



جامعة دمشق

كلية الشريعة

الدراسات العليا - ماجستير

قسم الأحوال الشخصية

ما سكت عنه قانون الأحوال الشخصية السوري
في مسائل فُرَق الزواج وآثارها
(دراسة فقهية قانونية مقارنة)

بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الأحوال الشخصية

إعداد: لبابه صالح خادم السروجي

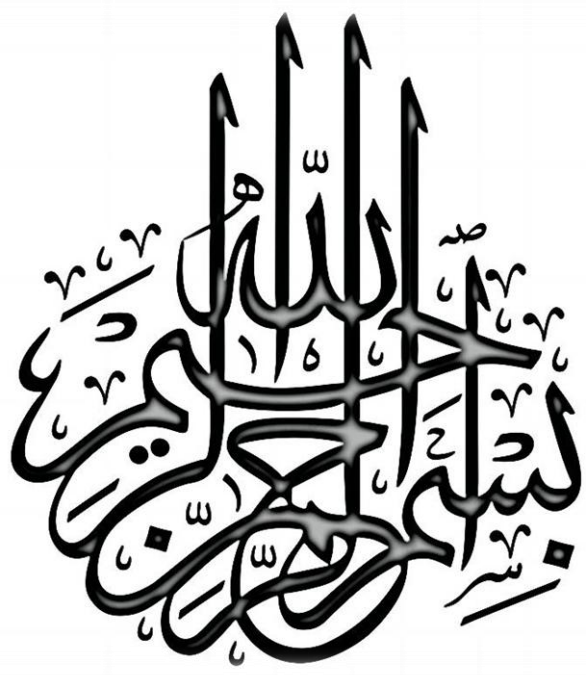
والمشرف المشارك:

بإشراف الأستاذ الدكتور:

الأستاذ الدكتور أيمن أبو العيال

محمد توفيق رمضان البوطي

العام ١٤٣٩هـ - ٢٠١٨ م



الإهداء

إلى أشرف خلق الله سيدي وحببي المصطفى عليه أفضل الصلّاة والتّسليم

إلى من ساندني وأكرمني وهذبني ورعاني إلى أسرتي وعزوتي

إلى كل أساتذتي ومشايخي وكل من ساهم في إنجاز هذه الدراسة

وكل من له فضل علي أهدي هذا العمل المتواضع

الشكر

الحمد والشكر لله عز وجل على ما منَّه عليَّ بجميل فضله، وما أكرمني به ويسرَّه لي في إتمام هذا البحث، والشكر الجزيل للأستاذ المشرف الدكتور محمد توفيق رمضان البوطي لما قدَّمه من جهدٍ مشكورٍ في إشرافه وبذله للنصح والإرشاد والتوجيهات لإخراج البحث بهذا الشكل .

كما أتقدم بخالص شكري وامتناني للأستاذ الدكتور أيمن أبو العيال المشرف المشارك على قبوله الإشراف، ومساندته الطيبة، ولما بذله ومنحه لي من إرشادات، وما تحمَّله مني في سبيل إتمام هذا العمل فقد كان له عظيم الأثر على البحث وباحثه .

حفظهما الله، ووفقهما لما يحب ويرضى، وبارك لهما، وأخرج منهما الكثير الطيب .

كما لا يفوتني أن أتوجه بالشكر للمستشار زياد الحمود لما قدَّمه لي من عونٍ مُثمر، ولكل من أعانني وساهم في نصحي وإرشادي، أرجو لهم السداد، جزاهم الله عني خير الجزاء .

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات وبتوفيقه يهتدي العبد إلى فعل الخيرات، والصلاة والسلام على الحبيب المصطفى المرسل بالهدى والبينات، وعلى آله الطيبين الطاهرين وصحابه أجمعين .

وبعد:

تمثل قوانين الأحوال الشخصية أحد أهم المجالات التشريعية بالنسبة لخلية المجتمع، والتي هي الأسرة، فلا أحد ينكر تأثيرها على المجتمع بشكل عام والأسرة بشكل خاص، فهي التي تضع الأسس والقواعد الثابتة لتعاملات الأفراد ضمن الأسرة الواحدة فترسم الحقوق والواجبات وتلزم الجميع على احترامها ولو بالقوة.

ولأن الشريعة الإسلامية والقوانين الإلهية هي وحدها القوانين القادرة على تحقيق العدل والاستقرار وتلبية حاجات المجتمع فقد استمدت قوانين الأحوال الشخصية أحكامها من الفقه الإسلامي المليء بالمسائل التي لا يحصيها عد، فانتقى منها القانون الأصول الجامعة وما كثرت الحاجة إلى تقنينه.

وبسبب اتساع مجالات الحياة وتشعبها فإننا لا نجد قانوناً إلا ويعتريه النقص أو الغموض أو التناقض، وذلك لكثرة الآراء الفقهية للمجتهدين الناتجة عن اختلافهم في فهم النصوص، والتي اختار منها القانون ما يخدم الأسرة والمجتمع ويتفق مع الأعراف السائدة دون التقيد بمذهب واحد، ودون الاحتراز عن التلفيق بين المذاهب المنهي عنه، لذلك تلجأ السلطة الحاكمة إلى إصدار تعديلات وإضافات دائمة ومتكررة على نصوص القوانين، لتواكب التطور والمستجدات، وترقى بقوانينها إلى أعلى المستويات، ومن هذه الإضافات واحدة من

أهم الإشكاليات التي ترد على قانون الأحوال الشخصية السوري، وهي المسائل التي سكت عنها هذا القانون وقد قمت ببيانها عبر دراسة فقهية قانونية مقارنة.

أولاً. سبب اختيار البحث وأهميته:

من أهمية البحث تظهر أسباب اختياره، وفيما يلي أهم الأسباب الرئيسية التي دفعتني لاختيار هذا البحث:

١. تُسبب المسائل المسكوت عنها نقصاً في القانون يجب تداركه وتقنيه بما يتفق مع قواعد الشريعة والأعراف السائدة.

٢. الحد من التباين في الاجتهادات القضائية المبنية على تفسير واجتهاد كل قاضٍ على حدى.

٣. تخفيف الضغط والجهد والوقت على القضاة.

٤. شرح المسائل التي سكت عنها قانون الأحوال الشخصية في فرق الزواج وآثاره.

٥. خدمة قانون الأحوال الشخصية السوري، وتلبية حاجة القضاة من خلال تقنين المواد التي لم تشملها المادة /٣٠٥/

٦. إغناء قانون الأحوال الشخصية وترميمه وإطالة عمره من خلال سد النقص الذي يعتريه، ليقف في وجه المحاولات المستمرة لإلغائه ووضع قوانين مدنية مكانه لا تمت إلى الشريعة بصله، وتؤدي إلى تفتيت وضياح الأسرة المسلمة.

ثانياً. مشكلة البحث:

- لم يقتصر القانون السوري على الرجوع إلى المذهب الحنفي إنما أخذ أحكامه من جميع المذاهب، وعند تقييد القانون بالرجوع إلى هذا المذهب فيما لم يرد به نص تظهر المشكلة الآتية:

عدم إمكانية الرجوع إلى المذهب الحنفي في فروع عدل المشرع عن الأخذ بأصولها من هذا المذهب؛ وذلك إما لأنها غير موجودة في المذهب الحنفي، أو لأن الرجوع للمذهب الحنفي يؤدي إلى تناقض الفرع مع الأصل والتلفيق المنهي عنه.

- ذكر بعض المسائل المسكوت عنها في القانون المدني يجعل الموضوع الواحد مشتت المصادر بين قوانين يختلف كل منها عن الآخر بمصادره .

- ظهور مستجدات تدعو الحاجة لبيان حكمها الشرعي وصياغته ضمن نص قانوني.

ثالثاً. هدف البحث:

دراسة المسائل المسكوت عنها للوصول إلى النتيجة الآتية: جمع كل ما سكت عنه القانون ولا يمكن أن تشمل المادة ٣٠٥ واقتراح المادة المناسبة لما سكت عنه في حال كانت المسألة المسكوت عنها تشكل نقصاً في القانون.

رابعاً. منهج البحث:

اتبعت في هذا البحث المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن ثم المنهج الاستنتاجي، وذلك باستقراء مواد قانون الأحوال الشخصية في مسائل انحلال الزواج وآثاره والتي يعود مصدرها التشريعي لغير المذهب الحنفي لاستقراء ما سكت عنه القانون وشرحه وتحليله، ثم إن كان المصدر التشريعي للمسكوت عنه يعود لمذهب واحد أكتفي ببيانه من ذلك المذهب مع مقارنته بما هو معمول به في محكمة النقض الشرعية والقوانين العربية إن نصت على حكم المسكوت عنه، وإن كان المصدر التشريعي يعود لأكثر من مذهب أبين آراء الفقهاء في المسألة، وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، والقوانين العربية الأخرى حيث وجد، مع ذكر الرأي الراجح عند تعدد الأقوال، ثم اتبعت المنهج الاستنتاجي في صياغة المسكوت عنه في مواد

قانونية تتفق مع المصدر التشريعي للمسألة المسكوت عنها وما كان راجحاً من وجهة نظر الباحث.

ولإنجاز هذا البحث اتبعت المنهج الآتي:

١. عزو رأي كل مذهب إلى كتبه المعتمدة، ملتزمةً بذكر اسم الكتاب، ثم المؤلف، ثم دار النشر والطبعة إن وجدت، وذلك عند أول ورود له.
٢. عزو الآيات القرآنية إلى مصادرها في القرآن الكريم، بذكر اسم السورة ورقم الآية في المتن.
٣. تخريج الأحاديث والآثار الواردة في البحث، مع ذكر الحديث والكتاب فالباب، وإذا روى الحديث أكثر من واحد من أئمة الفن أبين لفظ مَنْ، مع الحكم عليه، وإذا ورد في الصحيحين أو أحدهما يُكتفى به.
٤. توثيق القواعد الفقهية الواردة في البحث من مصادرها.
٥. ترجمة الأعلام الذين ورد ذكرهم في البحث عند أول ورود للاسم.
٦. إضافة ملحق بالصيغ المقترح إضافتها إلى قانون الأحوال الشخصية السوري في المسائل المسكوت عنها في فرق الزواج وآثاره.
٧. وضعت فهارس لكل من الآيات والأحاديث والآثار والقواعد الفقهية ومصادر البحث مرتبة ترتيباً ألفبائياً، كما وضعت فهرساً لصور الطلاق وألفاظها الواردة في البحث لسهولة الرجوع إليها، ثم فهرساً لموضوعات البحث.

خامساً. حدود البحث:

يستدعي هذا البحث التقيد بحدود العنوان (ما سكت عنه قانون الأحوال الشخصية السوري في مسائل فرق الزواج وآثاره) دون التعرض للمسائل التي نص عليها القانون، ودون التعرض أيضاً لما سكت عنه القانون في غير فرق الزواج وآثاره، ويقتصر البحث على

المسائل التي لا يمكن أن تشملها المادة ٣٠٥ إذ لا يمكن العودة في حكمها للمذهب الحنفي إما لعدم البحث فيها أو لأن أصل المسألة في القانون يعود لغير المذهب الحنفي.

سادساً . الدراسات السابقة:

وجدت فيما اطلعت عليه الدراسات التالية ذات الصلة بموضوع هذا البحث:

١. ما سكت عنه قانون الأحوال الشخصية السوري في النكاح والطلاق وآثارهما ويحتاج إلى تقنين، بحث منشور في مجلة حقوق الاسكندرية للأستاذ الدكتور أسامة الحموي.

٢. المسائل التي لم يرد بشأنها نص في قانون الأحوال الشخصية السوري (الزواج) ميرفت الخطيب رسالة ماجستير بجامعة دمشق كلية الحقوق.

يتفق هذان البحثان مع هذه الدراسة من حيث دراسة المسائل المسكوت عنها في قانون الأحوال الشخصية السوري وتقنينها، إلا أن بحث الدكتور أسامة تناول بعض مسائل النكاح والطلاق المشمولة بالمادة ٣٠٥ والمسكوت عنها واقترح الصيغة المناسبة دون تفصيل بالمسائل، ودون تفرقة بين ما هو مسكوت عنه وما هو مشمول بالمادة ٣٠٥، والبحث الآخر اقتصر على المسائل المتعلقة بالزواج فقط والتي يجب العمل بها بدلالة المادة ٣٠٥ أيضاً دون التفرقة بين المشمول بهذه المادة وما كان مسكوتاً عنه، أما هذا البحث فسيكون مختصاً في مسائل فرق الزواج وآثاره مقتصرراً على المسائل المسكوت عنها ليكمل ويتمم ما بدأ به البحثان السابقان.

٣. المسائل التي لم يرد بشأنها نص في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي دراسة فقهية مقارنة للباحثة عائشة عيسى محمد عيسى الشحي رسالة ماجستير في قسم الفقه وأصوله بجامعة الشارقة.

تدرس هذه الرسالة أيضاً المسائل التي لم ينص عليها قانون الأحوال الشخصية، إلا أنها تختلف مع هذا البحث من جانبين، أولاً: أنها تختص بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي بينما تناول البحث هنا المسائل المسكوت عنها في القانون السوري، ثانياً: تناولت الرسالة جميع القانون بكل أبوابه، بينما البحث هنا اقتصر على المسائل المتعلقة بفرق الزواج وآثاره.

٤. أحكام الولادة وآثارها في المسائل التي لم يرد فيها نص في قانون الأحوال الشخصية الأردني رسالة ماجستير في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية في جامعة اليرموك مقدمة من الباحث محمود إبراهيم البشيرة.

تتفق الرسالة مع هذا البحث في دراسة المسائل التي لم يرد فيها نص قانوني، إلا أنها تختص في قانون الأحوال الشخصية الأردني مقتصرةً على أحكام الولادة وآثارها.

٥. دراسات في الأحوال الشخصية للأستاذ الدكتور محمد بلتاجي، تشبه هذه الدراسة البحث من حيث تدارك النقص في قانون الأحوال الشخصية وإصلاحه بما يتوافق مع الشريعة الإسلامية، أما وجه الاختلاف فإن دراسة الدكتور بلتاجي تناول فيها المواد القانونية التي خالف فيها قانون الأحوال الشخصية المصري الشريعة الإسلامية، وعلى أثر هذه الدراسة عُدّل القانون المصري، من حيث أن الجانب الذي يتناوله هذا البحث هو المسائل المسكوت عنها فقط المتوافقة مع الشريعة الإسلامية.

سابعاً. الجديد في هذا البحث:

الجديد في هذا البحث ما يلي:

أولاً: يتبع البحث المسائل غير المشمولة في المادة ٣٠٥ ولا نص قانوني فيها.

ثانياً: استقراء جميع مسائل فرق الزواج وآثاره المسكوت عنها.

ثالثاً: يتعرض هذا البحث للمسائل المعاصرة من أجل ضبطها في مواد قانونية.

ثامناً . خطة البحث:

يتكون البحث من مبحث تمهيدي وفيه ثلاثة مطالب، ومن فصلين، وكل فصل يشمل أربعة مباحث، والمباحث تشتمل على مطالب:

المبحث التمهيدي: المفاهيم الأساسية للبحث، ويتكون من ثلاثة مطالب:

تناول المطلب الأول مفهوم الأحوال الشخصية، وفي المطلب الثاني: تكلمت عن نشأة قانون الأحوال الشخصية ومصادره، أما المطلب الثالث: حررت فيه محل البحث.

أما الفصل الأول: فتناول المسائل المسكوت عنها في الطلاق، وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: ذكرت فيه المسائل المتعلقة بالقصد في الطلاق، ويتكون هذا المبحث من أربعة مطالب تشتمل:

المطلب الأول: وفيه طلاق المكره، وتكلمت في المطلب الثاني عن طلاق المسحور، وفي المطلب الثالث: ذكرت طلاق الغضبان، أما المطلب الرابع: ذكرت فيه طلاق السكران.

المبحث الثاني: وذكرت فيه المسائل المتعلقة بأنواع الطلاق: ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تناول حكم الطلاق المتكرر، والمطلب الثاني: تناول الطلاق غير المنجز وفي المطلب الثالث تكلمت عن الطلاق التعسفي.

المبحث الثالث: ذكرت فيه المسائل المتعلقة بالخلع، وينقسم إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: ذكرت فيه تعريف الخلع وأركانه، والمطلب الثاني: ذكرت فيه الطبيعة الشرعية للخلع وبينت في المطلب الثالث: حكم الإكراه في المخالعة.

المبحث الرابع: تكلمت فيه عن المسائل المستجدة في الطلاق، وقسمته إلى مطلبين:

المطلب الأول: بينت فيه حكم الطلاق بمحاكم الدول الأجنبية، ثم المطلب الثاني: ذكرت الطلاق الإلكتروني.

أما الفصل الثاني: فتناول المسائل المسكوت عنها في التفريق وآثار فرق الزواج، وفيه أيضاً أربعة مباحث:

المبحث الأول: تكلمت فيه عن المسائل المتعلقة بالتفريق لسبب من الزوجين، وفيه مطلبين:

في المطلب الأول ذكرت التفريق للعيوب، وفي المطلب الثاني: ذكرت التفريق للشقاق والضرر.

المبحث الثاني: تكلمت فيه عن المسائل المتعلقة بالتفريق لسبب من الزوج، فذكرت في المطلب الأول: التفريق للإعسار، وفي المطلب الثاني: تكلمت عن التفريق للغيبة والفقد.

المبحث الثالث: ذكرت فيه المسائل المتعلقة في التفريق لحكم الشرع، وفيه مطلبين:

المطلب الأول: تناول التفريق للإيلاء، والمطلب الثاني: تناول التفريق للعان.

المبحث الرابع: فتناول المسائل المتعلقة بآثار فرق الزواج من خلال مطلبين: الرجعة والعدة.

ملحق المقترحات: ويتضمن الأحكام المسكوت عنها مصاغة في مواد قانونية لاقتراح إضافتها إلى قانون الأحوال الشخصية.

ثم الخاتمة: وفيها أهم النتائج والتوصيات.

وأخيراً فهارس البحث: وتتكون من: فهرس الآيات الكريمة، وفهرس الأحاديث الشريفة، وفهرس آثار الصحابة، وفهرس القواعد الفقهية، وفهرس صور وألفاظ الطلاق، وأخيراً فهرس المحتويات.

المبحث التمهيدي : المفاهيم الأساسية للبحث

ويتضمن ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم الأحوال الشخصية

المطلب الثاني: نشأة قانون الأحوال الشخصية السوري ومصادره

المطلب الثالث: تحرير محل البحث

المطلب الأول: مفهوم الأحوال الشخصية

معنى كلمة " الأحوال " في اللغة:

الحال تجمع على أحوال وأحولة، وهي صفة الشيء وهيئته وكيفيته،^(١) والحال: ما يختص به الإنسان وغيره من الأمور المتغيرة في نفسه وبدنه وما يقتنيه.^(٢)

فكلمة الأحوال تشمل في اللغة جانبين: جانب شخصي، وجانب مالي.

معنى كلمة " الشخصية " في اللغة:

هي صفة لكلمة الشخص، وهو كل جسم له ارتفاع وظهور، وقد غلب استعماله في الإنسان.^(٣)

معنى مصطلح الأحوال الشخصية:

كان تحديد مضمون الأحوال الشخصية محل خلاف في الفقه والقضاء في مصر إزاء تحديد اختصاص المحاكم الشرعية التي جعل اختصاصها الفصل في قضايا الأحوال الشخصية إلى أن فصلت فيه محكمة النقض في حكمها الصادر في ٢١ يونيو ١٩٣٤ فقضت بأن المقصود من الأحوال الشخصية هو مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية، ككون الإنسان ذكراً أو أنثى، وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً أو ابناً شرعياً، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغراً أو عته أو جنون، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيداً بسبب من أسبابها القانونية.

^(١) معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعجي . حامد صادق قنبي، دار النفائس، ط: الثانية ١٤٠٨ هـ ١٩٨٨ م: ١٧٣

^(٢) تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن محمد الحسيني الملقب بالمرتضى الزبيدي (ت ١٢٠٥ هـ) دار الهداية:

مادة (حول) ٢٨/٣٧٤

^(٣) تاج العروس لمرتضى الزبيدي: مادة (شخص) ١٨/٧ . القاموس الفقهي لغةً واصطلاحاً، المحامي سعدي أبو

جيب، دار الفكر دمشق، ط: الثانية ١٤٠٨ هـ ١٩٨٨ م: ١٩٠

فالأحوال الشخصية كما يُنبئ لفظها تختص بالمسائل المتعلقة بالأشخاص، أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية.^(١)

لم يطلق الفقهاء قديماً اسم الأحوال الشخصية على الأحكام الشاملة للأسرة ومتعلقاتها، إنما كانوا يطلقون اسماً خاصاً على كل بحث من أبحاثها، مثل: كتاب النكاح، كتاب المهر، كتاب الطلاق، كتاب النفقات، وهكذا، وهي كلها ترجع إلى ثلاثة أقسام رئيسية:

- أحكام النكاح والطلاق وما يتعلق بهما.

- أحكام الأهلية والحجر والوصية والوصاية وأنواعها.

- أحكام الإرث وما يتعلق به.

وقد جاء قانون الأحوال الشخصية متضمناً هذه الأقسام الثلاثة وأبحاثها.

وكان أول من استعمل اسم الأحوال الشخصية الفقيه المصري محمد قدري باشا،^(٢) فقد وضع مجموعته الفقهية التي سماها "الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية"

ولم تصدر هذه المجموعة بصفة رسمية كقانون، ولكن طبقت في المحاكم الشرعية على أنها تمثل الراجح من المذهب الحنفي، وتضمنت أحكام الزواج والطلاق والوصية والأهلية والميراث والهبة.^(٣)

(١) أحكام الأسرة في الإسلام، محمد مصطفى شلبي، ط: الرابعة ١٤٠٣ هـ ١٩٨٣ م: ٢٨ - ٢٩.

(٢) قدري باشا: من رجال القضاء في مصر، ولد بها في ملوي سنة ١٢٣٧ هـ أصل أبيه من الأناضول، وأمه مصرية حسنية، تعلم بملوي والقاهرة ودخل مدرسة الألسن فأتم فيها دروسه ونبغ في معرفة اللغات، وكان مستشاراً في المحاكم المختلطة، وناظراً للحقانية، ثم وزيراً للمعارف، فوزيراً للحقانية، توفي بالقاهرة سنة ١٣٠٦ هـ. التعليقات المرضية على الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لفتح أحمد صافي، مطبعة الكتاب العربي، دمشق ١٩٩٣ م: ٦.

(٣) شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، أ. د عبد الرحمن الصابوني، منشورات جامعة دمشق، مديرية الكتب

الجامعية ١٩٩٨ م. ١٤١٩ هـ: ١/١١

المطلب الثاني: نشأة قانون الأحوال الشخصية السوري ومصادره

أولاً. نشأة قانون الأحوال الشخصية:

كانت أول فكرة انبثقت بمصر لتقنين الأحوال الشخصية في عام ١٩١٥م، فاتجه أولاً الأمر للعمل على تسطير قانون للأسرة، وما دفعهم إلى ذلك أمران:

١. أن القضاة كانوا يعتمدون في أقضيّتهم على قانون لم تدون مواده ولم تجمع فروعها، وترك للقضاة البحث عن الحكم وسط بحرٍ من الفتاوى والتخرّجات وأقوال مجتهدي المذهب وترجيحات متباينة، فقد يختار للفتوى بعض المفتين ما لا يختاره الآخر.

٢. ضرورة الخروج عن مذهب الإمام أبي حنيفة^(١) في بعض القضايا لموافقتها لروح العصر أكثر، وليس ذلك قدحاً في مذهب الإمام أبي حنيفة وأصحابه والمخرّجين في مذهبه، فإنهم مخرجون متأثرون بأزمائهم، والفتاوى إذا لم تعتمد على نص تكون أقيستها مستمدة من حكم العرف في كثير من الأحوال، والعرف يتغير بتغير الأزمان.

لهذين السببين أُلِّفت لجنة من كبار علماء المذاهب الأربعة لوضع قانون عام للأحوال الشخصية، وأتمت اللجنة عملها ورأت أن تعرضه على جمهرة العلماء ورجال القضاء والمحاماة، فجاءتها انتقادات وعصفت على عملها عواصف، فصعب على اللجنة التوفيق بين عملها واعتراض المعارضين، لهذا طوي هذا المشروع في سجلات وزارة العدل حتى سنحت الفرصة فظهر جزء قليل منه مع تغير طفيف في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠، وكان ذلك

(١) أبو حنيفة النعمان بن ثابت الإمام العلم الكوفي، ولد سنة ٨٠هـ أخذ الفقه عن حماد وغيره وبرع وساد في الرأي، أهل زمانه في الفقه والتفريع للمسائل، وكان خزاناً ينفق من كيسه ولا يقبل جوائز السلطان تورعاً، وكان معدوداً في الأجواد الأسخياء الألباء الأذكياء مع الدين والعبادة والتهجد وكثرة التلاوة وقيام الليل. توفي سنة ١٥٠هـ. الوافي بالوفيات صلاح الدين خليل بن أبيك بن عبد الله الصفدي (ت: ٧٦٤هـ) تحقيق: أحمد الأرناؤوط وتركبي مصطفى، دار إحياء التراث بيروت (د. ط) ١٤٢٠هـ ٢٠٠٠م: ٢٧/٨٩

من عمل لجنة مؤلفة من شيخ الأزهر ورئيس المحكمة العليا الشرعية ومفتي الديار المصرية وغيرهم من العلماء.^(١)

وفي سوريا لم يكن قبل عام ١٩١٧ قانون للأسرة، بل كان المرجع في هذا هو المذهب الحنفي، ثم صدر في ٢٥ تشرين الأول من ذلك العام قانون حقوق العائلة العثماني، وكان أول قانون رسمي للأحوال الشخصية في البلاد العربية قنن أحكام الأسرة في مجموعة قانونية حديثة، خرج هذا القانون عن المذهب الحنفي، فاستقى كثيراً من مواده من مختلف المذاهب الفقهية الأربعة، فكانت أولى المحاولات لوضع قوانين تقوم على أساس المقارنة دون التقيّد بمذهب معيّن، ولم يشمل هذا القانون جميع أحكام الأسرة، بل اقتصر على أحكام الزواج والطلاق، وبقيت أحكام الوصية والميراث والأهلية والوقف وفق المذهب الحنفي دون تدوين، وما يزال العمل بقانون حقوق العائلة العثماني في لبنان، أما في سورية فاستمر العمل بهذا القانون حتى ١٩٥٢/٩/١٧ م حيث صدر القانون المعمول به حالياً وبدأ تطبيقه في ١٩٥٢/١١/١ م وكان هذا نتيجة استجابة وزارة العدل السورية لمن كان يتولى وظائف القضاء الشرعي ومحاكمه عندما أجمعوا على وجوب وضع قانون للأحوال الشخصية يشمل شتى أبحاثها ويكون مأخوذاً من المذاهب الإسلامية من غير تقيّد بمذهب معيّن، فألفت وزارة العدل في ١٩٥١/١٢/٢٦ لجنة من الأساتذة: محمد صبحي الصباغ القاضي الشرعي بدمشق، ومصطفى الزرقا^(٢) أستاذ الأحوال الشخصية في كلية الحقوق بدمشق، لتحضير

(١) الأحوال الشخصية، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، ط: الثالثة ١٣٧٧ هـ ١٩٥٧ م: ١٠٠٩ باختصار.

(٢) ولد بمدينة حلب عام ١٩٠٤ م، تخرج من كليتي الحقوق والآداب في عام ١٩٣٣ م، حاز على دبلوم الشريعة من كلية الحقوق في جامعة القاهرة، عينته وزارة الأوقاف في الكويت خبيراً للموسوعة الفقهية فيها سنة ١٩٦٦ م، كما اختارته رابطة العالم الإسلامي بمكة عضواً في المجمع الفقهي منذ إنشائه وقدم للمجمع عدة دراسات فقهية معاصرة، له مؤلفات كثيرة منها: في الحديث النبوي، المدخل الفقهي العام، أحكام الأوقاف، توفي سنة ١٩٩٩ م. مجلة الوعي الإسلامي، شهرية تصدر عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دولة الكويت، العدد ٥٣٢ بتاريخ ٣ أيلول ٢٠١٠ م بقلم عبده دسوقي.

مشروع قانون الأحوال الشخصية، والقيام بالدراسات اللازمة لهذه المهمة، ووضع مذكرة إيضاحية تبين بالتفصيل مراجع المشروع المحضر.

وقد أتمت اللجنة عملها ووضعت مشروع القانون المقترح ورفعته إلى وزارة العدل، وقد ثار بعض علماء الشريعة في دمشق على ما تضمنه المشروع الجديد من أحكام تخالف مذهب أبي حنيفة، فنام المشروع حتى كُتب له أن يُبحث ويُعتمد بعد تعديل بسيط في صياغة بعض مواده وترتيبها، فنشر في ١٧/٩/١٩٥٣م وأصبح قانوناً معمولاً به إلى اليوم.^(١)

ثانياً. مصادر القانون:

رغم عدم تقيّد هذا القانون بمذهبٍ معيّن إلا أنه استمدّ أكثر أحكامه من فقه الإمام أبي حنيفة، واستمد بعض أحكامه الأخرى من المذاهب الأربعة، وأخذ ببعض الآراء من غير المذاهب الأربعة للحاجة إلى ذلك.

ونصّت المذكرة الإيضاحية على المصادر التي اعتمدت عليها اللجنة في وضع القانون:

١. قانون حقوق العائلة الذي جرى عليه العمل وتعارفه الناس وبُنيت عليه الاجتهادات القضائية.

