



جامعة دمشق

كلية الشريعة

الدراسات العليا

قسم الفقه الإسلامي ومذاهبه

اجتهادات محكمة النقض السوريّة فيما يتعلّق بانحلال الزواج وآثاره (دراسة فقهية مقارنة)

أطروحة مقدّمة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه الإسلامي وأصوله

إعداد الطالب:

عبد الله الأمير بن أحمد شغالة

المشرف

د. محمد حسام رحيمة

أستاذ مساعد في قسم الفقه الإسلامي وأصوله

بجامعة دمشق

المشرف المشارك

د. محمد مؤذن

دكتور في قسم الفقه الإسلامي وأصوله

بجامعة حلب

١٤٤٧ هـ - ٢٠٢٥ م.

ملخص الرسالة

تناولت هذه الرسالة اجتهادات محكمة النقض السورية في باب الأحوال الشخصية، وفيما يتعلق بانحلال الزواج وآثاره.

وذلك أن الاجتهادات القضائية المستقرة لمحكمة النقض لها صفة إلزامية، وحكمها حكم النصوص المفسرة للقانون، ولا يجوز العدول عنها أو مخالفتها.

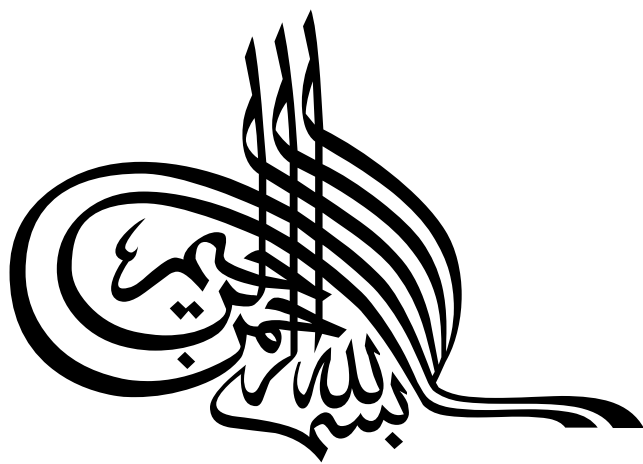
لكن كثيرًا من هذه الاجتهادات وقع الاضطراب فيما بينها، فكثير من هذه الاجتهادات متعارضة فيما بينها، كما أن بعضها فيه مخالفة واضحة لظاهر النص القانوني، وفي بعضها مخالفة للنصوص الفقهية التي تعدّ المصدر التشريعي الرئيس في الأحوال الشخصية.

وهذه الرسالة تناولت بالدراسة الاجتهادات القضائية لمحكمة النقض السورية من عام ١٩٥٣م إلى عام ٢٠٢٣م، فتعرضت لبيان معنى الاجتهاد القضائي وإلزاميته، والعدول عن الاجتهادات القضائية وأسباب الاضطراب فيما بينها.

ثم تعرضت لدراسة الاجتهادات القضائية في باب انحلال الزواج وآثاره، فبدأت أولاً ببيان الاجتهاد القضائي، ثم ذكر الرأي الفقي والشرعي فيها، ثم بيان الرأي القانوني فيها، ثم بيان النقد الموجه لهذا الاجتهاد، والرأي الراجح حسب وجهة نظر الباحث.

وشملت الدراسة أبواب: (الطلاق - الفسخ - التحكيم - التفريق - العدة).

وتوصل الباحث إلى أن بعض الاجتهادات القضائية يحتاج إعادة نظر وتعديل؛ إمّا لمخالفته للاجتهادات المستقرة، أو النصوص الشرعية والقانونية، وإمّا لتغير الزمان وتجدّد المعطيات، والبعض الآخر يحتاج إلى توحيده مع باقي الاجتهادات، وإلغاء الاجتهادات المخالفة له، لتوحيد المرجعية القضائية وحفظها من الاضطراب والاختلاف.



الفاضل

- إلى حضرة سيّد العالمين وخاتم النبيّين، الرّسول الأكرم،
والسيّد المعظم، مصباح الظلام، وشمس دين الإسلام: (محمد ﷺ)
- إلى والدي الفاضل: الذي سلك بي سبيل العلم والقرآن، فكان له الفضل
الأكبر في وصولي إلى ما وصلت إليه، جزاه الله خيرًا، وجعل ما بذله في
صحيفة أعماله.
- إلى والدتي الكريمة: تلك الأمّ الصالحة، والمربيّة النّاصحة، التي كانت العون لي
بدعائها وجهودها، بارك الله بها وأدام فضلها علينا.
- إلى العالم العامل، والوليّ الصالح، والمُرشد الناصح: (جدّي الشيخ عبد الله
شغالة) رحمه الله وأعلى في الجنّة مقامه ومأواه.
- إلى إخوتي الكرام (محمد نور - ضياء الدين - سراج الدين) الذين كانوا نعم
الإخوة، ونعم السند والعون، بارك الله بهم جميعًا
- إلى زوجتي الكريمة، ورفيقة الدرب، وشريكة الحياة، وأنيس الوحشة، التي
كانت لي عونًا في طريق العلم، ومنحتني من صبرها ووقتها ما أعانني على إتمام
رسالتي، فجزاها الله خيرًا، وبارك لي فيها.
- إلى أشياخي وأساتذتي الأفاضل، الذين أحاطوني برعايتهم وفضلهم، حفظ
الله من كان منهم حيًّا، ورحم من انتقل منهم إلى كرمه وفضله.
- إلى كلّ من له حقُّ عليّ، وكلّ من أحبّني في الله، وكلّ من ذكرني بدعوة صالحة.

شكر ونقد

• أودّ التقدّم بالشكر إلى من كان له فضلٌ عليّ في إتمام هذه الرسالة،

وأخصّ بالشكر منهم:

- فضيلة المشرف الدكتور محمد حسام رحيمة حفظه الله، صاحب

الفضل عليّ فجزاه الله خير الجزاء.

- وفضيلة المشرف الدكتور محمد مؤذن حفظه الله، الذي كان له

الفضل الأكبر بتوجيهاته ونصائحه القيّمة.

- وأشكر اللجنة المناقشة على ما تفضّلوا به من ملاحظات ونصائح

نافعة وماتعة.

- وأشكر القائمين على كلية الشريعة بجامعة دمشق على جهودهم

المباركة، وفقهم الله لكل خير.

مُتَكَلِّمَات

الحمد لله ربّ العالمين، وأفضلُ الصلاة وأتمُّ التسليم على أشرفِ المرسلين سيّدنا محمدٍ وعلى آله وأصحابه ومن تبعهم بإحسانٍ إلى يوم الدين.

أما بعد:

فإنَّ أعظمَ سلطةٍ في التشريع الإسلامي هي سلطةُ القضاء؛ إذ به يتحقّق العدلُ، ويسود النظام، ويُعطى كلُّ ذي حق حقه.

وقد أطلق الشرع على القاضي لفظ الحاكم^(١) في كثير من المواضع؛ لأن الحاكم في الشريعة هو الذي يُنفذ الأحكام الشرعيّة التي وضَعها الله تعالى لتحقيق مصالح العباد^(٢).

ومن ذلك ما جاء في الحديث الذي رواه البخاري أن النبي ﷺ قال: "إذا حَكَمَ الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حَكَمَ فاجتهد ثم أخطأ فله أجرٌ"^(٣).

وإنَّ عمادَ نهضة أمةٍ يرجع إلى قضائها، فإن كان قضاؤها عادلاً كان مستقبلها إلى خير ورخاء، وإن كان قضاؤها فاسداً كان مستقبلها إلى سوء وشقاء، وفي هذا المعنى يقول ابن تيمية رحمه الله: "وأمر الناس تستقيم في الدنيا مع العدل الذي فيه الاشتراك في أنواع الإثم أكثر ممّا تستقيم مع الظلم في الحقوق وإن لم تشترك في إثم؛ ولهذا قيل: إن الله يُقيم الدولة

(١) ينظر: معالم السنن، لأبي سليمان حمّد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البُسْتِي المعروف بالخطّابي (المتوفى: ٣٨٨هـ)، الناشر: المطبعة العلمية - حلب: (٤/ ١٦٠).

(٢) ينظر: الموافقات في أصول الفقه، لإبراهيم بن موسى بن محمد اللّخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (المتوفى: ٧٩٠هـ)، الناشر: دار المعرفة - بيروت، تحقيق: عبد الله دَرّاز، عدد الأجزاء: ٤: (١/ ٢٣٧-٢٣٩).

(٣) الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وأيامه = صحيح البخاري، لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، المحقق: محمد زهير الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ (٩/ ١٠٨)، رقم: (٧٣٥٢).

العادلة وإن كانت كافرة، ولا يُقيم الظالمة وإن كانت مُسلمة. ويقال: الدنيا تدوم مع العدل والكفر، ولا تدوم مع الظلم والإسلام^(١).

ولأجل هذا كله كان تشريع الأحكام مُحْتَصًّا بالخالق عزّ وجلّ، صيانةً للتشريع من الخطأ والتحريف، والتلاعب والتبديل، وكانت السلطة القضائية تطبيقاً لأحكام السلطة التشريعية، فلا يحق لأحد أن يقضي بغير ما شرّعه الله تعالى، ولا أن يجتهد في الشرع اجتهداً يخالف نصّاً شرعياً.

ومهمّة القاضي تطبيق الأحكام التي شرّعها الله عزّ وجلّ، سواءً ما كان منها قطعياً لا يقبل الاجتهاد، أو ما كان قابلاً للاجتهاد، ويختلف فيه الحكم بحسب الأحوال والوقائع. وفي سبيل إقامة التشريع الإسلامي المنشود فقد اجتهد الفقهاء في فهم النصوص الشرعية، وتفسيرها، وبيان الدليل فيها، ووجه الاستدلال منها، والعلّة المستنبطة من الدليل وغير ذلك ممّا يتوصّل به إلى معرفة حكم الشارع في الوقائع المختلفة، وإنزال الأحكام القضائية على وفق ما شرّعه الله تعالى دون تحريف أو تغيير.

وقد عدّ قانون الأحوال الشخصية في الجمهورية العربية السورية الفقه الإسلامي المصدر الرئيس في التشريع، وجاء قانون الأحوال الشخصية الصادر رقم /٥٩/ لعام ١٩٥٣ م مُشتملاً على ثمان وثلاثمائة مادة، تضمّنت أحكام الزواج وآثاره وانحلاله وآثاره، والأهلية، والنيابة الشرعيّة، والمواريث. وأحال ما ليس فيه نصّ قانوني إلى القول الراجح في مذهب الحنفية، أو المذهب الذي استمدّت منه المادة القانونية.

(١) مجموع الفتاوى، لأبي العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحلّيم بن تيمية الحراني (المتوفى: ٧٢٨هـ)، المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف - المملكة العربية السعودية، ط ١٩٩٥ م: (٢٨/ ١٤٥).

ولمّا كان اجتهادُ القاضي الشرعي معرّضاً للخطأ والصواب كان من الأهمية بمكان وجودُ محكمةٍ تُصدّق قرارَ القاضي إن كان اجتهادهُ صحيحاً، وتَنقُضُ قراره إن كان اجتهادهُ خطأً؛ إذ إنّ القوانين هي الخطوط العامة التي يَسيرُ القاضي عليها، وتبقى تفاصيلُ هذه القوانين بيدِ الاجتهادِ القضائيّ الذي يُعطي حكمه فيها بناءً على فهمِ النصوصِ القانونيّة، ومحكمةُ النقض هي التي تُقرُّ هذا الفهم أو تَرُدّه.

وحتى يكون الاجتهاد القضائيّ مُستقرّاً لا بدّ أن يَسْتَنِدَ إلى اجتهادات سابقة أقرّها محكمةُ النقض التي تعطي القرار النهائي في الحكم، وتُعَلِّلُ الأحكام التي تُبنى عليها قراراتها، فتكونُ اجتهاداتُ محكمة النقض هي القاعدةُ الرئيّسة التي تُحاكَم من خلالها الاجتهاداتُ اللاحقة، فإن وافقتها صُدّق الحكم الناتج عنها ورُفِض الطعن فيها، وإن خالفها وقع الطعن عليها، وأُلغيت النتائج الصادرة عنها.

فالاجتهادُ القضائيّ لمحكمة النقض هو الميزان الذي تُوزن به الاجتهادات اللاحقة من حيث إمضاءها أو الطعن فيها.

ولذلك كان من الأهمية أن تكون هذه الاجتهادات القضائية موحّدة؛ لأن الخلل فيها يؤدّي إلى الخلل في الأحكام القضائية نفسها، فيكون الاجتهاد في الحكم مخالفاً لاجتهاد قبله، أو منقوضاً باجتهاد بعده، وهذا يفتح بابَ الشذوذ القضائيّ، فلا يكون للقاضي مرجعٌ معتمدٌ يرجع إليه في أحكامه، ورُبّما جرّه ذلك إلى مخالفةِ الاجتهادات المستقرّة باجتهاده، فيصير اجتهادهُ الشاذُّ المخالفُ للاجتهادات المستقرّة مرجعاً في الأحكام القضائية اللاحقة، فيُعتمد اجتهادهُ، ويُهمل الاجتهادات المستقرّة قبله، وفي هذا من الفساد والضرر ما لا يخفى.

وقد ذكر القاضي الشرعي الأول محمود المعراوي أنَّ محكمة النقض والهيئة العامة تُعانيان من اجتهاداتٍ متناقضةٍ بشكل واضحٍ ممَّا يجعل القاضي حائرًا في أمره، ودعا إلى توحيد اجتهادات محكمة النقض، ولا سيما أن اجتهاداتها بمنزلة النص القانوني من حيث لزوم العمل به، ممَّا حدا بلجنة الإصلاح القضائي المشكلة بقرار مجلس الوزراء رقم ٦٧٢١ تاريخ ١٧/٥/٢٠١١م أن توصي في تقريرها بضرورة توحيد الاجتهاد القضائي في مختلف غرف محكمة النقض^(١).

ويضاف إلى ذلك أهمية مراجعة الاجتهادات القضائية الصادرة عن الغرفة الشرعية لمحكمة النقض، ودراستها دراسةً فقهيةً قانونيةً معاصرةً، ولا سيما أن الاجتهادات القضائية الحديثة مُعظمها غير منشور، باستثناء بعض الاجتهادات المتناثرة التي تُنشر بين حين وآخر في بعض المجلات القانونية، وأحدث كتابٍ تضمَّن هذه الاجتهادات -حسب اطلاعي- هو كتاب "الوافي في قضاء الأحوال الشخصية"، وكان آخر ما نشره في عام ٢٠٠٥م^(٢)، ولم تُنشر الاجتهادات التي بعده في كتاب مُستقل، فكان من المهم تسليط الضوء على الاجتهادات القضائية الحديثة، وبيان آخر هذه الاجتهادات، وتوافقها مع الاجتهادات التي سبقتها، ومعرفة التعديلات التي طرأت عليها، ومدى موافقة هذه الاجتهادات للفقهاء الإسلاميين وقانون الأحوال الشخصية، والواقع المعاصر، وهذا يتطلب نشر الاجتهادات الحديثة، ودراستها دراسةً وافيةً، ومراجعة الاجتهادات التي تحتاج إلى إعادة نظر وإن كانت اجتهادات مُستقرّة، ذلك أنه لا يُنكر تغير بعض الأحكام بتغير الأزمان، وكم من الاجتهادات التي بقيت مُستقرّةً زمنًا طويلًا، ثم انتسخ العمل بها بعد صدور اجتهادات

(١) ينظر: اجتهادات محكمة النقض السورية في باب الزواج وآثاره، رسالة دكتوراه في قسم الفقه الإسلامي وأصوله في كلية الشريعة بجامعة دمشق ٢٠٢٠م، للدكتور محمد مؤذن: (ص ٦-٧).

(٢) هو كتاب الوافي في الأحوال الشخصية من عام ١٩٩٢م وحتى عام ٢٠٠٥م، إعداد القاضي الشرعي محمد أحمد عبد الرحمن.

أخرى مُخَالَفَةٍ لها، وفي هذا دليلٌ على سَعَةِ الشريعة الإسلامية ومُرُونَتِها، وصَلَابَتِها لكلِّ زمانٍ ومكانٍ.

يُضاف إلى ما تقدّم أن اجتهاداتِ محكمة النقض لها أثرٌ كبيرٌ في القضاء الشرعي، ذلك أن أحكامها قاطعةٌ للخصومات، وقرارها مُلْزِمٌ لطرفي الخصومة، ولا تقبل الطعن والاعتراض، وغالبًا ما تكون الأحكام الناتجة عنها أكثر دِقَّةً وموضوعيَّةً؛ لكونها ناتجةً عن مُراجعة الحكم المطعون به، وإعادة النظر في موافقته للقانون والاجتهادات المستقرّة، ممّا يُكسِب تلك الأحكام أهميَّةً بالغةً، ويجعلها مرجعًا للأحكام القضائية التي تأتي بعدها، فيكون عليها اعتماد الاجتهادات القضائية اللاحقة.

وقد تقدّم أن الاجتهادات الحديثة بقيت ضمن أرشيف محكمة النقض، لا يَتمكّن أحدٌ من الاطلاع عليها، أو البناء على الاجتهادات السابقة أو تفسير القضايا المذكورة بناء على الاجتهادات السابقة.

فكان من الضرورة بمكان الاطلاع على هذه الاجتهادات وإظهارها ودراستها ومعرفة التعديلات التي طرأت على هذه الأحكام، وأسباب التعديل، ووجهة الاجتهادات المذكورة، وهذا الأمر يَنالُ فائدته العلماء والشرعيّون والحقوقيون وكلٌّ من أراد معرفة الأحكام القضائية الشرعيّة المُستقرّة في محكمة النقض السورية، وما يَحْتَصّ منها بباب انحلال الزواج وآثاره الذي هو موضوع الدراسة في هذه الرسالة.

أولاً: أسباب اختيار البحث:

- ١- أن اجتهادات محكمة النقض لها قوة ملزمة عملياً لا يصح للقاضي مخالفتها، فكان من الأهمية بمكان معرفة هذه الاجتهادات، ودراستها فقهاً وقانوناً.
- ٢- أن هذه الاجتهادات مرجع رئيس للقاضي الشرعي لمعرفة أحكام السابقين وتفسيراتهم واجتهاداتهم في القضايا التي لا نص فيها، أو فيها التباس وغموض من ناحية الحكم القضائي.
- ٣- أن عدم اطلاع القاضي على هذه الاجتهادات يجعل حكمه معرضاً للطعن بالنقض، فالاطلاع عليها من أسباب تثبيت حكم القاضي ورفع الخلاف فيه.
- ٤- عدم وجود دراسة فقهية للاجتهادات القضائية في الأحوال الشخصية في الجمهورية العربية السورية باستثناء رسالة الدكتور محمد مؤذن التي تعرضت لجانب النكاح وآثاره دون التعرض الباقي الأبواب الأخرى.
- ٥- بيان مدى توافق اجتهادات الغرفة الشرعية في محكمة النقض مع أحكام الفقه الإسلامي والنصوص القانونية، وأسباب اختلاف الاجتهادات فيها.
- ٦- معرفة التعديلات التي طرأت على اجتهادات محكمة النقض، وأسباب العدول عن الاجتهادات السابقة، والتعديلات المقترحة على القوانين الموجودة.
- ٧- بيان ما يحتاج من الاجتهادات القضائية إلى تعديل؛ إما لمخالفته النص الشرعي أو القانوني صراحةً، أو لوجود خطأ في تفسير النص، أو عدم ملائمة الاجتهاد للواقع.

ثانيًا: أهداف البحث

- ١- جمع اجتهادات الغرفة الشرعية لمحكمة النقض وجمعها في موضع واحد، ودراستها؛ لتكون مرجعًا للأحكام القضائية، ومصدرًا من مصادر معرفة الأحكام القضائية لمحكمة النقض.
- ٢- معرفة أسباب اضطراب الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض في الأحكام القضائية.
- ٣- معرفة المسائل التي اختلفت فيها اجتهادات المحكمة الشرعية بمحكمة النقض باختلاف القضاة المجتهدين، وسبب اختلافهم.
- ٤- المساهمة في استقرار أحكام المحاكم الشرعية وتوحيد أحكامها.
- ٥- وضع مرجع للقضاة الشرعيين يُعينهم على الحكم على المسائل اللاحقة بالاستفادة من أحكام السابقين واجتهاداتهم ومعرفة حيثيات تلك الأحكام وأخذها بعين الاعتبار عند إصدار الحكم القضائي.
- ٦- بيان مدى موافقة الاجتهادات القضائية للمواد القانونية وأحكام الفقه الإسلامي.
- ٧- بيان ما يحتاج من هذه الاجتهادات القضائية إلى تعديل، واقتراح التعديلات المناسبة لها.

ثالثًا: مشكلة البحث

- ١- ما أهمية الاجتهادات القضائية في محكمة النقض، وما أثرها في إبرام الحكم، أو نقضه؟
- ٢- ما هي اجتهادات محكمة النقض في باب انحلال الزواج وآثاره، وما هي التعديلات التي طرأت عليها؟
- ٣- ما مدى استقرار الاجتهاد القضائي، وما أسباب العدول عن اجتهاد إلى اجتهاد آخر، وما التعديلات التي طرأت على الأحكام القضائية، وما أهميتها، وما هي المقترحات المتعلقة بها؟
- ٤- ما مدى توافق اجتهادات الغرفة الشرعية لمحاكمة النقض مع القانون والفقهاء الإسلاميين، وما مدى توافق هذه الاجتهادات مع بعضها البعض؟
- ٥- ما الاجتهادات القضائية التي تحتاج إلى إعادة نظر وتعديل، وما المستندات الشرعية والقانونية للتعديلات المقترحة؟

رابعًا: حدود البحث

يهتم هذا البحث بدراسة اجتهادات الغرفة الشرعية في محاكمة النقض في باب انحلال النكاح وآثاره، وذلك في أبواب:
(الطلاق، والتفريق، والتحكيم، والمخالعة، والعدة، والنسب).

خامساً: الدراسات السابقة:

لم أجد فيما اطلعتُ عليه من تعرّض لدراسة هذا الباب دراسةً خاصة، وبشكل مُستقل، والدراسات التي تناولت جانب محكمة النقض كانت دراساتٍ متناثرةً لبعض الاجتهادات المنشورة لبيان مُوافقتها للأحكام الفقهية، وتختصُّ بدراسة الاجتهادات بشكل خاص.

ومن الرسائل المتّصلة بهذه الرسالة رسالتان:

الأولى: أطروحة دكتوراه بعنوان: "الاجتهادات القضائية لمحكمة النقض السورية المتعلقة بالنكاح وآثاره" للدكتور محمد مؤذن، قُدِّمت عام ٢٠٢٠م، في كلية الشريعة بجامعة دمشق، بإشراف الدكتور أحمد حسن، ومشاركة الدكتور محمد حسان عوض.

وقد اختصَّ الباحث في هذه الرسالة بدراسة اجتهادات محكمة النقض دراسة خاصة: فبدأ أولاً بالتأصيل لاجتهادات محكمة النقض وبيان اختصاصاتها، ودرجات التحاكم فيها، ومدى قطعية اجتهاداتها، ثم بدأ بدراسة اجتهادات محكمة النقض تطبيقياً عن طريق دراسة الاجتهادات وبيان وجاهتها ومدى توافقها مع الشريعة ونصوص القانون.

ثم أردف ذلك ببيان التعديلات المقترحة على هذه القوانين والاجتهادات مع هذه التعديلات على شكل مواد قانونية تسهياً لتطبيقها. لكن بحثه اختص بباب النكاح وآثاره فقط دون التعرض لغيره من الأبواب.

وتختلف هذه الأطروحة عن سابقتها بأنها في باب انحلال الزواج وآثاره، فتكون مُتممةً لما بدأت به الأطروحة السابقة، وذلك بدراسة الاجتهادات القضائية في باب انحلال الزواج وآثاره، وبيان سبب اختلاف اجتهادات الغُرف القضائية فيها، والتعديلات التي طرأت على

هذه الاجتهادات، وَلَفَتِ النظر إلى ما يحتاج إلى تعديلٍ أو إعادةِ نظرٍ؛ ليكونَ هذا البحثُ إن شاء الله مَرَجِعًا في الاجتهادات القضائية المتعلقة بمحكمة النقض في هذا الباب

الثانية: رسالة ماجستير بعنوان: "ما سكت عنه قانون الأحوال الشخصية السوري في مسائل فُرَق الزواج وآثارها" للباحثة لُبابة الشُّروجي، قُدِّمت عام ٢٠١٨م، في كلية الشريعة بجامعة دمشق، بإشراف الدكتور محمد توفيق رمضان البوطي، ومشاركة الدكتور أيمن أبو العيال.

وقد اهتمَّت الباحثة في هذه الرسالة بدراسة المسائل التي ليس فيها نصٌّ قانونيٌّ، ويُسبَّب عدم ذكرها نقصًا في القانون، وبشرح المسائل المُبهِمة التي ذكرها القانون ولم يتَّضح المراد منها، ومن خلال ذلك درَسَت بعضُ الاجتهادات القضائية المتعلقة بتفسير القانون، وبيَّنت بعض الإشكاليَّات الموجودة فيها، وما رأتَه راجعًا من تلك الاجتهادات، ووجهة النظر المقترَحة لتطويرها.

وتختلف هذه الدراسة عن الرسالة المذكورة بأنَّها اختصَّت بالاجتهادات القضائية لمحكمة النقض، وبيان مدى موافقتها للفقهِ الإسلامي والنصوص القانونية، وما يحتاج منها إلى إعادة نظر، أو توحيد اجتهاد، وما هو الذي عليه العمل في هذه الاجتهادات، والنقص الوارد فيها.

بينما اختصَّت الرسالة المذكورة بدراسة النصوص القانونية، وإيضاح ما سكتت عنه هذه النصوص، وشرح المَبْهَم منها، ودراسة بعض المسائل التي تحتاج إلى نظرٍ وبحثٍ، لكن لم يَرِد فيها اجتهادٌ قضائيٌّ لمحكمة النقض.

سادسًا: منهج البحث:

- سيتّبع الباحث في هذا البحث المنهج الاستقرائي التحليلي الاستنتاجي، وذلك كما يأتي:
- أولًا: استقراء اجتهادات الغرفة الشرعية لمحكمة النقض المتعلقة بانحلال الزواج وآثاره.
- ثانيًا: دراسة هذه الاجتهادات دراسة تحليلية وبيان الرأي الفقهي والقانوني فيها.
- ثالثًا: مقارنة هذه الاجتهادات مع النصوص الفقهية وقوانين الأحوال الشخصية الأخرى إن لزم الأمر، وبيان الراجح حسب النظر في الأدلة والأحكام القضائية.
- رابعًا: صياغة النتائج التي توصل لها الباحث في مواد قانونية إذا لزم الأمر، مع تضمين هذه المواد للمقترحات والتعديلات التي يرى الباحث اعتبارها عند النظر في الحكم.
- وسينتهج الباحث في هذا البحث المنهج الآتي:
- ١- عزو كلّ مذهب إلى كتبه المعتمدة، وكلّ قولٍ إلى مصدره، مع ذكر اسم المصدر، ثم المؤلف، ثم دار النشر، والطبعة إن وُجدت، وذلك عند أوّل ورود له.
- ٢- عزو الآيات القرآنية لموضعها في القرآن الكريم، بذكر اسم السورة ورقم الآية في المتن.
- ٣- تخريج الأحاديث والآثار الواردة في البحث، مع ذكر مصدر الحديث، والكتاب والباب الذي ورد فيه، وإذا ورد الحديث في الصحيحين أو أحدهما فأكتفي بذلك، ولو لم يرد فيهما فأذكر مصدر ورودّه، وحكم العلماء عليه إن وُجد، وإن لم يُوجد فأحكم عليه وفقًا لقواعد علماء الحديث.
- ٤- ترجمة الأعلام الوارد ذكرهم في البحث عند أول ورودٍ للعلم.
- ٥- وضع مُلحق للمواد القانونية المقترح تعديلها أو إضافتها إلى قانون الأحوال الشخصية السوري؛ لتضبط الاجتهادات القضائية للمحاكم الشرعية.
- ٦- وضع فهرس للآيات والأحاديث والآثار والأعلام، ومصادر البحث، وموضوعاته.

سابعًا: خطة البحث

تتكون خطة البحث من مقدمة وفصل تمهيدي، وثلاثة أبواب رئيسية، وخاتمة

❖ **المقدمة:** وتشمل: أهمية البحث، وأسباب اختياره، وأهدافه ومشكلاته، ومنهج الباحث وخطة البحث.

• الفصل التمهيدي: نظام القضاء الشرعي والقوانين النازمة لعمله.

- المبحث الأول: التعريف بمصطلحات البحث.
- المبحث الثاني: قوانين الأحوال الشخصية التي عليها العمل في القضاء الشرعي.
- المبحث الثالث: تشكيلات محاكم الأحوال الشخصية.
- المبحث الرابع: الطعن بالحكم القضائي ومسوغاته.
- المبحث الخامس: مجالات الاجتهاد القضائي ومصادره.

❖ الباب الأول: الاجتهادات القضائية المتعلقة بالطلاق والمخالعة.

• الفصل الأول: الاجتهادات القضائية المتعلقة بوقوع الطلاق.

- المبحث الأول: وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد، وبألفاظ متفرقة.
- المبحث الثاني: طلاق المفوضة.
- المبحث الثالث: طلاق المكره.
- المبحث الرابع: طلاق الغضبان.
- المبحث الخامس: الطلاق المعلق على شرط مُضمَر.
- المبحث السادس: الطلاق عبر وسائل التواصل.

• الفصل الثاني: الاجتهادات المتعلقة بالطلاق التعسفي

- المبحث التمهيدي: مقدّمة في الطلاق التعسفي.

- المبحث الأول: الأسباب الموجبة لتعويض الطلاق التعسفي
- المبحث الثاني: استحقاق المطلقة لتعويض التعسف بعد الزواج.
- المبحث الثالث: وقوع الطلاق التعسفي بتفريق القاضي:
- المبحث الرابع: شمول الإبراء بعد الطلاق لتعويض الطلاق التعسفي.
- المبحث الخامس: عقم الزوجة.
- المبحث السادس: عدم انتهاء العدة.

● الفصل الثالث: الاجتهادات المتعلقة بالمخالعة

- المبحث الأول: مخالعة الرجل زوجته بلفظ الخلع.
- المبحث الثاني: طلاق الصغيرة على مال.
- المبحث الثالث: الرجوع عن الإيجاب في المخالعة.
- المبحث الرابع: وجوب النفقة في المخالعة.
- المبحث الخامس: عد الإبراء عن المهر في وثيقة الطلاق مخالعة.

❖ الباب الثاني: الاجتهادات القضائية المتعلقة بالتحكيم والتفريق.

● الفصل الأول: الاجتهادات المتعلقة بالتحكيم

- المبحث الأول: مقدمة في التحكيم.
- المبحث الثاني: الأسباب الموجبة لإعادة التحكيم المتعلقة بالحكمين.
- المبحث الثالث: الأسباب الموجبة لإعادة التحكيم المتعلقة بقواعد التحكيم.
- المبحث الرابع: الاجتهادات المتعلقة بعمل الحكمين.

• الفصل الثاني: الاجتهادات المتعلقة بالتفريق

- المبحث الأول: التفريق للغيبة.
- المبحث الثاني: التفريق للفقد.
- المبحث الثالث: التفريق لردة الزوجة.
- المبحث الرابع: التفريق للعلل والعيوب.
- المبحث الخامس: التفريق لمن تزوّج بكراً وظهر أنها ثيب.
- المبحث السادس: التفريق في زواج الحُبلى من الزنا.
- المبحث السابع: التفريق لعدم بلوغ السن القانونية.
- المبحث الثامن: التفريق لزواج المسلمة الصغيرة من أبوين مسيحيين.
- المبحث التاسع: التفريق للعتّة:
- المبحث العاشر: التفريق لعدم تبادل ألفاظ الإيجاب والقبول في عقد النكاح
- المبحث الحادي عشر: التفريق لاعتراض الولي:
- المبحث الثاني عشر: التفريق للعان

❖ الباب الثالث: الاجتهادات القضائية المتعلقة بآثار انحلال النكاح.

• الفصل الأول: الاجتهادات المتعلقة بالعدّة والرجعة.

- المبحث الأول: بدء العدّة في التفريق.
- المبحث الثاني: أقصى عدة غير الحامل.
- المبحث الثالث: نفقة المعتدّة.
- المبحث الرابع: المراجعة دلالة.
- المطلب الخامس: مراجعة الزوجة لزوجها.

● الفصل الثاني: الاجتهادات المتعلقة بالنسب.

- المبحث التمهيدي: حفظ النسب في الشريعة الإسلامية.
- المبحث الأول: أثر البصمة الوراثية (DNA) في إثبات النسب إلى الأب.
- المبحث الثاني: إنكار النسب لثبوت العقم.
- المبحث الثالث: إنكار النسب لإنكار الوطء المؤدي للحمل.
- المبحث الرابع: نفي النسب حال غياب الزوج.

● أولاً: النتائج

● ثانيًا: التوصيات.

● ثالثًا: الفهارس.

- فهرس الآيات.
- فهرس الأحاديث.
- فهرس الآثار.
- فهرس الأعلام.
- فهرس القوانين المقترحة.
- فهرس الموضوعات.
- فهرس المصادر والمراجع.

الفصل التمهيدي:

(نظام القضاء الشرعي والقوانين

الناظمة لعمله)

المبحث الأول: التعريف بمصطلحات البحث

المطلب الأول: تعريف الاجتهاد:

- الاجتهاد لغة: بذل الوسع في طلب الأمر، وهو افتعال من الجهد الطاقة، والمراد به: ردُّ القضية التي تُعرض للحاكم من طريق القياس إلى الكتاب والسنة^(١).
- واصطلاحًا: استفراغُ الفقيه الوسعَ ليحصلَ له ظنٌّ بحكمٍ شرعيٍّ^(٢).
- وعرفه بعضهم بأنه: استفراغُ الجهدِ وبذلُ غاية الوسع، إمَّا في استنباط الأحكام الشرعية وإمَّا في تطبيقها^(٣).

المطلب الثاني: تعريف القضاء:

- القضاء لغة: الحكم والفصل^(٤).
- واصطلاحًا: إلزام أمرٍ لم يكن لازماً قبله^(٥).
- وما تقدّم يمكن تعريف الاجتهاد القضائي بأنه: استفراغُ القاضي وسعَه في معرفة الحكم الشرعيّ وتطبيقه على الواقع تطبيقًا يؤدّي للفصل بين المتنازعين، وإلزامهم بنتيجة الحكم الشرعي^(٦).
- ويُطلق الاجتهاد القضائي في مصطلح القانونيين على: مجموعة المبادئ العامة التي تُستخلص من أحكام المحاكم عند تطبيقها للقانون فيما يُعرض عليها من منازعات للفصل فيها^(٧).

(١) ينظر: لسان العرب، لمحمد بن مكرم ابن منظور، دار صادر، بيروت، ط٣، ١٤١٤هـ، مادة (جهد): (٣/ ١٣٥).

(٢) ينظر: التعريفات، لعلي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى: ٨١٦ هـ)، الناشر، دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، الطبعة: الأولى ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م: (ص ١٠).

(٣) ينظر: أصول الفقه، لمحمد أبو زهرة، دار الفكر العربي - القاهرة: (ص ٣٧٩).

(٤) ينظر: لسان العرب: (١٥/ ١٨٦)، مادة (قضى).

(٥) ينظر: التعريفات: (ص ١٧٧).

(٦) ينظر: الاجتهاد القضائي المعاصر، ضرورته ووسائل النهوض به د. قطب الريسوني، بحث مقدم إلى ندوة القضاء الشرعي في العصر الحاضر: الواقع والآمال، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة، ١١ إلى ١٣ / ٤ / ٢٠٠٦ م: (ص ٣).

(٧) ينظر: الوافي في شرح القانون المدني، د. سليمان مرقس، منشورات مكتبة صادر، ط٦، ١٩٨٧ م: (١/ ٤٧٨).

- والمقصود بهذا المصطلح في الأطروحة: الآراء التي أخذت بها محكمة النقض في أحكامها، سواء في تفسير نصوص القانون أو فيما يلزم الأخذ به عند عدم وجود النص، سواء كان من بذل جهده في الوصول إليه هو قاضي محكمة الموضوع وأقرته عليه محكمة النقض، أو كان هيئة محكمة النقض^(١).

المطلب الثالث: تعريف النقص:

- **النقص لغة:** إفساد ما أبرم من عقد أو بناء^(٢).
- **واصطلاحاً:** هو عملية فسخ وإبطال القاضي للحكم الصادر منه أو من قاضي غيره، إذا رُفع إليه عند وجود أي سبب من أسباب ومسوغات النقص^(٣).

المطلب الرابع: معنى انحلال الزواج:

أولاً: تعريف الزواج وانحلاله:

- **الزواج لغة:** الوطاء، وقد يُطلق على العقد^(٤).
- **واصطلاحاً:** عقد يُفيد حلّ استمتاع الرجل من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي^(٥).
- **والانحلال:** من حلّ العقدة محلّها، إذا نقضها وفتحها وفكّها^(٦).
- **وانحلال الزواج:** هو إنهاؤه باختیار الزوج، أو بحكم القاضي^(٧).

-
- (١) ينظر: الاجتهادات القضائية في محكمة النقض السورية المتعلقة بالزواج وآثاره، للدكتور محمد مؤذن، ٢٠٢٠م: (ص ٢١).
- (٢) ينظر: تهذيب اللغة، لمحمد بن أحمد بن الأزهرى الهروي، أبو منصور (المتوفى: ٣٧٠هـ)، المحقق: محمد عوض مرعب، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م: (٢٤٢/٧)، مادة (نقض).
- (٣) ينظر: نقض الأحكام القضائية في الفقه: د. عبد الكريم الاحم، دار إشبيلية للنشر والتوزيع، الرياض، ط ١٩٩٨م: (١/٧).
- الاجتهادات القضائية في محكمة النقض السورية المتعلقة بالزواج وآثاره، للدكتور محمد مؤذن: (ص ٢١).
- (٤) ينظر: تاج العروس من جواهر القاموس، لمحمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى الزبيدي (المتوفى: ١٢٠٥هـ)، الناشر: دار الهداية: (١٩٥/٧).
- (٥) ينظر: الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، لمحمد بن علي بن محمد الحُصني المعروف بعلاء الدين الحصكفي الحنفي (المتوفى: ١٠٨٨هـ)، المحقق: عبد المنعم خليل إبراهيم، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى: (ص ١٧٧).
- (٦) ينظر: تاج العروس: (٣٣١ / ٢٨).
- (٧) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة بن مصطفى الزحيلي، دار الفكر - سورية - دمشق، الطبعة: الرابعة: (٩/ ٦٨٦٣).

- فیدخل فی معنی الانحلال: الطلاق، والفسخ، والمخالعة، والتفريق، وكل ما يؤدي لنقض عقدة النكاح^(١).

ثانيًا: تعريف الطلاق:

- الطلاق لغة: الطاء واللام والقاف أصلٌ صحيحٌ مُطَرَّدٌ واحدٌ يدلُّ على التخلية والإرسال^(٢).
- وشرعًا: إزالة ملك النكاح، وإنهاء الحياة الزوجية^(٣).

ثانيًا: تعريف الفسخ:

- الفسخ لغة: الفاء والسين والحاء كلمةٌ تدلُّ على نقض شيء، يقال: تفسَّخ الشيء: انتقض^(٤).
- وشرعًا: رفعُ العقد على وصفٍ كان قبْلَه بلا زيادة ونقصان^(٥).

• الفرق بين الطلاق والفسخ:

- ١- الطلاق إنهاءٌ لعقد الزواج، أمّا الفسخ فقد يكون نقضًا للعقد لخللٍ رافق نشوءه أو عارضٍ طرأ عليه، أو حادث أصاب أحد الزوجين فأعطى الآخر حقَّ الفسخ.
- ٢- فسخ عقد الزوجية يقطع الرابطة في الحال، أمّا الطلاق فقد يقطعها في الحال، وقد لا يقطعها إلّا بعد انتهاء العدة كما في الطلاق الرجعي.
- ٣- الطلاق يُنقِص من عدد الطلقات، بخلاف الفسخ فلا يُعدّ طلاقًا ولا يُنقص من عدد الطلقات.
- ٤- الطلاق لا يكون إلّا في عقد الزواج الصحيح، أمّا الفسخ فقد يكون في الزواج الصحيح وقد يكون في الفاسد^(٦).

(١) ينظر: المرجع السابق: (٦٨٦١-٦٨٦٣).

(٢) مقاييس اللغة، لأحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: ٣٩٥هـ)، المحقق: عبد السلام محمد هارون الناشر: دار الفكر، عام النشر: ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م: (٤٢٠/٣).

(٣) التعريفات: (ص ١٤١)، شرح قانون الأحوال الشخصية، للدكتور عبد الرحمن الصابوني، منشورات كلية الشريعة بجامعة دمشق - الطبعة الأولى: (١٤/٢).

(٤) مقاييس اللغة: (٥٠٣/٤)، شرح قانون الأحوال الشخصية، للصابوني: (١٤/٢).

(٥) التعريفات الفقهية، لمحمد عميم الإحسان المجددي البركتي، الناشر: دار الكتب العلمية (إعادة صف للطبعة القديمة في باكستان ١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م)، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م: (ص ١٦٤).

ثالثاً: تعريف المخالعة:

- المخالعة لغة: الإزالة، وخلع امرأته وخالعها إذا افتدت منه بإلها فطلّقها وأبأنها من نفسه^(٢).
- وشرعاً: إزالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع^(٣).
- والفقهاء مُخْتَلِفُونَ في عدّ المخالعة فسخاً، أم طلاقاً، فالجمهور على عدّها طلاقاً بائناً، واختار الحنابلة في المشهور والشافعية في القول القديم أن الخلع فسخ^(٤).

رابعاً: تعريف التفريق:

- التفريق لغة: الفاء والراء والقاف أصل صحيح يدلّ على تمييز وتزييل بين شيئين^(٥).
- وشرعاً: إيقاع القاضي للفرقة بين الزوجين وإنهاء الرابطة الزوجية جبراً عن الزوج، ويُسمّى عند القانونيين: التفريق القضائي^(٦).
- والتفريق القضائي قد يكون طلاقاً: وهو التفريق بسبب عدم الإنفاق أو الإيلاء أو للعلل أو للغيبة. وقد يكون فسخاً للعقد من أصله كما هو حال التفريق في العقد الفاسد، كالتفريق بسبب الردّة وإسلام أحد الزوجين^(٧).

(١) شرح قانون الأحوال الشخصية، للصابوني: (ص ١٤-١٥).

(٢) لسان العرب: (٧٦/٨).

(٣) موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، لمحمد بن علي الفاروقي الخنفي التهانوي (المتوفى: بعد ١١٥٨هـ)، تحقيق: د. علي دحروج، الناشر: مكتبة لبنان ناشرون - بيروت، الطبعة: الأولى - ١٩٩٦م: (١/٧٦٠).

(٤) ينظر: الاختيار لتعليل المختار، لأبي الفضل مجد الدين عبد الله بن محمود بن مودود الموصل الخنفي (المتوفى: ٦٨٣هـ)، مع تعليقات الشيخ محمود أبو دققة، الناشر: مطبعة الحلبي، تاريخ النشر: ١٣٥٦ هـ - ١٩٣٧ م: (٣/١٥٦)، التفريق في فقه الإمام مالك، لأبي القاسم عبيد الله بن الحسين ابن الجلاب المالكي (المتوفى: ٣٧٨هـ)، المحقق: سيد كسروي حسن، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م: (٢/١٥)، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، لمحيي السنة، أبو محمد الحسين بن مسعود البغوي الشافعي (المتوفى: ٥١٦ هـ)، المحقق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م: (٥/٥٥٤-٥٥٥)، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، لشمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي (المتوفى: ٧٧٢هـ)، الناشر: دار العبيكان، الطبعة: الأولى، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م: (٥/٣٦٠).

(٥) مقاييس اللغة: (٤/٤٩٣).

(٦) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته: (٩/٧٠٤١).

(٧) ينظر: المرجع السابق.

المطلب الخامس: آثار انحلال الزواج:

- المراد بذلك: الآثار المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية بين الزوجين، وتشمل: (العِدَّة - والرجعة).
- وسأدرس في هذه الرسالة إن شاء الله باب العِدَّة والرجعة إضافةً إلى باب النسب؛ لتعلّقه بمبحث التفريق للّعان، وهو من صلب الدارسة، فتكون الدارسة شاملةً لآثار انحلال النكاح، وهي أبواب: (العدة-الرجعة-النسب).

المطلب السادس: مفهوم الأحوال الشخصية:

- لم يَعْرِفَ الفقه الإسلام مفهوم الأحوال الشخصية إلا حديثاً، فقد كانت تُظَمُّ الأسرة وأحكامها وقواعدها موزعةً بين أبواب الفقه المختلفة من زواج وطلاق وميراث ونسب وهبة ووصية وميراث^(١).
- وأوّل من استعمل هذا الاصطلاح هو الفقيه المصري محمد قدري باشا^(٢)، فقد وضع مجموعة سمّاها: "الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية"، وطُبِّقَتْ في المحاكم الشرعية على أنها تمثّل الراجح من المذهب الحنفي، وتضمنت أحكام الزواج والطلاق والوصية والأهلية والميراث والهبة^(٣).

(١) ذكر الدكتور وهبة الزحيلي في الفقه الإسلامي وأدلته (٦٤٨٧/٩): أن مفهوم الأحوال الشخصية يشمل ما يأتي:

١- أحكام الأهلية والولاية والوصاية على الصغير.

٢- أحكام الأسرة من خطبة وزواج وحقوق الزوجين من مهر ونفقة، وحقوق الأولاد من نسب ورضاع ونفقات، وانحلال الزواج بإرادة الزوج كالطلاق والخلع، أو بالتفريق القضائي كالإيلاء واللعان والظهار، والتفريق للعيب والغيبه والضرر وعدم الإنفاق.

٣- أحكام أموال الأسرة من ميراث، ويسمى فقهاً (الفرائض)، ووصايا وأوقاف ونحوها مما يُعَدُّ تصرفاً مضافاً لما بعد الموت.

(٢) هو الفقيه محمد قدري (باشا) من رجال القضاء في مصر، ولد في مصر، وتعلم في القاهرة، ودخل مدرسة الألسن فأتم بها دروسه، ونبغ في معرفة اللغات، وكان مستشاراً في المحاكم المختلطة، وناظراً للحقانية، ثم وزيراً للمعارف، فوزيراً للحقانية، توفي بالقاهرة سنة (١٣٠٦)، من كتبه: "مرشد الحيران" في المعاملات الشرعية، و "الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية". ينظر: الأعلام، لخير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي (المتوفى: ١٣٩٦هـ)، الناشر: دار العلم للملايين، الطبعة: الخامسة عشر - أيار / مايو ٢٠٠٢ م: (٧/١٠-١١).

(٣) ينظر: شرح قانون الأحوال الشخصية، للصابوني: (١١/١-١٢)، الفقه الإسلامي وأدلته: (٦٤٨٧-٦٤٨٨).

- وأما مفهوم الأحوال الشخصية: فهو مجموعة القواعد التي تُحدّد علاقة الإنسان بأفراد أسرته وما يترتب عليها من آثار حقوقية والتزامات أدبية^(١).

المطلب السادس: مفهوم الطعن بالنقض.

- المراد بهذا المفهوم: أن يرفع المحكوم عليه الحكم المحكوم به إلى محكمة النقض طالباً نقضه لأسباب ترجع إلى القانون لا إلى الوقائع^(٢).

- ومحكمة النقض هي المحكمة التي تهتمّ بسير تطبيق القانون، وتدقيق الأحكام القضائية الصادرة عن محكمة الموضوع، فتتصرّ مهمتها بمراقبة سلامة الإجراءات القانونية وصحتها دون النظر في وقائع القضايا؛ لذلك لا يستطيع الطاعن التقدم أمام محكمة النقض بأية دفوعات أو أدلة جديدة لم يسبق أن أثارها أمام محكمة الموضوع^(٣).

(١) ينظر: أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، تأليف: د. عبد الرزاق السنهوري، و د. أحمد حشمت أبو سبت، مطبعة لجنة

التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، ١٩٥٠ م: (ص ١٠٦)، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، د. مصطفى السباعي، مطبعة الفردوس، الطبعة الرابعة: (٩ / ١)، الاجتهادات القضائية في محكمة النقض السورية المتعلقة بالزواج وآثاره: (ص ٢٢).

(٢) المعجم الوسيط، المؤلف: مجمع اللغة العربية بالقاهرة، (إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار)، الناشر: دار الدعوة: (٢ / ٥٥٨). وينظر: معجم اللغة العربية المعاصرة، المؤلف: أحمد مختار عبد الحميد عمر (المتوفى: ١٤٢٤ هـ) بمساعدة فريق عمل، الناشر: عالم الكتب، الطبعة: الأولى، ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م: (٣ / ٢٠٣٦)، شرح قانون الإجراءات الجنائية المصري، لمحمود نجيب حسيني، دار النهضة العربي، القاهرة، الطبعة الثالثة ١٩٩٥ م: (ص: ١٠٩١).

(٣) ينظر: الاجتهادات القضائية في محكمة النقض السورية المتعلقة بالزواج وآثاره: (ص ٢٣).

المبحث الثاني: قوانين الأحوال الشخصية التي عليها العمل في القضاء الشرعي

السوري.

المطلب الأول: تاريخ قانون الأحوال الشخصية والتعديلات التي طرأت عليه:

- لم يكن قبل عام ١٩١٧م قانونٌ للأسرة في سورية، بل كان المرجع في ذلك هو المذهب الحنفي، وكانت الأحكام القضائية في مسائل الأحوال الشخصية كغيرها من الأحكام يترافع فيها المدَّعون إلى القاضي الذي يحكم بالحكم حسب اجتهاده المستند غالباً إلى المذهب الحنفي، ويرجع في ذلك إلى كتب الفقه الحنفي المعروفة.
- وقد بقي الأمر على حاله إلى أن صدر قانون حقوق العائلة العثماني عام ١٩١٧م فقنن أكثر الأحكام المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية، لكن فاته كثير من مسائل الأحوال الشخصية، وكان في مجمله راجعاً للمذهب الحنفي وقلما يخرج عنه إلى غيره، وكان هذا القانون أول تدوين حديث لنظام الأسرة في العالم العربي^(١).
- واستمر العمل بهذا القانون في سورية حتى ١٧/٩/١٩٥٣م حيث صدر القانون المعمول به حالياً وبدأ تطبيقه في ١/١١/١٩٥٣م.
- وقد طرأ على القانون المذكور تعديلات كثيرة: كان منها تعديلاتان جوهريان:
التعديل الأول: بالقانون رقم (٣٤)، بتاريخ ٣١ / ١٢ / ١٩٧٥م، وقد عدل بموجبه ٢٨ مادة من مواد قانون الأحوال الشخصية.
التعديل الثاني: بالقانون رقم (٤) تاريخ ٧/٢/٢٠١٩م، وشمل ٧٠ مادة ما بين تعديل وإضافة.
- وقد حصلت بعض التعديلات في سنة (٢٠٠٠)، و (٢٠٠٣)، و (٢٠١٠)، و (٢٠١٢)، ولكنها كانت تعديلات طفيفة، لم تمس جوهر القانون، وبعضها شمل مادة أو مادتين من القانون^(٢).

(١) ينظر: شرح قانون الأحوال الشخصية، للصابوني: (١٤/١-١٥).

(٢) فصل هذه التعديلات الدكتور محمد مؤذن في رسالته اجتهادات محكمة النقض المتعلقة بالزواج وآثاره: (ص ٢٧-٢٨).

- وستتم في هذه الدراسة إن شاء الله مقارنة ما ذهب إليه اجتهاد الغرفة الشرعية والقانون السوري بما ذهبت إليه قوانين الأحوال الشخصية العربية، والقوانين التي ساعتمدها في المقارنة هي:
- قانون حقوق العائلة العثماني الصادر عام ١٩١٧ م.
- مصر: القانون رقم (٢٥) لعام ١٩٢٠ م، والقانون رقم (٢٥) لعام ١٩٢٩ م، والقانون رقم (١) لعام ٢٠٠٠ م.
- الأردن: قانون الأحوال الشخصية رقم (٣٦) لعام ٢٠١٠ م وتعديلاته.
- لبنان: نظام حكم الأسرة، قرار رقم (٤٦) لعام ٢٠١١ م وتعديلاته.
- العراق: قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لعام ١٩٥٩ م وتعديلاته.
- فلسطين: قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني لعام ١٩٧٦ م.
- المغرب: مدونة الأسرة رقم (٧٠.٠٣) لسنة ٢٠٠٤ م وتعديلاته.
- الجزائر: قانون الأسرة رقم (٤٨-١١) لعام ١٩٨٤ م وتعديلاته.
- تونس: قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني لعام ١٩٥٦ م.
- اليمن: قانون الأحوال الشخصية رقم (٢٠) لعام ١٩٩٢ م.
- السودان: قانون الأحوال الشخصية الصادر عام ١٩٩١ م وتعديلاته.
- السعودية: قانون الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٣) لعام ٢٠٢٢ م
- الإمارات: قانون الأحوال الشخصية الاتحادي رقم (٢٨) لعام ٢٠٠٥ م.
- قطر: قانون الأسرة رقم (٢٢) لعام ٢٠٠٦ م.
- الكويت: قانون الأحوال الشخصية رقم (٥١) لعام ١٩٨٤ م وتعديلاته.
- البحرين: قانون الأسرة رقم (١٩) لعام ٢٠١٧ م وتعديلاته.
- سلطنة عُمان: قانون الأحوال الشخصية رقم (٣٢) لعام ١٩٩٧ م وتعديلاته.
- ليبيا: قانون الأحوال الشخصية رقم (١٠) لعام ١٩٨٤ م.
- موريتانيا: مدونة الأحوال الشخصية الصادرة بالقانون رقم (٥٢) لعام ٢٠٠١ م.

المطلب الثاني: المصادر التي اعتمد عليها قانون الأحوال الشخصية:

- نصّت المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الصادر عام ١٩٥٣م على المصادر التي اعتمدتها لجنة وضع قانون الأحوال الشخصية في وضعه، وهي:
 - ١- قانون حقوق العائلة الذي جرى العمل عليه وتعارفه الناس وبُنيت عليه الاجتهادات القضائية.
 - ٢- القوانين المصرية مع بعض التعديل أحياناً، لما يوافق المصلحة المحلية (القانون رقم ٢٥ لعام ١٩٢٠م، والقانون رقم ٢٥ لعام ١٩٢٩م).
 - ٣- الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقنري باشا.
 - ٤- ما رأّت اللجنة الأخذ فيه بمذهب غير المذهب الحنفي، وما وضعته في مواد التنظيم التي لا تنافي الحكم الشرعي.
 - ٥- مشروع الأحوال الشخصية لقاضي دمشق الأستاذ الشيخ علي الطنطاوي^(١).

المطلب الثالث: القوانين التي يُعمل بها إلى جانب قانون الأحوال الشخصية:

- الذي عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية هو القانون الصادر عام ١٩٥٣م مع تعديلاته.
- ويُعمل مع هذا القانون بقوانين أخرى اختصّت في الحكم ببعض القضايا غير المنصوص عليها في قانون الأحوال الشخصية، أو بتنظيم عمل القانون، أو ببعض الأمور الإجرائية التي يجب العمل بها، وهي:
 - ١- قانون السلطة القضائية وتعديلاته، الصادر بالمرسوم رقم (٩٨)، تاريخ ١٥ / ١١ / ١٩٦١م.إذ نُظمت فيه المواد من ٣٣ إلى (٣٦) تشكيلات محاكم الأحوال الشخصية، إضافة إلى مواد أخرى لها صلة بالقضاء الشرعي.
- ٢- قانون أصول المحاكمات، رقم (١) تاريخ ٢٣ / ٣ / ١٤٣٧هـ الموافق ل ٣ / ١ / ٢٠١٦م، ونصّ على اختصاص المحكمة الشرعية في الكتاب الرابع منه (من المادة ٤٨٦ إلى ٤٩٨)، إضافة إلى تنظيمه لأصول المحاكمة في المحاكم السورية، والتي تسري على المحاكم الشرعية.

(١) ينظر: المذكرة الإيضاحية المنشورة في الجريدة الرسمية للجمهورية السورية، العدد ٦٣، تاريخ ٨ / ١٠ / ١٩٥٣م: (ص ٤٧٨٣)، شرح قانون الأحوال الشخصية، للصابوني: (١ / ٢١).

- ٣- القانون المدني وتعديلاته، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (٨٤) تاريخ ١٨/٥/١٩٤٩م.
- وُرجع للقانون المدني في قضايا الأحوال الشخصية إذا كان الطرفان أجنبيين ويخضعان في بلدهما لقانون مدني، أو إذا كانت ديانة الطرفين من غير الأديان والطوائف المُعترف بها في القانون.
- ٤- قانون البيّنات وتعديلاته، الصادر بالمرسوم التشريعي (٣٥٩) تاريخ ١٠/٦/١٩٤٧م، وُرجع إليه في بعض قضايا الأحوال الشخصية كاعتبار تقرير الحكّمين من الأسناد الرسمية، وما يرد فيه حجة حتى يثبت تزويره بالطرق المقررة قانوناً، وذلك عملاً بالمادة رقم (٦) من قانون البيّنات.
- ٥- نظام الطوائف الدينية، الصادر بالقرار (٦٠) لعام ١٩٣٦م المعروف باسم قانون الطوائف في سورية، ويُعمل به في تحديد الطوائف التي تخضع لقانون الأحوال الشخصية السوري.
- بالإضافة إلى بعض القوانين التي تصدرها وزارة العدل لضمان سير العملية القانونية بحسب الإجراءات التي تعتمدها التشريعات القضائية^(١).

(١) ينظر: الاجتهادات القضائية في محكمة النقض السورية المتعلقة بالزواج وآثاره: (ص ٣٠-٣١).

المبحث الثالث: تشكيلات محاكم الأحوال الشخصية

المطلب الأول: أقسام محاكم الأحوال الشخصية:

تنقسم محاكم الأحوال الشخصية إلى ثلاثة أقسام:

١- المحاكم الشرعية.

٢- المحاكم المذهبية.

٣- المحاكم الرُّوحية.

أولاً: المحاكم الشرعية:

- تتألف المحكمة الشرعية من قاض واحد يدعى: "القاضي الشرعي".
- وقد نصت المادة (٤٨٦) من قانون أصول المحاكمات أن المحكمة الشرعية تختص بالحكم بالدرجة الأخيرة في قضايا الولاية، والوصاية، والنيابة الشرعية، وإثبات الوفاة، وتعيين الحِصص الشرعية للورثة، والحجر وفكّه، وإثبات الرُّشد، والمفقود، والنَّسب، ونفقة الأقارب من غير الزوجين والأولاد.
- ونصت المادة (٤٨٧) أن المحكمة الشرعية تختص بالحكم بالدرجة الأخيرة في قضايا الأحوال الشخصية للمسلمين في الزواج وانحلاله، والمهر، والجهاز، والحضانة، والرضاع، والنفقة بين الزوجين والأولاد، والوقف الخيري من حيث حكمه ولزومه وصحة شروطه.
- ويدخل فيها ما إذا كان أحد الزوجين مُسلمًا والآخر غير مُسلم، فلو أسلم أحد الزوجين تُنزع سلطة المحكمة التي يتبع لها بمُجرد اعتناقه للإسلام، ويرجع الاختصاص بالحكم إلى المحكمة الشرعية، ويُصبح القرار الصادر من غيرها لاغياً غير قابل للتنفيذ^(١).

(١) أساس ٢٢٧، قرار ٢٠٥، تاريخ ٢١/٦/١٩٥٥ م.

ثانيًا: المحاكم المذهبية:

- المحكمة المذهبية للطائفة الدرزية تتألف من قاضي شرعي واحد من أبناء الطائفة الدرزية، وتتولى النظر في قضايا الأحوال الشخصية للطائفة المذكورة، ويُعين فيها القاضي الشرعي بمرسوم بعد أخذ رأي وزير العدل وموافقة مجلس القضاء الأعلى، على أن تتوافر في تعيينه الشروط الواجب توافرها في تعيين القضاة، والأحكام التي تصدرها المحكمة تخضع للطعن أمام محكمة النقض ضمن المدة والأصول المتبعة في الطعن بالأحكام الصادرة عن المحاكم الشرعية.

ثالثًا: المحاكم الروحية:

- المحكمة الروحية للطوائف غير الإسلامية، وقد أجاز المشرع لكل طائفة من الطوائف التي اعترف فيها القانون كطوائف ذات نظام شخصي أن تكون لديها محاكمها الروحية ويكون لنظامها قوة القانون.
- وقضاة المحاكم الروحية يُعيّنون وفقًا لنظام الطائفة، ولا يُشترط فيهم ما يُشترط في القاضي من شروط.
- والطوائف المُعترف بها في سورية تتبع للديانتين المسيحية واليهودية فقط بطوائفها المختلفة^(١).

المطلب الثاني: المحاكم المختصة بالأجانب، والطوائف غير المنصوص عليها في القانون.

أولًا: المحاكم المختصة بالأجانب:

- ذهب اجتهاد الغرفة الشرعية في محكمة النقض إلى أنه "إذا كان الزوج سُوريًا وقت انعقاد الزواج فالمحاكم السورية هي المختصة للنظر في الآثار التي يربتها عقد الزواج"^(٢).
- وبما أن المحاكم السورية هي صاحبة الاختصاص، فإن ما يتعلق بالأحوال الشخصية تختص به: إما المحكمة الشرعية، أو المحكمة المذهبية، أو المحكمة الروحية.
- فالمحاكم الشرعية هي المختصة لتثبيت زواج المسلم السوري من أجنبية كما قررت محكمة النقض^(٣).

(١) ينظر: الاجتهادات القضائية في محكمة النقض السورية المتعلقة بالزواج وآثاره: (ص ٣٣-٤٠).

(٢) أساس ٤١٩، قرار ٤٢٧، تاريخ ١١/١١/١٩٦٨م (المرشد في قانون الأحوال الشخصية)، للمحامي أديب استانبولي، تقديم:

سعدى أبو جيب، المكتبة القانونية - دمشق، الطبعة الثالثة ١٩٩٧م: (٢/١٢٧).

(٣) أساس ٤٧٠، قرار ٤٥٩، تاريخ ١٩/٥/١٩٧٨م (المرشد في قانون الأحوال الشخصية، ص ١٣٨).

ثانيًا: المحاكم المختصة بالطوائف غير المنصوص عليها:

- اختلف في تطبيق قانون الأحوال الشخصية على الطوائف غير المنصوص عليها في القانون (كالبهائيين، واليزيديين) وغيرهم من الطوائف، فهل يُحكّم عليهم حسب قانون الأحوال الشخصية، أم حسب القانون المدني؟ وفي المسألة اتجاهان:
- الاتجاه الأول:** أنهم يخضعون للمحاكم الشرعية، وأن قانون الأحوال الشخصية السوري يُطبّق على جميع السوريين إلا ما ورد النص باستثنائه من الطوائف اليهودية والمسيحية والدّرزية^(١).
- الاتجاه الثاني:** أنهم يخضعون للمحاكم الابتدائية، عملاً بأحكام المادة (١٤) من قانون الطوائف، والذي نصّ على أن غير المسلمين يعود النظر في أحوالهم الشخصية إلى المحاكم المدنية^(٢).
- ولعلّ الراجح هو الاتجاه الأول، ذلك أن قانون الأحوال الشخصية ينطبق على السوريين جميعًا إلا ما استثناه النصّ من الطوائف التي لا ينطبق عليها هذا القانون، فيبقى ما عداهم على الأصل، وهو دخولهم تحت القانون المنطبق على السوريين جميعًا.

(١) أساس ٤٠٣، قرار ٣٩٧، تاريخ ١١/١/١٩٨٤ م.

(٢) أساس ٨٣١، قرار ٩١٤، تاريخ ١٤/١٢/٢٠١٥ م. وينظر: الاجتهادات القضائية في محكمة النقض السورية المتعلقة بالزواج وآثاره: (ص ٣٧-٣٩).

المبحث الرابع: الطعن بالحكم القضائي ومُسوغاته

المطلب الأول: درجات التقاضي في القضاء الشرعي

- الأصل أن يكون الحكم القضائي الذي يُصدّره القاضي مؤلّفًا من درجة واحدة، فيكون حاسمًا لموضوع النزاع، ولا يُقبل الطعن فيه.
- وقد كان القضاء الشرعي سابقًا مؤلّفًا من درجة واحدة، فيُنظر القاضي في الدعوى ويُصدر الحكم النهائي، لكن هذا الحكم يبقى خاضعًا للمراقبة من قبل الخليفة أو الوالي أو قاضي القضاة.
- وبعد تعيين الإمام أبي يوسف قاضيًا للقضاة صار القضاء في الدولة حسب مذهب الدولة وهو المذهب الحنفي، ولا يُقبل القضاء بغيره، وذلك رفعًا للنزاع المترتب على اختلاف الاجتهادات في المسائل الفقهية المختلفة، ويتولّى قاضي القضاة النظر في أحكام القضاة لبيان موافقتها للمذهب الذي اعتمدته الدولة العباسية آنذاك.
- وبما أن القضاة يجوز عليهم الخطأ والغفلة ممّا يُعرّض الحكم القضائي للخطأ في الاجتهاد كان من المهمّ إتاحة النظر لمراجعة قضاء القاضي ومدى موافقة اجتهاده للصواب، فاقترضت المصلحة أن تكون المحاكم على درجات متفاوتة، بعضها أعلى من بعض، ويحقّ للمتداعين رفع الدعوى مرة ثانية أمام المحكمة العليا للنظر في القضية والحكم الصادر من المحكمة الابتدائية، ثم إقرار الحكم أو نقضه.
- وقد أخذ المشرّع السوري بمبدأ تفاوت المحاكم، فالحكم يصدر عن القاضي الشرعي بدرجة ابتدائية، ثم إن وجد أحد الأطراف خطأ في تطبيق القانون أو تفسيره عمدوا للطعن في الحكم أمام محكمة النقض للنظر في مدى موافقة الحكم للقانون، فإن وجدته المحكمة سليماً قانونياً أقرته وصار الحكم مبرماً غير قابل للنقض، وإن وجدت فيه مخالفة لأحكام القانون أو الاجتهاد المستقرّ نقضته وأعادته للمحكمة مُصدرة القرار لإعادة النظر فيه مرةً أخرى^(١).

(١) ينظر: قضاة الشرع في العصر الحاضر، د. محمد الزحيلي، بحث مقدم إلى ندوة: القضاء الشرعي في العصر الحاضر، الواقع والآمال، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة، ١٣/٤/٢٠٠٦م: (ص ٢٤)، الاجتهادات القضائية في محكمة النقض السورية المتعلقة بالزواج وآثاره: (ص ٤١-٤٢).

المطلب الثاني: حكم نقض قضاء القاضي شرعاً:

- الأصل في الشريعة الإسلامية أنَّ قضاء القاضي مُلزم للخصوم، وليس لهم الاعتراض عليه بعد الحكم على الطرفين، ولذلك نصَّ الفقهاء على القاعدة المعروفة في كتبهم: حُكْم الحاكم يَقْطَع الخلاف^(١).
- ومع ذلك فلو ثبت مخالفة الحاكم للنصوص الشرعية الواضحة وظهر خطؤه البيّن وجب نقض حكمه.
- فروى البخاري عن أبي هريرة ؓ "أن رسول الله ﷺ قال: "كانت امرأتان معهما ابناهما، جاء الذئب فذهب بابن إحداهما، فقالت لصاحبتها: إنّها ذهب بابنك، وقالت الأخرى: إنّها ذهب بابنك، فتحاكما إلى داود عليه السلام فقضى به للكبرى، فخرجتا على سليمان بن داود عليهما السلام فأخبرتا، فقال: اتئوني بالسكّين أشقّه بينهما، فقالت الصغرى: لا تفعل يرحمك الله هو ابنُها، فقضى به للصغرى"^(٢).
- قال ابن حجر^(٣): "وقد استنبط النسائي^(٤) في السنن الكبرى من هذا الحديث أشياء نفيسة فترجم «نقض الحاكم ما حكم به غيره ممن هو مثله أو أجل إذا اقتضى الأمر ذلك»"^(٥).

(١) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام، لأبي الحسن سيد الدين علي بن أبي علي النعلبي الأملدي (المتوفى: ٦٣١هـ)، المحقق: عبد الرزاق عفيفي، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق: (١/ ٢٥٣).

(٢) صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب إذا ادّعت المرأة ابناً: (٨/ ١٥٦)، رقم: (٦٧٦٩).

(٣) هو أبو الفضل شهاب الدين أحمد بن علي الكِنَاني العسقلاني، ابن حَجَر: من أئمة العلم والتاريخ. أصله من عسقلان (فلسطين)، انتهت إليه الرحلة والرئاسة في الحديث بالدنيا بأسرها، وصنّف ما يزيد على مئة وخمسين مصنّفًا، من مصنفاته: "فتح الباري شرح صحيح البخاري"، و"تقريب التهذيب"، و"نزهة النظر"، ولسان الميزان، توفي سنة (٨٣٢هـ). ينظر: سلم الوصول إلى طبقات الفحول، لمصطفى بن عبد الله القسطنطيني العثماني المعروف بـ «حاجي خليفة» (المتوفى ١٠٦٧هـ)، المحقق: محمود عبد القادر الأرناؤوط، الناشر: مكتبة إرسىكا، إستانبول - تركيا، ط: ٢٠١٠م: (١/ ١٨١-١٨٢).

(٤) هو الإمام أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي النسائي، القاضي، ولد سنة خمس عشرة ومائتين، وسمع: قتيبة، وإسحاق بن راهويه وروى عنه: أبو بشر الدولابي، وأبو القاسم الطبراني، وكان حافظ خراسان في زمانه، وإمام الناس بلا مدافعة، ومقدّمًا على كل علماء الحديث في عصره، وكان من أفقه مشايخ مصر في عصره وأعلمهم بالحديث والرجال. توفي سنة (٣٠٣هـ). ينظر: تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام، لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايَاز الذهبي (المتوفى: ٧٤٨هـ)، المحقق: الدكتور بشار عوّاد معروف، الناشر: دار الغرب الإسلامي، الطبعة: الأولى: (٧/ ٥٩-٦٠).

(٥) ينظر: السنن الكبرى، لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي (المتوفى: ٣٠٣هـ)، حققه وخرج أحاديثه: حسن عبد المنعم شلبي، أشرف عليه: شعيب الأرناؤوط، قدم له: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة: الأولى، كتاب القضاء، باب نقض الحاكم ما حكم به غيره ممن هو مثله أو أجل منه: (٥/ ٤١٠).

- فدلّ أن الحاكم إذا قضى بغير الصواب جاز نقض حكمه، بل ذهب بعضهم أنه لا ينفذ حكمه أصلاً، كما ذكر الفقيه ابن عابدين^(١) في مسألة الحكم في طلاق الثلاث أنها واحدة، فقال: "لو حكم حاكمٌ بأنها واحدة لم ينفذ حكمه؛ لأنه لا يسوغ الاجتهاد فيه فهو خلاف لا اختلاف"^(٢).

المطلب الثالث: مسوِّغات نقض الحكم القضائي في الفقه الإسلامي

- الأصل ألا يُنقض الحكم إلا بمخالفته الصريحة للنصوص والأحكام الشرعية وإجماع العلماء، لا بمجرد الظن أو تغيير الاجتهاد، فلو كان الحكم في مجال الاجتهاد، فلا يجوز نقضه من حاكم آخر؛ لأن المسائل الظنية يسوغ فيها الاجتهاد، فلا يصح نقض اجتهاد باجتهاد آخر.
- جاء في الاختيار: "وإذا رُفِعَ إليه قضاء قاضٍ أمضاه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة المشهورة أو الإجماع، وأصله: أن القاضي إذا كان ممن يجوز قضاؤه فقضى بقضية يسوغ فيها الاجتهاد لم يجز لأحد من القضاة نقضه؛ لأن الاجتهاد الثاني مثله، والأول ترجّح بالسبق لاتصال القضاء به، ولا اجتهاد مع الكتاب ولا مع السنة المشهورة، ولا مع إجماع الجمهور"^(٣).
- وزاد بعضهم نقضه بمخالفة القواعد الشرعية، فلو وجد قول شاذ في المسألة فلا يُعتدّ به.
- جاء في معين الحكام: "قد نصّ العلماء على أن حكم الحاكم لا يستقر في أربعة مواضع ويُنقض، وذلك إذا وقع على خلاف الإجماع، أو القواعد، أو النص الجليّ، أو القياس"^(٤).

فتح الباري شرح صحيح البخاري، لأبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، الناشر: دار المعرفة - بيروت، ترقيم:

محمد فؤاد عبد الباقي، تحقيق: محب الدين الخطيب، وعليه تعليقات عبد العزيز بن باز: (٥٦/١٢).

(١) هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقيّ: فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره. مولده ووفاته في دمشق من أشهر كتبه: "رد المحتار على الدر المختار" في الفقه، المعروف بحاشية ابن عابدين، و"حواش على تفسير البيضاوي" التزم فيها أن لا يذكر شيئاً ذكره المفسرون، و"مجموعة رسائل ابن عابدين"، وهي ٣٢ رسالة، و"عقود اللآلي في الأسانيد العوالي" وهو ثبته، توفي سنة (١٢٥٢ هـ). ينظر: الأعلام: (٤١-٤٢).

(٢) رد المحتار على الدر المختار = حاشية ابن عابدين، المحمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: ١٢٥٢ هـ)، الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م: (٣/٢٣٣).

(٣) الاختيار لتعليل المختار: (٨٧-٨٨).

(٤) معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، لأبي الحسن، علاء الدين، علي بن خليل الطرابلسي الحنفي (المتوفى: ٨٤٤ هـ)، الناشر: دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ، عدد الأجزاء: ١: (ص ٢٩).

- وما تقدّم من كلام الفقهاء في نقض الحكم إنّما هو على سبيل الإجمال، وإلاّ فقد يُنقض قضاء القاضي لأمر آخرى، كظهور كذب الشهود في الشهادة، أو العلم برشوته لتغيير الحكم، أو مخالفة القاضي للمذهب المعتمد في الدولة، بأن يُخالف في اجتهاده ما شرّعه الحاكم وأقرّه.
- ومن أهمّ مسوّغات نقض الحكم القضائي:
 - ١- مخالفة نصّ ثابت أو إجماع أو قياس ظاهر.
 - ٢- أن يظهر أن الشهود ممّن لا تُقبل شهادتهم.
 - ٣- أن يكون القاضي قد نسي أو أخطأ أو جهل، أو كان معروفاً بالجور والفسق.
 - ٤- أن يخالف القاضي أصول الإجراءات الشرعية^(١).

المطلب الرابع: أحكام الطعن في قرارات المحكمة الشرعية.

أولاً: تعريف الطعن بالنقض في القانون:

هو الطعن بالحكم القضائي الصادر من محكمة البداية من أجل مراجعته من الناحية القانونية لأسباب حددها المشرع على سبيل الحصر.

والمراد بهذا المفهوم: أن يرفع المحكوم عليه الحكم المحكوم به إلى محكمة النقض طالباً نقضه لأسباب ترجع إلى القانون لا إلى الوقائع.

وعليه فمحكمة النقض تقتصر مهمّتها على مراقبة سير تطبيق القانون، وتدقيق الأحكام القضائية، ولا تبحث في وقائع القضايا؛ لذلك لا يستطيع الطاعن التقدّم أمام محكمة النقض بأيّة دفعات أو أدلة جديدة لم يسبق أن أثارها أمام محكمة الموضوع^(٢).

(١) ينظر: أصول المحاكمات الشرعية الجزائية، د. أسامة الربابعة، أطروحة دكتوراه نوقشت في الجامعة الأردنية عام ٢٠٠٢م، دار النفائس - الأردن، الطبعة الأولى: (ص ٤٥٤)، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، محمد رأفت عثمان، دار البيان، الطبعة: الثانية: (ص ٥٦٤-٥٧٣)، الاجتهادات القضائية في محكمة النقض السورية المتعلقة بالزواج وآثاره: (ص ٥٠-٥١).

(٢) المعجم الوسيط، تأليف: مجمع اللغة العربية بالقاهرة (إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار)، الناشر: دار الدعوة: (٥٥٨/٢). وينظر: أصول المحاكمات المدنية (٢)، للدكتور محمد حاج طالب، ط وزارة التعليم العالي، الجامعة الافتراضية السورية: (ص ٩٤)، الاجتهادات القضائية في محكمة النقض السورية المتعلقة بالزواج وآثاره: (ص ٢٣).

ثانيًا: دائرة قضايا الأحوال الشخصية في محكمة النقض واختصاصاتها

- نصت المواد (٤٤) إلى (٤٨) من قانون السلطة القضائية على تنظيم تشكيلات محكمة النقض واختصاصاتها.
- فنصّت على أن محكمة النقض مركزها دمشق، وتؤلّف من رئيس وعدد من نواب الرئيس والمستشارين، وتقسّم محكمة النقض إلى ثلاث دوائر:
 - أ- دائرة للقضايا المدنية والتجارية.
 - ب- دائرة للقضايا الجزائية.
 - ج- دائرة لقضايا الأحوال الشخصية.
- وقرارات كل دائرة يصدرها ثلاثة مستشارين.
- وتفصل دائرة الأحوال الشخصية في:
 - أ - الطعن بطريق النقض في الأحكام والقرارات القابلة لذلك في موادّ الأحوال الشخصية.
 - ب - نقل الدعوى في موادّ الأحوال الشخصية.
 - ج - تعيين المرجع بين محاكم الأحوال الشخصية.
 - د - جميع الطلبات الأخرى الداخلة في اختصاصها بموجب القوانين النافذة.
- وللدائرة المدنية والتجارية اختصاصات منصوص عليها في قانون السلطة القضائية^(١).

ثالثًا: الأحكام التي تقبل الطعن بالنقض:

- تنص المادة (٢٥١) من القانون المتضمن أصول المحاكمات على أنه للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف أو عن المحاكم الشرعية والمذهبية أو عن محاكم الصلح في الدرجة الأخيرة.
- فالمشرّع يحدّد في هذا النص الأحكام التي تقبل الطعن بالنقض، وهي الأحكام النهائية أو الصادرة بالدرجة الأخيرة.

(١) ينظر: الاجتهادات القضائية في محكمة النقض السورية المتعلقة بالزواج وآثاره: (ص ٤٧).

- فالأصل في الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف أو المحاكم الشرعية والمذهبية أن تقبل الطعن بالنقض.
- والأصل في الأحكام الصادرة عن محاكم الصلح أنها تصدر قابلة للطعن بالاستئناف، ثم تقبل الطعن بالنقض في الدرجة الأخيرة.
- ويوجد لهذه القاعدة استثناءات تفصيلها في كتب القانون، ليس هنا محل ذكرها^(١).

رابعاً: أسباب الطعن بالنقض:

- نصت المادة (٢٥١) أصول محاكمات أن للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف أو عن المحاكم الشرعية والمذهبية أو عن محاكم الصلح في الدرجة الأخيرة، وذلك في الأحوال الآتية:
- ١- إذا صدر الحكم عن محكمة غير ذات اختصاص.
- ٢- إذا صدر الحكم نهائياً خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً وحاز قوة القضية المقضية سواء دفع بهذا أو لم يدفع.
- ٣- إذا لم يُبين الحكم على أساس قانوني بحيث لا تسمح أسبابه لمحكمة النقض أن تمارس رقابتها.
- ٤- إذا أغفل الحكم الفصل في أحد المطالب أو حكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه.
- وهذه الأسباب يعود تقديرها لهيئة محكمة النقض، فهي التي تفصل في هذه الأسباب، وتحكم وفقها بقبول الطعن أو برفضه وتصديق الحكم.
- ولا بُدّ للطاعن من أن يُبين عيوب القرار والمآخذ عليه حتى تنظر المحكمة في تلك العيوب والمآخذ وتناقشها، ولا يكفي مجرد الطعن بالقرار^(٢).
- ولو رأت للمحكمة أن الطعن كيدي فلها أن تحكم للمطعون ضده وفقاً للمادة (٢٦٥) من قانون أصول المحاكمات.

(١) ينظر: أصول المحاكمات المدنية (٢)، للدكتور محمد حاج طالب: (ص ٩٤-٩٥).

(٢) أساس ٧٣٩، قرار ٧٧٨، تاريخ ١٨/١١/٢٠١٣ م.

خامسًا: أثر الطعن بالنقض في التنفيذ:

- نصت المادة (٢٥٣) أصول محاكمات على أنه يترتب على الطعن بطريق النقض وقف تنفيذ الحكم. وينبغي الإشارة أن الطعن بالنقض هو الذي يُوقَف التنفيذ، لا كون الحكم قابلاً للطعن بالنقض، فإنه لا يَمنع التنفيذ.

سادسًا: النظر في الطعن شكلاً وموضوعًا:

- نصت المادة (٢٦٠) أصول محاكمات أن المحكمة تنظر في الموضوع شكلاً وموضوعًا.

١- الشروط الشكلية:

- فجاء في الفقرة (أ): "تنظر محكمة النقض في الشروط الشكلية وفيما إذا كان الطعن صادراً ممن له حق الطعن، فإذا لم تتوفر الشروط الشكلية قضت برفضه".
- فيتبين من خلال النص المتقدم: أن الشروط الشكلية تكمن في أمرين:
الأول: هو كون الطعن صادراً ممن له حق الطعن.

الثاني: استيفاء الطعن للشروط الشكلية.

٢- الشروط الموضوعية:

- نصّت المادة (٢٦٠) من قانون أصول المحاكمات على ما يأتي:
 - تنظر محكمة النقض وتفصل في موضوع الطعن استناداً إلى ما يوجد في الملف من الأوراق، ولا يحضر الخصوم أمامها ما لم يُنص القانون على خلاف ذلك.
 - للمحكمة أن تأذن للخصوم بتقديم بيانات جديدة لتأييد دفاعهم، ولها أن تتخذ كل إجراء يعينها على الفصل في الطعن.
 - إذا وجدت محكمة النقض أن الحكم المطعون فيه موافق للقانون رفضت الطعن.
- ونصت المادة (٢٦١) أنه "إذا قبلت المحكمة الطعن تنقض الحكم كله أو بعضه".

- ونصت المادة (٢٦٣) أنه "إذا كان الحكم لم يُنقض إلا في جزء منه بقي نافذًا في أجزائه الأخرى ما لم تكن التجزئة غير مُمكنة".
- فمحكمة النقض تنظر في موضوع الطعن وتفصل فيه استنادًا إلى ما يوجد في الملف من الأوراق، ولا يحضر الخصوم أمامها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ويجوز للمحكمة استثناءً أن تأذن للخصوم بتقديم بيانات جديدة لتأييد دفاعهم، ولمحكمة النقض أن تتخذ كل إجراء يعينها على الفصل في الطعن، فإذا وجدت محكمة النقض أن منطوق الحكم المطعون فيه موافق للقانون بحسب النتيجة فإنها ترفض الطعن.
- وإذا قبلت المحكمة الطعن فإنها تنقض الحكم المطعون فيه كله أو بعضه، وإذا كان الحكم لا يُنقض إلا في جزء منه بقي نافذًا في أجزائه الأخرى ما لم تكن التجزئة غير مُمكنة.

سابعًا: الآثار الناتجة عن نقض الحكم:

- تنص المادة (٢٦٣) من قانون أصول المحاكمات على أن المحكمة لو حكمت بقبول الطعن، فيترتب على ذلك نقض الحكم وإلغاء جميع الأحكام والإجراءات اللاحقة للحكم المنقوض متى كان ذلك الحكم أساسًا لها.
- وتنص المادة (٢٦٤) أن محكمة النقض لو حكمت برفض الطعن فإن الحكم يُصدّق ويُحكّم على الطاعن بالمصاريف والتأمينات^(١).

(١) ينظر: أصول المحاكمات (٢)، د. محمد حج طالب: (٩٦-١١٢). وقد فصل في كتابه في أحكام الطعن بالنقض وشروطه والنتائج المترتبة عليه تفصيلًا وافيًا يرجع عليه من أراد الاستزادة.

المبحث الخامس: مجالات الاجتهاد القضائي ومصادره

المطلب الأول: مجالات الاجتهاد القضائي للغرفة الشرعية:

- يلجأ القاضي إلى الاجتهاد في أربعة أحوال:

أولاً: الخطأ المادي في نص القانون:

- وذلك إذا وُجد خطأ في نص المادة القانونية فيأتي الاجتهاد ليصحح الخطأ.
- مثاله: ما جاء في نص المادة / ٩٤ / "كل طلاق يقع رجعيًا إلا المكمل للثلاث، والطلاق قبل الدخول، والطلاق على بدل، وما نصّ على كونه بائنًا في هذا القانون".
- فحصر القانون الطلاق البائن بهذه الثلاث خطأً في النص القانوني؛ لأن منها ما يقع طلاقاً بائناً، وليس أحد هذه الثلاث، وهو اللعان، فإنه يقع به طلاق بائن، كما جاء في اجتهاد الغرفة الشرعية "أن الحكم بالتفريق للعان طلاق بائن وليس فرقة مؤبّدة"^(١).
- وقد اتفق الفقهاء جميعاً على أن الفرقة للعان إمّا طلاق بائن، وإمّا فسخّ، فيكون حصر القانون للطلاق البائن بالأنواع الثلاثة خطأً في النص القانوني، ووجب تعديل المادة وإضافة الفرقة للعان.

ثانياً: الغموض أو الإبهام:

- وذلك إذا كانت العبارة مجمّلة، أو كانت واضحة لكن تحتل أكثر من تفسير.
- مثاله: ما جاء في المادة / ١١٧ / ما نصه: "إذا طلق الرجل زوجته بإرادته المنفردة دونها سبب معقول، من غير طلب منها استحققت تعويضاً من مطلقها لا يتجاوز نفقة ثلاث سنوات لأمثالها".
- وهذا ما يُسمّى في القانون بـ "تعويض الطلاق التعسفي"، أو "تعويض التعسف في الطلاق".
- فالقانون ذكر استحقاق الزوجة للتعويض إذا طلقها زوجها دون سبب معقول، لكن لم يُبيّن القانون الأسباب المعقولة للطلاق، فهل يُعدّ من التعسف في الطلاق تطليق الزوجة لكونها عقيمًا؟ أو لخروجها من البيت دون إذنه؟ ونحو ذلك ممّا يرجع إلى اجتهاد المحكمة ولا نصّ فيه.

(١) أساس ٤٤٣، قرار ٤٤٣، تاريخ ٣١ / ٨ / ١٩٧٢ م، (الأحكام القضائية في ظل قانون الأحوال الشخصية تشريعاً، نقضاً،

اجتهاداً، قضاء، لمحمود زكي شمس، مطبعة الداودي بدمشق - الطبعة الأولى، ص ١٤٢٥).

ثالثاً: النقص أو السكوت:

- وذلك إذا جاءت عبارة النص القانوني ناقصةً أو سكت القانون عما ينبغي عليه بيانه.
- مثاله: ما جاء في المادة /١١٨/: " إذا ادّعى البلوغ بعد إكماله الخامسة عشرة أو المراهقة بعد إكمالها الثالثة عشرة وطلبوا الزواج يأذن به القاضي إذا تبين له صدق دعواهما واحتمال جسيهما".
- فالنص القانوني سكت عن زواج من دون الثالثة عشرة للزوجة، ودون الخامسة عشر للزوج، فهل زواجهما صحيح بإذن الولي، أم ينعقد موقوفاً حتى بلوغهما أم باطلاً؟^(١)

رابعاً: التناقض أو التعارض:

- وذلك إذا جاء نصّ قانونيٌّ مخالفاً لنصّ قانوني آخر في نفس الموضوع.
- مثاله: ما تقدم ذكره في تطبيق قانون الأحوال الشخصية على الطوائف غير المنصوص عليها في القانون (كالبهائيين، واليزيديين).
- فذهب القانون في المادة (٣٠٦) إلى أن قوانين الأحوال الشخصية تُطبّق على جميع السوريين ما عدا ما تستثنيه المادتان (٣٠٧) و (٣٠٨) المختصّتان بأحكام الطائفة اليهودية والمسيحية والدّرزية.
- وذهب قانون أصول المحاكمات رقم (١) لعام ٢٠١٦م في المادة (٤٨٧) منه إلى أن اختصاص المحكمة الشرعية في قضايا المسلمين فقط، وهذا يعني أن قوانين الأحوال الشخصية لا تنطبق على غير المسلمين، بل تنطبق عليهم أحكام المادة (١٤) من قانون الطوائف التي تنصّ على أن من ليس من مذاهب المسلمين يعود النظر في أحوالهم الشخصية إلى المحاكم المدنية.
- ووظيفة القاضي الشرعي الاجتهاد في فهم القانون وإزالة التعارض بين نصوص المواد القانونية للوصول إلى الحكم الصواب في القضية المعروضة عليه.

(١) وقد اختلفت الاجتهادات في ذلك، فجاء في اجتهاد الغرفة الشرعية أساس ١٥٨، قرار ١٤٩، تاريخ ٢٠/٤/١٩٦٨م أن "زواج الفتى قبل بلوغه الخامسة عشر مع ادّعائه البلوغ وتبين صدق دعواه يكون زواجا فاسدا... ويجب على الزوجين المتاركة". وخالفه اجتهاد آخر للغرفة أساس ٨٣٢، قرار ٣٧٤، تاريخ ٢٦/٨/١٩٦٨م فيه أن "تصادق الطرفين على قيام الزوجية الصحيحة يجعل عقد الزواج صحيحا، ولو كانت الزوجة في تاريخ إنشائه لم تتم الثالثة عشرة". ويأتي تفصيل هذه المسألة في محله.

المطلب الثاني: المصادر التي عُنيت بذكر الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض:

- المصادر الرئيسية التي ذُكرت الاجتهادات القضائية للغرفة الشرعية لمحكمة النقض والهيئة العامة والتي لها مصادر عديدة، واعتمد الباحث منها مصدرين رئيسيين:

أولاً: أرشيف محكمة النقض في وزارة العدل:

- اعتمد الباحثُ أرشيفَ محكمة النقض المحفوظة في وزارة العدل مصدرًا رئيسًا في معرفة اجتهادات الغرفة الشرعية لمحكمة النقض، وقد تقدّم الباحثُ بطلب إلى وزير العدل للدخول إلى أرشيف محكمة النقض والإطلاع على الاجتهادات المحفوظة في الأرشيف لدراسة الاجتهادات المتعلقة بهذا البحث، وبعد أن تمت الموافقة قام الباحثُ بجمع عدد كبير جدًا من الاجتهادات المتعلقة بانحلال الزواج وآثاره من عام ١٩٥٣م إلى عام ٢٠٢٣م، ثم دراسة ما يتعلّق منها بالرسالة دراسة فقهية قانونية.
- ثانيًا: الكتب والمجلّات التي عُنيت بذكر الاجتهادات القضائية للغرفة الشرعية في محكمة النقض.

- ومن أهم هذه الكتب التي استقرّأها الباحث واستخرج ما فيها من اجتهادات.

١- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في قضايا الأحوال الشخصية منذ عام ١٩٥٣م إلى عام ١٩٧٠م، قام بوضعه المكتب الفني في محكمة النقض بوزارة العدل السورية.

٢- المرشد في قانون الأحوال الشخصية، من إعداد المحامي أديب استانبولي، والكتاب مؤلّف من ثلاثة مجلّات، ومن أهمّ الكتب التي استفدتُ منها في معرفة الاجتهادات القضائية المنشورة، خاصة الجزء الثاني منه.

٣- المبادئ القانونية التي قررتها الغرف الشرعية لمحكمة النقض السورية في قضايا الأحوال الشخصية من عام ١٩٥٣م إلى عام ١٩٧٦م، من إعداد المحامي عزة ضاحي.

٤- الوافي في قضاء الأحوال الشخصية من عام ١٩٧٠م إلى عام ١٩٩٢م، من إعداد المحامي محمد أحمد عبد الرحمن.

٥- الوافي في قضاء الأحوال الشخصية من عام ١٩٩٢م إلى عام ٢٠٠٥، من إعداد المحامي محمد أحمد عبد الرحمن.

٦- الأحكام القضائية في ظل قانون الأحوال الشخصية، تشريعاً، نقضاً اجتهاداً، قضاءً، من إعداد

المحامي محمود زكي شمس، وهو مؤلف من ثلاثة مجلدات، وهو من الكتب المهمة في دراسة

الاجتهادات، فهو يتعرض لكثير من الاجتهادات بالبحث والدراسة والمناقشة، ولا يكتفي

بسردها والمرور عليها.

٧- مجلة القانون، هي مجلة دورية غير منتظمة يصدرها المكتب الفني بوزارة العدل، وتُعنى بذكر

اجتهادات مختارة لمحكمة النقض السورية بغرفها المختلفة، إضافة إلى القوانين والمراسيم،

ودراسة بعض المسائل القانونية والتشريعات الجديدة والقديمة.

٨- مجلة المحامون، وهي مجلة دورية تصدرها نقابة المحامين السورية بإشراف نقيب المحامين،

ويذكر فيها أفضية المحاكم المختلفة.

وقد أشار عليّ بالرجوع إلى كثير من هذه المراجع وغيرها، ويسّر لي طريق الوصول إليها حضرة

المشرف المشارك الدكتور «محمد مؤذن» جزاه الله خيراً.

المبحث السادس: إلزامية الاجتهاد القضائي والعدول عنه:

المطلب الأول: إلزامية الاجتهاد القضائي:

- ذكرت المادة الأولى من القانون المدني السوري مصادر التشريع على سبيل الحصر، فنصت على الآتي:
١- "تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها.
٢- إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد بمقتضى العرف، وإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".
- ولم ينص القانون على عدّ "الاجتهاد القضائي" مصدراً من مصادر القانون، فهو ليس منها.
- لكن يُعدّ الاجتهاد القضائي من المصادر التفسيرية، وهو من نتائج مبدأ الفصل بين السلطات، وبصورة خاصة؛ الفصل بين السلطتين التشريعية والقضائية.
- وهذا الاجتهاد القضائي من الوجهة العملية يتمتع بقوة إلزامية لا تقل شأنًا وأثراً عن تلك القوة التي تتمتع بها المصادر الرسمية للقانون.
- ويعود السبب في هذه القوة الإلزامية من الوجهة العملية إلى عاملين رئيسين:
أولهما: حرص المحاكم على أن تلتزم في القضايا الماثلة للاجتهاد نفسه، وأن تتجنب تعديل هذا الاجتهاد بصورة مستمرة لئلا توصف بالتردد وعدم الاستقرار، بل وبالتحيز في بعض الأحيان.
ثانيهما: وجود تسلسل بين أنواع المحاكم ينتهي بمحكمة النقض، والتي تتولّى توحيد الاجتهاد في البلد الواحد، مما يدفع سائر المحاكم على مختلف أنواعها إلى أن تتقيّد بما يصدر عن محكمة النقض هذه من اجتهادات وأن تتوافق معها في أحكامها لئلا تكون هذه الأحكام عرضة للنقض والرد^(١).
لكنّها تبقى تحت درجة النص القانوني؛ إذ إن محكمة النقض قد تقبل الاجتهاد المخالف لاجتهاد قبله إذا وُجد مبرر شرعي أو قانوني أو عرفي، ولا تقبل الاجتهاد المخالف للنص القانوني.

(١) ينظر: مدخل إلى علم القانون، د. محمد سامر عاشور، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، عام ٢٠١٨م: (ص ١٤٣ -

١٤٤)، الاجتهادات القضائية في محكمة النقض السورية المتعلقة بالزواج وآثاره: (ص ٧٦).

المطلب الثاني: العدول عن الاجتهاد القضائي:

- أولاً: مفهوم العدول عن الاجتهاد القضائي:

الحكم القضائي الذي يصدر من قبل القضاء، قد يشوبه الخطأ والقصور؛ لأنه من أعمال البشر، والمفترض أن تقوم المحاكم بتصحيح الأحكام الخاطئة؛ لذا يعدُّ العدول الوسيلة الصحيحة التي تساعد القاضي في القيام بهذه المهمة، وأيضاً لمواكبة التطورات التي تحصل في المجتمع من النواحي الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، وهذا ما يدفع القاضي في الظروف والحالات المختلفة إلى العدول عن حكمه السابق، لتعديل ما يحتاج منها الى تطوير حيث إنه يعد وسيلة لإعادة تفسير النصوص التي لم تعد تلائم الواقع المستجد^(١).

- فالاجتهاد القضائي هو تفسير للنص، ولذلك ينبغي أن يتمتع بالمرونة التي تتيح له التغير إذا ما وُجدت الأسباب الداعية له.

- فإن ظهرت حاجة داعية إلى مخالفة اجتهاد سابق فليس في ذلك حرج، لكن ينبغي النص على مخالفة الاجتهاد المذكور للاجتهاد الذي قبله.

- مثال ذلك: ما جاء في اجتهاد للغرفة الشرعية من كون عقم الزوجة سبباً مشروعاً للطلاق، فقد جاء في اجتهاد سابق أن عقم الزوجة سبب مشروع للطلاق، لكن عدل عن هذا الاجتهاد إلى اجتهاد آخر ذكر فيه أن العقم ليس سبباً مشروعاً لطلاق الزوجة.

- ونص الاجتهاد^(٢): "وكانت المحكمة قد ذكرت في أسباب الحكم أن الاجتهاد قد استقر على أن عقم الزوجة سبب مشروع للطلاق، وكل ما ذكرته المحكمة هو اجتهاد قديم ورد في قرارين: الأول، برقم (٣٩٤)، تاريخ ١٠/٥/١٩٦٦م، والآخر برقم (٥٠٨)، تاريخ ١٦/١١/١٩٦٧م، غير أن هذا الاجتهاد معدول عنه في القديم، والذي عليه الاجتهاد المستقر هو أن عقم الزوجة ليس سبباً

(١) ينظر: دور العدول عن الاجتهاد القضائي في استقرار الأحكام القضائية، لـ ميري كاظم الخيكاني، وهاجر عبد العظيم عنبر، بحث منشور في جامعة بابل، كلية القانون، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد ١٦، العدد الثاني: (ص ١٤٤٦).

(٢) أساس ٤٤٠، قرار ٨٧٤، تاريخ ١٦/١٢/١٩٨٩م، (الوافي من عام ١٩٧٠م إلى عام ١٩٩٢م، دار النابغة للدراسات والنشر، دون طبعة وتاريخ، ص ٣٥٨-٣٥٩).

مشروعاً للطلاق، وهو أولى بالاتباع؛ لأن الزوج يستطيع أن يتزوج الولود متى شاء، وله في الشريعة أن يعدّد الزوجات على أن يعدل بينهن في المعاملة والنفقة".

