلام النبلاء (٤/ ٢٨٥ ، ٢٨٦ ، ٢٨٨ ، ٣١٤)] .

(٥)_ سنن البيهقي الكبرى ، كتاب : القسم و النشوز ، باب : الحكمين في الشقاق بين الزوجين ، رقم (١٤٥٦٣) ، (٧ / ٣٠٦).

* أخرجه الطبري في تفسيره ، القول في تأويل : (و إن خفتم شقاق بينهما) ، (٢ / ٥٩٢) محمد بن جرير بن يزيد بن خالد الطبري أبو جعفر ، تخريج : إبراهيم محمد العلي ، دار القلم ، الدار الشامية ، ط١ ، عـ (١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م)..

* التلخيص الحبير ، كتاب : القسم و النشوز ، رقم (١٥٨٨) ، (٣/ ٢٠٤) .

(٦)_ تقدمت ترجمته ص (١٥٢) .

(٧)_ أخرجه الطبري في تفسيره ، القول في تأويل : (و إن خفتم شقاق بينهما) ، (٢ / ٥٩٣) .

* سنن البيهقي الكبرى ، كتاب : القسم و النشوز ، باب : الحكمين في الشقاق بين الزوجين ، رقم (١٤٥٦٤)،(٧ / ٣٠٦).

(٨)_ بداية المجتهد (٢ / ٩٩) .

خامسًا: إمساك الزوجة على وجه الإضرار محرم شرعًا لقوله: ﴿وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارٗا لِّتَعۡتَدُواْۚ ﴿٢٣١﴾﴾ سورة البقرة . ومما لاشك فيه أن سبب الشقاق بين الزوجين اعتداء أحدهما على الآخر و الإضرار به، ورفع الظلم والعدوان الناتج عن الشقاق واجب، فإذا تعين التفريق سبيلًا لرفعه كان مشروعًا[1].

المطلب الثالث: المناقشة و الترجيح.

رد المالكية و من قال بالتفريق للشقاق و الضرر من الشافعية[2] على من قال بعدم التفريق بأن التفريق لدى القاضي مما ثبت في الشرع في حالات عدة كالعيوب وغيرها مما اتفق عليه، فالقاضي إذ يرسل الحكمين يستمدان سلطتهما منه، لأنه يملك التفريق فإذا ما فرقا نابا عنه .

جاء في فتح الباري[3]: (فلما كان المخاطب بذلك الحكّام و إن الإرسال إليهم دلّ على أن بلوغ الغاية من الجمع أو التفريق إليهم) .

هذا و هدف القاضي من بعثهما تحقيق العدالة بين الزوجين، التي تتحقق بكلا الإصلاح أو التفريق على السواء ، إذ ليس منها عدم التفريق و لا قبول القاضي حكم الإصلاح دون التفريق. فإذا ما قررا التفريق وجب على القاضي تنفيذه ، كما سيأتي بيانه في موضعه إن شاء الله.

و يقول ابن القيم في زاد المعاد[4]: (و العجب كل العجب ممن يقول هما وكيلان لا حاكمان و الله تعالى قد نصبهما حكمين وجعل تنصيبهما إلى غير الزوجين ولو كانا وكيلين لقال: فليبعث وكيلاً من أهله و لتبعث وكيلًا من أهلها، وأيضًا لو كانا وكيلين لم يختصا بأن يكونا من الأهل، و أيضًا فإنه جعل الحكم إليهما فقال: إن يريدا إصلاحًا يوفق الله بينهما، والوكيلان لا إرادة لهما إنما يتصرفان بإرادة موكليهما) .

وقال أيضًا في زاد المعاد [5]: (الوكيل لا يسمى حكمًا في لغة القرآن ولا في لسان الشارع ولا في العرف العام و لا الخاص).

لذا يترجح لدي رأي من قال بالتفريق للشقاق و الضرر، لأن العشرة إذا ساءت بين الزوجين كانت مجلبة لأضرار كبيرة لا يقتصر أثرها على الزوجين فحسب ، بل يتعداهما إلى ذريتهما و إلى كل من له بهما علاقة بقرابة أو مصاهرة، فضلًا

(١)_ المغني لابن قدامة (٨ / ١٦٩).

(٢)_ حاشية الدسوقي (٣ / ٢١٤)، الحاوي الكبير (٩ / ٦٠٦).

(٣)_ فتح الباري (٩ / ٣٣٢).

(٤)_ زاد المعاد (٤ / ٣٣).

(٥)_ زاد المعاد (٤ / ٣٣).

عن صيرورة الحياة الزوجية معها جحيمًا لا يطاق ، و بلاء يتحتم خلاصهما منه ، بإزالة أسبابه أو قطع الصلة التي تنبعث منها الآلام ليجد كل من الزوج و الزوجة سبيله إلى حياة كريمة[1].

لذا ، إذا تحقق في بعث الحكمين مصلحة للزوجين و الأسرة بإصلاح ذات بينهما أمكن تحقق المصلحة ذاتها بالتفريق إن تعذر الإصلاح .

علمًا أن الغاية من الإصلاح عود الصفاء إلى البيت و المودة إلى القلوب فإذ لم يتحقق به ، تحققت غاية الإصلاح عن طريق آخر بالتفريق بينهما، قال تعالى: ﴿ وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ ۚ وَكَانَ ٱللَّهُ وَٰسِعًا حَكِيمًا ﴿١٣٠﴾ ﴾ سورة النساء.

(١)_ نهاية المحتاج (٦ / ٣٩٢)، المجموع (١٦ / ٤٥١).

المبحث الثالث

سلطة القاضي في إجراءات دعوى التفريق للشقاق و الضرر

يعدُّ البحث في إجراءات التقاضي بين الزوجين لدعوى التفريق للشقاق و الضرر من أهم المباحث التي تبرز دور القاضي وسلطته في تلك الدعوى، بدءًا من سيرها ومعرفة الشروط الواجب توافرها لتصحيح مسيرتها ، إلى إثباتها بتوافر طرق إثباتها ودور القاضي أمام وسائل الإثبات ومدى قناعته بها، و انتهاءً بالحكم عليها و إصدار القرار الذي يجب تنفيذه فيها و من ثم معرفة الآثار المترتبة على الصلاحية الممنوحة للقاضي في الدعوى من نقض لها أو ردٍّ أو تنازل عنها.

هذا ما سأورد البحث فيه و التفصيل في جزئياته في ثنايا المبحث ما وفقني الله تعالى.

المطلب الأول: سلطة القاضي في سير دعوى التفريق للشقاق والضرر.

يشترط لإبراز دور القاضي في مسيرة الدعوى، البحث في شروط صحتها ، لبيان دور القاضي في مرحلة ما قبل التحكيم وما بعدها من مراحل .

أولًا: شروط صحة دعوى التفريق للشقاق والضرر :

يعد المذهب المالكي أوسع المذاهب أخذًا بالتفريق للشقاق والضرر بتفصيلات وشروح واسعة، إذ يعطي الحق لكلا الزوجين في رفع أمره للقاضي إثر كل نزاع زوجي عجز عن إصلاحه بنفسه أو أي ضرر أصابه من شريكه، بما يعطي للحياة الزوجية التعادل و التكافؤ بين ربانَيْها(الرجل و المرأة).

ومنه استمد القانون السوري و المصري أحكامه ، لم يخالفه إلا في بعض التفصيلات و الجزئيات ، لذا اشترطوا لصحة الدعوى ما يلي:

أولًا: تحقق الطلب و الرغبة من الزوجة بالتفريق للضرر الواقع عليها، إن ضارها زوجها وشاقها، أما إن وقعت المضارة و المشاقة من كلا الزوجين ، توجب الادعاء من كليهما بطلب التفريق لتصح الدعوى، فيدّعي كل منهما تعدي صاحبه عليه ومضارّته به. فإن لم تطلب الزوجة التفريق للضرر و كذا الزوج بل أرادا البقاء واستمرار الحياة الزوجية لم يحق للقاضي التفريق و السير بتلك الدعوى أصلًا[1].

(١)_ حاشية الدسوقي (٣/ ٢١٠)، مغني المحتاج (٣/ ٣٤٥).

مما وافق هذا الشرط ما استقر عليه الاجتهاد في القانون السوري بأن مجرد ادعاء أحد الزوجين إضرار الآخر به يكفي لسماع دعوى التفريق دون ما حاجة لبيان سبب الإضرار وإثباته، لإمكان إثارته و تقديم الدليل عليه أمام الحكمين، حسب نصوص الاجتهاد رقم (١٦٠) تاريخ ٢٨ / ٤ / ١٩٦٨م، والاجتهاد (٢٣٨) لتاريخ ٩ / ٣ / ١٩٧٦م[١].

ثانيًا: اشتداد الخلاف و الشقاق، بما يستوجب طلب التفريق به، بأن يبلغا مرحلة الشتم و الضرب مما يستحيل معه استمرار الحياة الزوجية، ليصح للقاضي النظر في الدعوى ويتابع سيرها، علمًا أن عمل القاضي دفع الظلامات عن الناس وهو من الفروض العامة عليه ، وباشتداد الضرر و الشقاق إلى مرحلة الشتم والضرب ظلم بيِّن واضح من أحد الطرفين للآخر ، لذا صح سير الدعوى به[٢].

و وافقهم القانون[٣]في شرطهم حيث جاء في حكم لمحكمة الزقازيق الشرعية ما نصه : (إذا استحكم الخلاف بين الزوجين وساءت العلاقات بينهما وتعذر الوفاق وظهر أن قصد الزوج من الإبقاء على الزوجة هو كيد الزوجة وإعناتها كان ذلك مسوغًا لتطليقها منه). إلا أنه أعطى صلاحية للحكمين في النظر في الدعوى و إصدار القرار بالتفريق بها رغم عدم الإساءة من أحدهما للآخر على براءة ذمة الزوج من قسم من حقوق الزوجة إذا رضيت مع اشتراط ثبوت استحكام الشقاق لدى الحكمين على وجه يتعذر إزالته. ويرى أستاذنا الجليل القاضي محمد فهر شقفة في شرحه قانون الأحوال الشخصية[٤] خللاً في اشتراط القانون هذا الشرط مع عدم الإساءة من أحدهما مما لا يصح معه سير الدعوى ، خاصة حين اشترط المشرع استحكام الشقاق بينهما على وجه تتعذر إزالته. إذ لا يمكن ضرورةً أن يتصور الشقاق دون وجود الإساءة من أحد الطرفين، فمجرد طلب أحد الزوجين التفريق دون سبب مشروع تصدر الإساءة منه ما لم يثبت وجود الإساءة من الزوج الآخر.

و إنني أوافق ما ذهب إليه القاضي فهر شقفة في عدّ الإساءة من مستلزمات اشتداد الضرر والشقاق، إذ كيف يشتد الشقاق و الضرر دون تلازم الإضرار و الإساءة . والقاضي بدوره يحدد مدى استحكام الشقاق و الضرر من عدمه بمقتضى سلطته التقديرية، فإن استقر اجتهاده على وجود استحكام الشقاق و الضرر توجب عليه التقيد بنص الشرع والقانون في متابعة إجراءات التحكيم دون التوسع في سلطته .

---

(١)_ قانون الأحوال الشخصية لمحمد ابراهيم الكويفي (١٤٦)، مدى حرية الزوجين في الطلاق للصابوني (٢ / ٧٧٨).

(٢)_ الشرح الكبير (٣ / ٢١٠)، بلغة السالك (٢ / ٣٣١)، نهاية المحتاج (٦ / ٣٩٢)، المجموع (١٦ / ٤٥١).

(٣)_ موسوعة الأحوال الشخصية للصائغ (١١٥)، مدى حرية الزوجين في الطلاق للصابوني (٢ / ٧٨٤).

(٤)_ شرح قانون الأحوال الشخصية (٢ / ١٤٩).

ثالثًا: الادعاء بوجود الضرر مع طلب التفريق به ، و لو لم يثبت بأحد وسائل الإثبات ، فيكفي مجرد الادعاء بالضرر و الشقاق لصحة مسيرة الدعوى وعدم ردها . ما يتوجب على القاضي بعث الحكمين للإصلاح حسب الإجراءات الآتي بيانها في موضعها [1].

وقد وافق القانون[2] مبادئ المذهب المالكي في عدم اشتراط إثبات الضرر لصحة الدعوى ، فبالإمكان السير بها بمجرد الادعاء بوجود الضرر دون ثبوته ، إذ لا يستلزم عدم ثبوت الضرر رد الدعوى في القانون ، و عليه يجري التحكيم ، حيث عدّ القانون التكييف الفقهي من صلاحيات القاضي و سلطته ، وذلك حسب المادة (١١٢) الفقرة الثالثة منها ، والتي تقضي بما يلي : (إذا لم يثبت الضرر أو كان المدعى الزوج يؤجل القاضي المحاكمة مدة لا تقل عن شهر أملًا بالمصالحة) . ففي تأجيل القاضي المحاكمة رغم عدم ثبوت الضرر دليل على صحة مسير الدعوى و عدم ردها و رفضها مع عدم ثبوت الضرر . وترك الاجتهاد في المحاكم للمدعي الحق في التحقق من وجود الضرر للحكمين ، لإمكان تنازله عما هو حقه إلى الحكمين .

إلا أن أحكام المادة (١١٢) تجيز للزوجة إثبات الضرر الذي طلبته و إن لم تشترطه في صحة سير الدعوى ، مما لا يبقى معه مجال للتحكيم إطلاقًا، لضرورة التفريق الفوري متى أثبتت الزوجة الضرر والمشاقة بينها وبين زوجها بوسائل الإثبات المعتمدة وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما ، إلا أن القضاء لم يلبث أن عدل عن هذا الرأي وبدأ يضيق من حكم هذه الفقرة و يوجب تعيين محكمين ولو استطاعت الزوجة إثبات الضرر حتى أصبحت هذه المادة بحكم المعطلة .

وإنني والله أعلم لا أوافق ما توصل إليه اجتهاد المحاكم من رأي حول تعيين المحكمين رغم ثبوت الضرر. لأنه بإثبات الزوجة للضرر بوسائل الإثبات المعتمدة و الدامغة في الحجية ، دليل على إحاطة الضرر بها من كل جانب حتى استطاعت إثباته بتلك الحجية ، وإذا ثبت الضرر مع وجود الرغبة و الطلب بالتفريق من الزوجة لا داعي لتعيين المحكمين ، لأن في تعيينهما إخضاع الدعوى لإجراءات قد تطول و يلحق الضرر بالزوجة أكثر جراء إطالتها مما لا داعي له .

---

(١)_ حاشية الدسوقي (٣/ ٢١٠) ، الفروع (٥/ ٢٤٦) .

(٢)_ قانون الأحوال الشخصية للكويفي (١٤٧) ، الدليل الشرعي (٦٤) ، مدى حرية الزوجين في الطلاق للصابوني (٢ / ٧٧٨ ، ١٥١).

ثانيًا: دور القاضي في مرحلة ما قبل التحكيم و أثره.

بعد طلب التفريق من أحد الزوجين بسبب الضرر و الشقاق مع توافر الادعاء بوجود الضـرر، وتحقق اشتداده ، توجب على القاضي إتاحة الفرصة للمدعي لإثبات الضرر الذي يدعيه ، فإن أثبته حكم القاضي بالتفريق شريطة تعذر إصلاح ذات البين بعد السعي فيه، و إن عجز عن إثباته أو صرح بأنه ترك أمر بحثه للحكمين لزم القاضي متابعة إجراءات التحكيم و هي:

أولًا: حل النزاع حول موضوع المهر و الخلوة:

يعد حل النزاع الوارد على موضوعي المهر و الخلوة و الدخول مما يتوجب على القاضي فصل القول فيه، لما يترتب عليه من نتائج يتوقف عليها الحكمان. إذ ليس من صلاحيتهما البت في موضوعه من ناحية قبضه ومقداره. فضلاً عن التحقق من حصول الخلوة و الدخول أو عدمها، فحكمهما مع ثبوت الخلوة والدخول قد يختلف عنه حال عدم ثبوتها، علاوةً على أن البت فيما ذكر من صلاحيات القاضي وسلطته.

فلو تزوج رجل امرأة على أنها هاشمية فبان أنها عربية، أو على أنها عربية فبان أنها نبطية أو أعجمية، ففي النكاح على ما ذكر قولان : أحدهما باطل، و الثاني: جائز، فإن قيل ببطلان النكاح إن لم يدخل بها فرق القاضي بينهما مباشرة دون فرض شيء على الزوج ولا تأثير للعقد أبدًا، فإن دخل بها لزمه مهر المثل دون المسمى[1].

وعليه، فالفصل في موضوع المهر و الخلوة و الدخول من صلاحيات القاضي وسلطته ، كما أوجب الاجتهاد القضائي في المحاكم الشرعية السورية على القاضي الفصل وحل النزاع في موضوع المهر والخلوة و الدخول قبل إحالة القضية إلى الحكمين تحت طائلة النقض[2]، فالقاضي مقيد بحل النزاع حول المهر و الخلوة بنصوص الشرع لا يستطيع الحيد عنها أيًا كان السبب .

ثانيًا: تأجيل الدعوى أملًا بالمصالحة :

يتوجب على القاضي بعد حل النزاع في موضوع المهر والخلوة والدخول، تأجيل دعوى التفريق إلى ما بعد إسكان الزوجين بين قوم صالحين ، ممن تقبل شهادتهم، أملًا بتحقيق الصلح و التوفيق بين الزوجين مصداقًا لقوله تعالى:﴿إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ ﴿٣٥﴾﴾ سورة النساء.

(١)_ حاشية الدسوقي (٣ / ٢١٠)، مواهب الجليل (٣ / ١٢٨)، الحاوي الكبير (٩ / ١٤٦)، مغني المحتاج (٣ / ٣٤٤، ٣٤٥) ، الفروع (٥ / ٢٤٦).

(٢)_ شرح قانون الأحوال الشخصية لشقفة (٢ / ١٥٣).

ولم يحدد فقهاء المالكية تأجيل الدعوى بمدة معينة، بل جعلوها مطلقة إلى أن يتم الإصلاح بين الزوجين بتدخل جيرانهم الصالحين. فإن لم يتم الإصلاح بعث القاضي حكمين للنظر في الدعوى ، ثم الإصلاح أو التفريق[1].

أما الاجتهاد القضائي في المحاكم الشرعية السورية فقد حدد المدة (بشهر كامل) حيث عدّوها مدة يمكن من خلالها تحقيق المصالحة و التوفيق بين الطرفين .فإن لم يتم الصلح بينهما بعد مدة الشهر الكامل بنفيه من كلا الزوجين توجب على القاضي اللجوء إلى تعيين الحكمين[2].

هذا و ما استقر عليه الاجتهاد القضائي من تحديد المدة بالشهر يجعلها حدًا فاصلًا بين حل الخلاف و النزاع الناشئ بين الزوجين من جهة وبين بدء المسير في دعوى قد تطول إجراءاتها من جهة أخرى .

فقد يكون في تحديد المدة بالشهر حافزًا قويًا للزوجين على السعي في الإصلاح ما استطاعوا خلال تلك المدة، أما إن لم تحدد المدة بزمن كان فتحًا لباب الشقاق والنزاع و التهاون في علاجه المطلوب الإسراع في حله، و الله أعلم.

و لما كانت مدة تأجيل المحاكمة شهرًا للمصالحة عملًا بأحكام الفقرة (٣) من المادة (١١٢) أحوال شخصية . كانت هذه المدة تمضي و لا يتم اتخاذ أي إجراء في ذلك أو أي مسعى للمصالحة أو بذل الجهد سواء من قبل أهل الزوجين أو المحكمة ، لا سيما أنه عند اللجوء للمحاكمة تكون جهود الأقرباء خارج المحكمة قد انتهت إلى الفشل في الإصلاح ولما للأسرة و الطفولة من أهمية خاصة التي حماها القانون و اعتبرها الدستور الخلية الأساسية للمجتمع و مستقبل الأمة فقد انتبهت وزارة العدل انطلاقًا من ثقتها في قضائها إلى تشكيل لجنة قضائية لدعم الأسرة و الطفولة في كل محافظة وحددت مهامها الاستشارية و التوجيهية و ذلك بالقرار رقم (٢١٠٨) بتاريخ (١٠/ ١٠/ ١٩٩٩م) و التي تتألف من قاضٍ شرعي و القاضي المشرف على تنفيذ إتفاقية حقوق الطفل (رئيس محكمة الأحداث) و مقررٌ و يؤازر اللجنة باحثة اجتماعية تكلفها وزارة الشؤون الاجتماعية و العمل أو الاتحاد النسائي أو شخصية نسائية معروفة توافق على المشاركة .

مهمة تلك اللجنة الالتقاء بأفراد الأسر الذين يعرضون وجود خلاف بينهم أو مشاكل أسرية أو تقدموا بطلبات طلاق أو مخالعة أو تفريق وتقديم المشورة والاقتراحات في تجاوز العقبات أو وسائل الحق .

و للقاضي الشرعي الاستعانة باللجنة لحل الخلافات وفق أحكام الفقرة (٢) المادة (٨٨) من قانون الأحوال الشخصية و هي أنه إذا قدمت للمحكمة معاملة طلاق أو معاملة مخالعة أجلها القاضي شهرًا أملًا بالصلح ، أما إذا أصر الزوج بعد انقضاء المهلة على الطلاق أو أصر الطرفان على المخالعة دعا القاضي الطرفين و استمع إلى خلافهما و سعى إلى إزالته .

---

(١)_ الشرح الكبير (٣/ ٢١١)، مغني المحتاج (٣/ ٣٤٥).

(٢)_ شرح قانون الأحوال الشخصية لشقفة (٢/ ١٥٣).

و إن هذه المهلة يمكن الاستفادة منها من خلال بذل اللجنة المذكورة أعلاه للجهود في عملية الإصلاح بين الزوجين قبل إيقاع الطلاق أو حصول المخالعة .

أما بالنسبة لدعوى التفريق للشقاق ، فإن الفقرة الثالثة من المادة (١١٢) أحوال ، قد اشترطت تأجيل المحاكمة مدة شهر أملًا بالمصالحة و إن هذه المدة لا يحصل فيها أي إجراء .

و بالمقابلة التي أجريتها مع القاضي الشرعي راكان وهيبة بصفته عضوًا في اللجنة القضائية لدعم الأسرة والطفولة ، فقد أشار إلى أنه تم الاتفاق بين أعضاء اللجنة القضائية و قضاة الشرع بحلب على أن يتم اتخاذ قرار قضائي أثناء السير في دعوى التفريق و تأجيل الدعوى شهرًا للمصالحة وعرض الطرفين على اللجنة القضائية حتى تقوم بدورها في بذل الجهد للإصلاح و الاستفادة من هذه المهلة التي نص عليها القانون إلا أنها بقيت بعيدة عن أي مضمون في قصد المشرع في هذه المدة .

و قد أتت في البداية حالات دعاوى التفريق جميعها إلى مقر اللجنة و هي دار اللقاء الأسري بمحافظة حلب وتمت معالجتها و تزويد الأطراف بكتاب من اللجنة بعرض الحالة عليها إلا أنه هناك ثغرة في القانون ، لأن العرض على اللجنة ليس له ما يؤيده بالقانون حتى يكون إلزاميًا كون أغلب الحالات لا تعرض على اللجنة لعدم الإلزامية القانونية و الوعي الاجتماعي و هذه ثغرة في القانون تحتاج إلى تعديل بحيث تصبح الفقرة تأجيل المحاكمة مدة لا تقل عن شهر أملًا بالمصالحة و عرض الأطراف على اللجنة القضائية و لا سيما بعد أن انتبهت وزارة العدل إلى ذلك كما تقدم ذكره.

ثالثًا: تعيين الحكمين للفصل في الدعوى:

بعد توافر شروط صحة الدعوى وتعذر الإصلاح بين الزوجين، يتم اختيار الحكمين للفصل في الدعوى، الذي أوكله فقهاء المالكية وقول عند الشافعية[1] إلى القاضي، ليرفع الشقاق بينهما ما استطاع ، لذا تعين عليه اختيارهما للقيام بهذه المهمة أو للتفريق حسب ما يريانه الأصلح للزوجين. فهما موليان من القاضي لا الزوجان.

جاء في مواهب الجليل[2] ما نصه: (إذا اختلف الزوجان وخرجا إلى ما لا يحل من المشاتمة كان على السلطان أن يبعث حكمين ينظران في أمرهما و إن لم يرتفعا ويطلبا ذلك منه، فلا يحل له أن يتركهما على ما هما عليه من المآثم وفساد الدين).

(١)_ الشرح الكبير(٣/ ٢١٠، ٢١١)، بلغة السالك(٢ / ٣٣٣)،الحاوي الكبير (٩ / ٦٠٢، ٦٠٦)، المجموع (١٦ / ٤٥١).

(٢)_ مواهب الجليل (٣/ ١٢٨، ١٢٩).

و استدلوا بقوله تعالى: ﴿ فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ ﴿٣٥﴾ ﴾ سورة النساء. إذ الخطاب عندهم في الآية موجه إلى الحاكم ، مما اقتضى إنفاذ الحكمين من جهته دون الزوجين . خالفهم فقهاء الحنفية و الحنابلة[1] في تعيينهما من الزوجين لا القاضي، بطريق الوكالة منهما ، وعليه ، لا يرسلان إلا برضاهما، حتى إذا أراد الحاكم بعث حكمين جبرًا عنهما لفعل الأصلح من جمع أو تفريق لم يجز له عندهما. مما يدل على ضرورة الإصلاح بين الزوجين عند الشقاق ، فإن لم يستطيعوا فالخيار إما الطلاق من الزوج أو المخالعة من الزوجة مما لا عمل للقاضي مطلقًا .

هذا وعمل القانون[2] بالمذهب المالكي الذي عدَّ تعيين الحكمين من صلاحيات القاضي دون تدخل لأي من الطرفين معه في انتقائهما.

ومما استقر عليه الاجتهاد في تعيين الحكمين هو تقديم الأصلح للقيام بالتحكيم مع مراعاة الشروط الشرعية التي يجب توافرها في المحكِّم.

و عليه ، توجب على القاضي انتقاء الحكمين وفقًا للشروط الشرعية التي تشترط في الحكمين، سلطته مقيدة بالنص الشرعي في اختيارهما، إلا أنها تقديرية في تحققه من توافر الشروط الشرعية في المحكِّمين اللذان اختارهما .

ثالثًا: دور القاضي في مرحلة التحكيم و أثره على سير الدعوى.

لم يبحث فقهاء المذاهب[3]في عمل القاضي بعد تعيين الحكمين، فكل ما ذكروه في كتبهم حسب ما توصلت إليه الدراسة حول عمل القاضي في مرحلة التحكيم ، ما يمنحه الحق التام في متابعة عمل الحكمين ، بتحريه وبحثه في حالة الشقاق و الضرر بين الزوجين حتى يظهر له مَنْ الظالم منهما، ليصح سير الدعوى، مشاركًا الحكمين في تحريه أسباب الصلح و الوفاق.

حتى أن فقهاء المالكية أنفسهم أوجبوا على الحكمين تبليغ القاضي ما فعلا من إجراءات في سير الدعوى ليحاط علمًا بالقضية. و منه نلحظ أهمية دور القاضي وسلطته في إجراءات الدعوى وسيرها، بالتعرف إلى وضع الطرفين (الزوجة و الزوج) وأسباب الخلاف بينهما، ومصدر الإساءة و غيرها من المعلومات التي تفيد القاضي والحكمين للتوصل إلى نتيجة مجدية تصلح حلًا لكلاهما . إلا أنها صلاحية مقيدة لا مطلقة، يتقيد القاضي بما يقرره الحكمان بشأن سير الدعوى

---

(١)_ حاشية ابن عابدين (٢ / ٥٧٣)، كشاف القناع (٥ / ٢٤٠)، شرح منتهى الإرادات (٣ / ٥١٩) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ؛ ت (١٠٥١هـ)، تحقيق : د. عبد الله بن عبد المحسن التركي ، عالم الكتب .

(٢)_ شرح قانون الأحوال الشخصية لشقفة (٢ / ١٥٣).

(٣)_ حاشية الدسوقي (٣ / ٢١٤)، نهاية المحتاج (٦ / ٣٩٢)، كشاف القناع (٥ / ٢٤٠).

وبدء العمل في حل النزاع و الشقاق بين الزوجين. مما يجعل القاضي مشرفًا على ما يختاره الحكمان لا متصرفًا، شريطة تقيد الحكمين في حل النزاع بالأصول الشرعية المطلوبة في حله.

وعليه استقر الاجتهاد في المحاكم السورية[1] إذ يعين القاضي موعدًا يجتمع فيه الزوجان و الحكمان و القاضي، ويكون دور القاضي فيه الإشراف على هذا المجلس الذي أسموه (المجلس العائلي). مما يلزمُه والحكمين بالاستماع إلى أقوال الطرفين بعد حلف الحكمين اليمين القانونية وإفهامهما المهمة الموكولة إليهما.

و اكتفى القانون بحضور القاضي جلسة واحدة من جلسات المجلس العائلي ثم يتابع الحكمان مهمتهما لوحدهما بالتحري عن أسباب الشقاق.

و ألزم القانون القاضي بأن ينظم ضبطًا يثبت فيه مراحل و خطوات سير الدعوى منذ تعيين موعد المجلس العائلي الأول الذي يعقده القاضي و الحكمان و الزوجان.

و يستمر الحكمان في متابعة مهامهما لوحدهما دون تدخل القاضي حيث يجتهدا في التعرف على أسباب الشقاق وبذل الجهد للإصلاح ، ثم كتابة التقرير بالنتيجة التي توصلا إليها.

ومما سبق ، يبدو لتدخل القاضي في بدء سير الدعوى بعد تعيين المحكمين دورًا كبيرًا فعالًا في صحة سيرها ، فضلًا عن امتياز القاضي بمقتضى خبراته وممارساته للعمل القضائي بالتقيد بأحكام الشرع في سير الدعوى وعدم الحيد عنها، وعلى الرغم من دور المحكمين في سير الدعوى وإجراءاتها وفقًا للنص الشرعي الذي يقيدهم في مهمتهم إلا أنهم لا يبلغون مبلغ القاضي من معرفته لأحكام الشريعة في سير الدعوى وبعد نظره ودقته والمصلحة المرجوة من الدعوى ، إذ للخبرة والتجربة التي يعيشها القاضي في عمله دورٌ كبيرٌ في حل النزاع حتى إذا سارت الدعوى في مجراها الصحيح تابع الحكمان إجراءاتها وفقًا للسلطة التي منحهم إياها القاضي و استمدَّاها منه في متابعة إجراءات الدعوى .

المطلب الثاني : سلطة القاضي في إثبات دعوى التفريق للشقاق والضرر.

تعدُّ مرحلة إثبات الدعوى من أهم مراحل إجراءاتها ، فمتى ثبتت الدعوى عند القاضي بطرقها ووسائلها الشرعية، ترتب الحكم عليها ، وتحقق المطلوب منها. ولإثبات الدعوى عند القاضي طرق ووسائل شرعية يترتب على تحققها أثر سلطة القاضي و دوره فيها ، إليك بيانها :

(١)_ شرح قانون الأحوال الشخصية لشقفة(٢ / ١٥٦، ١٥٧، وما بعدها بتصرف)،الزواج و الطلاق لغادة همج(١٢٦).

أولًا: طرق إثبات دعوى التفريق للشقاق والضرر :

يرى فقهاء المالكية[1] أنَّ طرق إثبات دعوى التفريق للضرر طريقان :

١. البينة.

٢. الإقرار.

و البينة في الدعوى رجلان لا رجل و امرأتان و لا أحدهما، فضلاً عن ضرورة اقتران حلف اليمين على الدعوى بالبينة . و يكفي فيها مجرد السماع الشائع بين الرجال و النساء في مضارة الزوج زوجته، دون اشتراط تضمن البينة العلم التام بالضرر الذي حدث بين الزوجين ، ويكفي أن يقال: سمعنا سماعًا فاشيًا[2] مستفيضًا على ألسنة النساء و الخدم والجيران. علاوةً على عدم اشتراطهم تكرر الضرر لطلب التفريق ، بل يكفي شهود البينة إثبات حصول أصل الضرر ولو مرة واحدة على المشهور عندهم.

جاء في حاشية الدسوقي[3] ما نصه: (ولها التطليق بالضرر و لو لم تشهد البينة بتكرره).و الزوجة مَن تحمل عبء إثبات الضرر طالما ادعت التفريق بسببه .

و صرح فقهاء المالكية في كتبهم بعدم اقتصار إثبات الدعوى على الإقرار أو البينة، بل زادوا قرائن الأحوال لإثباتها.

جاء في الفواكه الدواني[4] :((للمرأة التطليق بالضرر الثابت، ولو بقرائن الأحوال)).

ومن المقرر قانونًا[5] عمل المشرع بالتفريق للضرر على مذهب الإمام مالك ، إلا أنه لم يحل في إثباته إليه، ولم ينص على قواعد خاصة في هذا الشأن، لذا تعين الرجوع في قواعد الإثبات المتصلة بذات الدليل إلى أرجح الأقوال في مذهب الإمام أبي حنيفة عملًا بنص المادة (٣٠٥) من قانون الأحوال الشخصية السوري، و نص المادة (٢٨٠) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المصرية (الثالثة من مواد إصدار القانون رقم/ ١ / لسنة ٢٠٠٠) فيثبت الضرر بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين.

---

(١)_ الشرح الكبير (٣/ ٢١٠)، مواهب الجليل (٣/ ١٢٨)، بلغة السالك (٢/ ٣٣٢).

(٢)_ فاشيًا : فشى الشيء فشواً ظهر و انتشر ، و فشت أمور الناس افترقت . [المغرب (٢٥١) ، المصباح المنير (٢٣٣) ، مادة (فَشَو)].

(٣)_ حاشية الدسوقي (٣/ ٢١٠).

(٤)_ الفواكه الدواني (٢/ ٤٠) .

(٥)_ المرشد في قانون الأحوال الشخصية لاستانبولي (١/ ٤٠٥)، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري (٥٣٤)، موسوعة الأحوال الشخصية للصائغ (١١٨، ١١٩) ، أحكام الأسرة الإسلامية لحسن حسانين (٢٩٤)، الدليل الشرعي (٦٤) .

فضلًا عن عدم جواز إثبات الضرر بشهادة التسامع ولا بقرائن الأحوال قانونًا ، لأنه مما تقرر في الفقه الحنفي الذي استمد القانون الرأي الراجح منه.

ولم يخص القانون إثبات الضرر بالزوجة بل أطلقه لطالب التفريق، الذي يثبت ما يتذرع به من إضرار و إساءة لدى القاضي قبل تعيين الحكمين، و له ترك أمر التثبت للحكمين مباشرة، لا فرق بين إثبات الزوجة أو زوجها. هذا ويلزم القاضي فسح المجال للزوجة لإثبات الإيذاء الواقع عليها حال ادعائها التفريق للضرر، لأنه من حقها ، أما إذا ادعى الزوج التفريق فلا حاجة للبحث في الإضرار و إثباته.

كما لا ترد الدعوى قانونًا عند عدم ثبوت الضرر ، إنما يجري التحكيم ، علمًا أن التكييف القانوني من صلاحية القاضي، الذي يؤجل المحاكمة مدة لا تقل عن شهر كامل أملاً بالمصالحة، فإن أصر المدعي على شكواه ولم يتم الصلح عين القاضي حكمين للإصلاح بين الزوجين. هذا ما نصت عليه محكمة النقض التي عدت لزوم التأجيل شرطًا لصحة التحكيم ، الذي يستلزمه النظام العام.

ونستخلص مما سبق إلزام القاضي الأخذ بالطرق الشرعية لإثبات الدعوى والحكم عليها بالتفريق إن طلبته الزوجة أو تعيين المحكمين إن تبينت الرغبة من أحد الطرفين بالإصلاح بينهما.

إلا أن الفقه المالكي توسع في إثبات الدعوى بإلزام القاضي الأخذ بالقرائن المستخلصة من وقائع الدعوى وظروفها و ملابساتها، ليقرر في كل قرينة يستخلصها مدى دلالتها في الدعوى، فيما يجوز إثباته بالشهادة، وعليه ، منح القاضي سلطة تقديرية تخوله النظر في القرائن و الظروف والملابسات بعد توافر وسائل الإثبات الشرعية، ليكون ملمًّا بالطرق التي أثبتت الدعوى مع قناعته بصحتها.

ومما يؤخذ على القانون حسب رأي الباحثة أنه أخذ برأي المالكية في أصل المسألة بجواز التفريق للضرر و الشقاق دون تتبع المذهب في تفاصيله ،فلم يجيزوا التفريق إلا بعد توافر وسائل الإثبات الشرعية حسب ما نصوا عليه في مذهبهم ، لذا ففي الأخذ بجواز التفريق من المذهب المالكي والرجوع في طرق إثبات الدعوى إلى الراجح من مذهب الحنفية دليل واضح على تشتت الأحكام وعدم تكاملها.

هذا ، ولم يمنح القانون الحق للقاضي في النظر في قرائن الأحوال التي تعطيه مرونة في إثبات الدعوى ، شريطة توافر طرق إثباتها الشرعية حسب ما ورد في الفقه المالكي الآنف الذكر، و عليه ، ففي الأخذ بأحكام الفقه المالكي بكافة جزئياتها تقيدًا للقاضي في الوسائل المشروعة في الإثبات وإطلاقًا لسلطته و صلاحيته في الأخذ بقرائن الأحوال، مما يمنحه مرونة في عمله، تفتح له بابًا للتحري و البحث يتوصل به إلى إيصال الحقوق لأصحابها بعد بذل الجهد منه، ليتحقق الأصل في عمل القاضي في القضاء عمومًا وسلطته في التفريق خصوصًا .

ثانيًا : أثر سلطة القاضي على إثبات الدعوى .

سبق أن الزوجة التي تدعي إضرار زوجها و مشاقته، إما أن تقصد به التفريق أو زجر زوجها عن مضارته .فإن قصدت زجره و استطاعت إثبات ما تدعيه بالطرق و الوسائل المشروعة للإثبات، كان لها ما تريد وألزم القاضي بوعظ الزوج وزجره ، و ليس هذا محل بحثنا.

أما إن قصدت به مفارقة زوجها وتركه، فإن استطاعت إثبات دعواها بالوسائل المشروعة للإثبات ، كان لها التفريق ولا سلطة للقاضي أمام الدعوى المثبتة لديه بالوسائل الشرعية، مما يلزمه التفريق الفوري دون خيار بالإصلاح أو التوفيق أو التحكيم، طالما شهدت البينة بالضرر ولو لمرة واحدة مما توجب التفريق القضائي على المشهور في مذهب المالكية[1] وعليه اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض بدمشق في العديد من قراراتها[2].

و منها (المادة ١١٢) أحوال تجيز للزوجة إثبات الضرر الذي طلبته و عليه لم يبق مجال للتحكيم إطلاقًا، إلا أنه لم يلبث أن عدل القضاء عن هذا الرأي و بدأ يضيق من حكم هذه الفقرة و يوجب تعيين الحكمين و لو استطاعت الزوجة إثبات الضرر حتى أصبحت هذه المادة بحكم المعطلة.

و عليه ، اتسعت سلطة القاضي أمام إثبات دعوى الضرر، لما له من صلاحية لا تلزمه بالتفريق الفوري ، بل تمنحه الحق في تعيين محكمين و محاولة الإصلاح بين الزوجين رغم دعوى طلب التفريق .

و ترى الباحثة في منح القاضي هذه السلطة وجه حق ، لأن التفريق و الطلاق أبغض الحلال إلى الله فإن تعذر التوفيق فرق القاضي ، لكن بعد محاولة الإصلاح، لا البت بالتفريق فورًا .

المطلب الثالث : سلطة القاضي في الحكم على الدعوى.

يعد الحكم القضائي على الدعوى الذي يفصل في النزاع خاتمة المطاف في التداعي أمام القضاء. وجميع مراحل الدعوى تساهم في تكوين الحكم القضائي و تؤثر فيه، بدءًا من عرض القضية على القاضي ونظره فيها بعد الادعاء بها ، إلى استيفاء جميع متطلبات الحكم من إثبات الدعوى وصحتها ، ثم الوصول إلى مرحلة إصدار الحكم القضائي في الدعوى. هذا الحكم بالتفريق للشقاق و الضرر ، هل يعود إصداره إلى قضاء القاضي أم لا بد من تقرير الحكمين به ، علاوة على أثر سلطة القاضي في تعيين الحكمين للحكم بالتفريق و إنفاذ قرارهما.

هذا ما سأعرض له في ثنايا الفقرات الآتية:

---

(١)_ حاشية الدسوقي (٣ / ٢١٠، ٢١٣)، مواهب الجليل (٣ / ١٢٨)، بلغة السالك (٢ / ٣٣٢).

(٢)_ شرح الأحوال الشخصية (٢ / ١٥٦)، نقلاً عن القاعدتان ٨٤١ – ٨٤٤ من مجموعة القواعد القانونية الشرعية السورية.

أولًا: الحكم بالتفريق بين قضاء القاضي و قرار الحكمين.

روي عن الإمام مالك[1] _ رحمه الله تعالى _ أن الحكم بالتفريق مما يقرره الحكمان و ينفذ طلاقهما به و إن لم يرضَ الزوجان والقاضي، و هو ما روي عن علي و ابن عباس و الشعبي[2] والنخعي[3] و سعيد بن جبير[4] رضي الله عنهم ، لقوله تعالى: ﴿ فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ ﴿٣٥﴾ ﴾ سورة النساء ، وهو رواية عن الإمام أحمد بن حنبل[5] والشافعي[6] رحمهما الله تعالى.

و ردُّوا قرار التفريق إلى الحكمين و لو خالفا مذهب القاضي الذي عينهما وأرسلهما للحكم على الدعوى، مما لا يشترط موافقتهما للقاضي في مذهبهم . فضلًا عن أنهم لم يجيزوا للحكمين الحكم بالتفريق ابتداءً، لعدم قصده بالذات من التحكيم ، إنما القصد منه الإصلاح أولًا، فإن عجزا حكما بالتفريق إلا أنهما إن حكما به مضى حكمهما .

بينما عدَّ فقهاء الشافعية و رواية عن الحنابلة[7] قرار الحكم بالتفريق إلى الزوجين، لا القاضي ولا الحكمين، لذا اشترطوا إذن الزوجين ، في أظهر الروايتين عندهما . مستدلين بوكالة الزوجين للحكمين في الحكم بالتفريق ، فلا يملكان التفريق إلا بإذنهما، لأن الطلاق إلى الزوج وبذل المال في الخلع إلى الزوجة مما لا يجوز إلا بإذنهما.

إلا أن الشافعي في قوله الآخر عدَّ : الحكمين في قرارهما بالتفريق حاكمين، فلهما أن يفعلا ما يريان من الجمع والتفريق بعوض و غيره ، لذا سماهما الله تعالى حكمين في قوله: ﴿ فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ ﴿٣٥﴾ ﴾ سورة النساء . ولم يشترط رضا الزوجين، فالقرار بالحكم بالتفريق إليهما دون رضا الزوجين.

وفي قول للحنابلة اشترطوا فيه رضا القاضي بقرار الحكمين بالتفريق و إنفاذه مستدلين بأن طريق تعيين الحكمين من القاضي الشهادة عنده بما علما، لذا لم ينفذ حكمهما بالتفريق إلا إذا رضي به القاضي و نفذه.

---

(١)_ مواهب الجليل (٣/ ١٣١)، حاشية الدسوقي (٣/ ٢١٢)، بلغة السالك (٢/ ٣٣٣)، الشرح الكبير (٣/ ٢١٢).

(٢)_ هو عامر بن شراحيل بن عبد بن ذي كبار الشعبي ، ولد في امرأة عمر بن الخطاب لست سنين خلت منها ، وقيل ولد سنة (٢١هـ) ، و توفي سنة (٤٠٠ هـ) و قيل (٥٠٠ هـ) . [سير أعلام النبلاء (٥/ ٢٦٩ ، ٢٧٠ ، ٢٨٥)] .

(٣)_ هو ابراهيم النخعي ، الإمام الحافظ ، فقيه العراق ، أبو عمران ، ابراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود بن عمرو بن ربيعة بن ذهل بن سعد بن مالك النخعي اليماني الكوفي ، كان مفتي أهل الكوفة هو و الشعبي في زمانهما، و كان رجلاً صالحاً ، فقيهاً متوقيًا قليل التكلف ، توفي سنة (٩٦ هـ) . [سير أعلام النبلاء (٥ / ٤٢٦ ، ٤٢٧ ، ٤٣١)] .

(٤)_ تقدمت ترجمته ص (١٤٩) .

(٥)_ تقدمت ترجمته ص (٤٣).

(٦)_ المجموع (١٦ / ٤٥٣)، كشاف القناع (٥ / ٢٤٠). الشافعي : تقدمت ترجمته ص (١٤٣).

(٧)_ المجموع (١٦/ ٤٥١)، الحاوي الكبير (٩ / ٦٠٢ ، و ما بعدها)، الكشاف للزمخشري (١ / ٥٢٥)، كشاف القناع (٥ / ٢٤٠) ، الشرح الكبير (٣/ ٢١٢).

بناءً عليه ، فإن كان توصيف الحكمين بكونهما حكمين تمت ولايتهما بتقليد القاضي ، و إن قلنا هما وكيلان، لم يتم ولايتهما عند الشافعية إلا بتوكيل الزوجين مع إذن القاضي، لما للقاضي من ولاية مترافقة مع الوكالة التي لا تصح إلا به.

نستخلص مما سبق ، أن القرار في الحكم بالتفريق إلى الحكمين، ليس على سبيل الابتداء ، إنما بعد التحري عن أسباب الصلح و التوفيق ، فإن عجزا قررا الحكم به .

و إليه أشار الظاهرية[1] بما صح عن سعيد بن جبير رضي الله عنه في قوله: التفريق إلى الحاكم بما ينهيه إليه الحكمان.

وعليه استقر الاجتهاد في المحاكم السورية[2]، الذي ردَّ تصديق قرار الحكمين إلى القاضي ، شريطة تحققه في مدى اطلاع الحكمين على أقوال الطرفين قبل تصديق تقريرهما، فسلطته سلطة رقابية على تقرير الحكمين ، يصدق قرارهما بتحقق الشروط فإن أقره أصبح ملزمًا به .

هذا و سلطته محصورة في التفريق خاصة ، فإن تجاوزاها إلى الحقوق الزوجية ، أو امتنعا عن التفريق عند تعذر المصالحة بطل تقريرهما ، و كذا إذا ذكرا الإساءة وتركا البت بأمر التفريق للقاضي ، لأن القانون و الاجتهاد جعل أمر إنشاء التفريق للمحكمين و القاضي يحكم به.

ومن الملاحظ مما ورد في الفقه و القانون أن سلطة القاضي في الحكم بالتفريق ملزمة ، يلتزم بها بقرار الحكمين، وعليه لم يترك المشرع للقاضي دورًا كبيرًا في مجال التفريق، بل جعل عمله مقتصرًا على المراقبة و التوثيق دون تدخله في عمل الحكمين أو قناعتهما، واتخاذ قرارهما، لذا كان تقرير الحكمين ملزمًا للقاضي ما لم يرفضه بسبب وجود خلل فيه .

أضف إليه ، أن في تصديق القاضي لقرار الحكمين بالتفريق و الحكم به بعد تقريره، من المصلحة الاجتماعية التي حرصت الشريعة على الحفاظ عليها بما يفي بمصالح المجتمع عامة، و يحقق الغاية المرجوة من تشريع التفريق القضائي وصون الحقوق وردها إلى أصحابها و الحكم بين الناس بالعدل .

---

(١)_ المحلى بالآثار (٩ / ٢٤٨).

(٢)_ الاجتهاد القضائي لعزة ضاحي (٨٦، ٩٢، ٩٥)، موسوعة الأحوال الشخصية لنبيل الصائغ (١٢٣)، شرح الأحوال الشخصية لشقفة (٢ / ١٤٨، ١٦١، ١٧٣)، الدليل الشرعي(١٣٨).

ثانيًا: أثر سلطة القاضي على قرار الحكمين بالتفريق.

أوجب فقهاء المالكية[1] على الحكمين إخبار القاضي الذي أرسلهما بما فعلا ليحتاط علمه بالقضية، مما يتوجب عليه إمضاء قرارهما من غير تعقب، و لو خالف مذهبه، و عليه تصديق قرارهما بقوله : حكمت بما حكمتما به، ولا يجوز معارضة حكمهما ولا نقضه.

لذا فسلطة القاضي ملزمة لقرار الحكمين ، يلتزم بالحكم وفقًا لما يقرره ، دون تدخل في عملهما وقرارهما، علاوة على منعه من معارضتهما أو نقض قرارهما، شريطة إعلامه بمراحل سير الدعوى وإحاطته بعملهما فيها، بدءًا من أول مراحلها و نهايةً إلى إصدار القرار بالحكم فيها. علمًا أن التزام القاضي بما يقرره الحكمان مشترط باتفاقهما ، فإن اختلفا فيه ألغي قرارهما كأن لم يكن ، مما لا يلزم التفريق الذي قرره أحدهما ، وعليهما تجديد إصدار حكمهما . هذا و لم يفصل الفقهاء في مسألة اختلاف الحكمين إلا ما ورد من تجديد حكم الحكمين بعد التحري و البحث في أقوالهم بخصوص المسألة. أما القانون[2] ففصل فيها ، إذ أجاز للقاضي تعيين حكم مرجح إن أمكن ، و إلا أبطل تقريرهما وعين غيرهما عملًا بأحكام الفقرة(٤) من المادة (١١٤) معدلة من قانون الأحوال الشخصية. و أوكل القانون تبديل الحكمين وضم المرجح لهما إلى رأي القاضي دون تقييده بأية أصول أو أسس معينة، و به قضى الاجتهاد في المحاكم الشرعية باستقراء ما ورد حول مسألة اختلاف قرار الحكمين.

فلو تقدم حكمان بتقريرهما فقرر الأول التفريق وذكر تمام الإساءة من الزوج بينما قرر الثاني عدم التفريق، توجب على القاضي تبديل الحكمين دون تعيين حكم مرجح معهما ، لأن وظيفة المرجح تأييد رأي أحد الحكمين لا إنشاء حكم جديد ، وفيما ذكر لا يمكن تأييد رأي أحدهما لاختلافهما ،لذا توجب تبديلهما ، وكذا لو قرر أحدهما التفريق وجعل الإساءة كاملة من الزوج بينما جعل الآخر الإساءة كاملة من المرأة و ألزمها بإعادة كامل المهر ، مما يتعذر انضمام المرجح إلى أحد الرأيين للاختلاف الكبير بين قراريهما ، لذا تعين تبديلهما .

أما لو اتفق الحكمان في موضوع التفريق وجهة الإساءة و اختلفا في درجتها وفيما حكما به من المهر فأبرأ أحدهما الزوج من المؤجل و ترك للزوجة المعجل وأبرأ الآخر الزوج من المؤجل و ألزم الزوجة بإعادة مائة ألف ليرة من المعجل توجب اعتماد التقرير بعد ضم حكم مرجح إلى الحكمين وتحليفه اليمين.

---

(١)_ حاشية الدسوقي (٣/ ٢١٤)، بلغة السالك (٢ / ٣٣٣).

(٢)_ شرح قانون الأحوال الشخصية لشقفة (٢ / ١٧٥، ١٧٦)، المرشد في قانون الأحوال الشخصية لاستانبولي(١ / ٤٣١)، الاجتهاد القضائي للبنواني (٢ / ٦٣٨) المحامي : فاضل البنواني ، ط١، ع(١٤١٧ه/ ١٩٩٧م)، شرح قانون الأحوال الشخصية للبغا (٥٣٦).

و رغم صلاحية القاضي بتبديل الحكمين أو ضم مرجح إليهما إلا أن القانون اشترط عليه السير على نفس الأصول و الإجراءات السابقة في تعيين الحكمين ، علاوةً على حصر حقه في تبديل الحكمين بالمرة الواحدة فقط.

و نجد مما سبق ، عدم الانسجام في الأحكام مع الواقع، لعدم توضيح مسار عمل القاضي عند تقديم الحكمين الجديدين تقريرًا تضمن اختلاف رأيهما بما لا يستطيع معه ضم المرجح إليهما .فيمتنع عن تبديلهما لوجود النص ضم المرجح إليهما ، لامتناعه عن إنشاء حكم جديد. و يمتنع كذلك عن اعتماد التقرير الأول لإبطاله بإعادة التحكيم و الباطل لا يعود.

أما إن نفذ القاضي قرار الحكمين ، امتنع عليه تبديل رأيهما و قرارهما أو نقضه ، ولو خالف مذهبه لإفادته جمع الكلمة وتوحيدها لا اختلافها بتغيير رأيهما .

وقد وافقهم الاجتهاد[1] الوارد في أحكام محكمة النقض حيث نصت المادة (١١٥) أحوال شخصية بإلزام القاضي الحكم بمقتضى تقرير الحكمين أو برفضه كاملًا بعد تنفيذه ، مما يفيد منعه من تعديله في أي بند من بنوده، إذ لا خيار إلا في الأخذ بكل ما ورد فيه .

و بالنظر للتقييد في سلطة القاضي بالأخذ أو الرفض لقرار الحكمين دون منحه سلطة بالتبديل والتعديل لقرارهما، نجد تحقيق المصلحة المرجوة من قرارهما بعد نظرهما وتحريهما في الدعوى، إذ لو وسعت صلاحية القاضي بتبديل قرار الحكمين أو تعديله لأضعف من قوة نفاذ قرارهما ، وجعله عرضة للعبث به ، و لربما أدى إلى إضعاف ثقة الحكمين بقرارهما بعد سبق علمهما بإمكان تبديل القاضي قرارهما حسب اجتهاده ، مما يؤدي إلى عدم جمع الكلمة و توحيدها وينافي أحكام الشريعة الإسلامية بتحقق مفسدة عامة تكمن في فقدان الثقة في القضاء، وعدم اطمئنان النفس إلى سلامة الأحكام التي تصدر عنه، مما يؤدي إلى عدم استقرار التعامل بين الناس ووقوعهم في القلق و الحرج .

(١)_ المرشد في قانون الأحوال الشخصية لاستانبولي (١ / ٤٢٨)، شرح قانون الأحوال الشخصية للبغا (٥٣٦).

المبحث الرابع

آثار سلطة القاضي في التفريق للشقاق و الضرر

البحث في قوة الأحكام الصادرة عن سلطة القاضي من أهم المباحث التي لا بد منها لتحقيق الغاية التي شرع القضاء لأجلها، وهي الفصل بالحق و العدل بين الخصوم، بتطبيق شرع الله الحكيم وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، وإعادة ما أصابه الخلل من الأوضاع و العلاقات بين الأشخاص إلى نصابه، و إلزام كل الأطراف بما يرضي الله تبارك تعالى.

و مما يتمم البحث في حجية وقوة الحكم القضائي ، البحث في نقضه وأسباب نقضه ، وهو ما سأذكره في المبحث بتوفيق الله تعالى.

المطلب الأول : حجية الحكم القضائي بالتفريق للشقاق و الضرر ومدى نفاذه.

تبين مما سبق[1] ضرورة إخبار الحكمين القاضي بما فعلا في مراحل سير الدعوى لأنه هو الذي أرسلهما و عينهما للنظر فيها ، ليحتاط علمه بالقضية، فإذا أخبراه وجب عليه إمضاء ما أخبراه من حكم بالقضية من غير تعقب و إن خالف مذهبه .

لذا فالحكم الصادر عن القاضي في الدعوى حكمًا مستحقًا للتنفيذ، طالما صدر عن أهله مستوفيًا شروطه المطلوبة ، بعد سعاية كلٍّ من الحكمين إلى تحقيق العدالة عند النظر فيها ، مما يمنع إعادة النظر في القضية و الحكم القضائي الصادر عنها ، ولا يؤجل تنفيذ الحكم أو ينقض إلا لعذر مقبول.

و اكتسب الحكم القضائي هذه الحجية من إقرار القاضي لحكم الحكمين، فهو مطَّلع على جميع مراحل الدعوى بدءًا من سيرها ثم إثباتها و انتهاءً بإصدار الحكم فيها بعد بناء حكمه على نص قطعي من قرآن أوسنة، مما يجعل الحكم نافذًا ، لا يجوز لأحد أن يطعن فيه أو يخالفه. فإن خالفه بعدم الدليل عليه ، لم يحتج به ، و يعاد النظر في الدعوى من بدايتها[2].

---

(١)_ تقدم بيانه ص (١٦١).

(١)_ الهداية (٣ / ١٠٧) ، حاشية الدسوقي (٣ / ٢١٤)، بلغة السالك (٢ / ٣٣٣) ، الوافي (٣٤٢).

و كما يجب إنفاذ الحكم القضائي الصادر عن القاضي بعد اجتهاد الحكمين فيه ، فيجب العمل به وعدم نقضه وإنفاذه ، لأن الأصل في القضاء نفاذه و عدم رده بغيره متى لاقى فصلًا أو محلًا مجتهدًا فيه ، علاوةً على أنه يترجح الحكم القضائي باتصال القضاء باجتهاد القاضي ، و الأخذ بما ترجح لدى القاضي متعين فقهًا، لذا وجب نفاذه وعدم نقضه[1].

و منح القانون[2] حقًا لقضاة محكمة النقض في الرقابة على تقرير الحكمين، مما يكسب الحكم الصادر عن القاضي بعد هذه الرقابة الحجية بما يجعله مستحقًا للتنفيذ، على الرغم من كونها رقابة على شكلية تقرير الحكمين ، لا على قناعتهما، إذ القناعة أمر تقديري شخصي تتفاوت من إنسان إلى آخر ولا يمكن الرقابة عليها.

ونستنتج ، أن الظاهر من كل حكم صدر وفق شروطه الشرعية أنه مستحق للتنفيذ و واجب العمل به، ولا يستجاب لأي طلب بإعادة النظر في القضية ولا بنقض الحكم من غير سبب داع لإعادة البحث فيه، و يعدُّ الحكم القضائي حجة ما لم يقم الدليل على بطلانه[3].

المطلب الثاني : نقض الحكم القضائي للشقاق و الضرر.

من جهة أخرى، فصحة الحكم القضائي في الظاهر لا تقتضي قداسته بما لا يمكن نقضه أو بطلانه، فإن بُنِيَ على أساس باطل تعرض للنقض و التغيير ، شريطة الدليل القوي على بعده عن الصواب ، وتأبى قواعد الشرع الاعتراف بما يتبين بطلانه بدليل كاف ، لأن الباطل منكر، و المنكر واجب التغيير[4].

و ترجع حالات بطلان الحكم القضائي بالتفريق في مجملها إلى خلل في الإجراءات الموصلة إلى الحكم ، أو في الحكم ذاته، أو في أسباب الحكم و البينات ، و قد تمّ البحث فيما ينقض لتبين خطؤه، الذي يعدُّ التفصيل فيه من الأهمية ما يتبين معه مدى صحة استعمال لفظة النقض من عدم صحته، ويوضح السبب المستوجب لنقض الحكم ، مما يدل على أن نقض الحكم القضائي لا يكون عن عبث أو تخبط أو هوىً وتشهٍّ.