٢. القوانين المصرية مع بعض التعديل أحياناً بما يوافق المصلحة المحلية.

٣. مدونة الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد قنديل باشا.

٤. مشروع الأحوال الشخصية لقاضي دمشق الأستاذ علي الطنطاوي.

٥. ما رأت اللجنة ضرورة الأخذ به من غير المذهب الحنفي، وما وضعته في مواد التنظيم

التي لا تنافي الحكم الشرعي.^(٢)

^(١) شرح قانون الأحوال الشخصية، الدكتور مصطفى السباعي، المكتب الإسلامي، دار الوراق: ١٣٠١٢

^(٢) شرح قانون الأحوال الشخصية الزواج والطلاق، الدكتور محمد الحسن البغا، مطبعة الروضة ١٤٢٨هـ: ٤٣

المطلب الثالث: تحرير محل البحث

لم يستوعب قانون الأحوال الشخصية جميع الأحكام الفقهية، ولعل السبب في ذلك يعود لكثرتها وتشعبها، فقد ترك الأئمة بجرأ من العلوم تكاد من كثرتها لا يحصيها عدّ ولا يحدها حدّ، لذلك اقتصر واضعوا القانون على الأصول الجامعة، ولعلمهم اعتمدوا أيضاً على خبرة القضاة لمعرفة مضمون القضايا والأحكام التي تستدعي الضرورة تقنينها.

ومع ذلك لم يُحط القانون بكل تفاصيل مباحث الأسرة فنص في المادة /٣٠٥/ على إحالة كل ما لم يرد به نص للراجع من المذهب الحنفي باعتبار أن أغلب أحكام القانون كانت من ذلك المذهب، إلا أن العمل بتلك المادة يثير إشكالاً من حيث عدم إمكانية الرجوع للمذهب الحنفي في كل ما لم يرد به نص؛ إذ أن هذا القانون لم يقتصر على المذهب الحنفي بل شمل المذاهب الأربعة وخرج عنها في بعض الأحيان لما رآه من المصلحة العامة، فنصّ على أصل الحكم في المسألة وسكت عمّا تفرّع عنها من أحكام، فكان الرجوع للراجع من المذهب الحنفي يؤدي إلى التعارض في بعض الأحيان، أو عدم وجود حكم للمسألة في المذهب الحنفي، لذلك ذهب الدكتور عبد الرحمن الصابوني^(١) إلى وجوب العودة للمصدر التشريعي للمادة، كما في التفريق للإعسار، يقول: "إنّ مصدر التشريع هو المذهب المالكي في هذا الموضوع فيجب الرجوع إليه في حال نقص النص أو سكوته، ولا يجوز الرجوع إلى المذهب الحنفي كما يذهب بعض الشراح استناداً إلى المادة /٣٠٥/ من قانون الأحوال الشخصية لأنّ المذهب الحنفي لا يأخذ أصلاً بالتفريق للإعسار"^(٢).

^(١) ولد في مدينة حلب ١٩٢٩م، حصل على إجازة في الحقوق من جامعة دمشق، نال شهادة الدكتوراه في جامعة القاهرة، عمل أستاذاً في جامعتي دمشق وحلب، ومن ثم عميداً لكلية الشريعة في جامعة دمشق، وأستاذاً للأحوال الشخصية، ومن ثم عميداً لجامعة الإمارات في كلية الدراسات الإسلامية. ويكيبيديا الموسوعة الحرة (عبد الرحمن

الصابوني) ar.m.wikipedia.org

^(٢) شرح قانون الأحوال الشخصية السوري أ. د عبد الرحمن الصابوني: ٢/٨٥

لكن بالرجوع للمصدر التشريعي للمادة تظهر إشكالية أخرى، وهي مخالفة النص الصريح في إحالة كل ما لم يرد به نص إلى الراجح من المذهب الحنفي، وهنا تأتي ضرورة التفريق بين ما سكت عنه القانون وبين ما شملته المادة /٣٠٥/:

فالمسكوت عنه، من السكوت وهو ترك الكلام مع القدرة عليه، ويفارق الصمت فهو يستعمل لمن لا قوة له على النطق، لذا قيل لمن لا نطق له: الصامت، والسكوت يقال لمن له نطق فيترك استعماله.^(١)

فالمسكوت عنه في قانون الأحوال الشخصية كل ما لم يذكره القانون ولم يقرر حكمه أو يحيله إلى نص آخر.

أما المشمول بالمادة /٣٠٥/ فهو من الشمل مصدر اشتمال، دوران الشيء بالشيء وأخذه إياه من جوانبه، من ذلك قولهم شملهم الأمر إذا عمهم وهذا أمر شامل.^(٢) واشتمل على كذا احتواه وتضمنه.^(٣)

فكل ما يمكن العودة في حكمه إلى الراجح من المذهب الحنفي فهو مشمول بالمادة /٣٠٥/ وأي مسألة شملتها هذه المادة لم تعد من المسكوت عنه؛ لأن القانون لم يسكت عن بيان حكمها إنما قرر بشأنها أن يكون الحكم وفق الراجح من المذهب الحنفي، فأحال القضاة إلى كتب الحنفية، وبالتالي فإن كل ما كان مشمولاً ويدخل ضمن هذه المادة هو منصوصٌ عليه حكماً وله قوة القانون، والعدول عنه خلاف القانون، أما المسكوت فهو كل ما يحتاج لبيان ونظر مما لم يبت القانون في حكمه، ويتعذر شموله بالمادة /٣٠٥/ للأسباب المذكورة آنفاً، وهو:

١. كل ما تعلق بأصل مسألة نص عليها القانون من غير المذهب الحنفي.

(١) تاج العروس للمرئضى الزبيدي مادة (سكت) ٤/٥٥٩. معجم لغة الفقهاء لقلعجي وقتبي: ٢٤٧

(٢) مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي (ت: ٣٩٥هـ) تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر

١٣٩٩هـ ١٩٧٩م: مادة (شمل) ٣/٢١٥

(٣) القاموس الفقهي سعدي أبو جيب: ٢٠١

٢. كل ما لم يرد له حكم في المذهب الحنفي، كالقضايا المستجدة في الأحوال الشخصية.
٣. الاجتهادات القضائية المستندة لغير المذهب الحنفي.

ولم يرد عن أحد من شراح القانون التفرقة بين ما كان مسكوتاً عنه في قانون الأحوال الشخصية وبين ما هو مشمول في المادة /٣٠٥/ إنما اعتبروا المسكوت هو كل ما لم ينص عليه القانون مطلقاً، وكان هذا التفرقة هو ما ارتآه المشرف المشارك الأستاذ الدكتور أيمن أبو العيال والشيخ الدكتور محمد حسان عوض.

كما سيقصر البحث على بيان المسكوت عنه في فرق الزواج وآثاره.

ومعنى الفرق في اللغة: جمع مفردة فُرْقَة، مصدر الافتراق، وتَفَرَّقَ القوم تَفَرُّقاً وَتَفَرُّقاً: ضد اجتمع، وَفَرَّقَ بينهما فَرَقاً وَفَرَقَاناً بالضم: انفصل، ومنهم من يجعل الافتراق للكلام والتفرق للأبدان، ومنه قوله تعالى: ﴿ هَذَا فِرَاقُ بَيْنِي وَبَيْنِكَ ... ﴾ [الكهف: ٨٧]^(١)

وَفَارَقَ فلانُ امرأته مُفَارَقَةً وَفِرَاقاً: بآئنها، وفي القرآن: ﴿... يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ ...﴾ [البقرة: ١٠٢]، وَفَرَّقَ القاضي بين الزوجين: حكم بينهما بالفرقة.^(٢)

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي.

والزَّوْج لغة: الزاي والواو والجيم أصل يدل على مقارنة شيء لشيء، من ذلك: الزَّوْج زَوْجُ المرأة، والمرأة زَوْجُ بعلها،^(٣) والزَّوْج اقتران الزوج بالزوجة أو الذكر بالأنثى.^(٤)

(١) تاج العروس لمرتضى الزبيدي: مادة (فرق) ٢٦/٢٩٧ . القاموس المحيط لمجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب

الفيروزآبادي (ت: ٨١٧هـ) مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثامنة، ١٤٢٦هـ ٢٠٠٥م : مادة (فرق) ٩١٦

(٢) لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي

(ت: ٧١١هـ) دار صادر بيروت، ط: الثالثة ١٤١٤هـ: مادة (فرق) ١٠/٢٩٩

(٣) مقاييس اللغة لابن فارس: مادة (زوج) ٣/٣٥

(٤) المعجم الوسيط مجمع اللغة العربية بالقاهرة، ابراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، دار

الدعوة: مادة (زوج) ١/٤٠٥

تعريف فرق الزواج: لا يختلف التعريف الاصطلاحي عن المعنى اللغوي للفرقة، وقد عرفه الشيخ علي الخفيف^(١) بأنه: ما تنحل به عقدته فينقطع بها ما بين الزوجين من علاقة زوجية.^(٢)

الأثر في اللغة: جمع آثار، بقية الشيء، وخَرَجَ في إِثْرِهِ وأَثَرِهِ: بعده، وائْتَرَهُ وتأَثَّرَهُ: تَبَعَ أثرَهُ، وأَثَّرَ فيه تأثيراً: تَرَكَ فيه أثراً.^(٣)

الأثر في الاصطلاح: النتيجة المترتبة على التصرف.^(٤)

وبناءً على ما سبق فإن هذا البحث سيبين حكم المسائل التي أخذ القانون أصولها من غير المذهب الحنفي وتحتاج إلى سد بعض الثغرات فيها، والمسائل المستجدة التي لا نص عليها في القانون والاجتهادات القضائية التي خرج فيها القضاة عن المذهب الحنفي لبيان المصدر الواجب الرجوع إليه للحد من تعارض الاجتهادات.

^(١) علي الخفيف ولد سنة ١٣٠٩ هـ ١٨٩١ م في قرية الشهداء بمصر التحق بالأزهر سنة ١٩٠٣ م ثم التحق بمدرسة القضاء الشرعي وفي السنة التي تخرج فيها اختاره مجلس إدارة المدرسة ليكون عضو هيئة تدريس فيها، وعيّن قاضياً سنة ١٩٢١ م أخذ العلم عن علماء أفاض منهم الشيخ فرج السنهوري، وهو أصولي، وفقهه، ولغوي، توفي سنة ١٣٩٨ هـ ١٩٧٨ م. سلسلة علماء مفكرون معاصرون (١٦) الشيخ علي الخفيف الفقيه المجدد تأليف: د. محمد عثمان بشير.

^(٢) فرق الزواج في المذاهب الإسلامية، الشيخ علي الخفيف، دار الفكر العربي، القاهرة، ط: أولى ١٤٢٩ هـ ٢٠٠٨ م.

^(٣) تاج العروس لمرتضى الزبيدي: ١٠/١٢. القاموس المحيط للفيروزآبادي: مادة (أثر) ٣٤١

^(٤) معجم لغة الفقهاء لقلعجي وقنيبي: ٤٢

الفصل الأول

المسائل المسكوت عنها في الطلاق

تحرص الشريعة الإسلامية على الزواج وترغب فيه وتحث على بقاء الرابطة الزوجية، ولكنها على الرغم من ذلك لم تغفل عن واقع النفوس وطبيعتها، وراعت ما يطرأ على الزوجين من الظروف التي يستحيل معها استمرار الحياة الزوجية؛ لذا أجازت إنهاءها بالطلاق دفعاً للمفسدة وجلباً للمصلحة، فقد يصبح الزواج مع استحكام النفرة مفسدَةً يعمُّ أثرها على الأسرة بكاملها؛ ومع هذه الحال إما الطلاق وإما أن تبقى الحياة الزوجية مع البغض والضغينة والفراق الجسدي، وعندها تصير المرأة كالمعلقة.

ومن مظاهر مرونة الشريعة الإسلامية التنوع في وسائل إنهاء الحياة الزوجية، فالأصل أن يكون الطلاق بإرادة الزوج المنفردة يوقعه متى دعت إليه الضرورة، وقد يكون بإرادة الطرفين وذلك في الخلع، كما أعطى الشرع للقاضي حق التفريق بين الزوجين في حالات معينة. وقد بين قانون الأحوال الشخصية السوري^(١) أحكام الطلاق ونظمه — بما يخدم المصلحة — من أقوال الفقهاء ومذاهبهم، إلا أنه سكت عن تفصيل بعض المسائل سآبينها — بمشيئة الله — من خلال المباحث الآتية:

المبحث الأول: المسائل المتعلقة بالقصد في الطلاق

المبحث الثاني: المسائل المتعلقة بأنواع الطلاق

المبحث الثالث: المسائل المتعلقة بالخلع

المبحث الرابع: المسائل المستحدثة في الطلاق

(١) الصادر بالمرسوم التشريعي رقم / ٥٩ / تاريخ ٧ / ٩ / ١٩٥٣ م

المبحث الأول

المسائل المتعلقة بالقصد في الطلاق

من شروط وقوع الطلاق القصد والاختيار، والقصد في الطلاق عرّفه الشافعية: بأن يقصد اللفظ لمعناه، أي استعماله في معنى إزالة ملك النكاح، لذلك لا يقع طلاق الأعجمي بالعربية دون علمه لمعناه.^(١)

ولأنّ الأصل إعمال كلام العاقل، فالمكلف مؤاخذ بآثار ما ينطق به عموماً، ولكن نظراً إلى قابلية بعض الألفاظ للتفسير والتأويل، واحتمالها للتأكيد والإفهام؛ فإنه يتوقف العمل بحكم اللفظ لحين البيان.

وأحيانا قد يطرأ على الشخص بعض العوارض التي تؤثر في قصده إما بإلغائه فيصبح اللفظ بلا معنى، وهي التي تطرأ على أصل التكليف، كالجنون والنوم والإغماء، وإما بإنقاصه مما لا يؤثر على العقل كالإكراه والغضب، وهنا اختلف الفقهاء في أثرها في الحكم.

وسيتناول هذا المبحث بيان الأحكام التي سكت عنها القانون من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: طلاق المكره

المطلب الثاني: طلاق المسحور

المطلب الثالث: طلاق الغضبان

المطلب الرابع: طلاق السكران

^(١) حاشية الجمل على شرح المنهج، لسليمان ابن عمر ابن منصور العجيلي الأزهرى المعروف بالجمل (ت: ١٢٠٤هـ

(دار الفكر، (د. ط) (د. ت): ٤/٣٣٦

المطلب الأول: طلاق المكره

لا يقع طلاق المكره في قانون الأحوال الشخصية السوري كما ورد في الفقرة الأولى من المادة ٨٩/١: "لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره" وهو مذهب المالكية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) بناءً على أن الإكراه يفسد الرضا والاختيار، خلافاً للمذهب الحنفي^(٤) القائل بوقوع طلاق المكره؛ وذلك لأنه من التصرفات القولية التي لا تخضع للفسخ ولا تتوقف على الرضا والاختيار، فالمكره على الطلاق اختار أهون الشرين وهذا آية القصد والاختيار.

إلا أن المادة المذكورة لم تُبيّن تعريف الإكراه وشروطه، فلا يجوز أن لا يقع طلاق كل مكره بل يشترط لعدم وقوعه عدّة شروط سكت عنها قانون الأحوال الشخصية وذكرها الفقهاء، وحيث لا يمكن الرجوع بشأنه إلى نظرية العقد في القانون المدني السوري؛ لأنّ قواعده خاصة بالمعاملات المالية كالبيع والشراء، فلا بدّ من بيان ذلك من خلال التقسيمات الآتية:

(١) انظر الكافي في فقه أهل المدينة لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت: ٤٦٣هـ) تحقيق: محمد المورتاني، مكتبة الرياض الحديثة السعودية، ط: ثانية ١٤٠٠هـ ١٩٨٠م: ٢/٥٧١

(٢) انظر الإقناع في حل ألفاظ لأبي شجاع شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ) تحقيق: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر بيروت: ٢/٤٣٧

(٣) انظر الهداية على مذهب الإمام أحمد لمحمود بن أحمد بن الحسن، أبو الخطاب الكلوزاني، تحقيق: عبد اللطيف هميم، ماهر ياسين الفحل، مؤسسة غراس ١٤٢٥هـ ٢٠٠٤م: ٤١٩

(٤) انظر العناية شرح الهداية لمحمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابري (ت: ٧٨٦هـ) دار الفكر (د. ط) (د. ت): ٣/٤٨٩. ٤٨٨

أولاً . تعريف الإكراه وأقسامه وشروطه:

- **الإكراه لغةً:** مصدر كره: المشقة، وبالضم كُره: ما أكرهت نفسك عليه، وبالفتح كُره: ما أكرهك غيرك عليه، تقول: جئتكَ كُرهًا، وأدخلتني كُرهًا، هذا قول الفراء. ^(١) ^(٢)
- **واصطلاحاً:** حمل الغير على مالا يرضاه من قول أو فعل، ولا يختار مباشرته لو ترك ونفسه. ^(٣)

- أقسام الإكراه: الإكراه إما أن يكون بحق أو بغير حق:

- ١ . فالإكراه بحق: هو الإكراه على أمر واجب شرعاً لدفع ظلم أو لتحقيق غرض مشروع امتنع المكلف عن تحقيقه فيجبر عليه، كإكراه القاضي رجلين على طلاق امرأة زوّجها لهما وليّان كأخّين، ولا يعلم أحدهما ما فعل الولي الآخر، ولم يُعلم العقد السابق منهما. وكذا العنّين إذا أكرهه القاضي على الفرقة بعد مضي المدة، وتسميته إكراهًا مجازاً؛ لأنّ الطلاق هنا حقٌّ واجبٌ عليه أدائه وتعلّق به حقٌّ للغير، فإن لم يؤدّه طوعاً أجبر عليه، ويقع الطلاق اتفاقاً، ^(٤) لذلك لا يدخل هذا القسم في أحكام الإكراه؛ لأنّه ليس عيباً من عيوب الإرادة أو الرضا ولا مفسداً للاختيار.

^(١) هو أبو زكريا يحيى بن زياد بن عبد الله بن منظور الأسلمي، المعروف بالفراء، الديلمي الكوفي، كان أبرع الكوفيين وأعلمهم بالنحو واللغة وفنون الأدب، ولولا الفراء لسقطت العربية؛ لأنها كانت تتنازع ويدعيها كل من أراد، أخذ النحو عن أبي الحسن الكسائي، توفي سنة ٧٠٢هـ. وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد ابن خلكان البرمكي (ت: ٦٨١هـ) تحقيق: إحسان عباس، دار صادر بيروت (د. ط) ١٩٠٠هـ: ١٧٦. ١٨١/٦

^(٢) تاج العروس لمرتضى الزبيدي: مادة (كره) ٤٨٤/٣٦

^(٣) التقرير والتحجير لأبي عبد الله شمس الدين محمد المعروف بابن أمير حاج (ت ٨٧٩هـ) دار الكتب العلمية، ط: الثانية ١٤٠٣هـ ١٩٨٣م: ٢/٢٠٦

^(٤) المبسوط لمحمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت: ٤٨٣هـ) دار المعرفة بيروت (د. ط) ١٤١٤هـ ١٩٩٣م: ٢٤/٥٧. حاشية الصاوي على الشرح الصغير لأبي العباس أحمد بن محمد الخلوقي الشهير بالصاوي المالكي (ت: ١٢٤١هـ) دار المعارف (د. ط) (د. ت): ٢/٥٤٦. المجموع شرح المذهب لأبي زكريا محي الدين بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ) دار الفكر: ٩/١٦٠. حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع لعبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي (ت: ١٣٩٢هـ) ط: أولى ١٣٩٧هـ: ٦/٤٨٧

٢. والإكراه بغير حق: هو ما يقصد به تحقيق غرض غير مشروع أو باطل أو أدى إلى ظلم، وهذا القسم هو الذي له أثر في التصرفات، وهو الذي يراد عند إطلاق كلمة إكراه في كتب الفقهاء،^(١) كأن يُكره الزوج على طلاق زوجته دون وجه حق، وهو موضوع هذا المطلب.

ولا يتحقق هذا النوع إلا بعدة أمور بعضها يتعلق بالإكراه في جميع التصرفات، والآخر يتعلق بالإكراه على الطلاق:

أ - شروط تحقق الإكراه على الطلاق وغيره:

لا بدّ من توافر عدّة شروط لتحقيق الإكراه نصّ عليها الأئمة الأربعة، وهي:

- (١) أن يكون الإكراه من شخص قادر على إيقاع ما هُدّد به، ولا يشترط أن يكون متغلباً بسلطة أو سلاح كاللص وقاطع الطريق عند الملكية^(٢) والشافعية^(٣) ومن ذلك قول المرأة لزوجها: **طلقني وإلا قتلتك مثلاً أو أتلفت مَالَك**، وغلب على ظنه أنها تفعل ذلك، فالإكراه واقع، خلافاً للحنفية^(٤) — فيما يؤثر به الإكراه عندهم — والحنابلة^(٥) الذين اشترطوا ذلك، والراجح الأول لوقوع الإكراه ممن لا غلبة له، كما في المثال السابق.
- (٢) أن يغلب على ظن المكره وقوع ما هُدّد به إن لم يفعل، ويكفي في ذلك غلبة الظن ولا يشترط التيقن.

(٣) أن يعجز المكره عن دفع ما هُدّد به بهروب أو مقاومة أو استغاثة باللجوء.

(١) أحكام الإكراه وتطبيقاته في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة مع القانون للدكتور تيسير محمد برمّو: ١١٦

(٢) **انظر** المدونة، للمالك ابن أنس الأصبحي (ت ١٧٩هـ) دار الكتب العلمية ط: الأولى ١٤١٥هـ ١٩٩٤م: ٢/٤٣٦

(٣) حاشية الجمل للعجيلي: ٤/٣٢٥

(٤) العناية شرح الهداية للبايزي: ٩/٢٣٣

(٥) المغني لموفق الدين عبد الله بن أحمد الشهير بابن قدامة المقدسي (ت ٦٢٠هـ) مكتبة القاهرة ١٣٨٨هـ ١٩٦٨م

(د.ط): ٧/٣٨٤. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف لعلاء الدين أبو الحسن المرادوي (ت ٨٨٥هـ) دار إحياء

التراث العربي. ط: ثانية (د. ت): ٨/٤٣٩

٤) أن يكون الإكراه ملجئاً: والإلجاء: ألجأه إلى كذا اضطره إليه وأحوجه .. ألجأك أحوجك إلى أن تفعل فعلاً تكرهه. ^(١)

قسم الحنفية الإكراه إلى قسمين: ملجئ وغير ملجئ، خلافاً للجمهور الذين عدّوه نوعاً واحداً.

فالإكراه الملجئ عند الحنفية ^(٢) يكون بفوات النفس أو العضو، وهذا معدّم للرضا مفسد للاختيار، أما غير الملجئ يكون بحبس أو قيد أو ضرب، وهذا معدّم للرضا غير مفسد للاختيار، أما جمهور المالكية والشافعية والحنابلة فاعتبروا كلا هذين القسمين إكراهاً ملجئاً، فمعنى الإلجاء عندهم أعم، وبوجوده يتحقق الإكراه في نفس المكروه فيضطر إلى الإتيان بما أكره عليه، وإذا تحقق ذلك زال الرضا والاختيار، وإذا لم يتحقق فلا يسمى إكراهاً، لكنهم اختلفوا فيما يتحقق به الإكراه الملجئ:

فعند المالكية ^(٣) يكون بحصول الخوف المؤلم في نفس المكروه سواء بقتل أو ضرب ولو قليل، أو السجن ظلماً أو القيد ولو لم يطل، وفي الصنف الكثير لأصحاب المروءة وغيرهم، وسواء كان الصنف في الملاء أو في الخلوة، أما الصنف القليل فيتحقق به الإكراه لأصحاب المروءة دون غيرهم في حال كان أمام الملاء، أما في الخلوة فليس بإكراه، وأخذ المال أو إتلافه يكون إكراهاً إن كثر، وإلا فليس بإكراه وهي رواية ابن الماجشون. ^(٤)

^(١) تاج العروس لمرتضى الزبيدي: مادة (الجأ) ١/٤١٩

^(٢) شرح التلويح على التوضيح لمثن التنقيح في أصول الفقه، للإمام سعد الدين بن مسعود بن عمر التفتازاني (ت:

٧٩٢هـ) تحقيق خيرى سعيد، المكتبة التوقيفية: ٢/٥٤٩

^(٣) انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير محمد بن أحمد بن محمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت ١٢٣٠هـ) دار

الفكر (د. ط) (د. ت): ٢/٣٦٨

^(٤) هو عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله ميمون، وقيل دينار ابن الماجشون أبو مروان القرشي التيمي المنكدرى مولاهم الأعمى الفقيه المالكي، تفقه على الإمام مالك وعلى والده عبد العزيز، وقيل: إنه عمي آخر عمره، وكان من

الفصحاء، توفي بالمدينة ٢١٢هـ وروى له النسائي وابن ماجه، الوافي بالوفيات للصفدي: ١٩/١٢٠

وعند الشافعية^(١) يحصل الإكراه الملجئ بالضرب الشديد أو الحبس الطويل أو إتلاف المال عاجلاً، ويختلف الإكراه باختلاف الأشخاص، فما يكون إكراهاً بحق شخص قد لا يكون إكراهاً في حق آخر، فالضرب اليسير إكراه لذوي الوجاهة، وإتلاف خمسة دراهم إكراه للفقير دون الغني.

وذهب الحنابلة^(٢) إلى أن الإكراه لا يتحقق إلا إذا ناله شيء من العذاب المؤلم والضرر الكثير، كالضرب والخنق والحبس وأخذ المال الكثير، بخلاف السب والشتم وأخذ المال القليل فليس بإكراه؛ لأنَّ الضرر الواقع به يسير.

ولكن هل التوعد بالعذاب أو ما يسمى بالإكراه المعنوي يشكل إكراهاً ملجئاً؟

- الإكراه المعنوي: هو التهديد بالقتل أو الحبس أو إتلاف المال وغير ذلك مما يحدث ضرراً بالغاً في حال نَقْذ المَكْرَه ما تَوَعَد به، وسمّاه القانون إكراهاً معنوياً وعَرَفَه بأنه: " ضغط أو تهديد يوجه إلى الشخص فيخلق فيه حالة نفسية من الخوف والفرع، فيُقدّم على ارتكاب جريمته ليدفع عن نفسه خطر هذا الضغط أو التهديد".^(٣)

وقد اختلف الفقهاء في حكمه، فذهب المالكية^(٤) إلى أن التوعد بالعذاب يكون إكراهاً بشرط أن يحدث خوفاً مؤلماً للمكروه، أما الشافعية^(٥) فلم يعدّوا الوعد بالقتل أو الضرب بعد حين إكراهاً؛ لأنَّه يمكنه التخلص منه بالالتجاء للسلطان، وعند الحنابلة^(٦) روايتان عن

(١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (المتوفى:

١٠٠٤هـ) دار الفكر، بيروت الطبعة الأخيرة ١٤٠٤هـ ١٩٨٤م: ٦/٤٤٧

(٢) الإنصاف للمرداوي: ٨/٤٤١

(٣) قانون العقوبات القسم العام للدكتور عبود السراج، جامعة دمشق: ٤٢

(٤) انظر حاشية الدسوقي: ٢/٣٦٨

(٥) انظر مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج لشمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني (ت ٩٧٧هـ) دار

الكتب العلمية. ط: أولى ١٤١٥هـ ١٩٩٤م: ٤/٤٧١

(٦) انظر كشف القناع عن متن الإقناع لمنصور بن يونس البهوتي (ت ١٠٥١هـ) دار الكتب العلمية: ٢٣٥ / ٥

الإمام أحمد^(١) والمعتمد في المذهب تحقق الإكراه بالتهديد، ولو لم ينله شيء من العذاب، وهو الراجح، لأنَّ التهديد بالقتل أو الضرب قد يحدث خوفاً وألماً في نفس المكروه أكبر مما لو وقع عليه ما هُدد به.

- كما حصل اختلاف للفقهاء في الإكراه بالغير أو ما يسمى بالإكراه الأدبي، وهو الذي يعدم تمام الرضا ولا يعدم الاختيار، كالتهديد بحبس أحد الأصول أو الفروع أو الأخ أو الأخت ونحوهم.^(٢)

فإن هُدد بقتل ولده وإن سفل أو أبيه وإن علا، مثل: طلق زوجتك وإلا قتلت والدك أو ولدك، فهو إكراه في مذهب المالكية^(٣) والشافعية^(٤) لأنَّ البعضية بينهم تقتضي التماثل في الأحكام، واقتصر المالكية على الأصول والفروع، وما سواهم لا يكون إكراهاً كالأخ والعم، أما عند الشافعية فإن كان غير ذي رحم محرم كالأجنبي أو رحم غير محرم كابن العم وابن الخال فلا يتحقق الإكراه بالتهديد بقتل أحدهم، أما إن كان ذو رحم محرم كالأخوة والأعمام

(١) الإمام أحمد بن محمد بن حنبل ابن هلال بن أسد الشيباني المروزي أبو عبد الله، ولد سنة ١٦٤هـ، إمام في الحديث والفقه والورع والزهد، وأحد الأئمة الأربعة، ثقة وحجة، حفظ ألف ألف حديث، وكان من خواص أصحاب الشافعي، وكان الشافعي يأتيه إلى منزله، توفي ٢٤١هـ. شذرات الذهب في أخبار من ذهب عبد الحي بن أحمد بن محمد ابن العماد العكري الحنبلي، أبو الفلاح (ت: ١٠٨٩هـ) تحقيق: عبد القادر الأرناؤوط، دار ابن كثير دمشق - بيروت ط: أولى ١٤٠٦هـ ١٩٨٦م: ١٨٥. ٣/١٨٨

(٢) انظر التاج والإكليل شرح مختصر خليل لمحمد بن يوسف العبدري الغرناطي أبو عبد الله المواق المالكي (ت ٨٩٧هـ) دار الكتب العلمية، ط: أولى ١٤١٦هـ ١٩٩٤م: ٣١٢. ٥. نهاية المحتاج للرملي: ٤٧٢/٦. كشف القناع للبهوتي: ٥/٢٣٦

(٣) حاشية الدسوقي: ٢/٣٦٨

(٤) مغني المحتاج، للشربيني: ٤/٤٧٢

والأحوال فهناك قولان، القول الأول: يكون إكراهاً قياساً على الوالدين، والقول الثاني: ليس بإكراه لعدم وجود البعضية بينهم فأشبهوا الأجانب.^(١)

وعند الحنابلة^(٢) من أكره بقتل ولده يكون إكراهاً وقيل: لا، لأنَّ الضرر لاحق بغيره، والأول هو الصحيح في المذهب؛ وذلك لأنَّ إيذاء الولد أشدَّ على نفسه من الضرر اللاحق به.