- لكن يبقى هناك معوّق في معرفة الاجتهادات القضائية التي عليها العمل، والاجتهادات القضائية المعدّول عنها، فإن كثيراً من القضاة يحكم بمقتضى اجتهاد قد تمّ العدول عنه، ولم يطلع على الاجتهاد السابق الذي صار عليه العمل.

- ولذلك يرى الباحث إصدار هيئة قضائية تُعنى بتوحيد الاجتهادات المختلفة، أو إنشاء موقع إلكتروني يهتم ببيان الاجتهادات الحديثة والاجتهادات المعدّول عنها، أو نشر كتاب يتعلّق بالاجتهادات القضائية المتناقضة وما عليه العمل منها، ويكون مرجعاً للقضاة، بحيث لا يُعذر أحدٌ في قضائه بالاجتهاد المعدّول عنه بعد نشر هذا الكتاب، وإلزام القضاة بالاطّلاع عليه قبل إصدار الحكم القضائي.

الباب الأول:

{ الاجتهادات القضائية

المتعلقة بالطلاق }

الفصل الأول:

(الاجتهادات القضائية

المتعلّقة بوقوع الطلاق)

المبحث الأول: وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد، وبألفاظ متفرقة:

المطلب الأول: بيان المسألة:

- ذهب القانون السوري المعدل لعام ٢٠١٩ م في المادة /٩٢/ إلى التفريق بين الطلاق المكرّر والطلاق بلفظ الثلاث^(١).
- وجاء في نص المادة /٩٢/ من قانون الأحوال الشخصية السوري:
 - الطلاق المقترن بعدد أو إشارة لا يقع إلا واحدًا.
 - يقع الطلاق المكرّر في المجلس بعددٍ إلا إذا قُصد به التأكيد فيقع واحدًا.
- ووافقه اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض.
- فقد جاء في اجتهاد الغرفة الشرعية ما نصه: "لما كان الطاعن وبجلسة ١١/٣/٢٠٢٠م، ومن خلال استجوابه أقرّ بأنه أوقع الطلاق بلفظ الثلاث وقد كان قاصدًا إنهاء الحياة الزوجية بشكل كامل ... وكان من الواضح من خلال استجواب الطاعن المذكور أنّما أنه قصد إعفاء الحياة الزوجية بشكل كامل، الأمر الذي يجعل القرار الطعين قد جاء صحيحًا وموافقًا للقانون ولا تنال منه مطاعن الزوج لجهة كون الطلاق ثلاثًا وبائناً بينونة كبرى"^(٢).
- وبهذا أخذ قانون الأحوال الشخصية السوداني^(٣)، والجزائري^(٤).
- وأمّا القانون السوري قبل التعديل فنصّ في المادة المذكورة على أن الطلاق المقترن بعددٍ أو إشارة لا يقع إلا واحدًا، ولم يُنصّ على حكم الطلاق المكرّر، وكان قياسه على الطلاق المقترن بعدد من اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض.

(١) الطلاق المكرّر: هو قول الرجل لامرأته أنت طالق، طالق، طالق، بتكرار لفظ الطلاق.

والطلاق بلفظ الثلاث: هو قول الرجل لامرأته أنت طالق ثلاثًا، دون تكرار لفظ الطلاق.

(٢) اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض السورية، أساس ١٣٤٧، قرار ١٤٦٧، لعام ٢٠٢٠م.

(٣) مادة (١٣٠-١٣١) من قانون الأحوال الشخصية السوداني.

(٤) ينظر: المادة (٥١) من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠م، المعدل بالقانون ١٠٠ لعام ١٩٨٥م.

- وجاء في اجتهاد للغرفة الشرعية: ما نصّه: "لما كانت المادة (٩٢) من قانون الأحوال الشخصية نصّت على أن الطلاق المقترن بعدد أو إشارة لا يقع إلا واحداً، ولما كان هذا النص وإن كان أقرب للدلالة على قصد الطلاق المقترن باسم العدد فإنه غير بعيد الدلالة على لفظ الطلاق المكرر الواحد تلو الآخر لما بين القوانين من تشابه في المعنى والغاية والقصد"^(١).
- وفي اجتهاد الغرفة الشرعية هنا نظر لأمرين:
- الأول: أن النصّ سكت عن الطلاق المكرر، وقد نصّت المادة (٣٠٥) على أن ما سكت عنه النص يُرجع فيه إلى المذهب الحنفي، وهو يعدّ الطلاق المتكرّر واقعاً بعدد الطلقات.
- الثاني: أن المادة (٨٦) من قانون الأحوال الشخصية نصت أن محل الطلاق هو المرأة التي في نكاح صحيح، أو المعتدة من طلاق رجعي، فإذا طُلِّقت المرأة ثلاثاً فينبغي أن يقع عليها الطلاق؛ لأن الطلقة الثانية والثالثة وقعت على الزوجة وهي في العدة، فينبغي أن يقع عليها الطلاق ثلاثاً وفقاً لصريح هذه المادة^(٢).
- وقد جاء اجتهادُ الغرفة الشرعيّة خالف فيه النصّ القانوني واعتدّ بوصف الطلاق بالعدد.
- وجاء في نص الاجتهاد: وكان المميّز قد أقرّ في جلسة ١٩٥٤/٥/١ م بأنه طلق المميز عليها في ١٨/١٠/١٩٥٣ م وعاد في تذكرته المؤرخة في ١٢/٦/١٩٥٤ م فوضح بأن هذا الطلاق كان طلاقاً موصوفاً بالعدد الذي يفيد الثلاثة ممّا لم يعد من الجائز بحث موضوع اللعان والتحقيق فيه، لذلك تقرر بالأكثرية تصديق الحكم المميّز"^(٣).
- فيظهر من الاجتهاد أنه اعتدّ بوصف الطلاق بالثلاثة، وهو اجتهادٌ مشكّلٌ مخالفٌ للنصّ القانوني، وهو وإن كان موافقاً للمذهب الحنفي لكنّه معارضٌ لصريح القانون الذي نصّ أن الطلاق المقترن بعددٍ لا يقع إلا واحداً.

(١) أساس ١١٠، قرار ١٣٢، تاريخ ١١/٤/١٩٥٧ م.

(٢) ينظر: شرح قانون الأحوال الشخصية، للصابوني: (ص ١٩-٢٤).

(٣) أساس ٢٢، قرار ٢٩، تاريخ ٣١/١/١٩٥٥ م.

المطلب الثاني: الرأي الفقهي في المسألة:

- اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أقوال:

- القول الأول: وقوع الطلاق بلفظ الثلاث، سواء كان بلفظ واحد أو بالفاظ متفرقة، وهو قول الجمهور من المذاهب الأربعة، ونُقِلَ عن كثير من الصحابة والتابعين^(١)، ونقل بعضهم الإجماع عليه^(٢)، وبه أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري قبل عام (١٩٥٣) م^(٣).
- واستدلوا بأن الشرع لم يُفَرِّق بينهما، وقد وقع طلاق الثلاث في عهد النبي ﷺ ثلاثاً ولم يستفسر هل وقع مُفَرَّقاً أم مجموعاً؟ فدل ذلك أن هذا الفرق غير مؤثر في وقوع الطلاق.
- ولأن النكاح مِلْكٌ يصحّ إزالته متفرقاً، فصَحَّ مُجْتَمِعاً، وقد أوقعه من يملكه فلزم وقوعه^(٤).
- جاء في الهداية: "وطلاق البدعة أن يُطَلَّقَ ثلاثاً بكلمة واحدة، أو ثلاثاً في طهر واحد، فإذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصياً"^(٥).
- وجاء في المعونة: "كقوله: أنت طالق ثلاثاً، فهذا لا يُخْتَلَفُ في وقوع الثلاث ... فإذا قال: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق ونوى التأكيد، لم تقع إلا واحدة وإن نوى التكرار ووقوع الثلاث وقعت"^(٦).

(١) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي: (٦٩٢٧/٩).

(٢) ينظر: الإقناع في مسائل الإجماع، لعلي بن محمد بن عبد الملك الكتامي الحميري الفاسي، أبو الحسن ابن القطان (المتوفى:

٦٢٨هـ)، المحقق: حسن فوزي الصبيدي، دار الفاروق الحديثة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤ م: (٣٦/٢).

(٣) ينظر: اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض السورية، أساس ٣٠١، قرار ٢٩٤، ٢٥/٦/١٩٦٧ م.

(٤) ينظر: المغني، لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد ابن قدامة الجعافيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة

المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، الناشر: مكتبة القاهرة، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨ م: (٣٧٠/٧)، الجامع

لأحكام القرآن = تفسير القرطبي، لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى: ٦٧١هـ)،

تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية - القاهرة، الطبعة الثانية ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤ م: (٣/١٢٩-١٣٠).

(٥) الهداية في شرح بداية المبتدي، لأبي الحسن برهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني (المتوفى: ٥٩٣هـ)،

المحقق: طلال يوسف، الناشر: دار احياء التراث العربي - بيروت - لبنان: (٢٢١/١).

(٦) عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، لأبي محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس السعدي الهالكي (المتوفى:

٦١٦هـ)، تحقيق: أ. د. حميد بن محمد حمر، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الأولى: (٥١١-٥١٢، ٥٢٨).

- وجاء في التنبيه: "فإن أراد الطلاق فالأفضل أن لا يُطْلَقَ أكثرَ من طَلْقَةٍ، وإن أراد الثلاثَ فالأفضلُ أن يُفَرِّقَهَا؛ فيُطْلَقَ في كُلِّ طُهْرٍ طَلْقَةً، فإن جَمَعَهَا في طُهْرٍ واحدٍ جاز" (١).
- وجاء في المغني: "ولو طَلَّقَهَا ثلاثًا في طُهْرٍ لم يُصِبْهَا فيه، كان أيضًا للسُّنَّةِ ... وإن طَلَّقَ ثلاثًا بكلمةٍ واحدةٍ وقع الثلاث، وحرِّمَتْ عليه حتى تَنكِحَ زوجًا غيره، ولا فرق بين قبل الدخول وبعده" (٢).
- القول الثاني: أنها لا تقع بل تُردُّ؛ لأنها بدعةٌ مُحَرَّمَةٌ، والبدعة مردودة، وقيل: هذا قول الرافضة (٣).
- واستدلوا بقوله ﷺ: "من عَمِلَ عملاً ليس عليه أمرٌنا فهو ردٌّ" (٤).
- القول الثالث: أنه يقع به واحدة رجعيةً، وهذا وارد عن ابن عباس رضي الله عنهما، واختاره ابن تيمية (٥)، وتلميذه ابن القيم (٦).

-
- (١) التنبيه في الفقه الشافعي، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي (المتوفى: ٤٧٦ هـ)، إعداد: مركز الخدمات والأبحاث الثقافية، الناشر: عالم الكتب، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م: (ص ١٧٤).
- (٢) المغني، لابن قدامة: (٣٦٨/٧ - ٣٧٠).
- (٣) ينظر: زاد المعاد في هدي خير العباد، لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد، شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١ هـ)، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، الطبعة: السابعة والعشرون: (٥/٢٢٦).
- (٤) المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ = صحيح مسلم، لأبي الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (المتوفى: ٢٦١ هـ)، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور (٣/١٣٤٣)، رقم: (١٧١٨).
- (٥) هو العلامة شيخ الإسلام تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية الحرَّاني الحنبلي، أحد الأعلام، صاحب التصانيف الكثيرة التي تزيد على ستائة مجلد، وكان إمامًا في العلوم النقلية والعقلية، حافظًا للحديث، آية في التفسير والأصول، فصيح اللسان، من مصنفاته: "الفتاوى"، و"منهاج السنة"، و"درء تعارض العقل والنقل"، وغير ذلك، توفي محبوسًا بقلعة دمشق، سنة (٧٢٨ هـ) عن ست وسبعين سنة. ينظر: سلم الوصول إلى طبقات الفحول: (١/١٦٣-١٦٤)، الأعلام: (١/١٤٤).
- (٦) هو أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر الزُّرْعِي الدمشقيّ، مولده ووفاته في دمشق، تتلمذ لشيخ الإسلام ابن تيمية حتى كان لا يخرج عن شيء من أقواله، ويتنصر له في جميع ما يصدر عنه، وهو الذي هذب كتبه ونشر علمه، وكان عابدًا زاهدًا حسن الخلق محبوبًا عند الناس، كثير التصانيف، من مصنفاته: "إعلام الموقعين"، و"الطرق الحُكْمِيَّة"، و"زاد المعاد"، و"مدارج السالكين". توفي سنة (٧٥١ هـ). ينظر: الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد ابن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢ هـ)، المحقق: مراقبة / محمد عبد المعيد ضان، الناشر: مجلس دائرة المعارف العثمانية - حيدر آباد/ الهند، الطبعة: الثانية: (٥/١٣٧-١٤٠)، الأعلام: (٦/٥٦).

- واستدلوا بما روي عن ابن عباس رضي الله عنه، قال: " كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ، وأبي بكر، وستين من خلافة عُمَر طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: إن الناس قد استعجلوا في أمر قد كانت لهم فيه أناة، فلو أمضيناه عليهم، فأْمضاه عليهم" (١).
- وقالوا بأنه في طلاقه قد خالف فيرد إلى السنة، فإن الله تعالى لم يقل: الطلاق طَلَقَتان، بل قال: مرَّتان فإذا قال لامرأته: أنت طالق اثنتين، أو ثلاثاً، أو عشراً، أو ألفاً لم يكن قد طَلَّقَهَا إِلَّا مرةً واحدة (٢).
- وبه أخذ قانون الأحوال الشخصية المصري (٣)، والعراقي (٤)، والسعودي (٥)، والمغربي (٦)، والإماراتي (٧).
- ويلاحظ ممَّا تقدَّم أن الفقهاء لم يُفرِّقوا بين الطلاق الموصوف بعدد وبين الطلاق بألفاظٍ متفرقة، بل كان الحكم عندهم واحداً، سواء من قال منهم بوقوعه ثلاث طَلَقَات، أو بوقوعه طَلَقَةً واحدة.

المطلب الثالث: رأي قوانين الأحوال الشخصية:

- ذهب بعض القوانين العربية منها القانون السوري بعد التعديل (٨)، والقانون السوداني (٩)، والقانون الجزائري (١٠) إلى التفريق بين الطلاق المكرر وطلاق الثلاث.
- وسكتت بعض القوانين عن حكم الطلاق المكرر، ومنهم القانون الليبي (١١)، والكويتي (١٢).

(١) صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب طلاق الثلاث، (٢/١٠٩٩)، رقم: (١٤٧٢).

(٢) انظر: مجموع الفتاوى، لأبي العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (المتوفى: ٧٢٨هـ)، المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، عام النشر: ١٤١٦هـ/١٩٩٥م: (٣٣/١٢)، زاد المعاد: (٥/٢٢٧).

(٣) مادة (٣).

(٤) مادة (٣٧).

(٥) مادة (٨٤).

(٦) مادة (٧٣).

(٧) مادة (١٠٣).

(٨) مادة (٩٢).

(٩) مادة (١٣٠-١٣١).

(١٠) مادة (٥١).

(١١) مادة (٣٨).

- وذهبت أكثر القوانين إلى عدم التفريق بين الطلاق المكرّر والمقترن بعدد، وإيقاع طلاق واحدة بهما.

المطلب الرابع: الترجيح:

- يرى الباحث أن الراجح خلاف ما ذهب إليه القانون السوري بعد التعديل، وأن الصواب عدم التفريق بين الطلاق المكرّر والطلاق المقترن بعدد؛ إذ إنّ الفقهاء الذين اختلفوا في إيقاع الطلاق لم يُفرّقوا بينهما، سواءً من قال منهم بوقوعه ثلاث طلاقات أو طلاق واحدة، فالقول بالتفريق بينهما لم يقل به أحد من الفقهاء، فكان الحكم فيهما واحداً.

- ويُضاف إلى ذلك أنه لو كان وجه للتفريق بينهما لكان الطلاق المقترن بعدد أولى بالوقوع من الطلاق المكرّر؛ لأن الطلاق المقترن بعدد صريح في الدلالة على الثلاث، بخلاف الطلاق المكرّر، فقد يدلّ على الثلاث وعلى الواحد؛ ولذلك نُقل عن ابن سريج^(٢) أنه قال في تأويل حديث ابن عباس: يمكن أن يكون ذلك إنما جاء في نوع خاص من الطلاق الثلاث، وهو أن يُفرّق بين الألفاظ، كأن يقول: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، وكان الناس في عهد رسول الله ﷺ وعهد أبي بكر رضي الله عنهما على صدقهم وسلامتهم، فكانوا يُصدّقون أنهم أرادوا به التأكيد ولا يريدون به الثلاث، فلما رأى عمر رضي الله عنه في زمانه أموراً ظهرت، وأحوالاً تغيّرت، منع من حمل اللفظ على التكرار، وألزمهم الثلاث^(٣).

- وبناء على ما تقدّم يرى الباحث تعديل المادة / ٩٢ / إلى ما يأتي:

"الطلاق المكرّر أو المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحداً".

(١) مادة (١٠٩).

(٢) هو أبو العباس أحمد بن عمر بن سريج القاضي البغدادي، شرح المذهب وخصه، وصنف التصانيف، ورد على المخالفين للنصوص، كان يقال له "الباز الأشهب"، ولي القضاء بشيراز، قال الشيرازي: كان يفضل على جميع أصحاب الشافعي، حتى على المزني؛ وكان فهرست كتبه يشتمل على أربعمئة مصنف، وهو صاحب مسألة الدور في الحلف بالطلاق، توفي سنة (٣٠٦هـ). ينظر: تاريخ الإسلام: (٩٩/٧)، طبقات الشافعيين، لأبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري الدمشقي (المتوفى: ٧٧٤هـ)، تحقيق: د أحمد عمر هاشم، د محمد زينهم محمد عزب، الناشر: مكتبة الثقافة الدينية، تاريخ النشر: ١٩٩٣ م: (ص ١٩٣).

(٣) ينظر: زاد المعاد: (٢٣٥/٥).

المبحث الثاني: طلاق المفوضة:

المطلب الأول: بيان المسألة:

- ذهب اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض، إلى أن طلاق المفوضة التي فوضها زوجها بطلاق نفسها يقع رجعيًا.
- وجاء في نص الاجتهاد: "لما كان ظاهرًا من نص نكاح الطرفين أن المدعية اشترطت في إيجابها النكاح أن زوجها إن تزوج عليها امرأة ثانية أو أساء عيشتها أن لها طلاق نفسها متى شاءت، وكان مدلول طلاق النفس عند الفقهاء أنه تفويض بالصريح يقع به طلاق واحد رجعي... كان ذهاب القاضي إلى اعتبار هذا التفويض يقع به طلاق واحدة بائنة ليس له مستند شرعي يرد عليه ما أدلى به المميز"^(١).

المطلب الثاني: الرأي الفقهي في المسألة:

- اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:
- القول الأول: أن طلاق المفوضة طلاق بائن، وهو مذهب الحنفية:
- جاء في رد المحتار: "المعتبر تفويض الزوج، وتفويضه إنما يكون بالبائن؛ لأنها به تملك أمرها لا بالرجعي"^(٢).
- القول الثاني: أن طلاق المفوضة طلاق رجعي، وهو مذهب الجمهور.
- جاء في التهذيب: "ولو قال لها: اختاري نفسك ونوى تفويض الطلاق إليها فقالت: اخترت، ونوت يقع طلاق رجعي"^(٣).
- وجاء في الكافي: "وكل من قال لزوجته: أمرك بيدك، فقالت: قد قبلت، سئلت ماذا أردت بقولها قد قبلت، فإن أردت الطلاق طلق رجعي"^(٤).

(١) ينظر: اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض، أساس ٣٩، قرار ٤٣، تاريخ ١٩٥٥/٢/٦ م.

(٢) رد المحتار: (٣٢٦/٢).

(٣) التهذيب في فقه الإمام الشافعي: (٤٠/٦).

(٤) الكافي في فقه أهل المدينة، لأبي عمر يوسف بن عبد الله ابن عبد البر النمري القرطبي (المتوفى: ٤٦٣هـ)، المحقق: محمد محمد أحميد ولد ماديك الموريتاني، الناشر: مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، الطبعة: الثانية، ١٤٠٠هـ / ١٩٨٠ م: (٥٨٩/٢).

- وجاء في المغني: "المملّكة والمخيّرة إذا قالت: اخترت نفسي فهي واحدة رجعية"^(١).

المطلب الثالث: الرأي القانوني في المسألة:

- لم ينص القانون السوري قبل التعديل على حكم طلاق المفوضة، بل سكت عنه، فيرجع فيه إلى المذهب الحنفي، وطلاق المفوضة عند الحنفية بائن كما تقدّم.
- وعليه فإن اجتهاد المحكمة في عدّ هذا الطلاق رجعيًا مخالفًا للصواب.
- وقد نصّ القانون السوري صراحةً بعد التعديل الصادر في القانون رقم (٤) لعام ٢٠١٩ م أنّ طلاق المفوضة لنفسها يقع طلاقًا بائنًا.

المطلب الرابع: الترجيح:

- يرى الباحث أن الراجح وقوع طلاق المفوضة بائنًا، لا رجعيًا، وذلك لأن الزوجة تملك أمرها بالبائن لا بالرجعي، فإن تملك الزوج زوجته أمر نفسه يقتضي زوال سلطانه عنها، وإذا قبلت ذلك بالاختيار، وجب أن يزول ملكه عنها، ولا يحصل ذلك مع بقاء الرجعة؛ لأنه لا يقع به المقصود وهو بينونة أمر المرأة من زوجها وصيرورته إليها.

- وقد سكت أكثر القوانين عن حكم طلاق المفوضة، فيرجع في كلّ بلد إلى المذهب المعتمد فيه.

• ويلفت الباحث النظر في هذه المسألة إلى أمرين:

- الأمر الأول: أن هذا القرار قد سبق إليه الشيخ المستشار علي الطنطاوي رحمه الله قبل حوالي سبعين سنة، وخالف اجتهاد الأكثرية في هذا القرار، ورأى أن القانون يؤيد كون الطلاق بائنًا^(٢).

فجاء في كلامه: "لما كانت الفقرة الثانية من المادة /١٤/ أحوال تعتبر هذا الشرط، وكان اعتباره يقضي أن تملك الزوجة أمر نفسها وأن تفارق زوجها متى شاءت، وكان إيقاع الطلاق رجعيًا يبطل اعتبار الشرط المذكور؛ لأنها بعد أن تطلّق نفسها يقول لها: أرجعتك، فيهدم عليها ما بنته، وكان هذا الشرط من قبيل الأمر باليد، وصرّح ابن عابدين بوقوعه بائنًا، وكان إيقاعه بائنًا لا ينافي المادة /٩٤/

(١) المغني، لابن قدامة: (٧/ ٤٠٤).

(٢) وقد ذكر نص مخالفته في محضر الاجتهاد المتقدم ذكره.

أحوال؛ لأن الفقرة الثانية من المادة / ١٤ / قد جاءت مخصّصة لها ^(١) كان ما أدلى به المميز من هذه الجهة مردوداً والحكم موافقاً".

- وبناءً على رأي الشيخ الطنطاوي فيكون النصّ على هذا المبدأ في القرار الجديد تأكيداً وبياناً للقانون القديم لا تعديلاً عليه.

- **الأمر الثاني:** أن القانون الجديد أضاف هذا الحكم للمادة / ٨٧ / من قانون الأحوال الشخصية السوري التي تنصّ على وقوع طلاق المفوّضة.

- والأولى من وجهة نظر الباحث أن يضاف الحكم بالبينونة في طلاق المفوّضة إلى المادة / ٩٤ / من قانون الأحوال الشخصية التي تنصّ على الطلاق البائن في القانون؛ لتكون هذه المادة جامعةً لأنواع الطلاق البائن، فيكون نص المادة: "كلُّ طلاق يقع رجعيّاً إلا المكملّ للثلاث، والطلاق قبل الدخول والطلاق على بدّل وطلاق المفوّضة" ^(٢).

(١) نص الفقرة الثانية من المادة / ١٤ / على أنه "إذا اشترطت المرأة في عقد النكاح ما يقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة أو يمسّ حقوق غيرها كان الاشتراط صحيحاً ولكنه ليس بملزم للزوج فإذا لم يف به الزوج فللزوجة المشتريّة فسخ النكاح".

وبناء عليه، فإن طلاق المفوّضة يكون بائناً -كما يرى الشيخ الطنطاوي-؛ لأن فسخ النكاح يكون بالطلاق البائن، لا بالرجعي.

(٢) ويضاف إليه "طلاق الملاءنة"، وسيأتي بيانه في موضعه.

المبحث الثالث: حكم طلاق المكره:

المطلب الأول: بيان المسألة:

- ذهب اجتهاد محكمة النقض إلى أن طلاق المكره لا يصح، والإكراه ينفي وقوع الطلاق أصلاً.
- وجاء في نص الاجتهاد: "المحكمة استمعت لإفادة المدعى عليها فقالت: بأن والدها قد ضغط عليها للانفصال عن زوجها، وأفاد الشهود أن المدعي تعرض للضغوط من ذويها ومن ذوي المدعى عليها، وحيث إن الإكراه ينفي وقوع الطلاق أصلاً، وذلك بنص المادة (٨٩) أحوال شخصية، وعملاً بقول الرسول ﷺ: «إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»^(١)، فهل بعد ذلك قول لقاضي بعدم وقوع طلاق المكره، وبالتالي لا عودة للمطلقة إلى عصمة مطلقها لعدم وقوع الطلاق أصلاً"^(٢).
- وهذا الاجتهاد كما سيأتي بيانه مُشكّل؛ لأنه أطلق الإكراه دون تفصيل في نوعيته وماهيته، وهل هو مُلجئ أم لا؟ وغير ذلك من الأمور التي ينبغي عليها صحة الطلاق وعدمها؛ إذ إن القول بوقوع الطلاق بأيّ إكراه لا يقول به أحد من الفقهاء كما سيأتي بيانه.

(١) سنن ابن ماجه، لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني (المتوفى: ٢٧٣هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرين، الناشر: دار الرسالة العالمية، الطبعة: الأولى، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي (٣/ ٢٠٠-٢٠١)، رقم: (٢٠٤٥). والحديث صححه ابن حبان والحاكم، وجوّد إسناده ابن كثير. وضعفه أبو حاتم، وقال: لا يثبت. ينظر: تحفة الطالب بمعرفة أحاديث مختصر ابن الحاجب، لأبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: ٧٧٤هـ)، الناشر: دار ابن حزم، الطبعة الثانية: (ص ٢٣٢)، تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج (على ترتيب المنهاج للنووي)، لأبي حفص سراج الدين عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري، المعروف بابن الملقن (المتوفى: ٨٠٤هـ)، المحقق: عبد الله بن سعاد اللحاني، الناشر: دار حراء - مكة المكرمة، الطبعة الأولى: (٢/ ٤٠٠). بلوغ المرام من أدلة الأحكام، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد ابن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢هـ)، المحقق: ماهر ياسين الفحل، الناشر: دار القبس - الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى: (ص ٤٠٩).

(٢) أساس ٨٦٥، قرار ٨١٠، تاريخ ٢/ ١٠/ ٢٠١٥م.

المطلب الثاني: الرأي الفقهي في المسألة:

أولاً: تعريف الإكراه:

- الإكراه لغة: حمل الإنسان على أمر لا يريد طبعاً أو شرعاً^(١).
- واصطلاحاً: عبارة عن تهديد القادر غيره على ما هدده بمكروه على أمر بحيث يُنتفي به الرضا^(٢).

ثانياً: مذاهب العلماء في طلاق المكره:

- اختلف العلماء في وقوع طلاق المكره على قولين:
- القول الأول: أن طلاق المكره واقع، وهو مذهب الحنفية.
- جاء في الاختيار: "وطلاق المكره واقع) لما روي: «أن امرأة اعتقلت زوجها وجلست على صدره ومعها شفرة وقالت: لتطلقني ثلاثاً أو لأقتلنك، فناشدها الله أن لا تفعل فأبَتْ، فطلقها ثلاثاً، ثم ذكر ذلك للنبي ﷺ فقال: لا قِيلُولَةٌ في الطلاق»^(٣). ولأنه قصد الطلاق ولم يرَضْ بالوقوع فصار كالهزل»^(٤).
- القول الثاني: أن طلاق المكره واقع بشروط، وهو مذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة.
- جاء في الكافي: "وطلاق المكره لا يلزم إذا أكره عليه ولم تكن له فيه نية"^(٥).

(١) الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، لأبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني القريشي الكفوي الحنفي (المتوفى: ١٠٩٤هـ)، المحقق: عدنان درويش - محمد المصري، الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت: عدد الأجزاء: ١: (ص ١٦٣).

(٢) أنيس الفقهاء: (ص ٩٩).

(٣) أي: لا رجوع في الطلاق ولا فسخ فيه. ينظر: طلبه الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، لأبي حفص عمر بن محمد، نجم الدين النسفي (المتوفى: ٥٣٧هـ)، الناشر: المطبعة العامرة، مكتبة المثنى ببغداد، ط ١٣١١هـ: (ص ٦٠).

والحديث رواه العقيلي عن صفوان بن الأصم الطائي عن بعض أصحاب النبي ﷺ. وضعفه البخاري، وقال: هذا الحديث منكر لا يتابع عليه صفوان، وقال أبو زرعة: وإياه جداً. ينظر: الضعفاء الكبير، لأبي جعفر محمد بن عمرو بن موسى العقيلي المكي (المتوفى: ٣٢٢هـ)، المحقق: عبد المعطي أمين قلعجي، الناشر: دار المكتبة العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م: (٢/ ٢١١)، تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان بن قناييز الذهبي (المتوفى: ٧٤٨هـ)، المحقق: مصطفى أبو الغيط - عبد الحي عجيب، الناشر: دار الوطن - الرياض، الطبعة الأولى: (٢/ ٢٠٧-٢٠٨)، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد ابن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: (٣/ ٤٦٨)، ط

(٤) الاختيار لتعليل المختار: (٣/ ١٢٤).

(٥) الكافي في فقه أهل المدينة: (٢/ ٥٧١).

- وجاء في كفاية النبيه: "ومن أكرهه بغير حق بالتهديد بالقتل، أو القطع، أو الضرب المبرح لا يقع طلاقه^(١)".

- وجاء في نيل المآرب: "(ولا) يقع الطلاق (ممن أكرهه قادرٌ ظلمًا بعقوبة) مؤلمة كالضرب، والخنق، والحبس، والغط في الماء، مع الوعيد فطلق تبعًا لقول مكرهه، وفعل ذلك بولده إكراهًا لوالده (أو تهديد له أو لولده) من قادرٍ على إيقاع ما هدد به بها يضره ضررًا كثيرًا"^(٢).

- فظهر مما تقدّم أن الجمهور على عدم وقوع طلاق المكره، لكن هذا الإكراه ليس على إطلاقه، بل له شروط مبيّنة في كتبهم، ومضمونها أن يكون الإكراه إكراهًا حقيقيًا ملجئًا، لا مطلق الإكراه.

ثالثًا: مذاهب العلماء في حدّ الإكراه:

- اختلف العلماء في حدّ الإكراه الذي يتنفي به قصد الطلاق ولا يقع معه.
- جاء في عقد الجواهر الثمينة: "وحدّ الإكراه: ما فعل بالإنسان مما يضره أو يؤلمه من ضرب أو تخويف كان ذلك من سلطان أو غيره، فإنه إكراه لا يلزم صاحبه حكمه ولا يجب عليه عقده، والتخويف يقتل الولد إكراهًا"^(٣).
- وجاء في التهذيب: "وحدّ الإكراه: أن يُخوِّفَ بعقوبة تنال من بدنه عاجلاً لا طاقة له بها؛ مثل: أن يقول: إن فعلت كذا وإلا قتلْتُك، أو لأقطعنَّ عضواً منك، أو لأضربنَّك ضرباً مبرحاً، أو لأدخلنَّك السجنَ وكان القائل ممن يمكنه تحقيق ما يُخوِّفُه به من والٍ أو قاهرٍ حيث لا يلحقه الغوث، وإن كان يُخوِّفُه، ولا يمكنه تحقيقه فلا يكون إكراهًا"^(٤).

(١) ينظر: كفاية النبيه في شرح التنبيه، لأبي العباس نجم الدين أحمد بن محمد بن علي الأنصاري، المعروف بابن الرفعة (المتوفى:

٧١٠هـ)، المحقق: مجدي محمد سرور باسлом، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، م ٢٠٠٩: (١٣/٤١٩).

(٢) نيل المآرب بشرح دليل الطالب، لعبد القادر بن عمر بن عبد القادر التغلبي الشيباني (المتوفى: ١١٣٥هـ)، المحقق: الدكتور محمد

سليمان عبد الله الأشقر، الناشر: مكتبة الفلاح، الكويت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م: (٢/٢٢٩).

(٣) عقد الجواهر الثمينة: (٢/٥١٩).

(٤) التهذيب في فقه الإمام الشافعي: (٦/٧٨-٧٩).

- وجاء في المغني: "ولا يكون مُكْرَها حتى يُنال بشيء من العذاب، مثل الضرب أو الخنق، فأما الوعيد بمفرده، فعن أحمد فيه روايتان"^(١).
- فالشافعية قيّدوا الإكراه بكونه ليس إكراهًا بحق، وأن لا يكون له طاقة بالإكراه الواقع عليه، وأن يقع الإكراه ممن يُمكن منه تحقيقه.
- والمالكية قيّدوا الإكراه بكونه ليس له نية في إيقاع الطلاق عند صدوره منه، وأن يُفعل به ما يضره ويؤلمه من ضرب أو تخويف،
- والحنابلة قيّدوا ذلك بالعقوبة الشديدة كالضرب والخنق، أو بالوعيد بالعقوبة الشديدة من قادرٍ على إيقاعها بما يضر المكره ضررًا كبيرًا.
- فظهر ممّا تقدّم أن الإكراه غير الشديد كالطرد من البيت، أو الحرمان من الميراث، ونحو ذلك ليس له أثرٌ في الإكراه، ويقع الطلاق مع وجوده باتّفاق العلماء.
- وعليه فاجتهاد محكمة النقض في المسألة المذكورة فيه خللٌ؛ لأن القاضي حكم ببطلان الطلاق بالإكراه دون أن يعرف ماهية الإكراه ونوع الضغط الذي مارسه الأهل، ودون أن يذكر في تقريره سبب الإكراه، وهل تحقّق الإكراه الذي ذكره الفقهاء أنه ينفي قصد الطلاق.

المطلب الثالث: رأي القانون في المسألة:

- ذهبت القوانين العربية إلى عدم وقوع طلاق المكره، وعبر بعضهم عنه كالقانون السعودي^(٢) والأردني^(٣) بطلاق غير المختار.
- وذهب القانون السوداني^(٤) إلى تقييد طلاق المكره بالإكراه الملجئ، -وهو الإكراه الشديد الذي ينتفي معه الرضا-، وما ذكره هو الأقرب للصواب من بين القوانين المذكورة، والتي اكتفى أكثرها بذكر الإكراه دون بيان نوعه وحالته.

(١) المغني: (٣٨٣/٧).

(٢) مادة (٨٠).

(٣) مادة (٩١).

(٤) مادة (١٣٤).

المطلب الرابع: الترجيح:

- يرى الباحث أن يشترط المشرع لبطلان طلاق المكره شروطاً ثلاثة.
- الأول: أن يكون الإكراه شديداً يُحدث للمكره ضرراً غير قابل للاحتمال في نفسه أو أقاربه.
- الثاني: أن يحصل الإكراه من قادر عليه ويعجز المكره عن دفعه.
- الثالث: أن يكون إيقاع المطلق للطلاق بسبب الإكراه، لا بقصد منه.
- فإذا تحققت هذه الشروط كان الإكراه واقعاً، والطلاق باطلاً، وإذا اختل أحدها، كأن كان التهديد للمكره بقطع العلاقة معه، أو الحرمان من المال كان الطلاق واقعاً ولم يُعتد بالإكراه الواقع عليه.
- ويقترح الباحث تعديل المادة (٨٩) إلى ما يأتي:
- "لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره إكراهاً معتبراً شرعاً".
- ويجتهد القاضي الشرعي في تفسير الإكراه الشديد بمن تحققت فيه الشروط الثلاثة المتقدمة.

المبحث الرابع: حكم طلاق الغضبان:

المطلب الأول: بيان المسألة:

- اختلف اجتهد محكمة النقض في مسألة طلاق الغضبان، وتناقضت الاجتهادات فيها.
- فذهب اجتهد للغرفة الشرعية إلى أن طلاق الغضبان واقع ما دام الزوج المطلق يُدرك ويعي ما يقول، ولا يقع الطلاق إلا في الغضب الذي يختل فيه الإدراك ويجعله قريباً من المجنون.
- وجاء في نص الاجتهاد: "وحيث إنه ثابت من السنة النبوية المطهرة قول النبي عليه الصلاة والسلام: «لا طلاق في إغلاق»^(١)، والطاعن يُقرّ أنه لم يكن في حالة إغلاق، فهو كما يقول: كنت أعني ما أقول ولم أفقد وعيي وكنت أعني ما أقول، وحيث إن ما انتهى إليه الحكم المطعون يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية وأن أسباب الطعن لا تنال من الحكم المطعون مما يوجب رد الطعن موضوعاً، وعلى القاضي الوقوف على الوقائع التي أتاها الزوج حين الطلاق وسؤال البيّنة عنها بصورة مفصلة؛ لمعرفة ما إذا كان غضبه يجعله قريباً من المجنون أم لم يكن كذلك"^(٢).
- فالظاهر من الاجتهاد هنا أن الغضب الذي لا يقع به الطلاق هو الغضب الذي يجعل صاحبه قريباً من المجنون، لا الغضب المعهود.

(١) سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي (٣/٢٠١)، رقم: (٢٠٤٦)، واللفظ له.

وهو في سنن أبي داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي السجستاني (المتوفى: ٢٧٥هـ)، المحقق: شعيب الأرنؤوط - محمد كامل قره بللي، الناشر: دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى، كتاب الطلاق، باب الطلاق على غلط (٣/٥١٤) - (٥١٦)، رقم: (٢١٩٣). ولفظ أبي داود: "لا طلاق ولا عتاق في غلاق"، قال أبو داود: الغلاق أظنه في الغضب، وكذا فسره ابن قتيبة وأحمد، والحديث صححه الحاكم على شرط مسلم، وضعفه الذهبي. ينظر: نصب الراية لأحاديث الهداية، لأبي محمد جمال الدين عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي (المتوفى: ٧٦٢هـ)، تحقيق: محمد عوامة، الناشر: مؤسسة الريان للنشر - بيروت - لبنان/ دار القبلة للثقافة الإسلامية - جدة - السعودية، الطبعة: الأولى (٣/٢٢٣)، أسنى المطالب في أحاديث مختلفة المراتب، لأبي عبد الرحمن محمد بن محمد درويش الحوت الشافعي (المتوفى: ١٢٧٧هـ)، المحقق: مصطفى عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى: (ص ٣٢٤).

(٢) أساس ٨٥٩، قرار ٨٥١، لعام ٢٠١٣م، (ما سكت عنه قانون الأحوال الشخصية السوري في مسائل فُرق الزواج وآثارها، للباحثة لبابة السروجي، رسالة ماجستير في كلية الشريعة بجامعة دمشق، عام ٢٠١٨م، ص ٤٨).

- وجاء في اجتهاد آخر أن الغضب الذي لا يقع به الطلاق يُكْتَفَى فيه بغلبة الهذيان، ولا يلزم فيه أن يكون بحيث لا يعلم ما يقول.
- ونص الاجتهاد: "وحيث أن أسباب الطعن تَرِد على الحكم الطعين والواجب نقضه، وذلك لمخالفته ما نص عليه المشرع السوري في المادة (٨٩) من قانون الأحوال الشخصية حيث أوجب عدم اعتبار ما يصدر عن المدهوش طلاقاً واقعاً، ثم خالف أحكام المادة (٣٠٥) من ذلك القانون والتي أوجبت الرجوع إلى القول الراجح من الفقه الحنفي في حالة عدم وجود النص في قانون الأحوال الشخصية، والتي حدّدت هذه الهيئة مصادرها بالتعامل وهي كتاب "الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية" لقدري باشا، و "حاشية ابن عابدين" ... والذي حقّقه العلامة ابن عابدين في ردّ المحتار أن كلاً من المدهوش والغضبان لا يلزم فيه أن يكون بحيث لا يعلم ما يقول، بل يكتفي به بغلبة الهذيان واختلاط الجدّ بالهزل"^(١).
- فظاهر الاجتهاد أن الغضب إذا غلب فيه الهذيان لا يقع به الطلاق وإن كان الزوج يعلم ما يقول ويقصده، وسيأتي تفصيل ذلك.

المطلب الثاني: الرأي الفقهي في المسألة:

أولاً: أقسام الغضب عند الفقهاء.

- من المعلوم أن الغضب مراتب وليس مرتبة واحدة، وقد قسّمه الفقهاء إلى ثلاثة أقسام:
- قال ابن القيم رحمه الله: "الغضب ثلاثة أقسام:
- أحدها: أن يحصل للإنسان مبادئه وأوائله بحيث لا يتغيّر عليه عقله ولا ذهنه ويعلم ما يقول وما يقصده فهذا لا إشكال في وقوع طلاقه.
- القسم الثاني: أن يبلغ به الغضب نهايته بحيث ينغلق عليه باب العلم والإرادة فلا يعلم ما يقول ولا يُريده، فهذا لا يتوجّه خلاف في عدم وقوع طلاقه.

(١) أساس ٢٨٠٢، قرار ١٢٤٠، تاريخ ٢٩/٧/٢٠٠٣م، مجموعة أحكام النقض في قضايا الأحوال الشخصية من عام ١٩٨٨م - ٢٠٠٤، لعبد القادر الألوسي، المكتبة القانونية، الطبعة الأولى، ص ٦٧٤-٦٧٥.

القسم الثالث: من توسّط في الغضب بين المرتبتين فتعدّى مبادئه ولم ينته إلى آخره بحيث صار كالمجنون، فهذا موضع الخلاف ومحل النظر^(١).

ثانيًا: رأي الفقهاء في طلاق الغضبان:

- اختلف الفقهاء في حكم طلاق الغضبان وحدّ الغضب الذي يقع به الغضب على أقوال:
- القول الأول: أن طلاق الغضبان واقعٌ إلّا لو وصل لدرجة الإغماء أو فقدان العقل.
- جاء في رد المحتار: "ويقع الطلاق من غضبٍ خلافا لابن القيم. اهـ وهذا الموافق عندنا"^(٢).
- وجاء في إعانة الطالبين: "واتفقوا على وقوع طلاق الغضبان وإن ادعى زوال شعوره بالغضب، وسئل الشمس الرملي^(٣) عن الحلف بالطلاق حال الغضب الشديد المخرج عن الإشعار: هل يقع الطلاق أم لا؟ وهل يُصدّق الحالف في دعواه شدة الغضب وعدم الإشعار؟ فأجاب: بأنه لا اعتبار بالغضب فيها، نعم: إن كان زائل العقل عُذر"^(٤).
- وجاء في حاشية الصاوي: "يلزم طلاق الغضبان ولو اشتدّ غضبه خلافاً لبعضهم، ودعوى أنه من قَبِيل الإكراه باطلٌ، وكلُّ هذا ما لم يَغِب عقله بحيث لا يشعر بما صدر منه فإنه كالمجنون"^(٥).

(١) إغاثة اللفهان في حكم طلاق الغضبان، لشمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١هـ)، المحقق:

محمد عفيفي، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨هـ / ١٩٨٨م: (ص ٣٨-٣٩).

(٢) رد المحتار: (٣/ ٢٤٤).

(٣) هو شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة الرملي: فقيه الديار المصرية في عصره، ومرجعها في الفتوى، يقال له: الشافعي الصغير.

نسبته إلى الرملة من قرى المنوفية بمصر، ومولده ووفاته بالقاهرة، ولي إفتاء الشافعية، وجمع فتاوى أبيه، وصنّف شروحا وخواشي

كثيرة، منها: "غاية البيان في شرح زبد ابن رسلان"، و"نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج"، و"فتاوى الرملي"، توفي سنة (١٠٠٤ هـ).

ينظر: خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر، لمحمد أمين بن فضل الله بن محب الدين المحبّي الحموي الأصل، الدمشقي

(المتوفى: ١١١١هـ)، الناشر: دار صادر - بيروت، عدد الأجزاء: ٤: (٣/ ٣٤٢-٣٤٤)، الأعلام: (٦/ ٧-٨).

(٤) إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، لأبي بكر (المشهور بالبكري) عثمان بن محمد شطا الدميّاطي الشافعي (المتوفى:

١٣١٠هـ)، الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م: (٩/ ٤).

(٥) بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير، لأبي العباس أحمد بن محمد الخلوتي،

الشهير بالصاوي المالكي (المتوفى: ١٢٤١هـ)، الناشر: دار المعارف، بدون طبعة وبدون تاريخ، عدد الأجزاء: ٤: (٢/ ٥٤٢).

- وجاء في مطالب أولي النهي: "ويقع الطلاق مِّنْ غَضَبٍ ولم يَزُلْ عقله بالكُلِّيَّة؛ لأنه مكلفٌ في حال غضبه بما يصدر منه من كفرٍ وقتلٍ نفسٍ وأخذ مالٍ بغير حقٍّ وطلاقٍ وغير ذلك" (١).

● القول الثاني: أن طلاق الغضبان غير واقع، ولو كان يعلم ويدري ما يقول، وهو اختيار ابن تيمية وابن القيم، وهو منسوب لابن عابدين.

- جاء في إغاثة اللهفان: "والأدلة الشرعية تدل على عدم نفوذ طلاقه وعقده وعقوده التي يُعتبر فيها الاختيار والرضا وهو فرعٌ من الإغلاق كما فسره به الأئمة" (٢).

- وجاء في الإنصاف: "وقال الشيخ تقي الدين أيضًا: إن غيره الغضب ولم يزل عقله لم يقع الطلاق؛ لأنه أُلْجَأَ وحمله عليه فأوقعه وهو يُكرهه ليستريح منه فلم يبق له قصدٌ صحيح، فهو كالمكره" (٣).

- وجاء في رد المحتار: "والذي يظهر لي أن كلاً من المدهوش والغضبان لا يلزم فيه أن يكون بحيث لا يعلم ما يقول، بل يُكتفى فيه بغلبة الهذيان واختلاط الجَدِّ بالهزل، فما دام في حال غلبة الخلل في الأقوال والأفعال لا تُعتبر أقواله وإن كان يعلمها ويريدُها؛ لأن هذه المعرفة والإرادة غير معتبرة لعدم حصولها عن إدراك صحيح" (٤).

- وقد استدلل ابن القيم على مذهبه بأدلة منها:

١- ما رواه أبو داود أن النبي ﷺ قال: "لا طلاق ولا عتاق في غلاق"، قال أبو داود: الغلاق: أظنه في الغضب (٥).

٢- وبأن الغضبان ليس له قصدٌ مُعتبرٌ في حلِّ عقدة النكاح كما ليس له قصدٌ في قتل نفسه وولده وإتلاف ماله، فإنه يفعل في الغضب هذا ويقول هذا، فإذا لم يكن له قصدٌ معتبر لم يصح طلاقه (٦).

(١) مطالب أولي النهي: (٥/ ٣٢٢).

(٢) إغاثة اللهفان: (ص ٣٩).

(٣) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: (٨/ ٤٣٢-٤٣٣).

(٤) حاشية ابن عابدين: (٣/ ٢٤٤).

(٥) تقدم تحريجه.

(٦) ينظر: إغاثة اللهفان: (ص ٥٢).

- واستدل الجمهور على مذهبهم بما يأتي:

ما رواه الدارقطني عن ابن عباس رضي الله عنه أنَّ رجلاً قال له: إني طَلَّقْتُ امرأتِي ثلاثاً وأنا غضبان، فقال:

١- إنَّ ابن عباس لا يستطيع أن يُجِلَّ لك ما حُرِّم عليك، عصيت ربَّك وحُرِّمت عليك امرأتك ^(١).

٢- أن الغضبان مكلفٌ في حال غضبه بالسكوت وضبط نفسه، فيكون حينئذٍ مؤاخذاً بالكلام، وهو

مأمور بأن يتلافى غضبه بما يسكِّنه من أقوال وأفعال، فكيف يقال: إنه غير مكلفٍ في حال غضبه بما

يصدرُ منه ^(٢).

المطلب الثالث: موقف القانون في طلاق الغضبان:

● اختلفت قوانين الأحوال الشخصية في مسألة طلاق الغضبان، وتباينت عباراتهم في ذلك.

- فذهب القانون السوري ^(٣) والأردني ^(٤) والبحريني ^(٥) إلى قول الجمهور، وأن الذي لا يقع طلاقه هو

فاقد التمييز، وهو يشمل من اشتدَّ غضبه بحيث فقد تمييزه.

- وذهب القانون السعودي ^(٦) والكويتي ^(٧) إلى مذهب ابن القيم، فمنع وقوع طلاق الغضبان الذي

حال غضبه بينه وبين تحكُّمه في ألفاظه.

(١) سنن الدارقطني، لأبي الحسن علي بن عمر بن أحمد البغدادي الدارقطني (المتوفى: ٣٨٥هـ)، حققه: شعيب الأرنؤوط وجماعة،

الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره (٥/ ٢٥)، رقم: (٣٩٢٧).

قال ابن رجب: إسناده على شرط مسلم. ينظر: جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، لزين الدين عبد

الرحمن بن أحمد بن رجب البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي (المتوفى: ٧٩٥هـ)، تحقيق: الدكتور محمد الأحدي أبو النور، الناشر:

دار السلام، الطبعة الثانية: (١/ ٤٢٢).

(٢) ينظر: جامع العلوم والحكم: (١/ ٤٢٠-٤٢١).

(٣) مادة (٨٩).

(٤) مادة (٨٨).

(٥) مادة (٨٦).

(٦) مادة (٨٠).

(٧) مادة (١٠٢).

- وسكنت أكثر قوانين الأحوال الشخصية عن ذلك، وهي بسكوتهما تدلّ على وقوع الطلاق من الغضب؛ لأن الأصل وقوع الطلاق إلا ما استثناه القانون.

المطلب الرابع: الترجيح:

- يرى الباحث أن الراجح في المسألة هو ما ذهب إليه الجمهور وأكثر قوانين الأحوال الشخصية من أن طلاق الغضب واقع.
- وما ذهب إليه ابن تيمية وابن القيم فيه نظر؛ لأن الشرع أمر الإنسان بضبط نفسه عند الغضب كما قال النبي ﷺ: «ليس الشديد بالصُّرعة، إنما الشديد الذي يملك نفسه عند الغضب»^(١). فدلّ الحديث على أن الإنسان مكلفٌ حال غضبه، والواجبُ عليه أن يضبط نفسه إذا غضب، ولا يكون الغضب عُذراً له في عدم مؤاخذته بما يصدرُ منه، وقد جاءت الآثار الكثيرة بتحذير الإنسان من الغضب، فلولا أن أفعال المكلف تلزمه في حال غضبه لما ورد فيه التحذير الشديد.
- وأما كلام ابن عابدين فليس فيه دلالةٌ على عدم وقوع طلاق الغضب، بل غاية ما فيه أن الإنسان إذا بلغ به الغضب مبلغاً اختلّ معه إدراكه وتمييزه لم يقع طلاقه، كما لا يقع طلاق المعتوه الذي اختلّ إدراكه وتمييزه، وإن كان يعلم ما يقول ويريده، فإن الإنسان قد يبلغ من الغضب مبلغاً يقترب من الجنون وهو يعلم ما يقول ويريده، لكن ليس عنده إدراك صحيح، فهذا النوع هو الذي لا يقع طلاقه لفقدان الإدراك الذي ينبغي عليه التكليف.
- ولو فتحنا هذا الباب لبطلت أكثر أحكام الطلاق، فإن غالب حالات الطلاق تكون في الغضب، ومع ذلك لم يُعرف في تاريخ الفقه الإسلامي أن قاضياً أو حاكماً أبطل طلاق فلان؛ لكونه غضبان، بل العكس صحيح كما ورد عن ابن عباس فيمن طلق امرأته وهو غضبان فأوقع عليه طلاقه.
- وأما اجتهاد محكمة النقض بقياس الغضب على المدهوش فهو صحيحٌ إن وصل به الغضب إلى درجة قريبة من الجنون اختلّ بها إدراكه كما تقدّم، أمّا لو لم يصل إلى هذه الدرجة فلا يصحّ.

(١) متفق عليه، رواه البخاري في صحيحه، كتاب الأدب، باب الحذر من الغضب (٢٨/٨)، رقم: (٦١١٤). ورواه مسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة والآداب، باب فضل من يملك نفسه عند الغضب (٢٠١٤/٤)، رقم: (٢٦٠٩).

- ويُؤيد ما تقدّم ذكره اجتهادُ آخر للغرفة الشرعية لمحكمة النقض جاء فيه: "من المعروف فقّها أنّ الغضب الذي يؤثّر في صحة التصرفات هو الذي يجعل صاحبه قريباً من الجنون حيث لا يعقل ما يقول أو هو على الأقلّ يغلب عليه الهذيان"^(١).
- فالاجتهاد المذكور صريحٌ في أن الغضب الذي لا يقع به الطلاق هو الذي يجعل صاحبه قريباً من الجنون، والذي يغلب عليه الهذيان يكون قريباً من المجنون، فيُعطى حكمه.
- أما من اشتدّ غضبه ولم يكن قريباً من الجنون كما ذكر ابن القيم في الحالة الثالثة، وكما هو حال أكثر الطلاقات الواقعة اليوم، فيكون تصرّفه مُعتبراً وطلاقه واقعاً.
- وقد جاءت بعض الاجتهادات لمحكمة النقض تكتفي بحلف اليمين على أن الطلاق كان في حالة غضب وانفعال دون تفصيل بذلك.
- فجاء في اجتهاد للغرفة الشرعية: "ونتيجة المحاكمة صدر قرارنا الناقض رقم (٢٠٥٣)، والذي انتهى إلى نقض الحكم المطعون فيه؛ وذلك لأنّ وكيل الطاعن قال بأن موكله كان في حالة غضبٍ وانفعالٍ ولم يقصد الطلاق، وطلب تعديل اليمين لتشمل ذلك"^(٢).
- يقول القاضي سعدي أبو جيب: "وقد درج بعض القضاة على قبول الزوج أنه كان في حالة غضبٍ حين أوقع الطلاق مع الاكتفاء بحلف يمينٍ على ادّعائه، وكان الواجب على المحكمة التحقق من حالة الزوج ومعرفة ما إذا كان غضبه شديداً يجعله قريباً من الجنون أو في حالة هذيان واضطرابٍ بحيث لا يعقل ما يقول أو لم يكن كذلك، وعلى القاضي أن يولي هذا الأمر عناية خاصة لعظيم موقع الطلاق وخطورته في الإسلام"^(٣).

(١) الاجتهاد (٦٣٢) تاريخ ٢٩/٩/١٩٨٥، (التذكرة في القضاء الشرعي، لسعدي أبو جيب، المكتبة القانونية بدمشق، الطبعة

الثانية لعام ٢٠٠٨م: ٥٤/٢).

(٢) أساس ٢٠٥٩، تاريخ ١٥/١١/٢٠١٢م، (التذكرة في القضاء الشرعي: ٥٥/٢).

(٣) التذكرة في القضاء الشرعي: (٥٥/٢).

المبحث الخامس: حكم الطلاق المعلق على شرط مُضمَر:

المطلب الأول: بيان المسألة:

- اختلف العلماء فيما إذا طلق رجل زوجته بناءً لسبب من الأسباب، ثم تبين له أن السبب الذي طلق لأجله زوجته غير واقع، فهل يقع طلاقه أم لا؟
- فظاهر كلام جمهور العلماء أن طلاقه واقع؛ لأن طلاقه منجَز، والطلاق المنجَز واقع باتفاق العلماء.
- لكن ذهب اجتهاد للغرفة الشرعية يخالف ظاهره ما ذهب إليه جمهور الفقهاء.
- وجاء في نص الاجتهاد: "وسنداً لما عللت المحكمة مُصدرة القرار الطعين حكمها لجهة قناعتها بأن المخالعة التي ادعى بها الزوج لم تقم لعدم استكمالها لشروط وقوعها الشرعية وذلك بحسبان أنه لم يجر تبادل الألفاظ الشرعية المتعلقة بالإعلان عن المخالعة وشروطها وفق ما ثبت للمحكمة، ولأن الطاعن بدوره تلفظ بألفاظ الطلاق نتيجة وقوعه بالغلط واعتقاده أن ذلك موجب لإبراء ذمته من حقوق زوجته الشرعية وهو ما يتوجب معه تطبيق أحكام المادة / ٢٠١ / من كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقدري باشا والواجب الرجوع إليه بمقتضى أحكام المادة / ٣٠٠ / من قانون الأحوال الشخصية ونصها: "الطلاق لفظاً كان أو كتابة: يصح أن يكون مُنجزاً أو مُعلقاً، فالمنجَز ما كان بصفة مُطلقة غير مقيدة بشرط ولا مضافة إلى وقت، وهذا يقع في الحال، والمعلق ما كان معلقاً بشرط أو حادثة أو مضافاً إلى وقت، وهذا يتوقف وقوعه على وجود الشرط أو الحادثة أو حلول الوقت المضاف إليه، وما هو مطروح من أدلة أمام محكمة الموضوع يقطع بأن ما تصرف به الزوج كان إنفاذاً لما يعتقد أنه مخالعة مُنجزة يقع فيها الطلاق مقابل إبرائه من حقوق المدعية الشرعية كاملة، خاصة وأن الشهود أكدوا أن الطلاق صدر عن الزوج بعد توقيع الزوجة ببصمتها على الوثيقة الخطية

المُبْرَزة وبطلٍ من الحاضرين، وهو ما يؤكّد تعلّق الطلاق بالإبراء تعلّق وجودٍ مما يوجب عدم إعمال الطلاق وعدم اعتباره طلاقاً واقعاً ونقض ما قضى به الحكم الطعنين^(١).

- فذهب الاجتهاد في هذه المسألة إلى إبطال طلاق الزوج؛ لأنه طلق زوجته لظنه أن المخالعة التي عقدها صحيحة، وقد تبين بطلان المخالعة التي طلق لأجلها، فبطل طلاقه.

المطلب الثاني: الرأي الفقهي في المسألة:

• ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الرجل لو طلق زوجته لأمر ثم تبين له عدم وقوعه فإن الطلاق واقع، ولا عبرة بظنه في ذلك.

• وذهب بعض الحنابلة أن الرجل لو طلق امرأته على سبب، كأن قيل له: ذهبت امرأتك بدون علمك، فطلقها لأجل ذلك، ثم تبين له عدم ذهابها فطلاقه غير واقع؛ لأن السبب الذي أوقع الطلاق لأجله لم يكن واقعاً، فصار طلاقه كالطلاق المعلق بذهابها وإن لم يتلفظ بذلك^(٢).

- جاء في إعلام الموقعين: "والمقصود أنه إذا علل الطلاق بعلة ثم تبين انتفاؤها فمذهب أحمد أنه لا يقع بها الطلاق، وعند شيخنا لا يشترط ذكر التعليل بلفظه، ولا فرق عنده بين أن يطلقها لعلة مذكورة في اللفظ أو غير مذكورة، فإذا تبين انتفاؤها لم يقع الطلاق، وهذا هو الذي لا يليق بالمذهب غيره، ولا تقتضي قواعد الأئمة غيره، فإذا قيل له: امرأتك قد شربت مع فلان أو باتت عنده، فقال: اشهدوا علي أنها طالق ثلاثاً، ثم علم أنها كانت تلك الليلة في بيتها قائمة تصلي فإن هذا الطلاق لا يقع به قطعاً، وليس بين هذا وبين قوله: "إن كان الأمر كذلك فهي طالق ثلاثاً" فرق البتة، لا عند

(١) أساس ٧٢٩، قرار ٨٣٢، تاريخ ٢٤/٤/٢٠٠٠م (الوافي في قضاء الأحوال الشخصية من عام ١٩٩٢م وحتى عام ٢٠٠٥م، للمحامي محمد أحمد عبد الرحمن، مطبعة اليمامة، حمص، الطبعة الأولى: ص ٣٩٦).

(٢) ينظر: الفتاوى الكبرى، لأبي العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (المتوفى: ٧٢٨هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: (٥/٤٩٥)، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، لمصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرّحبياني مولداً، ثم الدمشقي الحنبلي (المتوفى: ١٢٤٣هـ)، الناشر: المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية: (٥/٤٠٧-٤٠٨).

الحالف، ولا في العُرف، ولا في الشرع، فإيقاع الطلاق بهذا وهمٌ محضٌ؛ إذ يُقَطَّعُ بآئه لم يُرد طلاق من ليست كذلك، وإنما أراد طلاق من فعلت ذلك^(١).

- فمن طَلَّقَ زوجته لكذبها، ثم تبين له أنها كانت صادقةً، فالطلاق الصادر منه بمثابة التعليق على كذبها ولو لم يتلفظ به، فكأنه قال: إن كنتِ كذبتِ فأنتِ طالق، فهو شرطٌ مُضمَّرٌ في الكلام؛ بدليل أنه لم يكن ليطلق زوجته لو لم يعتد كذبها، فكان هذا الطلاق معلقاً على شرطٍ مُضمَّرٍ في الكلام وهو كذبها، فإذا ظهر عدم وقوع الشرط لم يقع الطلاق المعلق عليه.

المطلب الثالث: الرأي القانوني في المسألة:

- لم أجد من قوانين الأحوال الشخصية من نصَّ على هذه المسألة -حسب ما اطلعتُ عليه- وبناءً على ذلك فيكون الطلاق واقعاً عندهم؛ لأنهم لم يستثنوا هذا الطلاق من الوقوع كما استثنوا غيره، فكان الظاهر وقوعه واعتباره طلاقاً منجزاً، ولا أثر لظن الزوج الفاسد؛ لأنه أخطأ في عدم تحريره الصواب، فيكون طلاقه واقعاً.
- وكذلك الأمر بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية السوري، فلم ينصَّ على عدم وقوع طلاق من طلق زوجته لسبب ثم تبين له خطؤه في عدم وجود ذلك السبب، وظاهر قانون الأحوال الشخصية على وقوعه.
- ويُؤيد ذلك أن اجتهاد محكمة النقض قد أوقع طلاق من طلق زوجته القاصرة على مهرها، ثم تبين له بعد ذلك عدم صحّة إسقاطها للمهر، فالقانون أوقع الطلاق وعده طلاقاً رجعيّاً، مع أن المطلق هنا طلق بناءً على ظنه أن المهر سقط عنه، وهو لو علم بعدم سقوطه عنه لم يكن ليطلق زوجته.
- ونص الاجتهاد: "إذا طلق الرجل زوجته الصغيرة المميّزة على مهرها وقبِلت تطلق ولا يسقط المهر"^(٢).

(١) إعلام الموقعين عن رب العالمين، لشمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١هـ)، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م: (٤/ ٧٠).

(٢) أساس ١٩٠، قرار ١٨٢، تاريخ ١٦/٤/١٩٧٦م (الأحكام القضائية الشرعية في ظل قانون الأحوال الشخصية: ص ١٥٠٤).

- ونصّ المادة (٢٩١) أحوال لقدرى باشا المعمول بها بموجب المادة /٣٠٥/ صريحٌ في أن الزوج إذا طلق الزوجة على مهرها وهي صغيرة مميّزة وقبلت تطلق ولا يسقط المهر.
- وبناءً على ما تقدّم فاللزام توحيد الاجتهاد، فإنّ الاجتهاد الأوّل قد أبطل طلاق الزوج؛ لاعتقاده صحّة المخالعة، في حين نصّ الاجتهاد الأخير على صحّة الطلاق مع كون الزوج أيضًا يعتقد صحّة المخالعة.
- فوجب أن يكون الحكم واحدًا بينهما؛ لاشتراكهما في العلة، وهي بناء المطلق طلاقه على أمر ثبت بطلانه.

المطلب الرابع: الترجيح:

- يرى الباحث أن الراجح في المسألة هو ما ذهب إليه بعض الحنابلة من أن الرجل لو طلق زوجته إن خرجت مثلاً، فأخبر بخروجها فطلّقها، ثم تبين له خلاف ذلك، فإنّ الطلاق غير واقع؛ لأنّ طلاقه مشروطٌ بالظنّ.
- ويؤيد ذلك ما روي عن عطاء بن أبي رباح^(١) أنه سُئل عن رجلٍ حلف بالطلاق على أمرٍ، والأمر على غير ما طلق عليه وحلف، وهو يحسب حين طلق أو حلف أنه كذلك قال: "ما أرى عليه شيئاً"^(٢).
- لكن ينبغي أن يكون هذا الحكم عامّاً في كل المسائل، فلا يُفتى به في موضعٍ دون آخر، كما تقدّم ذكره.
- وأيضاً فإنّ الاجتهاد المذكور وإن كان الباحث يرى رجحانه، إلّا أنه مخالفٌ لنصوص قانون الأحوال الشخصية السوري، ذلك أن النصوص القانونية لم تُنصّ على هذه المسألة، فوجب النصّ عليها بالقانون، أو بالمدكّرة الإيضاحية التي تأتي تفسيراً للقانون.

(١) هو الإمام عطاء بن أبي رباح المكي، أبو محمد بن أسلم، مولى قريش، أحد أعلام التابعين، ولد في خلافة عثمان، وسمع: عائشة، وأبا هريرة، وأسامة بن زيد. وروى عنه: ابن إسحاق، وأبو حنيفة، والأوزاعي، وكان ثقة فقيهاً انتهت إليه الفتوى بمكة، وكان أسود أعور أفطس أشلّ أعرج، فصيحاً إذا تكلم، وما قال بالحجاز قبل منه، توفي سنة (١١٤ هـ)، وعمره تسعون سنة. ينظر: تاريخ الإسلام: (٢٧٧-٢٨١).

(٢) مصنف عبد الرزاق، لأبي بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني (المتوفى: ٢١١ هـ)، المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي، الناشر: المجلس العلمي - الهند، يطلب من: المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤٠٣: (٦/٣٨٤).

- وقد نصّت المادة (٨٩) من قانون الأحوال الشخصية المعدّل بالقانون رقم (٤) لعام ٢٠١٩م على عدم وقوع طلاق المخطئ، وفُسّرت المخطئ بالذي سبق لسانه بلفظ الطلاق دون قصد.
- وجاء في نصّها:
- "- لا يقع طلاق السكران ولا المُكرّه ولا المجنون ولا المعتوه ولا المدهوش ولا المخطئ.
- المخطئ: هو الذي سبق لسانه بلفظ الطلاق دون قصد".
- ويقترح الباحث تعديل الفقرة التي عرّفت المخطئ بمن سبق لسانه، فيكون تعريفه:
- "المخطئ: هو الذي سبق لسانه بلفظ الطلاق دون قصد، أو قصد الطلاق بناءً على أمر ظهر خطؤه".
- فيكون القانون قد نصّ على هذا الحكم نصّاً واضحاً، وأزال ما يجري من تناقض في بعض الاجتهادات من إيقاع الطلاق في بعض الاجتهادات وإجازته في البعض الآخر، والله الموفق.

المبحث السادس: حكم الطلاق عبر وسائل التواصل:

المطلب الأول: بيان المسألة:

- اتفق العلماء على أن الزوج إذا تلفّظ بالطلاق فقد وقع طلاقه، سواءً كان حاضراً أم غائباً، ولا يتوقف وقوع الطلاق على علم الزوجة أو رضاها.
- وبناء على هذا فلو طلق الرجل زوجته على الهاتف أو بالفيديو، أو بإرسال رسالة تفيد طلاقه لها، أو تسجيل صوتي أو مرئي يتلفّظ به بالطلاق فإن الطلاق يقع عليها اتفاقاً.
- لكن في مثل هذه الأمور يبقى احتمال التزوير والكذب قائماً؛ لذلك توقف بعضهم في قبوله وأجازه البعض ومنعه آخرون.
- وقد جاء اجتهاد للغرفة الشرعية لمحكمة النقض نصّ على عدم الاعتداد بالمخابرة الهاتفية.
- وجاء فيه: "اعتماد مخابرة هاتفية يدعى فيها بأن الزوج أقرّ من خلالها بطلاقه لزوجته تصرّف لا يصحّ قانوناً، وقد استقرّ اجتهادُ كافّة المحاكم السورية في كافّة أنواع القضايا التي تُعرض أمامها على عدم اعتبار الدليل المبنيّ على المخابرة الهاتفية، الأمر الذي يعني أن كل ما تصرّفت به الجهة المدّعية وأيدتها فيه المحكمة مبنيّ على أساس غير صحيح ولا يصحّ اعتماده بعد إنكار الزوج^(١)".

المطلب الثاني: الرأي الفقهي في المسألة:

- اتفق العلماء على أن الزوج له أن يُطلق زوجته بغير علمها أو رضاها، وأنّه لو تلفّظ بالطلاق فقد وقع طلاقه، سواءً استخدم وسيلةً لإيصال الطلاق إلى غيره أم لا.
- واختلفوا فيما بينهم فيما لو طلق زوجته بإرسال رسالة إليها دون التلفظ بالطلاق، أمّا مع التلفظ به فلا خلاف بينهم في وقوعه.
- والخلاف منحصرٌ في إثبات الطلاق عند القاضي، فلو سمع اثنان رجلاً يُخاطب زوجته ويطلقها على الهاتف فالاكتفاء على أن القاضي لا يقبل شهادتهم.

(١) أساس ١٧٤٠، قرار ١٨٠٤، تاريخ ٢٩/١١/٢٠٢٣ م. والقاعدة رقم (١٥٤٦) أساس ١٠٤٥، قرار ٨٨٢، لعام ٢٠١٢ م. (الروافى في قضاء الأحوال الشخصية: ص ٣٩٢).

- ولا يرى الباحث سبباً وجيهاً لعدم قبول الإقرار بالهاتف أو غيره إذا سمع شاهدان عدلان وأقرّا عليه، وحكمه كما لو سمعاه منه، لا يختلف الأمر في الحالتين.
- ولعلّ الإشكال في اجتهاد الغرفة الشرعية يكمن في إمكانية اشتباه الصوت على الشهود، أو تزوير الصوت أو الصورة بوسائل التزوير المعاصرة، فلا يكون ذلك دليلاً بنفسه لاحتمال التزوير الذي يترتب عليه فساد شهادة الشهود.
- وهذا الأمر يبحث فيه القاضي الشرعيّ للتأكد من صحته، فالأصل قبول شهادة الشاهدين على ما سمعاه، فإذا لم تتوفر وسائل الإثبات ردّ القاضي الحكم لعدم ثبوت الدليل، لا لكون الدليل غير صحيح.
- فعلى سبيل المثال لو أن رجلاً طلق زوجته باتّصالٍ هاتفيّ في الساعة الخامسة، فشَهِد بذلك رجلان عدلان، ثم تأكّد القاضي من ذلك عبر مُسجّل الصوت في هاتف الزوجة الذي سجّل وجودَ مكالمة الزوج في نفس التوقيت، وتأكّد القاضي من ذلك عبر وجود اتّصال في هاتف الزوج على زوجته بنفس التوقيت، فما المانع الشرعيّ من وقوع الطلاق بذلك.
- ويرى الباحث أنّ القاضي لو تأكّد من وقوع الطلاق عبر وسيلةٍ من وسائل التواصل فإنّه يتعيّن عليه تثبيته ولو لم يشهد شاهدان أصلاً، وكذا لو شهد شاهدان عدلان سمعاً طلاق الزوجة على الهاتف فيتعيّن على القاضي قبول شهادتهما، ووسائل الإثبات يرجع الأمر فيها لقناعة القاضي وتقديره، وحكمه هو الفصل في الموضوع.

المطلب الثالث: الرأي القانوني في المسألة:

- ذهب اجتهاد الغرفة الشرعية إلى عدم اعتبار المخابرة الهاتفية دليلاً مقبولاً على طلاق الزوجة في حال رفع الزوجة لدعوى الطلاق وإنكار الزوج لوقوع الطلاق منه كما تقدم.
- ويوافقه اجتهاد آخر صادر عن الهيئة العامة لمحكمة النقض، غرفة محاسبة القضاة^(١) جاء فيه: "لا جدوى من إبراز شريط التسجيل على اعتبار أنه ليس من الأدلة المقبولة قانوناً كبيّنة في قانون البينات".

(١) أساس ١٥٢، قرار ٣٤٠، تاريخ ٣/٤/٢٠٠٧م.

- وقد اعترض القاضي سعدي أبو جيب على هذا الاجتهاد بأن الأصل أن يصحّ الإقرار بالطلاق هاتفياً متى تأكدنا أن المتحدث هو فلانٌ زوجُ فلانة وقد طلقَ زوجته وسمع منه ذلك شاهدان. ولا يختلف الحكمُ عما لو كان هذا الزوجُ جالساً بين الشاهدين وأخبرهما بأنه طلقَ زوجته ما دام الشاهدان قد سمعا منه هذا الخبر، وإن استقرار القضاء في كافة أنواع القضايا على رفض الدليل المبني على المخابرة الهاتفية كلامٌ مطلقٌ صعب الإحصاء والقبول ما دام لم يستند إلى مؤيد، فاعتماد الزوج على طلاق زوجته بالهاتف صحيح وواقعٌ إذا غلب على ظنّ زوجته^(١).
- وقد بدأت المحاكم الشرعية باستدراك الأمر عن طريق الاعتراف بصحة عقود الزواج والطلاق عبر النت واعتبارها دليلاً يمكن الاستناد إليه.
- فقد أقرّ القاضي الشرعي الأول بدمشق محمود المعراوي صحة عقد الزواج عن طرق النت عبر تطبيق Skyp وعدّ الاتصال المرئي بمثابة المجلس الواحد، فإذا صح الزواج فيقاس عليه الطلاق، وعلى ذلك فإن طلق الزوج زوجته بمحادثة فيديو ثم أنكر فيصحّ للزوجة أن تستند لشهادة من كان حاضراً أمامها وشاهد وسمع طلاق الزوج لها عبر النت، كما أكد القاضي صحة الطلاق الواقع عبر برنامج المحادثات WhatsApp من الناحية الشرعية، وأن المشكلة تكمن في تثبته بالمحكمة والتي لا تتم إلا بالشهود أو بوسيلة إثبات^(٢).

المطلب الرابع: الترجيح:

- يذهب الباحث إلى عدّ الطلاق بوسائل التواصل الاجتماعي من صوتٍ أو صورةٍ أو رسالةٍ طلاقاً صحيحاً تبنى عليه أحكام الطلاق وآثاره، خاصةً وأن هذه الوسيلة قد تكون مسجلةً محفوظةً بحيث تتمكن الزوجة من إحضارها لمجلس القضاء، فتعتبر قرينةً لإثبات الطلاق في حال عجز الزوجة عن إحضار البينة الشرعية، ويتعيّن اعتياده كدليل لوقوع الطلاق إذا سلّم من الاعتراض.

(١) ينظر: التذكرة في القضاء الشرعي: (٢/ ٢٤-٢٥).

(٢) ينظر: صحيفة الوطن المحلية، سورية، يومية، العدد ٢٤٢١، تاريخ ١٩/٦/٢٠١٩م، (ما سكت عنه قانون الأحوال الشخصية في فرق الزواج وآثاره: ص ١٨٦).

- وقد بدأت المحاكم الشرعية تدريجيًا بعدّ وسائل التواصل قرينةً قضائيةً لها حُجَّةُ القرائن الأخرى، وذلك مواكبةً للتطور الحاصل، والذي يتطلب اعتماد الوسائل الصوتية والمرئية ضمن الأدلة المعتمدة.
- وهذا ما أكّده القاضي المستشار زياد الحمود حيث ذكر بأن المحكمة الشرعية نفسها بدأت تلجئ إلى وسائل التواصل في ممارسة مهامها.
- ويدل لذلك ما جاء في الاجتهاد الآتي للغرفة الشرعية لمحكمة النقض، ونصه:
- "إنّ تقرير الحكّمين الذي أخذت به المحكمة قد استوفى أركانه، ولا مانع من سماع الزوجة بطريقة الاتصالات، ما دام تأكّد للحكّمين أنّ مَنْ استجوبها بهذه الطريقة هي الزوجة المعنية في الدعوى، وبالتالي فإنّ الطاعن اعترض على طريقة التواصل، ولم يعترض على أنّ الشخص الذي جرى معه الاتصال هو شخص آخر"^(١).
- وعليه فإن وقوع الطلاق الإلكتروني صحيحٌ بجميع صوره، كما ذكر القاضي الشرعي الأول، وتبقى المسألة في طريقة إثباته، فإذا تمّ إثباته بالشهود أو باعتراف الزوج أو بتأكيد أهل الاختصاص على صحّة دليل الإثبات للزوجة، وسلامته من الاعتراض، فإن الطلاق يكون واقعاً بلا ريب.
- وإنما لم تأخذ محكمة النقض قديماً بالهاتف دليلاً على صحّة الطلاق خوفاً من الغش والتزوير، وهذا الأمر يمكن تلافيه في وقتنا الحالي عن طريق التحقيق في صحّة الدليل الصوتي أو المرئي، بالاطلاع على هاتف الزوج أو الزوجة وتاريخ تواصلهما، ودليل الإنكار، والحجّة التي يتعلّل بها المنكر، ولا يكون ذلك برّد الدليل الصوتي أو المرئي أو الكتابي بالمطلق.
- وقد جاء في نص قانون البيّنات السوري الصادر بالقانون رقم ٣/ لعام ٢٠١٤م في المادة الثانية منه ما يأتي: "مع مراعاة الحجّة القانونية المقرّرة قانوناً للتوقيع الإلكتروني المصدّق يكون للكتابة الإلكترونية الحجّة المقرّرة قانوناً للكتابة الورقية، ويكون لتبادل المعلومات إلكترونياً عن طريق الفاكس أو البريد الإلكتروني أو أيّ وسيلة إلكترونية أخرى حُجَّةُ القرائن القضائية".

(١) أساس ١٠٥، قرار ١٤٣، تاريخ ١٤/٣/٢٠١٦م، (ما سكت عنه القانون السوري في فرق الزواج وآثاره: ص ١٨٨).

- فهذا النص صريح في أن أي وسيلة إلكترونية يتم فيها تبادل المعلومات لها حجية القرائن القضائية، وعليه فالطلاق بالتسجيل الصوتي أو المرئي أو بالكتابة أو بالإشارة الإلكترونية الدالة على ذلك واقع قضاء، وتعد الوسيلة التي وقع بها الطلاق قرينة قضائية معتبرة، وقد تعد دليلاً قضائياً حاسماً إذا سلمت من الطعن والاعتراض كما تقدم.
- ويقترح الباحث إضافة مادة قانونية تنص على ما يأتي:
"الطلاق عبر وسائل التواصل الاجتماعي واقع، ويحكم القاضي بوقوعه إذا أقر المطلق به، أو تبين للقاضي وقوع الطلاق بوسيلة من وسائل الإثبات المعتمدة قانوناً".

الفصل الثاني:

(الاجتهادات القضائية)

المتعلقة بالطلاق العسفي

المبحث التمهيدي:

المطلب الأول: التعريف بمصطلحات البحث:

أولاً: تعريف الطلاق:

- الطلاق لغة: (طَلَّقَ) الطاء واللام والقاف أصلٌ صحيحٌ مُطَرَّدٌ واحدٌ، وهو يُدَلُّ على التخلية والإرسال، يقال: انطلق الرجل ينطلق انطلاقاً^(١).
- واصطلاحاً: إزالة قيد النكاح^(٢).

ثانياً: تعريف التعسف:

- التعسف لغة: العين والسين والفاء كلمتٌ تتقارب ليست تدلُّ على خيرٍ، إنّما هي كالحيرة وقلة البصيرة^(٣).
- واصطلاحاً: اختلفت التعاريفُ في معنى التعسف، ولم يرد هذا اللفظُ في عبارات الفقهاء، وإنّما ورد بدلاً منه لفظ التعنت، والمضاربة في الحقوق، وعبروا بهما عن الظلم الناشئ عن إساءة استعمال الحق، والتصرف فيه تصرفاً مخالفاً لمقصود الشارع^(٤).
- وعرفه بعضهم أنه: "مناقضة قصد الشارع في تصرف مآذون فيه شرعاً بحسب الأصل^(٥)".
- فدلّ هذا التعريف أنّ الإنسان وإن كان له حقُّ التصرف في أمرٍ من الأمور إلا أن تصرفه مُقيّدٌ بعدم الإضرار بالآخرين، فإذا ترتّب على تصرفه إضرارٌ بغيره كان هذا التصرف ممنوعاً شرعاً.

(١) ينظر: معجم مقاييس اللغة: (٣/ ٤٢٠).

(٢) ينظر: التعريفات: (ص ١٣٦).

وقد اختلف الفقهاء في تعريف الطلاق، وكل ما ذكره لا يخرج عن معنى إزالة قيد النكاح.

(٣) ينظر: معجم مقاييس اللغة: (٤/ ٣١١).

(٤) ينظر: مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي، للباحثين، بالة نجاة، ومومني عتيقة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة أدار، الجزائر، ٢٠١٥-٢٠١٦م: (ص ٦).

(٥) ينظر: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، للدكتور فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط ٢٠٠٨، (ص ٥٣).

ثالثاً: تعريف الطلاق التعسفي:

- لم يتطرق الفقهاء القدامى إلى تعريف الطلاق التعسفي؛ لكونه مصطلحاً حادثاً، وغاية ما ذكره بيان صور له عند حديثهم عن بعض أنواع الطلاق كالطلاق البدعي، وطلاق المريض مرض الموت^(١).
- ويمكن مما تقدم تعريف الطلاق التعسفي بأنه: "طلاق الرجل زوجته لغير حاجة ودون سبب، فيناقض بذلك مقصد الشارع من تشريع الطلاق وهو رفع الضرر"^(٢).

رابعاً: تعريف المتعة:

- المتعة لغة: الميم والتاء والعين أصل صحيح يدل على منفعة وامتداد مدة في خير، ومنه: استمتعت بالشيء. والمتعة والمتاع: المنفعة، ومتعت المطلقة بالشيء؛ لأنها تتنفع به، ومتعة المرأة ما وصلت به بعد الطلاق^(٣).
- واصطلاحاً: هو ما يجب للمرأة المنكوحة التي طلقت قبل الدخول ولم يكن زوجها سمى لها مهراً^(٤).

المطلب الثاني: مشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي:

- لم يبحث الفقهاء المتقدمون هذه المسألة في كتبهم لكونها من المسائل المعاصرة، ولذلك لم يتعرضوا لها بالمفهوم الذي ذكره المعاصرون، واختلف الفقهاء المعاصرون في حكم الطلاق التعسفي على قولين: القول الأول: هو القول بمشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي، وذلك أن هذا الطلاق التعسفي فيه إضرار بالغير، فكان رفع الضرر واجباً بالتعويض عنه، وإلى هذا القول ذهب الشيخ مصطفى السباعي^(٥) بقوله: "وهذا حكم جديد لم يكن معمولاً به من قبل، وهو حكم عادل"^(٦)، وعليه أكثر القوانين الأحوال الشخصية العربية.

(١) ينظر: الطلاق التعسفي وتطبيقاته في المحاكم الشرعية الأردنية، بحث محكم لأحمد العازمي، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية: (٢٦٤).

(٢) ينظر: مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي: (ص ٦).

(٣) مقاييس اللغة: (٢٩٣/٥)، القاموس المحيط، لمجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (المتوفى: ٨١٧هـ)، الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة: الثامنة، ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م: (ص ٧٦٢).

(٤) ينظر: طلبه الطلبة في الاصطلاحات الفقهية: (ص ٤٥).

(٥) هو مصطفى بن حسني، أبو حسان السباعي، عالم إسلامي مجاهد، ولد بحمص وتعلم بها وبالأزهر، واستقر في دمشق أستاذا بكلية الحقوق (١٩٥٠) وعميدا لكلية الشريعة (١٩٥٥)، وأنشأ مجلة (حضارة الإسلام)، من كتبه: "السنة ومكانتها في التشريع الإسلامي"، و"اشتراكية الإسلام"، و"شرح قانون الأحوال الشخصية". ينظر: الأعلام: (٧/ ٢٣١-٢٣٣).

(٦) ينظر: شرح قانون الأحوال الشخصية، مصطفى السباعي، مطبعة جامعة دمشق، ط ٥: (١/ ٢٦٧).

- **القول الثاني:** هو القول بعدم مشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي لما فيه من تقييد للمباح، ومنع من استعمال الحق المشروع؛ ولذا لم يتعرض له الفقهاء الأقدمون في كتبهم، ولم يذكروا التعويض عن طلاق التعسف، وإليه ذهب الشيخ محمد أبو زهرة^(١)، وعليه قانون الأحوال الشخصية في قطاع غزة، حيث لا يوجد نص في القوانين المعول بها ينص على الطلاق التعسفي^(٢)، وعليه أيضًا القانون اليمني حيث ألغى هذه المادة بعد أن كانت موجودة^(٣).

● أدلة القول الأول:

- استدل أصحاب القول الأول بما يأتي:

١- قياس تعويض الطلاق دون سبب على المتعة التي فرضها الله تعالى للمطلقة، وهي واجبة عند بعض العلماء، ومستحبة عند البعض الآخر^(٤)؛ لأن الطلاق وإن كان حقًا للرجل إلا أن هذا الحق مقيد بالحاجة إليه، وألا يترتب على استعماله إضرار بالغير، فإذا أساء الزوج استعمال حقه وجب عليه التعويض، وإليه ذهب القانون المصري^(٥) والجزائري^(٦)، والقطري^(٧).

-
- (١) ينظر: الأحوال الشخصية، لمحمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثانية: (ص ٢٨٥).
- (٢) ينظر: التعسف في الطلاق، حقيقته، معايير، حالاته، الجزاء المترتب عليه، د. أيمن مصطفى الدباغ، مجلة جامعة الأقصى، المجلد الثامن، العدد الأول ٢٠١٤ م: (ص ٨٩).
- (٣) قام المشرع اليمني بحذف المادة (٧١) من القانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢ م، بموجب القانون رقم: (٢٧) لسنة ١٩٩٨ م، وكان نص المادة قبل الحذف: "إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها، وأنه سيصيبها بذلك بؤس وفاقة جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حاله ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة سنة لأمثالها فوق نفقة العدة".
- (٤) ذكر ابن المنذر وجوبها لكل مطلقة عن علي بن أبي طالب، والحسن البصري، وسعيد بن جبير، والزهرري، وهو اختيار ابن حزم. وذكر عن مالك استحبابها لكل مطلقة. وذكر عن ابن عمر وجوبها للمطلقة قبل الدخول التي لم يسم لها مهر، وقيل غير ذلك.
- ينظر: الإشراف على مذاهب العلماء، لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (المتوفى: ٣١٩هـ)، المحقق: صغير أحمد الأنصاري، الناشر: مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة - الإمارات العربية المتحدة، الطبعة: الأولى ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤ م: (٣٧٣/٥)، المحل بالآثار، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ)، الناشر: دار الفكر - بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ، عدد الأجزاء: ١٢: (٩-٧/١٠).
- (٥) مادة (١٨)، وينظر: اجتهاد محكمة النقض المصرية في (٢٨/١/١٩٩٧م)، الطعن رقم (٤٠)، لسنة (٥٤) القضائية، لعام ١٩٨٧م.
- (٦) ذكر القانون الجزائري في المادة (٥٢) تعويض الطلاق التعسفي، ولم يتعرض للمتعة، لكن نص قرار المحكمة العليا أن المتعة تعويض عن الطلاق التعسفي، وأن المتعة والتعويض شيء واحد. ينظر: الطلاق التعسفي وآثاره في التشريع الجزائري: (ص ٧٥-٧٦).
- (٧) مادة (١١٥).

ويؤيده ما روي عن عبد الرحمن بن زيد^(١) قال: "لما نزل قوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُمْ عَلَىٰ أَلْوَسِيعِ قَدَرِهِ، وَعَلَىٰ الْمَقْتَرِ قَدَرَهُ، مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَىٰ الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: ٢٣٦]، قال رجل: إن أحسنت فعلت، وإن لم أرد ذلك لم أفعل، فأنزل الله تعالى: ﴿وَلَا تُطْلَقَنَّ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَىٰ الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: ٢٤١]"^(٢).

- ففي ذلك إشارة إلى أن من طلق ظُلماً، أو ملأً وسامةً، أو تعسفًا، يُحكم عليه بالمتعة^(٣).

٢- قياس التعويض عن الطلاق التعسفي على طلاق الفارّ الذي طلق امرأته في مرض الموت، وهو صورة من صور التعسف في الطلاق، حيث إن الزوج يطلق زوجته لحرمانها من الميراث، فيعامل بنقيض قصده وتَرِث منه زوجته، فكذلك المطلق بلا سبب فيعامل بنقيض قصده ويلزمه التعويض^(٤).

٣- قياس ذلك على المخالعة، فقد أباحت الشريعة للزوج أن يأخذ من زوجته عوضاً مقابل طلاقها كتعويض له عن فراقها، فكذلك يجوز للزوجة أخذ العوض لو أساء الزوج في طلاقها^(٥).

٤- أن الطلاق بدون سبب فيه ضياعٌ لمستقبل الزوجة وتفويتُ فرصة لها قد لا تعود، والقاضي مأمورٌ بإنصاف المظلومين، فعليه معاقبة من يُسيء تصرفه، فمن لحق زوجته ضرراً من طلاقه وجب عليه التعويض عن ذلك^(٦).

(١) هو عبد الرحمن بن زيد بن أسلم العدوي، روى عن أبيه، وابن المنكدر، وروى عنه ابن وهب، والقعنبي، وكان صاحب تفسير وقرآن، وهو كثير الحديث، لكنه ضعيف، ضعفه أحمد والبخاري والنسائي وأحمد، توفي سنة (١٨٢ هـ). ينظر: تاريخ الإسلام: (٩٠٤/٤)، ميزان الاعتدال في نقد الرجال، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي (المتوفى: ٧٤٨ هـ)، تحقيق: علي محمد البجاوي، الناشر: دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى: (٢/٥٦٤).

(٢) ينظر: جامع البيان عن تأويل آي القرآن = تفسير الطبري، لأبي جعفر محمد بن جرير الأُملي الطبري (المتوفى: ٣١٠ هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، الطبعة الأولى: (٤/٤١١-٤١٢).

(٣) ينظر: التفسير المنير: (٢/٤٠٦-٤٠٧).

(٤) ينظر: دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، للباحثة رسمية الدوس، رسالة ماجستير في الجامعة الأردنية عام ٢٠١٧ م، دار قنديل، الأردن، الطبعة الأولى: (ص ٣٤).

(٥) ينظر: التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، جميل فخري محمد جانم، دار حامد: (ص ٢٧٣).

(٦) ينظر: مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة والقانون، د. عبد الرحمن الصابوني، دار الفكر، ط ١٩٨٦: (ص ١٢٠).

● أدلة القول الثاني:

- استدل أصحاب القول الثاني بما يأتي:

١- أن الطلاق حقٌّ مباح للزوج في الشريعة الإسلامية لا يتقيّد بالحاجة، فمن طلق زوجته دون سبب ظاهر فهو مستعملٌ لحقه الشرعي، وليس في فعله إساءة تستوجب مسؤوليته عن الضرر الذي يلحق الزوجة بسبب الطلاق؛ إذ لم يرد نص من القرآن ولا السنة ولا أقوال السلف يشير إلى التعويض، فكان القول به لا دليل عليه^(١).

٢- أن الطلاق وإن سلمنا أن الأصل فيه الحظر ولا يباح إلا لحاجة، إلا أن هذه الحاجة قد تكون نفسية كعدم ميل الزوج لزوجته، أو مما يجب ستره لئلا يؤدي للتشهير بكرامة الزوجين^(٢).

٣- أن القول بالتعويض في الطلاق التعسفي يؤدي إلى منع الطلاق الذي لا ظلم فيه، فقد يكون الدافع هو رغبة أحاطت بالزوجة فطلّقها سترًا عليها، وليس من العدل تعويضها في هذه الحالة^(٣).

المناقشة والترجيح:

- استدل أصحاب القول الأول بالقياس على المتعة، وهو قياس مع الفارق؛ لأنه قياس لما فيه نص على ما لا نص فيه، فالمتعة ثبتت بظاهر القرآن في مواضع معلومة، فلا يصح قياس التعويض عليها.
- واستدلوا بالقياس على من طلق زوجته في مرض الموت، وهو قياس مع الفارق أيضًا؛ لأن الميراث للزوجة حق ثابت بالشرع، فكان في طلاقها حرمانًا منه، فأعطيت الزوجة حقّها، بخلاف التعويض فإنه ليس حقًا للمطلقة أصلاً.
- واستدلوا بالقياس على المخالعة، وهو قياس غير صحيح؛ لأن المخالعة تكون بإرادة الزوجين وتوافقهما، بخلاف تعويض الطلاق التعسفي، فليس كذلك.

(١) ينظر: التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي: (ص ٢٧٧).

(٢) ينظر: دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي: (ص ٣٤).

(٣) ينظر: الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة والقانون، أطروحة لنيل درجة الماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح

الوطنية، نابلس ٢٠٠١ م، (ص ١٤٩).

- واستدلّوا بأن فيه ضياع مستقبل الزوجة، وإضراراً بها، وهذا غير مسلم به، فقد تتزوَّج بعد انتهاء العدة وتدخل في كفالة الزوج الجديد فلا ضرر عليها، وحتى لو لم تتزوَّج فتكون نفقتها على وليها، أو على بيت مال المسلمين^(١).
 - واستدل أصحاب القول الثاني بأن الطلاق حق للزوج غير مقيّد، ويرد عليه أن الأصل في الطلاق الحظر، فيجب تقييد استعمال هذا الحق بالحاجة، فلو أساء استعماله وجب عليه التعويض.
 - واستدلّوا بأنه لم يرد فيه نص من الكتاب والسنة وأقوال السلف، وهو صحيح، إلّا أنه لا يشترط أن يكون كل شيء منصوصاً عليه، وإلّا لأغلقتنا باب الاجتهاد، وأصل التعويض مبني على قاعدة "لا ضرر ولا ضرار"، فلو أصابها الضرر وجب عليه التعويض.
 - واستدلّوا بأنه قد يكون لسرّ ربيّة في الزوجة أو لسبب نفسي، وهذا لا يمنع من عرض الأمر على القضاء، فيكون هو الفصل في ذلك، وإذا وصل الأمر إلى القضاء، فلا بد من بيان الأسباب، وإلّا فالواجب إعطاء الحقوق لأصحابها دون اللجوء للقضاء لنيل الحقوق^(٢).
 - والذي يرجح من وجهة نظر الباحث هو كون الأصل عدم التعويض، ولا يُشرع التعويض إلّا في حال الضرر الفعلي الواقع من الزوج على الزوجة، وذلك في حالات مخصوصة:
- الأولى:** إذا كان الطلاق لسبب غير مشروع، كأن طلقها لكونها مريضةً للتخلص من علاجها، أو طلقها لتنازلها عن ميراثها لأخيها، أو لرفضها أفعاله غير الأخلاقية ونحو ذلك.
- الثانية:** إذا كان الهدف من الطلاق التحايل على الشارع، كأن طلقها فراراً من توريثها.
- الثالثة:** إذا تسبّب بوقوع الضرر على الزوجة حال الزوجية، كأن طلقها بعدما انتفع بها، أو حرّمها من عملها ولم تستطع العودة له، أو امتنعت عن الإنجاب بسبب منه ثم طلقها بعد أن فوّت عليها منفعة الولد، أو طلقها في الأيام الأولى من زواجها دون سبب وأدّى ذلك إلى سوء سمعتها وإثارة الظنون حولها، ويرجع الأمر في جميع ذلك إلى تقدير القاضي.

(١) ينظر: التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي: (ص ٢٨٠-٢٨٣)، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي: (١٤٤-١٤٩)، الطلاق التعسفي وآثاره في التشريع الجزائري: (ص ٦١-٦٤).

(٢) ينظر: المراجع السابقة.

- فإذا تحقّق أحد هذه الحالات الثلاث جاز للقاضي أن يطلب التعويض للزوجة، ولو لم يتحقّق كأن طلقها لسوء خلقها، أو لامتناعها عن فراش الزوجية، أو لكرهه لها، وثبت ذلك عند القاضي فلا يكون ذلك سبباً موجّباً للتعويض، والله أعلم^(١).
 - وقد جاء ما يوافق هذا في اجتهاد القضاء المصري.
 - فقد قضت محكمة مصر الكلية بتاريخ ١٩٢٦/١/٢٠م في قضية ملخصها أن سيدة تقدمت للمحكمة مدّعية أنها كانت تشتغل بمهنة التدريس وتتقاضى مرتباً قدره ١١ جنيهاً مصرياً، فعرض عليها المدعى عليه الزواج فوافقت بعد تردد؛ لعلمها المسبق أنه يجب عليها قانوناً تقديم استقلالها من عملها، ثم طلقها زوجها بعد الزواج بثلاثة أشهر.
 - فرفعت المدّعية دعوها مطالبة المدعى عليه بمبلغ قدره خمسة آلاف جنيه تعويضاً عن الضرر المادي والأدبي الذي لحق بها، وأن الطلاق لا يقع إلا لضرورة ملحة، فإذا انتفت الضرورة كان الزوج آثماً في طلاقه، واستحققت الزوجة التعويض عن ذلك، لا سيما إذا أوهم الزوج زوجته أنها ستعيش في حياة زوجية دائمة، فإذا به يقطع رباط الزوجية بعد مدة وجيزة.
 - وكان دفاع الزوج أن الطلاق حق مشروع للزوج، فلا يستوجب استخدام التعويض عنه، وأن الزوجة في الشرع ليس لها إلا نفقة طلاقها وعدتها.
 - وقد قضت المحكمة بالآتي:
- "حيث إنه لا نزاع في أن الزوجين المسلمين يعلمان حق العلم ما تقتضيه الشريعة الغراء، وإنما الطلاق سبب لزوال عقد الزواج، ولكن روح الشريعة السمحة لا تقبل بالطلاق جُزأفاً، وليس من المروءة والإنسانية والإيمان أن يتزوج شخص امرأةً ولغير سببٍ يطلقها، فهو باستعماله ذلك الحق قد أساء إلى نفسه وإلى غيره، وليس لصاحب الحق أن يُسيء إلى الغير باستعماله ما خول من الحقوق، وحيث

(١) ينظر: التعسف في الطلاق، حقيقته، معايير، حالاته، الجزاء المترتب عليه: (٧٣-٧٤).

إن المدّعية لا شكّ ينهاها ضررٌ من جَرَاء المدّعى عليه، فالمحكمة ترى مع المدّعية أحقيّتها في طلب التعويض من المدّعى عليه ضماناً لها من الضرر بسبب استعماله هذا الحق^(١).