و ذكر القضاء في اجتهاداته حالات عدة تستوجب نقض الحكم القضائي بالتفريق للشقاق والضرر، بما يجعله محققًا للعدالة في شتى حالاته، سواءً في نقض القاضي قرار الحكمين أو نقضه قرار نفسه في الحكم بالتفريق.

---

(١)_ الهداية (٣ / ١٠٧).

(٢)_ المرشد (١ / ٤٢٦).

(٣)_ بحث حجية الحكم القضائي لياسين (ص ١٣٤ ، ١٣٥) ، وهو بحث مقدم لمجلة الحقوق – جامعة الكويت – السنة السادسة – العدد الثالث. مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، كلية الحقوق ، عدد (٣) ، سنة (٦) ، ذو القعدة ، عـ(١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م). بحث حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية ، محمد نعيم ياسين .

(٤)_ المرجع السابق نفسه.

أولًا: نقض القاضي قرار الحكمين:

ذكر القضاء في اجتهاداته حالات عدة تستوجب نقض القاضي قرار الحكمين وعدم تصديقه ، هي:

١. جهل المحكمين بقواعد التحكيم ، لاشتراط قدرتهما على القيام بهذه المهمة السامية ، بعد سبق علمهما و فهمهما لها على النحو الذي حددته الشريعة. كما لو صدر قرارٌ بالتفريق للشقاق طلقة رجعية واحدة، علمًا أن التفريق به طلقة بائنة وفق ما قرره القانون[١].

٢. تجاوز المحكمين صلاحياتهما بأن خاضا في موضوع الحضانة للأولاد متجاوزين صلاحياتهما في التفريق أو الإصلاح[٢].

٣. خلو تقرير الحكمين من الإشارة إلى معرفتهما أسباب الخلاف والتوثق منها [٣].

٤. فقدان التعليل أو نقصه في الأخذ بالشهادة أو إهمالها [٤].

٥. عدم تحليف المحكمين اليمين المنصوص عليها في المادة (١١٢) أحوال شخصية مما يمكن إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض ، لعدِّه من النظام العام [٥].

نقض سوري – الغرفة الشرعية – أساس ٧١ قرار ٢٠٠ تاريخ (٩ / ٤ / ١٩٨٣ م).

٦. قضايا التفريق من الدعاوى التي ينبغي فيها الأناة بدليل ما أوجبه الشارع من ضرورة تأجيل الدعوى في بدء تشكيل الخصومة مدة لا تقل عن شهر أملًا بالمصالحة. فإذا اتسم الحكم بالعجلة الزائدة دون بيان المبرر لها ، مع عدم تنظيم ضبوط خاصة بانعقاد المجلس العائلي توضح الحاضرين و مكان وزمان انعقاده تعرض للنقض[٦].

---

(١)_ الوافي (٣٠٦) ، رقم القاعدة (٦٨٢) .

(٢)_ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض (٤٤٨) رقم (٨٩٦).

(٣)_ موسوعة الأحوال الشخصية للصائغ (١٢٢).

(٤)_ الاجتهاد القضائي في سبع سنوات للبنواني (٦٤٣) رقم (١٦٩٦).

(٥)_ المرشد (١ / ٤١٢).

(٦)_ المرجع (١ / ٣٩١) رقم (٧٩٨)، المرشد (١ / ٤٠٢) رقم (٦٣٥ ، ٦٣٦).

ثانيًا: نقض القاضي قراره بالتفريق:

من ناحية أخرى، قد ينقض القاضي حكم نفسه إذا اتضح له سببٌ مخلٌ بحكمه و ذكر القضاء في اجتهاداته أمثلة هي :

١. الحكم بالتفريق مباشرة لطلب الزوج ، ودون تعيين حكمين، يجعله حريًا بالنقض، للخلل في إجراءات الدعوى و اتسام حكمها بالعجلة الزائدة[١].

٢. صدور الحكم بالتفريق لسبب يختلف عن التي أقيمت به الدعوى ، كما لو قدم الطاعن مذكرة الدعوى على أساس التفريق للعلة، الذي محله الفصل الأول من الباب الثالث أحوال ، بعد حكم القاضي بالتفريق للشقاق ، الذي محله الفصل الثاني من الباب الثالث أحوال ، إذ لكل تفريق حكمه وإجراءاته، فإن لم يلحظه القاضي خالف حكمه الأصول، مما يوجب نقض قرار نفسه[٢].

- نستخلص مما سبق ، سلطة القاضي في نقض قرار الحكمين ، إذا تبين خطأ قرارهما أو أي خلل فيه ، وكذا نقض قراره إذا لاحظ خللاً فيه أو لم يستوف الشروط الشرعية المطلوبة ، كما لا يحق له التجاوز في نقض حكمه حسب ما يؤديه اجتهاده الشخصي، فسلطته مقيدة بنصوص الشرع التي تشترط الحكم بالتفريق، لا يتعداها إلى اجتهاده وقناعته بنقض الحكم ، لوضع الشرع الحنيف شروطًا شرعية للدعوى و إلزام القاضي تطبيقها دون مجاوزة لها، بعد عدِّ أي تجاوز موجبًا لنقض حكم نفسه، و من باب أولى نقض قرار الحكمين.

(١)_ موسوعة الأحوال الشخصية للصائغ (١١٩).

(٢)_ المرجع في قضاء الأحوال الشخصية لداغستاني (١ / ٣٠٨) ، رقم (٦٠٦) .

الفصل الخامس

سلطة القاضي في التفريق بتغيير الدين بين الزوجين

ويتضمن المباحث التالية :

المبحث الأول : معنى تغيير الدين الموجب للتفريق وشروطه وضابطه .

المبحث الثاني : مشروعية سلطة القاضي في التفريق بتغيير الدين .

المبحث الثالث : سلطة القاضي في إجراءات دعوى التفريق بتغيير الدين .

المبحث الرابع : آثار سلطة القاضي في التفريق بتغيير الدين .

تمهيد

يرتكز نظام الزواج بأولى دعائمه على وحدة الأفكار و المشاعر و تلاقي المبادئ والآراء بين الزوجين . فالزواج ارتباط قلبي قبل أن يكون جسدي، حتى إذا اختلف الزوجان في العقيدة و الدين تباعد قلباهما ونشأ اختلاف في كثير من شؤونهم الحياتية الأسرية.

إذ يتطلع كلٌّ من الزوجين إلى تربية أولاده حسب عقيدته ومبادئه، مما يجعل لكل منهما أهدافًا تختلف عن الآخر في تقاليده وعاداته و سلوكه ، و في طباعه وخلقه و تفكيره.

ولالتقاء الزوجين و إجراء التعاقد بينهما رغم اختلاف دينهما ، أحكامه الفقهية الشرعية الخاصة به ، ولست بصدد الحديث عنه لبعده عن موضوع البحث.

أما طروء تغيير الدين أثناء الحياة الزوجية فمحل بحثي في ثنايا الفصل، لاختلاف الحالين ففي تغيير الدين ثورة على المبادئ و النظم التي تعاقد عليها الزوجان و تم الزواج في ظلها.

و الحياة الزوجية ليست ميدانًا للصراع الفكري بين الرجل و المرأة ليحكم عليها بالبقاء الأبدي رغم تغيير الدين، و ليست رابطة أبدية لا يجوز إنهائها لأي سبب من الأسباب.

لذا من المهم البحث في حالات تغيير الدين بين الزوجين عن الإسلام (الردة) وإلى الإسلام، ومعرفة الشروط الشرعية التي توجب الفصل و التفريق بين الزوجين بها، ومدى صلاحية القاضي في التفريق لهذا السبب لتوضيح وبيان دور القاضي في سير الدعوى و إثباتها ، ثم الحكم عليها.

و إليك المباحث التالية :

المبحث الأول

معنى تغيير الدين الموجب للتفريق و شروطه و ضابطه.

لتغيير دين أحد الزوجين أثرٌ كبيرٌ على العقد الشرعي المنعقد بينهما، و على حياتهما المعيشية، وما عليه كلٍّ منهما من مبادئ و آراء و أفكار.

وفي ظل تأثر عقد الزواج بتغيير الدين يتوجب بيان معنى تغيير الدين المؤثر على عقد الزواج بشتى حالاته، بل ومعرفة ضابط التفريق به.

هذا ما سأعرض له في ثنايا المبحث ما وفقني الله تعالى ....

المطلب الأول: معنى تغيير الدين الموجب للتفريق.

لتغيير دين أحد الزوجين حالين: إما تغييره عن الإسلام و يعرف بـ (الردة) ، أو تغييره إلى الإسلام بعد أن كان غير مسلم (كافرًا أو من أهل الكتاب).

أما تغيير الدين عن الإسلام فمعناه: (إجراء كلمة الكفر على اللسان بعد وجود الإيمان، إذ الردة عبارة عن الرجوع عن الإيمان وهذا معناه في عرف الشرع)[1].

و فصّل معناه الشافعية[2] في قولهم: (قطع الإسلام بنية أو قول كفر أو فعل، سواءٌ قاله استهزاءً أو عنادًا أو اعتقادًا). دلّ تعريفهم للردة على عدٍّ من ترك دينه من أحد الزوجين المسلمين مرتدًا ، سواء انتقل إلى دين سماوي أم لم ينتقل .

أما تغيير الدين إلى الإسلام، بعد أن كان مجوسيًا أو مشركًا أو وثنيًا أو ذميًا أو يهوديًا أو نصرانيًا لا فرق فيه بين أي دين من غير الإسلام، إذ المهم تمّ تغيير الدين من غير الإسلام إلى الإسلام [3].

---

(١)_ بدائع الصنائع (٩ / ٤٣٦، ٤٣٧).

(٢)_ مغني المحتاج (٤ / ١٧٣).

(٣)_ الدر المختار (٣/ ٢٠٤)، البناية (٤ / ٧٧٧)، حاشية الدسوقي (٣ / ٩٢)، شرح منح الخليل (٢/ ٧١) ، مغني المحتاج (٣/ ٢٥٠)، المجموع (١٦ / ٢٩٩)، المغني (٧/ ٥٣٢، ٥٣٣)، المبدع (٦ / ١٧٩).

و يتجلى دور القاضي في البحث و التحري عن توافر معنى الردة في المرتد حسب ظاهر ما يتضح لـه دون التـدخل ببواطن الأمور وما خفي في نفس المرتد، فإذا تحقق معنى الردة في المرتد وتوافرت شروط صحة الارتداد فيه ، التي ذكرت في أبواب الفقه، ومن الضروري معرفتها للقاضي بدقة وتفصيل ، توجب عليه الحكم بردته ، و عليه تطبـق أحكـام المرتـد عامة و أحكام التفريق القضائي خاصة و هو ما سأعرض له في موضعه ما وفقني الله .

و للقاضي البحث في دخول أحد الزوجين في الإسلام و الأمارات الظاهرة الدالة على إسلامه ، فإن تحققت وتأكـد من توافرها حكم بإسلامه وترتب عليه الأحكام الأخرى المتعلقة بالتفريق القضائي وموجبه حسب رأي الفقهاء.

فتكون سلطة القاضي مقيدة بالنص الفقهي في معنى الارتداد وشروط صـحته وفي أمـارات الـدخول في الإسـلام، فإذا تحققت تلك المعاني و الشروط من وجهة نظر القاضي حكم على أحد الزوجين إما بردته أو إسلامه.

المطلب الثاني: شروط صحة التفريق بتغيير الدين.

يشترط لصحة التفريق بتغيير الدين عدة شروط، هي:

أولًا: إسلام أحـد الـزوجين مـن غـير أهـل الكتـاب ، أو ردتـه قبـل الـدخول وبعـده، أو إسـلام امـرأة الكتـابي، ممـا يستوجب التفريق ، فإن أسلم أحدهما أو ارتد قبل الدخول تنجزت الفرقة ، لعدم العدة .أمـا بعـد الـدخول فتقع الفرقة بعد انقضاء العدة على اختلاف الفقهاء في المسألة [1].

ثانيًا: إسلام أحد الزوجين أو ردته دون الآخر، بما يبقي الزوج أو الزوجة على دينه ، إن لم يعرض عليـه الإسـلام ، ويأبى إن عرض عليه . فالعلة اختلاف الدين بإسلام أحد الزوجين أو ردته، أما إذا أسلما معًـا يبقـى النكـاح على حاله، شريطة أن تحل المرأة لزوجها في أصل العقد[2].

واستثنى فقهاء المالكية [3] زوج الكتابية، فلو أسلم لا يفرق بينه و بين زوجته الكتابية ترغيبًـا لـه في الإسـلام، سـواءً كان كبيرًا أو صغيرًا ، أسلمت أم لا، قرب إسلامها من إسلامه أم لا.

---

(١)_ الهداية (١ / ٢٥٣)، حاشية الدسوقي (٣ / ٩٢)، مغني المحتاج (٣ / ٢٥٣، ٢٥٤)، المغني (٧ / ٥٠٤، ٥٠٦)، قانون الأحوال الشخصية لقدري باشا (٢٠٠).

(٢)_ حاشية رد المحتار (٣ / ٧٩)، حاشية الدسوقي (٣ / ٩٢)، شرح منح الجليل (٢ / ٧١)، الحاوي الكبير (٩ / ٢٩٥)، المغني لابن قدامة (٧ / ٥٠٤، ٥٠٦)، قانون الأحوال الشخصية لقدري باشا (١٦٢).

(٣)_ حاشية الدسوقي (٣ / ٨٧)، بلغة السالك (٢ / ٢٧١)، بداية المجتهد (٣ / ١٠١٨).

ثالثًا: إسلام أحد الزوجين مع محرمية الآخر عليه، مما يستوجب فسخ العقد و الفرقة بينهما، كما لو تزوج مجوسي أمه أو بنته، أو تزوج رجل مطلقته ثلاثًا، أو جمع بين خمس نسوة أو أختين في عقد واحد ثم أسلما أو أحدهما فرق بينهما[1].

ويتجلى دور القاضي بالتحقق من مدى توافر الشروط في الزوجين اللذين عرضا عليه للتفريق بينهما، أو حتى لم يعرضا عليه، بل علم القاضي حالهما ، لأن التفريق بتغيير الدين يقبل دعوى الحُسبة ، إلا أنه يتقيد بالنصوص الشرعية الواردة في حال إسلام أحد الزوجين أو ردته كتابيًا أو مجوسيًا أو ذميًا أو مشركًا، فإن تحقق من توافرها بعد علمه بوجوب التفريق بين الزوجين حسب ما ذكره الفقهاء في كتبهم ، بدأ بإجراءات التفريق القضائي حسب ما يأتي بيانه في موضعه بتوفيق الله تعالى.

المطلب الثالث : ضابط التفريق بتغيير الدين.

عدَّ فقهاء الحنفية[2]ضابط التفريق بتغيير الدين شرطًا أساسيًا لصحته ، و هو العرض و الإباء، فإن أسلمت المرأة وزوجها كافر عرض القاضي عليه الإسلام، فإن أسلم فهي امرأته وإن أبى فرّق بينهما، وكذا إن أسلم الزوج وزوجته مجوسية عرض القاضي عليها الإسلام، فإن أسلمت فهي امرأته وإن أبت فرق بينهما، فالإباء بعد العرض من كل واحد منهما سبب الفرقة.

و يصح الإباء ممن صح إسلامه ، لذا صح من الصبي المميز ، فإن كان غير مميز انتظر عقله ليعرض عليه الإسلام، و المجنون الذي لا عقل له لا ينتظر ، لعدم نهايته بل يعرض الإسلام على أبويه فأيهما أسلم تبعه، وإن لم يكن له أب نصب القاضي عنه وصيًا فيقضي عليه بالفرقة.

واستدلوا لضابط التفريق بتغيير الدين بدليلين: نقلي و عقلي .

أما **الدليل النقلي** :

فما روي أن رجلًا من بني تغلب أسلمت امرأته، فعرض سيدنا عمر رضي الله عنه عليه الإسلام، فامتنع، ففرّق بينهما، ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم، فكان إجماعًا[3].

---

(١)_ الدر المختار (٣/ ٢٠٤)، البناية (٤ / ٧٧٧)، حاشية الدسوقي (٣/ ٩٢)، شرح النيل (٦ / ٣٠٢، ٣٠٣)، قانون الأحوال الشخصية لقدري باشا (١٦١).

(٢)_ الدر المختار (٣/ ٢٠٦)، الهداية (١ / ٢٥٣)، تبيين الحقائق (٢ / ٦١٤) ، بدائع الصنائع (٣/ ٦٠٨، ٦٠٩)، البناية (٤ / ٧٨٣).

(٣)_ مصنف ابن أبي شيبة ، كتاب : الطلاق ، باب : ما قالوا في المرأة تسلم قبل زوجها ، من قال يفرق بينهما ، رقم (١٨٣٠٣) ، (٤/ ١٠٦) .

و أما **الدليل العقلي** :

١ – فوات مقاصد النكاح بإسلام أحد الزوجين دون الآخر، لذا اشترط سبب تبتني عليه الفرقة، وإسلام أحد الزوجين طاعة لا يصلح لكونه سببًا مفوتًا لمقاصد النكاح، لذا يعرض الإسلام على الزوج الآخر لتحصل المقاصد بإسلامه أو تثبت الفرقة بإبائه.

٢ – استوجب امتناع الزوج عن الإمساك بالمعروف مع قدرته عليه بإبائه عن الإسلام، إنابة القاضي منابه في التسريح بإحسان وهو التفريق قضاءً [١].

* وقد سكت قانون الأحوال الشخصية السوري عن اشتراط الضابط للتفريق بتغيير الدين ، لذا يُرجع فيه إلى العمل بما يوافق المذهب الحنفي حسب ما ورد في المادة (٣٠٥)منه ، و الذين عدُّوا الضابط شرطًا أساسيًا لصحة التفريق بتغيير الدين ، ألا و هو العرض و الإباء .

جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري[٢] ، المادة (١٢٦) ما نصه:

(إذا كان الزوجان غير مسلمين فأسلمت المرأة يعرض الإسلام على زوجها فإن أسلم يقرّان على نكاحهما ما لم تكن المرأة محرمًا له، و إن أبى الإسلام أو أسلم وهي محرم له يفرق القاضي بينهما في الحال .... وما لم يفرق القاضي بينهما فالزوجية باقية). دلَّ مضمون المادة العمل بما يوافق المذهب الحنفي من اشتراط ضابط التفريق (العرض و الإباء).دل عليه قوله : (وما لم يفرق القاضي بينهما فالزوجية باقية). فمهمة القاضي عرض الإسلام على الزوج أو الزوجة اللذين لم يسلما ، فإن أسلما فالزوجية باقية ، و إن أبياه فرّق بينهما.

أما جمهور الفقهاء[٣] من المالكية و الشافعية و الحنابلة فلم يشترطوا الضابط لصحة التفريق ، فلو أسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين أو أسلمت المرأة و الزوج يهودي أو نصراني تعجلت الفرقة دون حاجة إلى عرض الإسلام على الطرف الآخر و إبائه إن كان قبل الدخول ، أما إن كان بعده توقفت الفرقة على انقضاء العدة، فإن أسلم الآخر قبل انقضائها بقي النكاح بينهما ، وإن لم يسلم حتى انقضت العدة فرق بينهما .

وكذا في الردة فإن كانت قبل الدخول تعجلت الفرقة وإن كانت بعده توقفت على انقضاء العدة دون عرض الإسلام على أحد .

---

(١)_ الهداية (١ / ٢٥٣).

(٢)_ قانون الأحوال الشخصية لقدري باشا (١٦١).

(٣)_ حاشية الدسوقي (٣ / ٩٢)، المدونة الكبرى (٤ / ٣١٥)، المجموع (١٦ / ٢٩٥)، مغني المحتاج (٣ / ٢٥٣، ٢٥٤)، المغني (٧ / ٥٣٢، ٥٣٣)، المبدع (٦ / ١٨٣، ١٨٤).

* ومما يقوي ويدعّم مذهب الحنفية في ضرورة اشتراط الضابط من وجهة نظر الباحثة، ما ورد عنهم من الأدلة النقلية و العقلية ، أضف إليه ضرورة العرض و الإباء لصحة التفريق من الناحية الاجتماعية إذ لو صح التفريق بانقضاء العدة فقط دون تدخل القاضي لتعطل دوره الشرعي في هذه الأيام من ناحية، و لضاعت الأنساب واختلطت بين الناس بمجرد ارتداد أحد الزوجين عن دينه أو دخوله في الإسلام دون معرفة الحد الفاصل بينهما بالقضاء الشرعي الذي مهامه تنظيم علاقات الناس فيما بينهم وخصوصًا الزوجين ، و إقامة الحق و العدالة بينهم.

والارتداد عن الدين و الدخول في الإسلام مما لا يعرف على العموم وبمجرد مرأى الناس ، فلو تُرِك هذان الأمران لعرف الناس ومشاهدتهم لاختلط الأمر عليهم ، فقد يرتد الزوج في فعله عن جهل أو قصور في تفكيره أو سهو أو غيره ، فإن حُكِم بطلاق زوجته بمجرد ما يدل على ردته أو إسلامه لكان فيه تهور وتسرع في الأمور الشرعية التي عمادها التروي و التأني ومعرفة حقائق الأمور ، وعليه ، اشترط القاضي الشرعي ، مهمته عرض الإسلام على الطرف الآخر و محاولة رده إلى دينه عن قناعة عقلية تامة لا تصرفات شكلية فحسب فإن تم الإباء اليقيني و العقلي والقلبي قضى- بناءً عليه لتتحقق العدالة المرجوة من أعمال القضاة ، خصوصًا في هذه الأيام التي كثر فيها خصام الناس ومشاكلهم الزوجية خاصة والحياتية عامة.

و رغم صلاحية القاضي المطلقة في عرضه الإسلام على الطرف الآخر ليقضي- بناءً على ردة الزوج أو الزوجة أو إسلامهما إلا أنه مقيد بأحكام الشريعة فيما يظهر من أحد الزوجين من تصرفات تدل على ردتهم أو إسلامهم وفقًا لما تقضي به نصوص الشريعة الإسلامية، و هو ما عليه الفتوى عند الحنفية[1] بأن تصريح الزوج بالإباء مما يمنع القاضي عرض الإسلام عليه مرة أخرى ويلزمه التفريق بينهما، أما إن سكت ولم يقل شيئًا عرض عليه الإسلام مرة بعد أخرى حتى يتم الثلاث مرات احتياطًا. وعليه ، فسلطة القاضي مطلقة من جهة ومقيدة من جهة أخرى، والله أعلم.

(١)_ تنقيح الفتاوى الحامدية (١ / ٥٦).

المبحث الثاني

مشروعية سلطة القاضي في التفريق بتغيير الدين .

اختلاف الدين بين الزوجين مما يمنع النكاح بداية ، و الإقرار عليه بعد حصوله، إلا أنَّ امتناع النكاح و فسخه، هل يتم بمجرد اختلاف الدين فحسب، أم لابدّ من المرافعة إلى القاضي و القضاء بالتفريق به.

هذا ما سأعرض له في المطالب الآتية :

المطلب الأول: أقوال الفقهاء في مشروعية تفريق القاضي بتغيير الدين.

اختلفت عبارات الفقهاء و أقوالهم في مشروعية تفريق القاضي بتغيير الدين حسب الحالات الثلاث:

أولًا: إسلام أحد الزوجين حال كونهما حلالًا لبعضهما في أصل العقد.

ثانيًا: إسلام أحد الزوجين حال كونهما محرمين عن بعضهما في أصل العقد.

ثالثًا: ردة أحد الزوجين عن دين الإسلام.

الحالة الأولى: إسلام أحد الزوجين (مع كونهما حلالًا لبعضهما في أصل العقد).

قد يكون إسلام أحد الزوجين في دار الإسلام ، وقد يكون في دار الحرب فإن كان في دار الإسلام فإما أن يكونا كتابيين أو مشركين و مجوسيين، فإن كانا كتابيين فأسلم الزوج بقي النكاح على حاله ترغيبًا له في الإسلام ، أما إن أسلمت المرأة فرق القاضي بينهما بعد عرضه الإسلام على الطرف الآخر و إبائه .

وإن كانا مشركَيْن ومجوسيَيْن، فأسلم أحدهما فرَّق القاضي بينهما بعد عرضه الإسلام على الطرف الآخر وإبائه، فإن أسلم الطرف الآخر فهما على النكاح ولا يحق له التفريق بينهما.

أما إن كانا في دار الحرب ، كما لو أسلم أحد المجوسيين في دار الحرب تم التفريق بينهما بمضي ثلاث حيضات أو ثلاثة أشهر قبل إسلام الطرف الآخر، إقامة لشرط الفرقة من مضي الحيض أو الأشهر مقام السبب وهو الإباء لتعذر عرض القاضي الإسلام على الطرف الآخر بانعدام ولايته، فيصير مضي المدة (الحيض أو الأشهر) بمنزلة تفريق القاضي،

إذ لا يشترط معه تفريق القاضي . وعليه اتفق فقهاء الحنفية و المالكية[1] الذين أجازوا للقاضي التفريق على إطلاقه ، شريطة توافر ضابطه وشروط صحته، وجد الترافع من أحد الزوجين و طلب التفريق أم لم يوجد.

إلا الإمام محمد _ رضي الله عنه _ اشترط وجود الترافع من أحد الزوجين للقاضي حتى يصح تفريقه بينهما، فإن لم يتم الترافع ما صح تفريقه مطلقًا .

أمّا فقهاء الشافعية و الحنابلة[2] فأجازوا للقاضي التفريق بعد انقضاء العدة وعدم إسلام الزوج غير المسلم، كما لو أسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين أو أسلمت المرأة و زوجها يهودي أو نصراني فإن الفرقة تحصل بمجرد إسلام أحدهما قبل الدخول، أما إن كان بعده وقعت الفرقة بعد انقضاء العدة ، شريطة انقضائها مع عدم إسلام الطرف الآخر، مما يوجب على القاضي التفريق بعدها .

و استثنى الحنابلة[3] فيما لو تزوج المجوسي كتابية ، فرق القاضي بينهما إذا ترافعا إليه قبل إسلام أحدهما، و ألزموه التفريق ، ولو لم يترافعا إليه ، لأنها أعلى دينًا منه فيمنع نكاحها.

و رغم التفصيل السالف نجد موافقة مذهب الشافعية للجمهور في مشروعية تفريق القاضي ، وإن خالفوهم في الكيفية و اشتراط الضابط من عدمه.

* أما القانون[4] فمرجعه المذهب الحنفي لما سكت عنه حسب المادة (٣٠٥) منه، و قد عمل به في رأي مذهب الإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى حسب ما جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري المادة (١٢٦).

الحالة الثانية: إسلام أحد الزوجين حال كونهما محرمين عن بعضهما في أصل عقدهما.

قد يكون أصل التعاقد بين الزوجين غير شرعي لعدم توافر ركنه ، كما لو تزوج رجل محرمته أو تزوج أكثر من أربع زوجات إلى غيره من العقود الزوجية المحرمة في الدين الإسلامي، و التي قد لا يمنع منها عند أهل الأديان الأخرى كالذميين و المجوسيين وغيرهم.

---

(١)_ البناية (٤ / ٧٧٧)، بدائع الصنائع (٣ / ٦٠٧، ٦٠٩)، المبسوط (٥ / ٤٤)، تبيين الحقائق (٢ / ٦١٤)، حاشية رد المحتار (٣ / ٧٩)، حاشية الدسوقي (٣ / ٨٧)، بلغة السالك (٢ / ٢٧١)،بداية المجتهد (٣ / ١٠١٨)،القوانين الفقهية (١٣١) .

(٢)_ المجموع (١٦/ ٢٩٥)، نهاية المحتاج (٦ / ٢٩٠)، الحاوي الكبير (٩ / ٥٥٠)، المغني (٧ / ٥٣٢، ٥٣٣)،المبدع (٦ / ١٧٦)..

(٣)_ المغني (٧ / ٥٥٨).

(٤)_ قانون الأحوال الشخصية لقدري باشا (١٦٢).

و عليه ، إذا أسلم أحد من بني عقدهما على أساس غير شرعي كما لو أسلم و زوجته من محارمه فالحكم متفق عليه بين الفقهاء[1] من حيث الأصل وهو فسخ العقد و وجوب التفريق لهذا السبب دون خلاف بينهم، لكنهم اختلفوا في مشروعية تفريق القاضي وضرورة الادعاء و الترافع بالتفريق من عدمها.

* فمذهب الحنفية في المسألة ومعهم الإباضية وقانون الأحوال الشخصية السوري[2] متفق على مشروعية تفريق القاضي مع ضرورة اشتراط الترافع إلى القاضي بعد علمه به في المشهور عندهم ، بما يمنعه التعرض لمن تزوج من محارمه و الحكم بالتفريق بينهما ما لم يوجد الترافع إليه ، حتى ولو علم القاضي به من غير الزوجين، إلا في قول لأبي يوسف _رحمه الله تعالى_ إذ شرع للقاضي التفريق إذا أسلم أحدهما وكان الآخر محرمًا عنه بمجرد علمه به ، ولو لم يوجد الترافع والادعاء بالتفريق و وافقهم الحنابلة[3] فيمن كان مجوسيًا فتزوج كتابية ،إذ لا يصح هذا النكاح في أصله ، لذا أوجبوا على القاضي التفريق بينهما و الحيلولة دون إتمام العقد ولو لم يوجد الترافع من أحد الزوجين أو من غيرهما، بمجرد علم القاضي به .

* أما المالكية و الشافعية و الحنابلة[4] فأوجبوا فسخ عقد النكاح مباشرة بمجرد دخول أحد الزوجين بالإسلام مع محرميته على الآخر دون حاجة ، ولا ضرورة إلى تفريق القاضي ولا إلى انتظار انقضاء العدة ليتم التفريق إن كان إسلام أحدهما بعد الدخول ، ولم يذكروا الترافع والادعاء بالتفريق ولا ضرورة وجوده من أحد الزوجين أو من غيرهما ،إذ ينفسخ العقد بينهما تلقائيًا، ويحرم شرعًا بقاء الزوج مع زوجته في هذه الحالة .

الحالة الثالثة: ردة أحد الزوجين عن دين الإسلام.

الردة مما ينافي عصمة النكاح، لذا عدَّ ها فقهاء الحنفية ومعهم الشافعية و الحنابلة[5] في المشهور عندهم سببًا لفسخ عقده دونما حاجة إلى تفريق القاضي بسببها. جاء في المفتى به عند الحنفية[6] ما نصه:

---

(١)_ البناية (٤ / ٧٧٧)، حاشية الدسوقي (٣ / ٩٢)، المجموع (١٦ / ٣٠٣)، المبدع (٦ / ١٨٣، ١٨٤).

(٢)_ البناية (٤ / ٧٧٧)، شرح النيل (٦ / ٣٠٢، ٣٠٣)، قانون الأحوال الشخصية لقدري باشا (١٦٢).

(٣)_ المغني (٧ / ٥٥٨)، المبدع (٦ / ١٧٦).

(٤)_ حاشية الدسوقي (٣ / ٩٢)، شرح منح الجليل (٢ / ٧١)، المجموع (١٦ / ٣٠٣)، إخلاص الناوي (٣ / ٨٥) شرف الدين اسماعيل بن أبي بكر المقرئ ؛ ت (٨٣٧ هـ) ،تحقيق : عبد العزيز عطية زلط ، القاهرة ، ع (١٤١١هـ / ١٩٩٠ م)، المبدع (٦ / ١٨٣، ١٨٤)، المغني (٧ / ٥٤١).

(٥)_ حاشية رد المحتار(٣ / ٢١٢)،بدائع الصنائع (٣ / ٦٠٩)، مغني المحتاج(٣ / ٢٥٣، ٢٥٤)، إخلاص الناوي (٣ / ٧١) ، المبدع (٦ / ١٨٣، ١٨٤)، المغني (٧ / ٥٠٦).

(٦)_ تنقيح الفتاوى الحامدية (١ / ٩٩).

((هل تقع الفرقة بنفس الردة و العياذ بالله تعالى أم لابدَّ من قضاء القاضي، الجواب: تقع الفرقة بنفس الردة قال في التنوير و الكنز وارتداد أحدهما فسخ في الحال . وقال قاضي خان[1] في باب الردة : أجمع أصحابنا على أن الردة تبطل عصمة النكاح وتقع الفرقة بينهما بنفس الردة ...)).

و وافقهم قانون الأحوال الشخصية السوري[2] في مذهبهم الذي جاء في المادة (٣٠٣) منه ما نصه:

((إذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام انفسخ النكاح ، و وقعت الفرقة بينهما للحال بلا توقف على القضاء)).

أما ما ورد في كتب الشافعية و الحنابلة ذكر لضرورة تفريق القاضي بردة أحد الزوجين ، بل كل ما ورد عندهم فسخ العقد بردة أحد الزوجين إن كانت الردة قبل الدخول، وتوقف فسخه على انقضاء العدة إن كانت بعد الدخول في الرواية المشهورة .

بينما دلّت عبارات المالكية[3]على ضرورة تدخل القاضي إذا ارتد أحد الزوجين للحيلولة دون إتمام العقد أو للحكم بالتفريق إن كانت الردة بعد الدخول إلا قول عند المالكية لأصبغ[4] لم يشترط فيه الحيلولة بينهما.

ومما جاء عندهم ما نصه[5] : ((ولو ارتد الزوج لدين زوجته الكتابية فيفسخ بطلقة بائنة ويحال بينهما وقال أصبغ لا يحال بينهما....)).

دلت عبارة المالكية ((ويحال بينهما)) على ضرورة وجود من يحول بين الزوج وزوجته إن حصلت الردة من أحدهما، إذ لو لم يشترط وجود من يحكم بالتفريق لقالوا (يفسخ العقد بينهما) علمًا أنهم يستعملون هذه العبارة كثيرًا في كتبهم وقد وردت عندهم حتى في المسألة، مما يدلّ على ضرورة وجود من يفرق بين الزوجين بسبب ردة أحدهما، علاوةً على استحالة ترك هذا الأمر لعامة الناس أو للأقارب من الزوجين ، لما فيه من ضياعٍ لحقوق الناس وتوسيد الأمر لغير أهله ، فأهل تنظيم علاقات الناس ببعضهم هم القضاة الذين نصبوا في مهامهم بناءً على تحقق شروط معينة ومعتبرة وشرعية فيهم، ومهامهم إقامة الحق و العدل بين الناس حسب ما تقضي به أحكام الشريعة لا حسب الأهواء و الآراء

---

(١)_ هو العلامة شيخ الحنفية ، أبو المحاسن حسن بن منصور بن محمود البخاري الحنفي ، الأُوْزْجَنديُّ ، صاحب التصانيف ، منها (الأمالي في الفقه) و(الفتاوى) و (شرح الجامع الصغير والجامع الكبير للشيباني في الفروع) ، توفي سنة تسع و ثمانين وخمسمائة .[سير أعلام النبلاء (١٥/ ٤٠٦)].

(٢)_ قانون الأحوال الشخصية لقدري باشا (٢٠٠)،مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا لشقفة (١٤٩).

(٣)_ حاشية الدسوقي (٣/ ٩٢)، المدونة الكبرى (٤/ ٣١٥).

(٤)_ هو أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع ، مفتي الديار المصرية و عالمها أبو عبد الله الأموي مولاهم المصري المالكي ، ولد بعد (١٥٠ هـ) ،طلب العلم و هو شاب كبير ففاته مالك و الليث ، قيل توفي سنة (٢٢٥ هـ) . [سير أعلام النبلاء (٩/ ٢٨٩ ، ٢٩٠)]

(٥)_ حاشية الدسوقي (٣/ ٩٢).

والرغبات الشخصية، لذا دلت عبارة النص على ضرورة تفريق القاضي بين الزوجين إن ارتد أحدهما حسب ما تبدّى لدي من عبارتهم و الله من وراء القصد .

المطلب الثاني : الأدلة مع الترجيح.

أولًا: أدلة الفقهاء الواردة في إسلام أحد الزوجين إذا كانا حلالًا لبعضهما في أصل العقد.

– استدل الحنفية والمالكية[1] على جواز تفريق القاضي لإسلام أحد الزوجين إذا كان العقد صحيحًا ، بعدة أدلة: نقلية وعقلية.

* أما **النقلية**:

١. فما روي أنَّ نصْرانيًّا أسْلمت اِمْرأته فخيَّرها عمر إن شاءت فارقتْه وإن شاءت أقامت عليه[2].

أضف إليه أن سيدنا عمر رضي الله عنه في زمن خلافته من يقضي بين الناس ويحكم ، وينظم علاقاتهم العامة والأسرية الخاصة، فهو بمثابة القاضي بينهم في زمننا الحالي. ولم يعترض على تخييره لها بين المفارقة و البقاء عنده أحد من الصحابة فكان إجماعًا منهم.

* أما **العقلية**: فاستدلوا بما يلي:

لا يجوز للمسلمة أن تكون تحت نكاح الكافر، لذا لم يجز نكاحه لها ابتداءً، وكذا البقاء عليه، و لأن المشركة مما لا تصلح لنكاح المسلم ، علاوةً على أن الحاجة إلى التفريق عند الإباء لفوات مقاصد النكاح، فإذا لم تحصل مقاصده لم يكن في بقائه فائدة، مما توجب معه التفريق، والأصل في التفريق الزوج، لأن الملك له، و القاضي ينوب منابه فيه .

– بينما استدل الشافعية و الحنابلة[3] على عدم ضرورة تفريق القاضي لإسلام أحد الزوجين إذا كانا حلالًا لبعضهما في أصل العقد ، مع حصول الفرقة بمجرد إسلام أحدهما مباشرة إن كان قبل الدخول ، باقتران عدم العدة مع عدم الدخول، فوجوب العدة باستدخال مني الزوج المحترم ، مما لا يتحقق بغير الدخول ، لذا تنجزت الفرقة مباشرة

---

(١)_ بدائع الصنائع(٣/ ٦٠٧، ٦٠٨)، تبيين الحقائق(٢/ ٦١٥، ٦١٦)،حاشية الدسوقي(٣/ ٨٧)، بلغة السالك (٢ / ٢٧١).

(٢)_ فتح الباري ، كتاب : الطلاق ، باب : نكاح من أسلم من المشركات و عدتهن ، رقم (٤٨٧٨) ، (١٥/ ١٢١) ، [ذكر ابن حجر في الحديث : وأخرج حماد بن سلمة وعبد الرزاق في مصنفيهما بإسناد صحيح].

(٣)_ مغني المحتاج (٣ / ٢٥٣، ٢٥٤)، إخلاص الناوي (٣ / ٧١)، المغني (٧ / ٥٣٢، ٥٣٣).

دون حاجة إلى تفريق القاضي، أما إن حصل إسلام أحدهما بعد الدخول وقعت الفرقة بعد انقضاء العدة ، لأنها تجب باختلاف الدين وقد تم ، مما لا حاجة إلى القضاء بها طالما تحقق شرط الفرقة عندهم.

* ومما رد عليهم فقهاء الحنفية[1] بأنه لو وقعت الفرقة بنفس الإسلام لما دعت الحاجة إلى التفريق، علاوةً على أنه لا يجوز للإسلام أن يكون مبطلًا للنكاح، لأنه عرف عاصمًا للأملاك، فكيف يبطلها، كما لا يجوز أن يبطل بالكفر لوجوده منهما مع عدم منعه النكاح ابتداءً ، فلأن لا يمنع بقائه أولى ، إلا أنهم قالوا : لو أنّا بقّينا النكاح بينهما لا تحصل المقاصد، لاشتراط الاستفراش لحصولها ، و ليس للكافر استفراش المسلمة ، كما لا يحل للمسلم استفراش المشركة و المجوسية لخبثها، مما ينفي الفائدة مع بقاء النكاح ، لذا فرق القاضي بينهما عند إباء الإسلام، لحصول اليأس عن حصول المقاصد عنده.

* وعليه ، يتقوى مذهب الحنفية و المالكية ، لما ورد من الأدلة النقلية و العقلية التي تثبت ضرورة وجود الحكم من القاضي بالتفريق لإسلام أحد الزوجين إذا كانا حلالًا لبعضهما في أصل العقد، علاوةً على ضرورة وجود من ينظم علاقات الناس ويضع الحد الفاصل بينهم في علاقاتهم، خاصة في زمن كثر فيه تنازع الناس و الفساد بينهم ، مما يودي إلى عدم تعدي أحد على أحد بوجود من ينظم علاقاتهم، ليتحقق مقصد الشرع الحكيم من تعيين القضاة للفصل بين الناس.

ثانيًا: أدلة الفقهاء الواردة في إسلام أحد الزوجين المحرمين عن بعضهما في أصل العقد.

استدل الفقهاء على مشروعية تفريق القاضي بين الزوجين إذا أسلم أحدهما وكان محرّمًا عن الآخر في أصل العقد، بأدلة نقلية وعقلية.

* أما **الأدلة النقلية** : فما روي عن عمر رضي الله عنه أنه كتب إلى عماله أن فرقوا بين كل ذي محرم من المجوس[2].

فوجه الاستدلال بالحديث إلزام سيدنا عمر رضي الله عنه من كان مسؤولًا عن تنظيم علاقات الناس بعضهم مع بعض أن يفرقوا بين الأزواج و الزوجات المجوس إذا كانوا محرمين عن بعضهم، و هما على دينهم

---

(١)_ بدائع الصنائع (٣ / ٦٠٨).

(٢)_ أخرجه البخاري في صحيحه ، أبواب : الجزية و الموادعة ، باب : الجزية و الموادعة مع أهل الذمة و الحرب ، و ما جاء في أخذ الجزية من اليهود والنصارى و المجوس و العجم ، رقم (٢٩٨٧) ، (٢ / ١٠٦٥) ، و اللفظ له .

* عون المعبود ، كتاب : الخراج و الإمارة ، باب : في أخذ الجزية من المجوس ، رقم (٣٠٤١) ، (٥ / ٤٢٨) .

* نصب الراية ، كتاب : السير ، باب : الجزية ، (٣ / ٤٤٨) .

المجوسي أو المشرك أو غيره، فإذا توجب التفريق في دينهم ، أفلا يفهم منه ضرورة التفريق إذا أسلم أحدهما من باب أولى[1] .

كما دلَّ مقتضى قوله (إلى عماله) على ضرورة توكيل ذوي الاختصاص بتنظيم علاقات الناس و إقامة العدل بينهم ،علمًا أنهم القضاة في زماننا الحالي، أمّا في الزمن الماضي فوظيفة ولاة الأمر ، نظرًا لقلة الناس ، وتمكن ولاة الأمر من البحث في شؤون الناس الأسرية.

* أمّا **الأدلة العقلية**: فما ورد عنهم:

١. للأنكحة بين المشركين و المجوس أنفسهم حكم البطلان في دينهم، و إن كان لها حكم الصحة بدليل إيجاب النفقة فيها إلا أن المحرمية فيها تنافي ابتداء العقد، وإذا نافته في دينهم فلأن تنافي ابتداء العقد ودوامه في ديننا من باب أولى، و عليه، لزم ما يترتب على المنافاة من وجوب التفريق بين الزوجين، و هو مما يحتاج ضرورةً إلى من يقوم به، لأنه مترتب على بطلان العقد، علاوةً على ضرورة الحرص على الأنساب خوفًا من ضياعها أو تشوهها إذا كان الأولاد غير شرعيين أو من زواج المحارم[2].
٢. شاع الخطاب الشرعي بحرمة هذه الأنكحة (نكاح المحارم) في ديار المسلمين، وهؤلاء المجوس وغيرهم من المشركين من أهل ديار المسلمين، طالما قطنوا بينهم ، لذا ثبت في حقهم هذا الخطاب الشرعي، إذ شيوعه مما يجعله واصلاً إليهم، إن كانوا غير مسلمين (مجوس أو مشركين)[3] فإن أسلم أحدهم شمله الخطاب من باب أولى .

_ بينما استدل الجمهور[4] لفسخ العقد مباشرة دون حاجة إلى تفريق القاضي بعدم الفائدة المرجوة من تأخير فسخ العقد وانتظار القاضي بالحكم به، يضاف إليه انتظار الفسخ إلى ما بعد انقضاء العدة ، علمًا أن الحرمة بين الزوجين على التأبيد مما لا فائدة من التأخير فيها، ولا من القضاء بالتفريق بل ينفسخ العقد من تلقاء نفسه .

* نجد من خلال الأدلة أن الرأي الأسلم و الأصوب للباحثة ما ذكره فقهاء الحنفية من ضرورة القضاء بالحكم بالتفريق في المسألة، نظرًا لما ورد من الأدلة النقلية و العقلية فيها ، ولأن مهام القضاء الفصل بين الناس في المنازعات و تنظيم علائقهم ، خصوصًا أهمها ألا وهي علاقة الزواج ، لما يترتب عليها من آثار لها دور كبير في الحياة لتعلقها بالنسل وديمومة الحياة البشرية من عدمها، فلو انفسخ العقد من تلقاء نفسه دون تدخل من القضاة في الحكم في

(١)_ فتح الباري، باب الجزية و الموادعة مع أهل الذمة و الحرب ، رقم (٢٩٨٧) ، (٦ / ٢٦١).

(٢)_ حاشية رد المحتار (٣ / ٢٠٦)، الهداية (١ / ٢٥٣).

(٣)_ البناية (٤ / ٧٧٧).

(٤)_ المبدع (٦ / ١٨٤).

التفريق به، لربما لم يستجب إليه من أسلم أو زوجته من تلقاء نفسهما، نظرًا لائتلاف العيش بينهما و ديمومته بطول المعاشرة ، لذا اشترط من يقضي بين الناس ويحق الحق بينهم ويظهره على الرغم من مخالفة رغباتهم و أهوائهم، فلو ترك الأمر لرغباتهم لربما لم يستجيبوا له لذا اشترط التقاضي بين الناس فيما ينظم علاقاتهم .

* وإنني مع قول الحنفية الذي استمد القانون رأيه منهم في ضرورة اشتراط الترافع إلى القاضي للحكم بالتفريق ، لا سيما بعد أن تم إحداث سجلات للأحوال المدنية و التي يسجل فيها واقعات الزواج و الطلاق و النسب وكل ما يطرأ عليها من تغييرات سواء أكان الزوج يملك الطلاق أو كانت الزوجة تطلبه (التفريق) و ذلك للوقوف على حقيقة الوضع العائلي لكلا الزوجين ، خاصة في حالات إسلام الزوجة المتزوجة من كتابي ، و من ثم زواجها من مسلم وإنجاب الأولاد ، فإن عدم الترافع أمام القاضي يؤدي إلى إبقائها على قيود زوجها الكتابي و إبقاء أولادها مكتومي القيد ، حتى أن زواجها من المسلم يبقى فاسدًا و يتوجب فسخه مع ثبوت النسب له .

و قد عرضت على القضاء حالات قامت الزوجة التي أسلمت بتثبيت نسب أولادها من زوجها الثاني المسلم على اسم زوجها الكتابي ، بسبب عدم تمكنها من تثبيت نسب الأولاد في قيود السجل المدني كون قيودها لا تزال على زوجها المسيحي مما أصبحت معه الزوجة التي أسلمت لها الحق بإقامة دعوى التفريق لاختلاف الدين و من ثم نفي نسب أولادها الذين تم تسجيلهم على قيود زوجها المسيحي و من ثم إلحاق نسب الأولاد بالوالد الحقيقي لهم[1] .

ثالثًا: الأدلة الواردة في التفريق لردة أحد الزوجين عن الإسلام.

استدل الفقهاء[2]على عدم ضرورة تفريق القاضي لردة أحد الزوجين عن الإسلام، بمنافاة الردة لعقد النكاح، لمنافاتها للعصمة فيه، و إذا كانت منافية لعقد النكاح بداية ودوامًا فلا حاجة للتفريق القضائي فيها.

كما استدل أصبغ[3] من المالكية [4] على صحة ما ذهب إليه: بأن سبب الحيلولة و التفريق بين المسلمة والمرتد استيلاء الكافر على المسلمة المحرم شرعًا في ديننا، ولا استيلاء إذا ارتد الزوج ، بدليل عدم حرمة زوجته عليه إذا تاب ورجع إلى الإسلام.

---

(١)_ مقابلة مع القاضي الشرعي راكان وهيبة في محكمة القضاء الشرعي بحلب تاريخ (٢٥/ ٢/ ٢٠١١م).

(٢)_ الهداية (١ / ٢٥٥)، بدائع الصنائع (٣/ ٦٠٩).

(٣)_ تقدمت ترجمته ص (١٨٤).

(٤)_ حاشية الدسوقي (٣/ ٩٢)، المدونة الكبرى (٤ / ٣١٥).

* و عليه ، نجد أن الردة سببٌ كافٍ لفسخ عقد النكاح دونما حاجة إلى تفريق القاضي ، علاوةً على عدِّها عقوبة للمرتد على فعله ، لتركه دين الإسلام بعد اعتناقه و التعرف عليه ، سيما إذا كان بينه وبينها من المحبة و المودة ما يجعله يأبى الفسخ فيتعاقب بالفرقة ، و قد يكون في بعض الأحيان سببًا مانعًا من الردة.

* ومن وجهة نظر الباحثة إذا ترافعت زوجة المرتد إلى القاضي وطلبت التفريق لردة زوجها فعليه أن يجيبها ويقضي لها به مع ما يترتب على الحكم بالتفريق من آثار متعلقة بالعدة والنفقة والمهر ، لأحقيتها بما تطلب وردعًا لزوجها عن الردة.

المبحث الثالث

سلطة القاضي في إجراءات دعوى التفريق بتغيير الدين.

تعد مراحل إجراءات الدعوى من أهم المباحث التي تُظهر دور القاضي وسلطته في التفريق، بدءًا من الادعاء والترافع بالتفريق، إلى إثبات الدعوى ودوره أمام وسائل إثباتها ، وانتهاءً حكم القاضي بالتفريق وما يتفرع عنه من مسائل خاصة متعلقة بدوره في سير الدعوى.

هذا ما سأذكره في المبحث بعد توفيق الله تعالى، في المطالب التالية:

المطلب الأول : حكم الادعاء و الترافع بالتفريق .

- لم يشترط الفقهاء[1] وجود الترافع و الادعاء من أحد الزوجين غير المسلمين إذا أسلم أحدهما، بل أجازوا للقاضي التفريق بإسلام أحدهما مطلقًا ، وجد الترافع و الادعاء بالتفريق به ، أم لم يوجد، لأن هذه الحالة تقبل دعوى الحُسبة . وافقهم قانون الأحوال الشخصية السوري[2] في المادة (١٢٨) منه.

إلا الإمام محمد من الحنفية _رحمه الله تعالى_ اشترط ضرورة الادعاء بالتفريق لإسلام أحد الزوجين فإن لم يوجد الادعاء لا يفرق القاضي بينهما.

- بينما اشترط فقهاء الحنفية و الإباضية[3] ضرورة وجود الادعاء و الترافع بالتفريق لمن تزوج محرمته من غير المسلمين إلا الإمام أبو يوسف _رحمه الله تعالى_لم يشترطه للتفريق بل اكتفى بعلم القاضي بزواج غير المسلم من محرمته.

- ومما استقر عليه الاجتهاد في القانون السوري[4] السماح و الإذن للزوجة المسيحية التي أسلمت دون إسلام زوجها المسيحي برفع دعوى التفريق بسبب اختلاف دين زوجها عنها، مع إيقاف الحكم الكنسي عليها، لانتقالها إلى دين الإسلام ، ويمنع زوجها عن السفر خشية الإضرار بها لسفره وعدم طلاقه لها أو خضوعه لإجراءات التقاضي بينهما. هذا الاجتهاد برقم (٥٠٩) تاريخ (١ / ٦ / ١٩٨١ د/ ٥٤٥) .

---

(١)_ البناية (٤ / ٧٧٧)، الدر المختار (٣ / ٢٠٤) ، المغني (٧ / ٥٥٨).

(٢)_ قانون الأحوال الشخصية لقدري باشا (١٦٢).

(٣)_ البناية (٤ / ٧٧٧)، شرح النيل (٦ / ٣٠٢، ٣٠٣).

(٤)_ الدليل الشرعي (٦٣).

* ويتجلى دور القاضي وسلطته في ضرورة الحيلولة بين زواج المسلم وغير المسلمة وبالعكس، إذ يمنع زواجهما بداية، لأنه المسؤول عن كتابة العقد ، فإن تم التعاقد بينهما عرفًا إذا كان أحدهما مسلمًا، أو في محكمتهم التي تجيز نكاحهم على دينهم، اشترط الترافع و الادعاء من أحد الزوجين بضرورة التفريق لتغيير الدين، لاستحالة علم القاضي بكافة حالات اختلاف الدين ، خصوصًا في زمان كثرت فيه الناس كزماننا الحالي، لكنه إن لم يعلم القاضي بتغيير الدين ، توجب عليه النظر في العقد لإبطاله ، علمًا أن اختلاف الدين سببٌ مبطلٌ لعقد النكاح ، أما إن لم يعلم بتغيير الدين مع عدم الادعاء بالتفريق به ، بطل العقد لتوافر سبب بطلانه .

وعليه ، إن وجد الادعاء توجب على القاضي النظر في الدعوى والتحقق من صحتها وتوافر شروطها الشرعية على أتم وجه وفق النصوص الشرعية الواردة فيها، فإن تأكد من صحتها بدأ السير فيها على النحو الشرعي الآتي بيانه .

المطلب الثاني: دور القاضي في سير الدعوى و إثباتها .

ذكر فقهاء الحنفية[1] في كتبهم إذا أسلمت المرأة و زوجها كافر (وكانا بالغين) وجب على القاضي عرض الإسلام على الزوج ، فإن أسلم فهي امرأته و إن أبى فرق بينهما ، وكذا الحكم إن أسلم الزوج و تحته مجوسية .

جاء في الهداية[2] ما نصه : (أما العرض فمذهبنا) . دل مقتضى النص على تقييد القاضي بعرض الإسلام على من لم يسلم من الزوجين حتى يفرق بينهما، ولا يحق له التفريق بمجرد الادعاء و الترافع حسب اجتهاده. فأول عمل للقاضي في سير الدعوى عرض الإسلام على من تركه. مما يترتب عليه الإسلام أو الإباء ، فإن تم الإسلام انتهت الدعوى و انتهى معها دور القاضي و عمله. أما إن حدث الإباء عن الإسلام فعلى القاضي إتمام السير في الدعوى.

جاء في الهداية ما نصه[3]: (بالإباء امتنع الزوج عن الإمساك بالمعروف مع قدرته عليه بالإسلام فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب و العنة).

دل مقتضى النص إقرار الزوج على التفريق الذي تدعيه زوجته بعدم إسلامه ، لامتناعه عن الإمساك بالمعروف وبقائه معها رغم قدرته عليه بإسلامه، فبامتناعه يقر بصحة ادعاء زوجته، فإن امتنع عن إمساكها بالمعروف ناب القاضي منابه في التفريق بإحسان مما يدل على إقرار الزوج ومصادقته على دعوى زوجته بالتفريق.

---

(١)_ الهداية (١ / ٢٥٣)، تبيين الحقائق (٢ / ٦١٤)، البناية (٤ / ٧٨٢).

(٢)_ الهداية (١/ ٢٥٣) .

(٣)_ الهداية (١ / ٢٥٤).

* وبناءً على عرض القاضي الإسلام على من لم يسلم بعد وجود الادعاء من المسلم منهما و إقرار غير المسلم ومصادقته على صحة الدعوى توجب عليه متابعة سيره في الدعوى ليحكم فيها بناءً على الادعاء و العرض و الإباء والإقرار و المصادقة.

ويظهر دوره وسلطته في ضرورة سير القاضي في الدعوى وفقًا للخطوات الشرعية الواردة في الكتب الفقهية لصحتها من ضرورة الادعاء و العرض و الإباء ليصل إلى الحكم الشرعي الصحيح في المسألة ، و الله أعلم.

المطلب الثالث : الحكم بالتفريق بين الفور و التراخي ودور القاضي فيها .

يترجح الحكم بالتفريق بين الفور و التراخي حسب الحالة التي يحكم القاضي فيها، فيحكم بالتفريق الفوري بين الزوجين في الحالات التالية:

١. الامتناع الصريح عن الإسلام ممن عرضه القاضي عليه ، يستوجب التفريق الفوري مباشرة عقب الإباء، لدلالة الإباء بطريق صريح على موافقة الزوج على التفريق الذي سيحكم به القاضي ، إذ لو لم يرده لامتنع عن الإباء و أعلن إسلامه[١] .
٢. اختلاف دين أحد الزوجين عن الآخر قبل الدخول، لأنه مما يمنع الإقرار على النكاح ، فإن وجد تعجلت الفرقة به، لامتناع إمساك الكافرة على المسلم ، بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمۡسِكُواْ بِعِصَمِ ٱلۡكَوَافِرِ ﴿١٠﴾﴾ سورة الممتحنة . و حرمة إبقاء المسلمة على نكاح المشرك، لذا تعجلت الفرقة بينهما[٢].
٣. إسلام أحد الزوجين المحرمين عن بعضهما في أصل العقد ، مما تتعجل به الفرقة، لوجود المحرمية وبقاءها ، إذ لا فائدة من تأخير الحكم به[٣].

بينما يخضع حكم القاضي بالتفريق إلى التراخي في الحالات التالية:

١. السكوت وعدم الرد بعد عرض القاضي الإسلام، كما لو أسلم أحد الزوجين وبقي الآخر على دينه غير مسلم (مشركًا كان أو مجوسيًا) فعرض القاضي عليه الإسلام، فسكت ولم يقل شيئًا ، مما يتوجب على القاضي عرض الإسلام عليه مرة بعد أخرى حتى يتم الثلاث احتياطًا ولا يقضي بالفرقة الفورية، و هو المفتى به في المذهب الحنفي[٤].

---

(١)_ حاشية رد المحتار (٣ / ٢٠٨)، تنقيح الفتاوى الحامدية (١ / ٥٦).

(٢)_ بداية المجتهد (٣ / ١٠١٩)، مغني المحتاج (٣ / ٢٥٣، ٢٥٤)، المغني (٧ / ٥٣٢، ٥٣٣)، المبدع (٦ / ١٧٩).

(٣)_ الدر المختار (٣ / ٢٠٤)،المبدع(٦ / ١٨٤) ، شرح النيل(٦ / ٣٠٢، ٣٠٣)قانون الأحوال الشخصية لقدري باشا(١٦١).

(٤)_ تنقيح الفتاوى الحامدية (١ / ٥٦).

٢. اختلاف دين أحد الزوجين عن الآخر بعد الدخول ، لأنه اختلاف دين بعد المسيس فلا يوجب الفسخ في الحال، إنما يتوجب على القاضي أن يحكم بالفرقة بعد انقضاء العدة مع عدم إسلام من لم يسلم من الزوجين[١] .