وورد في المذهب الحنبلي^(٣) تعدية الحكم إلى الوالد إضافة إلى كل من يشق عليه إيذاؤه ويلحقه الهم والحزن من لحوق الضرر به كالزوجة والصدیق، وبناء على هذا فإنَّ قول الزوجة لزوجها: طلقني وإلا قتلت نفسي يعتبر إكراهاً لا يقع معه طلاق.

وإذا كان المكره الولد أو الأب، كأن يقول الأب لولده أو الابن لأبيه: طلق زوجتك وإلا قتلت نفسي، فلا يقع الطلاق عند الأذرعی^(٤) لأنَّ الزوج لو هُدد بقتل أبيه أو ولده يكون مكرهاً.^(٥)

والراجح قول الحنابلة بتحقيق الإكراه بكل من يشق عليه إيذاؤه كالزوجة والصدیق؛ لأنَّ الإلجاء يكون بحصول الخوف في نفس المكره، وهذا كما يتحقق بإيذاء المحارم يتحقق أيضاً

(١) انظر حاشية الرملي الكبير، لشهاب أحمد الرملي، طبع بهامش أسنى المطالب شرح روض الطالب لتركيا الأنصاري دار الكتاب الإسلامي (د. ط) (د. ت): ٣/٢٨٣. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي لأبي الحسن علي بن محمد الشهير بالماوردي (ت ٤٥٠هـ) دار الكتب العلمية بيروت. ط: الأولى ١٤١٩هـ ١٩٩٩م: ١٠/٢٣٢

(٢) انظر المغني لابن قدامة: ٧/٣٨٤. الإنصاف للمرداوي: ٨/٤٤١

(٣) الإنصاف، للمرداوي: ٨/٤٤١

(٤) أبو العباس أحمد بن حمدان بن عبد القادر بن عبد الغني الأذرعی الشافعي، من كبار فقهاء الشافعية، ولد بأذرعان الشام سنة ٧٠٧هـ وتفقه بدمشق قليلاً، وناب في بعض التّواحي في الحكم، ثم تحوّل إلى حلب وناب في الحكم بها، ثم ترك ذلك، وأقبل على الاشتغال والتصنيف والتدريس، وكان سريع الكتابة، صادق اللهجة، شديد الخوف من الله تعالى، قدم القاهرة وأخذ عنه بعض أهلها، ثم رجع وتوفي في حلب سنة ٧٨٣هـ من تصانيفه القوت على المنهاج والغنية والفتح بين الروضة والشرح. شذرات الذهب ابن العماد: ٤٧٩. ٨/٤٨٠

(٥) مغني المحتاج للشربيني: ٤/٤٧٢

بالخوف على بعيد القرابة أو الأجنبي، وذلك يختلف باختلاف الناس فقد يوجد همّ بالخوف على الأجنبي ولا يوجد على القريب.

أما فيما يتحقق به الإلجاء فالأولى أن يترك تقديره للقاضي؛ لأنّ تأثيره على نفس المكره مما يختلف باختلاف الأشخاص والمكان والزمان.

ب - شرط تحقق الإكراه على الطلاق:

يشترط ليتحقق الإكراه ألا يكون الزوج مريداً للطلاق، وهنا بحث المالكية والشافعية والحنابلة في أمرين:

الأول: التّورية: وهي لغة: من وّرِي، أخفاه وستره وأظهر أنه يريد غيره.^(١) واصطلاحاً: أن تُطْلَق لفظاً ظاهراً في معنى وتريد به معنى آخر يتناوله ذلك اللفظ لكنّه خلاف ظاهره.^(٢)

اتجه الفقهاء في التورية إلى قولين:

ذهب المالكية^(٣) والشافعية^(٤) في قول إلى أن المكره إن تركها مع معرفته بها يقع طلاقه؛ إذ تركه لها مع علمه بها دليل على إرادته الطلاق، كأن يقول المكره على الطلاق: هي طالق، ويقصد من وثاق، فإن لم ينو ذلك مع معرفته بها وقع طلاقه، أما إن تركها لعذر كدهشته بالإكراه فلا يقع طلاقه.

(١) تاج العروس، للزبيدي مادة (وري) ٤٠/١٩١

(٢) القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً المحامي سعدي أبو جيب: ٣٧٩

(٣) التاج والإكليل للمواق: ٥/٣١٢ .

(٤) حاشية الجمل للعجيلي: ٤/٣٢٣

وذهب الشافعية^(١) في الصحيح عندهم إلى عدم اشتراط التورية؛ لأنه مجبر على اللفظ ولا نية له، وقال الحنابلة: ^(٢) ينبغي على المكره التأويل وأن ينوي بقلبه غير امرأته خروجاً من الخلاف، لكن إن ترك التورية بلا عذر فلا يقع طلاقه.

الثاني: مخالفة المكره عليه أو ظهور اختيار المكره للطلاق: فإن اختار الزوج الطلاق بأن خلصت نيته في إيقاعه يقع طلاقه باتفاق المالكية والشافعية والحنابلة،^(٣) وذكر المالكية أن المكره إذا أجاز الطلاق في الأمن بعد زوال الإكراه وقع طلاقه.^(٤)

ومما يدل أيضاً على ظهور اختياره مخالفة المكره عليه، سواء كانت المخالفة مغايرة لما أكره عليه كمن أكره على طلاق الأولى فطلق الثانية، أو أكره على الكناية فطلق صريحاً، أو أكره على التنجيز فعلق، أو كانت المخالفة بالزيادة أو بالنقصان، كالذي أكره على طلاق واحدة فطلق ثلاثاً أو العكس، فالطلاق واقع في هذه الصور وفي كل مخالفة تشعر بظهور اختياره ورضاه، وهذا ما ذهب إليه الشافعية،^(٥) وفي المذهب الحنبلي^(٦) تتحقق المخالفة بالمغايرة والزيادة فقط، أما بالنقصان فلا يكون مخالفاً؛ لأنه أتى ببعض المكره عليه رجاء التخلص مما لحق به بأقل ضرر ممكن، ولم يشترط المالكية^(٧) عدم المخالفة بالإكراه واقع وإن خالف؛ لأن المكره مسلوب الاختيار فأشبه المجنون.

(١) مغني المحتاج للشريبي: ٤/٤٧١

(٢) كشف القناع للبهوتي: ٥/٢٣٦

(٣) انظر حاشية الدسوقي: ٢/٣٦٧. حاشية الجمل للعجيلي: ٤/٣٢٥. الإنصاف للمرداوي: ٢/٤٤٢

(٤) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد المعروف بالخطاب الرعيني المالكي

(ت ٩٥٤ هـ) دار الفكر. ط: الثانية ١٤١٢ هـ ١٩٩٢ م: ٤/٤٨

(٥) انظر حاشية الجمل للعجيلي: ٤/٣٢٥. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، للماوردي: ١٠/٢٣٤

(٦) المغني لابن قدامة: ٧/٣٨٤

(٧) انظر حاشية الدسوقي: ٢/٣٦٧

- الخلاصة: يتحقق الإكراه بالأمور التالية:

١. أن يغلب على ظن المكره أن المكره قادر على إيقاع ما هدد به.
٢. عجز المكره عن دفع ما هدد به.
٣. أن يكون الإكراه ملجئاً، ويتحقق الإلجاء بكل ما يحدث ضرراً غير قابل للاحتمال في نفس المكره أو ماله أو أهله أو كل من يلحقه ضرر بإيذائه.
٤. ألا تخلص نية المكره في إيقاع الطلاق، ولا يخالف ما أكره عليه زيادة أو مغايرةً.

ثانياً. حكم طلاق المكره عند الإنكار:

إن ادعى الزوج الإكراه على الطلاق، وعجز عن إحضار البينة، وأنكرت الزوجة أنه كان في حالة إكراه، فالقول للزوج مع يمينه إن وجدت قرينة تؤكد حدوث الإكراه كالحبس أو آثار تعذيب، وإن لم توجد قرينة فالطلاق واقع.^(١)

ثالثاً. موقف محكمة النقض الشرعية من شروط الإكراه:

إن اقتصر قانون الأحوال الشخصية على حكم الإكراه على الطلاق دون التعرض لشروطه التي بينها الفقهاء قد يؤدي إلى إغفالها وعدم الوقوف عندها والاكتفاء بإقرار الزوجين وتصادقهما على وقوع الإكراه، والخلط بين الإكراه المؤثر على الإرادة والاختيار وبين الضغوط التي لا عبرة بها في تغيير الحكم.

حيث يجب على القاضي التحقق من ثبوت الإكراه، وهل حقق خطراً محدقاً أثر في نفس المكره وإرادته؟ وهل المكره قادر على إيقاع ما هدد به؟ وهل المكره عجز عن دفعه؟ وأن يتبين من صيغة الطلاق التي تلفظ بها المكره هل وافقت ما أكره عليه أم خالفته؟.

^(١) مغني المحتاج للشريبي: ٤/٤٧٢

وإغفال هذا قد يؤدي إلى القول بعدم وقوع الطلاق حيث لا إكراه معتبر، ويجعل الحكم لا سند له في الشرع، وهو من مسائل الحل والحرمة، وكل ذلك لم يكن واضحاً في بعض القرارات التي قضت بعدم وقوع الطلاق للإكراه ومنها الاجتهاد التالي:

" وحيث أنّ الطرفين الزوجين قد أقرّا بوقوع الإكراه، وحيث أنّ تعليل المحكمة بأنّ إرادة الطرفين كانت حرة هو تعليل غير سديد؛ لأنّ أهل الزوجة بإمكانهم ممارسة الضغط والإكراه على ابنتهم الزوجة خارج المحكمة، وهي إن لم تفعل تعرض نفسها للأذى والضرر، وقد تصادق الطرفان على وقوع الإكراه، مما يجعل أسباب الطعن تنال من القرار المطعون فيه وهو مستوجب النقض، وبما أن الإكراه ثابت بإقرار الزوجين والمرء مؤاخذ بإقراره، وحيث أنه لا يقع طلاق المكره وفقاً لما نصت عليه المادة ٨٩ أحوال شخصية؛ لأنّ المكره على التصرف يفعل ذلك دفاعاً عن نفسه ولا يعبر تعبيراً صادقاً عن نفسه، لذلك تقرر بالأكثرية : ١. قبول الطعن شكلاً . ٢. قبول الطعن موضوعاً ونقض الحكم المطعون فيه " (١)

وفي اجتهاد آخر: " المحكمة استمعت لإفادة المدعى عليها فقالت: بأنّ والدها قد ضغط عليها للانفصال عن زوجها بسبب علاقة مادية بينهما، وأفاد الشهود أنّ المدعى تعرض للضغوط من ذويه ومن ذوي المدعى عليها، وحيث أنّ الإكراه ينفي وقوع الطلاق أصلاً وذلك بنص المادة ٨٩ أحوال شخصية، وعملاً بقول رسول الله ﷺ: «تجاوز الله عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»، (٢) فهل بعد ذلك قول لقاضي بعدم وقوع طلاق المكره، وبالتالي لا عودة للمطلقة إلى عصمة مطلقها لعدم وقوع الطلاق أصلاً " . (٣)

(١) أساس ٥٣٩. قرار ٥٥٢. تاريخ ٧/٢١/٢٠١٤ م سجلات محكمة النقض.

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرک على الصحيحين من رواية ابن عباس، كتاب الطلاق (٢٨٠١) وقال عنه: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه: ٢/٢١٦

(٣) أساس ٨٦٥. قرار ٨١٠. تاريخ ١٠/٢/٢٠١٥ م سجلات محكمة النقض.

فهذان الاجتهادان يفيدان اكتفاء المحكمة باعتبار الضغط محققاً للإكراه دون أن تتبيّن نوع الضغط وهل كان ملجئاً، وهل عجز المكره على التخلص منه ؟ كما لم تسأل المحكمة عن نية المكره هل خلصت في إيقاع الطلاق أم لا ؟ وغير ذلك من الشروط التي غابت عن الاجتهاد، واكتفت المحكمة بإقرار الزوجين بحصول الإكراه دون أن تتحقق بنفسها منه.

ولكن حسناً ما ذهبت إليه بعض الاجتهادات من عدم اعتبار ذلك الإكراه مؤثراً بعد مضي مدة على الطلاق دون الادعاء ببطلانه أو مراجعته للزوجة أو التصريح بعدم رضاه بالطلاق، مما يدل على رضا الزوج ضمناً، وأشار إلى هذا المالكية من أن الزوج لو أجاز الطلاق بعد زوال الإكراه يقع طلاقه،^(١) فالإجازة قد تكون باللفظ الصريح، وقد تُعرف بدلالة الحال، إلا أن الاجتهاد لم يحدد مدة يلزم فيها الزوج أن يتقدم خلالها لإبطال الطلاق، وتكمن أهمية المدة في ضمان استقرار حال الزوجة، وهو ما نصّ عليه الاجتهاد التالي:

" لما كانت المحكمة قد أعطت المدعي شهراً آملاً بالصلح وليراجع نفسه ولتبيد حالة الإكراه والضغط فيما لو كانت موجودة لديه ومع ذلك أصرّ على الطلاق، ولما كانت الأسباب التي أسّس المدعي دعواه عليها لا تنطبق وأحكام المادة / ٨٩ / أحوال شخصية مما يستوجب رد الدعوى، وكان هذا التعليل التي عللت به المحكمة قرارها صحيحاً وسديداً، وكان ما تمسّك به الطاعن من إكراه على فرض ثبوته لا يتفق مع الإكراه المعروف فقهاً وقانوناً، كما تجدر الإشارة إلى أنّ الفترة الواقعة ما بين تاريخ طلاق الطاعن للمطعون ضدها وهو ٢٠١٢/٩/٢٠م وما بين إقامة الطاعن دعواه بإبطال وثيقة الطلاق وذلك بتاريخ ٢٠١٥/٥/٧م وهو ما يقارب الثلاث سنوات !!! مما يجعل القرار الطعين قد جاء في محله القانوني ولا تنال منه أسباب الطعن وهي مستوجبة للرد ".^(٢)

(١) مواهب الجليل للحطاب: ٤/٤٨

(٢) أساس ٨١٧. قرار ٨٥٠. تاريخ ٢٠١٥/١١/٢م سجلات محكمة النقض.

وبناء على ما سبق أقترح إضافة نص لقانون الأحوال الشخصية السوري _ علاوة على ما هو مقرر في حكم طلاق المكره _ يبين شروط الإكراه، ويضيف على الشروط التي ذكرها الفقهاء اشتراط مبادرة الزوج لرفع الدعوى ببطلان وثيقة الطلاق الواقع في حالة الإكراه فور زوال التهديد وارتفاع الإكراه عنه ليكون المقترح كالتالي:

● " يتحقق الإكراه بالأمور الآتية:

١. أن يغلب على ظن المكره أن المكره قادر على إيقاع ما هُدد به.
 ٢. عجز المكره عن دفع ما هُدد به.
 ٣. أن يكون الإكراه ملجئاً، ويتحقق الإلجاء بكل ما يحدث ضرراً غير قابل للاحتمال في نفس المكره أو ماله أو أهله أو كل من يلحقه ضرر بإيذائه.
 ٤. ألا تخلص نية المكره في إيقاع الطلاق، ولا يخالف ما أكره عليه زيادة أو مغايرة.
- يقع طلاق الزوج المكره إن أجازه بعد زوال الإكراه، أو لم يبادر برفع دعوى بطلان الطلاق فور زوال التهديد.

المطلب الثاني: طلاق المسحور

يتفق السحر مع الإكراه في فساد الإرادة والاختيار فكل من المسحور والمكره لا يقصد الطلاق ولا يريد، فهل يمكن قياس طلاق المسحور على طلاق المكره؟

السَّحَرُ فِي اللُّغَةِ: سَحَرَهُ يَسْحَرُهُ سَحْراً وَسِحْراً، جمع أسْحار، والسَّحَرُ الْأَخْذُ التي تأخذ العين حتى يُظَن أن الأمر كما يُرى وليس الأصل على ما يُرى، وكلُّ ما لطف مأخذه ودَقَّ فهو سحر، وهو عملٌ تُقَرَّب فيه إلى الشَّيْطَان وبمَعُونَةٍ منه.^(١)

وفي الاصطلاح: الاستعانة بالشياطين على تحصيل ما لا يقدر عليه.^(٢)

وعرّفه الحنابلة بأنه: " عقد ورقى وكلام يتكلم به ويكتبه أو يعمل شيئاً يؤثر في بدن المسحور أو قلبه أو عقله من غير مباشرة له، وله حقيقة، فمنه ما يقتل وما يُمرض وما يأخذ الرجل عن امرأته فيمنعه وطأها، ومنه ما يفرق به بين المرء وزوجه وما يبغض أحدهما إلى الآخر أو يجب بين اثنين".^(٣)

حقيقة السحر: والسحر له حقيقة وتأثير في البدن وإحداث الضرر عند الحنفية^(٤) والمالكية^(٥) والشافعية^(٦) والحنابلة.^(٧)

(١) لسان العرب لابن منظور مادة (سحر) ٤/٣٤٨

(٢) معجم لغة الفقهاء قلعجي وقنيبي: ٢٤٢

(٣) الشرح الكبير على متن المقنع عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين (ت: ٦٨٢هـ) دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع: ١٠/١١٢

(٤) انظر فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (ت ٨٦١هـ) دار الفكر، (د.ط) (د.ت): ٦/٩٩

(٥) انظر التاج والإكليل للمواق: ٨/٣٣٠

(٦) روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ) تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط: الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م: ٩/٣٤٦

(٧) انظر الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة: ١٠/١١٢

واستدلوا على أن للسحر حقيقة بقوله تعالى: ﴿قُلْ أَعُوذُ بِرَبِّ الْفَلَقِ مِنْ شَرِّ مَا خَلَقَ وَمِنْ شَرِّ غَاسِقٍ إِذَا وَقَبَ وَمِنْ شَرِّ النَّفَّاثَاتِ فِي الْعُقَدِ﴾ [الفلق: ١ - ٤]، فلولا أن للسحر حقيقة لما أمر بالاستعاذة منه.^(١)

حكمه: يكفر معتقد إباحته عند الحنفية^(٢) والشافعية^(٣) وعند المالكية^(٤) تعلم السحر وتعليمه كفر وإن لم يعمل به، لما فيه من تعظيم الشياطين، وقال الحنابلة: ^(٥) يكفر بتعليمه وفعله سواء اعتقد تحريمه أو إباحته.

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَاتَّبِعُوا مَا تَتْلُو الشَّيَاطِينُ عَلَىٰ مُلْكٍ سُلَيْمَانَ وَمَا كَفَرَ سُلَيْمَانُ وَلَكِنَّ الشَّيَاطِينَ كَفَرُوا...﴾ [البقرة: ١٠٢]، أي ما كفر سليمان بعمل السحر وكفرت الشياطين بالسحر وتعليمه، فهذا يدل على أن السحر كفر.^(٦)

حكم طلاق المسحور:

انفرد الحنابلة بالقول بأن طلاق المسحور كطلاق المكره في الحكم.

وللسحر أنواع، فإما أن يكون الغرض من ورائه التفريق بين الزوجين أو لا، وذكر الحنابلة نوعين من حالات السحر التي تؤثر في طلاق المسحور:

١. سحر التفريق ويكون عند ظهور بغض شديد وكراهية للزوجة ثم يصدر منه الطلاق بغير اختياره، فهذا النوع جعله الحنابلة من طلاق المكره، بل هو أولى بعدم الوقوع؛

^(١) المغني لابن قدامة: ٩/٢٩

^(٢) فتح القدير لابن الهمام: ٦/٩٩

^(٣) مغني المحتاج للشريني: ٥/٣٩٤

^(٤) الشرح الكبير للدردير: ٤/٣٠٢

^(٥) كشاف القناع للبهوتي: ٦/١٨٦

^(٦) تفسير آيات الأحكام محمد علي السائيس، عبد اللطيف السبكي، محمد إبراهيم كرسون، دار ابن كثير دمشق.

بيروت، دار القاري دمشق. بيروت، ط: الثالثة ١٤٢٠ هـ ١٩٩٩ م: ١/٧٥

لأن المسحور ليس فقط فاقد الاختيار، إنما هو غير مدرك لحقيقة تصرفه وقد لا يذكره بعد زوال السحر.^(١)

٢. أن يكون السحر قد ذهب بعقله فجعله كالمجنون، فلا يقع طلاقه، أما إذا لم يصل به السحر إلى سلب الإرادة فهنا يقع الطلاق كالمكلف المختار،^(٢) وهذا النوع لا يشترط أن يكون الغرض منه التفريق، إنما المقصود أن يكون السحر ذهب بعقله وإدراكه حتى أصبح كالمجنون.

ويمكن مناقشة ما ذهب إليه الحنابلة بأنه يصعب معرفة وجود سحر التفريق وتمييزه عن الحسد أو الأمراض النفسية كالوسواس، كما أن القول بعدم وقوع طلاق المسحور يؤدي إلى ادعاء الناس السحر، إما عمداً لأجل فتوى الطلاق، أو توهماً بوجوده، لذلك الأولى عدم اعتبار سحر التفريق من الإكراه، أما إذا أذهب السحرُ العقلَ فالطلاق لا يقع، لا بسبب السحر، بل لأن من شروط المطلق العقل، وفاقد العقل لا يقع طلاقه.

فإذن لا يمكن تفسير سكوت نص القانون عن تفصيل حالات الإكراه بأنها تشمل طلاق المسحور سحر التفريق لصعوبة معرفة وجود السحر وإنما يعتبر من ذلك ما أفقد العقل وهو موجود بصريح نص القانون.

^(١) انظر الإنصاف للمرداوي: ٨/٤٤١

^(٢) كشاف القناع للبهوتي: ٥/٢٣٦

المطلب الثالث: طلاق الغضبان

نص قانون الأحوال الشخصية على حكم طلاق الغضبان الذي فقد تمييزه من الغضب من خلال تعريف المدهوش في الفقرة الثانية من المادة / ٨٩ / " ٢ _ المدهوش من فقد تمييزه من غضب أو غيره فلا يدري ما يقول " حيث جعل حالة الغضب التي يصل فيها الشخص لعدم التمييز نوعاً من أنواع الدهش، ورغم أن القانون أخذ عدم وقوع طلاق المدهوش من المذهب الحنفي إلا أن هذا المذهب فسر المدهوش بمن أصابه وَلَه أو فرح شديد فذهب عقله حياءً أو خوفاً،^(١) ولم يجعل من فقد تمييزه من الغضب مدهوشاً إنما أعطاه حكماً مختلفاً عن المدهوش وكذا بقية المذاهب، فعند إطلاق الغضب لا يدخل فيه من فقد تمييزه بسبب الغضب، إنما اعتبروا هذا الأخير قسماً من أقسام الجنون، وفي ذلك يقول ابن نجيم:^(٢) " أراد بالجنون من في عقله اختلال فيدخل المعتوه والمدهوش .. المدهوش من ذهب عقله من ذهل أو وله لا مطلق التحير ... أو ذهب عقله من التحير فيكون نوعاً من الجنون ".^(٣) المراد بهذا النص أن المدهوش لا يدخل فيه الغضب.

أما ما ذكره القانون فهو آخر درجات الغضب التي ذكرها ابن القيم^(٤) وهي حالة ينذر وقوعها،^(٥) ثم خلط القانون في هذه المادة بين المدهوش وآخر مراحل الغضب وسكت عن

^(١) رد المختار على الدر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين لمحمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين (ت ١٢٥٢هـ) دار الفكر بيروت . ط: ثانية ١٤١٢هـ ١٩٩٢م: ٣/٢٤٣

^(٢) زين الدّين بن إبراهيم بن محمد بن محمد الشهير بابن نجيم الحنفي، قال ولده الشيخ أحمد: هو الإمام العلامة البحر الفهامة، وحيد دهره، وفريد عصره، كان عمدة العلماء العاملين، وقدوة الفضلاء الماهرين، وختام المحققين والمفتين، توفي سنة ٩٧٠هـ، من كتبه شرح المنار والأشباه والنظائر. شذرات الذهب لابن العماد: ١٠/٥٢٣

^(٣) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم المصري دار الكتاب الإسلامي . ط: ثانية (د . ت) : ٣/٢٦٨

^(٤) شمس الدّين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب الزّرعي ثم الدمشقي الفقيه الحنبلي ولد في دمشق ٦٩١هـ لازم الشيخ تقي الدين وأخذ عنه وكان عارفاً بالتفسير وأصول الدين، وبالحديث ومعانيه، من تصانيفه إعلام الموقعين والطرق الحكيمة وزاد المعاد وغيرها، توفي بدمشق سنة ٧٥١هـ. شذرات الذهب لابن العماد: ٢٨٧. ٢٨٨. ٢٨٩/٨

^(٥) انظر شرح قانون الأحوال الشخصية السوري أ. د عبد الرحمن الصابوني: ٢/٤١

حكم الطلاق في درجات الغضب الأخرى أو الغضب المعهود لدى الفقهاء، مما أدى إلى التعارض في تفسير حكم الغضب وفي التطبيق القضائي فكان من الضروري تحديد نوع الغضب والتمييز في الحكم بين أنواعه وبيان خلاف الفقهاء في ذلك إذ لا يخلو طلاق من غضب.

أولاً . مذهب ابن القيم:

حدد ابن القيم درجات الغضب التي تعترض الإنسان بثلاث:

القسم الأول: أن يحصل للإنسان مبادئ الغضب وأوائله بحيث لا يتغير عليه عقله ولا ذهنه ويعلم ما يقول وما يقصده ويدرك أثره فهذا لا إشكال في وقوع طلاقه.

القسم الثاني: أن يبلغ به الغضب نهايته، فلا يعلم ما يقول ولا يريده ولا يذكره بعد زوال الغضب، فهذا لا يتوجه خلاف في عدم وقوع طلاقه.

القسم الثالث: من توسط في الغضب بين المرتبتين فتعدى مبادئه ولم ينته إلى آخره ولم يفقد تميزه وإدراكه، فهذا موضع خلاف والأدلة الشرعية تدل — حسب رؤية ابن القيم — على عدم وقوع طلاقه وعقوده التي تتوقف على الاختيار والرضا.^(١)

واستدل ابن القيم بأدلة كثيرة على عدم وقوع الطلاق في الغضب منها:

١ . قوله تعالى: ﴿ لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ ... ﴾ [البقرة: ٢٢٥].

^(١) إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن القيم الجوزية (ت

٧٥١ هـ) المكتب الإسلامي بيروت، ط: الثانية ١٤٠٨ هـ ١٩٨٨ م: ٣٩

ورد عن ابن عباس^(١) في تفسير الآية: لغو اليمين أن تحلف وأنت غضبان^(٢) ويقاس يمين الطلاق على الحلف.^(٣)

ويعترض على هذا الاستدلال بأنّ الطلاق وإن كان بمعنى اليمين إلا أنه بالمعنى الاصطلاحي له ألفاظ مخصوصة تترتب عليها أحكام خاصة تختلف عن حكم اليمين المقصود بالآية، فلا يتحقق قياس الطلاق على الحلف.

٢. حديث عائشة^(٤) رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: « لا طلاق ولا عتاق في إغلاق».^(٥)

وقد فسر الإمام أحمد الإغلاق بالغضب وكذا فسره أبو داود،^(٦) فالإغلاق انسداد باب العلم والقصد عليه، والطلاق لا يقع إلا من قاصدٍ له، وهذا النوع هو فرع من الإغلاق.^(٧)

^(١) عبد الله بن العباس بن عبد المطلب ابن عم رسول الله صلى الله عليه وسلم، حبر الأمة، أمه أم الفضل، ولد قبل الهجرة بثلاث، ودعا له رسول الله أن يفقهه في الدين، قال ابن مسعود: نعم ترجمان القرآن ابن عباس، توفي بالطائف سنة ٦٨ هـ. الإصابة في تمييز الصحابة أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت: ٨٥٢ هـ) دار الكتب العلمية بيروت ط: الأولى ١٤١٥ هـ: رقم الترجمة (٤٧٩٩) ١٢٢. ٤/١٢٦

^(٢) جامع البيان عن تأويل آي القرآن محمد ابن جرير الطبري دار هجر للطباعة ط: أولى ١٤٢٢ هـ ٢٠٠١ م: ٤/٢٦

^(٣) إغائة اللفهان في حكم طلاق الغضبان لابن القيم: ٣٠. رفع الملام عن الأئمة الأعلام ابن تيمية: ٢٧

^(٤) عائشة بنت أبي بكر أم المؤمنين، وأمها أم رومان بنت عامر الكنانية ولدت بعد البعثة بأربع سنين أو خمس، أفقه النساء تزوجها النبي صلى الله عليه وسلم في السنة الثانية للهجرة روت عنه الكثير، توفيت في المدينة سنة ٥٨ هـ لسبع عشر خلت من رمضان. الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر: رقم الترجمة (١١٤٦١) ٢٣١. ٨/٢٣٥

^(٥) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الطلاق باب في الطلاق على غلط (٢١٩٣) ٢/٢٥٨، وقال أبو داود: الغلاق أظنه في الغضب، وأخرجه الحاكم في المستدرک كتاب الطلاق (٢٨٠٢) ٢/٢١٦ واللفظ له، وقال: صحيح على شرط مسلم ولم يخرجه.