- والباحث يرى استحقاقها للتعويض في مثل هذه الحالات، لا في كلّ حالة لا يرى القاضي الطلاق فيها سبباً مشروعاً، فإن كثيراً من الرجال قد يطلق زوجته لريّة فيها، أو لنفوره من أفعالها، وسوء خلقها، دون يقع عليها ضررٌ فعليٌّ فلا يجب عليه التعويض في مثل هذه الحالات.
- وإنما كان الأصل عدم التعويض؛ لأن في التعويض إهداراً لصاحب الحقّ في استخدام حقّه، فلا يجوز المنع من استخدام الحق دون سبب شرعي موجب، وقياس التعويض على المتعة والمخالعة غير مسلم؛ لأنه قياس ما لا نص فيه على ما فيه نص.
- وقد تبين للباحث من خلال استقراء الاجتهادات محكمة النقض أن معظم الدعاوى التي رُفعت في تعويض الطلاق التعسفي قد حُكم القاضي فيها بالتعويض ولو لم يقع ضررٌ فعليٌّ على المرأة، بل يكتفي القاضي بعدم وجود سبب مبررٍ للطلاق من وجهة نظره، حتى إن قارئ هذه الاجتهادات تشكّل عنده قناعة أن كلّ طلاق هو طلاقٌ تعسفي حتى يثبت العكس، وفي هذا إهدارٌ لصاحب الحق في استعمال حقّه الذي شرع الله له، وأمّا المواضع التي لم يحكم القاضي فيها بالتعويض، فهي حالات تكاد تكون استثنائية، كوجود عيب في الزوجة يمنع معاشرتها، أو كونها عقيماً، أو ثبوت نشوزها، أو وجود جرم جنائي بحقّها، أو دعوى تزاني، ونحو ذلك من الأمور الشنيعة المخلة بالآداب أو بالمعاشرة.
- ويرى الباحث أيضاً اقتراح قانون يقتضي تعيين حكّامين يحكمان في هذا التعويض كما يحكمان في المهر، فإذا ثبت لهما تعسف الزوج حسب ما تقدّم ذكره حكماً للزوجة بالتعويض بحسب قدر الإساءة المترتبة على الطلاق، وأمّا إذا تبين له أن الرجل طلق زوجته طلاقاً شرعياً خالياً من أسباب التعسف المتقدّم ذكرها حكماً بردّ الدعوى وعدم التعويض، والله أعلم.

(١) محكمة القضاء الشرعي، السنة الثانية، العددان ٧ و ٨ ص (٣٨٩) نقلاً عن كتاب الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية،

لأحمد الغندور، مكتبة الاستقامة، ط ١٩٤٢ م: ص (٣١٢).

المطلب الثالث: رأي القانون في الطلاق التعسفي

أولاً: رأي القانون السوري في الطلاق التعسفي:

- ذهب القانون السوري في اجتهاده^(١) إلى أنه "إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج مُتَعَسِّفٌ في طلاقها دون ما سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤسٌ وفاقَةٌ جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حاله ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهرياً بحسب مقتضى الحال".
- وكان القانون قبل ذلك^(٢) ينص على ألا يتجاوز المبلغ نفقة سنة.
- وقد اشترط القانون السوري للتعويض شرطين:
 - الأول:** أن يكون الطلاق لسبب معقول.
 - الثاني:** أن يصبها بؤس وفاقة نتيجة هذا الطلاق.
- وقد استقرّ على هذا اجتهاد محكمة النقض السورية على ذلك:
- فقد جاء اجتهادُ الغرفة الشرعية لمحكمة النقض: "لما كان يتبين من ملف الدعوى أنه قد استدعت الحكم لها بنفقة العدة وتعويض الطلاق التعسفي.
- وكان لا بدّ لاستحقاق المطلقة تعويض الطلاق من توفّر شرطين، هما: كون الطلاق بلا سبب مشروع، وأن المطلقة قد أصيبت بسببه ببؤس وفاقة... وعلى هذا استقرّ الاجتهاد"^(٣).
- وقد اشترط القانون لعدم ثبوت البؤس والفاقة أمرين:
 - الأول:** أن يكون لها قريبٌ ممن يلزمه نفقتها قادر على الإنفاق عليها.
 - الثاني:** أن تكون غير عاملة؛ لأنّ عملها ينفي صفة البؤس والفقر عنها، وعليه استقرّ الاجتهاد.

(١) ينظر: المادة (١١٧) من قانون الأحوال الشخصية وفق التعديل الوارد بالمادة (١٦) من القانون (٣٤) تاريخ (٣١/١٢/١٩٧٥ م).

(٢) أي: قبل تعديل المادة (١١٧).

(٣) أساس ١١٥، قرار ٦٤٤، تاريخ ٢٥/١٠/١٩٨٤ م.

- فقد جاء في اجتهاد محكمة النقض: "إن وجود قريبٍ للمطلقة تلزمه نفقتها قادرٍ على الإنفاق عليها ينفي عنها البؤس والفاقة، وبالتالي لا يكون لها حق بتعويض الطلاق التعسفي" (١).
- وجاء في اجتهاد آخر ما نصّه: "وكان القاضي بعد أن سمع بينة الطرفين حول إصابة الطاعنة بالبؤس والفاقة قد قنع بأن الطاعنة تتكسب من عملها، واستخلص من ذلك عدم إصابتها بالبؤس والفاقة، وكانت هذه القناعة متفقة مع ما عليه الاجتهاد المستقر الذي يذهب إلى أن المطلقة العاملة لا تستحق تعويض الطلاق التعسفي؛ لأن كسبها من عملها يقيها من الوقوع بالبؤس والفاقة نتيجة الطلاق" (٢).
- لكن هذا الاجتهاد قد تم تعديله بالقانون رقم (٤) لعام ٢٠١٩م، وألغي شرط إصابة الزوجة بالبؤس والفاقة، فأصبح مجرد التعسف في طلاق الزوجة موجباً لتعويضها وإن لم يصحبها بذلك بؤس وفاقة، وأصبح نص المادة (١١٧) بعد التعديل ما يأتي:
"إذا طلق الرجل زوجته بإرادته المنفردة دون ما سبب معقول ومن غير طلبٍ منها استحققت تعويضاً من مطلقها لا يتجاوز ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يحكم به جُملةً أو مقسّطاً بحسب مقتضى الحال".
- فتبين بعد تعديل هذه المادة أن التعسف في طلاق الزوج سبب كاف لتعويض الزوجة طلاق التعسف، وعلى هذا القانون تتابعت الاجتهادات مؤيدةً له.
- فجاء في اجتهاد محكمة النقض ما نصّه: "وكان استحقاق تعويض طلاق التعسف لا يتوقف على تحقق فقرٍ أو فاقة الزوجة المطلقة، فإن المادة (١١٧) من قانون الأحوال الشخصية المعدل لم تعد تشترط وقوع الزوجة في البؤس والفاقة كشرطٍ لاستحقاق التعويض" (٣).
- ويرى الباحث أن القانون قبل التعديل كان أكثر إنصافاً للرجل، فإن الذين قالوا بتعويض الطلاق التعسفيذكروا أن التعويض جاء منعاً للضرر الذي يلحق الزوجة من بؤس وفاقة ونحو ذلك،

(١) أساس ٧٨٦، قرار ٧٩٠، تاريخ ١٥/١١/١٩٨٤م.

(٢) أساس ٦١٦، قرار ٦١٤، تاريخ ١٨/٦/١٩٨٠م.

(٣) أساس ٧١، قرار ٧٥، تاريخ ١/٢/٢٠٢٣م.

وبهذا التعديل صار مجرّد طلاق الزوجة بغير سبب معقول من وجهة نظر القاضي مبرّرًا لفرض تعويض الطلاق التعسفي وإن لم يترتب على ذلك فاقّة أو حاجة للزوجة.

- وباستقراء قوانين الأحوال الشخصية فإن اشتراط البؤس والفاقة لتعويض الطلاق التعسفي ممّا انفرد به القانون السوري واليميني - قبل تعديلها^(١) - عن باقي قوانين الأحوال الشخصية، ولعل سبب ذلك اعتقادهم أن الطلاق حق للرجل فلا يجب التعويض عنه إلا لو أدى إلى فاقّة المرأة وبؤسها، فكان التعويض مقابل الضرر المادي الذي وقع للمرأة من هذا الطلاق، ولا اعتبار للضرر المعنوي؛ إذ لا يخلو طلاق عن ضرر معنويّ وهو ملحوظ حسن من وجهة نظر الباحث^(٢)، والله أعلم.

ثانيًا: رأي قوانين الأحوال الشخصية العربية في الطلاق التعسفي:

● اعتمدت القوانين العربية بالعموم مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي، ولن يسع هذا البحث للمقارنة بين قانون الأحوال الشخصية السوري وبقية القوانين العربية، وسأكتفي بمقارنة القانون السوري مع القانون المصري، وبيان رأي أهم قوانين الأحوال الشخصية الأخرى.

أ- : قانون الأحوال الشخصية المصري:

- تناول قانون الأحوال الشخصية المصري التعويض عن الطلاق التعسفي، وعدّ تعويض الطلاق هو المتعة المقرّرة شرعًا، وجاء النص فيه على النحو الآتي^(٣):

"الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحقّ فوق نفقة عدتها مُتعة تُقدّر بنفقة سنتين على الأقل، وبمراعاة حال المطلّق يسرًا أو عسرًا، وظروف الطلاق، ومدة الزوجية".

(١) فألغي هذا الشرط في القانون السوري بموجب القانون رقم (٤) الصادر عام ٢٠١٩م، ولم يعد يشترط هذا الشرط للتعويض.

وبالنسبة للقانون اليمني فإن المشرع اليمني قام بحذف المادة (٧١) من القانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م، بموجب القانون رقم:

(٢٧) لسنة ١٩٩٨م، والتي ذكر فيها تعويض التعسف عن الطلاق، وألغي تعويض الطلاق التعسفي في القانون اليمني مطلقًا.

(٢) ينظر: الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري: (ص ٦٧-٧٠).

(٣) نص المادة (١٨) من القانون (٢٥) لسنة (١٩٢٩ م) المعدّل بالقانون (١٠٠) لعام (١٩٨٥ م).

- وَيَتَبَيَّن من نصِّ القانون أن المشرِّع المصريَّ جعلَ التعويضَ عن الطلاق التعسفي على أساس المتعة التي هي جبر لخاطر الزوجة، وذلك بشرطين:
- الأول:** أن تكون الزوجة مدخولاً بها في زواج صحيح.
- الثاني:** أن يكون الطلاق بدون رضا الزوجة ولا بسبب منها.
- ويظهر من نص المادة أن هذا الحكم يشمل من طَلَّقها زوجها، ولا يشمل تفريق القاضي، وهو موافق لاجتهاد محكمة النقض السورية^(١).
- لكن جاء اجتهاد محكمة النقض المصرية على خلاف ذلك^(٢).
- فقد جاء في اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض المصرية في (١٩٩٧/١/٢٨ م) ما نصه:
- "المشرِّع الإسلامي جعل للرجل أن يُوقع الطلاق ويستقلَّ بإيقاعه، فإذا تدخَّل القاضي في الأحوال التي يكون فيها الحكم بتطليق الزوجة على زوجها فإن فعله هذا وعلى مذهب الحنفية يضاف إلى الزوج فكأنه طَلَّقها بنفسه مما يستوي معه في شأن استحقاق المتعة أن يكون الطلاق من نفس الزوج أو من القاضي نيابة عنه".
- وقد خالف المشرِّع المصري في هذا المشرِّع السوري في أمرين:
- الأول:** أنه استثنى غير المدخول بها من تعويض الطلاق التعسفي.
- الثاني:** أنه جعل تفريق القاضي كتفريق الزوج في استحقاق التعويض في الطلاق التعسفي، بخلاف التشريع السوري فإن تعويض التعسف يشمل المطلقة قبل الدخول وبعده، لكنه لا يشمل تفريق القاضي، بل يُشترط فيه أن يقع الطلاق بإرادة الزوج المنفردة.
- فقد جاء في اجتهاد محكمة النقض السورية ما نصه: "ولمَّا كانت المادة (١١٧) خوّلت القاضي الحكم بالتعويض للمطلقة التي تعسف زوجها في طلاقها، وهذا النص على إطلاقه يشمل كل زوجة تُطلَّق سواءً قبل الدخول والخلوة أو بعدها"^(٣).

(١) اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض السورية، أساس ٧٣٨، قرار ٨٣٩، تاريخ ٢٨/١٢/١٩٨٢ م.

(٢) ينظر: الطعن رقم (٤٠)، لسنة (٥٤) القضائية، لعام ١٩٨٧ م.

(٣) اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض السورية، أساس ١٢٨، قرار ١٤٨، تاريخ ٢٤/٢/١٩٧٦ م.

- وجاء في اجتهاد آخر لمحكمة النقض السورية^(١) ما نصه: "استقر الاجتهاد أن طلب التعويض في التفريق في غير محله القانوني، وإن كانت المسؤولية في أكثرها على الزوج؛ لأن المستفاد من نص المادة (١١٧) من قانون الأحوال الشخصية أن الطلاق الذي يأتيه الزوج هو السبب الوحيد من أسباب انتهاء الحياة الزوجية الذي يستند إليه التعويض إذا طلق زوجته متعسفًا في طلاقها، فلا وجه للقياس في هذا النص الذي جاء على خلاف القياس؛ لأن من المعلوم في الأصول أن ما جاء على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس"^(٢).

(١) اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض السورية، أساس ٧٣٨، قرار ٨٣٩، تاريخ ١٢/٢٨/١٩٨٢ م.

(٢) ينظر: المرشد في قانون الأحوال الشخصية: (ص ٤٥١).

ب- رأي قوانين الأحوال الشخصية العربية في تعويض الطلاق التعسفي:

- وافق قانون الأحوال الشخصية الأردني قانون الأحوال الشخصية السوري المعدل فيما ذهب إليه.
- وجاء في المادة (١٥٥) من قانون الأحوال الشخصية الأردني: "إذا طلق الرجل زوجته تعسفًا كأن طلقها لغير سبب معقول وطلبت من القاضي التعويض حكم لها على مطلقها بتعويض لا يقل عن نفقة سنة ولا يزيد عن نفقة ثلاث سنوات" (١).
- ووافق قانون الأحوال الشخصية الجزائري القانون المصري باعتبار المتعة والتعويض عن طلاق التعسف شيئًا واحدًا (٢).
- وجاء في المحكمة العليا للقانون الجزائري: "يتضح من هذا القرار أن القضاة اعتبروا المتعة تعويضًا عن الطلاق التعسفي الذي تستحقه المطلقة بسبب ظلم الزوج، وأن المتعة والتعويض شيء واحد" (٣).
- لكنه نص في المادة (٥٢) على أن تقدير تعويض التعسف (٤) أو المتعة يرجع للقاضي على خلاف القانون المصري الذي قدره بستتين، والقانون السوري والأردني الذي قدره بنفقة سنة إلى ثلاث سنوات (٥).
- وذهب قانون الأحوال الشخصية العراقي إلى قريب من ذلك مع نصه على حقوق الضرر بالزوجة من جراء هذا الطلاق.
- وجاء في نص القانون (٦): "إذا طلق الزوج زوجته وتبين للمحكمة أن الزوج متعسف في طلاقها وأن الزوجة أصابها ضرر من جراء ذلك تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها بتعويض يتناسب وحالته المادية ودرجة تعسفه على ألا يتجاوز نفقة سنتين".

(١) ينظر: المادة (١٥٥) من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

(٢) ينظر: الطلاق التعسفي وأثره في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير للطالبة حياة خطاب، جامعة محمد خضر، ٢٠١٥م: (ص ٧٥-٧٦).

(٣) ينظر: الطلاق التعسفي وآثاره في التشريع الجزائري: (ص ٧٥-٧٦).

(٤) ينظر: المادة (١٥٥) من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

(٥) ينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، بلحاج العربي: (٢٢٤).

(٦) ينظر: المادة (٣٩) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لعام ١٩٥٩ م.

- فيلاحظ في القانون العراقي زيادة عبارة: "وأن الزوجة أصابها ضررٌ من جراء ذلك" ففي ذلك دلالةً أن الطلاق إذا كان تعسفياً ولم تتضرر الزوجة منه فلا يكون لها تعويضٌ، ووقوع الضرر على الزوجة من جراء الطلاق أمرٌ يرجع تقديره إلى القاضي.
- وما تقدّم يتبيّن أن قوانين الأحوال الشخصية في سوريا ومصر والأردن والجزائر متّفقةً على تعويض الطلاق التعسفي إذا كان الطلاق غير مبرّرٍ، وأضاف القانون السوري قبل التعديل شرطاً هو عدم ترتّب البؤس والفاقة للمطلقة، وجعل القانون المصريّ عدم الخلوة والدخول مانعاً من استحقاق المرأة للطلاق التعسفي.
- وذهبت بعضُ قوانين الأحوال الشخصية كالقانون السعوديّ واليمنيّ إلى امتناع كون الطلاق تعسفياً؛ لأنه حقٌّ للرجل، فلا يكون في استعماله الحقُّ ما يُوجب التعويض.
- والذي يترجّح من وجهة نظر الباحث ما تقدّم ذكره وهو أن الأصل في الطلاق عدم التعويض، وأن التعويض يكون جراء وقوع ضررٍ فعليٍّ على المرأة، كأن تركت وظيفتها لأجل الزواج، أو تخلّت عن دراستها في سبيل ذلك، أو كانت المرأة كبرت سنّها ولا مُعيلَ لها، أو طلقها لأمرٍ يتعلّق بحقوقها كما لو تنازلت عن ميراثها لأخيها، أو سبّب طلاقه لزوجته تفويتَ الفرصة عليها بالزواج، أو حرمانها من الإنجاب ونحو ذلك.
- أما مُجرّد التعسف في الطلاق دون وقوع الضرر على الزوجة فلا يستحقّ التعويض، خاصّةً وأنّ من الأسباب المؤدّية للطلاق أسباباً معنويّةً وأدبيّةً ونفسيّةً، فلا يتوجّب التعويض إلّا بتحقيق الضرر الموجب لذلك.

المبحث الأول: الأسباب الموجبة لتعويض الطلاق التعسفي:

المطلب الأول: معايير التعسف في الطلاق

- لم يضع القانون السوري معياراً للتعسف، بل اكتفى بعدم وجود سبب شرعي للطلاق، أو بكون الطلاق غير مبرر، أو غير معقول، ولم يضع شروطاً للتعسف.
 - وكذلك الاجتهاد القضائي لم يُفصّل في ذلك، وكان مضمون اجتهاد الغرفة الشرعية ما نصّه: "التعسف في الطلاق ينتفي إذا تبين أن سببه يصلح اعتباره من الأسباب المؤدية إليه شرعاً أو عرفاً"^(١).
- وباستقراء اجتهادات محكمة النقض يمكن إجمال معايير التعسف في معيارين:

أولاً: المعيار الذاتي:

- ويُقصد به النظر في الأسباب الذاتية الشخصية التي دعت المطلق للتعسف في طلاقه.
- ويمكن ضبطها بما يأتي:

١ - قصد الإضرار: والكشف عن قصد الإضرار ليس سهلاً، لكن يُستعان بالقرائن المرافقة للطلاق لمعرفة.

مثال ذلك: من طلق زوجته لرفضها خدمة والدته المريضة، فإن خدمة والدته واجبة عليه لا على زوجته، فلو طلقها إضراراً بها؛ لامتناعها عن خدمة والدته، فطلاقه غير مشروع؛ إذ إنّ الأصل في الطلاق عند كثير من الفقهاء هو الخطر، ولا يحلّ إلا بمسوّغ شرعي^(٢).

٢ - تحقيق مصلحة غير مشروعة:

ومثال ذلك: من كانت له زوجة مستقيمة الحال ورثت عن أبيها مبلغاً كبيراً وتنازلت عنه لإخوتها، فطلقها لإحراق الضرر بها، بسبب تنازلها عن إرثها وعدم إعطائها له.

(١) أساس ١٠٥، قرار ١٦٩، لعام ٢٠٠٠م، (الوافي في قضاء الأحوال الشخصية: ص ٥١١).

(٢) رد المحتار: (٢٢٨/٣)، مجموع الفتاوى: (٢٩٣/٣٢).

ثانيًا: المعيار الموضوعي

- ويُقصد به النظر في النتائج الناتجة عن الطلاق.

ويمكن ضبطها بما يأتي:

١- وقوع الضرر الفاحش:

مثال ذلك: ما لو طلقها بعدما تركت دراستها وعملها، أو بعدما أخذ منها مالها، حتى إذا استغنى عنها طلقها وتركها، فييقاع الطلاق أضرارًا بالزوجة ضررًا فاحشًا، فتستحق التعويض على الضرر الناتج عن هذا الطلاق.

٢- اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:

كأن تكون المصلحة المترتبة على الطلاق ضئيلة في مقابل الضرر الناتج عن الطلاق، كمن طلق امرأته لأنه يريد السفر والدراسة، فطلاقه وإن كان فيه مصلحة له، إلا أن الأضرار المترتبة عليه في ميزان الشرع أكبر من المصالح الناتجة عنه^(١).

فيمكن للقاضي من خلال المتقدمة تقدير التعسف في الطلاق والأثر المترتب عليه، ويختلف تقدير القاضي باختلاف الحالات الواردة عليه، ويضع باعتباره تقديرات متعددة، كطول فترة الزواج وقصرها، وكون الطلاق قبل الدخول أو بعده، والحالة الهادئة للزوج، وغير ذلك من الاعتبارات التي تمتاز بها كل حالة عن غيرها.

- وسندرس إن شاء الله بيان اجتهادات محكمة النقض في الأسباب المانعة لتعويض التعسف في الطلاق، ورأي القانون في ذلك، وأمّا الخلاف الفقهي في مشروعية تعويض التعسف في الطلاق فتقدم تفصيله في المطلب الثاني.

(١) ينظر: السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، د. عبد الفتاح عمر: (ص ١٨٤)، الطلاق التعسفي وأثره في التشريع الجزائري:

(ص ٣٠)، ما سكت عنه القانون السوري في فرق الزواج وآثاره: (ص ٩٨-١٠٠).

المطلب الثاني: الأسباب المانعة لتعويض الطلاق التعسفي في اجتهادات محكمة النقض:

- تقدّم الكلام عن أن اجتهاد الغرفة الشرعية أرجح تقدير التعسف في الطلاق إلى القاضي، وذكر أن التعسف في الطلاق ينتفي إذا تبين أن سببه يصلح اعتباره من الأسباب المؤدية إليه شرعاً أو عرفاً^(١).
- وباستقراء اجتهادات محكمة النقض يمكن وضع الخطوط العريضة للأسباب التي تمنع الطلاق من كونه تعسفياً، وبالتالي تمنع وجوب التعويض عنه، ومن أهم الموانع من التعويض.

أولاً: دعوى التزاني:

- استقرّ اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض أن وجود دعوى التزاني يؤثر في طلاق الزوجة، ويجعل الطلاق الواقع عليها مُبرّراً وغير تعسفي.
- وقد جاء في اجتهاد محكمة النقض السورية ما نصّه: "إن الدعوى الجزائية بالتزاني تؤثر في تعويض طلاق التعسف، وليس لها تأثير في المهر أو النفقة"^(٢).
- ويشمل هذا أيضاً: ثبوت دخول غريباً إلى بيت الزوج بدون علمه وهو ممّا يمنع أيضاً تعويض الطلاق التعسفي، كما استقرّ اجتهاد محكمة النقض^(٣).

ثانياً: عدم إصابة الزوجة بالبؤس والفاقة:

- استقرّ اجتهاد محكمة النقض أن تعويض الطلاق التعسفي لا يُستحقّ إلا عند وجود البؤس والفاقة للزوجة، وذلك بفقد المَعيل، فلو وُجد المَعيل الذي تجب نفقته على الزوجة لم تستحقّ التعويض، وكذا لو كانت الزوجة عاملةً فلا تستحقّ التعويض لعدم إصابتها بالبؤس والفاقة كونها عاملة.
- جاء في اجتهاد محكمة النقض ما نصّه: "أن وجود قريبٍ للمطلّقة تلزمه نفقتها قادرٍ على الإنفاق عليها ينفي عنها البؤس والفاقة، وبالتالي لا يكون لها حق بتعويض الطلاق التعسفي"^(٤).

(١) أساس ١٠٥، قرار ١٦٩، لعام ٢٠٠٠م، (الوافي في قضاء الأحوال الشخصية: ص ٥١١).

(٢) أساس ٢٤٥، قرار ٢٥٨، تاريخ ١٠/٩/١٩٦٢م.

(٣) أساس ٢٦٠، قرار ٧٨٧، تاريخ ٢/١٢/١٩٨٩م.

(٤) أساس ٧٨٦، قرار ٧٩٠، تاريخ ١٥/١١/١٩٨٤م.

- وجاء في اجتهاد آخر: " المطلقة العاملة لا تستحق تعويض الطلاق التعسفي؛ لأن كسبها من عملها يقيها من الوقوع بالبؤس والفاقة نتيجة الطلاق"(١).
- وقد كان العمل على هذا الاجتهاد منذ عام ١٩٥٣ م إلى عام ٢٠١٩ م حيث تمّ تعديل القانون بالمادة رقم (٤) لعام ٢٠١٩ م، وأُلغي شرط إصابة الزوجة بالبؤس والفاقة، فأصبح مجردُ التعسف في طلاق الزوجة موجباً لتعويضها وإن لم يصحبها بذلك بؤس وفاقة، وتقدم بيان ذلك.

ثالثاً: عدم صلاحية الزوجة للمعاشرة بسبب مرضها:

- استقرّ اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض أن عجزَ الزوجة وعدمَ صلاحيتها للمعاشرة يجعل طلاقها مشروعاً ولا يترتب عليه تعويض التعسف.
- جاء في اجتهاد محكمة النقض "لما كان ظاهراً من تقرير الطبيب أن المطلقة المطعون ضدها أصبحت عاجزةً عن العمل وغيرَ صالحةٍ للمعاشرة بسبب مرضها وعجزها الكُلّي، وكان طلاقُ الزوج لها والحالة هذه لا يعتبر تعسفياً دون ما سبب معقول، وكان ذهاب القاضي إلى عكس ما ذُكر مخالفاً للأصول"(٢).

- ويرى الباحث أن اجتهاد محكمة النقض هنا فيه نظر، فإن طلاق الرجل لزوجته المريضة العاجزة هو الذي ينبغي أن يُطلق عليه أنه طلاقٌ تعسفيٌّ، ذلك أن الإسلام أمر بالإحسان إلى المرأة وإكرامها، وليس من الإحسان إليها أن يستمتع بها وهي في حالة صحتها، ثم إذا أصابها العجز والضعف طلقها وتزوج غيرها، فلو فعل ذلك كان في طلاقه إساءةٌ كبيرة وإضرارٌ بالغٌ بالزوجة تستحق عليه تعويضاً يتناسب مع إساءته لها بالطلاق.

رابعاً: نشوز الزوجة:

- استقرّ اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض أن طلاق الزوجة بسبب نشوزها عن زوجها يُعدّ سبباً معقولاً للطلاق، ولا يكون مُتعسفاً بطلاقه لها، وعلى هذا استقرّ الاجتهاد.

(١) أساس ٦١٦، قرار ٦١٤، تاريخ ١٨/٦/١٩٨٠ م.

(٢) أساس ٥١١، قرار ٥٠٨، تاريخ ١٦/١١/١٩٦٧ م.

- فقد جاء في اجتهاد محكمة النقض ما نصه: "لما كان التعسف في الطلاق ينتفي ببيان الزوج سببا معقولاً للطلاق، وكان الطاعن قد بيّن أن سبب الطلاق هو كون المطعون ضدها تطرده من بيتها دائماً، ولم تكذّبه في هذا البيان ولم تقل فيه شيئاً، وسكوّتها في مثل هذا الموطن يُعتبر بمثابة الإقرار، وكانت لا تملك طرده ولو كان المسكن ملكها قبل طلبها إليه النُّقْلَة منه، ويُعتبر ذلك نشوزاً عملاً بصراحة المادة (٧٥) أحوال^(١)."
- وقد جاء اجتهاد محكمة النقض في محله، فإن نشوزَ الزوجة عن زوجها من أهم الأسباب المؤدية للطلاق، فلا يكون الطلاق تعسفياً في هذه الحالة، ويكون سبب الطلاق مبرراً ومقبولاً.

(١) ينظر: اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض السورية، أساس ٢٢٤، قرار ٢٢٣، تاريخ ٩/٨/١٩٦٢م.

وقد ذُكر في كتاب المبادئ القانونية للغرفة الشرعية لمحكمة النقض السورية في قضايا الأحوال الشخصية من عام ١٩٥٣م إلى عام ١٩٧٦، للمحامي عزّة ضاحي، المطبعة الجديدة - دمشق ط ١٩٧٨م: (ص ١٧٠) قاعدة (٦٢٠): ما نصه: "لا يُعتبر الطلاق تعسفياً إذا كان سببه طرد الزوجة لزوجها من البيت متى كان المسكن ملكها". وأحال القاعدة إلى هذا الاجتهاد، وهو خطأ واضح كما يتبين من نص الاجتهاد.

خامسًا: اعتداء الزوجة:

- ذهب الاجتهاد القضائي للغرفة الشرعية أن اعتداء الزوجة بدون سبب مبرر يجعل طلاقها غير تعسفي.
- وقد جاء في اجتهاد الغرفة الشرعية ما نصه: "وحيث تبين من شهادات شهود المدعى عليه الطاعن أن الطلاق كان بسبب إقدام الزوجة على ضرب والده زوجها؛ لأنها طلبت منها إغلاق التلفزيون... الأمر الذي ينفي عن المدعى عليه الطاعن أن يكون متعسفًا في طلاقه للمدعية المطعون ضدها، وما ذهبت إليه المحكمة في قرارها الطعين من تبرير لهذه الواقعة الثابتة في الأوراق لا يصلح للاستدلال على أن الزوج متعسف في الطلاق، الأمر الذي يجعل الطعن واردا على الحكم الطعين ويستحق النقض"^(١).

سادسًا: إصرار الزوجة على عصيان زوجها، وفعل المعاصي:

- ذهب الاجتهاد القضائي للغرفة الشرعية إلى أن عصيان الزوجة لزوجها وإصرارها على ذلك، وتعمدها فعل المحرمات سبب مشروع لطلاق الزوج لها.
- وجاء في اجتهاد الغرفة الشرعية ما نصه: "وكان الحادث الذي سبب الطلاق يُعتبر على الصورة التي ادّعاها المميز سببًا مشروعًا؛ لأن للزوج أن ينهى زوجته عن ارتكاب المحرمات، ومن ذلك تعريض ما لا يجوز كشفه من جسدها لأنظار الأجانب، ويتخذ لذلك وسائل التوجيه والتأديب، فإن لم تُفقد وطلّقها كان طلاقه لسبب مشروع"^(٢).

(١) أساس ٤٩٠، قرار ٥٤٩، تاريخ ١٩٧٩/٦/٢٣ م.

(٢) أساس ٢٠٩، قرار ١٩٢، تاريخ ١٩٥٥/٦/١٥ م.

الخلاصة:

- مما تقدّم يظهر أن الطلاق المشروع هو الذي يكون سببه نشورُ الزوجة أو عصيائها لزوجها أو فعلُها للمحرّمات الأخلاقية أو المنكرات العرفية، أو تعدّزُ المعاشرة بين الزوجين بسبب منها.
- ويرى الباحث أن توضع معايير للتعسف يُعدّ الطلاق معها طلاقاً تعسفياً، وهذه المعايير هي:
 - ١- أن يظهر قصد الإضرار بالزوجة.
 - ٢- استعمال الطلاق لغرض غير مشروع.
 - ٣- أن تكون مصلحة الزوج بالطلاق ضئيلة لا تتناسب مع الضرر الفاحش اللاحق بالزوجة.
- ويُشترط للتعويض عن الطلاق التعسفي شرطان وهما:
 - ١- أن يكون الضرر اللاحق بالزوجة مادياً.
 - ٢- عدم رضا الزوجة بالطلاق.
- ويرى الباحث استبدال لفظ تعويض الطلاق التعسفي بلفظ المُتعة، كما عليه القانون الجزائري والمصري، ويقترح أن يكون نص المادة / ١١٧ / كما يأتي:

"إذا طلق الرجل زوجته بإرادته المنفردة دون سبب مقبول شرعاً أو عرفاً، ووقع عليها ضرراً مادياً بسبب ذلك استحققت المُتعة المقررة لأمثالها في تعويض الطلاق التعسفي على ألا تتجاوز هذه المُتعة نفقة ثلاث سنوات فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يحكم به جملةً أو مُقسّطاً بحسب مقتضى الحال".

المبحث الثاني: استحقاق المطلقة لتعويض التعسف بعد الزواج من آخر:

المطلب الأول: بيان المسألة:

- ذهب الاجتهاد القضائي للغرفة الشرعية أن زواج المطلقة بعد الطلاق بمدة طويلة لا يمنع استحقاق تعويض التعسف.
- وقد جاء في اجتهاد الغرفة الشرعية^(١): "وحيث تبين أن المدعية قد طلبت بتاريخ ١٩٧٨/٨/٣٠ م الحكم لها بمهرها المؤخر وبتعديل نفقة العدة وبتعويض الطلاق التعسفي، وحيث تبين أنها قد تزوجت المدعو أ. ز، بتاريخ ١٩٧٨/٨/٢٩ م، وبذلك انتفى إصابتها بالبؤس والفاقة من جراء الطلاق"^(٢).

المطلب الثاني: الرأي القانوني في المسألة:

- تقدّم أن الاجتهاد القضائي نصّ على أن زواج المطلقة بعد الطلاق بمدة طويلة لا يمنع استحقاقها لتعويض التعسف.
- لكن قد خالف هذا الاجتهاد اجتهاداً سابقاً نص فيه على خلاف هذا الاجتهاد.
- فقد جاء في اجتهاد الغرفة الشرعية: "لما كان زواج المطلقة بعد الطلاق بمدة طويلة لا يمنع استحقاقها تعويض التعسف إذا كانت قد طلقت بلا سبب، وكان هذا الطلاق قد أدّى بها إلى العوز والفاقة في هذه المدة كان ما أورده الطاعنة وارداً على الحكم"^(٣).
- ولم يتعرّض قانون الأحوال الشخصية السوري لهذا الموضوع، لكن الذي يظهر أن مجرد التعسف في الطلاق موجبٌ للتعويض للزوجة، ولا يسقط هذا الحق بزواج المطلقة من زوج آخر.

(١) أساس ١١٤٠، قرار ٧١، تاريخ ١٩٨١/٢/٢ م.

(٢) أساس ١١٤٠، قرار ٧١، تاريخ ١٩٨١/٢/٢ م.

(٣) أساس ٢٥١، قرار ٣٤٥، تاريخ ١٩٦٠/١١/١٧ م (الأحكام الشرعية في قضايا الأحوال الشخصية: (ص ١١٤٥).

المطلب الثالث: الترجيح:

- الذي يظهر من وجهة نظر الباحث أن الراجح هو عدم سقوط التعويض بزواج المطلقة، وهذا هو الملائم للنصوص الشرعية والفقهية، ذلك أن المطلقة بزواجها فعلت حقاً مشروعاً لها، فلا يصح جعله مبطلاً لحقها.
- يُضاف إلى ذلك أن المعتبر هو فقرها وقت الطلاق، فلا عبرة لو اغتنت بعد ذلك؛ لأن التعويض حقٌ مُستحقٌّ في ذمة الزوج، ويجب من وقت الطلاق، فلا عبرة بما بعد ذلك.
- ولا عبرة لهذا الخلاف بعد تعديل قانون الأحوال الشخصية السوري عام (٢٠١٩ م)، فإنه قد ألغى اشتراط البؤس والفاقة لتعويض الطلاق التعسفي، وبذلك فلا يسقط حق المطلقة بالتعويض التعسفي، سواء قلنا أن الزواج ينفي البؤس والفاقة أو لا ينفيه.
- وأما بالنسبة للقوانين العربية فلا يرد عليها ما ذكر، فإن القانون السوري هو القانون الوحيد الذي انفرد بذكر شرط البؤس والفاقة لاستحقاق تعويض الطلاق التعسفي، ولا يوجد هذا الشرط في باقي القوانين^(١).

(١) ويُستثنى من ذلك القانون اليمني قبل التعديل، فقد نصّ على هذين الشرطين، ثم عدّل المشرع ذلك، وألغى تعويض الطلاق التعسفي نهائياً، وتقدم بيان ذلك.

المبحث الثالث: وقوع الطلاق التعسفي بتفريق القاضي:

المطلب الأول: بيان المسألة:

- استقرّ اجتهادُ الغرفة الشرعية لمحكمة النقض أن طلب التعويض عن الطلاق التعسفي في حالة التفريق القضائي في غير محلّه القانوني، وذلك أن الطلاق التعسفي شرطه أن يكون بإرادة الزوج المنفردة، فلو فرّق القاضي بين الزوجين لم تستحق الزوجة التعويض وإن كانت المسؤولية في أكثرها على الزوج.
- وقد جاء في اجتهاد محكمة النقض السورية ما يأتي: "الطلاق الذي يأتيه الزوج هو السبب الوحيد من أسباب انتهاء الحياة الزوجية الذي يستند إليه التعويض إذا طلق زوجته متعسفًا في طلاقها، فلا تستحقّه الزوجة لو طلقت نفسها أو طلقها القاضي"^(١).
- لكن خالف هذا الاجتهاد اجتهاد آخر لاحق للغرفة الشرعية نفسها جاء فيه: "إذا ثبت في دعوى التفريق أن الزوج ظالمٌ، سواءً تمّ ذلك عن طريق الطلاق المباشر أو عن طريق الزوجة، وأن الذنب كلّه عليه وأنه هو المسيء للحياة الزوجية فتكون النتيجة واحدة في الطلاق والتفريق وهو أن الزوج مُتعسف"^(٢).

المطلب الثاني: الرأي القانوني في المسألة:

- ذهبت أغلب قوانين الأحوال الشخصية إلى أن الطلاق الذي يتأتى فيه تعويض التعسف هو الطلاق بالإرادة المنفردة من الزوج، أما تفريق القاضي فليس فيه تعويض.
- وأكثر النصوص لم تنصّ على ذلك بشكل صريح، لكنها نصّت عند ذكرها لتعويض الطلاق التعسفي طلاق الزوج لزوجته، وسكتت عن تفريق القاضي، فدّل ذلك على أن الطلاق التعسفي إنما هو في طلاق الزوج لزوجته لا في غير ذلك.

(١) أساس ٧٣٨، قرار ٨٢٩، تاريخ ١٢/٢٨/١٩٨٢ م.

(٢) أساس ٦١٩، قرار ٦٤٢، تاريخ ١١/٢/١٩٧٢ م (الوافي في قضاء الأحوال الشخصية: ص ٣٥٤-٣٥٥).

- وقد نصّ قانون الأحوال الشخصية على أن الزوج إذا طلق زوجته فإنها تستحقّ تعويض التعسّف، واختلفت الاجتهادات القضائية في تعويض التعسف عند التفريق.
- فذهب اجتهادُ للغرفة الشرعية إلى أن التعويض عن طلاق التعسف يشمل التفريق أيضًا.
- وجاء في نصه: "إذا ثبت في دعوى التفريق أن الزوج ظالمٌ، سواءً تمّ ذلك عن طريق الطلاق المباشر أو عن طريق الزوجة، وأن الذنب كلّهُ عليه وأنه هو المسيء للحياة الزوجية فتكون النتيجة واحدة في الطلاق والتفريق وهو أن الزوج مُتَعَسِّف" (١).
- وجاء في اجتهاد آخر: "لا يُعدُّ طلبُ الزوجة للتفريق موجباً لحرماتها من تعويض الطلاق التعسفي" (٢).
- ووافق اجتهاد محكمة الغرفة الشرعية لمحكمة النقض المصرية جاء فيه: (٣).
- و جاء فيه: "المشرّع الإسلامي جعل للرجل أن يُوقع الطلاق ويستقلّ بإيقاعه، فإذا تدخّل القاضي في الأحوال التي يكون فيها الحكم بتطليق الزوجة على زوجها فإن فعله هذا وعلى مذهب الحنفية يضاف إلى الزوج فكأنه طلقها بنفسه مما يستوي معه في شأن استحقاق المتعة أن يكون الطلاق من نفس الزوج أو من القاضي نيابةً عنه".
- وذهبت اجتهادات أخرى للغرفة الشرعية إلى أن طلب التعويض عن التعسف لا يكون في حالة التفريق القضائي، وهو مقتصر على ما إذا طلق الرجل زوجته.
- فجاء في اجتهاد للغرفة الشرعية: "استقرّ الاجتهاد على أن طلب التعويض في حالة التفريق في غير محله القانوني ولو كانت المسؤولية في أكثرها على الزوج" (٤).
- وجاء في اجتهاد آخر: "إذا تمتّ البينة بغير إرادة الزوج المنفردة فلا وجه لاعتباره متعسفًا، وبالتالي لا يمكن الحكم عليه بالتعويض" (١).

(١) أساس ٦١٩، قرار ٦٤٢، تاريخ ١١/٢/١٩٧٢م (الوافي في قضاء الأحوال الشخصية: ص ٣٥٤-٣٥٥).

(٢) أساس ٣٠٥، قرار ٢٥٦، تاريخ ١١/٤/٢٠١٦م، (ما سكت عنه القانون السوري في فرق الزواج وآثاره: (ص ١٠٤)

(٣) ينظر: الطعن رقم (٤٠)، لسنة (٥٤) القضائية، لعام ١٩٨٧م.

(٤) أساس ٨٢٩، قرار ٧٣٨، تاريخ ٢٨/١٢/١٩٨٢م. (الوافي في قضاء الأحوال الشخصية: ص ٣٥٥).

- وظاهر نص قانون الأحوال الشخصية يدلّ على أن تعويض الطلاق التعسفي لا يشمل التفريق، فقد جاء في المادة (١١٧) ما نصه:
- "إذا طلق الرجل زوجته وتبيّن للقاضي أنه متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول ... جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حاله ودرجة تعسّفه بتعويض ... الخ".
- فالنص القانوني خصّص من طلق زوجته دون من طلقها القاضي.
- ولذلك فقد نصّ قانون الأحوال الشخصية السوري بعد تعديل عام ٢٠١٩م على ذلك صراحة، فجاء في نفس المادة (١١٧): "إذا طلق الرجل زوجته بإرادته المنفردة دونما سبب معقول ومن غير طلب منها استحققت تعويضاً من مطلقها لا يتجاوز نفقة ثلاث سنوات فوق نفقة العدة".
- فزاد النصّ عبارة "إرادته المنفردة" لاحقاً؛ لرفع الخلاف بين الاجتهادات القضائية الموجبة للتعويض والممانعة منه، رغم أن الاجتهاد المستقرّ على أنّها لا تستحقّ تعويض الطلاق التعسفي، وهو ظاهر نصّ القانون السوري قبل التعديل؛ إذ نصّ فيه على طلاق الرجل زوجته، ولم يتكلّم عن التفريق. وذلك أن تفريق القاضي يكون عند تعذّر الحياة الزوجية بين الزوجين بعد محاولة الحكّمين الإصلاح بينهما وفشله في ذلك، فيكون تفريق القاضي مستنداً إلى استحالة الحياة الزوجية فلا يكون في ذلك تعسف، ومن باب أولى أن الزوجة إذا طلّقت نفسها لم تستحقّ تعويض الطلاق التعسفي.
- وما ذهب إليه القانون السوري هو ما ذهب إليه أكثر قوانين الأحوال الشخصية، وعلى ذلك نصّ قانون الأحوال الشخصية الأردني^(٢)، والجزائري^(٣)، والقطري^(٤)، وغيرهم من القوانين.

(١) ينظر: اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض السورية، أساس ١١٢٨، قرار ٨٦، تاريخ ٢٨/١٢/١٩٨٢م. (الوافي في قضاء الأحوال الشخصية: ص ٣٥٧).

(٢) مادة (١٣٤)

(٣) مادة (٥٢)

(٤) مادة (١١٥).

المطلب الثالث: الترجيح:

- يرى الباحث أن تفريق القاضي ينبغي ألا ينفى تعويض الطلاق التعسفي إذا وُجد مُوجِبُهُ؛ وذلك أن كثيراً من الأزواج يلجؤون إلى التفريق القضائي للفرار من هذا التعويض، فينبغي أن يكون تعويض الطلاق التعسفي كالمهر، لا يسقط في حال استحقاقه إلا بإسقاط الزوجة نفسها.
- وما ذهبت إليه بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية فيه نظر، فإنَّ قَصْدَ المشرِّع في تعويض الطلاق التعسفي منع الزوج من التعسف في طلاق زوجته، والوسائل المؤدِّية لذلك ولو اختلفت فالنتيجة واحدة، خاصَّةً إذا عددنا تعويض الطلاق التعسفي من باب المُتعة التي تَسْتَحِقُّهَا المَطْلَقَةُ، فينبغي ألا تسقط هذه المتعة إلا بإسقاط الزوجة، وألا يكون التفريق القضائي وسيلةً لإسقاط حق الزوجة، وعليه فيحكم القاضي بالتفريق، ثم يحكم للزوجة بالتعويض إذا رأى الرجل ظالماً لزوجته ومتعسفاً في فراقها.
- وعليه فيقترح الباحث إدراج مادة تنص على التالي:
- "لا يُعدُّ طلبُ الزوجة للتفريق موجِّباً لحرمانها من تعويض الطلاق التعسفي".

المبحث الرابع: شمول الإبراء بعد الطلاق لتعويض الطلاق التعسفي

المطلب الأول: بيان المسألة:

- ذهب اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض إلى أن الإبراء عن الطلاق يشمل تعويض الطلاق التعسفي، والتعويض عن الطلاق ينشأ من يوم وقوع الطلاق، فالإبراء بعد الطلاق يشمل تعويض الطلاق التعسفي.
- وجاء في نص الاجتهاد: "لما كان التعويض عن الطلاق التعسفي ينشأ من يوم وقوع الطلاق، وكان الإبراء قد وقع بعد تاريخ الطلاق فهو شامل للتعويض دون حاجة للبحث في موضوع العدة إطلاقاً"^(١).
- وجاء في كتاب الأحكام القضائية الشرعية في ظل قانون الأحوال الشخصية:
" (٨٨٧) - الإبراء بعد الطلاق يشمل تعويض الطلاق التعسفي.
(٨٨٨) - التعويض عن الطلاق ينشأ من يوم وقوع الطلاق "^(٢).
- فظهر مما تقدّم أن الإبراء عن الحقوق إذا وقع بعد الطلاق فإنه يشمل كلّ حق، ومنه حقّ التعويض عن الطلاق التعسفي؛ لأن هذا الحقّ ينشأ من يوم وقوع الطلاق، فلو حصل الإبراء بعد وقوعه فإنه يشمل هذا التعويض.
- لكن خالف هذا الاجتهاد اجتهاد آخر للغرفة الشرعية نصّ فيها على سقوط تعويض الطلاق التعسفي بالإبراء، وسيأتي بيان ذلك.

(١) أساس ٩٨، قرار ٩١، تاريخ ١٦/٢/١٩٦٧ م، المادة (٨٨٧) (الأحكام القضائية الشرعية في ظل قانون الأحوال الشخصية: ص ١١٤٥)

(٢) ينظر: الأحكام القضائية الشرعية في ظل قانون الأحوال الشخصية: ص ١١٤٥.

المطلب الثاني: رأي القانون في المسألة:

- اختلفت اجتهادات محكمة النقض في المسألة المذكورة.
- فذهب الاجتهاد المتقدم إلى أن الإبراء بعد الطلاق يشمل تعويض الطلاق التعسفي.
- وخالفه اجتهاد آخر للغرفة الشرعية نص فيها على خلاف الاجتهاد السابق^(١).
- وجاء في نص الاجتهاد: "حيث إن المحكمة قضت بتثبيت الطلاق الجاري بين الطرفين المتداعيين بتاريخ ١٧/١٠/٢٠٢٢م"، وبعد أن تقدّم وكيل الطاعنة بادّعاءً بالتقابل بالمطالبة بالتعويض عن الطلاق التعسفي وبتعديل المهرين، وذلك بجلسة ٧/١٢/٢٠٢٢م أقرّ بنفس الجلسة تنازل موكلته عن المطالبة عن كامل حقوقها الزوجية والشرعية من المهر المعجل والمؤجل والنفقة الزوجية ونفقة العدة ولم يتنازل عن المطالبة بالتعويض عن الطلاق التعسفي، وإنّ المحكمة أخذت بالإقرار حجة قاصرة ومُلزِمة للمقرّر، والمرء مُلزم بإقراره إلاّ أنّها لم تبحث بالتعويض عن الطلاق التعسفي المطالب به بالادّعاء بالتقابل المؤرخ في ١٤/١١/٢٠٢٢م والمبرز بنفس الجلسة بتثبيت التنازل عن المطالبة به دون أن يشمل الإقرار بالتنازل عنه وفق ما ذكر أعلاه مما يستلزم قبول الطعن لجهة عدم البت بالمطالبة بالادّعاء عن تعويض الطلاق التعسفي".
- فالاجتهاد هنا نصّ على أن التنازل عن الحقوق الزوجية والشرعية لا يشمل حق تعويض الطلاق التعسفي كما هو ظاهر.
- ويتضح لنا مما تقدم التعارض بين الاجتهادين، ففي الاجتهاد الأول النصّ صريحاً على شمول الإبراء لتعويض الطلاق التعسفي، وفي الاجتهاد الثاني النصّ على عدم شمول الإبراء له.

المطلب الثالث: الترجيح:

- يرى الباحث أن ما ذهب إليه الاجتهاد القائل بسقوط تعويض الطلاق التعسفي بالإبراء هو الراجح، وذلك لأنّ المقصود بالإبراء تنازل الزوجة لزوجها عن جميع ما لها عليه من الحقوق، فيدخل تبعاً لذلك حقّها في طلب تعويض الطلاق التعسفي، فيسقط تبعاً لباقي الحقوق.

(١) أساس ٦٦٦، قرار ٧٠٨، تاريخ ١٥/٥/٢٠٢٣م.

- لكن ينبغي التنبيه إلى أن إسقاط التعويض يكون بالإبراء الصريح لا بمجرد عدم الرغبة بالمطالبة، وعليه استقر الاجتهاد.
- فقد جاء في اجتهاد لمحكمة النقض: "بالتدقيق تبين أنه وبجلسة الاستجواب حول الطلاق قالت المطعون ضدها: لا أرغب بتعويض الطلاق التعسفي، وإنّ عدم الرغبة في إقامة الدعوى لا تُعتبر تنازلاً كما فسرهُ الطاعن، والتنازل يكون عن دعوى قائمة أو حقٍّ مُدَّعى به، وإن ما قالته المطعون ضدها لا يسلبها حقّها في إقامة الدعوى بهذا التعويض"^(١).
- وهذا الاجتهاد في محله، فإن عدم الرغبة بإقامة الدعوى لا يعني التنازل عنها، فقد يكون عدم الرغبة لأُمور خارجة عن الدعوى، فلا يكون عدم الرغبة بالتعويض تنازلاً عنه.

(١) أساس ٩٦٣، قرار ٩٨٥، تاريخ ٢٩/٦/٢٠٢٢ م.

المبحث الخامس: عقم الزوجة:

المطلب الأول: بيان المسألة:

- اختلفت اجتهادات محكمة النقض في كون عقم الزوجة وعدم قدرتها على الإنجاب سبباً مشروعاً يجعل الزوج متعسفاً في طلاقها، ويجعل طلاقها مبرراً.
- فذهب اجتهاد الغرفة الشرعية إلى كونه سبباً مبرراً للطلاق.
- وجاء في نص الاجتهاد: "لما كان ظاهراً من الأضبارة أنّ سبب الطلاق هو عقمُ المطعون ضدها وعدم إنجابها الأولاد وكان هذا السبب كافياً لمشروعية الطلاق وعدم تعسف الزوج فيه، وعلى ذلك استقر الاجتهاد"^(١).
- وأيده اجتهاد آخر لمحكمة النقض جاء فيه: "وكان الزوج قد بين سبباً مشروعاً للطلاق وهو رغبته في التناسل وحصول الأولاد"^(٢).
- وخالف ما تقدّم اجتهاد لمحكمة النقض ذكر أن العقم سببٌ غير مشروع للطلاق؛ لإمكانه الزواج بالولود.
- وجاء في نص الاجتهاد: "وكانت المحكمة قد ذكرت في أسباب الحكم أن الاجتهاد قد استقرّ على أن عقم الزوج سببٌ مشروع للطلاق وكلّ ما ذكرته المحكمة هو اجتهاد قديم، والذي عليه الاجتهاد المستقرّ هو أن عقم الزوجة ليس سبباً مشروعاً للطلاق"^(٣).

(١) ينظر: اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض السورية، أساس ١٢٣، قرار ١١٩، تاريخ ١٧/٣/١٩٦٩م.

(٢) ينظر: اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض السورية، أساس ٣١٤، قرار ٣٩٤، تاريخ ٥/١٠/١٩٦٦م.

(٣) ينظر: اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض السورية، أساس ٤٤٠، قرار ٨٧٤، تاريخ ١٦/١٢/١٩٨٩م.

المطلب الثاني: الرأي القانوني في المسألة:

- لم تتعرض قوانين الأحوال الشخصية العربية حسب اطلاعي على هذه المسألة، واكتفت بإطلاق شرط التعسف.
- لكن مقتضى نصوص القوانين أن طلاق الزوجة للعقم تعسف في الطلاق؛ لأنه ليس بسبب منها، فتستحق كامل حقوقها، إضافة إلى أن الزوج يستطيع أن يتزوج الولود، والتعدد مشروع في الشريعة الإسلامية، وهو ما عدل إليه اجتهاد الغرفة الشرعية أخيراً ونص على أن العقم سبب غير مشروع للطلاق^(١).

المطلب الثالث: الترجيح:

- يرى الباحث أن الراجح في المسألة التفصيل بين الموسر والمعسر.
- فإذا كان الرجل قادراً على التعدد والإنفاق على أكثر من زوجة فإن طلاقه لزوجته يكون تعسفياً؛ لإمكان الزواج بامرأة أخرى ولود، دون طلاق الأولى.
- لكن لو كان الزوج معسراً فقيراً الحال لا يملك الإنفاق على زوجتين فطلاقه في هذه الحالة يكون طلاقاً مشروعاً؛ لأن إنجاب الأولاد مقصد رئيس من مقاصد الحياة الزوجية، فلو تعذر إنجاب الزوجة للأولاد ولم يقدر على التعدد جاز له طلاق زوجته ويكون طلاقه لها مشروعاً غير تعسفي.

(١) ينظر: الوافي في قضاء الأحوال الشخصية من عام ١٩٧٠م إلى عام ١٩٩٢م: (ص ٣٥٨-٣٥٩).

المبحث السادس: عدم انتهاء عدّة الطلاق التعسفي:

المطلب الأول: بيان المسألة:

- استقرّ اجتهادُ الغرفة الشرعية لمحكمة النقض أن تعويض الطلاق التعسفي لا يَسْتَحِقُّ إِلَّا عند البينونة وانتهاء العدة، فلو كان الطلاق رجعيًا والعدة قائمة امتنع تعويض التعسف.
- جاء في اجتهاد محكمة النقض: "لَمَّا كان تعويض الطلاق التعسفي لا يَسْتَحِقُّ إِلَّا عند البينونة وانتهاء العدة وكان الطلاق رجعيًا والعدة قائمة كان الحكم سابقاً لأوانه من جهة تعويض التعسف" (١).
- لكن خالف هذا الاجتهادُ اجتهادُ سابق لمحكمة النقض جاء فيه: "للمطلّقة أن تدّعي بطلب التعويض عن الطلاق التعسفي سواءً قبل انتهاء العدة أو بعدها فالسبب الرابع مُستلزم الردّ" (٢).

المطلب الثاني: الرأي القانوني في المسألة:

- لم أر من تعرّض لبيان هذه المسألة من قوانين الأحوال الشخصية، لكن ذكرت محكمة الاستئناف الشرعية في الأردن في قرارها رقم (١٩٥٣٠) أن دعوى الطلاق التعسفي لا تُقْبَل إِلَّا بعد انتهاء المدّعية من العدة، ورفعها للدعوى قبل انتهاء العدة من الدفوع التي تُردّها الدعوى (٣).
- وأمّا باقي القوانين العربية فلم أجد فيها نصّاً واضحاً يُحدّد وقت المطالبة، واكتفت بذكر طلب التعويض دون بيان وقته.

المطلب الثالث: الترجيح:

- يرى الباحث أن الراجح عدمُ استحقاق المطلّقة للتعويض إِلَّا بانتهاء العدة، وذلك أن الله عزّ وجلّ سمّى المطلّقة في غير موضع من المواضع زوجةً، فيكون لها حقوق الزوجية، بدليل أن له إرجاعها

(١) ينظر: اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض السورية، أساس ١٢٩٧، قرار ٣٨٢، تاريخ ١٢/١٢/١٩٦٧ م.

(٢) ينظر: اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض السورية، أساس ٣٨٠، قرار ٣٧٠، تاريخ ٤/١٠/١٩٦٩ م، (المُرشد في قانون

الأحوال الشخصية: ص ٤٥٥)، القاعدة (٧٣٩): "للمطلّقة أن تطلب التعويض عن طلاق التعسف قبل العدة أو بعدها".

(٣) ينظر: إجراءات الدعوى في الطلاق التعسفي، للباحثة بسما حسين لافي، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله مقدّمة سنة ٢٠٠٩ م،

كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت - الأردن: (١٠٥-١٠٧)

متى شاء، فلم يحق لها المطالبة بالتعويض إلا بعد انتهاء العدة؛ لأنه قد يُرجعها إلى ذمته خلال فترة العدة فلم تعد مطلقة، ولم تستحق تعويض الطلاق.

- وقد ذكر الاجتهاد المتعلق بحق الزوجة في طلب التعويض قبل انتهاء العدة كتاب المرشد في القاعدة (٧٣٩) أن "للمطلقة أن تطلب التعويض عن طلاق التعسف قبل انتهاء العدة أو بعدها"^(١)، لكن بالتدقيق في الاجتهاد اتضح للباحث أن المقصود به المرأة المطلقة قبل الدخول وليس عليها عدة، وليس المقصود به المرأة التي طلقها زوجها ولم تنته عدتها بعد.
- وعليه فيكون الصواب الموافق للاجتهادات المستقرّة أن حق الزوجة بالمطالبة بالتعويض إنما يكون بعد انتهاء العدة، أما قبل انتهائها فلا حق لها؛ لأن المعتدة ما تزال زوجة ما لم تنته العدة، ولاحتمال إرجاع الزوج إياها إلى عصمته، ولا يصح أن يكون لها حق بالطلاق التعسفي وهي زوجة للمطلق.

(١) ينظر: المرشد في قانون الأحوال الشخصية: (ص ٤٥٥).

الفصل الثالث:

(الاجتهادات القضائية

المتعلقة بالمخالعة)

المبحث الأول: مخالعة الرجل زوجته بلفظ الخلع:

المطلب الأول: بيان المسألة:

- ذهب اجتهاد الغرفة الشرعية إلى أن الرجل لو خالَعَ زوجته بلفظ الخلع فإن ذلك يُعتبر طلاقاً مجانياً ولا يسقط المهر.
- ونص الاجتهاد: "إذا خلع الرجل زوجته ولم تكن حاضرة أو كانت حاضرة ولم تقبل فإن هذا الخلع يُعتبر طلاقاً مجانياً منذ إيقاعه ويبقى من حق الزوجة المطالبة بباقي الحقوق الزوجية"^(١).
- وفي اجتهاد آخر: "لما كان ظاهراً من الوثيقة أن الزوج قال أمام القاضي (خلعتُ من عصمتي وعقد نكاحي زوجتي)، وكانت لفظة (خلعتُ) يقع بها طلاقٌ رجعيةً عملاً بالمادتين (٩٤) و (٩٩)"^(٢).
- وهذا الاجتهاد قد جاء في كتب الحنفية:
- جاء في درر الحكام: "وفي البرّازية: قال لها خلعتك فقالت: قبلتُ لا يسقط شيءٌ من المهر ويقع الطلاق البائن بقوله إذا نوى ولا دخل لقبولها حتى إذا نوى الزوج الطلاق ولم تقبل المرأة يقع البائن"^(٣).
- لكن في إطلاق اجتهاد الغرفة الشرعية الحكم بوقوع الطلاق نظراً، فإن الأصل ألا تقع المخالعة إلا بموافقة صاحبها، بإيقاعها دون موافقته لا يصح.
- ويؤيد هذا القول ما ورد في نفس الكتاب بعد ذلك بقوله: "وإن قال: لم أرد الطلاق لا يقع ويُصدّق قضاءً وديانةً"^(٤).
- فوجب في هذه الحالة أن يُسأل الزوج عن قصده بقوله: "خلعتك"، فإذا كان قصده الطلاق وقع طلاقه، وإذا كان قصده المخالعة التي هي معاوضة لم يقع بذلك طلاق؛ لأن الطلاق لا يقع بلفظ الخلع إلا لو نواه الزوج؛ لأن الخلع من ألفاظ الكنايات، فلا يقع به الطلاق ما لم ينوه صاحبه"^(١).

(١) أساس ٥٤٤، قرار ٥٥٦، ٢٦/٨/١٩٧٨ م، (الوافي في قضاء الأحوال الشخصية من عام ١٩٧٠-١٩٩٢ م: ص: ٣٧٩).

(٢) أساس ٧٥، قرار ٧٦، ٢٥/٢/١٩٧٠ م، (مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض، الألوسي: ص ٤٠٥).

(٣) ينظر: حاشية الشرنبلالي على درر الحكام شرح غرر الأحكام، لحسن بن عمار بن علي الشرنبلالي المصري الحنفي (المتوفى:

١٠٦٩ هـ)، الناشر: دار إحياء الكتب العربية، دون طبعة وتاريخ: (١/٣٩٢).

(٤) ينظر: المرجع السابق.

- وقد نصّ القانون السوري على هذا صراحة حيث قال: "يقع الطلاق بالألفاظ الكنائية التي تحمل معنى الطلاق وغيره بالنية" (٢).

المطلب الثاني: الرأي الفقهي في المسألة:

- ذهب الفقهاء إلى أن الخلع من كنيات الطلاق، فلا يقع به الطلاق إلا بالنية.
- جاء في الجوهرة النيرة: "وإن لم يقابل [أي: الخلع] مال: إن نوى به الطلاق وقع وإلا فلا؛ لأنه كناية من كنيات الطلاق" (٣).
- فالنص صريح بأن لفظ الخلع من ألفاظ الكناية، وأنه إذا لم يكن بمقابلة مال لا يقع به الطلاق إلا بالنية، فلو كان بمقابل مال وقع ولو لم ينو؛ لوجود القرينة الدالة على وقوع المخالعة وهو ذكر المال.
- وجاء في إرشاد السالك: "ثم صريحه [أي: الطلاق] ما يتضمّن لفظه وإطلاقه واحدةً إلا أن ينوي أكثر فإن ادّعى إرادة طلاق الولادة أو من وثاقٍ وقِف على قرينة الحال، وكنايته ظاهرة كخليّة وبريّة وبائنٌ وبنتٌ وبنتٌ وحرامٌ وحبلٌ على غاربك، والمشهور أنها ثلاثٌ في المدخول بها لا تُقبل إرادة دونها ولا عدم إرادة الطلاق، ويلزم في غيرها ما نواه كالخلع" (٤).
- وجاء في المهذب: "وإن خالعه بصريح الخلع نظرت؛ لأنه لم ينو به الطلاق، ففيه ثلاثة أقوال: أحدها: أنه لا يقع به فرقة وهو قوله في الأم؛ لأنه كناية في الطلاق من غير نيّة فلم يقع بها فرقة. والثاني: أنه فسخ وهو قوله في القديم؛ لأنه جعل للفرقة فلا يجوز أن يكون طلاقاً. والثالث أنه طلاق" (٥).

(١) ينظر: تحفة الفقهاء، لأبي بكر محمد بن أحمد بن أبي أحمد، علاء الدين السمرقندي (المتوفى: نحو ٥٤٠هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الثانية، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م: (٢/٢٠١)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: ٥٨٧هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية: (٣/١٠٥).

(٢) مادة (٩٣).

(٣) الجوهرة النيرة على مختصر القدوري، لأبي بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيدي اليمني الحنفي (المتوفى: ٨٠٠هـ)، الناشر: المطبعة الخيرية، الطبعة: الأولى، ١٣٢٢هـ: (٢/٥٩).

(٤) إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك، لأبي زيد عبد الرحمن بن محمد بن عسكر البغدادي، شهاب الدين المالكي (المتوفى: ٧٣٢هـ)، الناشر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة: الثالثة: (١/٦٧).

(٥) المهذب في فقه الإمام الشافعي، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: ٤٧٦هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، عدد الأجزاء: ٣: (٢/٤٩١).

- وجاء في الكافي في فقه الإمام أحمد: " فإن قال: خلعتك من غير سؤال الزوجة، لم يكن خُلْعًا، وكان كناية في الطلاق لا غير"^(١).

المطلب الثالث: الرأي القانوني في المسألة:

- ذهب القوانين العربية إلى أن الطلاق يقع بالألفاظ الصريحة في الطلاق، ولا يقع بالألفاظ الكنائية إلا بالنية.
- وعليه فينبغي ألا يقع الطلاق بلفظ الخُلْع إلا بالنية؛ لأن لفظ الخلع من ألفاظ الكنيات فيحتاج إلى نية الطلاق، فلو نوى الطلاق وقع به طلاقاً بئنة كما هو مذهب الحنفية.
- وقد جانب الاجتهاد الصواب حينما أوقع بلفظ الخُلْع طلاقاً رجعيًا، والصواب أنه يقع به طلاق بئن اتفاقاً؛ لأنه عند الحنفية من ألفاظ الكنيات^(٢)، فيقع به الطلاق مع النية، وعند الشافعية من الألفاظ الصريحة في الخلع، فيقع به طلاق بئن أيضًا^(٣)، ولم أر من الفقهاء من أوقع بلفظ الخلع طلاقاً رجعيًا، فيكون ما أخذ به القانون من إيقاع الطلاق الرجعي بلفظ الخُلْع مخالفًا لأقوال الفقهاء^(٤).

المطلب الرابع: الترجيح:

- يظهر مما تقدّم أن الراجح كون الخلع من ألفاظ الكنيات فلا يقع به الطلاق إلا بالنية، فلو نوى المخالعة لم يقع به طلاقٌ، خلافًا لما ذهب إليه اجتهاد الغرفة الشرعية.
- ولو فرضنا تطابق اجتهاد الغرفة الشرعية مع كلام الفقهاء، فينبغي في زماننا أن يرجع هذا الحكم إلى العرف؛ لاختلاف الزمان، والناس اليوم لا يُميّزون بين "خَلَعْتُ" و"خَالَعْتُ" مع وجود التفريق بينهما في كتب الفقه، فيُرجع في ذلك إلى العُرف؛ لأن العبرة ليست بالألفاظ والمباني، وإنما بالمقاصد

(١) ينظر: الكافي في فقه الإمام أحمد، لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجعافيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى: (٣/ ٩٥).

(٢) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: (١/ ٣٩٢).

(٣) ينظر: التدريب في الفقه الشافعي، لأبي حفص سراج الدين عمر بن رسلان البلقيني الشافعي، تحقيق: نشأت بن كمال المصري، الناشر: دار القبيلتين، الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢ م: (٣/ ٣٢٤).

(٤) ينظر: شرح قانون الأحوال الشخصية للصابوني: (٢/ ٢٨).

والمعاني، فلو نوى الطلاق وقع طلاقاً، ولو نوى المخالعة وقعت مخالعةً، ولو نوى غير ذلك وقع ما نواه.

- يضاف إلى ذلك أن الأصل في الخلع ألا يقع إلا باتفاق الطرفين، فإيقاع الخلع دون إرادة صاحبه إجحافٌ بحقه؛ لأنه لم يرَضَ بإيقاع الخلع إلا بشرطٍ، فلا يقع الخلع إلا بوقوع الشرط.

● تعقيب:

- سكت الاجتهاد المذكور عند قوله "يُعتَبَرُ طلاقاً مجانياً" عن مسألةٍ مُهمّةٍ، وهي هل الحكم بكونه طلاقاً مجانياً عامٌ، سواءً ذكر البدل أم لم يذكره.

- وذلك أنه قد يُفهم من نص الاجتهاد أن مُجرّد قوله "خلعتك" يقع به الطلاق؛ سواءً ذكر بدلاً أم لا؛ لأنه لفظ لا يدلّ على المشاركة، بخلاف ما لو قال: "خالعتك" فلا يقع إلا بقبول الزوجة، وقد فرّق فقهاء الحنفية بين اللفظين^(١).

- والذي عليه مذهب الحنفية أن الخلع إذا كان على مال لا يقع إلا بقبول الزوجة، سواءً كان بلفظ "خلعتك" أو "خالعتك"، وقد جاء النص صريحاً على هذا في كتب الحنفية.

- جاء في تبيين الحقائق: "وسواءً كان بلفظ الخلع أو الطلاق أو المبرأة أو البيع بأن يقول خلعتك على ألف درهم أو طلقتك على ألف أو بارأتك أو بعثت نفسك أو طلاقك على ألف درهم وفي الوجوه كلها لا يقع الطلاق إلا بقبولها في المجلس؛ لأنها معاوضة والمعاوضة لا تتم إلا بالإيجاب والقبول؛ لأنها تملك وتملك من الجانبين ولزمها المال لالتزامها وهي من أهلها لولايتها على نفسها"^(٢).

- فدّل النص المتقدم على توقف الخلع على مال على قبول الزوجة، فلو قبلت وقعت المخالعة، ولو لم تقبل لم يقع شيء.

- ويقترح الباحث تعديل الاجتهاد كالتالي:

(١) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: (٣٩٢/١)، رد المحتار: (٤٤١-٤٤٢).

(٢) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، لعثمان بن علي البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: ٧٤٣ هـ)، ومعه حاشية شهاب الدين الشُّلبي (المتوفى: ١٠٢١ هـ)، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى: (٢٦٧/٢).

"إذا خالَعَ الرجل زوجته ولم تكن حاضرة أو كانت حاضرة ولم تقبل؛ فإن كان الخلع على مال لم يقع بذلك شيء، وإن لم يكن الخلع على مال يُعتبر في ذلك نية الزوج، ويُصدَّقُ بيمينه".

المبحث الثاني: حكم مخالعة الصغيرة:

المطلب الأول: بيان المسألة:

- ذهب اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض أن الرجل لو خالَعَ زوجته الصغيرة على مهرها، أو على مقابل مادي وقبلت فإنها تطلق ولا يسقط البذل الذي خالعت به، وتستحق كامل حقها.
- وجاء في الاجتهاد: "ولما كان ظاهرًا من القيد المستخرج من السجل أن المطعون ضدها أجرت المخالعة بينها وبين الطاعن زوجها ولم تبلغ سن الرشد، وكانت الفقرة الثانية من المادة (٩٥) أحوال لا تلزمها ببذل الخلع إلا بموافقة ولي المال، والولي لم يوافق على المخالعة، وكانت المادة (٢٩١) أحوال لقدري باشا المعمول بها بموجب المادة (٣٠٥) صريحة في أن الزوج إذا طلق الزوجة على مهرها وهي صغيرة مميزة وقبلت لا يسقط المهر، وكان الحكم قد انتهى إلى هذه النتيجة وجاء موافقًا للأصول وما أدلى به الطاعن مُستلزم الرد"^(١).

المطلب الثاني: الرأي الفقهي في المسألة:

- اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:
- القول الأول: أن الطلاق واقع ولا يسقط البذل، وهو مذهب الحنفية، وقول عند الشافعية والمالكية.
- جاء في المبسوط: "لو طلق امرأته الصغيرة على مال فقبلت وقع الطلاق، ولم يجب المأل"^(٢).
- وجاء في روضة الطالبين: "وقول الزوج لها: أنت طالق على كذا لغو، ولو قال ذلك لصغيرة مُمِيزَة فقبلت، فهل يقع طلاق رجعي أم لا يقع شيء؟ وجهان"^(٣).
- وجاء في عقد الجواهر الثمينة: "وإذا اختلعت الصبيّة لم يلزمها العوض ووقع الطلاق"^(٤).

(١) أساس ٢٣٥، قرار ٢٣٢، تاريخ ١٩٦٦/٦/٩م (المرشد في قانون الأحوال الشخصية: ص ٣٦٢).

(٢) ينظر: المبسوط، لمحمد بن أحمد بن أبي سهل، شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: ٤٨٣هـ)، الناشر: دار المعرفة - بيروت، بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م: (٨٦/٢٤).

(٣) ينظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، تحقيق: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ / ١٩٩١م: (٣٨٧-٣٨٦/٧).

(٤) ينظر: عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة: (٤٩٧/٢).

- **القول الثاني:** أن الطلاق لغوٌ، والبدل غير لازم، وهو قول الشافعية في المذهب.
- **جاء في الغاية:** "ولو قال للصغيرة: أنت طالق على ألف، فقبلت، لم تطلق على المذهب" (١).
- **القول الثالث:** أن الطلاق واقعٌ والبدل صحيح إذا كانت الزوجة مميّزةً أو يوطأ مثلها، وهو قولٌ عند المالكية.
- **جاء في لوامع الدرر:** "ولابن القاسم (٢) إن بنى بها وكان الذي أخذه منها مما يُصالح به مثلها نفذ الخلع وإلا فلا" (٣).
- **القول الرابع:** أن خلع الصغيرة والسفينة لا يصح، فيكون لغوًا ولا يقع الطلاق به، إلا إن كان الخلع بلفظ الطلاق أو بنيتّه، فيقع طلاقه.
- **جاء في الروض المربع:** "(أو خالعت الصغيرة والمجنونة والسفينة ووقع الطلاق رجعيًا إن كان الخلع المذكور بلفظ الطلاق أو نيته؛ لأنه لم يستحقّ به عوضًا، فإن تجرد عن لفظ الطلاق ونيته فلفغو" (٤).

المطلب الثالث: الرأي القانوني في المسألة:

- **اختلفت قوانين الأحوال الشخصية في ذلك على قسمين:**
- **القسم الأول:** يُصرّح بوقوع الطلاق الرجعي في ذلك، وعدم التزام الزوجة بردّ البدل في حال عدم موافقة الولي، وإليه ذهب القانون الأردني، والمغربي.

(١) **الغاية في اختصار النهاية**، لعز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي (المتوفى: ٦٦٠ هـ)، المحقق: إياد خالد الطباع الناشر: دار النوادر، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٣٧ هـ - ٢٠١٦ م: (٣٥١/٥).

(٢) هو عبد الرحمن بن القاسم، أبو عبد الله، العتقي المصري الفقيه، أحد الأعلام، وأكبر أصحاب مالك القائمين بمذهبه، سمع منه، ومن نافع بن أبي نعيم. وروى عنه أصبغ، والحاتر بن مسكين، قال النسائي: لم يرو أحد الموطأ عن مالك أثبت من ابن القاسم، وليس في أصحاب مالك مثله، روى عن مالك المدوّنة، وله سماع من مالك عشرون كتابًا، توفي سنة (١٩١ هـ). ينظر: **الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب**، لإبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (المتوفى: ٧٩٩ هـ)، تحقيق وتعليق: الدكتور محمد الأحدي أبو النور، الناشر: دار التراث للطبع والنشر، القاهرة: (١/٤٦٥-٤٦٩).

(٣) **لوامع الدرر في هتك أستار المختصر**، لمحمد بن محمد سالم المجلسي الشنقيطي (١٢٠٦ - ١٣٠٢ هـ)، الناشر: دار الرضوان، نواكشوط - موريتانيا، الطبعة: الأولى، ١٤٣٦ هـ - ٢٠١٥ م: (١١/٧).

(٤) **الروض المربع شرح زاد المستقنع**: لمنصور بن يونس بن صلاح البهوتي الحنبلي (المتوفى: ١٠٥١ هـ)، ومعه: حاشية الشيخ العثيمين وتعليقات الشيخ السعدي، خرّج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، الناشر: دار المؤيد - مؤسسة الرسالة: (ص ٥٥٤).

- جاء في القانون الأردني: "إذا بطل البذل وقع الطلاق رجعيًا، ولا يجب للزوج على زوجته في مقابل هذا الطلاق البذل المتفق عليه" (١).
- ووافقه أيضًا: القانون المغربي وفيه: "تُخَالع الراشدة عن نفسها، والتي دون سن الرشد القانوني إذا خُولعت وقع الطالق، ولا تلزم ببذل الخلع إلا بموافقة النائب الشرعي" (٢).
- القسم الثاني: سكت عن حكم خلع الصغيرة واكتفى باشتراط الأهلية لصحة الخلع، وإليه ذهب القانون السعودي (٣)، والقطري (٤)، والكويتي (٥)، والعراقي (٦)، والسوداني (٧).
- والذي يظهر من اشتراطهم للأهلية عدم صحة الخلع؛ لأن لفظ الصغيرة غير معتبر شرعًا، لعدم أهليتها للقبول.
- وبعض القوانين لم تتعرض لذكر الأهلية في القانون، ومنها القانون المصري، فُرجع في ذلك إما إلى اجتهادات الغرفة الشرعية لمحكمة النقض، أو إلى أصول القضاء الشرعي في المحاكم المصرية، أو إلى مذهب الدولة في القضاء الشرعي.

المطلب الرابع: الترجيح:

- يرى الباحث أن ما ذهب إليه الشافعية من عدم وقوع الطلاق وعدم لزوم البذل هو الراجح؛ لأن الخُلَع والطلاق على مال معاوضة بين طرفين، فلا تصح ما لم يكن الطرفان أهلاً للتصرف، فإن الزوج لا يرضى بالطلاق دون مال، والزوجة ليست أهلاً لقبول الطلاق ولا البذل، فيكون قبولها وعدمه سواءً، والقول بإيقاع الطلاق في هذه الحال مُشكِلٌ؛ لعدم وجود الإيجاب والقبول المعتبرين، فإن الأصل في الطلاق على مال أن يقع بإيجاب وقبول صحيحين، ولا يكفي صحة أحدهما دون الآخر.

(١) مادة (١٠٢)

(٢) مادة (١١٦)

(٣) مادة (٩٦)

(٤) مادة (١١٩)

(٥) مادة (١١٢)

(٦) مادة (٤٦)

(٧) مادة (١٤٤)

- ولذلك فإن أكثر متأخري الشافعية اختاروا هذا القول وكان المعتمد في المتون والشروح والحواشي^(١).

تعقيب:

- مما ينبغي التنبيه له أن الشرع اعتبر في نفوذ التصرف البلوغ الشرعي، فإذا كان الفتى والفتاة بالغين بلوغاً حقيقياً بالاحتلام، أو حكماً بالسن فتصرفهما نافذ شرعاً في الزواج والطلاق والمخالعة وغيرها، في حين أن القانون اعتبر في نفوذ تصرفهما إتمامها سن الثامنة عشرة، ولا ينفذ تصرفهما قبل ذلك.
- والذي عليه الفقهاء أن تصرف البالغ بلوغاً شرعياً هو تصرف نافذ في الزواج والطلاق والمخالعة، وتقييد القانون حرية التصرف ببلوغ الثامنة عشرة ينبغي أن يكون من قبيل الأمور الإجرائية التنظيمية.
- وبناءً عليه فينبغي أن تكون مخالعة البنت التي بلغت سن السابعة عشرة لزوجها صحيحة شرعاً، ويقتصر دور القانون على تثبيت المخالعة، فلا يحكم القاضي بتثبيتها إلا بعد بلوغ سن الرشد القانونية وهي ثمانية عشرة؛ وليس للقانون إبطال مخالعة المرأة البالغة شرعاً، ولو لم تكن بالغاً قانوناً.
- وقد يقال: إن القانون بعد تعديل عام ٢٠١٩م جعل المخالعة فسخاً فلا تترتب عليها أحكام الطلاق لو لم يصح الخلع، والجواب أن تأثير ذلك لا يختلف بالنسبة للزوج؛ لأن المهر لا يسقط عنه في الحالين، ويضاف إلى ذلك أن الحكم المذكور يشمل الطلاق على مال، وهو يقع طلاقاً في القانون أيضاً، وبناءً على ذلك فينبغي ألا يقع طلاق على بدل ولا مخالعة إلا بإيجاب وقبول صحيحين من أهلها في محلها، والله أعلم.

- ويقترح الباحث تعديل الفقرة الثانية من المادة (٩٥) إلى ما يأتي:

٢- المرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا خولعت لا يصح خلؤها إلا بموافقة ولي المال^(٢).

(١) ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، لأبي المعالي ركن الدين عبد الملك بن عبد الله الجويني، الملقب بإمام الحرمين (المتوفى: ٤٧٨هـ)، تحقيق: أ. د. عبد العظيم الدّيب، الناشر: دار المنهاج، الطبعة: الأولى: (١٩/ ٣٤١)، الوسيط في المذهب، لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي (المتوفى: ٥٠٥هـ)، المحقق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، الناشر: دار السلام - القاهرة، الطبعة الأولى: (٥/ ٣٢٢)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، لزين الدين زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، أبو يحيى الشنكي (المتوفى: ٩٢٦هـ)، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ: (٣/ ٢٤٧)، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، الناشر: المكتبة التجارية الكبرى بمصر، عام النشر: ١٣٥٧ هـ - ١٩٨٣ م: (٧/ ٤٦٤).

(٢) ونص هذه الفقرة في القانون: "المرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا خولعت لا تلتزم ببذل الخلع إلا بموافقة ولي المال".

المبحث الثالث: الرجوع عن الإيجاب في المخالعة:

المطلب الأول: بيان المسألة:

- ذهبت الغرفة الشرعية في اجتهداها إلى أنّ الرجوع عن الإيجاب في المخالعة حقٌّ للزوجة فقط، فيحقُّ لها وحدها الرجوع عن الإيجاب فيها دون الزوج.
- وجاء في نص الاجتهاد: "المخالعة من الرجل: تعليق الطلاق على قبول المآل، ومن المرأة: معاوضة؛ لأنها تفدي بالمآل نفسها وتملك عصمتها، فإذا صدر الإيجاب من الرجل لم يجز له الرجوع قبل قبولها؛ لأن الإيجاب من الرجل لا يجوز الرجوع عنه، وإذا صدر من المرأة فلها الرجوع قبل قبوله"^(١).
- وهذا الاجتهاد مخالفٌ لنص قانون الأحوال الشخصية السوري، المادة /٩٦/ ونصه: "لكل من الطرفين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر".
- فالنص القانوني صريحٌ في أن الرجوع حقٌّ للطرفين معاً، وليس حقّاً لأحدهما دون الآخر.
- الاجتهاد المذكور هو مذهب الحنفية، فقد نصوا على أن الرجوع عن الإيجاب في المخالعة حق للزوج فقط؛ لأنه تعليق، ولا يصح الرجوع عن التعليق، لكن الرجوع إلى المذهب الحنفي يكون في ما لا نص فيه، أما ما جاء فيه نصٌ فيقدم فيه النص القانوني على غيره.

المطلب الثاني: الرأي الفقهي في المسألة:

- اختلف الفقهاء في حكم رجوع الزوج عن مخالعته قبل طلاقها على قولين.
- القول الأول: أن الزوج ليس له الرجوع عن إيجابه قبل قبول الزوجة، وهو مذهب الحنفية.
- جاء في الدر المختار: "(هو يمينٌ في جانبه) لأنه تعليق الطلاق بقبول المآل (فلا يصح رجوعه) عنه (قبل قبولها)، (وفي جانبها معاوضة) بمآل (فصح رجوعها) قبل قبوله"^(٢).

(١) أساس ٧٧، قرار ١٢٩، تاريخ ٢٨-٢-١٩٧٤م (المبادئ القانونية للغرف الشرعية لمحكمة النقض: ص ١٩٨).

(٢) الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، لمحمد بن علي بن محمد الحُصَني المعروف بعلاء الدين الحصكفي الحنفي

(المتوفى: ١٠٨٨هـ)، المحقق: عبد المنعم خليل إبراهيم، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى: (ص ٢٣٤).

- القول الثاني: أن للزوج الرجوع عن الإيجاب متى أراد، وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة.
- جاء في جواهر الدرر: "ولما كان الخلع عقدًا يحتاج لإيجاب وقبولٍ كغيره"^(١).
- جاء في منهاج الطالبين: "الخلع طلاق فهو معاوضة فيها شوب تعليق وله الرجوع قبل قبولها"^(٢).
- وجاء في الكافي: "ويجوز للرجل [في الخلع] الرجوع في الإيجاب قبل القبول، وللمرأة الرجوع في السؤال قبل الجواب"^(٣).
- فالفقهاء منقسمون في ذلك على قولين، وقد أخذ القانون السوري بالقول الثاني، فأجاز الرجوع عن الإيجاب قبل القبول في المخالعة، خلافًا لما ذهب إليه اجتهاد الغرفة الشرعية.

المطلب الثالث: الرأي الفقهي في المسألة:

- ذهب القانون السوري إلى أن "لكلٍّ من الطرفين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر".
- وأمّا قوانين الأحوال الشخصية العربية فسكت أكثرها عن ذلك، لكن مضمون كلامهم جواز الرجوع عن الإيجاب؛ لأنهم اشترطوا الإيجاب والقبول لصحة الخلع، فلا ينعقد إلا باجتماعهما، وصرّح بجواز الرجوع بعض القوانين كالقانون الأردني^(٤)، والكويتي^(٥).

المطلب الرابع: الترجيح:

- يرى الباحث أن ما ذهب إليه النص القانوني هو الصواب، فإن الخلع عقدٌ من العقود يُشترط فيه الإيجاب والقبول كسائر العقود. وأمّا القول بأنه تعليقٌ ولا يجوز الرجوع عن التعليق، فيجاب بأنه وإن كان تعليقًا لكنّ فيه معاوضةً ماديةً أيضًا، والمعاوضةُ يصحّ الرجوع عن الإيجاب فيها اتفاقًا،

(١) جواهر الدرر في حل ألفاظ المختصر، لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن إبراهيم بن خليل التتائي المالكي (١٠٠٠ - ٩٤٢ هـ)،

حققه وخرج أحاديثه: الدكتور نوري حسن حامد المسلاقي، الناشر: دار ابن حزم، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى: (٢١٢/٤).

(٢) منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦ هـ)، المحقق: عوض قاسم

أحمد عوض، الناشر: دار الفكر، الطبعة الأولى: (ص ٢٢٧).

(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد (٩٩/٣).

(٤) مادة (١٠٣)

(٥) مادة (١١٣)

فكان ما ذهب إليه الجمهور والقوانين العربية في هذه المسألة راجحاً، وما ذهبت إليه الغرفة الشرعية في اجتهادها مجانباً للصواب، ومخالفاً للنص القانوني الصريح.

المبحث الرابع: وجوب نفقة العدة في المخالعة:

المطلب الأول: بيان المسألة:

- ذهب اجتهاد الغرفة الشرعية إلى أن النفقة تجب للمخالعة ولا يبرأ منها الزوج
- وجاء في نص الاجتهاد: "لما كان ظاهراً من صيغة المخالعة التي تمت بين الزوجين أنها لا تشمل النفقة الزوجية وقد حددت الحقوق المشمولة فيها وليس منها النفقة الزوجية، وحيث كان الإبراء يجب أن يحدد الحقوق التي شملها ولا يصح استنتاج ذلك استنتاجاً فإن ما ذهب إليه القرار الطعين بتشمل النفقة الزوجية بالإبراء الحاصل بين الطرفين في صيغة المخالعة يعوزه الدليل ومشوب بفساد التأويل، وبالتالي فإن الطعن ينال من القرار الطعين ويستحق النقض"^(١).
- وهو موافق لنص المادة (١٠١) التي ذكرت أن نفقة العدة لا تسقط ولا يبرأ الزوج المخالعة منها إلا إذا نص عليها صراحة في عقد المخالعة.
- لكن جاء اجتهاد آخر لمحكمة النقض مخالف لنص المادة القانونية والاجتهاد السابق، وجاء فيه: "حيث إن المخالعة الرضائية تُسقط النفقة الزوجية حتى لو كانت على غير بدل، وفي حال تحديد بدل الخلع تُلزم الزوجة بدفعه للزوج وتبرأ ذمته من الحقوق الزوجية كما هو النص وعليه الاجتهاد"^(٢).

المطلب الثاني: الرأي الفقهي في المسألة:

- اختلف الفقهاء في وجوب النفقة للمختلعة على قولين:
- القول الأول: أن لها النفقة والسكنى ما دامت في العدة، وهو قول الحنفية.

(١) أساس ٩٨٩، قرار ٣١٤، تاريخ ٢٤/٥/١٩٨٤ م.

(٢) أساس ٩٥٥، قرار ٩٤٣، تاريخ ٦/١٢/١٩٨٠ نقلا عن مجموعة المبادئ القانونية (ص ٢٥٢).

- جاء في المبسوط: "وللمختلعة، والمبارأة النفقة والسكنى مادام في العدة"^(١).
- القول الثاني: أن المختلعة لا نفقة لها، وهو قول الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة.
- جاء في الأم: "والمختلعة مُطَلَّقةٌ فَعَدَّتْهَا عَدَّتُهَا وَلَهَا السَّكْنَى وَلَا نَفَقَةَ لَهَا؛ لِأَنَّ زَوْجَهَا لَا يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ... وَكُلَّ مُطَلَّقةٍ كَانَ زَوْجَهَا لَا يَمْلِكُ رَجْعَتَهَا فَلَا نَفَقَةَ لَهَا فِي عَدَّتِهَا مِنْهُ إِلَّا أَنْ تَكُونَ حَامِلاً"^(٢).
- وجاء في التفريع: "ولا نفقة للمختلعة إلا أن تكون حاملاً فتكون لها النفقة حتى تضع حملها"^(٣).
- جاء في المقنع: "وأما البائن بفسخ أو طلاق: فإن كانت حاملاً فلها النفقة والسكنى وإلا فلا شيء لها"^(٤).

المطلب الثالث: الرأي القانوني في المسألة:

- ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٠١) إلى أن نفقة العدة لا تسقط بالمخالعة ولا يبرأ الزوج المخالعة منها إلا إذا نص عليها صراحة في عقد المخالعة، ووافق القانون السوداني^(٥) والعماني^(٦)، والكويتي^(٧).
- وذهب القانون الأردني^(٨) إلى أن المخالعة يسقط بها كل ما يتعلق الحياة الزوجية من مهر ونفقة وغير ذلك.
- وقد ذهب التعديل الجديد رقم ٤ الصادر عام ٢٠١٩م إلى عدّ المخالعة فسخاً لا طلاقاً، فيُفسخ به عقد الزواج ولا يُحسب به طلاقاً، وجاء في تعديل المادة (١٠٠) أن الخلع يعدّ فسخاً لا طلاقاً، ولا يحسب من عدد الطلاقات.

(١) المبسوط: (١٧٢/٦).

(٢) الأم، لأبي عبد الله محمد بن إدريس بن العباس المطلبي القرشي المكي (المتوفى: ٢٠٤هـ)، الناشر: دار المعرفة - بيروت، الطبعة: بدون طبعة، سنة النشر: ١٤١٠هـ / ١٩٩٠م: (٥/٢١٤، ٢٥٤).

(٣) التفريع في فقه الإمام مالك: (١٧/٢).

(٤) المقنع في فقه الإمام أحمد: لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، الناشر: مكتبة السوادي للتوزيع، جدة - المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى: (ص ٣٩٠).

(٥) مادة (١٤٧)

(٦) مادة (٩٧)

(٧) مادة (١١٥)

(٨) مادة (١٠٥-١٠٦)

- وإلى ذلك ذهب القانون السعودي^(١)، والقطري^(٢)، والإماراتي^(٣).
- وهذا القول هو المشهور في المذهب الحنبلي والذي ينصّ على أن المخالعة لا تنقص عدد الطلقات.
- جاء في الإنصاف: "الصحيح من المذهب، أن الخلع فسخ لا ينقص به عدد الطلاق"^(٤).
- وبناء على ذلك فإن قلنا حسب المذهب الحنبلي بأن الخلع فسخ ينبغي ألا يكون فيه نفقة العدة أصلاً، فإنه لا يصحّ أن نجعل الخلع فسخاً على مذهب الحنابلة الذين لا يوجبون نفقة في الخلع، ثم نوجب نفقة العدة على مذهب الحنفية القائلين بأن الخلع طلاق بائن، فوجب النصّ على ذلك.

المطلب الرابع: الترجيح:

- يرى الباحث أن الراجح في المسألة عدم وجوب النفقة على المختلعة إذا جعلنا الخلع فسخاً؛ لأن من يقول؛ لأن المفسوخ نكاحها لا تجب لها نفقة العدة بالاتفاق.
 - وقد يقال بأن المادة (٣٠٥) من قانون الأحوال نصت على أنه يرجع في تفسير المسألة المذكورة في القانون إلى الراجح من المذهب الفقهي الذي استمد منه النص القانوني، وعليه فلا تجب النفقة للمختلعة طبقاً للمذهب الحنبلي، وهذا صحيح فيما ليس فيه نص، لكن نص المادة (١٠١) صريح في أن الزوج إذا خالع زوجته يجب عليه نفقة العدة ولا تسقط إلا بالنص عليها.
 - وكان ينبغي بعد التعديل الأخير أن تُحذف هذه المادة نهائياً، ويُرجع في تفسيرها إلى المذهب الحنبلي الذي استمدت منه كون الخلع فسخاً، وهو ينصّ على أن المختلعة لا نفقة لها، أو تعديلها إلى ما يأتي:
- "لا تجب النفقة للمختلعة إلا أن تكون حاملاً فتجب لها النفقة حتى تضع حملها".**

(١) مادة (٧٧)

(٢) مادة (١١٨)

(٣) مادة (١١٠)

(٤) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لأبي الحسن علاء الدين علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (المتوفى:

٨٨٥هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية - بدون تاريخ، عدد الأجزاء: ١٢: (٢٢/٢٩).

المبحث الخامس: عدُّ الإبراء عن المهر في وثيقة الطلاق مخالعةً:

المطلب الأول: بيان المسألة:

- ذهب اجتهاد الغرفة الشرعية إلى أن الزوج لو طلق زوجته وذكر بعد ذلك الإبراء من المهر في ورقة الطلاق، فإن ذلك لا يُعدُّ مخالعةً، ويقع به طلاق ويجب عليه دفع البدل.
- جاء في اجتهاد محكمة النقض "حيث أن الزوج هو الذي أوقع الطلاق بقوله: "طلّقتها شرعاً على السنة السّمحاء". وقوله بعد ذلك: «لا لي معها أيّة علاقة إطلاقاً، وكذلك ليس لها معي أي علاقة» كلامٌ جديد مستأنف ولا يؤثر في نوع الطلاق الذي أوقعه، وأما قوله قبل ذلك "حيث إنّها طلبت الطلاق مني برضاها وطلّقتني مُسبقاً" فلا يفيد اتفاقاً على مخالعة ولا على إبراء، وحيث إنه ليس في الورقة المبرزة ما يدل على إيجاب وقبول، كما ليس فيها تعليق الطلاق على براءة الذمة من المهر كان الطعن والحال ما ذكر جديرًا بالرفض" (١).

المطلب الثاني: الرأي الفقهي في المسألة:

- لم يبحث الفقهاء هذه المسألة بتفصيلها، لكن هذه المسألة ترجع عند الفقهاء لقاعدة عامة مُتَّفَقٌ عليها، وهي أن "العبرة في التصرفات للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني" (٢).
- جاء في شرح القواعد الفقهية: " والمراد بالمقاصد والمعاني: ما يشمل المقاصد التي تُعيّنها القرائن اللفظية التي تُوجَد في عقد فتُكسبه حكم عقد آخر، وما يشمل المقاصد العُرفيّة المرادة للناس في اصطلاح مخاطبهم، فإنها معتبرة في تعيين جهة العقود" (٣).

(١) أساس ٣٠٦، قرار ٣٤٨، تاريخ ١٠/٦/١٩٧٦ م

(٢) ينظر: معين الحكام: (ص ١٤٧)، الأشباه والنظائر في قواعد الفقه، لأبي حفص سراج الدين عمر بن علي الأنصاري، المعروف بابن الملقن (المتوفى: ٨٠٤ هـ)، تحقيق ودراسة: مصطفى محمود الأزهرى، الناشر: دار ابن القيم - الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٣١ هـ - ٢٠١٠ م: (٣٢/١)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١ هـ)، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، الناشر: دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣ هـ: (١٠٢/٥).

(٣) شرح القواعد الفقهية، لأحمد بن الشيخ محمد الزرقا، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، الناشر: دار القلم - دمشق / سوريا، الطبعة: الثانية، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م: (ص ٥٥-٥٦).

وبناء على ما تقدّم فإنّه ولو عددنا الإبراء متأخراً عن الطلاق، لكن المطلّق لم يكن ليوقع الطلاق لولا إبراؤه من المهر، وخصوصاً أن الطلاق والإبراء في وثيقة واحدة، فيكون الكلام في حكم المتّصل لا حكم المنفصل، وعليه فيكون الفراق هنا طلاقاً على مال، أو مخالعةً، ولا تستحقّ الزوجة شيئاً من الذي وقع الإبراء عنه.

المطلب الثالث: الرأي القانوني في المسألة:

- الظاهر أن الرأي القانوني لا يختلف عن الرأي الفقهي في المسألة، فالحكم واحد لا خلاف فيه.
- وقد ذهب أحد المستشارين^(١) في لجنة محكمة النقض التي حكمت بالطلاق إلى مخالفة ما حكمت به الأكثرية بقوله: "حيث كان الطرفان يتصادقان على صحة ما ورد في وثيقة الطلاق المبرّزة في الملف، وعلى تاريخ وقوعه، وكان يتبيّن من وثيقة الطلاق صورة أن الطلاق تم بين الطرفين بناءً على رغبة الزوجة المطعون ضدها وأنه لم يبق لأحدهما علاقة مع الآخر وهذا يعني المخالعة بين الطرفين، وينطبق عليه أحوال الهادة (٩٨) أحوال".

المطلب الرابع: الترجيح

- يرى الباحث أن الرأي الراجح هو عدّ المسألة المتقدّم ذكرها مخالعةً أو طلاقاً على مال، وأن اجتهاد الأكثرية في محكمة النقض محلّ نظر، فإن العبرة في التصرفات للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، وقول الزوج: «ليس لي معها ولا لها معي علاقة» ظاهره يفيد المخالعة وتنازل كل من الطرفين عن حقّه للآخر، ذلك ألاّ معنى آخر يفيد هذا اللفظ، لأن الطلاق يقطع كل رابطة بين الزوجين، فلم تبق إلا الحقوق الزوجية بينهما، وهو الذي يظهر أنه المراد من سياق الكلام.

(١) وهو المستشار في محكمة النقض: حسن القاضي، وقد أورد نصّ مخالفته للأكثرية في الاجتهاد نفسه الذي ورد فيه الحكم.