* و يتجلى دور القاضي وسلطته في تقيده بالنص الشرعي حسب ما يمليه عليه، فلكل حالة إجراءاتها الخاصة بها، ليحكم القاضي بالتفريق وفقًا للنص الفقهي الوارد في المسألة، فتكون سلطته مقيدة بالنص الفقهي.

هذا و بالإمكان له الاجتهاد والتقدير في تكييف الواقعة و الحالة الاجتماعية وفقًا للنص الفقهي، فيكون دوره تقديريًا في تطبيق النص الفقهي على الواقعة الاجتماعية المعروضة أمامه، فإن أمكن تكييف الواقعة توجب عليه القضاء فيها وفقًا للنص الفقهي الوارد.

المطلب الرابع : ما يتفرع عن سلطة القاضي في إجراءات الدعوى.

- قد تعترض القاضي وقائع اجتماعية حياتية يعيشها الناس، فتواجه القضاء في سير الدعوى، مما يتوجب عليه تكييف الواقعة لما ورد به نص شرعي ، لكن ينبغي عليه سبق العلم بحدود سلطته و صلاحيته في مواجهة الدعوى و الحكم فيها. ومن الوقائع ما يلي:

أولًا: إسلام أحد الزوجين إذا كان (ناقصَ الأهلية أو فاقدًا لها):

قد تعرض دعوى التفريق على القاضي، الزوج فيها أو الزوجة ناقص الأهلية أو فاقدها، كما لو كان أحد الزوجين غير مميز أو مجنون ، فما دور القاضي في الدعوى وكيف يسير في إجراءاتها ؟ .

- مما سبق بيانه[٢] إذا أسلم أحد الزوجين العاقلين البالغين المميزين توجب على القاضي عرض الإسلام على الآخر منهما، فإن أسلم بقي عقد النكاح بينهما قائمًا ، و إن أبى اتخذ القاضي إجراءات السير في دعوى التفريق وفقًا للنصوص الشرعية الواردة فيهما، إلا أن فقهاء الحنفية[٣] أعطوا المميز (صبيًا كان أو بالغًا ، زوجًا أو زوجة) ، حكم الكبير العاقل البالغ ، إذ الأصل في المذهب عندهم ، كل من صح منه الإسلام إذا أتى به ، صح منه الإباء بعد عرض الإسلام عليه.

أما ناقص الأهلية كغير المميز فعلى القاضي أن ينتظر عقله، فإن أصبح مميزًا عاقلًا عامله معاملة المميز العاقل، أما فاقد الأهلية كالمجنون ، فمما لا ينتظر عقله لعدم نهايته، لذا يعرض القاضي الإسلام على أبويه ، فأيهما

---

(١)_ المجموع (١٦ / ٢٩٥)، مغني المحتاج (٣ / ٢٥٣)، المغني (٧ / ٥٠٦) ، المبدع (٦ / ١٨٤).

(٢)_ تقدم بيانه ص (١٧٨).

(٣)_ الدر المختار (٣ / ٢٠٦ ، ٢٠٧).

أسلم تبعه حيث يبقى النكاح بينه وبين زوجته، أما إن لم يكن للمجنون أبوين فعلى القاضي أن ينصب عنه وصيًا يقضي عليه بالفرقة.

* ومنه ، نجد ضرورة تقيد القاضي بحدود النص الفقهي دون حيد عنه وتجاوز له، فتكون سلطته مقيدة غير مطلقة . هذا و العلة من تبيان الحكم في المسألة، التأكيد على ضرورة تحقق القاضي بالمعرفة والعلم بكافة أحكام الشريعة ضمن الاختصاص الذي يقضي به ، للتمكن من السير في الدعوى وفقًا للنصوص الشرعية وبالطرق الصحيحة و السليمة .

ثانيًا: إسلام من تزوج أكثر من أربع زوجات.

إذا أسلم الزوج الذي تزوج أكثر من أربع زوجات، فأسلمن زوجاته جميعًا معه ، أوكنَّ كتابيات، إذ يجوز للمسلم أن يتزوج الكتابية بداية، و إن جاز الزواج منها بداية جاز إبقاءها عنده إن أسلم من باب أولى ..

فما الحكم في المسألة، وما واجب الزوج تجاه زوجاته، وما دور القاضي وسلطته في سير الدعوى..

الذي عليه فقهاء الشافعية و الحنابلة[1] ضرورة إلزام الزوج اختيار أربع من زوجاته، ويفارق بالطلاق ما زاد عن الأربع دون تدخل القاضي في طلب المفارقة منه، لا فرق بين زواجه منهن بعقد واحد أو بعقود متتالية . إذ عدّوه من باب الأمر الشرعي، و الأمر يقتضي الوجوب، لذا توجب على الزوج اختيار أربعًا منهن ومفارقة الباقي.

و دليله : ما روي عن ابن عمر [2] رضي الله عنه أنه قال : (أسلم غيلان الثقفي و عنده عشر نسوة ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : ((أمسك أربعًا و فارق سائرهن))[3].

أما إن لم يختر تدخل القاضي وبدأ دوره وسلطته في الدعوى، بإجبار الزوج على الاختيار، علماً أنه لا يجوز للزوج إمساك أكثر من أربع زوجات على عصمته في وقت واحد، وعلى القاضي حبسه ليختار، فإن لم يختر أخرجه من الحبس وضربه جلدات شرعية ، شريطة تقديرها دون أقل الحد ، حسب اجتهاد القاضي في ردع الزوج و إجباره على الاختيار.

---

(١)_ المجموع (١٦ / ٣٠٣)، إخلاص الناوي (٣ / ٨٥) ، المغني لابن قدامة (٧ / ٥٤١).

(٢)_ هو عبد الله بن عمر بن الخطاب بن نفيل القرشي العدوى ،أمه زينب بنت مظعون الجمحية ، ولد سنة ثلاث من المبعث النبوي فيما جزم به الزبير بن بكار قال: هاجر وهو ابن عشر سنين ، وقد ثبت عنه أنه كان له يوم بدر ثلاث عشرة وبدر كانت في السنة الثانية ، وأسلم مع أبيه وهاجر وعرض على النبي صلى الله عليه وسلم ببدر فاستصغره ثم بأحد ، ثم بالخندق فأجازه وهو يومئذ ابن خمس عشرة سنه ، بلغ سبعا وثمانين سنة و قيل : عاش أربعا وثمانين والأول أثبت ، وقال ضمرة بن ربيعة في تاريخه: مات سنة اثنتين أو ثلاث وسبعين [الإصابة (٢/ ١٥٧)]

(٣)_ صحيح ابن حبان ، كتاب النكاح ، باب : نكاح الكفار ، رقم (٤١٥٧) ، (٩/ ٤٦٥)، [قال شعيب الأرناؤوط : رجاله ثقات رجال الشيخين]. لمحمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط٢، عـ(١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م).

فإن لم يختر أعاده إلى الحبس ، فإن لم يفعل أخرجه و ضربه ثانيًا ، و هكذا يكرر القاضي الحبس و الضرب إلى أن يختار ، لأن اختيار الأربع تعين عليه، كما لو كان عليه دين وله مال ناض[1] أخفاه، فإنه يحبس ويعزر إلى أن يظهره ليقضي به الدين.

و على القاضي أن يطلق سراحه ، إن جنَّ في الحبس، لفقده الأهلية، وخروجه عن أهلية الاختيار، فإذا فاق أعيد إلى الحبس و التعزير.

وليس للقاضي سلطة في الاختيار عن الزوج ، لأنه من الحقوق التي لا تقبل النيابة فيها ، علمًا أن الاختيار شهوة ، لذا لا ينوب عنه القاضي فيها .

جاء في المجموع[2]ما نصه: (... ولا ينوب الحاكم عنه في الاختيار، لأنه اختيار شهوة فلم ينب عنه الحاكم). دل مقتضى العبارة إنابة القاضي عن الزوج في المفارقة، لعدم اعتماد الحكم بالتفريق فيه على الشهوة ، لذا ناب القاضي منابه ، شريطة امتناعه عن الاختيار ومفارقة الباقي. وعليه يحكم القاضي على الدعوى بالتفريق بين الزوج و من رفعت الدعوى بطلبه من زوجاته، فإن لم ترفع الدعوى واحدةً منهن ، اجتهد القاضي في الحكم بالمفارقة بما يودي إليه اجتهاده، وحسب ما يرى من معاقبة الزوج فيها، إما أن يفارق بينه و بين جميع زوجاته أو بينه وبين من يعاقب الزوج بمفارقتها، نظراً لأن دور القاضي تنظيم علاقات الناس فيما بينهم و إحقاق الحق و إبطال الباطل، و إظهار حكم الله تعالى في معاملاتهم سيما الشخصية و الحياتية.

ثالثًا: دخول الذمي بالمسلمة بعد حكم القاضي بالتفريق بينهما.

_ إذا أراد ذمي أن يعقد نكاحه على امرأة مسلمة حرم عقده، لحرمة المسلمة على الكافر، فإن تم التعاقد بينهما وجب تفريق القاضي بينهما.

أما إن دخل الذمي بالمسلمة بعد حكم القاضي بالتفريق، اتخذ القاضي إجراءات خاصة بالدعوى ، من معاقبة الزوج بسبب دخوله بالمسلمة، ويوجعه عقوبة، شريطة ألا يزيد ضربه بالسوط على أربعين ، أما المرأة المسلمة فيعزرها القاضي حسب اجتهاده بما يردعها عن الموافقة على هذا النكاح. و على القاضي أن يعزر من سعى بين الذمي و المسلمة وأعانهما على الدخول، لأنها إعانة على ما لا يحل.

ولم يذكر الفقهاء في حق الذمي التعزير، لابتنائه على معنى التطهير، و التوقير قال تعالى: ﴿ وَتُعَزِّرُوهُ وَتُوَقِّرُوهُ وَتُسَبِّحُوهُ بُكْرَةً وَأَصِيلًا ﴿٩﴾ ﴾ سورة الفتح . بل قالوا في حقه يوجعه القاضي عقوبة، لإساءته

(١)_ مال ناض : نضيض الماء سيلانه ، و الناض عند أهل الحجاز الدراهم و الدنانير ، قال أبو عبيد إنما يسمونه ناضًا إذا تحول عينًا بعد أن كان متاعًا . [المغرب (٢٥١) ، المصباح المنير (٢٣٣) ، مادة (نَضَضَ)].

(٢)_ المجموع (١٦ / ٣٠٣).

الأدب فيما صنع واستخفافه بالمسلمين، وارتكابه ما منع منه، فلزم تأديبه[1]. و عللوا لعقوبته بارتكاب المسلم مثله لا يصير ناقضًا للأمانة، وكذا حال الذمي ، لذا لا يقتل ، إلا أنه يوجع عقوبة. خلافًا للمالكية [2] الذين قالوا بقتله لصيرورته بدخوله بالمسلمة ناقضًا للعهد حين باشر ما ضمن في العهد أن لا يفعله.

و إن أسلم الذمي بعد نكاحه لا يترك عليه ، بل يبطل عقده ، لبطلان أصل النكاح بينهما، فلا ينقلب بالإسلام صحيحًا [3].

* ويتضح دور القاضي وسلطته في الحكم وفقًا لما ورد في نصوص الفقهاء من حكم شرعي خاص بالمسألة، مما يجعله مقيدًا بها ، أما كيفية التعزير فسلطته تقديرية ينظر فيها بالطريقة التي يراها تردع الجاني أو المذنب ، لاختلاف الاجتهاد فيه من عصر إلى عصر ، والله أعلم.

---

(١)_ المبسوط (٥ / ٤٣، ٤٤).

(٢)_ التاج و الإكليل (٨ / ٤٢٧) ، الفواكه الدواني (٢ / ٢٠٢) .

(٣)_ المبسوط (٥ / ٤٣ / ٤٤).

المبحث الرابع

آثار سلطة القاضي في التفريق بتغيير الدين .

يترتب على السير في إجراءات دعوى التفريق بتغيير الدين وقضاء القاضي بالحكم بالتفريق بينهما وفقًا للنصوص الشرعية الواردة فيها، آثارٌ شرعية. تتعلق ببيان نوع التفريق الذي حكمه القاضي بين الزوجين، هل يعد طلاقًا أم فسخًا..؟ وما يترتب عليه من أثر على المهر و النفقة و العدة ؟

هذا ما سأبينه في ثنايا المبحث بتوفيق الله تعالى....

المطلب الأول: نوع التفريق بتغيير الدين .

ذكر فقهاء الحنفية[1] في نوع تفريق القاضي حالتين:

- إسلام أحد الزوجين دون الآخر.
- ردة أحد الزوجين.

أما **الحالة الأولى** فإن أسلم الزوج ، وعرض القاضي الإسلام على زوجته ، فأبته فسخ عقدهما بتفريق القاضي ، لأن الفرقة من قبلها ، إذ الإباء عن الإسلام بمثابة الحكم بالتفريق، لتأديته إليه، يضاف إليه أن الفرقة من الزوجة لا تصلح لأن تكون طلاقًا، لأنها لا تلي الطلاق، لذا عدّوها فسخًا. وقالوا: (لو كانت هي الآبية تكون الفرقة فسخًا، و الفسخ رفع للعقد فلا يقع الطلاق في عدته). و يدل مفهوم العبارة على أن حكم القاضي بالتفريق رفعًا للعقد من أصله، و إذا رفع العقد، لم يعد للزوج صلاحية في تطليق زوجته في عدتها، فيكون حكم القاضي بالتفريق وسلطته فيها أقوى من سلطة الزوج في أحقيته بالطلاق .

- أما إن أسلمت الزوجة ، وعرض القاضي الإسلام على زوجها فأباه، طلقها القاضي عليه عند أبي حنيفة ومحمد من الحنفية وفسخ نكاحها عند أبي يوسف _رحمه الله تعالى _فهي طلاق عندهما ، لأن الأصل في التفريق تفريق الطلاق، فيجعل طلاقًا ما أمكن، و الزوج يملكه، و لأنها فرقة من جانب الزوج فتكون طلاقًا.

أما أبو يوسف فاستدل بأنه تفريق يشترك في سببه الزوجان، ويستويان فيه، إذ أن الإباء من كل واحد منهما يعدُّ سببًا للحكم القضائي بالتفريق بينهما، و الفرقة الحاصلة بإبائها هي فرقة فسخ بالاتفاق مع أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، فكذا في إبائه من وجهة نظر أبي يوسف رحمه الله تعالى لاستواء الزوج و الزوجة في السببية، كما إذا ملك أحدهما

---

(١)_ بدائع الصنائع (٣/ ٦٠٧، ٦٠٨، ٦٠٩)، حاشية رد المحتار (٣/ ٢٠٨، ٢١٢)، تنقيح الفتاوى الحامدية (١/ ٥٦)، القوانين الفقهية (١٣٢).

صاحبه. فالعلة عند أبي يوسف اختلاف الدين وقد وجدت من كليهما لذا عدّ الحكم بالتفريق القضائي بين الزوجين لإسلام أحدهما فسخًا لا فرق بين إباء الزوج و إباء الزوجة.

أما **الحالة الثانية** فردة أحد الزوجين تفسخ العقد بينهما لانفساخه بمجرد ردة أحدهما دون حاجة إلى تفريق القاضي وقضائه .

و استقر الاجتهاد في المحاكم الشرعية السورية[1] على ما استقر عليه المذهب الحنفي من أحكام شرعية في المسألة. جاء في المادة (١٢٦) ما نصه[2] : (يفرق القاضي لإباء الصبي المميز و أحد أبوي المجنون طلاقٍ لا فسخٍ ، وما لم يفرق القاضي بينهما فالزوجية باقية).

و نص القانون في المادة (٣٠٣) منه على نوع الفرقة بردة أحد الزوجين ، حيث جاء فيها[3] : (إذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام انفسخ النكاح و وقعت الفرقة بينهما للحال بلا توقف على القضاء وهذه الفرقة فسخ لا تنقص عدد الطلاق).

أما فقهاء المالكية و الشافعية و الحنابلة[4] فقد أجملوا في نوع تفريق القاضي بتغيير الدين، حيث عدوه فسخًا على الإجمال، لا فرق بين تغيير الدين بإسلام أحد الزوجين أو ردته ، إلا المالكية فعدُّوا الردة طلاقًا لا فسخًا ، وخصوا الزوجة المرتدة بأنها إذا ارتدت بقصد فسخ نكاحها لم ينفسخ عقد نكاحها معاملة لها بنقيض قصدها، أما الزوج المرتد فإن قصد بردته فسخ نكاحه لزوجته، بتحقق قصده و يعدُّ طلاقًا منه، لأن العصمة بيده.

وعلل الجمهور بأنها فرقة باختلاف الدين، فكانت فسخًا، ولأنها فرقة بغير لفظ فكانت فسخًا كفرقة الرضاع. إذ العلة اختلاف الدين وقد وجدت، لذا انفسخ عقد النكاح بينهما.

* ومما يترتب على نوع التفريق القضائي أنّ من عدّه طلاقًا نقص به عدد الطلقات التي يملكها الزوج، حتى إذا أسلم الزوج ورد إليه زوجته بعد حكم القاضي بالتفريق ملك الزوج طلقتين فقط على زوجته، أمّا إن عدّوها فسخًا لم ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج، بل يبقى مالكًا للطلقات الثلاث.

---

(١)_ قانون الأحوال الشخصية لقدري باشا (١٦١، ٢٠٠).

(٢)_ قانون الأحوال الشخصية لقدري باشا (١٦١).

(٣)_ قانون الأحوال الشخصية لقدري باشا (٢٠٠).

(٤)_ المدونة الكبرى (٤ / ٢٩٨)، حاشية الدسوقي (٣ / ٩٢)، شرح منح الجليل (٢ / ٧١)، المجموع (١٦ / ٢٩٩)، المغني لابن قدامة (٧ / ٥٣٣)، المبدع (٦ / ١٧٩) .

* بناءً على ما ذكر يتوجب على القاضي الحكم بالتفريق وبيان نوع الفرقة الذي قضى بها حتى إذا حكم به على أنه فسخ و قد جعله الفقهاء طلاقًا فقد أوجب النقض لمخالفته النص الشرعي المعمول به في المذهب.

المطلب الثاني: أثر التفريق بتغيير الدين على المهر و النفقة و العدة.

يترتب على تفريق القاضي آثارٌ شرعية عديدة ، منها ما يتعلق بالمهر ، ومنها ما يتعلق بالنفقة والسكنى ، و منها ما يتعلق بوجوب العدة على الزوجة.

* أما ما يتعلق منها بالمهر فمما يتوجب على القاضي بعد قضائه بالتفريق وفقًا لإجراءات سير الدعوى الشرعية الآنفة الذكر أن يقضي للزوجة بالمهر كاملًا ، إن فرق بسبب إباء الزوجة عن الدخول في الإسلام شريطة الدخول بينهما، لأن المهر مما يتأكد بالدخول بين الزوجين، أما إن لم يدخل الزوج بزوجته فلا مهر لها، لأن الفرقة من قبلها و المهر لم يتأكد بالدخول فصار كما لو حصلت الردة بين الزوجين التي لا توجب المهر أيًا كانت حالتها.

هذا ما عليه فقهاء الحنفية [1] في المذهب عندهم، وقد وافقهم فقهاء الشافعية[2] الذين أوجبوا للزوجة المهر المسمى شرط حصول الدخول بين الزوجين، لا فرق عندهم في اختلاف الدين بين دخول أحد الزوجين في الإسلام وبين ردته، فكلا الحالتين موجب للمهر المسمى عندهم، وعلى القاضي أن يقضي به للزوجة بعد القضاء بالتفريق بين الزوجين.

أما فقهاء الحنابلة[3] فقد ورد عندهم روايتان:

أما **الرواية الأولى** فلم يوجبوا فيها المهر للزوجة مطلقًا باختلاف الدين إن كانت الزوجة هي المسلمة .

و **الرواية الثانية** تقضي بوجوب نصف المهر للزوجة إن كانت هي المسلمة، وعللوا بأن الفرقة قد حصلت من قبل الزوج بإبائه الإسلام، و امتناعه منه و الزوجة قد فعلت ما فرض الله عليها فكان لها نصف ما فرض الله لها.

و عللوا لعدم إيجاب المهر الوارد في الرواية الأولى بأن التفريق من القاضي قد حصل بسبب اختلاف الدين، واختلاف الدين حصل بإسلام الزوجة، لذا حصلت الفرقة بفعل الزوجة، و إذا حصلت بفعلها لم يجب لها شيء من المهر كما لو حصلت الردة بينهما حيث لم يجب لها شيء من المهر عندهم مطلقًا.

---

(١)_ الهداية (١ / ٢٥٤).

(٢)_ مغني المحتاج (٣ / ٢٧١).

(٣)_ المغني لابن قدامة (٧ / ٥٣٣ ، ٥٣٤) ، المبدع (٦ / ١٨٣ ، ١٨٤).

* أما ما يتعلق بوجوب العدة و نفقة الزوجة فيها وسكناها، فالذي عليه فقهاء الحنفية[1] إيجاب العدة على الزوجة والنفقة لها و السكنى سواء قضى القاضي بالتفريق بسبب دخول أحد الزوجين في الإسلام و إباء الآخر أم بسبب ردة أحد الزوجين، إلا أنهم شرطوا لإيجاب العدة و نفقة الزوجة فيها وسكناها الدخول بين الزوجين، لأنه بالدخول يقوم السبب الموجب لإيجاب ما ذكر وهو حق الحبس للزوج عليها بسبب النكاح .

أما الشافعية و الحنابلة[2] فاتفقوا على إيجاب نفقة العدة على الزوج إن ارتد وحده، لأنهم عدُّوا المانع من جهته، أما إن ارتدت الزوجة وحدها فلا نفقة لها زمن الردة و إن أسلمت في العدة، لأنها كالناشزة بالردة بل أولى من الناشز. أما لو ارتدا معًا فلا نفقة لها عندهم.

* نستخلص مما سبق ، أنه يتوجب على القاضي العلم بالآثار الشرعية المترتبة على تفريقه بين الزوجين وفقًا للمذهب المعمول به في القانون و الاجتهاد القضائي حسب الحالة المذكورة، و أن يذكر الآثار بعد قضائه بالتفريق، فإن خالف المذهب المعمول به في قضائه بالتفريق في المسألة المجتهد فيها توجب نقض حكمه بالتفريق وعدم منح حكمه قوة إلزامية على طرفي الدعوى، و عليه فمعرفة القاضي بالأحكام الشرعية المتعلقة بالتفريق لاختلاف الدين و آثاره وقضاء القاضي حسب علمه و اتباعه المذهب المعمول به وفقاً للحالة المعروضة أمامه مما يعطي قضاء القاضي قوة إلزامية لحكمه القضائي، و أي خلل يوجب نقض الحكم و إبطاله. فتكون سلطة القاضي مُلزِمَة و مُلزَمة بتطبيق النص الشرعي الوارد فيها حكمًا و أثرًا ، و الله أعلم.

(١)_ بدائع الصنائع (٥ / ١٠٧، ١٠٨)، تنقيح الفتاوى الحامدية (١ / ٥٦).

(٢)_ مغني المحتاج (٣ / ٢٦٧)، إخلاص الناوي (٣ / ٨٧)، المبدع (٦ / ١٨٤).

الفصل السادس

سلطة القاضي في التفريق بسبب الشرع

ويتضمن المباحث التالية :

المبحث الأول : سلطة القاضي في التفريق بسبب الإيلاء .

المبحث الثاني : سلطة القاضي في التفريق بسبب اللعان .

المبحث الثالث : سلطة القاضي في التفريق للظهار والخلع .

تمهيد

تقوم الحياة الزوجية على التحابب و التعاطف و التوادد بين كلا الزوجين ، مصداقًا لقوله تعالى :﴿ وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴿٢١﴾ ﴾ سورة الروم .

و عليه ، يعدُّ كل ما يصدر من أحد الزوجين مما شأنه زيادة المودة و الرحمة بينهما ، السبيل الأمثل لتواصل الحياة الزوجية و إسعادها و تحقيق هدفها الأسمى بديمومتها و حفظ النسل فيها. و على نقيضه فالظلم و الضرر من شأنه قطع العلاقة الزوجية ، و إبطال هدفها المعهود من السكن و الاستقرار النفسي وزيادة النسل .

و يتفرع عن الظلم و الإضرار بأحد الزوجين ، ما سببه شرعي كالإيلاء و اللعان و الظهار والخلع ، و ما سببه غير شرعي كالضرب المبرح و الأذى و غيرهما .و مما يتبادر الى الذهن أن شرعية السبب في هذه التصرفات تستوجب منع القاضي وحجبه عن التدخل فيها ، وإن لحق أحد الزوجين الضرر.

ومنه تنطلق أهمية البحث في معاني تلك الأسباب الشرعية وأحكامها وشروطها وحكم مشروعية سلطة القاضي في التفريق بها و وإيضاح دوره في إجراءات الدعوى ، بدءًا من سيرها بكافة مراحلها ومعرفة ثبوتها بالطرق الشرعية ، وبيان دور القاضي في الحكم عليها ومدى نفاذ حكمه، وختامًا توضيح ما يترتب على الحكم القضائي من آثار تقتضيه.

هذه جزئيات موضوع البحث في ثنايا الفصل الآتي ، ما وفقني المولى .

المبحث الأول

سلطة القاضي في التفريق بسبب الإيلاء.

الإيلاء نوع من الإساءة إلى المرأة وسوء معاشرتها ، و قد شاع بين الأزواج في الجاهلية ، فإذا حلف الرجل على ترك وطء زوجته ، فقد ظلمها وألحق بها ضررًا قد لا تحتمله، علمًا أن حلفه دونما هجرها، لذا وضع الشارع الحكيم أحكامًا تنصف المرأة المظلومة من تعسف زوجها، تتمثل في تفريق القاضي لإيلاء الزوج، الذي تنطلق منه أهمية البحث في معنى الإيلاء وحكمه وشروطه ، وحكم مشروعية تفريق القاضي بسببه، وحدود سلطته في دعوى التفريق به ، بدءًا من أول مراحل سيرها وإثباتها والحكم عليها وختامًا بما يترتب على تفريقه من آثار تقتضيه.

هذا ما سأرد على تفصيله في ثنايا المبحث ، محاولةً إبراز حدود سلطة القاضي في التفريق بهذا السبب .

المطلب الأول : تعريف الإيلاء وحكمه وشروطه.

أولًا : تعريف الإيلاء .

الإيلاء في اللغة : الحلف مطلقًا ، سواء على ترك قربان الزوجة أو على شيء آخر ، مأخوذ من آلى على كذا يولي إيلاءً إذا حلف على فعل شيء أو تركه[1].

أما في الاصطلاح الفقهي: فتقاربت تعريفات فقهاء المذاهب الأربعة[2]للإيلاء فيما اصطُلح عليه شرعًا فيما بينهم وهو : اليمين بالله تعالى أو بصفة من صفاته، يحلفها الزوج الذي يصح طلاقه على ألا يقرب زوجته ويمتنع من وطئها أربعة أشهر أو أكثر أو يعلق على قربانها ما يشق عليه ، كما لو قال لزوجته: والله لا أقربك مدة أربعة أشهر أو مدة سنة، أو يقول: والله لا أقربك أبدًا أو مدة حياتي ، أو يقول: إن قربتك فلله عليَّ صيام شهر أو حج أو إطعام عشرين مسكينًا ونحوه ، فكل ما ذكر من صيغ يعدُّ إيلاءً شرعيًا.

ثانيًا : حكم الإيلاء .

شاع الإيلاء عند العرب قبل الإسلام ، يحلف الرجل منهم على ترك قربان زوجته السنة والسنتين وأكثر من ذلك ومقصده إيذاؤها والإضرار بها ، ويمضي في يمينه من غير لوم أو حرج ، وقد تقضي الزوجة عمرها كالمعلقة بين الزوجة

---

(١)_[المصباح المنير (٢٥٨) ، مادة (وَلِيَ)].

(٢)_حاشية رد المحتار (٣/ ٤٦٣) ، تبين الحقائق (٣/ ١٦٩) ، مواهب الجليل (٣/ ١٧٣) ، تقريرات عليش (٣/ ٣٤٤) ، مغني المحتاج (٣/ ٤٤٩، ٤٥٠)، المغني لابن قدامة (٨/ ٥٤٢).

التي تتمتع بحقوقها والمطلقة التي يغنيها الله من سعته . فلما جاء الإسلام أنصف الزوجة من تعسف زوجها ، فحدد للمولي مدة أربعة أشهر فإن عاد إليها ضمن المدة حنث في يمينه ، وكفَّر عنه كفارة اليمين .

أما في الآخرة فيأثم الزوج إن لم يفىء إلى زوجته[1].قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٢٢٦﴾ ﴾ سورة البقرة.

جاء في مغني المحتاج[2] : (و هو حرام للإيذاء) .

وقد أمكن عند الحنفية[3] عدم المعصية فيه لإمكان رضى الزوجة به، خوفًا على الولد ، وعدم موافقة مزاجها ونحوه ، لذا يتفق الزوجان عليه لقطع لجاج النفس .

وأيًا كان حكمه الأخروي ، فما يقصده الزوج بحلفانه عدم قربان زوجته من الإضرار بها وإيذائها وظلمها، فيه من الحرمة و المعصية الكثير لحتمية حرمان الزوجة به حقًا ثبت لها بموجب عقد الزواج.

أمَّا حكمه الدنيوي فالزوج بالخيار بين الرجوع والفيئة[4] في المدة الشرعية المقدرة أو استمرار الامتناع عن القربان حتى مضي المدة.

ولكلٍّ حكمه الشرعي الخاص به ، والذي سأورد على ذكره بتوفيق الله تعالى ، والمهم فيما ذكر تبيان عدم سلطة القاضي في التدخل في الحكم الأخروي المترتب على الإيلاء ، لضرورة الصلة فيه بين الزوج وربه ، فالله تعالى أعلم بالنوايا والقصد من تصرفات العباد و يحاسب عليها.

أما الحكم الدنيوي ، فعلى القاضي التفقه في جزئياته، لتتكون لديه الملكة العلمية حول حكم الإيلاء الشرعي الدنيوي ، فيستفيد منها في قضائه بالتفريق في وقته بعد سيره في الدعوى على الوجه الشرعي السليم.مما يستلزم تقيد القاضي بالنص الفقهي الوارد ، لتكون سلطته مقيدة لا مطلقة ، والله أعلم.

ثالثًا : الشروط الشرعية للإيلاء .

قد يصدر عن الزوج تصرف يعرف بالإيلاء، يعبر عنه بلفظه أو ما في معناه، لذا اشترط جملة من الشروط الشرعية لصحته ، منها ما يتعلق بتصرف الإيلاء ذاته ، ومنها متعلق بكلا الزوجين، (المولي والمولى منها) ، ومنها متعلق بلفظه

(١)_ حاشية رد المختار(٣/ ٤٦٥)، بدائع الصنائع(٤/ ٤٥١)

(٢)_ مغني المحتاج (٣/ ٤٥٠) .

(٣)_حاشية رد المحتار (٣/ ٤٦٥).

(٤)_ الفيئة : فاء الرجل يفيء فيئًا من باب رجع ، و فاء المولي فيئة رجع عن يمينه إلى زوجته .[المصباح المنير (١٨٥) ، مادة (فَيء)].

ومنها بمحل الحلف ، لتترتب عليه أحكامه الشرعية ، علاوةً على صحة تسميته إيلاءً من وجهة نظر الشرع ، هذه الشروط هي:

١. أن يكون الزوج المولي ممن يصح طلاقه ، أي أهليته للطلاق، التي تشمل بلوغه وعقله وقدرته على المخالطة الجنسية ، بما فيها الوطء، لأن عجز الزوج عن قربان زوجته التي حلف على ترك قربانها مما يستوجب عدم انعقاد يمينه . جاء في الدر المختار[١] : (وأهلية الزوج للطلاق).
٢. أن تكون المولى منها زوجة (حقيقية أو حكمًا) ، معتدة من طلاق رجعي وقت تنجيز الإيلاء، فإن بانت من زوجها بثلاث او بلفظ بائن ما صح الإيلاء منها.
٣. تجاوز المدة في الحلف، وأقلها أربعة أشهر، بأن يحلف المولى على ترك الوطء أكثر من أربعة أشهر ، لأن الله تعالى جعل للحالف تربص أو انتظار أربعة أشهر ، فإذا حلف على أربعة أشهر أو ما دونها فلا معنى للتربص، لانقضاء مدة الإيلاء قبله أو معه مما ينتفي معه إيلاء الزوج دون تلك المدة[٢].
٤. الحلف على عدم قربان الزوج زوجته، سواء لمصلحة الزوجة أو الزوج على خلاف بين الفقهاء في المسألة [٣].
٥. ترك الفيء أو الرجوع والجماع في المدة المقررة ، وهي أربعة أشهر[٤] ، لأن عزم الطلاق شرط وقوعه، لقوله تعالى :﴿ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٢٢٧﴾ ﴾ سورة البقرة . فلفظ (إن) للشرط. وعزم الطلاق ترك الفيء في المدة. أما دليلهم على تقييد المدة بأربعة أشهر فكينونة الفيئة في مدة الأربعة أشهر لا بعدها[٥] .

* و بعد معرفة القاضي بتلك الشروط توجب عليه التحقق من مدى توافرها في الدعوى المقدَّمة لديه ، و التأكد من مدى شرعيتها، على الاختلاف المذهبي الوارد فيها، مما يجعل دوره حيالها الاجتهاد في التحقق من توافر الشروط الشرعية في الدعوى وتكييفها، إلا أنه اجتهاد مقيد بحدود النص الفقهي الوارد، والله اعلم .

---

(١)_ الدر المختار (٣/ ٤٦٤) .

(٢)_ بدائع الصنائع (٤/ ٤٣٧)، تحفة الفقهاء(٢/ ٢٠٣) ، الشرح الصغير (٢/ ٤٠٢ ،٤٠٣)، مغني المحتاج(٣/ ٤٤٩) .

(٣)_ حاشية رد المحتار (٣/ ٤٦٣)، مغني المحتاج (٣/ ٤٤٩)، بجيرمي على الخطيب (٤/ ٢).

(٤)_ حاشية رد المختار (٣/ ٤٦٥)، معنى المحتاج(٣/ ٤٥٦)، المغني (٨/ ٥٤٢).

(٥)_ تفسير ابن كثير (١/ ٢٦٩)، تفسير الطبري (٢/ ٤٢٦).

المطلب الثاني: مشروعية سلطة القاضي في التفريق للإيلاء.

بانعقاد الإيلاء صحيحًا واستيفائه لأركانه السالفة، استوجب فيء الزوج إلى زوجته ليجامعها بعد التكفير عن حنثه، فإن لم يفعل بعد مضي المدة حسب ما تقدم ذكره في حكم الإيلاء وشروطه الشرعية ، فقد اختلفت عبارات الفقهاء وآراؤهم في ضابط تفريق القاضي بسبب الإيلاء، وفي شرعيته في التفريق. بعد انقضاء المدة وعدم الفيء إلى الزوجة.

أولًا: ضابط التفريق بسبب الإيلاء.

اشترط فقهاء المالكية[1] ضرورة توافر ضابط تفريق القاضي بين الزوج المولي وزوجته، الذي قصدوا به نية الإضرار بالزوجة جراء الحلف والإيلاء.

جاء في تقريرات عليش[2]ما نصه : (إذا حلف ليعزلنّ عن زوجته زمنًا يحصل به ضررها، أو حلف لا يبيت عندها أو ترك وطأها ضررًا من غير حلف أو أدام العبادة و تضررت الزوجة من ترك الوطء) . فمضمون العبارة واضح في اشتراط قصد المولي الإضرار بزوجته بترك وطئها مدة لا صبر للنساء عليها، علاوةً على أنهم عدوه شرطاً لصحة الإيلاء، فضلًا عن شرطيته لصحة تفريق القاضي بسببه.

و عليه، إذا حلف الزوج ألا يطأ زوجته ما دامت ترضع أو حتى تفطم ولدها أو مدة الإرضاع، امتنع القاضي من التفريق بسبب الإيلاء، لعدم عدِّه إيلاءً بتوافر ضابطه.

أما الحنفية والشافعية والحنابلة [3] فلم يشترطوا الضابط لصحة تفريق القاضي به ، فمتى حلف الزوج ألا يطأ زوجته أربعة أشهر فأكثر كان موليًا عندهم، قصد الإضرار بزوجته بترك وطئها أم لم يقصد ، لا فرق عندهم بين حلفه لمصلحة الزوج أو لمصلحة الزوجة.

* ومن خلال البحث في رأي الجمهور في المسألة نجد أنهم عللوا به جواز التفريق بسبب الإيلاء وإن لم يشترطوه ضابطًا للتفريق ، تعليلهم لجواز التفريق بسبب الإيلاء ما يودي إليه من زوال الضرر بالمرأة المطلوب زواله، فضلًا عن تخليصها من ضرر تعليقها بيمين الإيلاء.وعليه يتوجب على القاضي رفع الضرر و إزالته ما أمكن، ليقوم بدوره كقاضٍ نصِّب للعمل على إسعاد الناس ورفع الضرر عنهم وإقامة شرع الله تعالى في هذه المعمورة. والله أعلم.

---

(١)_ تقريرات عليش(٣/ ٣٥٠) ، الشرح الصغير(٢/ ٤١١)، بداية المجتهد (٣/ ١١١٦) ، حاشية الدسوقي(٢/ ٥٠٠)

(٢)_ تقريرات عليش (٣/ ٣٥٠).

(٣)_ البناية (٥/ ٢٧١) ، المجموع (١٧/ ٣٣٠)، المبدع (٦/ ٤٥٣).

ثانيًا: أقوال الفقهاء في تفريق القاضي للإيلاء.

اختلف الفقهاء في تطليق الزوجة المولى منها مع عدم فيئة زوجها بعد مضي المدة، هل تطلق منه مباشرة بالسبب الشرعي الوارد، أم يشترط لتطليقها لفظ الزوج الصريح بالطلاق، ولو بعد مضي الأربعة أشهر، سواء صدر الطلاق بأمر القاضي أم بإرادة الزوج المنفردة ؟ وما هي شرعية تفريق القاضي بطريق النيابة إن امتنع الزوج عن التطليق ؟..

أما فقهاء الحنفية[1] فلم يجيزوا للقاضي التفريق بسبب إيلاء الزوج من زوجته، فإن لم يفء إليها بعد مضي المدة، طلقت منه عقب انقضائها مباشرة، دونما حاجة إلى تطليق الزوج بلفظه ولا تفريق القاضي بحكمه، فإن صدر منه الحكم بالتفريق فلا معنى له عندهم، لأن طلاقها منه يقع مباشرة بسبب الشرع الذي يقضي بوقوع الطلاق بمضي المدة دون الفيئة خلالها، إذ لا سلطة للقضاء مطلقًا في الحكم بالتفريق عندهم.

أما جمهور الفقهاء(المالكية والشافعية والحنابلة)[2] فقد أجازوا للقاضي التطليق على الزوج المولي والحكم بالتفريق بينه وبين زوجته، شريطة عدم الفيئة بعد مضي المدة ورفع الزوجة أمرها إليه ليأمر الزوج بالفيئة أو الطلاق، فإن أبى وطالبت بالطلاق دونه طلق القاضي عليه عندهم، وتنص الرواية الثانية عند الإمام الشافعي والإمام أحمد على عدم شرعية تفريق القاضي للإيلاء، اذ يشترط تطليق الزوج عند عدم الفيئة بعد المدة.

بينما منح الزيدية [3] القاضي سلطة إجبار الزوج المولي على الفيئة أو الطلاق، إن مضت المدة دونهما وطالبت بأحدهما الزوجة، لتكون شرعية سلطته على الإجبار بالطلاق لا الحكم به.

جاء في التاج المذهب [4]: (ومواقعتها بعد مضي الأربعة أشهر..... ويحبس الزوج إن امتنع حتى يطلق أو يفيء) . فالعبارة واضحة في منح القاضي سلطة الإجبار على التطليق إن آلى من زوجته، دون سلطة الحكم به مطلقًا.

ثالثًا: الأدلة والمناقشة والترجيح .

يرجع منشأ الخلاف بين رأي الحنفية والجمهور إلى اختلافهم في تفسير قول الله تعالى : ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ۖ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٢٢٦﴾ ﴾ سورة البقرة . فيرى فقهاء الحنفية [5] معنى الآية، فإن فاؤوا في المدة فإن الله غفور رحيم لما أقدموا عليه من الحلف على الإضرار بالزوجة بحرمانها من حقها المشروع ما داموا قد عدلوا عن أيمانهم

(١)_ بدائع الصنائع (٤/ ٤٥١) ، الهداية (٢/ ٢٩٩) ، ينظر تبيين الحقائق (٣/ ١٧٢) ، البناية (٥/ ٢٧١ ،٢٧٠) .

(٢)_ بداية المجتهد (٣/ ١١١٦)،مغني المحتاج (٣/ ٤٥٦ ومابعدها)، المجموع(١٧/ ٣٣٢ ،٣٣٠)،المغني لابن قدامة(٨/ ٥٤٣ ،٥٤٢)،المبدع (٦/ ٤٥٤ ،٤٥٣).

(٣)_ التاج المذهب (٢/ ٢٥٧).

(٤)_ التاج المذهب (٢/ ٢٥٧).

(٥)_ أحكام القرآن للجصاص (١ / ٤٨٨) ، الهداية (٢/ ٢٩٩) ، البناية (٥/ ٢٧١).

بالحنث فيها، أما إن لم يفيؤوا فيها فقد دل على عزمهم الطلاق ، فإذا مضت المدة وقع الطلاق بحكم الشارع دون تطليق الزوج أو حكم القاضي بالتفريق، ووقوع الطلاق بمضي المدة جزاء ظلم المولي زوجته بمنع حقها، إذ جازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي المدة ، وهو ما أثر عن سيدنا عثمان وعلي وزيد بن ثابت[1] رضي الله عنهم أجمعين. ولأن الإيلاء طلاق في الجاهلية فحكم الشرع بتأجيله الى انقضاء المدة ، تخليصًا للمرأة المولي منها من ضرر تعليقها بتطليق الزوج أو حكم القاضي به.

أما جمهور الفقهاء[2] فيرون معنى الآية ، للذين يحلفون على ترك قربان زوجاتهم انتظار أربعة أشهر فإن فاؤوا ورجعوا عما منعوا أنفسهم منه بعد مضي المدة فإن الله غفور رحيم لما حدث منهم من اليمين والعزم على ظلمه ، وإن عزموا الطلاق بعد انقضاء المدة فإن الله سميع لما يقع منهم من الطلاق ، عليم بما يصدر عنهم من خير أو شر فيجازيهم عليه .

يؤيد هذا التفسير ما روي عن سهل بن أبي صالح[3] عن أبيه[4] قال: سألت اثني عشر رجلًا من أصحاب رسول الله ﷺ عن الرجل يولي من امرأته فكلهم يقول: ليس عليه شيء حتى تمضي أربعة أشهر فيوقف، فإن فاء وإلا طلق القاضي عليه[5] .

---

(١)_ هو زيد بن ثابت بن الضحاك بن زيد بن لوذان بن عمرو بن عبد عوف ، الإمام الكبير شيخ المقرئين و الفرضيين ، مفتي المدينة ، أبو سعيد الخزرجي البخاري الأنصاري ، كاتب الوحي ، أسلم لمّا هاجر النبيﷺ و هو ابن إحدى عشرة سنة، قال عنه النبي ﷺ : (أفرض أمتي زيد بن ثابت) ، حدّث عن النبي ﷺ و عن صاحبيه و قرأ عليه القرآن بعضه أو كله ، اختلف في وفاته فمنهم من قال توفي سنة (٤٥ هـ) و قيل : سنة (٥٦ هـ) ، و قيل : سنة (٥١ هـ) . [سير أعلام النبلاء (٤ / ٧٣ ، ٧٤، ٧٥، ٧٦، ٨٢) ، شذرات الذهب (١/ ٢٣٧)] .

(٢)_ أحكام القرآن لابن العربي (١/ ٢٤٧ ،٢٤٨)، أحكام القرآن للشافعي (١/ ٢٣٢، ٢٣١) ، بداية المجتهد(٣/ ١١١٦) ، مغني المحتاج (٣/ ٤٥٩)، كشاف القناع (٥/ ٤٢٧).

(٣)_ هو سهيل بن أبي صالح السمان المدني ، أبو يزيد ، مولى جويرية بنت الأحمس الغطفانية ، كان من كبار الحفاظ لكنه مرض مرضة غيّرت من حفظه ، روى عن أبيه و طبقته ، كان كثير الحديث ، ثقة مشهورًا ، أخذ عنه مالك و الكبار. [العبر في خبر من غبر (١/ ١٩٠) لمؤرخ الإسلام الحافظ الذهبي ، ت (٧٤٨هـ/ ١٣٤٧م) تحقيق : د. صلاح الدين المنجد ، ط٢ ، مطبعة حكومة الكويت ، عـ(١٩٨٤م) ، سير أعلام النبلاء (٦/ ٢٣٧)] .

(٤)_ هو أبو صالح السمان ، القدوة الحافظ الحجة ، ذكوان بن عبد الله ، مولى أم المؤمنين جويرية الغطفانية ، من كبار العلماء بالمدينة ، ولد في خلافة عمر ، وشهد يوم بدر ، ذكره الإمام أحمد فقال : ثقةٌ ثقة ، من أجلّ الناس وأوثقهم، توفي سنة(١٠١ هـ) . [سير أعلام النبلاء (٥/ ٥٢١ ، ٥٢٢)].

(٥)_ سنن البيهقي الكبرى ، كتاب : الإيلاء ، باب : من قال يوقف المولى بعد تربص أربعة أشهر فإن فاء و إلا طلق ، رقم (١٤٩٨٦) ، (٧/ ٣٧٧) .

* سنن الدار قطني ، كتاب : الطلاق و الخلع و الإيلاء و غيره ، رقم (١٤٧) ، (٤/ ٦١) .

* فتح الباري ، كتاب : الطلاق ، باب : قول الله تعالى : ((للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر)) ، رقم (٥٢٩١) ، (٩/ ٤٢٩) .

* نيل الأوطار ، كتاب : الإيلاء ، (٤/ ٣٩٢ ، ٣٩٣) . [و أما الآثار الواردة عن اثني عشر رجلاً من أصحاب النبي ﷺ فأخرجها البخاري في تاريخه موصولة] .

و دليلهم العقلي على مشروعية تطليق القاضي بطريق النيابة ، أنه لا سبيل إلى دوام إضرار الزوجة المولى منها ، كما عدم إجبار زوجها على الفيئة، لأنها لا تدخل تحت الإجبار ، و الطلاق يقبل النيابة ، فناب القاضي مناب الزوج المولي عند الامتناع عن الفيئة ، كما للقاضي حق الترويج عن العاضل واستيفاء الحق من المماطل . ولقيام القاضي مقام الزوج لذلك ملك ما يملكه.

واستدل الشافعية والحنابلة [1] للرواية الثانية التي منحوا للقاضي فيها سلطة حبس الزوج المولي من زوجته والتضييق عليه حتى يطلق ، بأنهم عدوا حكمهم مفضيًا إلى زوال ضرر المرأة المطلوب زواله ، لذا لم يفرق القاضي ، ولأن الزوج إذا خيِّر بين أمرين لم يقم غيره مقامه، كاختياره لبعض الزوجات اذا أسلم على أكثر من أربع .

ويرد على الاستدلال لهذه الرواية بأنه قياس مع الفارق بين تفريق القاضي والتخيير المذكور لعدم تعيين المستحق من النسوة خلاف الإيلاء، ولأنها خيرة تشهٍ بخلاف الخيرة هنا ، كما لا خيرة هنا بين أمرين ، لأن الزوج مأمور بالفيئة ثم الطلاق.

وقد ذكر المالكية [2] منشأ الخلاف بينهم وبين الحنفية في معارضة الأصل المعروف في الطلاق للمصلحة ، فمن راعى الأصل المعروف في الطلاق قال: لا يقع الطلاق إلا من الزوج ، ومن راعى الضرر الداخل من ذلك على النساء، قال : يفرق القاضي .ولعل مرجعهم ضابط الحكم بالتفريق بسبب الإيلاء والله أعلم.

* ويبدو للباحثة أن رأي المالكية ومن وافقهم من الجمهور في ظاهر الرواية هو الأقوى والأصح دليلًا، والأكثر مصلحة من رأي الحنفية وهو ما ترجح [3] لدى الأستاذ الشيخ علي الخفيف والدكتور وهبة الزحيلي ، إذ لا دليل في الآية الكريمة على ضرورة الفيئة في المدة، ولا على وقوع الطلاق بانتهائها، ففي قوله تعالى ﴿ وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٢٢٧﴾ ﴾ سورة البقرة . دليل صريح على عدم وقوع الطلاق بانقضاء المدة، لعدم الحاجة الى العزم عليه بعد وقوعه بانقضائها. علاوة على أنه قد يكون من المصلحة مفاتحة الزوج بعد انقضاء المدة ، فيما صدر عنه من يمين يقضي امتناعه عن قربان زوجته ليراجع نفسه ويدرك خطورة ما فعل، وهو خير من إيقاع الطلاق وفصم عرى الزوجية بمجرد مضي المدة ، فلا تجدي المفاتحة و لا النصح ولا الإرشاد، يضاف إليه أنه في عدم وقوع الطلاق بمضيها تهيئة فرصة يستطيع الزوج خلالها إصلاح ما أفسد و هو أحبُّ إلى الله تعالى من الطلاق الذي يبغضه.

---

(١)_ المجموع (١٧/ ٣٣٠)، الحاوي الكبير (١٠/ ٣٥٦)، المبدع (٦/ ٤٥٤)، الفروع (٥/ ٣٧١).

(٢)_ بداية المجتهد (٣/ ١١١٦) .

(٣)_ مدى حرية الزوجين للصابوني (٢/ ٩٦٢) ، الفقه الإسلامي و أدلته للزحيلي (٩/ ٧٠٩١) أ . د . وهبة الزحيلي ، دار الفكر، دمشق ،ط٤، عـ (١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٤م) .

المطلب الثالث: سلطة القاضي في إجراءات دعوى التفريق للإيلاء .

تتنوع شروط إجراءات دعوى التفريق للإيلاء بين شروط صحة سيرها ، وما يجب توافره من شروط في صورتها ولفظها، و وسائل إثباتها ، وبين الشروط الشرعية التي ينبغي توافرها لحكم القاضي على الدعوى بالتفريق، لتتكامل الدعوى بتوافر شروطها الشرعية بكافة مراحلها ، بدءًا من شروط صحة سيرها و مرورًا بإثباتها وانتهاءً بالحكم عليها.

أولًا: شروط صحة دعوى التفريق للإيلاء.

تقدم بيان[1] رأي الجمهور في مشروعية تفريق القاضي للإيلاء، إلا أنهم اشترطوا شروطًا لابد من توافرها لصحة تفريقه ، هذه الشروط هي :

١. طلب الزوجة من القاضي أن يأمر الزوج المولي بالطلاق ، لأنهم عدوه حق الزوجة المولى منها ، ودور القاضي استيفاء الحق لها ، لذا لا يكون استيفاء الحق وتفريق القاضي إلا بطلبها ، حتى لو لم تطلب لم يجز للقاضي التطليق عليه. هذا وحق الزوجة في التفريق على التراخي ، فلو تركت حقها في الطلب ثم طالبت به بعد مدة لها ذلك [2].
جاء في المجموع [3] : (وليس للحاكم أن يأمر بالطلاق ويطلق إلا أن تطلب المرأة ذلك، لأنه حق لها وإنما الحاكم يستوفي لها الحق فلا يكون إلا عند طلبها) . يفهم من عبارة نص الشافعي اشتراط طلب التفريق من القاضي، ويدل مقتضاه على عدم جواز التفريق للقاضي حسب ما يدلي إليه اجتهاده. والله أعلم .

كما تمنع المرأة من تطليق نفسها رغم اشتراط طلب التفريق لصحة سير الدعوى، فلا تستوفي حقها دون القاضي ، لأن الطلاق مجتهد فيه فكان القاضي أحق به[4].

٢. طلب القاضي دفع الضرر عن الزوجة المولى منها ، بالفيئة أو الطلاق، فلا سلطة له بالتفريق للإيلاء فحسب ، إنما يتوجب عليه عرض الفيئة أو التطليق على الزوج قبل النظر في الدعوى والسير بها [5].

---

(١)_ تقدم بيانه ص (٢٠٦).

(٢)_ تقريرات عليش (٣/ ٣٥٠، ٣٥١) ، الاستذكار (٦/ ٣٥) ، مغني المحتاج (٣/ ٤٥٨، ٤٥٩) ، بجيرمي على الخطيب (٢/ ٧)، المغني لابن قدامة (٨/ ٥٤٣) ، كشاف القناع (٥/ ٤٢٧).

(٣)_ المجموع (١٧/ ٣٣٢).

(٤)_ الحاوي الكبير (١٠/ ٣٥٧) .

(٥)_ روضة الطالبين (٨/ ٢٦٠) ، بجيرمي على الخطيب (٤/ ٧).

جاء في مغني المحتاج [1]: (و يطلب منه دفع الضرر بالفيئة أو الطلاق). فمقتضى قوله : (ويطلب منه) ، يدل على اشتراط طلب القاضي دفع الضرر، ليصح سير الدعوى باستكمال شروطها الشرعية.

٣. امتناع الزوج المولي عن الرجوع والفيئة بين يدي القاضي، كما في العضل ، و يلزم من اشتراط امتناعه اشتراط حضوره ، فلا يثبت امتناعه إلا بعد حضوره عند القاضي ، ولو تعذر إحضار الزوج المولي من زوجته بتمردٍ منه أو توارٍ أو غيبة ، حكم القاضي عليه بالعضل بشهادة الشهود[2] .فاشتراط حضوره في الامتناع عن الفيئة أمام القاضي لا في قضاء القاضي بالتفريق ، لضرورة معرفة القاضي إصرار الزوج المولي على الامتناع ورغبته فيه.

علاوة عليه ، فقد اشترط ضابط التفريق ضرورة قصد الإضرار بالزوجة، ولا يعرف قصد الإضرار بمجرد الادعاء لذا اشترط امتناع الزوج عن رفع الضرر. و عليه، تتمثل صورة الدعوى الصحيحة بادعاء الزوجة إيلاء زوجها منها ، وانقضاء مدة الإيلاء دونما وطئه، فيطلب القاضي منه دفع الضرر إما بالفيئة أو التطليق، ويمتنع الزوج[3] .

جاء في مغني المحتاج[4] : (و صورة الدعوى أن يدعي عليه بالإيلاء ، وأن مدته قد انقضت من غير وطء ويطلب منه دفع الضرر بالفيئة أو الطلاق) .

* يظهر دور القاضي في التزامه بشروط صحة دعوى التفريق للإيلاء، فإن رفعت الزوجة دعواها دونما توافر شروط صحتها، رفضها القاضي ولم يلتزم فيها، لأنه مقيد بما ورد من شروط صحة الدعوى عند الفقهاء ، أما اجتهاده ونظره ففي مدى تحققه من توافر الشروط في الدعوى بصورة عملية ، فيجتهد في تكييف الدعوى وفق النص الفقهي الوارد، فإن تم تكييفها شرعًا التزم و تقيد بشروطها حسب عبارة الفقهاء دونما حيدٍ عنها.

ثانيًا : إثبات دعوى التفريق للإيلاء.

تقدم أن طلب الزوجة التفريق للإيلاء شرط لصحة الدعوى ، فضلًا عن تقييد القاضي بطلبها ليصح مسير الدعوى ، أما إثباتها ، فلا يشترط أن يكون أمام القضاء و لا من الزوجة أو أي أحد غيرها، فلو شهد شهود عيان إيلاء الزوج من زوجته وامتناعه عن الفيئة أو الطلاق بعد مضي المدة ، لم يفرق القاضي بشهادة الشهود ، لعدم الأثر الصريح في

---

(١)_ مغني المحتاج (٣/ ٤٥٩)

(٢)_ روضة الطالبين (٨/ ٢٦٠) ، مغني المحتاج (٣/ ٤٥٩) ، بجيرمي على الخطيب (٤/ ٧).

(٣)_ مغني المحتاج (٣/ ٤٥٩) ، روضة الطالبين (٨/ ٢٥٦).

(٤)_ مغني المحتاج (٣/ ٤٥٩).

إثبات الدعوى بالشهادة، والذي يشترط لإثبات تلك الدعوى ، محصور في ضرورة إقرار الزوج بالإيلاء أمام القاضي، وامتناعه عن الفيئة أو الطلاق ، فإذا ثبت الإقرار فقد ثبتت الدعوى و توجب على القاضي متابعة سيرها [1].

جاء في روضة الطالبين[2] : (ولو شهد عدلان أن زيدًا آلى ، ومضت المدة وهو ممتنع من الفيأة أو الطلاق ، لم يطلق عليه ، بل لابد من الامتناع بين يديه ، كما في العضل ، فلو تعذر إحضاره بتمردٍ أو توارٍ أو غيبةٍ ، حكم عليه بالعضل بشهادة الشهود). يدل مفهوم النص على عدم ثبوت الدعوى بشهادة الشهود ولا بغيرها من القرائن ، إنما بالإقرار الصريح الصادر من الزوج بالامتناع عن الفيئة أو الطلاق بعد مضي المدة .دل عليه مفهوم المخالفة لتعذر حضور الزوج وإقراره أمام القاضي بالامتناع ، مما يلزم القاضي اعتماد شهادة الشهود ، إلا أنه يحكم على الزوج بالعضل ، دونما حكمه بالتفريق للإيلاء.

ثالثًا : الحكم على الدعوى بالتفريق للإيلاء.

الحكم على الدعوى ثالث مراحل إجراءاتها، فليس للقاضي الحكم بالتفريق إلا بعد الخضوع لإجراءاتها بدءًا من أولى مراحل سيرها إلى إثباتها ثم الحكم عليها.

وقد اتفق الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة) [3]على أنه إذا امتنع الزوج المولي من الفيئة بعد التربص مدة الإيلاء ، أو امتنع المعذور زمن الفيئة بلسانه ، او امتنع من الوطء بعد زوال عذره ، أمره القاضي بالطلاق ، فإن فعل وقع مباشرة ، ولا يجبره على التطليق أكثر من واحدة ، لتحصُّل المطلوب بها ، والتخلص من ضرره. فإن امتنع من الطلاق توجب على القاضي التطليق عليه.

جاء في المجموع[4] : (لأن ما دخلت النيابة فيه وتعين مستحقه وامتنع من هو عليه قام الحاكم فيه مقامه كقضاء الدين) .تدل مقتضى عبارة النص على نيابة القاضي عن الزوج في التطليق عند امتناعه ، لأنه الأصل في الطلاق ، إذ الطلاق يقبل النيابة ، وقد تعين مستحقه وامتنع عنه الأصل ، لذا جاز لنائبه أن يقوم مقامه ويحكم بالتفريق.