^(٦) سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير الأزدي أبو داود السجستاني، إمام أهل الحديث في زمانه أصله من سجستان. ولد سنة ٢٠٢ هـ وتوفي بالبصرة سنة ٢٧٥ هـ، كتب عن النبي صلى الله عليه وسلم خمسمائة ألف حديث، انتخب منها ٤٨٠٠ حديث، جمعها في كتابه السنن وهو أحد الكتب الستة، ذكر فيه الصحيح وما يشبهه ويقاربه.

طبقات الحنابلة أبو الحسين بن أبي يعلى محمد بن محمد (ت: ٥٢٦ هـ) دار المعرفة بيروت: ١٥٩. ١٦٠. ١/١٦١

^(٧) إغائة اللفهان في حكم طلاق الغضبان لابن القيم: ٢٨

ويمكن أن يناقش هذا الاستدلال بأن أكثر الفقهاء فسّروا الإغلاق بالإكراه.^(١)

ولو سلّم بأن المقصود الغضب فإنّ الغضب المسمى بالإغلاق هو الذي يزول معه العقل، فيغلق عليه مداركه لا مجرد الغضب.

٣. حديث عمران بن حصين^(٢) رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: « لا نذر في غضب وكفارته كفارة يمين ». ^(٣)

فإذا كان النذر الذي أثنى الله على من أوفى به وأمر رسوله بالوفاء بما كان منه طاعة قد أثر الغضب في انعقاده لكون الغضبان لم يقصده إنما حمله عليه الغضب، فالطلاق أولى ألا يقع في الغضب. ^(٤)

ويُناقش هذا الدليل بعدم صحة الاستدلال به لضعفه، ففي سنده محمد بن الزبير وهو ضعيف لا يقوم بمثله حجة، ^(٥) ويقول البيهقي^(٦): " هذا الحديث مختلف بإسناده ومتمنه ولا تقوم بأمثاله حجة ". ^(٧)

^(١) انظر فتح الباري شرح صحيح البخاري أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي دار المعرفة بيروت ١٣٧٩هـ: ٩/٣٨٩

^(٢) عمران بن حصين بن عبيد بن خلف بن عبد نهم، روى عن النبي صلى الله عليه وسلم عدة أحاديث، وكان إسلامه عام خير، وغزا عدة غزوات، وكان صاحب راية خزاعة يوم الفتح، أسلم قديما هو وأبوه وأخته، من فضلاء الصحابة، مات في البصرة سنة ٥٢هـ. الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر: رقم الترجمة (٦٠٢٤) ٥٨٤. ٥٨٥/٤

^(٣) أخرجه النسائي في سننه، كتاب الأيمان والنذور، باب كفارة النذر (٣٨٤٢): ٧/٢٨ وقال أبو عبد الرحمن: في سنده محمد بن الزبير وهو ضعيف لا تقوم بمثله حجة.

^(٤) إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان لابن القيم: ٤١

^(٥) السنن للنسائي: ٧/٢٨

^(٦) أحمد بن الحسين بن علي، الحافظ الكبير أبو بكر البيهقي الخسروجردي، ولد سنة ٣٨٤هـ، سمع الكثير ورجل وجمع وحصل وصنف، أخذ علم الحديث عن الحاكم، مات في نيسابور سنة ٤٥٨هـ ونقل جثمانه إلى بلده، من كتبه: السنن الكبرى، والسنن الصغرى، والمعارف والأسماء والصفات. طبقات الشافعية، أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر بن قاضي شهبة (ت: ٨٥١هـ) تحقيق: الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب بيروت ط: أولى ١٤٠٧ هـ: ٢٢٠. ٢٢١/١

^(٧) معرفة السنن والآثار لأبي بكر البيهقي: ٧/٣٣٩

وعلى فرض صحة الحديث فإنه لا يصح قياس الطلاق على النذر فكل منهما أحكامه، ذلك أن النذر يمكن التراجع عنه بالتكفير، أما الطلاق فليس له بدل، وإذا وقع لا يُرفع.

٤. عن عبد الرحمن بن أبي بكرة^(١) قال: كتب أبو بكرة^(٢) إلى ابنه وكان بسجستان بأن لا تقضي بين اثنين وأنت غضبان فيأني سمعت النبي ﷺ يقول: « لا يقضي حكم بين اثنين وهو غضبان».^(٣)

فلولا أن الغضب يؤثر في قصد القاضي وعلمه لم ينه عن الحكم حال الغضب.^(٤) ويرد على هذا الحديث أنه اقتصر على النهي عن القضاء عند الغضب لتأثيره في رؤية القاضي للدعوى مما قد يؤدي إلى الحكم بغير الحق، لكنه لم يبين هل القضاء في حال الغضب نافذ أم باطل؟ وفي مسألة الطلاق في الغضب فإن هذا الحديث لا يدل على وقوعه عند الغضب أو عدم الوقوع.

ثانياً. مذهب الجمهور في طلاق الغضبان:

ذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى عدم وقوع طلاق الغضبان إن فقد تمييزه ووصل به غضبه لزوال العقل؛ إذ أنه أصبح كالمجنون، وزائل العقل لا يقع طلاقه.^(١)

^(١) عبد الرحمن الثقفي تابعي، ولد بعد النبي صلى الله عليه وسلم، وهو أول مولود ولد بالبصرة بعد أن مضت، فأطعم أبوه أهل البصرة جزوراً فكفتهم لقتلهم، وكان ذلك سنة أربع عشرة، روى عنه ابن أخيه ثابت بن عبد الله بن أبي بكرة، وابن سيرين، توفي سنة ٩٦ هـ الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر: رقم الترجمة (٥٧٣٨) ٥/١٧٣

^(٢) نفع بن الحارث بن كلدة بن عمرو بن علاج بن أبي سلمة بن عبد العزى بن غير بن عوف بن ثقيف الثقفي، وهو ممن نزل يوم الطائف إلى رسول صلى الله عليه وسلم من حصن الطائف في بكرة فأسلم وكني أبا بكرة وأعتقه رسول الله صلى الله عليه وسلم، توفي سنة ٥١ هـ بالبصرة. أسد الغابة في معرفة الصحابة، أبو الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن محمد بن عبد الكريم بن عبد الواحد الشيباني الجزري، عز الدين ابن الأثير (ت: ٦٣٠ هـ) تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، ط: أولى ١٤١٥ هـ ١٩٩٤ م: رقم الترجمة (٥٧٣٨) ٦/٣٥

^(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأحكام، باب هل يقضي القاضي أو يفتي وهو غضبان (٧١٥٨) ٩/٥٦

^(٤) إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان لابن القيم: ٤٣

وسئل الشمس الرملي^(٢) عن الحلف بالطلاق حال الغضب الشديد المخرج عن الإشعار هل يقع الطلاق أم لا ؟ وهل يصدق الحالف في دعواه شدة الغضب وعدم الإشعار ؟ فأجاب بأنه لا اعتبار للغضب فيها، نعم إن كان زائل العقل عذر "^(٣).

وجاء في منتهى الإرادات: " لا يقع طلاق من غضب حتى أغمي عليه أو غضب حتى أغشي عليه لزوال عقله فأشبه المجنون "^(٤).

يتبين من هذه النصوص أن عدم وقوع الطلاق ليس بسبب الغضب بل لزوال العقل الذي هو مناط التكليف، فإذا زال عقله سقطت عبارته سواء كان سبب ذلك الغضب أو الدهش أو الجنون.

وهذه هي الحالة الثانية التي ذكرها ابن القيم، والتي نص القانون على عدم وقوع الطلاق فيها، وذكر ابن القيم أنه لا خلاف بين الفقهاء في ذلك؛ إذ أنه أصبح عديم العقل كالمجنون، وزائل العقل لا يقع طلاقه باتفاق الفقهاء.^(٥)

(١) انظر الفتاوى الهندية لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي دار الفكر الطبعة الثانية ١٣١٠هـ: ١/٤٦١ . حاشية

الصاوي: ٢/٥٤٢ . حاشية الجمل العجيلي: ٤/٣٢٤ . حاشية الروض المربع لابن القاسم العاصمي: ٦/٤٩٠

(٢) إدريس بن حمزة بن علي الشامي الرَّمْلِيّ أبو الحُسْن، من أهل الرملة كان فقيهاً فاضلاً فصيحاً عالماً من فحول الأمة، تفقه أولاً ببيت المقدس على الفقيه نصر بن إبراهيم المقدسي ثم ببغداد على الشيخ أبي إسحاق الشيرازي، سكن سمرقند وفوض إليه التدريس لأصحاب الشافعي في مسجد المنارة، توفي سنة ٥٠٤هـ. طبقات الشافعية الكبرى تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (ت: ٧٧١هـ) تحقيق د. محمود محمد الطناحي د. عبد الفتاح محمد الحلو، حجر للطباعة والنشر والتوزيع ط: ثانية ١٤١٣هـ: ٧/٤٠

(٣) إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لأبي بكر محمد بن شطا الدمياطي (ت ١٣٠٢هـ) دار الفكر . ط: أولى ١٤١٨هـ ١٩٩٧م: ٤/٩

(٤) شرح منتهى الإرادات لمنصور ابن يونس البهوتي الحنبلي (ت ١٠٥١هـ) عالم الكتب . ط: أولى ١٤١٤هـ ١٩٩٣م:

٣/٧٤

(٥) إغاثة اللفهان في حكم طلاق الغضبان لابن قيم الجوزية: ٣٩

وذهبوا أيضاً إلى وقوع طلاق من إذا اشتد غضبه إلا أنه لم يصل به الغضب إلى درجة زوال العقل وعدم التمييز، وقد وردت نصوص صريحة في المذهب المالكي والشافعي والحنبلي بوقوع طلاق الغضبان مع شدة الغضب من ذلك: يقول الدسوقي^(١): " يلزم طلاق الغضبان ولو اشتد غضبه خلافاً لبعضهم "^(٢).

وفي فتح المعين: " واتفقوا على وقوع طلاق الغضبان وإن ادعى زوال شعوره بالغضب "^(٣).

ويقول البهوتي:^(٤) " الغضبان مكلف في حال غضبه بما يصدر منه من كفر .. وطلاق لكن إن غضب حتى أغمي عليه لم يقع طلاقه "^(٥).

أما المذهب الحنفي فلم يرد نص صريح بحكم طلاق الغضبان لكن بالنظر لبعض النصوص التي ربطت بين الغضب ووقوع الطلاق الكنائى فهذا يدل على أن طلاق الغضبان واقع دون تفصيل بين أول الغضب وآخره، من ذلك ما جاء في البدائع: " إن قوله خليت في حال

(١) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي من علماء العربية من أهل دسوق بمصر، تعلم وأقام وتوفي بالقاهرة سنة ١٢٣٠هـ، وكان من المدرسين في الأزهر، فريداً في تسهيل المعاني، يفك كل مشكل، ويفتح كل مغلق، من كتبه الحدود الفقهية في فقه الإمام مالك، وحاشية على مغني اللبيب وحاشية على شرح السنوسي لمقدمته أم البراهين. حلية البشر في تاريخ القرن الثالث عشر عبد الرزاق بن حسن بن إبراهيم البيطار الميداني الدمشقي (ت ١٣٣٥هـ) تحقيق: بهجة البيطار، دار صادر بيروت، ط: ثانية ١٤١٣هـ ١٩٩٣م: ١٢٦٢

(٢) حاشية الدسوقي: ٢/٣٦٦

(٣) فتح المعين بشرح قرّة العين بمهمات الدين لزين الدين أحمد بن عبد العزيز بن زين الدين بن علي بن أحمد المعبري المليباري الهندي (ت ٩٨٧هـ) دار ابن حزم. ط: أولى: ٥٠٧

(٤) منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي، شيخ الحنابلة بمصر في عصره نسبة إلى بهوت في غربية مصر، ولد سنة ١٠٠٠ هـ كان حجة في مذهب الإمام أحمد صرف حياته في التدريس وتحرير المسائل الفقهية، من كتبه الروض المربع شرح زاد المستقنع، وعمدة الطالب وغيرها، توفي سنة ١٠٥١هـ. خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر محمد أمين بن فضل الله بن محب الدين بن محمد المحبي الحموي الأصل، الدمشقي (ت ١١١١هـ) دار صادر بيروت: ٤/٤٢٦

(٥) كشف القناع البهوتي: ٥/٢٣٥

الغضب.. يكون طلاقاً.. وحال الغضب ومذاكرة الطلاق دليل إرادة الطلاق ظاهراً، فلا يصدق في الصرف عن الظاهر".^(١)

فهذا النص جعل الغضب دليلاً على وقوع الطلاق، ولم يجعل الغضب رافعاً لحكم الطلاق. وأوضح ما ورد في المذهب الحنفي في بيان وقوع الطلاق في الغضب الشديد ما جاء في الفتاوى الهندية من أن رجلاً طلق امرأته ثلاثاً فشهد عنده عدلان أنك استثنيت موصولاً وهو لا يذكر ذلك، إن كان الرجل في حالة الغضب ويصير بحال يجري على لسانه ما لا يريد ولا يحفظ جاز له أن يعتمد على قولهما.^(٢)

يقول ابن عابدين^(٣) موضحاً المعنى المقصود من النص السابق: "إن المراد من كونه لا يدري ما يقول أنه لقوة غضبه قد ينسى ما يقول ولا يتذكره بعد، وليس المراد أنه صار يجري على لسانه ما لا يفهمه أولاً يقصده؛ إذ لا شك أنه حينئذ يكون في أعلى مراتب الجنون، لكنه لم يتذكر الاستثناء لشدة غضبه مع علمه بأنه طلق وهو قاصد له".^(٤)

فهذا يدل على أنّ الطلاق واقع مع آخر درجات الغضب الشديد في المذهب الحنفي ما لم يذهب الغضب بالفهم والإدراك فيصبح كالجنون.

وهذه هي الحالة الثالثة التي ذكرها ابن القيم واختلف فيها مع الجمهور، وهي حالة من اشتد به الغضب لطول النزاع فجرى الطلاق على لسانه من غير قصد واختيار صحيح مع وعيه لما

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (ت ٥٨٧هـ) دار الكتب العلمية . ط: الثانية ١٤٠٦هـ ١٩٨٦م: ٣/١٠٢

(٢) الفتاوى الهندية لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي دار الفكر . ط: ثانية ١٣١٠هـ: ١/٤٦١

(٣) محمد أمين بن عمر بن عابدين الدمشقي، فقيه الديار الشامية، إمام الحنفية في عصره، والمرجع عند اختلاف الآراء في مصره، ولد سنة ١١٩٨هـ في دمشق وتوفي فيها سنة ١٢٥٢هـ، من كتبه: العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ونسمات الأسحار على شرح المنار والرحيق المختوم وغيرها. حلية البشر في تاريخ القرن الثالث عشر عبد الرزاق البيطار: ١٢٣٠

(٤) حاشية ابن عابدين: ٣/٢٤٤

يقول، لكن غضبه دفعه للتلفظ بالطلاق، فطلاقه صحيح عند الجمهور خلافاً لما ذهب إليه ابن القيم.

أما الحالة الأولى التي ذكرها ابن القيم وهي بداية الغضب، فإنه لا خلاف بينهم في وقوع الطلاق؛ لأنه طلاق واقع ممن يملك قواه العقلية، وهو طلاق في حال القصد والاختيار، ولا طلاق دون غضب، وإذا كان جمهور الفقهاء قد أوقعوا طلاق من اشتد غضبه فوقوعه في بداية الغضب أولى.

ثالثاً. رأي ابن عابدين من الحنفية:

وضع ابن عابدين معياراً للدهش والغضب لم يذكره أئمة المذهب، حيث اكتفى بغلبة الغليان والخلل في أقوال المدهوش والغاضب وأفعاله الخارجة عن إرادته واختلاط الجذ بالهزل دون اشتراط زوال عقله بالكلية، يقول: "والذي يظهر لي أن كلاً من المدهوش والغضبان لا يلزم فيه أن يكون بحيث لا يعلم ما يقول بل يُكتفى فيه بغلبة الهذيان واختلاط الجذ بالهزل... فما دام في حالة غلبة الخلل لا تعتبر أقواله وإن كان يعلمها ويريدها؛ لأن هذه المعرفة والإرادة غير معتبرة لعدم حصولها عن إدراك صحيح كما لا تعتبر من الصبي العاقل".^(١)

بناء على هذا النص يقول الدكتور الصابوني: "ويبدو لي أن طلاق المدهوش عند الأحناف كطلاق الغضبان عند الحنابلة.. ومما يؤيد وجهة نظري أن ابن عابدين وهو يشرح طلاق المدهوش استشهد بابن القيم في شرحه طلاق الغضبان.. وبعد أن ذكر ابن عابدين تقسيم ابن القيم للغضب قال: وهذا الموافق عندنا لما مر في المدهوش"^(٢)، أي أن ابن عابدين رجح قول ابن القيم بعدم وقوع الطلاق في الغضب حسب رأي الدكتور الصابوني.

(١) السابق: ٣/٢٤٤

(٢) مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الرحمن الصابوني دار الفكر ط: الثانية: ١/٣٣٦

والحقيقة أن ابن عابدين بعد أن ذكر تقسيم ابن القيم بيّن أنه منقول من شرح الغاية الحنبلية ثم قال: " أشار في الغاية إلى مخالفته في الثالث حيث قال: ويقع الطلاق من غضب خلافاً لابن القيم " ثم قال بعدها: " وهو الموافق عندنا لما مر في المدهوش " أراد ابن عابدين أن ما ورد في الغاية الحنبلية من مخالفتهم لابن القيم هو الموافق لمذهب الحنفية، وأنّ الغضب يقع طلاقه إلا إذا صار كالمدهوش بأن ذهب عقله، وليس المراد موافقة المذهب الحنفي لابن القيم في طلاق متوسط الغضب، ويدل على ذلك الكلام الوارد بعده في ردّ الاعتراض على عدم مسواة الغضب والمعتوه في الحكم: " يردّ عليه أننا لم نعتبر أقوال المعتوه مع أنه لا يلزم فيه أنه لا يصل إلى حالة لا يعلم فيها ما يقول ولا يريد، وقد يجاب بأن المعتوه لما كان مستمراً على حالة واحدة يمكن ضبطها اكتفي فيه بمجرد نقص العقل، بخلاف الغضب فإنه عارض في بعض الأحوال "،^(١) فهذا الاعتراض والرد عليه دليل على أنّ الطلاق في شدّة الغضب يقع خلافاً لحكم طلاق المعتوه.

ثم أورد بعد ذلك المثال السابق ذكره الذي يؤكد صحة الطلاق في الغضب الشديد في المذهب الحنفي وهو من طلق ثلاثاً وشهد عنده عدلان أنه استثنى موصولاً وهو لا يذكر ذلك، وبيّن أن المعنى المقصود هو حكم الاعتماد على الشهود عند نسيانه للاستثناء.^(٢)

فهذا يدل على أن الطلاق واقع مع الغضب الشديد عنده وهو نوع مخالف للمدهوش، وكل ما أراده ابن عابدين إلحاق الغالب بحكم الكل، والغالب يختلف عن الوسط، أي أن الحالة الوسط للغضبان التي ذكرها ابن القيم (الغضب الشديد) تختلف عن غلبة الهذيان، فالهذيان هو التكلم بكلام غير مفهوم^(٣) وحال من غلب عليه الهذيان يكون قد فقد معظم إدراكه وليس جميعه، ولو صدر منه كلام صحيح المعنى فهو غير معتبر؛ إذ الأصل أن الأقل يتبع

(١) حاشية ابن عابدين: ٣/٢٤٤

(٢) انظر السابق: ٣/٢٤٤

(٣) القاموس الفقهي لسعدي أبو جيب: ٣٦٧

الأكثر والحكم للأغلب،^(١) ويدل على هذا قوله اختلاط الجذ بالهزل، والمقصود بالهزل هنا اضطراب الأفعال والأقوال والتصرف على غير نهج العقلاء، والخلاف بين ابن عابدين وبين الجمهور خلاف لفظي.^(٢)

والراجح مذهب الجمهور من وقوع الطلاق في الغضب الشديد للأسباب التالية:

١. أن الأصل في الطلاق الوقوع متى ما تلفظ به الزوج، وما جاء به ابن القيم من أدلة لا تقوى على إثبات حكم مخالف للأصل لبعد دلالتها على المعنى المراد، فهي ليست نصاً في طلاق الغضبان، وكل ما يمكن أن تدل عليه أن الطلاق في الغضب أمر مذموم، أما وقوعه من عدمه فلا يبدو واضحاً.

٢. الاحتياط في الفروج وتغليب الحرام على الحلال بناء على القاعدة الفقهية المتفق عليها "الأصل في الأبضاع التحريم".^(٣)

٣. الغضب وصف غير منضبط فله عدة درجات من العسير التمييز بينها وإثباتها لما يدخله من الغش والكذب.

رابعاً. اجتهاد محكمة النقض:

١ - حكم وقوع طلاق الغضبان:

اتجهت محكمة النقض الدائرة الشرعية في بعض الاجتهادات إلى إيقاع الطلاق في حالة الغضب طالما توافر الوعي الكامل للزوج مما يتوافق مع مذهب جمهور الفقهاء، خلافاً لابن القيم، يقول الاجتهاد: "وحيث أن اللفظ الصريح في الطلاق لا يحتاج إلى القصد أو النية

^(١) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للدكتور محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر دمشق، ط: ثانية

١٤٢٧ هـ ٢٠٠٦ م: ١/٣٢٥

^(٢) انظر حاشية ابن عابدين: ٣/٢٤٤

^(٣) القواعد الفقهية وتطبيقاتها للزحيلي: ١/١٩٣

في الطلاق المادة /٩٣/ أحوال شخصية، وحيث أنه ثابت من السنة النبوية المطهرة قول الرسول ﷺ: « لا طلاق في إغلاق » والطاعن يُقرّ أنه لم يكن في حالة إغلاق فهو كما يقول: (كنت أعني ما أقول ولم أفقد وعي، وكنت أعني ما أقول)،...وقد أشارت المذكرة الإيضاحية المادة /٩٣/ بينات إلى أن السلطة في تقدير الإقرار تجعل الإقرار القضائي حجة ملزمة للقاضي في سلطة تقديرها، وهذا يتفق مع أحكام القاعدة الفقهية الجليّة: المرء مؤاخذ بإقراره، (المادة ٧٩ من مجلة الأحكام العدلية) وحيث أنّ ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية وقانون البينات، وأن أسباب الطعن لا تنال من الحكم المطعون فيه مما يوجب رد الطعن موضوعاً^(١)

وعلى القاضي الوقوف على الوقائع التي أتاها الزوج حين الطلاق، وسؤال البينة عنها بصورة مفصلة، لمعرفة ما إذا كان غضبه يجعله قريباً من الجنون أم لم يكن كذلك.^(٢)

ومما يؤيد مذهب الجمهور مفهوم الاجتهاد التالي، حيث يظهر فيه تحديد درجة الدهش والغضب بالغلبة لا بفقدان الإدراك بشكل كامل، وعدم وقوع طلاق المدهوش الذي يخلط بين الجذ والهزل متبعاً بذلك ما ذهب إليه ابن عابدين.

" وحيث أن من أسباب الطعن ترد على الحكم الطعين والواجب نقضه وذلك لمخالفته ما نص عليه المشرع السوري في المادة/٨٩/ من قانون الأحوال الشخصية وحيث 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 أو حاجته للتفسير، والقاضي مصدر الحكم رجوع لأقوال غير الراجح من الفقه الحنفي والتي حددت هذه الهيئة مصادرها بالتعامل وهي كتاب الأحكام الشرعية في

(١) أساس /٨٥٩/. شرعي. قرار/٨٥١/ لعام ٢٠١٣ سجلات محكمة النقض

(٢) التذكرة في القضاء الشرعي سؤال وجواب للمحامي سعدي أبو جيب المكتبة القانونية: ٢/٥٤

الأحوال الشخصية لقديري باشا وحاشية ابن عابدين ... إن الذي حققه العلامة ابن عابدين في رد المحتار أن كلاً من المدهوش والغضبان لا يلزم فيه أن يكون بحيث لا يعلم ما يقول بل يكتفي فيه بغلبة الهذيان واختلاط الجد بالهزل .. " (١)

فهذا الاجتهاد بيّن معيار الدهش سواء كان سببه الغضب أو غيره، أما الغضب المعهود لدى الفقهاء فلا يظهر حكمه واضحاً بالوقوع أو عدم الوقوع مع حلف اليمين، إنما يمكن التوصل لحكمه من مفهوم هذا الاجتهاد؛ إذ أن المعيار أو الحد يوضع للتمييز بين حالتين دقيقتين تختلفان في الحكم، وبما أن القانون حدد بداية الدهش بغلبة الخلل كما قال ابن عابدين وعندها يرفع حكم الطلاق، فإن هذا يقتضي أن يكون لما قبل غلبة الخلل — وهي درجة الغضب المتوسط — حكم مختلف وهو وقوع الطلاق، وإلا فلا معنى لوضع معيار يميز بين الغاضب الذي يغلب عليه الخلل وبين الغاضب المدرك لما يقول إذا كانا متفقين في الحكم.

لكن مع ذلك وردت قرارات أخرى تخالف ذلك وتتبع مذهب ابن القيم بعدم وقوع طلاق الغضبان في الغضب المتوسط منها: " من المعروف فقهاً أن الغضب الذي يؤثر في صحة التصرفات هو الذي يجعل صاحبه قريباً من الجنون حيث لا يعقل ما يقول أو هو على الأقل يغلب عليه الهذيان، ومع أن المطعون ضده لم يوضح ذلك ولم يبينه ولم يشر إليه ولو من بعيد حيث كانت تواجهه المطعون ضدها بوقوع البينونة الكبرى ومع ذلك فإن المحكمة قد أخذت بقوله (بأنه كان في حالة غضب) المجرّد عن الدليل من جهة، والمشوب بالغموض من جهة أخرى " (٢)

(١) قاعدة ٤٧١ نقض أساس/٢٨٠٢/ قرار/١٢٤٠/ تاريخ ٢٩/٧/٢٠٠٣ مجموعة أحكام النقض في قضايا الأحوال الشخصية من عام ١٩٨٨ . ٢٠٠٤ " المسلمين " للمحامي عبد القادر الألوسي المكتبة القانونية دمشق، ط: أولى ٢٠٠٦م: ٦٧٤ . ٦٧٥

(٢) الاجتهاد ٦٣٢ تاريخ ٢٩/٩/١٩٨٥ ورد في التذكرة في القضاء للمحامي سعدي أبو جيب: ٢/٥٤

" وهذا الحكم لم يلق قبولاً من المدعى عليه فبادر للطعن فيه أمام محكمة النقض ونتيجة المحاكمة صدر قرارنا الناقض رقم ٢٠٥٣ والذي انتهى إلى نقض الحكم المطعون فيه؛ وذلك لأن وكيل الطاعن قال بأن موكله كان في حالة غضب وانفعال ولم يقصد الطلاق، وطلب تعديل اليمين لتشمل ذلك ".^(١)

وقد درج بعض القضاة على قبول قول الزوج أنه كان في حالة غضب حين أوقع الطلاق مع الاكتفاء بحلف يمين على ادعائه، وكان الواجب على المحكمة التحقق من حالة الزوج ومعرفة ما إذا كان غضبه شديداً يجعله قريباً من الجنون أو في حالة هذيان واضطراب بحيث لا يعقل ما يقول أو لم يكن كذلك، وعلى القاضي أن يولي هذا الأمر عناية خاصة لعظيم موقع الطلاق وخطورته في الإسلام.^(٢)

لذلك تظهر ضرورة إضافة نص إلى قانون الأحوال الشخصية السوري بوقوع الطلاق في الغضب ولو كان شديداً طالما أن الزوج مدرك ويعي ما يقول، ويكون المقترح كالتالي:

• يقع الطلاق في الغضب ما لم يفقد به التمييز والإدراك.

٢ - إثبات طلاق الغضبان:

يتوجب على الزوج الادعاء بأنه كان في حال إغلاق ولا يعي ما يقول حين تلفظ بالطلاق، وعدم ادعائه بذلك يدل على إرادته الطلاق وإدراكه له، ولا تقبل دعواه إن ظهر منه ما يدل على وقوع الطلاق كإقراره بالرجعة، ولا يحق للزوجة أن تتذرع بأن زوجها كان في حالة غضب شديد ولا يعي ما يقول ما لم يدعي هو ذلك، كما لا يتوجب على المحكمة السؤال عن حال الزوج ابتداء إن لم يدفع هو الطلاق بادعاء الدهش، فإن ادعى تعين على المحكمة

^(١) أساس ٢٠٥٩ تاريخ ١٥ / ١١ / ٢٠١٢ سجلات محكمة النقض.

^(٢) التذكرة في القضاء للمحامي سعدي أبو جيب: ٢/٥٥

التأكد من صدق دعواه بوسائل الإثبات لبيان حالته حين إيقاع الطلاق هل كان في حالة الغضب الذي فقد معه وعيه أم أنه يعني ما يقول ؟.