الباب الثاني:

{ الاجتهادات القضائية

المتعلقة بالتحكيم

{ والتفريق

الفصل الأول:

(الاجتهادات القضائية

المتعلقة بالحكيم)

المبحث التمهيدي: مقدمة في التحكيم ومشروعيته ولزومه، وصلاحيه الحكّمين.

أولاً: تعريف التحكيم:

- التحكيم لغة: مصدر حكّمه في الأمر والشيء: أي جعله حكماً، وفوّض الحكم إليه. وحكّمه بينهم: أي طلب منه أن يحكم بينهم، فهو حكّم ومُحكّم^(١).
- واصطلاحاً: هو اتخاذ الخصمين برضاها حاكماً يفصل خصومتها ودعواهما، يقال: حكّم، بفتحين، ومحكّم بضم الميم^(٢).
- والتحكيم بين الزوجين: هو عقد بين الزوجين وأهلها يُعيّن فيه شخصين من أهلها أو غيرها ليحكما فيما بينهما من نزاع وخلاف^(٣).

ثانياً: مشروعية التحكيم:

- ثبتت مشروعية التحكيم بالقرآن والسنة وإجماع الأمة.
- أما القرآن: فلقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾ [النساء: ٣٥]، ففي هذه الآية دلالة على جواز التحكيم، فإن الله سبحانه وتعالى علّق الصلح على إرادة الحكّمين، فكان ذلك دليلاً على جواز التحكيم^(٤).
- وأما السنة النبوية: فلما في الصحيحين من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: "لما نزلت بنو قريظة على حُكم سعد هو ابن معاذ، بعث رسول الله ﷺ وكان قريباً منه، فجاء على حمار، فلما دنا قال رسول الله ﷺ:

(١) ينظر: مختار الصحاح، لأبي عبد الله زين الدين محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (المتوفى: ٦٦٦هـ)، المحقق: يوسف الشيخ محمد، الناشر: المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا، الطبعة: الخامسة: (ص ٧٨)، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، للعلامة قاسم بن عبد الله بن أمير علي القانوني الرومي الحنفي (المتوفى: ٩٧٨هـ)، المحقق: يحيى حسن مراد، الناشر: دار الكتب العلمية، ط ٢٠٠٤م: (ص ٨٦)، مادة (حكم).

(٢) ينظر: شرح مجلة الأحوال الشخصية، لسليم رستم باز، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الثالثة: (ص ١١٦٣).

(٣) ينظر: التحكيم في النزاع بين الزوجين في الفقه الإسلامي، بحث محكم للباحث، جمال حشاش، جامعة النجاح الوطنية - نابلس - فلسطين: (١٧٤٢).

(٤) ينظر: أنوار التنزيل وأسرار التأويل = (تفسير البيضاوي)، للإمام ناصر الدين أبو سعيد عبد الله بن عمر الشيرازي البيضاوي (المتوفى: ٦٨٥هـ) المحقق: محمد عبد الرحمن المرعشي، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، ط ١، ١٤١٨ هـ: (٧٣/٢).

١ - «قوموا إلى سيدكم» فجاء، فجلس إلى رسول الله ﷺ، فقال له: إن هؤلاء نزلوا على حكمك، قال:

فإني أحكم أن تُقتل المقاتلة، وأن تُسبى الذرية، قال: «لقد حكمت فيهم بحكم الملك»^(١).

- ففي الحديث جواز التحكيم في أمر الحرب وغيره، وفيه على الخوارج الذين أنكروا التحكيم على

عليّ ﷺ، وفيه: أن التحاكم في الدنيا إلى رجل معلوم الصلاح والخير لازم للمتحاكمين^(٢).

٢ - وأما الإجماع: فقد أجمع المسلمون على جواز التحكيم، فقد وقع ذلك لجمع من الصحابة ولم

يُنكر مع اشتغاره فكان إجماعاً، ولم يخالف فيه إلا الخوارج، فإنهم أنكروا جواز التحكيم^(٣).

ثالثاً: لزوم التحكيم:

- اتفق العلماء على جواز بعث الحكّمين، إذا وقع التشاجر بين الزوجين، وخيف الفراق بينهما،

واختلفوا في لزوم التحكيم عليهما على قولين:

• القول الأول: الوجوب.

- واستدل أصحاب هذا القول بأن الحكّمين حاكمان، فلهما أن يفعلا ما يريان من جمع وتفريق وصلاح

وغير ذلك، وإلا لبطلت الفائدة من التحكيم، وهو مذهب المالكية، والحنفية، وقول عند الشافعية،

ورواية عند الحنابلة.

- جاء في الهداية: "وإذا حكم [المحكّم] لزمهما؛ لصدور حكمه عن ولاية عليهما، وإذا رُفِعَ حُكْمُهُ إلى

القاضي فوافق مذهبه أمضاه، وإن خالفه أبطله"^(٤).

(١) متفق عليه، رواه البخاري في صحيحه، كتاب الجهاد والسير، باب مناقب سعد بن معاذ (٣٥ / ٥)، برقم: (٣٨٠٣). ورواه

مسلم في صحيحه، كتاب الجهاد والسير، باب جواز قتال من نقض العهد، وجواز إنزال أهل الحصن على حكم حاكم عدل
أهل للحكم (١٣٨٨ / ٣)، برقم: (١٧٦٨).

(٢) ينظر: شرح البخاري لابن بطال، للإمام أبي الحسن علي بن خلف بن عبد الملك بن بطلال (المتوفى: ٤٤٩هـ)، تحقيق: أبو تميم
ياسر بن إبراهيم، دار النشر: مكتبة الرشد - السعودية، الرياض، الطبعة: الثانية، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م: (٢٠١ / ٥).

(٣) ينظر: مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، للإمام علي بن (سلطان) محمد، أبو الحسن نور الدين الملا الهروي القاري (المتوفى:
١٠١٤هـ)، الناشر: دار الفكر، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م: (٢٥٤٨ / ٦).

(٤) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (١٠٨ / ٣).

وجاء في البيان: "وهل هما وكيلان من قبل الزوجين، أو حكمان من قبل الحاكم؟ فيه قولان: أحدهما: أنهما وكيلان من قبل الزوجين. والثاني: أنهما حكمان من قبل الحاكم. وهو الأشبه؛ لقوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٣٥]، وهذا خطاب لغير الزوجين، وسأهما الله تعالى حكيمين، فعلى هذا: لا يفتقر التحكيم إلى رضا الزوجين" (١).

- وجاء في الإشراف: "إذا حكم الخصمان بينهما رجلاً من أهل الاجتهاد لزمهما ما يحكم به بينهما إذا كان مما يجوز في الشرع" (٢).

- وجاء في المغني: "واختلفت الرواية عن أحمد في الحكمين، ففي إحدى الروايتين عنه، أنهما وكيلان لهما، لا يملكان التفريق إلا بإذنها. والثانية، أنهما حاكمان، ولهما أن يفعلا ما يريان من جمع وتفريق، بعوض وغير عوض، ولا يحتاجان إلى توكيل الزوجين ولا رضاها" (٣).

● القول الثاني: الجواز، وهو قول عند الشافعية، ورواية للحنابلة.

- واستدلوا أن حكم الحكمين جائز على الزوجين؛ لأنه توكيل منهما بالصلح، فكان حكم الموكل جائزاً لا واجباً، ويفتقر إلى قبول الموكل، وتقدمت نصوص هذا القول فيما سبق (٤).

- والراجح والله أعلم هو القول بلزوم التحكيم؛ لأن القول بعدم لزومه فيه إبطال لفائده؛ إذ إن للزوجين أن يرفضا قول الحكمين، فكان القول بلزومه هو المتعين، خاصة أن القاضي في زماننا هو الذي يعين الحكمين، ويصدق تقريرهما، وليس وكيلين عن الزوجين، فكان حكمهما ملزماً للطرفين بعد تصديق القاضي لتقريرهما.

(١) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي، لأبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي (المتوفى: ٥٥٨ هـ)، المحقق: قاسم محمد النوري، الناشر: دار المنهاج - جدة، الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م: (٥٣٢-٥٣٣).

(٢) ينظر: الإشراف على نكت مسائل الخلاف، للقاضي أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي (٤٢٢ هـ)، المحقق: الحبيب بن طاهر. الناشر: دار ابن حزم. الطبعة: الأولى، ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م: (٩٦٠ / ٢).

(٣) ينظر: المغني: (٣٢٠ / ٧).

(٤) ينظر: البيان في مذهب الشافعي: (٥٣٣-٥٣٢ / ٩)، المغني: (٣٢٠ / ٧).

- وقد حدث التحكيم في عهد الصحابة ومن بعدهم، وكانوا يلتزمون بقول الحكّمين، ولم يُؤثر عن أحدٍ منهم خلافه.
- وبالقول باللزوم أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري^(١)، وألزم الطرفين بتقرير الحكّمين فيما لو أقرّه القاضي، فيكون حجة رسمية لا يمكن الطعن فيها.
- ويؤيد ذلك اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض السورية^(٢) جاء فيه:
- "إن تقرير الحكّمين من الأسناد الرسمية، وما ورد فيه حجة معتمدة، ويبقى كذلك حتى يثبت تزويره بالطرق المقررة قانوناً".
- فنص الاجتهاد نصاً واضحاً أن تقرير الحكّمين حجة معتمدة في القضاء، ولا يمكن الطعن بتقرير الحكّمين بعد صدوره، إلا بإثبات وقوع التزوير فيه من الخصم.
- ونصّت المادة السادسة من قرار مجلس القضاء الأعلى، رقم ٨٣، تاريخ ٣٠/٤/١٩٨٠م على "وجوب احترام قرارات الهيئة العامة لمحكمة النقض بالنسبة للمحاكم التي تصدر قراراتها مبرمة".
- فإذا صدر التقرير مصدّقاً من قاضي محكمة النقض أصبح هذا التقرير واجب الاحترام والتنفيذ، ومبرماً لا يمكن الطعن به؛ إذ قد استقرّ الاجتهاد القضائي على "أن قرارات الهيئة العامة لمحكمة النقض بمنزلة القانون، وغايتها توحيد الاجتهاد، مما يؤمّن للعدالة موقعاً حصيناً بين تشيّت الاجتهاد الواقع"^(٣).

(١) مادة (١١٤)، واجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض، أساس ٢١٥، قرار ٧، عام ١٩٧٦م.

(٢) أساس ٥٨٨، قرار ٤٩١، تاريخ ٣١/٨/١٩٨٣م.

(٣) ينظر: الاجتهادات القضائية في محكمة النقض السورية المتعلقة بالزواج وآثاره: (ص ٨٢).

رابعاً: صلاحية الحكمين في الإصلاح والتفريق:

- اختلف الفقهاء في صلاحية الحكمين للتفريق على قولين:
- **القول الأول:** أن الحكمين لهما صلاحية التفريق بينهما على وجه الحكم، وهو قول المالكية، وقول عند الشافعية والحنابلة.
- واستدلوا بأنه تعالى سماهما حكمين، وذلك يفيد تعلق الحكم بينهما دون الوكالة.
- ولما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال للحكمين: "أتدريان ما عليكما؟ إن رأيتهما أن تُصلِحا أصلحتما وإن رأيتهما أن تُفرِّقا فرقتما، فقال الزوج: أما الفرقة فلا، فقال علي: "كذبت، والله لا تبرح حتى ترضى بكتاب الله لك وعليك، فقالت المرأة: رضيت بكتاب الله تعالى لي وعليّ^(١)".
- وروي نحوه عن ابن عباس رضي الله عنهما^(٢)، فلم يشترط رضا الزوجين.
- ولأن للحاكم مَدخلاً في إيقاع الفرقة بين الزوجين لإزالة الضرر كالإيلاء والإعسار بالنفقة والمهر وغير ذلك^(٣).
- **القول الثاني:** أنه ليس للحكمين التفريق بينهما إلا أن يجعل الزوجان ذلك إليهما، وهو قول الحنفية، وقول عند الشافعية والحنابلة.
- واستدلوا بقوله تعالى: ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾، فجعل إليهما الإصلاح دون غيره، فلو كان التفريق إليهما لذكره، ولأنه تعالى سماهما حكمين، والحكم لا يملك الطلاق؛ لأنه ملك الزوج، فلا يملكه إلا لو أوكله الزوج إليه^(١).

(١) مصنف عبد الرزاق، كتاب الطلاق، باب الحكمين (٥١١/٦)، رقم: ١١٨٨٣.

(٢) المرجع السابق: (٥١٢/٦)، رقم: ١١٨٨٥.

(٣) ينظر: المعونة على مذهب عالم المدينة، لأبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (المتوفى: ٤٢٢هـ)، المحقق: حميش عبد الحق، الناشر: المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز - مكة المكرمة، أصل الكتاب: رسالة دكتوراة بجامعة أم القرى بمكة المكرمة، بدون طبعة، عدد الأجزاء: ٣: (ص ٨٧٦)، والمهذب في فقه الإمام الشافعي، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: ٤٧٦هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، عدد الأجزاء: ٣: (٤٨٨/٢). والكافي في فقه الإمام أحمد، لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد ابن قدامة الجعافيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م: (٩٤/٣).

- ولعل الراجح والله أعلم هو قول الجمهور، بأن الحكمين لهما أن يقرّرا الجمع والتفريق بين الزوجين؛ إذ لا فائدة من تحكيم الحكمين إذا لم يلتزم الزوجان بنتيجة التحكيم، خاصةً أن الحكمين يصدر تعيينهما من قبل القاضي الشرعي، فيكون لهما سلطة الإلزام، ويكون تقريرهما واجب النفاذ إذا صدر وأقرّه القاضي الشرعي؛ لأن حكم القاضي في النزاعات يحسم الخلاف.
- وذهب قانون الأحوال الشخصية السوري إلى أن الحكمين لهما صلاحية التفريق بين الزوجين. فجاء في المادة (١١٤) ما نصه:
- ١- يبذل الحكمان جهدهما في الإصلاح بين الزوجين، فإذا عجزا عنه وكانت الإساءة أو أكثرها من الزوج قرّرا التفريق بطلقة بائنة.
- ٢- وإن كانت الإساءة أو أكثرها من الزوجة أو مشتركةً بينهما قرّرا التفريق بين الزوجين على تمام المهر أو على قسم منه يتناسب ومدى الإساءة.
- فظاهرٌ من نص القانون أن الحكمين يَمْلِكُان التفريق بين الزوجين، ويقدران المهر حسب مقدار إساءة كلّ من الطرفين، ويرفعان الأمر للقاضي لتصديق القرار، فإن صدّقه القاضي صار التقرير ملزماً واجب التنفيذ على كلا الطرفين.
- والقول بلزوم التحكيم هو القول الذي ذهبت إليه قوانين الأحوال الشخصية العربية جميعاً بلا استثناء، لكن اختلفوا فيمن له سلطة التفريق:
- فذهبت بعض القوانين إلى أن سلطة التفريق موكولة إلى الحكمين، فيحكمان بالتفريق، ويُصدّق القاضي قرار التفريق الصادر عنهما، وله ردّه إذا كان مخالفاً للقانون، وإليه ذهب القانون السوري^(٢)، والأردني^(٣)، والسعودي^(٤).

(١) ينظر: التجريد، لأحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر، أبو الحسين القدوري (المتوفى: ٤٢٨ هـ)، المحقق: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، الناشر: دار السلام - القاهرة، الطبعة: الثانية، ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م : (٩/٤٧٣٨). والمهذب في فقه الإمام الشافعي: ٣: (٢/٤٨٨). والكافي في فقه الإمام أحمد: (٣/٩٤).

(٢) مادة (١١٤-١١٥)

(٣) مادة (١٣٢)

(٤) مادة (١١١)

- ومنهم من جعل سلطة التفريق إلى القاضي، فيُرفع إليه تقرير التحكيم، وهو الذي يحكم بالتفريق وعدمه بناء على تقريرهما، وإليه ذهب القانون السوداني^(١)، والعراقي^(٢)، والمصري^(٣)، والمغربي^(٤)، والعماني^(٥)، والجزائري^(٦)، والكويتي^(٧)، والقطري^(٨).

خامسًا: إعادة التحكيم:

- تقدّم أن المذهب الراجح فقهاً والذي عليه قانون الأحوال الشخصية السوري هو أن التحكيم بين الزوجين مُلزم للطرفين، وواجب التطبيق من كليهما.
- ولما كان كذلك كان من الضرورة بمكان التأكد من استيفاء هذا التحكيم شروط الصحة كلها؛ لأن التحكيم قضاء، ولا بد للقضاء أن يكون بالعدل، خاصة أن قناعة المحكمين لا تحتاج إلى التعليل، وتقريرهما من الوثائق الرسمية التي لا يُطعن فيها إلا بالتزوير^(٩).
- وإعادة التحكيم، أو النظر في الأسباب الموجبة لإعادته أمرٌ يرجع تقديره إلى الغرفة الشرعية في محكمة النقض، فإن وجدت مبرراً للطعن في الحكم وإعادة التحكيم، فله ذلك، وإلا فلها الحق بتصديق قرار محكمة الموضوع ورفض الطعن الموجه إلى تقرير الحكمين^(١٠).
- فكان من الأهمية بمكان معرفة الأسباب الموجبة لإعادة التحكيم في محكمة النقض، وأثرها في إعادة التحكيم.

(١) مادة (١٦٧)

(٢) مادة (٤١)

(٣) مادة (١٠)

(٤) مادة (٩٧)

(٥) مادة (١٠٦)

(٦) مادة (٤٩)

(٧) مادة (١٣٠)

(٨) مادة (١٣٣)

(٩) ينظر: الوافي من عام ١٩٩٢ إلى ٢٠٠٥م، (٢/٤٩٦-٥٠٧).

(١٠) ينظر: اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض، أساس ٢٢٥، قرار ٢٦٢، تاريخ: ١٠/٤/١٩٨٩، (الأحكام القضائية الشرعية في ظل قانون الأحوال الشخصية: ص ٤٠٤-٤٠٥).

المبحث الأول: اجتهادات محكمة النقض المتعلقة بتعيين الحكّمين.

المطلب الأول: نقص أهلية التحكيم في المحكّمين.

أولاً: بيان المسألة:

- الأصل أن يكون المحكّمان عالميّين بأصول التحكيم وقواعده حتى يكون سعيهما للصلح سعيًا مثمرًا، فلو ثبت جهلهما أو جهل أحدهما بأصول التحكيم كان التقرير الصادر باطلاً واستحق النقض.
- وقد استقرّ على ذلك اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض.
- وجاء في نص الاجتهاد: "وكان من الواجب المُلقى على عاتق القاضي أن يُحسّن انتقاء المحكّمين ممّن يتّصف بالأناة والصلاح والحكمة والمعرفة بالحياة الزوجية" (١).

ثانيًا: الرأي الفقهي في المسألة:

- الصواب الذي تشهد عليه الأدلّة الشرعية والفقهيّة أن المحكّم يجب أن يكون أهلاً للتحكيم، فلا يجوز للمحكّم أن يكون كافراً أو صغيراً لا يعقل، أو فاسقاً عند الجمهور، وقد اتفقت المذاهب على ذلك في الجملة، مع خلاف بينهم في بعض الشروط الواجب توفُّرها في المحكّم.
- جاء في تبين الحقائق: "وشُرط [في المحكّم] أن يكون صالحاً للقضاء؛ لأنه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط فيه ما يشترط في القاضي حتى لو حكّم كافراً أو عبداً مجبوراً أو محدوداً في قذف أو صبيّاً لا يجوز" (٢).
- وجاء في مختصر خليل: "وبطل حكم غير العدل وسفيه وامرأة وغير فقيه بذلك" (٣).
- وجاء في التهذيب: "ويشترط أن يكون الحكّمان حرّين، بالغين، ذكّرين، عدلّين" (٤).

(١) الاجتهاد (١٢٣)، تاريخ (١٧/٢/١٩٨٢م).

(٢) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: (١٩٣/٤).

(٣) مختصر خليل، لخليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري (المتوفى: ٧٧٦هـ)، المحقق: أحمد جاد، الناشر: دار الحديث/ القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٦هـ/ ٢٠٠٥م: (ص ١١١).

(٤) التهذيب في فقه الإمام الشافعي: (٥٤٩/٥).

- وجاء في الإقناع: "فإن خرجا إلى الشقاق والعداوة وبلغا إلى المشاتمة بعث الحاكم حكمين حُرَيْنَ مسلمين ذكرين عدلين مُكَلَّفَيْنِ فَقِيهَيْنِ عالِمَيْنِ بالجمع والتفريق"^(١).
- وقد أجمَلَ ذلك الإمام القرطبي^(٢) فقال: "ويكونان من أهل العدالة وحسن النظر والبصر بالفقه"^(٣).
- وهذا قريبٌ إلى ما ذهب إليه اجتهاد الغرفة الشرعية "من وجوب اشتراط اتّصاف المحكّم بالأناة والصلاح والحكمة والمعرفة بالحياة الزوجية"^(٤).
- ويؤيده ما جاء في التبصرة: وإن جهل السلطان وجعل ذلك إلى من لا فقه له ولا علم عنده بوجه الحكم فاسترشد أهل العلم بعد الكشف مضى حكمهما، فإن حكما بعلمهما سُئِلَا عن صفة ما اطلعا عليه، فإن تبَيَّنَ أنهما أصابا الحق مضى الحكم وإلا رُدَّ^(٥).

ثالثاً: الرأي القانوني في المسألة:

- المسؤولية عن اختيار الحكمين موكولة إلى أمانة القاضي؛ لأن اختيار الحكمين يتوقف عليه دوام الحياة الزوجية، والإصلاح بين الزوجين.
- جاء في التذكرة: فينبغي على القاضي أن يتيقّن من تحقّق صفات التّحكيم في الحكمين، وتلك أمانة الله في عنقه، حتى لا تقع الأسرة وأمورها بيد فاسقٍ، أو بيد من لا نظر له، ولا معرفة له بأمور الناس، أو بيد جاهلٍ لا يعرف الحلال من الحرام^(٦).

(١) الإقناع في فقه الإمام أحمد، لموسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين، أبو النجا (المتوفى: ٩٦٨هـ)، المحقق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، الناشر: دار المعرفة بيروت - لبنان: (٢٥١/٣).

(٢) هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر الأنصاري الخزرجي القرطبي، إمام متفنن متبحر في العلم، له تصانيف مفيدة تدل على كثرة اطلاعه ووفور فضله، وقد سارت بتفسيره الركبان، وله كتاب "الأسنى في الأسياء الحسنی"، و"التذكرة"، وأشياء تدل على إمامته وذكائه وعلمه، توفي سنة (٦٧١ هـ). ينظر: تاريخ الإسلام: (٢٢٩/١٥)، طبقات المفسرين، لعبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: ٩١١هـ)، المحقق: علي محمد عمر، الناشر: مكتبة وهبة - القاهرة، الطبعة: الأولى: (ص ٩٢).

(٣) تفسير القرطبي: (١٧٥/٥).

(٤) الاجتهاد (١٢٣)، تاريخ (١٧/٢/١٩٨٢م).

(٥) التبصرة، لأبي الحسن علي بن محمد الربيعي، المعروف بالبخمي (المتوفى: ٤٧٨ هـ)، دراسة وتحقيق: الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، الطبعة: الأولى، ١٤٣٢ هـ - ٢٠١١ م: (٦/٢٥٨٩-٢٥٩٠).

(٦) التذكرة في القضاء الشرعي: (١/١٣٠-١٣١).

- فلو انتفت إحدى شروط التحكيم في المحكم بطل تقريره، كما جاء في اجتهاد الغرفة الشرعية: "وكان جهل الحكمين بقواعد التحكيم يكفي لهدر ما جاء في تقريرهما^(١)".
- ومن أمثلة هذه الاجتهادات:
 - وذهب اجتهادُ الغرفة الشرعية أن ضعف الرجل بالقراءة والكتابة يجعله غير أهل للتحكيم^(٢).
 - وذهب اجتهادُ آخر إلى أن قول الحكمين: "نرى وجوب إصدار قرار بالتفريق" دليلٌ على جهلهما بقواعد التحكيم، وبطلان حكمهما^(٣).
 - وذهب اجتهادُ آخر أن عدم بحث الحكمين في الإساءة مخالف للقانون يوجب بطلان تقريرهما^(٤).
- فتحصل مما تقدّم أن نقص أهلية التحكيم في أحد المحكمين يوجب نقض تقريرهما وإعادة التحكيم اتفاقاً؛ لأن المقصود من إرسالهما هو الإصلاح، فلو لم يتوفّر ذلك تعيّن نقض تقريرهما واستبدالهما.

رابعاً: الترجيح:

- يرى الباحث أن ما ذهب إليه اجتهاد الغرفة الشرعية صوابٌ في الجملة، لكن بعض الاجتهادات التي أوردتها الغرفة الشرعية لا ينبغي أن تكون عامّة شاملة لكلّ تحكيم، فقد يتتدب الزوجان من أقرارهما من ليس عنده ملكة القراءة والكتابة -على سبيل المثال- لكنه من أهل الحكمة والخبرة والجاه، ومسموع القول في قومه، فمثل هذا قد يكون له قدرة على الإصلاح أكثر من غيره ممّن يجيد القراءة والكتابة، وتنتفي عنه المقومات الأخرى.
- وكذا قد يوجد محكّمان لهما أهلية التحكيم لكن أخطأ في بعض الأمور الشكلية، كقولهم: "نرى وجوب التفريق"، بدلاً من "قرّرنا التفريق" فمثل هذا يمكن معالجتها دون إعادة التحكيم^(٥)، خاصّة إذا ظهر أنهما بذلا جهدهما في الإصلاح والتقريب بين الزوجين.

(١) الاجتهاد (٥٥٥)، تاريخ (٢١/٨/١٩٨٢م).

(٢) الاجتهاد (٣٠١)، تاريخ (٢٢/٢/١٩٧٩م).

(٣) الاجتهاد (٥٥٥)، تاريخ (٢١/٨/١٩٨٢م).

(٤) الاجتهاد (٩٨٥)، تاريخ (٢٩/٥/١٩٨٥م).

(٥) بل ذهب بعض القوانين إلى أن هذا هو الصواب، ومنها القانون المصري في المادة /١٠/، والسوداني في المادة /١٥٣/، والكويتي في المادة /١٣٠/، أن الحكمين لا يقرران التفريق، بل يقترحانه على القاضي، والقاضي هو الذي يحكم بالتفريق.

المطلب الثاني: اجتهاد المحكمة في تعيين حكمين من الأبعد مع وجود حكمين من الأقارب:

أولاً: بيان المسألة:

- الأصل في التحكيم أن يكون في الأقارب، وهو الأصل ومن النظام العام، ولا يُعدّل عنه إلا لو تعذر وجودهما، فلا يجوز استبدالهما بحكمين من الأبعد دون تبرير وتعليل.
 - وذلك أن الله سبحانه وتعالى قال في ذكر الحكمين: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾ [النساء: ٣٥]، فجعل الأصل أن يكون كل من الحكمين من أهل الطرفين.
 - وقد ذهب اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض على أن أهل الرجل في معرض التحكيم هم قرابته، والقريب: هو كل من يُمْتُّ بصلّة نسب من قبل الأبوين مهما بعدت تلك الصلة^(١).
 - وعلى هذا الأمر استقر الاجتهاد الشرعي للغرفة الشرعية لمحكمة النقض، فنصّت على أن تسمية محكمين من الأقارب هو الأصل ومن النظام العام، ولا يُعدّل عنه إلا إذا تعذر وجودهما، فلا يجوز استبدالهما بحكمين من الأبعد دون تبرير وتعليل.
 - وقد جاء في اجتهاد الغرفة الشرعية^(٢) ما يأتي:
- "لما كان يتبين من الملف أن الزوجة المطعون ضدها قد استدعت الحكم بالتفريق بينها وبين زوجها الطاعن لعلّة الشقاق، وكانت المحكمة بجلسة ١٩٨٥/١٢/٢٤م قد عيّنت حكمين من الأبعد دون أن تبين سبباً مبرراً لعدولها عن المحكمين من الأقارب ودون طلب من أحد الزوجين المتداعيين خلافاً لما ورد في القرار المطعون فيه من هذه الناحية، وكان تسمية الحكمين من الأقارب هو الأصل

(١) أساس ١٦١، قرار ١٥٥، تاريخ ١٩٦٢/٥/٢٧م، (مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في قضايا الأحوال الشخصية منذ عام ١٩٥٣م حتى عام ١٩٧١م، وضع وترتيب: المكتب الفني بمحكمة النقض، بإشراف المستشار محمد بشير الباني: (ص ٤٣٦)، قاعدة (٨٧١).

(٢) أساس ١٢٨١، قرار ١١٣٢، تاريخ ١٩٨٦/٤/١م.

ولا يُعدّل عنه إلا إذا تعذر وجودهما بينهم، وهذه نقطة في النظام العام، كما استقر الاجتهاد للغرفة الشرعية لمحكمة النقض^(١).

وكان قرار المحكمة بالعدول عن الحكمين من الأقارب دون ذكر الأسباب الداعية لهذا العدول ليس له ما يبرّره كما هو النص وعليه الاجتهاد، وكانت أسباب الطعن واردة على الحكم المطعون فيه الذي صدر حرياً بالنقض^(٢).

- لكن ذهب اجتهاد آخر إلى أن الموافقة على تعيين حكمين من الأبعد يبيح للمحكمة تعيينهما دون الحاجة للتحقيق عمن يصلح لذلك من الأقارب^(٣).
- فقد جاء في اجتهاد للغرفة الشرعية: "الاجتهاد قد استقر على أن التصريح بعدم وجود من يصلح من الأهل للتحكيم أو الموافقة على تعيين الحكمين من الأبعد يبيح للمحكمة أن تعين الحكمين من الأبعد ولا حاجة للتحقيق عمن يصلح لذلك من الأقارب"^(٤).
- ويرى الباحث أن القول بكون مجرد السكوت على تسمية حكمين من الأبعد ليس في محله، فإنه ينبغي أن لا يصار إلى تسمية الأبعد إلا إذا صرح الزوجان بعدم وجود الأقارب، ولا يكفي سكوتهما، وقد جاء منصوصاً على ذلك في اجتهاد للغرفة الشرعية جاء فيه^(٥): "المحكمة مكلفة وجوباً بتسمية الحكمين من الأهل أو التحقق من تعذر ذلك قبل تسميتهما من الأبعد".

ثانياً: الرأي الفقهي في المسألة:

- قد جاء اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض موافقاً لما ذكره الفقهاء من امتناع تقديم الحكمين الأقارب على الأبعد، وهو قول المالكية.

(١) أساس ٣٤٦، قرار ٤٥٨، تاريخ ٢٣/٦/١٩٨٣ م.

(٢) الأحكام القضائية الشرعية في ظل قانون الأحوال الشخصية: (٤٠١-٤٠٢)، ومجلة المحامون لعام ١٩٨٧ م.

(٣) أساس ٥٢٥، قرار ٧٩١، تاريخ ١٢-١٢-١٩٨٢ م.

(٤) أساس ١٠٣٧، قرار ٧٠٠، لعام ١٩٨٢ م، نقلاً عن الأحكام الشرعية القضائية (١/٤٠٤).

(٥) أساس ٤٧، قرار ٥٠، تاريخ ٣١/١/١٩٦١ م، نقلاً عن مجموعة القواعد القانونية (ص ٤٣٩).

- جاء في شرح الصاوي: "فإن بعث أجنبيين مع الإمكان ففي نقض حكمهما تردّد، والظاهر نقضه؛ لأن ظاهر الآية أن كونهما من أهلها واجب^(١)."
- وجاء في الشافعي: "وإنما جعل الحكمين من أهلها؛ لأن الأقارب أعرف ببواطن أحوالهما من الأجانب، ولأن كل واحد من الزوجين يُظهر إلى حكمه ما في نفسه من الحب والبغض ما لا يظهر إلى الأجانب^(٢)".
- وذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية إلى أن اشتراط القرابة ليس واجباً^(٣).
- فيتبين مما تقدّم أن اجتهادات الغرّة الشرعية تناقضت فيما بينها، فبعضها صرّح بأن الموافقة على تعيين الحكمين من الأبعد يبيح للمحكمة تعيين الأبعد دون الحاجة للتحقيق عمن يصلح لذلك، وبعضها صرّح بأن المحكمة لا يحقّ لها تعيين الأبعد إلّا بعد تحقيقها من تعذّر وجود من يصلح من الأقارب، إمّا بتصريح الزوجين، أو بتعذّر وجودهما فعلاً، وهو الراجح حسب نظر الباحث والله تعالى أعلم^(٤).

ثالثاً: الرأي القانوني في المسألة:

- ذهبت أكثر قوانين الأحوال الشخصية العربية إلى أن تعيين الحكمين يكون من الأقارب، ثم يعيّن الحكماء من الأبعد، وعليه نصّ القانون السوري^(٥)، والأردني^(٦)، والجزائري^(٧)، والسوداني^(٨)، والمصري^(٩)، والعراقي^(١٠).
- ويقترح الباحث ألا يكون هذا الحكم على إطلاقه، بل يكون للقاضي إجازة ذلك إذا رأى ذلك مناسباً وعلّل له.

(١) بلغة السالك لأقرب المسالك، الصاوي: (٥١٣/٢).

(٢) الشافعي شرح مسند الشافعي، لمجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد بن محمد الشيباني الجزري، المعروف بابن الأثير (المتوفى:

٦٠٦هـ)، المحقق: أحمد بن سليمان - ياسر بن إبراهيم، الناشر: مكتبة الرشد - الرياض، الطبعة: الأولى: (٤٥١/٤).

(٣) ينظر: الهداية شرح بداية المبتدي: (١٠٨/٣)، التهذيب في فقه الإمام الشافعي: (٤٨٨/٢)، كشاف القناع: (٢١١/٥).

(٤) أساس ١٠٣٧، قرار ٧٠٠، تاريخ ١٩٨٦/٤/١م. وينظر: الأحكام القضائية الشرعية في ظل قانون الأحوال الشخصية:

(٤٠٣-٣٠٤)، والوافي في الأحوال الشخصية من عام ١٩٧٠ إلى ١٩٩٢م: (ص ٣٠١-٣٠٢).

(٥) مادة (١١٢).

(٦) مادة (١٣٢).

(٧) مادة (٥٦).

(٨) مادة (١٣٢).

(٩) مادة (٧) من كتاب الطلاق.

(١٠) مادة (٤٤).

المطلب الثالث: تعيين الوالد في التحكيم:

أولاً: بيان المسألة:

- ذهب اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض إلى أنه لا يجوز تعيين والدي الزوجين حكّمين في دعوى التفريق، وسبب ذلك أن النصوص الفقهية تنصّ على أنه من لا تصحّ شهادته للقربة من أبٍ وجدٍ فإنه لا يصحّ تحكيمه، وعلى ذلك استقر الاجتهاد.
- جاء في اجتهاد الغرفة الشرعية: "الاجتهاد قد استقرّ على أن تعيين الوالد حكماً غير مقبول نظراً لشدة القربة، ولأنّ موجب منعه من الشهادة لولده هو المنع من تعيينه حكماً عنه"^(١).
- وجاء في اجتهاد آخر: "ما انتهى إليه الاجتهاد من حيث رفض تحكيم الأبوين صحيحٌ ومُتَّفَقٌ مع الاجتهاد والفقهاء، فقد استقرّ الاجتهاد على عدم جواز تعيين والدي الزوجين حكّمين في دعوى التفريق"^(٢).
- وعُلِّلَ هذا الحكم في اجتهاد آخر بأنهما لا يصلحان لهذه المهمة"^(٣).

ثانياً: الرأي الفقهي في المسألة:

- اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:
- القول الأول: صحّة تحكيم الوالد لو حكّم على ولده، لا لو حكّم له، وهو مذهب الحنفية.
- جاء في مجمع الأنهر: "ولا يصحّ حكم المحكّم ولا المؤلّى أي القاضي من جهة السلطان (لأبويه) وإن علا (وولده) وإن سفل (وزوجته) لأنه يُتَّهم بحكمه لهم (ويصح) حكمهما (عليهم) كالشهادة حيث لا تجوز لهم وتجاوز عليهم (ويصحّ لمن ولّاه وعليه) لأن من جاز شهادته له وعليه جاز قضاؤه له وعليهم"^(٤).

(١) أساس ٦٥٥، قرار ١٥٨، تاريخ ١٩٨٩/٣/٥ م.

(٢) أساس ٤٦٨، قرار ٥٦٦، تاريخ ١٩٨٣/٨/٢٥ م.

(٣) أساس ٩١٨، قرار ٨٢١، تاريخ ٢٠١٥/٦/١٨ م.

(٤) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، لعبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، يعرف بداماد أفندي (المتوفى:

١٠٧٨ هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بدون طبعة وبدون تاريخ: (١٧٤/٢).

● **القول الثاني:** صحّة تحكيم الوالدين مطلقاً؛ لدخوله ضمن الأهل المذكورين في آية التحكيم، وهو قول الجمهور.

- **جاء في المعونة:** " وإنما استحَببنا أن يكونا من أهلها للنص على ذلك، ولأن الأهل أخبر بالقصة وأعرِف بطيِّها وأهدى إلى إصلاحها، فكانا أولى من الأجانب، ولأن الأهلية تبعث على المبالغة في النصيحة للتناهي في الإشفاق" (١).

- **وجاء في بحر المذهب:** "وأما ما يُستحبّ اعتباره فهو أن يكون الحكمان من أهل الزوجين لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٣٥]، ولأن الأُنس بالأهل والاستجابة لهم وشرح الحال معهم أكثر من الأجانب؛ فلهذه الأمور اخترنا أن يكون الحكمان من أهل الزوجين فإن كانا أجنبيين جاز" (٢).

- **وجاء في دقائق أولي النهى:** (والأولى) أن يكون الحكمان (من أهلها) أي: الزوجين؛ لأن الشخص يُفْضِي إلى قرابته وأهله بلا احتشامٍ فهو أقرب إلى الإصلاح، فيخلو كلُّ بصاحبه، ويستعلم رأيه في الفراق والوصلة وما يكره من صاحبه (يُؤكِّلُها) برضاها (٣).

- فيظهر مما تقدّم أن جمهور الفقهاء على إطلاق الآية، وهي بإطلاقها تشمل جميع الأقارب، سواءً كان أباً أو جدّاً، أو عمّاً، أو خالاً، بل إن الأقرب يُقدّم على الأبعد، وأقرب الأقارب: الأب ثم الجدّ.

ثالثاً: الرأي القانوني في المسألة:

- لم ينح القانون إلى أيٍّ مما ذكر، بل أطلق عدم صحّة تحكيم الأصول والفروع مُطلقاً، سواءً حكمًا لها أو عليهما، كما تقدم ذكره.

- وما أخذ به القانون لا ينطبق على ما ذكره فقهاء الحنفية؛ لأن كلامهم فيما إذا حكم المحكّم لابنه؛ لوجود تهمة المحاباة له، إضافة إلى أنهم نصّوا على ذلك فيما لو كان المحكّم واحداً، أمّا لو كان

(١) المعونة على مذهب عالم المدينة: (ص ٨٧٦).

(٢) بحر المذهب (في فروع المذهب الشافعي)، لأبي المحاسن عبد الواحد بن إسحاق الروياني (ت ٥٠٢ هـ)، المحقق: طارق فتحي السيد، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ٢٠٠٩ م: (٩/ ٥٧١).

(٣) دقائق أولي النهى بشرح المنتهى (٣/ ٥٥).

المحكّمان اثنان، فلم ينصّوا على ذلك، ويُفهم من كلامهم أنه يجوز تحكيم الأهل في ذلك؛ لانتفاء تُهمة المحاباة باتفاق المحكّم الثاني على الحُكم، وهو ليس قريباً للطرف الآخر.

رابعاً: الترجيح:

- يرى الباحث أن الصواب جوازُ تحكيم الأب إذا رضيَ الطرفان بذلك؛ لأن الآية القرآنية نصّت على كون الحكمين من الأهل، وهذا النصّ عامٌّ، ويدخل فيه الأب والجدّ دخولاً أولياً؛ لأنها أقرب الأهل إلى الزوجين، ثم يدخل من بعدهما.

- يضاف إلى ذلك أن قياس الشهادة على التحكيم فيه نظر لأمر:

الأمر الأول: أنه اجتهد في مؤرّد النص؛ لأن الآية مُطلّقة، وتخصيص الأهل بكونهم من غير الأصول الفروع لا نصّ فيه.

الأمر الثاني: أن المحكّم أدنى مرتبة من القاضي لاقتصار حُكمه على من رضي بحكمه، فلم يكن قياسه على الشهادة في محله.

الأمر الثالث: أن كلام الفقهاء فيما لو تحاكم اثنان إلى رجل وكان الرجل قريباً لأحد الطرفين، والأمر هنا ليس كذلك، بل حكمٌ واحدٍ من الطرفين لا يُلزم الآخر ما لم يتفقا على الحكم، ولذا لا ينفذ حكم الأب لولده أو عليه ما لم يصدر تأييدٌ من المحكّم الآخر فتتفني بذلك تُهمة المحاباة بموافقة المحكّم الثاني على ما ذهب إليه المحكّم الأول.

- ويؤيّد ما ذكرته ما جاء في كتاب التذكرة: "ومع ذلك فإن وجدنا بين الناس من هؤلاء من يتمثل به خلق الإسلام، والصفات التي كنا نعرفها عن رجال الصدر الأول فلا شيء يمنع من تسميته حكماً أو قبول شهادته، ولا يشكل هذا خرقاً لقول الفقهاء، ولا للاجتهاد؛ لتغيّر ما بُني عليه كلّ منهما"^(١). ولم ينصّ القانون على ذلك، ويرى الباحث إرجاع هذا الأمر لقناعة القاضي إذا وُجدت الأسباب المبرّرة لذلك.

(١) ينظر: الأحكام الشرعية نقضاً واجتهاداً (٢/ ٤٢١-٤٢٣) نقلاً عن كتاب التذكرة للقاضي سعدي أبو جيب.

المطلب الرابع: تعيين كاتب ضبط المحكمة:

أولاً: بيان المسألة:

- اختلفت اجتهادات الغرفة الشرعية في حكم تعيين كاتب ضبط المحكمة محكماً، فمنعته بعض الاجتهادات؛ لكونه جزءاً من المحكمة، وأجازته اجتهادات أخرى؛ لكونه لا رأي له في إجراءات المحكمة.

ثانياً: الرأي القانوني في المسألة:

- ذهبت الغرفة الشرعية في اجتهادها إلى أن يمتنع تعيين كاتب ضبط المحكمة محكماً، وتعيينه يوجب بطلان التحكيم.
- وجاء في نص الاجتهاد: "لما كان يتبين من ملف الدعوى أن المطعون ضدها قد تقدمت بدعواها طالبة التفريق بينها وبين زوجها الطاعن للشقاق.
- وكانت المحكمة قد سمّت السيد مدحت حكماً في هذه الدعوى، وهو كاتب ضبط المحكمة كما هو ظاهر في جريدة الدعوى، وكان الاجتهاد قد استقرّ على أن المساعد العدلي الذي يقوم بكتابة ضبط المحكمة لا يجوز تسميته محكماً في موضوع الخلاف الذي يعرض على المحكمة الناظرة فيه؛ لأنه جزء من المحكمة وفق صريح المادة /١٣٨/ من قانون أصول المحاكمات، وكان سير المحكمة على غير هذا النهج يجعل الحكم الطعين حرياً بالنقض"^(١).
- لكن خالف الاجتهاد المذكور اجتهاد آخر نصّ على جواز تعيين كاتب المحكمة محكماً.
- وجاء في نص الاجتهاد: "إن مهمة المساعد في المحكمة لا تتجاوز كتابة الضبط وليس له رأي ما في إجراءات المحكمة أو الحكم، وكان بذلك لا مانع من الوجهة القانونية من تعيينه محكماً"^(٢).

(١) أساس ٢٥٠، قرار ٤١٦، تاريخ ٢٣/٦/١٩٨٣ م

(٢) أساس ١١١، قرار ١٠٣، تاريخ ٢٢/٣/١٩٦٤ م.

ثالثاً: الترجيح:

- يرى الباحث أنه لا مانع من تعيين كاتب ضبط المحكمة محكماً في موضوع الخلاف؛ إذا رأى القاضي ذلك وكان أهلاً للتحكيم؛ لأنّ وظيفة كاتب ضبط المحكمة لا تُؤثّر على مهمة التحكيم، وهو وإن كان جزءاً من المحكمة لكنه ليس له رأي في إجراءاتها، ولا تدخّل في قرارها، ومجرد كونه جزءاً من المحكمة لا يمنه من تعيينه حكماً إذا وجدت فيه الأهلية ولم يكن له تأثير في سير المحكمة.
- وقد وافق الفقه الإسلامي على هذا المبدأ المذكور، فاشترط في الحكم أن يكون صالحاً للتحكيم حتّى يتمّ المطلوب من التحكيم على أتم وجه، وليس ما تقدّم ذكره من ضمن شروط التحكيم.

المطلب الخامس: تعيين الحكم المرجّح قبل الاختلاف:

أولاً: بيان المسألة:

- اختلفت اجتهادات محكمة النقض فيما لو عيّن القاضي الحكم المرجّح قبل اختلاف الحكمين، فهل يكون التحكيم صحيحاً، أم يبطل التحكيم بذلك ويوجب ذلك نقض الحكم وإعادة التحكيم.

ثانياً: رأي القانون في المسألة:

- ذهب اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض إلى أنه لا يصح تعيين الحكم المرجح قبل اختلاف الحكمين.
- وجاء في نص الاجتهاد: "لا يصحّ تعيين الحكم المرجّح قبل اختلاف الحكمين؛ لأن المعلق على شرط (وهو اختلاف الحكمين) يكون معدوماً قبل تحقق الشرط"^(١).
- فنصّ الاجتهاد واضح الدلالة في أن تعيين الحكم المرجّح يكون بعد اختلاف الحكمين.
- ووافق هذا الاجتهاد اجتهاد آخر في نفس العام جاء فيه: "لا يجوز للقاضي أن يُعيّن حكماً مرجّحاً مع الحكمين المختارين من الأقارب قبل أن يختلفا"^(٢).
- وهذا الاجتهاد كسابقه ينص على أن تعيين الحكم المرجّح يكون بعد تعيين الحكمين، فلا يجوز للقاضي أن يُعيّن حكماً مرجّحاً، ولو عيّنه لا يصح تعيينه كما في الاجتهاد الأول؛ لأن المرجح لا يكون مرجّحاً إلا عند اختلاف الحكمين.
- لكن خالف الاجتهاد المذكور اجتهاد آخر لمحكمة النقض نفسها، فنصت فيه على جواز تعيين الحكمين والحكم المرجّح في آن واحد.
- وجاء في الاجتهاد "إن انتخاب المحكّمين والمرجّح في آن واحد جائز"^(٣).

(١) أساس ٦٢٠، قرار ٦٢٧، تاريخ ١٢/١٢/١٩٧٢م، (المبادئ القانونية التي قررتها الغرف الشرعية لمحكمة النقض السورية من

عام ١٩٦٢م حتى ١٩٩٧م، للمحامي شفيق طعمة، تقديم المستشار زياد زند الحديد، الطبعة الأولى ١٩٩٧م: ص ٩٢).

(٢) أساس ٣٢٧، قرار ٢٤١، تاريخ ١٩/٦/١٩٧٢م، نقلاً عن المرجع السابق (ص ٩٢).

(٣) قرار ٣٥٥، تاريخ ١٣/١٠/١٩٦٣م، نقلاً عن المرجع السابق (ص ٩٩).

- وجاء في اجتهاد آخر: "انتخاب الحكّمين والمرجح في دعاوى التفريق لا يستلزم البطلان على أن لا يبدأ عمل المرجح قبل اختلاف الحكّمين"^(١).
- فاجتهاد الغرفة الشرعية جاء هنا مناقضاً لما سبق؛ إذ إنه نص على جواز تعيينه قبل اختلاف الحكّمين، وهو مناقض لما سبق من أن تعيين الحكم المرجح قبل اختلاف الحكّمين لا يصح.
- بل إنه قد جاء اجتهاد صريح للغرفة الشرعية في نقض الحكم بتعيين الحكم المرجح مع الحكّمين: "ولما كان الاجتهاد مستقراً على أن تعيين الحكم المرجح لا يكون إلا بعد اختلاف الحكّمين وبيان رأي كل منهما بتقرير يُقدّمه إلى القاضي... كما أن تعيين الحكم المرجح قبل اختلاف الحكّمين يتعارض مع هدف الشارع التراخي في التحكيم وبذل الجهد في المصالحة والوفاق... وكان الحكم المطعون قد خالف هذا النهج فإن الطعن يرد عليه ويستحقّ النقض"^(٢).

ثانياً: الترجيح:

- يرى الباحث أن ما ذهب إليه الاجتهاد القائل بأن تعيين الحكم المرجح لا يكون إلا بعد اختلاف الحكّمين هو الصواب، لكن لا ينبغي نقض الحكم بذلك لو استوفى تقرير المحكّمين شروط القبول.
- وإنما كان الصواب هو القول الأول؛ لأن الأصل في التحكيم الاكتفاء بحكّمين اثنين، حكم من جانب الزوج، وحكم من جانب الزوجة، فيبدلان جهدهما في التحكيم والإصلاح والتوفيق، فلو تعدّر ذلك ضمّ القاضي إليهما حكماً مرجحاً.
- وتعيين الحكم المرجح ابتداءً فيه مخالفة للأصل وهو بعث حكّمين لا ثالث لهما، فينبغي ألا يكون هذا التعيين إلا عند استحكام الخلاف بين الحكّمين في تقريرهما، فيقضي القاضي بتعيين حكم ثالث؛ لأن تعيين الحكم المرجح خلاف الأصل، فلا يُصار إليه إلا عند الضرورة؛ إذ من الجائز أن يتفق الحكّمان على حكم معيّن، فلا يكون لتعيين الحكم الثالث فائدة، فلا ينبغي أن يُعيّن الحكم المرجح إلا عند تعدّر اتفاق الحكّمين، فيقضي بحسب الرأي الذي يراه راجحاً.

(١) أساس ٥٢، قرار ٣، تاريخ ٢٢/٣/١٩٧٣م، نقلاً عن المرجع السابق (ص ٩٠).

(٢) أساس ٣٧٩، قرار ٣٦٧، تاريخ ٢٦/٧/١٩٧٣م.

المبحث الثاني: الأسباب الموجبة لإعادة التحكيم المتعلقة بالحكمين.

المطلب الأول: عدم بذل الحكمين الجهد الكافي في التحكيم:

أولاً: بيان المسألة:

- الأصل في المحكمين أن يبذلا جهدهما في الإصلاح بين الزوجين ورأب الصدع بينهما، فإن تعذر ذلك قرّرا في تقرير التحكيم التفريق بين الزوجين، ويحكم القاضي بالتفريق وفق تقريرهما.
- لكن لو ثبت للقاضي عدم بذل الحكمين للجهد المطلوب جاز له نقض تقرير المحكمين وإعادة التحكيم.
- جاء في اجتهاد الغرفة الشرعية: "لما كانت المادة / ١١٤ / أحوال نصّت على ما يلي (يبذل الحكمان جهدهما للإصلاح)، وكان تقرير المحكمين ليس فيه ذكر لبذل الجهد إطلاقاً مما يؤثر على سلامته وعدم موافقته للأصول كان حكمها مخالفاً للأصول يرد على ما أدلى به الطاعن"^(١).

ثانياً: الرأي الفقهي في المسألة:

- تقدّم أن علّة إرسال الحكمين هو الإصلاح، وبناءً على ذلك فلو ثبت للقاضي عدم بذل الحكمين جهدهما في الإصلاح وجب عليه رفض تقرير الحكمين وإعادة التحكيم.
- جاء في تفسير النسفي: "والضمير في {إن يُريداً إصلاحاً} للحكمين، وفي {يُوفّق الله بينهما} للزوجين، أي: أن قصداً إصلاح ذات اليمين وكانت نيّتهما صحيحةً بورك في وساطتهما وأوقع الله بحسن سعيهما بين الزوجين الألفة والوفاق وألقى في نفوسهما المودّة والاتّفاق"^(٢).
- وجاء في الكافي: "وإذا بعث الإمام الحكمين وأمرهما بالإصلاح فإن عليهما أن يسعيّا في الإصلاح جهدهما"^(٣).

(١) ينظر: الأحكام القضائية الشرعية في ظل قانون الأحوال الشخصية: (٥٢٤-٥٢٥).

(٢) تفسير النسفي (١/٣٥٦).

(٣) الكافي في فقه أهل المدينة: (٢/٥٦٩).

- ففيما تقدّم ما يدلّ على أن واجب الحكّمين إخلاص نيّتهما وبذل جهدهما في السعي في الإصلاح؛ ليتحقّق توفيق الله عز وجل بين الزوجين، فلو لم يجتهدا في الإصلاح لم يتحقّق القصد من إرسالهما وهو الإصلاح، ووجب على القاضي استبدال الحكّمين وإعادة التحكيم.

ثالثاً: الرأى القانوني في المسألة:

- الأصل في المسألة ما ذكره قانون الأحوال الشخصية في المادة (١١٤) بقوله: "يبدّل الحكّمان جهدهما في الإصلاح بين الزوجين، فإن عجزا عنه وكانت الإساءة أو أكثرها من الزوج قررا التفريق بطلقة بائنة".
- وبذلّ الجهد يكون بإعطاء الحكّمين مُهلّةً للطرفين للنظر في قرارهما، وتعدّد الجلسات، والاستعانة بأقارب الزوجين ومعارفهما إن كان ذلك يساعد على الوفاق، وبذلّ أقصى ما يستطيعه الحكّمان من طاقة في سبيل إعادة الأمور لمجاريها^(١).
- فلو ثبت عند قاضي المحكمة عدم بذل الحكّمين جهدهما للإصلاح بين الزوجين، فإن هذا يُسوِّغ له نقض تقرير التحكيم، وإعادة مرة أخرى، ويكون عدم ثبوت الجهد سبباً من أسباب نقض تقرير الحكّمين، وبالتالي نقض القرار الصادر عن هذا التقرير، وعلى هذا استقر الاجتهاد القضائي للغرفة الشرعية لمحكمة النقض^(٢)، فأن انطباع تقرير المحكّمين بطابع العجلة يتنافى ومهمة التحكيم التي تهدف إلى إصلاح ذات البين، وبالتالي يؤدي إلى نقض حكم التفريق المبني عليه^(٣).
- ولو ذكّر الحكّمان أنها بذلا الجهد للإصلاح ورأى القاضي أن المدة التي أخذها الحكّمان غير كافية فله إعادة التحكيم مرة أخرى، بناء على تقديره عدم كفاية المدة لإصلاح ذات البين بين الزوجين؛ إذ لم ينص التشريع على مدة معينة للإصلاح، فيرجع التقدير في ذلك للقاضي^(٤).

(١) الأحكام القضائية الشرعية في ظل قانون الأحوال الشخصية، محمود زكي شمس: (٢/٤٣٣).

(٢) أساس ٤٨، قرار ٤١، تاريخ ١٩٦٨/٢/٧ م.

(٣) أساس ٦٠٣، قرار ٦١٩، تاريخ ١٩٧٥/١١/٢٣ م.

(٤) أساس ١١٠٨، قرار ٤٧١ / ٢٣ / ٥ / ٢٠٠٤ م.

وهذا القرار يتوافق مع مقاصد الشريعة الإسلامية ومع الهدف من التحكيم، وهو زرع الصلح والمودة بين الزوجين، والإخلال بهذا المقصد يوجب إعادة التحكيم.

وذلك أن الحكمين إنما وُضعا لأجل الإصلاح، وعلّق الله تعالى التوفيق بين الزوجين على إرادتهما الإصلاح، فإذا لم يبذلا جهدهما، فقد اختلّ مقصد الإصلاح، واختلّ معه الحكم الصادر عنهما^(١).

- ولو اصطلاح الزوجان بعد انتهاء إجراءات التحكيم والتقاضي فذهب اجتهاد الغرفة الشرعية إلى أن ذلك يوجب بطلان التحكيم؛ لأنه يدلّ على تقصير الحكمين في الإصلاح بين الزوجين.

- جاء في نص الاجتهاد^(٢): "وحيث أن سبب الطعن الأول يردّ على الحكم المطعون به؛ لأن الصلح الجاري بين الزوجين بعد انتهاء إجراءات التقاضي والتحكيم دليلٌ على أن سعي الحكمين لم يكن جاداً فيما يتعلّق بأمر الصلح، وهو إخلال في إجراءات التحكيم يوجب بطلانها وبطلان ما بُني عليها في الحكم الطعين".

- ويرى الباحث أن نقض الحكم بصلح الزوجين بعد قضاء القاضي فيه نظراً، فإن التحكيم إذا تمّ وفق الشروط المعتبرة شرعاً وقانوناً لم يجز نقضه إلا عند وجود خلل فيه.

- لكن لو كان الصلح قبل تصديق القاضي لتقرير الحكمين جاز للحاكم نقض تقرير الحكمين وإعادة الصلح بين الزوجين.

- جاء في التوضيح: "وإذا تنازع أحد الزوجين أو نزاعاً جميعاً قبل حكم الحكمين بذلك لمن نزع إلا أن يكون السلطان هو الباعث"^(٣).

- فما دام القاضي قد عيّن الحكمين وحكّم بالتفريق وفرّق القاضي بينهما فلا يُنقض قراره بالصلح بينهما إلا لو ثبت تقصير الحكمين، أو وجود خللٍ في إجراءات التحكيم.

(١) ينظر: القيس شرح الموطأ، للقاضي محمد بن عبد الله، أبو بكر بن العربي المعافري الإشبيلي المالكي (المتوفى: ٥٤٣هـ)، المحقق: الدكتور محمد عبد الله ولد كريم، الناشر: دار الغرب الإسلامي، الطبعة: الأولى، ١٩٩٢ م: (٧٥٨)، والشافعي شرح مسند الشافعي، لابن الأثير: (٤/٤٥١).

(٢) أساس ٤٠٤٨، قرار ١٥٦٠، تاريخ ١٩/١١/٢٠٠٢ م.

(٣) التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، لخليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري (المتوفى: ٧٧٦هـ)، المحقق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب، الناشر: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة: الأولى: (٤/٢٧٢).

المطلب الثاني: التحكيم بمحكّم واحد.

أولاً: بيان المسألة:

- ذهب اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض^(١) إلى أن التحكيم إذا جرى بمحكّم واحد فهو باطل، سواء قبل به الطرفان، أو لم يقبلوا.
- وجاء في الاجتهاد: "تتلخص أسباب الطعن في أن المحكمة سمّت حكماً واحداً واعتمدت تقريره وهذا كله مخالف للنظام العام، ولما كان يتبين من ملف الدعوى أن المطعون ضدها قد استدعت التفريق بينها وبين زوجها الطاعن للشقاق، وكان يظهر من ضبط جلسة ١٩٨٣/٦/٥ م أن الطرفين قد اتفقا على اختيار السيد محمود حكماً بين الطرفين وطلبا من المحكمة تسميته حكماً لهما فاستجابت لذلك ودعت إلى مجلس عائلي حضره الزوجان مع الحكم حتى إذا قدم الحكم المذكور تقريره المؤرخ ١٩٨٣/٧/١٦ م والمتضمّن التفريق على إلزام الطاعن بألفين وخمسين ليرة سورية من كامل المهرين بادر الطاعن وزوجته بقبوله والرضوخ له، وكان ما تم من إجراءات التحكيم وما قام عليه الحكم الطعين من علل وأساس وما انتهى إليه من قضاء يعتبر فتحاً جديداً وجديراً بالتأمل والوقوف الطويل؛ لأنه جاء جرحاً بليغاً للقانون التي نصت الفقرة الأخيرة من المادة ١١٢/ من قانون الأحوال الشخصية على أن القاضي يعين حكمين من أهل الزوجين فإن تعذّر سَمّاهما من الأغراب، وهذا مُستمدّ من التوجيه القرآني (وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها...) وهذا كلّ من النظام العام، بل من أبرز مظاهره بسبب الأصل الشرعي لمؤسسة التحكيم.
- وكان اتّفاق الطرفين على حل الخلاف بينهما على نهج يخالف ما سبق لا يُعتدّ به ولا يقام له وزن.
- وكان ما سلف ذكره يجعل ما جاء في الطعن وارداً على الحكم الطعين الذي صدر حرياً بالنقض.
- وقد جاء هذا الاجتهاد بموافقة الأكثرية لا بالإجماع، وحُجّة المخالف أن العبرة بالمقاصد لا بالشكليات، فلو تحقّق المقصود لم يجز الاعتراض عليه، وسيأتي تفصيل ذلك.

(١) أساس ٤٧٧، قرار ١٩٨٤، ٢٤/٧/١٩٨٤ م.

ثانيًا: الرأي الفقهي في المسألة:

- اختلف الفقهاء فيما لو حَكَم القاضي حكمًا واحدًا ورضي به الطرفان وحكم عليهما بحكم هل يكون لازمًا لهما أم لا يصح التحكيم إلا بمحكَمين.
- القول الأول: ذهب الحنفية والمالكية في المشهور والشافعية في قول والحنابلة إلى جواز ذلك.
- جاء في الهداية: "وإذا حَكَم رجلان رجلًا فحكم بينهما ورَضِيا بحكمه جاز؛ لأن لهما ولاية على أنفسهما فصَح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما، وإذا حكم لزمهما" لصدور حكمه عن ولاية عليهما^(١).
- وجاء في المدونة: "قلت: فإذا كان ذلك منهم إلى رجل واحد اجتمعوا عليه، هل يكون بمنزلة الحكمين لهما جميعًا؟ قال: نعم، إنما هي من أمورهما التي لو أخذها دون من يحكم فيها كان ذلك لهما جميعًا، فكذلك هي"^(٢).
- وجاء في نهاية المطلب: "يجوز أن نَحْمِل العدد [في التحكيم بين الزوجين] على الاستحباب، بدليل اتِّصاله بوصفٍ ليس مشروطًا، وهو قوله تعالى: {من أهله} و{من أهلها} [النساء: ٣٥] وهذا مستحبٌ غير مستحق إجماعًا"^(٣).
- وجاء في دقائق أولي النهى: "(فإن تعذر) إسكانُهما قرب ثقة يُشرف عليهما أو تعذر إلزامُهما بالحقِّ (وتَشاقًا) أي: خرجا إلى الشقاق والعداوة (بعث) الحاكم إليهما (حكمين ذكرين حُرَّين مكلفين مسلمين عدلين يعرفان) حكم (الجمع، والتفريق)"^(٤).
- القول الثاني: ذهب المالكية في قول والشافعية في الراجح إلى عدم جواز ذلك.
- جاء في المختصر الفقهي: "لا يجوز للإمام أن يُحَكِّم واحدًا لمخالفته التنزيل"^(٥).

(١) الهداية: (١٠٨/٣).

(٢) المدونة، للإمام مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: ١٧٩هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة:

الأولى: (٣٥٨/٢).

: (٢٦٧/٢).

(٣) نهاية المطلب: (٢٨٥-٢٨٦/١٣).

(٤) دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، لمنصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي الحنبلي (المتوفى: ١٠٥١هـ)، الناشر: عالم الكتب

الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م: (٥٥/٣).

- وجاء في أسنى المطالب: "(ولا يكفي حكم واحد)؛ لظاهر الآية، ولأنّ كلاً من الزوجين يُتَّهمه ولا يُفشي إليه سرّه" (٢).

ثالثاً: الرأي القانوني في ذلك:

- لم أر من خلال بحثي من تعرض لهذه المسألة من القوانين العربية، فقد ذكروا مسألة إرسال الحكّمين عند الشقاق، لكن لم أجد نصوصاً تعرضت لإرسال الحكم الواحد.
- لكن ظاهر ما ذهبت إليه مجلة الأحكام العدلية يميز ذلك.
- فقد جاء شرح مجلة الأحكام ما نصه: "المادة (١٨٥٣): (يجوز تعدد المحكّم، يعني يجوز نصب حكّمين أو أكثر لخصوص واحد، ويجوز أن ينصب كل من المدعي والمدعى عليه حكماً) يعني: يُجوز تعدّد المحكّم، يعني يجوز نصب حكّمين أو أكثر كما جاز نصب حكم واحد وكما جاز تعدّد القضاة المنصوبين من قبل السلطان" (٣).
- فذكر الشارح أنه يجوز نصب حكّمين أو أكثر كما يجوز نصب حكم واحد، ففي ذلك دلالة على جواز تحكيم الواحد، وعدم اشتراط الحكّمين فيما لو تحقق مقصد الإصلاح.

رابعاً: الترجيح:

- يرى الباحث أنه ليس هناك مانع شرعي من تحكيم الواحد فيما لو سمّاه كلا الطرفين ورضيا بحكمه. والأصل في المحكمة أن تُسمّى حكّمين، لكن لو اتفق الطرفان على تسمية حكم واحد ورضيا بحكمه وأقرّت حكمه المحكمة صار حكمه ملزماً لهما؛ لأن العلة في تسمية الحكّمين عدم رضا كلّ منهما بمحكّم الطرف الآخر، فلو وقع الاتفاق على حكم واحد ورضيا به لم يوجد مانع شرعاً من تعيينه.
- ويؤيد ذلك أن النبي ﷺ فرّق بين قيس بن ثابت وامرأته وكان هو الحاكم وحده نيابةً عن كلا الطرفين.

(١) المختصر الفقهي، لأبي عبد الله محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي (المتوفى: ٨٠٣ هـ)، المحقق: د. حافظ عبد الرحمن محمد خير، الناشر: مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، الطبعة الأولى: (٨١ / ٤).

(٢) أسنى المطالب: (٣ / ٢٤٠).

(٣) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر خواجه أمين أفندي (المتوفى: ١٣٥٣ هـ)، تعريب: فهمي الحسيني، الناشر: دار الجيل، الطبعة: الأولى، ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م: (٤ / ٦٩٨).

- قال الجَوْنِي (١): "وقد يشهد للاكتفاء بالحكم الواحد حديث حَبِيبَةَ بنت سهل [امراة قيس بن ثابت]، فإن الرسول قطع النكاح بينهما بتًّا لَمَّا اطَّلَعَ على أمرهما" (٢).
 - وقد أيد هذا القول أحدُ المستشارين في محكمة النقض (٣) وخالف الأكثرية فيما ذهبوا إليه من القرار المذكور، فقال في نص مخالفته:
- "إنَّ تعيينَ الحكمين ليس هو المقصود بالذات، وإنَّما هو الوسيلةُ للفصل في الشقاق القائم بين الزوجين، فإذا اتَّفقا على حلِّ الخلافِ دون اللجوء إلى الحكمين فليس لدى المحكمة إلا أن تؤيِّد اتَّفاقهما، وبما أنَّ الزوجين قد وافقا على تعيين الحكم وكلُّ منهما قَبِلَ ما جاء في حكمه فإن القرار الصادر في هذا الشأن في محلِّه القانوني ولا تَرَدُّ عليه المطاعنُ، وليس في ذلك مخالفةٌ لنصٍّ شرعيٍّ؛ لأنَّ الشكل لا يُعتدُّ به".
- وما ذهب إليه المستشار وجيهٌ؛ لأنَّ العبرة بالمقاصد، والأصل أن تسمِّي المحكمة حكمين، فلو سُمِّي الزوجان حكمًا ورَضِيا بحكمه صار حكمه ملزمًا لهما؛ لتوليتها إياه على نفسيهما ورضاها بحكمه.
 - ويغلب ذلك في الأرياف فإن كثيرًا من الأزواج يكونون من عشيرة واحدة، ويكون شيخ القبيلة هو المرجع عند الخلاف، فما المانع الشرعي لو سمَّاه الزوجان حكمًا عنهما ورضيا بحكمه؟

(١) هو الإمام العلامة أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله الجَوْنِي الشَّافعي النيسابوري، إمام الحرمين، وكان أصوليًا، متكلمًا، أدبيًا، محققًا، نظرًا، وحجَّ وجاور بمكة أربع سنين، يدرِّس ويُفتي، فلقب بإمام الحرمين، ثم عاد إلى نيسابور، ودرَّس بالنظامية في بلده قريبًا من ثلاثين سنة، واتفق له في التدريس محافل لم يعهد مثلها لأحد، من مصنفاته: "نهاية المطلب"، و"البرهان" و"التلخيص"، و"غياث الأمم" وأخذ عنه الغزالي وغيره، توفي سنة (٤٧٨ هـ)، عن ستين سنة. ينظر: تاريخ الإسلام: (١٠/٤٢٤-٤٢٨)، سلم الوصول إلى طبقات الفحول: (٢/٣٠٥).

(٢) نهاية المطلب: (١٣/٢٨٥-٢٨٦).

والحديث رواه البخاري في صحيحه (٤٧/٧)، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه (٤/٤٧)، رقم: ٥٢٧٦ عن ابن عباس رضي الله عنهما، قال: "جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى النبي ﷺ، فقالت: يا رسول الله، ما أنقم على ثابت في دين ولا خلق، إلا أني أخاف الكفر، فقال رسول الله ﷺ: «فتردين عليه حديقته؟» فقالت: نعم، فردَّت عليه، وأمره ففارقها". وقد جاء التصريح باسم حبيبة بنت سهل في مسند أحمد (٢٥-٢٦/١٨)، رقم ١٦٠٩٥، عن سهل بن أبي حنمة قال: كانت حبيبة ابنة سهل تحت ثابت بن قيس بن شماس الأنصاري فكرهته، وكان رجلاً دميماً، فجاءت إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله، إني لا أراه، فلولا مخافة الله عز وجل لبزقتُ في وجهه، فقال رسول الله ﷺ: «أتردين عليه حديقته التي أصدقتكِ؟» قالت: نعم، فأرسل إليه فردَّت عليه حديقته، وفرَّق بينهما، قال: فكان ذلك أول خُلْع كان في الإسلام".

(٣) هو المستشار هاجم الزعبي، وسجِّل مخالفته للأكثرية في قرار الحكم.

المطلب الرابع: صدور تقرير التحكيم من أحد المحكمين دون الآخر

أولاً: بيان المسألة:

- الأصل أن للمحكمين صفة قضاء الجماعة ويجب عليهم أن يحضروا جميعاً وفي نفس الوقت المجلس العائلي أسوةً بالمحاكم المؤلفة من ثلاثة أعضاء، والتي لا يكون حكمها صحيحاً إذا عُقدت جلساتها من قِبَل الأعضاء منفردين أو صدر عنهم بشكلٍ إفرادي، فلو صدر الحكم من أحد الحكمين بشكلٍ إفرادي، ثم صدر حكمٌ يؤيده من حكمٍ آخر فإن الحكم لا يكون صحيحاً، ويستدعي ذلك إعادة التحكيم.

ثانياً: الرأي الفقهي في المسألة:

- اتفق الفقهاء أنه لو حكم أحد المحكمين دون الآخر فإن حكمه غير لازم؛ لأن الله أمر ببعث الحكمين، فدل على أنه لا ينفذ فعل واحد منهما مع انفراده إلا باجتماعهما، والحكم باطل بلا خلاف^(١).
- وروى البيهقي عن علي عليه السلام، قال: "إذا حكم أحد الحكمين ولم يحكم الآخر فليس حكمه بشيء حتى يجتمعا"^(٢).
- جاء في المبسوط: "وإن حكما رجلين فحكم أحدهما دون الآخر فإن ذلك لا يجوز؛ لأنها رضيا برأيها ورأي الواحد لا يكون كراي المشئ"^(٣).
- وجاء في المعونة: "ولو حكم أحدهما بالفرقة ولم يحكم به الآخر أو حكم أحدهما بهما وأبى الآخر لم يلزم من ذلك شيء إلا ما اجتماعا عليه وكذلك كل حكمين حكما في أمر ما"^(٤).

(١) ينظر: ديوان الأحكام الكبرى، لأبي الأصبع عيسى بن سهل بن عبد الله الأسدي الجبائي القرطبي الغرناطي (المتوفى: ٤٨٦هـ)،

المحقق: يحيى مراد، الناشر: دار الحديث، القاهرة - ط ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م: (ص ١٤٧).

(٢) السنن الكبرى للبيهقي، لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي الحُسْرُو جردى الخراساني البيهقي (المتوفى: ٤٥٨هـ)، المحقق: محمد عبد القادر

عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الثالثة، كتاب القسم والنشوز، باب الحكمين في الشقاق بين الزوجين

(٥٠٠ / ٧)، رقم: ١٤٧٨٩. وفي إسناده الحجاج بن أرطاة، وفيه ضعف، كما في التلخيص الحبير: (١٦٢ / ٢).

(٣) المبسوط: (١١١ / ١٦).

(٤) المعونة على مذهب عالم المدينة: (٥٩٧ / ٢).

- وجاء في فتح الوهاب: "فلو حكّم اثنين لم يُنفذ حكم أحدهما حتى يجتمعا"^(١).
 - وجاء في المغني: "فإن غاب الزوجان أو أحدهما بعد بعث حكّمين، جاز للحكّمين إمضاء رأيهما"^(٢).
- فدلّ ما تقدّم أن انفراد أحد الحكّمين لا يصحّ؛ لأنّه الطرفين لم يرضيا إلا بحكمهما مجتمعين، فلا يصح انفراد أحدهما بالحكم.
- ومثل ذلك لو حكّم أحد المحكّمين بشيء دون الآخر، فلا يُعتدّ بحكمه بعد ذلك ولو وافق حكمه المحكّم الأول؛ لأن العبرة في إصدار الحكم هو مجلس التحكيم، فلا يجوز أن ينفرد أحدهما بالحكم دون الآخر، ولا بدّ من إصدار الحكّمين للحكم معًا.

ثالثًا: الرأي القانوني في المسألة:

- استقرّ الاجتهاد القضائي للغرفة الشرعية لمحكمة النقض^(٣) على أن حكم أحد المحكّمين بشكل إفرادي يوجب إعادة التحكيم.
- وجاء في نص الاجتهاد: "وحيث إن للمحكّمين صفة قضاء الجماعة، ومن البديهي أن المحكمة المؤلفة من ثلاثة أعضاء لا يكون تشكيلها صحيحًا، وبالتالي لا يكون حكمها صحيحًا إذا عقدت جلساتها من قبل الأعضاء منفردين أو صدر الحكم عنهم بشكل إفرادي"^(٤).

رابعًا الترجيح:

- يرى الباحث أن اجتهاد محكمة النقض موافق للنصوص الشرعية، وذلك أن النصوص الواضحة الصريحة القطعية من القرآن الكريم نصّت على الحكّمين، فلا يجزئ حكم أحدهما ولو حكم الآخر بعد ذلك؛ لأن العبرة في إصدار الحكم هو مجلس التحكيم، والمحكّمان لهما صفة قضاء الجماعة فلا يصحّ تحكيم أحدهما دون وجود الآخر.

(١) فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، لأبي يحيى زين الدين زكريا بن محمد بن أحمد الأنصاري السنيكي (المتوفى: ٩٢٦هـ)، الناشر:

دار الفكر للطباعة والنشر، الطبعة: ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م: (٢/٢٥٨).

(٢) المغني (٣٢١/٧).

(٣) أساس ٣٨٧، قرار ٣٩٠، تاريخ ٢١/٤/١٩٧٦م.

(٤) الوافي في قضاء الأحوال الشخصية من عام ١٩٧٠ إلى ١٩٩٢م: (٣١٣).

المبحث الثالث: الأسباب الموجبة لإعادة التحكيم المتعلقة بقواعد التحكيم.

المطلب الأول: صدور قرار التحكيم قبل إعطاء مهلة المصالحة القانونية

أولاً: بيان المسألة:

- من الأسباب الموجبة لإعادة التحكيم عدم إعطاء المحكمة المهلة القانونية للصلح ومدتها شهر واحد.
- وتكون هذه المهلة قبل إعادة الموضوع إلى التحكيم وعقد المجلس العائلي، فإن تمت إجراءات التحكيم وصدر تقرير الحكّمين قبل مهلة المصالحة الصحيحة كان كلّ ذلك باطلاً؛ لأن ما بُني على الباطل فهو باطل كما هو مقرر في النظام العام لمحكمة النقض.

ثانياً: الرأي الفقهي في المسألة:

- لا يوجد في الفقه الإسلامي ما يعارض هذا السبب، بل هو من مقاصد الشريعة الإسلامية؛ لأن الإهمال للمصالحة سببٌ من أسباب الإصلاح بين الزوجين، فيكون كلّ ما أدّى إلى الإصلاح مشروعاً، ومقصداً أساسياً من مقاصد التشريع الإسلامي في حفظ الأسرة المسلمة.
- جاء في الاختيار: "وإذا طمع في رضى الخصمين ردهما مرة ومرتين لقول عمر رضي الله عنه: "ردّوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث بين القوم الضغائن"^(١). فلو لم يطمع في رضى الخصمين أنفذ القضاء بينهما؛ لعدم الموجب للتأخير^(٢).

ثالثاً: الرأي القانوني في المسألة:

- ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١١٢) إلى وجوب إعطاء القاضي مهلة قانونية للصلح مدتها شهر واحد^(٣)، ونصت اجتهادات محكمة النقض على أن منح مهلة المصالحة يجب أن

(١) مصنف ابن أبي شيبة = الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، لأبي بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم العسبي (المتوفى: ٢٣٥هـ)، المحقق: كمال الحوت، الناشر: مكتبة الرشد - الرياض، الطبعة الأولى: (٤/٥٣٤)، رقم: (٢٢٨٩٦).

قال البيهقي: والرواية عن عمر منقطعة. ينظر: السنن الكبرى للبيهقي: (١٠٩/٦).

(٢) الاختيار لتعليل المختار: (٨٧/٢).

(٣) أساس ٧٥٥، قرار ٧٥٥، تاريخ ١٩٨٦/٦/٢٨ م.

تتم قبل إحالة الموضوع إلى التحكيم وعقد المجلس العائلي، فإن تمت إجراءات التحكيم وصدور تقرير الحكّمين قبل مهلة المصالحة الصحيحة كان كل ذلك باطلاً^(١).

- جاء في اجتهاد الغرفة الشرعية^(٢) ما نصه: "ولما كان ظاهراً من الأوراق أن المحكمة ذهلت عن تأجيل الدعوى شهراً أملاً بالمصالحة تطبيقاً لأحكام الفقرة الثالثة من المادة ١١٢/ أحوال، وكان هذا من النظام العام كما هو الاجتهاد، فالسبب الثالث من الطعن ينال من القرار الطعين، ويستحق النقض لهذا السبب"^(٣).

- ولم يتفرد قانون الأحوال السوري بذلك، بل نص على هذه المدة أيضاً القانون الأردني في المادة (١٣٢) من قانون الأحوال الشخصية.

(١) مجلة المحامون لعام ١٩٨٧ م.

(٢) أساس ٩٦٥، قرار ٥٧، تاريخ ١٣/١/١٩٨٢ م.

(٣) الأحكام القضائية الشرعية في ظل قانون الأحوال الشخصية: (١/٥٦٩-٥٧٠).

المطلب الثاني: تغير وضع الخصومة في الدعوى.

أولاً: بيان المسألة:

- إذا تغير وضع الخصومة في الدعوى بأن رجع الزوج المدعى بالإساءة عن دعواه وأصبحت الزوجة المدعى عليها هي الراغبة في فُصم عرى الزوجية فلا بد من تشكيل مجلس عائلي جديد ولا يجوز اعتماد تقرير الحكّمين المنظم قبل ذلك، وفق ما عليه الاجتهاد.

ثانياً: الرأي الفقهي في المسألة:

لا خلاف بين الفقهاء أن تغير وضع الخصومة في الدعوى يؤدي لاختلاف الحكم، فإن الحكم الشرعي يختلف لو طلبت المرأة الفراق عما لو طلبه الرجل، وكذا تختلف نسبة الإساءة في ذلك، وينبني عليه اختلاف الحكم الشرعي.

فعلى سبيل المثال لو طلبت المرأة مثلاً الفراق دون سبب فعليها أن تردّ على الرجل المهر الذي كان قد أعطاه إياه، بخلاف ما لو طلب الرجل التفريق دون سبب، فعليه أن يدفع لزوجته حقّها كاملاً دون نقصان.

ثالثاً: الرأي القانوني في المسألة:

- ذهب اجتهاد الغرفة الشرعية^(١) أن تغير وضع الخصومة في الدعوى يوجب إبطال قرار الحكّمين وإعادة التحكيم؛ لأن كون الزوج هو صاحب دعوى التفريق يختلف عن كون الزوجة صاحبة دعوى التفريق من حيث تقدير نسبة الإساءة.
- ويشمل هذا أيضاً حدوث قضايا بين الزوجين بعد تقرير الحكّمين الأوّل، فإن ذلك يُغيّر وضع الخصومة في الدعوى؛ لأن حدوث هذه الحوادث يغيّر من تقدير نسبة الإساءة بين الزوجين، وعلى هذا سار اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض^(٢).

(١) أساس ٣١٨، قرار ٣٤٠، تاريخ ١٩٧٨/٦/٥ م.

(٢) أساس ٥٢٧، قرار ٥٢١، تاريخ ١٩٧٦/١١/٣٠ م.

المطلب الثالث: وجود خلل في قواعد التحكيم.

أولاً: بيان المسألة:

- يُشترط لتصديق تقرير الحكّمين من قِبَل القاضي الشرعي عدم وجود خلل في قواعد التحكيم، فلو ثبت عند القاضي اختلال قواعد التحكيم فإنه يُبطل قرار المحكّمين، ويعيد التحكيم.

ثانياً: الرأي القانوني في المسألة:

- ذهب اجتهاد الغرفة الشرعية إلى أنه لو اختلّت قاعدة من قواعد التحكيم فإن ذلك يؤدّي لرفض تقرير المحكّمين وإعادة التحكيم.

- ومثال ذلك تعيين أحد المحكّمين دون حلف اليمين القانونية:

فقد جاء في اجتهاد الغرفة الشرعية^(١) ما نصّه: "وكان يظهر من ضبط المجلس العائلي المنظم بتاريخ ١٢/٥/١٩٨٣م أن الحكّمين قد تسلّموا مهمتهما دون أن يجري تحليفهما اليمين القانوني الواردة في الفقرة الأخيرة من المادة /١١٢/ من قانون الأحوال الشخصية وكانت هذه النقطة من النظام العام وفق ما عليه الاجتهاد ... وكان ما سبق ذكره يجعل الحكم الطعين الذي قضى بتصديق تقرير الحكّمين قد صدر في غير محله القانوني وحريراً بالنقض".

- ففي الاجتهاد المذكور ذهبت المحكمة إلى بطلان تقرير الحكّمين؛ لعدم حلفهما اليمين القانوني، وهذا المبدأ لا يخالف التشريع الإسلامي؛ لأن التحكيم إنما شرع لقصد الإصلاح، وكان المطلوب من الحكّمين بذل ما في وسعهما في سبيل هذا الغرض، وفي تحليفهما اليمين القانوني زيادة تأكيد عليهما لتحرّي الصواب في اجتهادهما، خاصّةً وأنه قد ينبنى عليه حقوق مالية من مهر ونفقة وغير ذلك، فافتضى ذلك زيادة التوثيق بحلفهما لليمين.

- ومثل ذلك كلّ قرارٍ أقرّه الحاكم لصحة التحكيم فإنه يُعدّ شرطاً في صحته؛ لأن المحكّم يعيّن من قِبَل الحاكم، فوجب عليه الامتثال للشروط التي وضعها وإن كانت شروطاً إجرائيّة لا تتعلّق بمضمون التحكيم، وللقاضي ردّ تقرير المحكّمين عند عدم استيفائهما لتلك الشروط.

(١) أساس ١٩٣، قرار ٢٧١، تاريخ ٢٤/٢/١٩٨٤م

المطلب الرابع: تعدد جلسات التحكيم:

أولاً: بيان المسألة:

- اختلفت الاجتهادات في كون تعدد جلسات التحكيم من النظام العام، وإبطال التقرير فيما لو سكت التقرير عن تعدد الجلسات أو ثبت عدم تعددها.

ثانياً: الرأي القانوني في المسألة:

- ذهب اجتهاد للغرفة الشرعية إلى أن المحكمة إذا قدّمت التقرير بعد مدّة كافية وخلا من موضوع تعدد الجلسات فإن المدّة الفاصلة بين استلام الحكّمين لمهمّتهما وبين تقديم تقريرهما كافية.
- وجاء في نص الاجتهاد: "وكان تقريرُ الحكّمين المؤرّخ بتاريخ ١٥/١/١٩٨٤م قدّم بعد عقد المجلس العائلي الذي عُقد تحت إشراف القاضي بتاريخ ٤/١٢/١٩٨٣م بما يقارب الشهر والنصف فإن خلا تقرير الحكّمين من ذكر تعدد جلسات التحكيم فإن هذه المدّة الفاصلة بين استلام الحكّمين لمهمّتهما وبين تقديم تقريرهما كافية، فضلاً عن أن الطاعن لم يُثّر موضوع عدم تعدد جلسات التحكيم وعدم بذل الجهد وعدم اتّصال الحكّمين بالزوجين أمام قاضي الموضوع واكتفى بالقول بأنه لا يوافق على تقرير الحكّمين"^(١).
- وقد ذُكر في أسباب الطعن: "لم يبذل الحكّمان جهدهما لإصلاح ذات البين ولم يتّصلا بالزوجين سوى الجلسة التي جرت تحت إشراف القاضي".
- وقد خالف هذا الاجتهاد اجتهاد آخر للغرفة الشرعية^(٢) جاء فيه:
- "ولما كانت الغاية السامية التي رمى إليها الشرع الحنيف من تعيين حكّمين إنما هي إصلاح ذات البين ورأب الصدع الذي حصل في الأسرة، وهذا الأمر لا يتم من خلال عقد جلستين فقط من قبّل الحكّمين مما يتوجب على المحكمة مصدرة القرار الطعين استبدالهما بحكّمين آخرين وعدم اعتماد تقريرهما المؤرّخ في ٢٢/٣/٢٠١٥م غير المستكمل لشروطه الشكلية والقانونية".

(١) أساس ٥٥٠، قرار ٥٨٠، تاريخ ٧/١٠/١٩٨٤م.

(٢) أساس ١٠٧١، قرار ١٠٤٦، تاريخ ١٨/١٢/٢٠١٥م.

- فالاجتهاد المذكور نصٌّ صريح يدلّ على أن عدم تعدّد الجلسات الكافي في التحكيم يدلّ على عدم بذل الجهد، ويجعل تقرير الحكمين معرّضاً للطعن، بل ويوجب استبدال الحكمين بحكمين آخرين.

ثالثاً: الترجيح:

- يرى الباحث أن ما ذهب إليه اجتهاد الغرفة الشرعية من عدم رفض التقرير فيما لو ظهر عدم تعدّد جلسات التحكيم هو اجتهادٌ مخالف للصواب، ذلك أن القصد في تعيين الحكمين هو الإصلاح بنصّ الآية الكريمة، فلو ظهر عدم بذلها الجهد الكافي للإصلاح وجب على القاضي عزلها واستبدالهما بغيرهما.

- وقد نصّ على مخالفة هذا الاجتهاد أحد قضاة المحكمة التي حكمت به، وهو القاضي سعدي أبو جيب، وسجّل مخالفته في نص قرار المحكمة كما يأتي: "وكان تقرير الحكمين قد تضمّن التصريح بأنهما لم يعقداً غير المجلس الذي عُقد بإشراف القاضي، وكان الشرع الشريف أقام مؤسسة التحكيم لحلّ ما يُصادف الزوجين من مشكلات يُخشى من تفاقمها استحالة الحياة الزوجية وهدم الأسرة ... وكان ما سبق لا يمكن أن يتحقق بمجلس عائلي يعقد في مكتب القاضي في أيام العمل، ولذا لا بد للحكمين من عقد عدة جلسات والنص على ذلك في تقرير الحكمين كما هو الاجتهاد المستقر، وكان مجرد تأخير تقديم التقرير مدة شهر ونصف لا يفيد متابعة الحكمين لمهمتهما لأن هذا الاستنتاج لا مؤيد له بحال من الأحوال، ولذلك فإني أخالف الأكثرية وأرى نقض الحكم الطعين"^(١).

- يضاف إلى ذلك أن الاجتهاد ينصّ على أن مجرد عدم ذكر تعدّد الجلسات كافٍ لإبطال تقرير الحكمين.
- جاء في اجتهاد للغرفة الشرعية ما نصه: "ولعلّ من نافلة القول أنه لا بدّ في تلك المدة من عقد جلساتٍ يتمكّن فيها الحكمان من إنجاز الواجب الملقّى على عاتقهما، فإن أغفلا ذكّر تعدّد الجلسات كان تقريرهما مشوّباً بالبطلان"^(٢).

(١) أساس ٥٥٠، قرار ٥٨٠، تاريخ ١٠/٧/١٩٨٤ م.

(٢) الاجتهاد (٣٥٩) تاريخ ١٨/٥/١٩٨٠ م، (الأحكام القضائية الشرعية في ظل قوانين الأحوال الشخصية: ص ٤٣٢).

- فالاجتهاد المذكور نصّ في أن مجرّد عدم ذكر تعدّد الجلسات في تقرير التحكيم يوجب بطلان التحكيم؛ لأن ذلك من النظام العام، خلافاً لما ذكر في الاجتهاد السابق من أن المدّة الفاصلة بين استلام المحكمين للمهمة وتسليم التقرير تكفي عن ذكر تعدّد الجلسات.
- وإذا كان مجرّد عدم ذكر تعدّد الجلسات مبطلاً للتحكيم، فكيف لو تحقّق القاضي من عدم التعدّد، فالواجب عليه إبطال تقرير التحكيم.
- وبناءً على ما تقدم فإن الرأي الراجح في المسألة هو بطلان التقرير فيما لو ثبت عدم تعدّد الجلسات؛ لأن تعددها من الأمور الدالّة على بذل الجهد، وبذل الجهد لا ينعقد بجلسة ولا جلستين للإصلاح، ومجرّد طول المدة بين استلام المهمة وتقديم التقرير لا يفيد متابعة الحكمين لمهمتهما، وانعقاد الحكم على ما تقدّم ذكره يُوجب نقض تقرير الحكمين؛ لعدم تحقّق مقصود التحكيم الأعلى وهو بذل الجهد الكافي للإصلاح.

المبحث الرابع: الاجتهادات المتعلقة بعمل الحكّمين.

المطلب الأول: أثر تقدير الحكّمين للإساءة بين الزوجين على المهر:

أولاً: بيان المسألة:

- ذهبت اجتهادات الغرفة الشرعية المستقرة إلى أن الإساءة إذا كان أكثرها من الزوج وجب للزوجة كامل المهر، وإذا كان أكثرها من الزوجة فللقاضي أن يحكم لها بنسبة من المهر.
- وجاء في اجتهاد للغرفة الشرعية ما نصه: "إذا قرّر الحكّمان أن الإساءة أو أكثرها من الزوج وجب أن يحكما بالتفريق بطلقة بائنة، وليس لهما أن يُعفيا الزوج من قسم من المهر، فهذا الإعفاء يكون إذا كانت الإساءة أو أكثرها من الزوجة"^(١).
- وجاء في اجتهاد آخر: "وكان تقرير الحكّمين المؤرّخ ١٩٨٥/٣/٣٠ م قد صدر مستجيماً عن عناصره القانونية واعتبر تسعين بالمئة من المسؤولية على عاتق المطعون ضده ولم يتعرّض لذكر استحقاق المهر، وهذا ما يتفق وأحكام الفقرة الأولى من المادة (١١٤) من قانون الأحوال الشخصية"^(٢).
- وكان القاضي قد قسم المهر ووزّعه وفق نسبة المسؤولية وأعفى الزوج من عُشره، وفي ذلك مخالفة لأحكام النصّ القانوني المشار إليه، والذي يُوجب للزوجة كامل المهر إذا كانت الإساءة أو أكثرها من الزوج"^(٣).

(١) أساس ٢٧٩، قرار ٢٦٧، تاريخ ١٩٧٢/٥/٣٠ م.

(٢) نص المادة / ١١٤ / ما يأتي:

١- يبذل الحكّمان جهدهما في الإصلاح بين الزوجين، فإذا عجزا عنه وكانت الإساءة أو أكثرها من الزوج قررا التفريق بطلقة بائنة.

٢- وإن كانت الإساءة أو أكثرها من الزوجة أو مشتركة بينهما قررا التفريق بين الزوجين على تمام المهر أو على قسم منه يتناسب ومدى الإساءة.

(٣) أساس ٨٢، قرار ٢٨٩، تاريخ ١٩٨٦/٢/١٠ م (الوافي في قانون الأحوال الشخصية: ص ٣٣٥-٣٣٦).

وعلى ذلك الاجتهاد تتابعت الاجتهادات المتتالية^(١).

- لكن ذهب الغرفة الشرعية في اجتهاد لها إلى خلاف الاجتهادات المستقرّة، فذكرت أن تقدير المهر ينعكس على نسبة الإساءة مطلقاً، سواء كان أكثر الإساءة من الزوجة أم من الزوج.
- جاء في نص الاجتهاد: "حيث إن تقرير الحكمين المؤرّخ ٢٠٠٥/٢/٦ تضمن أن الزوج (الطاعن) يتحمّل نسبة ٨٠ ٪ من الإساءة وتحمل الزوجة ٢٠ ٪ منها، وهذا التقرير واجب الاعتماد بما ورد فيه، ولا محلّ للحكم للزوجة بكامل مهرها والالتفات عن نسبة الإساءة مما يجعل السبب الأول من الطعن الأصلي ينال من القرار المطعون^(٢)".
- فاجتهاد الغرفة الشرعية نصّ هنا على تقسيم المهر حسب نسبة الإساءة مع أن أكثر الإساءة من الزوج ولم يحكم للزوجة بكامل المهر، بل إنه أبطل قرار محكمة الموضوع الذي هو موافق للمادة القانونية، وقبّل الطعن بالحكم، وعلّله بأن تقسيم المهر لم يكن حسب نسبة الإساءة، بل كان الحكم فيه للزوجة بكامل المهر، فكان بذلك مُستحقّاً للطعن.

ثانياً: الرأي الفقهي في المسألة:

- ذكر الفقهاء في كتبهم أن الحكمين مسؤولان عن الجمع والتفريق بين الزوجين، ويتضمن هذا أن يكونا مسؤولين عن تقدير الإساءة وأثرها على المهر؛ لأن كلا من الطرفين رضي بحكم حكمه، فلو اجتمع الحكمان على أمر من الأمور المتعلقة بالزواج لزم الزوجين، سواء كان فيه عوض أم لا.

(١) (يراجع الاجتهاد ٤٢١/١٥١ تاريخ ٢٢-٤-١٩٧٥، والاجتهاد ١١٢٧/٨٥، تاريخ ٢٧/١/١٩٨٢م)

(٢) أساس ٤١٧٨، قرار ١٧٠١، تاريخ ١٨/٩/٢٠٠٥م.

وقد نص الفقهاء على ذلك في كتبهم.

جاء في شرح الجصاص: "وليس للحكمين في الشقاق أن يفرّقا إلا أن يجعل ذلك إليهما الزوجان، وقال ابن عباس في قوله تعالى: {فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها}: أن ما حكم به الحكمان جاز على الزوجين" (١).

وجاء في جواهر الدرر: "فإن تعدّر الإصلاخ ولم يقدر عليه نظراً فإن أساء الزوج فقط طلقاً عليه بلا خلع، أي: بغير شيء، وبالعكس وهو أن تكون الإساءة منها فقط ائتمناه عليها، وأقرّاها عنده إن رأياه صلاحاً، أو خالعا له بنظرهما، وإن أساء معاً فهل يتعين الطلاق إن أراداه بلا خلع، أي: بغير شيء، أو لهما أن يخالعا بالنظر على شيء خفيف" (٢).

- وجاء في نهاية الزين: "وإن ادّعى كل من الزوجين تعدّي الآخر عليه واشتبّه الحال على القاضي بعث القاضي وجوباً حكمين برضاها يبعثهما لينظرا في أمرهما، ثم يفعلان المصلحة بينهما من إصلاح إن سهّل، وتفريق بطلقة فقط إن عسر الإصلاخ، ولا يجوز لوكيل في طلاق أن يخالعا ولا لوكيل في خلع أن يطلق مجانا" (٣).

- وجاء في المغني: "واختلفت الرواية عن أحمد، في الحكمين، ففي إحدى الروايتين عنه، أنها وكيلان لهما، لا يملكان التفريق إلا بإذنها. والثانية، أنها حاكمان، ولهما أن يفعلا ما يريان من جمع وتفريق، بعوض وغير عوض، ولا يحتاجان إلى توكيل الزوجين ولا رضاها" (٤).

(١) شرح مختصر الطحاوي، لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص الحنفي (المتوفى: ٣٧٠ هـ)، تحقيق: سائد بكداش، الناشر: دار البشائر الإسلامية - ودار السراج، الطبعة: الأولى: (٤/٤٥٦-٤٥٧).

(٢) جواهر الدرر في حل ألفاظ المختصر: (٤/١٩٣).

(٣) نهاية الزين في إرشاد المبتدئين، لمحمد بن عمر نوي الجاوي البتني إقليا، التناري بلدا (المتوفى: ١٣١٦ هـ)، الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة: الأولى: (ص ٣١٨).

(٤) المغني: (٧/٣٢٠).

- فيظهر من نصوص الفقهاء أن الزوجين لهما الصلاحية في تقدير الأمور التي تتعلق بالزواج والتفريق، خاصة إذا كان التوكيل من ولي الأمر وهو القاضي، فيكون حكمهما لازماً للطرفين إذا أقرّ القاضي عملهما ولم يخرجهما عن مهمّتهما الموكّلة إليهما.

ثالثاً: الرأي القانوني في المسألة.

اختلفت القوانين العربية في هذه المسألة على قولين:

- **القول الأول:** أن للحكمين الصلاحية بالحكم بتقسيم المهر حسب الإساءة مطلقاً، فتنعكس الإساءة بين الزوجين على المهر، سواء كان أكثر الإساءة من الزوج أم من الزوجة، ويكون الحكم بالمهر على حسب نسبة الإساءة لكل منهما.

- وإلى ذلك ذهب القانون الأردني^(١) والمصري^(٢) والعراقي^(٣) والمغربي^(٤) والكويتي^(٥).

- **القول الثاني:**

- أن الإساءة إذا كان أكثرها من الزوجة فيقسم الحاكم المهر حسب نسبة الإساءة، ولو كان أكثر الإساءة من الزوج، فيفرق القاضي بين الزوجين بطلقة بائنة ويحكم للزوجة بكامل المهر.
- وإلى هذا ذهب القانون السوري^(٦)، والمصري^(٧)، والعماني^(٨)، والبحريني^(٩).

(١) مادة (١٣٢) فقرة: (و).

(٢) مادة (١٠)

(٣) مادة (٤١)

(٤) مادة (٩٧)

(٥) مادة (١٣٠)، فقرة (ج).