هذا و اشترط فقهاء الشافعية [5] تقييد القاضي بلفظ الحكم بالتفريق والتطليق عن الزوج ، فإن أطلق حكمه في التفريق دون قيد التطليق عن الزوج لم يجز. مما يوجب على القاضي أن يقول :(أوقعت على فلانة عن فلان طلقة) أو

---

(١)_ روضة الطالبين (٨/ ٢٦٠) ، بجيرمي على الخطيب (٤/ ٧).

(٢)_ روضة الطالبين (٨/ ٢٦٠).

(٣)_تقريرات عليش (٣/ ٣٥٠، ٣٥١)،المجموع (١٧/ ٣٣٢)،روضة الطالبين(٨/ ٢٥٥)،المغني (٨/ ٥٤٢)،الشرح الكبير (٨/ ٥٥١ ، ٥٥٢) ، منار السبيل (٢/ ١٩٠).

(٤)_ المجموع (١٧/ ٣٣٠).

(٥)_ مغني المحتاج (٣/ ٤٥٩) ، نهاية المحتاج (٧/ ٧٧) بجيرمي على الخطيب (٤/ ٨).

(حكمت عليه في زوجته بطلقة) ، فإن قال للزوجة المولى منها : (أنت طالق) دونما تقييده (عن فلان) لم يقع حكمه بالتفريق .وهو شرط لم يشترطه إلا فقهاء الشافعية حسب ما أدلت به مطالعتي في المسألة.

* ومنه نستخلص تقييد سلطة القاضي بالنص الشرعي حتى في لفظه عند الحكم بالتفريق .علاوة على تقيد سلطته في إجراءات الدعوى كاملة.

أما بالنسبة للفورية والتراخي في الحكم بالتفريق، فمما يخضع لسلطة القاضي التقديرية والاجتهادية حسب ما رود عند فقهاء المالكية[1].فالقاضي يجتهد ويقدِّر الفورية في حكمه بالتفريق، بعد امتناع الزوج عن الفيئة أو الطلاق أو الإمهال والتراخي بعد الامتناع ، فلو حلف الزوج ليعتزلن عن زوجته زمنًا يحصل به ضررها أو حلف ألا يبيت عندها أو ترك وطأها ضررًا من غير حلف ، اجتهد القاضي في طلاقها عليه.

وكما لو قال الزوج : (أفيء إلى زوجتي وهي حائض ، مكَّنه القاضي منها وأمهله حتى تطهر حسب اجتهاده في قول الامام مالك رحمه الله تعالى) .

ومعنى الاجتهاد في الطلاق على الزوج أن يجتهد في التطليق عليه فورًا دون أجل، أو يضرب له اجلًا ويجتهد في قدره بعدِّه دون أجل الإيلاء أو مثله أو أكثر منه.

استدلوا لرأيهم بأن اجتهاد القاضي في الحكم بين الفور والتراخي مما يتبع اجتهاده في إمكانية وتوقع رجوع الزوج المولي عما هو عليه.

ورغم سلطة القاضي التقديرية في الحكم بالتفريق بين الفور والتراخي إلا أنها مقيدة ملزمة بالتفريق الفوري في حالة واحدة لا يتعداها، متمثلة في علمه بأن الزوج المولي قصد بإيلائه إضرار زوجته دون أن يرضى بالفيئة أو الطلاق ، فإن تحقق من علمه حكم بالتفريق فورًا دون سلطة التأجيل مطلقا، وافقهم فقهاء الزيدية[2]الذين منحوا القاضي سلطة اجتهادية تقديرية في إمهال الزوج المولي المعذور عن الرجوع بعد مضي المدة ، لأن المسألة اجتهادية تقبل تقدير القاضي فيها ونظره فإن أمهله ولم يجدِ ، حبسه القاضي ولا يحكم عليه بالتفريق ، لعدم مشروعية تفريق القاضي عندهم في أصل المذهب.

(١)_ تقريرات عليش (٣/ ٣٥٠، ٣٥١)، شرح منح الجليل (٢/ ٣١٣) ، المدونة الكبرى (٦/ ٩٩).

(٢)_ التاج المذهب (٢/ ٢٥٧).

رابعًا: مسائل متفرعة عن التفريق القضائي للإيلاء.

تتنوع المسائل العملية المتفرعة عن التفريق القضائي للإيلاء ، التي قد تطرأ على القضاء عند نظر القاضي فيما يعرض له من قضايا عملية ، ومنه تنطلق أهمية التنويه و التنبيه في بحثها علميًا ، لبيان سلطة القاضي وصلاحيته في الحكم بالتفريق وفقًا لها.

هذه المسائل هي:

أولًا : إبهام إيلاء إحدى الزوجتين.

من آلى من إحدى زوجتيه دون تعيين لمن آلى منهما ، وامتنع من الفيئة أو الطلاق ، حكم القاضي بالتفريق بين الزوج المولي وإحدى زوجتيه بطريق الاقتراع ، فأيهما خرجت قرعتها ، طلقها عليه عند المالكية[1].

أما عند الشافعية[2] فيطلق القاضي واحدة منهما مبهمًا دون اقتراع.

و أوجب الإمام ابن عبد السلام[3] من المالكية على القاضي إجبار الزوج المولي المبهم في إيلائه على طلاق من يحب من زوجتيه. أما في القول القديم عند الشافعية فلا يحق للقاضي التطليق على الزوج المولي المبهم في إيلائه ، لاستحالة إضافة الطلاق إلى غير الزوج ، و أوجبوا على القاضي حبس الزوج ليفيء أو يطلق.

مستدلين بحديث النبي ﷺ: (الطلاق لمن اخذ بالساق)[4] .

وكأن ابن عبد السلام أراد من القاضي تأديب الزوج المولي من إحدى زوجتيه على الإبهام والممتنع من الفيئة أو التطليق ، لذا منحه سلطة إجبار الزوج تطليق من يحب.

ومنه نستخلص اجتهاد القاضي في الأخذ بالنص الفقهي في المسألة أو الأخذ بغيره ، بما يوافق روح الشريعة ، و الله أعلم .

---

(١)_ بلغة السالك (٢/ ٤١٢) ، حاشية الدسوقي (٣/ ٣٦٢) .

(٢)_ مغني المحتاج (٣/ ٤٥٩).

(٣)_ تقدمت ترجمته ص (٢١) .

(٤) _ تقدم تخريجه ص (١٢٥) .

ثانيًا : إيلاء الغائب والمسافر .

– قد يولي الزوج من امراته ثم يسافر عنها ، أو يغيب ولو بغير سفر ، أو يولي منها وهو غائب ، فما الحكم في تلك الحالة ..؟ وما هي إجراءات التقاضي في تلك الدعوى....؟

ذهب الإمام مالك والشافعي[1] إلى منع القاضي من التطليق على الزوج مباشرة و على الفور، مما يتوجب عليه أمر الزوج بالفيأة باللسان في الحال إن كان الزوج غائبًا، لأن المانع حسي لا معنوي ، متمثل في الغياب لا في قصد الاضرار، أو يأمره بالطلاق إن لم يفئ.

أما إن لم يفيء باللسان ، أو فاء به ، لكنه لم يرجع إليها ولا حملها إليه حتى مضت مدة الإمكان ، ثم قال بعدها : أرجع و أفيء الآن ، طلق القاضي عليه في الأظهر عند الشافعية إذا طلبت الزوجة أو وكيلها التفريق . و على القول القديم عند الشافعية : لا يطلق عليه بل يحبسه ليطلق.

و أضاف المالكية ما يتوجب على القاضي الكتابة للزوج في موضعه الذي فيه وطلب الفيئة أو التطليق. والفيئة للمسافر عند المالكية بالتكفير عن يمينه إن قدر عليه ، وإلا يطلق القاضي عليه إن لم يفىء.

و قد وافق الشافعية و المالكية في منح القاضي سلطة اجتهادية في التأخير عن الفيئة بعد طلبها ، لضرورة إعذار الغائب والمسافر ، والقاضي موكل في إعذاره في تأخيره حسب ما يدلي به اجتهاده ، كما لو كان التأخير لتهيئة أهبة السفر أو لخوف الطريق .

أما لو غاب الزوج المولي عن زوجته بعد مطالبته بالفيئة أو الطلاق ، لم يملك القاضي إمهاله ولا الرضى منه بفيأة اللسان ، اذ تشترط الفيئة بصورة حسية حقيقية .والقاضي ملزم بما ورد عند الفقهاء في حكمه في تلك المسألة إن طرأت عليه أثناء قضائه.

(١)_ المدونة الكبرى (٦/ ٩٩) ، روضة الطالبين (٨/ ٢٥٦).

ثالثًا: إيلاء المجنون.

لو آلى مجنون من زوجته ، ثم امتنع من وطئها بعد أن طلبت الفيئة أو الطلاق ، طلق القاضي عليه بلا إمهال ، شريطة أن يسبق حكمه بالتفريق أمر القاضي بالتطليق و امتناعه منه . وفق رأي المالكية[1].

أما إن لم يمتنع من الطلاق بل وعد القاضي بالفيئة والرجوع إلى زوجته ولم يفِ بوعده ، ألزم القاضي اختبار المجنون المولي من زوجته المرة فالمرة إلى ثلاث مرات ، فإن لم يفِ بوعده أمره بالطلاق ، فإن لم يطلق ، حكم القاضي بالتفريق ولو كان المولي مجنونًا.

ومنه يتضح إلزام القاضي بما ورد عند الفقهاء في مسألة إيلاء المجنون دون السماح له بمخالفة ما ورد في النص الفقهي.

المطلب الرابع : آثار سلطة القاضي في التفريق للإيلاء.

تترتب آثار شرعية على التفريق القضائي للإيلاء ، و يتبين من خلالها قوة سلطة القاضي وصلاحيته في التفريق من عدمها. لذا توجب تبيان حجية سلطة القاضي في التفريق للإيلاء ومدى نفاذ تفريقه، و توضيح نوع التفريق الذي يحكم به و أثر سلطته عليه.

أولًا : حجية التفريق القضائي للإيلاء.

لم أجد من الفقهاء من بحث حجية التفريق القضائي للإيلاء إلا فقهاء الشافعية[2] الذين نفوا حجيته و نفاذه ، فلو طلق القاضي على الزوج المولي ، فبان أنه وطئ زوجته المولى منها أو طلقها ،لم ينفذ تطليقه.

* ولعل مرجعه من وجهة نظر الباحثة، عدُّ الزوج أصلًا في التطليق والقاضي ينوب منابه عند امتناعه عن الوطء أو الطلاق ، فإن بان أنه وطئ أو طلق كان فعله أقوى و أنفذ من صلاحية القاضي النائب عنه في التطليق .

وكذا لو طلق مع فيئة الزوج إلى زوجته ، فإن طلاقه غير نافذ ، لأن المقصود الأول للإيلاء الفيئة وإصلاح ذات البين ما أمكن ، وقد تحقق مقصده مع الحكم بالتفريق فتقدم الإصلاح والفيئة لأنه الأولى. أما إن صاحب تطليق الزوج حكم القاضي بالتفريق ، نفذ الطلاقان عند الشافعية، الذين منحوا حكم القاضي حجية ونفاذًا ، إن صاحب تطليق الزوج. بينما إذا تعارضا فإن تطليق الزوج أو فيئه أولى ، إذ يقَدَّم على تفريق القاضي عندهم.

---

(١)_الشرح الصغير (٢/ ٤١٠) ، القوانين الفقهية (١٦٠) محمد بن أحمد بن محمد بن جزيء الكلبي ؛ ت(٧٤١هـ) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .

(٢)_ مغني المحتاج (٣/ ٤٥٩) ، روضة الطالبين (٨/ ٢٥٦) ، بجيرمي على الخطيب (٤/ ٨).

و دليل حجية تفريق القاضي مع طلاق الزوج أن كلٍّ من الزوج والقاضي قد فعلا ما من صلاحيته وسلطته ، لذا عدَّ حكمه حجة نافذة .

و عند الشافعي قول آخر ينفي الحجية للتفريق القضائي ولو وقع من تطليق الزوج.

وعليه ، إذا اتفق الزوج المولي الذي عدَّ أصلا في التطليق مع القاضي النائب عنه ، نفذ حكمهما ضرورةً للاتفاق بينهما ، أما إذا تعارضا قدم الأصل على النائب، وكذا في التفريق القضائي للإيلاء.

ثانيًا : أثر سلطة القاضي على نوع التفريق للإيلاء.

– اتفق الجمهور[1] على عدِّ التفريق للإيلاء طلقة واحدة رجعية ، سواء من الزوج أو القاضي في الرواية الاولى للشافعية والحنابلة ، فقالوا : إن طلق القاضي على الزوج فإنه يطلق عليه طلقة واحدة لا يتجاوزها ، لأن الله تعالى أطلق عزيمة الطلاق، فاقتضى ذلك ما ينطلق عليه اسم الطلاق ، وهو ينطلق على الواحدة ، فلم يلزم الزيادة عليها.

وعللوا بأن الأصل في كل طلاق وقع بالشرع حمله على الطلاق الرجعي إلا إن دلَّ الدليل على بينونته. وسبب اختلافهم : معارضة المصلحة المقصودة بالإيلاء للأصل المعروف في الطلاق ، فمن غَلَّب الأصل قال : بأنه رجعي ، ومن غلب المصلحة قال : هو بائن.

أما في الرواية الثانية لهم وقول لأبي ثور[2] ، فإن فرقة القاضي بائنة لا رجعة فيها، لأنها فرقة لرفع الضرر فكانت بائنة ، كفرقة العنة ، ولأنها لو كانت رجعية لم يندفع الضرر لإمكان ارتجاعها فيبقى الضرر.

وهذا رد الشافعية أنفسهم على ما ورد في الرواية الثانية : بأنه من الخطأ عد تفريق القاضي بائنًا، لأنه طلاق صادف مدخولًا بها من غير عوض ولا استيفاء عدد ، لذلك كان رجعيًا كالطلاق غير إيلاء تمامًا، وهذا الطلاق يخالف فرقة العنين ، لأن فرقة العنين تعد فسخًا أما فرقة الإيلاء فهي طلاق.

---

(١)_ بداية المجتهد (٣/ ١١١٥ ،١١١٦)، المجموع (١٧/ ٣٣٠ ، ٣٣١) ، الحاوي الكبير (١٠ ،٣٥٧) ، المغني (٨/ ٥٤٣ ،٥٤٤) ، كشاف القناع (٥/ ٤٢٧) ، الفروع (٥/ ٣٧١).

(٢)_ هو ابراهيم بن خالد بن اليمان الفقيه الكلبي ، أخذ عن الشافعي و روى عنه و خالفه في أشياء ، أحدث لنفسه مذهبًا اشتقه من مذهب الشافعي ، وله مبسوط على ترتيب كتب الشافعي ، وأكثر أهل أذربيجان و أرمينية يتفقهون على مذهبه ، توفي سنة (٢٤٠ هـ) .[الفهرست (١/ ٢٩٧) محمد بن اسحاق أبو الفرج النديم ، ت(٣٨٥هـ) ، دار المعرفة ، بيروت ، عـ(١٣٩٨هـ/ ١٩٧٨م)].

وفي قول للحنابلة عدوا به تفريق القاضي فسخًا لا طلاقًا حيث لا ينقض به عدد الطلاق ولا تحل زوجة المولي له إلا بعد عقد جديد ، شريطة أن يقول القاضي لهما: فرقت بينكما ، أي يحكم القاضي بالتفريق بينهما ، لا أن يطلق القاضي على الزوج.

وتعدُّ الرواية الأولى التي تجعل تفريق القاضي رجعيًا الأقوى دليلاً و الأرجح عقلًا و الأقرب مصلحةً من وجهة نظر الباحثة ، لأن إصلاح ذات البين و كل ما يؤدي إليه أولى من التفريق البائن الذي لا رجعة فيه ، فعدُّ التفريق رجعيًا يودي إلى الإصلاح و الرجعة و الاستقرار بين الزوجين وهذا هو الأولى و الموافق للمصلحة و الغاية التي شرع الزواج لأجلها .

حتى و لو قصد الزوج الإضرار بزوجته فإن عدّ التفريق رجعيًا فيه فسحة أمام الزوج لتغيير قصده و رغبته ، فلربما رجع الزوج عن قصده ، سَهُلَ عليه مراجعتها دونما حاجة إلى عقد جديد ، ليكون سبيلًا لفتح باب إصلاح ذات البين ، الذي يعد المقصد الأول في الزواج لما فيه خير الزوجين ، ورفع الضرر عن المرأة ، و إعطاء الفرصة للزوج ليرجع عن خطئه برجوعه إلى زوجته ، مصداقًا لقوله ﷺ: (أبغض الحلال إلى الله الطلاق)[1] .

المطلب الخامس : التفريق القضائي للإيلاء في القانون .

لم ينص قانون الأحوال الشخصية السوري[2] على أحكام الإيلاء مطلقًا ،لكن بدلالة عبارة المادة(٣٠٥) رُجع فيه إلى المذهب الحنفي عند السكوت . وكذلك في مصر [3] ، إذ يجري العمل على مذهب الإمام أبي حنيفة في أحكام الإيلاء مطلقًا . إلا أن صريح القانون في المادة (٩٤) منه ينص على : (كل طلاق يقع رجعيًا إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على بدل و ما نص على كونه بائنًا في هذا القانون) .

---

(١)_ سنن أبي داوود ، كتاب : الطلاق ، باب : في كراهية الطلاق ، رقم (٢١٧٨) ، (٤٤٧) .

* سنن ابن ماجه ، كتاب : الطلاق ، باب : حدثنا سويد بن سعيد ، رقم (٢٠١٨) ، (١/ ٦٥٠) .

* سنن البيهقي الكبرى ، كتاب : الطلاق ، باب : ما جاء في كراهية الطلاق ، رقم (١٤٦٧١) ، (٧/ ٣٢٢) .

* عون المعبود ، كتاب : الطلاق ، باب : في كراهية الطلاق ، رقم (٢١٧٨) ، (٤/ ٢٧٢) . [قال المنذري : و أخرجه ابن ماجه والمشهور منه المرسل وهو غريب ، و قال البيهقي في رواية ابن أبي شيبة يعني محمد بن عثمان عن عبد الله بن عمر ولا أراه يحفظه].

* فتح الباري ، كتاب : الطلاق ، باب : من طلق و هو يواجه الرجل امرأته بالطلاق ، رقم (٥٢٥٨) ، (٩/ ٣٥٦) [و هو حديث أخرجه أبو داوود وغيره و أعل بالإرسال].

(٢)_ شرح قانون الأحوال الشخصية السوري للبغا (٥٤٥) .

(٣)_ أحكام الأسرة في الإسلام للشلبي (٦١٥ ، ٦١٦) .

فقول واضع القانون : (كل طلاق يقع رجعيًا) ، فيه صراحة نص بأن الأصل : الطلاق الرجعي ، ثم جاء الاستثناء ليؤكد أن البائن ما نص على أنه بائن ، أي : و ما سواه يقع رجعيًا ، و لكن المادة بطرفيها لا تدل على أن الإيلاء يقع رجعيًا ، كما ذهب الجمهور ، لأن دلالتها على أنه رجعي بدلالة المسكوت عنه ، و هو دلالة النص و دلالة المسكوت عنه لا عبرة لها مع دلالة العبارة الواردة في المادة (٣٠٥) لتعارض اللفظ مع المسكوت فيقدم اللفظ ، و لهذا لا بد من النص على حكم الطلاق في الإيلاء بأنه رجعي ليؤخذ بمذهب الجمهور بكونه رجعيًا .

و عليه جرى العمل في مصر و سورية حيث عدوا الطلاق الواقع في الإيلاء رجعيًا ، في سورية لما ذكر، وفي مصر لأن القانون رقم (٢٥) لسنة (١٩٢٩) في مادته الخامسة يقول : (إن كل طلاق يقع رجعيًا إلا ما استثنى ، و الطلاق الواقع بالإيلاء ليس منها) .

و الذي يبدو بعد البحث في مذاهب الفقهاء في مسألة التفريق القضائي للإيلاء ضرورة النص على ما ذكر حول هذه المسألة في القانون ، إذ إن احتمال وقوع الإيلاء بين الناس وفي حياتهم العملية وارد الوقوع ، والمذهب الحنفي نفى عمل القاضي في تلك المسألة ، ولم يجعل له سلطة فيها مطلقًا، و الرجوع إليه في القانون فيه ثغرة و ثلمة يستوجب على القانون سدَّها ، طالما بحث الفقهاء المسألة و فصَّلوا فيها بناء على المصلحة .

و يعدُّ القضاء في زماننا الحالي الجهة التي تخول في حل النزاعات بين الناس و إصلاح ذات البين بينهم ، و بالأخص العلاقات الزوجية التي تكثر فيها المشاكل الحياتية ، فإذا ألغي عمل القضاء بناء على العمل في القانون و فقًا للمذهب الحنفي ، عد ذلك نقصًا في القانون و إلغاءً لبعض أحكام الشريعة التي جاءت لوضع الحلول التي يحتاج الناس إليها في حياتهم العملية .

المبحث الثاني

سلطة القاضي في التفريق للعان .

يعدُّ الزنا جريمة كبرى تهد كيان المجتمع ، و تصيبه بالتفكك و الانحلال ، لما ينتج عنها من ضياع الأنساب وانتشار الأمراض و سوء الأخلاق .

هذه النظرة السلبية موجهة للزنا الذي يرتكبه أي إنسان في مجتمع يحترم كرامة الإنسان ، فكيف بالزنا الذي يُرتكب من قبل فرد ارتبط مع آخر برباط المحبة و المودة ؟

ومنه تنطلق أهمية فرض العقوبة على مرتكب الجريمة أيًّا كان ، التي تنشطر بين الدولة باعتبارها تمثل المجتمع الذي انتهكت حرمته ، و بين الأسرة رعاية لها و حفظًا من خيانة العهد بين الزوج و شريكته في الحياة .

فإذا زنت الزوجة و عجز الزوج عن إثبات زناها أمام القضاء ، ترتب عليه التفريق بهذا السبب الذي يعد جريمة على صعيد المجتمع و الأسرة .

لذا من المهم البحث في التفريق القضائي بسبب اللعان ، من خلال بيان معناه و كيفيته و شروط صحته ، ثم مشروعية تفريق القاضي بسببه و أدلة الفقهاء و مناقشاتهم حول صلاحية القاضي في التفريق بسببه .

علاوةً على البحث في حدود سلطة القاضي و دوره في دعوى التفريق باللعان بدءًا من سير الدعوى وإثباتها والحكم عليها ، و ختامًا بآثار تلك السلطة على حجية حكم القاضي بالتفريق بسبب اللعان و أثرها على نوع الفرقة و ما يترتب عليها من الحكم بالنفقة و المهر و الميراث بين الزوجين المتلاعنين ، مع تبيان ما ورد في القانون حول التفريق باللعان .

هذا ما سأبينه من خلال المبحث محاولةً إبراز دور القاضي و سلطته في التفريق بسبب اللعان وكل ما يتعلق بسلطته في هذا المجال ، ما وفقني الله تعالى .

المطلب الأول : تعريف اللعان وحكمه و شروط صحته .

أولًا : تعريف اللعان.

- **التعريف باللعان .**

اللعان في اللغة [1] : مأخوذ من اللعن وهو الطرد و الإبعاد من رحمة الله تعالى ، وسمي ما يحصل بين الزوجين لعانًا ، لأن أحدهما كاذب بيقين فيكون مستحقًا للطرد والإبعاد من رحمة الله تعالى .

وفي اصطلاح الفقهاء :

عرفه صاحب تنوير الأبصار[2] بقوله : شهادات مؤكدات بالأيمان مقرونة شهادته باللعن وشهادتها بالغضب ، قائمة شهاداته مقام حد القذف في حقه ، وشهاداتها مقام حد الزنا في حقها .

وعرفه المالكية[3]بأنه : حلف زوج مسلم على زنا زوجته أو على نفي حملها منه وحلفها على تكذيبه أربعًا بصيغة أشهد بالله بحكم حاكم .

و في مغني المحتاج[4] : كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف ، من لطخ فراشه و إلحاق العار به ، أو إلى نفي الولد .

و عند الحنابلة [5] : هو شهادات مؤكدات بأيمان من الجانبين مقرونة باللعن والغضب قائمة مقام حد القذف في جانبه ، وحد الزنى في جانبها .

نستخلص من التعريفات معنى اللعان : أربع شهادات من الزوجين أمام القاضي مؤكدات بالأيمان ، مقرونة شهادة الزوج باللعن ، وشهادة الزوجة بالغضب ، قائمة مقام حد القذف في حقه ، ومقام حد الزنى في حقها .

- **كيفية اللعان :**

إذا اتهم الزوج زوجته بالزنا أو نفى نسب ولدها إليه ، و لم تكن له بينة على دعواه ، و لم تصدقه الزوجة ، و طلبت إقامة حد القذف عليه ، أمره القاضي بملاعنتها بأن يقول : أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميت به فلانة هذه و يشير إليها إن كانت حاضرة ، و يسميها ويذكر نسبها بما تتميز به إن غابت عن المجلس ، و يكرره أربع مرات وفي الخامسة يقول : لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنى أو نفي الولد حسب موضوع الدعوى .

---

(١)_ [مختار الصحاح (١ / ٢٥٠) ، لسان العرب (١٣ / ٣٨٧) مادة (لَعَنَ)]

(٢)_ الدر المختار(٣ / ٥٣٠) ، بدائع الصنائع (٥/ ٣١) ، الهداية (٢/ ٣١٠)، تبيين الحقائق (٣/ ٢٢٣) .

(٣)_ الشرح الصغير (٢/ ٤٢٩) ، شرح منح الجليل (٢/ ٣٥٥) .

(٤)_ مغني المحتاج (٣/ ٤٨١) .

(٥)_ كشاف القناع (٥ / ٣٩٠) .

فإذا انتهى الزوج ، أمر القاضي الزوجة بملاعنته ، فتقول : أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنى أو نفي الولد ، و تكرره أربع مرات ، ثم تقول في الخامسة : غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنى أو نفي الولد . فإن فعل سقط عنه حد القذف ، و إذا عارضته بشهاداتها سقط عنها حد الزنى [1] .

ثانيًا : حكم اللعان .

يترتب على تحقق اللعان و جريانه بين الزوجين على الكيفية الشرعية الآنفة الذكر حكم شرعي متعلق بالعلاقة الزوجية التي جرى فيها التلاعن . يقضي بحرمة الوطء و استمتاع كل من الزوجين بالآخر بعد التلاعن بينهما ، حتى ولو كان قبل التفريق بينهما ، و يبقى الحكم الشرعي بينهما ما دامت أهلية اللعان باقية [2] .

استدلوا بحديث رسول الله ﷺ : (المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبدًا)[3] . ففي نص الحديث دلالة واضحة على حرمة استمتاع الزوجين المتلاعنين و حرمة الوطء بينهما ما دام التلاعن قائمًا .

هذا و الحكم الشرعي متعلق بالزوجين ديانةً ، لا سلطة للقاضي في التدخل به ، لأنه من الأحكام الأخروية التي يحاسب الله تعالى عليها ، فتكون بين المرء و ربه ، لا دخل للقضاء فيها .

---

(١)_ تحفة الفقهاء (٢/ ٢٢٠)، بدائع الصنائع (٥/ ٣١ومابعدها) ، الشرح الصغير (٢/ ٤٣٣ و ما بعدها) ، حاشية الدسوقي (٣/ ٤٠٢ وما بعدها) ، مغني المحتاج (٣/ ٤٩٦، ٤٩٥) ، كشاف القناع (٥/ ٤٥٨) .

(٢)_ الدر المختار (٣/ ٥٣١) .

(٣)_ سنن البيهقي الكبرى ، كتاب : اللعان ، باب : ما يكون بعد التعان الزوج من الفرقة و نفي الولد وحد المرأة إن لم تلتعن، رقم (١٥١٣١) ، (٧/ ٤٠٩) .

* سنن الدار قطني ، باب : المهر ، رقم (١١٦) .

* مصنف ابن أبي شيبة ، كتاب : النكاح ، باب : إذا فرق بين المتلاعنين لم يجتمعا أبدًا و ليس له أن يتزوجها ، رقم (١٧٥٤٩) ، (٦/ ٢٨٢) .

* الدراية في تخريج أحاديث الهداية ، باب : اللعان ، رقم (٥٨٦) ،(٢/ ٧٦) ، [و إسناده لا بأس به] .

* نصب الراية ، كتاب : الطلاق ، باب : اللعان ، (٣/ ٢٥٠) ، [قال صاحب التنقيح : و إسناده جيد] .

ثالثًا : شروط صحة اللِّعان .

ينقسم موضوع اللعان إلى قسمين : يتضمن القسم الأول: زنى الزوجة ، أمّا القسم الثاني فيشمل : نفي الولد ، وأيًّا كان موضوعه فإنه يشترط لصحته ووجوبه بعد قذف الزوج ومطالبة الزوجة بموجب القذف أمام القاضي ، توافر الشروط الآتية :

١. قيام الزوجية الصحيحة بين الزوجين المتلاعنين حقيقة أو حكمًا عند القذف ، فلو كان الزواج فاسدًا لا يلاعن ، لعدّ الزوجة فيه كالأجنبية ، ويقام على الزوج حد القذف إذا كانت المقذوفة عفيفة [١] .
جاء في القوانين الفقهية[٢] ما نصه : (لا يحكم القاضي في اللعان حتى يثبت عنده نكاح الزوجين) . فدلت عبارة نصهم على ضرورة قيام العلاقة الزوجية صحيحة لا خلل فيها ، لأنهم اشترطوا لحكم القاضي فيها وتدخله ، ثبوت النكاح عنده ، ولا يثبت النكاح عند القاضي إلا إذا كان صحيحًا .

٢. أهلية اللعان في كلا الزوجين ، بأن يكون كل منهما مسلمًا بالغًا عاقلًا حرًا قادرًا على النطق غير محدود في قذف ، فإذا تخلف قيد من ذلك لا يقام بينهما اللعان ، لأنه شهادات مؤكدات بالأيمان عند الحنفية [٣].
بينما عدَّ الشافعية [٤] اللعان أيمانًا بلفظ الشهادة ، لذا اشترطوا أن يكون كلٌ منهما أهلًا لليمين والزوج أهلًا للطلاق ، فصححوا اللعان من كل زوجين سواء كانا مسلمين أم كافرين ، عدلين أم فاسقين ما دامت الزوجة محصنة يحد قاذفها . جاء في مغني المحتاج [٥] : (وشرطه زوج يصح طلاقه) .

٣. إنكار الزوجة ما رماها به زوجها. استنبطتُ هذا الشرط مما جاء في تحفة الفقهاء[٦] : ((فإن كان القذف بصريح الزنى ، فأنكرت المرأة ، و خاصمته إلى القاضي .. فأمره بإقامة البينة ..فعجز .. فإنه .. يأمره باللعان)) . تدل عبارة النص على اشتراط إنكار الزوجة ما اتهمها به الزوج لصحة التلاعن بينها و بين زوجها، إذ لو لم يشترط إنكارها لما قيد النص بقوله (فأنكرت المرأة) .

---

(١)_ القوانين الفقهية (١٦٢) .

(٢)_ القوانين الفقهية(١٦٢).

(٣)_ حاشية رد المحتار (٣/ ٥٣١).

(٤)_ مغني المحتاج (٣/ ٤٩٦) ، المجموع (١٧/ ٤٣٢).

(٥)_ مغني المحتاج (٣/ ٤٩٦) .

(٦)_ تحفة الفقهاء(٢/ ٢٢٠) .

٤. ألا يقيم الزوج بينة على ما ادعاه ، فلو أقامها وجب على الزوجة إقامة الحد ولا لعان بينهما . جاء في تحفة الفقهاء[١] ما نصه : (فأمره بإقامة البينة على صدق مقالته، فعجز عن إقامة البينة). فقوله : (فعجز عن إقامة البينة) يدل بصريحه على اشتراط العجز عن البينة على زنى الزوجة لصحة اللعان ، فلو أقام الزوج البينة لم يحتج للتلاعن بين الزوجين ،وإنما تثبت جريمة الزنى على الزوجة ، وتستوجب العقوبة الشرعية بإقامة الحد، لأن اللعان حجة ضعيفة أمام البينة فلا تقاومها ، والله أعلم.

المطلب الثاني : مشروعية سلطة القاضي في التفريق للعان.

اختلف الفقهاء في الفرقة التي تتم باللعان ، هل تحتاج إلى قضاء القاضي وحكمه بالتفريق بها ، أم تتم بمجرد التلاعن بين الزوجين على أقوال ، واستدلوا لذلك بأدلة.

أولًا: أقوال الفقهاء في تفريق القاضي باللعان .

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول : للإمام أبي حنيفة وصاحبيه ورواية عن الإمام أحمد رحمه الله هي ظاهر كلام الخرقي[٢] وقول أصحاب الرأي عندهم [٣] ، ذهبوا فيه إلى ضرورة تفريق القاضي بين الزوجين المتلاعنين ، فلو تلاعنا وتأخر تفريق القاضي كانت الزوجية بينهما باقية . ففي بدائع الصنائع[٤] ما نصه :(ولا تقع الفرقة إلا بتفريق القاضي عند أصحابنا). فقد قيدت عبارة الحنفية وقوع الفرقة بتفريق القاضي دون اللعان نفسه.

أما **القول الثاني** : فأصحابه الإمام مالك والإمام أحمد في إحدى الروايتين عنه وزفر من الحنفية[٥] ، حيث ذهبوا إلى إلى وقوع الفرقة بمجرد الملاعنة بين الزوجين بتمامها دون حاجة إلى تفريق القاضي، ويعدُّ تفريق القاضي بين المتلاعنين إعلامًا لهما بحصول الفرقة باللعان نفسه ، حيث لا تتوقف الفرقة على حكمه بها عندهم .

---

(١)_ تحفة الفقهاء (٢/ ٢٢٠) .

(٢)_ تقدمت ترجمته ص (١١٢).

(٣)_ الهداية (٢ / ٣١١) ، فتح باب العناية (٢/ ١٥٧)، تبين الحقائق (٣/ ٢٣٠) ، الفتاوى الهندية (١/ ٥١٦) ، المغني لابن قدامة(٩/ ٣٠) .

(٤)_ بدائع الصنائع (٥/ ٥٣) .

(٥)_ القوانين الفقهية (١٦٢) ، بداية المجتهد (٣/ ١١٥٠) ، المدونة الكبرى (٦/ ١٠٧) ، كشاف القناع (٥/ ٤٦٩) ، الروض المربع (٢/ ٣٤٩)، مختصر المقنع ، المتن للعلامة أبي النجا موسى بن أحمد الهجاوي ، و الشرح للعلامة منصور بن يونس البهوتي الحنبلي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط٩، ع(١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م) ، منار السبيل (٢/ ١٩٩) ، الهداية (٢/ ٣١١) . زفر : تقدمت ترجمته ص (١١٣).

أما **القول الثالث** : فهو رأي الشافعية[1] الذين ذهبوا إلى وقوع الفرقة بلعان الزوج وحده ، أما لعان الزوجة فيختص عندهم بإسقاط الحد عنها لا غير ، فلا تتوقف الفرقة عندهم على لعان الزوجة ولا قضاء القاضي ، بل يكفي فيها لعان الزوج وحده . إلا أنهم اشترطوا أن تكون الملاعنة بحكم القاضي فقط دون الحكم بالتفريق، فالقاضي عندهم منفذ الفرقة دون أن يكون موقعًا لها ، إذ الزوج من يوقعها .

ثانيًا : الأدلة والمناقشة والترجيح.

أدلة القول الأول :

استدل الحنفية والحنابلة في الرواية الأولى عندهم على وجوب تفريق القاضي بين الزوجين المتلاعنين ، وعدم وقوع الفرقة بينهما إلا بتفريقه ، بأدلة نقلية وعقلية:

أولاً : الأدلة النقلية :

١. عن ابن عمر رضي الله عنه : (أن رجلًا لاعن امرأته في زمن النبي صلى الله عليه وسلم ، وانتفى من ولدها ، ففرق النبي بينهما)[2]. وجه الاستلال : (ففرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما)فإن وقعت الفرقة بنفس اللعان لم يكن لتفريقه صلى الله عليه وسلم فائدة، فتفريق النبي صلى الله عليه وسلم تفريق حكم لا لفرقة الزوج[3].
٢. وعن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم لما لاعن بين عاصم بن عدي[4] وبين امرأته فرق بينهما [5].

---

(١)_ الحاوي الكبير (١١/ ٤٤ ، ٥١ ، ٥٢) ، روضة الطالبين (٨/ ٣٥٦) ، بجيرمي على الخطيب (٤/ ٣١).

(٢)_ أخرجه البخاري ، كتاب : الطلاق ، باب : التفريق ين المتلاعنين ، رقم :(٥٠٠٨) ، (٣/ ٠١٩١٠) ،

* أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب : اللعان ، رقم (١٤٩٤) ، (١٠ / ٩٨) .

* أخرجه الترمذي ، كتاب الطلاق و اللعان ، باب : ما جاء في اللعان ، (١٢٠٣) ،(٣٦٢) (قال أبو عيسى : هذا حديث حسن صحيح ، و العمل على هذا عند أهل العلم) .

(٣)_ نصب الراية ، باب اللعان ،(٦/ ٤٧١).

(٤)_ هو عاصم بن عدي ، أبو عمرو ، سيد بني عجلان ، ردّه النبي ﷺ في شغل و ضرب له بسهمه و آجره فكان كمن شهدها ، و شهد أحدًا و المشاهد كلها مع رسول الله ﷺ ، بعثه النبي ﷺ من تبوك و معه ابن الدخشم فأحرقا مسجد الضرار ، توفي ابن (١١٥) سنة عام (٤٥هـ). [شذرات الذهب (١/ ٢٣٨) ، المنتظم (٥/ ٢١٦)] .

(٥)_ أخرجه البخاري ، كتاب : اللعان ، باب: قول الإمام اللهم بين ، رقم : (٥٠١٠) (٣/ ١٩١٠) .

* أخرجه مسلم ، كتاب اللعان ، رقم :(١٤٩٧) (١٠/ ٩٩) .

وجه الاستدلال : (فرق بينهما)، فيه دلالة على أن الفرقة لم تحصل قبل تفريق النبي صلى الله عليه وسلم لذلك فرق بينهما[1] .

٣. لاعن رسول الله صلى الله عليه وسلم بين العجلاني[2] وبين امرأته ، فلما فرغا من اللعان فرق بينهما ، ثم قال عليه الصلاة والسلام : (الله يعلم أن أحدكما لكاذب ، فهل منكما تائب؟ قال ذلك ثلاثًا ، فأبيا، ففرق بينهما[3]. وقد قال عويمر العجلاني بعد أن تم اللعان بين الزوجين : (كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فهي طالق ثلاثًا)، كان هذا قبل أن يفرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما .وجه الاستدلال : إن قول عويمر (كذبت عليها إن أمسكتها)، دليل على أنها زوجته بعد اللعان وإلا فلا يصح أن يمسك امرأة أجنبية لو تمت الفرقة بتمام اللعان ، كان هذا بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم ولم ينكره، فَعُدَّ إقرارًا منه صلى الله عليه وسلم على ما فعل عويمر ، فضلًا عن أنها زوجته حين وقع طلاقه[4].

ثانيًا: الأدلة العقلية:

١. ثبوت الحرمة يفوت الإمساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالإحسان فإذا امتنع الزوج عن التسريح بالإحسان والطلاق ، ناب القاضي منابه ، دفعًا للظلم عن الزوجة[5].
٢. يعد سبب التفريق بين الزوجين المتلاعنين سببًا متوقفًا على القاضي ، لذا تعلقت الفرقة به ، فلم تقع إلا بحكمه ، كفرقة العنة[6] .
٣. ثبت ملك النكاح قبل اللعان ، والأصل عدم زوال الملك الثابت إلا بإزالته أو بخروجه من أن يكون منتفعًا به في حقه ، لعجزه عن الانتفاع به ، ولم توجد الإزالة من الزوج ، لأن اللعان لا يعد إزالة للنكاح حيث لا ينبئ عن زوال الملك ، لأنه شهادة مؤكدة باليمين أو يمين ، وكلٌّ من الشهادة أو اليمين لا تنبئ عن زوال

---

(١)_ طرح التثريب (٧ / ١١١) .

(٢)_ هو عويمر بن أبيض العجلاني الأنصاري ، قال الطبري : عويمر بن الحارث بن زيد بن حارثة بن الجد العجلاني ، هو الذي رمى زوجته بشريك بن سحماء ، فلاعن رسول الله ﷺ بينهما ، في شعبان سنة تسع من الهجرة ، و كان قدم تبوك فوجدها حبلى ، ثم قال بعد ذلك : و عاش ذلك المولود سنتين ثم مات ، و عاشت أمه بعده يسيرًا. [الإستيعاب (٣ / ١٢٢٦) لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر ، ت(٤٦٣هـ) تحقيق: علي محمد البجاوي ، دار الجيل ، بيروت ، ط١ ، عـ(١٤١٣هـ/ ١٩٩٣م).] .

(٣)_ أخرجه البخاري ، كتاب الطلاق ، باب : صداق الملاعنة ، (٥٠٠٥) ، (٣ / ١٩٠٩) ، و اللفظ له .

* أخرجه مسلم ، كتاب اللعان ، رقم : (١٤٩٣) ، (١٠ / ٩٦) .

(٤)_ نصب الراية (٣ / ٥١٤).

(٥)_ الهداية (٢/ ٣١١) ، تبيين الحقائق (٢/ ٢٣١)، البناية (٥/ ٣٧٥).

(٦)_ المغني لابن قدامة (٩/ ٣٠) .

ملك النكاح من الزوج ، لذا لم تقع الفرقة باللعان نفسه ، بل تشترط وقوعها ، فإن أوقعها الزوج بالتطليق، وإلا ناب القاضي منابه في الحكم بالتفريق[1].

أدلة القول الثاني :

استدل المالكية والحنابلة في الرواية الثانية لهم و زفر من الحنفية على وقوع الفرقة بمجرد إتمام التلاعن بينهما ، دون حاجة إلى تفريق القاضي ، وإن وقع كان إعلامًا وتنفيذًا للفرقة التي وقعت باللعان نفسه ، بأدلة نقلية وعقلية .

أولًا: الأدلة النقلية :

١ . حديث سيدنا ابن عمر[2] رضي الله عنه قال : (فرَّق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين المتلاعنين وقال : حسابكما على الله ، أحدكما كاذب ، لا سبيل لك عليها)[3] . وجه الاستدلال بالحديث : إن قوله صلى الله عليه وسلم : (لا سبيل لك عليها) يعني أنه لا يجوز لك أن تكون معها ، بل حرمت عليك أبدًا ، هذه الحرمة باللعان نفسه من غير احتياج إلى تفريق القاضي ، فالنبي صلى الله عليه وسلم مخبر عن وقوع الفرقة عند وقوع اللعان منهما ، مما يدل على أن اللعان سبب الفرقة [4].

٢ . ما روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه قال : (المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبدًا)[5] . وجه الاستدلال بالحديث بالحديث : قوله صلى الله عليه وسلم (إذا تفرقا) أي بعد ملاعنتهما لا يجتمعان أبدًا ، فظاهر الحديث يؤيد أن الفرقة تقع باللعان نفسه ، إذ يتوقف عدم الاجتماع بين الزوجين على ملاعنهما لا على تفريق القاضي[6].

ثانيًا : الأدلة العقلية :

١ . في اللعان معنى يقتضي التحريم المؤبد ، لذلك ما كان له أن يقف على حكم القاضي وقضائه به كالرضاع .

---

(١)_ بدائع الصنائع (٥/ ٥٤) .

(٢)_ تقدمت ترجمته ص (١٩٤).

(٣)_ أخرجه البخاري ، كتاب : الطلاق ، باب: قول الإمام للمتلاعنين إن أحدكما كاذب فهل منكما تائب ، رقم : (٥٠٠٦) (٣/ ١٩٠٩) .

* أخرجه مسلم ، كتاب : اللعان ، رقم : (١٤٩٣) (١٠ / ٩٨). و اللفظ لهما .

(٤)_ عون المعبود : باب في اللعان ، (٦/ ٢٤٨) .

(٥) _ تقدم تخريجه ص (٢٢٣).

(٦)_ فتح الباري ، باب التفريق بين المتلاعنين ، (٩/ ٤٥٩) ، شرح الزرقاني ، كتاب الطلاق ، (٣/ ٢٤٥) لمحمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني ، ت (١١٢٢هـ) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط١ ، عـ (١٤١١هـ) .

٢. لو لم تحصل الفرقة إلا بتفريق القاضي لساغ ترك التفريق إذا كرهاه ، كالتفريق للعيب والإعسار ، ولوجب استمرار النكاح إن لم يفرق القاضي بينهما، وقول النبي صلى الله عليه وسلم : (لا سبيل لك عليها)، يدل عليه، وتفريقه بينهما بمعنى إعلامه لهما بحصول الفرقة[١].

أدلة القول الثالث :

واستدل الشافعية لما ذهبوا إليه بالأدلة الآتية :

١. فرقة اللعان مجردة عن العوض ، فإذا لم تتفرد بها الزوجة ، انفرد بها الزوج كالطلاق.
٢. يمنع اللعان بين الزوجين إقرار الزوجية ، لذا وجب تنفيذه بتفريق القاضي لا إيقاعه ، كالبينة على الطلاق والإقرار به.
٣. تقع الفرقة باللعان وينتفي النسب ، فلما اختص نفي النسب بلعان الزوج وجب أن تكون الفرقة بمثابته ، لأنه أحد حكمي اللعان[٢] .

المناقشة والترجيح :

ردَّ فقهاء الشافعية على الحنفية بأن النبي صلى الله عليه وسلم عندما قال : (المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا)،لم يجعل لغير المتلاعنين سلطة وتأثيرًا على وقوع الفرقة بصريح لفظه[٣].

وإن حديث عويمر العجلاني[٤] ليس فيه دلالة على ما ذهب إليه الحنفية ، بل إن المراد بتفريق النبي صلى الله عليه وسلم في حديث عويمر إنما هو الإفتاء و الإخبار عن حكم الشرع بدليل الرواية الأخرى : (لا سبيل لك عليها) [٥].

أما الحنفية فردوا بأن قول الشافعي فيما ذهب إليه مخالف لأية اللعان ، لأن الله تعالى خاطب الأزواج باللعان بقوله : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ ۝٦ ﴾ سورة النور، فلو ثبتت الفرقة بلعان الزوج ولاعنته زوجته وهي غير زوجة وهو خلاف النص [٦]. فكل ما ورد من الأحاديث التي استدل بها الحنفية فيها دليل على أن الفرقة لا تقع بلعان الزوج ولا بلعانها. إذ لو وقعت لما احتمل التفريق من رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد وقوع الفرقة بينهما باللعان نفسه .

---

(١)_ تقريرات عليش (٣/ ٣٩٤) ، المغني لابن قدامة(٩/ ٣٠) ، الشرح الكبير (٩/ ٤٥) ، كشاف القناع(٥/ ٤٦٩) ، الروض المربع (٢/ ٣٤٩) .

(٢)_ الحاوي الكبير (١١/ ٤٤، ٥٢، ٥٣).

(٣)_ الحاوي الكبير (١١/ ٥٢) .

(٤)_ تقدمت ترجمته ص (٢٢٧).

(٥)_ شرح الزرقاني ، كتاب الطلاق ، (٣/ ٢٤٧) .

(٦)_ بدائع الصنائع (٥/ ٥٤) .

أما ما استدل به زفر فلا حجة له في الحديث ، لأن المتلاعن متفاعل من اللعن ، وحقيقة المتفاعل المتشاغل بالفعل فبعد الفراغ لا يبقى فاعلًا حقيقة فلا يبقى ملاعنًا حقيقية ، فلا يصح التمسك به لإثبات الفرقة عقيب اللعان ، فلا تثبت الفرقة عقيبه ، وإنما الثابت عقيبه وجوب التفريق ، فإن فرق الزوج بنفسه، وإلا ينوب القاضي منابه في التفريق ، فإذا فرق بعد تمام اللعان وقعت الفرقة[1].

رد الحنابلة على من لم يشرع التفريق القضائي باللعان بأن الشرع إنما ورد بالتفريق بين المتلاعنين ، ولا يكونان متلاعنين بلعان أحدهما ، إنما فرق النبي بينهما بعد تمام اللعان منهما ، فالقول بوقوع الفرقة قبله تحكم يخالف مدلول السنة وفعل النبي صلى الله عليه وسلم، ولأن لفظ لعان لا يقتضي فرقة، فهو إما أيمان على زناها أو شهادة ، ولولا ورود الشرع بالتفريق بينهما لم يحصل التفريق ، وإنما ورد الشرع به بعد لعانهما فلا يجوز تعليقه على بعضه كما لم يجز تعليقه على بعض لعان الزوج ، لذا لابد من تفريق القاضي الذي ورد الشرع به[2].

الترجيح :

كل الأحاديث التي تفيد وقوع الفرقة بتفريق النبي صلى الله عليه وسلم وتثبت حرمة اجتماع المتلاعنين تدل على حصول تفريق النبي صلى الله عليه وسلم قبل إخباره بأن المتلاعنين لا يجتمعان أبدًا ، فعدم اجتماع المتلاعنين ناشئ عن تفريق النبي صلى الله عليه وسلم لا عن حصول اللعان ، أما الأحاديث التي حرمت اجتماع المتلاعنين دون تفريق النبي صلى الله عليه وسلم فهي صريحة في حصول الفرقة قبل حرمة الاجتماع ما داما على حال التلاعن ، لنستنتج إمكانية الجمع بين النصوص كلها ، علاوة على اتفاق جميع الروايات مع الأحاديث التي تدل على بقاء النكاح بعد اللعان وقبل تفريق القاضي. كما أن أغلب الأحاديث التي استدل بها الفقهاء تذكر تفريق النبي صلى الله عليه وسلم بين المتلاعنين إلا أن منهم من عدَّ تفريقه حكمًا وإيقاعًا ، ومنهم من عده تنفيذًا وإعلامًا وإخبارًا ، وإنني لأرى أنه لو لم تكن حاجة إلى تفريق النبي ﷺ لما فرق النبيﷺ ، وإنما أقر على التلاعن فقط ، طالما أنه بنفسه يوجب التفريق .

ثم إن ألفاظ اللعان لا تعدُّ طلاقًا ولا حكمًا بالتفريق ، فلا تكفي لوحدها لإيجاب الفرقة والحرمة بين المتلاعنين ، إذ لابد من قضاء القاضي بالتفريق بسببها، وهذا يتفق مع الكتاب والسنة التي تقضي بأن اللعان شهادات من الزوجين ، وبما أنها شهادات فهي تشبه الحقوق أمام القاضي التي لا يثبت حكمها إلا بقضائه ، لذا كان لابد لثبوت الفرقة من قضاء القاضي بها والله أعلم .ولأن ثبوت حرمة الاجتماع بين الزوجين المتلاعنين يعود أمره إلى إيمانهما ، فهو أمر يتعلق بين كل من الزوجين وربه ، لذا ثبتت الحرمة بمجرد الملاعنة ، أما التفريق فأمر عملي قد لا يستجيب له الزوجان ولا يرغبانه على

---

(١)_ بدائع الصنائع(٥/ ٥٤) .

(٢)_ المغني لابن قدامة (٩/ ٣١) ، والشرح الكبير لابن قدامة (٩/ ٤٦/ ٤٧) .

الرغم من التلاعن بينهما ، وفي بقائهما مع بعضهما ضرر على المجتمع ، علاوة على الضرر الواقع بينهما ، مما يتوجب إزالة الضرر ما أمكن ، والذي يعدُّ من عمل القضاة الذين نصبوا في أماكنهم لإقامة حكم الله تعالى والعدل على الأرض ، لذا اشترط قضاء القاضي في التفريق بسبب اللعان ولو لم يرغب به الزوجان.

ثالثًا : ثمرة الخلاف.

وتظهر ثمرة الخلاف بين الفقهاء بأن من قال الزوجية باقية بعد اللعان قبل تفريق القاضي ، قال بجواز طلاق الزوج وظهاره من زوجته وإيلاؤه منها. حيث تعد الزوجية باقية في حق الميراث كذلك ، إذ يجري التوارث بينهما ، فلو مات أحدهما ورثه الآخر ، ولو طلقها وقع طلاقه عليها ، ولو أكذب نفسه فإنها تحل له من غير تجديد عقد الزواج.

أما من قال بأن الفرقة تقع مباشرة باللعان بين الزوجين دون حاجة إلى تفريق القاضي ، فإن الزوجية تنقطع بدءًا من انتهاء التلاعن ولا يثبت بينهما حق مطلقًا[1] .

ومنه تنطلق أهمية البحث في مدى شرعية تفريق القاضي باللعان ومعرفة أدلة الفقهاء ومناقشاتهم ، الذي في تبيانه أهمية كبرى للقاضي نفسه ، فمن جعل له حقًا شرعيًا في الحكم بالتفريق كان له الحق في الحكم فيما يتبع ذلك من أحكام الزواج بناء على علمه بالأحكام الشرعية الواردة فيها ، و من منع شرعيته في الحكم بالتفريق فقد ألغى حكمه فيما يتبع ذلك من الأحكام المتعلقة بالزواج .

(١)_ بدائع الصنائع (٥/ ٥٣) ، تبيين الحقائق (٣/ ٢٣٠) ، الاختيار (٣/ ١٦٩).

المطلب الثالث : سلطة القاضي في إجراءات دعوى التفريق باللعان .

يمر التلاعن بين الزوجين بمراحل لابد من توافرها ، ليتمكن القاضي من السير في الدعوى على الوجه الشرعي الصحيح والحكم عليها وفقًا لشرع الله الحنيف .

أولًا : كيفية اللعان ودور القاضي فيه .

يتم اللعان بين الزوجين وفق المراحل الآتية :

أولًا : طلب الزوجة الملاعنة عند القاضي ورفع تلك الدعوى أمامه ، فإن لم ترفع طلبها إلى القاضي بالملاعنة أمامه ، لم تصح الدعوى ، ولم يعتد بالتلاعن بينهما شرعًا، وكذا لو تراضى الزوجان فيما بينهما على إجراء التلاعن بغير القاضي لم يصح التلاعن ، ولا يترتب عليه حكمه الشرعي ، إضافة إلى ضرورة تأديبه الزوج إن قذف زوجته تعريضًا دون التصريح ، لأن اللعان مبني على التغليظ والتأكيد فلم يجز بغير القاضي كالحد هذا الشرط انفرد به السادة الحنفية و الحنابلة [1] . وعللوا لذلك :

١. لاعن النبي صلى الله عليه وسلم بين عويمر العجلاني وامرأته ، وبين هلال بن أمية وزوجته ، ولم يكن في أيامه لعان ،غير هذين فتولاه بينهما، ولم يرده إليهما .
٢. المغلب على اللعان حكم اليمين في الدعوى ، لذا لم يصح إلا بحضور القاضي وأمره به ، كاليمين في سائر الدعاوى ، وإن غلب فيه معنى الشهادة فهي كذلك لا تؤدى إلا عند القاضي .

* وتتجلى ضرورة اشتراط حضور القاضي عند التلاعن في نصحه الزوجين لعل أحدهما يرجع عن رأيه قبل أن يتم اللعان بينهما، ليتحقق الستر للفاحشة واستمرار العلاقة الزوجية، بل ويندب ذلك عند الحنفية [2].

كما جعلوا حق التخاصم من المرأة في اللعان يثبت به التقادم ، فإن تركت الزوجة المخاصمة وانصرفت ثم بدا لها أن تخاصمه ، فلها ذلك ، لأنه حقها ، وحق العبد لا يسقط بالتقادم لكنهم فضلوا أن تترك المرأة الخصومة لما فيها من إشاعة الفاحشة .

ثانيًا: البدء في التلاعن بالرجل ، بأن يتأخر لعانها عن لعانه ، لأن لعانها لإسقاط الحد وإنما وجب الحد بلعانه ، فلا حاجة إلى لعانها قبله ، فإن بدأت باللعان قبله لا يعتد به، لأنه خلاف المشروع ، ولأن لعان الرجل يعد بينة للإثبات ، ولعان الزوجة بينة للإنكار ، ولا يجوز تقديم الإنكار على الإثبات ، هذا الشرط تفرد به الشافعية

---

(١)_ الدر المختار(٣/ ٥٣٧) ، بدائع الصنائع (٥/ ٣٤) ، المبدع (٧/ ٤٣) ، كشاف القناع (٥/ ٤٥٦) .

(٢)_ بدائع الصنائع (٥/ ٤٩، ٥٠) .

والحنابلة وذكره الحنفية [1] دون أن يعدوه شرطًا، إذ جعلوا جميع أحكام اللعان المترتبة عليه متعلقة بمجرد لعان الزوج ، ولا يتوقف شيء منها على لعان الزوجة .

وترى الباحثة أهمية البدء بالتلاعن من الرجل وضرورته ، لأنه مدعٍ والمدعي من يبدأ بالدعوى عمومًا ، لكن هذا لا يعني أنه لا حق للزوجة في الرد ولو بألفاظ اللعان، لأنها منكرة ويحق للمدعى عليه أن ينكر دعوى المدعي شرعًا ، لذا توجب البداية بالمدعي في التلاعن ، لكن دون إسقاط المدعى عليه من التلاعن بل سماعه ثانيًا بعد سماع التلاعن من المدعي . حتى إن الشافعية[2] أنفسهم أثبتوا ذلك ، عندما اشترطوا تلقين القاضي ، كلمات اللعان لكلا الزوجين ، فيقول للزوج أولًا : قل كذا وكذا ، ويقول للزوجة ثانيًا : قولي كذا و كذا . يضاف إليه أن البدء بالتلاعن بالرجل يؤيده ما ورد من ترتيب في الآية القرآنية ، قال تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ٦ ﴾ سورة النور .

ثالثًا : إتمام ألفاظ اللعان وكلماته الخمس ، وعدم تقديم لعنة الزوج على شيء من الألفاظ الأربعة ، وكذا غضب الزوجة ، فإن لم يتم الزوجان أو أحدهما التلاعن خمسًا ، بطلت الدعوى ، وليس للقاضي متابعة السير فيها وهذا الشرط مما انفرد به الشافعية والحنابلة[3].

* و يتضح من خلال شروط صحة الدعوى ضرورة تقيد القاضي بها لصحة متابعة سيره، والتوصل إلى الحكم عليها بناءً على شروط شرعية سليمة ، لذا فسلطته مقيدة بالنص الفقهي الشرعي الوارد عند الفقهاء دون صلاحية له بالحيد عنه طالما تم اشتراط تلك الشروط لصحة الدعوى من الفقهاء بناءً على أدلة علمية فقهية.