ويقع عبء إثبات درجة الغضب على الزوج فيطالب بالبينة الشرعية، وعلى الزوجة إن كانت تعلم حال الزوج حين الطلاق أن تقدم بينة معاكسة تثبت فيها أنه كان في تمام الوعي والإدراك؛ لأنّ الطلاق من حقوق الله والسكوت عن ذلك يفضي إلى الحرام المحض، فإن لم تتوفر البينة من أحدهما يطالب الزوج بحلف اليمين، فإن حلف قضي له، وإن نكل قضي بوقوع الطلاق.^(١)

وتتممة للمقترح السابق في حكم طلاق الغضبان، إضافة المقترح التالي لإثبات الغضب:

- يقع على عاتق الزوج ادعاء فقدان التمييز بسبب الغضب وإثباته.

(١) انظر التذكرة في القضاء للمحامي سعدي أبو جيب: ٥٥. ٢/٥٦. مجموعة أحكام النقض في قضايا الأحوال الشخصية عبد القادر الألوسي: ٦٥٥. ٦٥٨. ٦٦٧. ٦٧٨

المطلب الرابع: طلاق السكران

جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري حكم طلاق السكران في المادة الفقرة الأولى ٨٩/: "لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره"

ويفهم من إطلاق لفظ السكران الوارد في النص عدم التفريق في الحكم بين المتعدي والآثم بسكره وبين غير الآثم بسكره كالمخطئ والمضطرب، وهو مذهب عثمان بن عفان^(١) ومجاهد^(٢) وربيعة^(٣) والليث بن سعد^(٤) ومن الشافعية المزني^(٥) وأبو ثور^(٦).

^(١) عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف القرشي الأموي يجتمع هو والنبي صلى الله عليه وسلم في عبد مناف، ذو النورين، وأمير المؤمنين، كان يقول إني لرابع أربعة في الإسلام، أحد العشرة المبشرين بالجنة، بوبع بالخلافة سنة ٢٤هـ، قتل بالمدينة يوم الجمعة سنة ٣٥هـ، أسد الغابة ابن الأثير: رقم الترجمة (٣٥٨٩) ٣/٥٧٨

^(٢) مجاهد بن جبر أبو الحجاج المكي الأسود شيخ القراء والمفسرين، روى عن ابن عباس، وعنه أخذ القرآن والتفسير والفقه، وروى عن أبي هريرة وعائشة وسعد بن أبي وقاص وابن عمر وغيرهم، وحدث عنه عكرمة وطاووس وعطاء، قال قتادة: أعلم من بقي بالتفسير مجاهد، توفي سنة ١٠٤هـ. سير أعلام النبلاء شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي (ت: ٧٤٨هـ) تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف شعيب الأرنؤوط مؤسسة الرسالة ط: ثلاثة ١٤٠٥هـ ١٩٨٥م: ٤٤٩. ٤٥٠. ٤٥١/٤

^(٣) ربيعة بن أبي عبد الرحمن فزوخ الفقيه، أبو عثمان المدني، عالم المدينة، ويقال له: ربيعة الرأي. قيل له ذلك، لأنه كان يتقوى بالرأي، سمع أنسا وابن المسيب، أخذ عنه مالك وغيره، وأدرك جماعة من الصحابة، مات بالهاشمية مدينة بالأنبار سنة ١٣٦هـ، ويوم مات قال مالك: ذهبت حلوة الفقه، وله تفسير للقرآن. شذرات الذهب لابن العماد: ٢/١٥٩

^(٤) الليث بن سعد بن عبد الرحمن الفهمي الإمام الحافظ، عالم الديار المصرية وفقهها ومحدثها، ولد سنة ٩٤هـ روى عنه خلق كثير منهم ابن عجلان وابن هليعة وابن المبارك، قال عنه العلاء بن كثير: الليث بن سعد سيدنا وإمامنا وعالمنا، وكان الليث قد استقل بالفتوى في زمانه توفي سنة ١٧٥هـ، سير أعلام النبلاء الذهبي: ١٣٦. ١٣٧. ١٦١/٨

^(٥) اسماعيل بن يحيى بن اسماعيل بن همر بن اسحاق الإمام الجليل أبو إبراهيم المزني ناصر المذهب، ولد سنة ١٧٥هـ وحدث عن الشافعي ونعيم بن حماد وغيرهما، وكان مناظراً محجاً، قال عنه الشافعي: لو نظره الشيطان لغلبه أخذ عن المزني خلافت من علماء خراسان والعراق والشام توفي سنة ٢٩٤هـ. طبقات الشافعية الكبرى السبكي: ٩٣. ٩٥/٢

^(٦) إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي الفقيه البغدادي صاحب الإمام الشافعي رضي الله عنه وناقل الأقوال القديمة عنه؛ وكان أحد الفقهاء الأعلام والثققات المأمونين في الدين، وكان أول اشتغاله بمذهب أهل الرأي، حتى قدم الشافعي

ومن الحنفية الطحاوي^(١) والكرخي^(٢) خلافاً لجمهور الحنفية^(٣) والمالكية^(٤) والشافعية^(٥) والحنابلة^(٦) القائلين بوقوع طلاق السكران الآثم بسكره دون غيره.

وسبب هذا الاختلاف أن الجمهور أوقعوا طلاق السكران عقوبة وزجراً له؛ لأنه أدخل الفساد على عقله بإرادته، ومن قال بعدم الوقوع إنما بنى حكمه على أن السكران زائل العقل وفاقد الإرادة والتمييز فأصبح كالمجنون.^(٧)

وبناءً على أن العلة في الحكم الإدراك والتمييز فليس كل سكران فاقد للإدراك ولا يجوز ألا يقع طلاق كل سكران، بل يختلف الحكم تبعاً لمدى تأثير السكر على عقله وإرادته، لذلك لا بدّ من تقييد الحكم وبيان حدّ السكر، وتعددت الأقوال في حدّه، فنقل عن الإمام الشافعي^(٨) أنّه قال: إذا اختلط كلامه المنظوم وانكشف سره المكتوم فهو سكران، وقال

العراق فاختلف إليه واتبعه ورفض مذهبه الأول، ولم يزل على ذلك إلى أن توفي سنة ٢٤٦هـ ببغداد، ودفن بمقبرة باب الكناس، رحمه الله تعالى. وفيات الأعيان ابن خلكان: ١/٢٦

(١) أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك الأزدي الطحاوي، الفقيه الحنفي، ولد سنة ٢٣٨هـ انتهت إليه رئاسة أصحاب أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه بمصر، وكان شافعي المذهب يقرأ على خاله المزني، وقيل للطحاوي: لم خالفت خالك واخترت مذهب أبي حنيفة فقال: لأني كنت أرى خالي يدم النظر في كتب أبي حنيفة، من تصانيفه أحكام القرآن، واختلاف العلماء، ومعاني الآثار، توفي سنة ٣٢١هـ. وفيات الأعيان لابن خلكان: ١/٧٢. ٧١

(٢) أبو الحسن عبيد الله بن الحسين بن دلال البغدادي الكرخي الفقيه، مفتي العراق شيخ الحنفية، انتهت إليه رئاسة المذهب بالعراق وانتشرت تلامذته في البلاد، كان من العلماء العبّاد، من تلامذته أبو بكر الرازي توفي سنة ٣٤٠هـ.

سير أعلام النبلاء للذهبي: ٤٢٦. ٤٢٧/١٥

(٣) انظر حاشية ابن عابدين: ٢٣٩. ٢٤٠/٣

(٤) انظر مواهب الجليل للحطاب: ٤/٤٣

(٥) انظر نهاية المحتاج للرملّي: ٦/٤٢٤. الحاوي الكبير للماوردي: ١٠/٢٣٦

(٦) انظر الهداية على مذهب الإمام أحمد لأبي الخطاب الكلوزاني: ٤١٩

(٧) انظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي الأندلسي الشهير

بان رشد الحفيد (ت: ٥٩٥هـ) دار الفكر، بيروت، ١٤٢١هـ ٢٠٠١م: ٢/٦٦

(٨) الإمام أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن السائب ابن عبيد بن عبد يزيد بن هاشم بن المطلب بن عبد مناف، القرشي المطلبي الشافعي، ومولده سنة ١٥٠م مدينة غزة، كثير المناقب منقطع القرين، اجتمعت فيه من العلوم بكتاب الله وسنة رسوله، وكلام الصحابة رضي الله عنهم وآثارهم، واختلاف أقاويل العلماء

بعض أصحابه: السكران من لا يعلم ما يقول مستدلين بقوله تعالى: ﴿ لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ ... ﴾ [النساء: ٤٣].^(١)

وجاء في المذهب الحنبلي أنّ حدّ السكر الذي يقع الخلاف في صاحبه هو الذي يجعله يخلط في كلامه ولا يعرف رداءه من رداء غيره ولا نعله من نعل غيره.^(٢)

وأوضح ما ورد في حدّ السكر قول الجويني^(٣) في أنّ للسكران ثلاث حالات يمر بها:

الحالة الأولى: أن يصيبه هزة ونشاط إذا دبت الخمر فيه، ولم تستول عليه بعد، ولا يزول العقل في هذه الحالة، وربما يحتد، وهذا ليس من السكر، فينفذ طلاقه لبقاء العقل، وانتظام القصد والكلام.

الحالة الثانية: نهاية السكر، وهو أن يصير طافحاً، ويسقط كالمغشي عليه لا يتكلم، ولا يكاد يتحرك، ويهذي في أكثر كلامه، ويوح بأسراره.

الحالة الثالثة: حالة متوسطة بينهما، وهي أن تختلط أحواله، فلا تنتظم أقواله وأفعاله، ويبقى له تمييز وفهم كلام.

وغیر ذلك من معرفة كلام العرب واللغة والعربية والشعر، توفي بمصر سنة ٢٠٤هـ. وفيات الأعيان لابن خلكان: ٤/١٦٣

^(١) نهاية المطلب في دراية المذهب لعبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني أبو المعالي ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (ت: ٤٧٨هـ) تحقيق: عبد العظيم محمود ديب، دار المنهاج، ط: أولى ١٤٢٨هـ ٢٠٠٧م: ١٤/١٦٩

^(٢) المغني لابن قدامة: ٧/٣٨٠

^(٣) أبو المعالي عبد الملك ابن الشيخ أبي محمد عبد الله بن أبي يعقوب يوسف بن عبد الله بن يوسف بن محمد بن حيويه، الجويني، الفقيه الشافعي المعروف بإمام الحرمين، أعلم المتأخرين من أصحاب الإمام الشافعي على الإطلاق، اجمع على إمامته المتفق على غزارة مادته وتفننه في العلوم من الأصول والفروع والأدب وغير ذلك وجاور بمكة أربع سنين وبالمدينة يدرس ويفتي ويجمع طرق المذهب، فلهذا قيل له إمام الحرمين من تصانيفه: الشامل في أصول الدين والبرهان في أصول الفقه ولد سنة ٤١٩هـ وتوفي سنة ٤٧٨هـ. وفيات الأعيان لابن خلكان: ٣/١٦٨. ١٦٧.

وفي نفوذ الطلاق في الحالة الثانية والثالثة الخلاف السابق، فمن نظر لتعديده بالتسبب إلى هذه الحالة أوقع طلاقه بكل حالاته وهو المعتمد عند الأئمة الأربعة.

ومن لم يوقع طلاق السكران فأكثرهم أطلق ولم يفرق بين حالاته، في حين اعتبر الجويني أن طلاق السكران لا يقع في الحالتين الثانية والثالثة؛ لأنه لا قصد له.^(١)

ويمكن أن يناقش بأن السكران في الحالة الثالثة يكون لديه شيء من التمييز يكفي لينبئ عن قصده للفظ الطلاق، بخلاف الحالة الثانية؛ إذ لا تمييز معه ولا إدراك.

وذهب ابن رشد^(٢) والباجي^(٣) من المالكية إلى أنه إن ظهر عليه تمييز فطلاقه واقع — وهذه الحالة الثالثة — أما إن لم يظهر عليه تمييز فلا يقع طلاقه، وهذا هو السكران الطافح بسكره.^(٤)

وهو الأرجح؛ لأن من قال بعدم وقوع الطلاق كان ذلك بناء على أن الخمر يُغَيِّب العقل فينعدم القصد، ودليل القصد التمييز، فإن ظهر منه تمييز وقع طلاقه وإلا لا يقع، كما هو حال الغضبان والمدهوش؛ إذ العلة في الحكم هي التمييز والإدراك، وحيث وجدت العلة وجد الحكم.

(١) نهاية المطلب في دراية المذهب للجويني: ١٤/١٧١

(٢) أبو الوليد محمد بن أحمد بن العلامة المفتي أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي المالكي، لقب بابن رشد الحفيد، ولد قبل موت جده بشهر سنة ٥٢٠ هـ فيلسوف عصره، تفقه وبرع، وسمع الحديث وأتقن الطب وأقبل على الكلام والفلسفة، من تصانيفه الكليات في الطب، بداية المجتهد في الفقه، ومختصر المستصفي في الأصول وغيرها، وتوفي في صفر بمراكش سنة ٥٩٥ هـ. سير أعلام النبلاء الذهبي: ٢١/٣٠٨.٣٠٧

(٣) سليمان بن خلف بن سعد أبو الوليد الباجي الحافظ ذو الفنون، أصله من مدينة بطليوس في الأندلس ثم تحول جده إلى مدينة باجة - بالقرب من إشبيلية - فنسب إليها، ولد سنة ٤٠٣ هـ. رحل إلى دمشق وبغداد والموصل ثم رجع إلى الأندلس بعد ثلاث عشرة سنة بعلم غزير حصله مع الفقر، ولي القضاء بمواضع من الأندلس من تصانيفه: المنتقى في الفقه، المعاني في شرح الموطأ، الاستيفاء، توفي سنة ٤٧٤ هـ. سير أعلام النبلاء الذهبي: ١٨/٥٣٧ ٥٣٦ ٥٣٥

(٤) حاشية الدسوقي: ٢/٣٦٥. المنتقى شرح الموطأ أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث القرطبي الباجي الأندلسي (ت: ٤٧٤ هـ) مطبعة السعادة مصر ط: أولى ١٣٣٢ هـ: ٤/١٢٥

وبناء على هذا الراجع فإنني أقترح تعديل المادة /٨٣/ التي سكتت عن صفة السكر الذي يمنع وقوع الطلاق بالرجوع لمذهب القائلين بتقييد الحكم لمن أذهب السكر بعقله وتمييزه وهو السكران الطافح بسكره، لتصبح المادة:

● لا يقع طلاق السكران الطافح.

وقد سبق إلى ذلك القانون المغربي رقم (٧٠.٠٣) لسنة ٢٠٠٤ في المادة /٩٠/: " لا يقع طلاق السكران الطافح".

المبحث الثاني

المسائل المتعلقة بأنواع الطلاق

ينقسم الطلاق لعدة أنواع باعتبارات مختلفة، كاعتبار الصيغة، واعتبار القصد، وكالطلاق بالنظر لإرادة الزوج المنفردة أو إرادة الزوجين معاً أو اختصاص الحاكم به، والطلاق بالنظر لسبب وقوعه كالطلاق التعسفي الذي يوقعه الزوج بلا سبب معقول.

والطلاق باعتبار الصيغة ينقسم إلى صريح وكناية، وطلاق متكرر، وطلاق منجّز أو معلق على شرط أو مضاف للمستقبل.

وهذا المبحث يجمع من أنواع الطلاق ما يتعلق بالصيغة وسبب الوقوع من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: الطلاق المتكرر

المطلب الثاني: الطلاق غير المنجّز

المطلب الثالث: الطلاق التعسفي

المطلب الأول: الطلاق المتكرر

الطلاق الثلاث في مجلس واحد إما أن يكون بكلمة واحدة كأنت طالق ثلاثاً، أو بالإشارة للعدد كأنت طالق ويشير بيده ثلاثاً، أو بتكرار لفظ الطلاق ثلاث مرات، ولقد نصَّ قانون الأحوال الشخصية السوري على حكم النوع الأول والثاني في المادة /٩٢/ " الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحداً " وهو مذهب ابن تيمية^(١) وابن القيم وابن حزم^(٢) والشيعة الجعفرية، وسكت القانون عن الطلاق المتكرر بمجلس واحد أو بمجالس متعددة.^(٣)

أولاً. حكم المسألة عند الفقهاء:

تكرار الطلاق له عدة صور، فإما أن يكرر مع حرف من حروف العطف كأنت طالق وطالق أو ثم طالق، وإما أن يكرره دون عطف كأنت طالق طالق، وفي كلا صورتين إما أن يعاد ذكر المبتدأ في الطلاق الثاني والثالث كأنت طالق أنت طالق، أو يكرر الخبر فقط كأنت طالق طالق.

وقد اتجه الفقهاء في حكم الطلاق المتكرر إلى مذهبين:

(١) أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن تيمية شيخ الإسلام ولد في حران سنة ٦٦١ هـ وأقبل على العلوم في صغره، وأقبل على تفسير القرآن الكريم فبرز فيه، وأحكم أصول الفقه، والفرائض، والحساب، والجبر، والمقابلة، وغير ذلك من العلوم، وتأهل للفتوى والتدريس وله دون العشرين سنة، توفي معتقلاً بقلعة دمشق سنة ٧٢٨ هـ. شذرات الذهب لابن العماد: ١٤٢. ١٤٣/٨

(٢) علي بن أحمد بن سعيد بن حزم أبو محمد عالم الأندلس في عصره أحد أئمة الإسلام، وأصله من فارس، ومولده بقرطبة من بلاد الأندلس سنة ٣٨٤ هـ كان حافظاً عالماً بعلوم الحديث وفقهه، مستنبطاً للأحكام من الكتاب والسنة بعد أن كان شافعي المذهب، فانتقل إلى مذهب أهل الظاهر، من مصنفاته الفصل في الملل في الأهواء والنحل، وتوفي في بادية لبلة من بلاد الأندلس سنة ٤٥٦ هـ. وفيات الأعيان لابن خلكان: ٣٢٥. ٣٢٦. ٣٢٨/٣

(٣) انظر شرح قانون الأحوال الشخصية السوري أ. د عبد الرحمن الصابوني: ٢/١٧

١. **المذهب الأول:** ذهب الأئمة الأربعة^(١) الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الأصل وقوع الطلاق المتكرر بعدده كما أوقعه الزوج، واختلفوا في صورته:

فالحنفية^(٢) قالوا بوقوعه بعدده في المخول بها في كل الحالات والصور، ولم يفرقوا بين التكرار مع العطف أو عدمه؛ لأن كل جملة مبتدأ وخبر فيها إيقاع تام للطلاق، ولا ينظر إلى نية الزوج قضاءً، فإن ادعى التأكيد لا يقبل منه، ويقبل ديانةً فيما بينه وبين الله تعالى.

ولجمهور المالكية والشافعية والحنابلة تفصيل في المسألة تبعاً لاختلاف صورها:

(١) تكرار الطلاق بدون عطف:

أولاً: قبل الدخول: اختلف الفقهاء في قول الزوج لزوجته أنت طالق أنت طالق أو أنت طالق طالق قبل الدخول فذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أنه لا يقع بتكرار الطلاق سوى طلبة واحدة؛ لأن الزوجة بانء بالطلقة الأولى فلم تجد الثانية لها محلاً.^(٣)

وذهب المالكية إلى وقوع الطلاق بعدده إن لم يتخلل فاصل بين الطلقات ولم تكن نيته التأكيد كما لو جمع الثلاث في كلمة واحدة.^(٤)

ثانياً: بعد الدخول: لو قال الرجل لزوجته: أنت طالق أنت طالق أنت طالق، دون فصلٍ في الكلام، ومع ذكر المبتدأ في كل مرة، ينظر إلى نيته:

(١) انظر المبسوط للسرخي: ٦/٧٩، التاج والإكليل للمواق: ٥/٣٣٥، تحفة المحتاج لابن حجر: ٨/٥٢، المغني لابن قدامة: ٧/٤٨٠.

(٢) انظر بدائع الصنائع للكاساني: ٣/١٠٢.

(٣) انظر حاشية ابن عابدين: ٣/٢٨٦، روضة الطالبين للنووي: ٨/٧٩، كشف القناع للبهوتي: ٥/٢٦٦.

(٤) انظر التاج والإكليل للمواق: ٥/٣٣٥.

١. إن نوى الزوج ثلاث طلاقات وقعن باتفاق المالكية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة،^(٣) وكذا إن لم يكن له نية يقع ثلاث طلاقات؛ لأنَّ الأصل عدم التأكيد بناءً على القاعدة الفقهية: "التأسيس أولى من التأكيد"،^(٤) وقاعدة: "إعمال الكلام أولى من إهماله".^(٥)

٢. أما إن نوى التأكيد أو الإفهام تقع طلقة واحدة قضاءً وديانةً عند الشافعية والحنابلة؛ لأنَّ الكلام يحتمل التأكيد، وعند المالكية تقبل منه نية التأكيد مع يمين في القضاء وبدون يمين في الفتوى.

وقول الزوج: أنت طالق طالق طالق دون إعادة ذكر المبتدأ، فلا يختلف الحكم عن الصورة الأولى إلا في حال عدم وجود النية، فتقع هنا طلقة واحدة عند الشافعية^(٦) والحنابلة.^(٧)

وإن تخلل فاصل بين الطلاق الأول والثاني والثالث يقع ثلاث طلاقات، ولا تقبل نية التأكيد عند الشافعية^(٨) في القضاء إذا ادعى الزوج التأكيد، وتقبل ديانةً، وعند الحنابلة^(٩) لا يقبل منه لا ديانة ولا قضاءً، ومقدار الفصل أن يسكت فوق سكتة التنفس.

وذهب المالكية^(١٠) إلى قبول نية التأكيد من الزوج في المدخول بها إن فصل بسكوت أو كلام ولو طال الفصل بين الطلاقات في المجلس، بخلاف غير المدخول بها فلا يقبل منه التأكيد إن طال الفصل، لكن لا يقع عليها الطلاق الثاني والثالث لبيئتها بالطلاق الأول.

(١) انظر الشرح الكبير للدردير: ٢/٣٨٥. حاشية الصاوي: ٢/٥٧١

(٢) انظر مغني للشريبي: ٤/٤٨١

(٣) انظر كشف القناع للبهوتي: ٥/٢٦٦

(٤) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة د. محمد مصطفى الزحيلي: ١/٣٨٢

(٥) السابق: ١/٣٦٥

(٦) انظر روضة الطالبين للنووي: ٨/٧٨

(٧) انظر المغني لابن قدامة: ٧/٤٨٠

(٨) مغني المحتاج للشريبي: ٤/٤٨٠

(٩) انظر حاشية الروض المربع لابن القاسم العاصمي: ٦/٥٢٥

(١٠) انظر مواهب الجليل للحطاب: ٤/٦٠

٢) تكرار لفظ الطلاق مع العطف:

إن كرر الزوج الطلاق مع حرف العطف سواء بالواو أو الفاء أو ثم، كقوله: أنت طالق وطالق وطالق، فلا تقبل منه نية التأکید عند المالكية؛^(١) لأنّ العطف يدل على مغايرة كل كلمة لما قبلها وإرادة معنى جديد.

وعند الشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) إن كرر بحرف واحد يُقبل منه تأكيد الطلاق الثاني بالثالث، ولا يقبل ادعاؤه تأكيد الأول بالثاني، لمغايرة الكلمة الثانية للأولى ومطابقة الثالثة للثانية؛ إذ التأكيد اللفظي يشترط فيه التطابق، فلا بدّ فيه من إعادة نفس الكلمة بجميع حروفها.

أما إذا تغايرت الحروف كقوله: أنت طالق فطالق ثم طالق، أو طالق وطالق فطالق، فلا يقبل التأكيد في شيء منها لاختلاف كل كلمة عما قبلها في اللفظ، والتوكيد يكون بتكرار الأول بصورته، كما أن المغايرة بين الحروف تدل على قصد الطلاق الثاني والثالث.

واستدل الجمهور على جواز تكرار الطلاق بمجلس واحد بما يلي:

١. عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: كان الطلاق الثلاث في عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر^(٤) وستين من خلافة عمر^(٥) طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه:

(١) حاشية الصاوي: ٢/٥٧١

(٢) انظر تحفة المحتاج في شرح المنهاج أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي المكتبة التجارية الكبرى بمصر (د. ط) ١٣٥٧ هـ ١٩٨٣ م: ٨/٥٥. روضة الطالبين للنووي: ٨/٧٩

(٣) انظر كشف القناع للبهوتي: ٥/٢٦٧. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/٩٩

(٤) عبد الله بن عثمان بن عامر بن عمرو بن عامر بن كعب، أول من أسلم، صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم في الغار وفي الهجرة، والخليفة بعده، شهد بدرًا والمشاهد كلها، وقاتل أهل الردة، توفي سنة ثلاثة عشر. أسد الغابة لابن الأثير: رقم الترجمة (٣٠٦٦). ٣١٠. ٣/٣٢٤

(٥) عمر بن الخطاب بن نفيل القرشي العدوي أبو حفص، ولد بعد الفيل بثلاث عشر سنة، ثاني الخلفاء الراشدين وأول من لقب بأمير المؤمنين، صاحب الفتوحات، يضرب بعدله المثل، بويع بالخلافة سنة ١٣ هـ وهو أول من

(إن الناس قد استعجلوا في أمر قد كانت لهم فيه أناة فلو أمضيته عليهم، فأمضاه عليهم).^(١)

الطلاق المقصود بالحديث هو الطلاق المتكرر وكان يقع واحدة؛ إذ كان الغالب في ذلك العصر هو قصد التأكيد، ولقلة إرادتهم الاستئناف حمل على الغالب عند عدم النية، فلما كان في زمن عمر غلب إرادة الاستئناف بها فحملت عند الاطلاق على الثلاث عملاً بالغالب في ذلك العصر.^(٢)

فهذا الحديث يدل على وقوع الثلاث حيث أراد الاستئناف، ووقوع واحدة عند نية التأكيد. ويناقش هذا الحديث بما ذكره المذهب الآخر من أن إيقاع الثلاث هو نوع من التعزير عندما رأى الناس أكثرها من جمع الثلاث ولا ينتهون عن ذلك إلا بعقوبة.^(٣)

٢. حديث عويمر العجلاني^(٤) لما لَاعَنَ من زوجته وفرغ من لعانها أتى النبي ﷺ وقال: (كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها)، فَطَلَّقَهَا ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله ﷺ.^(٥)

فلو كان الطلاق الثلاث لا يقع في المجلس الواحد لأنكره عليه النبي ﷺ.

وضع للعرب التاريخ المجري، وأول من دون الدواوين في الإسلام. الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر: رقم الترجمة (٥٧٥٢) ٤/٤٨٤ ، أسد الغابة لابن الأثير: رقم الترجمة (٣٨٣٠) ٤/١٣٧

(١) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب طلاق الثلاث (١٤٧٢) ٢/١٠٩٩

(٢) المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ) ط: الثانية ١٠/٧١ هـ: ١٣٩٢

(٣) مجموع الفتاوى لابن تيمية: ٣٣/١٦

(٤) هو ابن أبيض العجلاني الأنصاري، وقال الطبراني: هو عويمر بن الحارث بن زيد بن جابر بن الجَدِّ بن العجلاني، وهو الذي رمى زوجته بشريك بن سحماء فلاعن بينهما النبي صلى الله عليه وسلم في شعبان سنة تسع. أسد الغابة لابن الأثير: رقم الترجمة (٤١٣٩) ٤/٣٠٤

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب من أجاز طلاق الثلاث (٥٢٥٩) ٧/٤٢

٣. حديث ابن عمر: ^(١) (وأما أنتَ طلقته ثلاثاً فقد عصيت ربك فيما أمرك الله به وبانت منك امرأتك). ^(٢)

يدل هذا الحديث دلالة واضحة على وقوع الطلقات الثلاث معاً، إلا أنه مع الحديث الذي قبله لم يتبين هل الصحابي طلق ثلاثاً بلفظ واحد أم بثلاثة ألفاظ متتابعة، لذا يبقى الحديث الأول هو الأقوى في الدلالة على حكم الطلاق المتكرر.

٢. **المذهب الثاني:** ذهب ابن تيمية وابن القيم ^(٣) وابن حزم ^(٤) والشيعة الجعفرية ^(٥) إلى أن الأصل في الطلاق المتكرر أن يقع به طلاق واحدة، سواء كرره مع العطف أو بغير عطف، وسواء حذف منه المبتدأ أو ذكره، ولا عبرة لاتحاد المجلس أو اختلافه مادام الزوج أوقع الطلاق في طهر واحد وقبل أن يراجعها فيه، وذلك لأنه طلاق خلاف السنة، فهو محرم، فلا يلزمه غير طلاق واحدة، وله أن يراجعها بعد ذلك في العدة أو يعقد عقداً جديداً بعد انتهاء العدة، أما الطلاق الثلاث السني فهو الذي يتخلل بين كل طلاق تجربة جديدة للنكاح.

واختلفوا في النظر إلى النية فعند ابن تيمية وابن حزم إن نوى الزوج ثلاث طلقات يقع كما نوى وإلا فلا يقع به إلا طلاق واحدة.