(٦) مادة (١١٤)

(٧) مادة (١٠)

(٨) مادة (١٠٧)

(٩) مادة (١٠٧)

رابعًا: الترجيح:

- يرى الباحث أن ما ذهب إليه القانون الأردني والمصري والعراقي ومعهما الاجتهاد الأخير للغرفة الشرعية لمحكمة النقض -مع مخالفته للنص القانوني- هو الراجح؛ لأن تقسيم المهر بحسب الإساءة أقرب إلى العدل، فيتحمّل كلٌّ من الطرفين مسؤولية إساءته، وهو أولى من إعطاء الزوجة كامل المهر إذا كانت الإساءة أكثرها من الزوج؛ لأن فيه تغافلًا عن إساءتها ولو كانت أقل من الزوج، فيؤوِّض الأمرُ لرأي الحكّمين دون تقييدهما بقيد معيّن، فيحكمان بحسب ما يريانه مناسبًا وعادلًا لكلا الطرفين.
- ويرى الباحث أن الراجح هو تقدير المهر حسب نسبة إساءة كل من الزوجين مطلقًا، كما ذهب إليه القانون الأردني والمصري.
- ويقترح تعديل نص المادة (١١٤) على ما يأتي:
- ١- يبذل الحكمان جهدهما في الإصلاح بين الزوجين، فإذا عجزا عنه قرّرا التفريق بين الزوجين بطلقة بائنة.
- ٢- يُقسّم المهر بعد وقوع التفريق بما يتناسب مع نسبة الإساءة لكل من الطرفين.

المطلب الثاني: أثر تقدير الحكّمين للإساءة على المهر قبل الدخول والخلوة الصحيحة. أولاً: بيان المسألة:

- استقرّت الاجتهادات القضائية أن الطلاق إذا وقع قبل الدخول والخلوة الصحيحة فإن المرأة تستحقّ نصف المهر؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَرْصَفْ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، فالآية صريحة الدلالة في كون الطلاق الواقع قبل الدخول يوجب نصف المهر، لا أقلّ.
- لكن ذهبت بعض اجتهادات الغرفة الشرعية إلى أنه في التفريق للشقاق إذا كانت أكثر الإساءة من الزوج فإن الزوجة تستحقّ كامل المهر المعجلّ منه والمؤجلّ.
- فجاء في اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض ما نصّه ^(١): "وكان الثابت بالقرار الطعين أنه لم يحصل بينهما دخول وخلوة صحيحة ... إلا أنه لما كان الحكمان قد ألزما الزوج الطاعن بسبعين بالمئة من معجلّ المهر ومؤجلّه بعد أن اعتبرا أن نسبة إساءة الزوج هي ٧٠ ٪ ونسبة إساءة الزوجة هي ٣٠ ٪". وكان ما توصل إليه الحكمان في تقريرهما يخالف ما ورد بأحكام الفقرة الأولى من المادة (١١٤) أحوال شخصية؛ لأنه كان من المتوجّب عليهما إلزام الزوج الطاعن بكامل المهرين المعجلّ والمؤجلّ باعتبار أكثر الإساءة منه وذلك عملاً بالنص القانوني المشار إليه وما عليه الاجتهاد، مما جعل تقرير الحكّمين مشوّباً بالتناقض والغموض وغير مستند إلى أساس سليم".
- فالاجتهاد نصّ نصّاً واضحاً على أنه في التفريق للشقاق يحكم الحكمان بجميع المهر إذا كانت الإساءة أكثرها من الزوج.
- وقد وافقه اجتهاد آخر للغرفة الشرعية وذكر فيه تعليل الاجتهاد، وجاء فيه ما نصّه ^(٢):
- "وكان ما تذرّع به وكيل الطاعن لا مسوّغ له، لأنه في حال التفريق للشقاق فإن الحكّمين يملكان معه تقدير نسبة الإساءة وأثرها في المهر، سواء ثبتت الخلوة الصحيحة أم لم تثبت؛ لأن نصّ المادة (٥٨)

(١) الاجتهاد (٦٢٠)، تاريخ ٢٠/٧/١٩٧٨م (الأحكام الشرعية القضائية في ظل قانون الأحوال الشخصية: ص ٤٤٧-٤٤٨)

(٢) الاجتهاد (٤٧٣)، تاريخ ٢٧/٥/١٩٨٢م (الأحكام الشرعية القضائية في ظل قانون الأحوال الشخصية: ص ٤٤٥-٤٤٦).

من قانون الأحوال الشخصية هو نصّ خاصّ بالطلاق الذي يُوقعه الزوج بإرادته المنفردة، أمّا في التفريق للشقاق فإن مداره على ما يدّعيه أحد الزوجين من استحالة استمرار الحياة الزوجية وعلى تحديد المسؤول عن ذلك، وما تتركه نسبة المسؤولية من أثر في كامل المهر، وكان ما انتهى إليه الحكم الطعين قد جاء من حيث النتيجة مُتَّفَقًا مع الأصول والقانون ولا تنال منه أسباب الطعن".

- فالاجتهاد المذكور نصّ على أن التفريق للشقاق يختلف عن الطلاق، فالتفريق للشقاق يترك أثرًا في كامل المهر إذا كان أكثر الإساءة من الزوج، سواء ثبتت الخلوة الصحيحة والدخول أم لا، بخلاف الطلاق قبل الدخول فإن أثره يكون في نصف المهر فقط.

ثانيًا: الرأي الفقهي في المسألة:

- ذهب الفقهاء إلى أن الفرقة بين الزوجين إذا وقع قبل الدخول والخلوة الصحيحة فإن المرأة تستحقّ نصف المهر.
- وما ذهب إليه اجتهاد محكمة النقض مخالفٌ للنصوص القطعية وأقوال الفقهاء قاطبةً في ذلك، فإن الطلاق قبل الدخول يتعلق به نصف المهر بنصّ الآية المتقدم ذكرها، فما لم يَتِمَّ الدخول أو الخلوة فلا يتعلّق حقُّ المرأة بأكثر من نصف المهر، كما أنه ليس من المقبول أن تأخذ الزوجة في التفريق للشقاق أكثر ممّا تأخذ لو طَلَّقها الزوج بإرادته المنفردة؛ لأن التفريق للشقاق يكون لتحصيل حقّها من المهر، ولا حقٌّ للزوجة غير المدخول بها بأكثر من نصف المهر بنصّ الآية الكريمة.
- وقد نقل العلماء الإجماع على أن الزوجة تستحق نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول كما هو صريح الآية^(١).

(١) ينظر: الإقناع في مسائل الإجماع: (٢٢ / ٢).

ثالثاً: الرأي القانوني في المسألة:

- نصّ القانون السوري في المادة (٥٨) أن الزوجة تستحقّ نصفَ المهر المسمّى إذا وقع الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة.
- وعلى هذا تتابعت جميع قوانين الأحوال الشخصية العربية بلا خلاف بينها.
- وبعض القوانين العربية أطلقت الكلام في التحكيم بين الزوجين، ولم تذكر قيد الدخول وعدمه، لكن هذه الإطلاقات يحكمها النصّ الشرعي الذي تستند إليه هذه القوانين، والذي لا يجعل للزوجة حال طلاقها قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة أكثر من نصف المهر.
- فيتضح مما تقدّم أن اجتهاد محكمة النقض في هذه المسألة مخالف لصريح النصّ القرآني وإجماع العلماء، وقانون الأحوال الشخصية، بل ولاجتهاد محكمة النقض نفسها.
- فقد جاء في اجتهاد للغرفة الشرعية: "إلا أنه لما كان ظاهرًا من الأضبارة أن المحكمة عيّنت حكّامين قبل التثبيت من المقدار المتوجّب دفعه من المهر على عاتق الزوجة، وقبل استثبات الخلوة بين الزوجين أو عدمها، وكان نظراً الحكمين في الموضوع قد يختلف فيما إذا كان الزوج مثلاً بنصف المهر أو كامله كان على القاضي في هذه القضية واستدراكاً للمنهاج المذكور أن يثبت بوجود الخلوة التي يترتب عليها كامل المهر على عاتق الزوج قبل إحالتها للتحكيم، ولما كان تقرير الحكمين خلواً من البحث بموضوع الخلوة إطلاقاً وقد فصلًا في القضية، مما يترتب على المحكمة انتقاء حكّامين جديدين، وإذ لم يلحظ ذلك كان الحكم مخالفاً للأصول"^(١).
- فهذا الاجتهاد ينصّ بشكل واضح أنه لا يجوز الإحالة للتحكيم قبل التثبيت من وقوع الخلوة أو عدمها؛ لأنّ لذلك أثراً في المهر؛ لأنّ الخلوة إن ثبتت تعلّق التحكيم بالمهر كاملاً، وإن لم تثبت تعلّق التحكيم بنصف المهر، عملاً بالآية الكريمة المتقدّمة، وهو الاجتهاد الصائب الذي تقوم عليه الأدلّة.

(١) أساس ٤٨٠، قرار ٤٧٤، تاريخ ٣٠/١١/١٩٦٦ م.

- لكن خالف هذا الاجتهاد اجتهاد آخر للغرفة الشرعية نفسها نصت فيه أن طلب التفريق من قبل الزوجة قبل الدخول يسقط حقها في المهر.
- وجاء في نص الاجتهاد: "إذا وقعت البينونة بسبب من قبل الزوجة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة سقط المهر كله، فعليه فإن كل فرقة تكون من قبل الزوجة قبل الدخول والخلوة الصحيحة من غير سبب تكون سبباً في سقوط المهر، ويشمل ذلك التفريق الذي يتم بناءً على طلبها؛ لأن ذلك نقض من جانبها للعقد من أصله"^(١).
- ففي هذا الاجتهاد نص من محكمة النقض على أن الزوجة إذا طلبت التفريق قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة لا تستحق شيئاً من المهر مطلقاً؛ لأن ذلك نقض من جانبها للعقد من أصله.
- وفيما تقدم تناقض ظاهر في اجتهاد الغرفة، فهي في المسألة نفسها تحكم مرة بحق الزوجة في المهر كاملاً، ومرة بتعلق حقها بنصف المهر حسب إساءتها، ومرة بسقوط حقها في المهر مطلقاً.

رابعاً: الترجيح:

- الراجح والله أعلم هو الاجتهاد الذي يحكم بتعلق حق الزوجة غير المدخول بها بنصف المهر، وهو الموافق لظاهر الآية الكريمة، ونصوص الفقهاء قاطبة، والقول بخلافه خروج عن الصواب.
- فإن في إعطاء المهر كاملاً لها إجحافاً بحق الزوج ومخالفةً لظاهر نص الآية الكريمة المتقدمة، ونصوص الفقهاء قاطبة، فإن الزوج لو طلقها منفرداً لا تستحق أكثر من نصف المهر، فكيف تستحق بتفريق القاضي أكثر مما تستحقه بتطليق الزوج نفسه؟ وفي حرمانها من المهر إجحافٌ بحقها في نصف المهر، خاصة إذا كانت الإساءة منه.
- فكان الاجتهاد الأنسب هو تعلق حق الزوجة بنصف المهر، وهو الموافق للنصوص الشرعية والقانونية، ويرجع تقدير ما تستحقه إلى رأي الحكّمين.

(١) الاجتهاد (٣٣٤)، تاريخ ٢٧/٧/١٩٧٤م (الأحكام الشرعية القضائية في ظل قانون الأحوال الشخصية: ص ٤٤٩).

المطلب الثالث: تعليل الحكم:

أولاً: بيان المسألة:

- الأصل في التحكيم أن يُجْعَلَ لمن له أهليّة التحكيم ممن يتصف بالصلاح والقراية والحكمة وغير ذلك من الصفات الحميدة التي لا بدّ منها لمن يتصدّى لإصلاح ذات البين، ثم بعد ذلك يُرفع تقرير المحكّمين إلى القاضي، فإنّما أن يصدقه ويُقرّه، وإنّما أن يرُدّه ويطلب إعادة التحكيم، ولا يُشترط في تقرير الحكّمين أن يكون معلّلاً.
- وقد نصت المادة /١١٥/ من قانون الأحوال الشخصية السوري على عدم وجوب تعليل الحكّمين لتقريرهما، ونصها: "على الحكّمين أن يرفعا تقريرهما إلى القاضي ولا يجب أن يكون معلّلاً، وللقاضي أن يحكم بمقتضاه أو يرفض التقرير ويعين في هذه الحالة وللمرة الأخيرة حكّمين آخرين"^(١).
- ونصّ اجتهادُ الغرفة الشرعية لمحكمة النقض^(٢) "أن تقدير الإساءة من أحد الزوجين من الأمور المنوطة بقناعة الحكّمين، وهما غير مُلزَمين بتعليل تقريرهما وفقاً للنص والاجتهاد".
- وهذا يعني رفض الطعون المقدّمة على ما قرّره الحكّمان، فيكون تقرير الحكّمين من الأسانيد الرسمية التي لا يطعن فيها إلا بالتزوير، وعلى هذا قانون الأحوال السوري، واجتهاد الغرفة الشرعية^(٣).
- لكن ما قرّره القانون السوري والاجتهاد القضائي السابق ليس على إطلاقه، فقد قيّد اجتهادُ آخر للغرفة الشرعية يذكر فيه أنه لو وصل الأمر إلى حدّ الدعاوى الجزائية فإنّ التعليل يكون حينئذ واجباً، وعدم التعليل يستدعي إعادة التحكيم.
- وجاء في اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض ما نصه: "إن الشرع ترك بمقتضى أحكام المادة /١١٥/ من قانون الأحوال الشخصية للحكّمين الحقّ في عدم تعليل تقريرهما ما دامت أسباب النزاع غير مُعلّنة، أمّا حين يصل الأمر إلى حدّ الدعاوى الجزائية ومراجعة دوائر الأمن يصبح

(١) ينظر: المرشد في قانون الأحوال الشخصية السوري، المادة /١١٥/ ص ٥٦، وذلك وفق التعديل الجاري بالمادة ١٥ من القانون ٣٤ تاريخ ٣١/١٢/١٩٧٥ م.

(٢) أساس ١٠٦، قرار ٧٧، تاريخ ١٦/٢/١٩٨٣.

(٣) الأحكام القضائية الشرعية في ظل قانون الأحوال الشخصية: (٥٨٣-٥٧٤)، ومجلة المحامون لعام ١٩٨٢ م.

التمسك بوجوب عدم التعليل أمراً لا سند له بالقانون وتزييداً لا مبرر له ما دام الطرفان قد ارتضيا نشر أسباب الشقاق وأعلناها بتصرفاتهما التي صاحبها ارتكاب جُنَحٍ وأمورٍ تقع تحت طائلة العقاب القانوني، الأمر الذي يوجب على المحكمة إعادة التحكيم؛ لوقوع الحكمين في مثل هذا الخطأ الشكلي والذي يدخل تحت رقابة محكمة الموضوع ورقابة محكمة النقض أيضاً^(١).

- فالمشرع لم يلزم الحكمين بتعليل تقريرهما ما دامت الأمور في الخفاء ومنعاً لإشاعة الفاحشة، أما حينما يدعي أحد الطرفين ادعاءات تجاه الآخر، وينشرها أمام أكثر من مرجع قضائي فإن تمسك الحكمين بعدم تعليل تقريرهما يصبح تزييداً لا مبرر له من الوجهة القانونية أو الشرعية، وبالتالي يكون تقرير الحكمين الذي بُني عليه الحكم باطلاً، ويستوجب إعادة التحكيم^(٢).

ثانياً: الرأي الفقهي في المسألة:

- لم يشترط الفقهاء تعليل المحكمين لحكمهما، وذكرنا أنها إذا عيّننا وقرّرا حكماً من الأحكام فإن هذا القرار نافذ صحيح، ولم يشترطوا التعليل^(٣).
- ومع ذلك فليس هناك ما يمنع من إلزامهما بالتعليل إن اقتضت الحاجة ذلك، خاصة مع قلة الأمانة عند بعض المحكمين، وجهالة بعضهم بالشرع والقانون.

ثالثاً: الرأي القانوني في المسألة:

- لم تنص قوانين الأحوال الشخصية العربية عموماً على مسألة التعليل وعدمه، بل اقتصر على رفع الحكمين تقريرهما إلى القاضي، وله الحكم بوفقه أو رده.
- وشرط ذلك قانون الأحوال الشخصية السعودي وجاء فيه^(٤): "إذا عجز الحكمان عن الإصلاح بين الزوجين قرّرا ما يريانه من التفريق بينهما بعوضٍ أو دونه، ويُقدّم الحكمان إلى المحكمة تقريراً يشمل

(١) أساس ١٦٧٣، قرار ١٧٥٢، تاريخ ٢٩/٨/٢٠٠٠م، (الأحكام القضائية الشرعية في ظل قانون الأحوال الشخصية: ص ٥٢٢-٥٢٣).

(٢) الأحكام القضائية الشرعية في ظل قانون الأحوال الشخصية: (ص ٤٤٠-٤٤١).

(٣) ينظر: الأصل، لأبي عبد الله محمد بن الحسن الشيباني (المتوفى: ١٨٩ هـ)، تحقيق: الدكتور محمد بويونكالن، الناشر: دار ابن حزم، بيروت، الطبعة: الأولى: (١١/٢٠٣)، التبصرة: (٦/٢٥٩٠)، الوسيط في المذهب: (٥/٣٠٦)، المغني: (٧/٢٣٠-٢٣١).

(٤) مادة (١١١).

على جميع ما قاما به في سبيل الإصلاح بين الزوجين، والرأي الذي انتهيا إليه مع بيان الأوجه التي استند إليها".

رابعاً: الترجيح:

- يرى الباحث أن ما ذهب إليه الاجتهاد الأخير في محله، فإنه وإن كان الأصل عدم التعليل، إلا أن ذلك معلّل بعلّة الستر وعدم إشاعة الفاحشة، فلو دعت الحال إلى معرفة الأسباب والتعليل لها فإن من حق القاضي أن يطلب التعليل لهذه الأسباب، والتي تحتاج لبحث وتمحيص، ولا سيما مع كثرة الأخطاء التي تقع لبعض المحكمين من جهل بأصول التحكيم، ومخالفة لقوانين الأحوال الشخصية، وإهمال لما ينبغي الاهتمام به، ويظهر ذلك لمن استقرأ قرارات محكمة النقض التي تنقض كثيراً من تقارير التحكيم الواردة إليها.

- لكن في نفس الوقت يرى أيضاً أن عدم التعليل لا ينبغي أن يُوجب إعادة التحكيم، بل للقاضي أن يطلب من الحكمين تعليل تقريرهما إن وجد الحاجة لذلك، دون الذهاب إلى إعادة التحكيم كاملاً.

- ويقترح الباحث تعديل المادة /١١٥/ إلى ما يأتي:

"على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى القاضي، وله طلب تعليل التقرير إن رأى ذلك، وله بعد ذلك أن يحكم بمقتضاه، أو يرفض التقرير، ويعين في هذه الحالة وللمرة الأخيرة حكمين آخرين".

المطلب الرابع: الخطأ في تعليل التقرير:

أولاً: بيان المسألة:

- تقدّم أن القانون نصّ في المادة (١١٥) أن تقرير الحكمين لا يجب أن يكون معلّلاً، إلّا أن الحكمين لو علّلا لقرارهما صار تعليلهما خاضعاً لرقابة محكمة النقض، واشترط فيه السلامة.

ثانياً: الرأي القانوني في المسألة:

- جاء في اجتهاد الغرفة الشرعية: "ولئن كان الاجتهاد قد استقرّ على أن تقدير الإساءة من الأمور التي يستقلّ بها الحكماء، ولا يجب لهما أن يعلّلا لقرارهما والنتيجة التي انتهيا إليها، إلا أنّهما لو فعلا ذلك وجب على محكمة النقض مراقبة سلامة التعليل كما تراقب سلامة الأحكام، ولا فرق" (١).
- وجاء في اجتهاد آخر: "ولما كان الحكماء قد بنوا قناعتهم على سببين لا يصلحان لبناء الحكم عليهما كان حكمهما مخالفاً للأصول، وكان التصديق عليه مخالفاً لأحكام المادة /١١٥/ ويستحق النقض" (٢).

ثالثاً: الترجيح:

- يظهر مما تقدّم أن تعليل الحكمين مشروط بحسن الاستدلال، فلو بنوا حكمهما على بناء غير سليم فإن القاضي يحكم بطلان حكمهما وإعادة التحكيم.
- وبالنهاية فإن تحديد المسؤولية عن التفريق ومدى أثره في المهر راجع إلى تقدير الحكمين، فإن طرائق المراقبة لا تتعدّى الحدود الظاهرة في أحرف التقرير، لكن لو أحكم الحكماء بُنيان التقرير على النحو المقرّر قانوناً فإن القاضي لا سلطة له على قناعة الحكمين، وتقرير التحكيم موكولٌ إلى تقديرهما.
- وهنا تأتي مسؤولية القاضي الكبيرة في اختيار الحكمين من أهل الصلاح والاستقامة والعدالة والخبرة؛ لأن الحكمين هما المسؤولان في النهاية عن تقرير التحكيم، والذي غالباً ما يحكم القاضي على وفقه لو استوفى الشروط الشكلية (٣).

(١) الاجتهاد (٣٢٤)، تاريخ ١٢ / ٥ / ١٩٨٥ م (الأحكام الشرعية القضائية في ظل قانون الأحوال الشخصية: ص ٤٣٨).

(٢) الاجتهاد (٢٢٤٤)، تاريخ ٥ / ١١ / ٢٠٠٠ م.

(٣) الأحكام الشرعية القضائية (١ / ٤٤٣ - ٤٤٤).

المطلب الخامس: خروج المحكمين عن حدود صلاحيتها:

أولاً: بيان المسألة:

- من الأسباب الموجبة لإعادة التحكيم خروج المحكمين عن حدود صلاحيتها المنصوص عليها في قانون الأحوال الشخصية في المادة / ١١٤ / بقوله: "إن كانت الإساءة أو أكثرها من الزوجة أو مشتركةً بينهما قرّرا [أي الحكمان] التفريق على تمام المهر أو قسم منه يتناسب ومدى الإساءة"^(١).
- ومثال ذلك لو تعرّض الحكمان بتقريرهما لمسألة النفقة، أو الحقوق الزوجية، أو الأشياء الجهادية فيكون هذا التقرير باطلاً، ويتوجب إعادة التحكيم لخروج الحكمين عن حدود اختصاصهما.

ثانياً: الرأي الفقهي في المسألة:

- هذا التأصيل المذكور له أصل في التشريع الإسلامي، ومن أهم مظاهره في الفقه الإسلامي اختلاف العلماء في نفاذ قول الحكمين في التفريق دون توكيل الزوج.
- فمذهب الحنفية وهو قول عند الشافعية والحنابلة: أنه ليس للحكمين أن يفرّقا، إلا أن يجعل الزوج إليهما التفريق، فلو فرّقا كان تحكيمهما باطلاً^(٢).
- وبناء على هذا القول فإن تحكيم المحكمين يبطل لو خرجا عن الصلاحيات الموكلة إليهما، كما عليه الاجتهاد القضائي للغرفة الشرعية، وخاصة إذا نصّ الحاكم بأن للحكمين صلاحيات لا يخرج الحكمان عنها، فيكون قوله مُلزماً لهما بالاتفاق، فإن حكم الحاكم يرفع الخلاف كما تقدم^(٣).

(١) المرشد في قانون الأحوال الشخصية، الفصل الرابع، التفريق للشقاق بين الزوجين، المادة / ١١٤ /، وفق التعديل الجاري بالمادة

/ ١٣ / من القانون / ٣٤ / تاريخ ٣١ / ١٢ / ١٩٧٥ م.

(٢) شرح صحيح البخاري، ابن بطال: (٧ / ٤٢٥)، التوضيح لشرح الجامع الصحيح، ابن الملقن: (٢٥ / ٣٢٩).

(٣) ينظر: الأحكام القضائية الشرعية في ظل قانون الأحوال الشخصية: (٣٩٨-٣٩٩، ٥٤٢-٥٣٢).

ثالثاً: الرأي القانوني في المسألة:

- استقر الاجتهاد القضائي للغرفة الشرعية لمحكمة النقض على أن الحكمين ليس لهما الخروج عمّا حدّده لهما القانون، فقد نصت في اجتهاد لها: "أن الحكمين ليس لهما أن يخرجاً عن صلاحيتها فيبحثا فيما يخرج عن المهر"^(١).
- ووافقه اجتهاد آخر أيضاً جاء فيه: "أن تعرض الحكمين لأمر النفقة والحقوق الزوجية موجب لبطلان تقرير المحكمين؛ لأن ذلك يخرج عن حدود اختصاصهما"^(٢).

رابعاً: الترجيح:

- يرى الباحث أن الراجع في المسألة ما ذهب إليه اجتهاد محكمة النقض من أن الحكمين ليس لهما الخروج عن حدود صلاحيتها، وذلك يوجب بطلان التحكيم؛ لأن الحكمين معيّنان من قبل الحاكم، وليس لهما الخروج عمّا حدّده لهما الحاكم الذي عُيّن من قبله.

(١) أساس ٣٨٧، قرار ٣٩١، تاريخ ٣٠/٩/١٩٧٤م

(٢) أساس ٣١٥، قرار ٥٦٦، تاريخ ١٩٨٦م

الفصل الثاني:

(الاجتهادات القضائية

المتعلقة بالتفريق)

ملهيّد:

أولاً: تعريف التفريق:

- التفريق لغة: الفاء والراء والقاف أصلٌ صحيح يدلّ على تمييز وتزييل بين شيئين ^(١).
- وشرعاً: إيقاعُ القاضي للفرقة بين الزوجين وإنهاء الرابطة الزوجية جبراً عن الزوج، ويُسمّى في اصطلاح المعاصرين: التفريق القضائي ^(٢).

ثانياً: الفرق بين التفريق والطلاق:

- يختلف التفريق عن الطلاق بأن الطلاق يقع باختيار الزوج وإرادته، أما التفريق فيقع بحكم القاضي، لتمكين المرأة من إنهاء الرابطة الزوجية جبراً عن الزوج، إذا لم تُفلح الوسائل الاختيارية من طلاق أو خلع.

ثالثاً: أنواع التفريق القضائي:

- التفريق القضائي في القانون له نوعان:
- قد يكون طلاقاً: كالتفريق بسبب عدم الإنفاق، أو للإيلاء، أو للغيبة، أو للحبس.
- وقد يكون فسخاً للعقد من أصله: كما هو حال التفريق في العقد الفاسد، كالتفريق بسبب الردة، أو إسلام أحد الزوجين، وفي نوع الفرقة فيما تقدّم خلاف معروف بين الفقهاء ^(٣)
- ووضع بعض العلماء ضابطاً لتمييز الفرقة التي هي طلاق من الفرقة التي هي فسخ، وهو أن كل فرقة تكون من الزوج ولا يتصور أن تكون من الزوجة فهي طلاق. وكل فرقة تكون من الزوجة لا بسبب من الزوج، أو تكون من الزوج ويتصور أن تكون من الزوجة فهي فسخ ^(٤).

(١) مقاييس اللغة: (٤/٩٣٤).

(٢) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته: (٩/٧٠٤).

(٣) ينظر: المرجع السابق.

(٤) ينظر: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، لعبد الوهاب خلاف (المتوفى: ١٣٧٥هـ)، الناشر: مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة، الطبعة: الثانية: (ص ١٧٤).

المبحث الأول: التفريق بالطلاق:

المطلب الأول: التفريق للغيبة:

أولاً: التعريف بالغائب:

- الغائب لغة: الغين والياء والباء أصل صحيح يدل على تسرُّ الشيء عن العيون^(١).
- اصطلاحاً: هو من غاب وعُلم موضعه، أو من يُعرف خبره ويأتي كتابته^(٢).
- وعرفته محكمة النقض بأنه: من غاب عن أهله وعُلمت حياته ومكانه، أو حياته دون مكانه^(٣).

ثانياً: اجتهاد الغرفة الشرعية في التفريق للغيبة:

- ذهب قانون الأحوال الشخصية في المادة (١٠٩) قبل التعديل إلى أن الزوج لو غاب عن زوجته بغير عذر سنة فأكثر جاز لها طلب التفريق لعللة الغيبة، كما هو مذهب المذهب المالكية والحنابلة.
- ولم يشترط القانون السوري قبل التعديل تضرُّر الزوجة بالغيبة، ولا أن يُرسل إليه القاضي إنذاراً قبل الحكم بالتفريق، وعُدِّل ذلك بالقانون رقم (٤) لعام ٢٠١٩م، فنصَّ على وقوع الضرر على الزوجة في التفريق للغيبة، لكنه ألغى الفقرة التي تنصَّ على اشتراط كون غياب الزوج بغير عذر.
- ولو تضررت الزوجة بالغياب دون السَّنة فذهب الاجتهاد إلى أن لها طلب التفريق لعللة الضرر.
- جاء في الاجتهاد: "غيبة الزوج لا تحرم الزوجة من طلب التفريق لعللة الشقاق؛ لأن الغيبة قد تؤدي إلى الإضرار بها؛ حرمانها من الأُنس بزوجها على الوجه المشروع"^(٤).
- وجاء في اجتهاد آخر: "حيث إن المدعية المطعون ضدها قد طلبت في استدعاء دعواها التفريق بين الطرفين لعللة الإساءة وطلبت تعيين حكّمين وأن غياب الزوج سبب لها إساءة ... وكانت المحكمة

(١) مقاييس اللغة: (٤/٤٠٣).

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: ١٢٣٠هـ)، الناشر: دار الفكر

الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، عدد الأجزاء: ٤: (٣/٣٠٢)، كشاف القناع: (٥/٤٢٣)، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً،

للقاضي سعدي أبو جيب، الناشر: دار الفكر - دمشق - سورية، الطبعة: الثانية ١٤٠٨ هـ = ١٩٨٨ م: (ص ٢٧٩).

(٣) أساس ١٣٠٨، قرار ٦٨٨، تاريخ ٢٤/٧/٢٠١٦ (ما سكت عنه القانون السوري في فرق الزواج وآثاره: ص ٢٤٣).

(٤) أساس ٢٩٦، قرار ٦٨٤، تاريخ ٢٩/٨/١٩٩٢م.

قد سارت بإجراءات التفريق لعلّ الإساءة أصولاً وقد استجمع تقرير الحكمين كافة شرائطه القانونية وقد تبين للحكمين أن الإساءة تقع على الزوج^(١).

- وما ذهب إليه اجتهاد الغرفة الشرعية فيه نظر لأمر:

الأمر الأول: أنه أجاز للزوجة طلب التفريق للشقاق والضرر فيما دون السنة، والأصل أن الزوجة ليس لها حق التفريق للضرر الذي يصيبها بالغيبة إلا بعد مرور سنة كاملة.

الأمر الثاني: أن التفريق للضرر سببه سوء عشرة الزوج، ولا يثبت ذلك حال غيابه، فكيف يتحقق سوء معاشرته الزوج لزوجته وهو غائب.

الأمر الثالث: أن الزوج قد يتعذر التواصل معه لسبب من الأسباب فكيف يمكن الحكم بالتفريق بينه وبين زوجته للشقاق والضرر مع تعذر الوصول إليه وتبليغه الدعوى وسماع أقواله.

المطلب الثاني: الرأي الفقهي في التفريق للغيبة:

- اختلف الفقهاء في جواز التفريق للغيبة، وذلك فيما لو غاب الزوج عن زوجته وترك لها النفقة. ومنشأ الخلاف في ذلك هل للمرأة الحق في استدامة الجماع، أم هو حق للرجل فقط؟
- فذهب الحنفية والشافعية: إلى أن الزوجة لا حق لها في التفريق إذا ترك ما يجب لها من النفقة؛ لأن حقها في الوطء قضاء ينقضي بالمرّة الواحدة، فإذا استوفتها لم يعد لها في الوطء حق في القضاء^(٢).
- وذهب المالكية والحنابلة: إلى أن استدامة الوطء حق للزوجة مطلقاً، وعليه فإذا غاب الرجل عن زوجته كان لها طلب التفريق منه، وقدّر المالكية مدّة الغيبة بسنة، وقدّرها الحنابلة بستة أشهر^(٣).

● واختلفوا في نوع الفرقة الواقعة في التفريق للغيبة:

- فذهب المالكية إلى عدّ التفريق للغياب طلاقاً بائناً، وذهب الحنابلة إلى عدّه فسخاً^(٤).
- وذهب القانون السوري ومعه اجتهاد الغرفة الشرعية فعده طلاقاً رجعيّاً، وسيأتي بيان ذلك.

(١) أساس ٦٠٥، قرار ٦٣٧، تاريخ ٢٢/٩/٢٠١٤م، (ما سكت عنه القانون السوري في فرق الزواج وآثاره: ص ٢٢٨).

(٢) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٢/٤٣٤)، البيان في مذهب الإمام الشافعي: (١١/٤٤-٤٦).

(٣) ينظر: مواهب الجليل: (٤/١٥٦)، كشف القناع: (٥/٤٢٣).

(٤) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير: (٢/٤٣٠-٤٣١)، كشف القناع: (٥/٤٢٣).

المطلب الثالث: الرأي القانوني في المسألة:

- اختلفت القوانين العربية في الشروط الموضوعة للتفريق للغياب مع اتفاقٍ في كثير من الشروط بينها.
- فذهب القانون السوري قبل التعديل^(١)، والجزائري^(٢)، والمغربي^(٣)، إلى اشتراط غيبته سنة بلا عذر مقبول.
- وزاد القانون الأردني^(٤) تضرّر الزوجة من بعده عنها، فلو لم تتضرر لم يجز لها طلب التفريق.
- وذهب القانون السوري بعد التعديل، والسوداني^(٥) إلى ما ذهب إليه القانون الأردني، لكن لم يشترط فيهما كون غياب الزوج بغير عذر.
- وزاد القانون الأردني، والسوداني، وجوب إنذار القاضي قبل حكمه بالتفريق للزوج بالإقامة مع زوجته، أو نقلها إليه، أو طلاقها.
- واتفقت القوانين جميعاً على أنه ليس لها أن تطلب التفريق للغياب فيما دون السنة ولو تضررت، وأما التفريق للشقاق فذهب اجتهاد الغرفة الشرعية إلى جوازه في حالة الغياب ولم يشترط مرور سنة كاملة على الغيبة.

المطلب الرابع: الترجيح:

- يرى الباحث أن الراجح ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية الأردني والسوري بعد التعديل باشتراط ثبوت وقوع الضرر على الزوجة حال الغياب، فليس لها طلب الغياب إذا لم تتضرر ولو غاب أكثر من سنة وتُصدّق بيمينها.
- لكن ينبغي على القاضي أن يُمهّل الزوج ويعطيه فرصةً لضمّ الزوجة أو نقلها إليه بعد رفع الزوجة للدعوى قبل أن يحكم بالتفريق، وهو ما لم ينصّ عليه القانون السوري.

(١) مادة (١٠٩)

(٢) مادة (٥٣)

(٣) مادة (١٠٤)

(٤) مادة (١٢٣)

(٥) مادة (١٨٥)

- ويرى أيضًا أن الزوجة لا يحق لها طلب التفريق للشقاق والضرر فيما لو غاب الزوج إلا بعد مرور سنة كاملة من غيابه.
- ويرى أيضًا أنه ليس للزوجة طلب التفريق للشقاق والضرر فيما لو كان الزوج غائبًا وتعذر التواصل معه لسبب من الأسباب؛ لأن ثبوت الضرر يكون بعد تعيين الحكمين وتحديد الإساءة من الطرفين، ولا يمكن ذلك في حال غياب الزوج.
- والتعديل الجديد وإن كان قد اشترط وقوع الضرر على الزوجة لطلب التفريق، لكن هذا الأمر مختص بطلبها التفريق للغياب، ولم ينص على طلبها التفريق للشقاق والضرر.
- ودليل ذلك أن المشرع في نفس القانون عدّ الطلاق الواقع بتضرر الزوجة بغياب زوجها طلاقاً رجعيًا، في حين أنه عدّ التفريق للشقاق والضرر طلاقاً بائنًا؛ وبناءً عليه فيجوز لها أن ترفع على زوجها الغائب دعوى التفريق للشقاق والضرر قبل مرور سنة على غيابه.
- ويؤيد ذلك ما جاء في اجتهاد الغرفة الشرعية ونصّه: "وأن غياب الزوج سبب لها إساءة، ولم يكن المقصود طلب السير لعلّة الغياب؛ لأن التفريق لعلّة الغياب يكون رجعيًا وليس بائنًا، بينما التفريق لعلّة الإساءة يكون بطلقة بائنة"^(١).
- وفي ذلك يقول الدكتور أيمن أبو العيال رحمه الله: "إن الذي دفع لظهور هذه التطبيقات هو الالتفاف حول القانون وصولاً للطلاق؛ إمّا لتجاوز طول المدة التي تستغرقها دعوى الغياب واختصارًا للأجل الذي يجب أن تلتزم به الزوجة في دعوى الغيبة والفقد، وإمّا لعدم تحقق الشروط الشرعية والقانونية لدعوى غياب الزوج أو فقده كإلزام الزوجة بإثبات الغياب، وكوجود عذر لغياب الزوج يمنع الحكم لها بالتفريق، وكل ذلك يدفع الزوجة للجوء لدعوى الشقاق رغبة في الحصول على الطلاق كما ورد في الاجتهاد السابق الذي يوضح رغبة الزوجة في الحصول على الطلاق البائن لا الرجعي"^(٢).

(١) أساس ٦٠٥، قرار ٦٣٧، تاريخ ٢٢/٩/٢٠١٤م، (ما سكت عنه القانون السوري في فرق الزواج وآثاره: ص ٢٢٨).

(٢) ينظر: المرجع السابق.

- ويضاف على ما تقدّم أن ما ذهب إليه القانون السوري من عدّ التفريق للغيبة طلاقاً رجعيّاً لا مستند له فقهاً، وذلك أن التفريق للغيبة مأخوذ من مذهب المالكية والحنابلة، فالمالكية عدّوه طلاقاً بائناً، والحنابلة عدّوه فسحاً، ولم يذهب أحد من الفقهاء إلى عدّ التفريق للغيبة طلاقاً رجعيّاً.
 - وقد نصّ القانون الأردني^(١) والمصري^(٢) والكويتي^(٣) والسوداني^(٤) على عدّ التفريق للغيبة طلاقاً بائناً.
 - وأمّا أكثر قوانين الأحوال الشخصية فسكتت عن نوع الطلاق، لكن يُرجع في ذلك إلى المذهب المستمدّ منه القانون، وهو المذهب المالكي الذي ينصّ على عدّ التفريق للغيبة طلاقاً بائناً.
 - ولم أجد من نصّ على كون التفريق طلاقاً رجعيّاً إلا القانون السوري.
 - وبناءً على ما تقدّم يقترح الباحث تعديل الفقرة الأولى والثانية من المادة (١٠٩) من قانون الأحوال الشخصية إلى ما يأتي:
- "إذا أثبتت الزوجة غياب زوجها أو هجره لها أكثر من سنة وكان معروف الإقامة جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي التفريق لتضرّرها من غيابها عنها، فيضرب له القاضي أجلاً ويُخيّره بين أن يُقيم معها، أو ينقلها إليه، أو يطلقها، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل طلقها القاضي طلاقاً بائناً عليه، وليس لها طلب التفريق قبل مرور سنة كاملة".

(١) مادة (١٢٣)

(٢) مادة (١٢)

(٣) مادة (١٣٧)

(٤) مادة (١٩١)

المطلب الثاني: التفريق للمفقود.

أولاً: التعريف بالمفقود:

- المفقود لغة: الفاء والقاف والداال أصل يدل على غياب الشيء وذهابه وضياعه^(١).
- واصطلاحاً: هو الغائب الذي لا يُعرف موضعه، ولا يُعلم حياته ولا موته^(٢).
- وعرفته الغرفة الشرعية لمحكمة النقض: من لا يُعلم مكانه ولا يعلم أحي هو أم ميت^(٣).
- وعرفه القانون السوري: من لا تُعرف حياته أو مماته، أو تكون حياته محققة ولا يُعرف له مكان^(٤).
- وفي تعريف القانون نظر، فإنه خالف الفقهاء في اعتبار من تحققت حياته ولم يُعرف مكانه مفقوداً، والصواب أنه غائب لا مفقود عندهم.
- وبين الغائب والمفقود عموم وخصوص، فالغائب لغة يُطلق على كل من غاب، سواء عُلِمَت حياته أم لا، والمفقود يُطلق على الغائب الذي لم تُعلم حياته ولا موته، فكل مفقود غائب، وليس كل غائب مفقوداً، وقد غلب استعمال الفقهاء والقانونيين للغائب فيمن عُلِمَت حياته، وللمفقود فيمن لم تُعلم^(٥).

ثانياً الثاني: اجتهاد الغرفة الشرعية:

- ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٢٠٥) إلى أن المفقود يُحكّم بموته بعد عند بلوغه الثمانين من العمر.
- وأما في حالة الحرب أو المواضع الغالب فيها الهلاك فيُحكّم بوفاته بعد أربع سنوات من تاريخ فقدانه^(٦).

(١) ينظر: مقاييس اللغة: (٤/٤٤٣)، المغرب في ترتيب المغرب، لأبي الفتح برهان الدين ناصر بن عبد السيد أبي المكارم الخوارزمي المطبوعي (المتوفى: ٦١٠هـ)، الناشر: دار الكتاب العربي، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، (ص ٣٦٤).

(٢) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير: (٣/٣٠٢)، كشاف القناع: (٥/٤٢٣).

(٣) أساس ١٣٠٨، قرار ٦٨٨، تاريخ ٢٤/٧/٢٠١٦ م. (ما سكت عنه القانون السوري في فرق الزواج وآثاره: ص ٢٤٣)

(٤) مادة (٢٠٢)

(٥) ينظر: اجتهاد الغرفة الشرعية المتقدم ذكره.

(٦) مادة (٢٠٥).

- وقد ذهب اجتهادُ الغرفة الشرعية إلى أن المحكمة الشرعية هي المختصة بإثبات الوفاة واعتبار المفقود ميتاً، ونصب الوكيل القضائي الذي لا بدّ من مخاصمته في دعوى اعتبار المفقود ميتاً^(١).
- وعليه فلا يصحّ الحكم بوفاة المفقود ولو مضى أربع سنوات، أو علّمت الزوجة بوفاته دون حكم قضائي من المحكمة الشرعية بذلك، ويُعتَبَر الزوج ميتاً من تاريخ الفقدان^(٢).
- واختلفت اجتهادات الغرفة الشرعية في حكم التفريق للفقد هل هو كحكم الغائب أم لا؟
- فذهب اجتهاد للغرفة الشرعية أن المفقود ليس له حكم الغائب ولا تنطبق عليه أحكامه.
- وجاء في نص الاجتهاد: "وكانت المدّعية أفادت في محضّر استجوابها أمام المحكمة أنه بتاريخ ٢٠/١/٢٠١٢م غادر المدّعى عليه منزلها الكائن في كفير الزيت قاصداً منطقة التّل، ومنذ ذلك الوقت انقطعت أخباره عنهم، ولا أحد يعلم عنه شيئاً ولا يعرف حياته من مماته، وكانت المادة (١٠٩) من قانون الأحوال الشخصية (إذا غاب الزوج بلا عذر مقبولٍ جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه) وكانت البيّنة المستمعة قد أثبتت فقدان المدّعى عليه وليس غيابه فقط، وأنه لا يعلم عنه خبرٌ ولا يُعَلَم حياته من مماته، وكانت عبارة "بلا عذرٍ مقبولٍ" في المادة (١٠٩) أحوال شخصية تُفيد انطباق نصّ المادة المذكورة على الغائب دون المفقود، على اعتبار أن الأخير هو الغائب الذي لا يُعَلَم مكانه ولا يعلم أحيي هو أم ميتٌ، فإذا علّمت حياته ومكانه أو علّمت حياته دون مكانه فهو غائبٌ وليس مفقوداً، وكان مما يؤيّد انطباق تفريق الغيبة على الغائب فقط دون المفقود هو أن الاجتهاد جعل إثبات مشروعية الغياب على الزوج ومنه (الزوج هو المكلف بإثبات أن غيابه كان مشروعاً)، وكان المفقود وفقاً لما سبق بيانه لا يمكن أن يكون عليه عبء إثبات العذر المقبول المنصوص عليه في المادة (١٠٩) أحوال شخصية كون ذلك النص يتعلّق بالغائب الذي يعلم حياته ومكانه أو حياته دون مكانه، وكان قد ثبت للمحكمة من خلال البيّنة أن المدّعى عليه مفقود، الأمر الذي يتوجب معه رد طلب الجهة المدّعية"^(٣).

(١) قرار ١٠٠٣، أساس ١٠٢٨، تاريخ ١٢/٢٠/١٩٨٠م (الأحكام القضائية الشرعية في ظل قانون الأحوال الشخصية: ص ١٣٧٢).

(٢) أساس ٦٢٦، قرار ٦٠٣، تاريخ ١٩/٦/٢٠١٧م.

(٣) أساس ١٣٠٨، قرار ٦٨٨، تاريخ ٢٤/٧/٢٠١٦م.

- وبناءً على ما تقدّم فإن أحكام الغيبة لا تنطبق على أحكام الفقد، ويُرجع في أحكام الفقد إلى القانون السوري الذي نصّ على أن المفقود يعتبر ميتاً إذا مضى أربع سنوات في حالة الحرب، أو بموت أقرانه في الأحوال التي يغلب فيها السلامة.
- وذهب اجتهاد آخر للغرفة الشرعية إلى أن الغائب له حكم المفقود، وذلك ردّاً على محكمة الموضوع التي قرّرت رفض التفريق للغياب لمن فقدت زوجها ولا تعلم حياته من موته، فردّت محكمة النقض هذا القرار لتجعل المفقود له حكم الغائب، وأن كلّ مفقود هو غائب، وإن لم يكن كل غائب مفقوداً.
- وجاء في نص الاجتهاد: "حيث إن المدّعية الطاعنة تقدّمت بدعواها طالبةً التفريق بينها وبين زوجها لعلّة الغياب، حيث إن زوجها قد تغيب عن دار الزوجية منذ ٢٠/١/٢٠١٣م، وكانت المحكمة قد ردّت طلب التفريق لعلّة الغياب بتعليل أن المدّعي عليه مفقود، وأن التفريق لعلّة الغيبة تنطبق على الغالب فقط دون المفقود، وحيث إن المادة (١٠٩) أحوال شخصية نصّت على أنه إذا غاب الزوج بلا عذر مقبولٍ جاز لزوجته بعد سنةٍ من الغياب أن تطلّب إلى القاضي التفريق ولو كان له مالٌ تستطيع الإنفاق منه، وحيث إنه قد ثبت من البيّنة الشخصية المستمعة تغيب المدّعي عليه من أكثر من ثلاث سنوات عن أهله وبلدته، وأنه لا يُعرف عنه شيءٌ، وحيث إن مناط التفريق لعلّة الغياب هو الضرر الذي يلحق بالزوجة بغياب زوجها؛ لأنها لا تستطيع العيش بعيدةً عن زوجها؛ ولذلك فقد تم اشتراط أن يكون الغياب دون عذرٍ مُدّةٍ تتضرر بها الزوجة، وهذا ما أخذ به القانون السوري، والزوج هو المكلف بإثبات أن تغيبه لعذر مقبول، وحيث إن المفقود هو غائب وإن لم يكن كل غائب مفقوداً، وحيث إن ردّ طلب التفريق لعلّة الغيبة كان غير مرتكز على أساس قانوني ممّا يجعل أسباب الطعن تنال من القرار المطعون فيه"^(١).
- فلاجتهاد المذكور ذهب إلى أن للمفقود حكم الغائب، وبناءً عليه فإن لزوجة المفقود طلب التفريق بعد غيابه سنةً كما هو الحكم في زوجة الغائب، وهو مخالف للاجتهاد المتقدّم الذي خالف بين التفريق للفقد والتفريق للغيبة.

(١) أساس ٧٦٨، قرار ٧٣٨، تاريخ ٣١/١٠/٢٠١٦م (ما سكت عنه القانون السوري في فرق الزواج وآثاره: ص: ٢٤٤).

ثالثاً: الرأي الفقهي في المسألة:

- ذهب الحنفية والمالكية والشافعية في الجديد إلى أن امرأة المفقود لا تتزوج أبداً حتى يأتيها الخبر بطلاق أو وفاة.
- جاء في شرح الجصاص: "وإذا فُقد الرجل لم يُقسَم ماله، ولم تتزوج امرأته حتى يُعلم بموته" (١).
- وجاء في فتح العزيز: "ومن اندرس خبر زوجها فليس لها إلا الصبر إلى الموت على القول الجديد، وعلى القديم إن ترك النفقة فلها أن تتربص أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة وتُنكح" (٢).
- وذهب المالكية والحنابلة والشافعية في القديم إلى أنها تتربص أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة وتُنكح.
- جاء في فتح العزيز: "وعلى القديم إن ترك النفقة فلها أن تتربص أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة وتُنكح" (٣).
- وجاء في المعونة: "امرأة المفقود يُضرب لها أجل أربع سنين، فإن جاء فيها وإلا اعتدت وتزوجت" (٤).
- وجاء في أخصر المختصرات: "امرأة المفقود تتربص ولو أمة أربع سنين، إن انقطع خبره لغيبه ظاهرها الهلاك، ثم تعتد للوفاة" (٥).
- وقد أخذ القانون السوري بمذهب المالكية والحنابلة، بأن امرأة المفقود لها حق التفريق عند فقد زوجها خلافاً للحنفية والشافعية.

رابعاً: الرأي القانوني في المسألة:

- ذهب القانون السوري (٦) إلى أن المفقود يُحكّم بموته ببلوغه ثمانين سنة، أو بمضي أربع سنوات في من الفقعدان في حال العمليات الحربية.

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص: (٨/ ٤٢٧).

(٢) ينظر: فتح العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، لأبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني (المتوفى: ٦٢٣هـ)، المحقق: علي محمد عوض - عادل أحمد عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى: (٩/ ٤٨٤).

(٣) ينظر: المرجع السابق.

(٤) ينظر: المعونة على مذهب عالم المدينة: (ص ٨٢٠).

(٥) ينظر: أخصر المختصرات، لمحمد بن بدر الدين البلباني الدمشقي الخزرجي الحنبلي، الناشر: دار الركائز - الكويت، ودار الصميعي - الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٣٨ هـ - ٢٠١٧ م: (ص ٢٨٧).

(٦) مادة / ٢٠٥ /

- ولم ينص القانون على التفريق للفقدان، واكتفى بقوله: يعتبر المفقود كالغائب، فيكون حكم التفريق بعد مضي سنة على الغياب^(١)، وإلى ذلك ذهب القانون المغربي^(٢) والمصري^(٣) والسعودي^(٤).
- وذهب القانون الأردني^(٥) والعراقي^(٦) أن للزوجة طلب التفريق بعد مرور أربع سنوات من تاريخ فقد الزوج، لكن نص القانون الأردني أنه لو كان في حالة يغلب فيها الهلاك كزلزال أو معركة يُحكم بموته بعد مرور سنة، ولم تختلف باقي القوانين العربية عما جاء في القوانين المذكورة.

خامساً: الترجيح:

- يرى الباحث أن ما ذهب إليه الاجتهاد القائل بأن المفقود له حكم الغائب مطلقاً مجانبٌ للصواب، وذلك أن الغائب يختلف عن المفقود بإمكانية الوصول إليه وإنذاره، بخلاف المفقود.
- وما ذهب إليه اجتهاد الغرفة الشرعية من أن "كل مفقود غائب" يصحّ عند تحقُّق حياة المفقود.
- أما عند الشكّ في حياته أو مماته فُتُطَبَّقَ عليه أحكام التفريق للفقد لا للغياب؛ لأنه ليس كل غائب مفقوداً، فيُرفع الأمر للقاضي، فيُنظر في أمره ويسأل عنه ويتفحص أخباره، فلو لم يقف على خبر وكان قد مضى على فقدانه أربع سنين حكم بالتفريق، فتعتد المرأة بعد ذلك عدّة الوفاة، ثم تنكح غيره إذا شاءت.
- ولم ينص القانون السوري على حكم التفريق للمرأة المفقود زوجها، وتقدم اختلاف الاجتهادات في كون المفقود له حكم الغائب أم لا، والأصل في ذلك أن يرجع إلى المصدر المستمد منه هذا القانون، وهو المذهب المالكي، والمدة التي تتربص بها امرأة المفقود عندهم هي أربع سنين، ثم تتزوج.

(١) مادة (٢٠٣)

(٢) مادة (١٠٤)

(٣) مادة (١٢)

(٤) مادة (١١٥)

(٥) مادة (١٣١)

(٦) مادة (٤٤)

- ويرجّح الباحث ما ذهب إليه القانون الأردني من أن الزوج لو كان في حالة يَغلب فيها الهلاك فإن الزوجة تتربّص سنة واحدة فقط^(١)، ثم يكون لها بعد ذلك طلب التفريق للفقد.
- ويقترح أيضًا تعديل نص المادة (٢٠٥) إلى ما يأتي:
- ١- ينتهي فقدان بعودة المفقود أو بموته أو بالحكم باعتباره ميتاً عند بلوغه الثمانين من العمر إذا لم يكن الفقدان في حالة يغلب فيها الهلاك.
- ٢- إذا راجعت زوجة المفقود القاضي وكان زوجها غائبًا وطلبت التفريق؛ لتضررها من بُعده عنها ويئس القاضي من الوقوف على خيب حياته أو مماته بعد البحث والتحري، فإنه يؤجّل الأمر أربع سنوات من تاريخ فقده، فإذا لم يتبيّن عنه خبرٌ فرّق القاضي بينهما.
- ٣- لو فُقد الزوج في حالة يغلب فيها الهلاك كفقده في معركة أو زلزال ونحو ذلك فللقاضي التفريق بينهما بعد مضي مدة لا تقل عن سنة من تاريخ فقده، وتعتدّ الزوجة عدة الوفاة من تاريخ حكم القاضي بالتفريق.
- ٤- لا يحق للزوجة طلب التفريق للشقاق والضرر قبل مرور سنة على غياب الزوج أو فقده بدون سبب شرعيٍّ مُعتبر.

(١) وهو قول سعيد بن المسيّب كما روى عبد الرزاق في مصنفه، كتاب الطلاق (٧/ ٨٩)، رقم: ١٢٣٢٦ أنه قال: «إذا فقد في الصف تربصت سنة، وإذا فقد في غير الصف فأربع سنين». وإسناده صحيح.

المطلب الثالث: التفريق لللعان:

أولاً: تعريف اللعان ومشروعيته وحكمه:

أ- تعريف اللعان:

اللعان لغة: هو مصدر (لَاعَنَ لِعَانًا) إذا لعن كل واحد من الاثنين الآخر، و(اللَّعَان) و(المُلَاعَنَة) بمعنى واحد كالقتال والمقاتلة، ولا يكون اللعان إلا بين اثنين، وأصله: الطرد والإبعاد من الخير^(١).
واصطلاحاً: شهادات مؤكدة بالأيمان، مقرونة باللعن، قائمة مقام حد القذف في حق الزوج، ومقام حد الزنا في حد الزوجة^(٢).

(١) ينظر: مختار الصحاح: (ص ٢٨٣)، وحلية الفقهاء، لأبي الحسين أحمد بن فارس القزويني الرازي (المتوفى: ٣٩٥هـ)، المحقق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: الشركة المتحدة للتوزيع - بيروت، الطبعة: الأولى (١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م): (ص ١٨٢)، أساس البلاغة، لأبي القاسم جار الله محمود بن عمرو بن أحمد الزخشي (المتوفى: ٥٣٨هـ)، تحقيق: محمد باسل عيون السود، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى: (١٧١/٢).

(٢) ينظر: التعريفات: (ص ١٩٢)، طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية: (ص ٦٢).

وهذا التعريف للحنفية، كما ذكر صاحب الهداية، وغيره. وللفقهاء باقي المذاهب تعاريف أخرى تدور على هذا المعنى.

وفرغه المالكية: بأنه حلف زوج على زوجته بزنى أو نفي نسب، وحلفها هي على تكذيبه.

وعرفه الشافعية: بأنه: كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطح فراشه وألحق به العار.

وعرفه الحنابلة: شهادات مؤكدة بأيمان من الجانبين مقرونة بلعن من زوج وغضب من زوجة قائمة مقام حد قذف أو تعزيز في جانبه أو حبس في جانبها. ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٢/ ٢٧٠)، والشامل في فقه الإمام مالك، لأبي البقاء تاج الدين بهرام بن عبد الله السلمي الدِّمِيرِي الدِّمِيَّاطِي المالكِي (المتوفى: ٨٠٥هـ)، تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، الناشر: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة: الأولى: (١/ ٤٥٧)، وكفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، لأبي بكر بن محمد بن عبد المؤمن، تقي الدين الحصني الشافعي (المتوفى: ٨٢٩هـ)، المحقق: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، الناشر: دار الخير - دمشق، الطبعة: الأولى: (٤٢٠)، كشف المخدرات والرياض المزهرة لشرح أخصر المختصرات، لعبد الرحمن بن عبد الله بن أحمد البعلبي الخلوقي الحنبلي (المتوفى: ١١٩٢هـ)، تحقيق: محمد بن ناصر العجمي، الناشر: دار البشائر الإسلامية - لبنان/ بيروت، الطبعة: الأولى: (٢/ ٦٦٣).

ب- مشروعيته:

ثبتت مشروعية اللعان بالقرآن، والسنة، والإجماع.

أما القرآن: فقد ورد اللعان في سورة النور بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ٦ وَالْخَمْسَةُ أَنْ لَعْنَتْ اللَّهُ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ٧ وَيَذَرُونَهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ٨ وَالْخَمْسَةَ أَنْ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ٩﴾ [النور: ٦-٩].

- فذكرت الآية أن الذين يزمون أزواجهم بالزنا وليس لهم شهداء يشهدون على صحة قولهم إلا هم، فيجب عليهم اللعان المذكور في الآية، وسيأتي بيان كيفية.

- وأما السنة: فروى البخاري في صحيحه عن ابن عباس رضي الله عنهما "أن هلال بن أمية، قذف امرأته عند النبي ﷺ بشريك ابن سحماء، فقال النبي ﷺ: البينة أو حدٌ في ظهرك، فقال: يا رسول الله، إذا رأى أحدنا على امرأته رجلاً ينطلق يلتبس البينة؟ فجعل النبي ﷺ يقول: البينة وإلا حد في ظهرك، فقال هلال: والذي بعثك بالحق إني لصادق، فليُنزلن الله ما يُبرئ ظهري من الحد، فنزل جبريل وأنزل عليه: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ [النور: ٦] فقرأ حتى بلغ: ﴿إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ﴾ [النور: ٩] ^(١)."

- وأما الإجماع: فقد أجمعت الأمة على مشروعية اللعان ^(٢).

(١) صحيح البخاري، كتاب تفسير القرآن، باب ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ﴾: (٦/ ١٠٠)، رقم: (٤٧٤٧).

(٢) ينظر: الإجماع: (ص ١٠٢)، مراتب الإجماع، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت: (ص ٨٠-٨١)، الإقناع في مسائل الإجماع: (٢/ ٦٧).

ت-كيفية:

- بيان كيفية: أن يقول الزوج أربع مرات: "أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما قذفتها به من الزنا، ثم يقول في المرة الخامسة: لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيه.
- وتقول الزوجة بعد ذلك أربع مرات: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما قذفتني به، ثم تقول في الخامسة: غضب الله عليها إن كان من الصادقين^(١).
- وقد اختلف الفقهاء في شروط اللعان، وتوصيف ألفاظه هل هي شهادة، أم يمين، ونوع الفرقة، ووجوب النفقة، ورجوع الزوج عن قذفه بعد اللعان، وغير ذلك مما يطول ذكره وليس هنا محله^(٢).

ث- أحكامه: ينبنى على اللعان ثلاثة أحكام رئيسية:

الأول: سقوط الحد عن الزوجين عند تمام اللعان.

الثاني: وقوع الفرقة بينهما.

الثالث: رفع نسب الولد عن الأب وإلحاقه بالأم^(٣).

(١) ينظر: الكواكب الدراري في شرح صحيح البخاري، لشمس الدين محمد بن يوسف بن علي الكرمانى (المتوفى: ٧٨٦هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربى، بيروت-لبنان، طبعة أولى: ١٣٥٦هـ - ١٩٣٧م، طبعة ثانية: ١٤٠١هـ - ١٩٨١م: (٢١٥/١٩). وطرح الشريب في شرح التقريب: (تقريب الأسانيد وترتيب المسانيد)، لأبي الفضل زين الدين عبد الرحيم بن الحسين العراقي (المتوفى: ٨٠٦هـ)، وأكملة ابنه: أبو زرعة ولي الدين أحمد بن عبد الرحيم العراقي (المتوفى: ٨٢٦هـ)، الناشر: الطبعة المصرية القديمة: (١١٢-١١٣).

(٢) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٢/٢٧٠-٢٧٢). والشامل في فقه الإمام مالك: (١/٤٥٧-٤٦٥). وكفاية الأخيار في حل غاية الاختصار: (ص ٤١٩-٤٢٣)، وكشف المخدرات: (٢/٦٦٣-٦٦٧).

(٣) ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق: (٤/١٢٨). والجامع لمسائل المدونة، لأبي بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي (المتوفى: ٤٥١هـ)، الناشر: معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي - جامعة أم القرى، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى: (١٠/٩١٧). والأم: (٥/٣١٠). ومنتهى الإرادات، لتقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي الشهير بابن النجار (٩٧٢هـ)، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى: (٤/٣٧٩).

ج- نوع الفرقة في اللعان:

- إذا اتَّهم الزوج زوجته بالزنا أو نفى نسبة الولد إليه ولم يستطع إثبات ذلك أمام القضاء، كان أمام أحد أمرين: إما عقوبة التهمة وهي جلد ثمانين جلدة، وإما اللعان: وهو أيمانٌ مخصوصة يؤديها الزوج أمام القضاء كما تقدم.
- والفرقة عند الحنفية طلاق بائنٌ يقع بتفريق الحاكم؛ لأنها فرقة من نكاح صحيح تختص بمجلس الحكم، فتكون فرقة طلاق كالفرقة بسبب الجبِّ والعنة، ولأنَّ باللعان يفوت الإمساك بالمعروف فيتعين التسريح بالإحسان^(١).
- وذهب أبو يوسف من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة إلى أنه فسخ؛ لأنها حرمة مؤبَّدة فكانت فسخاً كالرضاع، ولأنَّ اللعان ليس بصريح الطلاق ولا ينوي به الطلاق فلم يكن طلاقاً كسائر ما ينفسخ به^(٢).
- وقد استقر اجتهاد محكمة النقض في فرقة اللعان على "أن الحكم بالتفريق للعان طلاق بائن وليس فرقة مؤبَّدة"^(٣).
- إلا أن هذا الاجتهاد يتعارض مع نص المادة (٩٤) التي تنصُّ أن "كلُّ طلاق رجعي إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على بدل". ولم يُذكر من بينها اللعان، وهذا يعني أن اللعان يدخل في عموم قوله "كل طلاق" ويقع به طلق رجعية حسب مفهوم المادة /٩٤/ أحوال، وهذا ما لم يقل به أحد من الفقهاء، ففرقة اللعان إما طلاق بائن حسب مذهب الحنفية أو فسخٌ حسب رأي الجمهور، ولا يمكن الرجوع إلى الراجح من المذهب الحنفي؛ لوجود النص القانوني الصريح، فلذلك وجب إدراج التفريق للعان ضمن المادة (٩٤).

(١) ينظر: التجريد: (١٠/٥٢٣٤-٥٢٣٨).

(٢) ينظر: تحفة الفقهاء: (٢/١٨٤)، التفريع في فقه الإمام مالك: (٢/١١)، التهذيب في فقه الإمام الشافعي: (٦/١٩٠)، شرح

الزركشي على مختصر الخرقي: (٥/٥٢٠).

(٣) أساس ٤٤٣، قرار ٤٤٣، تاريخ ١٩٧٢/٨/٣١ م، (الأحكام القضائية الشرعية في ظل قانون الأحوال الشخصية: ص

١٤٢٥).

ثانيًا: اجتهاد الغرفة الشرعية:

- ذهب الفقهاء جميعًا والقوانين العربية كلها إلى أن اللعان هو الوسيلة المشروعة لنفي النسب، فلو أراد إنسان ما أن ينفي نسب من دُعي إليه فإن له أن يلاعن، وتكون الملاعنة بينه وبين زوجته، فإذا تمت الملاعنة فرق بينهما وحكم القاضي بالتفريق.
- لكن جاءت الاجتهادات التشريعية في هذا الصدد للأسف مخالفة للشريعة الإسلامية، بحيث إنه لا يمكن أن يقع لعان صحيح بشروطه إلا بموافقة الطرفين، وهذا مخالف للشريعة الإسلامية ولجميع القوانين التي ذكرت اللعان.
- فقد جاء في اجتهاد الغرفة الشرعية ما يأتي: "شروط اللعان أن يكون بين مسلمين في بلاد الإسلام، وأن يلاعن الزوج زوجته ثم تصدّقه هي أو تلاعنه، فإن صدّقه كان الولد للفراش ولم ينتف النسب، وإن لاعتنه انتفى النسب وفرّق بينهما الحاكم، أما إذا رفضت فإنها تُحبس بحسب القول الراجح في المذهب الحنفي حتى تصدّق زوجها أو تلاعنه.
- ولما كان لا يوجد في قوانيننا الوضعية ما يميز حبس الزوجة حتى تلاعن زوجها أو تصدقه فإنها إذا أبت الملاعنة انتفى ركن اللعان وثبت النسب للفراش".
- وهذا الاجتهاد مُشكّل في القانون السوري؛ إذ إنه يمنع اللعان مطلقًا، ويجعل نفي النسب غير واقعي، بل كلامًا نظريًا غير قابل للتطبيق.
- فإن الرجل إذا أراد أن ينفي نسب ابنه فأقام الدعوى ورفع الأمر للقاضي وقدم جميع الإجراءات بشكل صحيح إلا أن الزوجة رفضت أن تلاعنه، فإن هذا يؤدي إلى أن النسب يثبت على الزوج ويبطل اللعان.
- وعليه فأياً زوجة أرادت التخلص من اللعان فما عليها إلا أن تأبى الملاعنة حتى يبطل اللعان، ويثبت النسب من الزوج.

- وهذا الاجتهاد فيه ظلمٌ وإجحافٌ بحق الرجل، وتعطيلٌ للحكم الشرعي الذي وضعه الله تعالى عند إرادة نفي النسب، وينبغي عليه أنه من يقن كون ابنه ليس من صلبه وأقام الدعوى على ذلك فإن إباء الزوجة للعان يبطل حقه فيه، ويلحق الولد به.
- **وقول الاجتهاد:** ولما كان لا يوجد في قوانيننا الوضعية ما يميز حبس الزوجة حتى تلاعن زوجها... الخ " كلامٌ غير سديد، فإن قانون الأحوال الشخصية مرجعه هو الفقه الإسلامي، لا القوانين الوضعية، والراجح من مذهب الحنفية أن الزوجة تحبس حتى تلاعن زوجها أو تصدقه، كما سيأتي بيانه، فلا يجوز معارضة النص الفقهي بالحكم الوضعي، ولم يوجد نص قانوني أو فقهي يمنع اللعان بمثل هذا الأمر.
- وقد جاء اجتهاد سابقٌ للغرفة الشرعية على خلاف ما تقدم ونص على أنه " لا يُعدّ امتناعُ الزوجة عن حَلْفِ يمين اللّعان مانعاً من الحكم بالتفريق؛ لأن امتناعها يوجب عليها الحد وحسب^(١)"
- وبناءً عليه فلو امتنعت الزوجة عن حلف أيمان اللعان فالقاضي يحكم بالتفريق ولا يؤثر امتناعها على إتمام اللعان، ويلزمها حد الزنا، والمصدر الفقهي لهذا الاجتهاد المذهب الشافعي، فاللعان بالنسبة للزوجة عند الشافعية هو لدرء الحد عن نفسها، أما الفرقة فتقع بفراغ الزوج من اللعان^(٢).
- وهذا الاجتهاد فيه نظرٌ؛ لأنه مخالفٌ لنص المادة (٣٠٥) الذي يقضي بوجوب الرجوع إلى الراجح في المذهب الحنفي فيما سكت عنه النص، وهو يقرّر أن الزوجة إن امتنعت عن اللعان حبسها الحاكم حتى تلاعن أو تصدّق الزوج فيما اتّهمها به.

(١) ينظر: الاجتهاد السابق.

(٢) ينظر: التهذيب في فقه الإمام الشافعي: (١٩٩/٦).

ثالثاً: الرأي الفقهي في المسألة:

- اختلف العلماء في حكم نكول الزوجة ثلاثة أقوال:
- القول الأول: أن الزوجة لو أبت اللعان فإنها تجبر عليه، فتحبس حتى تلاعن أو تصدقه، وإليه ذهب الحنفية والحنابلة في رواية.
- جاء في الهداية: "فإن امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن أو تصدقه؛ لأنه حق مستحق عليها وهي قادرة على إيفائه فتُحبس فيه^(١)".
- وجاء في كشف القناع: "(وإن لاعن) الزوج (ونكلت) الزوجة (عن اللعان فلا حدّ عليها) لأن زناها لم يثبت؛ لأن الحد يدراً بالشبهة (وحبست حتى تُقرّ أربعاً أو تلاعن)^(٢)".
- القول الثاني: أن الزوجة إذا نكلت عن اللعان أُقيم عليها الحد، وإليه ذهب المالكية والشافعية والحنابلة في رواية.
- جاء في المدونة: "إذا نكلت عن اللعان رُجمت؛ لقول الله تبارك وتعالى: ﴿وَيَذَرُوهَا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ﴾ [النور: ٨] قال: فإذا تركت المخرج الذي جعل الله لها برّد قوله جُلِدَتْ إن كانت بكرًا، ورُجمت إن كانت ثيبًا؛ لأنه أحقّ عليها الزنا بالتعانه^(٣)".
- وجاء في بحر المذهب: "ولو التعن وأبت اللعان فعلى الحرّة البالغة الحد^(٤)".
- وجاء في المبدع: "وإن لاعن ونكلت الزوجة عن اللعان خلى سبيلها ولحقه الولد وقال الشيخ تقي الدين^(٥): مُحدّ^(٦)".

(١) الهداية شرح بداية المبتدي: (٢/ ٢٧٠).

(٢) كشف القناع: (٥/ ٤٠٠).

(٣) المدونة: (٢/ ٣٥٨).

(٤) بحر المذهب: (١٠/ ٣٢٢).

(٥) هو الشيخ تقي الدين ابن تيمية رحمه الله.

(٦) المبدع في شرح المقنع، لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح (المتوفى: ٨٨٤هـ)، الناشر: دار

الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م: (٧/ ٥٥).

● **القول الثالث:** أن الزوجة إذا نكلت عن اللعان حُلِّي سبيلها ولحق الولد بالزوج، وإليه ذهب اجتهدا الغرفة الشرعية.

- **جاء في المقنع:** "وإن لاعن ونكلت الزوجة عن اللعان حُلِّي سبيلها ولحقه الولد^(١)".

● **فيظهر** مما تقدم أن الفقهاء اختلفوا في نكول المرأة على ثلاثة أقوال:

الأول: رأي الحنفية والحنابلة أنها تُحبس وتُجبر على اللعان.

الثاني: رأي الشافعية والمالكية وبعض الحنابلة أنها تحدد.

الثالث: رأي بعض الحنابلة أنها لا تحدد ويلزمه الولد.

رابعاً: الرأي القانوني في المسألة:

- اُتفرقت القوانين العربية في مسألة نكول الزوجة إلى قسمين:

القسم الأول: ذكر اللعان مطلقاً دون تفصيل في حكم نكول الزوجة، وعلى ذلك فينبغي أن يُرجع في

بيان أحكام اللعان إلى المذهب الفقهي لكل بلد، ومن المعلوم أنه لا يشترط لنفي النسب باللعان

موافقة الزوجة على الملاعة باتفاق الفقهاء، فلو نكلت الزوجة انتفى النسب

- **مثاله ما جاء في القانون السوري^(٢):** "إذا مضى على عقد الزواج أقل مدّة الحمل ولم يثبت عدم

التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة لا ينفي نسب المولود عن الزوج إلا باللعان".

- فأطلق القانون نفي النسب باللعان، فيُرجع في حكم نكول الزوجة إلى مذهب البلاد، وهو المذهب

الحنفي، والذي ينص على حبس الزوجة حتى تُلاعن، ويقاس على هذا القانون سائر القوانين في

البلاد العربية، فيُرجع فيها إلى المذهب الفقهي للبلد.

- **القسم الثاني:** ذكر مسألة نكول الزوجة، ونص عليها بشكل صريح، كما في القانون السعودي

والإماراتي.

(١) المقنع في فقه الإمام أحمد: (ص ٣٧٣).

(٢) مادة (١٢٩)

- فجاء في قانون الأحوال الشخصية السعودي^(١): "يكون اللعان لنفي نسب الولد أمام المحكمة وفق الصيغة المقررة شرعاً، وإذا حلف الرجل أيمان اللعان وامتنعت المرأة عن أدائه فتحكم المحكمة من دون أيمانها"^(٢).
- فنص في القانون المذكور أن المحكمة تحكم بنفي النسب لو نكلت المرأة عن اليمين.
- ووافقه أيضاً القانون الإماراتي^(٣)، وجاء فيه: "إذا حلف الزوج أيمان اللعان وامتنعت الزوجة عنها أو امتنعت عن الحضور أو غابت وتعذر إبلاغها حكم القاضي بنفي النسب".
- فيتحصل مما تقدّم أن قوانين الأحوال الشخصية العربية متفقة على كون اللعان لا يبطل بنكول الزوجة.
- فمنهم من سكت عن بيان ذلك -وعليه أكثر القوانين- فيرجع في بيانه إلى المذهب الفقهي للبلد، وقد تقدم أن الفقهاء متفقون على مشروعية اللعان وعدم بطلانه بنكول الزوجة.
- ومنهم من نص على ذلك صراحة فيكتفى بالنص القانوني الصريح في معرفة الحكم الشرعي.
- وقد تفرّد القانون السوري بالحكم بإلحاق النسب بالزوج عند نكول الزوجة، وهو رأي لا مستند له فقهاً ولا قانوناً كما تقدّم.

خامساً: الترجيح:

- يرى الباحث أن من الواجب على الغرفة الشرعية إعادة النظر في اجتهادها؛ لأن اجتهادها يخالف النص الشرعي مخالفة صريحة، ويخالف القانون أيضاً من جهة أنه قرّر مشروعية نفي النسب باللعان، وما سكت عنه يُرجع فيه للمذهب الحنفي الذي يرى حبس الزوجة حتى تُلاعِن، والقولُ إثبات نسب الولد للزوج الملاعن عند نكول المرأة إبطالاً للّعان، ومنعٌ للزوج من ممارسة حقه الشرعي الذي وضعه الله، وفي هذا من الظلم والإجحاف بحق الزوج ما لا يخفى، والله أعلم.

(١) مادة (٧٤)

(٢) مادة (٧٤).

(٣) مادة (٩٧)

المبحث الثاني: التفريق بالفسخ:

المطلب الأول: التفريق لرّدّة الزوجة:

أولاً: بيان المسألة:

- ذهب القانون السوري إلى أن الزوجة لو ارتدّت بعد الدخول فإن العقد يفسخ ويجب المهر كاملاً.
- جاء في القانون السوري في المادة (٥٩): "يسقط حق المرأة في كامل المهر إذا وقعت البينونة بسبب من قبل الزوجة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة".
- وقد سكّ القانون السوري عمّا لو وقعت الرّدّة بعد الدخول، فيرجع فيه إلى الراجح من المذهب الحنفي، ويجب به المهر كاملاً.
- جاء في الاختيار: "ثم إن كان المرتدّ الزوجة بعد الدخول فلها المهر، وقبله لا شيء لها ولا نفقة" (١).
- فيتبيّن مما تقدّم أن القانون السوري يُوجب للمرتدة بعد الدخول المهر كاملاً كما هو مذهب الحنفية.
- ونص القانون يعارض ما جاء في المادة (١١٤) ونصه: "إن كانت الإساءة أو أكثرها من الزوجة أو مشتركة بينهما قررا التفريق بين الزوجين على تمام المهر أو على قسم يتناسب ومدى الإساءة".
- ووافقته اجتهاد محكمة النقض الذي جاء فيه: "وكان ظاهراً من صراحة النص أن الحكمين مخيران بالحكم على الزوجة المسيئة بتجريدها من كل المهر أو قسم منه" (٢).
- ففي نصّ القانون واجتهاد الغرفة الشرعية ما يفيد أن الفرقة إذا كانت بسبب من الزوجة فللزوجة الحق بالمطالبة بالمهر كاملاً أو بقسم منه.
- ومن المعلوم أن رّدّة الزوجة إساءة منها بل هي من أعظم الإساءات، وعلى ذلك فيجب أن يكون للزوج الحق في إعفائه من المهر، خاصّة وأن الفسخ جاء من قبل الزوجة فأشبهت المختلعة.

(١) الاختيار لتعليل المختار: (١١٤ / ٣).

(٢) ينظر: اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض، أساس، ٢٣٥، قرار ٢٢٩، تاريخ ١٤ / ٥ / ١٩٦٠ م.

- وبناءً على تقدم فلو أن رجلاً ارتدت امرأته بعد الدخول فإنها تستحق المهر كاملاً وفق المادة (٥٩) والراجح من مذهب الحنفية، وهو معارض لنص المادة (١١٤) واجتهاد الغرفة الشرعية من أن الزوجة إذا كانت الإساءة من قبلها فللزواج المطالبة بالمهر كله أو بعضه.

ثانيًا: الرأي الفقهي في المسألة:

- اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:
- **القول الأول:** أن الردة بعد الدخول لا تؤثر في المهر، ويجب للزوجة جميع المهر ولو كانت الردة منها، واختار هذا المذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في رواية.
- **جاء في الاختيار:** "ثم إن كان المرتد الزوجة بعد الدخول فلها المهر، وقبله لا شيء لها ولا نفقة" (١).
- **وجاء في التهذيب:** "ثم إن وجدت الردة بعد الدخول - وقد استقر مهرها بالدخول - فلا يسقط بالردة، وإن وجدت قبل الدخول نُظِر، إن ارتدت المرأة سقط مهرها؛ لأن الفسخ جاء من قبلها" (٢).
- **وجاء في التوضيح:** والردة تقطع العصمة من الجانبين مكانها بتطليقة بائنة ولها المسمى بالدخول، ولو ارتدت قبل الدخول بها سقط صداقها (٣).
- **وجاء في الإقناع:** "وإن أفسدت نكاح نفسها قبل الدخول سقط مهرها وإن كان بعده لم يسقط ويجب على زوجها" (٤).
- **القول الثاني:** أن الردة بعد الدخول تُسقط المهر إذا كانت من الزوجة، وكذا كل فرقة تقع بسبب الزوجة فإن لها أثرًا على المهر، وهي رواية عن الحنابلة اختارها ابن تيمية وابن القيم.

(١) الاختيار لتعليل المختار: (١١٤/٣).

(٢) التهذيب في فقه الإمام الشافعي: (٤١٨/٥).

(٣) التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري (المتوفى: ٧٧٦هـ)، المحقق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب، الناشر: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة الأولى: (٧٧/٤).

(٤) الإقناع في فقه الإمام أحمد: (١٢٨/٤).

- جاء في المستدرك على مجموع الفتاوى: "ثم إذا وقع به الطلاق بفعالها، أو حصلتُ فُرقةً بفعالها بعد الدخول فهل يرجع عليها بالمهر؟ فهو مبنيٌّ على أن إخراج البُضع من ملك الزوج هل هو مُتَقَوِّمٌ؟ والصحيح أنه متَقَوِّمٌ، وهو مضمونٌ بالمسمَّى وهو منصوَصٌ عن أحمد" (١).
- وجاء في بدائع الفوائد: "وعلى هذا فإذا كان الإفساد بعد الدخول رجع عليها بكمال المهر هذا منصوَصٌ أحمد في رواية ابن القاسم (٢)، وقال بعض أصحابه: لا يَرَجِعُ بشيء، والمنصوص هو الأقوى دليلاً ومذهباً" (٣).

ثالثاً: الرأي القانوني في المسألة:

- سكت قانون الأحوال الشخصية عن حكم الزوجة المرتدة، فيُرجع في ذلك إلى الأرجح في مذهب الحنفية، والأرجح عندهم أن النكاح يفسد، كما جاء في الاختيار: "لو ارتدت المرأة قيل: لا يفسد النكاح؛ زجراً لها، والصحيح أنه يفسد" (٤).
- ولم يتعرَّض القانون للمهر، فيُرجع فيه إلى الراجح من مذهب الحنفية، وقد تقدم أن لها المهر كاملاً.
- ولم تتعرَّض معظم القوانين العربية لعلة الردة وأثرها في المهر، ووردت الإشارة لها دون تفصيل.
- فنص القانون السوداني على أن عقد الزواج يُفسخ إذا انعقد عليه إحدى المحرِّمات أو طراً عليه ما يمنع استمراره شرعاً (٥)، وإلى نحو هذا ذهب القانون القطري (١) والإماراتي (٢) والعماني (٣).

(١) المستدرك على مجموع الفتاوى، لأبي العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (المتوفى: ٧٢٨هـ)، جمعه ورتبه وطبعه على نفقته: محمد بن عبد الرحمن بن قاسم (المتوفى: ١٤٢١هـ)، الطبعة: الأولى: ١٤١٨ هـ: (٣٧/٥-٣٨).

(٢) هو أحمد بن القاسم صاحب أبي عبيد ابن سلام، حدث عن الإمام بمسائل كثيرة. ينظر: طبقات الحنابلة، لأبي الحسين ابن أبي يعلى، محمد بن محمد (المتوفى: ٥٢٦هـ)، المحقق: محمد حامد الفقي، الناشر: دار المعرفة- بيروت، عدد الأجزاء: ٢: (١/٥٥-٥٦). والذي وجدته منصوَصاً عن الإمام أحمد أن لها الصداق كاملاً، كما روى عنه إسحاق بن منصور قال: قلت لأحمد: قال سفيان: إن كان دخل بها ثم ارتدت فلها الصداق كاملاً. قال أحمد: هو كذا إذا وطئها. ينظر: مسائل الإمام أحمد بن حنبل وابن راهويه، لأبي يعقوب إسحاق بن منصور المروزي، المعروف بالكوسج (المتوفى: ٢٥١ هـ)، الناشر: دار الهجرة- الرياض: (١/٤٦١).

(٣) بدائع الفوائد، لشمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب، المعروف بابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١ هـ)، الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، عدد الأجزاء: ٤: (٣/١٦٩-١٧٠).

(٤) الاختيار لتعليل المختار: (٣/١١٤).

(٥) مادة (٢٠٦).

- والظاهر من القوانين المذكورة أن الرّدة سببٌ من أسباب فسخ النكاح؛ لأنها تمنع استمرار النكاح شرعاً كما هو معلوم، لكن لم تتعرض لأثرها في المهر.
- ونصّ القانون الليبيّ على أن الفسخ بعد الدخول أو ثبوت الخلوة يُوجب للمرأة المهر المسمّى أو مهر المثل^(٤)، وهو مذهب الجمهور، ونحاً نحوه القانون السعودي^(٥).
- وأما القانون الكويتي فهو كالقانون السوري نصّ على أن ردة الزوجة لا تفسخ النكاح^(٦).
- وفصّل القانون الأردني في مسألة الردة تفصيلاً واضحاً، جاء فيه: (إن كانت الردة بعد الدخول وأصر المرتد عليها ورفض العودة عن رده حكم القاضي بفسخ عقد الزواج بينهما)^(٧).
- وجاء فيه: (يسقط المهر كله إذا جاءت الفرقة بسبب من الزوجة كردتها أو بفعلها ما يوجب حرمة المصاهرة وإن قبضت شيئاً من المهر تردّه)^(٨).

رابعاً: الترجيح:

- يرى الباحث أن ما ذهب إليه ابن تيمية وابن القيم، ومعه القانون الأردني هو الصواب الموافق للقواعد الشرعية، وذلك أن الفرقة جاءت بسبب الزوجة، فوجب عليها أن ترجع بالمهر على الزوج، كما أن الرّدة ذنبٌ عظيمٌ، فلا تكون سبباً في استحقاق الزوجة للمهر كاملاً، وهذا قد يفتح باب شرّ كبير، فترتد المرأة التي لا تريد زوجها عن الإسلام وتستحق المهر بذلك، ثم بعد أن تنقضي عدتها تأخذ المهر وتتزوج بغير الزوج السابق، وفي هذا من الخطر ما لا يخفى.

(١) مادة (١٠٥)

(٢) مادة (٩٨)

(٣) مادة (١١٨/أ).

(٤) مادة (٤٥)

(٥) مادة (٣٤ و ٤٠).

(٦) مادة (١٤٥)

(٧) (١٤٢).

(٨) مادة (٤٨).

- وما يقال من أنها استَحَقَّت المهر بالدخول، فلا يَسْقُط مهرها بعد ذلك فهو منقوض بالمختلعة، وهي أقل حالاً من المرتدة.

- ويؤيد وجوب المهر عليها ما جاء في سبب نزول قوله تعالى: ﴿وَإِنْ فَاتَكُمْ شَيْءٌ مِّنْ أَزْوَاجِكُمْ إِلَى الْكُفَّارِ فَعَقَبْتُمْ فَاتُوا الَّذِينَ ذَهَبَتْ أَزْوَاجُهُمْ مِّثْلَ مَا أَنْفَقُوا﴾

- [الممتحنة: ١١] أن ذلك فيمن ارتدت امرأته وذهبت إلى المشركين فيُدفع إلى زوجها مهرٌ مثلها^(١).

- ففي الآية أمر الله نبيه والمؤمنين أن يُعطوا الكافر مهرَ امرأته المهاجرة، ويُعطوا المسلم مهرَ امرأته المرتدة، فدلّ هذا على أن خروج البضع من ملك الزوج متقوم بالمسمى الذي هو ما أنفق الزوج.

- وأيضاً فإن الله تعالى شرع للكفار أن يسألوا المؤمنين ما أنفقوا على النسوة المهاجرات، وشرع

للمؤمنين أن يسألوا الكفار ما أنفقوا على النسوة المرتدات، فقال تعالى: ﴿وَسَأَلُوا مَا أَنْفَقْتُمْ وَلَسَأَلُوا مَا

أَنْفَقُوا﴾ [الممتحنة: ١٠]، فدلّ ذلك على أن خروج البضع متقوم بالمهر المسمى، وأن المرأة إذا

أفسدت نكاحها كانت عاصيةً ظالمةً مُتْلِفَةً للبضع، فوجب عليها الضمان^(٢).

- وبناء على ما تقدم ذكره فإن المرتدة لا حقّ لها بالمهر، ويجب عليها إعادة ما أعطاه الزوج من مهر

مقدم أو مؤخر عند ارتدادها؛ لأن الفرقة حصلت بسببها، فينبغي لها أن تضمن للزوج ما بذله لها، كما

يكون ذلك في المخالعة، بل هو أشدّ هنا؛ لأن المخالعة حق للمرأة شرعه الله لها، في حين أن الرّدة

عن الدين أعظم المعاصي ضرراً وشرّاً، فوجب على الزوجة إرجاع ما بذله الزوج إليها، والله أعلم.

- ويقترح الباحث إضافة مادة خاصة متعلّقة بالتفريق للردة ونصها:

أ- إذا وقعت الرّدة قبل الدخول انفسخ عقد النكاح، وأمّا إذا وقعت بعد الدّخول فلا ينفسخ عقد

النكاح إلاّ بحكم القاضي.

ب- إذا ارتدت الزوجة سقط مهرها سواءً كان الارتداد قبل الدخول أو بعده، ولو ارتد الزوج حُكم

لزوجته بنصف المهر قبل الدخول، وبكامله بعد الدخول."

(١) رواه ابن جرير الطبري عن الزهري ومجاهد. ينظر: جامع البيان: (٢٢/ ٥٩٠-٥٩٢).

(٢) ينظر: المستدرک على مجموع الفتاوى: (٣٧/٥-٣٨)، زاد المعاد: (٣/١٢٧).

المطلب الثاني: التفريق للعلل والعيوب:

أولاً: بيان المسألة:

أولاً: تعريف العيب:

- العيب لغة: هو ما أدخل على صاحبه نقصاً وذمّاً^(١).
- واصطلاحاً: نقصٌ يخلو عنه أصل الفطرة السليمة^(٢).

ثانياً: تعريف العلة:

- العلة لغة: لها أصول ثلاثة صحيحة: أحدها: تكريرٌ، والآخر عائقٌ يعوق، والثالث ضعفٌ في الشيء. وقيل: هو معنىٌ يحلّ بالمحل فيتغير به حال المحلّ بلا اختيار^(٣).
- واصطلاحاً: هو المرض الشاغل، ويُسمّى المرض علةً؛ لأنه بحلوله يتغير حال الشخص من القوة إلى الضعف^(٤).

ثانياً: بيان اجتهاد الغرفة الشرعية:

- ذهب اجتهاد الغرفة الشرعية إلى أن التفريق للعيب حق للزوجة فقط، أما الزوج فلا حق له في التفريق للعلة، وإنما له الطلاق فقط.
- وجاء في اجتهاد الغرفة الشرعية ما نصه: "لما كان يتضح من دراسة ملف هذه القضية أن الطاعن ادّعى طالبا التفريق من زوجته المطعون ضدها لمرضها الجنسي المزمن ويمنع الحمل والإنجاب، وكانت المواد (١٠٥) وما يليها من قانون الأحوال الشخصية قد جعلت التفريق للعلل حقاً للزوجة فقط، وكان الفقه الحنفي الواجب الرجوع إليه فيما لا نص عليه بقانون الأحوال الشخصية عملاً

(١) ينظر: الإبانة في اللغة العربية، سلمة بن مسلم العَوْتِي الصُّحَارِي، الناشر: وزارة التراث القومي والثقافة - مسقط - سلطنة عمان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م: (٣/٥٥٩).

(٢) ينظر: أنيس الفقهاء: (ص ٧٤)، التعريفات الفقهية: (ص ١٥٥).

(٣) ينظر: مقاييس اللغة: (١٢/٤).

(٤) ينظر: التوقيف على مهمات التعاريف، لزين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري (المتوفى: ١٠٣١ هـ)، الناشر: عالم الكتب - القاهرة، الطبعة الأولى: (ص ٢٤٥).

بالمادة (٣٠٥) من القانون المشار إليه قد حصر هذا الحق بالمرأة على أن الرجل يستغني عن طلب الفسخ لعيب بالمرأة بما له من حق الطلاق وستراً على المرأة، سواء كان المعيب موجوداً قبل العقد أم بعده، وكان ما سبق بيانه يجعل أسباب الطعن غير واردة على الحكم المطعون فيه مما يتوجب رفضه^(١).

- لكن عدّل هذا القرار بتعديل قانون الأحوال الشخصية لعام ٢٠١٩م وجاء في نص المادة ١٠٥ ما يأتي: "لكل من الزوجين طلب فسخ عقد الزواج إذا كان في الآخر إحدى العلل المانعة من الدخول أو تمامه أو أحد الأمراض المنفرة المستديمة أو المضرة المخيفة أو المعدية، سواء كانت موجودة قبل العقد ورضي بها أم حدثت بعده".

● وفي هذا القانون أمران فيهما نظر:

الأول: أن القانون اقتصر على العيوب المنفرة أو المضرة والمعدية.

الثاني: أنه جعل حق الفسخ ثابتاً بالعيب، ولو حدث العلم بالعيب والرضا به.

ثانياً: الرأي الفقهي في المسألة:

أ- حق الزوج في التفريق للعيوب:

❖ اختلف الفقهاء في حق الزوج بالتفريق للعيوب على أقوال:

● **القول الأول:** ليس للزوج الخيار مطلقاً، وهو مذهب الحنفية.

- جاء في مختصر القدوري: "وإن كان بالزوجة عيب فلا خيار لزوجها وإذا كان بالزوج جنون أو جذام أو برص فلا خيار للمرأة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد: لها الخيار"^(٢).

● **القول الثاني:** له الخيار في عيوب مخصوصة، وهي العيوب المنفرة والتي تمنع الوطء، وهو مذهب الشافعية والمالكية، ورواية عن الحنابلة.

- جاء في البيان: "إذا وجد أحد الزوجين بالآخر عيباً.. ثبت له الخيار في فسخ النكاح، والعيوب التي يثبت لأجلها الخيار في النكاح خمسة، ثلاثة يشترك فيها الزوجان، وينفرد كل واحد منهما باثنين، فأما

(١) ينظر: اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض السورية، أساس ٦٨١، قرار ٧٨١، تاريخ ٢٠/١١/١٩٨٥م.

(٢) مختصر القدوري: (ص ١٥٠).

الثلاثة التي يشتركان فيها: فالجنون، والجذام، والبرص. وينفرد الرجل بالجب والعنة، وتنفرد المرأة بالرتق والقرن"^(١).

- وجاء في جامع الأمهات: "ولكل من الزوجين الخيار بالعيب، والعيب: الجنون، والجذام، والبرص، وداء الفرج، وهو في الرجل: ما يمنع الوطء كالجَبِّ، والخِصِّي، والعُنَّة، وفي المرأة: ما يمنع الوطء أو لذته كالرَّتْق، والقرن"^(٢).

- وجاء في التذكرة: والعيوبُ المبيحة للفسخ عشرة: الجنون، والجذام، والبرص، والبخر، وكونه خنثى، فهذا يشترك فيه الزوجان، والرتق، والفتق، والقرن. يختص بالمرأة، والجب، والعنة. تختص بالرجل، فمتى وجد أحدهما بصاحبه عيباً من هذه فسخ النكاح إن أحب، وإن أحب أقام معه، ولا يملك الرجوع بعد رضاه"^(٣).

● القول الثالث: له الخيار في العيب الذي فيها التدليس، وهو قول بعض الشافعية، والحنابلة.

- جاء في كفاية النبيه: "وقال القاضي حسين وغيره: يثبت الخيار بكل عيب منفرِّ يكسر سورة التَّوْقَان؛ فيتعذر الاستمتاع: كالاستحاضة، والقروح السائلة؛ إذ لو اعتُبر امتناع الاستمتاع، لاقتصر على الرَّتْق والقرن. وروي أن ذلك قول الشافعي"^(٤).

- وجاء في زاد المعاد: "والقياس أن كل عيب ينفّر الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار"^(٥).

- قال المرداوي بعد نقله كلام ابن القيم السابق: "قلت: وما هو ببعيد، وفي معناه إن لم يكن دَخَلَ في كلامه من عُرِفَ بالسرقة. ونقل ابن منصور، إذا كان عقيماً، أعجب إليّ أن يُبين لها. ونقل حنبل^(٦) إذا كان به جنون أو وسواس، أو تغير في عقل، وكان يعبث ويؤذي، رأيت أن أفرّق بينهما، ولا يُقيم على هذا"^(٧).

(١) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي: (٢٩٠ / ٩).

(٢) ينظر: جامع الأمهات، لأبي عمرو عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس، جمال الدين ابن الحاجب الكردي المالكي (المتوفى: ٦٤٦هـ)، المحقق: أبو عبد الرحمن الأخضر الأخرسي، الناشر: اليمامة للطباعة والنشر، الطبعة الثانية: (١ / ٢٧٠-٢٧٢).

(٣) ينظر: التذكرة في الفقه لابن عقيل: (ص ٢٤٢).

(٤) ينظر: كفاية النبيه: (١٥٩ / ١٣).

(٥) زاد المعاد في هدي خير العباد: (١٦٦ / ٥).

ب-الحق في التفريق للعيوب بعد العلم بالعيوب:

- ذهب القانون السوري إلى أن حق الفسخ ثابت، ولو حدث العلم بالعيوب والرضا به، وهذا القول مخالف لأقوال الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة.
- جاء في الشرح الكبير: "فإن علم السليم بعيب المعيب قبل العقد فلا خيار له بعد ذلك لأن عقده مع العلم بالعيوب دليل على رضاه، وكذلك إذا رضي به بعد الاطلاع عليه فلا خيار له بعد ذلك" (٣).
- وجاء في إعانة الطالبين: "لو نكح أحدهما الآخر عالماً بالعيوب القائم بالآخر غير العنة فلا خيار له" (٤).
- وجاء في الإقناع: "فإن كان عالماً بالعيوب وقت العقد أو علم بعده ورضي به أو وجد منه دلالة على الرضا من وطء أو تمكين مع العلم بالعيوب فلا خيار له" (٥).
- وأما الحنفية فليس عندهم فسخ بالعيوب أصلاً كما تقدم، فلا ترد عليهم المسألة المتقدمة.
- فظهر مما تقدم أن الفقهاء القائلين بالفسخ بالعيوب متفقون على أن العلم بالعيوب أو الرضا به -في غير العنة- يمنع طلب الفسخ، وله إمّا الإمساك، أو التخليق، ولا خيار له في الفسخ بعد العلم أو الرضا.
- والقول بجواز الفسخ مخالف لإجماع الفقهاء كما تقدم؛ لوجود الرضا بالعيوب، بالإضافة إلى أن العيب الذي تكلم عنه الفقهاء هو ما كان قبل العقد، لا ما طرأ بعد انعقاد الزواج، فلم يتعرض الفقهاء له، وللزوجة طلب التفريق لعل الشقاق والضرر، والزوج له حق التخليق، فله أن يطلق زوجته بعد أن يؤدّي إليها حقوقها كاملة.

ثالثاً: الرأي القانوني في المسألة:

❖ اختلفت القوانين العربية في هذه المسألة على ثلاثة مذاهب:

-
- (١) هو الإمام الحافظ حنبل بن إسحاق بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، الإمام، أبو علي الشيباني، ابن عم الإمام أحمد، وتلميذه. ولد: قبل المائتين. كان ثقة ثباتاً، قال الذهبي: له مسائل كثيرة عن الإمام أحمد، ويتفرد، ويغرب، توفي سنة (٢٧٣ هـ). ينظر: سير أعلام النبلاء: (١٣/٥١-٥٢).
 - (٢) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: (٨/١٩٩).
 - (٣) ينظر: الشرح الكبير للدردير: (٢/٢٧٧).
 - (٤) ينظر: إعانة الطالبين: (٣/٣٨١).
 - (٥) ينظر: الإقناع في فقه الإمام أحمد: (٣/٢٠٠).

- **المذهب الأول:** أن الفسخ حق للزوجة فقط، ولا يحق للزوج طلب الفسخ للغيب، وإنما له الطلاق فقط، وإليه ذهب القانون السوري^(١) والعراقي^(٢) والجزائري^(٣) والسوداني^(٤) والفلسطيني^(٥) والمصري^(٦).
- **المذهب الثاني:** أن الفسخ حق للزوجين عند وجود العيوب المنفرة والأمراض التي لا يمكن المعاشرة معها، وإليه ذهب القانون الأردني^(٧)، والسعودي^(٨)، والعماني^(٩) والقطري^(١٠) والكويتي^(١١).
- **المذهب الثالث:** أن الفسخ حق للزوجين إذا حصل تغير من أحد الزوجين للآخر أدى إلى إبرام عقد الزواج، وما كان أحدهما ليبرم عقد الزواج لو علم بتلك الواقعة، ويعتبر السكوت عمداً عن واقعة تغيراً، وإليه ذهب القانون الإماراتي^(١٢)، والمغربي^(١٣).
- وقد عدّ القانون السوري التفريق للعلّة طلاقاً بائناً، لكن في التعديل الأخير الصادر عام (٢٠١٩م) عدّل ذلك، فصار التفريق للعلل فسخاً.