ثانيًا : دور القاضي حال امتناع الزوج أو الزوجة عن التلاعن في سير الدعوى.

إذا تحققت شروط صحة الدعوى تابع القاضي سيرها على نحو ما خَطَّ له الفقهاء ، لكن قد يعترض سير دعواه معترضات من قبل أحد الزوجين ، كما لو امتنع أحدهما عن التلاعن بعد طلب القاضي أو كان غائبًا ، فما دور القاضي عندئذٍ . ؟

اختلف الفقهاء في دور القاضي أثناء سير الدعوى إذا نكل أحد الزوجين عن اللعان، هل يقام على الناكل منهما الحد أو يتوجب عليه إجباره على اللعان وحبسه إن امتنع عنه ، فذهب فقهاء الحنفية [4] إلى أن للقاضي سلطة إجبار الزوج على التلاعن إن طلب منه القاضي فامتنع ، ولو امتنع الزوج بعد إجباره حبسه القاضي لإتمام سير الدعوى ، حيث لا يحق

(١)_ بدائع الصنائع (٥/ ٣١ وما بعدها) ، مغني المحتاج (٣/ ٤٩٢) ، روضة الطالبين (٨/ ٣٥٢) ، المبدع (٧/ ٤٣) ، كشاف القناع (٥/ ٤٥٦) .

(٢)_ مغني المحتاج :٣/ ٤٩٢.

(٣)_ روضة الطالبين (٨/ ٣٥١) ، المبدع (٧/ ٤٣) .

(٤)_ بدائع الصنائع (٥/ ٣٤ ، ٣٦) ، تحفة الفقهاء (٢/ ٢٢٣) ، فتح باب العناية (٢/ ١٥٨) .

للقاضي الحكم على الدعوى إلا بعد تلاعن كلا الزوجين عندهم . وعللوا لحبس الزوج الممتنع عن التلاعن بامتناعه عن الواجب عليه فهو كالممتنع عن قضاء الدين فيحبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه. ولأن الله تعالى قال في قصة الهدهد : ﴿ لَأُعَذِّبَنَّهُۥ عَذَابًا شَدِيدًا أَوْ لَأَاْذْبَحَنَّهُۥٓ أَوْ لَيَأْتِيَنِّى بِسُلْطَٰنٍ مُّبِينٍ ﴿٢١﴾ ﴾ سورة النمل. جاء في تفسير العذاب في هذه الآية: الحبس ، والعذاب منبئ عن معنى المنع ، يقال : أعذب ، أي : منع ، ومعنى المنع يوجد في الحبس[1] ، لذا إذا امتنعت الزوجة من اللعان حبست حتى تلاعن أو تقر بالزنا ، إذ المراد بالعذاب في الآية ﴿ وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ ﴿٨﴾ ﴾ سورة النور ، الحبس دون الحد كما في تأويل الطبري الذي أخذ به الحنفية[2].

بينما ذهب جمهور الفقهاء[3] إلى إنهاء الدعوى بإقامة الحد على الناكل عن التلاعن بعد طلب القاضي منه ، فلا يتابع القاضي سيرها بل يتوجب عليه إقامة حد القذف على الزوج الناكل ، وحد الرجم على الزوجة الناكلة . وعللوا لوجوب إقامة حد القذف على الزوج الناكل عن اللعان ، بصريح آية القذف: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ﴿٤﴾ ﴾ سورة النور . فهي عامة في جميع الأزواج وغيرهم . ثم جاءت الآية التالية : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ ﴿٦﴾ ﴾ سورة النور . فجعلت اللعان بالنسبة للزوج مقام الشهود يسقط عنه الحد فإذا لم يقم به طُبِّق عليه حكم الآية الأولى وهو حد القذف[4].

أما الزوجة فالدليل على إيجاب حد الرجم على نكولها ، قوله عليه السلام للمرأة بعد أن لاعنها زوجها : (إن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة)[5]. يشير الحديث إلى أن عذاب الدنيا وهو إقامة الحد في حال عدم لعانها إذا كانت كاذبة ، لأهون من عذاب الآخرة ، فكأنه يقول لها ، إذا لم تلاعني أقيم عليك الحد وهذا أهون من عذاب الآخرة[6] .

رجح الدكتور عبد الرحمن الصابوني مذهب الجمهور في حال نكول الزوج ، حيث عدَّه أقوى من رأي الحنفية ، لأن الحد هو أثر من آثار القذف لا يزيله إلا اللعان ، فإذا لم يلاعن الزوج ، توجب إقامة الحد عليه ، أما حال نكول

---

(١)_ أحكام القرآن للجصاص (٥ / ١٤٨) .

(٢)_ بدائع الصنائع (٥/ ٣٦) ، تفسير الطبري (١٨/ ٨٥) .

(٣)_ مواهب الجليل(٦ / ٣٠٤) ، الأم (٥ / ١٣٣) ، المغني لابن قدامة (٨ / ٤٤) .

(٤)_ أحكام القرآن لابن العربي (٣ / ٣٥٢) ، أحكام القرآن للشافعي (١ / ٢٣٩، ٢٤٠) .

(٥)_ سنن أبي داوود ، كتاب : الطلاق ، باب : في اللعان ، رقم (٢٢٥٦) ، (١/ ٦٨٥) ، لسليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي ، تحقيق : محمد محيي الدين عبد الحميد ، دار الفكر .

* سنن الترمذي ، كتاب : الطلاق ، باب : ما جاء في اللعان ، رقم (١٢٠٢) ، (٣/ ٥٠٦) ، [قال أبو عيسى الترمذي : حديث ابن عمر حديث حسن صحيح والعمل على هذا عند أهل العلم]. لمحمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت .

* سنن النسائي الكبرى ، كتاب : الطلاق ، باب : باب عظة الإمام الرجل والمرأة عند اللعان) ، رقم (٥٥٨١)، (٣ / ٣٣٧) .

(٦)_ إحكام الأحكام (٢/ ٢٠٠) محمد بن علي تقي الدين (ابن دقيق العيد) مطبعة السنة المحمدية ، سبل السلام (٢ / ٢٧٨، ٢٧٩).

الزوجة فمما ترجح لديه رأي الحنفية ، لأن إقامة الحد وخاصة الرجم بدون بينة ولا إقرار لا يجوز، وإلا فأين الشهود الأربعة.؟[1]

ويبدو للباحثة ترجيح مذهب الحنفية في إنكار الزوج والزوجة معًا ، لأنه لا يمكن أن نجعل امتناع الزوج عن التلاعن على الرغم من قدرته عليه كعدم قدرته على إحضار الشهود في الحكم سواء . فلو أقمنا الحد عليه بامتناعه عن التلاعن كان كما لو أقمنا الحد عليه لعدم إمكانية إحضار الشهود على زوجته الزانية ، لأن آية اللعان صريحة بأن إقامة الحد لا تكون إلا عند عدم الإثبات بالشهود فما الذي يمنع الزوج عن التلاعن إن كان متأكدًا مما رأى من زنا زوجته، لذلك إن امتنع عن التلاعن يحبس حتى يلاعن ، ولا يعطى حكم عدم القادر على الإثبات بالشهود على زنا زوجته ، وكذلك فإن الزوج مدع زنا زوجته ، لذا ليس له أن يمتنع عن ملاعنتها ، فإن امتنع يحبس حتى يلاعن ، لأنه مدعٍ ، ولا يقام عليه الحد مباشرةً.

أما الزوجة فهي منكرة لما يدعيه الزوج ، والمنكر من الممكن أن يمتنع عن التلاعن، لأنه منكر الزنا من أصله ، فإن امتنعت من التلاعن ، فإنها تحبس حتى تلاعن ولا يقام عليها الحد مباشرةً ، لأن إنكار دعوة المدعي من حقها ، و امتناعها عن التلاعن كذلك من حقها ، فإن امتنعت عن ملاعنة الزوج حبست حتى تلاعن ولا يقام عليها الحد لأنها فعلت ما من حقها ، والله أعلم .

ثالثًا: دور القاضي حال غياب أحد الزوجين بعد التلاعن.

تفرد فقهاء الحنفية[2] بذكر دور القاضي في ملاعنة الغائب ، فلو تلاعن الزوجان ثم غاب أحدهما ملك القاضي السلطة الشرعية في سير الدعوى شريطة توكيل الغائب ، فإن وكَّل الغائب عنه أحدًا كان للقاضي السير فيها، والحكم عليها ، أما إن لم يوكل الغائب أحدًا، توقف سير الدعوى على رجوع الغائب، لأن التفريق عندهم هو حكم ، والحكم لا يصح على الغائب ، لذلك تُوقف الدعوى حتى عودة الغائب .

أما فقهاء الشافعية [3] فذكروا دور القاضي في قذف الغائب لا ملاعنته ، فلو قذف الزوج زوجته عند القاضي وكانت الزوجة غائبة فما دور القاضي في تلك الحالة ؟ قالوا : في المسألة طريقان في مذهبهم :

(١)_ مدى حرية الزوجين في الطلاق للصابوني (٢/ ٨٨٤).

(٢)_ الدر المختار (٣/ ٥٣٧) .

(٣)_ روضة الطالبين (٨/ ٣٤٥) .

أحدها : يستحب للقاضي أن يبعث للزوجة المقذوفة فيخبرها بقذف زوجها لها ، لتطالب بحقها إن شاءت ، وبهذا قال الشيخ أبو حامد[1] .

ثانيها : وبه قال الأكثرون : يجب على القاضي إخبار الزوجة بقذف زوجها لها، و هو المذهب عندهم .

ونستنتج من أقوال الشافعية أنفسهم أن واجب القاضي إخبار الزوجة وإعلامها بقذف زوجها لها ليصح سير الدعوى ، وإثبات قذف زوجها لها ومن ثم حكم القاضي بالتفريق بعد علمها بإجراءات تلك الدعوى، والله أعلم .

رابعًا : إثبات دعوى التفريق باللعان .

في دعوى التلاعن بين الزوجين مدعٍ ومنكر ، فالزوج يدعي زنا زوجته، والزوجة تنكر زناها ، وتدعي من وجه آخر قذف الزوج لها .

ومما يشترط على المدعي في كل دعوى ، الإتيان بالبينة الشرعية لتثبت صدق دعواه في تلك الدعوى وعلى القاضي طلب البينة . فلو قذف الزوج زوجته بالزنى صراحةً ، فأنكرت المرأة زناها ، وخاصمت زوجها عند القاضي ، توجب عليه إجبار الزوج على إقامة البينة لإثبات صدق مقالته ، والبينة في جريمة الزنى لا تثبت إلا بأربعة شهود من الرجال ، لأن الزوج مدعٍ ، و في الدعاوى يُبتدأ بالمدعي في إثبات صدق ما يدعيه ، فإن لم يتمكن من الإتيان بالبينة الشرعية ، ألزمه القاضي بالتلاعن وهو أربع شهادات من الزوج، تقوم مقام الشهود الأربعة ، تقيه من حد القذف إن أتى بها .

وإن أنكرت الزوجة المقذوفة زناها أمرها القاضي بالتلاعن أولًا وهو شهادات أربع تعارض شهادات الزوج ، فإن أتت بها سقط عنها عقوبة ما اتهمها به زوجها من الزنا .

أما إن خاصمت زوجها عند القاضي ، وادعت عليه قذفها بالزنا وجحده الزوج، ألزمت بإقامة البينة لأنها مدعية يلزمها القاضي بإثبات قذف الزوج لها ، والإتيان بالبينة الشرعية التي تثبت بشهادة رجلين عدلين أو الإقرار من الزوج بالقذف. ولا سلطة للقاضي بإلزام الزوجة إثبات قذف الزوج لها ، إن لم يسبقه الخصومة والدعوى والمرافعة. ولا يقبل في إثبات قذف الزوجة شهادة النساء ولا كتاب القاضي إلى القاضي . هذا ما اختص باشتراطه فقهاء الحنفية لإثبات الدعوى[2]

---

(١)_ هو إمام الشافعية أحمد بن محمد بن أحمد ، أبو حامد الإسفراييني ، ولد سنة (٣٤٤هـ) قدم بغداد وهو صغير سنة (٣٦٤هـ) فدرس الفقه على أبي الحسن بن المرزبان ثم صارت إليه رياسة الشافعية ، كان فقيهًا إمامًا جليلًا شرح المزني في تعليقه نحوًا من خمسين مجلدًا ، توفي سنة (٤١٠هـ) . [سير أعلام النبلاء (١٣ / ١١٦ ، ١١٧ ، ١١٨)] .

(٢)_ بدائع الصنائع (٥/ ٥٠) ، تحفة الفقهاء (٢/ ٢٢٠).

خامسًا: **الحكم على الدعوى بتفريق اللعان .**

إذا توافرت شروط صحة الدعوى لدى القاضي ، وثبت لديه التلاعن على الوجه الشرعي الذي أمر به المتلاعنين، ألزم بالحكم على الدعوى بالتفريق بين الزوجين المتلاعنين مباشرة بعد تمام التلاعن و انتهائه كاملًا.

ولا يثبت الحكم بالتفريق بسبب اللعان، إلا إذا تمت الكلمات الخمس ، ولو حكم القاضي بالفرقة بأكثر كلمات اللعان ، لم ينفذ حكمه ولم يصح ، لأن حكمه غير جائز عند أكثر الفقهاء ، فلا ينفذ كسائر الأحكام الباطلة . وحكمه بالتفريق قبل تمام اللعان يعرضه للنقض والطعن به ، لأنه لم يتم في وقته ، إنما تقدم عليه، فحكم القاضي بالتفريق يثبت فور تمام اللعان وانتهائه مباشرةً دون تأخير ، لأنه لا حاجة للتأخير طالما ثبتت الدعوى بجميع شرائطها الشرعية ، بدءًا من سيرها ، ثم إثباتها ، ليتوصل إلى الحكم عليها.

وليس للقاضي أن يأمر المتلاعن بعد انتهائه من اللعان بالطلاق ، طالما ملك القاضي بالتلاعن الحق بالحكم بالتفريق ، فلا تأثير لطلبه الطلاق من الزوج[1] .

ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : (المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا). ففي الحديث دلالة واضحة على ملكية القاضي الحق التام في حكمه بالتفريق بعد التلاعن، دل عليه حرمة التناكح بين المتلاعنين أبدًا[2]، لذا وجب الحكم بالتفريق بينهما مباشرةً ، لوقوع الحرمة بمجرد انتهاء التلاعن مباشرةً و كذا الحكم بالتفريق ، إذ لا داع إلى تأخيره و تراخيه طالما جرى التلاعن بين الزوجين ولا فائدة منه. و في الحديث دلالة على سلطة القاضي في التفريق مباشرة دون الحاجة إلى أمر الزوج به، وبمجرد التلاعن ، والله أعلم.

المطلب الرابع : آثار سلطة القاضي في التفريق للعان .

يتوجب بعد الحكم القضائي بالتفريق للعان ، معرفة مدى حجية و نفاذ الحكم ، وأثر الخطأ فيه على الحجية والنفاذ ، و كذا أثره على نوع الفرقة و ما يترتب عليها من نفقة ومهر و ميراث .

أولًا : حجية التفريق القضائي باللعان عند القائلين بلزومه .

للقاضي سلطة الحكم بالتفريق بين الزوجين المتلاعنين حتى ولو سأله الزوجان ألا يفرق و طلبا ذلك منه . ويعد حكمه نافذًا ، كما لا يشترط له استئذانهما ، فمتى تم التلاعن بينهما حكم بالتفريق ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين

(١)_ المنتقى شرح الموطأ (٥/ ٣٢٤) ، روضة الطالبين (٨/ ٣٥١) ،بجيرمي على الخطيب (٤/ ٣١) ،مغني المحتاج (٣/ ٤٩٢).

(٢)_ فتح الباري ، باب التفريق بين المتلاعنين (٩/ ٤٥٩).

المتلاعنين ولم يستأذنها . ولا يستوجب قذف الرجل امرأته شيء على الزوج من أحكام اللعان و القذف ما لم ترفع الزوجة دعواها إلى القاضي ، ليكتسب قذف الزوج زوجته صفة دعوى التلاعن [1] .

* ومنه نجد أن للتفريق القضائي حجية و نفاذًا مكتسبة من سلطة القاضي في التفريق و لو خالف حكمه رغبة الزوجين المتلاعنين . أضف إليه أن فقهاء الحنفية [2] منحوا تفريق القاضي حجيةً مطلقة ، مستمدة من عده مجتهدًا في الحكم ، فلو فرق القاضي بين الزوجين بعد لعان الزوج قبل لعان الزوجة فإن حكمه حجة نافذة ، لكون القاضي مجتهدًا فيه عندهم ، رغم أنهم لم يجيزوا للقاضي التفريق إلا بعد تمام ملاعنة الزوجين .

وقال الإمام محمد _ رحمه الله تعالى _ في المتلاعنين ثلاثًا ، ينفذ حكم القاضي إذا فرق بينهما، لأنه حكم في موضع الاجتهاد ، كما لو حكم بشهادة المحدود في القذف، و لأن تكرار اللعان للتغليظ، و معنى التغليظ يحصل بأكثر كلمات اللعان ، لأنه جمع متفق عليه، و أدنى الجمع كأعلاه في بعض المواضع ، فإذا اجتهد القاضي وأدى اجتهاده إلى هذا الطريق ، نفذ حكمه .

حتى إن قضى القاضي برأيه في حادثة قد اختلف فيها الفقهاء فإن حكمه يعد نافذًا على جميع من خالفه و يثبت صحيحًا عليه ، و إن كان هذا القاضي عند المخالف مخطئًا للحق عند الله تعالى . و هنا الحكم كذلك فإن القاضي لو خالف المذهب المعمول به في تلك الدعوى في الحكم بالتفريق ، احتج بحكمه و نفذ طالما اجتهد فيه بالحكم في الدعوى عندهم .

و قد عدوا هذا ردًا على من ذهب إلى عدم نفاذ حكم القاضي حال مخالفته للمذهب المعمول به في سير الدعوى ، ومخالفته للكتاب و السنة التي اشترطت التلاعن خمس مرات .

* و يبدو للباحثة ، أنه لا يحتج بقضاء القاضي و حكمه بالتفريق وفقًا لما يؤدي إليه اجتهاده ، حتى و لو خالف مذهبه ، لعدم إمكان الحكم بخلاف مذهب القاضي ، سيما قضاة الزمن الحالي ، لأنهم مأمورون بالحكم بالراجح من المذهب الحنفي حسب المادة (٣٠٥) من القانون .

أضف إليه ، أن القضاة الشرعيين في زماننا الحالي ليس لديهم الملكة الفقهية التي تؤهلهم الاجتهاد المطلق الذي قضى به الحنفية في تلك المسألة ، إنما هم مقلدون في كل ما يقضون به ، لذا ليس لهم الصلاحية في الاجتهاد في الحكم في تلك الدعوى و لا تقليد المذاهب الأخرى فيها ، إنما أمروا باتباع المذهب المعمول به في الدعوى من بدايتها . والله أعلم .

---

(١)_ فتح باب العناية (٢/ ١٥٧) ، الفتاوى الهندية (١/ ٥١٦)، المغني لابن قدامة (٩/ ٣٢)، الشرح الكبير لابن قدامة (٩/ ٤٧).

(٢)_كشف الأسرار(٤/ ٢٥ ، ٢٦) عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري ، ت (٧٣٠هـ/ ١٣٣٠م) ، دار الكتاب الإسلامي، حاشية رد المحتار (٣/ ٥٣٧)، بدائع الصنائع (٥/ ٣٣) ، تحفة الفقهاء(٢/ ٢٢٣)، الفتاوى الهندية (١/ ٥١٦).

ثانيًا : أثر خطأ القاضي على حجية حكمه بالتفريق .

وفقًا للسلطة التقديرية الاجتهادية التي منحها فقهاء الحنفية للقاضي في تفريقه باللعان، حينما عدوه مجتهدًا فيما يقضي به ، لم يجعل فقهاء الحنفية [1] لخطأ القاضي أثرًا على حجية حكمه و نفاذه .

فلو أخطأ القاضي فحكم بالتفريق و قضى به قبل تمام اللعان ينظر ، فإن كان كل واحد من الزوجين المتلاعنين قد التعن أكثر اللعان فقد نفذ حكمه ، و لم يؤثر خطؤه على نفاذ الحكم . أما إن لم يلتعنا أكثر اللعان ، أو لم يلتعن أحدهما أكثر اللعان لم ينفذ حكمه و لا حجة له .

مرجع القاضي اجتهاده ونظره في تلك الدعوى ، علمًا أنه إذا وقع تفريق القاضي بعد أكثر اللعان فقد صادف قضاؤه بالاجتهاد موضعًا يسوغ الاجتهاد فيه ، لذا يعد حكمه نافذًا قضاءً ، كما في سائر المجتهدات . فهي عندهم مسألة اجتهادية .

واستدلوا على موافقة تفريق القاضي محل الاجتهاد بوجوه ثلاثة :

١. يقوم الأكثر مقام الكل ، وهذه القاعدة تطبق على اللعان حسب ما يقضي به اجتهاد القاضي .
٢. التكرار في اللعان للتأكيد و التغليظ ، و معنى التكرار يوجد في الأكثر (ثلاثة كان أو أربعة) .
٣. عند الشافعي [2] يسوغ الاقتصار على لعان الزوج إذا قذف المجنونة أو الميتة ، فلأن يسوغ له الاجتهاد بعد إكمال الزوج لعانه و إتيان المرأة بأكثر اللعان أولى .

* ولم أجد أحدًا من الفقهاء أعطى للقاضي تلك السلطة التقديرية الاجتهادية في حكمه بالتفريق للعان ، إلا فقهاء الحنفية ، حتى إنهم لم يجعلوا لخطئه أثرًا على حجية حكمه بالتفريق. و ما تكلم أحد من الفقهاء غيرهم في خطأ القاضي وصلاحيته حسب ما قرأته . والله أعلم .

وإنني لا أوافق الحنفية في منح القاضي تلك السلطة ، طالما أن التفريق بسبب اللعان يعد تفريقًا بسبب الشرع ، وقد وردت نصوص شرعية في حدوده و تفاصيله ، لذا لم يحتج إلى اجتهاد القاضي فيه ، إذ لا مجال للاجتهاد في مورد النص حسب القاعدة الأصولية المشهورة .

---

(١)_ حاشية رد المحتار (٣/ ٥٣٧) ، الفتاوى الهندية (١/ ٥٤٩) ، بدائع الصنائع (٥/ ٥٤ ، ٥٥) .

(٢)_ الأم للشافعي (٥/ ٢٤) .

ثالثًا : أثر موت القاضي و عزله على إنهاء الدعوى .

لو مات القاضي الذي بدأ بسير الدعوى أو عزل قبل الحكم فيها ، أجاز الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف من الحنفية[1] للقاضي الثاني أن يستقبل تلك الدعوى و يستأنفها ، لأن تمام الإمضاء لها يكون بالتفريق و الإنهاء ، و لا يتناهى قبله ، لذا وجب على القاضي الثاني استئناف الدعوى وإتمامها ، إذ لا يؤثر عزل القاضي و موته على استمرار النظر في الدعوى .

أما محمد من الحنفية فلم يجعل للقاضي الثاني حقًا في استئناف الدعوى ، إنما تلغى بمجرد موت أو عزل القاضي الذي كان ينظر فيها ، لأن اللعان عنده قائم مقام الحد، فصار كإقامة الحد حقيقةً . وبمجرد عزل القاضي أو موته انتهت الدعوى ، كما ينتهي إقامة الحد بموت القاضي أو عزله .

و ترى الباحثة ألا يؤثر موت القاضي أو عزله على سير الدعوى و استمرارها ، لأن المراد من سيرها التوصل بالحكم إلى شرع الله فيها ، بغض النظر عمن يحكم به ، لأن الحكم الشرعي منصوص عليه فقهًا و لا حاجة إلى الاجتهاد فيه ، والقاضي مقيد بالنص الفقهي الوارد في المسألة ، لا فرق بينه وبين غيره ممن يستلم الدعوى بعده إن مات أو عزل .

المطلب الخامس : دور القاضي في التفريق باللعان قانونًا .

تعرض قانون الأحوال الشخصية السوري [2] لذكر اللعان في المادة (١٢٩) منه ، فقد نصت على :

١. ولد كل زوجة في النكاح الصحيح ينسب إلى زوجها بالشرطين التاليين :

أ . أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل(ستة أشهر) .

ب . أن لا يثبت عدم التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة كما لوكان أحد الزوجين سجينًا أو غائبًا في بلد معين أكثر من مدة الحمل.

٢. إذا انتفى أحد هذين الشرطين لا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا أقر به أو ادعاه .

٣. إذا توافر هذان الشرطان لا ينفى نسب المولود عن الزوج إلا باللعان) .

فمن خلال عرض هذه المادة نجد أن القانون تكلم عن قسم من موضوع اللعان ، وهو نفي الولد ، وسكت عن القسم الآخر من قذف الزوج زوجته بالزنا . كما سكت عن كل ما يتعلق بأحكام اللعان ، من بينها مشروعية التفريق

(١)_ حاشية رد المحتار (٣/ ٥٣٧) ، الفتاوى الهندية (١/ ٥١٦) .

(٢)_ شرح قانون الأحوال الشخصية السوري للبغا (٥٥٣) .

وحكم القاضي به. لكلا نوعيه ، و كذا دور القاضي بدءًا من سير الدعوى و إثباتها والحكم عليها . لذا فمرجع القانون إلى المذهب الحنفي ليقضي به ، و يُلزم القاضي عملًا بالمادة(٣٠٥) منه.

* و يبدو أن في حصر رجوع القضاء إلى المذهب الحنفي و العمل به دون غيره من المذاهب ، تحجيرًا لواسع ، فالأفضل الرجوع إلى ما يصلح حال البشرية بالرجوع إلى ما توصل إليه فقهاء العصر من أحكام شرعية معاصرة في تلك المسألة ، و إجماعهم على تلك الأحكام بعد تعليلهم لها و موافقتها لروح الشريعة و مقاصدها ، فعندها يقلد ما توصلوا إليه في أحكامهم و يقضي حسب النص الفقهي الذي عملوا به و إن كان من أكثر من مذهب طالما وافق روح الشريعة بإجماع علماء العصر .

و مما يؤخذ على القانون حال رفضت الزوجة الملاعنة أو تصديق الزوج أن المذهب المعمول به هو الراجح من المذهب الحنفي حسب المادة (٣٠٥)منه أحوال .

و لما كان الراجح هو حبس الزوجة حتى تصدق زوجها أو تلتعنه و أن نفي النسب لا يكون إلا بعد استيفاء ركنه و هو حلف الزوج و من ثم تحلف الزوجة عندما لم تقر باللعان .

و لما كانت المادة الأولى من قانون العقوبات السوري نصت على أنه لا تفرض عقوبة و لا تدبير احترازي أو إصلاحي من أجل جرم لم يكن القانون قد نص عليه حين اقترافه ، و نصت المادة (٤٦٠) من أصول المحاكمات المدنية على الأمور التي يجوز لرئيس التنفيذ حبس المحكوم عليه لتأمين استيفاء الحقوق المحكوم بها و لم تذكر الحبس لأجل الملاعنة ، وإن عدم حلف الزوجة الأيمان يجعل دعوى اللعان فاقدة أحد أركانها و بالتالي لا يمكن الحكم بالتفريق و نفي النسب مما يجعل الدعوى واجبة الرد بشكلها الخاص .

و هذا يعد قصورًا في التشريع السوري عندما أخذ في المادة (١٢٩) من قانون الأحوال الشخصية باللعان كأحد أسباب نفي نسب المولود عن الزوج و ترك الأخذ بشروط اللعان إلى كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقدري باشا (الراجح في المذهب الحنفي المعمول بها بدلالة المادة (٣٠٥) أحوال . و بالتالي يتوجب إضافة حالة إلى الحالات الواردة في المادة (٤٦٠) أصول محاكمات مدنية و هي الملاعنة[1].

(١)_ مقابلة مع القاضي الشرعي في محافظة حلب ، الأستاذ : راكان وهيبة بتاريخ (٥/ ٣/ ٢٠١١م) .

المبحث الثالث

سلطة القاضي في التفريق للظهار و الخلع .

بما أن الظهار و الخلع من الفرق الزوجية التي سببها الشرع ، بل هي أقسى أنواع تلك الفرق ، وأشدها ضررًا بالمرأة ، لأن الرجل إذا كره امرأته و لم يرد أن تتزوج بغيره ظاهر منها ، فتصبح لا ذات زوج ولا خلية تنكح غيره ، و في ذلك من الضرر ما ينافي مبادئ الإسلام ، التي حرص على توخي مصلحة المرأة و دفع الضرر عنها .

و كذا قد يضار الزوج زوجته ، إذا أراد فراقها بغير الطلاق ، لما يترتب عليه من التزامات ، مما يدفع الزوجة إلى مخالعة زوجها على مال بقصد مفارقته ، و في ذلك ضرر كبير على المرأة التي حرص الإسلام على دفع الظلم عنها .

لذا فمن المهم البحث في أحكام الظهار و الخلع ضمن حدود دور القاضي و إمكانية صلاحيته في التدخل لرفع الظلم عن المرأة التي نصب القاضي لتلك الغاية المنشودة ، مع تبيان ما منحه القانون من صلاحية في التفريق .

هذا ما سأعرض له في المبحث ما وفقني المولى .

المطلب الأول : حدود سلطة القاضي في التفريق للظهار .

أولًا : تعريف الظهار و صفته الشرعية .

*** تعريف الظهار :**

الظهار لغة : مصدر ظاهر ، يقال : ظاهر زيد عمرًا إذا قابل ظهره بظهره حقيقة [1]

اصطلاحًا : تشبيه المسلم المكلف امرأته أو عضوًا منها بظهر من تحرم عليه عل التأبيد أو بعضو منها ، بأن يقول لزوجته : أنت علي كظهر أمي . هذا التعريف مما اتفق عليه أئمة المذاهب الأربعة[2] دون خلاف بينهم .

---

(١)_ [المصباح المنير (١٤٧) مادة (ظَهْر)] .

(٢)_ الدر المختار (٣/ ٥١١ ، ٥١٢)، مواهب الجليل (٣/ ١٨٠) ، روضة الطالبين (٨/ ٢٦٨) ، الإنصاف (٩/ ١٩٥) .

*** الصفة الشرعية للظهار .**

إذا قال الزوج لزوجته : أنت علي كظهر أمي ، عدت هذه الكلمات طلاقًا من الزوج لزوجته قبل الإسلام ، تحرم به المرأة على زوجها تحريمًا مؤبدًا .

و استمر العمل عليه إلى أن نزلت سورة المجادلة في حق من ظاهر منها زوجها ، حيث تغيرت صفة الظهار الشرعية عما كانت عليه في الجاهلية ، فلم يعد طلاقًا بل منكرًا من القول و زورًا ، تحرم المرأة على زوجها ، فلا يحل له قربانها والاستمتاع بها ، بأي وجه من وجوه الاستمتاع .

اكتسب الظهار تلك الصفة الشرعية لما فيه من إضرار الرجل بامرأته المظاهر منها ، إذ تصبح لا هي زوجة و لا هي مطلقة . مما ينافي و يتعارض مع مقاصد الشريعة في دفع الضرر ، إذ لا ضرر و لا ضرار في الإسلام [1].

و من خلال ذكر الصفة الشرعية للظهار ، توجب على القاضي العمل على رفع التحريم ما استطاع من سبيل ، فهو ملزم برفعه . كما و يلزم أن يتعامل مع الزوج المظاهر من زوجته أثناء نظره في دعوى الظهار على أنه مرتكب لما هو محرم شرعًا ، ليس من حقه أن يرتكبه ، فيعمل على إزالة تلك الحرمة .

ثانيًا : آثار الظهار و دور القاضي فيها .

يرتكب الزوج المظاهر من زوجته ما يصير به آثمًا شرعًا ، ويترتب على مظاهرته آثارًا شرعية ثلاثة ، هي :

الأثر الأول : حرمة الاستمتاع و دواعيه .

اتفق أئمة المذاهب الأربعة [2] على حرمة استمتاع الزوج المظاهر بزوجته ، وحرمة وَطْئِهَا إلى أن يكفر عن ظهاره ، كما حرموا عليه الوطء و مقدماته قبل التكفير . فإن وطئ الزوج أو فعل دواعي الوطء مع زوجته المظاهر منها قبل أن يكفر عن ظهاره ، عُدَّ عاصيًا وحرم عليه الوطء مرة ثانية ، و يلزمه التوبة و الاستغفار و التكفير .

و قد أوجب فقهاء المالكية [3] على الزوجة منع زوجها من الاستمتاع بها حتى يكفر .

---

(١)_ الدر المختار (٣/ ٥١٤) ،الشرح الصغير (٢/ ٤١٨) ، روضة الطالبين (٨/ ٢٦٨) ، الإنصاف (٩/ ٢٠٨) .

(٢)_ الدر المختار (٣/ ٥١٣، ٥١٤) ، البناية (٥/ ٣٢٤) ، الشرح الصغير (٢/ ٤١٨) ، روضة الطالبين (٨/ ٢٦٨، ٢٦٩، ٢٧٠) ، الإنصاف (٩/ ٢٠٨) ، المبدع (٧/ ١٣، ١٤) .

(٣)_حاشية الدسوقي (٣/ ٣٧٣) .

و عند الشافعية [1] إذا وطئ الزوج المظاهر من زوجته ثم كفَّر عن ظهاره ثم وطئ توجب عليه الكفارة مرة أخرى بعوده لوطئها أو لمقدماته .

ذكر فضيلة الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله تعالى ، الحكمة في حرمة الوطء حتى التكفير ، بقوله : (هو منع العبث بالعلاقة الزوجية ، ومنع ظلم المرأة ، فإن الذين يصنعون ذلك يقصدون به الكيد لها) [2].

* يتضح من خلال تبيان اتفاق الفقهاء على حرمة استمتاع الزوج المظاهر بزوجته إلى أن يكفر عن ظهاره عدم فاعلية دور القاضي في ذلك الأثر .

إلا أن فقهاء المالكية[3] الذين أوجبوا على الزوجة منع زوجها المظاهر منها من الاستمتاع بها ، أجازوا لها الاستعانة بالقاضي في منع زوجها من الاستمتاع بها إن خافت من زوجها الاستمتاع جبرًا عنها ، شريطة أن ترفع أمرها إلى القاضي ليمنعه ، ولم يشترط هذا الشرط إلا فقهاء المالكية دون غيرهم من الفقهاء .

جاء في الشرح الصغير[4] ما نصه : (و وجب عليها منعه من الاستمتاع بها و رفعته وجوبًا للحاكم ليمنعه منها إن خافته . أي خافت الاستمتاع بها من زوجها) . فقوله : (و رفعته وجوبًا للحاكم) فيه دلالة صريحة على منح المالكية القاضي صلاحية منع الزوج المظاهر من زوجته الاستمتاع بها شريطة رفع الدعوى إليه ، فهي صلاحية مقيدة بطلب الزوجة والاستعانة بالقضاء ، فإن لم تطلب و تستعن بالقاضي لم يملك القاضي الحق ولا السلطة في منعه من الاستمتاع بها ، ولا أثر لسلطته مطلقًا في تلك الحرمة ، طالما تعلق التحريم بالمظاهر من زوجته و ربه ، فلا دخل للقاضي به .

أما إن طلبت الزوجة من القاضي منع زوجها من الاستمتاع بها ملك القاضي تلك السلطة ، و بذلك يحق له منعَ الزوج من الاستمتاع ، و هي أول مرحلة من مراحل نظره في تلك الدعوى ، ودوره فيها . فإن امتنع الزوج عن الوطء حتى التكفير ، انتهى الظهار و حلت الزوجة لزوجها بالكفارة ، فإن امتنع عن التكفير قبل الوطء ترتب الأثر الثاني على الظهار .

---

(١)_ روضة الطالبين(٨/ ٢٦٨) .

(٢)_ الأحوال الشخصية لأبو زهرة (٣٤٢) محمد أبو زهرة ، ط٢ ، دار الفكر العربي . .

(٣)_ الشرح الصغير (٢/ ٤١٨) ، حاشية الدسوقي (٣/ ٣٧٣) .

(٤)_ الشرح الصغير (٢/ ٤١٨) .

الأثر الثاني : الحبس و الضرب حتى التكفير .

أوجب فقهاء الحنفية[1] على القاضي أن يلزم الزوج المظاهر من زوجته بالتكفير قبل وطئها ، دفعًا للضرر عنها ، وحددوا له وسيلة الإجبار على التكفير ، إما بالحبس أو الضرب إلى أن يكفر أو يطلق .

جاء في الدر المختار[2] : ((وعلى القاضي إلزامه بالتكفير دفعًا للضرر عنها بحبس أو ضرب إلى أن يكفر أو يطلق). فيدل النص على إلزام القاضي حبس الزوج المظاهر من زوجته أو ضربه إلى أن يكفر عن ظهاره ، فتكون سلطة القاضي أثناء السير في الدعوى سلطة إلزامية ، حتى في وسيلة الإجبار ، لا حق له باختيار عقوبة أخرى لإجباره على التكفير ، طالما ذكروا له وسيلة الإجبار . معللين بضرورة دفع الضرر عن الزوجة ، و رفع المعصية ، إذ الظهار معصية حاملة للزوج على الامتناع من أداء حق واجب عليه ديانة ، لذا أمر القاضي و ألزم بأمر الزوج رفع المعصية لتحل زوجته له .

هذا و في وسع الزوج و إمكانه إيفاء حق زوجته بإزالة الحرمة بالكفارة ، لذا توجب عليه التكفير ، فإن امتنع أجبر[3] . هذا مما اختص به فقهاء الحنفية ، حيث قيدوا القاضي و ألزموه في سير الدعوى بإجبار الزوج على التكفير قبل الوطء ، فإن امتنع حبسه القاضي و ضربه جبرًا له على التكفير ، فإن امتنع ترتب الأثر الثالث على الظهار . ولم أجد في حدود ما بحثته عند الجمهور إلزامهم القاضي بما ذكر إلا فقهاء الحنفية . والله أعلم .

الأثر الثالث : الأمر بالتطليق .

مما ذكرت آنفًا إلزام القاضي بجبر الزوج على التكفير دفعًا للضرر عن الزوجة المظاهر منها إذ يجبره بحبسه أو ضربه إلى أن يكفر أو يطلق . فيفهم من قوله (إلى أن يكفر أو يطلق) تطليق الزوج زوجته ، إما باختياره أو جبرًا عنه ، كما يشير إلى أنه لا مشروعية للقاضي مطلقًا في أن يحكم بالتفريق بين الزوجين إذا جرى بينهما ظهار، إنما حقه في أمر الزوج بالتكفير أو التطليق و إلزامه به .

ولا يفهم من إلزام القاضي الزوج بالتطليق صلاحيته بالتفريق إنما مفهومه عودة أمر التطليق إلى يد الزوج فقط لا القاضي ، هذا عند الحنفية . أما غيرهم من الفقهاء فلم يذكروا القاضي مطلقًا عند ذكرهم للظهار و أحكامه و آثاره ، حتى المالكية الذين أجازوا للزوجة رفع أمر مظاهرة زوجها منها إلى القاضي ، جعلوا دور القاضي محصورًا في منع الزوج من الاستمتاع بالزوجة قبل التكفير ، واشترطوا على الزوجة أن تكون ممن تخاف من زوجها الاستمتاع بها ولا تقدر على منعه لوحدها . ولم يذكروا تفريقًا ولا طلاقًا ولا حكمًا بالتفريق من قبل القاضي على الإطلاق . وفيما ذكر صريح الدلالة على

---

(١)_ الدر المختار (٣/ ٥١٦) ، الاختيار (٣/ ١٦٢) ، الفتاوى الهندية (١/ ٥٠٧) .

(٢)_ الدر المختار (٣/ ٥١٦) .

(٣)_ حاشية رد المحتار (٣/ ٥١٦) ، بدائع الصنائع (٥/ ٢٠) .

عدم منح القاضي سلطة فيما يتعلق بالظهار و لا آثاره إلا في حدود ما ذكر ، ولا سلطة له مطلقًا بالتفريق إلا ما كان من أمر الزوج له بالتطليق ، إذ الأمر بالتفريق في الظهار يعود للزوج ، لا دخل للقضاء فيه .

ثالثًا : الظهار في القانون .

لم ينص قانون الأحوال الشخصية السوري [1] على حكم الظهار ، لذا كان مشمولًا حكمه بدلالة المادة (٣٠٥) أحوال ، والتي تقضي بالرجوع إلى مذهب أبي حنيفة فيما سكت عنه القانون .

و الظهار كما مرت أحكامه آنفًا بحسب وجهة نظر الفقهاء ، يعد فعلًا محرمًا من الزوج تجاه زوجته ، و فيه من الضرر بها ما يجب منعه و دفعه ، ويلزم فيه التكفير لدفع الضرر ما أمكن و عدم إيذاء الزوجة .

لكن إن سار القاضي في دعوى الظهار على حسب المذهب الحنفي المعمول به في القانون فوصل إلى إجبار الزوج على التطليق ، و امتنع الزوج من التطليق خوفًا من ترتب آثار الطلاق عليه من التزامات مالية و غيرها ، توجب على القاضي أن يحول الدعوى من دعوى ظهار إلى دعوى تفريق للضرر بالزوجة ، و يقضي لها بالفرقة إن أصر الزوج على الامتناع عن التطليق ، لضرورة رفع الضرر عن الزوجة و واجب القاضي تجاه الضرر الواقع عليها رفعه و دفع المعصية الواقعة ما أمكن .

فإن لم يحول القاضي دعوى الظهار إلى دعوى التفريق للضرر ، و أصر الزوج على عدم التطليق ، وبقيت الزوجة المظاهر منها معلقة غير مطلقة و لا خلية ، فما يكون فائدة القضاء عندها ، و هذا يعارض أولًا و أخيرًا مهمة القاضي الذي نصب لتحقيقها ألا و هي رفع الضرر و الظلم عن الناس ما أمكن .

وعلى القاضي أن يكيِّف الدعوى حسب ما يرى من الضرر و الأذى الملحَق بالزوجة ، ويذكر الأسباب و يسير في الدعوى حسب ما ورد من نصوص شرعية فقهية في دعوى التفريق لإزالة الضرر بين الزوجين ، فتكون سلطته تقديرية في تكييف الدعوى المرفوعة له و مقيدة في حدود نص الفقهاء في إجراءاتها بعد تكييفها . و الله أعلم .

---

(١)_ شرح قانون الأحوال الشخصية السوري للبغا (٥٥٠) .

المطلب الثاني : حدود سلطة القاضي في التفريق للخلع .

أولًا : تعريف الخلع و صفته الشرعية .

*** تعريف الخلع .**

الخلع في اللغة [1] : بفتح الخاء و ضمها مصدر قياسي ، يستعمل في الأمور الحسية كخلع ثوبه خلعًا أزاله عن بدنه ، و في الأمور المعنوية : كخلع الرجل امرأته خلعًا إذا أزال زوجيتها ، وخلعت المرأة زوجها مخالعة إذا افتدت منه.

وفي الاصطلاح الشرعي : عرف بتعاريف كثيرة .

عرفه الحنفية [2] : بأنه إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه .

و عرفه المالكية [3] : بأنه الطلاق بعوض ، سواء كان من الزوجة أم من غيرها ، من ولي أو غيره ، أو هو بلفظ الخلع .

و عرفه الشافعية [4]: بأنه فرقة بين الزوجين بعوض بلفظ طلاق أو خلع ، كقول الرجل للمرأة: طلقتك أو خالعتك على كذا ، فتقبل .

أما الحنابلة [5]: فقالوا فيه : هو فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه منها أو من غيرها ، بألفاظ مخصوصة . و لعل تعريف الشافعية يتفق مع مفهوم الخلع في عرف الناس المتداول فيما بينهم.

*** الصفة الشرعية للخلع .**

الخلع جائز باتفاق العلماء [6] لحاجة الناس إليه عند وقوع الشقاق و النزاع وعدم الوفاق بين الزوجين ، فقد تبغض المرأة زوجها و تكره العيش معه لأسباب جسدية خَلقية أو خُلقية ، أو صحية ، وتخشى ألا تؤدي حق الله في طاعته ، فشرع لها الإسلام في موازاة الطلاق الخاص بالرجل طريقًا للخلاص من الزوجية ، لدفع الحرج عنها و رفع

---

(١)_ [المغرب (٩٠، ٩١) ، المصباح المنير (٦٨) ، مادة (خَلَعَ)] .

(٢)_ الدر المختار (٣/ ٤٨٤) ، تبيين الحقائق (٣/ ١٨١) .

(٣)_ حاشية الدسوقي (٣/ ٢١٦) ، بلغة السالك (٢/ ٣٣٥) .

(٤)_ مغني المحتاج (٣/ ٣٤٧)، روضة الطالبين (٧/ ٣٧٤) .

(٥)_ المغني لابن قدامة (٨/ ١٧٥) .

(٦)_ غمز عيون البصائر (٢/ ١٢٤)، المدونة الكبرى (٤/ ٣٣٥) ، مغني المحتاج (٣/ ٣٤٨)، المغني (٨/ ١٨٧) .

الضرر ، ببذل شيء من المال تفتدي به نفسها و تتخلص من الزواج . إلا أن فقهاء الحنفية[1] كرهوا للزوج أخذ العوض من زوجته إن نشز عنها ، لأنه أوحشها بالاستبدال ، فلا يزيد في وحشتها بأخذ المال . أما إن نشزت الزوجة فكرهوا للزوج أخذ العوض أكثر مما أعطاها من المهر .

و جواز الخلع عندهم لما فيه من دفع الضرر عن المرأة غالبًا ، و كراهته لما فيه من قطع النكاح الذي أبغضه الشرع إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله تعالى ، فإن كان للزوج ميل لزوجته ومحبة لها استحبوا صبرها و عدم افتدائها .

ثانيًا : دور القاضي في الخلع و التفريق به .

* حكم الخلع بحضور القاضي .

أجمع أئمة المذاهب الأربعة [2] على وقوع الخلع و جوازه عند القاضي وبدونه ، فلا تفتقر المخالعة إلى قضاء القاضي ، به قال سيدنا عمر و عثمان رضي الله عنهما ، وشريح[3] و الزهري[4] و أهل الرأي . لم يخالفهم إلا الظاهرية والحسن البصري[5] و ابن سيرين[6] في رأيهم[7] الذي اشترطوا فيه حضور القاضي لصحة المخالعة ، فما لم تكن عنده لم تجز .

استدل الجمهور لعدم اشتراط القاضي في المخالعة بما روي عن سيدنا عمر وعثمان و عبد الله ابن عمر رضي الله عنهم أنهم جوزوا الخلع بدون السلطان . أضف إليه أن الخلع فيه معاوضة ، لذا لم يفتقر إلى القاضي ، كالبيع والنكاح ، علاوةً على أنه قطع عقد بالتراضي جُعِلَ لدفع الضرر ، لذا لم يفتقر إلى القاضي كالإقالة في البيع . و لأن

---

(١)_ غمز عيون البصائر (٢/ ١٢٤).

(٢)_ بدائع الصنائع (٤/ ٣٧٦) ، المبسوط (٥/ ٢٠٢) ، شرح منح الجليل (٢/ ١٨٢) ، الاستذكار (٦/ ٨٥) للإمام أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي ، ت(٤٦٣هـ) ، تعليق : سالم محمد عطا ، محمد علي معوّض ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط٢،(١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٢م) ، المجموع (١٧/ ١٥)، المغني لابن قدامة (٨/ ١٧٥) ، الشرح الكبير لابن قدامة (٨/ ١٧٥ ، ١٧٦) .

(٣)_ هو شريح بن الحارث الكوفي ، ولد سنة (٤٢هـ) من كبار التابعين ، ولِّي قضاء الكوفة زمن عمر رضي الله عنه ، استعفى من الحجاج سنة (٧٧ هـ) فأعفاه ، توفي بالكوفة سنة (٧٨هـ) و هو ابن (١٢٠) سنة .[سير أعلام النبلاء (٥ / ١٣٠ ، ١٣١ ، ١٣٤)]

(٤)_ تقدمت ترجمته ص (٤٨).

(٥)_ تقدمت ترجمته ص (٤٨).

(٦)_ هو محمد بن سيرين أبو بكر شيخ البصرة ، سمع مع الحسن و عمران بن حصين و أبا هريرة و طائفة ، قال مؤرق العجلي : ما رأيت أفقه في ورعه من محمد بن سيرين ، و كان الشعبي يقول : عليكم بذاك الأصم يعني ابن سيرين ، و قال ابن سعد : كان جامعًا عالمًا رفيعًا فقيهًا حجة مأمونًا عابدًا ناسكًا كثير العلم فصيحًا جميلًا رحمه الله ، توفي سنة (١١٠هـ). [العبر في خبر من غبر (١/ ١٣٦) ، شذرات الذهب (٢/ ٥٢، ٥٣) ، سير أعلام النبلاء (٥/ ٤٨٧)] .

(٧)_ المحلى بالآثار (٩/ ٥١٢ ، ٥١٤) .

النكاح و الطلاق جائز من دون القاضي فكذلك الخلع ، فهو بمنزلة الطلاق بعوض ، وللزوج ولاية إيقاع الطلاق ، و للزوجة ولاية التزام العوض ، فليس لاشتراط القاضي في هذا العقد أي معنى .

بينما استدل الحسن البصري و ابن سيرين[1] لعدم صحة الخلع إلا بحضور القاضي ، بقوله تعالى: ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴿٢٢٩﴾ ﴾ سورة البقرة . و لم يفرق .

و قالوا بضرورة وعظ القاضي الزوجة حين المخالعة ، فإن اتعظت و إلا بعث حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها، من مهامهما رفع كل واحد منهما ما يسمع من صاحبه إلى القاضي ، لينظر في تلك الحالة ، فيعد نظر القاضي في المخالعة بين الزوجين أمام القضاء ضروري ، لما يجب عليه من محاولة إزالة الشقاق بين الزوجين .

وقد عُقِّب على هذا الكلام بأن كل ما ورد فيه لا حجة على تصحيحه ، ثم إن الخلع بين الزوجين المتشاقين إذا استوفى شرائطه الشرعية من تحقق الإيجاب و القبول وغيرها ، قدر كل من الزوجين على قطع علاقتهما دون حاجة إلى القاضي ، طالما استوفيا في المخالعة شرائطها الشرعية من قبول العوض مقابل قطع تلك العلاقة بألفاظ مخصوصة .

*** حكم التفريق القضائي بالخلع .**

بما أنه لم يشترط جمهور الفقهاء حضور القاضي في الخلع ، وحكموا بصحته دون قضائه ، فقد رتبوا الآثار الشرعية عليه دون القضاء من باب أولى . لذا نص المالكية [2] في كتبهم بصريح عدم شرعية تفريق القاضي بسبب المخالعة بين الزوجين، ففي بلغة السالك[3] ما نصه : (و لا يجوز عند مالك و ابن القاسم[4] أن يطلق الولي عليهما ... سواء كان الولي أبًا للزوجة أو سيدًا أو وصيًا أو حاكمًا ... بلا عوض) . دلت عبارة النص ، أنه ليس للحاكم والقاضي أن يفرق بين الزوجين المختلعين إذا كان الخلع بلا عوض ، كما لو قال لامرأته : خالعتك و لم يذكر العوض ، و قد ردوا الخلع بدون عوض إلى نية الزوج فإن نوى به الطلاق كان طلاقًا و ما لا فلا . و بما أنهم عدوه طلاقًا بالنية ، لذا لم يفتقر إلى قضاء القاضي .

---

(١)_ تقدمت ترجمته ص (٢٤٨).

(٢)_ بلغة السالك (٢/ ٣٤١) .

(٣)_ بلغة السالك (٢/ ٣٤١).

(٤)_هو عبد الرحمن بن القاسم بن خالد ، العتقي المصري ، أبو عبد الله ، يعرف بابن القاسم ، لم يرو أحد عن مالك الموطأ أثبت منه ، ولد سنة (١٣٢هـ، ٧٥٠م) و قيل (١٢٨هـ) ، توفي بمصر سنة (١٩١هـ ، ٨٦٠م) . [سير أعلام النبلاء (٨/ ٧٢، ٧٦)].

وأكثر الفقهاء [1] عدُّوا الخلع على عوض و بغير عوض طلاقًا ، فإذا كان الخلع طلاقًا ، ترتبت عليه آثاره ، من وقوع الطلاق من الزوج دون حاجة إلى إيقاعه من القاضي .

نُقِل عن المالكية قول بجواز تفريق القاضي بسبب الخلع ، شريطة تحقق المصلحة ، فقد يكون في بقاء الحياة الزوجية و العصمة بين الزوجين فساد لأمر ظهر أو حدث ، لذا جوزوا للقاضي التفريق للخلع .

و لم أجد غير هذا القول في حدود ما بحثته عن تفريق القاضي بسبب الخلع ، ورغم ذلك ففي النص دلالة على تفريق القاضي شريطة المصلحة ، وهذا ما يمكن إدراجه تحت التفريق القضائي بسبب الشقاق بين الزوجين لا بسبب المخالعة ، حيث يمكن للقاضي أن يرتب على التفريق بسبب الشقاق آثاره المالية دون مخالعة من الزوجة عملًا برأي الجمهور .

و الذي يؤيده ما ورد عند المالكية [2] أنفسهم بأنه كما يكون الخلع بالتراضي بين الزوجين يكون بحكم الحكمين إذا فسدت العلاقة بينهما ، و كانت النفرة بينهما ، مما يوجب أن يحكم القاضي بسببه حكمين ، لهما أن يفرقا خلعًا ، ويوافق القاضي عليه ، حتى ولو كان الخلع بغير رضا الزوجة ، إن كان النشوز و الشقاق من جانبها ، الذي يندرج تحت التفريق القضائي بسبب الشقاق .

ثالثًا : الخلع في القانون .

استقر الاجتهاد في القانون السوري [3] على ما أجمع عليه أئمة المذاهب الأربعة من عدم ضرورة و قوع المخالعة أمام القاضي و صحتها بدونه ، طالما استوفت شرائطها و أركانها الشرعية . ورد في اجتهاد القضاء ما نصه : (شرائط المخالعة و أركانها : لا يشترط أن تجري المخالعة أمام القاضي) .

و جاء في المادة (٢٧٨) من قانون الأحوال الشخصية السوري ما نصه : (يقع بالخلع طلاق بائن ... و لا يتوقف على القضاء) .

و لم يذكر في القانون تفريق من القاضي بسبب الخلع ، إلا ما جاء في التعديل الذي جرى في جمهورية مصر العربية و بعض الدول الأخرى على قانون الأحوال الشخصية حيث جاء في القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠م المنشور

---

(١)_ بدائع الصنائع (٤/ ٣٧٢)، الدر المختار (٣/ ٤٨٧) ، بداية المجتهد (٣/ ١٠٥٨)، مغني المحتاج (٣/ ٣٥٤) ،المغني لابن قدامة (٨/ ١٨١ ، ١٨٢).

(٢)_المدونة الكبرى (٥/ ٥).

(٣)_ الدليل (١١٢)، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية السوري لقدري باشا (١٩٤)، مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا (١٤٣) ، موسوعة الأحوال الشخصية للصائغ (١٠٩) .

في الجريدة الرسمية العدد (٤مكرر) الصادر في ٢٢شوال سنة ١٤٢٠هـ، الموافق ٢٩/ ١/ ٢٠٠٠م[١] : (للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع ، فإن لم يتراضيا عليه و أقامت الزوجة دعواها بطلبه و افتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية و ردت عليه الصداق الذي أعطاه لها حكمت المحكمة بتطليقها عليه) .

و قد أثار البرلمان الفلسطيني الصوري ممثلًا بالحركة النسوية و بعض القوى جدلًا في إعطاء الحق للقاضي على إجبار الزوج على مخالعة زوجته إن كرهته و رضيت بإعطائه ما دفعه إليها من مهر ، و أبرأته من حقوقها المالية الشرعية حتى و لو لم يرض الزوج بالخلع أسوة بالتعديل الجاري في قانون الأحوال الشخصية المصري .توصل البرلمان في رأي الأغلبية إلى عدم جواز إجبار الزوج على المخالعة و رفض التعديل الجاري على المادة رقم (٢٠) أحوال مصري .

و على أيَّة حال فإن المحكمة لا تحكم بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين ، و ندبها لحكمين لموالاة مساعي الصلح بينهما ، خلال مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر و على الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة (١٨) والفقرتين الأولى والثانية من المادة (١٩) من هذا القانون و بعد أن تقرر الزوجة صراحة (أنها تبغض الحياة مع زوجها و أنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض) .

فمن خلال ما نُصَّ عليه في القانون المصري ، نجد أنه عُمل بالمذهب المالكي في مشروعية منح القاضي سلطة التفريق بين الزوجين خلعًا، وطبقوا عليه إجراءات دعوى التفريق بسبب الشقاق في سير الدعوى و إثباتها و الحكم عليها ، و جعلوا للقاضي الصلاحية المطلقة في الحكم بما يطمئن إليه وجدانه من الأوراق و المستندات و الأدلة التي تقدم إليه في الدعوى . حتى إذا لم يطمئن إلى دعوى الزوجة و طلب الخلع الذي تقدمت به أو تأكد بأن ما قدمته الزوجة مجرد حيل وأساليب كاذبة للحصول على الطلاق ، فإن كل ما لديه من أوراق أو أدلة أو قرائن تخضع جميعها للسلطة التقديرية للقاضي .

وأرى ضرورة إعطاء القاضي سلطة تقدير كل دليل أو ادعاء أو سند يقدم في الدعوى ولا يجوز للقانون أن يصادر على رأيه ، بل يجب أن يحكم القاضي بما يطمئن إليه من واقع أوراق الدعوى، و أن ينظر إلى الأمور بحقيقتها لا بألفاظها و مسمياتها التي تسمى بها . لكن مما يتوجب عليه رغم سلطته التقديرية التقيد بالنص الشرعي و شروط المخالعة الشرعية ، فلا يخرج على نصوص الفقهاء فيما جاء في الخلع الشرعي الصحيح .

---

(١)_ الخلع و الطلاق بين الشريعة و القانون لصحصاح (٤٣) عاطف فؤاد صحصاح ، المكتب العلمي للإصدارات القانونية ، عـ(٢٠٠٠م). بحث بعنوان (مدى سلطة القاضي في الخلع بدون رضى الزوج في الفقه الإسلامي) ، د . أحمد ذياب شويدح ، الجامعة الإسلامية ، غزة ، فلسطين .

فالخلع المصري و إن منح القاضي سلطةً تقديرية في نظره في دعوى المخالعة ، إلا أنه لم يقيد القاضي في ضرورة تطبيق الخلع الشرعي الصحيح بين الزوجين و الحكم بالتفريق بناءً عليه . فهو بذلك لم يتفق مع الخلع الإسلامي ، لذا كان مخالفًا للشريعة الغراء ، مما جعله مشوبًا بعدم الدستورية لمخالفته لنص المادة الثانية من الدستور[1] التي تقول : (الإسلام دين الدولة ، و اللغة العربية لغتها الرسمية ، و مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع) . ولكي يستقيم أمر الخلع المصري لا بد أن يكون خلعًا إسلاميًا .