^(١) عبد الله بن عمر بن الخطاب القرشي أسلم مع أبيه وهو صغير لم يبلغ الحلم، كان كثير الاتباع لآثار رسول الله صلى الله عليه وسلم والرواية عنه، أول مشاهده الخندق، كان شديد الاحتياط والتوقي لدينه في الفتوى توفي سنة ٧٤هـ. أسد الغابة لابن الأثير: رقم الترجمة (٣٠٨٢) ٣/٣٣٦

^(٢) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب طلاق الحائض بغير رضاها وأنه لو خالف وقع الطلاق (١٤٧١) ٢/١٠٩٤

^(٣) انظر مجموع الفتاوى تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية الحراني (ت ٧٢٨هـ) تحقيق عبد الرحمن بن محمد قاسم، مجمع الملك فهد المدينة المنورة ١٤١٦هـ ١٩٩٦م: ٣٢/٣١٠

^(٤) المحلى بالآثار أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم الأندلسي (ت ٤٥٦هـ) دار الفكر بيروت (د. ط) (د.ت) : ٩ / ٤٠٥

^(٥) انظر فقه الإمام جعفر الصادق عرض واستدلال محمد جواد مغنية، مؤسسة أنصار ريان، ط: ثانية ١٤٢١هـ: ٦/٩

أما الشيعة الجعفرية فلم ينظروا إلى نية الزوج، فالطلاق بأكثر من واحدة في طهر واحد وقبل المراجعة لا يقع به إلا طلقة واحدة سواء نوى الثلاث أو التأكيد أو لم تكن له نية.

واستدل هذا الفريق على عدم وقوع الثلاث بما يلي:

١. قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ...﴾ [البقرة: ٢٢٩]، تبين الآية أن الطلاق الذي شرعه الله للمدخل بها هو الطلاق الرجعي مرة بعد مرة، وبعد المراتين إما أن يراجعها وإما أن يرسلها إذا انقضت العدة، ولم يشرع لأحد أن يطلق الثلاث جميعاً.^(١)

ويرد على هذا الاستدلال بأن المقصود من قوله تعالى: ﴿مَرَّتَانِ﴾ أن الطلاق الذي يملك الرجل فيه الرجعة يكون في المرة الأولى والثانية، وبعد المراتين يكون بائناً.^(٢)

٢. حديث عباس قال طلق أبو ركانة أم ركانة فقال له النبي ﷺ: «راجع امرأتك» فقال: «إني طلقته ثلاثاً، فقال: «قد علمت، راجعها».^(٣)

يدل على أن من طلق ثلاثاً كانت في حكم الواحدة؛ إذ لا رجعة بعد الثلاث.

ويرد عليه بأن أبا داود ذكر أن الرواية الأصح هي أن أبا ركانة طلق امرأته البتة، فقال له النبي ﷺ: «ما أردت؟»، قال: واحدة، قال: «الله» قال: الله، قال: «هو على ما أردت»، فبرواية لفظ البتة يخرج الحديث عن موضع الاستدلال، إضافة إلى أن استحلافه

^(١) مجموع الفتاوى لابن تيمية: ٣٣/٩

^(٢) انظر جامع البيان ابن جرير الطبري: ٤/١٢٥

^(٣) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث (٢١٩٦) ٢/٢٥٩، يقول محقق بلوغ المرام سمير بن أمين الزهري: "رواه أبو داود بسند ضعيف" ١/٣٢٨

على عدم إرادة الثلاث دليل على إمكان وقوع الثلاث بلفظ البتّة، فوقوعها بالتكرار من باب أولى.^(١)

٣. وقوع الطلاق الثلاث فيه مفسدة؛ لأنه طلاق بدعي حرّمه الشرع، والقصد من التحريم منع حدوث المفسدة، لذلك هو غير لازم.^(٢)
ويرد على هذا بحديث ابن عمر الذي استدل به الجمهور على وقوع الثلاث وثبوت البينونة رغم أن في إيقاعها حرمة ومعصية.

القول الراجح:

ما ذهب إليه الجمهور أوسط الأقوال وأرجحها، لكثرة الأحاديث عن الخلفاء والصحابة التي تؤيد مذهب الجمهور والتي تدل على أن حكم الشرع هو وقوع الثلاث، كما أن الأخذ برأي الجمهور أولى في القضاء للتقليل من الطلاق الثلاث عند علم الناس به، ويترك أمر التخفيف للمفتي.^(٣)

ثانياً. حكم المسألة في القانون:

إن النقص في صياغة المادة ٩٢/ فيما يخص الطلاق المتكرر سبب خلافاً بين شراح قانون الأحوال الشخصية على رأيين:

^(١) شرح قانون الأحوال الشخصية السوري د. محمد الحسن البغا: ٤٠٦ ، قال أبو داود في السنن: "وحدّث نافع بن عجير وعبد الله بن علي بن يزيد بن ركانة عن أبيه عن جده أن ركانة طلق امرأته البتة فردها إليه النبي صلى الله عليه وسلم أصح، لأن ولد الرجل وأهله أعلم به" : ٢/٢٥٩

^(٢) انظر المعاد في هدي خير العباد ابن القيم الجوزية: ٥/٢١٨ . فقه الإمام جعفر لمحمد مغنية: ٦/١٢

^(٣) شرح قانون الأحوال الشخصية السوري د. محمد الحسن البغا: ٤٠٨ - ٤١٠

- الرأي الأول لمحمد أبو زهرة:^(١) وقوع الطلاق المتكرر طلقة واحدة كما هو الحكم في الطلاق المقترن بالثلاث، وذلك لأنّ القوانين تفسر بأغراضها ومذكرتها الإيضاحية ومصدرها التاريخي، فغرض القانون بعدم إرادته لوقوع الطلاق الثلاث دفعة واحدة يظهر واضحاً في المادة /٩٢/ منعاً للزوج من التسرع في إنهاء حياته الزوجية في نوبة غضب، فإذا كان هذا غرض القانون فإنه من العبث أن يترك للزوج طريقاً آخر يسلكه فازراً من حكم القانون ليقع الطلاق فيه دفعة واحدة، كما أن المذكرة الإيضاحية ذكرت أنّ مراد واضع القانون من كلمة مقترن بالعدد: ما هو مقترن بعدد لفظاً، وما هو متعدد لفظاً، فيدخل الطلاق المتكرر بنص المادة /٩٢/ معني، إضافة إلى أن المصدر التشريعي لهذه المادة لم يفرق في الحكم بين الطلاق المقترن بعدد والطلاق المتكرر، وفي حال أن القانون لم يبين حكم الطلاق المتكرر فيجب الرجوع إلى ذلك المصدر نفسه؛ إذ كلتا المسألتين موضوعهما واحد ولا وجه للتفريق في الحكم بينهما.^(٢)

- الرأي الثاني للأستاذ الدكتور عبد الرحمن الصابوني، حيث أحال الطلاق المتكرر إلى العمل بالراجح من المذهب الحنفي، ووقعه بعدده عملاً بالمادة /٣٠٥/ للأسباب الآتية:

أولاً: لأنّ القانون لم ينص على هذه المسألة، والنص صريح في إحالة كل ما لم يرد به نص للراجح في المذهب الحنفي الذي يعتبر الطلاق المتكرر يقع بعدد الطلقات، أما الرجوع إلى المذكرة الإيضاحية فيكون في حالة غموض النص وحاجته إلى التفسير، ولا يوجد غموض في

^(١) ولد في مصر عام ١٣١٥ هـ ١٨٩٨ م درس في الجامع الأحدي بمدينة طنطا، وكان يطلق عليه الأزهري الثاني لمكانته الرفيعة، ثم انتقل إلى مدرسة القضاء الشرعي، اشتهر بين علماء عصره باعتزازه بعلمه وعمله، وحرصه على كرامته، اختير عضواً في مجمع البحوث الإسلامية عام ١٩٦٢ م، له مؤلفات كثيرة منها: الأحوال الشخصية، تنظيم الأسرة في الإسلام، التركات والتزاماتها، توفي سنة ١٣٩٤ هـ ١٩٧٤ م. المعجم الجامع في تراجم العلماء وطلبة العلم المعاصرين لأعضاء ملتقى أهل الحديث.

^(٢) انظر الأحوال الشخصية لمحمد أبو زهرة: ٣٠٧. ٣٠٨

الطلاق المقترن بعدد، كما أن النص القانوني أقوى من المذكرة الإيضاحية والنص يقول بالرجوع للراجع في المذهب الحنفي.

ثانياً: عدم إمكانية قياس الطلاق المتكرر على الطلاق المقترن بلفظ الثلاث؛ لأنه قياس لم تتوفر شروطه فهو غير صحيح؛ وذلك لأنّ العمل بالقياس يكون عند عدم وجود حكم للمسألة، فنبحث عن مسألة منصوص على حكمها ومشتركة معها في العلة نفسها ثم نعطي الفرع حكم الأصل، وللطلاق المتكرر هنا حكمٌ منصوصٌ عليه في المذهب الحنفي، ونصّ القانون على الرجوع إليه فلا حاجة للقياس، كما أنه قياس مع الفارق؛ إذ مع التكرار قد يتخلل تجربة للطلاق، أما الطلاق المقترن بعدد لا يمكن ذلك؛ إذ يقع دفعة واحدة.

ثالثاً: إذا تخللت تجربة الطلاق ثم أوقع الطلقة الثانية وهي بالعدة فإنّ القول بأنها تقع واحدة يؤدي إلى تعطيل المادة /٨٦/ التي تنص على صحة وقوع الطلاق على المرأة المعتدة، والعدة تبدأ من لحظة وقوع الطلاق، فلا فرق بين ما إذا أوقع الطلاق الثاني في المجلس نفسه أو بعد ساعة أو بعد شهر مادامت في العدة.^(١)

واستقر الاجتهاد بمحكمة النقض على اعتبار الطلاق المتكرر بمجلس واحد طلقة واحدة وهو مذهب الشيعة الجعفرية، يقول الاجتهاد: " الطلاق المتكرر في المجلس وقبل المرور بدور التجربة لحياة الطلاق هو طلاق واحد غير متعدد ".^(٢)

" الطلاق المتكرر لفظه في المجلس بحكم الطلاق الموصوف بالعدد على ما استقر عليه اجتهاد هذه المحكمة ".^(٣)

(١) انظر شرح قانون الأحوال الشخصية السوري للدكتور عبد الرحمن الصابوني: ١٨ . ١٩٠ / ٢

(٢) قاعدة ٨٣٠ (ع. ش ١١٠ . ق ١٣٢ . تاريخ ١١/٤/١٩٥٧) الأحكام القضائية الشرعية في ظل قانون الأحوال الشخصية المحامي محمد زكي شمس: ٢/١١٠٥

(٣) قاعدة ٧٦١ (ش ٨ ق ١٨ تاريخ ١/٢٥/١٩٦٠) مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في قضايا الأحوال الشخصية المكتب الفني بمحكمة النقض: ٣٨٥

والظاهر أن الاجتهاد لم يراع نية الزوج فاعتبره طلاقاً واحدة مع نية الثلاث، وهو قول ضعيف مخالف لمذهب الجمهور وللأدلة الصحيحة، كما أن التقييد بالمجلس يدل على اشتراط أن يكون التكرار في نفس المجلس، وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة خلافاً لمذهب الشيعة الجعفرية مصدر الاجتهاد، لكنه لم يشترط الاتصال وليس لهذا مستند شرعي إلا في المذهب المالكي في المدخول بها فقط، فكيف للاجتهاد أن يأخذ حكم المسألة من مذهب ثم يقيد حكمه بشرط مستمد من شروط المذهب الآخر ولكل منهما حكم مناقض؟

وبسبب هذا الاختلاف والتناقض الذي سببه عدم وجود نص في الطلاق المتكرر يوضح حكمه فإنه من الضروري وضع مادة قانونية تبين حكم هذه المسألة بما يتوافق مع القول الراجح لدى الفقهاء، وبما يتناسب مع المصلحة ومقاصد الشرع، لذلك أقترح إضافة نص إلى قانون الأحوال الشخصية السوري في اعتبار الطلاق المتكرر دون عطف طلاقاً واحدة إذا قصد به التأكيد وإلا يقع بعدده.

ومما يؤيد مذهب الجمهور ما ورد مؤخراً في اجتهاد محكمة النقض الشرعية من عدم قبول نية التأكيد عند تكرار الطلاق مع صفات مختلفة؛ إذ التغير بين الصفات دليل على إرادة معنى جديد، يقول الاجتهاد: " ما يحتاج إلى نية هو ما إذا أراد المرسل تأكيد الرسالة الأولى بالرسالة الثانية، وهذا غير متحصل في هذه القضية للقول بأن الرسالتين هي طلاق واحد؛ إذ أن الرسالة الأولى جاءت بلفظ الطلاق كتابة إكراماً لأخلاق جماعة وإكراماً لأن ترجع الزوجة لتسند خاصة أمها أما الثانية فجاءت إكراماً لبيت الخال ولرجوع الأم ... إذاً نحن أمام طلاقين منفصلين ".^(١)

ونتيجة لسكوت القانون عن حكم الطلاق المتكرر فإني أقترح إضافة النص الآتي إلى قانون الأحوال الشخصية ليبين حكم الطلاق المتكرر أخذاً من مذهب جمهور الفقهاء:

(١) أساس ٦١٩ قرار ٥٩٦ تاريخ ٢٠١٧/٦/١٩ سجلات محكمة النقض

● الطلاق المتكرر دون عطف يقع به طلبة واحدة إن قصد به التأكيد وإلا فيقع بعدده.

● لا تقبل نية التأكيد إن كرر الطلاق بحروف متغايرة أو بصفات مختلفة.

ومن القوانين العربية التي اتبعت مذهب الجمهور في حكم الطلاق المتكرر قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة ١٩٩١م في المادة ١٣١ " يقع الطلاق المتتابع طلبة واحدة إذا قصد به التأكيد وإلا فيقع بعدده".

المطلب الثاني: الطلاق غير المنجز

تناول قانون الأحوال الشخصية حكم الطلاق غير المنجز من خلال المادة /٩٠/ التي تنص على أنه " لا يقع الطلاق غير المنجز إذا لم يقصد به إلا الحث على فعل شيء أو المنع منه أو استعمال استعمال القسم لتأكيد الإخبار لا غير " متبعاً مذهب ابن تيمية وابن القيم،^(١) وهي صورة من الطلاق المعلق، وسكت القانون عن باقي الأحكام المتعلقة بهذا النوع، حيث لم يذكر الصور الأخرى للطلاق المعلق التي ذكرها ابن تيمية، والأقسام الأخرى للطلاق المستعمل في صيغة القسم، وما هو حكم الكفارة في حال الحث بيمين الطلاق المعلق؟ كما سكت عن حكم الطلاق المضاف إلى وقت، لذا سيكون الكلام من جانبين: الأحكام المسكوت عنها في الطلاق المعلق، ثم في الطلاق المضاف.

أولاً . الطلاق المعلق:

التعليق لغة: عَلَّقَ الشيء بالشيء ومنه وعليه تَعْلِيْقًا: ناطه، وتعلَّق الشيء لزمه.^(٢)

التعليق في الاصطلاح: ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى، وتكون الجملة الأولى جملة جزاء والثانية جملة الشرط، ومنه تعليق الطلاق، كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق.^(٣)

والطلاق المعلق يمين عند الحنفية^(٤) متى ما ذكر فيه الشرط والجزاء، وسواء كان الغرض منه الحث على الفعل أو المنع منه، كإن دخلت الدار فأنت طالق، أو لم يكن غرضه كذلك،

(١) انظر شرح قانون الأحوال الشخصية د. عبد الرحمن الصابوني: ٢/٣٣

(٢) تاج العروس للمرئضى الزبيدي: مادة (علق) ٢٦/١٩٨

(٣) القاموس الفقهي سعدي أبو جيب: ٢٦٠

(٤) انظر بدائع الصنائع للكاساني: ٣/٢٢

كأن طلعت الشمس فأنت طالق، وخالف المالكية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة،^(٣) فالطلاق المعلق عندهم يكون تعليقاً في الحقيقة، ويكون يميناً مجازاً إن أراد به المنع أو الحث على فعل أو تصديق خبر أو تكذيبه، ويظهر أثر الخلاف في قول الزوج: إن حلفت عليك بالطلاق فأنت طالق، ثم قال: إن طلعت الشمس أو إن جاء رأس الشهر فأنت طالق، يقع الطلاق عند الحنفية وبعض الحنابلة، ولا يقع عند الإمام مالك^(٤) والشافعية والحنابلة؛ لأنه شرط لا حلف، ولا أثر لاعتبار الطلاق يميناً في غير هذه الصورة، فحكم الطلاق المعلق لا يختلف سواء كان يميناً أو تعليقاً، وخالف في ذلك ابن تيمية^(٥) حيث فرق في الحكم بين ما يعتبر يميناً وما لا يعتبر كذلك، فما يقصد به اليمين لا يكون طلاقاً وله حكم الأيمان، وما يقصد به وقوع الجزاء يكون تعليقاً لازماً، وبمذهب ابن تيمية أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري.

١. حكم الطلاق المعلق عند الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة:

اتفقت المذاهب الأربعة^(٦) على وقوع الطلاق المعلق عند حصول ما عُلق عليه إذا تحققت شروطه دون النظر إلى نية الزوج، سواء قصد الطلاق أم قصد الحث على الفعل أو المنع منه أو تأكيد الإخبار، بشرط أن يكون معلقاً على أمر غير موجود وقت التعليق، إنما محتمل

(١) انظر المدونة للإمام مالك: ٢/٥٩

(٢) انظر المجموع للنووي: ١٧/١٩١

(٣) انظر كشف القناع للبهوتي: ٥/٣٠٢. ٣٠١

(٤) مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر شيخ الإسلام حجة الأمة إمام دار الهجرة، وإليه تنسب المالكية ولد سنة ٩٣هـ أخذ عن نافع وابن المنكدر والزهري وغيرهم، روي أنه قال: ما أفتيت حتى شهد لي سبعون أئياً لذلك. وقل رجل كنت أتعلم منه ومات حتى يستفتين وكان عظيم المحبة لرسول الله مبالغا في تعظيم حديثه، حتى كان لا يركب في المدينة مع ضعفه وكبر سنّه، توفي سنة ١٧٩هـ ودفن بالبقيع. سير أعلام النبلاء الذهبي: ٤٨. ٨/٤٩. شذرات الذهب لابن العماد: ٣٥٠. ٢/٣٥٣

(٥) مجموع الفتاوى لابن تيمية: ٣٣/١٢٥

(٦) انظر حاشية ابن عابدين: ٣/٣٤١، القوانين الفقهية: ١٥٤، تحفة المحتاج لابن حجر: ٨/١٣٢، كشف القناع للبهوتي: ٥/٢٨٤، شرح قانون الأحوال الشخصية الدكتور عبد الرحمن الصابوني: ٣٠. ٢/٣١

الوجود في المستقبل لا مستحيلاً، وأن تكون الزوجية قائمة حين التعليق وحين حصول الأمر المعلق عليه.

ولن أبحث في تفصيل آراء الجمهور وأدلتهم وشروطهم في الطلاق المعلق باعتبار أن القانون اتبع مذهب ابن تيمية وابن القيم، إنما سأذكر تنمة صور الطلاق المعلق عند ابن تيمية، أما ما لم يرد عند ابن تيمية من أحكام الطلاق المعلق سأبيّنه وفق المذهب الحنبلي مقارناً ببقية المذاهب الأربعة لاختيار الرأي الأرجح.

٢. حكم الطلاق غير المنجز عند ابن تيمية:

الطلاق غير المنجز عند ابن تيمية ينقسم إلى: صيغة قَسَم، وصيغة تعليق.

أ. صيغة القَسَم: تستخدم صيغة القسم لعدة أغراض:

١. تأكيد ما يخبر به لبيان صدق كلامه، كقول الزوج: الطلاق يلزمني إنَّ زيدا مسافر، عليّ الطلاق إنَّ زيدا مسافر، الحلال عليّ حرام ما فعلت كذا، أو فعلته، وهذا النوع ذكره القانون في قوله: "أو استعمل استعمال القسم لتأكيد الإخبار لا غير" فالطلاق غير واقع إن كان يعتقد صدق قوله وإن تبين خطأ ما يقول.^(١)

وسكت القانون عن حكم الأغراض الأخرى لاستخدام صيغة القسم وهي:

٢. أن يحلف على نفسه أو على غيره ممن يرى أنه يبرؤه في قسمه، كأن يقول: الطلاق يلزمني أو عليّ الطلاق لأفعلن كذا أو ليفعلن أو لا يفعلن، فهذه صيغ قسم وهو حالف بها لا موقع للطلاق، فإذا حنث لا يقع طلاقه ولزمه كفارة يمين، وهي بمعنى

^(١) انظر مجموع الفتاوى ابن تيمية: ٣٣/١٢٧

قوله: أقسمت عليك إلا فعلت كذا أو لتفعلن كذا أو لا تفعل، فإن لم يفعل ما طلبه منه أو فعل ما نهاه عنه لزمه كفارة يمين وكذا هنا.^(١)

٣. وقد يستخدم صيغة القسم ويريد بها التعليق، كأن يقول: عليّ الطلاق أو الطلاق يلزمني لتعودي إلى المنزل، ويقصد الطلاق إن امتنعت، فهنا يكون في الحقيقة معلقاً لا حالفاً ولو كان بصيغة قسم، وحكمه كالطلاق المعلق على التفصيل الآتي في صيغة التعليق.^(٢)

ب . صيغة التعليق: أن يعلق الطلاق بشرط، كأن يقول: إن دخلت الدار أو إن خرجت بغير إذني فأنت طالق.

ويختلف حكم الطلاق تبعاً لقصد الزوج، فقد يقصد به إيقاع الطلاق، وقد يقصد به اليمين، وقد يقصد مع اليمين وقوع الطلاق.

أولاً: أن يقصد إيقاع الطلاق عند وقوع الشرط، وله صورتين:

١. تعليق الطلاق على شرط أو صفة تنبئ عن قصد الزوج للطلاق دون الرجوع له وسؤاله عن نيته، وذلك كقوله: إن أبرأتني من مهرك أو إن أعطيتني مائة ألف فأنت طالق، إن طلعت الشمس أو إن أهل الهلال فأنت طالق، أو إذا طهرت من الحيض فأنت طالق، إن كان حملك أنثى فأنت طالق، أو أنت طالق عند دخول الشهر أو مجيء رمضان.

^(١) الفتاوى الكبرى تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية الحراني (ت ٧٢٨هـ) دار الكتب العلمية، ط:

أولى ١٤٠٨ هـ ١٩٨٧ م: ٣ / ٢٣٤

^(٢) انظر الفتاوى الكبرى ابن تيمية: ٣ / ٢٦٩

فتطلق الزوجة عند وقوع الشرط أو الصفة؛ لأنّ قصد الزوج ظاهر في اختياره للطلاق عند طلب التعويض عنه، فإذا لم يقع يكون قد استحقّ العوض دون مقابل، وكذا عندما علقه على أمور آتية لا محالة يكون توقيتاً محضاً بمنزلة المنجز، إنما أخره لغرض له.^(١)

٢. أن يريد الزوج الطلاق عند وقوع الشرط بأن يعلق الطلاق على فعل ولم يرد منعها أو حثها عليه فقط، إنما قصد أيضاً الطلاق عند تحقق الشرط عقوبةً لها، كأن سرقت أو إن ارتكبت كبيرة أو إن ضربت أمي فأنت طالق، وقصد مع التهديد إخبارها بأنها إن فعلت هذا فسيكون مصيرها الطلاق، وهنا لا بد من الرجوع لنية الزوج لمعرفة حقيقة قصده، فإن أراد الطلاق فحكمه الوقوع عند تحقق الشرط.^(٢)

ثانياً : أن يقصد بالتعليق اليمين بأن يكون غرضه الحث أو المنع على الفعل وله صور:

١. أن يقصد مجرد الحث أو المنع على الفعل أو تأكيد الخبر ولم يقصد إيقاع الطلاق عند وقوع الشرط، وهو يكره طلاقها لكن أراد تخويف الزوجة لتمتنع عما علق عليه الطلاق، أو أراد حمل الزوجة أو نفسه أو الغير على فعل شيء أو تركه، فالطلاق في هذه الحالة غير واقع،^(٣) وهذه الصورة ذكرها قانون الأحوال الشخصية في المادة /٩٠/

٢. أن يقصد الحث أو المنع على الفعل أو حث الزوجة أو نفسه أو الغير على فعل شيء أو تركه ولم يقصد الطلاق، لكنه لا يكره وقوعه إذا تحقق الشرط، كمن قال لزوجته: إن كلمت فلاناً فأنت طالق، ولم يرد وقوع الطلاق عند التلفظ، لكن إذا تحقق الشرط لم يكره ولم يبالي بوقوع الجزاء عقوبةً لفعل الزوجة فالطلاق واقع.^(٤)

(١) انظر السابق: ٢٣٤ . ٣/٢٣٥

(٢) انظر الفتاوى الكبرى لابن تيمية: ٣/٢٣٨

(٣) السابق: ٣/٢٣٩

(٤) انظر مجموع الفتاوى لابن تيمية: ٣٥/٢٤٨

٣. أن يقصد الحث أو المنع على الفعل أو حث الزوجة أو نفسه أو الغير على فعل شيء أو تركه وهو يكره الطلاق ولم يقصده، لكن تحقق الشرط أكره إليه من وقوع الطلاق لكونه أكثر ضرراً عليه فالطلاق واقع؛ إذ أنه التزم أعظم المكروهين لتجنب أدناهما، كقوله: **إن خنت أو زنت أو سرت فأنت طالق**، فالطلاق يقع؛ إذ هو أهون عليه من العيش مع سارقة أو زانية، أما إن كان لا يبالي بالعيش مع سارقة أو زانية وكان الطلاق أشد عليه من فعلها لذلك فلا يقع طلاقه. ^(١)

ولا تنقيد هذه الصورة بالتعليق على ارتكاب الكبائر بل هو أمر نسبي يختلف باختلاف الأشخاص ومكانتهم وأعرافهم.

أما حكم الكفارة فقد ذهب ابن تيمية إلى وجوبها على الزوج إذا حث في يمين الطلاق إن كانت اليمين على مستقبل، **كأنت طالق إن دخلت الدار أو إن كلمت فلان**، وكان قصد الزوج الحض أو المنع على الفعل لا الطلاق، فإن فعلت ما منعها الزوج منه أو امتنعت عما أمرها به يكون حائثاً في يمينه وتترتب عليه الكفارة، حيث اعتبرها من الأيمان المنعقدة التي يصح التكفير عنها.

أما إن قصد الزوج بيمين الطلاق الإخبار، فإما أن يعتقد صدق كلامه أو يعلم كذبه:

فإن تعمد الحلف كاذباً فهذه اليمين كاليمين الغموس بالله وهي من الكبائر لا كفارة فيها ولا يلزمه الطلاق. ^(٢)

أما إن كان يظن نفسه صادقاً بأن كان يعتقد المحلوف عليه على صفة معينة ثم تبين له خلاف ما أقسم عليه، أو فعل المحلوف عليه ناسياً أو متأولاً أو جاهلاً فلا يكون حائثاً ولا يقع طلاقه وبالتالي لا كفارة عليه. ^(١)

^(١) انظر الفتاوى الكبرى لابن تيمية: ٢٣٨ . ٣/٢٣٩ . مجموع الفتاوى لابن تيمية: ٣٥/٢٤٧

^(٢) انظر مجموع الفتاوى لابن تيمية: ١٢٧ . ٣٣/١٢٨

وكذا إن لم يحصل له الغرض من اليمين والقسم، كأن يقول: الطلاق يلزمني لتعطيني ألف درهم من هذا الكيس، أو ليحضرنَّ زيد، فتبين أنه لا دراهم في الكيس وأن زيدا قد مات، فلا يحنث؛ لأنه وإن لم يحصل غرضه لكن تبين أنه لا غرض له من المحلوف عليه، فلا شأن له بزيد وهو ميت، وكذا إن حصل غرضه دون الفعل المحلوف عليه، كما لو ظن أن زوجته سرقت مالا فيحلف بالطلاق لتردَّته ثم تبين أنها لم تسرقه فلا يقع الطلاق؛ لأنَّ معنى يمينه: إن كنت سرقت المال فأنت طالق، والشرط وإن لم يذكر لفظاً إلا أنه مقطوعٌ به معنى فكأنه برَّ في يمينه.^(٢)

وخالف ابن القيم في وجوب الكفارة حيث اعتبر يمين الطلاق من لغو اليمين عند عدم قصد الطلاق، سواء كانت اليمين على المستقبل أو أراد بها تأكيد الإخبار، وبالتالي لا كفارة عليه لقوله تعالى: ﴿ لَا يُؤْخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ... ﴾ [البقرة: ٢٢٥]، وهي كقوله: لا والله، وبلى والله، فإذا كان اسم الله لا ينعقد به يمين اللغو فيمين الطلاق أولى بعدم الانعقاد؛ إذ ليس الحلف بالطلاق أعظم حرمةً من الحلف بالله.^(٣)

واستدل ابن تيمية على صحة التكفير عن يمين الطلاق إذا حنث بالآيات والأحاديث التي أجازت التكفير عن اليمين ومنها:^(٤)

قوله تعالى: ﴿ قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ... ﴾ [التحریم: ٢].

وقوله: ﴿ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ ... ﴾ [المائدة: ٨٩].

^(١) المرجع السابق: ٣/٢٢٢

^(٢) الفتاوى الكبرى لابن تيمية: ٥/٤٩٦

^(٣) إعلام الموقعين عن رب العالمين محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن القيم الجوزية (ت: ٧٥١هـ)

تحقيق محمد عبد السلام ابراهيم دار الكتب العلمية بيروت، ط: أولى ١٤١١هـ ١٩٩١م: ٣/٤٨

^(٤) الفتاوى الكبرى لابن تيمية: ٣/٢٢٣

وما رواه أبو هريرة^(١) رضي الله عنه عن النبي ﷺ: « من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليكفر عن يمينه وليفعل الذي هو خير ». ^(٢)

واستدل أيضاً بقول السيدة عائشة رضي الله عنها: (كل يمين وإن عظمت فكفارتها كفارة اليمين بالله). ^(٣)

وهذا يتناول جميع الأيمان من الحلف بالطلاق والعتاق وغير ذلك.