(١) مادة (١٠٥)

(٢) مادة (٤٣)

(٣) مادة (٥٣)

(٤) مادة (١٥٣)

(٥) مادة (١١٧)

(٦) مادة (٩)

(٧) مادة (١١٦-١١٧)

(٨) مادة (١٠٤-١٠٥)

(٩) مادة (٩٨)

(١٠) مادة (١٢٣)

(١١) مادة (١٣٩)

(١٢) مادة (١١٤)

(١٣) مادة (١٠٩)

رابعًا: الترجيح:

- يرى الباحث أن الراجح هو كون الفسخ للعلل حقًا للزوجين، وعدم اقتصار ذلك على العيوب المنقّرة والممانعة من الدخول، بل يشمل كل عيب وجب بيانه عرفًا ولم يبينه صاحبه ولو لم يكن منقّرًا كالعقم، والصرع، والوسواس القهري، ونحو ذلك، فلو دلّس أحد الزوجين على صاحبه ما به من عيب، فإنه يرفع الأمر للقاضي، فيفرّق بينهما، أو يحكم بما يراه مناسبًا.
- ويؤيده ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: "أيما رجل تزوج امرأة فدخل بها، فوجدها برصاء، أو مجنونة أو مجذومة، فلها الصداق بمسيسه إياها، وهو له على من غرّه منها ^(١)".
- وروي عن الزُّهري ^(٢) أنه قال: "إذا دلّس الرجل للرجل بالمرأة فدخل بها، فلها عليه مهرها بما استحلّ منها، ويأخذه زوجها من مال الذي دلّس له، فإن علّم بذلك قبل أن يدخل بها جاز نكاحه" ^(٣).
- وروى عبد الرزاق أن رجلاً جاء إلى شريح القاضي ^(٤)، فقال: "إن هؤلاء قالوا لي: إنا نزوّجك بأحسن الناس، فجاءوني بامرأة عمّشاء، فقال شريح: إن كان دلّس عليك عيبًا لم يُجْزَ" ^(٥).

(١) سنن سعيد بن منصور، لأبي عثمان سعيد بن منصور الخراساني الجوزجاني (المتوفى: ٢٢٧هـ)، المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي، الناشر: الدار السلفية - الهند، الطبعة: الأولى، كتاب الوصايا، باب من يتزوج امرأة مجنونة أو مجذومة (١/ ٢٤٥)، رقم: ٨١٨. قال ابن حجر: رجاله ثقات، والحديث مرسل، فإن سعيد بن المسيب لم يدرك عمر رضي الله عنه، وصححه بعضهم؛ لقوة مراسيل ابن المسيب، فإنه كان لا يرسل إلا عن ثقة. ينظر: بلوغ المرام أدلة الأحكام، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد ابن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢هـ)، المحقق: الدكتور ماهر ياسين الفحل، الناشر: دار القبس - الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى: (ص ٣٨٨)، جامع التحصيل في أحكام المراسيل، لأبي سعيد صلاح الدين خليل بن كيكليدي بن عبد الله الدمشقي العلاني (المتوفى: ٧٦١هـ)، المحقق: حمدي عبد المجيد السلفي، الناشر: عالم الكتب - بيروت، الطبعة: الثانية: (ص ٨٦).

(٢) هو محمد بن مسلم بن عبيد الله بن عبد الله بن شهاب الزُّهري، أبو بكر، من بني زُهرة بن كلاب، من قريش، أول من دَوّن الحديث، وأحد أكابر الحفاظ والفقهاء. تابعي، من أهل المدينة. كان يحفظ ألفين ومئتي حديث، نصفها مسند، نزل الشام واستقرّ بها. وكتب عمر بن عبد العزيز إلى عماله: عليكم بآبن شهاب فإنكم لا تجدون أحدا أعلم بالسنة الماضية منه، مات سنة ١٢٤هـ). ينظر: تاريخ الإسلام: (٣/ ٤٩٩-٥١٦).

(٣) مصنف عبد الرزاق، كتاب النكاح، باب ما رد من النكاح (٦/ ٢٤٤)، رقم: ١٠٦٧٠. وإسناده صحيح.

(٤) هو شريح بن الحارث بن قيس الكندي، أبو أمية: من أشهر القضاة الفقهاء في صدر الإسلام، أصله من اليمن، ولي قضاء الكوفة، في زمن عمر، وعثمان، وعلي، ومعاوية، وكان ثقة في الحديث، مأمونا في القضاء، له باع في الأدب والشعر. وعمر طويلا، ومات بالكوفة سنة (٧٨هـ). ينظر: تاريخ الإسلام: (٢/ ٨٢١-٨٢٣).

(٥) مصنف عبد الرزاق، كتاب النكاح، باب ما رد من النكاح (٦/ ٢٤٥)، رقم: ١٠٦٨٥. وإسناده صحيح.

- وروي عن عمر رضي الله عنه "أنه بعث رجلاً على بعض السَّعَايَةِ فتزوَّج امرأة وكان عقيماً فقال له عمر: أَعَلَمْتَهَا أَنَّكَ عَقِيمٌ؟ قال: لا، قال: فانطلق فأعلمها ثم خيرها" (١).
- فحصل ممَّا تقدَّم من الآثار أن الزوج لو دُلَّس عليه ولم يدخُل بزواجه فله فسخ النكاح ولا شيء لها، ولو دخل بها وجب لها المهر ورجع به على من غرَّه ودُلَّس عليه، وللقاضي السلطة التقديرية في تقدير التدليس وفسخ النكاح به، وردَّ المهر أو جزء منه إليه.
- والقول بأن الفسخ حق للزوجة فقط؛ لأن الزوج يملك الطلاق لا دليل عليه، فالزوج كالزوجة له حق طلب التفريق، وأما كونه يملك الطلاق فذلك لا يمنع جواز طلب الزوج لفسخ النكاح لعلَّة التدليس؛ لأن المهر حق مترتب عليه، وهو رضي بدفعه لمن يرضاهَا، ولا يجب عليه دفعه لمن غرَّرت به ودلَّست عليه، خاصَّة مع غلاء المهور في زماننا.
- وتقييد بعض الفقهاء العيوب بثلاثة أو أربعة لا دليل عليه، وذكر عمر رضي الله عنه هذه العيوب إنما هو على سبيل التمثيل لا الحصر، وقد ذكر أيضًا التخيير بالعقم، وهو غير العيوب المذكورة في فسخ النكاح، فيدخل في العيوب من لديه مرضٌ عصبيٌّ أو ضعف جنسي أو وسواس قهريٌّ أو صرع، ونحو ذلك، فلو لم يُبين أحد الزوجين العيب لصاحبه كان له حق الفسخ، ويحكم القاضي بالمهر حسبما يراه مناسباً
- قال ابن القيم: "وأما الاقتصار على عييين أو ستة أو سبعة أو ثمانية فلا وجه له، فالعمى والخرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين، أو الرجلين من أعظم المنقَّرات، والسكوتُ عنه من أقبح التدليس والغش، وهو منافٍ للدين، والإطلاق إنما ينصرف إلى السلامة فهو كالمشروط عرفاً، والقياس أن كل عيبٍ ينفِر الزوج الآخرُ منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار وهو أولى من البيع، كما أن الشروط المشترطة في النكاح أولى بالوفاء من شروط البيع، وما ألزَم الله ورسوله مغروراً قطُّ ولا مغبُوتاً بما غرَّ به وغِبَّ به، ومن تدبَّر مقاصد الشرع في مصادره وموارده

(١) سنن سعيد بن منصور، كتاب الطلاق، باب ما جاء في العنين (٢/ ٨١)، رقم: ٢٠٢١. وفيه انقطاع، فابن سيرين لم يلق عمر.

وعدله وحكمته وما اشتمل عليه من المصالح لم يخفَ عليه رُجحان هذا القول وقربُه من قواعد الشريعة" (١).

- ويقترح الباحث تعديل المادة /١٠٥/ إلى ما يأتي:

"لكل من الزوجين طلب فسخ عقد الزواج فيما يأتي:

١- إذا كان في الزوج الآخر إحدى العلل المانعة من الدخول أو تمامه أو أحد الأمراض المنفرة

المستديمة أو المضرة المخيفة أو المعدية، وكان الطرف الذي طلب الفسخ سالماً منها.

٢- ليس لأحد الزوجين طلب الفسخ بعد العلم بالعيب والرضا به، باستثناء العنة".

(١) زاد المعاد: (١٦٦/٥-١٦٩).

المطلب الثالث: حكم من تزوّج بكرًا ثم تبين أنها ثيب:

أولاً: بيان المسألة:

- ذهب اجتهاد الغرفة الشرعية المستقر إلى أن الرجل لو تزوّج امرأة على أنها بكر ثم ظهر كونها ثيبًا من الزنا فإن الزواج صحيح، ولا يحق له فسخ العقد، بل عقد النكاح لازم، وله الخيار بين أن يطلقها أو يمسكها^(١).
- وإذا قلنا إن كونها ثيبًا من الزنا لا يُفسخ به النكاح فمن باب أولى لو كانت ثيبًا من زواج سابق، فالقانون لا يتيح للزوج فسخ النكاح بذلك.

ثانيًا: الرأي الفقهي في المسألة:

- اختلف الفقهاء في حكم من تزوج بكرًا فوجدها ثيبًا على قولين:
- القول الأول: أنه ليس له الخيار، وهو قول الحنفية، ومقابل الأظهر عند الشافعية ورواية عن الحنابلة.
- جاء في مجمع الأنهر: " (وإن شرط) في النكاح (البكارة) بلا زيادة شيء لها (فوجدها ثيبًا لزمه كل المهر) ولا عبء بالشرط؛ لأن المهر إنما شرع لمجرد الاستمتاع دون البكارة^(٢)."
- وجاء منهاج الطالبين: "ولو نكح وشرط فيها إسلام أو في أحدهما نسب أو حرية أو غيرهما فأخلف فالأظهر صحة النكاح"^(٣).
- وجاء في الكافي: "وإن شرطها بكرًا، فبانت ثيبًا، أو نسيبة أو جميلة أو بيضاء، فبانت بخلافه ففيه وجهان: أحدهما: لا خيار له؛ لأن النكاح لا يُردّ فيه بعيب"^(٤).

(١) ينظر: مجلة القانون-العدد الرابع- سنة ١٩٦٦م، (ص ٤٣٩)، اجتهاد رقم ٧٩، تاريخ ١٠/٢/١٩٦٦م.

(٢) مجمع الأنهر: (١/٣٥٥).

(٣) منهاج الطالبين: (ص ٢١٥-٢١٦).

(٤) الكافي في فقه الإمام أحمد: (٣/٤٩).

- القول الثاني: أن له الخيار، وهو قول عند الشافعية، ورواية عن الحنابلة.
- جاء في حاشية الشرواني: "وكلُّ من الثُّبُوبَةِ والبَكَارَةِ يَحْتَلِفُ به الغَرَضُ فلا بدَّ من ذكرِهِ، فإذا شَرَطَ البَكَارَةَ لا يَجِبُ قبولُ الثَّيْبِ"^(١).
- جاء في التاج والإكليل: "وإن عَلِمَ الأبُ بثبوتها بلا وطءٍ وَكَتَمَ فللزَّوجِ الرَّدُّ على الأصحَّ"^(٢).
- وجاء في الكافي: "وإن شَرَطَها بكَراً فبانت ثيباً، أو نَسِيبَةً أو جَمِيلَةً أو بِيضَاءً، فبانت بخلافه ففيه وجهان: أحدهما: لا خيار له. والثاني: له الخيار؛ لأنها صفاتٌ مقصودةٌ فصَحَّ شرطُها"^(٣).
- وجاء في مجموع الفتاوى: "عن رجل تزوج امرأة على أنها بكرٌ فبانت ثيباً فهل له فسخُ النكاحِ ويَرَجِعُ على من غَرَّه أم لا؟ فأجاب: له فسخُ النكاحِ، وله أن يطالب بأرْشِ الصداق - وهو تفاوت ما بين مهر البكر والثيب - فيَنَقُصَ بنسبته من المسمَّى، وإذا فسخ قبل الدخول سقط المهر"^(٤).

ثالثاً: الرأي القانوني في المسألة:

- ذهب اجتهاد الغرفة الشرعية أن الرجل لو تزوج بكَراً فظهر أنها ثيبٌ فالنكاح باقٍ، وليس له الفسخ.
- ونص الاجتهاد: "لَمَّا كانت الثُّبُوبَةُ والبَكَارَةُ في الزَّوْجَةِ لا تُؤَثِّرُ في عقد نكاحها فساداً أو إبطالاً، فمن تزَوَّجَ امرأة على أنها بكرٌ فوُجِدَت ثيباً صحَّ العقد ولا فساد فيه"^(٥).

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، مع حاشية عبد الحميد الشرواني، وأحمد بن قاسم العبادي، روجعت وصححت: على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، الناشر: المكتبة التجارية الكبرى بمصر، ط ١٣٥٧ هـ: (١٩/٥).

(٢) التاج والإكليل لمختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي المواق المالكي (المتوفى: ٨٩٧هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى: (١٥٨/٥).

(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد: (٤٩/٣).

(٤) مجموع الفتاوى لابن تيمية: (١٣٧/٣٢).

(٥) انظر: اجتهاد محكمة النقض، أساس ٤٩٥، رقم ٤٨٩، تاريخ ١٦/١٢/١٩٦٩م، نقلاً عن المرشد (ص ١٣٢). وقد ذكر صاحب المرشد في المادة (١٤٧) من قواعده: "لا يقبل الادعاء بثبوت المرأة التي تزوجت على أنها بكر إذا مضى على الادعاء زمن طويل". والصواب أن ما ذكر في المرشد خاصٌ باجتهاد المحاكم الروحية للطائفة الدرزية، وليس اجتهاداً عاماً للمحاكم الشرعية، كما يظهر من نص الاجتهاد التابع للقاعدة المذكورة. ينظر: المرشد في قانون الأحوال الشخصية: ص ١٢٧-١٢٨.

- ووافق هذا الاجتهاد اجتهاداً لمحكمة النقض المصرية جاء فيه: "إن اكتشاف عدم بكاراة الزوجة لا يؤثر في محلّيتها لزوجها، ولا يُجرّمها عليه، ولا يُبطل عقد زواجهما، وليس له خيار الفسخ إذا وجد في امرأته عيباً ما؛ لأنه يقدر أن يدفع الضرر عن نفسه بالطلاق"^(١).
- وعلى هذا جرت باقي القوانين العربية، فإنها لم تذكر الثبوتة مما يُفسخ به النكاح.
- لكن لو كانت الثبوتة من الزنا فذهب القانون العراقي فذهب في المادة (٤٠) إلى أن ارتكاب أحد الزوجين للخيانة الزوجية يتيح له طلب التفريق القضائي.
- وكان القانون الإماراتي أكثر بياناً في المسألة، فنص في المادة (١١٤) أنه يحق لكل من الزوجين حق الفسخ فيما لو حصل تغرير للطرف للآخر أدى إلى إبرام عقد الزواج إذا ثبت أن من غرّر به ما كان ليبرم عقد الزواج لو علم بتلك الواقعة.
- ونحنا نحو ذلك القانون المغربي فنص في المادة (١٠٧) أن الزوج لو طلق زوجته للعيب بعد الدخول فيحق له أن يرجع بقدر الصداق على من غرّر به أو كتم عنه العيب قصداً.
- وعليه فمن تزوّج زوجته على أنها بكر ثم ظهر كونها ثيباً كان له أن يفسخ النكاح ويرجع بالمهر كلّه أو جزء منه على الذي دلّس عليه.

رابعاً: الترجيح:

- يرى الباحث أن الراجح في المسألة هو القول القائل بحق الزوج للفسخ في المسألة المذكورة، فمن غرّر به فتزوّج امرأة على أنها بكر فظهر أنها ثيب كان له الخيار في فسخ النكاح أو إبقائه، سواء كانت الثبوتة من وطء سابق، أم من الزنا، ويظهر أثر ذلك في حكم القاضي بإسقاط المهر كلّه أو بعضه.
- ولا يشترط أن يشترط الزوج البكاراة في العقد، فإن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، فإذا أصدقها الزوج صداق البكر وصنع لها ما يصنع للبكر ثم وجدها ثيباً فله الفسخ وإن لم يشترط كونها بكرًا.
- والحكم في مثل هذه الحالة أن يُرفع الأمر للقاضي، فإذا ثبت تدليس الزوجة وأهلها على الزوج فإن الزوج يرجع بالصداق كاملاً أو بجزء منه على من دلّس عليه حسب ما يراه القاضي.

(١) محكمة النقض المصرية رقم ٧٦٠ لسنة ٦٧ قضائية.

- ولو ادّعت الزوجة زوال بكارتها بوثبة أو حيضة فهي في حكم الأبكار، والقول قولها مع يمينها، ولا يملك الزوج الفسخ، وتقدير هذه الأمور يرجع للقاضي، فهو الفيصل في مثل هذه الأمور، وإليه يرجع تقرير الحكم فيها، وله أن يستدعي لجنة طبية لتحري الموضوع وبيان رأيهم فيه.
- ويقترح الباحث في هذه المسألة إضافة المادة الآتية:

يحق لأحد الزوجين طلب الفسخ فيما يأتي:

- ١- إذا حصل تغريّر من الزوج الآخر أو بعلمه أدّى إلى إبرام عقد الزواج، ويُعتبر السكوت عمداً عن واقعة تغريراً إذا ثبت أن من غرّر به ما كان ليُبرم عقد الزواج لو علم بتلك الواقعة، ويحق للزوج بعد الدخول أن يرجع بقدر الصداق أو جزء منه على من غرّر به أو كتم عنه العيب.
- ٢- إذا ثبت على أحد الطرفين جريمة الزنا أو ما في حكمها من الجرائم المخلة بالشرف والآداب.

المطلب الرابع: حكم التفريق للحبلى من الزنا:

أولاً: بيان اجتهاد الغرفة الشرعية:

- ذهب اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض السورية رقم ٢٩٣ بتاريخ ١٠/٩/١٩٦٦ م "أنه لا يُعتدّ بدعوى الزوج أن امرأته زانيةٌ وحبلى من الزنا، ويثبت الزواج وبنوة الولد"^(١).
- فلو افترضنا أن رجلاً تزوّج امرأةً ثم ظهر أنها حبلى من الزنا من شهرين فلا يحقّ له أن يفسخ عقد نكاحه، ولو كانت حبلى وولدت بعد أكثر من ستة أشهر لا يحقّ له نفى الولد كما عليه الاجتهاد.

ثانياً: الرأي الفقهي في المسألة:

- اختلف الفقهاء في حكم زواج الحامل من الزنا على قولين:
- القول الأول: الجواز، وإليه ذهب أبو حنيفة وتلميذه محمد بن الحسن.
- جاء في الهداية: "وإن تزوج حبلى من زنا جاز النكاح ولا يطؤها حتى تضع حملها"^(٢).
- القول الثاني: الحرمة، وإليه ذهب أبو يوسف من الحنفية، وجمهور الفقهاء.
- جاء في الهداية: "وإن تزوج حبلى من زنا جاز النكاح ولا يطؤها حتى تضع حملها، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: النكاح فاسد"^(٣).
- وجاء في أسنى المطالب: "يجوز نكاح الحامل من الزنا، وكذا وطؤها كالحائل؛ إذ لا حرمة له"^(٤).
- وجاء في عيون المسائل: "لا يجوز عقد النكاح على الحامل من زنا حتّى تضع، كان العاقد الزاني أو غيره"^(٥).

(١) ينظر: القرار رقم (٢٩٣) بتاريخ ١٠/٩/١٩٦٦ م، نقلاً عن مجلة المحامون، العدد العاشر، عام ١٩٦٦ م، (ص ٣٣٦).

(٢) الهداية: (١/١٩٠).

(٣) المرجع السابق.

(٤) أسنى المطالب: (٣/٣٩٣).

(٥) عيون المسائل، لأبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (المتوفى: ٤٢٢هـ)، دراسة وتحقيق: علي محمد إبراهيم بورويّة، الناشر: دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى: (ص ٣٠٩).

- وجاء في المغني: "وإذا زنت المرأة، لم يحلّ لمن يعلم ذلك نكاحها إلا بشرطين: أحدهما: انقضاء عدتها، فإن حملت من الزنى ففضاء عدتها بوضعه، ولا يحل نكاحها قبل وضعه" (١).
- وهذا كله لو علم الزوج بذلك ورضي، فالحكم فيه ما تقدم.
- فلو لم يعلم بذلك ففي المسألة خلاف هل يعدّ ذلك عيباً أم لا، وهل النكاح لازم أم ليس بلازم؟
- فذهب بعضهم إلى أن النكاح لازم له، ويغرم جميع الصداق، وليس له إلا الطلاق.
- وذهب بعضهم إلى أنه لو علم بذلك قبل الدخول فلا شيء عليه، وبعد الدخول يجب عليه المهر.
- وذهب بعضهم أن النكاح لازم، ويغرم الصداق، إلا أنه يرجع به على الذي دلّس عليه.
- وذهب بعضهم إلى أن النكاح فاسد، فلو لم يدخل بها فلا شيء عليه، ولو دخل بها وجب عليه المهر المسمى ويفرق القاضي بينهما، وهو قول أبي يوسف ومالك وأحمد.
- وتفصيل هذه المسألة وأدلتها ومذاهب العلماء فيها يطول ذكره، وليس هنا محلّ تفصيله (٢).

ثالثاً: الرأي القانوني في المسألة:

- ذهب اجتهاد الغرفة الشرعية المستقر إلى أن الرجل لو تزوّج امرأة ثم ظهر كونها حبلً من الزنا فإن الزواج صحيح، ولا يحقّ له فسخ العقد، بل عقد النكاح لازم، وله الخيار بين أن يطلقها أو يمسكها.
- وقد أصدرت المحكمة الشرعية في حمص قراراً يقضي بفسخ عقد زواج رجل تزوج بفتاة على أنها بكر ثم تبين له أنها حبل من الزنا (٣)، إلا أن محكمة النقض السورية نقضت هذا القرار بقرارها رقم (٧٩) تاريخ ١٠/٢/١٩٦٦م المنشور بمجلة القانون (٤)، والذي ينصّ على أن الرجل له أن يتزوّج امرأة حاملاً من الزنا.

(١) المغني: (٧/ ١٤٠).

(٢) ينظر: مصنف عبد الرزاق (٦/ ٢٤٢-٢٥١)، سنن سعيد بن منصور: (١/ ٢٤٥-٢٤٧)، الإشراف على مذاهب العلماء (٤٠٢/٥).

(٣) ينظر: مجلة القانون-العدد الرابع- سنة ١٩٦٦م، (ص ٤٣٩).

(٤) ينظر: المرجع السابق.

- ثم عاد القرار إلى المحكمة الأولى وأصدرت قرارها بفسخ عقد الزواج لعلّة أخرى، وهي أن الزوجة ولدت ولدًا لأقل من ستة أشهر، فإن الزواج كان بتاريخ ١٩٦٥/٣/٢٠ م، والولادة كانت بتاريخ ١٩٦٥/٧/٢٠ م، فحكم القاضي بفسخ الزواج لهذا السبب.

- وجاء في حيثيات القضية: "حيث إن المحكمة لا زالت تتبنّى رأيها السابق -وهو الحكم بصحة زواج من ظهر أنها حُبلى من الزنا- وتعتمد ما ذكرته قبلاً لجهة نفي ادعاء الزوجة أن الزواج جرى في أول تشرين الأول سنة ١٩٦٤ م، وحيث إن الزوج يقيم دعواه على طلب فسخ الزواج الجاري بينه وبين المدّعية باعتبارها لم تكن أهلاً للزواج بتاريخ العقد، وكان طلبه هذا مؤيّدًا بالأحكام الشرعية التي يجب الرجوع إليها عند فقدان النص بموجب أحكام المادة (٣٠٥) أحوال شخصية؛ لأن الحكم الشرعي فرّق بين من يتزوج امرأة حاملاً من زنا وبين من يتزوجها مُحْصَنَةً وتلدّ لأقل من ستة أشهر، فالزواج في الأولى صحيح، بخلاف الثانية فلا يُمكن الحكم عليها أنها حامل من الزنا؛ لاحتمال علوقه من غير الزنا بأن يكون بشبهة، وتزوُّج الحُبلى من غير الزنا لا يصح إجماعاً، وهو شامل للحُبلى من نكاح صحيح أو فاسدٍ أو وطءٍ بشبهة، وحيث إن الأمر ما ذُكر فإن زواج الطرفين فاسدٌ مُتوجّب فسخه"^(١).

- ولم أجد في قوانين الأحوال الشخصية من تعرّض لزواج المرأة الحُبلى من الزنا، والإشكال ليس في زواجه، فقد أجازاه بعض الفقهاء، لكن الإشكال فيمن تزوّج امرأة ثم ظهر له كونها زانيةً وحُبلى من الزنا، فينبغي أن يصح له رفع دعوى التفريق للعيوب.

- ولم أجد من نصّ على ذلك من القوانين العربية باستثناء القانون الإماراتي^(٢)، فقد نصّ على أن لكل من الزوجين حق طلب التفريق في الحالات الآتية:

(١) ذهب اجتهاد المحكمة إلى فسخ عقد الزواج لاحتمال كونه من غير الزنا، وهذا الاجتهاد ليس في محله فإنه كان من واجب المحكمة أن تسأل الزوجة عن ماهية هذا الحمل، إضافة إلى أن الزوجة نفسها أقرت بكون الولد من الزنا، كما ذكر في حيثيات القضية، فعلى أي أساس كان اجتهاد المحكمة بفسخ عقد النكاح؟
والذي لا يخفى أن هذا الاجتهاد حيلة من القاضي لفسخ النكاح؛ لكون المادة (٣٠٥) القاضية بالرجوع إلى الراجح من المذهب الحنفي لا تسعفه في فسخه. ويرى الباحث أن ظهور كون الزوجة حاملاً من الزنا عيبٌ يفسخ به النكاح كما سيأتي بيانه.

(٢) مادة (١١٧)

١- إذا حصل تغير من الزوج الآخر أو بعلمه أدى إلى إبرام عقد الزواج، ويعتبر السكوت عمداً عن واقعة تغيراً إذا ثبت أن من غرّر به ما كان ليبرم عقد الزواج لو علم بتلك الواقعة.

٢- إذا حُكِمَ على الآخر بجريمة الزنا وما في حكمها.

- وقد تحقّق في هذه المسألة جُرْمُ الزنا إضافةً إلى التدليس والتغير، فكان للزوج حق الفسخ لذلك.

- وذكر القانون العراقي^(١) أن ارتكاب أحد الزوجين للخيانة الزوجية يبيح للزوج الآخر طلب التفريق، لكن لم يبيّن أن هذا الحكم يشمل ما قبل النكاح، أم يقتصر على حال وجود الزوجية.

رابعاً: الترجيح:

- يرى الباحث أن الراجح هو جواز الفسخ لمن تزوّج امرأةً وظهر كونها حبلى من الزنا بغير أن يعلم بذلك، فإذا رفع الأمر إلى القاضي فإن القاضي يفرق بينه وبين زوجته، ويجب عليه الصداق لو دخل بها، ويعود على من دلّس عليه هذا العيب وأخفاه عنه.

- ويؤيد ذلك ما رُوِيَ أن رجلاً تزوّج امرأةً فلما أصابها وجدها حبلى فرفع ذلك إلى النبي ﷺ ففرّق بينهما وجعل لها الصداق وجلدها مائة^(٢).

- فالنبي ﷺ حكّم بالفرقة بين الزوجين، وجعل لها الصداق بما استحلّ من فرجها؛ إذ لا يخلو وطء في الإسلام عن مهر أو عقر.

- وأما كون الزوج يرجع به على من دلّس عليه فلا أن الثبوت من الزنا والحمل منه عيب في الزوجة؛ لأن المرء لا يرضى لنفسه إلا الشريفة العفيفة، فكان فيه تغير به، فكان له حق الفسخ.

- ويؤيده ما روي أن عمر رضي الله عنه قال: "أيُّ رجل تزوج امرأةً فدخل بها، فوجدها برصاء، أو مجنونة أو مجذومة، فلها الصداق بمسيسه إياها، وهو له على من غرّه منها^(٣)".

(١) مادة (٣٩).

(٢) سنن سعيد بن منصور، كتاب الوصايا، باب المرأة تزوج في عدتها (١/٢١٨)، رقم: ٦٩٣. قال البيهقي: الحديث مرسل. ينظر: السنن الكبرى للبيهقي: (٧/٢٥٤).

(٣) سنن سعيد بن منصور، كتاب الوصايا، باب من يتزوج امرأةً مجنونة أو مجذومة (١/٢٤٥)، رقم: ٨١٨. قال ابن حجر: رجاله ثقات، والحديث منقطع، فإن سعيد بن المسيب لم يدرك راوي الحديث، وصححه بعضهم؛ لقوة مراسيل ابن المسيب، فإنه كان لا يرسل إلا عن ثقة. ينظر: بلوغ المرام من أدلة الأحكام: (ص ٣٨٨)، جامع التحصيل في أحكام المراسيل: (ص ٨٦).

- وروي عن الزُّهري قال: "إذا دَلَّسَ الرجلُ للرجلِ بالمرأةِ فدَخَلَ بها، فلها عليه مهرها بما استحلَّ منها، ويأخذُه زوجها من مال الذي دَلَّسَ له، فإن عَلِمَ بذلك قبل أن يدخُلَ بها جاز نكاحُه" (١).
- وبالجمع بين الآثار يظهر أن الراجح فيما لو رفع الزوج الأمر للقاضي أنه يُفَرَّقَ بينهما ويجب لها الصداق؛ لما تقدم أن النبي ﷺ فرَّقَ بينهما.
- ولكنه مع ذلك له حق الرجوع بالصداق على الذي غرَّه ودَلَّسَ عليه؛ لأن ظهور الزوجة حبلى من الزنا مع كونه تزوج بكرة عيب في العرف كما لا يخفى، وفيه تدليس ظاهر، فكان للزوج أن يرجع بالمهر على من دَلَّسَ عليه وغرَّه.
- فيظهر ممَّا تقدَّم أن الرجل لو تزوّج امرأة ودخل بها ثم ظهر كونها حبلى من الزنا جاز له فسخ النكاح، فيرفع الأمر إلى القاضي فيفرِّق بينه وبين زوجته ويرجع بالمهر على من غرَّه ودَلَّسَ عليه.
- وبناءً على ما تقدَّم يقترح الباحث إضافة المادة المتقدم ذكرها في المطلب الرابع، والتي تنص على أن التغرير من الأمور التي يحق فيها للزوج المغرَّر به طلب حق الفسخ لو لم يعلم بالتغرير، وكان في حال لو علم به لم يُقدِّم على النكاح.

(١) تقدم تخريجه.

المطلب الخامس: التفريق لعدم بلوغ السن القانوني:

أولاً: بيان المسألة:

- ذهب اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض^(١) إلى أن زواج القاصرة يقع فاسداً، فلو حدث عقد بين زوجين لم يتم أحدهما الثالثة عشر فإنه يعتبر فاسداً ولا يبنى عليه حكم، ويجب المتاركة.
- وجاء في اجتهاد الغرفة الشرعية: "لا يثبت عقد الزواج للفتاة التي لم تتم الثالثة عشر من عمرها"^(٢).
- وجاء في اجتهاد آخر: "زواج الفتى قبل بلوغه الخامسة عشر مع ادّعاءه البلوغ وتبين صدق دعواه يكون زواجا فاسداً... ويجب على الزوجين المتاركة ما لم يتم تجديد العقد مستوفيا شروط صحته... ويجب تجديد العقد بعد بلوغ الزوجة سن الأهلية، وقبل ذلك يكون العقد مستوجبا للفسخ، ويثبت به نسب الأولاد الحاصلين منه شرعاً"^(٣).
- وقد ناقض هذا الاجتهاد اجتهاد آخر جاء فيه^(٤): "تصادق الطرفين على قيام الزوجية الصحيحة يجعل عقد الزواج صحيحاً ولو كانت الزوجة في تاريخ إنشائه لم تتم الثالثة عشرة من العمر".
- وجاء في اجتهاد آخر: "المحكمة الشرعية لا تأذن بإجراء عقد الزواج إلا بعد الثبوت من البلوغ"^(٥).
- وفي اجتهاد صادر عن الغرفة المدنية في محكمة النقض نصت: "أن الزواج الواقع قبل بلوغ أحد الزوجين سن الخامسة عشرة موجب للفسخ، ما لم تصدر إجازة استثنائية"^(٦).
- فيظهر من النصوص المتقدمة اختلاف اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض.
- فذهبت بعض النصوص إلى فساد زواج الصغيرة وعدم الاعتداد به أصلاً.
- وذهبت نصوص أخرى إلى الاعتداد به وكونه زواجا صحيحاً مستكملاً لجميع شرائط الصحة.

(١) ينظر: اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض، أساس ٣٩، قرار ٤٣، تاريخ ٦/٢/١٩٥٥ م.

(٢) أساس ٣٩١، قرار ٣٧٨، تاريخ ١٠/٧/١٩٦٨ م.

(٣) أساس ١٥٨، قرار ١٤٩، تاريخ ٢٠/٤/١٩٦٨ م.

(٤) أساس ٨٣٢، قرار ٣٧٤، تاريخ ٢٦/٤/١٩٨٦ م.

(٥) أساس ٨٨، قرار ٨١، تاريخ ١٤/٢/١٩٦٧ م.

(٦) أساس ٤١٦، قرار ٣٠٤، تاريخ ٢٥/٩/١٩٥٨ م.

ثانيًا: الرأي الفقهي في المسألة:

- بالرجوع إلى آراء الفقهاء نجدهم مُتَّفِقِينَ على صحة نكاح الصغير والصغيرة - والمراد بالصَّغِير شرعًا: عدم البلوغ - مع اختلافهم في بعض التفاصيل المتعلقة بذلك.
- جاء في المبسوط: "وبلغنا عن رسول الله ﷺ أنه تزوّج عائشة - رضي الله عنها - وهي صغيرة بنت ستة سنين وبني بها وهي بنت تسع سنين، وكانت عنده تسعا، ففي الحديث دليلٌ على جواز نكاح الصغير والصغيرة بتزويج الآباء" (١).
- وجاء في المعونة: "وللأب إنكاح ابنته البكر الصغيرة من غير خلاف" (٢).
- وجاء في جواهر العقود: "وللأب تزويج ابنته البكر صغيرة كانت أو كبيرة" (٣).
- وجاء في شرح الزركشي: "وإذا زوج الرجل ابنته البكر فوضعها في كفاية فالنكاح ثابت وإن كرهت، كبيرة كانت أو صغيرة" (٤).
- ونقل بعض العلماء الإجماع على أن نكاح الأب ابنته الصغيرة البكر جائز إذا زوّجها من كفاء" (٥). وفي الإجماع نظر، فقد خالف بعض الفقهاء في ذلك" (٦).
- ولكن الإجماع منعقد على أن البالغة لو زوّجها أبوها برضاها فنكاحها صحيح، لم يخالف في ذلك أحد من المسلمين" (٧).

(١) المبسوط: (٤/٢١٢).

(٢) المعونة على مذهب عالم المدينة: (ص ٧١٨).

(٣) جواهر العقود: (٢/٦).

(٤) شرح الزركشي على مختصر الخرقي: (٥/٧٨).

(٥) الإجماع، لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، المحقق: أبو عبد الأعلى خالد بن محمد بن عثمان، الناشر: دار الآثار للنشر والتوزيع، القاهرة - مصر، الطبعة الأولى: (ص ٢٩٢).

(٦) في نقل هذا الإجماع نظر، فقد ذهب ابن شبرمة وأبو بكر الأصم وعثمان البتي إلى أنه لا يجوز إنكاح الأب ابنته الصغيرة إلا حتى تبلغ وتأذن، وهم محجوجون في ذلك بتزويج سيدنا أبي بكر رضي الله عنه بنته عائشة للنبي صلى الله عليه وسلم وهي بنت ست سنين، وبأفعال الصحابة، وزوج علي ابنته أم كلثوم وهي صغيرة من عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وزوج عبد الله بن عمر ابنته وهي صغيرة عروة بن الزبير رضي الله عنهم، وبه تبين أن قول من منع إنكاح البنت الصغيرة مرجوح بما تقدم. ينظر: المبسوط: (٤/٢١٢)، المحلى بالآثار: (٣٨-٣٩)، بدائع الصنائع: (٢/٢٤٠).

(٧) ينظر: الإقناع في مسائل الإجماع: (٢/٦).

ثالثاً: الرأي القانوني في المسألة:

- بداية نتعرض لما ذكره القانون السوري في هذا المجال، فقد نص في التعديل الجديد للمادة (١٦) على أن أهلية الزوجين للزواج تكمل ببلوغ سن الثامنة عشرة.
- لكنه ذكر في المادة (١٨) أن المراهق إذا ادّعى البلوغ بعد إكماله الخامسة عشرة أو المراهقة بعد إكمالها الثالثة عشرة وطلبوا الزواج يأذن به القاضي إذا تبين له صدق دعواهما واحتمال جسيماهما.
- وقد سكت النص القانوني عما دون الثالثة عشرة للزوجة والخامسة عشر للزوج، وظاهره يقتضي أن لا يصح منهما.
- وهو نص اجتهد الغرفة الشرعية أن "زواج الفتى قبل بلوغه الخامسة عشر مع ادّعائه البلوغ وتبين صدق دعواه يكون زواجا فاسدا... ويجب على الزوجين المتاركة^(١)".
- لكن نص اجتهد للغرفة أيضاً أن تصادق الطرفين على قيام الزوجية الصحيحة يجعل عقد الزواج صحيحا، ولو كانت الزوجة في تاريخ إنشائه لم تتم الثالثة عشرة^(٢).
- بل ذهب المحكمة إلى أن إذن الولي الشرعي للصغير المميز غير البالغ يُطلق للصغير حرية التصرف بالحقوق الزوجية ويجعله كامل الأهلية فيما يتعلق بها^(٣).
- وخالفه اجتهد آخر نصّ فيه أن المحكمة الشرعية لا تأذن بإجراء عقد الزواج إلا بعد التثبت من البلوغ^(٤).
- ولا بد بعد نقل هذه النصوص المختلفة من الجمع بينها، أو بين معظمها؛ إذ إن في بعضها تناقضاً صريحاً مع البعض الآخر.

(١) أساس ١٥٨، قرار ١٤٩، تاريخ ٢٠/٤/١٩٦٨ م.

(٢) أساس ٨٣٢، قرار ٣٧٤، تاريخ ٢٦/٨/١٩٦٨ م.

(٣) أساس ١٦، قرار ٧٨، تاريخ ٢٧/٣/١٩٦١ م.

(٤) أساس ٨٨، قرار ٨١، تاريخ ١٤/٢/١٩٦٧ م.

- يرى الباحث أن الأصل أن ينعقد الزواج بإذن الولي مطلقاً، سواء كان في المحكمة أو في غير المحكمة، وتصادق الزوجين على قيام الزوجية يجعل عقد الزواج صحيحاً، وإن كان الزواج قبل البلوغ إذا كان بإذن الولي.
- وقد نص عليه الاجتهاد صراحة في إجازته عقد الصبي المميز بإذن وليه مع عدم وجود البلوغ.
- وينبغي أن تنحصر مهمة المحكمة في مسألة واحدة فقط هي تثبيت الزواج، فإن كان العاقدان قبل سن البلوغ، فللمحكمة أن تمنع تثبيت الزواج، وليس من صلاحيتها إبطال عقد الزواج، فإن الزواج متى انعقد بشروطه صحيحاً لم يحق للمحكمة إبطاله.
- وقد جاء في بعض الاجتهادات أن المحكمة إذا تبين لها فساد العقد المتصادق عليه من قبل الزوجين لعدم توافر شروط صحته فلا يجوز لها أن تردّ دعوى التثبيت، بل تحكم بوقوعه مع الفساد؛ لما يترتب على ذلك بعد اقترانه بالدخول من حرمة المصاهرة وثبوت النسب إذا حصل حمل أو ولادة^(١).
- فيكون بعد ذلك ما جاء في الاجتهاد أنه "لا يثبت عقد الزواج للفتاة التي لم تتم الثالثة عشرة من عمرها؛ إذ المادة ١٨ أحوال حظرت ونصت على عدم اعتباره^(٢)" ليس في محله، وهو مخالفٌ للاجتهادات الأخرى.
- وكذا ما جاء من أنه يجب التفريق بين الزوجين وتجديد العقد^(٣) ليس في محله أيضاً.
- والصواب أن عقد الزواج إذا تمّ صحيحاً مستوفياً شروطه وأركانه فليس للمحكمة إبطاله، وتترتب عليه الحقوق الزوجية كاملة، والقول بفساده قول لا دليل عليه من الشرع، ويخالفه فعل الصحابة رضي الله عنهم، ونصوص الفقهاء المتعلقة بذلك.
- وما جاء في القانون من تقييد لسن الزواج، فينبغي أن يتعلّق بتثبيته في المحكمة، وبناء الإجراءات القانونية عليه، لا بصحة عقد النكاح في أصله، بدليل أن هذا الزواج تثبت به حرمة المصاهرة ويثبت به النسب، وتقرّه المحكمة بعد تجاوز الزوجين سنّ البلوغ.

(١) ينظر: اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض، أساس ٦١٦، قرار ٦١١، تاريخ ١٩٧٦/٦/٣٠ م.

(٢) أساس ٣٩١، قرار ٣٧٨، تاريخ ١٩٦٨/١٠/٧ م.

(٣) أساس ٤٥٥، قرار ٤٦١، تاريخ ١٩٧٦/٥/١١ م.

- وقد اختلفت القوانين العربية في تحديد السن المتعلقة بالزواج:
- فذهب قانون الأحوال الشخصية العراقي^(١) والأردني^(٢) ومشروع القانون العربي الموحد^(٣) إلى أنه يشترط في أهلية إتمام الزواج بلوغ الثامنة عشرة.
- وذهب قانون الأحوال الشخصية الإماراتي إلى أن أهلية الزواج تكتمل بالبلوغ، وهو تمام الثامنة عشرة لمن لم يثبت بلوغه قبل ذلك^(٤).
- وذهب قانون الأحوال الشخصية الليبي^(٥) إلى أن الأهلية تكتمل ببلوغ سن العشرين.
- ونص قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني^(٦) أن الأهلية هي ست عشرة سنة للخاطب، وخمسة عشر سنة للمخطوبة.
- فلو لم يبلغ السن القانونية في الزواج، فقد اختلفت القوانين في ذلك:
- فذهب قانون حقوق العائلة العثماني^(٧) إلى من لم يتم الثامنة عشرة فللحاكم أن يأذن له بالزواج إذا كانت هيئته محتملة لذلك، وكذا الزوجة إن أذن وليها بذلك.
- وذهب قانون الأسرة الجزائري^(٨) إلى أن الحاكم يأذن به إذا تحقق من المصلحة وقدرة الطرفين على الزواج.
- وذهب قانون الأحوال الشخصية المصري^(٩) "أنه لا تسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة، أو سن الزوج تقل عن ثماني عشرة سنة".

(١) الفقرة الأولى من المادة (٧)

(٢) المادة (١٠)

(٣) المادة (٨)

(٤) المادة (٣٠)

(٥) الفقرة (ب) من المادة (٦)

(٦) المادة (٥)

(٧) قانون حقوق العائلة العثماني: (المادة ٥-٦).

(٨) المادة (٧).

(٩) المادة (٩٩) من القانون رقم ٧٨ المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها لسنة ١٩٣١ م.

- وذهب قانون الأحوال الشخصية اليمني "أن عقد ولي الصغيرة بها صحيح، ولا يُمكن المعقودُ له من الدخول بها ولا تُزَفَّ إليه إلا بعد أن تكون صالحة للوطء، ولو تجاوز خمس عشرة سنة، ولا يصح العقد للصغير إلا لثبوت مصلحة"^(١).
- وذهب قانون الأحوال السوداني إلى أنه "يُقبل زواج الصبي المميز الذي بلغ سن العاشرة من قبل وليه بعد ظهور مصلحة راجعة، وكذا يُقبل زواج الصبية المميزة التي بلغت سن العاشرة من قبل وليها بعد ظهور مصلحة راجعة بإذن القاضي، بشرط كفاءة الزوج ومهر المثل"^(٢).
- ومرجع هذا كله إلى أنه هل يصح وضع حد سن أدنى للزواج تحقيقاً للمصلحة أم لا؟
- وجمهور الفقهاء متفقون على جواز نكاح الصغير والصغيرة دون تحديد سن لذلك، وتقدم بيان كلامهم في المسألة.

رابعاً: الترجيح:

- يرى الباحث أن العقد إذا كان صحيحاً مستوفي الشروط والأركان فلا يجوز اعتباره فاسداً كما ذكر في بعض اجتهادات الغرفة الشرعية.
- بل إنه لو كان العقد فاسداً كيف يسوغ لمحكمة النقض عدّه صحيحاً إن حملت الزوجة أو بلغ الطرفان السن المحددة دون الحاجة إلى تجديده، فإن الزواج الفاسد غير منعقد أصلاً، فكيف يصح بالمصادقة.
- وكيف يصح اعتبار محكمة النقض مصادقة الزوجين على الزواج السابق بمثابة إيجاب وقبول، فإن التصادق إخبار عن العقد السابق، فكيف إنشاء لعقد جديد.
- وحتى لو افترضنا أنه إنشاء لعقد جديد فكيف ينعقد دون استجماع كامل شرائطه من صيغة وولي وشهود وغير ذلك.
- ثم إن عدم تثبيت الزواج في المحكمة سيؤدّي إلى اللجوء إلى رأي الإفتاء الذي سيفتي بصحة النكاح، ويبقى الزوجان يخفيان النكاح عن المحكمة، وقد يحصل بينهما تفريق قد يضيع به حق الزوجة والأولاد، خصوصاً في حال الخصومة، وفي ذلك من الخطر والضرر ما لا يخفى^(٣).

(١) المادة (١٥).

(٢) المادة (٤٠).

- فيكون الراجح صحة زواج القاصر إذا استكمل شروطه الشرعية، ولولي الأمر الحق أن يفرض العقوبة القانونية التي يراها مناسبة لمنع ذلك، وهذا لا يمنع صحة الزواج شرعاً، ولا يؤثر على نتائجه المترتبة عليه، ولا يحق للقاضي التفريق بين الزوجين، بل يكون العقد صحيحاً مستوفي الشروط والأركان، وليس فاسداً ولا باطلاً.
- ويرى الباحث تعديل المادة (١٦) إلى ما يأتي:
- "تكمل أهلية الزواج في الفتى والفتاة ببلوغ الثامنة عشر، فلو حصل النكاح قبل ذلك وقع صحيحاً إن استوفى الشروط والأركان الشرعية، وللقاضي إيقاع العقوبة القانونية التي يراها مناسبة على الولي في حال انتفاء المصلحة الراجحة من زواج القاصر.

(١) ينظر: اجتهادات محكمة النقض السورية في باب الزواج وآثاره: (ص ١٧٩-١٨٢).

المطلب السادس: التفريق لزواج المسلمة الصغيرة من أبوين مسيحيين:

أولاً: بيان المسألة:

- ذهب اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض^(١) أن البنت إذا أسلمت وتزوَّجت مع بقاء أبويها كافرين فإنه لا يصح إسلامها ولا زواجها ما لم تبلغ الثامنة عشرة.
- وجاء في نص الاجتهاد: "لما كان ظاهراً من الأضبارة أن المميّز عليها جانيت في السابعة عشر من العمر وتودُّ اعتناق الدين الإسلامي، ولما كانت جانيت مسيحية وتبديل دينها إنما يرجع فيه إلى القرار ٦٠ ل ر، الصادر ١٣ آذار، وكانت المادة (١١) منه تشترط لصحة التبديل بلوغ سن الرشد—وهو ثنائي عشرة سنة— كما استقر عليه اجتهاد محكمة التمييز بهيئاتها العامة في القرار الذي ألمع إليه الحكم المميّز، ولما كانت جانيت لم تُتمّ السابعة عشر من عمرها كان اعتبار تبديلها المذهب صحيحاً مخالفاً للأصول، وبالتالي كان إسقاط ولاية أبيها عنها ليس له مؤيد قانوني، وكان الحكم بصحة زواجها رغم عدم موافقة والدها لا يتفق والفقرة الثانية للمادة ١٨/ أحوال شخصية، وهو مُستحق النقض".
- وما ذهب إليه الغرفة الشرعية ليس في محله، إذ من غير المقبول أن يُردّ إسلام من دخل الإسلام وهو بالغ عاقل مختار، ثم بعد ذلك يُبطل نكاحه، ويُردّ إلى ولاية غير المسلم، وقد قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ﴾ [الممتحنة: ١٠]، وسيأتي بيان ذلك.

ثانياً: الرأي الفقهي في المسألة:

- اختلف الفقهاء في إسلام الصبي على قولين:
- القول الأول: أنه يصح إسلامه وارتداده، وهو مذهب جمهور الحنفية، والأصح عند المالكية والحنابلة.
- جاء في الاختيار: "وإسلام الصبي العاقل وارتداده صحيح، ويجبر على الإسلام ولا يقتل"^(٢).
- وجاء في جامع الأمهات: "ويحكم بإسلام المميز على الأصح، ويجبر إن رجع"^(٣).

(١) أساس ١٨، قرار ١٧، لعام ١٩٥٦/١/١٩ م

(٢) الاختيار: ١٤٨/٤

(٣) جامع الأمهات: (٤١٩).

- القول الثاني: أنه لا يصح إسلامه وارتداده، وهو قول زفر من الحنفية، ومذهب الشافعية، وقول عند المالكية والحنابلة^(١).
- جاء في الاختيار: "وقال زفر: لا يصحّان [إسلامه وارتداده]؛ لأن طريقتها الأقوال، وأقواله غير صحيحة".
- وجاء في بحر المذهب: "وكذلك لو أسلم أولاد أهل دار الحرب قبل البلوغ لم يكن لإسلامهم حكم، ولم يصح من الصبي إسلام ولا ردة"^(٢).
- وجاء في الإشراف: "اختلف أصحابنا في إسلام المراهق والمميز"^(٣).
- وجاء في العدة: "(ويصحّ إسلام الصبي العاقل) وهو إذا بلغ عشر سنين وعقل الإسلام صح إسلامه"^(٤).
- وجاء في الحاوي: "وعنه: لا يصحّان [إسلامه ورتدته] من غير مكلف"^(٥).
- والفقهاء مع اختلافهم في صحة إسلام الصبي مُتَّفِقُونَ على أن من أسلم وهو بالغ فإسلامه صحيح، ولا خلاف في ذلك بين الفقهاء.
- والقول بعدم قبول إسلام من بلغ ولم يتم الثامنة عشرة لا سند له فقهاً؛ لأن الفقهاء مُجْمِعُونَ على صحة إسلام البالغ ولو لم يتم الثامنة عشرة.
- وأما السند القانوني: فلأن القرار الذي استند إليه نص الاجتهاد لا يفيد ما ذكره.

(١) جامع الأمهات: (٤١٩).

(٢) بحر المذهب: (٤٣٨/١٢).

(٣) الإشراف على نكت مسائل الخلاف: (٦٣٨/٢).

(٤) العدة شرح العمدة، لأبي محمد عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، بهاء الدين المقدسي (المتوفى: ٦٢٤هـ)، الناشر: دار الحديث، القاهرة، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣ م: (ص ٦١٨).

(٥) الحاوي في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لأبي طالب عبد الرحمن بن عمر البصري العبدلياني (٦٢٤ - ٦٨٤ هـ)، دراسة وتحقيق: معالي أ. د. عبد الملك بن عبد الله بن دهب، الناشر: مكتبة الأسد، الطبعة: الأولى: (ص ٧١٤).

- ويبقى هنا أمر أخير، وهو أن يقال: إن إسلام الزوجة لا يرفع ولاية أبيها عنها، ويبقى له حق تزويجها، فلا تسقط ولايته.
- والجواب أن الفقهاء مُجمعون على أن غير المسلم لا يكون ولياً للمسلمة.
- جاء في البدائع: "ولا ولاية للكافر على المسلم؛ لأن إثبات الولاية للكافر على المسلم تشعر بإذلال المسلم من جهة الكافر وهذا لا يجوز ولهذا صينت المسلمة عن نكاح الكافر"^(١).
- وجاء في كفاية الطالب: "ولا نكاح إلا بولي وصادق وشاهدي عدل، أما الولي فيشترط فيه الإسلام والحرية والبلوغ والعقل والذكورية"^(٢).
- وجاء في الغاية والتقريب: "ولا يصح عقد النكاح إلا بولي وشاهدي عدل ويفتقر الولي والشاهدان إلى ستة شرائط: الإسلام والبلوغ والعقل والحرية والذكورة والعدالة"^(٣).
- وجاء في الفروع: "ولا ولاية لكافر على ابنته ولا غيرها"^(٤).
- وإذا ثبت اتفاق الفقهاء على هذا المعنى بطل رجوع الولاية للأب الكافر بعد إسلام بنته، وتنتقل الولاية للقاضي المسلم الذي يحكم بصحة النكاح.

ثالثاً: الرأي القانوني في المسألة:

- نصت المادة (١١) من قانون الطوائف أن "من أدرك سن الرشد وكان متمتعاً بقواه العقلية يمكنه أن يترك أو يعتنق طائفة ذات نظام شخصي معترف بها ويكون لهذا الترك أو الاعتناق مفعوله المدني، ويمكنه أن يحصل على تصحيح القيود المختصة به في سجل النفوس، وذلك بأن يقدم إلى دائرة

(١) بدائع الصنائع: (٢/٢٣٩).

(٢) كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني، لأبي الحسن علي بن خلف المنوفي المالكي المصري المالكي (٩٣٩ هـ)، المحقق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، الناشر: دار الفكر، سنة النشر - بيروت ط ١٤١٢ م: (٢/٤٩).

(٣) متن أبي شجاع (الغاية والتقريب)، لأبي شجاع أحمد بن الحسين بن أحمد، شهاب الدين الأصفهاني (المتوفى: ٥٩٣ هـ)، الناشر: عالم الكتب، عدد الأجزاء: ١: (ص ٣١).

(٤) الفروع وتصحيح الفروع، لأبي عبد الله محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، شمس الدين المقدسي الراميني ثم الصالحي الحنبلي (المتوفى: ٧٦٣ هـ)، تحقيق: أبو الزهراء حازم القاضي، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، ط ١٤١٨ هـ: (٨/٢١٤).

النفوس في محل إقامته صكاً يحتوي على تصريح بإرادته هذه، وعند الاقتضاء على شهادة قبول من السلطة ذات الصلاحية في الطائفة التي يعتنقها"^(١).

- فنصّ المادة (١١) كما هو ظاهر يتحدث عن التأثير المدني لتغيير الدين، وإمكانية تصحيح القيود المختصة به في سجل النفوس، وهو أمر مدنيّ بحثٌ، ولم يتطرق القانون من قريب أو بعيد؛ لصحة أو بطلان إسلام من لم يبلغ سن الرشد، وإنما هو إجراء مدني تنظيمي لا غير.
- وقد نُسب هذا التصريح إلى شيخ الأزهر في مصر أحمد الطيب، بأنه أفتى بعدم إسلام القاصرات، وأصدر مكتبه توضيحاً حول ذلك جاء فيه: "إن الإمام الأكبر تحدث للقسيسين عن إشهار المصريين بلجنة إشهار الإسلام بالأزهر الشريف، وبين لهما القواعد والإجراءات القانونية التي تحكم تسجيل إسلام المصريين، والتي من بينها أنه لا يقبل تسجيل إشهار الإسلام ممن يقل عمره عن ثمانية عشر عاماً... ولم يتطرق شيخ الأزهر ولو بكلمة واحدة حول عدم الاعتداد بإسلام هاتين الفتاتين من الناحية الشرعية، ولم يكن كلامه مع القسيسين وارداً مورد الإفتاء أو تقرير الأحكام الشرعية"^(٢).
- ويضاف إلى ما تقدم أنه لا يجوز أن يكون قانون الأحوال الشخصية مستمداً من الفقه الإسلامي، ثم ينص على عدم صحة إسلام الزوجة البالغة، بل وإبطال نكاحها من زوجها المسلم وردّها إلى ولاية أبيها غير المسلم.
- والقرار أيضاً مخالفٌ لنص القانون من جهة أخرى، وهو أن الأصل فيما لا نص قانوني فيه أن يرجع فيه إلى الراجح من المذهب الحنفي، وقد تقدّم فيه أن إسلام الصبي صحيح فضلاً عن إسلام البالغ.
- وقد يرد سؤال بأن القانون جعل البلوغ القانوني في سن الثامنة عشرة، فلذلك لم يصح إسلام من كان قبل ذلك.
- والجواب عن هذا السؤال أن البلوغ أمرٌ قدره الشارع بالاحتلام للرجل، أو الحيض للمرأة، فلا يكون للقانون اجتهاد في مورد النص الشرعي، والتقدير بسن الثامنة عشرة أمر تنظيمي قانوني لا يتعلق بصحة البلوغ نفسه.

(١) نظام الطوائف الدينية الصادر بالقرار رقم ٦٠ ل.ر لعام ١٩٣٦ م.

(٢) نشر المقال في جريدة اليوم السابع المصرية، تاريخ ٢٧ / ٦ / ٢٠١١ م.

- وقد جاء اجتهاد لمحكمة النقض يؤيد ذلك وينص أن البلوغ المعتبر في المادة (١٥) هو البلوغ الشرعي المعتبر في صحة الزواج^(١).
- وجاء أيضاً أنه ليس في مواد القانون ما يحدد البلوغ بسن معينة^(٢).
- وبناء عليه يرى الباحث أن ما ذهب إليه اجتهاد الغرفة خطأ جسيم، ويجب العدول عنه، فإذا ثبت لدى القاضي الشرعي البلوغ الحقيقي للزوجين حكم بصحة إسلامهما، وكان القاضي هو ولي الزوجين، ولا تردّ الولاية لغير المسلم بعد الإسلام.
- ويؤيد ذلك اجتهادات لمحكمة النقض نفسها أقرت فيها الزواج بعد سن الثالثة عشرة.
- وجاء في اجتهاد آخر: "تصادق الطرفين على قيام الزوجية الصحيحة يجعل عقد الزواج صحيحاً ولو كانت الزوجة في تاريخ إنشائه لم تتم الثالثة عشرة من العمر"^(٣).
- ولو افترضنا تنزلاً عدم صحّة إسلام من لم تُتِمَّ الثامنة عشرة فإنّه لا يجوز لنا أن نردّها إلى ولاية أبيها غير المسلم حفاظاً على دينها كما تقدم في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ﴾ [الممتحنة: ١٠]
- جاء في شرح الزركشي: "إذا صحّحنا إسلام الصبي، أو لم نصحّح ردّته فلا ريب أنه يحال بينه وبين أهل الكفر، وكذلك إن لم نصحّح إسلامه، أو صحّحنا ردّته، حذاراً من فتنته، ورجاء ثبوته على الإسلام، أو عوده إليه حين بلوغه"^(٤).
- ويقترح الباحث إدراج مادة قانونية وهي:
- "لا ولاية لغير المسلم على ابنته المسلمة البالغة شرعاً، وليس له حق طلب التفريق بعد عقد النكاح".

(١) أساس، ١٧٣، قرار ٢٥، تاريخ ١٩٧٧/١/٢١ م.

أساس، ٤١، قرار ٢٥، تاريخ ١٩٧٤/٢/٨ م.

(٢) أساس، ١٧٦، قرار ٤، تاريخ ١٩٧٩/٣/٥ م (اجتهادات محكمة النقض السورية في باب الزواج وآثاره: ص ١٧٢).

أساس، ٤١، قرار ٢٥، تاريخ ١٩٧٤/٢/٨ م.

(٣) أساس ٨٣٢، قرار ٣٧٤، تاريخ ١٩٨٦/٤/٢٦ م.

(٤) شرح الزركشي على مختصر الخرقي: (٦/ ٢٥٥).

المطلب السابع: التفريق للعنة:

أولاً: بيان المسألة:

- العنة لغة: عدم القدرة على الجماع لمرض أو كبر سن.
- ولا تخرج اصطلاحاً عن المعنى اللغوي، وهو عدم القدرة على قربان النساء^(١).
- وقد ذهب اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض، أساس ٤٢١، قرار ٤٣٤، تاريخ ٢٩-٢-١٩٧٦م إلى أن التفريق بسبب العنة ينتفي بوصول الزوج إلى زوجته ولو مرة واحدة.
- وجاء في نص الاجتهاد: "إن الضعف الجنسي الذي يصيب الزوج في فترة لاحقة للزواج لا يُبرّر للزوجة طلب التفريق للعنة؛ لأن هذا السبب ينتفي بوصول الزوج إلى زوجته ولو مرة واحدة".
- وهذا الاجتهاد مخالف لنص المادة (١٠٦) التي نصّت على أن حق التفريق للعنة لا يسقط بحال، وقد يُمكن تفسيره بأن القانون لم يعتدّ بالعنة الطارئة، وسيأتي تفصيل المسألة.

ثانياً: الرأي الفقهي في المسألة:

- ذهب جمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة إلى أن حق المرأة للتفريق للعنة يسقط بالوطء مرة واحدة.
- جاء في حاشية ابن عابدين: "ويسقط حقها بمرة في القضاء أي لأنه لو لم يصبها مرة يؤجله القاضي سنة ثم يفسخ العقد. أما لو أصابها مرة واحدة لم يتعرض له لأنه علم أنه غير عنين وقت العقد"^(٢).
- وجاء في المختصر الفقهي: "كل من نكح امرأة فوطئها مرة ثم أصابه ما منعه الوطء، فإنه لا يُفرّق بينها أبداً"^(٣).
- وجاء في البيان: إذا تزوج رجل امرأة فوطئها، ثم عجز عن وطئها.. لم يثبت لها الخيار، ولا يحكم لها عليه بالعنة^(٤).

(١) المغرب في ترتيب المعرب: (ص ٣٣٠)، التعريفات: (ص ١٥٨).

(٢) حاشية ابن عابدين: (٣/٢٠٣).

(٣) المختصر الفقهي لابن عرفة: (٤/٢٩٩).

(٤) البيان في مذهب الشافعي: (٩/٣٠٨).

- وجاء في المغني: وإن اعترفت أنه قد وصل إليها مرة، بطل أن يكون عنيّناً، أكثر أهل العلم على هذا^(١).
- وذهب أبو ثور^(٢) أنه لو عجز عن وطئها يؤجّل سنة؛ لأن الوطء حق لها، فكان حقّها ثابتاً فيه.
- جاء في الأوسط: "وقد حكى أبو ثور عن بعض أهل الأثر أنه كلما أمسك عنها أجّل لها سنة، لأنه ليس لها فيما مضى من جماعها مقنّع، وقد كان أبو ثور يقول: وإذا غشيها مرة واحدة ثم يمسك فإن رافعته أجّل لها، وذلك أن العلة التي في العنّين قد صارت فيه، ولست أنظر في هذا إلى أول الأمر ولا آخره إذا كانت العلة موجودة، وذلك أن من حقوقها الجماع، فمتى كان المنع لعلّة كان حكمه حكم العنّين"^(٣).
- ويوافق كلامه ما قاله ابن تيمية رحمه الله: "ومن الحقوق الأبضاع، فالواجب الحكم بين الزوجين بما أمر الله تعالى به، من إمساكٍ بمعروف أو تسريحٍ بإحسان، فيجب على كلّ من الزوجين أن يؤدي إلى الآخر حقوقه، بطيب نفس وانسراح صدر؛ فإنّ للمرأة على الرجل حقّاً في ماله؛ وهو الصّدق والنفقة بالمعروف، وحقّاً في بدنه؛ وهو العشرة والمتعة؛ بحيث لو آلى منها استحققت الفرقة بإجماع المسلمين، وكذلك لو كان محبوباً أو عنيّناً لا يمكنه جماعها فلها الفرقة"^(٤).
- فيظهر ممّا تقدم أن للزوجة حقّاً في زوجها وهو المعاشرة بالمعروف كما أن لها حقّاً في ماله، فكما أن حقها في النفقة متجدّد لا ينقضي بمرة واحدة، فكذا حقها في المتعة متجدّد لا ينقضي بمرّة واحدة.

(١) المغني: (٧/٢٠٤).

(٢) هو إبراهيم بن خالد بن أبي البيان، أبو ثور الكلبي البغدادي، الفقيه أحد الأعلام. وقيل: كنيته أبو عبد الله، ولقبه أبو ثور، كان أحد أئمة الدنيا فقهاً وعلماً وورعاً وفضلاً وخيراً، ممن صنف الكتب، وفرع على السنن، وذب عنها، وقمع مخالفيها، توفي سنة ٢٤٠ هـ. ينظر: تاريخ الإسلام: (٥/٧٧٢).

(٣) الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف، لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (المتوفى: ٣١٩ هـ)، راجعه وعلق عليه: أحمد بن سليمان بن أيوب، تحقيق: مجموعة من المحققين، الناشر: دار الفلاح، الطبع الأولى: (٨/٤٥٠).

(٤) مجموع الفتاوى، لابن تيمية: (٣٨٣/٢٨).

ثالثاً: الرأي القانوني في المسألة:

- اختلفت القوانين العربية في مسألة العُنة على فريقين:
 - فذهب القانون القطري^(١) إلى أن حق الزوجة للتفريق بسبب العُنة لا يسقط أبداً، سواءً كانت العُنة أصلية قبل الزواج أو طارئة بعده، ولو رضيت الزوجة صراحةً.
 - ووافق القانون السوداني^(٢)، لكنه قيّد طلب الزوجة التطليق للعُنة الطارئة بعد العقد بكونها تخشى على نفسها الفتنة^(٣).
 - وذهب القانون العراقي^(٤) والإماراتي^(٥) إلى ما ذهب إليه القانون القطري والسوداني، لكنه سكت لو رضيت الزوجة بالعُنة، وصرّح القانون السعودي^(٦) بسقوط الخيار لو رضيت بالعيب.
 - وذهب القانون الأردني^(٧) والسوري أن حق الزوجة للتفريق بسبب العُنة لا يسقط لو علمت به قبل الزواج، وكذا لو رضيت به بعده، ولم يجعل لها حق التفريق فيما لو طرأت العُنة بعد الزواج، وباقي القوانين العربية لا تخرج عمّا ذكر.

رابعاً: الترجيح:

- يرى الباحث رجحان ما ذهب إليه القانون القطري ومن وافقه من أن للزوجة حق الفسخ في العُنة الأصلية والطارئة، ولا يسقط حقّها لو رضيت؛ لأن حاجة المرأة إلى المعاشرة حاجةً متجددةً فيتجدد حقّها بتجدد حاجتها، ذلك لأمر:
الأمر الأول: أن من مقاصد الزواج الأساسية العفاف، وذلك بإعفاف الرجل زوجته، وإعفاف المرأة زوجها، وذلك لا يتحقق بالوطء مرة واحدة، فكان من الواجب على الزوج إعفافها بالمعروف.

(١) مادة (١٢٥).

(٢) مادة (١٥٣-١٥٤).

(٣) مادة (١٦١).

(٤) مادة (٤٢).

(٥) مادة (١١٢).

(٦) مادة (١٠٥).

(٧) مادة (١٥٣-١٥٤).

الأمر الثاني: إنما ترجّح حق الزوجة في طلب التفريق للْعُنَّة الطارئة؛ لأن الضرر عليها في الْعُنَّة الطارئة أشدّ منه في الْعُنَّة الْأَصْلِيَّة؛ لأنها في الْعُنَّة الْأَصْلِيَّة لم تَعْتَدِ الجَمَاع وتستمتع به، بخلاف الْعُنَّة الطارئة قال ابن حزم^(١): "ثم أشدّ ذلك قَوْلُهُم: إن وطئها مرة في الدهر فلا كلام لها، والضرر في ذلك أشدّ منه في التي لم يطأها قط، من قال غير هذا فقد جاهر وكابر الضرورة والحس"^(٢).

الأمر الثالث: ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه خرج ليلة يحرس الناس، فمر بامرأة وهي في بيتها وهي تقول:

- تطاول هذا الليل واسودّ جانبه ... وأزقني ألا خليلُ ألعبه
- فقال عمر رضي الله عنه لحفصة بنته: "كم أكثر ما تصبر المرأة عن زوجها؟"، فقالت: ستّة أو أربعة أشهر. فقال عمر رضي الله عنه: "لا أحبس الجيش أكثر من هذا"^(٣).
- فدّل هذا الحديث على أن للمرأة حقّاً في الزوج لا تصبر عنه، ولا يفوق ستّة أشهر، وهذا الحق لا يتحقّق بالوطء مرّة واحدة في العمر، فكان أقلّ ما تستحقّه المرأة هو الوطء مرّة واحدة في السنة؛ لأن مقصد العفاف لا يتحقّق بالوطء مرة واحدة في العمر كما لا يخفى على عاقل، فكان لها طلب التفريق للْعُنَّة إذا امتنع الزوج عن قربانها لسنة أو أكثر.
- وقد ورد عن عمر رضي الله عنه أنه "جاءته امرأة فقالت: إن زوجها لا يصيبها، فأرسل إلى زوجها فسأله فقال: قد كبرتُ، وذهبت قوتي، فقال عمر: "أتصيبها في كل شهر مرة؟"، قال: في أكثر من ذلك، قال عمر: في كم؟ قال: أصيبها في كل طهر مرّة، قال عمر: اذهبي فإن في هذا ما يكفي المرأة"^(٤).

(١) هو أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، الإمام الفقيه الحافظ، المتكلم، الأديب، الظاهري، ولد سنة (٣٨٤ هـ)، قيل: إنه تفقه أولاً للشافعي، ثم أداه اجتهاده إلى القول بنفي القياس كله، والأخذ بظاهر النص وعموم الكتاب والحديث، وكان أجمع أهل الأندلس قاطبة لعلوم الإسلام، ولم يتأدّب مع الأئمة في الخطاب، بل فجّج العبارة، وسبّ وجّدع، ولذا قيل: كان لسان ابن حزم وسيف الحجاج شقيقتين، من مصنفاته: "المحلّى بالآثار"، و"شرح أسماء الله الحسنى"، و"الفصل في الملل والنحل"، توفي سنة (٤٦٦ هـ). ينظر: سير أعلام النبلاء، لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان بن قنايّا، الذهبي (المتوفى: ٧٤٨ هـ)، المحقق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرناؤوط، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة: (١٨/ ١٨٤-٢١١).

(٢) المحلى بالآثار: (٢٠٨/٩).

(٣) السنن الكبرى للبيهقي، كتاب السير، باب الإمام لا يجمر بالغزى (٥١/٩)، رقم: (١٧٨٥٠). وإسناده صحيح.

- وقد نصّ الحنفية على أنه لا يحلّ للزوج ترك وطئها بغير عذر ديانةً، وأوجب بعضهم الوطء قضاءً.
- جاء في حاشية ابن عابدين: "قال في النهر: في هذا الكلام تصريح بأن الجماع بعد المرة حقه لا حقها. اهـ. قلت: فيه نظر، بل هو حقه وحقها أيضاً، وإذا طالبته يجب عليه ويجبر عليه في الحكم مرةً، والزيادة تجب ديانة لا في الحكم عند بعض أصحابنا وعند بعضهم تجب عليه في الحكم" (١).
- ففي النص المتقدم ذكر ابن عابدين أن الراجح أن الوطء حقٌّ للزوجين، وليس حقاً للزوج فقط، فإذا ثبت ذلك لم يمتنع أن تطالب الزوجة بحقها، خاصة وأن بعضهم جعل الزيادة على المرة واجبة في الحكم أيضاً، فكان التخريج على هذا أن للمرأة أن تطالب بحقها في الوطء قضاءً.
- وأما كون الزوج معذوراً فذلك لا يُسقط حق الزوجة، فوجب أن ترضى بذلك، أو ترفع الأمر إلى القضاء كما هو مذهب بعض الحنفية، والله أعلم.

المطلب الثامن: التفريق لعدم تبادل ألفاظ الإيجاب والقبول في عقد النكاح:

أولاً: رأي الغرفة الشرعية:

- ذهب اجتهاد الغرفة الشرعية إلى على عدم الاكتفاء بالكتابة في عقد الزواج إذا لم يوجد تبادل الألفاظ، ونصه: "حيث إن المحكمة مُصدرة القرار الطعين اعتمدت في تثبيت الزواج بين طرفي الدعوى على أقوال الشاهدين ع و ش وورقة عقد الزواج الجاري خارج المحكمة والموقعة من الطرفين ولم ينكرها الطاعن المدعى عليه...

(١) مصنف عبد الرزاق، كتاب الطلاق، باب حق المرأة على زوجها وفي كم تشتاق؟ (٧/ ١٥٠)، رقم: ١٢٥٩٠. وفي إسناده انقطاع. فإن زيد بن أسلم لم يدرك عمر. وروي من طريق آخر عن والد زيد، أشلم العدوي مولى عمر، وفي إسناده مجهول.

(٢) رد المحتار: (٣/ ٢٠٢).

- والشاهد ع أكد على تبادل الطرفين ألفاظ الإيجاب والقبول بحضوره.
- أما الشاهد ش فشهد أن الطرفين لم يتبادلا ألفاظ الزواج بحضوره؛ لذا فالبيئة التي ساقتها المدعية واعتمدتها المحكمة غير مستكملة لنصاب الشهادة الشرعي، وبالتالي فإن تبادل ألفاظ الزواج، أي الإيجاب والقبول بين الطرفين لم يثبت على الوجه الشرعي؛ لذا كان ما خلصت إليه المحكمة في قرارها الطعين لجهة ثبوت الزواج سابقاً لأوانه لعدم استيثاقها من تبادل ألفاظ الإيجاب والقبول^(١).
- فنصت المحكمة نصاً واضحاً صريحاً على أنه لا يكتفى بالكتابة في عقد النكاح بين حاضرين، بل لا بد فيه من تبادل ألفاظ الإيجاب والقبول، وعلى ذلك استقر الاجتهاد.

ثانياً: الرأي الفقهي في المسألة:

- اختلف الفقهاء في انعقاد النكاح بالكتابة على قولين:
- القول الأول: ذهب الأكثرون إلى عدم انعقاد النكاح بالكتابة، وهو جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة.
- جاء في البحر الرائق: "وقيد المصنف انعقاده باللفظ؛ لأنه لا ينعقد بالكتابة من الحاضرين، فلو كتب تزوجتك فكتبت: قبلت لم ينعقد"^(٢).
- وجاء في بلغة السالك: "وصح تقديم القبول من الزوج كأن يقول: زوّجني ابتك، فيقول الولي: زوّجتك إياها فينعقد، ولا تكفي الإشارة ولا الكتابة إلا لضرورة خرس"^(٣).
- وجاء في مغني المحتاج: "ولا ينعقد بكتابة في غيبة أو حضور؛ لأنها كناية، فلو قال لغائب: زوّجتك ابنتي، أو قال: زوجتها من فلان ثم كتب فبلغه الكتاب أي الخبر فقال: قبلت لم يصح"^(٤).

(١) أساس ٩٨٣، رقم ١٠٠٨، ١٣/١١/٢٠١٧م.

(٢) البحر الرائق شرح كثر الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ)، وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت بعد ١١٣٨ هـ)، وبالحاشية: منحة الخالق لابن عابدين، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية: (٩٠/٣).

(٣) بلغة السالك لأقرب المسالك: (٣٥٠/٢).

(٤) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لشمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ).

الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م: (٢٣٠/٤).

- وجاء في الإنصاف: "اعلم أن الصحيح من المذهب، أن النكاح لا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول بهذه الألفاظ، لا غير، وعليه جماهير الأصحاب (١)".
- وهذا لو كانت المراسلة بين حاضرين، أما لو كانت بين غائبين، فأكثر الفقهاء على الجواز (٢).
- القول الثاني: ذهب بعض الحنابلة إلى انعقاد النكاح بالكتابة، وبأي فعل يدل على النكاح.
- جاء في المحرّر: "وَيَنْعَقِدُ نِكَاحُ الْآخَرِ بِكِتَابَتِهِ أَوْ إِشَارَتِهِ نَصَّ عَلَيْهِ وَفِي كِتَابَةِ الْقَادِرِ عَلَى النُّطْقِ وَجِهَانٍ: أَحَدُهُمَا لَا يَصِحُّ إِلَّا بِالْفَلْظِ" (٣).
- وجاء في الفتاوى الكبرى: "فصل: وَيَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِمَا عَدَّه النَّاسُ نِكَاحًا بِأَيِّ لُغَةٍ وَلَفْظٍ وَفَعْلٍ كَانَ، وَمِثْلُهُ كُلُّ عَقْدٍ وَالشَّرْطُ بَيْنَ النَّاسِ مَا عَدُّوه شَرْطًا" (٤).

ثالثاً: الرأي القانوني في المسألة:

- اتفقت القوانين العربية أنه يُشترط لعقد النكاح تبادل ألفاظ الإيجاب والقبول، إلا للعاجز عنهما فبالإشارة المعلومة أو الكتابة، وذكر القانون السوري (٥) والكويتي (٦) أنه ينعقد بالكتابة أيضاً للغائب.
- ولم أجد من القوانين العربية من قال بانعقاد النكاح بالكتابة مع القدرة على النطق، لكن ذكر القانون التونسي (٧) لانعقاد النكاح رضا الزوجين، ولم يُصرّح بوجود الصيغة من الإيجاب والقبول.
- وأما باقي القوانين العربية كالقانون الأردني (٨)، والمغربي (٩)، والعراقي (١)، والسوداني (٢)، والجزائري (٣)، والسعودي (٤).

(١) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (٩٣/٢٠).

(٢) ينظر تفصيل ذلك في الفقه الإسلامي وأدلته: (٢٩٤٢-٢٩٤٣/٤).

(٣) المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد، لأبي البركات مجد الدين عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد، ابن تيمية الحراني، أبو البركات، مجد الدين (المتوفى: ٦٥٢هـ)، الناشر: مكتبة المعارف-الرياض، الطبعة الثانية: (١٥/٢).

(٤) الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٥/٤٥٠).

(٥) مادة (٥)

(٦) مادة (٩)

(٧) فصل (٣)

(٨) مادة (١٥)

(٩) مادة (١٠)

رابعاً: الترجيح:

- يرى الباحث أن الراجح والله أعلم هو انعقاد النكاح بالكتابة، فإن الشرط بين الناس ما عدّوه شرطاً، فالأساء تُعرف حدودها تارةً بالشرع، وتارةً باللغة، وتارةً بالعرف، وكذلك العقود. فإذا تعارف الناس انعقاد النكاح بفعل الكتابة صح به النكاح.
- بالإضافة إلى أن الشرع لم يجعل ألفاظاً مخصوصةً للنكاح، فجاز بكل ما دل على التراضي في النكاح، وهذا القول يؤدي للتسهيل على الناس، فإن كثيراً منهم لا يُحسن تبادل الإيجاب والقبول، أو يرى كتابة العقد مع رضا الولي ومعرفة الشهود تنوب عن تبادل الألفاظ، فكان القول بانعقاد النكاح فيه من التيسير ما لا يخفى.
- وقد نصّ أكثر الفقهاء أن الكتابة كالخطاب في العقود.
- جاء في **النهر الفائق**: "إذا قالت: اخلعني فقال: خلعتك على كذا لا يقع ما لم تقبل، والكتاب كالخطاب"^(٥).
- وجاء في **الإشراف**: مسألة: إذا كتب الطلاق بيده وأراد به الطلاق، كان طلاقاً"^(٦).
- وجاء في **فتح العزيز**: "وينعقد البيع بالكناية مع النية على الأصح كالكتابة والخلع"^(٧).
- وجاء في **المنح الشافيات**: "من كتب صريح طلاق امرأته بما يتبين وقع وإن لم ينوه، لأنها صريحة فيه لأن الكتابة تقوم مقام قول الكاتب"^(٨).

(١) مادة (٤)

(٢) مادة (١٢)

(٣) مادة (١٠)

(٤) مادة (١٥)

(٥) **النهر الفائق شرح كنز الدقائق**، لسراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي (ت ١٠٠٥هـ)، المحقق: أحمد عزو عناية

الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م: (٣/٣٤٠).

(٦) **الإشراف على نكت مسائل الخلاف**: (٢/٧٥٤).

(٧) **فتح العزيز**: (٣/٤)

(٨) **المنح الشافيات بشرح مفردات الإمام أحمد**، لمنصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي الحنبلي (المتوفى: ١٠٥١هـ)،

المحقق: أ. د. عبد الله بن محمد المطلق، الناشر: دار كنوز إشبيلية - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى: (٢/٦٢٥-٦٢٦).

- ففي ما تقدم من أقوال الفقهاء دليل على أن الكتاب ينوب عن الخطاب.
- وقد ذهب اجتهاد الغرفة الشرعية قديماً إلى أن الكتابة فقط لا تُجزي عن تبادل الألفاظ، وذلك حينما نص على حكم المخالعة.
- وجاء في الاجتهاد: "إن المخالعة عقد ثنائي الطرف، ويجب أن يتم فيه الإيجاب والقبول في مجلس واحد وأن يتبادل الطرفان ألفاظ المخالعة، ولا يكفي فيها الكتابة والتوقيع فقط"^(١).
- لكن تغير في اجتهاد آخر للمحكمة نفسها، وجاء فيه: "وكان من المقرر فقهاً واجتهاداً أن الكتابة من المتعاقد نفسه أو من قبل الغير بأمره أو من قبل الغير بغير أمره ولكنه رضي بها ووقع عليها يُعتبر كل ذلك بمثابة اللفظ، والقاعدة الفهمية في ذلك أن القلم أحد اللسانين"^(٢).
- وهذا الاجتهاد هو الموافق لنص المادة (٩٦) من قانون الأحوال الشخصية المعدل لعام ٢٠١٩م، والذي جاء فيه: "تقع المخالعة باللفظ كما تقع بالكتابة إذا فهم الزوجان فحواها".
- وبناء على ما تقدم فإن القانون في تعديله الأخير جعل الكتابة في الخلع ملزمة ولو لم يقع تبادل الألفاظ. ويصح أن يقاس عليه عقد النكاح، فإنه إذا صح فسخ النكاح بالكتابة صح إنشاؤه بالكتابة أيضاً إذا استوفى العقد الشروط؛ إذ لا مانع يمنع من ذلك، والرضا موجود، فكان العقد صحيحاً، والله أعلم.
- ويرى الباحث أن القانون اقتصر على الخلع فقط، وأبقى ما سواه على الأصل بتبادل الألفاظ، وهذا الأمر فيه قصور، والأصل أن العقود بعمومها يصح فيها الكتابة إذا وُجدت النية كما يصح اللفظ، فكان من الأهمية بمكان إضافة مادة قانونية تنص على أن عقد النكاح يصح فيه الكتابة إذا فهم الزوجان فحواها، والاقتصار على الخلع دون النكاح تخصيصٌ بدون مخصص، فإن الكتابة إذا جازت في فسخ النكاح فتجوز قياساً في ابتدائه، ولا مبرر للاقتصار على أحدهما دون الآخر.

(١) أساس ٣٨٨، قرار ٣٨٥، تاريخ ٢١/٤/١٩٧٦م.

(٢) أساس ٥٥٧، قرار ٦١٦، تاريخ ٢٧/٦/١٩٨١م. وينظر: اجتهاد الغرفة الشرعية أساس ٧١٠، قرار ٨٠٥، تاريخ

٦/١/٢٠٢٢م.

- وفي هذا تيسيرٌ على الناس، فإن كثيرا من العوامّ يظنُّ أن إمضاء عقد الزواج ينوب عن تبادل الألفاظ، فكان في إقامة الكتابة مقام النطق تسهيل على العوامّ، وحفظ للعقود، خاصة وأن هذا القول له مستنده الشرعي والقانوني، والله تعالى أعلم.
- والقول باستثناء عقد النكاح من العقود التي تصح بالكتابة كما هو مذهب جمهور الفقهاء^(١) لا دليل عليه؛ فإن النكاح كغيره من العقود فكما تصح باقي العقود بالكتابة فينبغي أن يصح النكاح أيضًا، فيكون النكاح بين الناس ما عدّوه نكاحا؛ فإن الله ذكر البيع والنكاح وغيرهما في كتابه ولم يرد لذلك حدّ في الشرع ولا له حدّ في الفقه فيرجع فيه إلى العرف، فما تواطأ الناس عليه وتعاقدوه صحّ به العقد.
- ويقترح الباحث تعديل المادة (٥) إلى ما يأتي:
- "ينعقد الزواج بإيجاب من أحد العاقلين وقبول من الآخر بالألفاظ التي تفيد الزواج لغة أو عرفاً، ويجوز أن يكون الإيجاب والقبول بالكتابة، سواء كان الطرف الآخر حاضراً أو غائباً".

(١) ينظر: رد المحتار: (١٢/٣)، التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب: (٥٠٥/٣)، نهاية المطلب في دراية المذهب: (١٤/٧٦-٧٧)، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى: (٢/٦٣٢).

المطلب التاسع: التفريق لاعتراض الولي:

أولاً: بيان المسألة:

- ذهب اجتهاد الغرفة الشرعية إلى أن المرأة لو تزوجت غير كفؤ، فله الاعتراض على النكاح وفسخه، وكذا لو تزوجت بأقل من مهر المثل، فله الحق في فسخ النكاح ما لم يتم المهر إلى مهر المثل.
- وجاء في اجتهاد الغرفة الشرعية: "حق الولي في طلب فسخ عقد الزواج ينحصر في عدم الكفاءة أو عدم مهر المثل"^(١).
- فالاجتهاد صريح في أن الزوجة لو تزوجت بأقل من مهر المثل جاز للولي الاعتراض على النكاح وطلب فسخه.
- لكن جاءت المادة القانونية رقم (٢٧) ومضمونها: "إذا زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي فإن كان الزوج كفؤاً لزم العقد وإلا فللولي طلب فسخ النكاح".
- فقصرت هذه المادة حق الولي في الفسخ بكون الزوج غير كفؤ، ولم تشترط مهر المثل، وذلك يدل على أن الولي ليس له الحق في طلب الفسخ للزوج الكفؤ إذا لم يتم مهر المثل.

ثانياً: الرأي الفقهي في المسألة:

❖ اختلف الفقهاء في المسألة المذكورة على قولين:

- القول الأول: أن النكاح لا ينعقد إلا بولي، فلو عُدَّ الولي فالنكاح باطل، وهو مذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة.
- واستدلوا بما روي عن عائشة رضي الله عنها، أن رسول الله ﷺ قال: "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل"^(٢).

(١) أساس ٢١١٧، قرار ٢١٥٦، تاريخ ٢٠١٢/١٢/٣م.

(٢) رواه أبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب في الولي (٣/٤٢٥)، رقم: (٢٠٨٣) والترمذي في سننه = الجامع الكبير، لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي (المتوفى: ٢٧٩هـ)، المحقق: بشار عواد معروف، الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت، ١٩٩٨ م، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي (٢/٣٩٨)، رقم: (١١٠٢). قال الترمذي: حديث حسن، وصححه ابن حبان. ينظر: نصب الراية لأحاديث الهداية: (٣/١٨٤).

- جاء في التلقين: "ولا نكاح إلا بولي ذكر، ولا يجوز لامرأة أن تنكح نفسها ولا غيرها بوجه وذلك باطل متى وقع لا يجوز بوجه" (١).
- وجاء في الأم: "فأي امرأة نكحت بغير إذن وليها فلا نكاح لها؛ لأن النبي ﷺ قال "فنكاحها باطل" (٢).
- وجاء في الكافي: "باب شرائط النكاح: وهي خمسة: أحدها: الولي، فإن عقدته المرأة لنفسها، أو لغيرها بإذن وليها، أو بغير إذنه لم يصح" (٣).

● المذهب الثاني: مذهب الحنفية، وذهبوا إلى أن النكاح ينعقد صحيحاً بغير ولي.

- واستدلوا بقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، فقد أضاف العقد إلى المرأة، فدل على كونها تملك النكاح بنفسها (٤).
- جاء في المبسوط: "المرأة إذا تزوجت نفسها أو أمرت غير الولي أن يزوجه فزوجها جاز النكاح" (٥).
- والخلاف في هذه المسألة لو تزوجت المرأة نفسها من كفؤ بغير مهر المثل، فهل للولي الاعتراض على العقد وفسخه؟ فمذهب أبي حنيفة أن لهم الاعتراض خلافاً للصاحبين.
- جاء في اللباب: "(وإذا تزوجت المرأة) من كفء (ونقصت من مهرها) أي مهر مثلها (فلأولياء الاعتراض عليها عند أبي حنيفة حتى يتم) الزوج (لها مهر مثلها أو يفارقها) وقالوا: ليس لهم ذلك، ورُجِّح دليله" (٦).

(١) التلقين في الفقه المالكي، لأبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (المتوفى: ٤٢٢هـ)، تحقيق: أبي أويس محمد بن خبزة الحسني التطواني، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: (١١٢/١).

(٢) الأم: (١٤/٥).

(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد: (٩/٣).

(٤) اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، لأبي محمد جمال الدين علي بن أبي يحيى زكريا بن مسعود الأنصاري الخزرجي المنبجي (المتوفى: ٦٨٦هـ)، المحقق: د. محمد فضل عبد العزيز المراد، الناشر: دار القلم - دمشق - لبنان، الطبعة: الثانية: (٢/٦٥٦).

(٥) المبسوط: (١٠/٥).

(٦) اللباب في شرح الكتاب، لعبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي (المتوفى: ١٢٩٨هـ)، تحقيق وحواشي: محمد محيي الدين عبد الحميد، الناشر: المكتبة العلمية، بيروت - لبنان، عدد الأجزاء ٤: (١٤/٣).

- ويظهر مما تقدّم أن المعتمد للفتوى هو قول الإمام بأن للولي الاعتراض على النكاح بأقل من مهر المثل.
- وبناءً عليه فيكون اجتهاد الغرفة الشرعية صحيحاً في محله وإن خالف القانون، فوجب الاعتماد على الاجتهاد لموافقته للراجع من مذهب الحنفية.
- وقد نص على ذلك قدري باشا في المادة (٥٢): "إذا تزوّجت الحرّة المكلفّة بلا رضا وليّها بأقل من مهر المثل صحّ العقد، وللوليّ إذا كان عصبة حق الاعتراض على الزوج حتى يُتمّ مهر المثل إن رضي أو يفسخ الحاكم النكاح"^(١).

ثالثاً: الرأي القانوني في المسألة:

- تقدم مما ذكر أن القانون في المادة (٢٠) نصّ على الكبيرة إذا زوّجت نفسها من غير موافقة الولي فإن كان الزوج كفؤاً لزم العقد وإلا فللولي طلب فسخ النكاح.
- وهو مخالف لنصّ المادة (٢٠) من قانون الأحوال الشخصية السوري الذي نصّ أنه "إذا أتمّت المرأة الثامنة عشرة من العمر، وأرادت الزواج يطلب القاضي من وليّها بيان رأيه خلال مدة لا تزيد على خمسة عشر يوماً، فإذا لم يعترض أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار، يأذن القاضي بزواجها بشرط الكفاءة ومهر المثل".
- فالزمت هذه المادة القاضي ألا يأذن لها بالزواج إلا أن يكون الزوج كفؤاً والمهر مهر المثل، وهو الموافق لما جاء في اجتهاد الغرفة الشرعية المتقدم ذكره^(٢).
- وقد ذهب قانون الأحوال الشخصية الأردني^(٣) والإماراتي^(٤) والكويتي^(٥) والسوداني^(٦) وقانون حقوق العائلة العثماني^(٧) إلى ما ذهب إليه القانون السوري من عدم اشتراط مهر المثل للزوم العقد.

(١) الأحكام المختصة بذات الإنسان، كتاب النكاح، باب الولاية على النكاح، الفصل الثاني: في نكاح الصغير والصغيرة ومن يلحق بهما والكبير والكبيرة المكلفين، مادة (٥٢).

(٢) أساس ٢١١٧، قرار ٢١٥٦، تاريخ ٢٠١٢/١٢/٣ م.

(٣) مادة (٢٠)

(٤) مادة (٢١)

رابعًا: الترجيح:

- يرى الباحث أن الراجح أن الولي له حقُّ الاعتراض على النكاح وفسخه إذا لم يبلغ المهرُ مهرَ المثل؛ لموافقة الراجح في مذهب الحنفية وحفظاً لحقوق الزوجة من الضياع، كما ذهب إليه اجتهدا الغرفة الشرعية لمحكمة النقض السورية^(٤).
- ويرى أيضاً تعديل المادة (٢٧) إلى ما يأتي:
"أ- إذا زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي اشترط للزوم العقد كون الزوج كفؤاً والمهرُ مهرُ المثل وإلا فللولي طلب فسخ النكاح.
ب - يسقط حق الفسخ لنقصان المهر عن مهر المثل بتعديله إلى مهر المثل أو أكثر منه، أو بحمل المرأة".

(١) مادة (٣٤)

(٢) مادة (٢٤)

(٣) مادة (٤٧)

(٤) أساس ٢١١٧، قرار ٢١٥٦، تاريخ ٣/١٢/٢٠١٢ م.

الباب الثالث:

{ الاجتهادات القضائية

المتعلقة بأثار انحلال

{ الزواج

الفصل الأول:

(الاجتهادات القضائية)

المتعلقة بالعدة والرجعة)

المبحث الأول: بدء العدة في التفريق القضائي:

المطلب الأول: بيان المسألة:

- ذهب القانون السوري في المادة (١٢٥) إلى أن العدة تبدأ من وقت الطلاق أو التفريق القضائي أو المفارقة في النكاح الفاسد.
- لكن اختلفت اجتهادات الغرفة الشرعية في وقت ابتداء العدة في حالة التفريق، هل هو من وقت حكم القاضي بالتفريق، أم من وقت اكتساب حكم التفريق للدرجة القطعية؟
- فجاء في اجتهاد للغرفة الشرعية أن العدة تبدأ تاريخ صدور قرار القاضي بالتفريق، ونص الاجتهاد: "العدة تبدأ من تاريخ صدور قرار القاضي بالتفريق، وعلى هذا استقر الاجتهاد"^(١).
- وخالفه اجتهاد آخر للغرفة الشرعية نصّ فيه على أن العدة تبدأ من تاريخ اكتساب قرار التفريق للحكم القطعي، ونصه: "لما كان حكم التفريق قد أضحى مبرماً في ١/٧/١٩٦٥م وفق حاشية المحكمة المحررة بظهر صورة الحكم مما يستتبع اعتبار العدة مبتدئة من تاريخ حكم القاضي بالتفريق"^(٢).
- وقد تعرّضت لدراسة هذه المسألة لأهميتها واختلاف الاجتهادات الفقهية والقضائية فيها.

المطلب الثاني: الرأي الفقهي في المسألة:

- اتفق الفقهاء جميعاً على أن عدة المطلقة ثلاثة قروء؛ لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَرْجِعْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، سواء كان الطلاق من الزوج، أم من القاضي الذي حكم بطلاقها من الزوج.
- ولم يتعرّض الفقهاء لمسألة نقض حكم الحكّمين؛ لأن التقاضي في الفقه الإسلامي على درجة واحدة، وعليه فتبدأ العدة مباشرة من تاريخ الطلاق، فإذا انتهت العدة جاز لها الزواج، سواء أكان حكم القاضي قطعياً أم قابلاً للطعن.

(١) أساس ٢٣٠٤، قرار ٢٢٧٩، تاريخ ٢٤/١١/١٩٩٧م، نقلا عن مجلة المحامون، لعام ٢٠٠٠م، العددان: ٩-١٠: (ص ١١٤٢).

(٢) قاعدة (٩٣٠)، أساس ٤٥٣، قرار ٤٧٠، تاريخ ١٨/١١/١٩٦٥م، (الأحكام القضائية الشرعية في ظل قانون الأحوال الشخصية: ص ١٢٣٣-١٢٣٤).

- لكن يمكن أن يُشكل فيما لو تزوّجت المرأة بعد التفريق وكانت المحكمة قد نقضت قرار القاضي بالتفريق دون علمها، فما حكم الزواج الثاني؟
- وهذه المسألة لم يتعرّض لها الفقهاء، وقاسها بعضهم على ما لو راجع الزوج زوجته دون علمها ثم تزوّجت زوجاً آخر، فهل تكون زوجة للزوج الأول، أم للثاني.
- فذهب المالكية والحنابلة في قول إلى أن الزوج الثاني لو دخل بها غير عالم بالرجعة فهي له؛ لأنها بالدخول فأتت على الأول، أمّا لو لم يدخل بها فهي للزوج الأول^(١).
- وذهب الجمهور أنّها للزوج الأول، سواء دخل بها الزوج الثاني أم لا؛ لأنّ الزوجة ما زالت على ذمة الزوج الأول، فلم يصادف النكاح محلاً صحيحاً، ولأنّ الرجعة صحيحة لا تفتقر إلى علم الزوجة ولا رضاها، ويجب على الزوج الثاني مهر المثل؛ لأنه وطء بشبهة، فتستحق به المهر^(٢).
- ويرى الباحث أن الراجح هو ما ذهب إليه المالكية؛ لوجود التقصير من الزوج، فإن الأصل أن يُعلم زوجته بالرجعة، فلو لم يُعلمها كان مقصراً في ذلك فيتحمّل نتيجة تقصيره.
- وروي عن شريح القاضي "أنه جاءه رجلٌ يخاصم امرأة، فقالت: طلقني ولم يُعلمني الرجعة حتى مضت عِدتي، وتزوَّجتُ، ودخل بي زوجي، فقال شريح: ألا أعلمتها الرجعة كما أعلمتها الطلاق؟، فلم يرُدّها عليه"^(٣).
- وروي أيضاً عن عمر رضي الله عنه أن رجلاً طلق امرأته، ثم سافر وراجعها، وكتب إليها بذلك، وأشهد على ذلك، فلم يبلغها الكتاب حتى انقضت العدة، فتزوَّجت المرأة، فركب إلى عمر فقصّ عليه القصة، فقال: "أنت أحقُّ بها ما لم يدخل بها"^(٤).
- وإليه ذهب قانون الأحوال الشخصية السعودي^(٥).

(١) ينظر: التفریع فی فقه الإمام مالک: (١٥ / ٢)، المبدع فی شرح المقنع: (٢٤٠ / ٦).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع: (١٨١ / ٣)، الأم للشافعي: (٢٦١ / ٥)، المبدع فی شرح المقنع: (٢٤٠ / ٦).