و قد خرج القانون المصري على كونه إسلاميًا في ثلاثة وجوه ذكرت في نص المادة (٢٠) السالفة الذكر ، و لا مجال لذكر الأوجه لعدم علاقتها بالتفريق القضائي بالخلع ، و تعلقها بما يجب على القاضي أن يحكم به بعد المخالعة من آثار شرعية صحيحة مترتبة على الخلع الصحيح . و الله أعلم .

(١)_ الخلع و الطلاق بين الشريعة و القانون لصحصاح (٤٧) .

الفصل السابع

سلطة القاضي في التفريق لأسباب متفرقة

ويتضمن المباحث التالية :

المبحث الأول : سلطة القاضي في التفريق لعدم تمام العقد .

المبحث الثاني : سلطة القاضي في التفريق لعدم الوفاء بالالتزامات .

تمهيد

تدور شرعية تدخل القضاة الشرعيين في معاملات الناس مع إقامة العدل و الحق بينهم ، لأن شأن القضاء في الشريعة الإسلامية إقامة العدل و الحق بين الناس . و منه اتسع مفهوم سلطة القاضي و صلاحيته في التفريق بين أخص معاملات الناس فيما بينهم ؛ معاملة الأزواج مع بعضهم ؛ وظهرت الحاجة ماسة إلى تبيان حقيقة تلك الأسباب المتفرقة ، التي قد يكون لها دورٌ فعالٌ في شرعية سلطته في التفريق .

لذا من المهم معرفة دور القاضي و صلاحيته في التفريق إن لم يتم العقد بينهما أصلًا ، سواء كان السبب خيار البلوغ أو عدم الكفاءة أو حرمة النكاح .

و كذا إن لم يفِ أحد الزوجين بالالتزامات الشرعية التي ألزم نفسه بها عند التعاقد بأن خالف ما اشترطه على نفسه من تلك الالتزامات ، أو كان معسرًا و عاجزًا عنها .

فما هي حقيقة تلك الأسباب و ما مدى شرعيتها و حدود سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين لأجلها ، و ماذا يترتب عليها من آثار شرعية ؟

هذا ما سأبحثه في هذا الفصل ، ما وفقني المولى .

المبحث الأول

سلطة القاضي في التفريق لعدم تمام العقد .

من الأسباب الشرعية التي تستوجب عدم لزوم العقد خيار البلوغ ، و عدم الكفاءة إن توافرت شروطها الشرعية ، وحرمة النكاح في أصل العقد . فما هو موقف القاضي و سلطته في التفريق بين الزوجين حيال تلك الأسباب ، و ما هي حدود صلاحيته و آثارها .

هذا موضوع المبحث في المطالب الآتية :

المطلب الأول : سلطة القاضي في التفريق لخيار البلوغ .

للفقهاء أقوال مختلفة في شرعية سلطة القاضي في التفريق بسبب خيار البلوغ ، وفي إجراءات التفريق و آثاره على نوع الفرقة و المهر و الميراث و النفقة ، الذي سآتي على بيانه .

أولًا : أقوال الفقهاء في تفريق القاضي لخيار البلوغ .

اختلفت عبارات الفقهاء في شرعية تفريق القاضي بسبب الصغر ؛ بين مجيز و غير مجيز بالتفصيل الآتي :

اختار فقهاء الحنفية [1] جواز تفريق القاضي بين الزوجين بخيار البلوغ ، الذي عدوه شرطًا لنفاذ العقد ، لا فرق عندهم بين بلوغ الصغير أو الصغيرة ، فاختيار الذي زُوِّج وهو صغير أو صغيرة بعد البلوغ سبب موجب للفرقة بينهما ، التي يشترط لوقوعها تفريق القاضي و حضور الأب أو الوصي .وافقهم على ذلك الإباضية [2] الذين منحوا للقاضي سلطة الحجر على ولي الفتاة إن زوجها دون البلوغ من غير الكفء ، فإن فعل فرق بينهما .

بينما دلت عبارة الشافعية [3] على جواز تفريق القاضي بسبب خيار البلوغ إن زوج الصغيرة الولي من غير الأب و الجد ، أما إن كان أبًا أو جدًا فلا يجوز للقاضي التفريق بسببه . هذا ما دلت عليه عبارة فقهاء الشافعية في قولهم في المجموع [4] ما نصه : (فيجوز للأب والجد إجبارها (الصغيرة البكر) على النكاح و لا يجوز لغيرهما من الأولياء

---

(١)_ بدائع الصنائع (٣/ ٦٠٦)، البناية (٤/ ٦٠٤) ، حاشية رد المحتار (٣/ ٧٦)، تبيين الحقائق (٢/ ٥٠٥) ، الهداية (١/ ٢٣٣).

(٢)_شرح النيل (٦/ ١٢٩ ، ١٣٠) .

(٣)_المجموع (١٦/ ١٦٨ ، ١٦٩).

(٤)_ المجموع (١٦/ ١٦٨ ، ١٦٩).

تزويجها قبل أن تبلغ) . فإذا كان للأب و الجد ولاية إجبار الصغيرة على النكاح فإن شرعية ولاية الإجبار تمنع عن الصغيرة الحق في طلب التفريق . أما عدم جواز الإجبار من غير الأب و الجد على النكاح للصغيرة يمنح الحق للزوجة الصغيرة في طلب التفريق إذا بلغت و اختارته ، لأن إجبارها غير حق ومن غير الولي الشرعي . و الله أعلم .

أما المالكية و الحنابلة [1] فاتفقوا على عدم مشروعية تفريق القاضي لخيار البلوغ ، فإذا زوجت من لم تبلغ عشرًا فسخ نكاحها عندهم ، إن لم يدخل بها ، فإن دخل و طال الزمن بعده فلا فسخ للعقد عندهم . و في قول آخر : الفسخ أبدًا . و في كلا القولين يعد العقد فاسدًا يستوجب الفسخ دون أحقية القاضي في التفريق للصغر ، إذ منحوا للزوجة الصغيرة خيار البلوغ بفسخ العقد بمجرد بلوغها ، وعليه ، فلا موجب للادعاء بالتفريق و الحكم به . و الله أعلم .

و وافقهم الزيدية [2] شريطة أن يكون ولي الصغيرة عند تزويجها غير الأب أو الجد ، فإذا بلغت فلها الخيار إن شاءت فسخت النكاح و إن لم تفسخ نفذ عندهم ، و لا يحتاج فسخها إلى حكم القاضي بل يقع دونه مع التراضي ، والذي يحتاج إلى قضاء القاضي قطع الشجار بينهما إن وقع .

ثانيًا : الأدلة مع الترجيح .

استدل فقهاء الحنفية على مشروعية تفريق القاضي لخيار البلوغ بما يلي :

١. في أصل العقد ضعف إذا كان أحد الزوجين قاصرًا غير بالغ، مما توجب توقفه على القضاء كالرجوع في الهبة ، لأن السبب مختلف فيه بين العلماء ، فمنهم من أبى و منهم من رأى الفسخ ، و لأن سبب فسخها النكاح ترك الولي النظر بحكم عدم الشفقة لا يوقف على حقيقته ، فكان ضعيفًا في نفسه ، لذا توقف على القضاء [3] .
٢. الفسخ و التفريق القضائي بسبب خيار البلوغ لدفع ضرر خفي ، هو تمكن الخلل لقصور شفقة الولي من غير الأب و الجد ، و تمكن الخلل (يشتمل الذكر و الأنثى) ، و إذا كان الضرر خفيًا لا يطلع عليه ، إذ ربما ينكره الزوج ، لذا احتيج إلى القضاء ، فيجعل عندها إلزامًا في حق الآخر لكونه رضي بحكم ثابت فافتقر إلى القضاء في الحكم بالتفريق [4] .

---

(١)_ بلغة السالك (٢/ ٢٢٩)، بداية المجتهد (٣/ ٩٤٥)،الإنصاف (٨/ ١٧٨إ١٧٩)، المقنع (٣/ ٥٣ ،٥٤)، الفروع (٥/ ١٢٥)، الروض المربع (٢/ ٣٠١٠).

(٢)_ التاج المذهب (٢/ ٣٦).

(٣)_ حاشية رد المحتار(٣ / ٧٦) ، الهداية (١/ ٢٣٣) ، فتح باب العناية (٢/ ٣٨، ٣٩).

(٤)_ البناية (٤/ ٦٠٤).

٣. أصل النكاح هنا ثابت ، و حكمه نافذ ، و إنما الغائب وصف الكمال ، و هو صفة اللزوم فكان الفسخ من أحد الزوجين رفع الأصل بفوات الوصف ، و فوات الوصف لا يوجب رفع الأصل لما فيه من جعل الأصل تبعًا للوصف ، و ليس له هذه الولاية ، و به حاجة إلى ذلك ، فلا بد من رفعه إلى من له الولاية العامة و هو القاضي ليرفع النكاح دفعًا لحاجة الصغير أو الصغيرة و نظرًا له [١] .

٤. وجب خيار البلوغ لنقص ولاية العاقد بعد تمام العقد ، و إذا ثبت الخيار لنقص بعد تمام العقد اختص بمجلس القاضي ، كالمبيع إذا وجد فيه عيب بعد القبض[٢] .

بينما استدل المالكية و الشافعية [٣] على صحة ما ذهبوا إليه ، بأن العقد إن كان أحد عاقديه قاصرًا غير بالغ حق له الفسخ ببلوغه إن اختاره قبل الدخول ارتكابًا لأخف الضررين ، واستدل الشافعية لجواز إجبار الولي الأب على الزواج للبكر الصغيرة بما روته السيدة عائشة[٤] رضي الله عنها قالت : تزوجني النبي ﷺ و أنا بنت ست سنين و بنى بي و أنا بنت تسع سنين [٥]، و معلوم أنه لم يكن بإذنها حكم في تلك الحال فعلم أن أباها زوجها بغير إذنها ، فيجوز للأب و الجد إجبارها على النكاح. و كذا فللجد تعصيب وولاية ، فملك إجبار البكر على النكاح كالأب .

الترجيح .

بالنظر لأدلة الحنفية العقلية و حجتهم بالرجوع إلى قضاء القاضي بالتفريق بسبب خيار البلوغ و قصور الشفقة من غير الأب و الجد ، ترجح عندي قولهم ، بضرورة الرجوع إلى القضاء ليحكم بالتفريق بين الزوجين بسبب خيار البلوغ ، لما في القضاء من إلزام لكلا الطرفين بأحكامه ، إذ لا يكفي الحكم بفسخ العقد بمجرد بلوغ أحد الزوجين واختياره الفسخ ، بل لابد من الإلزام بهذا الفسخ عن طريق القاضي الذي يحكم به بالنظر إلى تلك الدعوى ، مع إحقاق الحق فيها و إبطال الباطل . و الله أعلم .

---

(١)_ بدائع الصنائع (٣/ ٥٥٥) .

(٢)_ الفروق (١/ ١١٣) لأسعد بن محمد بن الحسين الكرابيسي ، وزارة الأوقاف الكويتية .

(٣)_ بلغة السالك (٢/ ٢٢٩) ، المجموع (١٦/ ١٦٨، ١٦٩) .

(٤)_ هي الصديقة بنت الصديق رضي الله عنهما ، أم المؤمنين عائشة بنت أبي بكر الصديق ، زوجة النبيﷺ و أشهر نسائه ، قال عطاء بن أبي رباح : كانت عائشة رضي الله عنها من أفقه الناس ، و أحسن الناس رأياً في العامة ، وكان أكابر الصحابة يسألونها عن الفرائض . [سير أعلام النبلاء (٣ / ٤٣٥، ٤٣٦)] .

(٥)_ أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب : النكاح ، باب : تزويج الأب البكر الصغيرة ، رقم (١٤٢٢) ، (٩ / ٥٢٦) ، و اللفظ له .

* سنن أبي داوود ، باب : في الأرجوحة ، رقم (٤٩٣٣) ، (٩٧٦) .

* سنن النسائي الكبرى ، باب : البناء بابنة تسع ، رقم (٥٥٦٩) ، (٣/ ٣٣٣) .

* سنن البيهقي الكبرى ، باب : ما جاء في اللعب بالبنات ، رقم (٢٠٧٧٢) ، (١٠/ ٢٢٠) .

ثالثًا : سلطة القاضي في إجراءات دعوى التفريق لخيار البلوغ .

بما أنه اختص فقهاء الحنفية [1] بمنح السلطة للقاضي في التفريق بخيار البلوغ فإنهم فصّلوا في تلك الدعوى ، حيث اشترطوا لصحتها الادعاء من الزوجة بطلب التفريق إذا بلغت الصغيرة و زوجها صغير ، علاوة على حضور أب الزوج الصغير أو وصيه ، إذ لا يجوز للقاضي التفريق إن لم يوجد أحدهما ، وعليه فللقاضي سلطة تنصيب الوصي عليه ليخاصم في تلك الدعوى ، يحضر الوصي و يطلب منه الحجة للصغير إن أراد أن يبطل دعوى زوجته بالتفريق (من بينة على رضاها بالنكاح بعد البلوغ أو تأخيرها طلب الفرقة) فإن لم توجد البينة فللقاضي صلاحية في تحليف الخصم ، فإذا حلفت فرق بينهما القاضي بحضرة الخصم ، بلا انتظار إلى بلوغ الصبي .

* ومنه نجد أن القاضي ملزم و مقيد بما ورد عند الحنفية من شروط لصحة سير الدعوى وإجراءاتها ، ولا يحق له أن يحيد عنها ، لوجود النص الشرعي الملزم به .

رابعًا : آثار سلطة القاضي على التفريق بخيار البلوغ .

للتفريق القضائي بسبب خيار البلوغ آثارٌ شرعية مترتبة على نوع الفرقة و المهر و الميراث والنفقة .

فقد عَدَّ فقهاء الحنفية فرقة القاضي طلاقًا إن كانت من الزوج ، أما إن كانت من الزوجة فهي فسخ ، لا ينقص بها عدد الطلاق ، فإن جدد العقد بعد الفسخ ملك الزوج الطلقات الثلاث [2] .

ولا يلزم المهر بل يسقط بحكم القاضي بالتفريق و لو كان الخيار من الزوج ، لأن الفرقة تعد فسخًا للعقد ، والعقد إذا انفسخ كان كأن لم يكن ، شريطة أن يسبق الدخول[3] .

أما التوارث بينهما فيثبت قبل الفسخ ، لأن النكاح صحيح ، و الملك ثابت به ، فإذا مات أحدهما انتهى عقد النكاح سواء مات قبل البلوغ أو بعده ، لعدم وقوع الفرقة إلا بقضاء القاضي فيتوارثان [4] .

و كذا يحق للزوجة النفقة و السكنى و لو كان التفريق من القاضي بهذا السبب المباح ألا وهو خيار البلوغ [5].

---

(١)_ حاشية رد المحتار (٣/ ٧٦)، بدائع الصنائع (٣/ ٥٥٥) ، تبيين الحقائق (٢/ ٥٠٥) ، الهداية (١/ ٢٣٣) ، فتح باب العناية بشرح النقاية (٢/ ٣٨) .

(٢)_ حاشية رد المحتار (٣/ ٧٧) ، البناية (٤/ ٦٠٢) ، تبيين الحقائق (٢/ ٥٠٧) .

(٣)_ حاشية رد المحتار (٣/ ٧٧) ، بدائع الصنائع (٣/ ٦٠٦) .

(٤)_ تبيين الحقائق (٢/ ٥١١) البناية (٤/ ٦٠٨) .

(٥)_ بدائع الصنائع (٥/ ١٠٧) .

* نستخلص أن لسلطة القاضي آثارًا شرعية على نوع تفريقه بخيار البلوغ و على المهر والميراث و النفقة ، مما يتوجب عليه أن يلزم بتلك الآثار الشرعية حسب ما نصت عليه عبارة الفقهاء دون حيد عنها .

المطلب الثاني : سلطة القاضي في التفريق لفقد الكفاءة .

تعددت آراء الفقهاء في مشروعية تفريق القاضي بسبب عدم كفاءة الزوج لزوجته و في كيفية إجراءات الدعوى ، وما يترتب عليها من آثار شرعية .

أولًا : أقوال الفقهاء في تفريق القاضي لفقد الكفاءة .

قد تكون الكفاءة شرطًا لصحة العقد و قد تكون شرطًا لنفاذه و قد تكون شرطًا للزومه ، ومحل البحث في تدخل القاضي ليحكم بالتفريق حال كون الكفاءة شرطًا للزوم العقد عند الحنفية خاصة .

و تعد شرطًا للزوم العقد إذا زوجت البالغة العاقلة نفسها من كفء ، فيكون عندئذٍ الزواج لازمًا ، و ليس لأوليائها الحق في الاعتراض و طلب فسخ العقد و التفريق من القاضي .

أما إن زوجت نفسها من غير كفء ، كان لوليها العاصب حق الاعتراض ، وطلب التفريق من القاضي ، ليشرع للقاضي الاعتراض في غير الكفء خاصة ، و الحكم في الدعوى بالفرقة بسبب عدم الكفاءة مذهب الحنفية[1] ، الذين أجازوا للولي طلب فسخ هذا العقد ، و خصوا ثبوت الفرقة بالقضاء .

أما المالكية [2] ففي عقد من زوجت نفسها من غير كفء برضاها ثلاثة أقوال :

الأول : لزوم فسخ العقد لفساده .

والثاني : عدوه عقدًا صحيحًا .

والثالث : وهو قول أصبغ ، على القاضي أن يتدخل و يرد هذا العقد بداية و إن رضيت به المرأة ، رجحوا القول الأول في لزوم فسخ العقد لفساده . و يؤخذ من قول أصبغ في تدخل القاضي في بداية العقد أنه يحق له طلب التفريق بعد تمام العقد و لو رضيت المرأة و طلب أولياؤها الاعتراض.

---

(١)_ حاشية رد المحتار (٣/ ٦١) ، المبسوط (٥/ ٤٣) ، بدائع الصنائع (٣/ ٦٠٧) ، تبيين الحقائق (٢/ ٥١٧) .

(٢)_ بلغة السالك (٢/ ٢٥٧، ٢٥٨)، شرح منح الجليل (٢/ ٤٥) .

و فرق الشافعية[1] بين كفاءة الزوجة دون الزوج ، إذ جعلوا الخيار للزوجة فقط في فسخ العقد و لو بغير قاض يحكم بالفسخ ، وهو أصح قول عندهم في المذهب و هو قول البغوي[2] .

و عدَّ الرافعي[3] لعدم الكفاءة حكم عيب النكاح ، أما إن كانت الزوجة غير كفء لزوجها فلم يمنحوه الحق في الخيار لتمكنه من فسخ العقد بالطلاق . ويفهم منه أن الشافعية لم يشرعوا للقاضي الحق في التفريق لعدم الكفاءة حتى ولو كان الزوج غير كفء للزوجة .

و عن الإمام أحمد روايتان [4] في اشتراط الكفاءة لصحة النكاح .

الرواية الأولى : أنها شرط لصحة النكاح ، حتى إذا تزوج غير الكفء من المرأة فرق بينهما عنده.

و**الرواية الثانية** : ليست شرطًا لصحة النكاح ، وهو قول أكثر أهل العلم ، و**الصحيح** عندهم أنها غير مشترطة لصحة العقد ، و ما روي فيها يدل على اعتبارها في الجملة و لا يلزم منه اشتراطها لصحة عقد النكاح . وذكروا أن قياس المذهب عندهم افتقار الفسخ إلى قاض يقضي به لما قد يلحق العار بالأولياء بفقد الكفاءة ، و القاضي هو الذي يقضي به لحل الشجار و الخصام .فقول الإمام أحمد في الرواية الأولى : (فرق بينهما عنده) يدل على أن القاضي هو الذي يفرق بين الزوجين ، لأنه منصب لإحقاق الحق و إبطال الباطل و إلزام الناس بتطبيق شرع الله تعالى، خاصة في أخص العقود و أشرفها .

ثانيًا : الأدلة و الترجيح .

استدل فقهاء الحنفية [5] على مشروعية تفريق القاضي لعدم الكفاءة بما استدلوا به في التفريق بخيار البلوغ ، فقاسوا فقد الكفاءة من حيث اشتراطها و عدها شرطًا لازمًا على البلوغ لصحة تمام العقد ، و لأن فقد الكفاءة وعدمها أمر مجتهد فيه علمًا أن الكفاءة لا تعرف بالحس و أسبابها مختلفة ، و كل من الخصمين يتشبث بدليله من حيث توافر الكفاءة وعدمها ، لذا لا ينقطع النكاح إلا بفعل القاضي و حكمه بعد نظره في الدعوى .

---

(١)_ مغني المحتاج (٣/ ٢٧٥)، المجموع (١٦/ ١٨٦، ١٨٧).

(٢)_ تقدمت ترجمته ص (١٤٢).

(٣)_ هو شيخ الشافعية ، إمام الدين ، أبو القاسم عبد الكريم ، ابن العلامة أبي الفضل محمد بن عبد الكريم بن الفضل بن الحسين الرافعي القزويني ، ولد سنة (٥٥٥هـ) ، له من المؤلفات : الفتح العزيز في شرح الوجيز، و شرح مسند الشافعي ، و كتاب الأمالي ، توفي سنة (٦٢٣هـ). [سير أعلام النبلاء (١٦ / ٢٢٠ ، ٢٢١)] .

(٤)_المغني لابن قدامة (٧/ ٣٧١، ٣٧٢، ٣٧٣)، الشرح الكبير لابن قدامة (٧/ ٤٦٣)، الإنصاف (٨/ ١٠٣) ، المبدع (٦/ ١٢٢ ، ١٢٣) .

(٥)_ بدائع الصنائع (٣/ ٦٠٧) ، حاشية رد المحتار (٣/ ٦١ ، ٧٨) ، تبيين الحقائق (٢/ ٥١٧) .

بينما استدل فقهاء الشافعية [1] بأن الفسخ للعقد يدور مع الغرر ، فحيث وجد الغرر فسد العقد ووجب فسخه بالخيار ، و فسخ العقد يتحقق بقضاء القاضي و بعدمه .

و اشترطوا الخيار لا الفسخ المباشر لأن النقص دخل عليها ، وحصول النقص لا يمنع صحة العقد ، إنما يثبت الخيار كما لو اشترى لموكله شيئًا معيبًا ، والنقصان يقتضي الخيار لا البطلان .

و بما أن القاضي مأمور بتسكين الفتنة بين الناس و حل الشجار و النزاع الذي قد يقع بينهم ، لذا أميل إلى مذهب الحنفية ، لأن الكفاءة معنى لا يعرف بالحس ، فقد يختلف في اعتباره الناس ، و في أسبابها المختلفة ، كما تخضع للاجتهاد في معرفتها ، و ما كان هذا شأنه احتاج إلى القضاء لحل النزاع فيه و تحقيق شرع الله تعالى و تسكين الفتنة ما أمكن ، و القاضي بدوره مأمور بذلك بين المسلمين .

ثالثًا : سلطة القاضي في إجراءات دعوى التفريق لفقد الكفاءة.

جاء في تبيين الحقائق [2] عن التفريق لفقد الكفاءة ما نصه : (وصفة التفريق : أن يقول القاضي: فسخت هذا العقد بين هذه المدعية و بين هذا المدعى عليه ، وتمامه في أنفع الوسائل). دلت عبارة الحنفية (بين هذه المدعية و بين هذا المدعى عليه) على ضرورة وجود الادعاء ليصح نظر القاضي في الدعوى ، فلو صح نظره من غير ادعاء لما احتاج إلى قوله بين هذه المدعية وقوله (المدعية) دليل على ضرورة الادعاء من الزوجة إن كان زوجها غير كفء لها . و قوله (يقول القاضي: فسخت هذا العقد) يدل على إلتزام القاضي بذلك القول عند حكمه بالتفريق بين الزوجين في الدعوى المرفوعة لديه . و قوله (و تمامه في أنفع الوسائل) يدل على فتح الباب أمام القاضي و منحه سلطة تقديرية في تقدير أنفع الوسائل و أصلحها لحكمه بالتفريق بناء على فقد الكفاءة بين الزوجين ، و الله أعلم .

و قد خص الحنفية[3] طلب الادعاء من الزوجة فقط و ليس للولي أن يخاصم إلا إذا كان فقد الكفاءة مشهورًا بين الزوجين ، لأن هذا يهيج الفتنة ، و القاضي مأمور بتسكينها بينهم كما هو مأمور بذلك بين المسلمين ، لذا يلتزم بعدم قبول الادعاء من غير الزوجة إلا إذا كان فقد الكفاءة مشهورًا بين الزوجين ، وهو مقيد بالنص الفقهي الوارد ، و الله أعلم .

---

(١)_ مغني المحتاج (٣/ ٢٧٥)، المجموع (١٦/ ١٨٦ ، ١٨٧).

(٢)_ تبيين الحقائق (٢/ ٥١٨) .

(٣)_المبسوط (٥/ ٤٣).

و قد ذكر الأئمة الحنابلة [1] أن خيار الفسخ لفقد الكفاءة إنما يثبت على التراخي لا الفورية ، حيث يثبت طلب الادعاء بالتفريق لفقد الكفاءة على التراخي ولو بعد زمن من العقد ، و لا يسقط هذا الحق إلا بإسقاط عصبة الفتاة وأوليائها أو بما يدل على رضاها من قول أو فعل ، حتى إذا قضى القاضي بالتفريق لفقد الكفاءة بناء على رضى الزوجة فإن هذا الخيار يسقط علاوةً على أنه لا يحق لها أن تطالب بفسخ العقد طالما صدر منها اعتراف برضاها بزوجها غير الكفء .

رابعًا : آثار سلطة القاضي في التفريق لفقد الكفاءة .

بما أن الحنفية [2] أجازوا للقاضي التفريق لفقد الكفاءة بطلب الزوجة إن زوجت من غير كفء خاصة ، فقد عدوا التفريق فسخًا لا ينقص به عدد الطلاق ، لأنها فرقة حصلت من جهة الزوجة ، لا من جهة الزوج ، وليس لغير الزوج ولاية الطلاق ، و لأن الطلاق تصرف في النكاح ، و هذا فسخ لأصل النكاح ، و لأن الفسخ إنما يكون طلاقًا إذا فعله القاضي نيابة عن الزوج ، وهذا التفريق ليس كذلك ، لذا عد فسخًا لا طلاقًا .

ولا يجب عندهم شيء من المهر إن قضى القاضي بالفرقة وحكم بها قبل الدخول ، و يجب المهر المسمى إن وقعت الفرقة من القاضي بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة عندهم .

وعليها العدة ولها النفقة و السكنى لأنها كانت واجبة .وعلى القاضي أن يحكم لها بهذه الآثار المترتبة على قضائه بالتفريق لتكتسب صفة الإلزام ، والله أعلم.

خامسًا : التفريق لفقد الكفاءة قانونًا .

أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري[3] بالتفريق لفقد الكفاءة عندما اشترط في مادته (٢٦) أحوال ، أنه في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفوًا للمرأة .

كما أعطى الحق للولي فقط بطلب فسخ النكاح في المادة (٢٧) إذا زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقته وكانت الكفاءة لم تتحقق .

---

(١)_ الروض المربع (٢/ ٣٠٤)، منار السبيل (٢/ ١١٤) .

(٢)_ حاشية رد المحتار (٣/ ٦١ ، ٦٢) ، بدائع الصنائع (٣/ ٦٠٧) ، الاختيار (٣/ ١٠٠) ، المبسوط (٥/ ٢٨)، الفتاوى الهندية (١/ ٢٩٢) .

(٣)- شرح قانون الأحوال الشخصية السوري للصابوني (١/ ٢٠٧).

و أعطى الحق للولي و للزوجة طلب فسخ النكاح المادة (٣٢) أحوال ، في حالتين :

١. إذا اشترطت الكفاءة حين العقد ، ومن ثم تبين من بعد ذلك أن الزوج غير كفء لها .
٢. إذا أخبر الزوج أنه كفء ثم تبين أنه غير كفء .

و قد أسقط القانون حق التفريق لعدم الكفاءة إذا حملت المرأة في المادة (٣٠) أحوال .

المطلب الثالث : سلطة القاضي في التفريق لفساد العقد .

تختلف حالات فساد العقد بين الفساد بسبب التحريم كحرمة النسب و الرضاع و الجمع بين الأختين أو المرأة على عمتها أو خالتها إلى غيرها من الأنكحة المحرمة ، و بين الفساد لفقد شرط من شروط صحة عقد النكاح كفقد شرط الإشهاد أو الولي أو غيره من فرائض النكاح ، على الاختلاف المذكور عند الفقهاء .

فإذا تم العقد و كانت بين الرجل و المرأة تلك الحرمة أو كان هذا العقد فاسدًا . فما حكمه..؟

و ما هي صلاحية القاضي في فسخه و القضاء بالتفريق به ..؟

و كيف تتم إجراءات التقاضي و ما يترتب عليها من آثار شرعية .. ؟

هذا موضوع المطلب الآتي :

أولًا : أقوال الفقهاء في تفريق القاضي لفساد العقد .

قد يتزوج الرجل أختين معًا أو من بمعناهما كالمرأة و عمتها أو خالتها ، أو يتم التعاقد عليهما بعقدين ثم ينسى أي النكاح أول ، فحكمه توجب التفريق بينهما بقضاء القاضي الذي يلزم به إن علمه ، و إن لم يعلم به جاز للزوج مفارقتهما دون إلزام ، لعدم علمه به ، هذا مذهب الحنفية[١] في شرعية تفريق القاضي لحرمة النكاح .

جاء في حاشية رد المحتار[٢] ما نصه : (و إن تزوجهما معًا أي الأختين أو من بمعناهما أو بعقدين و نسي النكاح الأول فرق القاضي بينه و بينهما يعني يفترض عليه أن يفارقهما ، فإن لم يفارقهما وجب على القاضي إن علم أن يفرق بينه و بينها) . يدل قوله : (يفترض عليه أن يفارقهما) على ضرورة مفارقة الزوج لزوجتيه لحرمة الجمع بينهما من دون تدخل القاضي ، مع شرعية تدخله ، حتى إذا لم يفارقهما الزوج أُلزم القاضي بالتفريق إن علم بالتعاقد . فالأصل عندهم فسخ العقد و إبطاله بسبب الحرمة ، فإن لم يمتثل بها الزوج ، جاز للقاضي التدخل و النظر في هذا التعاقد

(١)_ الدر المختار (٣/ ١٤٥ ، ١٤٦) ، حاشية رد المحتار (٣/ ٤٤ ، ٤٥) ، تبيين الحقائق (٢/ ٤٦٥)، الهداية (١/ ٢٢٦) ، الفتاوى الهندية(١/ ٣٣٠).
(٢)_ حاشية رد المحتار (٣/ ٤٤ ،٤٥) .

والحكم بالتفريق به . و كذا الحكم عندهم في فسخ العقد الفاسد إذ يثبت لكل من الزوجين فسخه و لو بغير حضور الآخر ، فإن لم يتفرقا وجب على القاضي التفريق بينهما .

أما فقهاء المالكية و الشافعية و الحنابلة و الزيدية[1] فقد عدوا النكاح المحرم و الفاسد نكاحًا واجب الفسخ من تلقاء نفسه ، و رجحوا عدم الاحتياج إلى تفريق القاضي و فسخه أمام هذا التعاقد. وقد فصَّلوا [2] في المسألة فيما إذا كانت حرمة النكاح واضحة لا جهل فيها و لا شبهة ، كما لو نكح أختين بعقدين مرتبين و عرفت السابقة و لم تنسَ فالثاني باطل إن صح الأول و لا حاجة لفسخ القاضي و حكمه بالتفريق ، لعدم انعقاده من أصله بخلاف ما لو وجدت الشبهة والجهل في العقد ، فيتدخل القاضي لينظر في الدعوى و يزيل الشبهة و يحكم بالتفريق ؛ كما لو لم يعلم عين السابقة من الأختين بأن علم وجود عقدين أحدهما أسبق من الآخر ، لكن لم يعلم أيهما السابقة، فيفتقر إلى القاضي لينظر في الدعوى و يحكم فيها بالتفريق بين الزوج وإحدى زوجتيه . وزاد الحنابلة في الرواية الثانية عندهم أنه إن لم يفسخ النكاح من أحد الزوجين ولا من القاضي قرع بينهما ، فمن خرجت قرعتها جدد نكاحها بإذنه ، و هو القول الصحيح عندهم في المذهب .

و قد وافق قانون الأحوال الشخصية السوري [3] رأي الحنفية في تلك المسألة ، حيث عدوا الزواج من الأخت أو الخالة فاسداً ، و ألزموا القاضي بأمر كلا طرفي العقد بالمتاركة ، فإن لم يفعلا ، ألزم بالتدخل ليحكم بين الطرفين بالتفريق .

ثانيًا: الأدلة مع الترجيح .

استدل الحنفية[4] لما ذهبوا إليه من بطلان النكاح المحرم و فسخه بعدم المحلية فيه ، فاستوى فيه ابتداء العقد وبقاؤه ، كما حرم من الابتداء حرم بقاؤه و يلزم فسخه ، دفعًا للمعصية التي ترتكب بهذا النكاح ، لكنهم اشترطوا تدخل القضاء في الحكم بالتفريق حال عدم تطبيق الفسخ من أحد طرفي العقد المحرم لقوله تعالى: ﴿ وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَلَا تَتَّبِعۡ أَهۡوَآءَهُمۡ ﴿٤٩﴾ ﴾ سورة المائدة. فسَّروا الآية بأن الله تعالى أمر سيدنا رسول الله ﷺ أن يحكم بينهم

(١)_ المدونة الكبرى (٤/ ١٧٩) ، القوانين الفقهية (١٤٠) ، مواهب الجليل (٣/ ٤٥ ،٤٦)، بلغة السالك (٢/ ٢٤٩)، نهاية المحتاج (٦/ ٢٧٨ ، ٢٧٩)، مغني المحتاج (٣/ ٢٤٠ ، ٢٤٢)، المجموع(١٦/ ١٥٢)، المغني(٧/ ٤٠٦)،الشرح الكبير لابن قدامة(٧/ ٤٤٤)، الإنصاف (٨/ ٨٦ ، ٨٧)، التاج المذهب (٢/ ٧١) ، البحر الزخار (٤/ ٢٥).

(٢)_ حاشية الدسوقي (٣/ ٤٣، ٤٥)،بلغة السالك (٢/ ٢٥١)، نهاية المحتاج(٦/ ٢٧٨ ، ٢٧٩)، الإنصاف (٨/ ٨٦ ، ٨٧)، المبدع (٦/ ١٣٣)،التاج المذهب (٢/ ٧١).

(٣)_ الدليل الشرعي (١٤١).

(٤)_ حاشية رد المحتار (٣/ ٤٥) ، بدائع الصنائع (٣/ ٥٤٣) ، تبيين الحقائق (٢/ ٦١٠).

بما أنزله مطلقًا عن شرط المرافعة إليه من قبل أحد الزوجين ، و قد حرم الله سبحانه و تعالى هذه الأنكحة ، لذا يلزم الحكم بها مطلقًا .

أما المالكية و الشافعية[1] فاستدلوا لعدم شرعية تدخل القاضي في الحكم بالتفريق في النكاح المحرم ، بأنه لم ينعقد أصلًا فهو فاسد ، لذا لا حاجة إلى الحكم بفساده و التفريق بناءً على ذلك الحكم ، طالما اتفق على فساده .

أما المختلف فيه فمما يحتاج إلى فسخ القاضي منعًا للتشاجر و النزاع .

و بالنظر إلى أقوال الفقهاء و أدلتهم ، علاوةً على واقع الحياة الإنسانية التي يعيشها الناس فإن رأي الحنفية هو الأسلم و الأقرب إلى واقع الحياة من غيرهم من وجهة نظر الباحثة . لأن القاضي إن لم يتدخل في مثل تلك العقود ويحكم بفسادها و يقضي بالتفريق فيها عمَّ الفساد و انتشرت الفوضى بانعقاد مثل تلك الأنكحة المحرمة ، دون وجود قانون يقضي بحرمتها و يلزم الناس التفريق بسببها ، و خاصة في زمان كثر فيه الفساد و الشبهات و شاع ،و الله أعلم.

ثالثًا : سلطة القاضي في إجراءات دعوى التفريق لفساد العقد .

لا يشترط الادعاء من أحد طرفي عقد النكاح المحرم ليحكم القاضي بالتفريق بناء عليه ، لكن إن تم الترافع والادعاء توجب على القاضي النظر في تلك الدعوى ، عند فقهاء الحنفية [2]الذين أجازوا للقاضي الحكم بالتفريق لفساد العقد بدليل ما ورد عندهم في نصوصهم [3]: (فإن لم يفارقها وجب على القاضي إن علم أن يفرق بينه وبينهما). ففي قوله : (إن علم) دليل صريح على عدم ضرورة الادعاء ، حيث يلزم القاضي بالتفريق إن علم بالدعوى و لو بدون ادعاء ، إذ العلم بها قد يكون من أحد طرفيها و قد يكون من غيرهما . إلا أنهم اشترطوا الترافع لضرورة فسخ نكاح المحارم بين من كانا على غير دين الإسلام وأسلما، جاء في بدائع الصنائع[4] : (إلا أنه مع الحرمة و الفساد لا يتعرض لهم قبل المرافعة وقبل الإسلام ... و إذا ترافعا إلى القاضي ، فرق بينهما كما يفرق بينهما بعد الإسلام ، لأنهما إذا ترافعا ، فقد تركا ما داناه ، و رضيا بحكم الإسلام).

أما إذا لم يترافعا و لم يوجد الإسلام منهما ، قال أبو حنيفة و محمد : يقران على نكاحهما ولا يعترض عليهما بالتفريق ، و قال أبو يوسف : يفرق بينهما القاضي إذا علم ذلك سواء ترافعا إليه أم لم يترافعا [5].

---

(١)_ مواهب الجليل (٣/ ٤٦) ، نهاية المحتاج(٦/ ٢٧٨ ، ٢٧٩) .

(٢)_ حاشية رد المحتار (٣/ ٤٥) ، الاختيار (٣/ ٨٦) ، تحفة الفقهاء (٢/ ١٢٦) ، البناية (٤/ ٧٠٩).

(٣)_ حاشية رد المحتار (٣/ ٤٥) .

(٤)_ بدائع الصنائع (٣/ ٥٤٣).

(٥)_ بدائع الصنائع (٣/ ٥٤٣) ، تبيين الحقائق (٢/ ، ٦١٠ ،٦١١) .

أما الجمهور [1] فاشترطوا ضرورة المرافعة من الزوجة إن كان هناك شبهة و بمقدور المرأة إزالتها إذ تطلب و تدعي الزوجة الفسخ من القاضي و يلزم القاضي بتنفيذ ذلك للضرورة ، ولا داعي للتوقف من أجل إزالة الشبهة طالما بيد إحدى الزوجتين إزالتها .

* ويتفرع عن قولهم مسألة ما إذا تزوج الرجل امرأة من نفسها ثم ترافعا إلى قاضٍ شافعي أو حنبلي ، فهذا النكاح صحيح عند الحنفية ، باطل عند الشافعية و الحنابلة ، فالحكم عندها أنه إن كانا لم يترافعا إلى قاضٍ حنفي قبله حكم الشافعي بفساده و فرق بينهما ، لأنه يعتقد بطلانه ، و إن كانا قد ترافعا قبله إلى قاضٍ حنفي فحكم بصحته فعندها في نقض حكم القاضي الشافعي وجهان :

أحدهما : و هو قول أبو سعيد الأصطخري[2] : ينقض حكمه و يحكم بفساده لأن حكمه مخالف لنص النبيﷺ و هو قوله ﷺ: (فنكاحها باطل)[3] .

و الثاني : و هو الأصح ، أنه لا يصح حكمه بفساده ، لأن حكم الأول وقع بما يسوغ فيه الاجتهاد فهو كالحكم بالشفعة للجار . فبما أن القاضي مسؤول عن تطبيق شرع الله تعالى على وجه المعمورة ، لذا توجب تطبيق شرع الله تعالى و لو لم يرفع إليه ذلك و يطلب منه ، طالما علم بالمعصية التي تقام بين الناس في عقودهم ، أما إذا لم يعلم فلا يكلف الله نفسًا إلا وسعها .

كما يتوجب عليه أن لا يعقد عقدًا بين طرفين بينهما شبهة حرمة ، حيث يمنع المعصية ابتداء ، فإذا وقعت يسعى لإزالتها ما استطاع إلى ذلك سبيلًا ، و هو ملزم بما قضى به الشرع لا سلطة له في هذا المجال ، و الله أعلم .

---

(١)_ حاشية الدسوقي (٣/ ٦)، نهاية المحتاج (٦/ ٢٧٨، ٢٧٩) ، المغني (٧/ ٣٣٩) .

(٢)_ هو الحسن بن أحمد بن يزيد بن عيسى بن الفضل بن يسار ، أحد أئمة الشافعية ، كان زاهدًا ناسكًا عابدًا ، ولِّي القضاء بقم ثم حسبة بغداد فكان يدور بها و يصلي على بغلته ، له كتاب (القضاء) لم يصنف مثله في بابه ، توفي و قد قارب التسعين . [سير أعلام النبلاء (١١/ ٦٣٤، ٦٣٥)] .

(٣)_ سنن أبي داوود ، كتاب : النكاح ، باب : في الولي ، رقم (٢٠٨٣)،(٤٢٩) .

* سنن الترمذي ، كتاب : النكاح ،باب :ما جاء لا نكاح إلا بولي ، رقم (١١٠٢) ، (٣٢٩) ، [قال أبو عيسى : هذا حديث حسن] .

* سنن ابن ماجه ، كتاب : النكاح ، باب : لا نكاح إلا بولي ، رقم(١٨٧٩) ، (١/ ٦٠٥) .

* سنن البيهقي الكبرى ، كتاب : قسم الصدقات ، باب : لا نكاح إلا بولي ، رقم (١٣٤١٩) ، (٧/ ١١١) ، [قال البيهقي : هذا إسناده صحيح] .

* سنن الدار قطني ، كتاب : النكاح ، رقم (١٠) ، (٣/ ٢٢١) .

* سنن الدارمي ، كتاب : النكاح ، باب : النهي عن النكاح بغير ولي ، رقم (٢١٨٤) ، (٣/ ١٨٥) .

* فتح الباري ، كتاب : النكاح ، باب: السلطان ملي لقول النبي زوجناكها بما معك من القرآن ، رقم (٥١٣٥)،(٩ / ١٩١).

رابعًا : آثار سلطة القاضي على التفريق لفساد العقد .

بعد قضاء القاضي و حكمه بالتفريق بين الزوجين إذا كان نكاحهما محرمًا أو فاسدًا ، لا بد من ترتب آثار شرعية على حكمه ، منها ما يتعلق بنوع فرقته و منها ما يتعلق بالمهر و الدخول و الميراث .

أما نوع الفرقة فقد عدها فقهاء الحنفية [١] طلاقًا في النكاح المحرم حتى أنه ينقص من طلاق كل منهما طلقة ، فيما لو تزوجها بعد ذلك. ويؤيده التعبير عن التفريق المذكور بالطلاق ، و قالوا إن تفريق القاضي كطلاق الزوج، أما النكاح الفاسد فلا يتحقق فيه الطلاق ، بل هو متاركة .

بينما عدَّه المالكية و الشافعية[٢] نكاحًا فاسدًا واجب الفسخ بلا طلاق إن كان الفساد مجمعًا عليه ، لأنه مجمع على فساده و عدم انعقاده أصلًا فلا يكون طلاقًا ، أما النكاح الفاسد المختلف في فساده فهو طلاق بائن إن وقع من القاضي .

أما وجوب المهر ففصَّل فيه فقهاء الحنفية [٣]، فالتي صح نكاحها لكونها السابقة دون اللاحقة يجب لها نصف المهر بالتفريق قبل الدخول ، أما إن تزوجهما معًا في عقد واحد ، فالباطل نكاح كل منهما يقينًا ، فلا مهر لهما إن كان التفريق قبل الدخول ، و لا عدة عليهما ، لأن المهر لا يجب بمجرد العقد لفساده ، إنما يجب باستيفاء منافع البضع ، وإن دخل بهما وجب لكلٍّ الأقل من المسمى و من مهر المثل كما هو حال النكاح الفاسد و عليهما العدة .

أما المالكية [٤] فحكموا بعدم المهر و التوارث فيمن فسخ نكاحها لحرمته .

وذكر الشافعية [٥] أنه يتوجب على الزوج دفع نصف المهر المسمى لمن انفسخ نكاحها لحرمته، ويرجع الزوج على السابق بنصف مهر المثل ، لأنه فوَّت عليه نكاحها لا بمهر المثل و لا بما غرم .

أما الحنابلة [٦] ففرَّقوا بين التفريق قبل الدخول و بعده ، فإن كان قبل الدخول فلا مهر لها ، لأنه عقد فاسد لم يتصل به قبض فلم يجب به عوض كالبيع الفاسد ، و إن كان بعده فلها المهر ، ولأنه إصابة في عقد فاسد فأشبه الإصابة في عقد صحيح .

---

(١)_ حاشية رد المحتار (٣/ ١٤٥، ١٤٦) ، تبيين الحقائق (٢/ ٤٦٦).

(٢)_ حاشية الدسوقي (٣/ ٤٣)، بلغة السالك (٢/ ٢٦١ ،٢١٥) ،مواهب الجليل (٣/ ٤٦ ،٤٥)،مغني المحتاج (٣/ ٢٣٩).

(٣)_ حاشية رد المحتار (٣/ ٤٥) ، الهداية (١/ ٢٤٤).

(٤)_بلغة السالك (٢/ ٢٦١)، مواهب الجليل (٣/ ٤٦)، القوانين الفقهية (١٤٠) .

(٥)_ مغني المحتاج (٣/ ٢٣٩)، الحاوي الكبير (٩/ ٥٥٢).

(٦)_ المغني (٧/ ٣٤٣).

المبحث الثاني

سلطة القاضي في التفريق لعدم الوفاء بالالتزامات .

شرع الله تبارك و تعالى آثارًا تترتب على العقود عامة ، و عقد الزواج خاصة ، وجعلها من عمل الشارع لا من عمل العاقد ، صوناً لها من التعرض لعدم الوفاء بالالتزامات المترتبة عليها ، كما لو تعرضت لشروط قد تتنافى مع مقصد الشارع و مقتضى العقد ، أو أعسر الزوج بدفع ما التزمه بالتعاقد مع الزوجة .

هذا موضوع المبحث الثاني لهذا الفصل بتوفيق الله تعالى .

المطلب الأول : سلطة القاضي في التفريق لمخالفة الشرط .

رغم تعرض عقد الزواج لشروط تتنافى مع مقصد الشارع و مقتضى العقد ، إلا أنه لا يمنع المتعاقدين من أن يشترطا أثناء عقد الزواج شروطًا تتفق مع الآثار التي رتبها الشارع على عقد الزواج و لا تتنافى مع مقتضاه .

و قد اختلف الفقهاء ما بين مضيق و موسع فيما يلزم من هذه الشروط ، و مطالبة من التزم بها بتنفيذها مع مطالبة القاضي بالتفريق حال عدم التنفيذ ، و فيما لا يلزم و لا يطالب من اشترطها بالتنفيذ و لا القاضي بالفسخ إن لم يتم التنفيذ .

و قد اتفق الفقهاء [1] على صحة الشروط التي تلائم مقتضى العقد ، و على بطلان الشروط التي تنافي المقصود من الزواج أو تخالف أحكام الشريعة .

كما تم الاتفاق على صحة الشروط التي يكون فيها تحقيق وصف مرغوب فيه ، أو خلو المرأة من عيب لا يثبت الخيار في فسخ الزواج .

أما الشروط التي لا تكون من مقتضى العقد ، لكنها لا تنافي حكمًا من أحكام الزواج ، و فيها منفعة لأحد العاقدين ، كاشتراط ألا يتزوج على زوجته ، و ألا يسافر بها ، و ألا يخرجها من دارها أو بلدها فهذا محل البحث في حدود سلطة القاضي في التفريق بسبب مخالفة هذا الشرط ، إن تم اشتراطه في العقد .

---

(١)_ الدر المختار (٢/ ٤٠٥)، حاشية الدسوقي (٣/ ٤٠)، بلغة السالك ٠(٢/ ٢٤٦، ٢٤٥)،مغني المحتاج (٣/ ٢٧٥، ٢٧٤)، التحقيق (٩/ ٦٩)، منار السبيل (٢/ ١٢٣).

فمذهب الحنفية [1] إلغاء تلك الشروط و العقد معها صحيح ، و لا يلزم الوفاء بها ، حتى إذا خالفها الزوج ليس للزوجة أن تطالب القاضي بالتفريق لمخالفة الشروط ، لأنها شروطٌ ملغاة في مذهبهم ، و لأن فوات الشرط وإن كان مفوتًا لرضا شارطه بالعقد إلا أنه لا يؤثر في العقد، لأن الرضا عندهم ليس شرطًا في صحة العقد لتصحيحهم زواج المكره و ليس له رضا هكذا قالوا ، ويرد عليهم أنه إذا لم يثبت للشارط خيار الفسخ عند فوات الشرط فما فائدة اشتراطه و تصحيحه .

أما المالكية [2] فيقولون : إنها شروط مكروهة لا يلزم الوفاء بها ، بل يستحب فقط ، لذا لم يمنحوا السلطة للقاضي مطلقًا بالتفريق لمخالفة تلك الشروط .

أما الشافعية [3] فعدوها شروطًا باطلة ، و يصح الزواج بدونها ، و عليه فلا شرعية للقاضي في التفريق لمخالفتها و إن طلب منه ذلك ، لأن مخالفة الشرط لا يوجب فساد البيع مع تأثره بالشروط الفاسدة فالنكاح أولى هذا في **القول الأول** لديهم . أما **القول الثاني** : فعدُّوا الزواج باطلًا بمخالفة تلك الشروط ، و لكلٍّ من الزوجين الفسخ إن كان في جانبه الغرر و لو بغير قاض حيث لم يشترطوا القاضي في التفريق كما قاله البغوي عندهم .

أما الحنابلة [4] فقالوا في تلك الشروط هي شروط صحيحة ، يلزم الوفاء بها إن كانت لا تقيد حرية الزواج و لا تمس بحقوق الزوجين بل فيها منفعة لأحد الزوجين ، فإن خالفها الزوج كان للزوجة الحق الشرعي التام في فسخ عقدها ، خلافًا لأحد قولي الحنابلة : لا يثبت لها الخيار ، لأن النكاح لا يرد فيه بعيب سوى ثمانية عيوب فلا يرد فيه بمخالفة الشرط .

و ذكروا ضرورة تفريق القاضي إن خالف الزوج الشرط ، فلا يصح الفسخ عندهم في مخالفة الشرط بلا قاض يفسخ العقد ، لأنه فسخ مجتهد فيه ، و ما كان مجتهدًا فيه احتيج فيه إلى قاض ليحكم بالتفريق به .

جاء في منار السبيل[5] ما نصه : (و لا يصح الفسخ هنا و في خيار الشرط بلا حاكم ، لأنه فسخ مجتهد فيه) . فقوله (لأنه فسخ مجتهد فيه) يدل على أن مخالفة الشرط أمر مجتهد فيه ، حيث يقع فيه الاختلاف من رأي لآخر ، لذا احتيج إلى قاض ليحل النزاع و الخلاف . و الله أعلم .

---

(١)_ الدر المختار (٢/ ٤٠٥) ، أحكام الأسرة في الإسلام للشلبي (١٥٥) .

(٢)_ شرح منح الجليل (٢/ ٣١ ،٣٢)، بلغة السالك(٢/ ٢٤٥ ،٢٤٦) .

(٣)_ مغني المحتاج (٣/ ٢٧٤ ،٢٧٥).

(٤)_ المغني (٧/ ٤٢٢)، الروض المربع (٢/ ٣٠٧)، منار السبيل (٢/ ١٢٩).

(٥)_ منار السبيل (٢/ ١٢٩).

و استدلوا لما قالوه بما ورد عن النبي ﷺ أنه قال : (إن أحق الشروط أن يوفى به ، ما استحللتم به الفروج)[1] . و بأن هذا الشرط صفة مقصودة فبان خلافها ، لذا يثبت فيه الخيار بالفسخ إن لم يتم الوفاء بها ، و يترجح رأي الحنابلة ، للأدلة السابقة التي ذكروها ، و لأنه ليس في تلك الشروط تقييد لحرية الزواج و لا مساس لحقوق أي من الزوجين ، لذا ما كان هذا شأنه و تم الاشتراط عليه ، كان لازمًا أداء الالتزام الذي جرى حين التعاقد ، موافقةً لقوله تعالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ١ ﴾ سورة المائدة .و العقد هو اتفاق بين طرفين مع الالتزام به منهما ، وكذا الاشتراط فيسري على الاشتراط حكم التعاقد ، و الله أعلم .

علمًا أن ترجيح المذهب الحنبلي مشروط بعدم التوسع في حرية الاشتراط في عقد الزواج ، خوفًا من الخروج على الأهداف العامة التي تجعل من هذا العقد رباطًا مقدسًا يخلق الطمأنينة والثقة والمحبة و الشعور المتبادل بالحياة الدائمة المشتركة . و هذا لا يتوافر إلا إذا أقدم كلٌّ من الزوجين على الزواج برويَّة و تفكير و حسن اختيار ، مبني على تقييم شامل عام للحياة الزوجية و فق المعايير الإسلامية لا وفق اشتراط شروط يضمن بها مستقبله حسب زعم كلٍّ منهما ، و الله أعلم .

و قد عمل قانون الأحوال الشخصية السوري [2] وفق ما ذهب إليه المذهب الحنبلي ، و كان مرجعًا للقضاة الشرعيين فيه . جاء في المادة (١٤) منه في الفقرة الثانية : (إذا قيد بشرط يلتزم فيه للمرأة مصلحة غير محظورة شرعًا ، و لا تمس حقوق غيرها و لا تقيد حرية الزواج في أعماله الخاصة المشروعة ،كان الشرط صحيحًا ملزمًا) . يتحقق ذلك ما دام كل من الزوجين حريصًا على الحياة الزوجية راغبًا البقاء مع زوجته ، كما لو اشترطت عليه ألا تترك دراستها أو وظيفتها وفق ما ذهب إليه المذهب الحنبلي ، و كان مرجعًا للقضاة الشرعيين فيه ..

أما إن تضمن الشرط تقييد لحرية الزواج كاشتراطها عدم سفر زوجها أو فيه مساس لحقوق غيرها كاشتراطها طلاق ضرتها فالشرط صحيح و لا يجب الوفاء به ، فإذا لم يفِ الزوج به طلبت الزوجة فسخ النكاح من القاضي .

---

(١)_ أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب : النكاح ، باب : الشروط في النكاح ، رقم (٤٨٥٦)، (٣/ ١٨٥٢) .

* أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب : النكاح ، باب : الوفاء بالشروط في النكاح ، رقم(١٤١٨) ، (٩/ ٥٢٤) ، واللفظ لمسلم .

(٢)_ شرح قانون الأحوال الشخصية السوري (١/ ٣٢٦) د. عبد الرحمن الصابوني ، منشورات جامعة دمشق ، ع(١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م). .

المطلب الثاني : سلطة القاضي في التفريق للإعسار بالمهر .

بما أن المهر حق شرعي للزوجة مترتب على عقد النكاح ، ترتب على الخلل فيه حق التفريق سواء كان الخلل بسبب إعساره أو نقصانه عن مثله مع الاستطاعة على أدائه .

على الاختلاف بين الفقهاء في حق الزوجة بطلب الفسخ بسبب إعسار الزوج عن المهر أو نقصانه ، واختلافهم في تفريق القاضي بناء على طلب الزوجة ، وفقًا لما سيذكر في هذا المطلب بتوفيق الله تعالى .

أولًا : مشروعية سلطة القاضي في التفريق للإعسار بالمهر .

منح فقهاء الحنفية [1] للقاضي الحق في التفريق بسبب نقصان مهر الزوجة عن مهر مثيلاتها، شريطة الاعتراض في تزويجها من قبل وليها ، و أن تكون قد زوجت نفسها بأقل من مهر مثلها ، فإن تم الترافع إلى القضاء من قِبل وليها بطلب التفريق لهذا السبب ، لم تقع الفرقة إلا عند القاضي وبقضائه ، و ما لم يقض بها فالزوجية باقية و ما يترتب عليها من طلاق و ظهار وإيلاء و ميراث وغيره يبقى لبقاء العقد .أما الصاحبان : فقالا ليس للأولياء هذا الحق وليس للقاضي التفريق بسببه.

أما جمهور الفقهاء (المالكية و الشافعية و الحنابلة) [2] فقد اتفقوا على جواز تفريق القاضي بسبب عجز الزوج عن دفع المهر لزوجته ، فمتى ثبت لدى القاضي عسر الزوج بعد ادعاء الزوجة بالإعسار طلق القاضي على الزوج عندهم ، غير أن الحنابلة في قول آخر لهم قالوا : يجوز فسخ النكاح بغير حكم حاكم ، إلا أنهم صححوا القول الأول.

جاء في حاشية الدسوقي [3] : (فيطلق عليه ناجزًا متى ثبت عسره ... بأن يطلق الحاكم) .

و في المجموع [4] : (و لا يجوز الفسخ إلا بالحاكم) .

و في الشرح الكبير [5] : (و لا يجوز الفسخ إلا بحكم الحاكم).

---

(١)_ حاشية رد المحتار (٣/ ٧٩)، تبيين الحقائق (٢/ ٥٢٢)، فتح باب العناية (٢/ ٤٨).

(٢)_ حاشية الدسوقي (٣/ ١٣٩أ١٤٠)، بلغة السالك (٢/ ٢٨٢)، المجموع (١٦/ ٣٧٧)، مغني المحتاج (٣/ ٥٨١) ،الشرح الكبير لابن قدامة (٨/ ١٠٤)، المقنع (٣/ ٩٨) .

(٣)_ حاشية الدسوقي (٣/ ١٤٠).

(٤)_ المجموع (١٦/ ٣٧٧).

(٥)_ الشرح الكبير لابن قدامة (٨/ ١٠٤).

فهذه النصوص واضحة و صريحة في جواز تفريق القاضي للإعسار بالمهر و العجز عن دفعه من الزوج . ففي حدود بحثي في كتب الحنفية لم أجد ذكرًا عندهم للإعسار بالمهر إلا ما ذكرته من نقصان المهر عن مهر المثل ، و مما ورد عندهم في هذا المجال يمكن أن يفهم من مضمونه جواز تفريق القاضي للإعسار بالمهر ، لأنه إذا جاز عندهم طلب الأولياء التفريق بسبب نقصان المهر عن مهر المثل ، ففي طلب المرأة ، التي تعد أحق طلبًا من أوليائها من القاضي ، التفريق لإعسار الزوج بالمهر حقٌ من باب أولى ، لأنه إذا جاز تفريق القاضي لنقص المهر ففي العجز عن دفعه كاملًا من باب أولى . والله أعلم .