ويُناقش حديث السيدة عائشة بقول الباجي: بأن هذه الرواية ضعيفة ولا تصح عن السيدة عائشة، ولو صحت لجاز أن يلحقها التخصيص أو يكون رأياً رأته ولم توافق عليه. ^(٤)

وبأن الرواية المسندة للسيدة عائشة وردت بلفظ: (كل يمين وإن عظمت لا يكون فيها طلاق ولا عتاق فيكفرها كفارة اليمين)، ^(٥) فقد استثنت الطلاق من عموم اليمين، أما الرواية التي استدل بها ابن تيمية فلم أجد لها تخرجاً بهذا اللفظ سوى ما ذكرته من كلام الباجي.

^(١) صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم وأكثرهم حديثاً عنه، وهو دوسي من دوس بن عدنان، وقد اختلف في اسمه اختلافاً كثيراً، ف قيل: عبد الله بن عامر، وقيل: برير بن عسرة، وقيل: عبد الله بن عبد شمس، أسلم عام خير، روى عن أبي هريرة أكثر من ثمانمائة رجل من أصحاب وتابع، استعمله عمر على البحرين ثم عزله، ثم أراده على العمل فامتنع، وسكن المدينة، وبها كانت وفاته سنة ٥٧ هـ. أسد الغابة لابن الأثير: رقم الترجمة (٦٣٢٦) ٦/٣١٣

^(٢) صحيح مسلم كتاب الأيمان باب ندب من حلف فرأى غيرها خيراً منها أن يأتي الذي هو خير وليكفر عن يمينه (١٦٥٠) ٣/١٢٧١

^(٣) المنتقى شرح الموطأ للباجي: ٣/٢٥٢، ولم يرو هذا الأثر بهذه الصيغة إلا في منتقى الباجي وهي رواية مخالفة للرواية المسندة التي ذكرها أبو عمر القرطبي في التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد بلفظ: (كل يمين وإن عظمت لا يكون فيها طلاق ولا عتاق فيكفرها كفارة اليمين) : ٢٠/٩٠.

^(٤) المنتقى شرح الموطأ للباجي: ٣/٢٥٢

^(٥) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، القرطبي: ٢٠/٩٠

واستدل على وجوب الرجوع إلى نية المطلق بقول ابن عباس رضي الله عنهما: (الطلاق عن
وطر والعنق ما ابتغي به وجه الله)^(١) بيّن ابن عباس أنّ الطلاق يقع لمن غرضه أن يوقعه لا
لمن يكره وقوعه كالحالف به.^(٢)

ويردّ عليه بأنّ هذا الكلام صحيح لو كان حالفاً بالله، أما الحلف بالطلاق فالأمر مختلف،
فالطلاق له أحكامه الخاصة والمختلفة عن اليمين؛ إذ بالتلفظ به صريحاً ينقلب الحل حراماً
دون النظر إلى النية والقصد.

٣. أنواع الطلاق المعلق:

١_ تعليق الطلاق بالمستحيل:

اختلف الأئمة الأربعة في حكم تعليق الطلاق بالمستحيل، فذهب الحنفية^(٣) إلى عدم وقوع
الطلاق عند تعليقه بما يستحيل تحققه، كقوله: أنت طالق إن دخل الجمل في سمّ
الخياط، وذلك لأنّ الظاهر من غرض الزوج في هذا التعليق نفي الطلاق، فالمعنى لن أطلقك
حتى يدخل الجمل في سم الخياط، وهذا الأمر مستحيل فطلاقك مستحيل.

وعند المالكية^(٤) والشافعية^(٥) ينقسم الطلاق المعلق بالمستحيل إلى حالتين:

١. حالة الإثبات: وافق المالكية والشافعية المذهب الحنفي في عدم وقوع الطلاق المعلق على

أمر مستحيل إذا كان في حالة الإثبات، كقوله: إن عاد الميت حياً فأنت طالق، إن

^(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب الطلاق في الإغلاق حديث (٥٢٦٨): ٧/٤٥

^(٢) الفتاوى الكبرى لابن تيمية: ٣/٢٣٦

^(٣) انظر البحر الرائق ابن نجيم: ٤/٣

^(٤) انظر حاشية الدسوقي: ٢/٣٩٠

^(٥) انظر المجموع شرح المهذب للنووي: ١٧/١٥٤

صعدت السماء فأنت طالق، لكن عدم الوقوع عندهم لعدم تحقق الشرط، وتبقى يمين الطلاق منعقدة إلى حين تحققه، خلافاً لجمهور الحنفية حيث لم يعتبروها يميناً.

وتظهر ثمرة الخلاف عندما يعلق الطلاق على أمر مستحيل ثم يصبح ممكناً بعد فترة من الزمن يدركها وزوجته مازالت على ملكه، كمن علق الطلاق على صعود السماء، فعند المالكية والشافعية يقع الطلاق لتحقيق الشرط، ولا يقع عند الحنفية؛ إذ عندما تحقق النفي انحلت يمين الطلاق.

٢. حالة النفي: أما إن كان الطلاق في حالة النفي، كقوله: إن لم تحيي هذا الميت فأنت طالق، إن لم تصعدي السماء فأنت طالق، يقع الطلاق حالاً للتيقن من عدم حصول الشرط ولليأس من حصوله، فتظهر نيته واضحة في إرادة الطلاق.

وفي المذهب الحنبلي^(١) وجهان للطلاق المعلق على مستحيل:

الوجه الأول: يقع الطلاق حالاً؛ لأنّ التعليق بالمستحيل يمنع من وقوع الطلاق في الحال والمآل فأصبح كما لو قال: أنت طالق طلقة لا تقع عليك أو لا تنقص عدد طلقاتك، فيلغو التعليق ويقع الطلاق.

الوجه الثاني: لا يقع؛ لأنه علق الطلاق على صفة ولم توجد.

وإن علق الطلاق على نفي المستحيل، كقوله: أنت طالق إن لم تحيي هذا الميت، طلقت في الحال لأنّ عدم تحقق المعلق عليه معلوم في الحال، ومثل المستحيل اليأس من حصول المعلق عليه، كأنّ طالق إن لم أضرب فلان، فمات فلان، أو إن لم أشتري هذا الثوب، فاحترق الثوب.

(١) انظر المغني: ٧/٤٦٧، كشف القناع للبهوتي: ٥/٢٧٧

والراجع عدم الوقوع؛ لأنّ الزوج ما علق الطلاق بالمستحيل إلا لعلمه بعدم إمكان تحققه، وهذا يدل على عدم إرادته للطلاق، ويكون معنى كلامه أنه يستحيل أن يطلق ولا عبء إن حصل المستحيل بعد فترة من الزمن.

٢_ الطلاق المعلق على المجهول:

نص المالكية^(١) على أن الزوج إن علق الطلاق بمجهول لا يعلم حالاً ولا مآلاً كأن دخل فلان الجنة فأنت طالق، أو إن خلق الله في بحر القلزم حوتاً على صفة كذا فأنت طالق، فيقع الطلاق في الحال؛ لأنّه لا سبيل إلى معرفة حقيقة ما علق عليه طلاقه.

وكذا إن علقه على مجهول لا يعرف حالاً ويعرف مآلاً، كقوله لزوجته الحامل: إن كان زيد قد قرأ مائتي كتاب فأنت طالق، ينجز الطلاق في الحال ولو ظهر فيما بعد انتفاء ما علق عليه، وذلك للشك في تحقق الشرط أو عدم تحققه عند التلفظ بالطلاق، فلا يمكن البقاء معها على فرج مشكوك فيه، فيقع الطلاق حالاً.

ومن المعلق على المجهول الطلاق المعلق على مشيئة الله عز وجل.

٣_ الطلاق المعلق على مشيئة الله تعالى:

اختلف الفقهاء في وقوع الطلاق المعلق على مشيئة الله تعالى:

فذهب الحنفية^(٢) إلى عدم وقوع الطلاق المعلق على المشيئة؛ لأنّ الاستثناء الموصول يخرج الكلام من أن يكون عزيمة.

(١) حاشية الدسوقي: ٢/٣٩١

(٢) المبسوط للسرخسي: ٣٠/١٦٦

وفي المذهب المالكي^(١) ذهب ابن القاسم^(٢) إلى أنه يقع الطلاق المعلق على مشيئة الله عز وجل؛ لأنه لا يمكن لنا الاطلاع على المشيئة فيبقى اليمين مشكوكاً في لزومها وعدمه، فالبقاء معها بقاء على فرج مشكوك فيه.

بينما ذهب أشهب^(٣) وابن الماجشون والحنابلة^(٤) وابن تيمية^(٥) إلى التفرقة بين دخول المشيئة على إيقاع الطلاق وبين دخولها على يمين الطلاق:

فإن أدخلها على إيقاع الطلاق كأن يقول: أنت طالق إن شاء الله، يقع الطلاق ولا تنفعه المشيئة.

أما إن أدخلها على يمين الطلاق كقوله: الطلاق يلزمني لأفعلن كذا إن شاء الله، أو أنت طالق إن دخلت الدار إن شاء الله، وهنا يجب الرجوع إلى نية الزوج، فإن نوى عودة المشيئة على الطلاق فيلزمه طلاقه؛ لأن معنى يمينه: الطلاق يلزمني إن شاء الله لزومي إياه، فيصبح بمعنى قوله: أنت طالق إن شاء الله.

أما إن نوى أن تعود المشيئة إلى الفعل المحلوف عليه فلا يقع طلاقه إن لم يتحقق الفعل المحلوف عليه عند أشهب وابن الماجشون؛ لأن معنى كلامه: الطلاق يلزمني لأفعلن إن شاء

(١) حاشية الدسوقي: ٢/٣٩٢

(٢) أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم الفقيه المالكي، جمع بين الزهد والعلم وتفقه بالإمام مالك رضي الله عنه ونظرائه وصحب مالكاً عشرين سنة وانتفع به أصحاب مالك بعد موت مالك وهو صاحب المدونة في مذهبهم، وهي من أجل كتبهم، وعنه أخذها سحنون ولد سنة ١٣٢هـ وتوفي سنة ١٩١هـ ودفن قبالة قبر أشهب الفقيه المالكي. وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان لابن خلكان: ٣/١٢٩

(٣) أبو عمر أشهب بن عبد العزيز بن داود بن إبراهيم القيسي ثم الجعدي الفقيه المالكي المصري تفقه على الإمام مالك ثم على المدنيين والمصريين، وكانت المنافسة بينه وبين ابن القاسم، وانتهت الرئاسة إليه بمصر بعد ابن القاسم، وكان ثقة في ما روى عن مالك، فقيهاً حسن الرأي، ولد سنة ١٥٠هـ وتوفي بمصر سنة ٢٠٤هـ في سلخ رجب ودفن بالقرافة الصغرى. وفيات الأعيان لابن خلكان: ١/٢٣٨

(٤) كشاف القناع للبهوتي: ٥/٣١١

(٥) الفتاوى الكبرى ابن تيمية: ٤/ ١٣٨.١٣٧

الله لي فعله، فإن لم يفعله لم يكن الله قد شاء له فعله، وإن فعله فقد تحقق الشرط، أما الحنابلة فإن نوى ردّ المشيئة إلى الفعل أو لم تكن له نية فلا يقع الطلاق أبداً سواء تحقق الشرط أم لا.

فالمشيئة تؤثر في الحكم على ما تدخل فيه الكفارة، أما ما لا تنفعه الكفارة فلا تؤثر فيه المشيئة، وهو قول الإمام أحمد لحديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ: «من حلف فقال إن شاء الله لم يحنث»،^(١) فلا يدخل إلا ما كان يميناً.

وذهب الشافعية^(٢) إلى عدم وقوع الطلاق إن قصد التعليق، أما إن قصد التبرك، أو سبقت الكلمة إلى لسانه لتعوده عليها ولم يقصد التعليق على المشيئة، أو لم تكن له نية، فالطلاق واقع.

والأرجح مذهب الشافعية في عدم الوقوع إن أراد به التعليق؛ لأنّ المشيئة غالباً تستخدم لمعنى تعليق أمر على إرادة الله عز وجل، وقد يقصد الزوج بالمشيئة معنى آخر غير تعليق الطلاق كالتأكيد على وقوع الطلاق، لذلك يجب الرجوع لنية الزوج.

٤_ الطلاق المعلق على شرط مضمّر:

ادعى الزوج بعد تلفظه بالطلاق أنّه أراد تعليقه على شرطٍ أضمره كأن يقول: أنت طالق، ثم يقول: أردت أنها طالق إن خرجت أو فعلت كذا، أو يدعي ما يقيد الطلاق المعلق، أو أنّه أراد تعليقه على شرطين أظهر أحدهما ونوى الآخر، كما لو قال: أنت طالق إن كلمت فلانة ثم يقول: أردت إن كلمتها بغير إذني، أو أردت إن كلمتها وذهبت إليها.

^(١) أخرجه الإمام أحمد في مسنده واللفظ له: مسند أبي هريرة (٨٠٧٤) ٢/٣٠٩، وأخرجه الترمذي في سننه، أبواب النذور والأيمان باب في الاستثناء في اليمين (١٥٣٢) ٣/١٦٠ وقال حديث حسن.

^(٢) روضة الطالبين للنووي: ٨/٩٦

ذهب الشافعية^(١) في الأصح والحنابلة^(٢) وابن تيمية وابن القيم^(٣) إلى عدم قبول قوله في القضاء؛ لأنّه أتى بلفظ صريح لا يحتمل التعليق، وادعاؤه خلاف الظاهر، ويقبل قوله ديانة؛ لأنّه أعلم بنيتّه، والصحيح عند الشافعية أنّه لا يدين أيضاً.

ولو كان هناك سبب جعله يُطَلَّق كأن يقال له: امرأتك باتت مع فلان وزنت معه، فقال: هي طالق، ثم تبين أنها لم تزن وكانت في بيتها، فلا يقع الطلاق عند الحنابلة وابن تيمية؛ لأنّ السبب الذي جعله يطلق تبين عدم صحته فأصبح كالشرط اللفظي، فكأنه قال: إن كانت قد فعلته فهي طالق.

وذهب القاضي أبو يعلى^(٤) من الحنابلة إلى الوقوع مطلقاً سواء تبين بطلان السبب أم صحته.

يقول البهوتي: "إذا قيل له: امرأتك قد شربت مع فلان، وباتت عنده، فقال: اشهدوا على أنها طالق ثلاثاً، ثم علم أنها كانت تلك الليلة في بيتها قائمة تصلي، فإن هذا الطلاق لا يقع قطعاً، وقال القاضي: تطلق مطلقاً".^(٥)

قال ابن تيمية: "لو قيل: زنت امرأتك أو خرجت من الدار، فغضب وقال: فهي طالق، لم تطلق".^(٦)

(١) انظر مغني المحتاج للشرييني: ٤/٥٠٣

(٢) انظر الإنصاف للمرداوي: ٩/٦١. كشف القناع للبهوتي: ٥/٢٤٧

(٣) انظر إعلام الموقعين لابن القيم: ٤/٨٤

(٤) القاضي من الحنابلة هو محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد بن الفراء أبو يعلى كان عالماً أهل زمان فريد عصره وكان له في الأصول والفروع القدر العالي وكان أصحاب الإمام أحمد يدرسون تصانيفه ويفتون بقوله ويعولون عليه ولد سنة ٣٨٠هـ وسمع الحديث الكثير وانتهت إليه رئاسة الحنابلة، توفي بعشرين رمضان ٤٥٨هـ. طبقات الحنابلة أبو الحسين بن أبي يعلى: ٢/١٩٣. الوافي بالوفيات للصفدي: ٣/٨

(٥) كشف القناع للبهوتي: ٥/٢٩٠ .

(٦) الفتاوى الكبرى لابن تيمية: ٥/٤٩٥

والراجح الوقوع؛ لأنه أتى بلفظ صريح ولا اعتبار للنوايا ولا لدلالة الحال مع صريح الطلاق.

٥_ الإتيان بالشرط المعلق عمداً:

إن علق الزوج الطلاق على فعل الزوجة فأتت به عمداً بقصد وقوعه للتخلص من زوجها لا عناداً، فالطلاق واقع عند الأئمة الأربعة بناء على أن الأصل بالطلاق المعلق وقوعه عند تحقق الشرط دون النظر لنية الزوج فعدم اعتبار نية الزوجة أولى، خلافاً لأشهب من المالكية^(١) فلا يحنث الزوج عنده معاملته لها بنقيض مقصودها،^(٢) ومال إليه بعض أصحاب مالك لكثرة من النسوة، واختاره ابن القيم وقال: " هو الفقه بعينه".^(٣)

وأرى أن ما ذكره أشهب وإن كان مخالفاً لجمهور الفقهاء إلا أن الحاجة قد تدعو إليه في هذا الوقت لكثرته، فالغرض من التعليق منع الزوجة عن فعل أمر يكرهه الزوج لا أن يكون تمليكاً للزوجة توقعه متى شاءت، وبدلاً من أن يكون تهديداً للزوجة يصبح تهديداً للزوج، فيمكن الأخذ به لحالات الضرورة كأن تكون الطلقة الثالثة.

ثانياً. الطلاق المضاف:

الطلاق المضاف: حل عقد النكاح في وقتٍ ما، كقوله: أنت طالق آخر الشهر القادم، أو أنت طالق أمس.^(٤)

ينقسم الطلاق المضاف إلى قسمين: فهو إما أن تكون إضافته إلى المستقبل، أو إلى الزمن الماضي.

(١) انظر حاشية الدسوقي: ٢/٢٥٧. مواهب الجليل للحطاب: ٤/٤٦

(٢) القواعد الفقهية للزحيلي: ٤٢٠ / ١

(٣) إعلام الموقعين لابن القيم: ٤/٧٤

(٤) شرح قانون الأحوال الشخصية الزواج والطلاق د. محمد الحسن البغا: ٤٢٣

١. الطلاق المضاف إلى الزمن المستقبل أو المعلق على المستقبل:

أن يضيف الزوج الطلاق إلى أجل محقق حدوثه في المستقبل سواء استخدم صيغة الإضافة، كقوله: أنت طالق عند طلوع الشمس أو عند مجيء رأس الشهر أو السنة، أو أنت طالق عند ولادتك إن كانت حاملاً، أو أنت طالق بعد عشر سنين.

أو استخدم صيغة التعليق وربطه بأمر محقق الوجود، كقوله: إن طلعت الشمس أو إن هلّ الهلال أو إن جاء رأس العام فأنت طالق، أو إذا ولدتِ فأنت طالق، إن مات فلان فأنت طالق.

ذهب الجمهور^(١) من الحنفية والشافعية والحنابلة وابن تيمية إلى وقوع الطلاق عند مجيء الوقت مهما طال أو قصر بشرط أن يضيفه إلى وقت يكون له ملك على زوجته، أما إن أضافه إلى زمن لا ملك له على زوجته كقوله: أنت طالق بعد موتي أو مع موتي فيعتبر الطلاق لغواً.

وعند المالكية^(٢) تعليق الطلاق على المستقبل يوقعه في الحال ولا ينتظر مجيء الوقت؛ لأنه آتٍ لا محالة، وعدم وقوعه في الحال يجعله كتركاح المتعة.

واشترط المالكية في الطلاق المضاف إلى أجل أن يكون مما يحتمل عادةً أن يبلغه عمر الزوج والزوجة معاً، كأنت طالق عند موتي أو موتك أو بعد سنة أو شهر أو غداً.

فإن أضافه إلى أجل لا يبلغه عمره أو لا يبلغه عمر زوجته أو لا يبلغه عمرهما معاً كأنت طالق بعد مائة سنة فلا يلزم الطلاق؛ إذ عند حلول الأجل يكون أحد الزوجين أو كلاهما

(١) انظر بدائع الصنائع للكاساني: ٣/١٣٣، مغني المحتاج للشربيني: ٤/٥٠٤، الإنصاف للمرداوي: ٩/٤٥.

الفتاوى الكبرى لابن تيمية: ٤/١١٣

(٢) انظر حاشية الدسوقي: ٢/٣٩٠

من الأموات، والميتة لا تطلق كما لا يقع طلاق من ميت، والمدة المعتبرة هي مدة التعمير، وتقدر عند المالكية بثمانين سنة.

وإن أضافه إلى ما هو غالب الوقوع عادةً وقد لا يقع كأنت طالق عند مجيء الحيض أو الطهر، فهناك روايتان عند المالكية، الرواية الأولى: يقع منجزاً تنزيلاً للغالب منزلة محقق الوجود، وهي الأصح، والرواية الثانية: متفقة مع مذهب الجمهور بالتوقف إلى مجيء الوقت. والراجح مذهب الجمهور بوقوع الطلاق عند حلول الأجل تصحيحاً لكلام العاقل، وقد يكون للزوج غرض معتبر من تأخير وقوعه، ولا يصح قياسه على نكاح المتعة؛ لأنّ التأقيت في نكاح المتعة مشروط في العقد، حتى لو أضمر التأقيت ولم يشترطه في العقد فالنكاح صحيح.

٢. الطلاق المضاف إلى الزمن الماضي:

اختلف الفقهاء في الطلاق المضاف إلى زمنٍ مضى كقول الزوج: أنت طالق أمس أو قبل شهر أو سنة، أو أنت طالق قبل أن أنكحك.

ذهب الحنفية^(١) إلى أنه إن أضافه إلى زمن مضى وكانت زوجته على ملكه في ذلك الوقت فالطلاق يقع في الحال وتلغو الإضافة؛ لأنه لا يمكن تصحيحه بطريق الإخبار لانعدام الطلاق بالأمس أو بالماضي فيصحح عن طريق الإنشاء، وتبطل الإضافة، لاستحالة إسناد الطلاق الموجود في الحال إلى الزمن الماضي، أما إن أضافه إلى زمن لم تكن زوجةً له فلا يقع الطلاق، لإمكان تصحيحه عن طريق الإخبار.

(١) انظر الهداية شرح بداية المبتدي برهان الدين علي بن أبي بكر الفرغاني المرغيناني (ت: ٥٩٣هـ) تحقيق: محمد عدنان درويش دار الأرقم بن أبي الأرقم بيروت لبنان: ٢/٣٦٩

وعند المالكية^(١) إن قصد إنشاء الطلاق يقع حالاً؛ لأن إضافته للماضي فيها معنى الهزل، فما يقع الآن لا يكون واقعاً بالماضي، فيلغى قوله الأمس ويقع الطلاق، أما إن قصد الإخبار فلا هزل ويلزم الطلاق؛ لأنه من باب الإقرار، وحكمه كالمقر بطلاق زوجته يطالب ببينة لإثبات قوله، وإن ادعى الإخبار كذباً دين عند المفتي.

وذهب الشافعية^(٢) في الصحيح إلى أنه ينظر إلى نية الزوج، فإن قصد وقوع الطلاق في الحال أو لم تكن له نية يقع الطلاق ويلغو الإسناد إلى الماضي لاستحالته، وقيل: يلغو ولا يقع به شيء لعدم إمكان إسناده للماضي.

أما إن قصد الزوج الإخبار بأنه طلق زوجته في الماضي وأنها الآن في العدة يصدق بيمينه. وعند الحنابلة^(٣) إن نوى الطلاق في الحال وقع؛ لأنه مقر بما هو الأغلظ عليه، وإن لم ينو وقوعه الآن أو نوى وقوعه في الماضي فلا شيء عليه.

٣. الطلاق غير المنجز في القانون:

أولاً. الطلاق المعلق:

تقيداً بما نصت عليه المادة /٩٠/ من عدم وقوع الطلاق إذا أراد به الحث أو المنع أو استعمله استعمال القسم، قررت محكمة النقض الشرعية أن على الزوج أن يدعي عدم قصد الطلاق وأن يثبت ادعاءه بيمينه وإلا فالطلاق واقع، واستقر الاجتهاد على ذلك:

"يشترط لعدم وقوع الطلاق غير المنجز أن يدعي المطلق عدم قصد الطلاق وأن يثبت ادعاءه بيمينه: لما كانت المادة /٩٠/ نصت على عدم وقوع الطلاق غير المنجز الذي لم

(١) انظر مواهب الجليل للحطاب: ٤/٧٠ ، حاشية الدسوقي: ٢/٣٩٠

(٢) انظر مغني المحتاج للشربيني: ٤ / ٥٠٧

(٣) انظر كشاف القناع للبهوتي: ٥/٢٧٣. ٢٧٢

يقصد به موقعه الطلاق أبداً وإنما قصد الحث على فعل شيء أو تركه فقط وتأكيد الإخبار باستعماله استعمال القسم، وكان شرط اعتباره غير واقع أن يدعي المطلق عدم قصد الطلاق صراحة، وأن يتوثق القاضي من ادعائه بتحليفه اليمين على أنه لم يقصد الطلاق، وكان المطلق في هذه الدعوى لم يدع شيئاً مما جاء به القاضي من عند نفسه، بل أقر في جلسة ١٥ كانون الثاني ١٩٥٦ وما بعدها بأنه كان يقصد الطلاق بدليل ادعائه الرجعة، والرجعة لا تكون إلا بعد الطلاق ولا عبرة برجوعه عن هذا الإقرار لأنه إقرار قضائي^(١).