(٣) مصنف ابن أبي شيبة، كتاب الطلاق، باب ما قالوا ما قالوا في الرجل يطلق امرأته فيعلمها الطلاق، ثم يراجعها ولا يعلمها الرجعة حتى تزوج: (١٥٩ / ٤)، رقم: ١٨٩٠٦. وإسناده صحيح.

(٤) المرجع السابق، الحديث رقم: ١٨٩٠٩. وفي إسناده انقطاع، فإن إبراهيم النخعي لم يدرك عمر رضي الله عنه.

- وكذلك الحكم هنا في المسألة، فلو نقضت المحكمة قرار التفريق ولم تعلم الزوجة وجب عليه إبلاغها بنقض القرار، فلو لم يُبلغها زوجها وتزوجت كان مقصراً، فلم يستحق الرجعة، وأما لو أعلمها بذلك، أو علمت هي بنقض القرار وتزوجت فيكون زوجها الثاني فاسداً بالاتفاق.

المطلب الثالث: الرأي القانوني في المسألة:

- تقدّم اختلاف اجتهادات محكمة النقض في بدء العدة الشرعية عند تفريق القاضي.
- فذهبت بعض الاجتهادات إلى بدئها من حين حكم القاضي بالتفريق، وذهبت اجتهادات أخرى إلى بدئها من حين اكتساب الحكم للدرجة القطعية.
- وقد ورد تعميم من وزارة العدل أكد فيه على جعل بداية العدة من وقت صدور قرار التفريق، وجاء فيه: "وردنا كتاب من السيد القاضي الشرعي الأول بحلب يقترح فيه تعديل المادة /١٢٥/ من قانون الأحوال الشخصية المتعلقة ببدء العدة الشرعية للمطلقة قضائياً ليصبح تاريخ بدء العدة من تاريخ اكتساب الحكم الدرجة القطعية، وذلك خوفاً من قيام الزوجة بعد انتهاء عدتها من الزواج قبل صدور قرار محكمة النقض.
- ولدى دراسة هذا المقترح خلصت الآراء إلى الإبقاء على بدء العدة من تاريخ الحكم وليس من تاريخ اكتسابه الدرجة القطعية باعتبارها متوافقة مع الشرع والقانون، وذلك لأسباب عدة نذكر منها:
- ١- إن الأحكام القضائية تُنتج آثارها من تاريخ الحكم وليس من خلال اكتسابه الدرجة القطعية.
- ٢- إن المحكمة الشرعية هي محكمة موضوع تبحث في أساس النزاع وتفصل في موضوعه بالدرجة النهائية، فالحكم بذلك يحمل قوة بذاته، أما محكمة النقض فهي محكمة قانون يقتصر دورها على مراقبة حسن تطبيق القانون"
- ٣- إن حكم المحكمة الشرعية بالتفريق أو الفسخ أو المفارقة لا بدّ أن يأتي بصيغة جازمة تتضمن الحكم بالتفريق واعتباره طلاقاً بائناً وإلزام الزوجة بالعدة فور صدور القرار.

(١) جاء في المادة (٩٢): "إذا لم يوثق الزوج المراجعة ولم تعلم بها المرأة ثم تزوجت بآخر فلا تصح المراجعة".

٤- إن القول بضرورة تعديل المادة (١٢٥) أحوال شخصية خوفاً من قيام الزوجة بالزواج بعد انتهاء عدتها قبل صدور قرار محكمة النقض فإنه يرد عليه بأن القانون لا يلحق بالحوادث الاستثنائية، وإنما يلحق بالأمور العامة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الطعون المنظورة أمام محكمة النقض - الغرفة الشرعية تُفصل خلال فترة قصيرة جداً لا تتجاوز الشهر، أي: قبل انتهاء فترة العدة الشرعية.

وزيادةً في الحرص فإننا نطلب من السادة قضاة المحاكم الشرعية توجيه الزوجة في دعاوى التفريق أو الفسخ أو المفارقة بعدم قيامها بإجراء أي واقعة زواج لحين اكتساب الحكم الدرجة القطعية، سواء انتهت عدتها قبل البت بالطعن أو كان التفريق قبل الدخول والخلوة^(١).

- وقد ذهب القانون الجزائري^(٢) والمغربي^(٣) إلى أن الأحكام المتعلقة بالتفريق والطلاق والخلع لا تقبل الطعن إلا فيما يتعلق بالجوانب المادية، فلا يرد عليه ما تقدّم؛ لأن الحكم حينئذ يكون مُبرماً غير قابل للنقض، والذي يقبل للنقض هو ما يتعلق بالأمور المادية، أمّا ما يتعلق بالزوجية فلا يقبل للنقض.

المطلب الرابع: الترجيح:

- يرى الباحث أن الراجح هو ما ذهب إليه اجتهاد الغرفة الشرعية من بدء العدة بتاريخ تفريق القاضي، سواءً اكتسب الحكم الدرجة القطعية أم لا، وذلك لما تقدّم ذكره من الأسباب.

- يضاف إلى ذلك أن تسعين بالمئة من دعاوى التفريق تعود بتصديق حكم محكمة الموضوع، وما يعود بالنقض منها إنما يكون النقض فيه متعلّقاً بالجوانب المالية^(٤).

(١) تعميم رقم (٥١) دمشق ٢٠١٧/٦/٤م عن وزير العدل القاضي المستشار هشام محمد ممدوح الشعار.

(٢) مادة (٥٧)

(٣) مادة (١٢٨)

(٤) ينظر: ما سكت عنه قانون الأحوال الشخصية في فرق النكاح وآثاره: (ص ٢٧٩-٢٨٠).

- وبناءً عليه فإن العدة تبدأ من تاريخ الحكم بالتفريق، فلو انتقض الحكم لسبب يمسّ جوهره اعتُبر وكأنّه لم يكن وعاد الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل ذلك، ولو رُفض الطعن أكملت المعتدة عدتها إذا لم تكن قد انقضت بعد^(١).

(١) قاعدة (٩٦٠)، أساس ٢٢، قرار ١٩، تاريخ ٣ / ١ / ١٩٧٨ م: (الأحكام القضائية الشرعية في ظل قانون الأحوال الشخصية: ص ١٢٤٦-١٢٤٧)، و (ما سكت عنه القانون السوري في فرق الزواج وآثاره: ص ٢٧٩-٢٨٠).

المبحث الثاني: أقصى عدّة غير الحامل:

المطلب الأول: بيان المسألة:

- ذهب اجتهاد الغرفة الشرعية إلى أن أقصى مدة لعدة غير الحامل هو تسعة أشهر.
- وجاء في نص الاجتهاد: "لما كانت نفقة العدة كالنفقة الزوجية، وكانت المادة (٨٤) جعلت أقصى مدة للعدة وللحكم بها تسعة أشهر كان على القاضي أن يلحظ ويسأل المطعون ضدها عن تاريخ انقضاء عدتها ويحسم النزاع بالنسبة لمدة العدة وإذا لم يفعل كان حكمه مخالفاً للأصول"^(١).
- وهذا الاجتهاد موافق لنص المادة (٨٤) ونصها: "نفقة العدة كنفقة الزوجية ويُحكم بها من تاريخ وجوب العدة ولا يُقضى بها عن مدة أكثر من تسعة أشهر".
- لكن خالف هذا الاجتهاد اجتهاد آخر نصّ فيه أن أقصى مدة لعدة غير الحامل هي سنة كاملة. وجاء في نص الاجتهاد: "لما كانت المادة (١٢١) أحوال نصت على أن عدة المرأة غير الحامل للطلاق هي حيضة كاملة أو سنة كاملة لممتدة الطهر التي يحيئها الحيض أو جاءها الحيض ثم انقطع ولم تبلغ سن اليأس، وكان من المحتمل لأمثال الطاعنة أن تمتد عدتها حتى السنة وكانت الطاعنة لم تقرر بانقضاء عدتها كان ذهاب المحكمة بأن عدتها ثلاثة أشهر لا مستند له في القانون والحكم من هذه الجهة مُستحقّ النقض"^(٢).
- وهذا الاجتهاد موافق للمادة (١٢١) التي نصّت على أن ممتدة الطهر عدتها سنة كاملة.
- وذهب اجتهاد آخر مخالف لجميع ما تقدّم جاء فيه: "المرأة التي رأت الدم أيّاماً ثم ارتفع عنها وانقطع لمرض أو غيره واستمرّ طهرها سنةً فأكثر تعتدّ بالحيض ولا تنقضي عدتها حتى تبلغ سنّ اليأس وتربّص بعده ثلاثة أشهر كاملة وسنّ اليأس خمس وخمسون سنة"^(٣).
- وهذا الاجتهاد محلّ نظر، فهو وإن وافق مذهب الحنفية كما سيأتي، لكنّه خالف النصّ القانوني الذي ذكر أن عدة ممتدة الطهر لا تكون أكثر من سنة.

(١) أساس ٢٨٤، قرار ٢٧٥، تاريخ ٢٦/٥/١٩٦٦ م.

(٢) أساس ٣٧١، قرار ٣٦٩، تاريخ ٣٠/٩/١٩٧٠ م.

(٣) أساس ٥١٣، قرار ٥١٤، تاريخ ٢٢/١٢/١٩٦٩ م.

المطلب الثاني: الرأي الفقهي في المسألة:

- اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أقوال:
- القول الأول: أن عدّة ممتدة الطهر لا تنقضي حتى تدخل في سنّ الإياس فتستأنف ثلاثة أشهر، وهو مذهب الحنفية، والشافعية في الجديد.
- جاء في الاختيار: "[في ممتدة الطهر] فلها النفقة ما لم تدخل في حد الإياس؛ لأنها معتدة، فإذا دخلت في حد الإياس استأنفت العدة ثلاثة أشهر^(١)".
- وجاء في المذهب: "وإن كانت من ذوات الأقراء فارتفع حيضها فإن كان لعارض معروف كالمرض والرضاع تربصت إلى أن يعود الدم فتعتد بالأقراء، فإن ارتفع بغير سبب معروف ففيه قولان: قال في الجديد تمكث إلى أن تياس من الحيض ثم تعتد عدة الآيسة^(٢)".
- القول الثاني: أن المعتدة لو لم تحض فتمكث حتى تعلم براءة رحمها ثم تعتد ثلاثة أشهر، وهو قول الشافعي في القديم.
- جاء في المذهب: "وإن كانت من ذوات الأقراء فارتفع حيضها فإن كان لعارض معروف كالمرض والرضاع تربصت إلى أن يعود الدم فتعتد بالأقراء، فإن ارتفع بغير سبب معروف ففيه قولان: قال في القديم تمكث إلى أن تعلم براءة رحمها ثم تعتد عدة الآيسة لأن العدة تُراد لبراءة الرحم^(٣)".
- القول الثالث: أن المعتدة لو لم تحض فتمكث سنة من وقت العدة، وهو قول المالكية والحنابلة.
- جاء في التفرع: "وإذا طُلِّقت وهي من ذوات الحيض فارتفعت حيضتها، ولا تدري ماذا رفعها انتظرت سنة من يوم طَلَّقها زوجها^(٤)".
- وجاء في الكافي: "ذات القُروء إذا ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه، فعَدَّتْها سنة"^(٥).

(١) الاختيار لتعليل المختار: (٩-٨/٤)

(٢) المذهب في فقه الإمام الشافعي: (٩-٨/٤)

(٣) المرجع السابق.

(٤) التفرع في فقه الإمام مالك: (٦٦/٢)

(٥) الكافي في فقه الإمام أحمد: (١٩٩/٣)

المطلب الثالث: الرأي القانوني في المسألة:

اختلفت القوانين العربية اختلافًا كبيرًا في هذه المسألة، وذلك تبعًا لاختلاف الفقهاء فيها وعدم وجود نص صريح في المسألة.

- أما القانون السوري ففيه تناقض في أقصى مدة العدة، فتارة يذكر أن أقصى مدتها تسعة أشهر، كما في المادة (٨٤)، وتارة يذكر أن أكثرها سنة كاملة وهي لممتدة الطهر كما في المادة (١٢١).
- وقد ذهب القانون السوري بعد التعديل عام (٢٠١٩) إلى تعديل المادة (٨٤) وجعل أقصى مدة العدة سنة.
- وذهب القانون السوداني^(١) إلى تقديرها بسنة لممتدة الدم إن لم تكن لها عادة معروفة، فإن كان لها عادة تذكرها فتتبعها في حساب العدة.
- وأما القانون المصري فلم ينص عليها صريحًا، لكن ذكر أن دعوى نفقة العدة لا تُسمع لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق^(٢).
- وذهب القانون العماني^(٣) إلى تقدير العدة بثلاثة أشهر لممتدة الدم إن لم تكن لها عادة معروفة، فإن كانت لها عادة تذكرها اتبعتها في حساب العدة، وبتقديرها بسنة لمن انقطع حيضها قبل سن اليأس.
- وذهب القانون القطري^(٤) إلى تقدير العدة بثلاثة أشهر لممتدة الدم إن لم تكن لها عادة معروفة، فإن كانت لها عادة تذكرها اتبعتها في حساب العدة، وبثلاثة أشهر لمن انقطع حيضها قبل سن اليأس، مع شهادة طبية رسمية ببراءة الرحم.
- وذهب القانون الكويتي^(٥) إلى تقدير العدة لممتدة الدم بتسعين يومًا إن لم تكن لها عادة معروفة، فإن كان لها عادة تذكرها اتبعتها في حساب العدة، وبتقديرها لمن انقطع حيضها قبل سن اليأس بأقل الأجلين من ثلاث حيضات أو سنة.

(١) مادة (٢١٠)

(٢) مادة (١٧)

(٣) مادة (١٢١)

(٤) مادة (١٦١)

(٥) مادة (١٥٧)

المطلب الرابع: الترجيح:

- يرى الباحث رجحان ما ذهب إليه القانون السوري بعد التعديل أن أقصى مدة العدة سنة كاملة، وإن كانت الأقوال الأخرى لها وجاهاتها، لكن يبقى هذا القانون أكثر ضبطاً واعتدالاً، ذلك بأن القول أن عدة المطلقة لا تنقضي حتى تبلغ سن الإياس فيه حرج كبير وضرر للمرأة، وتقديرها بثلاثة أشهر قد لا يكون كافياً لاستبراء الرحم خاصة إن كانت ممتدة الطهر، فكان الأخذ بالسنة هو الأقرب للصواب والله أعلم.
- لكن ينبغي لفت النظر إلى التناقض الحاصل بين المادة (٨٤) والمادة (١٢١) قبل التعديل، فكان من واجب الغرفة الشرعية أن تجتهد في إزالة هذا التناقض، وقد تقدّم أن من مجالات اجتهاد الغرفة الشرعية لمحكمة النقض هو التعارض أو التناقض في النص القانوني، فوجب إزالة التناقض.
- ويمكن أن يتحقق إزالة التناقض بأن تُفسّر المادة (٨٤) التي تنص أن أقصى مدة للعدة وللحكم بها تسعة أشهر، بأن تكون الأشهر التسعة أشهر فوق أشهر العدة الثلاثة، فيكون المجموع سنة كاملة، وهو الموافق لنص المادة (١٢١) من أن أقصى العدة مدة سنة كاملة.
- ويؤيد هذا الاستنتاج ما جاء في كتاب التفریع: "وإذا طُلِّقت وهي من ذوات الحيض فارتفعت حيضتها، ولا تدري ماذا رفعها انتظرت سنة من يوم طَلَّقها زوجها، تسعة أشهر منها استبراءً وثلاثة عدّة" (١).
- فهذا نص من المذهب المالكي الذي استمد منه القانون يدل على أن من ارتفع حيضها تستبرئ بتسعة أشهر إضافة إلى أشهر العدة الثلاثة.
- وقد عالج القانون السوري بعد التعديل هذا الموضوع حينما عدّل المادة (٨٤) لتصبح أقصى مدة العدة سنة فأزال الإشكال الذي بقي موجوداً من عام ١٩٥٣م إلى عام ٢٠١٩م.

(١) التفریع في فقه الإمام مالك (٢/٦٦).

المبحث الثالث: نفقة المعتدة:

المطلب الأول: بيان المسألة:

- اختلفت اجتهادات الغرفة الشرعية في المعتدة التي تجب لها النفقة، فهل تجب النفقة للمعتدة مطلقاً، أم تجب للمعتدة من طلاق وفسخ دون المتوفى عنها زوجها؟
- فذهب اجتهاد للغرفة الشرعية إلى أن المعتدة التي تجب نفقتها هي المعتدة من طلاق أو فسخ أو تفريق، ونصّ الاجتهاد على أنه "لا نفقة للمتوفى عنها زوجها"^(١).
- وما ذكره هذا الاجتهاد هو الموافق للمادة (٨١) من قانون الأحوال الشخصية السوري ونصها: "تجب على الرجل نفقة مُعتدته من طلاق أو تفريق أو فسخ". فعلى ذلك لا تجب لمعتدة الوفاة والمعتدة من نكاح فاسد؛ لكون النصّ حدّد المعتدات اللواتي تجب لهنّ النفقة.
- لكن خالف هذا الاجتهاد اجتهاد آخر للغرفة الشرعية جاء فيه أن "النفقة واجبة للمعتدة إطلاقاً"^(٢). وهذا الاجتهاد مخالف للاجتهاد السابق، ولقانون الأحوال الشخصية السوري الذي لم يُوجب النفقة على المعتدة من وفاة^(٣).

المطلب الثاني: الرأي الفقهي في المسألة:

- القول الأول: ذهب الحنفية أن النفقة لا تجب إلا للمطلقة من نكاح صحيح، سواء كان رجعيّاً أم بائناً.
- جاء في الاختيار: "وللمطلقة النفقة والسكنى في عدتها بائناً كان أو رجعيّاً، ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها"^(٤).

(١) قاعدة (٣٨١)، أساس ٤٦٥، قرار ٤٤٧، تاريخ ١٢/٢٨/١٩٥٤م (مجموعة القواعد القانونية: ص ١٧٥).

(٢) قاعدة (٣٨٦)، أساس ٢٦٤، قرار ٢٥٣، تاريخ ١٩/٦/١٩٦٦م (مجموعة القواعد القانونية: ص ١٧٧).

(٣) مادة ٧٤/

(٤) الاختيار لتعليل المختار: (٩-٨/٤).

- **القول الثاني:** ذهب المالكية والشافعية والحنابلة في قول إلى أن النفقة لا تجب إلا للمعتدة من الطلاق الرجعي، وللبنات الحامل، وتجب للحامل المعتدة من وفاة في رواية عند الحنابلة.
- **جاء في التبصرة:** "النفقة تجب للمعتدة من الطلاق في موضعين: في الطلاق الرجعي، وفي البنات إذا كانت حاملاً، ولا نفقة للمعتدة من وفاة حاملاً كانت أو غير حامل" (١).
- **وجاء في عدة السالك:** "وأما النفقة فلا تجب في عدة الوفاة، وتجب للرجعية مطلقاً، وللبنات إن كانت حاملاً (٢)".
- **جاء في المقنع:** "وعليه نفقة المطلقة الرجعية وكسوتها ومسكنها كالزوجة سواء. وأما البنات بفسخ أو طلاق: فإن كانت حاملاً فلها النفقة والسكنى وإلا فلا شيء لها، وأما المتوفى عنها فإن كانت حائلاً فلا نفقة لها ولا سكنى، وإن كانت حاملاً فهل لها ذلك؟ على روايتين" (٣).
- **فيتحصل** مما تقدم أن المتوفى عنها زوجها لا نفقة عند الجمهور وإن كانت حاملاً، وتجب لها إن كانت حاملاً النفقة في إحدى روايتين عند الحنابلة.

المطلب الثالث: الرأي القانوني في المسألة:

- **اختلفت** قوانين الأحوال الشخصية في المعتدة التي تجب لها النفقة.
- **فذهب القانون الأردني (٤)** إلى ما ذهب إليه القانون السوري من أن المعتدة لها النفقة إذا كان معتدة من فسخ أو طلاق أو تفريق، دون الوفاة.
- **وذهب القانون السوداني (٥)** إلى ما ذهب إليه القانون السوري والأردني، وزاد عليها اشتراط كون الطلاق أو التفريق لم يكن بسبب محذور من قبل الزوجة كالردة، كما هو مذهب الحنفية (٦).

(١) التبصرة: (٢٢٧٨/٥، ٢٢٨٣).

(٢) عدة السالك وعمدة الناسك، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن لؤلؤ بن عبد الله الرومي ابن النقيب الشافعي (المتوفى:

٧٦٩هـ)، تحقيق: عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، الناشر: الشؤون الدينية - قطر، الطبعة: الأولى، ١٩٨٢ م: (ص ٢١٣).

(٣) المقنع في فقه الإمام أحمد: (ص ٣٩٠).

(٤) مادة (٧٩)

(٥) مادة (٧٢)

(٦) جاء في الاختيار لتعليل المختار: (٩/٤): "وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية كالردة فلا نفقة لها".

- أما القانون المغربي^(١) فذهب إلى مذهب الجمهور وهو أن النفقة تجب للمعتدة من طلاق رجعي، وللبنات إذا كانت حواملًا.
- ووافق القانون السعودي^(٢) القانون المغربي، وزاد فيه النفقة للمتوفى عنها زوجها لو كانت حاملًا، وهي رواية عند الحنابلة كما تقدم.

المطلب الرابع: الترجيح:

- يرى الباحث أن كلاً من الأقوال المذكورة قول له وجاهته وله دليله، ولا مانع من الأخذ بأحد هذه الأقوال، بشرط ألا تخالفه الاجتهادات القضائية كما تقدم.
 - والذي يترجح من الأقوال المذكورة حسب وجهة نظر الباحث هو ما ذهب إليه الحنابلة في رواية من وجوب النفقة في النكاح الصحيح للمطلقة الرجعية، وللحامل مطلقاً، سواءً كانت بائناً أم متوفى عنها زوجها، وتأخذ المتوفى عنها زوجها نفقة حملها من الميراث.
 - وقد قضى بالنفقة للمتوفى عنها الحامل: عليّ وابن مسعود وابن عمر وشريح رضي الله عنهم^(٣).
 - ويقترح الباحث تعديل المادة (٧٤) إلى ما يأتي:
- "النفقة واجبة للمعتدة في عدتها مطلقاً"**

(١) مادة (١٩٦)

(٢) مادة (٥٣-٥٤)

(٣) ينظر: الإشراف على مذاهب العلماء: (٣٤٦/٥)، مختصر اختلاف العلماء، لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي (المتوفى: ٣٢١هـ)، المحقق: د. عبد الله نذير أحمد، الناشر: دار البشائر الإسلامية - بيروت، الطبعة: الثانية: (٢/٤٠٠-٤٠١).

المبحث الرابع: المراجعة دلالة:

المطلب الأول: بيان المسألة:

- اختلفت اجتهادات الغرفة الشرعية في حكم رجعة الزوجة فيما لو صدر منه ما يدل على إرجاعها ولم يصرح بذلك.
- مثال ذلك: ما لو أقام الزوج دعوى المتابعة بعد أن طلق زوجته طلاقاً رجعيّاً فهل يصحّ اعتبار الدّعى بمنزلة المراجعة؟ وقد اختلفت الاجتهادات في ذلك.
- فذهب اجتهاد للغرفة الشرعية إلى عدم اعتبار دعوى المتابعة رجعةً
- جاء في نص الاجتهاد: "وحيث كان طلب المتابعة وحده ولو أثناء العدة لا يعتبر مراجعةً بالقول" (١).
- لكن عدلت محكمة النقض عن هذا الاجتهاد في اجتهاد آخر يعتبر دعوى المتابعة مراجعةً للزوجة.
- وجاء في نص الاجتهاد: "طلب الزوج لزوجته العودة إلى بيته حال الطلاق يعتبر مراجعةً" (٢).
- وعلّق على ذلك القاضي سعدي أبو جيب بأن اعتبار طلب المتابعة رجعةً مخالفٌ للفقه ولا سند له (٣).
- ومن أمثلة ذلك ما لو كلّف الزوج غيره بإرجاع زوجته، ولم ينص صراحة على أنه أرجعها فهل تثبت الرجعة بذلك أم لا، اختلف في ذلك أيضاً.
- فقد جاء في اجتهاد الغرفة الشرعية ما نصه: "وكانت البيئة المستمعة في جلسة ١٨/١٢/١٩٨٦م لم تثبت أن الزوج الطاعن قد أعاد زوجته أثناء فترة العدة أو أن الطاعن قد كلّف الشهود بأن يبلغوا زوجته المطعون ضدها بأنه أعادها لعصمته وهي في العدة وإنما كانت مُهمّتهم لا تتعدى الوساطة في طلب عودة الزوجة ومصالحتها لزوجها لا بناء على رغبته، وكان ما سلف ذكره يجعل أسباب الطعن غير واردة على الحكم المطعون فيه" (٤).

(١) الاجتهاد رقم (٢٩٤)، تاريخ ١٨/٤/١٩٨٩م، (التذكرة في القضاء الشرعي: ٦٩/٢).

(٢) قاعدة (٢٠٥٦) أساس ٤٦١٤، قرار ٢٥٧٦، تاريخ ٢١/١٢/٢٠٠٠م، (الوافي في الأحوال الشخصية: ص ٥٣٦).

(٣) ينظر: التذكرة في القضاء الشرعي: (٦٩/٢).

(٤) أساس ٢٥٢، قرار ٧٠١، تاريخ ٢٩/١٢/١٩٨٨م.

- والذي يَتَبَيَّن من حيثيات القضية وشهادات الشهود أن الزوج وكَّلهم بإرجاع زوجته، فقال لهم بعد الطلاق بخمسة أيام أو عشرة أيام: "أرجعوا لي زوجتي".
- فذهبت الأكثرية في المحكمة إلى عدم اعتبار قوله: "أرجعوا لي زوجتي" رجعة؛ لأنه طلب للوساطة، ومجرد الطلب لا يكفي لرجعة الزوجة.
- وخالفهم القاضي سعدي أبو جيب وعَلَّل ذلك بأن ظاهر قوله: "أرجعوا لي زوجتي" يفيد المراجعة؛ لأن المراجعة تُستخلص من كل قول أو فعل يدل على رغبة الزوج باستمرار الحياة الزوجية بعد الطلاق كما هو مقرر فقها وقضاء، ولأن العبرة للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

المطلب الثاني: الرأي الفقهي في المسألة:

- اختلف الفقهاء في ما تعدّ به الرجعة على قولين:
- فذهب الحنفية والمالكية: أن الرجعة تكون بالقول، وتكون بالفعل بكل ما يدل على رغبة الزوج برجوع زوجته.
- جاء في اللباب: "والرجعة أن يقول: راجعتك، أو راجعتُ امرأتي، أو يطأها، أو يقبلها، أو يلمسها بشهوة" (١).
- وجاء في شرح التنوخي: "والرجعة تكون بالقول كراجعتك وبالفعل كالوطء" (٢).
- وذهب الشافعية إلى أن الرجعة لا تكون إلا بالقول، وهو مذهب الشافعية.
- جاء في المذهب: "ولا تصح الرجعة إلا بالقول فإن وَطِئها لم يكن ذلك رجعة" (٣).
- واختلف عن الحنابلة، فرُوي عنهم أن الرجعة تكون بالقول وبالوطء فقط، وروي عنهم القولان المتقدمان.

(١) اللباب في شرح الكتاب: (٥٤ / ٣).

(٢) شرح ابن ناجي التنوخي على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، لقاسم بن عيسى بن ناجي التنوخي القيرواني (المتوفى:

٨٣٧هـ)، اعتنى به: أحمد فريد المزيدي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى: (٥١ / ٢).

(٣) المذهب في فقه الإمام الشافعي: (٤٧ / ٣).

- جاء في المحرّر: "وتحصّل الرجعة بوطنها، ولا تحصّل بمباشرتها ولا نظير فرجها بشهوة، ولا بالخلوة بها. وعنه: تحصّل، نقلها ابن منصور في الخلوة، فاللمس ونظر الفرج أولى. وعنه: لا رجعة إلا بالقول وأنه لا يباح الوطء قبلها"^(١).
- فتبيّن ممّا تقدّم أن الجمهور أجازوا الرجعة بالفعل الذي يدلّ على الرغبة في المراجعة من وطءٍ أو مباشرةٍ ونحو ذلك، ولم ينصّوا على الرجعة بغير فعل الجماع ومقدّماته.
- وذكر الحنفية أنه لو فعل مقدّمات الجماع بشهوة من لمس وقبلة فإنّها ترجع إليه ولو لم ينو الرجعة، بل لو قبلته أو لمستّه بشهوة صار مراجعاً لها على المعتمد^(٢).
- ولعلّ الراجح فيما تقدّم ثبوت الرجعة لو نوى الزوج الرجعة بدعوى المتابعة أو بقوله: أرجعوا لي زوجتي كما سيأتي.

المطلب الثالث: الرأي القانوني في المسألة:

- ذهب القانون السوري^(٣) إلى أن الرجعة تصحّ من الزوج بالقول وبالفعل، كما هو مذهب الحنفية والمالكية.
- وذهب القانون السعودي^(٤) والعماني^(٥) إلى أن الرجعة تكون بالقول فقط، وبالإشارة المفهّمة لمن عجز عن القول، ومضمون ذلك أنّها لا تصحّ بالفعل من القادر على القول.
- ولم تذكر أكثر قوانين الأحوال الشخصية كيفية الرجعة، بل نصّت على مراجعة الزوج لزوجته دون تفصيل.

(١) المذهب في فقه الإمام الشافعي: (٤٧/٣).

(٢) ينظر: رد المحتار: (٣٩٨-٣٩٩).

(٣) مادة (١١٨)

(٤) مادة (٨٨)

(٥) مادة (٩٣)

المطلب الرابع: الترجيح:

- يرى الباحث أن الرجعة تصحّ بكلّ قولٍ أو فعلٍ يدلّ على المراجعة إذا نوى به صاحبه الرجعة.
- ومثّل لذلك الحنفية بما لو قال لمن طلقها: أنتِ امرأتِي، فيكون هذا اللفظ من كنايات الرجعة، فلو نوى به الرجعة صحّ وإلا فلا^(١).
- وإلى هذا القول ذهب القاضي الشرعي يحيى الخجا، فذكر أن دعوى المتابعة تحتل الرجعة بالكناية، فهي تحتل أكثر من معنًى، فقد تدلّ على رغبة الزوج بإرجاع زوجته إلى عصمته، وقد تدلّ على رغبته في قضاء عدتها في منزل الزوجية وإثبات النشوز، فيُرجع فيه لقصد الزوج ونِيّته^(٢).
- وبناء على ما تقدّم فتكون دعوى المتابعة وما شابهها ممّا يدل على المراجعة دلالةً من الكنايات، فيُرجع فيها إلى نية الزوج ويُصدّق بيمينه.

(١) ينظر: الجوهرة النيرة: (٢/ ٥٠).

(٢) ينظر: ما سكت عنه القانون السوري في فرق الزواج وآثارها: ص ٢٥٧.

المطلب الخامس: مراجعة الزوجة لزوجها:

أولاً: بيان المسألة:

- ذهب اجتهاد الغرقة الشرعية إلى أن حق الرجعة حقٌ مختصٌّ بالزوج ولا تملك الزوجة مراجعة زوجها.
- وجاء في نص الاجتهاد: "حق المراجعة محصور بالزوج، ولا يصح أن تُنسب المراجعة إلى الزوجة"^(١).
- وقد نصّ القانون السوري في المادة (١١٨) على أن الزوج له أن يراجع مطلقته بالقول أو بالفعل، لكنه سكت عن مراجعة الزوجة لزوجها، فيُرجع في ذلك إلى المادة (٣٠٥) التي نصّت على أن ما سكت عنه القانون يُرجع فيه إلى الراجح من المذهب الحنفي.
- وقد ذهب الحنفية في الراجح عندهم إلى أن الزوجة تملك مراجعة الزوج بالفعل كما سيأتي، وهو مخالف لما عليه الاجتهاد.

ثانياً: الرأي الفقهي:

- اختلف الفقهاء هل تملك الزوجة حق الرجعة دون إذن زوجها أم هو مختصٌّ بالزوج على قولين:
- القول الأول: أن الزوجة تملك مراجعة زوجها بالفعل الذي يوجب حرمة المصاهرة، وهو مذهب الحنفية.
- جاء في ملتقى الأبحر: "فله أن يُراجع وإن أبت ما دامت في العدة بقوله: راجعتك، أو راجعتُ امرأتي، أو بفعل ما يُوجب حرمة المصاهرة من وطءٍ ومسٍّ ونحوه من أحد الجانبين"^(٢).
- فالنص ظاهر أن المرأة تصح رجعتها بالفعل الذي يوجب حرمة المصاهرة كما تصح الرجعة من الرجل.

(١) الاجتهاد رقم (٢٩٤)، تاريخ ١٨/٤/١٩٨٩ م، والاجتهاد رقم (١٣٦٠)، تاريخ ٢٦/٦/٢٠٠٠ م. ينظر: الوافي في الأحوال

الشخصية: (ص ٥٣١)، التذكرة في القضاء الشرعي: (٢/٦٩).

(٢) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر: (١/٤٣٢-٤٣٣).

- **القول الثاني:** أن الرجعة حقٌ مختصٌّ بالزوج ولا تملك الزوجة حق الرجعة، وهو قول الجمهور.
- **جاء في الكافي:** "إذا طلق الرجل امرأته الطلاق الذي أذن الله له فيه فله مراجعتها ما دامت في عدتها، ولا رجعة إلا لمطلق امرأة قد دخل بها ومسها ولم يبت طلاقها"^(١).
- **وجاء في التنبيه:** "إذا طلق الحرُّ امرأته طلاقاً أو طلقتين، أو طلق العبد طلاقاً بعد الدخول بغير عوض فله أن يُراجعها قبل أن تنقضي العدة، ولا تصحُّ الرجعة إلا بالقول"^(٢).
- **وجاء في زاد المستقنع:** "من طلق بلا عوض زوجةً مدخولاً بها، أو مخلوفاً بها دون ما له من العدد فله رجعتها في عدتها ولو كرهت"^(٣).
- فظاهرٌ مما تقدّم أن النصوص تخصُّ الرجعة بالزوج فقط، سواء رُضيت الزوجة أم لا.

ثالثاً: الرأي القانوني:

- سكنت أكثر القوانين العربية عن ذكر حق الزوجة في مراجعة زوجها، وسبب ذلك عدم اعتبار القول القائل بذلك، فلم ينصوا عليه.
- ويدلّ على ذلك الاستقراء، فبمراجعة قوانين الأحوال الشخصية، ومذكراتها الإيضاحية، واجتهادات المحاكم الشرعية لم أجد من نصّ على حق الزوجة في الرجعة على زوجها بعد طلاقه لها أو حكم بذلك.

رابعاً: الترجيح:

- يرى الباحث أن ما ذهب إليه الجمهور وقوانين الأحوال الشخصية ونصّ عليه اجتهاد الغرفة الشرعية من أن الرجعة حق للزوج وحده لا للزوجة هو الصواب الموافق للأدلة.
- وذلك أن الله سبحانه وتعالى جعل هذا الحق للزوج بقوله: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرِزْقِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، فأثبت هذا الحق للزوج لا للزوجة، فدلّ على اختصاصه به دون الزوجة.

(١) الكافي في فقه أهل المدينة: (٦١٧/٢).

(٢) التنبيه في الفقه الشافعي: (ص ١٨٢).

(٣) زاد المستقنع في اختصار المقنع، لأبي النجا شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى الحجواي المقدسي، ثم الصالحي (المتوفى: ٩٦٨هـ)، المحقق: عبد الرحمن بن علي بن محمد العسّكر، الناشر: دار الوطن للنشر - الرياض: (ص ١٨٧).

- وما ورد في كتب الحنفية غير مسلّم، وقد نصّ أبو يوسف على أن الرجعة تثبت بفعلها فيما لو تركها وهو يقدر على منعها فيدلّ ذلك على رضاه بالرجعة^(١).
- ويرى الباحث أيضًا أهمية النصّ على اختصاص الزوج بذلك في قانون الأحوال الشخصية؛ لئلا تُعتبر هذه المسألة ممّا سكّت عنه القانون ويُرجع فيها إلى الراجح من مذهب الحنفية. ويقترح تعديل المادة (١١٨) على وفق التعديل المتقدّم ذكره، ونصّ التعديل:
"الطلاق الرجعي لا يُزيل الزوجية، وتختصّ الرجعة بالزوج، وله أن يُراجع زوجته بالقول، أو بالفعل مع النية، ولا يسقط هذا الحق بالإسقاط".

(١) ينظر: الجوهرة النيرة: (٢/ ٥٠).

الفصل الثاني:

(الاجتهادات القضائية

المتعلقة بالنسب)

المبحث التمهيدي: حفظ النسب في الشريعة الإسلامية:

تمهيد:

- لقد حثَّ الإسلامُ على الزواج، وجعل من مقاصده الرئيسة إنجابَ الولد الصالح، وقد بيّن ذلك النبي ﷺ في كثير من الأحاديث، منها قوله: "تزوَّجوا الوُدودَ الوُلُودَ، فَإِنِّي مَكَاثِرٌ بِكُمْ الْأُمَمَ"^(١).
- لكنه حرص في الوقت نفسه على العفة والزواج، وأن يكون ثبوت الولد لأبيه بالطريق الحلال المشروع، وهو الزواج، ولأجل ذلك حرّم الزنا والوسائل المؤدّية إليه حفاظاً على الأنساب، وشرع الحدود حمايةً للأعراض ودرءاً للفساد، وجاء الوعيد من انتسب لغير أبيه، ومن نفى نسب ابنه، ومن نسب غير ابنه له، وغير ذلك ممّا فيه ضياع الأعراض وانتهاك الحرمات.
- فروى البخاري أن النبي ﷺ قال: "من ادعى إلى غير أبيه، وهو يعلم أنه غير أبيه، فالجنة عليه حرام"^(٢).
- وروى أبو داود أن النبي ﷺ قال: "أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم، فليست من الله في شيء، ولن يدخلها الله جنته، وأيّها رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله تعالى منه، وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين"^(٣).
- فدلّ ما تقدّم على أن الشرع وضع ضوابط لحفظ الأنساب، فلا يجوز للإنسان أن ينتسب لغير أبيه، ولا أن يدّعي غير ابنه، ولا أن يدّعي ابنه الصُّلبيّ على فراش غيره، بل ذهب جمهور العلماء إلى أنه لا يحلّ له يدّعي ابنه من صُلبه ولو لم يكن على فراش غيره إذا جاء هذا الابن عن طريق الزنا، ولم يأت على الوجه المشروع الذي أحلّه الله وهو الزواج.

(١) سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب في تزويج الأُبكار (٣/ ٣٩٥)، رقم: (٢٠٥٠). وصححه ابن حبان، والحاكم. ينظر: المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة، لشمس الدين أبو الخير محمد بن عبد الرحمن بن محمد السخاوي (المتوفى: ٩٠٢هـ)، المحقق: محمد عثمان الخشت، الناشر: دار الكتاب العربي - بيروت، الطبعة الأولى: (ص ٢٦٩).

(٢) صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب من ادّعى إلى غير أبيه (٨/ ١٥٦)، رقم: ٦٧٦٦.

(٣) رواه أبو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب في ادّعاء ولد الزنى (٢/ ٥٧٥-٥٧٦)، رقم: (٢٢٦٣). والنسائي في سننه، كتاب النكاح، باب التغليظ في الانتفاء من الولد (٥/ ٢٨٦)، رقم: (٥٦٤٥). وصححه ابن حبان، والحاكم، والدارقطني. ينظر: التلخيص الحبير: (٣/ ٤٨٦)، فتح الغفار الجامع لأحكام سنة نبينا المختار، للحسن بن أحمد بن يوسف الرُّباعي الصنعاني (المتوفى: ١٢٧٦هـ)، المحقق: مجموعة بإشراف الشيخ علي العمران، الناشر: دار عالم الفوائد، الطبعة: الأولى: (٣/ ١٥٤٢-١٥٤٣).

المطلب الأول: القاعدة الشرعية في نفي النسب وإثباته:

- الأصل في قاعدة نفي النسب حديث النبي ﷺ: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"^(١).
- ومعنى الحديث: أن الولد لصاحب الفراش وهو الزوج وسيد الأمة؛ لأنها يفترشان المرأة بالنكاح، والملك، ويقال: افترش فلان فلانة إذا نكحها. وأمّا الزاني: فله الحجر، أي: له الحبيبة والحرمات، وليس له في النسب حظ. وقيل: المراد منه أنه يُرجم بالحجر، وذلك إذا كان مُحْصَنًا^(٢).
- وعلى ذلك فلا حظّ للزاني في الولد وإن علم أنه ابنه منه من زنا، ولا تُقبل دعواه في ذلك.
- لكن لو علم الإنسان بالبيّنة المُعتبرة أن الولد الذي على فراشه ليس منه وتيقن من ذلك فإن الشرع أجاز له الانتفاء من الولد الذي على فراشه باللعان، وهي أيمانٌ مؤكدةٌ يحلف فيها الرجل على صدقه فيما رمى به زوجته من الزنا، وتحلف المرأة على كذبه، ثم يُفرّق القاضي بينهما، ويتنفي نسب الولد من الزوج، ويُنسب لأمّه^(٣).
- وإنما جاء التغليظ في ذلك؛ لئلا يكون نفي نسب الولد بالظنون، ولا بالأوهام، فالنسب إذا ثبت لم يَنْتَفِ إِلَّا بَيَقِينٍ.
- وقد ذكر الفقهاء بعض الحالات التي يتنفي منها النسب، كما لو جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت النكاح، أو حملت امرأة من صبي غير مراهق، أو محبوب، أو خصيٍّ ونحو ذلك^(٤).
- وتوقفوا في بعض الحالات التي لا نصّ فيها، وأحالوها إلى الأطباء؛ لإعطاء الحكم فيها.

(١) متفق عليه، رواه البخاري في صحيحه، كتاب الفرائض، باب الولد للفراش حرة كانت أو أمة، (٨/١٥٣)، رقم: (٦٧٤٩).

ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات (٢/١٠٨٠)، رقم: (١٤٥٧).

(٢) ينظر: شرح صحيح البخاري لابن بطال: (٨/٤٣٦)، شرح مسند الشافعي، لأبي القاسم عبد الكريم بن محمد الراجعي القزويني (المتوفى: ٦٢٣هـ)، المحقق: أبو بكر وائل محمد بكر زهران، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية إدارة الشؤون الإسلامية، قطر، الطبعة: الأولى: (٣/١٩١).

(٣) تقدم الكلام عن اللعان في مبحث التفريق لللعان.

(٤) ينظر: فتح القدير للعاجز الفقير، لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن المهام (المتوفى: ٨٦١هـ)، الناشر: دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، عدد الأجزاء: ١٠: (٤/٣٥٠)، شرح الزرقاني على مختصر خليل، لعبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري (المتوفى: ١٠٩٩هـ)، ضبطه وصححه وخرج آياته: عبد السلام محمد أمين، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى: (٤/٣٣٨).

- جاء في المدونة " سُئِلَ مالك عن الحَصِيِّ [الذي ليس له خَصِيَتان] هل يَلْزِمُه الولدُ؟ فقال: أرى أن يُسأل أهل المعرفة بذلك ما كان يولد لمثله لزمه الولد وإلا لم يلزمه" (١).
- وبناءً على ما تقدّم يمكن أن نستخلص قواعد ثلاثة حدّدها الشارع في مسألة النسب وهي:
- أولاً: الولد للفراش، وللعاهر الحجر.
- ثانياً: إذا ثبت نسب الولد لم يُجْز نفيه عنه إلا بيقين.
- ثالثاً: لا يحلّ للرجل أن ينفي نسب ابنه كما لا يحلّ له أن يدّعي من ليس ابنًا له.

المطلب الثاني: مذاهب الفقهاء في الوقت الصالح لنفي النسب:

- اختلف الفقهاء في الوقت الصالح لنفي النسب، هل يجوز نفي نسبه في أيّ وقت، أم له وقت معلوم
- فذهب الجمهور من الحنفية، والشافعية، والحنابلة أن الأب إذا ظهر منه ما يدل على الرضى بالحمل أو الوضع من قبول تهنئة أو مُضيّ الأيام الأولى للولادة دون نفيه لم يعد له حق نفي النسب، مع اختلاف بينهم في بعض التفاصيل الدالة على الرضى (٢).
- وذهب المالكية أن الأب لو علم بالحمل وجب عليه المبادرة إلى نفي النسب، فلو انتظر بعد علمه بالحمل سقط حقه بالنفي، ما لم يكن له عذر (٣).
- وذهب الصحابان أبو يوسف، ومحمد من الحنفية إلى أن الأب له أن ينفي نسب ولده قبل مضي أربعين يومًا من ولادته؛ لأن الأربعين مدة النفاس، ومدة النفاس هي حال الولادة، فلذلك اعتبر فيه هذه المدة (٤).

(١) المدونة: (٢/٢٦).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص: (٥/٢١٧-٢١٨)، نهاية المطلب في دراية المذهب: (١٥٠/١٣٠)، الكافي في فقه الإمام أحمد: (٣/١٨٥).

(٣) الإشراف على نكت مسائل الخلاف: (٢/٨٧٩).

(٤) شرح مختصر الطحاوي للجصاص: (٥/٢١٨).

- وذهب القانون السوري ومعه بقية القوانين إلى أن الزوج إذا أقرّ بالولد وثبت نسبه فليس له نفي نسبه بعد ذلك، ويُستثنى من ذلك ما لو نفى نسبه عنه، وأثبت النسب من أبوين آخرين، فتسمع دعوى نفي النسب في هذه الحالة كما ذهب إليه اجتهاد الغرفة الشرعية^(١).
- ويرى الباحث أن تقدير هذا الأمر يرجع للقاضي، فله الصلاحية في تقدير الرضى الحقيقي، فربما يجد القاضي عذرًا يُبيح التأخير في نفي الولد بعد الأربعين يومًا، وربما لا يجد ذلك فيحكم بإلحاق نسبه على الفور، وذلك أن الرضا أمر عُرفيٌّ يختلف بحسب الزمان والمكان، فقد كان فيما سبق يكون بقبول التهنئة أو مضي الأيام الأولى، والرضا في زماننا يكون بتسجيله بقيد النفوس، أو إقامة العقيقة فرحًا بالولادة ونحو ذلك مما يدل على الرضى الحقيقي.
- ويرى أيضًا أن وقت نفي الولد ليس فيه نصٌّ واضحٌ، بدليل اختلاف الفقهاء في وقت النفي.
- فذهب الجمهور إلى أن الزوج متى أقرّ بالولد لزمه ولم يجز له الانتفاء منه^(٢).
- وذهب بعضهم إلى أن له نفيه ما لم يقرّ به ولو صار الولد شيخًا^(٣).
- وذهب بعضهم إلى أن له أن ينفيه مطلقًا لو ثبت عنده عدم كونه منه^(٤).
- فما تقدّم يدلّ على أنه لو وُجد نصٌّ صريح في المسألة لانقطع الخلاف، فكان الفصل في هذا الأمر للقاضي، وإن كان الباحث يميل إلى أن الأصل أن يثبت النسب على الفور إذا وجد الرضى الحقيقي من الأب، ولا تُسمع دعوى نفي مَن أقرّ بابنه إلاّ بيّنة قطعية على دعواه.

(١) أساس ٩، قرار ٦٤٥، تاريخ ٢٧/١٠/١٩٨٤ م، (المرشد في الأحوال الشخصية: ٢/٤٩٤).

(٢) حكاه ابن المنذر عن عمر وعلي والشعبي والنخعي وعمر بن عبد العزيز. ينظر: الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف: (٤٣٩/٩).

(٣) حكاه الماوردي عن شريح والشعبي. انظر: الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي (شرح مختصر المزني)، لأبي الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: ٤٥٠هـ)، المحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى: (١١/١٤٩).

(٤) ذكره ابن أبي شيبة عن مجاهد، وابن المنذر عن شريح وعطاء ومجاهد. ينظر: مصنف ابن أبي شيبة: (٤٠/٤)، الإشراف على مذاهب العلماء: (٥/٣٣٤)، الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف: (٩/٤٣٩).

المطلب الثالث: حكم ادعاء ابن الغير.

- من المعلوم شرعاً أن الإنسان لا يحق له استلحاق نسب من ليس منه، ولذلك حرم الإسلام التبني، بل إن جمهور العلماء حرموا استلحاق ولد الزنا وإن كان من صلب الزاني؛ لعدم كون الولد منه شرعاً وإن كان منه تكويناً، وفي ذلك يقول الخطيب الشربيني^(١): "ولو أتت بولد) يُمكن كونه منه (وعلم) أو ظنّ ظناً مؤكداً (أنه ليس منه لزمه نفيه) لأن ترك النفي يتضمن استلحاقه، واستلحاق من ليس منه حرام كما يحرم نفي من هو منه"^(٢).

- وبناء على ذلك يلزم إذا ثبت عند الزوج يقيناً كون الابن ليس بابنه فإنه يحرم استلحاقه؛ لما فيه من المضرة على المجتمع، فإنه لا يجوز إدخال من ليس من قوم عليهم، وقد تقدّم حديث النبي ﷺ: "أيما امرأة أدخلت على قومٍ من ليس منهم فليست من الله في شيء، ولن يدخلها الله جنته"^(٣). فالحديث يدلّ أن الإنسان يحرم عليه أن يلحق به غير ابنه؛ لأن هذا الولد يأخذ حقاً ليس له، فإنه ينظر إلى من لا يحل له النظر إليهن، كأم الزوج وأخواته، ويرث مال غيره، ويأخذ نسب الزوج، وهذه الحقوق تثبت للابن الشرعي فقط، ولذا حرم الإسلام التبني؛ لأن إثبات البُنية لا يكون إلا بالطريق الشرعي وهو النكاح لا غير، واستلحاق غير الابن حرام؛ لقوله تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾ [الأحزاب: ٥].

(١) هو الإمام العلامة الخطيب شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني القاهري الشافعي، أجازته مشايخه بالإفتاء، وأفتى في حياتهم، وانتفع به خلائق لا يحصون، وأجمع أهل مصر صلاحه ووصفوه بالعلم والعمل، له تصانيف، منها: "السراج المنير" أربعة مجلدات في تفسير القرآن، و"الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع"، و"مغني المحتاج" في شرح منهاج الطالبين للنووي، ينظر: الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة، لنجم الدين محمد بن محمد الغزي (المتوفى: ١٠٦١هـ)، المحقق: خليل المنصور، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى: (٣/ ٧٢-٧٣)، الأعلام: (٦/ ٥-٦).

(٢) مغني المحتاج: (١٦١/٥).

(٣) تقدم تخريجه.

- قال الطبري: معناه: "ولا حرج عليكم ولا وزر في خطأ يكون منكم في نسبة بعض من تنسبونه إلى أبيه، وأنتم ترونه ابن من ينسبونه إليه وهو ابنٌ لغيره، ولكن الإثم والحرَج عليكم في نسبتموه إلى غير أبيه وأنتم تعلمونه ابن غير من تنسبونه إليه" (١).

المطلب الرابع: حكم الإقرار بالنسب والتبني.

- لا خلاف بين العلماء قاطبةً أن الولد إذا كان على فراش رجل فإنه يُنسب إليه، وليس لغير الزوج أن يدَّعي الولد وإن عَلِمَ أنه ابنه من مائه.
- ودليل ذلك ما روى البخاري عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: "اختصم سعد بن أبي وقاص، وعبد بن زمعة في غلام، فقال سعد: هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص، عهد إلي أنه ابنه، انظر إلى شبَّهه، وقال عبد بن زمعة: هذا أخي يا رسول الله، وُلِدَ على فراش أبي من وليدته، فنظر رسول الله ﷺ إلى شبَّهه، فرأى شبهاً بيناً بعُتْبَةٍ، فقال: هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر، واحتجَّبي منه يا سودة بنت زمعة، فلم تره سودةً قط" (٢).
- فالنبي ﷺ قضى بالولد للفراش ولم يعتبر الشبه؛ لأن الفراش أقوى من الشبه فلا يُعتبر الشبه مع وجود الفراش (٣).

- ولو ادَّعى الرجل ابنَ غيره وأقرَّ الغيرُ بذلك فهل له أن يلحقَ نسبه به؟
- والجواب: أن له ذلك إذا ثبت أن الولد المدَّعى هو ابنه، وهذا ما اعتمدته الغرفة الشرعية لمحكمة النقض، فذكرت في اجتهادها أنه لا تُقبل دعوى نفي النسب إلا بإثبات أبوين آخرين للولد (٤)، وهذا لو لم يعترف المدَّعي أنه ابنه من الزنا، فلو اعترف بذلك لم يثبت نسبُ الولد منه؛ لما استقر عليه اجتهاد الغرفة الشرعية من أن النكاح لا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول من الطرفين، والاتصال الجنسي

(١) تفسير الطبري: (١٣/١٩).

(٢) متفق عليه، رواه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب شراء المملوك من الحربي وهبته وعتقه (٣/٨١)، رقم: ٢٢١٨.

ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات (٢/١٠٨٠)، رقم: ١٤٥٧.

(٣) ينظر: أعلام الحديث (شرح صحيح البخاري)، لأبي سليمان محمد بن محمد الخطابي (ت ٣٨٨ هـ)، المحقق: د. محمد بن سعد بن عبد الرحمن آل سعود، الناشر: جامعة أم القرى (مركز البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي)، الطبعة: الأولى: (٣/١٨٧٩).

(٤) أساس ٩، قرار ٦٤٥، تاريخ ٢٧/١٠/١٩٨٤ م، (المرشد في الأحوال الشخصية: ٢/٤٩٤).

بين الرجل والمرأة لا يؤسّس زواجًا ولا يثبت به النسب؛ إذ النسب لا يثبت إلا بالطرق الشرعية التي نصّ عليها قانون الأحوال الشخصية^(١).

- وقد يظنّ البعض أن الإقرار بالنسب يشابه التبنّي وهو خطأ؛ لأن الإقرار بالنسب في الشريعة الإسلامية هو إقرارٌ بنسب صحيح حالت الظروف دون تسجيله، أو أنكر الأب مدّة ثم عاد وأقرّ بأنه ابنه من امرأته التي تزوجها زواجًا شرعيًا. أمّا التبنّي فهو عقد يُنشئ بين شخصين علاقة أبوة وبُتوة مُفترضة دون أن يكون بينهما رابط، وقد يكون الابن معلوم الأبوين في بعض الحالات، وهذا لا تُقرّه الشريعة الإسلامية.

- وإذا كانت الشريعة الإسلامية لا تُقرّ بإلحاق الولد من أبويه لو كان الحمل من غير زواج، فمن باب أولى ألا تُقرّ إلحاق نسب ولد مجهول بأبوين غربيين عنه.

- فالإقرار يكون بالزواج الصحيح والنسب الصحيح؛ ولذا اختار الدكتور الصابوني مذهب بعض المالكية^(٢) أنه لو كان ظاهر الحال يخالف إقرار المدّعي بالنسب، فيطلب منه القاضي بيان تفاصيل الزواج وأين تمّ العقد ونحو ذلك ممّا يثبت وجود النسب بين الولد المدّعي والأب المدّعي^(٣).

المطلب الخامس: حكم نفي النسب بعد الإقرار.

- اتفق العلماء على أن من أقرّ بنسب ولدٍ على فراشه فإنه يكون ابنه وليس لغيره أن يُنازعه فيه، سواءً كان ذلك الغير صادقًا في دعواه أم كاذبًا.

- واختلفوا فيمن أقرّ بنسب ولدٍ على فراشه ثم نفاه، فهل يحلّ له ذلك، أم لا يجوز نفي النسب بعد الإقرار به؟

- فذهب جمهور العلماء إلى أن الرجل إذا أقرّ بولدٍ طرفه عين فليس له أن يُنكره بعد ذلك مطلقًا^(٤).

- وذهب بعضهم إلى أنه يصحّ له نفيه ولو كان رجلًا^(٥).

(١) أساس ٩٦٠، قرار ١٠٠٧، تاريخ ١٣/١/٢٠١٧ م.

(٢) ينظر: عيون المسائل، للقاضي عبد الوهاب: (ص ٢٤٥).

(٣) ينظر: شرح قانون الأحوال الشخصية للصابوني: (١٩٣/٢-١٩٤).

(٤) ينظر: الإشراف على مذاهب العلماء: (٩/٤٩٣-٤٩٤).

- ويرى الباحث أن من ثبت نسبه لم يجز نفيه عن أبيه بالشك والظنون، هذا هو الأصل. ويُستثنى من ذلك ما لو علم الأب بعد الإقرار علمًا قاطعًا أن ابنه ليس منه كما لو علم أنه عقيم، أو ثبت له ذلك بدلائل قاطعة، فيحق له حينئذ رفع دعوى اللعان، والقاضي هو الذي يحكم بقبول الدعوى أو ردها.

المطلب السادس: أقل الحمل الذي يثبت به النسب وأكثره.

- اتفق الفقهاء على أن أقل مدة الحمل الذي يثبت به النسب ستة أشهر، واختلفوا في أكثره.
- فذهب الحنفية إلى أن أكثره سنتان^(١)، والشافعية إلى أن أكثره أربع سنين^(٢)، والمالكية إلى أن أكثره أربع أو خمس سنين^(٣)، والحنابلة إلى أن أكثره أربع سنين، وفي رواية سنتان^(٤).
- وذهب بعض المالكية إلى تقدير أكثره بتسعة أشهر^(٥).
- وما ذكره الفقهاء مبني على ما وصل إليه علمهم في زمانهم، وتقدير ذلك في زماننا يرجع إلى ما وصل إليه الأطباء، والذي يمنع بقاء الحمل أكثر من سنة.
- وهذا الأمر هو الذي ذهبت إليه القوانين العربية، مع اختلاف يسير فيما بينها.
- فذهب القانون السوري قبل التعديل^(٦)، والأردني^(٧)، والمصري^(٨)، والسوداني^(٩)، والمغربي^(١٠) أن أكثر الحمل سنة، ولم تفصل هذه القوانين في كون السنة سنة شمسية أو قمرية، باستثناء القانون السوري فنص على أنها سنة شمسية، والقانون الأردني فنص على أنها سنة قمرية^(١١).

(١) روي عن مجاهد وشريح وعطاء. ينظر: مصنف ابن أبي شيبة: (٤٠ / ٤)، الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف: (٤٣٩ / ٩).

(٢) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (١٧٩ / ٣).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير: (٣٨٠ / ١٧).

(٤) ينظر: جواهر الدرر في حل ألفاظ المختصر: (٢٣٣ / ٨).

(٥) ينظر: الهداية في فقه الإمام أحمد: (ص ٤٨٣).

(٦) ينظر: المختصر الفقهي لابن عرفة: (٤١٤ / ٤).

(٧) مادة (١٢٨).

(٨) مادة (١٤٨).

(٩) مادة (١٥).

(١٠) مادة (١٠٠).

(١١) مادة (١٥٤).

- وذهب القانون السوري بعد التعديل ^(٢) والإماراتي ^(٣) والكويتي ^(٤) إلى أن أكثره ثلاثمئة وخمسة وستون يوماً.
- وذهب القانون الجزائري ^(٥) والسعودي ^(٦) إلى أن أكثر الحمل عشرة أشهر.
- ويرى الباحث أن تقدير أقل الحمل بتمام ستة أشهر وأكثره بسنة تامة هو الصواب، وهو الذي عليه أكثر الأطباء المختصين ^(٧)، وما ذكر من تقديرات الفقهاء هي تقديرات اجتهادية لا نص فيها، فيرجع فيها إلى أهل الاختصاص للحكم في المسألة، وقد رصد الأطباء ملايين الحالات ولم تُسجل عندهم حالات حمل مديد طبيعياً تتجاوز السنة، فضلاً عن السنتين والثلاث ^(٨).
- لكن نُقل عن بعضهم أنه وُجدت حالات في وقتنا الحاضر تجاوزت السنة ^(٩)، وهي حالات شديدة الندرة لو ثبت وجودها فعلاً.
- وبناءً على ذلك يقترح الباحث أن يُرجع عند الخلاف في مثل هذه المسائل إلى المراجع الطبية للبت في مثل هذه المواضيع.

(١) مادة (١٨٥).

(٢) مادة (١٢٨).

(٣) مادة (٩١).

(٤) مادة (١٧٢).

(٥) مادة (٤٢).

(٦) مادة (٦٨).

(٧) جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما: "وبعد استفتاء الأطباء الشرعيين جُعِلت المدة سنة شمسية في التشريعين القائمين في الإقليمين -مصر وسوريا إبان الوحدة بينهما- وهذا تقدير سليم يؤيده رأى محمد بن عبد الحكم، وفيه احتياط كاف للحالات النادرة". ينظر: مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما، لمصطفى الزرقا، دار القلم، الطبعة الأولى، عام ١٩٩٦م (ص ٢٦٨).

(٨) ينظر: الموسوعة الفقهية الطبية، للدكتور أحمد كنعان، دار النفائس، بيروت - الطبعة الأولى: (ص ٣٧٧).

(٩) نقل الدكتور عبد الرشيد قاسم عن الشيخ بكر أبو زيد أنه ثبت لديه حين كان قاضياً بالمدينة حمل دام أربع سنين، وأن الشيخ عبد العزيز بن باز مفتي عام المملكة العربية السعودية ثبت لديه حمل دام سبع سنين حين كان يشغل منصب القضاء، وحين أورد ذلك على الأطباء في مناقشات مجمع الفقه الإسلامي بالرابطة حاروا في الجواب. ينظر: أقل وأكثر مدة الحمل دراسة فقهية طبية، مقالة منشورة للدكتور عبد الرشيد بن محمد أمين بن قاسم: (ص ١١).

- فعلى سبيل المثال يُمكن على أن تقرّر اللجنة الطبيّة المشكّلة نفى نسب من وُلد خلال ستة أشهر وأنكره أبوه إذا ما ثبّت عندهم بالفحص الطبيّ أن عمّر الطفل أكثر من ستة أشهر، ويمكن لها أيضًا أن تقرّر إثبات نسب من وُلد لأكثر من سنة إذا ترجّح لديها إمكان بقاء الجنين في رحم أمّه مثل تلك المدّة.
- ويقترح الباحث تعديل المادة (١٢٨) إلى وفق ما ذهب إليه القانون الإماراتي، فيكون نص المادة:
- "أقلّ مدة الحمل مائة وثمانون يومًا، وأكثره ثلاثمائة وخمسة وستون يومًا، ما لم تُقرّر لجنة طبيّة مشكّلة لهذا الغرض خلاف ذلك".

المبحث الأول: أثر البصمة الوراثية (DNA) في إثبات النسب إلى الأب:

المطلب الأول: رأي الفقهاء في المسألة:

- لم يتعرض الفقهاء الأقدمون لهذه المسألة، وذلك أن هذه المسألة من المستجدات المعاصرة، ولعل أقرب تأصيل إليه يرجع إلى الشبه الذي ذكره الفقهاء فيما لو جاء ولدٌ أسود حبشيٌّ لوالدين أبيضين، فهل للزوج أن ينتفي من الولد أم ليس له؟ والفقهاء في ذلك على قولين:

● القول الأول: وهو قول الجمهور، ليس للأب أن ينتفي من الولد في هذه الحالة^(١).

- واستدلوا بما رواه البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله، وُلِدَ لي غلام أسود، فقال: هل لك من إبل؟ قال: نعم، قال: ما ألوانها؟ قال: حُمْرٌ، قال: هل فيها من أورك؟ قال: نعم، قال: فأنتي ذلك؟ قال: لعله نزع عِرْق، قال: فلعلَّ ابنك هذا نزعَه^(٢).

- ففي هذا الحديث أن الولد يلحق الزوج وإن خالف لونه لونه حتى لو كان الأب أبيض والولد أسود أو عكسه لحقه ولا يحل له نفيه بمجرد المخالفة في اللون وكذا لو كان الزوجان أبيضين فجاء الولد أسود أو عكسه لاحتمال أنه نزع عرق من أسلافه، ويكون الولد للفراش^(٣).

● القول الثاني: وهو قول عند الشافعية والحنابلة، أن للأب أن ينتفي من الولد لو أنكر لونه^(٤).

- واستدلوا بما رواه البخاري من حديث عويمر لما قذف زوجته بشريك بن سحاء، ولا عنها فقال النبي ﷺ: انظروا فإن جاءت به أسحَم، أدعج العينين، عظيم الألتين، خدلج الساقين، فلا أحسب

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص: (٢٢٥-٢٢٦/٨)، الجامع لمسائل المدونة: (٩٣٣/١٠)، المذهب فقه الإمام الشافعي: (٨٢/٣)، الكافي في فقه الإمام أحمد: (١٩٢/٣).

(٢) صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب إذا عرض بنفي الولد، (٥٣/٧)، رقم: ٥٣٠٥.

(٣) ينظر: معالم السنن: (٢٧٢/٣)، شرح النووي على مسلم (المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج)، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: الثانية، ط ١٣٩٢م: (١٠/١٣٤).

(٤) شرح مختصر الطحاوي للجصاص: (٢٢٥-٢٢٦/٨)، الجامع لمسائل المدونة: (٩٣٣/١٠)، المذهب فقه الشافعي: (٨٢/٣)، الكافي في فقه الإمام أحمد: (١٩٢/٣).

عويماً إلا قد صدق عليها، وإن جاءت به أُخيمر كأنه وَخْرَةٌ، فلا أُحسب عويماً إلا قد كذب عليها، فجاءت به على النعت الذي نعت به رسول الله ﷺ من تصديق عويمر، فكان بعد يُنسب إلى أمه^(١).

- فدل الحديث أن الرجل لو كان أسود وجاءه ولد أبيض، أو العكس فإن له نفيه بظاهر الحديث؛ لأن النبي جعل الشبه دليلاً على أنه ليس منه^(٢).

- ويرى الباحث أن الراجح هو الرأي الأول القائل بعدم جواز نفي الولد بالظن؛ لمجرد خلاف اللون، لاحتمال أن يكون نزع عرق، فلا يجوز نفي الولد بالظن، أما لو تيقن كون الولد ليس منه بطريقة من الطرق الطبية، أو بالمعالم الظاهرة كما لو كان الوالد أبيض والوالدة بيضاء فجاء الولد أسود حبشياً، أو آسيوياً، مما لا يشك من رآه أنه ليس ابناً للزوج، فيحق للزوج عند ذلك نفي النسب رفع دعوى نفي نسب، ونفي نسب الولد عنه.

- وينبغي أن يقاس عليه تحاليل الحمض النووي (DNA) فإنها أقوى في نفي الولد من مجرد الشبه، فإذا كان بعض الفقهاء يرى جواز نفي النسب باللعان لاختلاف اللون، وهو أمر ظني، فمن باب أولى أن يصح نفي النسب باللعان بثبوت عدم البتة بالتحاليل الطبية الجازمة بذلك.

- وقد يقال: إن التحاليل الطبية قد يجري عليها الخطأ والتحريف فلا تعدّ دليلاً حاسماً في ذلك. والجواب عنه: أنها لا تعدّ دليلاً حاسماً لو كان الأب مُقَرَّراً بنسب الولد، أما لو أراد نفي الولد باللعان فإنه يكون قرينةً يستند إليها القاضي في بيان الحكم الشرعي.

- ويضاف إلى ذلك أن المحكمة مكلفة بالتوثق من النتيجة، فلا تعتمد قول المدعي، بل ينبغي أن تأمر بتشكيل لجنة طبية تعيد التحاليل وتدرس وثائقها وتحقق من سلامتها.

(١) صحيح البخاري، كتاب تفسير القرآن، باب ﴿وَيَذُرُّهَا عَنْهَا الْعَذَابُ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَذِبِينَ﴾ ، (٦/ ١٠٠)، رقم: ٤٧٤٧.

ومعنى (أسحم): شديد السواد. و(أدعج العينين): الدّعج في العين شدة سوادها. و(عظيم الأليتين)، بفتح الهمزة: وهي المؤخرة. و(خدلج الساقين): الخدلج، بفتح الخاء المعجمة وفتح الدال المهملة وفتح اللام المشددة وبالجميم: العظيم، وساق خدلجة مملوءة. و(أحيور)، تصغير أحمر، وقيل: الأحمر الشديد الشقرة. و(وَخْرَةٌ)، بفتح الواو وبالحاء المهملة والراء: وهي دويبة حمراء تلزق بالأرض كالعظاءة. ينظر: عمدة القاري شرح صحيح البخاري، لأبي محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي، بدر الدين العيني (المتوفى: ٨٥٥هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت: (١٩/ ٧٥).

(٢) انظر: المهذب في فقه الإمام الشافعي: (٣/ ٨٢)، الكافي في فقه الإمام أحمد: (٣/ ١٩٢).

- ولقائل أن يقول: إن الفقهاء متفقون على أن اللعان يكون قبل إقرار الرجل بنسب ولده، فلو أقر به بعد ذلك فلا يعتبر إقراره.
- والجواب عن ذلك أن هذا الأمر ليس مسلماً عند الفقهاء، بل هو محل خلاف بينهم كما تقدم.
- وقد استدلل بعض العلماء بحديث النبي عليه الصلاة والسلام: "الولد للفراش وللعاهر الحجر" (١) على أن الولد إذا جاء على فراش الزوجية فهو ابنٌ للزوج لا يحق للزوج الانتفاء منه لو أقر به.
- ويجاب عن ذلك أن هذا الحديث وارد في الزاني الذي يدعي ابناً له على فراش غيره فلا شيء له، كما روي عن عطاء أنه قيل له: "أرأيت إن نفاه بعد ما تضعه؟ قال: يلاعنها، والولد لها، قيل له: أولم يقل النبي ﷺ: الولد للفراش وللعاهر الحجر؟ قال: نعم، إنما ذلك لأن الناس في الإسلام ادَّعوا أولاداً ولدوا على فرش رجال فقالوا: هم لنا، فقال النبي ﷺ: الولد للفراش وللعاهر الحجر" (٢).
- أمّا هنا فالحال مختلفة؛ لأن الزوج هو الذي ينفي النسب عن نفسه، فلم تتشابه الحالتان.
- ويُضاف إلى ذلك أن نفي الولد الآن لم يعد بالتشهي، بل هو وفق معطيات دقيقة، وأحكام قضائية، ولعان شرعي، وليس الأمر اعتباطاً، وحتى لو قلنا بعدم نفي نسب الولد بعد الإقرار، فهذا أمر عرفي يخضع للتغير؛ لأن البيئة على نفي النسب في هذا العصر يمكن إثباتها، بخلاف العصور السابقة.
- ويرى الباحث أن الرجل إذا ثبت له بالبيئة القطعية أن الولد ليس ابنه فله أن يتنفي منه ولو بعد الإقرار؛ لأن الإقرار كان مبنياً على ظنٍّ تبين بطلانه، والشارع لا يُقرّر نسبة الولد إلى غير أبيه، لكن ينبغي أن يُضيق هذا الباب ما أمكن، فلا يُسمح للرجل بإجراء تحليل نسب إلا بعد رفعه دعوى قضائية على زوجته وطلبه لللعان، بعد وجود قرائن وأدلة تؤيد قول الزوج، فإذا رأى القاضي كلام الزوج في محله رفع طلب إجراء تحليل نسب، فإذا تبين أن الولد ابن الزوج ألزمه به، وقضى عليه بعقوبة زاجرة له ولغيره عن مثل هذه التصرفات، وإذا ظهر كون الولد ليس منه فإنه يرفع دعوى اللعان إن اتفق الزوجان عليها، ثم يفرق القاضي بينهما، ويحكم بنفي النسب.

(١) تقدم تخريجه.

(٢) مصنف ابن أبي شيبة، كتاب الطلاق، باب الرجل يتنفي من ولده (٧/٩٩)، رقم: ١٢٣٦٩. وإسناده صحيح.

- وأما إذا وجد الأمر مجرد شكوك وأوهام فإن القاضي يحكم بردّ الدعوى ويثبت النسب للفراس؛ لأن الفراس لا يصحّ نفيه عن الزوج إلا بقرينة قاطعة لا شك فيها.

المطلب الثاني: إثبات النسب بالبصمة الوراثية (DNA)

- تقدم الكلام على أن الرجل لو ثبت له بطريق لا يقبل الشك أن المولود على فراشه ليس ابناً له فإن له أن ينفي نسب المولود على فراشه باللّعان.
 - واختلف العلماء فيما لو ثبت ذلك بالتحاليل الطبية (DNA)، وأراد الزوج رفع دعوى لعان ونفي نسب فهل له ذلك؟
 - وقبل معرفة الحكم الشرعي لا بدّ من الاطلاع على مدى دقّة تحاليل البصمة الوراثية (DNA) ومدى اعتمادها في القوانين العربية والغربية.
 - فيذهب جمهور الأطباء أن تحاليل البصمة الوراثية (DNA) قطعية بدرجة ٩٩.٩٪ نظراً لعدم تطابق اثنين من البشر في جميع الصفات الوراثية، ولهذا يمكن اعتبارها قرينة قطعية لا تقبل الطعن أو الشك، لابتنائها على دليل علمي محسوس إذا تعدد أخذ العينات وتحليلها في مواقع مختلفة، وتوثيق كل خطوة من خطوات تحليل البصمة الوراثية، بدءاً من نقل العينات وانتهاءً بظهور النتائج، والتأكد من أن العينة ليست لتوائم متطابقة^(١).
 - قد اعترفت بها معظم المحاكم في أمريكا وأوروبا وكثير من دول العالم، وتم الاعتماد عليها للفصل في كثير من قضايا النسب والقضايا الجنائية^(٢).
 - ولكونها من الأدلة القطعية يمكن الاعتماد عليها فيما يأتي:
- ١- حالات التنازع على مجهولي النسب في الحالات التي لا دليل فيها، وفي حالة وطء الشبهة ونحوه.

(١) ينظر: إثبات النسب ونفيه بالبصمة الوراثية، للدكتور محمد جبر الألفي (ص ١٠)، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية، لعمر بن محمد السبيل: (ص ٥٩).

(٢) ينظر: المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الندوة الحادية عشرة المتعلقة بالهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني المقامة في الكويت، لعام ١٤١٩ هـ، الموافق لعام ١٩٩٨ م، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، للقره داغي، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٦، لعام ١٤٢٤ هـ / ٢٠٠٣ م: (ص ٥٥).

٢- حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب.

٣- حالات ضياع الأطفال واختلاطهم، بسبب الحوادث أو الوارث أو الحروب، وتعدُّ معرفة أهلهم أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحروب والمفقودين^(١).

- ولا يجوز استخدام البصمة الوراثية بقصد التأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعاً، ويجب على الجهات المختصة منعه؛ لأن في ذلك المنع حماية لأعراض الناس وصوناً لأنسابهم، ويتعين قصر تحاليل البصمة الوراثية على مختبرات الدولة، وأن لا يمكن إجراؤها إلا بعد رفع دعوى نفي نسب وإحالة من القضاء لإجراء التحاليل المطلوبة؛ إذ إن السماح بإجراء تحاليل البصمة الوراثية دون ضبطه يفتح باب شر لا يمكن إغلاقه، ويؤدي للتشكيك بالأنساب الثابتة شرعاً، وفي هذا من الخطر والتفكك الاجتماعي ما لا يخفى.

المطلب الثالث: حكم نفي النسب بتحاليل البصمة الوراثية (DNA)

- تقدّم أنه لا يجوز التشكيك بالأنساب الثابتة شرعاً، وأن الولد متى جاء على فراش الزوجية وأقرّ به الزوج لم يحلّ نفيه إلا باللعان.
- ولا يجوز للقاضي أن يقبل دعوى اللعان إلا بعد استيفاء الشروط التي وضعها الفقهاء للّعان، فلا يكفي مجرد شك الزوج في تصرّفات زوجته دون دليل يقينيّ مُعتبر، وللقاضي أن يرُدّ الدعوى لو رأى الأدلة التي قدّمها الزوج غير مستوفية لشروط اللعان.
- لكن لو أن شخصاً قام بإجراء تحاليل البصمة الوراثية (DNA) في بلد من البلاد، وتبيّن له أنه لا يُنجب أو أن الولد المولود ليس ابنه يقيناً فهل له رفع دعوى نفي نسب.
- فذهب الجمهور إلى أن الزوج ليس له ذلك، ويبقى الولد ابناً له؛ لاحتمال وجود الخطأ في التحاليل، ووجود الشبهة، ولا يصحّ نفي النسب الصحيح الثابت بالظنّ، ولا تُسمع دعوى نفي النسب في ذلك.

(١) ينظر: البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجناية: (ص ٥٩-٦٠).

- وإليه ذهب قرار مجمع الفقه الإسلامي، وجاء فيه ما نصه: "لا يجوز شرعاً الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، ولا يجوز تقديمها على اللعان"^(١).
 - **وأما في القانون:** فذهبت أكثر القوانين العربية إلى القول الأول، وخالفت بعض القوانين في ذلك، وأخذت بباقي الأقوال.
 - فذهب اجتهاد للغرفة الشرعية لمحكمة النقض السورية إلى نفي النسب إذا تأكد بالأدلة القاطعة والخبرة الطبية الحاسمة الحازمة أن الرجل عقيم لا سبيل إلى شفائه^(٢).
 - وجاء في مدونة الأسرة المغربية^(٣) أن الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان، أو بواسطة خبرة تفيد القطع بشرطين:
- الأول:** إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه.
- الثاني:** صدور أمر قضائي بهذه الخبرة."
- وفي العراق ذهبت بعض المحاكم إلى نفي نسب طفلة سجلت في دائرة الأحوال المدنية بعد أن تبين بالتقارير الطبية ثبوت عقم الرجل^(٤).
 - ويرى الباحث التوسط في جميع ما تقدم، فإن الأصل أن تُردّ الدعوى المرفوعة لنفي النسب إذا لم تستند على دلائل ظاهرة، وقرائن يقينية، وتحاليل قطعية، ويرجع أمر تقدير ذلك للقاضي الشرعي.
 - وعلى ذلك فلو رفع شخص ما دعوى نفي نسب للعقم أو للزنا أو غير ذلك فإن القاضي يدرس الحالة المرفوعة إليه، فإن رأى الأدلة غير كافية حكم بردّ الدعوى، وإن رأى الأدلة ظاهرة فإنه يشكّل لجنة شرعية طبية تدرس الحالة المرفوعة إليه، فإن ثبت لهذه اللجنة قوة أدلة الزوج وخلوها من

(١) ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته العشرين لعام ٢٠١٢م، قرار رقم: ١٩٤.

(٢) أساس، ١١٨٦، قرار ١١٩٦، تاريخ ١١/١١/٢٠٢٠م، (مجلة المحامون العدد ٨٥، لعام ٢٠٢٠م، ص: ٣١٦)

(٣) مادة (١٥٣) من مدونة الأسرة المغربية. وجاء في اجتهاد للمحكمة الشرعية المغربية أن نفي النسب بسبب ادعاء العقم يوجب على المحكمة أن تبحث بوسائل الإثبات المعتمدة شرعاً، ومنها الخبرة التي لا يوجد نص قانوني يمنع الاستعانة بها. انظر: الملف الشرعي ٦١٥، تاريخ ٢/١/٢٠٠٣م المنشور بمجلة المحاكم المغربية عدد ١٠٤ ص ٨٣.

(٤) محكمة الأحوال الشخصية في الكراة، رقم القرار ١٩/ش/٩٩، تاريخ ١٣/٥/١٩٩٩م. ينظر: مجلة القضاء، العددان الثالث والرابع، السنة السادسة والخمسون لعام ٢٠٠٠م، ص (٢٦٣).

الكذب، رُفِعَ تقريرٌ بذلك إلى القاضي الذي يأمر بإجراء تحليل نسب في مختبر المحكمة، فإذا ثبت النسب من الزوج لم يكن له الملاعنة بالولد، وإذا ثبت كونه ليس منه حكّم القاضي بنفي النسب، أو قام بإجراء اللّعان بين الزوجين وحكّم بالفرقة وإلحاق النسب بالأم ونفيه من الأب^(١).

- وفي هذا موافقة لمقاصد الشارع الحكيم، فإن الشرع لا يميز للمرء استلحاق من ليس ابناً له؛ ولذا حرم التبني، وشدّد الوعيد على من أدخلت ابناً على زوجها ليس منه، ونص الفقهاء أن حرمة استلحاق غير الولد كحرمة نفي نسب الولد، فإن اختلاط الأنساب أمر لا يقره الشارع، والحفاظ على نسب الأولاد لا يكون بنسبتهم إلى غير آبائهم، وقد قال تعالى: ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ﴾ [الأحزاب: ٥]، ولا يكون باطلاعهم على عورات من ليسوا محارم لهم.

- وقد يقال: إن الأم إذا أرضعت الابن صارت أمّه بالرضاعة وصار أقارب الزوجين أقارب له بالرضاعة، وهذا غير صحيح؛ لأن الإرضاع المحرّم إنما يكون بلبين الزوج، لا بلبين غيره ولو كانت الزوجية قائمة بين الزوجين، كما جاء في كتب الفقهاء أن الرضاعة بلبين غير الزوج لا تحرّم على الزوج، وعليه فإن استلحاق الإنسان غير ابنه يؤدّي إلى الكشف على محارمه، وكذا أخذ ميراث ليس من حقّه، والشارع الحكيم لا يُقرّ ذلك ولا يرضى به^(٢).

(١) وفي قضية رفعها رجل ضد امرأته التي حملت، رغم أن التقارير الطبية تؤكد أنه عقيم لا يولد له، وفي المحكمة قررت الزوجة أنها ذهبت تشتكي عدم الإنجاب إلى متطبة تدعي علاج العقم، فأمدتها بصدفة فيها سائل لتضعها في فرجها، وتطلب من زوجها أن يجامعها بعد ذلك "فستحملين بإذن الله تعالى"، وبعد التحقيق وإجراء الفحوصات اتضح أن الصدفة معبأة بمني رجل أجنبيّ، فحكّم القاضي بنفي النسب دون لعان، رغم وجود فراش الزوجية. انظر: **فقه النوازل**، ل بكر أبو زيد، مؤسسة الرسالة، بيروت ١٩٩٦م، (١/٢٧٢).

(٢) ينظر: **رد المحتار على الدر المختار**: (٢٢٢/٣). وشرح إرشاد السالك في مذهب الإمام مالك، لأبي بكر بن حسن الكشناوي (المتوفى: ١٣٩٧ هـ)، الناشر: دار الفكر، بيروت - لبنان، الطبعة: الثانية: (٧٩/٢). و**بحر المذهب**: (١١/٤٢٤). والمبدع في شرح المقنع: (١١٨/٧-١١٩).

المطلب الرابع: آراء العلماء في اعتبار البصمة الوراثية بديلاً لللعان.

- اختلف الفقهاء في ذلك على عدة أقوال:

- **القول الأول:** أن النسب الثابت بفراش الزوجية لا يحل نفيه إلا باللعان، وهو قول جمهور العلماء المعاصرين، كالشيخ علي محيي الدين القره داغي^(١)، والدكتور وهبة الزحيلي^(٢)، وأقره مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي، وأكد أن البصمة الوراثية لا تكون بديلاً عن الطرق الشرعية لإثبات النسب ونفيه، وأنه يرجع إليها عند التنازع وعدم وجود دليل أقوى^(٣).
- **القول الثاني:** أنه يمكن الاستغناء عن اللعان والاكْتفاء بنتيجة البصمة الوراثية إذا تيقن الزوج أن الحمل ليس منه، وهو قول الدكتور محمد المختار السّلامي، والدكتور يوسف القرضاوي^(٤).
- **القول الثالث:** أن دعوى نفي النسب باللعان لا تسمع إذا جاءت البصمة الوراثية تؤكد صحة نسبه للزوج، ويقتصر نفي النسب باللعان إذا جاءت البصمة الوراثية مؤكدة لقول الزوج، وإليه ذهب مفتي مصر الأسبق الدكتور نصر فريد واصل^(٥).
- **القول الرابع:** أنه لو ثبت يقيناً بالبصمة الوراثية أن الولد ليس من الزوج فينتفي النسب بذلك، ولا وجه لإجراء اللعان؛ لأن اللعان يقتصر دوره بدرء الحد عن المرأة، ويتنفي النسب، واختار هذا القول لجنة الإفتاء بوزارة الأوقاف الكويتية^(٦).

(١) ينظر: البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة، بدورته السادسة عشرة ١٤٢٢ / ٢٠٠٢م، للقره داغي: (ص ٥٩-٦٠).

(٢) ينظر: البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة، بدورته السادسة عشرة ١٤٢٢ / ٢٠٠٢م، للدكتور وهبة الزحيلي: (ص ٢٥-٢٦).

(٣) ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي بدورته السادسة عشرة لعام ٢٠٠٢م، وجاء فيه: أنه لا بد أن تقدم النصوص والقواعد الشرعية على البصمة الوراثية، فلا يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، ولا تقدم على اللعان.

(٤) ينظر: إثبات النسب بالبصمة الوراثية، لمحمد مختار السّلامي (ص ٤٠٥)، البصمة الوراثية، للدكتور محمد أنيس الأروادي: (ص ٢١)، وجاء فيه: "ومؤخراً أيد الدكتور علي جمعة مفتي مصر فتوى العلامة الدكتور يوسف القرضاوي في رفض إثبات نسب ولد الزنا عن طريق تحليل البصمة الوراثية، لكن علماء بالأزهر أجازوه معتبرين أنه سيقبل من جرائم الزنا".

(٥) ينظر: البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة، بدورته السادسة عشرة ١٤٢٢ / ٢٠٠٢م، (ص ١١٧).

(٦) ينظر: فتاوى لجنة الفتوى بوزارة الأوقاف الكويتية، برقم: ١٠ هـ ٩٥، الصادرة بتاريخ ٢٤ / ٩ / ١٩٩٥ م.

- وقد ذهب قريبا منه كثير من فقهاء المذهب الجعفري، فذكروا أن تحاليل البصمة الوراثية دليل قاطع على ثبوت النسب مطلقاً، فيُعمل بها وتُقدَّم على غيرها^(١).
- ويرى الباحث رجحان ما ذهب إليه القول الثالث، وهو أنه لو ثبت بالبصمة الوراثية أن الولد من الزوج فلا تُسمَع منه دعوى اللعان، أما لو ثبت كون الولد ليس منه فإن للزوج حق اللعان فيفرّق القاضي بين الزوجين ويحكم بنفي النسب عن الأب، وفي هذه الحالة نكون جمعنا بين اعتماد البصمة الوراثية وإجراء اللعان، فلا تجوز الملاعة إلا لو جاءت تحاليل البصمة مؤكدة لدعوى الزوج.

(١) ينظر: مقالة البصمة الوراثية (DNA) وشرعيتها في نفي النسب، لمحمد جواد الموسوي، مجلة الهدى، العدد (٢٩٨)، السنة العاشرة من شهر شعبان ١٤٣٨ / ٢٠١٧ م.

وفتوى السيستاني على الانترنت حيث سئل في موقعه على الانترنت، هل يعتبر فحص (DNA) دليلاً شرعياً لثبوت الأبوة للطفل إذا كان ملائماً ١٠٠٪ وهل تعتبر عدم الملازمة دليلاً على نفي النسب والأبوة؟ فأجاب: نعم، يعتبر الفحص المذكور دليلاً مع كونه طريقة علمية بينة لا تتخللها الاجتهادات الشخصية.

المبحث الثاني: إنكار النسب لثبوت العقم:

المطلب الأول: بيان المسألة:

- ذهب اجتهاد الغرفة الشرعية إلى أن نفي نسب الولد بعد تسجيله في السجلات الرسمية لا يقبل مهما كانت الأسباب.
- وجاء في نص الاجتهاد: "لما كان يتبين من ملف الدعوى أن الطاعن عبد الهادي استدعى طالبا نفي نسب ولده خالد منه وإلغاء قيده على اسمه وإبطال قرار النفقة المفروضة عليه للولد المذكور، وبعد أن استمعت المحكمة إلى أقوال الطرفين أصدرت قرارها في الدعوى، وحيث إنه لا يمكن التغير من أمر ثبوت النسب متى قامت بينة صحيحة عليه؛ لأن أمر النسب من النظام العام كما في اجتهاد محكمة النقض ٢٧/١٠/١٩٩٤ م، وحيث إن الولد للفراش ولا ينتفي النسب إلا باللعان، وحيث إنه لا تسمع دعوى اللعان بعد مضي الموعد المحدد، وحيث أن ثبوت نسب ولد بسجلات الأحوال المدنية لا يمكن إبطاله إلا بثبوت وجود أبوين آخرين له، وحيث أن نسب الولد خالد ثابت بسجلات الأحوال المدنية على اسم الجهة الطاعنة ونتيجة لزواج صحيح وخلال المدة المقبولة يجعل كل ما ورد بأسباب الطعن أو أمام محكمة الدرجة الأولى لا جدوى منه، وغير مقبول ولا يعتد بها، وبذلك تكون أسباب الطعن لا تنال من القرار المطعون لموافقته الأصول والقانون"^(١).
- وقد كان الطاعن ذكر من أسباب الدعوى: أن التحاليل الطبية أثبتت عدم قدرة الزوج على الإنجاب، وطالب بإجراء فحص (DNA) لنفي النسب^(٢).
- يظهر جلياً من الاجتهاد المذكور أن نسب الولد متى ثبت لا ينتفي عنه إلا في حالة واحدة هو وجود أبوين آخرين له.
- وفي هذه الحالة لم يعتد القانون بثبوت عدم إنجاب الطاعن، واعتبر الولد ثابت النسب لأبيه.

(١) أساس ١٩٧٧، قرار ٢٠٤٦، لعام ١٩٩٧ م.

(٢) الاجتهاد السابق.

المطلب الثاني: الرأي الفقهي في المسألة:

- اختلف الفقهاء في ثبوت النسب ممّن به علّة جنسية تمنعه من الوطاء والإنجاب، فأثبت بعضهم النسب من العنّين والمجبوب والخصيّ وغيرهم من أصحاب العاهات الجنسية، ومنع بعضهم ثبوت النسب منهم، ومرجع الخلاف في المسألة طبيّ لا شرعيّ، فالطبّ هو الحكم في مثل هذه المسائل. ومن هذه الحالات مسألة العقم، فلو أن الإنسان ثبت بالتحاليل عُقمه التامّ وقد وُلد له أولاد فهل يجوز له نفي نسبهم؟
- اختلف الفقهاء في ذلك اختلافاً كبيراً في ذلك:
- فذهب بعضهم إلى إثبات النسب منه مطلقاً؛ لأنّ العقيم قد يكون سليماً ثم يطرأ عليه العقم، فلا يصح نفي النسب بالعقم الطارئ.
- وذهب آخرون إلى أن بعض الحالات يثبت فيها العقم التامّ الذي لا يمكن معه الإنجاب، فلا يصح إثبات النسب منه إذا أثبت الأطباء ذلك.
- وقد سئل الإمام مالك رحمه الله عن الحَصِيِّ هل يلزمه الولد؟ فقال: أرى أن يسأل أهل المعرفة بذلك ما كان يولد لمثله لزمه الولد وإلا لم يلزمه^(١).
- فيكون المرجع في ذلك ما يثبت به أهل الخبرة والطب، فإن قالوا بإمكان الإنجاب ولو باحتمال ضعيف حكمنا بذلك، وإلا فترفع الدعوى للقضاء للفصل في ذلك.
- ولعلّ الراجح أن هذا الأمر يحكم فيه الطبّ، فإذا أثبت الأطباء العقم التامّ لرجل لم يصحّ نفي الأولاد إليه، فإن إلحاق من لا يثبت نسبه لا يجوز كما أنه لا يجوز نفي من يثبت نسبه؛ لأنّ ترك النفي يتضمن استلحاق الولد، واستلحاق من يعلم أنه ليس منه حرام كما يحرم نفي من هو منه^(٢).
- فإذا أثبت الأطباء عُقم الزوج التامّ وأثبتت الأدلة ذلك فينبغي على القاضي أن يقبل الدعوى، ولا سيما إذا وجدت قرائن قوية على الخيانة الزوجية، فيتم التحقيق فيها مع الزوجة بناء على معطيات القضية، ويكون الفصل بعد ذلك للقضاء بتشكيل لجنة طبية تدرس حالة المدّعي، فإن أقرّت بما

(١) المدونة: (٢/٢٦).

(٢) مغني المحتاج: (٥/١٦١).

ادّعاء رفع تقرير هذه اللجنة إلى القاضي لإجراء تحليل النسب، ثم إجراء اللعان الشرعي بعد ذلك لو ثبت أن الولد ليس من الزوج.

- وليس معنى هذا أن يُفتح المجال لكل من أراد التأكد من نسب ابنه، وإنما يقتصر ذلك على من ثبت له العقم التام، ومن تعذر نسبة الأولاد إليه، فلا يقبل القاضي الدعوى إلا بعد تشكيل لجنة طبية لدراسة الحالة وصدق الأدلة المقدّمة، فإذا ثبت استحالة إنجاب المدّعي فيرفع الأمر للقضاء للفصل في الحكم، فيحكم القاضي بالتفريق بين الزوجين، وإلحاق الولد بالأم.
- وإنما كان من الواجب على القاضي قبول دعوى نفي النسب في حال ثبوت العقم التام طبيًا؛ لأن في إثبات الرجل نسب أولاد غيره منه ضررًا معنويًا كبيرًا، فإن الشرع الإسلامي وإن كان من مقاصده حفظ الأنساب، فإنما يكون ذلك بإلحاق الابن بأبيه، لا بنسبة الولد إلى غير والده، وقد وُجدت حالات في القضاء عُلِم فيها الزوج بمن يُتهم مع زوجته، ووُجدت القرائن القاطعة على ثبوت نسبهم من غيره، فكيف يقبل الزوج بعد ذلك بتربية أولاد غيره، وإطلاعهم على عورات أقرابه ومحارمه.

المطلب الثالث: الرأي القانوني في المسألة:

- تقدّم بيان اجتهاد الغرفة الشرعية السابق الذي نصّ على أن الأب لا يصحّ له نفي نسب المولود على فراشه ولو أثبتت الخبرة الطبية كونه ليس منه.
- وقد خالف الاجتهاد السابق اجتهادًا لاحقًا لمحكمة النقض^(١) نص فيه على خلاف ما تقدم، وسأورد كثيرًا من حثياته لأهمية ما تضمنه الاجتهاد من تقارير وأحكام:
- جاء في نص الاجتهاد: "حيث إن المطعون ضده أقام دعواه بطلب الملاعنة لنفي نسب الطاعنة تأسيسًا على أنه لا يستطيع الإنجاب رغم زواجه من امرأة أخرى، وقد أكد ذلك الأطباء والفحوص المخبرية، وأبرز صورة عن هذه الفحوص.
- وكان اللعان بقصد نفي النسب لا يمكن تصوّره إلا من رجل يولد له وقادر على الإنسال والإنجاب، فإذا تأكد بالأدلة القاطعة والخبرة الطبية الحاسمة الحازمة أن الرجل عقيم لا سبيل إلى

(١) أساس، ١١٨٦، قرار ١١٩٦، تاريخ ١١/١١/٢٠٢٠م، مجلة المحامون العدد ٨٥، لعام ٢٠٢٠م (ص ٣١٦)

شفائه صار اللعان في هذه الحالة فاقدا لأحد أركانه وهو الزوج الملاعن العاجز تماما، ولا جدوى منه حتى لو تم هذا اللعان ما دام أثبت الطب عقمه، وقد نقل ابن عابدين قولاً في الذخيرة مفاده أنه لا يُشرع اللعان في الولد المجبوب والخصي ومن لا يولد له، وعلق ابن عابدين أن في هذا القول نظراً.

- وما رآه ابن عابدين محلّ نظر يمكن عزّؤه إلى معارف عصره وعلومه، أما بعد أن تقدمت العلوم الطبية في هذا العصر، فإن عدم قدرة الرجل على الإنجاب تتّسق في المغزى والمضمون مع حالة عدم التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة، ما دام أن هذا التلاقي على الفراشين لن يؤدّي إلى الإنجاب قطعاً بعد قول الطب في ذلك قولاً حازماً، فالعقيم صار في هذه الحالة كالذي لم يلتق مع زوجته بصورة محسوسة، والعلة في كلتا الحالتين تؤدي إلى نفي نسب الولد ...

لذا وعملاً بأحكام المادة ٢٥١ أصول محاكمات تقرر بالإجماع:

- ١- قبول الطعن شكلاً.
- ٢- قبول الطعن موضوعاً ونقض القرار الطعين".
- فظهر من نص الاجتهاد أن المرجع في ذلك هو إمكان الإنجاب وعدمه، ويمكن أن يقاس على هذه الحالة كثير من الحالات المشابهة، فإذا ما ثبت استحالة إنجاب الزوج لمن وُلد على فراشه جاز له نفي نسبه عنه، ولكل حالة خصوصية يقدرها القاضي الشرعي.
- وقد وافق هذا الاجتهاد بعض القوانين كالقانون المغربي^(١)، وقيدته أكثر القوانين بقيود عديدة، كأن يتم نفي النسب مباشرة، وألا يتقدّم نفي النسب إقرار به، وغير ذلك من القيود.

المطلب الرابع: الترجيح:

- يرى الباحث أن الاجتهاد الثاني لمحكمة النقض وافق الصواب فيما ذهب إليه، ووافق روح الشريعة ومقاصدها، ولم يلتزم بالنصوص الفقهية المجردة، وقد كنتُ كتبت هذا البحث قبل الاطلاع على هذا الاجتهاد، ثم اطلعت على هذا القرار، فكان مؤكداً لما ذكرته في البحث.

(١) ينظر: المادة (١٥٣)

- غير أن الباحث يرى أن الزوجة في مثل هذه الحال لها الحق في طلب اللعان، وألا ينفي نسب الولد إلا بعد اللعان؛ لأن اللعان وسيلة شرعية وضعها الله تعالى عند نفي النسب، فلكل من الزوج والزوجة اللجوء إليها عند الخصومة، ولا يُغني عنها التحاليل الطبية.
- ويقترح الباحث تعديل المادة (١٢٩) من قانون الأحوال السوري إلى ما يأتي:

"ولد كل زوجة في النكاح الصحيح يُنسب إلى زوجها بشروط:

- أ- أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل.
- ب- ألا يثبت عدم التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة أكثر من مدة الحمل.
- ت- ألا يثبت بالخبرة الطبية عقم الزوج أو استحالة كون الأولاد منه.
- ث- إذا انتفى أحد هذه الشروط لا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا أقر به أو ادعاه .
- ج- إذا توافرت هذه الشروط لا يُنفي نسب المولود عن الزوج إلا باللعان".