* ومنه نجد أن أئمة المذاهب الأربعة متفقون على شرعية تفريق القاضي للإعسار بالمهر .

استدل فقهاء الحنفية [1] بأن نقصان مهر المثل مبني على قصور الشفقة ، و هو أمر باطني ، ولأن الأولياء يتفاخرون بغلاء المهر و يتعيرون بنقصانه فصار بمنزلة عدم الكفاءة بل أولى دفعًا للعار ، لأن ضرره أشد من ضرر عدم الكفاءة ،علاوة على أنه عند تقادم العهد يعتبر مهر قبيلتها بمهرها ، فيرجع الضرر على القبيلة كلها ، فكان لهم دفعه بخلاف الإبراء بعد العقد ، لأنه لا ضرر عليهم بل هو من باب الكرم و مكارم الأخلاق .

و استدل الجمهور [2] بأن التفريق لهذا السبب أمر مجتهد فيه و مختلف فيه ، فأشبه التفريق للعنَّة و الإعسار بالنفقة ، ولأنه لو فسخ بغير حكم حاكم اعتقدت أن النكاح قد فُسِخ و أبيح لها أن تتزوج و الزوج يعتقد أنها زوجته لم ينفسخ نكاحها ، فيصير للمرأة زوجان كل واحد يعتقد حلها له وتحريمها على الآخر ، و هذا لا يجوز في الإسلام . ولأن المال ظل زائل ، و حال حائل ، ومال مائل و لا يفتخر به أهل المروءات و البصائر .

أما الوجه الآخر الذي قاله الحنابلة فدليلهم تشبيه التفريق بخيار الإعسار بالمهر على خيار المعتقة تحت العبد ، إلا أنهم لم يصححوا هذا القياس على المعتقة ، لأنه متفق عليه و هذا مختلف فيه .

---

(١)_ حاشية رد المحتار (٣/ ٧٨)، تبيين الحقائق (٢/ ٥٢٢) .

(٢)_ بلغة السالك (٢/ ٢٨٢)، شرح منح الجليل (٢/ ١٠٩)، مغني المحتاج (٣/ ٢٢٤)، زاد المحتاج (٣/ ٢٠٨)، الشرح الكبير لابن قدامة (٨/ ١٠٤)، المقنع (٣/ ٩٨).

ثانيًا : سلطة القاضي في إجراءات التفريق للإعسار بالمهر .

اشترط جمهور الفقهاء لصحة السير في الدعوى و الحكم عليها شروطًا شرعية لتصح الدعوى، و ألزموا القاضي السير عليها ، و هي :

أولًا : مطالبة الزوجة أو وليها بالتفريق للعجز عن دفع المهر و الإعسار به و التنازع إلى القاضي ،و هذا ما اتفق عليه المالكية و الشافعية [1].

ثانيًا : الإمهال و التأجيل و التلوم حتى ظهور الإعسار بالمهر و العجز عن دفعه ، و قدروا مدة التأجيل ثلاثة أسابيع ، هذا عند المالكية [2] . جاء في حاشية الدسوقي [3] : (بأن ادعى العدم و لم تصدقه و لا أقام بينة على صدقه...أجِّل . أي : أجله الحاكم لإثبات عسرته ... ثلاثة أسابيع) .

ثالثًا : الفورية في الحكم بالتفريق متى ثبت العجز و الإعسار عن دفع المهر من قبل الزوج دون تأخر ، فرضيت بالمقام معه ثم أرادت التفريق ، ليس لها ذلك ، لأن الضرر لا يتجدد، ولأن الخيار على الفور بعد الرفع إلى القاضي . و هذا شرط اتفق عليه المالكية والشافعية و الحنابلة [4].

---

(١)_ حاشية الدسوقي (٣/ ١٣٩)، الحاوي الكبير (١١/ ٤٦٢).

(٢)_ حاشية الدسوقي (٣/ ١٣٩) ، بلغة السالك (٢/ ٢٨٢) ، شرح منح الجليل (٢/ ١٠٩) .

(٣)_ حاشية الدسوقي (٣/ ١٣٩).

(٤)_ حاشية الدسوقي (٣/ ١٤٠) ، بداية المجتهد (٣/ ١٠٢٣)، الحاوي الكبير (١١/ ٤٦٢)، إخلاص الناوي (٣/ ٤٠٩) ،المغني (٩/ ٢٥٣)، المبدع (٦/ ٢٣١).

الخاتمة

وتتضمن :

١. الخلاصة و أهم النتائج .

٢. المقترحات.

الخاتمة

وختامًا ، أحمد الله تعالى أولًا و آخرًا ، حمدًا كثيرًا متواليًا ، و إن عجز عن حمد جلاله الحامدون ، و أصلي وأسلم على سيدنا محمد سيد البشر صلاةً تشمل جميع المرسلين و آله الطيبين الطاهرين ، و أصحابه الغر الميامين، حمدًا يوافي نعمة الإسلام ، و اقتفاء أثر خير الأنام ، عليه أفضل الصلاة و السلام .

هذا ، و توفيق الله تعالى و فضله دائم لا ينقطع ، و معين لا ينضب ، يرمز إليه إحسانه وتفضله بإتمام البحث ، علاوةً على خلاصته التي قمت بصياغتها على شكل مواد مقترحة ، وأردفتها بأهم النتائج ثم التوصيات التي تم التوصل إليها بحمده تعالى و توفيقه ، والله المستعان .

فحوى الخلاصة :

المادة رقم (١) :

العدل قوام السماوات و الأرض ، و القضاء حصنه وأداة تنفيذه ، فبالقضاء العادل تصان الحقوق و الأموال لأصحابها .

المادة رقم (٢) :

القضاء مهمة الأنبياء و المرسلين ، و القاضي خليفة عن النبي ﷺ ، فيجب عليه تحري الحكم بما أنزله الله تعالى بالحق .

المادة رقم (٣) :

تعني ماهية سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين ، صلاحية يتمتع بها القاضي للتفريق بين الزوجين باستمداده من أحكام الشريعة و روحها، لإقامة شرع الله فيما يعرض له من قضايا في جميع مراحلها، ابتداءً من قبول سماعها، إلى تهيئتها لإثبات صحتها أو كذبها، إلى الحكم عليها، و اختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم الشرعي، قوامه تطبيق شرع الله تعالى على أتم وجه كما نزل.

المادة رقم (٤) :

القاضي أهم أركان القضاء ، فهو المطبق له بصورته العملية ، لذا يشترط أن يتوافر فيه صفات ، بعضها شروط صحة و بعضها شروط كمال .

المادة رقم (٥) :

تتمثل مرونة الشريعة الإسلامية و توازنها في أحكام الطلاق أنه ملَّك الزوجة الحق في التفريق من زوجها عن طريق القضاء مقابل الطلاق بالإرادة المنفردة الذي ملَّكه للزوج .

المادة رقم (٦) :

كل طلاق و فسخ فرقة و ليس بالعكس ، إذ يفترق الطلاق عن الفسخ بوجوه :

أولها : الطلاق إنهاء العقد أما الفسخ فنقضه .

ثانيها : الطلاق ما كان من زواج صحيح، أما الفسخ فما كان من نكاح فاسد .

ثالثها : الطلاق ما كان من الزوج ، و التفريق نقيضه .

رابعها : ينقص بالطلاق عدده ، و لا ينقص بالفسخ .

خامسها : تختلف آثار الطلاق عن آثار الفسخ بإيجاب نصف المهر المسمى بالطلاق قبل الدخول ، و عدم إيجابه بالفسخ .

المادة رقم (٧) :

الحكمة من مشروعية التفريق القضائي بطلب من الزوجة ، رفع الضرر أو الظلم الواقع عليها .

المادة رقم (٨) :

لسلطة القاضي في التفريق ضوابط ، يهتدي بها في عمله ، ألخص أهمها في القواعد الفقهية التالية:

١. القاضي مأمور بالعدل
٢. القاضي نُصِّب ناظرًا للمسلمين، لا مبطلًا لحقوقهم
٣. التصرف على الرعية منوط بالمصلحة

٤. لا مساغ للاجتهاد في مورد النص

٥. النص لا يُنقض بالاجتهاد

٦. ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها

٧. الضرر يزال

المادة رقم (٩) :

ضبط الفقهاء الفُرق المتوقفة على القضاء بضابطين :

أولًا : كل فرقة تبنى على أسباب تقديرية خفية لزم توكيل القاضي فيها ، و العكس بالعكس.

ثانيًا : كل فرقة يجب على الزوج مباشرتها ، ينوب القاضي منابه إن امتنع .

المادة رقم (١٠) :

للتفريق القضائي أثر على بعض الأحكام ، منها الإرث و وقت العدة .

المادة رقم (١١) :

استقلال القضاء هدف ثابت حتمي ، لتحقيق العدالة في المجتمع ، و ضمان حرية المواطنين وحقوقهم .

المادة رقم (١٢) :

تتحدد النفقة التي يستوجب عدمها التفريق بالقوت الضروري الذي لولاه ما استطاعت الزوجة الحياة، وقدّروه بأقل نفقتها و أقل مسكن يجب لها و أقل كسوتها.

المادة رقم (١٣) :

يشترط لوجوب التفريق لعدم الإنفاق شروط على الزوج الحاضر و الغائب .أما الزوج الحاضر فشروطه : الامتناع عن الإنفاق ، و عدم المال الظاهر للزوج ، و علم الزوجة بالإعسار . و أما الغائب : فالعلم بالإعسار مع غيبة الزوج . و الامتناع عن الإنفاق .

المادة رقم (١٤) :

تشترط جملة شروط لصحة دعوى التفريق لعدم الإنفاق، بعضها يتعلق بأطراف الدعوى (المدعي و المدعى عليه)، و بعضها في المدعى به، و بعضها في ركن الدعوى نفسه. وتسري هذه الشروط على جميع دعاوى التفريق القضائي ، مع بعض التفصيلات التي تخص سبب كل دعوى على حدة .

المادة رقم (١٥) :

تخلف شرط من شروط صحة الدعوى يمنع سماعها و قبولها عند القاضي .

المادة رقم (١٦) :

عبء إثبات الدعوى على الزوجة المدعية ، فإن أثبتت عدمه أثبت الزوج العكس .

المادة رقم (١٧) :

يجب على الزوجة إثبات زوجيتها من المدعى عليه، و غيابه عنها غيبة بعيدة، أو جهالة مكانه ، أو فقده مما لا يعلم معه حياةٌ له أو ممات ، وامتناعه عن الإنفاق عليها، و عدم المال الظاهر التي تنفذ منه نفقتها.

المادة رقم (١٨) :

للحكم القضائي قوة منبثقة عن جهة صدوره ، فهو حجة إلى أن يقوم الدليل على بطلانه، طالما استوفى جميع الشروط المطلوبة في إجراءات الدعوى كاملةً، بدءًا بسيرها ثم إثباتها وانتهاءً بالحكم عليها، دونما حدوث خلل يمنع من حجيته .

المادة رقم (١٩) :

الأسباب الموجبة لنقض الحكم القضائي بالتفريق كثيرة متنوعة، فمنها ما يتعلق بحدوث خلل لسبب في المحكوم به، و منها ما يتعلق بحدوث خلل لسبب يتعلق بطرفي الحكم، و منها حدوث الخلل في إجراءات التقاضي أو طرق الإثبات.

المادة رقم (٢٠) :

يتحقق ضابط التفريق بالعيب بين الزوجين، بكل عيب يخل بالمقصود الأصلي من الزواج، أو يترتب عليه ضرر لا يحتمله الطرف الآخر حسب الراجح عند الفقهاء .

المادة رقم (٢١) :

يثبت حق التفريق بالعيب للزوج و الزوجة معًا عند الجمهور .

المادة رقم (٢٢) :

يشترط القضاء للتفريق بالعيب ، لأن التفريق بسببه محل نظر و اجتهاد بين الفقهاء .

المادة رقم (٢٣) :

يبرز دور القاضي أمام شروط صحة دعوى التفريق بالعيب في مدى تقديره ما إذا كان العنين المدعى عليه بالغًا وحاضرًا بنفسه غير موكل نائبًا عنه أم لا. و في تثبته من وجود العيب و معرفة نوعه و مطالبة المدعية بحقها في الدعوى.

المادة رقم (٢٤) :

يتوجب إثبات العيب على الزوجة، و القول الفصل فيه تقارير الأطباء و خبرتهم ، ولو كانت البكارة قرينة إلى جانب المرأة و الثيوبة قرينة إلى جانب الرجل ، إما بإقرار الزوج أو بالخبرة أو الكشف الطبي.

المادة رقم (٢٥):

يظهر أثر سلطة القاضي على إثبات العيب في تقديره صحة الإقرار و مطابقته مع ظاهر الحال على ما يبدو له من وقائع الدعوى، علاوةً على إذنه باليمين من منكر الدعوى لما يراه من مصلحة تستوجبه .

المادة رقم (٢٦) :

لم يحدد الفقهاء الأعذار الشرعية المقبولة على سبيل الحصر ، كما لم يبينوا ما يصلح عذرًا للغياب من عدمه، إلا أنهم أوكلوا تقديرها للقاضي، و أناطوا فائدة الرفع إليه بدوره في الكشف عن حال الزوج وعذره في الغيبة بالسؤال وغيره.

المادة رقم (٢٧) :

لا يوجه الدفع إلى إجراءات الخصومة، ولا إلى ذات الحق المدعى به، بل يرمي إلى إنكار سلطة الزوجة المدعية في استعمال دعواها بالتفريق للغيبة، فهو الذي يوجه إلى الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه، وما إذا كان من الجائز استعمالها من عدمه، أو لعدم توافر شرط خاص من الشروط المتعلقة بذات الدعوى.

المادة رقم (٢٨) :

ينفذ قضاء القاضي في الظاهر و الباطن، إذ لو نفذ ظاهرًا لا باطنًا، كان مدعاةً لضياع الأنساب واختلاطها، و فتحًا لباب النزاع و الخصومات بين الأزواج الغائب منهم والحاضر.

المادة رقم (٢٩) :

يعني الشقاق الموجب لتفريق القاضي : ظهور الخلاف الشديد المستحكم بين الزوجين بما يستحيل معه استمرار الحياة الزوجية بينهما ، أما الضرر فكل ما يُلحق الأذى أو الألم ببدن الزوجة أو نفسها أو يعرضها للهلاك .

المادة رقم (٣٠):

يلزم القاضي الأخذ بالطرق الشرعية لإثبات الدعوى و الحكم عليها بالتفريق إن طلبته الزوجة أو تعيين المحكمين إن تبينت الرغبة من أحد الطرفين بالإصلاح بينهما.

المادة رقم (٣١):

سلطة القاضي في الحكم بالتفريق للشقاق ملزمة ، يلتزم بها بقرار الحكمين، و عليه لم يترك المشرع للقاضي دورًا كبيرًا في مجال التفريق، بل جعل عمله مقتصرًا على المراقبة و التوثيق دون تدخله في عمل الحكمين أو قناعتهما، واتخاذ قرارهما، لذا كان تقرير الحكمين ملزم للقاضي ما لم تكن ثمة مخالفة للنظام العام .

المادة رقم (٣٢):

يستحق كل حكم صدر وفق شروطه الشرعية التنفيذ علاوةً على وجوب العمل به، ولا يستجاب لأي طلب بإعادة النظر في القضية ولا بنقض الحكم من غير سبب داع لإعادة البحث فيه، و يعدُّ الحكم القضائي حجة ما لم يقم الدليل على بطلانه.

المادة رقم (٣٣):

للقاضي سلطة في نقض قرار الحكمين ، إذا تبين خطأ قرارهما أو أي خلل فيه ، وكذا نقض قراره إذا لاحظ خللًا فيه أو لم يستوف الشروط الشرعية المطلوبة ، كما لا يحق له التجاوز في نقض حكمه حسب ما يؤديه اجتهاده الشخصي ، فسلطته مقيدة بنصوص الشرع التي تشترط الحكم بالتفريق، لا يتعداها إلى اجتهاده وقناعته بنقض الحكم .

المادة رقم (٣٤):

تتقيد سلطة القاضي بالنص الفقهي في معنى الارتداد وشروط صحته و أمارات الدخول في الإسلام، فإذا تحققت تلك المعاني و الشروط من وجهة نظر القاضي حكم على أحد الزوجين إما بردته أو إسلامه.

المادة رقم (٣٥):

يعد ضابط التفريق بتغيير الدين شرطًا أساسيًا لصحته ، و هو العرض و الإباء .

المادة رقم (٣٦):

يتوجب على القاضي العلم بالآثار الشرعية المترتبة على تفريقه بين الزوجين وفقًا للمذهب المعمول به في القانون والاجتهاد القضائي حسب الحالة المذكورة، و أن يذكر الآثار بعد قضائه بالتفريق، فإن خالف المذهب المعمول به في قضائه بالتفريق في المسألة المجتهد فيها توجب نقض حكمه بالتفريق وعدم منح حكمه قوة إلزامية على طرفي الدعوى . فتكون سلطة القاضي مُلزِمَة و مُلزَمة بتطبيق النص الشرعي الوارد فيها حكمًا و أثرًا .

المادة رقم (٣٧):

يفترض على القاضي الموكل بالنظر في دعوى الإيلاء بين الزوجين تفقهه وعلمه بالشروط الشرعية لصحة الإيلاء، وفقًا للمذاهب الأربعة عمومًا والمذهب الحنفي خصوصًا، بما أنه المذهب المعمول به في قانون الأحوال الشخصية السوري فيما لم تنص عليه مواد القانون حسب ما جاء في المادة (٣٠٥) منه ، والأفضل الاقتراح بتقنين حكم الإيلاء من مذهب الجمهور ، لأن سكوت القانون عن حكم التفريق بالإيلاء يشكل نقصًا لأن القاضي ملزم بمقتضى المادة (٣٠٥) من القانون بالعمل وفقًا للراجح من المذهب الحنفي و الذي يوجب التفريق بين الزوجين بمرور مدة الإيلاء أربعة أشهر و بحكم الشرع و دون قرار من القاضي و الأفضل أن يتم النص في القانون صراحة بالعمل وفقًا لمذهب الجمهور القائل لا تثبت الفرقة بين الزوجين بمجرد مرور فترة الإيلاء و إنما بصدور حكم من القاضي بالتفريق بناءً على طلب من الزوجة .

المادة رقم (٣٨):

يتوجب على القاضي البحث في توافر الإيلاء وتكييفه على الواقعة المعروضة أمامه، بأن يسأل الزوج المولي عن قصده في الحلف والإيلاء، ومراده منه ، فإن تبين له قصد الإضرار بزوجته ، عدَّ الدعوى المعروضة أمامه إيلاءً ، وإن تبين قصد الزوج من حلفه مصلحة الزوجة أو حتى مصلحة الزوج من غير إضرار بها ، لم تكن الدعوى إيلاءً من الزوج، وعلى القاضي تكييف الواقعة حسب ما يرى.

المادة رقم (٣٩):

تتجلى ضرورة اشتراط حضور القاضي عند التلاعن في نصحه الزوجين لعل أحدهما يرجع عن رأيه قبل أن يتم اللعان بينهما، ليتحقق الستر للفاحشة واستمرار العلاقة الزوجية.

المادة رقم (٤٠):

للتفريق القضائي حجية و نفاذٌ مكتسبة من سلطة القاضي في التفريق و لو خالف حكمه رغبة الزوجين المتلاعنين.

المادة رقم (٤١):

مرجع القانون المذهب الحنفي فيما يتعلق بأحكام اللعان ، من بينها مشروعية التفريق و حكم القاضي به ، لكلا نوعيه ، و كذا دور القاضي بدءًا من سير الدعوى و إثباتها و الحكم عليها . عملًا بالمادة(٣٠٥) أحوال .

المادة رقم (٤٢):

تظهر عدم فاعلية دور القاضي من خلال تبيان اتفاق الفقهاء على حرمة استمتاع الزوج المظاهر بزوجته إلى أن يكفر عن ظهاره .

المادة رقم (٤٣):

اتفق الفقهاء على وقوع الخلع و جوازه عند القاضي وبدونه ، فلا تفتقر المخالعة إلى قضاء القاضي علاوةً على عدم صحتها بدون رضى الزوج ، و عليه استقر الاجتهاد في القانون السوري .

المادة رقم (٤٤):

يعطى القاضي سلطة تقدير كل دليل أو ادعاء أو سند يقدم في الدعوى و لا يجوز للقانون أن يصادر على رأيه ، بل يجب أن يحكم القاضي بما يطمئن إليه من واقع أوراق الدعوى، و أن ينظر إلى الأمور بحقيقتها لا بألفاظها ومسمياتها التي تسمى بها . و يضاف إليه التقيد بالنص الشرعي وشروط المخالعة الشرعية ، فلا يخرج على نصوص الفقهاء فيما جاء في الخلع الشرعي الصحيح .

المادة رقم (٤٥):

إذا كان للأب و الجد ولاية إجبار الصغيرة على النكاح فإن شرعية ولاية الإجبار تمنع عن الصغيرة الحق في طلب التفريق . أما عدم جواز الإجبار من غير الأب و الجد على النكاح للصغيرة يمنح الحق للزوجة الصغيرة في طلب التفريق إذا بلغت و اختارته ، لأن إجبارها غير حق ومن غير الولي الشرعي.

المادة رقم (٤٦):

يشترط الرجوع إلى القضاء ليحكم بالتفريق بين الزوجين بسبب خيار البلوغ ، لما في القضاء من إلزام لكلا الطرفين بأحكامه ، إذ لا يكفي الحكم بفسخ العقد بمجرد بلوغ أحد الزوجين واختياره الفسخ ، بل لابد من الإلزام بهذا الفسخ عن طريق القاضي الذي يحكم به بالنظر إلى تلك الدعوى ، مع إحقاق الحق فيها و إبطال الباطل.

المادة رقم (٤٧):

القاضي ملزم و مقيد بما ورد عند الحنفية من شروط لصحة سير دعوى التفريق لخيار البلوغ وإجراءاتها ، ولا يحق له أن يحيد عنها ، لوجود النص الشرعي الملزم به.

المادة رقم (٤٨):

لسلطة القاضي آثارٌ شرعية على نوع تفريقه بخيار البلوغ و على المهر والميراث و النفقة ، مما يتوجب عليه أن يلزم بتلك الآثار الشرعية حسب ما نصت عليه عبارة الفقهاء دون حيد عنها .

المادة رقم (٤٩):

إذا زوجت البالغة العاقلة نفسها من كفء ، لزم عقد زواجها ، و ليس لأوليائها الحق في الاعتراض وطلب فسخ العقد و التفريق من القاضي . أما إن زوجت نفسها من غير كفء ، كان لوليها العاصب حق الاعتراض ، وطلب التفريق من القاضي ، ليشرع للقاضي الاعتراض في غير الكفء خاصة ، و الحكم في الدعوى بالفرقة بسبب عدم الكفاءة مذهب الحنفية، الذين أجازوا للولي طلب فسخ هذا العقد ، و خصوا ثبوت الفرقة بالقضاء .

المادة رقم (٥٠):

وافق قانون الأحوال الشخصية السوري رأي الحنفية في تفريق القاضي لفساد العقد ، حيث عدوا الزواج من الأخت أو الخالة فاسدًا ، و ألزموا القاضي بأمر كلا طرفي العقد بالمتاركة ، فإن لم يفعلا ، ألزم بالتدخل ليحكم بين الطرفين بالتفريق .

المادة رقم (٥١):

يتوجب على القاضي أن لا يعقد عقدًا بين طرفين بينهما شبهة حرمة ، حيث يمنع المعصية ابتداء ، فإذا وقعت يسعى لإزالتها ما استطاع إلى ذلك سبيلًا ، و هو ملزم بما قضى به الشرع لا سلطة له في هذا المجال.

المادة رقم (٥٢):

عمل قانون الأحوال الشخصية السوري وفق ما ذهب إليه المذهب الحنبلي في دعوى التفريق لمخالفة الشرط ، ما دام كل من الزوجين حريصًا على الحياة الزوجية راغبًا البقاء مع زوجته ، وكان مرجعًا للقضاة الشرعيين فيه . أما إن تضمن الشرط تقييد لحرية الزواج كاشتراطها عدم سفر زوجها أو فيه مساس لحقوق غيرها كاشتراطها طلاق ضرتها فالشرط صحيح و لا يجب الوفاء به ، فإذا لم يفِ الزوج به طلبت الزوجة فسخ النكاح من القاضي .

المادة رقم (٥٣):

إن أئمة المذاهب الأربعة متفقون على شرعية تفريق القاضي للإعسار بالمهر ، لكن بشروط :

١. مطالبة الزوجة أو وليها بالتفريق للعجز عن دفع المهر و الإعسار به و التنازع إلى القاضي .
٢. الإمهال و التأجيل و التلوم حتى ظهور الإعسار بالمهر و العجز عن دفعه ، و قدروا مدة التأجيل ثلاثة أسابيع.
٣. الفورية في الحكم بالتفريق متى ثبت العجز و الإعسار عن دفع المهر من قبل الزوج دون تأخر ، فإن رضيت بالمقام معه ثم أرادت التفريق ، ليس لها ذلك ، لأن الضرر لا يتجدد، ولأن الخيار على الفور بعد الرفع إلى القاضي.

أما أهم النتائج فهي :

١. السلطة بمعناها الدقيق صلاحية أُعطيها القاضي وله فيها خيار ، أما المعنى العام فواجبٌ يمارس القاضي به صلاحياته بحكم ولايته على تحقيق مناط المسألة .

٢. مشروعية منح السلطة للقاضي ثابتة بأدلة من القرآن و السنة ، فمتى توافرت شروطها توجب على القاضي استعمالها للوصول إلى الغاية المرجوة من منصب القضاء ، و إن قصَّر فقد خان الله ورسوله و المسلمين و أضاع الأمانة .

٣. لوصف القاضي و شروط توليته أثر إيجابي على حكمه في قضايا التفريق بين الزوجين ، مما يحول دون عمله في النظر بما يتعلق بأحكام الشرع الحنيف و جزئياته إن كان على غير ملة الإسلام والعدالة .

٤. مناط سلطة القاضي في التفريق لعدم الإنفاق قصد الضرر و التعسف جراء امتناع الزوج عن النفقة .

٥. سلطة القاضي أمام الدفوع الشرعية الثابتة لديه، سلطة ملزمة بالثابت لديه منها، أما إذا كان فيها مجال للنفي والإثبات عند النزاع، فالفصل فيها يعود للقاضي، الذي يقدِّر مدى صلاحية الدفع لإسقاط الدعوى من عدم صلاحيته .

٦. يظهر دور القاضي في التفريق الفوري أو التراخي به في التفريق لعدم الإنفاق من خلال تقديره حسب ظروف الزوجين ، فإذا رأى المصلحة في التفريق الفوري قضى به ، بناءً على قناعته في تحقق المصلحة المرجوة ، أما إن رأى المصلحة و الحاجة تقتضي التأخير أملًا في الإنفاق و تحقيق المصالحة بين الطرفين دون الحكم بالتفريق، أخَّر في الحكم حسب ما أدى إليه اجتهاده، وفق سلطته التقديرية الاجتهادية.

٧. سلطة القاضي في الحكم النافذ على الدعوى سلطة مُلزَمة مُلزِمة، حيث يلتزم بها القاضي المذهب المعمول به في المسألة و يتقيد بكل جزئياته في الحكم على الدعوى، ومن ثمّ يُلزم القاضي الخصوم بما قضى به و حكم، فهناك تلازم بين السلطة الملزَمة الملزِمة و السلطة القضائية.

٨. الصلاحية للقاضي في تقدير العيب و إثباته مطلقة لا رقابة عليها ، شريطة اعتمادها على أسباب سائغة مقبولة لا خلل فيها .

٩. سلطة القاضي تقديرية في النظر بمنع العيب من المعاشرة الجنسية أو كونه منفرًا لا يمكن استمرار الحياة معه إلا بضرر كبير تقديرية ، منحها الشارع له، و لو بالرجوع إلى ذوي الخبرة و الاختصاص.

١٠. يؤخذ على اجتهاد المحاكم السورية في تخصيص العيب بالعنة فقط، أنه غير معقول و لا دليل يؤيده ، إذ شرعت الفرقة بالإيلاء دون التقيد بعدم الوصول إلى الزوجة قبله، و لو كان حقها لما أطلقه الجمهور ، لموافقتهم ضابط التفريق بالعيب و مناطه، فكل عيب يمنع الاستقرار في الحياة الزوجية والمقصود من عقد النكاح ، من الوطء وإنجاب الولد، ويوجب النفرة بين الزوجين، يستوجب نظر القاضي في الدعوى و قبولها لا فرق بين حدوثه بعد العقد أو قبله.

١١. يظهر دور القاضي في إثبات دعوى العدوى و التحقق منها بمقتضى سلطته التقديرية، المستندة إلى آراء ذوي الخبرة و الاختصاص.

١٢. تتمثل ماهية سبب تفريق القاضي لغيبة الزوج عن زوجته، في إلحاق الضرر بالزوجة جراء غياب زوجها.

١٣.لا يوجد مبرر للتفرقة بين الزوج والزوجة في طلب التفريق للشقاق ، فكما يتضرر الزوج تتضرر الزوجة ولا يكفي للرد ملكية الزوج للطلاق، لما له من تبعات و التزامات تقع على عاتق الزوج لا الزوجة، فإذا كانت الزوجة مضارة بزوجها أفلا يكون من الظلم و الضرر أن نلزمه بالطلاق وتأدية ما يترتب عليه من التزامات مالية رغم أنها مما ينبغي عليها دفع ثمن إضرارها بزوجها عن طريق المخالعة إذا ما قرره الحكمان وصادق عليه القاضي ، لما فيه من تحقيق العدالة التي تهدف إليها الأحكام الشرعية.

أما المقترحات فهي :

أولًا : أقترح ضرورة إحداث مكتبة في المحاكم الشرعية خاصة ، تُثرى بالأبحاث الفقهية القانونية فيما يتعلق بعمل القضاة ، بالتأصيل الفقهي و التكييف القانوني لما يعرض عليهم من قضايا أسرية. علمًا أن فقر القضاة بالمادة الفقهية لديهم دفعهم إلى تكييف الكثير من قضايا التفريق القضائي إلى ما يعرف بالتفريق للشقاق و الضرر .

ثانيًا : إنشاء مركز متخصص تابع لكلية الشريعة للدراسات الإسلامية من أولوياته الاضطلاع بمهمة المشاركة في تعديل القانون ، بعد الاطلاع على الأبحاث العلمية المبحوثة في هذا المجال ، على الصعيد الأكاديمي خاصة والتأليف الحر عامة .

ثالثًا : إحداث دبلوم في الأحوال الشخصية وأحكام الأسرة و عمل القضاة و دورهم في المحاكم الشرعية ، وتوجيه طلاب الدراسات العليا للبحث في قانون الأحوال الشخصية لا سيما مسائل المستجدات ، التي تمس الحياة الزوجية ؛ وتتعلق بجانب حيوي من حياة المسلمين كافة .

رابعًا : التأكيد على السماح لخريجي كلية الشريعة بتولي القضاء الشرعي ، والحكم بين الناس في كل ما يتعلق بحياتهم من مسائل شرعية ، شريطة إحداث دورات تأهيلية ، مهامها تدريب القضاة على المرونة في القضاء حيال العلاقة الزوجية و ما قد يطرأ عليها ، علاوةً على تدريسهم بعض الآراء الفقهية في هذا المجال ، لتتكون لديهم الملكة العلمية التي قد يضطرون إليها في مراحل التقاضي.

وقد يسَّر الله تعالى بمنِّه وفضله ، و الحمد لله تعالى أولاً و آخراً ، و الله ولي التوفيق وهو حسبنا ونعم الوكيل . و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

و الصلاة و السلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

الفهارس

فهرس الآيات الكريمة

السورة	الآيـــــــــــــة	الصفحة
البقرة	﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ۖ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٢٢٦﴾ ﴾	٢٠٨/٢٠٤
البقرة	﴿ وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٢٢٧﴾ ﴾	٢٠٥
البقرة	﴿ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ ﴿٢٢٩﴾ ﴾	/١٢٦/٥٢ ٢٤٨/١٥٢
البقرة	﴿ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟ ۚ ﴿٢٣١﴾ ﴾	/١٢٦/٥٢ ١٥٢
البقرة	﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ۚ وَأَن تَصَدَّقُوا۟ خَيْرٌ لَّكُمْ ۖ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿٢٨٠﴾ ﴾	٥٥/٥٢/٥١
النساء	﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ ﴿١٩﴾ ﴾	١٤١/ ٥٢
النساء	﴿ ۚ وَٱلَّٰتِى تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهْجُرُوهُنَّ فِى ٱلْمَضَاجِعِ وَٱضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا۟ عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا ﴿٣٤﴾ ﴾	١٤٤
النساء	﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴿٣٥﴾ ﴾	/١٤٥/١٤٢ /١٥٠/ ١٥٨/١٥١ /١٦١/ ١٦٧
النساء	﴿ فَإِذَا قَضَيْتُمُ ٱلصَّلَوٰةَ ﴿١٠٣﴾ ﴾	٢١
النساء	﴿ وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنۢ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ۚ وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ ۗ ﴿١٢٨﴾ ﴾	١٤٤
النساء	﴿ وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ ۚ وَكَانَ ٱللَّهُ وَٰسِعًا حَكِيمًا ﴿١٣٠﴾ ﴾	١٥٤
المائدة	﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ ﴿١﴾ ﴾	٢٦٨
المائدة	﴿ فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ ۖ ﴿٤٨﴾ ﴾	٣٢

المائدة	﴿ وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَلَا تَتَّبِعۡ أَهۡوَآءَهُمۡ ﴿٤٩﴾ ﴾	٢٦٢
النور	﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ﴿٤﴾ ﴾	٢٣٣
النور	﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴿٦﴾ ﴾	٢٣٢، ٢٣٣
النور	﴿ وَيَدۡرَؤُاْ عَنۡهَا ٱلۡعَذَابَ ﴿٨﴾ ﴾	٢٣٣
الإسراء	﴿ فَقَدۡ جَعَلۡنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلۡطَٰنٗا ﴿٣٣﴾ ﴾	١٩
الكهف	﴿ فَأَرَدتُّ أَنۡ أَعِيبَهَا ﴿٧٩﴾ ﴾	٨٦
النمل	﴿ لَأُعَذِّبَنَّهُۥ عَذَابٗا شَدِيدًا أَوۡ لَأَاْذۡبَحَنَّهُۥٓ أَوۡ لَيَأۡتِيَنِّي بِسُلۡطَٰنٖ مُّبِينٖ ﴿٢١﴾ ﴾	٢٣٣
الروم	﴿ وَجَعَلَ بَيۡنَكُم مَّوَدَّةٗ وَرَحۡمَةً ﴿٢١﴾ ﴾	٢٠٢
ص	﴿ فِي عِزَّةٖ وَشِقَاقٖ ﴿٢﴾ ﴾	١٤٢
ص	﴿ يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلۡنَٰكَ خَلِيفَةٗ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَٱحۡكُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ بِٱلۡحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ ٱلۡهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِۚ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ لَهُمۡ عَذَابٞ شَدِيدُۢ بِمَا نَسُواْ يَوۡمَ ٱلۡحِسَابِ ﴿٢٦﴾ ﴾	٣١
الفتح	﴿ وَتُعَزِّرُوهُ وَتُوَقِّرُوهُ وَتُسَبِّحُوهُ بُكۡرَةٗ وَأَصِيلًا ﴿٩﴾ ﴾	١٩٥
الحديد	﴿ لَقَدۡ أَرۡسَلۡنَا رُسُلَنَا بِٱلۡبَيِّنَٰتِ وَأَنزَلۡنَا مَعَهُمُ ٱلۡكِتَٰبَ وَٱلۡمِيزَانَ لِيَقُومَ ٱلنَّاسُ بِٱلۡقِسۡطِۖ ﴿٢٥﴾ ﴾	١٨
الممتحنة	﴿ وَلَا تُمۡسِكُواْ بِعِصَمِ ٱلۡكَوَافِرِ ﴿١٠﴾ ﴾	١٩٢
الطلاق	﴿ لِيُنفِقۡ ذُو سَعَةٖ مِّن سَعَتِهِۦۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيۡهِ رِزۡقُهُۥ فَلۡيُنفِقۡ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفۡسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَاۚ سَيَجۡعَلُ ٱللَّهُ بَعۡدَ عُسۡرٖ يُسۡرٗا ﴿٧﴾ ﴾	٥٠

فهرس الأحاديث الشريفة

الحـــــديـــث	الخـــرج	الصفحة
(أبغض الحلال إلى الله الطلاق)	أبو داوود و ابن ماجه والبيهقي في الكبرى	٢١٨
(أفضل الصدقة ما ترك غنى ، واليد العليا خير من السفلى ، وابدأ بمن تعول ، تقول المرأة : إما أن تطعمني و إما أن تطلقني)	البخاري و النسائي والبيهقي والدار قطني و مسند أحمد	٥٣
(أمهلوا كي تمتشط الشعثة وتستحد المغيبة)	البخاري و مسلم	١١٢
(إن أحق الشروط أن يوفى به ، ما استحللتم به الفروج)	البخاري و مسلم	٢٦٨
(أن رجلًا لاعن امرأته في زمن النبي ﷺ ، وانتفى من ولدها ، ففرق النبي بينهما)	البخاري و مسلم و الترمذي	٢٢٥
(إن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة).	أبو داوود و الترمذي والنسائي في الكبرى	٢٣٣
(أن النبي ﷺ أمر امرأة المفقود أن تصبر حتى يأتيها البيان. فإذا أمرها بالصبر مع فقد زوجها فمع غيبته من باب أولى حتى يرجع) .	البيهقي والدار قطني والهيثمي والشوكاني و الزيلعي	١٢٥
أن النبي صلى الله عليه وسلم لما لاعن بين عاصم بن عدي وبين امرأته فرق بينهما.	البخاري و مسلم	٢٢٦
(إنما أنا بشر ، و إنكم تختصمون إلي و لعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، فأقضي له على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار).	البخاري و مسلم	٣٣
(إنما الطلاق لمن أخذ بالساق)	ابن ماجه و البيهقي في الكبرى والدار قطني والعسقلاني والزيلعي	٢١٥ /١٢٦

(أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرًا ثم تحل).	البيهقي في الكبرى و مالك والزيلعي و العسقلاني	١٢٧
(تزوجني النبي ﷺ و أنا بنت ست سنين و بنى بي و أنا بنت تسع سنين)	مسلم و أبو داوود و النسائي في الكبرى و البيهقي في الكبرى	٢٥٥
(الحمد لله الذي وفق رسولَ رسولِ الله لما يرضي رسول الله ﷺ)	أبو داوود و الترمذي وأحمد وابن أبي شيبة	٣٢
(خيركم خيركم لأهله، و أنا خيركم لأهلي).	الترمذي وابن ماجه والبيهقي في الكبرى والدارمي و الطبراني في الأوسط	١٤١
(فرق رسول الله ﷺ بين المتلاعنين وقال : حسابكما على الله ، أحدكما كاذب ، لا سبيل لك عليها)	البخاري و مسلم	٢٢٧
(فنكاحها باطل)	أبو داوود و الترمذي وابن ماجه والبيهقي في الكبرى والدار قطني والدارمي والعسقلاني	٢٦٤
(لا ضرر و لا ضرار)	ابن ماجه و أحمد و البيهقي والحاكم و الطبراني و الزيلعي	٥٤/ ١٢١
لاعن رسول الله ﷺ بين العجلاني وبين امرأته ، فلما فرغا من اللعان فرق بينهما ، ثم قال ﷺ : (الله يعلم أن أحدكما لكاذب ، فهل منكما تائب؟ قال ذلك ثلاثًا ، فأبيا، ففرق بينهما	البخاري و مسلم	٢٢٦
(المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبدًا)	البيهقي في الكبرى والدارقطني و ابن أبي شيبة والعسقلاني والزيلعي	٢٢٢/ ٢٢٧
(والله لا نسأل رسول الله شيئًا أبدًا ليس عنده)	مسلم و النسائي و البيهقي وأبو عوانة و أبو يعلى	٥١
(و إن لزوجك عليك حقًا)	البخاري و مسلم	١٠١

فهرس الآثار

الأثـــــر	الـراوي	الصفحة
روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال في الحكمين : (فإن اجتمع أمرهما على أن يفرقا أو يجمعا فأمرهما جائز).	عبد الله بن عباس	١٥٢
روي أن رجلًا من بني تغلب أسلمت امرأته، فعرض سيدنا عمر رضي الله عنه عليه الإسلام، فامتنع، ففرّق بينهما.	عمر بن الخطاب	١٧٨
روي عن سهل بن أبي صالح عن أبيه قال: سألت اثني عشر رجلًا من أصحاب رسول الله ﷺ عن الرجل يولي من امرأته فكلهم يقول: ليس عليه شيء حتى تمضي أربعة أشهر فيوقف، فإن فاء وإلا طلق القاضي عليه .	سهل بن أبي صالح	٢٠٩
روي عن عقيل بن أبي طالب أنه نشأ بينه و بين زوجته شقاق وكانت من بني أمية، فبعث عثمان رضي الله عنه حكمًا من أهله وهو ابن عباس رضي الله عنه، و حكمًا من أهلها وهو معاوية رضي الله عنه، لأن الحكمين من أهلهما أعرف بالحال، وقال لهما إن رأيتما أن تفرقا فرقتما.	عقيل بن أبي طالب	١٥٢
روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه جاءه رجل و امرأة ومعهما جمع من الناس فسألهم علي عن شأنهما فقالوا بينهما شقاق فقال: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ﴾، ثم قال للحكمين : أتدريان ما عليكما؟ عليكما إن رأيتما أن تجمعا أن تجمعا ، و إن رأيتما أن تفرقا أن تفرقا، فقالت المرأة: رضيت بكتاب الله، وقال الرجل: أما الفرقة فلا، فقال علي: كذبت و الله لا تنفلت مني حتى تقرّ ما أقرت.	علي بن أبي طالب	١٥٠

روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال في امرأة المفقود: هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق.	علي بن أبي طالب	١٢٥
روي عن عمر رضي الله عنه في امرأة غاب عنها زوجها فسأل حفصة: يا بنية كم تصبر المرأة عن زوجها فقالت: سبحان الله مثلك يسأل مثلي عن هذا، فقال: لولا أني أريد النظر للمسلمين ما سألتك، فقالت: خمسة أشهر ستة أشهر	عمر بن الخطاب	١٢٦
روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، أن امرأة أتته فأخبرته أن زوجها لا يصل إليها، فأجله حولًا ، فلما انقضى الحول ولم يصل إليها خيّرها، فاختارت نفسها، ففرق بينهما	عمر بن الخطاب	١٠٥
روي عن عمر رضي الله عنه أنه كتب إلى عماله أن فرقوا بين كل ذي محرم من المجوس .	عمر بن الخطاب	١٨٦
روي أنَّ نصْرانيًّا أسْلمت اِمْرأته فخيَّرها عمر إن شاءت فارقتْه وإن شاءت أقامت عليه.	عمر بن الخطاب	١٨٥
سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته أيفرق بينهما؟ قال: نعم، قلت له: سنَّة؟ قال: سنَّة.	سعيد بن المسيب	٥٤
كان من الصحابة رضي الله عنهم المعسر و الموسر، بل والمعسرون أضعاف الموسرين، و لم يؤثر عن النبي ﷺ أنه فرق بين زوج و زوجته بهذا السبب .	جمع من الصحابة	٥١

فهرس الأعلام

الاسم	الصفحة
أحمد بن حنبل	٤٤
أصبغ	١٨٥
أبو سعيد الأصطخري	٢٦٧
البغوي	١٤٣
التمرتاشي	١٠٦
أبو ثور	٢١٩
الثوري	٤٩
أبو حامد	٢٣٨
الحسن البصري	٤٩
حفصة	١١٥
أبو حنيفة	٥٧
الخرقي	١١٣
أبو الخطاب	٤٣
الرافعي	٢٦١
زفر	١١٣
أبو الزناد	٥٤
الزهري	٤٩
زيد بن ثابت	٢٠٩
سعيد بن جبير	١٥٠
سعيد بن المسيب	٥٤
أبو صالح السمان	٢١٠
سهيل بن أبي صالح	٢١٠
ابن سيرين	٢٥٠
الشافعي	١٤٤
ابن شبرمة	٤٩

شريح ٢٥٠
الشعبي ١٦٧
عائشة بنت أبي بكر الصديق ٢٥٨
عاصم بن عدي ٢٢٨
ابن عبد السلام ٢٢
عبد الله بن عباس ١٥٣
عبد الله بن عمر بن الخطاب ٢٣٠
عبد الله بن عمرو بن العاص ١٠١
عبد الله بن مسعود ١٠٥
عثمان بن عفان ١٠٥
عطاء بن يسار ٤٩
عقيل بن أبي طالب ١٥٣
علي بن أبي طالب ١٠٥
عمر بن الخطاب ١٠٥
ابن فرحون ٢١
قاضي خان ١٨٥
ابن القاسم ٢٥١
القدوري ١١٣
القرافي ٧٨
ابن القيم ٢٣
ابن أبي ليلى ٤٩
مالك بن أنس ٥٧
معاذ بن جبل ٣٢
معاوية بن أبي سفيان ١٥٣
المغيرة بن شعبة ١٢٥
محمد بن الحسن ٩٦
محمد بن سيرين ٢٥٠

النخعي ١٦٧
أبو هريرة ٥٣
الهيتمي ٥٩
أبو يوسف ٩٥

فهرس المراجع والمصادر

أولًا : القرآن الكريم

ثانيًا : كتب تفسير القرآن وعلومه .

١. أحكام القرآن ، أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص الحنفي ؛ ت (٣٧٠ هـ) ، دار الفكر، بيروت ، لبنان .

٢. **أحكام القرآن** ، محمد بن إدريس الشافعي ، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان .

٣. أحكام القرآن ، لأبي بكر محمد بن عبد الله ؛ المعروف : بابن العربي (٤٦٨هـ/ ٥٤٣هـ) ، تعليق : محمد عبد القادر عطا ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .

٤. تفسير ابن كثير ، عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي؛ ت(٧٧٤هـ) ، تحقيق: محمد علي الصابوني ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ط (١٤٢١هـ/ ٢٠٠١م).

٥. تفسير الطبري ، محمد بن جرير بن يزيد بن خالد الطبري أبو جعفر ، تخريج : إبراهيم محمد العلي ، دار القلم ، الدار الشامية ، ط١ ، ط (١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م).

٦. عمدة الحفاظ في تفسير أشرف الألفاظ ، أحمد بن يوسف بن عبد الدائم الحلبي المعروف بالسمين ؛ ت (٧٥٦هـ) ، تحقيق: عبد السلام أحمد التنجي الحلبي ، دار الكتب الوطنية ، بنغازي ، ط١ ، ط (١٤٢٤هـ/ ١٩٩٥م) .

٧. الكشاف عن حقائق التنزيل و عيون الأقاويل في وجوه التأويل ، أبي القاسم جار الله محمود بن عمر الزمخشري الخوارزمي ، دار المعرفة، بيروت ، لبنان .

ثالثًا : كتب السنة و شروحها.

١. إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ، محمد بن علي تقي الدين (ابن دقيق العيد) ، مطبعة السنة المحمدية .

٢. تحفة الأحوذي ، محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري أبو العلا ؛(١٢٨٣ هـ/ ١٣٥٣ هـ) ، ومعه شفاء الغلل في شرح كتاب العلل ، تخريج :عصام الصبابطي ، دار الحديث ، القاهرة ، ط١ ، ط (١٤٢١هـ/ ٢٠٠١م).

٣. التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ، ابن حجر العسقلاني ؛ الإمام أبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد بن محمد بن حجر العسقلاني ؛ ت (٨٥٢هـ) ، تعليق : السيد عبد الله هاشم اليماني المدني المدينة المنورة ، الحجاز ، عـ (١٣٨٤هـ / ١٩٦٤م) .

- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ، ابن حجر العسقلاني ؛ الإمام أبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد بن محمد بن حجر العسقلاني ؛ ت (٨٥٢هـ) ، تحقيق : عادل أحمد عبد الموجود ، علي محمد معوض ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .

٤. جامع الترمذي ، للإمام محمد بن عيسى بن سورة الترمذي ، ت (٢٧٩هـ)، تحقيق : يوسف الحاج أحمد، مكتبة ابن حجر، ط١ ، عـ (١٤٢٤هـ / ٢٠٠٤م) .

٥. الجامع الصحيح سنن الترمذي، محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، تحقيق : أحمد محمد شاكر وآخرون ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت.

٦. الدراية في تخريج أحاديث الهداية _ ابن حجر العسقلاني ؛ الإمام أبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد بن محمد بن حجر العسقلاني ، تعليق: عبد الله هاشم اليماني المدني ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .

٧. سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام ، للإمام محمد بن اسماعيل الأمير اليمني الصنعاني ، دار الحديث .

٨. سنن أبي داوود ، أبي داوود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي ؛ (٢٠٢/ ٢٧٥هـ) ، تحقيق : يوسف الحاج أحمد ، مكتبة ابن حجر ، ط١ ،عـ (١٤٢٤هـ / ٢٠٠٤م) .

- سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي ، تحقيق : محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر .

٩. سنن البيهقي الصغرى ، للإمام أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي ؛ ت (٤٥٨هـ) ، توثيق : د. عبد المعطي أمين قلعجي ، دار الوفاء ، المنصورة ، ط١ ، عـ (١٤١٠هـ/ ١٩٨٩م).

١٠. سنن البيهقي الكبرى ، للإمام أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي ؛ ت (٤٥٨هـ) ، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مكتبة : دار الباز ، مكة المكرمة ، عـ (١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م).

١١. سنن الدار قطني ، علي بن عمر الدار قطني ؛ ت (٣٨٥هـ) ، تنسيق : السيد عبد الله هاشم يماني المدني ، بالمدينة المنورة ، الحجاز ، دار المحاسن بالقاهرة ، عـ (١٣٨٦هـ / ١٩٦٦م).

١٢. سنن ابن ماجه ، الإمام أبو الحسن الحنفي المعروف بالسندي ؛ ت (١١٣٨هـ)،تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ،عـ (١٣٩٥هـ/ ١٩٧٥م) .

١٣. شرح الزرقاني ، لمحمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني ، ت (١١٢٢هـ) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط١ ، عـ (١٤١١هـ) .

١٤. شرح النووي على صحيح مسلم ، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي ، (٦٣١هـ/ ٦٧٦هـ)، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ط٢، عـ(١٣٩٢هـ)..

١٥. صحيح البخاري ، للإمام أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري الجعفي ، ضبطه وخرج أحاديثه : د . مصطفى ديب البغا ، دار العلوم الإنسانية ، دمشق ،حلبوني ، ط٢ ، عـ (١٤١٣هـ / ١٩٩٣م) .

١٦. **صحيح ابن حبان** لمحمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط٢، عـ(١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م).

١٧. صحيح مسلم ، للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ؛ (٢٠٦/ ٢٦١هـ) ، دار المنار ، عــ (١٤٢٣هـ / ٢٠٠٣م).

١٨. طرح التثريب ، لعبد الرحيم بن الحسين العراقي ، دار إحياء الكتب العربية .

١٩. عون المعبود ، للعلامة : أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي ،تعليق : ابن قيم الجوزية ، تخريج : عصام الصبابطي ، دار الحديث ، القاهرة ،عـ (١٤٢٢هـ / ٢٠٠١م) .

٢٠. غريب الحديث ، للشيخ أبي الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد بن علي بن الجوزي ، تخريج : د . عبد المعطي قلعجي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط١ ، عـ (١٩٨٥م) .

٢١. غريب الحديث ، للشيخ أبي عبيد القاسم بن سلام الهروي ، تحقيق :د . حسين محمد شرف ، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية ، عـ (١٩٨٤م) .

٢٢. الفائق في غريب الحديث ، للعلامة جار الله محمود بن عمر الزمخشري ، تحقيق : محمد أبو الفضل ابراهيم و علي محمد البجاوي ، دار الفكر ،ط٣ ، عـ (١٩٧٩م) .

٢٣. فتح الباري شرح صحيح البخاري ، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، (٧٧٣هـ / ٨٥٢هـ)، تحقيق : محب الدين الخطيب ، دار المعرفة، بيروت ، لبنان.

٢٤. مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ، نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي ؛ ت (٨٠٧هـ) ، تحقيق : عبد الله محمد الدرويش ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، عـ (١٤١٤هـ / ١٩٩٤م) .

٢٥. المستدرك على الصحيحين ، محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري أبو عبد الله (٣٢١/ ٤٠٥ هـ) ، تحقيق : مصطفى عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط١، (١٤١١هـ/ ١٩٩٠م).

٢٦. المسند ، للإمام أحمد بن حنبل ؛ (١٦٤/ ٢٤١هـ) ، دار الحديث ، القاهرة ، ط١ ، عـ (١٤١٦هـ / ١٩٩٥م) .

٢٧. مسند الدار مي المعروف بسنن الدار مي ، أبو محمد عبد الله بن عبدالرحمن بن الفضل بن بهرام الدار مي ؛ (١٨١/ ٢٥٥هـ) ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
٢٨. مسند أبو عوانة ، لأبي عوانة يعقوب بن اسحاق الإسفرائيني ت(٣١٦هـ)، تحقيق: أيمن بن عرف الدمشقي ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ط١، (١٤١٩هـ/ ١٩٩٤م).
٢٩. مسند أبو يعلى الموصلي ، للإمام أحمد بن علي بن المثنى التميمي ؛ (٢١٠/ ٣٠٧هـ) ، تحقيق : حسين سليم أسد ، دار المأمون للتراث ، دمشق ، بيروت ، ط١، عـ (١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م) .
٣٠. المصنف ، لأبي بكر عبد الله بن محمد بن ابراهيم بن أبي شيبة ؛ (١٥٩هـ/ ٢٣٥هـ) ، تحقيق : حمد بن عبد الله الجمعة ، تقديم : د . سعد بن عبد الله آل حميد ، محمد بن ابراهيم اللحيدان ، مكتبة الرشد ، ط١ ، عـ (١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٤م) .
٣١. المصنف ، لأبي بكر عبد الرزاق بن همّام الصنعاني ، ومعه : كتاب الجامع للإمام معمر بن راشد الأزدي رواية الإمام الصنعاني ، تحقيق : حبيب الرحمن الأعظمي ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ط٢ ، عـ (١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م) .
٣٢. المعجم الأوسط ، أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبراني ، تحقيق : أيمن صالح شعبان ، سيد أحمد اسماعيل ، دار الحديث ، القاهرة ، ط١ ،عـ (١٤١٧هـ/ ١٩٩٦م) .
٣٣. الموسوعة الحديثية السنن الكبرى ، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي ، ت (٣٠٣ هـ)، تحقيق : د . عبد الغفار سليمان البنداري ، سيد كسروي حسن ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط١ ، عـ (١٤١١هـ/ ١٩٩١م) .
٣٤. الموطأ ، للإمام مالك بن أنس ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، دار الحديث ، القاهرة ، عـ(١٤٢١هـ/ ٢٠٠١م) .
- الموطأ، مالك بن أنس أبو عبدالله الأصبحي ، تحقيق : د. تقي الدين الندوي ، دار القلم ، دمشق، ط١، (١٤١٣ هـ/ ١٩٩١) م.
٣٥. النهاية في غريب الحديث و الأثر ، لأبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ؛ المعروف بابن الأثير ، ت (٥٤٤/ ٦٠٦) ، تحقيق : خليل مأمون شيحا ، دار المعرفة ، بيروت ،لبنان ، ط٢، عـ (١٤٢٧ هـ/ ٢٠٠٦ م)
٣٦. نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار ، محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، (١١٧٣هـ/ ١٢.٥٠هـ) ، تحقيق: أحمد محمد السيد ، محمد أديب الموصللي ، دار الكلم الطيب ، بيروت ، ط١ ، عـ(١٤١٩هـ/ ١٩٩٩م) .
٣٧. الهداية شرح بداية المبتدي ، للمرغيناني ، مع نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية ، للعلامة جمال الدين الزيلعي اعتنى بهما : أيمن صالح شعبان ، دار الحديث ، القاهرة ، ط١ ، عـ (١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م) .

رابعًا : كتب أصول الفقه .

٣٨. البحر المحيط ، بدر الدين بن محمد بهادر الزركشي ، تحرير : د . عبد الستار أبو غدة ، دار الصفوة بالغردقة ، ط٢ ، عـ(١٤١٣هـ/ ١٩٩٢م).

٣٩. التقرير و التحبير في شرح التحرير ، لابن أمير الحاج ، وبهامشه نهاية السول ، دار الكتب العلمية ، ط ٢ ،عـ(١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م) .

٤٠. حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع ، لحسن بن محمد بن محمود العطار ، دارالكتب العلمية .

٤١. شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه ، لمسعود بن عمر التفتازاني ، مكتبة صبيح ، مصر .

٤٢. كشف الأسرار شرح أصول البزدوي ، عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري، ت (٧٣٠هـ/ ١٣٣٠م) ، دار الكتاب الإسلامي .

٤٣. المستصفى في علم الأصول ، لمحمد بن محمد الغزالي ، ط١ ، المطبعة الأميرية ببولاق ، مصر ، عـ (١٣٢٢هـ) ، ط٢، دار الكتب العلمية ، بيروت ، عـ(١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م) .

خامسًا : كتب القواعد الفقهية

٤٤. الأشباه و النظائر ، عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط١، عـ(١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م).

٤٥. أنوار البروق في أنواع الفروق ، لأحمد بن إدريس القرافي ، وبأسفله حاشية الشاط ، و بهامشهما تهذيب الفروق لمحمد مفتي ، عالم الكتب .

٤٦. غمز عيون البصائر في شرح الأشباه و النظائر ، أحمد بن محمد الحموي الحنفي ، دار الكتب العلمية .

٤٧. الفروق ، لأسعد بن محمد بن الحسين الكرابيسي ، وزارة الأوقاف الكويتية .

٤٨. قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، لعز الدين عبد العزيز بن عبد السلام ، دار الكتب العلمية .

٤٩. المنثور في القواعد ، بدر الدين بن محمد بهادر الزركشي ، وزارة الأوقاف الكويتية .

سادسًا : كتب الفقه الإسلامي

- **الفقه الحنفي**

٥٠. الإختيار لتعليل المختار ، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي ، ومعه تعليقات للشيخ محمود أبو دقيقة ، ج٣ ، ج٤ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .

٥١. البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، للعلامة زين الدين ؛ ابن نجيم الحنفي ،دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ط٣ ، عـ(١٤١٣هـ/ ١٩٩٣م).

٥٢. البناية في شرح الهداية ، لأبي محمد محمود بن أحمد العيني ، دار الفكر ، بيروت ، ط١ ، عـ (١٤٠٠هـ / ١٩٨٠م) ، ط٢ ، عـ (١٤١١هـ / ١٩٩٠م) .

٥٣. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، للإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ، ت (٧٤٣هـ) ومعه حاشية الشلبي ، تحقيق : أحمد عزو عناية ، ج٢، ج٣، ج٦ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط١، عـ (١٤٢٠هـ / ٢٠٠٠م) .

٥٤. تحفة الفقهاء ، لعلاء الدين السمرقندي (٥٣٩هـ) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط٢، (١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م) .

٥٥. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه الإمام أبي حنيفة النعمان ، للعلامة محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي؛ ت (١٢٥٢هـ) ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ،عـ (١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م) .

٥٦. شرح فتح القدير ، للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد(ابن الهمام) ، دار الفكر .

٥٧. العناية شرح الهداية ، لمحمد بن محمد بن محمود البابرتي ، دار الفكر.

٥٨. فتح باب العناية بشرح النقاية ، للفقيه نور الدين أبي الحسن علي بن سلطان محمد الهروي القاري (٩٣٠هـ/ ١٠١٤هـ) ، ومعه النقاية ، عبيد الله بن مسعود المحبوبي ، دار الأرقم بن أبي الأرقم ، بيروت ، لبنان .

٥٩. المبسوط ، لأبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السّرَخْسي الحنفي ،ت (٤٩٠ هـ) ، تحقيق : أبي عبد الله محمد حسن اسماعيل الشافعي ،تقديم : د. كمال عبد العظيم العناني، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط١ ، عـ (١٤٢١هـ / ٢٠٠١م) .

٦٠. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، عبد الله بن محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان .

٦١. الهداية شرح بداية المبتدي ، للإمام برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر الفرغاني المرغيناني ، (٥١١هـ / ٥٩٣ هـ) ، تعليق : محمد عدنان درويش ،دار الأرقم بن أبي الأرقم ، بيروت ، لبنان .

- **الفقه المالكي**

٦٢. الاستذكار ، للإمام أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي ، ت(٤٦٣هـ) ، تعليق : سالم محمد عطا ، محمد علي معوّض ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط٢، (١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٢م) .

٦٣. بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير ، للقطب سيدي أحمد الدر دير ، للشيخ أحمد الصاوي ،

صححه : محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان ، ط١ ، عـ (١٤١٥هـ / ١٩٩٥م) .
٦٤. التاج والإكليل لمختصر خليل ، لمحمد بن يوسف العبدري المواق ، دار الكتب العلمية .
٦٥. حاشية الدسوقي ، للشيخ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي ؛ت (١٢٣٠هـ) ، على الشرح الكبير ، للشيخ أبي البركات سيدي أحمد بن محمد العدوي الشهير بالدر دير ؛ ت (١٢٠١هـ) ، وبهامشه : تقريرات العلامة محمد بن أحمد بن محمد الملقب بعليش ؛ ت (١٢٩٩هـ) ، خرج آياته وأحاديثه : محمد عبد الله شاهين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط٢ ، عـ (٢٠٠٣م / ١٤٢٤هـ) .
٦٦. حاشية الصاوي على الشرح الصغير، أبو العباس أحمد الصاوي ، دار المعارف .
٦٧. حاشية العدوي ، لعلي الصعيدي العدوي ، دار الفكر .
٦٨. شرح مختصر خليل ، محمد بن عبد الله الخرشي ، دار الفكر .
٦٩. شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل ، للشيخ محمد العليش ، وبهامشه : حاشية تسهيل منح الجليل ، دار صادر .
٧٠. الغرر البهية في شرح البهجة المرضية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط١ ، عـ (١٤١٨هـ / ١٩٩٧م).
٧١. الفواكه الدواني ، أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي ، دار الفكر .
٧٢. القوانين الفقهية ، محمد بن أحمد بن محمد بن جزيء الكلبي ؛ ت(٧٤١هـ) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .
٧٣. المدونة الكبرى ، مالك بن أنس الأصبحي ، دار صادر ، طبعت بمطبعة السعادة بجوار محافظة مصر ، عـ (١٣٢٣هـ) .
٧٤. المنتقى شرح الموطأ، لسليمان بن خلف الباجي الأندلسي (٤٧٤هـ/ ١٠٨١م)، تحقيق : محمد عبد القادر أحمد عطا ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط١ ، عـ(١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م) .
٧٥. مواهب الجليل من أدلة خليل ، للشيخ أحمد بن أحمد المختار الجكني الشنقيطي ، راجعه ؛ عبد الله ابراهيم الأنصاري ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، عـ (١٤٢٦هـ / ٢٠٠٥م) .

الفقه الشافعي

٧٦. إخلاص الناوي ، شرف الدين اسماعيل بن أبي بكر المقرئ ؛ ت (٨٣٧ هـ) ، تحقيق : عبد العزيز عطية زلط ، ج٣ ، ج٢ ، القاهرة ، عـ (١٤١١هـ / ١٩٩٠ م) .
٧٧. أسنى المطالب شرح روض الطالب ، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري ، دار الكتاب الإسلامي .
٧٨. الأم ، للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ؛ (١٥٠/ ٢٠٤هـ)، م٣، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، عـ (١٤١٠هـ / ١٩٩٠م) .

٧٩. بجيرمي على الخطيب ، سليمان بن محمد البجيرمي ، المسماة : تحفة الحبيب على شرح الخطيب المعروف بالإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ، دار المعرفة ، بيروت ، (١٣٩٨هـ/ ١٩٧٨م) .
٨٠. تحفة المحتاج في شرح المنهاج ، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي ، دار إحياء التراث العربي .
٨١. الحاوي الكبير وهو شرح مختصر المزني ، أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري ، تحقيق: علي محمد معوض / عادل أحمد عبد الموجود ، تقديم : أ.د. محمد بكر اسماعيل / أ.د. عبد الفتاح أبو سنة ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط١ ،عـ (١٤١٩هـ / ١٩٩٩م) .
٨٢. روضة الطالبين وعمدة المفتين ، للإمام النووي ، إشراف : زهير الشاويش ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، دمشق ، عمان ، ط٣ ، عـ (١٤١٢هـ/ ١٩٩١م) .
٨٣. زاد المحتاج بشرح المنهاج ، للشيخ عبد الله بن الشيخ حسن الحسن الكوهجي ، تحقيق : عبد الله بن ابراهيم الأنصاري ، المكتبة العصيرية ، صيدا ، بيروت ، ط٢ (١٤٠٧ه/ ٢٠٠٤م).
٨٤. المجموع شرح المهذب ، للإمام أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي ،دار الفكر .
٨٥. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، للشيخ شمس الدين محمد بن الخطيب الشر بيني ، على متن منهاج الطالبين ، للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي ؛ ت (٦٧٦هـ) ، اعتنى به : محمد خليل عيتاني ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ط٢ ، عـ (١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م) .
٨٦. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ؛ ابن شهاب الدين الرملي ؛ الشهير بالشافعي الصغير ؛ ت (١٠٠٤هـ) ،ومعه حاشية أبي الضياء نور الدين علي بن علي الشبراملسي ؛ ت (١٠٨٧هـ)وحاشية أحمد بن عبد الرزاق بن محمد بن أحمد المعروف بالمغربي الرشيدي ؛ ت (١٠٩٦هـ) دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأخيرة ،عـ (١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م) .

الفقه الحنبلي

٨٧. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للإمام علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرداوي السعدي الحنبلي ؛ ت (٨٨٥ هـ) ، تحقيق : أبي عبد الله محمد حسن إسماعيل الشافعي ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط١ ، عـ (١٤١٨هـ / ١٩٩٧م) .
٨٨. التحقيق في مسائل الخلاف ، لأبي الفرج عبد الرحمن بن علي بن الجوزي ، ت(٥٩٧هـ) ، و معه تنقيح التحقيق ، لمحمد بن أحمد بن عثمان الذهبي ، تحقيق : د. عبد المعطي أمين قلعجي ، دار الوعي العربي ، حلب ، القاهرة ، مكتبة ابن عبد البر ، حلب ، دمشق ، ط١ ، (١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م).

٨٩. الروض المربع بشرح زاد المستقنع ، مختصر المقنع ، المتن للعلامة أبي النجا موسى بن أحمد الهجاوي ، والشرح للعلامة منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط٩، عـ(١٤٠هـ/ ١٩٨٨م).

٩٠. شرح منتهى الإرادات ، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ؛ ت (١٠٥١هـ) ، تحقيق : د. عبد الله بن عبد المحسن التركي ، عالم الكتب .

٩١. الفروع ، للإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن مفلح المقدسي الحنبلي ؛ ت (٧٦٢هـ) ، ومعه تصحيح الفروع ، للعلامة : علاء الدين علي بن سليمان المرداوي ؛ ت (٨٨٥ هـ) تحقيق : أبو الزهراء حازم القاضي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط١ ، عـ (١٤١٨هـ / ١٩٩٧م) .

٩٢. كشاف القناع ، للشيخ منصور بن يونس البهوتي الحنبلي ؛ ت (١٠٥١هـ) ،عن متن الإقناع ، للإمام موسى بن أحمد الحجاوي الصالحي ؛ ت (٩٦٠هـ) تقديم : د. كمال عبد العظيم العناني ، تحقيق : أبو عبد الله محمد حسن اسماعيل الشافعي ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط١ ، عـ (١٤١٨هـ / ١٩٩٧م) .

٩٣. المبدع شرح المقنع ، لأبي اسحاق برهان الدين ابراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح الحنبلي ؛ ت (٨٨٤هـ) ، تحقيق : أبو عبد الله محمد حسن اسماعيل الشافعي ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط١ ، (١٤١٨هـ / ١٩٩٧م) .

٩٤. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ، للشيخ مصطفى السيوطي الرحيباني ، ومعه تجريد زوائد الغاية و الشرح ، للشيخ حسن الشطي ، منشورات المكتب الإسلامي ، دمشق .

٩٥. المقنع ، للإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ، مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض ، عـ (١٤٠٠هـ / ١٩٨٠م) .

٩٦. منار السبيل في شرح الدليل على مذهب الإملم أحمد بنحنبل ، للشيخ ابراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان ، ت(١٣٥٣هـ) ، تخريج : فريد عبد العزيز الجندي ، دار الحديث ، القاهرة ، عـ(١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م) .

الفقه المقارن

٩٧. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ؛ ت (٥٨٧ هـ) ، تحقيق: د. محمد محمد تامر ، محمد السعيد الزيني ، وجيه محمد علي ، دار الحديث ، القاهرة ، عـ(١٤٢٦هـ/ ٢٠٠٥م).

٩٨. بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، للإمام أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ؛ ت (٥٢٠ هـ / ٥٩٥هـ) تحقيق : ماجد الحموي ، دار بن حزم ، بيروت ، لبنان ، ط١ ، عـ(١٤١٦هـ/ ١٩٩٥م).

٩٩. المغني والشرح الكبير على متن المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، للإمامين: موفق الدين وشمس الدين ؛ ابني قدامة ، المغني ، لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة ؛ ت (٦٢٠هـ) ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ط١، عـ (١٤٠٤ هـ / ١٩٨٤م) .

كتب الفتاوى

١٠٠. تنقيح الفتاوى الحامدية ، لمحمد أمين بن عمر بن عابدين ، دار المعرفة .

١٠١. فتاوى الرملي ، شهاب الدين أحمد بن أحمد الرملي ، المكتبة الإسلامية ، أزدمير، ديار بكر ، تركيا .

١٠٢. الفتاوى الفقهية الكبرى، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي الشافعي، المكتبة الإسلامية .

١٠٣. الفتاوى الهندية المسماة بالفتاوى العالمكيرية ، لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي و بهامشه فتاوى قاضي خان ، للإمام فخر الدين حسن بن منصور الأوزجندي الفرغاني الحنفي ، ط٢ ، المطبعة الكبرى الأميرية ، بيولاق مصر ، عـ(١٣١٠هـ) .

فقه المذاهب الأخرى

١٠٤. البحر الزخار ، أحمد بن يحيى بن المرتضى ، دار الكتاب الإسلامي .

١٠٥. التاج المذهب لأحكام المذهب ، أحمد بن قاسم العنسي الصنعاني ، مكتبة اليمن .

١٠٦. زاد المعاد في هدي خير العباد، لمحمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله ، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، عبد القادر الأرناؤوط ، مؤسسة الرسالة ، مكتبة المنار الإسلامية ، بيروت ، الكويت ، ط١٤، عـ(١٤٠٧هـ/ ١٩٨٦م).

١٠٧. شرح النيل وشفاء العليل، محمد بن يوسف بن عيسى أطفيش ، مكتبة الإرشاد .

١٠٨. المحلى بالآثار، لعلي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، دار الفكر .

مراجع الفقه الحديثة

١٠٩. الفقه الإسلامي و أدلته ، أ . د . وهبة الزحيلي ، دار الفكر، دمشق ،ط٤، عـ (١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م شويدح

١١٠. مدى سلطة القاضي في الخلع بدون رضى الزوج في الفقه الإسلامي، د . أحمد ذياب شويدح ، الجامعة الإسلامية ، غزة ، فلسطين .

١١١. الموسوعة الفقهية الكويتية ، ملتقى أهل الحديث، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية بالكويت.

سابعًا : كتب السياسة الشرعية

١١٢. الأحكام السلطانية و الولايات الدينية ، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي ، تحقيق : د. أحمد مبارك البغدادي ، دار ابن قتيبة ،الكويت ، ط ١ ، عـ (١٤٠٩هـ/ ١٩٨٩م) .

١١٣. الطرق الحكمية ، لمحمد بن أبي بكر الزرعي (ابن قيم الجوزية) ، دار البيان .

ثامنًا : كتب قضائية قديمة

١١٤. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ، لإبراهيم بن علي بن فرحون اليعمري ، دار الكتب العلمية .

١١٥. درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، علي حيدر ، دار الجيل .

١١٦. شرح ميارة (الإتقان و الإحكام في شرح تحفة الحكام) ، لمحمد بن أحمد ميّارة الفاسي ، دار المعرفة .

١١٧. معين الحكام للطرابلسي، و يليه لسان الحكام في معرفة الأحكام لابن الشحنة .

تاسعًا : كتب قضائية حديثة

١١٨. أصول المحاكمات الشرعية و المدنية (٣٠) ، د. محمد مصطفى الزحيلي ، ط٦، منشورات جامعة دمشق ، عـ(١٤١٧_١٤١٨هـ) (١٩٩٧_١٩٩٨م).

١١٩. الاجتهاد القضائي في سبع سنوات من عام (١٩٨٩/ ١٩٩٥م)، المحامي : فاضل البنواني ، ط١ ، عـ(١٤١٧ه/ ١٩٩٧م).

١٢٠. السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي ، د. محمود بركات، أطروحة دكتوراه ، دار النفائس ، الأردن ، ط١ ، عـ(١٤٢٧هـ/ ٢٠٠٧م).

١٢١. القضاء الإداري بين الشريعة و القانون ، د. عبد الحميد الرفاعي ، دار الفكر المعاصرة ، بيروت ، دار الفكر ، سوريا ، دمشق ، ط١ ، عـ(١٤٠٩هـ/ ١٩٨٩م).

١٢٢. النظام الدستوري للسلطة القضائية ، انترنت ، الجمهورية اليمنية(WWW.YEMEN-NIC.INFO).

١٢٣. نظام القضاء و الإدارة ، أحمد قمحة بك ، عبد الفتاح السيد بك ، المطبعة الرحمانية بمصر ، ط٣ ، عـ(١٣٤٣هـ/ ١٩٢٥م).

١٢٤.نظرية الحكم القضائي في الشريعة و القانون ، د. عبد الناصر أبو البصل ، دار النفائس ، الأردن ، ط١ ، عـ(١٤٢٠هـ/ ٢٠٠٠م).

١٢٥. المبادئ القضائية في الشريعة الإسلامية و ارتباط النظام القضائي في المملكة العربية السعودية بها ، جمع د. حسين بن عبد العزيز آل الشيخ ، إمام و خطيب المسجد النبوي الشريف و القاضي بالمحكمة الشرعية بالمدينة النبوية ،عـ(١٤٢٦هـ) .

عاشرًا ، كتب التراجم و التاريخ

١٢٦. الاستيعاب في معرفة الأصحاب ، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر ، ت(٤٦٣هـ) تحقيق: علي محمد البجاوي ، دار الجيل ، بيروت ، ط١ ، عـ(١٤١٣هـ/ ١٩٩٣م).

١٢٧. الإصابة في تمييز الصحابة، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني الشافعي ، (٧٧٣هـ / ٨٥٢هـ) ، دار الفكر ، ط١ ، عـ (١٤٢١هـ / ٢٠٠١م) .

١٢٨. الأعلام ، خير الدين الزركلي، دار العلم للملايين ، بيروت، لبنان ،ط٤، عـ (١٩٩٩م) .

١٢٩. أعلام النساء ، عمر رضا كحالة ، مؤسسة الرسالة ، ط٤ ، عـ(١٤٢٠هـ/ ١٩٨٢م).

١٣٠. البداية و النهاية ، اسماعيل بن عمر بن كثير القرشي أبو الفداء ، ت(٧٧٤هـ)، مكتبة المعرف ، بيروت .

١٣١. سير أعلام النبلاء ، للإمام شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي ، وبهامشه : إحكام الرجال من ميزان الإعتدال ، للذهبي ، تحقيق : محب الدين أبي سعيد عمر بن غرامة العمروي ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ط١ ، عـ (١٤١٧هـ / ١٩٩٦م) .

١٣٢. شجرة النور الزكية ، محمد بن مخلوف ، دار الكتاب العربي ، بيروت (١٣٤٩هـ) .

١٣٣. شذرات الذهب ، أبو الفلاح عبد الحي بن أحمد بن العماد (١٠٣٢هـ / ١٠٨٩ هـ) ، تحقيق : محمود الأرناؤوط ، دار ابن كثير ، دمشق ، بيروت ، ط١، عـ(١٤١٣هـ/ ١٩٩٣م).

١٣٤. صفوة الصفوة ، جمال الدين أبي الفرج ابن الجوزي ، (٥١٠هـ/ ٥٩٧هـ) ، تحقيق : محمود فاخوري ، د. محمد رواس قلعه جي ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ط٢ ،(١٣٩٩هـ/ ١٩٧٩م) .

١٣٥. طبقات الشافعية ، عبد الرحيم الإسنوي (جمال الدين) ؛ ت (٧٧٢هـ)، دراسة : كمال يوسف الحوت، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان ، ط١، عـ (١٤٠٧هـ / ١٩٨٧م) .

١٣٦. طبقات الفقهاء ، لأبي اسحاق الشيرازي الشافعي ؛ (٣٩٣هـ / ٤٧٦م) ، تحقيق : د . إحسان عباس ، دار الرائد العربي ، بيروت ، لبنان ، عـ (١٩٧٠م) .

١٣٧. العبر في خبر من غبر ، لمؤرخ الإسلام الحافظ الذهبي ، ت(٧٤٨هـ/ ١٣٤٧م) تحقيق : د. صلاح الدين المنجد ، ط٢ ، مطبعة حكومة الكويت ، عـ(١٩٨٤م).

١٣٨. الفهرست ، محمد بن اسحاق أبو الفرج النديم ، ت(٣٨٥هـ) ، دار المعرفة ، بيروت ، عـ(١٣٩٨هـ/ ١٩٧٨م).

١٣٩. كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون ، للعلامة : مصطفى بن عبد الله القسطنطي الرومي الحنفي ؛الشهيربالملاّ كاتب الجلبي ؛ والمعروف بحاجي خليفة ؛ (١٠١٧هـ / ١٠٦٧هـ) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، عـ(١٤١٣هـ / ١٩٩٢م) .

١٤٠. مختصر طبقات الحنابلة ، للشيخ محمد جميل بن عمر البغدادي ؛ المعروف بابن شطّي ، دراسة : فواز الزمرلي ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، الرملة البيضاء ، ط١ ، عـ (١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م) .
١٤١. المطلع على أبواب المقنع ، محمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي أبو عبد الله (٦٤٥هـ/ ٧٠٩هـ) تحقيق: محمد بشير الإدلبي ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، عـ(١٤٠١هـ/ ١٩٨١م).
١٤٢. معجم المؤلفين ، عمر رضا كحالة ، بعناية مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط١ ، عـ(١٤١٣هـ/ ١٩٩٣م).
١٤٣. المنتظم في تاريخ الأمم و الملوك ، لأبي الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد بن الجوزي ، تحقيق : محمد عبد القادر عطا ، مصطفى عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان، ط١ ، عـ(١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م) .

الحادي عشر : كتب اللغة العربية

١٤٤. التعريفات للجرجاني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط٣، عـ(١٤٨٠هـ/ ١٩٩٨م).
١٤٥. شرح حدود ابن عرفة ،محمد بن قاسم الرصاع ، المكتبة العلمية .
١٤٦. طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية ، للإمام نجم الدين أبي حفص عمر بن محمد النسفي ، تعليق : الشيخ : خالد عبد الرحمن العك ، دار النفائس ، بيروت ، ط٢ ، عـ (١٩٩٩م) .
١٤٧. لسان العرب ، محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري ، (٦٣٠هـ/ ٧١١هـ) ، ط١، دار صادر ، بيروت .
١٤٨. مختار الصحاح، لأبي بكر الرازي ، تقديم : محمود خاطر ، مكتبة لبنان ناشرون ، طبعة جديدة ، عـ (١٤١٥هـ / ١٩٩٥م) .
١٤٩. المغرب في ترتيب المعرب ، لأبي الفتح ناصر الدين المطرزي ، تحقيق : محمود فاخوري ؛ وعبد الحميد مختار ، مكتبة لبنان ، ط١ ، عـ (١٩٩٩م) .
١٥٠. المصباح المنير، للعلامة أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ ؛ ت (٧٧٠هـ) مكتبة لبنان ، بيروت ، عـ (١٩٨٧هـ).

الثاني عشر : كتب القوانين القديمة والحديثة و شروحها.

١٥١. الاجتهاد القضائي في ربع قرن ، المبادئ القانونية التي قررتها الغرف الشرعية لمحكمة النقض السورية في قضايا الأحوال الشخصية من عام ١٩٥٣م إلى عام ١٩٧٦م ، المحامي : عزة ضاحي .
١٥٢. أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، عبد الوهاب خلاف ، على وفق مذهب أبي حنيفة و ما عليه العمل في المحاكم اليوم ، دار القلم ، شارع السور ، ط٢ ،(١٤١٠هـ/ ١٩٩٠م).
١٥٣. أحكام الأسرة الإسلامية فقهاً و قضاءً ، المستشار : حسن حسانين رئيس الاستئناف ، دار الآفاق العربية ، ط١ ، عـ(١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م).
١٥٤. أحكام الأسرة بين الشرع و القانون ، بقلم : جلال سعد عثمان ، ج٢ .

١٥٥. أحكام الأسرة في الإسلام ، للأستاذ : محمد مصطفى الشلبي ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ط٢ ، عـ(١٣٩٧هـ/ ١٩٧٧م).

١٥٦. أحكام الأسرة في الجاهلية و الإسلام ، ابراهيم فوزي ، دار الكلمة للنشر ، شارع ليون ، بيروت ، لبنان ، ط٢ ، عـ(١٩٨٣م).

١٥٧. أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، د .محمد أحمد سراج / د. محمد كمال إمام ، دار المطبوعات الجامعية ، اسكندرية ، عـ(١٩٩٩م).

١٥٨. الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، زكي الدين شعبان ، منشورات جامعة قار يونس ، بنغازي ، ط٦ ، عـ(١٩٩٣م).

١٥٩. الأحوال الشخصية ، محمد أبو زهرة ، ط٢ ، دار الفكر العربي .

١٦٠. إقامة الدعوى في مواد الأحوال الشخصية ، المستشار أحمد نصر الجندي ، دار الكتب القانونية ، المحلة الكبرى ، عـ(١٩٩٥م).

١٦١. التطليق في الأحوال الشخصية للمسلمين و غير المسلمين ، المستشار : عمرو عيسى الفقى ، المكتب الفني للموسوعات القانونية ، شارع بورسعيد ، عمارة اللؤلؤة .

١٦٢. الخلع و الطلاق بين الشريعة و القانون ، عاطف فؤاد صحصاح ، المكتب العلمي للإصدارات القانونية ، عـ(٢٠٠٠م).

١٦٣. دعاوى الطلاق و الطاعة معلقًا عليها بأحكام النقض الحديثة ، المستشار : فتحي حسن مصطفى ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، المكتبة القانونية .

١٦٤. دعوى التفريق للشقاق و النزاع و إجراءاتها في القانون الأردني ، المحامي : عقاب فايز .

١٦٥. الدفوع الشرعية في دعاوى الأحوال الشخصية ، المستشار : معوض عبد التواب ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ط١ .

١٦٦. الدليل الشرعي للأسرة و القاضي و المحامي ، محمد زهير عبد الحق ، طبعة منقحة و مزيدة .

١٦٧ . الزواج و الطلاق و آثارهما ، تنسيق المحامية : غادة همج ، المكتبة القانونية ، دمشق ، ط١ ، عـ(٢٠٠١م).

١٦٨. شرح أحكام الأحوال الشخصية ، محمد فهر شقفة ، تقديم : فضيلة الأستاذ القاضي محمد الشماع ، مستشار الغرفة الشرعية لمحكمة النقض بدمشق ، دراسة قانونية فقهية مقارنة على ضوء الاجتهاد القضائي ، نقابة محامين حلب.

١٦٩. شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ، د. عبد الرحمن الصابوني ، منشورات جامعة دمشق ، عـ(١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م).

١٧٠. شرح قانون الأحوال الشخصية ، د. عثمان التكروري ، مكتبة دار الثقافة ،عمان وسط البلد ، الأردن ، المكتبة القانونية ، ط١ ، عـ(١٩٩٨م) .

١٧١. شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ، د. محمد الحسن البغا ، منشورات جامعة دمشق ، كلية الشريعة ، عـ(١٤٢٨هـ/ ٢٠٠٧م).

١٧٢. الصيغ الشرعية لدعاوى الأحوال الشخصية ، المستشار : معوض عبد التواب ، دار الوفاء ، المنصورة ، ط٢ ، عـ(١٩٨٨م).

١٧٣. قانون الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (٥٩) لعلم (١٩٥٣م)، المحامي : مجمد ابراهيم الكويفي ، ط١ ، ١٩٨٤م.

١٧٤. قانون الأحوال الشخصية السوري ، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (٥٩) و تعديلاته مع المذكرة الإيضاحية وكتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان لمحمد قدري باشا ، فرع نقابة المحامين في دمشق ، تاريخ (١٨/ ١/ ١٩٩٠م) .

١٧٥. قانون البينات في المواد المدنية و التجارية و الشرعية و تعديلاته ، منشورات فرع نقابة المحامين في دمشق ، عـ(١٩٩٠م).

١٧٦. القرارات الإستئنافية في الأحوال الشخصية ، للقاضي الشيخ أحمد محمد علي داوود ، عضو محكمة الاستئناف الشرعية ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، الأردن ، ط١ ، عـ(١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م).

١٧٧. مجموعة القواعد القانونية الصادرة عن الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية ، من عام ١٩٦٢م إلى عام ٢٠٠٥م ، تنسيق : وسيم حسام الدين الأحمد، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط١ ، عـ(٢٠٠٨م).

١٧٨. مجموعة قوانين الأحوال الشخصية النافذة في سوريا مع الأصول و البينات ، تنسيق : محمد فهر الشقفة، مؤسسة النوري ، دمشق ،فيكتوريا ، عـ (١٩٩٦م)

١٧٩. مختارات من أحكام الأحوال الشخصية في التشريعات اللبنانية و السورية ، المحامي : محمود زكي شمس ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ط١ ، عـ(١٩٩٩م/ ١٤١٩هـ) .

١٨٠. مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية و القوانين الأجنبية و قوانين الأحوال الشخصية العربية ، د. عبد الرحمن الصابوني ، تقديم : الشيخ أبو زهرة ، د. مصطفى السباعي ، دار الفكر ، ط٢.

١٨١. المرجع في قضاء الأحوال الشخصية ، المستشار أحمد الداغستاني ، ط١ ، عـ(١٩٨٣م).

١٨٢. المرشد في قانون الأحوال الشخصية ، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (٥٩) تاريخ ٧/ ٩/ ١٩٥٣م و المعدل بالقانون رقم (٣٤) الصادر بتاريخ ٣١/ ١٢/ ١٩٧٥م ، مضافاً إليه كتاب الأحكام الشرعية لقدري باشا ، تنسيق : أديب استانبولي ، قدم له : سعدي أبو جيب ، المكتبة القانونية ، دمشق ، حرستا ، ط٢ ، عـ(١٩٨٩م).

١٨٣. مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد ، للإقليمين المصري و السوري في عهد الوحدة بينهما ، تم وضعه على يد لجنة خاصة ، دار القلم ، دمشق ، الدار الشامية ، بيروت ، ط١ ، عـ(١٤١٦هـ/ ١٩٩٦م).

١٨٤. موسوعة الأحوال الشخصية ، المستشار : معوض عبد التواب ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ط٦ ، عـ(١٩٩٥م).

١٨٥. موسوعة الأحوال الشخصية لجميع المذاهب و الأديان في سوريا و الأردن و لبنان ، نبيل الظواهرة الصائغ ، ط٢ ، عـ(١٩٨٤م).

١٨٦. موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين ، النصوص و الفقه و مبادئ القضاء، مع أهم التعديلات التشريعية و أحكام النقض الحديثة و مذاهب الفقه ، طبقاً للقانون (١) لسنة ٢٠٠٠م ، المستشار : أنور العمروسي ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، مصر ، ط١ ، عـ(٢٠٠٠م).

١٨٧. الوافي في قضاء الأحوال الشخصية ، من عام (١٩٩٢م/ إلى ٢٠٠٥م) للمحامي : محمد أحمد عبد الرحمن ، ط١ ، مطبعة اليمامة ، حمص .

١٨٨. الوافي في قضاء الأحوال الشخصية من عام (١٩٧٠/ إلى ١٩٩٢م) للمحامي : محمد أحمد عبد الرحمن ، دار النابغة ، حمص.

١٨٩. الوجيز في الأحوال الشخصية ، د. حسن علي السمني ، عـ(١٩٩٨م/ ١٩٩٩م).

١٩٠. الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية ، د. ابراهيم عبد الرحمن ابراهيم، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، الأردن ، ط١، عـ(١٩٩٩م).

الثالث عشر : المجلات و الدوريات مجلة الحقوق ،

١٢١. جامعة الكويت ، كلية الحقوق ، عدد (٣) ، سنة (٦) ، ذو القعدة ، عـ(١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م). بحث حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية ، محمد نعيم ياسين .

١٢٢. **مجلة الحقوق** ، جامعة الكويت ، كلية الحقوق ، عدد (٣) ، سنة (٧) ، ذو الحجة ، عـ(١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م). بحث حقوق الإنسان و الضمانات القضائية في الإسلام ، د. صلاح الدين الناهي .

فهرس المحتويات والموضوعات

الموضوع	الصفحة
إهداء	٢
كلمة تقدير وشكر	٣
المقدمة	٤
الهدف من البحث	٥
حدود البحث	٦
منهج البحث	٧
طريقة البحث	٨
الجهود السابقة في الموضوع	٩
صعوبات البحث	١١
خطة البحث	١١
الفصل التمهيدي	
مقدمات عن السلطة القضائية في التفريق	
تمهيد	١٥
المبحث الأول : معنى سلطة القاضي في التفريق وماهيتها	١٦
المطلب الأول : معنى مدى سلطة القاضي	١٦
أولًا : معنى مدى	١٦
في اللغة	١٦
في الاصطلاح	١٧
ثانيًا : معنى السلطة	١٧
في اللغة	١٧
في الاصطلاح	١٧
ثالثًا : معنى القضاء	١٨
في اللغة	١٨
في الاصطلاح	١٨

رابعًا : معنى القاضي..... ١٩
خامسًا : ماهية سلطة القاضي..... ٢١
سادسًا: الشروط الشرعية لقاضي الأحوال الشخصية..... ٢٢
شروط الصحة : أولًا: الإسلام..... ٢٢
ثانيًا: التكليف..... ٢٣
ثالثًا : الذكورة..... ٢٤
رابعًا: العدالة..... ٢٥
خامسًا: سلامة السمع و البصر و النطق..... ٢٥
شروط الكمال :العلم بالأحكام الشرعية..... ٢٦
المطلب الثاني : معنى التفريق و أنواعه ٢٧
أولًا: معنى التفريق ٢٧
ثانيًا: الفرق بين التفريق و الطلاق و الفسخ..... ٢٧
ثالثًا: أنواع الفُرق الزوجية..... ٢٩
المبحث الثاني : مشروعية سلطة القاضي في التفريق والحكمة منها..... ٣٠
المطلب الأول: مشروعية منح السلطة للقاضي ٣٠
أولًا: من القرآن الكريم..... ٣٠
ثانيًا: من السنة المطهرة ٣١
ثالثًا : من المعقول ٣٣
المطلب الثاني: الحكمة من المشروعية ٣٣
المبحث الثالث : قواعد سلطة القاضي في التفريق..... ٣٥
أسس و مبادئ سلطة القاضي و الغاية منها..... ٣٥
المصلحة و الحيطة في القضاء..... ٣٦
مجال الاجتهاد..... ٣٦
مقدار الضرورة..... ٣٧
عمل القاضي تجاه الضرر..... ٣٧

المبحث الرابع : أقوال الفقهاء في الفُرق التي تتوقف على القضاء و التي لا تتوقف ٣٨
المطلب الأول: الفرق التي تتوقف على القضاء..... ٣٨
المطلب الثاني: الفُرق التي لا تتوقف على القضاء..... ٣٩
المبحث الخامس : الآثار المترتبة على سلطة القاضي في التفريق..... ٤١
المطلب الأول: أثر صفات القاضي على سلطته في التفريق..... ٤١
المطلب الثاني : أثر وقوع الفرقة بالقضاء و عدمه على بعض الأحكام..... ٤٢
المطلب الثالث : أثر العدالة في استقلال القاضي في التفريق..... ٤٣

الفصل الأول

سلطة القاضي في التفريق لعدم الإنفاق

تمهيد..... ٤٥
المبحث الأول : مشروعية سلطة القاضي في التفريق لعدم الإنفاق..... ٤٦
المطلب الأول مناط سلطة القاضي في التفريق لعدم الإنفاق..... ٤٦
المطلب الثاني آراء الفقهاء في سلطة القاضي في التفريق لعدم الإنفاق..... ٤٧
القول الأول: قول الحنفية..... ٤٧
القول الثاني: قول الجمهور (المالكية و الشافعية و الحنابلة)..... ٤٩
القول الثالث : قول ابن القيم الجوزية ٤٩
المطلب الثالث الأدلة و المناقشة ٤٩
أدلة القول الأول: القرآن الكريم..... ٤٩
السنة المطهرة..... ٥٠
المعقول..... ٥١
أدلة القول الثاني : القرآن الكريم..... ٥١
السنة المطهّرة..... ٥١
المعقول..... ٥٤
المناقشة و الترجيح..... ٥٤
المطلب الرابع: أحوال سلطة القاضي في التفريق لعدم الإنفاق قانونًا..... ٥٥
المبحث الثاني : أسباب التفريق لعدم الإنفاق و شروطه..... ٥٨
المطلب الأول معنى عدم الإنفاق الموجب للتفريق..... ٥٨

المطلب الثاني: شروط عدم الإنفاق..... ٦٠
أولًا: شروطه على الزوج الحاضر..... ٦٠
الشرط الأول: الامتناع عن الإنفاق..... ٦٠
الشرط الثاني: عدم المال الظاهر للزوج ٦١
الشرط الثالث : علم الزوجة بالإعسار..... ٦١
ثانيًا: شروطه على الزوج الغائب و (المسجون) ٦٢
الشرط الأول: العلم بالإعسار مع غيبة الزوج ٦٢
الشرط الثاني: الامتناع عن الإنفاق..... ٦٢
المبحث الثالث : سلطة القاضي في إجراءات دعوى التفريق لعدم الإنفاق..... ٦٤
المطلب الأول سلطة القاضي في سير دعوى التفريق لعدم الإنفاق..... ٦٤
أولًا: شروط صحة دعوى التفريق لعدم الإنفاق..... ٦٤
• شروط أطراف الدعوى (المدعي و المدعي عليه)..... ٦٤
أولًا: الأهلية..... ٦٤
ثانيًا: التعيين..... ٦٦
ثالثًا: حضور الخصم..... ٦٦
رابعًا: الصفة..... ٦٧
• شروط المدعى به..... ٦٧
أولًا: تعيينه و العلم به..... ٦٧
ثانيًا: ألا يكذب المدعى به ظاهر الحال..... ٦٨
ثالثًا: أن يترتب على المدعى به نفع شرعي..... ٦٩
• ثالثًا : شروط ركن الدعوى..... ٧٠
أولًا: المطالبة..... ٧٠
ثانيًا: أن تكون الدعوى في مجلس القضاء..... ٧٠
ثالثًا: أن لا تكون الدعوى مناقضة لأمر صدر سابقًا من المدعي..... ٧٠
رابعًا: أن تكون الدعوى بتعبيرات جازمة قاطعة ٧١
ثانيًا: سلطة القاضي في قبول دعوى التفريق لعدم الإنفاق..... ٧١
أولًا : الحكم بالنفقة على الزوج..... ٧١

ثانيًا: الإمهال و الإعذار بالنفقة..... ٧٢
ثالثًا: أسباب عدم سماع دعوى التفريق لعدم الإنفاق..... ٧٢
المطلب الثاني : سلطة القاضي في إثبات دعوى التفريق لعدم الإنفاق..... ٧٣
أولًا: طرق إثبات الدعوى ٧٤
ثانيًا: سلطة القاضي في قبول وسائل الإثبات في الدعوى ٧٦
ثالثًا: موقف القاضي من الدفوع الشرعية..... ٧٦
المطلب الثالث: سلطة القاضي في الحكم على دعوى التفريق لعدم الإنفاق..... ٧٧
أولًا: الحكم على الدعوى بين الفور و التراخي ٧٧
ثانيًا: أثر تفريق القاضي على نفاذ الدعوى ٧٨
المبحث الرابع : آثار سلطة القاضي في التفريق لعدم الإنفاق..... ٨٠
المطلب الأول : حجية الحكم القضائي بالتفريق لعدم الإنفاق..... ٨٠
المطلب الثاني: نقض الحكم بالتفريق لعدم الإنفاق..... ٨١
الفصل الثاني :
سلطة القاضي في التفريق للعيب
تمهيد..... ٨٤
المبحث الأول : معيار العيب الموجب للتفريق و أنواعه و شروطه..... ٨٥
المطلب الأول :معيار العيب الموجب للتفريق..... ٨٥
المطلب الثاني :سلطة القاضي في تقدير العيب..... ٨٦
المطلب الثالث: أنواع العيوب الموجبة للتفريق..... ٨٦
المطلب الرابع :شروط التفريق بالعيب ٨٩
المبحث الثاني : مشروعية سلطة القاضي في التفريق للعيب..... ٩٢
المطلب الأول :ضابط التفريق بالعيب..... ٩٢
المطلب الثاني : ثبوت حق التفريق للعيب بين الزوج و الزوجة..... ٩٣
المطلب الثالث: آراء الفقهاء في العيوب الموجبة للتفريق و أدلتهم..... ٩٤
أولًا: آراء الفقهاء في المسألة..... ٩٤
ثانيًا: أدلة الفقهاء ٩٥
المطلب الرابع : حكم توقف التفريق بالعيب على القضاء..... ٩٦

المبحث الثالث : سلطة القاضي في إجراءات دعوى التفريق للعيب..... ٩٧
المطلب الأول سلطة القاضي في سير دعوى التفريق للعيب..... ٩٧
أولًا: شروط صحة دعوى التفريق للعيب..... ٩٧
ثانيًا: أسباب عدم سماع دعوى التفريق للعيب..... ٩٩
المطلب الثاني سلطة القاضي في إثبات دعوى التفريق للعيب ١٠١
أولًا: عبء الإثبات..... ١٠١
ثانيًا: أثر سلطة القاضي على إثبات العيب الموجب للتفريق..... ١٠١
المطلب الثالث سلطة القاضي في الحكم على دعوى التفريق للعيب ١٠٣
أولًا : الحكم على الدعوى بين الفور والتراخي ١٠٣
ثانيًا: أثر سلطة القاضي على الحكم بالتفريق للعيب..... ١٠٦
المبحث الرابع : آثار سلطة القاضي في التفريق للعيب..... ١٠٧
المطلب الأول حجية الحكم القضائي بالتفريق للعيب..... ١٠٧
المطلب الثاني سلطة القاضي في نقض دعوى التفريق للعيب . ١٠٧

الفصل الثالث :

سلطة القاضي في التفريق للغيبة و الهجر والحبس

تمهيد..... ١١٠
المبحث الأول : معنى الغيبة و الهجر و الفرق بينهما وشروطهم الموجبة للتفريق..... ١١١
المطلب الأول : معنى الغيبة و الهجر و الفرق بينهما..... ١١١
أولًا: معنى الغيبة و الهجر..... ١١١
ثانيًا: الفرق بين الغيبة و الهجر..... ١١٣
المطلب الثاني شروط التفريق للغيبة والحبس..... ١١٣
أولًا: شروط التفريق للغيبة..... ١١٣
الشرط الأول: غياب الزوج عن زوجته..... ١١٣
الشرط الثاني: غياب الزوج سنة فأكثر..... ١١٤
الشرط الثالث: غيبة الزوج بغير عذر مقبول..... ١١٥
الشرط الرابع: تحقق ضرر الزوجة من الغيبة..... ١١٦
ثانيًا: شروط التفريق للحبس ١١٦

الشرط الأول: الحكم على الزوج بعقوبة مقيدة للحرية..... ١١٧
الشرط الثاني: نهائية الحكم الصادر بالعقوبة و البدء بتنفيذه فعلًا..... ١١٧
الشرط الثالث: الحكم بالعقوبة لثلاث سنين فأكثر..... ١١٧
الشرط الرابع: مضي سنة على تنفيذ الحكم قبل رفع دعوى التفريق..... ١١٧
المطلب الثالث : سلطة القاضي في تقدير عذر الغيبة..... ١١٩
المبحث الثاني : مشروعية سلطة القاضي في التفريق للغيبة..... ١٢٠
المطلب الأول : ماهية سبب التفريق للغيبة..... ١٢٠
المطلب الثاني : آراء الفقهاء في التفريق للغيبة و الحبس..... ١٢١
أولًا: مذاهب الفقهاء في التفريق للغيبة..... ١٢١
ثانيًا: مذاهب الفقهاء في التفريق للحبس..... ١٢٣
المطلب الثالث : الأدلة و المناقشة..... ١٢٤
المبحث الثالث : سلطة القاضي في إجراءات دعوى التفريق للغيبة..... ١٢٨
المطلب الأول سلطة القاضي في سير دعوى التفريق للغيبة..... ١٢٨
أولًا: شروط صحة دعوى التفريق للغيبة..... ١٢٨
ثانيًا: الإمهال و الإعذار..... ١٣٠
ثالثًا: أثر الإفراج عن المسجون على سير الدعوى..... ١٣٢
المطلب الثاني سلطة القاضي في إثبات دعوى التفريق للغيبة..... ١٣٣
أولًا: عبء الإثبات..... ١٣٣
ثانيًا: الأمور التي يجب إثباتها في دعوى التفريق للغيبة..... ١٣٣
ثالثًا: وسائل إثبات دعوى التفريق للغيبة و شروطها..... ١٣٥
أولًا: وسائل إثبات دعوى التفريق..... ١٣٥
ثانيًا: شروط وسائل إثبات دعوى التفريق للغيبة..... ١٣٥
الشرط الأول: الجزم في عبارة الشهود..... ١٣٥
الشرط الثاني: مطابقة الشهادة للدعوى من حيث المعنى و المدلول..... ١٣٦
الشرط الثالث: ذكر جميع التفاصيل المطلوبة و إيضاحها في شهادة الشهود ويمين المدعية ١٣٦
الشرط الرابع :أن تتضمن شهادة الشهود آخر محل إقامة للمدعى عليه المذكور في الدعوى ١٣٦

رابعًا: موقف القاضي من الدفوع الشرعية..... ١٣٦
المطلب الثالث : سلطة القاضي في الحكم على دعوى التفريق للغيبة..... ١٣٧
أولًا: حكم نفاذ تفريق القاضي للغيبة..... ١٣٨
ثانيًا: أثر تفريق القاضي على نفاذ حكمه..... ١٣٨
المبحث الرابع : آثار سلطة القاضي في التفريق للغيبة..... ١٣٩
الفصل الرابع :
سلطة القاضي في التفريق للشقاق و الضرر
تمهيد..... ١٤١
المبحث الأول : ماهية الشقاق و الضرر و حالاته و شروطه..... ١٤٢
المطلب الأول : ماهية الشقاق و الضرر الموجب للتفريق..... ١٤٢
أولًا: ماهية الشقاق..... ١٤٢
ثانيًا: ماهية الضرر..... ١٤٣
المطلب الثاني : حالات الشقاق و الضرر بين الزوجين..... ١٤٤
الحالة الأولى: الشقاق و النشوز و الإضرار من الزوجة دون الزوج..... ١٤٤
الحالة الثانية: الشقاق و الإضرار من الزوج لزوجته..... ١٤٤
الحالة الثالثة: الشقاق و الإضرار من الزوجين لبعضهما البعض..... ١٤٥
المطلب الثالث شروط التفريق للشقاق و الضرر ١٤٦
المبحث الثاني : مشروعية سلطة القاضي في التفريق للشقاق والضرر..... ١٤٨
المطلب الأول أقوال الفقهاء في التفريق للشقاق والضرر..... ١٤٨
المطلب الثاني الأدلة..... ١٥٠
المطلب الثالث: المناقشة و الترجيح..... ١٥٣
المبحث الثالث : سلطة القاضي في إجراءات دعوى التفريق للشقاق والضرر..... ١٥٥
المطلب الأول سلطة القاضي في سير دعوى التفريق للشقاق والضرر..... ١٥٥
أولًا: شروط صحة دعوى التفريق للشقاق والضرر ١٥٥
ثانيًا: دور القاضي في مرحلة ما قبل التحكيم و أثره..... ١٥٨
أولًا: حل النزاع حول موضوع المهر و الخلوة..... ١٥٨
ثانيًا: تأجيل الدعوى أملاً بالمصالحة ١٥٨

ثالثًا: تعيين الحكمين للفصل في الدعوى..... ١٦٠
ثالثًا: دور القاضي في مرحلة التحكيم و أثره على سير الدعوى..... ١٦١
المطلب الثاني سلطة القاضي في إثبات دعوى التفريق للشقاق والضرر..... ١٦٢
أولًا: طرق إثبات دعوى التفريق للشقاق والضرر ١٦٣
ثانيًا : أثر سلطة القاضي على إثبات الدعوى ١٦٥
المطلب الثالث سلطة القاضي في الحكم على الدعوى..... ١٦٥
أولًا: الحكم بالتفريق بين قضاء القاضي و قرار الحكمين..... ١٦٦
ثانيًا: أثر سلطة القاضي على قرار الحكمين بالتفريق..... ١٦٨
المبحث الرابع: آثار سلطة القاضي في التفريق للشقاق والضرر..... ١٧٠
المطلب الأول : حجية الحكم القضائي بالتفريق للشقاق والضرر و مدى نفاذه ١٧٠
المطلب الثاني : نقض الحكم القضائي للشقاق و الضرر..... ١٧١
أولًا: نقض القاضي قرار الحكمين..... ١٧٢
ثانيًا: نقض القاضي قراره بالتفريق..... ١٧٣
الفصل الخامس :
سلطة القاضي في التفريق بتغيير الدين بين الزوجين
تمهيد..... ١٧٥
المبحث الأول : معنى تغيير الدين الموجب للتفريق وشروطه و ضابطه..... ١٧٦
المطلب الأول: معنى تغيير الدين الموجب للتفريق..... ١٧٦
المطلب الثاني : شروط صحة التفريق بتغيير الدين ١٧٧
المطلب الثالث : ضابط التفريق بتغيير الدين ١٧٨
المبحث الثاني : مشروعية سلطة القاضي في التفريق بتغيير الدين..... ١٨١
المطلب الأول : أقوال الفقهاء في مشروعية تفريق القاضي بتغيير الدين..... ١٨١
الحالة الأولى: إسلام أحد الزوجين (مع كونهما حلالًا لبعضهما في أصل العقد)..... ١٨١
الحالة الثانية: إسلام أحد الزوجين حال كونهما محرمين عن بعضهما في أصل عقدهما.... ١٨٢
الحالة الثالثة: ردة أحد الزوجين عن دين الإسلام..... ١٨٣
المطلب الثاني : الأدلة مع الترجيح ١٨٥
المبحث الثالث : سلطة القاضي في إجراءات دعوى التفريق بتغيير الدين..... ١٩٠

المطلب الأول حكم الادعاء و الترافع بالتفريق..... ١٩٠
المطلب الثاني دور القاضي في سير الدعوى وإثباتها..... ١٩١
المطلب الثالث الحكم بالتفريق بين الفور و التراخي ودور القاضي فيها..... ١٩٢
المطلب الرابع : ما يتفرع عن سلطة القاضي في إجراءات الدعوى..... ١٩٣
أولًا: إسلام أحد الزوجين إذا كان (ناقصَ الأهلية أو فاقدًا لها)..... ١٩٣
ثانيًا: إسلام من تزوج أكثر من أربع زوجات..... ١٩٤
ثالثًا: دخول الذمي بالمسلمة بعد حكم القاضي بالتفريق بينهما..... ١٩٥
المبحث الرابع : آثار سلطة القاضي في التفريق بتغيير الدين..... ١٩٧
المطلب الأول : نوع التفريق بتغيير الدين..... ١٩٧
المطلب الثاني : أثر التفريق بتغيير الدين على المهر والنفقة و العدة ١٩٩
الفصل السادس :
سلطة القاضي في التفريق بسبب الشرع
تمهيد..... ٢٠٢
المبحث الأول : سلطة القاضي في التفريق بسبب الإيلاء..... ٢٠٣
المطلب الأول تعريف الإيلاء و حكمه و شروطه..... ٢٠٣
أولًا : تعريف الإيلاء ٢٠٣
ثانيًا : حكم الإيلاء ٢٠٣
ثالثًا : الشروط الشرعية للإيلاء ٢٠٤
المطلب الثاني : مشروعية سلطة القاضي في التفريق بسبب الإيلاء..... ٢٠٦
أولًا: ضابط التفريق بسبب الإيلاء..... ٢٠٦
ثانيًا: أقوال الفقهاء في تفريق القاضي للإيلاء..... ٢٠٧
ثالثًا: الأدلة والمناقشة والترجيح ٢٠٨
المطلب الثالث : سلطة القاضي في إجراءات دعوى التفريق للإيلاء..... ٢١٠
أولًا: شروط صحة دعوى التفريق للإيلاء..... ٢١٠
ثانيًا : إثبات دعوى التفريق للإيلاء..... ٢١٢
ثالثًا : الحكم على الدعوى بالتفريق للإيلاء..... ٢١٢
رابعًا: مسائل متفرعة عن التفريق القضائي للإيلاء..... ٢١٤

أولًا : إبهام إيلاء إحدى الزوجتين..... ٢١٤
ثانيًا : إيلاء الغائب والمسافر ٢١٥
ثالثًا: إيلاء المجنون..... ٢١٦
المطلب الرابع : آثار سلطة القاضي في التفريق للإيلاء..... ٢١٧
أولًا : حجية التفريق القضائي للإيلاء..... ٢١٧
ثانيًا: أثر سلطة القاضي على نوع التفريق للإيلاء..... ٢١٨
المطلب الخامس : التفريق القضائي للإيلاء في القانون..... ٢١٩
المبحث الثاني : سلطة القاضي في التفريق للعان..... ٢٢١
المطلب الأول: تعريف اللعان و حكمه و شروط صحته..... ٢٢٢
أولًا : تعريف اللعان..... ٢٢٢
ثانيًا : حكم اللعان ٢٢٣
ثالثًا : شروط صحة اللِّعان ٢٢٤
المطلب الثاني مشروعية سلطة القاضي في التفريق للعان ٢٢٥
أولًا: أقوال الفقهاء في تفريق القاضي باللعان ٢٢٥
ثانيًا : الأدلة والمناقشة والترجيح..... ٢٢٦
ثالثًا : ثمرة الخلاف..... ٢٣١
المطلب الثالث : سلطة القاضي في إجراءات دعوى التفريق للعان..... ٢٣٢
أولًا : كيفية اللعان ودور القاضي فيه ٢٣٢
ثانيًا : دور القاضي حال امتناع الزوج أو الزوجة عن التلاعن في سير الدعوى..... ٢٣٣
ثالثًا: دور القاضي حال غياب أحد الزوجين بعد التلاعن..... ٢٣٥
رابعًا : إثبات دعوى التفريق باللعان ٢٣٦
خامسًا: الحكم على الدعوى بتفريق اللعان ٢٣٧
المطلب الرابع : آثار سلطة القاضي في التفريق للعان ٢٣٧
أولًا : حجية التفريق القضائي باللعان عند القائلين بلزومه ٢٣٧

ثانيًا : أثر خطأ القاضي على حجية حكمه بالتفريق ٢٣٩
ثالثًا : أثر موت القاضي و عزله على إنهاء الدعوى ٢٤٠
المطلب الخامس : دور القاضي في التفريق باللعان قانونًا..... ٢٤٠
المبحث الثالث : سلطة القاضي في التفريق للظهار والخلع..... ٢٤٢
المطلب الأول : حدود سلطة القاضي في التفريق للظهار..... ٢٤٢
أولًا : تعريف الظهار و صفته الشرعية ٢٤٢
ثانيًا : آثار الظهار و دور القاضي فيها ٢٤٣
الأثر الأول : حرمة الاستمتاع و دواعيه ٢٤٣
الأثر الثاني : الحبس و الضرب حتى التكفير ٢٤٥
الأثر الثالث : الأمر بالتطليق ٢٤٥
ثالثًا : الظهار في القانون ٢٤٦
المطلب الثاني : حدود سلطة القاضي في التفريق للخلع..... ٢٤٧
أولًا : تعريف الخلع و صفته الشرعية ٢٤٧
ثانيًا : دور القاضي في الخلع و التفريق به ٢٤٨
ثالثًا : الخلع في القانون ٢٥٠
الفصل السابع :
سلطة القاضي في التفريق لأسباب متفرقة
تمهيد..... ٢٥٤
المبحث الأول : سلطة القاضي في التفريق لعدم تمام العقد..... ٢٥٥
المطلب الأول : سلطة القاضي في التفريق لخيار البلوغ..... ٢٥٥
أولًا : أقوال الفقهاء في تفريق القاضي لخيار البلوغ ٢٥٥
ثانيًا : الأدلة مع الترجيح ٢٥٦
ثالثًا : سلطة القاضي في إجراءات دعوى التفريق لخيار البلوغ ٢٥٨
رابعًا : آثار سلطة القاضي على التفريق بخيار البلوغ ٢٥٨
المطلب الثاني : سلطة القاضي في التفريق لفقد الكفاءة ٢٥٩
أولًا : أقوال الفقهاء في تفريق القاضي لفقد الكفاءة ٢٥٩
ثانيًا : الأدلة و الترجيح ٢٦٠

ثالثًا : سلطة القاضي في إجراءات دعوى التفريق لفقد الكفاءة..... ٢٦١
رابعًا : آثار سلطة القاضي في التفريق لفقد الكفاءة ٢٦٢
خامسًا : التفريق لفقد الكفاءة قانونًا..... ٢٦٢
المطلب الثالث : سلطة القاضي في التفريق لفساد العقد..... ٢٦٣
أولًا : أقوال الفقهاء في تفريق القاضي لفساد العقد ٢٦٣
ثانيًا: الأدلة مع الترجيح ٢٦٤
ثالثًا : سلطة القاضي في إجراءات دعوى التفريق لفساد العقد ٢٦٥
رابعًا : آثار سلطة القاضي على التفريق لفساد العقد ٢٦٧
المبحث الثاني : سلطة القاضي في التفريق لعدم الوفاء بالالتزامات..... ٢٦٨
المطلب الأول : سلطة القاضي في التفريق لمخالفة الشرط..... ٢٦٨
المطلب الثاني : سلطة القاضي في التفريق للإعسار بالمهر..... ٢٧١
أولًا : مشروعية سلطة القاضي في التفريق للإعسار بالمهر ٢٧١
ثانيًا : سلطة القاضي في إجراءات التفريق للإعسار بالمهر ٢٧٣
الخاتمة..... ٢٧٥
الخلاصة ٢٧٥
أهم النتائج..... ٢٨٥
المقترحات..... ٢٨٧
الفهارس..... ٢٨٨
فهرس الآيات الكريمة..... ٢٨٨
فهرس الأحاديث الشريفة..... ٢٩٠
فهرس الآثار..... ٢٩٢
فهرس الأعلام..... ٢٩٣
فهرس المراجع والمصادر..... ٢٩٧
أولاً : القرآن الكريم..... ٢٩٧
ثانياً : كتب تفسير القرآن وعلومه..... ٢٩٧
ثالثاً : كتب السنة وشروحها..... ٢٩٨
رابعاً : كتب أصول الفقه..... ٣٠٠

خامسًا : كتب القواعد الفقهية..... ٣٠٠
سادسًا : كتب الفقه الإسلامي..... ٣٠٠
الفقه الحنفي..... ٣٠٠
الفقه المالكي..... ٣٠١
الفقه الشافعي..... ٣٠٢
الفقه الحنبلي..... ٣٠٣
الفقه المقارن..... ٣٠٤
كتب الفتاوى..... ٣٠٥
فقه المذاهب الأخرى..... ٣٠٥
مراجع الفقه الحديثة..... ٣٠٥
سابعًا : كتب السياسة الشرعية..... ٣٠٦
ثامنًا : كتب قضائية قديمة..... ٣٠٦
تاسعًا : كتب قضائية حديثة..... ٣٠٦
عاشرًا كتب التراجم والتاريخ..... ٣٠٧
الحادي عشر : كتب اللغة العربية..... ٣٠٨
الثاني عشر : كتب القوانين القديمة والحديثة و شروحها..... ٣٠٨
الثالث عشر : المجلات و الدوريات..... ٣١١
فهرس المحتويات والموضوعات..... ٣١٢