المبحث الثالث: إنكار النسب لإنكار الوطء المؤدي للحمل:

المطلب الأول: بيان المسألة:

- ذهب اجتهاد الغرفة الشرعية إلى أن الطاعن لو نفى المعاشرة الزوجية لزوجته بعد الزواج فإن كلامه لا يقبل ويثبت الولد منه.
- وجاء في نص الاجتهاد: "بالتدقيق ولما كانت الأسباب التي أوردتها الطاعن لا تنال من سلامة القرار موضوع الطعن ... وقد تثبتت المحكمة بعد بسط الدعوى ثمانية من صحة وقوع الزواج بين الطرفين، كما أن رجوع المحكمة عن قرارها بإجراء الخبرة الطبية على الـ (DNA) على فرض صحته يعتبر من القرائن التي تحتمل الصواب، وتحتمل الخطأ بآن واحد، ولا يمكن الاعتماد عليها في إثبات النسب أو نفيه، وعليه فقد تقرر بالاتفاق رد الطعن"^(١).
- وقد كان الطاعن ذكر في أسباب الطعن أنه يُنكر كون الطفلة منه لانتفاء الزوجية والمعاشرة الزوجية، وهذا يدل على أنه لم يُقرّ بالطفلة أصلاً.
- ويظهر من اجتهاد الغرفة الشرعية أن الطاعن إذا نفى المعاشرة الزوجية بعد عقد الزواج فلا يحق له ذلك، ويكون الولد للفراش.
- ويرى الباحث أن هذا الاجتهاد مخالف لما ذكره الفقهاء، فإن الرجل إذا نفى المعاشرة الزوجية بينه وبين زوجته فإن كلامه مقبول خاصّةً إذا لم يظهر منه إقرارٌ بالأبوة، بل إنه نفى الزوجية أصلاً، وحتى لو حكمنا بثبوت النسب له، فإن هذا النسب ينتفي باللعان كما نص الفقهاء.
- وقد جاء اجتهاد آخر للغرفة الشرعية نص فيه على أن عقد الزواج ووقوع الخلوة الصحيحة بعده، ثم طلاق الزوجة يُبطل اللعان.

وجاء فيه: "لما كان عقد الزواج ووقوع الخلوة الصحيحة ثابتين وكان الولد قد ولد في مدة الحمل القانونية، وكان لا موضع للتحكيم بعدما أقر المميز بالطلاق، وكان المميز قد أقر في جلسة ١٩٥٤/٥/١ م بأنه طلق المميز عليها في ١٩٥٣/١٠/١٨ م وعاد في تذكرته المؤرخة في

(١) أساس ٦١٩، قرار ٨٣٣، تاريخ ١٢/١٢/٢٠١٤ م.

١٢/٦/١٩٥٤م فوضح بأن هذا الطلاق كان طلاقاً موصوفاً بالعدد الذي يفيد الثلاثة ممّا لم يعد من

الجائز بحث موضوع اللعان والتحقيق فيه، لذلك تقرر بالأكثرية تصديق الحكم المميز^(١).

المطلب الثاني: الرأي الفقهي في المسألة:

- اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

- القول الأول: أن النسب لا يثبت من الزوج لو أنكر الوطء، وإليه ذهب الحنفية وابن تيمية.
- جاء في مجمع الأنهر: "إذا خلا بها، ثم جاءت بولد لستة أشهر فأنكر الوطء لم يثبت النسب منه"^(٢).
- وجاء في الاختيارات الفقهية: "ولا تصير الزوجة فراشاً إلا بالدخول وهو مأخوذ من كلام الإمام"^(٣).

القول الثاني: ذهب الجمهور إلى أن النسب يثبت من الزوج لو أنكر الوطء.

- جاء في الأم: "فإن ولدت المرأة التي قال زوجها لم أدخل بها إلى أربع سنين لستة أشهر فأكثر من يوم عقد عقدة إنكاحها لزم الزوج الولد إلا بأن يلتعن"^(٤).
- وجاء في التفريع: "وإذا عقد الرجل النكاح على امرأة، وأمكنه وطؤها بوجه من الوجوه، ثم أتت بولد لستة أشهر فصاعداً بعد العقد لحق به ولدها، وسواء أقر بوطئها أو لم يقر بوطئها، ولا ينتفي عنه إلا باللعان"^(٥).
- وجاء في الإنصاف: "ومن أتت زوجته بولد يمكن أن يكون منه لحقه نسبه إلا أن ينفيه باللعان"^(٦).
- والذي ذهب إليه اجتهاد الغرفة الشرعية مخالف للفقهاء جميعاً؛ لأنهم متفقون على أن الزوج له اللعان لو أنكر نسب الولد، وهذا ما لم تأخذ به محكمة النقض.

(١) أساس ٢٢، قرار ٢٩، تاريخ ٣١/١/١٩٥٥م.

(٢) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر: (٣٥٦/١).

(٣) الاختيارات الفقهية، لابن تيمية، لأبي العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ابن تيمية الحاراني الحنبلي الدمشقي (المتوفى: ٧٢٨هـ)، المحقق: علي بن محمد البعلي الدمشقي، الناشر: دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة: ١٣٩٧: (ص ٥٨٥).

(٤) الأم: (٢٣٠/٥).

(٥) التفريع: (٤٧/٢).

(٦) الهداية على مذهب الإمام أحمد: (ص ٤٨٢).

- وأيضًا فإن ما ذهب إليه الاجتهاد الثاني من أن الزوج لو أنكر الولد وطلق زوجته بطل اللعان غير صحيح، فإن اللعان من مقصوده نفي النسب، فلا يسقط بطلاق الزوجة.

المطلب الثالث: الرأي القانوني في المسألة:

- اتفقت القوانين العربية على أن الأب له نفي الولد إذا لم يصدر منه ما يدل على الإقرار به من سكوت أو رضى، أو قبول تهنة ونحو ذلك.
- وفي هذا الاجتهاد مخالفة للقانون السوري نفسه، فقد جاء فيه: أن عقد الزواج إذا استوفى شروطه لا يُنفى نسبه إلا باللعان^(١).
- وجاءت القوانين الأخرى موافقة لذلك:
- فقد جاء في القانون المغربي^(٢): "إذا أنكر الخاطب أن يكون الحمل منه أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات النسب".
- وجاء في القانون الإماراتي^(٣): "للرجل أن ينفي عنه نسب الولد خلال سبعة أيام من تاريخ العلم بالولادة شريطة ألا يكون قد اعترف بأبوته صراحة أو ضمنا، وللمحكمة الاستعانة بالطرق العلمية لنفي النسب بشرط ألا يكون تم ثبوته قبل ذلك".
- وإليه ذهب القانون السوداني^(٤)، والسعودي^(٥)، والمغربي^(٦)، والجزائري^(٧)، والموريتاني^(٨).
- وقد ذكرت بعض القوانين اللعان في إطار ذكرها لثبوت النسب، دون النص عليه بشكل واضح صريح، بل اكتفت بالشروط التي يثبت فيها النسب للزوج.

(١) مادة (١٢٩)

(٢) مادة (١٥٦)

(٣) مادة (٩٧)

(٤) مادة (٢٠٠)

(٥) مادة (٧٤)

(٦) مادة (١٥٣)

(٧) مادة (٤١)

(٨) مادة (٦٨)

- ومن هذه القوانين: القانون العراقي^(١)، والليبي^(٢)، والأردني^(٣).
- ولذلك فقد اعترض القاضي علي الطنطاوي على اجتهاد الغرفة الشرعية الذي تقدم ذكره^(٤)، والذي اعتبر أنه ليس من الجائز بحث موضوع اللعان بعد وقوع الطلاق الثلاث، فقال في اعتراضه:
- "لما كان القاضي لم يكلف المميّز لإثبات إضافة الطلاق إلى الزمن الذي سماه، وكان هذا الطلاق عند عدم إثباته يضاف إلى زمن الإقرار به وتبدأ العدة من ذلك الوقت (٣٢١) قدرني باشا.
- وكان هذا الطلاق يقع رجعيًا (٩٤ أحوال)، وكان طلب اللعان في عدة الطلاق الرجعي صحيحًا، وكانت شروط اللعان متوفرة في هذه الدعوى وليس للقاضي أن يرد طلب اللعان عند توفر أسبابه متعللاً بمثل العلل التي أوردها في قراره كان حكمه بوقوع الطلاق في ١٨/١٠/١٩٥٣ م ورفضه طلب اللعان مخالفًا فأرى نقضه".
- وقد جاء اجتهاد آخر للغرفة الشرعية نحو هذا الاجتهاد، وقد رفض فيه القاضي طلب اللعان؛ لأن طلب الطعن جاء بعد ولادة البنت بنحو شهرين، مع أن الزوج لم يُقرّ بها، ولم يثبت قبوله التهنئة فيها^(٥).

المطلب الرابع: الترجيح:

- يرى الباحث أن الراجح أن الزوج لو أنكر الوطء وحملت امرأته فإن له حق اللعان ونفي النسب، وأن الزوج له الحق في اللعان عند الولادة ما لم يصدر منه ما يدل على إقراره بالنسب، كما أن طلاق الرجل لزوجته لا يمنع طلبه لللعان، خاصة إذا لم يُقرّ بالمولود، وإن منع حق الزوج في طلب اللعان ليس من صلاحيات القاضي؛ لأنه حق شرعه الله له، فليس لغيره سلبه منه، فلو ردّ القاضي طلب اللعان فيكون ردّه غير شرعي وليس في محله.

(١) مادة (٥١)

(٢) مادة (٥٩)

(٣) مادة (١٤٨)

(٤) أساس ٢٢، قرار ٢٩، تاريخ ٣١/١/١٩٥٥ م.

(٥) أساس ١٦٠، قرار ١٤٢، تاريخ ٢١/٤/١٩٥٥ م.

ولم أجد من خلال بحثي في اجتهادات محكمة النقض حالةً واحدةً أُقيم فيها اللّعان الشرعي، وحصل التلاعن فيها بين الزوجين، وفي تعطيل اللّعان إلغاءً للحكم الشرعي ونزعاً لحق الزوج الذي أعطاه الله إياه في انتفائه ممن ليس بولد له.

المبحث الرابع: نفي النسب حال غياب الزوج:

المطلب الأول: بيان المسألة:

- ذهب اجتهاد الغرفة الشرعية إلى أن إقامة الزوج في بلد قريب من بلد الزوجة لأكثر من مدة الحمل لا يعتبر سبباً لنفي الحمل.
- وجاء في نص الاجتهاد: "لما كانت المادة التي تصلح مستنداً للحكم في هذه الدعوى دون غيرها من النصوص هي المادة (١٢٩) أحوال، ذلك أنها جاءت بحكم في الفقرة (ب) منها لم يؤخذ من المذهب الحنفي، بل أُخذ عن المالكي والشافعي.
- فالفقرة (ب) أجازت نفي النسب إذا ثبت عدم تلاقي الزوجين، بأن كان الزوج غائباً في بلد بعيد أكثر مدة الحمل، وليس كلّ غياب ولو في بلد قريب يبيح تحريك دعوى النسب، فقد نص الفقهاء بأنهما إن كانا قريبين بحيث يتمكن الرجل من زيارة زوجته ومباشرتها نسب الولد إليه، وإن كانا بعيدين بحيث لا يتصور العقل الزيارة والمباشرة لم ينسب إليه.
- ولما كانخ^٥ ت بلدة لبنان بالنسبة لسورية تعتبر قريبة لا بعيدة، وفي هذه الحالة لا تسمع دعوى نفي النسب وكان الحكم قد انتهى إلى رد الدعوى كان حكمه من حيث النتيجة موافقاً للأصول لا يرد عليه ما أدلى به الطاعن"^(١).
- ويرى الباحث أن اجتهاد الغرفة الشرعية مخالف للشرع والقانون والواقع.
- أما الشرع: فإنه أجاز للزوج اللعان دفعاً للنسب، فكيف يُنسب الولد للزوج قهراً دون أن يعترف به أو يقرّه، بل هو يدّعي عدم الوطء أصلاً.

(١) أساس ٣٣، قرار ٣٤، تاريخ ١٩٦٨/١/٣١ م.

- والقول بأن الولد ينسب إلى الزوج عند إمكان الوطء ليس معناه أنه ليس له نفيه إلا باللعان، فإن نفي النسب باللعان مشروع عند جميع الفقهاء كما سيأتي.
- وأما القانون: فلأن القانون أجاز اللعان في حال نفي النسب، والقول بإثباته له لإمكان وطء الزوج لزوجته في هذا الوقت لا يدفع دعوى نفي النسب.
- وأما الواقع: فلأن الإنسان أدري بنفسه، فإذا غاب الإنسان عن بلده زماناً ثم رجع فرأى امرأته حاملاً فكيف يسوغ له أن يجعل هذا الولد منه، وكيف يُجبر على ذلك، ولا يقبل منه نفي النسب؟ ولا يخفى أن المرء إذا علم يقيناً أن ابنه هو من الزنا بغيره لم يُجز له استلحاقه، فكيف يُجبر عليه قضاءً.

المطلب الثاني: الرأي الفقهي في المسألة:

- اتفق الفقهاء على أن الزوج لو كان في بلد قريب يمكنه فيه الوطء فإن الولد يثبت نسبه إليه.
- واتفقوا على أن الزوج له حق نفي نسب المولود على فراشه باللعان لو لم يُقرّ بالمولود؛ لأن اللعان شرعه الله لنفي النسب، ومنع القاضي للزوج من رفع دعوى نفي نسب في غير محله الشرعي والقانوني؛ لأنه منع للحق الذي شرعه الله له تعالى، وهذا الأمر لا يملكه القاضي وليس من حقه.
- وبناءً على ما تقدّم فما جاء في اجتهاد الغرفة الشرعية غير صحيح، والزوج يملك نفي نسب المولود على فراشه، سواء كان الزوج قريباً من زوجته أم بعيداً عنها ما لم يصدر منه إقرار بالنسب.

المطلب الثاني: الرأي القانوني في المسألة:

- اتفقت القوانين العربية على أن الزوج له حق اللعان على زوجته لو أراد نفي نسب المولود على فراشه ولم يسبق له الإقرار به.
- ولم تُفرّق القوانين فيما إذا كان الزوج قريباً أم بعيداً، فهذا الحق يملكه الزوج دون النظر إلى الاعتبارات الأخرى، لكن للقاضي ردّ دعوى نفي النسب إذا لم تستوف الشروط.
- وما ذكره الاجتهاد هنا مشكّل جدّاً، فكيف ننزع حق اللعان عن الزوج الذي يدّعي أنه لم يعاشر زوجته ونُلزمه بالولد الذي ينفي نسبه وينكر كونه منه بحجة أنه يمكنه وطء زوجته؛ لكونه قريباً منها، ففي هذا من الظلم للزوج ومخالفة الشرع ما لا يخفى.

المطلب الرابع: الترجيح:

- يرى الباحث أن الراجح ما ذهب إليه القانون من أن الزوج له حق اللعان لنفي النسب لو أنكر الولد الذي وُلد على فراشه، وتقيد هذا الحق بكونه قريباً أم بعيداً غير صحيح، وهو منعٌ للزوج من حق اللعان الذي شرعه الله له، ولم يقل به أحدٌ من الفقهاء ولا أخذ به قانونٌ من القوانين.
- وما ذهبت إليه المحكمة من التفريق بين البلد البعيد والقريب إنما هو في حال إقرار الأب بالولد، أمّا في حال نفي النسب فالكُلُّ مُجمِعٌ على ثبوت حق الزوج في اللعان، ففي مثل هذه الحالة يرفع الزوج الأمر إلى القاضي، ويحيل القاضي القضية إلى الخبرة الطبية لإجراء تحاليل الحمض النووي، فإذا ثبت كون الولد من الزوج ردّ دعوى النسب وأثبت الولد للزوج، وإذا ثبت كونه ليس من الزوج أحال القاضي الزوجين إلى اللعان.
- وعلى ذلك فلو ولدت الزوجة ولداً ثم أنكر الوطاء فإنه له أن ينفي الولد باللعان، فينتفي الولد بذلك، ولم يقل أحد من الفقهاء أنه لا حق له في اللعان؛ إذ إن الإنسان إذا تيقن أن الولد ليس منه، فإنه لا يحل له نفيه له ووجب اللعان.
- والمتأمل في كلام الفقهاء الذين أثبتوا النسب يرى أنهم نصوا على ذلك فيما لو أتت بولد لأقل من أقصى مدة الحمل، ومقتضى ذلك أنها لو أتت بولد لأكثر من مدة الحمل أنه لا يثبت النسب بذلك اتفاقاً.
- وقد نص القانون على أن أكثر مدة الحمل سنة شمسية^(١)، فبتطبيق هذا على ما ذكره الفقهاء يظهر اتفاقهم على عدم ثبوت النسب في هذه الحالة مطلقاً، فإن أكثر الحمل عند الحنفية سنتان^(٢)، وعند

(١) مادة (١٢٨)

(٢) التجريد للقُدوري: (١٠/٥٣٤٣).

المالكية خمس سنين على المشهور^(١)، وعند الشافعية والحنابلة أربع سنين على المعتمد^(٢)، فإذا أخذنا برأي القانون في أن أقصى الحمل سنة شمسية لزم نفي النسب في قولهم جميعاً^(٣).

- وقد جاءت القوانين العربية في العموم موافقة لما ذهب إليه الفقهاء، فذكرت أن الرجل إذا جاءت زوجته بولد لأكثر مدة الحمل فله أن ينفيه باللعان أو بالطرق المشروعة.

وبالختام: فإنه ليس من المنطق رد الدعوى لمن غاب عن زوجته ثم رجع ورآها حاملاً، فإن اللعان حق شرعي أعطاه الله عز وجل للزوج، فليس للقاضي أن يطله، لا سيما وأن فيه إلحاق نسب بشخص لم يقرّ به ولم يقبله، وهذا لا يجوز، وإمكانية الوطء لا تعني وجوده، وصاحب النسب هو الفصل في ذلك، فلا يجوز إهدار حقه بنفي نسب غيره عنه بذريعة الحفاظ على الأنساب؛ إذ إن إلحاق النسب بغير صاحبه الذي لم يدّعه لا يجوز، وهذا على اعتبار كونه صادقاً.

وأما لو اعتبرناه كاذباً فإن هذا عواقب هذا الأمر موكولة إلى الله تعالى، ولا يملك القاضي إلا إعطاء كل ذي حق حقه، على أن هذا الأمر يمكن كشفه بإجراء تحليل النسب قبل اللعان، فإذا ثبت النسب منه رددنا دعواه لثبوت كذبه، وللقاضي أن يحكم عليه بالعقوبة التي يراها مناسبة من التغريم والسجن والتعزير، وإن انتفى النسب من ظهر صدقه، ووجب إجراء اللعان ونفي النسب عن الزوج، والله تعالى أعلم.

(١) المعونة على مذهب عالم المدينة: (ص ٩٢٣).

(٢) بحر المذهب: (١١ / ٢٨١)، الهداية على مذهب الإمام أحمد: (ص ٤٨٣).

(٣) ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة: (٢ / ٦١٤)، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب: (٢ / ١٢١)، الهداية على مذهب الإمام أحمد: (ص ٤٨٢).

وفي ختام هذه الرسالة أسأل الله تعالى أن يجعل فيها النفع العميم، والخير
الكثير، وأن يوفّقنا إلى السّير على شريعته، والافتداء بهدي نبيّه عليه
الصلاة والسلام، ويُحسّن خاتمتنا بمنّه وفضله وكرمه إنّه سميع قريب
مجيب.

والحمد لله رب العالمين

وصلّى الله على سيدنا محمّد وعلى آله وصحبه أجمعين

الخاتمة:

أولاً: النتائج:

في ختام هذه الرسالة استخلص الباحث النتائج الآتية.

- ١- الاجتهادات القضائية المستقرّة تعدُّ بمثابة شروح تفسيريّة للقانون، ولها دور هامٌّ في إزالة الغموض، ورفع التناقض، وتفسير النص القانوني، وبيان ما سكت عنه القانون، وغير ذلك، وتعرّض مخالفتها الحكم للنقض، وينبغي الاطلاع عليها قبل تصدير القاضي لحكمه.
- ٢- عدم توحيد الاجتهادات القضائية أو نشرها أو النصّ على العدول من اجتهاد إلى غيره هو السبب الأكبر في اضطراب الاجتهادات القضائية.
- ٣- دور محكمة النقض في الأحوال العامّة يقتصر على مراقبة سلامة تطبيق القانون والإجراءات القضائية، ولا علاقة لها بدراسة حيثيّات القضية، وإذا صدّقت محكمة النقض حكم محكمة الموضوع ورفضت الطعن صار الحكم الصادر منها مبرماً غير قابل للنقض.
- ٤- من أهم أسباب اختلاف الاجتهادات القضائية تغيّر الزمان والمكان والوقائع وأحوال الدعوى، ممّا يُوجب تغيّر الاجتهاد القضائي عمّا قبله؛ إذ لا يُنكر تغيّر الأحكام بتغيّر الأزمان.
- ٥- من أسباب اختلال بعض اجتهادات الغرفة الشرعية عدم وجود لجنة قضائيّة عليا مختصة بمراجعة اجتهادات الغرف الشرعية السابقة وتصويبها، ونشر الصواب منها في مجلّات تابعة لوزارة العدل.

٦- لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره إكراهًا شديدًا، ولا من سبق لسانه بلفظ الطلاق أو قصد الطلاق بناءً على أمر ظهر خطؤه.

٧- الطلاق عبر وسائل التواصل الاجتماعي واقعٌ، ويحكم القاضي بوقوعه إذا أقر المطلق به، أو تبين للقاضي وقوع الطلاق بوسيلة من وسائل الإثبات المعتمدة قانونًا.

٨- إذا طلق الرجل زوجته بإرادته المنفردة دون سبب مقبول شرعًا أو عرفًا، ووقع عليها ضررًا ماديًا وجب لها تعويض الطلاق التعسفي، ولا يُعد طلب الزوجة للتفريق موجبًا لحرامها من التعويض.

٩- إذا خالع الرجل زوجته ولم تكن حاضرة أو كانت حاضرة ولم تقبل؛ فإن كان الخلع على مال لم يقع بذلك شيء، وإن لم يكن الخلع على مال يُعتبر في ذلك نية الزوج، ويُصدق بيمينه.

١٠- المرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا خُولعت لا يصح خلعها إلا بموافقة ولي المال.

١١- لا تجب النفقة للمختلعة إلا أن تكون حاملاً فتجب لها النفقة حتى تضع حملها.

١٢- التفريق بين الحكمين يكون عند العجز عن الإصلاح بطلقة بائنة، ويُقسّم المهر بعد وقوع التفريق بما يتناسب مع نسبة الإساءة لكل من الطرفين، وللقاضي طلب تعليل التقرير إن رأى ذلك.

١٣- إذا أثبتت الزوجة غياب زوجها أو هجره لها أكثر من سنة وكان معروف الإقامة جاز لزوجته أن تطلب

إلى القاضي التفريق لتضررها من غيابه عنها، فيضرب له القاضي أجلاً ويُخيره بين أن يُقيم معها، أو ينقلها

إليه، أو يطلقها، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل طلقها القاضي طلاقاً بائناً عليه، وليس لها طلب التفريق قبل

مرور سنة كاملة.

١٤- إذا راجعت زوجة المفقود القاضي وكان زوجها غائبًا وطلبت التفريق؛ لتضررها من بعده عنها وييس

القاضي من الوقوف على حياته أو مماته بعد البحث والتحري، فإنه يؤجل الأمر أربع سنوات من تاريخ

فقدته، فإذا لم يتبين عنه خبر فرّق القاضي بينهما.

١٥- ينتهي فقدان بعودة المفقود أو بموته أو بالحكم باعتباره ميتاً عند بلوغه الثمانين من العمر إذا لم يكن

الفقدان في حالة يغلب فيها الهلاك، فله التفريق بعد مدة لا تقل عن سنة من تاريخ الفقد، وتعتدّ الزوجة

عدة الوفاة من تاريخ حكم القاضي بالتفريق.

١٦- إذا وقعت الرّدة قبل الدخول انفسخ عقد النكاح، وأمّا إذا وقعت بعد الدّخول فلا ينفسخ عقد النكاح

إلاّ بحكم القاضي، وردة الزوجة تُسقط مهرها سواءً كان الارتداد قبل الدخول أو بعده، وأمّا ردة الزوج

فَتُوجِبُ لزوجته نصف المهر قبل الدخول، والمهر كلّهُ بعد الدخول.

١٧- لأحد الزوجين طلب فسخ عقد الزواج إذا كان في الزوج الآخر إحدى العلل المانعة من الدخول أو

تمامه أو أحد الأمراض المنفرة المستديمة أو المضرة المخيفة أو المعدية، وكان الطرف الذي طلب الفسخ

سالمًا منها، وليس لأحد الزوجين طلب الفسخ بعد العلم بالعيب والرضا به، باستثناء العنة.

١٨- يحق لأحد الزوجين طلب الفسخ إذا حصل تغيرٌ من الزوج الآخر أو بعلمه أدّى إلى إبرام عقد الزواج،

الذي ما كان ليُبرَم لو عُلِمَ للتغير، ويحقّ للزوج المغرّر بعد الدخول أن يرجع بقدر الصداق أو جزءٍ منه

على من غرّر به أو كتم عنه العيب.

١٩- تكمل أهلية الزواج في الفتى والفتاة ببلوغ الثامنة عشر، فلو حصل النكاح قبل ذلك وقع صحيحًا إن

استوفى الشروط والأركان الشرعية، وللقاضي إيقاع العقوبة القانونية التي يراها مناسبة على الولي في حال

انتفاء المصلحة الراجحة من زواج القاصر.

٢٠- لا ولاية لغير المسلم على ابنته المسلمة البالغة شرعًا، وليس له حق طلب التفريق بعد عقد النكاح.

٢١- ينعقد الزواج بإيجاب من أحد العاقلين وقبول من الآخر بالألفاظ التي تفيد الزواج لغةً أو عرفًا،

والكتاب كالخطاب في جميع العقود، في حال الغيبة أو الحضور.

٢٢- إذا زوّجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي اشترط للزوم العقد كون الزوج كفؤًا والمهرُ مهرُ المثل

وإلا فللولي طلب فسخ النكاح، يسقط حق الفسخ لنقصان المهر عن مهر المثل بتعديله إلى مهر المثل أو

أكثر منه، أو بحمل المرأة.

٢٣- النفقة واجبة للمعتدة في عدتها مطلقًا.

٢٤- الطلاق الرجعي لا يُزيل الزوجية، وتختص الرجعة بالزوج، ولا يسقط حقه بالرجعة بالإسقاط.

٢٥- أقل مدة الحمل مائة وثمانون يومًا، وأكثره ثلاثمائة وخمسة وستون يومًا، ما لم تُقرّر لجنة طبية مشكلة لهذا

الغرض خلاف ذلك.

٢٦- ولد كل زوجة في النكاح الصحيح يُنسب إلى زوجها إذا مضى على عقد الزواج أقل مدة الحمل، وأقر

الزوج بالولد، وليس له نفي نسبه بعد الإقرار به، ولا تُسمع دعواه في ذلك إلا أن يثبت بالخبرة الطبية

استحالة كون الولد منه، فله أن يرفع الأمر للقاضي لنفي النسب عنه، فلو لم يثبت ذلك فليس له نفي نسب

الولد، ولا يُنفي نسبه إلا باللعان لو لم يسبق ذلك لإقرار بالولد.

ثانيًا: التوصيات:

في نهاية هذه الرسالة يوصي الباحث بما يأتي:

- ١- استخلاص المبادئ القانونية للاجتهادات القضائية وتأييدها بالاجتهادات المستقرّة، وجمعها في سلسلة اجتهادات تبدأ من عام ١٩٥٣م إلى وقتنا الحاضر.
- ٢- ترتيب اجتهادات الغرفة الشرعية لمحكمة النقض، ووضعها ضمن مرجع بحيث يمكن مراجعتها، ونشرها في المجلات الحقوقية.
- ٣- نشر الاجتهادات القضائية على موقع وزارة العدل على شكل مبادئ قانونية، ووضع الاجتهادات المنشورة بجانب المبادئ؛ ليتمكن المتخصصون وغيرهم من الاطلاع عليها.
- ٤- بيان الاجتهادات التي تمّ العدول عنها في المجلات القانونية، وإلزام القضاة بالاطلاع عليها.
- ٥- تعديل بعض نصوص المواد القانونية لتناسب مع أحكام الفقه الإسلامي والواقع الموجود، وإزالة بعض الأخطاء الموجودة في بعض المواد القانونية.
- ٦- توحيد الاجتهادات القضائية في محكمة النقض، ووضع الاجتهادات الموحدة ضمن سلسلة تتضمن الاجتهادات القضائية المعتمدة للغرفة الشرعية لمحكمة النقض.
- ٧- وضع مذكرة إيضاحية تفسيرية لقانون الأحوال الشخصية السوري، توضح النصوص القانونية وتبيّن المسائل المبهمة فيها، وتسدّ النقص إن وُجد، وتكون مرجعًا للقضاة الشرعيين.
- ٨- نشر دراسات متخصصة تتضمن أدلة النصوص القانونية والمراجع الفقهية التي استمدّت منها هذه النصوص، والمذهب الذي اعتمده النص القانوني، ووجه الاستدلال والاستنباط من النصوص.
- ٩- السماح لخريجي الدراسات العليا في كلية الشريعة بالانتساب إلى المعهد العالي للقضاء، حيث يتمّ تعيين الخريج من المعهد قاضيًا شرعيًا، وذلك بعد تأهيل المتسبين ضمن شروط تحددها وزارة العدل ووزارة التعليم العالي.

- ١٠- دراسة اجتهادات الغرفة الشرعية في باقي أبواب الأحوال الشخصية، من الحضانة والنفقات والنيابة الشرعية والوصايا والموارث والوقف.
- ١١- دراسة اجتهادات محكمة النقض في المجالات الأخرى: الجزائية، والمدنية، والجنائية، وبيان مدى موافقتها للشرعة الإسلامية والنصوص الفقهية.
- ١٢- إقامة ندوات تأهيلية للقضاة الشرعيين؛ لمعرفة الاجتهادات الحديثة، والمستجدات القضائية في القانون السوري، والقوانين العربية.
- ١٣- إقامة دورات شرعية للقضاة الشرعيين، يكون المحاضرون فيها من القامات العلمية الكبيرة، تسلط الضوء على المستجدات الفقهية، واجتهادات العلماء المعاصرين فيها.

ثالثاً: الفهارس:

١ - فهرس الآيات

رقم الآية	اسم السورة	طرف الآية	رقم الصفحة
٢٢٨	البقرة	﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَرْجِعْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾	٢٦١
٢٢٨	البقرة	﴿وَيُعُولَهُنَّ أَحَقُّ بِرِدْهِنَّ﴾	٢٧٨
٢٣٠	البقرة	﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ. فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا﴾	٢٥٦
٢٣٦	البقرة	﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ. وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدَرُهُ. مَتَّعَا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾	٨٧
٢٣٧	البقرة	﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾	١٧٩
٢٤١	البقرة	﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾	٨٧
٣٥	النساء	﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾	١٤٢
٣٥	النساء	﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ. وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾	١٥٢
٣٥	النساء	﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ. وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾	١٤٨
٣٥	النساء	﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ. وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾	١٣٨

١٤٠	٣٥	النساء	﴿ فَابْعَثُوا حَكَامًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَامًا مِّنْ أَهْلِهَا ﴾
٩	٦	النور	﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحْدِهِمْ ﴾
٢٠٨	٨	النور	﴿ وَيَدْرُؤُاْ عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَدَاتٍ بِٱللَّهِ ﴾
٢٤٤، ٢٤٠	١٠	المتحنة	﴿ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُّؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ ﴾
٢١٥	١٠	المتحنة	﴿ وَسَأَلُوا مَا أَنْفَقْتُمْ وَلَيْسَ لَهُمْ مَا أَنْفَقُوا ﴾
٢١٥	١١	المتحنة	﴿ وَإِنْ فَاتَكُمْ شَيْءٌ مِّنْ أَزْوَاجِكُمْ إِلَى الْكُفَّارِ فَعَاقِبْتُمْ فَانُتُوا الَّذِينَ ذَهَبَتْ أَزْوَاجُهُمْ مِّثْلَ مَا أَنْفَقُوا ﴾
٢٨٥	٥	الأحزاب	﴿ ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ ٱللَّهِ فَإِنْ لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ ﴾

٢- فهرس الأحاديث

رقم الصفحة	طرف الحديث
٦	إذا حَكَمَ الحاكم فاجتهد
٦١	إن الله تجاوز عن أمتي
٢٠٣	البينة أو حد في ظهرك
٢٩١	انظروا فإن جاءت به أسحَم
١٦٧	ردوا الخصوم حتى يصطلحوا-عمر
١٣٨	قوموا إلى سيدكم
٥٦	كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ
٦٦	لا طلاق في إغلاق
٦٢	لا قيلولة في الطلاق
٢٩١	لعله نزع عرق
٧١	ليس الشديد بالصرعة
٥٥	من عمل عملاً ليس عليه أمرنا
٢٨٦	الولد للفراش

٣- فهرس الآثار

رقم الصفحة	اسم الراوي	طرف الأثر
١٤٢	علي	أتدريان ما عليكما
٧٠	ابن عباس	إن ابن عباس لا يستطيع أن يُجِلَّ لك

٤ - فهرس الأعلام

اسم العلم	رقم الصفحة
ابن القاسم	١٢٦
ابن القيم	٥٥
ابن تيمية	٥٥
ابن حجر	٣٦
ابن حزم	٢٤٨
ابن سريج	٥٧
ابن عابدين	٣٧
أبو ثور	٢٤٦
أحمد بن القاسم	٢١٣
الجويني	١٦٤
الخطيب الشربيني	٢٨٥
الزهري	٢٢١
الشمس الرمي	٦٨
القرطبي	١٤٦
النسائي	٣٦
حنبل	٢١٨
شريح القاضي	٢٢١
عبد الرحمن بن زيد	٨٧
عطاء بن أبي رباح	٧٦
مصطفى السباعي	٨٥

٥- فهرس المواد المقترحة:

الطلاق المكرّر أو المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحداً
كل طلاق يقع رجعيّاً إلا المكمل للثلاث، والطلاق قبل الدخول والطلاق على بدل وطلاق المفوضة
لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره إكراهاً شديداً
المخطئ: هو الذي سبق لسانه بلفظ الطلاق دون قصد، أو قصد الطلاق بناءً على أمر ظهر خطؤه
الطلاق عبر وسائل التواصل الاجتماعي واقع، ويحكم القاضي بوقوعه إذا أقر المطلق به، أو تبين للقاضي وقوع الطلاق بوسيلة من وسائل الإثبات المعتمدة قانوناً
إذا طلق الرجل زوجته بإرادته المنفردة دون سبب مقبول شرعاً أو عرفاً، ووقع عليها ضرراً مادياً بسبب ذلك استحققت المنة المقررة لأمثالها في تعويض الطلاق التعسفي على ألا تتجاوز هذه المنة نفقة ثلاث سنوات فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يحكم به جملة أو مقسّطاً بحسب مقتضى الحال
لا يُعد طلبُ الزوجة للتفريق موجباً لحرمانها من تعويض الطلاق التعسفي
إذا خالعت الرجل زوجته ولم تكن حاضرة أو كانت حاضرة ولم تقبل؛ فإن كان الخلع على مال لم يقع بذلك شيء، وإن لم يكن الخلع على مال يُعتبر في ذلك نية الزوج، ويُصدّق بيمينه
المرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا حُولعت لا يصحّ خلعها إلا بموافقة وليّ المال
لا تجبُ النفقة للمختلعة إلا أن تكون حاملاً فتجبُ لها النفقة حتى تضع حملها
يبدل الحكمان جهدهما في الإصلاح بين الزوجين، فإذا عجزا عنه قرّرا التفريق بين الزوجين بطلقة بائنة
يُقسّم المهر بعد وقوع التفريق بما يتناسب مع نسبة الإساءة لكل من الطرفين
على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى القاضي، وله طلب تعليل التقرير إن رأى ذلك، وله بعد ذلك أن يحكم بمقتضاه أو يرفض التقرير، ويعيّن في هذه الحالة وللمرة الأخيرة حكمين آخرين
إذا أثبتت الزوجة غياب زوجها أو هجره لها أكثر من سنة وكان معروف الإقامة جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي التفريق لتضررها من غيابه عنها، فيضرب له القاضي أجلاً ويخيره بين أن يُقيم معها، أو ينقلها إليه، أو يطلّقها، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل طلقها القاضي طلاقاً بائناً عليه، وليس لها طلب التفريق قبل مرور

سنة كاملة
يتتهي فقدان بعودة المفقود أو بموته أو بالحكم باعتباره ميتاً عند بلوغه الثمانين من العمر إذا لم يكن الفقدان في حالة يغلب فيها الهلاك
إذا راجعت زوجة المفقود القاضي وكان زوجها غائباً وطلبت التفريق؛ لتضررها من بعده عنها وييس القاضي من الوقوف على خيب حياته أو مماته بعد البحث والتحري، فإنه يؤجل الأمر أربع سنوات من تاريخ فقده، فإذا لم يتبين عنه خبر فرق القاضي بينهما
لو فقد الزوج في حالة يغلب فيها الهلاك كفقده في معركة أو زلزال ونحو ذلك فللقاضي التفريق بينهما بعد مضي مدة لا تقل عن سنة من تاريخ فقده، وتعتد الزوجة عدة الوفاة من تاريخ حكم القاضي بالتفريق
لا يحق للزوجة طلب التفريق للشقاق والضرر قبل مرور سنة على غياب الزوج أو فقده بدون سبب شرعيّ معتبر
إذا وقعت الردة قبل الدخول انفسخ عقد النكاح، وأمّا إذا وقعت بعد الدخول فلا يفسخ عقد النكاح إلاّ بحكم القاضي
إذا ارتدت الزوجة سقط مهرها سواء كان الارتداد قبل الدخول أو بعده، ولو ارتد الزوج حكم لزوجته بنصف المهر قبل الدخول، وبكامله بعد الدخول
لأحد الزوجين طلب فسخ عقد الزواج إذا كان في الزوج الآخر إحدى العلل المانعة من الدخول أو تمامه أو أحد الأمراض المنفرة المستديمة أو المضرة المخيفة أو المعدية، وكان الطرف الذي طلب الفسخ سالمًا منها
ليس لأحد الزوجين طلب الفسخ بعد العلم بالعيب والرضا به، باستثناء العنة
يحق لأحد الزوجين طلب الفسخ فيما يأتي:
١ - إذا حصل تغير من الزوج الآخر أو بعلمه أدى إلى إبرام عقد الزواج، ويُعتبر السكوت عمداً عن واقعة تغيراً إذا ثبت أن من غرر به ما كان ليبرم عقد الزواج لو علم بتلك الواقعة، ويحق للزوج بعد الدخول أن يرجع بقدر الصداق أو جزء منه على من غرر به أو كتم عنه العيب.
٢ - إذا ثبت على أحد الطرفين جريمة الزنا أو ما في حكمها من الجرائم المخلة بالشرف والآداب.
تكمل أهلية الزواج في الفتى والفتاة ببلوغ الثامنة عشر، فلو حصل النكاح قبل ذلك وقع صحيحاً إن استوفى

الشروط والأركان الشرعية، وللقاضي إيقاع العقوبة القانونية التي يراها مناسبة على الولي في حال انتفاء المصلحة الراجحة من زواج القاصر.
لا ولاية لغير المسلم على ابنته المسلمة البالغة شرعاً، وليس له حق طلب التفريق بعد عقد النكاح
ينعقد الزواج بإيجاب من أحد العاقلين وقبول من الآخر بالألفاظ التي تفيد الزواج لغةً أو عرفاً، ويجوز أن يكون الإيجاب والقبول بالكتابة، سواءً كان الطرف الآخر حاضراً أو غائباً
إذا زوّجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي اشترط للزوم العقد كون الزوج كفؤاً والمهرُ مهرُ المثل وإلا فللولي طلب فسخ النكاح
يسقط حق الفسخ لنقصان المهر عن مهر المثل بتعديله إلى مهر المثل أو أكثر منه، أو بحمل المرأة
النفقة واجبة للمعتدة في عدتها مطلقاً
الطلاق الرجعي لا يُزيل الزوجية، وتختص الرجعة بالزوج، وله أن يُراجع زوجته بالقول، أو بالفعل مع النية، ولا يسقط هذا الحق بالإسقاط
الطلاق الرجعي لا يُزيل الزوجية، وتختص الرجعة بالزوج، وله أن يُراجع زوجته بالقول، أو بالفعل مع النية، ولا يسقط هذا الحق بالإسقاط
أقل مدة الحمل مائة وثمانون يوماً، وأكثره ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً، ما لم تُقرّر لجنة طبية مشكلة لهذا الغرض خلاف ذلك
- ولد كل زوجة في النكاح الصحيح يُنسب إلى زوجها بشروط: - ح- أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل. - خ- ألا يثبت عدم التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة أكثر من مدة الحمل. - د- ألا يثبت بالخبرة الطبية عقم الزوج أو استحالة كون الأولاد منه. - ذ- إذا انتفى أحد هذه الشروط لا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا أقربه أو ادعاه . - إذا توافرت هذه الشروط لا يُنفى نسب المولود عن الزوج إلا باللعان.

٦- فهرس المحتويات

٤	الحمد لله
٥	شكر وتقدير
٦	مقدمة
١١	أولاً: أسباب اختيار البحث:
١٢	ثانياً: أهداف البحث
١٣	ثالثاً: مشكلة البحث
١٣	رابعاً: حدود البحث
١٤	خامساً: الدراسات السابقة:
١٦	سادساً: منهج البحث:
١٧	سابعاً: خطة البحث
٢١	الفصل التمهيدي:
٢١	(نظام القضاء الشرعي والقوانين النازمة لعمله)
٢٢	المبحث الأول: التعريف بمصطلحات البحث
٢٢	المطلب الأول: تعريف الاجتهاد:
٢٢	المطلب الثاني: تعريف القضاء:
٢٣	المطلب الثالث: تعريف النقض:
٢٣	المطلب الرابع: معنى انحلال الزواج:

المطلب الخامس: آثار انحلال الزواج:	٢٦
المطلب السادس: مفهوم الأحوال الشخصية:	٢٦
المطلب السادس: مفهوم الطعن بالنقض:	٢٧
المبحث الثاني: قوانين الأحوال الشخصية التي عليها العمل في القضاء الشرعي:	٢٨
المطلب الأول: تاريخ قانون الأحوال الشخصية والتعديلات التي طرأت عليه:	٢٨
المطلب الثاني: المصادر التي اعتمد عليها قانون الأحوال الشخصية:	٣٠
المطلب الثالث: القوانين التي يُعمل بها إلى جانب قانون الأحوال الشخصية:	٣٠
المبحث الثالث: تشكيلات محاكم الأحوال الشخصية	٣٢
المطلب الأول: أقسام محاكم الأحوال الشخصية:	٣٢
المطلب الثاني: المحاكم المختصة بالأجانب، والطوائف غير المنصوص عليها:	٣٣
المبحث الرابع: الطعن بالحكم القضائي ومُسوّغاته	٣٥
المطلب الأول: درجات التقاضي في القضاء الشرعي	٣٥
المطلب الثاني: حكم نقض قضاء القاضي شرعاً:	٣٦
المطلب الثالث: مُسوّغات نقض الحكم القضائي في الفقه الإسلامي	٣٧
المطلب الرابع: أحكام الطعون في قرارات محكمة النقض:	٣٨
أولاً: تعريف الطعن بالنقض في القانون:	٣٨
ثانياً: دائرة قضايا الأحوال الشخصية في محكمة النقض واختصاصاتها	٣٩
ثالثاً: الأحكام التي تقبل الطعن بالنقض:	٣٩
رابعاً: أسباب الطعن بالنقض:	٤٠

٤١	خامسًا: أثر الطعن بالنقض في التنفيذ:
٤١	سادسًا: النظر في الطعن شكلاً وموضوعًا:
٤٢	سابعًا: الآثار الناتجة عن نقض الحكم:
٤٣	المبحث الخامس: مجالات الاجتهاد القضائي ومصادره
٤٣	المطلب الأول: مجالات الاجتهاد القضائي للغرفة الشرعية:
٤٥	المطلب الثاني: المصادر التي عُيِّنت بذكر الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض:
٤٧	المبحث السادس: إلزامية الاجتهاد القضائي والعدول عنه
٤٧	المطلب الأول: إلزامية الاجتهاد القضائي:
٤٨	المطلب الثاني: العدول عن الاجتهاد القضائي:
٥٠	الباب الأول: {الاجتهادات القضائية المتعلقة بالطلاق}
٥١	الفصل الأول: (الاجتهادات القضائية المتعلقة بوقوع الطلاق)
٥٢	المبحث الأول: وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد، وبألفاظ متفرقة:
٥٨	المبحث الثاني: طلاق المفوضة:
٦١	المبحث الثالث: حكم طلاق المكره:
٦٦	المبحث الرابع: حكم طلاق الغضبان:
٧٣	المبحث الخامس: حكم الطلاق المعلق على شرط مُضمَر:
٧٨	المبحث السادس: حكم الطلاق عبر وسائل التواصل:
٨٣	الفصل الثاني: (الاجتهادات القضائية المتعلقة بالطلاق التعسفي)
٨٤	المبحث التمهيدي:

المطلب الأول: التعريف بمصطلحات البحث:	٨٤
المطلب الثاني: مشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي:	٨٥
المطلب الثالث: رأي القانون في الطلاق التعسفي	٩٢
أولاً: رأي القانون السوري في الطلاق التعسفي:	٩٢
ثانياً: رأي قوانين الأحوال الشخصية العربية في الطلاق التعسفي:	٩٤
المبحث الأول: الأسباب الموجبة لتعويض الطلاق التعسفي:	٩٩
المطلب الأول: معايير التعسف في الطلاق	٩٩
المطلب الثاني: الأسباب المانعة لتعويض الطلاق التعسفي:	١٠١
المبحث الثاني: استحقاق المطلقة لتعويض التعسف بعد الزواج:	١٠٦
المبحث الثالث: وقوع الطلاق التعسفي بتفريق القاضي:	١٠٨
المبحث الرابع: شمول الإبراء بعد الطلاق لتعويض الطلاق التعسفي	١١٢
المبحث الخامس: عقم الزوجة:	١١٥
المبحث السادس: عدم انتهاء العدة:	١١٧
الفصل الثالث: (الاجتهادات القضائية المتعلقة بالمخالعة)	١١٩
المبحث الأول: مخالعة الرجل زوجته بلفظ الخلع:	١٢٠
المبحث الثاني: حكم مخالعة الصغيرة:	١٢٥
المبحث الثالث: الرجوع عن الإيجاب في المخالعة:	١٢٩
المبحث الرابع: وجوب النفقة في المخالعة:	١٣١
المبحث الخامس: عد الإبراء عن المهر في وثيقة الطلاق مخالعة:	١٣٤

الباب الثاني: {الاجتهادات القضائية المتعلقة بالتحكيم والتفريق}	١٣٦
الفصل الأول: (الاجتهادات القضائية المتعلقة بالتحكيم)	١٣٧
المبحث التمهيدي: مقدمة في التحكيم ومشروعيته ولزومه، وصلاحيه الحكّمين	١٣٨
المبحث الأول: اجتهادات محكمة النقض المتعلقة بتعيين الحكّمين	١٤٥
المطلب الأول: نقص أهلية التحكيم في المحكّمين	١٤٥
المطلب الثاني: اجتهاد المحكمة في تعيين حكّمين من الأبعد مع وجود أقارب:	١٤٨
المطلب الثالث: تعيين الوالد في التحكيم:	١٥١
المطلب الرابع: تعيين الحكم المرجّح قبل الاختلاف:	١٥٤
المطلب الخامس: تعيين كاتب ضبط المحكمة:	١٥٤
المبحث الثاني: الأسباب الموجبة لإعادة التحكيم المتعلقة بالحكّمين	١٥٨
المطلب الأول: عدم بذل الحكّمين الجهد الكافي في التحكيم:	١٥٨
المطلب الثاني: التحكيم بمحكّم واحد	١٦١
المطلب الرابع: صدور تقرير التحكيم من أحد المحكّمين دون الآخر	١٦٥
المبحث الثالث: الأسباب الموجبة لإعادة التحكيم المتعلقة بقواعد التحكيم	١٦٧
المطلب الأول: صدور قرار التحكيم قبل إعطاء مهلة المصالحة القانونية	١٦٧
المطلب الثاني: تغيير وضع الخصومة في الدعوى	١٦٩
المطلب الثالث: وجود خلل في قواعد التحكيم	١٧٠
المطلب الرابع: تعدد جلسات التحكيم:	١٧١
المبحث الرابع: الاجتهادات المتعلقة بعمل الحكّمين	١٧٤

المطلب الأول: أثر تقدير الحكّمين للإساءة بين الزوجين على المهر:	١٧٤
المطلب الثاني: أثر تقدير الحكّمين للإساءة على المهر قبل الدخول والخلوة الصحيحة.	١٧٩
المطلب الثالث: تعليل الحكم:	١٨٣
المطلب الرابع: الخطأ في تعليل التقرير:	١٨٦
المطلب الخامس: خروج المحكّمين عن حدود صلاحيتها:	١٨٧
الفصل الثاني: (الاجتهادات القضائية المتعلقة بالتّفريق)	١٨٩
ملحق:	١٩٠
أولاً: تعريف التفريق:	١٩٠
ثانياً: الفرق بين التفريق والطلاق:	١٩٠
ثالثاً: أنواع التفريق القضائي:	١٩٠
المبحث الأول: التفريق بالطلاق:	١٩١
المطلب الأول: التفريق للغية:	١٩١
المطلب الثاني: التفريق للفقد.	١٩٦
المطلب الثالث: التفريق للّعان:	٢٠٢
المبحث الثاني: التفريق بالفسخ:	٢١١
المطلب الأول: التفريق لردّة الزوجة:	٢١١
المطلب الثاني: التفريق للعلل والعيوب:	٢١٦
المطلب الثالث: حكم من تزوّج بكراً ثم تبين أنها ثيب:	٢٢٤
المطلب الرابع: حكم التفريق للحبلى من الزنا:	٢٢٨

المطلب الخامس: التفريق لعدم بلوغ السن القانونية:	٢٣٣
المطلب السادس: التفريق لزواج المسلمة الصغيرة من أبوين مسيحيين:	٢٤٠
المطلب السابع: التفريق للعنة:	٢٤٥
المطلب الثامن: التفريق لعدم تبادل الألفاظ:	٢٤٩
المطلب التاسع: التفريق لاعتراض الولي:	٢٥٥
الباب الثالث: {الاجتهادات القضائية المتعلقة بآثار انحلال الزواج}	٢٥٩
الفصل الأول: (الاجتهادات القضائية المتعلقة بالعدة والرجعة)	٢٦٠
المبحث الأول: بدء العدة في التفريق:	٢٦١
المبحث الثاني: أقصى عدة غير الحامل:	٢٦٦
المبحث الثالث: نفقة المعتدة:	٢٧٠
المبحث الرابع: المراجعة دلالة:	٢٧٣
الفصل الثاني: (الاجتهادات القضائية المتعلقة بالنسب)	٢٨٠
المبحث التمهيدي: حفظ النسب في الشريعة الإسلامية:	٢٨١
المطلب الأول: القاعدة الشرعية في نفي النسب وإثباته:	٢٨٢
المطلب الثاني: مذاهب الفقهاء في الوقت الصالح لنفي النسب:	٢٨٣
المطلب الثالث: حكم ادعاء ابن الغير:	٢٨٥
المطلب الرابع: حكم الإقرار بالنسب والتبني:	٢٨٦
المطلب الخامس: حكم نفي النسب بعد الإقرار:	٢٨٧
المطلب السادس: أقل الحمل الذي يثبت به النسب وأكثره:	٢٨٨

المبحث الأول: أثر البصمة الوراثية (DNA) في إثبات النسب إلى الأب:	٢٩١
المبحث الثاني: إنكار النسب لثبوت العقم:	٣٠١
المبحث الثالث: إنكار النسب لإنكار الوطاء المؤدي للحمل:	٣٠٦
المبحث الرابع: نفي النسب حال غياب الزوج:	٣١٠
الخاتمة:	٣١٥
أولاً: النتائج:	٣١٥
ثانياً: التوصيات:	٣١٩
ثالثاً: الفهارس:	٣٢١

٧- فهرس المصادر والمراجع.

١. الإبانة في اللغة العربية، سَلَمَة بن مُسْلِم العُوتبي الصُّحاري، الناشر: وزارة التراث القومي والثقافة - مسقط - سلطنة عمان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م.
٢. إثبات النسب بالبصمة الوراثية، لمحمد مختار السلامي، مقال منشور على النت.
٣. إثبات النسب ونفيه بالبصمة الوراثية، للدكتور محمد جبر الألفي، مقال منشور على النت.
٤. الاجتهاد القضائي المعاصر، ضرورته ووسائل النهوض به، د. قطب الريسوني، بحث مقدم إلى ندوة القضاء الشرعي في العصر الحاضر: الواقع والآمال، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة، ١١ إلى ١٣ / ٤ / ٢٠٠٦ م.
٥. اجتهادات محكمة النقض السورية في باب الزواج وآثاره، للدكتور محمد مؤذن، رسالة دكتوراه في قسم الفقه الإسلامي وأصوله في كلية الشريعة بجامعة دمشق ٢٠٢٠ م.
٦. إجراءات الدعوى في الطلاق التعسفي، للباحثة بسما حسين لافي، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله مقدّمة سنة ٢٠٠٩ م، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت - الأردن.
٧. الإجماع، لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، المحقق: أبو عبد الأعلى خالد بن محمد بن عثمان، الناشر: دار الآثار للنشر والتوزيع، القاهرة - مصر، الطبعة الأولى.
٨. أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، لعبد الوهاب خلاف (المتوفى: ١٣٧٥ هـ)، الناشر: مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة، الطبعة: الثانية .
٩. الأحكام القضائية في ظل قانون الأحوال الشخصية تشريعاً نقضاً اجتهاداً قضاءً، محمد زكي شمس، مطبعة الدودي بدمشق - الطبعة الأولى، ٢٠٠٤ م.
١٠. الأحكام المختصة بذات الإنسان، كتاب النكاح، باب الولاية على النكاح، الفصل الثاني: في نكاح الصغير والصغيرة ومن يلحق بهما والكبير والكبيرة المكلفين، مادة (٥٢).
١١. الإحكام في أصول الأحكام، لأبي الحسن سيد الدين علي بن أبي علي الثعلبي الآمدي (المتوفى: ٦٣١ هـ)، المحقق: عبد الرزاق عفيفي، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق.
١٢. الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، أحمد الغندور، مكتبة الاستقامة، ط ١٩٤٢ م.
١٣. الاختيار لتعليل المختار، لأبي الفضل مجد الدين عبد الله بن محمود بن مودود الموصل الحنفي (المتوفى: ٦٨٣ هـ)، مع تعليقات الشيخ محمود أبو دقيقة، الناشر: مطبعة الحلبي، تاريخ النشر: ١٣٥٦ هـ - ١٩٣٧ م.
١٤. أخصر المختصرات، لمحمد بن بدر الدين البلباني الدمشقي الخزرجي الحنبل، الناشر: دار الركائز - الكويت، ودار الصميعي - الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٣٨ هـ - ٢٠١٧ م.
١٥. إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك، لأبي زيد عبد الرحمن بن محمد بن عسكر البغدادي، شهاب الدين المالكي (المتوفى: ٧٣٢ هـ)، الناشر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الثالثة.

١٦. أسنى الطالب في أحاديث مختلفة المراتب، لأبي عبد الرحمن محمد بن محمد درويش الحوت الشافعي (المتوفى: ١٢٧٧هـ)، المحقق: مصطفى عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى.
١٧. الأشباه والنظائر في قواعد الفقه، لأبي حفص سراج الدين عمر بن علي الأنصاري، المعروف بـ ابن الملتن (المتوفى: ٨٠٤هـ)، تحقيق ودراسة: مصطفى محمود الأزهرى، الناشر: دار ابن القيم - الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م.
١٨. الإشراف على مذاهب العلماء، لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (المتوفى: ٣١٩هـ)، المحقق: صغير أحمد الأنصاري، الناشر: مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة - الإمارات العربية المتحدة، الطبعة: الأولى ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
١٩. الإشراف على نكت مسائل الخلاف، للقاضي أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادى المالكي (٤٢٢هـ)، المحقق: الحبيب بن طاهر. الناشر: دار ابن حزم. الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
٢٠. أصول الفقه، لمحمد أبو زهرة، دار الفكر العربي - القاهرة.
٢١. أصول المحاكمات الشرعية الجزائية، د. أسامة الربابعة، أطروحة دكتوراه نوقشت في الجامعة الأردنية عام ٢٠٠٢م، دار الفنائس - الأردن، الطبعة الأولى.
٢٢. أصول المحاكمات المدنية (٢)، للدكتور محمد حاج طالب، ط وزارة التعليم العالي، الجامعة الافتراضية السورية.
٢٣. إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، لأبي بكر (المشهور بالبكري) عثمان بن محمد شطا الدمياطي الشافعي (المتوفى: ١٣١٠هـ)، الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
٢٤. أعلام الحديث (شرح صحيح البخاري)، لأبي سليمان محمد بن محمد الخطابي (ت ٣٨٨هـ)، المحقق: د. محمد بن سعد بن عبد الرحمن آل سعود، الناشر: جامعة أم القرى (مركز البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي)، الطبعة: الأولى
٢٥. إعلام الموقعين عن رب العالمين، لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١هـ)، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، الناشر: دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ.
٢٦. إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان، لشمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١هـ)، المحقق: محمد عفيفي، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨هـ / ١٩٨٨م.
٢٧. أقل وأكثر مدة الحمل دراسة فقهية طبية، مقالة منشورة للدكتور عبد الرشيد بن محمد أمين بن قاسم: (ص ١١)
٢٨. الإقناع في فقه الإمام أحمد، لموسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين، أبو النجا (المتوفى: ٩٦٨هـ)، المحقق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، الناشر: دار المعرفة بيروت - لبنان: (٣/ ٢٥١).
٢٩. الإقناع في مسائل الإجماع، لأبي الحسن ابن القطان، علي بن محمد بن عبد الملك الكتامي الحميري الفاسي، (المتوفى: ٦٢٨هـ)، المحقق: حسن فوزي الصعدي، الناشر: الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م.
٣٠. الإقناع في مسائل الإجماع، لعلي بن محمد بن عبد الملك الكتامي الحميري الفاسي، أبو الحسن ابن القطان (المتوفى: ٦٢٨هـ)، المحقق: حسن فوزي الصعدي، دار الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، الطبعة: الأولى.
٣١. الأم، لأبي عبد الله محمد بن إدريس بن العباس المطلبى القرشي المكي (المتوفى: ٢٠٤هـ)، الناشر: دار المعرفة - بيروت، الطبعة: بدون طبعة، سنة النشر: ١٤١٠هـ / ١٩٩٠م.

٣٢. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لأبي الحسن علاء الدين علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالح الحنبلي (المتوفى: ٨٨٥هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية - بدون تاريخ، عدد الأجزاء: ١٢.
٣٣. أنوار التنزيل وأسرار التأويل = (تفسير البيضاوي)، للإمام ناصر الدين أبو سعيد عبد الله بن عمر الشيرازي البيضاوي (المتوفى: ٦٨٥هـ) المحقق: محمد عبد الرحمن المرعشي، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الأولى.
٣٤. أنوار التنزيل وأسرار التأويل = (تفسير البيضاوي)، للإمام ناصر الدين أبو سعيد عبد الله بن عمر الشيرازي البيضاوي (المتوفى: ٦٨٥هـ) المحقق: محمد عبد الرحمن المرعشي، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الأولى.
٣٥. أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، للعلامة قاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي الرومي الحنفي (المتوفى: ٩٧٨هـ)، المحقق: يحيى حسن مراد، الناشر: دار الكتب العلمية، ط ٢٠٠٤ م.
٣٦. الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف، لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (المتوفى: ٣١٩هـ)، راجعه وعلق عليه: أحمد بن سليمان بن أيوب، تحقيق: مجموعة من المحققين، الناشر: دار الفلاح، الطبعة: الأولى
٣٧. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ)، وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت بعد ١١٣٨ هـ)، وبالحاشية: منحة الخالق لابن عابدين، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية
٣٨. بحر المذهب (في فروع المذهب الشافعي)، لأبي المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل الروياني (ت ٥٠٢ هـ)، المحقق: طارق فتحي السيد، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ٢٠٠٩ م
٣٩. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: ٥٨٧هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية.
٤٠. بدائع الفوائد، لشمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب، المعروف بابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١هـ)، الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.
٤١. البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة، بدورته السادسة عشرة ١٤٢٢ / ٢٠٠٢م، للقره داغي.
٤٢. البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، للقره داغي، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٦، لعام ١٤٢٤هـ / ٢٠٠٣ م.
٤٣. البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة، بدورته السادسة عشرة ١٤٢٢ / ٢٠٠٢م، للدكتور وهبة الزحيلي.
٤٤. البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة، بدورته السادسة عشرة ١٤٢٢ / ٢٠٠٢م.
٤٥. البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنانية، لعمر بن محمد السبيل.
٤٦. البصمة الوراثية، للدكتور محمد أنيس الأروادي.

٤٧. بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير، لأبي العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (المتوفى: ١٢٤١هـ)، الناشر: دار المعارف، بدون طبعة وبدون تاريخ، عدد الأجزاء.
٤٨. بلوغ المرام من أدلة الأحكام، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد ابن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢ هـ)، المحقق: ماهر ياسين الفحل، الناشر: دار القبس - الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى.
٤٩. بلوغ المرام من أدلة الأحكام، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢ هـ)، المحقق: الدكتور ماهر ياسين الفحل، الناشر: دار القبس - الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٥ هـ - ٢٠١٤ م.
٥٠. البيان في مذهب الإمام الشافعي، لأبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي (المتوفى: ٥٥٨ هـ)، المحقق: قاسم محمد النوري، الناشر: دار المنهاج - جدة، الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م.
٥١. تاج العروس من جواهر القاموس، لمحمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى الزبيدي (المتوفى: ١٢٠٥ هـ)، الناشر: دار الهداية.
٥٢. تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام، لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان بن قناييز الذهبي (المتوفى: ٧٤٨ هـ)، المحقق: الدكتور بشار عواد معروف، الناشر: دار الغرب الإسلامي، الطبعة: الأولى.
٥٣. التبصرة، لأبي الحسن علي بن محمد الربيعي، المعروف بالبخمي (المتوفى: ٤٧٨ هـ)، دراسة وتحقيق: الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، الطبعة: الأولى، ١٤٣٢ هـ - ٢٠١١ م.
٥٤. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، لعثمان بن علي البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: ٧٤٣ هـ)، ومعه حاشية شهاب الدين السِّلِّي (المتوفى: ١٠٢١ هـ)، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى.
٥٥. التجريد، لأحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر، أبو الحسين القدوري (المتوفى: ٤٢٨ هـ)، المحقق: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، الناشر: دار السلام - القاهرة، الطبعة: الثانية، ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م.
٥٦. تحفة الطالب بمعرفة أحاديث مختصر ابن الحاجب، لأبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: ٧٧٤ هـ)، الناشر: دار ابن حزم، الطبعة الثانية ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م.
٥٧. تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج (على ترتيب المنهاج للنووي)، لأبي حفص سراج الدين عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري، المعروف بابن الملقن (المتوفى: ٨٠٤ هـ)، المحقق: عبد الله بن سعاف اللحياني، الناشر: دار حراء - مكة المكرمة، الطبعة: الأولى ١٤٠٦ هـ.
٥٨. التحكيم في النزاع بين الزوجين في الفقه الإسلامي، بحث محكم للباحث، جمال حشاش، جامعة النجاح الوطنية - نابلس - فلسطين.
٥٩. التحكيم في النزاع بين الزوجين في الفقه الإسلامي، بحث محكم للباحث، جمال حشاش، جامعة النجاح الوطنية - نابلس - فلسطين.
٦٠. التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، جميل فخري محمد جانم، دار حامد: (ص ٢٧٣).
٦١. التدريب في الفقه الشافعي، لأبي حفص سراج الدين عمر بن رسلان البلقيني الشافعي، تحقيق: نشأت بن كمال المصري، الناشر: دار القبلة، الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢ م.

٦٢. التذكرة في القضاء الشرعي، لسعدي أبو جيب، المكتبة القانونية بدمشق، الطبعة الثانية لعام ٢٠٠٨ م.
٦٣. التعريفات الفقهية، لمحمد عميم الإحسان المجدي البركتي، الناشر: دار الكتب العلمية (إعادة صف للطبعة القديمة في باكستان ١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م)، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
٦٤. التعريفات، لعلي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى: ٨١٦ هـ)، الناشر، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م
٦٥. التعريفات، لعلي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى: ٨١٦هـ)، المحقق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى.
٦٦. التفرع في فقه الإمام مالك، لأبي القاسم عبيد الله بن الحسين ابن الجلاب المالكي (المتوفى: ٣٧٨هـ)، المحقق: سيد كسروي حسن، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.
٦٧. التلقين في الفقه المالكي، لأبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (المتوفى: ٤٢٢هـ)، تحقيق: أبي أويس محمد بو خبزة الحسني التطواني، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: (١/١١٢).
٦٨. التنبيه في الفقه الشافعي، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي (المتوفى: ٤٧٦هـ)، إعداد: مركز الخدمات والأبحاث الثقافية، الناشر: عالم الكتب، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
٦٩. تهذيب اللغة، لمحمد بن أحمد بن الأزهر الهروي، أبو منصور (المتوفى: ٣٧٠هـ)، المحقق: محمد عوض مرعب، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م
٧٠. التهذيب في فقه الإمام الشافعي، لمحيي السنة، أبو محمد الحسين بن مسعود البغوي الشافعي (المتوفى: ٥١٦هـ)، المحقق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
٧١. التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، لخليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري (المتوفى: ٧٧٦هـ)، المحقق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب، الناشر: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة الأولى
٧٢. التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، لخليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري (المتوفى: ٧٧٦هـ)، المحقق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب، الناشر: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة: الأولى.
٧٣. التوقيف على مهات التعريف، لزين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري (المتوفى: ١٠٣١هـ)، الناشر: عالم الكتب - القاهرة، الطبعة الأولى.
٧٤. جامع البيان عن تأويل آي القرآن = تفسير الطبري، لأبي جعفر محمد بن جرير الآملي الطبري (المتوفى: ٣١٠هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، الطبعة: الأولى.
٧٥. جامع التحصيل في أحكام المراسيل، لأبي سعيد صلاح الدين خليل بن كيكليدي بن عبد الله الدمشقي العلائي (المتوفى: ٧٦١هـ)، المحقق: حمدي عبد المجيد السلفي، الناشر: عالم الكتب - بيروت، الطبعة: الثانية.
٧٦. جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، لزين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي (المتوفى: ٧٩٥هـ)، تحقيق: الدكتور محمد الأحمدي أبو النور، الناشر: دار السلام، الطبعة الثانية.

٧٧. الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وأيامه = صحيح البخاري، لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، المحقق: محمد زهير الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى.
٧٨. الجامع لأحكام القرآن = تفسير القرطبي، لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى: ٦٧١هـ)، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية - القاهرة، الطبعة: الثانية، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م..
٧٩. الجامع لمسائل المدونة، لأبي بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي (المتوفى: ٤٥١ هـ)، الناشر: معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي - جامعة أم القرى، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى.
٨٠. جواهر الدرر في حل ألفاظ المختصر، لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن إبراهيم بن خليل التتائي المالكي (٩٤٢ - ٩٠٠ هـ)، حققه وخرج أحاديثه: الدكتور نوري حسن حامد المسلاقي، الناشر: دار ابن حزم، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى.
٨١. الجوهرة النيرة على مختصر القدوري، لأبي بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيدي اليمني الحنفي (المتوفى: ٨٠٠ هـ)، الناشر: المطبعة الخيرية، الطبعة: الأولى، ١٣٢٢ هـ.
٨٢. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: ١٢٣٠ هـ)، الناشر: دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، عدد الأجزاء: ٤.
٨٣. حاشية الشرنبلالي على درر الأحكام شرح غرر الأحكام، لحسن بن عمار بن علي الشرنبلالي المصري الحنفي (المتوفى: ١٠٦٩ هـ)، الناشر: دار إحياء الكتب العربية، دون طبعة وتاريخ: (١/ ٣٩٢).
٨٤. الحاروي في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لأبي طالب عبد الرحمن بن عمر البصري العبدلياني (٦٢٤ - ٦٨٤ هـ)، دراسة وتحقيق: معالي أ. د. عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، الناشر: مكتبة الأسد، الطبعة: الأولى: (ص ٧١٤).
٨٥. حلية الفقهاء، لأبي الحسين أحمد بن فارس القزويني الرازي (المتوفى: ٣٩٥ هـ)، المحقق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: الشركة المتحدة للتوزيع - بيروت، الطبعة: الأولى (١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م).
٨٦. الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، لمحمد بن علي بن محمد الحُصْنِي المعروف بعلاء الدين الحصكفي الحنفي (المتوفى: ١٠٨٨ هـ)، المحقق: عبد المنعم خليل إبراهيم، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى.
٨٧. درر الأحكام في شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر خواجه أمين أفندي (المتوفى: ١٣٥٣ هـ)، تعريب: فهمي الحسيني، الناشر: دار الجيل، الطبعة: الأولى، ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م: (٤/ ٦٩٨).
٨٨. دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، للباحثة رسمية الدوس، رسالة ماجستير في الجامعة الأردنية عام ٢٠١٧ م، دار قنديل، الأردن، الطبعة الأولى.
٨٩. دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، لمنصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي الحنبلي (المتوفى: ١٠٥١ هـ)، الناشر: عالم الكتب، الطبعة: الأولى، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م.
٩٠. دور العدول عن الاجتهاد القضائي في استقرار الأحكام القضائية، لـ ميري كاظم الخيكاني، وهاجر عبد العظيم عنبر، بحث منشور في جامعة بابل، كلية القانون، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد ١٦، العدد الثاني.
٩١. ديوان الأحكام الكبرى، لأبي الأصبع عيسى بن سهل بن عبد الله الأسدي الجبائي القرطبي الغرناطي (المتوفى: ٤٨٦ هـ)، المحقق: يحيى مراد، الناشر: دار الحديث، القاهرة - ط ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م.

٩٢. رد المحتار على الدر المختار = حاشية ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: ١٢٥٢هـ)، الناشر: دار الفكر-بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
٩٣. الروض المربع شرح زاد المستقنع: لمنصور بن يونس بن صلاح البهوتي الحنبلي (المتوفى: ١٠٥١هـ)، ومعه: حاشية الشيخ العثيمين وتعليقات الشيخ السعدي، خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، الناشر: دار المؤيد - مؤسسة الرسالة.
٩٤. روضة الطالبين وعمدة المفتين، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، تحقيق: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ / ١٩٩١م.
٩٥. زاد المستقنع في اختصار المقنع، لأبي النجا شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى الحجاوي المقدسي، ثم الصالح (المتوفى: ٩٦٨هـ)، المحقق: عبد الرحمن بن علي بن محمد العسّكر، الناشر: دار الوطن للنشر - الرياض
٩٦. زاد المعاد في هدي خير العباد، لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد، شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١هـ)، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، الطبعة: السابعة والعشرون، ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م.
٩٧. سلم الوصول إلى طبقات الفحول، لمصطفى بن عبد الله القسطنطيني العثماني المعروف بـ «حاجي خليفة» (المتوفى ١٠٦٧هـ)، المحقق: محمود عبد القادر الأرناؤوط، الناشر: مكتبة إرسىكا، إستانبول - تركيا، ط: ٢٠١٠م.
٩٨. سنن ابن ماجه، لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني (المتوفى: ٢٧٣هـ)، تحقيق: شعيب الأرناؤوط وآخرين، الناشر: دار الرسالة العالمية، الطبعة: الأولى.
٩٩. سنن أبي داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي السجستاني (المتوفى: ٢٧٥هـ)، المحقق: شعيب الأرناؤوط - محمد كامل قره بللي، الناشر: دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى.
١٠٠. سنن الترمذي = الجامع الكبير، لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي (المتوفى: ٢٧٩هـ)، المحقق: بشار عواد معروف، الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت، ١٩٩٨ م
١٠١. سنن الدارقطني، لأبي الحسن علي بن عمر بن أحمد البغدادي الدارقطني (المتوفى: ٣٨٥هـ)، حققه: شعيب الأرناؤوط وجماعة، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى.
١٠٢. السنن الكبرى للبيهقي، لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي الحُسْرُو جردى الخراساني البيهقي (المتوفى: ٤٥٨هـ)، المحقق: محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الثالثة
١٠٣. سنن سعيد بن منصور، لأبي عثمان سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني الجوزجاني (المتوفى: ٢٢٧هـ)، المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي، الناشر: الدار السلفية - الهند، الطبعة: الأولى.
١٠٤. السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، د. عبد الفتاح عمر: (ص ١٨٤)،
١٠٥. سير أعلام النبلاء، لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايَاز الذهبي (المتوفى: ٧٤٨هـ)، المحقق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرناؤوط، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة.
١٠٦. الشافي شرح مسند الشافعي، لمجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد بن محمد الشيباني الجزري، المعروف بابن الأثير (المتوفى: ٦٠٦هـ)، المحقق: أحمد بن سليمان - ياسر بن إبراهيم، الناشر: مكتبة الرشد - الرياض، الطبعة: الأولى.

١٠٧. **الشامل في فقه الإمام مالك**، لأبي البقاء تاج الدين بهرام بن عبد الله السلمي الدِّمِيرِيُّ الدِّمِيَّاطِيُّ المالكي (المتوفى: ٨٠٥هـ)، تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، الناشر: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة: الأولى.
١٠٨. **شرح ابن ناجي التنوخي على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني**، لقاسم بن عيسى بن ناجي التنوخي القيرواني (المتوفى: ٨٣٧هـ)، اعتنى به: أحمد فريد المزيدي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى.
١٠٩. **شرح إرشاد السالك في مذهب الإمام مالك**، لأبي بكر بن حسن الكشناوي (المتوفى: ١٣٩٧ هـ)، الناشر: دار الفكر، بيروت - لبنان، الطبعة: الثانية.
١١٠. **شرح البخاري لابن بطلال**، للإمام أبي الحسن علي بن خلف بن عبد الملك بن بطلال (المتوفى: ٤٤٩هـ)، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، دار النشر: مكتبة الرشد - السعودية، الرياض، الطبعة: الثانية، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.
١١١. **شرح الزرقاني على مختصر خليل**، لعبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري (المتوفى: ١٠٩٩هـ)، ضبطه وصححه وخرج آياته: عبد السلام محمد أمين، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى.
١١٢. **شرح الزركشي على مختصر الخرقي**، لشمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي (المتوفى: ٧٧٢هـ)، الناشر: دار العبيكان، الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
١١٣. **شرح قانون الأحوال الشخصية**، للدكتور عبد الرحمن الصابوني - منشورات جامعة دمشق - كلية الشريعة.
١١٤. **شرح مختصر الطحاوي**، لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص الحنفي (المتوفى: ٣٧٠هـ)، تحقيق: سائد بكداش، الناشر: دار البشائر الإسلامية - ودار السراج، الطبعة: الأولى: (٤٥٦-٤٥٧).
١١٥. **شرح مسند الشافعي**، لأبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني (المتوفى: ٦٢٣هـ)، المحقق: أبو بكر وائل محمد بكر زهران، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية إدارة الشؤون الإسلامية، قطر، الطبعة: الأولى.
١١٦. **طبقات الحنابلة**، لأبي الحسين ابن أبي يعلى، محمد بن محمد (المتوفى: ٥٢٦هـ)، المحقق: محمد حامد الفقي، الناشر: دار المعرفة - بيروت.
١١٧. **طبقات الشافعيين**، لأبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: ٧٧٤هـ)، تحقيق: د أحمد عمر هاشم، د محمد زينهم محمد عزب، الناشر: مكتبة الثقافة الدينية، تاريخ النشر: ١٩٩٣م.
١١٨. **طبقات المفسرين**، لعبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: ٩١١هـ)، المحقق: علي محمد عمر، الناشر: مكتبة وهبة - القاهرة، الطبعة: الأولى.
١١٩. **طرح الشريب في شرح التقريب**: (تقريب الأسانيد وترتيب المسانيد)، لأبي الفضل زين الدين عبد الرحيم بن الحسين العراقي (المتوفى: ٨٠٦هـ)، وأكملة ابنه: أبو زرعة ولي الدين أحمد بن عبد الرحيم العراقي (المتوفى: ٨٢٦هـ)، الناشر: الطبعة المصرية القديمة.
١٢٠. **الطلاق التعسفي وأثره في التشريع الجزائري**، رسالة ماجستير للطالبة حياة خطاب، جامعة محمد خضر، ٢٠١٥م.
١٢١. **الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة والقانون**، أطروحة لنيل درجة الماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية، نابلس ٢٠٠١م.
١٢٢. **الطلاق التعسفي وتطبيقاته في المحاكم الشرعية الأردنية**، بحث محكم للباحث أحمد عادل العازمي، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية.

١٢٣. عدة السالك وعمدة الناسك، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن لؤلؤ بن عبد الله الرومي ابن النقيب الشافعي (المتوفى: ٧٦٩هـ)، تحقيق: عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، الناشر: الشؤون الدينية - قطر، الطبعة: الأولى، ١٩٨٢ م
١٢٤. عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، لأبي محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس السعدي المالكي (المتوفى: ٦١٦هـ)، تحقيق: أ. د. حميد بن محمد لحمر، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الأولى.
١٢٥. عمدة القاري شرح صحيح البخاري، لأبي محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني (المتوفى: ٨٥٥هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، د. ط، د. ت.
١٢٦. عيون المسائل، لأبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادى المالكي (المتوفى: ٤٢٢هـ)، دراسة وتحقيق: علي محمد إبراهيم بورويبة، الناشر: دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى
١٢٧. الغاية في اختصار النهاية، لعز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي (المتوفى: ٦٦٠ هـ)، المحقق: إياد خالد الطباع، الناشر: دار النوادر، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٣٧ هـ - ٢٠١٦ م.
١٢٨. الفتاوى الكبرى، لأبي العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (المتوفى: ٧٢٨هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى.
١٢٩. فتاوى لجنة الفتوى بوزارة الأوقاف الكويتية، برقم: ١٠ هـ ٩٥، الصادرة بتاريخ ٢٤/٩/١٩٩٥ م.
١٣٠. فتاوى لجنة الفتوى بوزارة الأوقاف الكويتية، برقم: ١٠ هـ ٩٥، الصادرة بتاريخ ٢٤/٩/١٩٩٥ م.
١٣١. فتح الباري شرح صحيح البخاري، لأبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، الناشر: دار المعرفة - بيروت، ترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي، تحقيق: محب الدين الخطيب، وعليه تعليقات عبد العزيز بن باز.
١٣٢. فتح العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، لأبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني (المتوفى: ٦٢٣هـ)، المحقق: علي محمد عوض - عادل أحمد عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى.
١٣٣. فتح الغفار الجامع لأحكام سنة نبينا المختار، للحسن بن أحمد بن يوسف الرُّباعي الصنعاني (المتوفى: ١٢٧٦هـ)، المحقق: مجموعة بإشراف الشيخ علي العمران، الناشر: دار عالم الفوائد، الطبعة: الأولى.
١٣٤. فتح القدير للعاجز الفقير، لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (المتوفى: ٨٦١هـ)، الناشر: دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، عدد الأجزاء: ١٠.
١٣٥. فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، لأبي يحيى زين الدين زكريا بن محمد بن أحمد الأنصاري السُّنيكي (المتوفى: ٩٢٦هـ)، الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر، الطبعة: ١٤١٤هـ / ١٩٩٤ م.
١٣٦. الفروع وتصحيح الفروع، لأبي عبد الله محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، شمس الدين المقدسي الراميني ثم الصالحي الحنبلي (المتوفى: ٧٦٣هـ)، تحقيق: أبو الزهراء حازم القاضي، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، ط ١٤١٨ هـ.
١٣٧. الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة بن مصطفى الزُّحيلي، دار الفكر - سوربة - دمشق، الطبعة: الرابعة.
١٣٨. فقه النوازل، لبكر أبو زيد، مؤسسة الرسالة، - بيروت ١٩٩٦ م.
١٣٩. القاموس الفقهي لغةً واصطلاحاً، للقاضي سعدي أبو جيب، الناشر: دار الفكر - دمشق - سورية، الطبعة: الثانية ١٤٠٨ هـ = ١٩٨٨ م.

١٤٠. **القاموس المحيط**، لمجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (المتوفى: ٨١٧هـ)، الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة: الثامنة، ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م.
١٤١. **قرار مجمع الفقه الإسلامي** بدورته السادسة عشرة لعام ٢٠٠٢ م، وجاء فيه: أنه لا بد أن تقدم النصوص والقواعد الشرعية على البصمة الوراثية، فلا يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، ولا تقدم على اللعان.
١٤٢. **قرارات مجمع الفقه الإسلامي**.
١٤٣. **قضاة الشرع في العصر الحاضر**، د. محمد الزحيلي، بحث مقدم إلى ندوة: القضاء الشرعي في العصر الحاضر، الواقع والآمال، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة، ١٣/٤/٢٠٠٦ م.
١٤٤. **الكافي في فقه الإمام أحمد**، لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد ابن قدامة الجاعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م.
١٤٥. **الكافي في فقه أهل المدينة**، لأبي عمر يوسف بن عبد الله ابن عبد البر النمري القرطبي (المتوفى: ٤٦٣هـ)، المحقق: محمد محمد أحمد ولد مادريك الموريتاني، الناشر: مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، الطبعة: الثانية، ١٤٠٠ هـ / ١٩٨٠ م.
١٤٦. **كشف المخدرات والرياض المزهرة لشرح أخصر المختصرات**، لعبد الرحمن بن عبد الله بن أحمد البجلي الخلوتي الحنبلي (المتوفى: ١١٩٢هـ)، تحقيق: محمد بن ناصر العجمي، الناشر: دار البشائر الإسلامية - لبنان/ بيروت، الطبعة: الأولى.
١٤٧. **كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار**، لأبي بكر بن محمد بن عبد المؤمن، تقي الدين الحصني الشافعي (المتوفى: ٨٢٩هـ)، المحقق: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، الناشر: دار الخير - دمشق، الطبعة: الأولى.
١٤٨. **كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني**، لأبي الحسن علي بن خلف المنوفي المالكي المصري المالكي (٩٣٩ هـ)، المحقق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، الناشر: دار الفكر، سنة النشر - بيروت ط ١٤١٢ م.
١٤٩. **كفاية النبيه في شرح التنبيه**، لأبي العباس نجم الدين أحمد بن محمد بن علي الأنصاري، المعروف بابن الرفعة (المتوفى: ٧١٠هـ)، المحقق: مجدي محمد سرور باسلوم، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ٢٠٠٩ م.
١٥٠. **الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية**، لأبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي الحنفي (المتوفى: ١٠٩٤هـ)، المحقق: عدنان درويش - محمد المصري، الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت: عدد الأجزاء: ١.
١٥١. **الكواكب الدراري في شرح صحيح البخاري**، لشمس الدين محمد بن يوسف بن علي الكرمان (المتوفى: ٧٨٦هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، طبعة أولى: ١٣٥٦ هـ - ١٩٣٧ م، طبعة ثانية: ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م.
١٥٢. **الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة**، لنجم الدين محمد بن محمد الغزي (المتوفى: ١٠٦١هـ)، المحقق: خليل المنصور، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى.
١٥٣. **اللباب في الجمع بين السنة والكتاب**، لأبي محمد جمال الدين علي بن أبي يحيى زكريا بن مسعود الأنصاري الخزرجي المنبجي (المتوفى: ٦٨٦هـ)، المحقق: د. محمد فضل عبد العزيز المراد، الناشر: دار القلم - دمشق - لبنان، الطبعة: الثانية: (٢/٦٥٦).
١٥٤. **اللباب في شرح الكتاب**، لعبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي (المتوفى: ١٢٩٨هـ)، تحقيق وحواشي: محمد محيي الدين عبد الحميد، الناشر: المكتبة العلمية، بيروت - لبنان، عدد الأجزاء: ٤ (٣/١٤).
١٥٥. **لسان العرب**، لمحمد بن مكرم ابن منظور، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة ١٤١٤ هـ.

١٥٦. لوامع الدرر في هتك أستار المختصر، لمحمد بن محمد سالم المجلسي الشنقيطي (١٢٠٦ - ١٣٠٢ هـ)، الناشر: دار الرضوان، نواكشوط - موريتانيا، الطبعة: الأولى، ١٤٣٦ هـ - ٢٠١٥ م.
١٥٧. ما سكت عنه قانون الأحوال الشخصية السوري في مسائل فُرّق الزواج وآثارها، للباحثة لبابة السروجي، رسالة ماجستير في كلية الشريعة بجامعة دمشق، عام ٢٠١٨ م.
١٥٨. المبادئ القانونية التي قررتها الغرف الشرعية لمحكمة النقض السورية من عام ١٩٦٢ م حتى ١٩٩٧ م، للمحامي شفيق طعمة، تقديم المستشار زياد زند الحديد، الطبعة الأولى ١٩٩٧ م.
١٥٩. المبادئ القانونية للغرفة الشرعية لمحكمة النقض السورية في قضايا الأحوال الشخصية من عام ١٩٥٣ م إلى عام ١٩٧٦، للمحامي عزة ضاحي، المطبعة الجديدة - دمشق ط ١٩٧٨ م.
١٦٠. مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي، للباحثين، بالة نجا، ومومني عتيقة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة أدار، الجزائر، ٢٠١٥-٢٠١٦ م.
١٦١. المبدع في شرح المقنع، لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح (المتوفى: ٨٨٤ هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م.
١٦٢. المبسوط، لمحمد بن أحمد بن أبي سهل، شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: ٤٨٣ هـ)، الناشر: دار المعرفة - بيروت، بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م.
١٦٣. متن أبي شجاع (الغاية والتقريب)، لأبي شجاع أحمد بن الحسين بن أحمد، شهاب الدين الأصفهاني (المتوفى: ٥٩٣ هـ)، الناشر: عالم الكتب، عدد الأجزاء: ١.
١٦٤. مجلة القانون.
١٦٥. مجلة القضاء.
١٦٦. مجلة المحامون.
١٦٧. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، لعبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، يعرف بداماد أفندي (المتوفى: ١٠٧٨ هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بدون طبعة وبدون تاريخ.
١٦٨. مجموع الفتاوى، لأبي العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (المتوفى: ٧٢٨ هـ)، المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، ط ١٩٩٥ م.
١٦٩. مجموع الفتاوى، لأبي العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (المتوفى: ٧٢٨ هـ)، المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، عام النشر: ١٤١٦ هـ / ١٩٩٥ م.
١٧٠. مجموعة أحكام النقض في قضايا الأحوال الشخصية من عام ١٩٨٨ م - ٢٠٠٤، لعبد القادر الألوسي، المكتبة القانونية، الطبعة الأولى.

١٧١. مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في قضايا الأحوال الشخصية منذ عام ١٩٥٣ م حتى عام ١٩٧١ م، وضع وترتيب: المكتب الفني بمحكمة النقض، بإشراف المستشار محمد بشير الباني.
١٧٢. المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد، لأبي البركات مجد الدين عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد، ابن تيمية الحراني، أبو البركات، مجد الدين (المتوفى: ٦٥٢هـ)، الناشر: مكتبة المعارف - الرياض، الطبعة الثانية: (١٥/٢).
١٧٣. محكمة النقض المصرية رقم ٧٦٠ لسنة ٦٧ قضائية.
١٧٤. المحلل بالآثار، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ)، الناشر: دار الفكر - بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.
١٧٥. مختار الصحاح، لأبي عبد الله زين الدين محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (المتوفى: ٦٦٦هـ)، المحقق: يوسف الشيخ محمد، الناشر: المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا، الطبعة: الخامسة.
١٧٦. مختصر اختلاف العلماء، لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي الحنفي المصري المعروف بالطحاوي (المتوفى: ٣٢١هـ)، المحقق: د. عبد الله نذير أحمد، الناشر: دار البشائر الإسلامية - بيروت، الطبعة الثانية.
١٧٧. المختصر الفقهي، لأبي عبد الله محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي (المتوفى: ٨٠٣هـ)، المحقق: د. حافظ عبد الرحمن محمد خير، الناشر: مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، الطبعة الأولى.
١٧٨. مختصر خليل، لخليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري (المتوفى: ٧٧٦هـ)، المحقق: أحمد جاد، الناشر: دار الحديث/ القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٦هـ/ ٢٠٠٥ م.
١٧٩. مدخل إلى علم القانون، د. محمد سامر عاشور، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، عام ٢٠١٨ م.
١٨٠. مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة والقانون، د. عبد الرحمن الصابوني، دار الفكر، ط ١٩٨٦: (ص ١٢٠).
١٨١. المذكرة الإيضاحية المنشورة في الجريدة الرسمية للجمهورية السورية، العدد ٦٣، تاريخ ٨/ ١٠/ ١٩٥٣ م.
١٨٢. مراتب الإجماع، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت.
١٨٣. المرشد في قانون الأحوال الشخصية، للمحامي أديب استانبولي، تقديم: سعدي أبو جيب، المكتبة القانونية - دمشق، الطبعة الثالثة ١٩٩٧ م.
١٨٤. مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، للإمام علي بن (سلطان) محمد، أبو الحسن نور الدين الملا الهروي القاري (المتوفى: ١٠١٤هـ)، الناشر: دار الفكر، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢ م.
١٨٥. مسائل الإمام أحمد بن حنبل وابن راهويه، لأبي يعقوب إسحاق بن منصور بن بهرام المروزي، المعروف بالكوسج (المتوفى: ٢٥١هـ)، الناشر: دار الهجرة - الرياض، ٢٠٠٤ م.
١٨٦. المستدرك على مجموع الفتاوى، لأبي العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (المتوفى: ٧٢٨هـ)، جمعه ورتبه وطبعه على نفقته: محمد بن عبد الرحمن بن قاسم (المتوفى: ١٤٢١هـ)، الطبعة: الأولى: ١٤١٨ هـ.
١٨٧. المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ = صحيح مسلم، لأبي الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (المتوفى: ٢٦١هـ)، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت.

١٨٨. مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما، لمصطفى الزرقا، دار القلم، الطبعة الأولى، عام ١٩٩٦م (ص ٢٦٨).
١٨٩. مصنف ابن أبي شيبة = الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، لأبي بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم العسبي (المتوفى: ٢٣٥هـ)، المحقق: كمال الحوت، الناشر: مكتبة الرشد - الرياض، الطبعة: الأولى
١٩٠. مصنف عبد الرزاق، لأبي بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني (المتوفى: ٢١١هـ)، المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي، الناشر: المجلس العلمي - الهند، يطلب من: المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة: الثانية.
١٩١. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، لمصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيباني مولدا ثم الدمشقي الحنبلي (المتوفى: ١٢٤٣هـ)، الناشر: المكتب الإسلامي، الطبعة: الثانية.
١٩٢. معالم السنن، لأبي سليمان محمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البُستِّي المعروف بالخطَّابي (المتوفى: ٣٨٨هـ)، الناشر: المطبعة العلمية - حلب.
١٩٣. المعجم الوسيط، المؤلف: مجمع اللغة العربية بالقاهرة، (إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار)، الناشر: دار الدعوة.
١٩٤. المعونة على مذهب عالم المدينة، لأبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (المتوفى: ٤٢٢هـ)، المحقق: حميش عبد الحق، الناشر: المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز - مكة المكرمة، أصل الكتاب: رسالة دكتوراة بجامعة أم القرى بمكة المكرمة، بدون طبعة، عدد الأجزاء: ٣.
١٩٥. معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، لأبي الحسن، علاء الدين، علي بن خليل الطرابلسي الحنفي (المتوفى: ٨٤٤هـ)، الناشر: دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ، عدد الأجزاء: ١.
١٩٦. المغرب في ترتيب المغرب، لأبي الفتح برهان الدين ناصر بن عبد السيد أبي المكارم الخوارزمي المَطَرَزِي (المتوفى: ٦١٠هـ)، الناشر: دار الكتاب العربي، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
١٩٧. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لشمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى
١٩٨. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لشمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
١٩٩. المغني، لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد ابن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، الناشر: مكتبة القاهرة، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.
٢٠٠. مقالة البصمة الوراثية (DNA) وشرعيتها في نفي النسب، لمحمد جواد الموسوي، مجلة الهدى، العدد (٢٩٨)، السنة العاشرة من شهر شعبان ١٤٣٨ / ٢٠١٧م.
٢٠١. مقاييس اللغة، لأحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: ٣٩٥هـ)، المحقق: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكر، عام النشر: ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.

٢٠٢. **المقنع في فقه الإمام أحمد:** لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠ هـ)، الناشر: مكتبة السوادي للتوزيع، جدة - المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى.
٢٠٣. **متهى الإرادات،** لتقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي الشهير بابن النجار (٩٧٢ هـ)، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى.
٢٠٤. **المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الندوة الحادية عشرة المتعلقة بالهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني المقامة في الكويت،** لعام ١٤١٩ هـ، الموافق لعام ١٩٩٨ م.
٢٠٥. **المهذب في فقه الإمام الشافعي،** لأبي اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: ٤٧٦ هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية.
٢٠٦. **الموافقات في أصول الفقه،** لإبراهيم بن موسى بن محمد اللّخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (المتوفى: ٧٩٠ هـ)، الناشر: دار المعرفة - بيروت، تحقيق: عبد الله درّاز، عدد الأجزاء: ٤.
٢٠٧. **الموسوعة الفقهية الطبية،** للدكتور أحمد كنعان، دار النفائس، بيروت - الطبعة الأولى
٢٠٨. **موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم،** لمحمد بن علي الفاروقي الحنفي التهانوي (المتوفى: بعد ١١٥٨ هـ)، تحقيق: د. علي دحروج، الناشر: مكتبة لبنان ناشرون - بيروت، الطبعة: الأولى - ١٩٩٦ م.
٢٠٩. **ميزان الاعتدال في نقد الرجال،** لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايّماز الذهبي (المتوفى: ٧٤٨ هـ)، تحقيق: علي محمد البجاوي، الناشر: دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، نشر المقال في جريدة اليوم السابع المصرية، تاريخ ٢٧ / ٦ / ٢٠١١ م.
٢١٠. **نصب الراية لأحاديث الهداية،** لأبي محمد جمال الدين عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي (المتوفى: ٧٦٢ هـ)، تحقيق: محمد عوامة، الناشر: مؤسسة الريان للنشر - بيروت - لبنان / دار القبلة للثقافة الإسلامية - جدة - السعودية، الطبعة: الأولى.
٢١١. **النظام القضائي في الفقه الإسلامي،** محمد رأفت عثمان، دار البيان، الطبعة: الثانية ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م.
٢١٢. **نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي،** للدكتور فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط ٢٠٠٨.
٢١٣. **نقض الأحكام القضائية في الفقه:** د. عبد الكريم اللاحم، دار إشبيلية للنشر والتوزيع، الرياض، ط ١٩٩٨ م.
٢١٤. **نهاية الزين في إرشاد المبتدئين،** لمحمد بن عمر نوي الجاوي البنتي إقليميا، التناري بلدا (المتوفى: ١٣١٦ هـ)، الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة: الأولى
٢١٥. **نيل المآرب بشرح دليل الطالب،** لعبد القادر بن عمر بن عبد القادر التغلبي الشَّيباني (المتوفى: ١١٣٥ هـ)، المحقق: الدكتور محمد سليمان عبد الله الأشقر، الناشر: مكتبة الفلاح، الكويت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م.
٢١٦. **الهداية في شرح بداية المبتدي،** لأبي الحسن برهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني (المتوفى: ٥٩٣ هـ)، المحقق: طلال يوسف، الناشر: دار احياء التراث العربي - بيروت - لبنان.
٢١٧. **وأساس البلاغة،** لأبي القاسم جار الله محمود بن عمرو بن أحمد الزخشي (المتوفى: ٥٣٨ هـ)، تحقيق: محمد باسل عيون السود، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى
٢١٨. **الوافي في شرح القانون المدني،** د. سليمان مرقس منشورات مكتبة صادر، ط ٦، ١٩٨٧ م.

٢١٩. الوافي في قضاء الأحوال الشخصية من عام ١٩٩٢م وحتى عام ٢٠٠٥م، للمحامي محمد أحمد عبد الرحمن، مطبعة اليمامة، حمص، الطبعة الأولى.

٢٢٠. الوافي من عام ١٩٧٠م إلى عام ١٩٩٢م، دار النابغة للدراسات والنشر، دون طبعة وتاريخ.

٢٢١. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، بلحاج العربي: (٢٢٤).

سبحانك اللهم وبحمدك، أشهد ألا إله إلا أنت،

أستغفرك وأتوب إليك

Abstract

This thesis examines the jurisprudence of the Syrian Court of Cassation regarding personal status matters, and regarding the dissolution of marriage and its effects.

The established judicial jurisprudence of the Court of Cassation is binding, and its ruling is the same as the interpretive texts of the law, and it is not permissible to deviate from or violate it. However, many of these interpretations have been subject to confusion. Many of these interpretations are contradictory, and some clearly contradict the legal text. Others contradict the jurisprudential texts, which are the primary legislative source for personal status matters.

This dissertation examines the judicial interpretations of the Syrian Court of Cassation from 1953 to 2023. It explains the meaning of judicial interpretation and its binding nature, the deviations from judicial interpretations, and the reasons for the confusion among them.

It then examines judicial interpretations on the dissolution of marriage and its effects. It begins by explaining judicial interpretation, then presents the jurisprudential and legal opinions thereon, then the legal opinion thereon, then the criticism directed at this interpretation and the prevailing opinion, according to the researcher's point of view.

The study includes the following chapters: Divorce, Annulment, Arbitration, Separation, and Waiting Period.

The researcher concludes that some judicial interpretations require reconsideration and amendment. Either because it contradicts established jurisprudence, or legal and Sharia texts, or because of changing times and new data, and some others need to be unified with the rest of the jurisprudence, and the jurisprudence that contradicts it be abolished, in order to unify the judicial authority and protect it from confusion and disagreement

Damascus University

Faculty of Sharia

Graduate Studies

Department of Islamic Jurisprudence and Principles



Judicial Jurisprudence of the Syrian Court of Cassation
Regarding the Dissolution of Marriage and Its Effects
(A Comparative Jurisprudential Study)

A thesis submitted for the degree of PhD in Islamic
Jurisprudence and Principles

Prepared by

Abdullah Al-Amir bin Ahmed Shaghala

Supervisor

Dr. Muhammad Hussam Rahima

Assistant Professor in the Department of Islamic Jurisprudence and
Principles

Co-supervisor

Dr. Muhammad Mu'adhin

Professor in the Department of Islamic Jurisprudence and
Principles

1447 AH - 2025 AD