" الطلاق المعلق يقع إذا تحقق متعلّقه إلا في حالة انتفاء قصد الطلاق".^(٢)

وفي اجتهاد آخر: " من خلال استجواب الطاعن بجلسة ٢٦/تموز/٢٠١٥ وسبق أن طلقها مرتين وقال لها في الطلقة الأولى: (أنت طالق) وراجعها باليوم نفسه، ثم كانت الطلقة الثانية بعد فترة بسيطة من الطلقة الأولى قائلاً لها: (إذا خرجت من المنزل فأنت طالق) إلا أنها خرجت، وأقر كذلك بأنه كان ينوي بقوله هذا الطلاق فعلاً بحال خروجها من المنزل ولم تكن نيته متجهة للتهديد أو الوعيد .. وبالتالي لم يعد هنالك مجال للبحث بجوهر الموضوع أكثر من ذلك ".^(٣)

يظهر من هذه الاجتهادات أن الأصل في الطلاق المعلق الوقوع إلا إذا تبين للقاضي قصد الزوج في عدم إرادته للطلاق من خلال الأدلة والقرائن، وحسناً ما ذهبت إليه محكمة النقض من تأكيد ادعاء الزوج باليمين نظراً لصعوبة الاطلاع على النية، وبناء على ذلك إن لم يدع الزوج عدم قصده للطلاق، أو ادعى المراجعة، أو أظهر كرهه للشرط، أو نكل عن اليمين

(١) نقض شرعي ٢٤٦ قرار ٣٢٧ تاريخ ١٩٥٦/١١/٢١ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في قضايا الأحوال الشخصية المكتب الفني بمحكمة النقض: ٣٨٣ /القاعدة ٤٦٨ قرار ٤١٠ . أساس ٢٣٦٦ تاريخ ٢٠٠٣/٤/١٥ مجموعة أحكام النقض في قضايا الأحوال الشخصية المحامي عبد القادر الآلوسي: ٦٧١

(٢) ش ٩٢ ق ٧٣ تا/ ٣/٧ /١٩٦٣ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في قضايا الأحوال الشخصية المكتب الفني بمحكمة النقض: ٣٨٣

(٣) أساس ٢٥٠ قرار ٢٣٠ تاريخ ٢٠١٦/٤/١١ سجلات محكمة النقض

فإن هذا يدل على إرادته الطلاق، ولا ينفعه بعد ذلك الادعاء بإرادة الحث أو المنع، وهذا ما قرره الاجتهاد التالي:

" وكان شرط اعتباره (الطلاق المعلق) غير واقع أن يدعي المطلق عدم قصد الطلاق صراحة، وأن يتوثق القاضي من ادعائه بتحليفه اليمين على أنه لم يكن يقصد الطلاق، وكان المطلق (الطاعن) لم يدع شيئاً مما جاء به القاضي، بل أقر بأنه كان يقصد الطلاق بدليل ادعائه الرجعة بعده، والرجعة لا تكون إلا بعد الطلاق، ولا عبرة برجوعه عن هذا الإقرار لأنه إقرار قضائي، الأمر الموجب لرد سببي الطعن الأول والثاني، خاصةً بعد أن نكل الطاعن عن حلف اليمين التي وجهتها إليه المحكمة، وأقر بتوفر قصد الطلاق لديه، إضافة إلى أن مجرد طلب الطاعن تقسيط مؤجل المهر عليه دليلٌ على صحة ما تصرفت به المحكمة؛ لأنه دليل على قناعته بترتب مؤجل مهر المدعية بذمته والذي لا يترتب — سنداً لأحكام المادة ٥٦/ من قانون الأحوال الشخصية — بذمة الزوج إلا لفراق أو طلاق".^(١)

- جاء في الاجتهاد: " الطلاق لفظاً كان أو كتابة يصح أن يكون منجزاً أو معلقاً، فالمنجز ما كان بصفة مطلقة 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".^(٢)

الاجتهاد بظاهره يوقع الطلاق عند تحقق الشرط دون اعتبار لقصد الحث أو المنع المذكور في المادة ٩٠/، لكن بالعودة إلى سبب الاجتهاد نجد أن الزوج طلق زوجته مقابل الإبراء من المهر، والحكم في مذهب ابن تيمية - المصدر التشريعي للمادة - وقوع الطلاق عند تحقق الشرط ولا ينظر للنية، إلا أنه يُشكل هنا أن الزوج نوى الشرط ولم يتلفظ به:

(١) قاعدة ٧٥٨ نقض شرعي ٢٤٦ قرار ٣٢٧ تاريخ ١٩٥٦/١١/٢١ مجموعة القواعد القانونية: ٣٨٣

(٢) قاعدة ١٥٥٤ ٧٢٩/٨٣٢ تاريخ ٢٠٠٠/٤/٢٤ الوافي في قضاء الأحوال الشخصية من ١٩٩٢ إلى ٢٠٠٥

القاضي الشرعي محمد عبد الرحمن: ٣٩٦

"... وسنداً لما عللت به المحكمة مصدرة القرار الطعين حكمها لجهة قناعتها بأن المخالعة التي ادعى بها الزوج لم تقم لعدم استكمالها لشروط وقوعها الشرعية مادام ما جرى لا يمكن معه إبراء ذمة الزوج من حقوق زوجته مقابل طلاقها كما ورد في الصك الخطي المبرز في الدعوى، وذلك بحسبان أنه لم يجر تبادل الألفاظ الشرعية المتعلقة بالإعلان عن المخالعة وشروطها وفق ما ثبت للمحكمة، وبحسبان أن المدعية وقعت الوثيقة المبرزة على بياض لأنها تجهل محتواها، وقد وقعتا وهي ترى أن الطلاق كان مقابل تسليمها حقوقها في اليوم الثاني، وهو غلط في مكونات عقد المخالعة الذي هو تصرف ثنائي يجمع إلى جانب كونه ذي طبيعة دينية تتعلق بالطلاق صفة أنه عقد معاوضة ينطبق عليه ما ينطبق على عقود المعاوضة وشروط نفاذها لجهة الالتزامات المالية الناجمة عنه، الأمر الذي يؤكد صحة توجه المحكمة موجّهة القرار لجهة رد الادعاء بالمخالعة المنجزة، ويوجب مبدئياً رد أسباب الطعن التي أثارها الطاعن في أسباب طعنه، إلا أن مطالبة الطاعن برد أثر تصرف المحكمة لجهة اعتبار الطلاق الذي تلفظ به خلال إجراءات المخالعة التي تقرر عدم إعمالها أمر واجب بحثه لمصلحة الطاعن في ذلك ولصالح القانون أيضاً، لأن إبطال المخالعة وعدم اعتمادها يوجب إبطال كل آثارها الشرعية منها والمالية، وهو ما نص عليه اجتهاد هذه الهيئة، الأمر الموجب لنقض ما قضى به القرار الطعين لجهة إعمال ما تلفظ به الطاعن لجهة تلفظه بألفاظ الطلاق خلال المخالعة وعلى أنه أمر متمم لوقوعها وبطلب من الحاضرين طلاقاً منجزاً وواقعاً غير صحيح من الناحية الشرعية سنداً لما تقدم، 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 /٢٥١/ من كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقدري باشا والواجب الرجوع إليه بمقتضى أحكام المادة /٣٠٥/ من قانون الأحوال الشخصية ونصها: (الطلاق لفظاً كان أو كتابة يصح أن يكون منجزاً أو معلقاً، فالمنجز ما كان بصفة مطلقة 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 منجزة يقع فيها الطلاق مقابل إبرائه من حقوق المدعية الشرعية كاملة، خاصة وأن الشهود أكدوا أن الطلاق صدر عن الزوج بعد توقيع الزوجة بصمتها على الوثيقة الخطية المبرزة وبطلب من الحاضرين، وهو ما يؤكد تعلق الطلاق بالإبراء تعلق وجود، مما يوجب عدم إعمال الطلاق وعدم اعتباره طلاقاً واقعاً ونقض ما قضى به الحكم الطعين".^(١)

فيؤخذ على هذا الاجتهاد أن الزوج هنا لم يتلفظ بالشرط واكتفى بقوله (أنت طالق) مستنداً على صحة وثيقة المخالعة التي ادعت زوجته فيما بعد فسادها، وإضمار الشرط والاقتصار على اللفظ الصريح للطلاق يجعله واقعاً في القضاء باتفاق الفقهاء، ولا أثر للتغريب بالزوج على إبطال حكم طلاقه، والمادة التي استندت إليها محكمة النقض والتي تعود للراجح في المذهب الحنفي لا يمكن تطبيقها هنا؛ إذ من شروط الطلاق المعلق لدى الأحناف الاتصال بين الطلاق والشرط وأي فاصل بينهما يجعل الطلاق منجزاً،^(٢) فكيف إذا كان الشرط مضمراً فالأولى وقوعه.

وبعد البحث لم أجد مستنداً شرعياً لهذه المسألة إلا ما ذهب إليه الحنابلة^(٣) وابن تيمية^(٤) من أنه إن كان لإيقاع الطلاق سبب دفع الزوج للتلفظ به ثم تبين عدم صحته فلا يقع الطلاق؛ لأنه أصبح كالشرط اللفظي كأن يقال له: امرأتك باتت عند فلان، فيقول الزوج: هي طالق، ثم يتبين أنها لم تفعل، فلا يقع الطلاق؛ لأنه لم يوقعه إلا لذلك السبب، فإذا ثبت بالأدلة

(١) قاعدة ١٥٥٤ / ٧٢٩ / ٨٣٢ تاريخ ٢٤/٤ / ٢٠٠٠ الوافي في قضاء الأحوال الشخصية محمد عبد الرحمن: ٣٩٦

(٢) انظر البحر الرائق لابن نجيم: ٤/٣

(٣) انظر كشف القناع للبهوتي: ٥/٢٩٠ .

(٤) انظر الفتاوى الكبرى لابن تيمية: ٥/٤٩٥

والقرائن بأن الزوج ما تلفظ بالطلاق إلا لسببٍ لو تلفظ به لكان طلاقه معلقاً على صحته، فإنّ بطلان هذا السبب يؤدي إلى إبطال الطلاق.

ثانياً. الطلاق المضاف:

أخذ المشرع المصري بمذهب ابن تيمية في المادة ٢/ من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٥ " لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير " وبمثله جاءت المادة ٩٠/ من القانون السوري.

لكن شراح القانون المصري اختلفوا في حكم الطلاق المضاف، فبعضهم يقول أن الطلاق غير المنجز الوارد في القانون يشمل الطلاق المعلق على شرط والطلاق المضاف، وهو رأي الشيخ علي الخفيف، يقول عند شرح المادة السابقة: " وليس يقصد بالطلاق الحمل على فعل شيء وتركه إلا في نوعي الطلاق المعلق المار ذكرهما، وعلى ذلك صار الحلف بهما عند نية ذلك لغواً من القول لا يترتب عليه طلاق، أما إذا أراد الزوج بذلك طلاقاً وكان له فيه وطر عند حدوث الشرط المعلق عليه أو كان الطلاق مضافاً إلى وقت مستقبل فإنه يقع، وقد جرى العمل على ذلك في السودان أيضاً منذ سنة ١٩٣٥ بالمنشور الشرعي رقم ٤١ الصادر في ٢٥ مارس ".^(١)

والبعض يرى أن الطلاق المضاف يرجع في أحكامه إلى المذهب الحنفي حيث لم تشر المادة إليه ولا تشمله؛ لأنه يأخذ حكم الطلاق المنجز.^(٢)

ويرى الدكتور عبد الرحمن الصابوني أن المادة تشمل الطلاق المضاف والمعلق ولم يعتبر المضاف منجزاً، ويدخل المضاف في قصد المطلق، وعلى هذا فالطلاق غير المنجز سواء كان مضافاً إلى زمن أو معلقاً على شرط إذا لم يقصد به الزوج الطلاق فلا يقع، ويقترح الدكتور الصابوني

^(١) فرق الزواج علي الخفيف: ١٢٢. ١٢٣

^(٢) مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية للصابوني: ١/٣٠٣

تعديل المادة بما يتوافق مع القانون المغربي المادة ٩٣ " الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه لا يقع " مرجحاً رأي الظاهرية في عدم وقوع الطلاق غير المنجز سواء كان معلقاً أم مضافاً لكونه أكثر واقعية ووضوحاً وحرصاً على المصلحة الزوجية، وتحقيقاً للغرض الذي شرع له الزواج، والهدف الذي يرمي إليه الطلاق.^(١)

وأرجح ما قاله الدكتور الصابوني من أن الطلاق المضاف هو طلاق غير منجز، لكن مع الرجوع في حكمه لما ذهب إليه الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة وابن تيمية لقوة مذهبهم.

وقد ذكرت المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية بأن المشرع نصَّ على عدم وقوع الطلاق غير المنجز إلا بالنية؛ لأن القصد هو الأصل في إيقاع الطلاق، وأن مذهب عدم وقوع الطلاق غير المنجز هو مذهب بعض الصحابة وإليه ذهب ابن حزم من الظاهرية وابن تيمية من الحنابلة^(٢)، ولم تتعرض المذكرة للطلاق المضاف، ورأينا كيف اعتبره الدكتور الصابوني من الطلاق غير المنجز، لكن إذا رجعنا إلى مذهب الظاهرية فلا نجد فيه التفصيل الذي ذكره القانون؛ إذ أن الطلاق غير المنجز عندهم لا يقع مطلقاً سواء كان معلقاً أو مضافاً ولا يُنظر إلى النية،^(٣) وما ذكره القانون من تفصيل هو ما رآه ابن تيمية وابن القيم.

كما أن نص المادة لا يدل على وقوع الطلاق المضاف أو عدم وقوعه، إنما اقتضت على ذكر حكم الطلاق المعلق على شرط في حال قصد به الحث أو المنع أو تأكيد الخبر، أما باقي صور الطلاق غير المنجز فالمرجع فيها مذهب ابن تيمية الذي هو المصدر التشريعي

^(١) شرح قانون الأحوال الشخصية السوري للصابوني: ٢/٣٤ . مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية

للصابوني: ١/٣٠٣ . شرح قانون الأحوال الشخصية د. محمد الحسن البغا: ٤٣٠

^(٢) شرح قانون الأحوال الشخصية السوري للصابوني: ٢/٢٣

^(٣) انظر المحلى بالآثار لابن حزم: ٩/٤٧٩

للمادة والقائل بوقوع الطلاق المضاف عند حلول وقته ولا ينظر إلى النية، متفقاً بذلك مع
الراجح في المذهب الحنفي، وبه أخذ الاجتهاد القضائي:

" الطلاق لفظاً كان أو كتابة يصح أن يكون منجزاً أو معلقاً، فالمنجز ما كان بصفة مطلقة
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".^(١)

واتجه الاجتهاد في الطلاق المضاف إلى زمن ماض إلى ما نص عليه المالكية^(٢) والشافعية^(٣)
من أن الزوج إن قصد الإخبار يحمل كلامه على الإقرار ويعامل معاملة المقر بالطلاق
ويطالب ببينة لإثبات صدق ادعائه وترتب آثار الطلاق من الوقت الذي أسند إليه، فإن
عجز عن البينة يعتبر الطلاق إنشاء ويقع في الحال، يقول الاجتهاد:

" إن الطلاق المضاف إلى زمن ماض يعتبر إنشاء للطلاق من تاريخ الإخبارية إذا لم يقيم عليه
دليل وتبدأ العدة من تاريخ الإقرار" ^(٤)

" الطلاق المضاف إلى الماضي يعتبر إنشاءً لطلاق واقع بتاريخ الإخبار إن لم تثبت
الإضافة بالبينة الشرعية: لما كانت قضايا الطلاق من قضايا النظام العام وكان المدعي قد
أقر في جلسة ١٩٥٧/١٢/٢٤ بطلاق المدعى عليها، وادعى إضافة الطلاق إلى الزمن
الماضي، وكان هذا الإخبار يقع إنشاءً للطلاق واقعاً في تاريخه إن لم تثبت هذه الإضافة

^(١) قاعدة ١٥٥٤ / ٧٢٩ / ٨٣٢ تاريخ ٢٤/٤/ ٢٠٠٠ الوافي في قضاء الأحوال الشخصية محمد عبد الرحمن: ٣٩٦

^(٢) انظر مواهب الجليل للخطاب: ٤/٧٠

^(٣) انظر مغني المحتاج للشربيني: ٤ / ٥٠٧

^(٤) قاعدة ٥٣٦ (١٢٦ / ١١٩) تاريخ ١٦/٢/ ١٩٧٦ المبادئ القانونية التي قررتها الغرف الشرعية لمحكمة النقض

السورية في قضايا الأحوال الشخصية المحامي عزة ضاحي: ١٥٣

بالوجه الشرعي، وكان القاضي قد حكم باستمرار الزوجية رغم هذا الطلاق ولم يبين مستنده في ذلك كان حكمه مستحق النقض".^(١)

" العجز عن إثبات إضافة الطلاق إلى الزمن الماضي الذي يدعيه الزوج يجعل هذا الإخبار إنشاء لطلاق جديد ".^(٢)

وبعد تفصيل أقوال الفقهاء وبيان اختلاف شراح القانون والتناقض في بعض التطبيقات القضائية، تظهر ضرورة وضع نص قانوني يوضح حالات وقوع الطلاق غير المنجز وحالات عدم وقوعه ليكون كالتالي:

- لا يقع الطلاق غير المنجز إن قصد به الحث على فعل شيء أو المنع منه ولم يقصد الطلاق وكره وقوعه وعليه كفارة يمين.
- يقع الطلاق المعلق على المستحيل، والمعلق على المشيئة إن قصد التعليق، والمضاف إلى وقت عند حلوله.
- الطلاق المضاف للزمن الماضي إن قصد به الإنشاء يقع في الحال، وإن قصد الإخبار فكالمقر بالطلاق.

^(١) قاعدة ٧٧٦ (ش ١٧٤ ق ١٦٩ تا / ١٩٥٨/٥/١٨) مجموعة القواعد القانونية التي قررت محكمة النقض في قضايا الأحوال الشخصية المكتب الفني بمحكمة النقض: ٣٩١ / القاعدة ٤٦٩ . قرار ٦٠٠ . أساس ١٠٥٨ تاريخ ١١/٥ / ٢٠٠٣ مجموعة أحكام النقض في قضايا الأحوال الشخصية المحامي عبد القادر الألوسي: ٦٧١

^(٢) قاعدة ٧٧٧ (ش ١٤٨ ق ١٤١ تا / ١٤ / ٤/١٩٥٨) مجموعة القواعد القانونية التي قررت محكمة النقض في قضايا الأحوال الشخصية المكتب الفني بمحكمة النقض: ٣٩٢

المطلب الثالث: الطلاق التعسفي

نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /١١٧/ على أنه " إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقه 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 "

فقد ألزم القانون الزوج المتعسف في طلاق زوجته بالتعويض لها إن تسبب هذا الطلاق بإصابة الزوجة بالبؤس والفاقه، وسكت عن الأحكام الأخرى المتعلقة بالتعويض، ولبيانها لا بد أولاً من بيان الأصل الذي استمد منه حكم التعويض عن الطلاق التعسفي.

التَّعَسُّفُ فِي اللُّغَةِ: العَسْفُ السيرُ بغير هداية، وكذلك التَّعَسُّفُ والاعتِسَافُ، وَعَسَفَ فلانٌ فلاناً عَسْفًا إذا ظلمه، ورجلٌ عَسُوفٌ إذا لم يقصد الحق، وعَسَفَ السلطانُ يَعْسِفُ وتَعَسَّفَ ظَلَمَ.^(١)

وفي الاصطلاح: التَّعَسُّفُ هو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل.^(٢)

والتعويض عن الطلاق التعسفي: هو إلزام الزوج المطلق بدفع مبلغ من المال تعويضاً عن الضرر اللاحق بالزوجة نتيجة استعماله لحقه المشروع لغاية غير مشروعة أو مناقضة لحكم الشرع.^(٣)

(١) لسان العرب لابن منظور: مادة (عسف) ٩/٢٤٥

(٢) النظريات الفقهية الدكتور فتحي الدريني منشورات جامعة دمشق: ١٣١

(٣) السياسة الشرعية في الأحوال الشرعية عبد الفتاح عمر دار النفائس الأردن ١٤١٨هـ. ١٩٩٨م : ١٧٩

إن أساس التعويض عن الضرر يعود لنظرية التعسف في استعمال الحق، وهي نظرية حديثة نجد أصولها في مسائل منشورة في الفقه الإسلامي توجب تعويضاً مالياً أو المنع من فعل لمنع الإضرار بالغير بناء على القاعدة الفقهية: "الضرر يزال"^(١)، ونظرية التعسف هي أقوى الأسس التي اعتمد عليها لبناء التعويض عن الطلاق التعسفي، واعتمد عليها قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /١١٧/.^(٢)

بالإضافة لاعتماده على المتعة في جعلها مستنداً شرعياً في جواز التعويض عن ضرر الطلاق، حيث إن بعض شروط نظرية التعسف يصعب تطبيقها في التعويض عن الطلاق كأن يكون المتلف مالاً ومتقوماً مملوكاً، وذلك لا ينطبق على الطلاق.^(٣)

وبذلك يكون التعويض عن الطلاق التعسفي مستنداً إلى أصليين: نظرية التعسف في استعمال الحق ومنها استمدت معظم أحكامه، والمتعة باعتبارها تعويضاً عن الطلاق، فكان لابد من مراعاة الأصلين في بيان ما سكت عنه قانون الأحوال الشخصية السوري في الطلاق التعسفي، والذي سيتم بيانه في هذا المطلب وفق ما يلي:

أولاً: معايير التعسف

ثانياً: شروط التعويض عن الطلاق التعسفي

ثالثاً: تعسف الزوجة في الطلاق

(١) شرح القواعد الفقهية أحمد بن الشيخ محمد الزرقا (ت: ١٣٥٧هـ) تحقيق مصطفى أحمد الزرقا دار القلم سوريا الطبعة الثانية ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م: ١٧٩

(٢) موسوعة قضايا إسلامية معاصرة (أضواء على أحكام الأسرة - آفاق في الأحكام السلطانية) الأستاذ الدكتور محمد الزحيلي، دار المكتبي، ط: أولى ١٤٣٠. ٢٠٠٩: ٢/٢٦

(٣) المرجع السابق: ٢/٣٨

أولاً . معايير التعسف:

لم يضع قانون الأحوال الشخصية السوري معياراً للتعسف في الطلاق ومتى يكون الزوج متعسفاً ومتى لا يعتبر كذلك، واكتفى بعبارة (دون ما سبب معقول) التي ذكرها في المادة /١١٧/ " إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول... " إلا أن هذه العبارة غير كافية لإثبات التعسف فلا طلاق دون سبب، وما يراه البعض معقولاً قد يراه آخر غير معقول، وكل زوج سيتذرع للقاضي بأسباب ليتخلص بها من التعويض، وعلى القاضي مسؤولية النظر في هذه الأسباب هل تبرر الطلاق أم لا؟ بناءً على معايير واضحة يستعين بها القاضي في الحكم.

وقد وضع الفقهاء المحدثون الباحثون في نظرية التعسف معايير تعود لمعيارين رئيسيين، وهما: معيار شخصي، ومعيار موضوعي.

١. المعيار الشخصي: ^(١)

يستدعي هذا المعيار النظر في العوامل النفسية التي حركت إرادة صاحب الحق لاستعمال حقه بدافع الإضرار، أو الدافع إلى تحقيق مصالح غير مشروعة:

أ- **قصد الإضرار:** إن الكشف عن قصد الإضرار من العسر بمكان لذا يستعان بالأمر الظاهرة كالقرائن لتبينه، كعدم وجود سبب شرعي للطلاق، وليس له أي منفعة في ذلك، ولم يحدث من الزوجة ما يستوجب الطلاق، إنما قصد الإضرار بها أو بأهلها بدافع الانتقام أو الكراهية، كأن يختلف مع أهل الزوجة أو يبغض أحداً منهم فيطلقها.

ب- **تحقيق مصلحة غير مشروعة:** باستعمال حق الطلاق في غير الغرض أو المصلحة التي شرع من أجلها، فالأصل في الطلاق الحظر ولا يحل إلا بمسوغ شرعي، وقد ورد في الشرع

^(١) انظر السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية د. عبد الفتاح عمر: ١٨٤ . النظريات الفقهية للدربي: ١٣١ . ١٣٢

بعض الحالات التي يجوز فيها الطلاق منها: أن يرتاب الزوج بعفة زوجته، أو عدم الطاعة، أو الشقاق والضرر، فإن لم يوجد المسوغ الشرعي يكون الطلاق محظوراً، كأن يُطلق زوجته من أجل الزواج بأخرى فهذه مصلحة غير مشروعة؛ لأنه يستطيع أن يتزوج الثانية دون طلاق الأولى، أو يطلق لعدم المحبة فهذا ليس بمسوغ لقوله تعالى: «وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا» [النساء: ١٩]، يقول ابن الجوزي^(١) " ندبت الآية إلى إمساك المرأة مع الكراهية لها ".^(٢)

٢. المعيار الموضوعي:^(٣)

ويمكن ضبط هذا المعيار من خلال ما يلي:

- أ- **الضرر الفاحش:** قد يضر الطلاق بالزوجة ضرراً فاحشاً كأن يطلقها بعد أن تكون قد فقدت أهلها فتصبح وحيدة بلا معين، خاصة إذا مضت فترة طويلة على عيشهما معاً، أو كان قد ألزمها بترك عملها أو دراستها ثم طلقها.
- ب- **اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:** أن تكون مصلحة الزوج في الطلاق ضئيلة وقليلة الأهمية ولا تتناسب مع الضرر الذي سيقع عليها من تطليقها، كمن يطلق لسبب سفر أو عمل أو دراسة فهنا وإن كان الطلاق يحقق مصلحة للزوج لكنها لا تتناسب مع أضرار الطلاق على الأسرة.

ما جاء في الاجتهاد القضائي: لم يتعرض الاجتهاد القضائي لذكر معايير التعسف إنما اقتصر على أن السبب المعقول هو ما أقره الشرع أو العرف، فقال: " **التعسف في الطلاق**

^(١) أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن الجوزي القرشي التيمي البكري البغدادي الفقيه الحنبلي الواعظ الملقب بجمال الدين الحافظ، كان علامة عصره وإمام وقته في الحديث وصناعة الوعظ من تصانيفه: المنتظم والموضوعات، توفي سنة ٥٩٧هـ. وفيات الأعيان لابن خلكان: ١٤٠. ٣/١٤٢

^(٢) زاد المسير في علم التفسير للحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن علي ابن الجوزي (ت: ٥٩٧هـ) دار إحياء التراث العربي بيروت الطبعة الأولى ٢٠٠٢م ١٤٢٣هـ: ٢٣٤

^(٣) انظر السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية د. عبد الفتاح عمر: ١٨٤. الطلاق التعسفي وأثره في التشريع الجزائري حياة خطاب: ٣٠

ينتفي إذا تبين أن سببه يصلح اعتباره من الأسباب المؤدية إليه شرعاً أو عرفاً" (١)

وتناول بعض الحالات التي تتيح للزوج الطلاق، وبعض الحالات التي لا تبيحه له، من ذلك:

١. "عدم صلاح الزوجة للمعاشرة الزوجية بسبب مرضها لا يجعل طلاقها دون سبب

معقول: ما كان ظاهراً من تقرير الطبيب أن المطلقة المطعون ضدها أصبحت عاجزة عن

العمل وغير صالحة للمعاشرة الزوجية بسبب مرضها وعجزها الكلي، وكان طلاق الزوج لها

والحالة هذه لا يعتبر تعسفياً دون ما سبب معقول". (٢)

لكن يرد على هذا الاجتهاد بأن للزوج الزواج بأخرى مع بقاء الأولى إن كان قادراً على

النفقة، ففي طلاقها وهي في هذه الحالة ظلم لها، خاصة إن مضى على زواجهما مدة طويلة

وكانت قد أفنت حياتها في خدمة الزوج، أما إن كان غير قادر على النفقة فالطلاق يكون

بسبب معقول.

٢. نشوز الزوجة: "لما كان التعسف في الطلاق ينتفي ببيان السبب المعقول للطلاق، وكان

الطاعن قد بين أن سبب الطلاق هو كون المطعون عليها تطرده من بيتها دائماً، ولم تكذبه

في هذا البيان ولم تقل فيه شيئاً، وسكوتهما في مثل هذا الموطن يعتبر بمثابة الإقرار، وكانت لا

تملك طرده ولو كان المسكن ملكها قبل طلبها إليه النقلة، ويعتبر ذلك نشوزاً عملاً بصراحة

المادة ٧٥/ أحوال". (٣)

(١) قاعدة ١٩٦١ قرار ١٦٩ اساس ١٠٥ لعام ٢٠٠٠ الوافي في قضاء الأحوال الشخصية محمد عبد الرحمن: ٥١١

(٢) القاعدة ٩٥١ (ش ١٢٣ ق ١١٩ تاريخ ١٧/٣/١٩٦٩ م) مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض

في قضايا الأحوال الشخصية، المكتب الفني بمحكمة النقض: ٣٧٤

(٣) القاعدة ٩٥٤ (ش ٢٢٤ ق ٢٢٣ تاريخ ٩/٨/١٩٦٢) مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في

قضايا الأحوال الشخصية، المكتب الفني بمحكمة النقض: ٤٧٤

٣. **الفجور وزنا الزوجة:** من ذلك ما قضت به محكمة النقض من أن دعوى التزاني تؤثر في تعويض طلاق التعسف، فأیما زوجة ظاهرت بالإساءة إلى عفتها وتجاوزت حدود الله لا يمكن إلا أن يكافأ الزوج بإسقاط التعويض عنه فيما لو أوقع عليها الطلاق.^(١)

٤. **عقم الزوجة:** لقد كان الاجتهاد القضائي مستقراً على أن "عقم الزوجة وعدم قدرتها على إنجاب الأطفال لا يجعل الزوج متعسفاً في طلاقها"^(٢) فالزوج قد يَبْن سبباً مشروعاً في الطلاق وهو رغبته في التناسل وحصول الأولاد.

ثم عدل الاجتهاد القضائي عن ذلك في عام ١٩٦٩ ليقتضي بأن "عقم الزوجة لا يبرر إيقاع الطلاق عليها"^(٣) وجعل طلاقها تعسفياً؛ إذ باستطاعة الزوج أن يتزوج ولوداً ويبقي الأولى على عصمته.

وجاء في اجتهاد آخر: "ادعى الزوج أنه طلق زوجته لأنها عقيم فقبلت المحكمة هذا السبب، ولكن وكيل الزوجة طعن بهذا الحكم متمسكاً بعدم مشروعيته، فقالت الهيئة الموقرة ما يلي: ولما كانت المحكمة قد ذكرت في أسباب الحكم أن الاجتهاد قد استقرَّ على أن عقم الزوجة سبب مشروع للطلاق .. وكان ما ذكرته المحكمة هو اجتهاد قديم ورد في قراراتين: الأول برقم ٣٩٤ تاريخ ١٩٦٦/١٠/٥، والآخر برقم ٥٠٨ تاريخ ١٩٦٧/١١/١٦، غير أن هذا الاجتهاد معدولٌ عنه من القديم، والذي عليه الاجتهاد المستقر هو أن عقم الزوجة ليس سبباً مشروعاً للطلاق".^(٤)

(١) القاعدة ٩٦٦ (ش ٢٤٥ ق ٢٥٨ تاريخ ١٩٦٢ / ٩/١٠) السابق: ٤٨٠

(٢) القاعدة ٨٧٣ أساس ٥١١ قرار ٥٠٨ تاريخ ١٩٦٧/١١/١٦ الأحكام القضائية الشرعية في ظل قانون الأحوال الشخصية زكي شمس: ٢/١١٤٠

(٣) القاعدة ٨٧٤ أساس ٤٩١ قرار ٤٨٣ تاريخ ١٩٦٩/١١/٣٠ السابق: ٢/١١٤٠

(٤) اجتهاد ٣٧٠ تاريخ ١٩٦٩/١٠/٤ ورد في التذكرة في القضاء القاضي سعدي أبو جيب: ٢/٦٠

ويرجح القاضي أبو جيب^(١) هذا القول ويرى أنه أولى بالاتباع؛ لأن الزوج يستطيع أن يتزوج الولود متى شاء، وله في الشريعة أن يعدد الزوجات على أن يعدل بينهما في المعاملة والنفقة.^(٢)

لكن ماذا لو كان الزوج فقيراً وغير قادرٍ على النفقة أو لا يستطيع العدل بين الزوجات فلا يحق له الزواج في هذه الحال، وهنا يتعارض ضرر الزوج بفقدان الولد وضرر الزوجة في الطلاق، لذا أرى من الأولى العمل بالقاعدة الفقهية: "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"،^(٣) فلا يكون الزوج متعسفاً إن كان عاجزاً عن الزواج بأخرى ولم يجد سبيلاً سوى الطلاق عملاً بالاجتهاد الأول، أما إن كان قادراً على تزوج الولود فيكون طلاقه تعسفياً كما ينص على ذلك الاجتهاد الثاني.

ثانياً. شروط التعويض عن الطلاق التعسفي:

نظرية التعسف تقوم على أساسين: الأول يعطي صاحب الحق ممارسة حقه، والثاني يمنع الإضرار بممارسته لهذا الحق،^(٤) وبناء على ذلك فإن الشخص إذا استخدم حقه دون أن يترتب على ذلك ضررٌ فلا يلزم بالتعويض.

وبناء على هذين الأساسين يجب أن تتوفر عدة شروط لتعويض الزوجة عن الطلاق التعسفي.

(١) سعدي أبو جيب: ولد بدمشق عام ١٣٥١ هـ ١٩٣٢ م، نال إجازتي الحقوق والشريعة من جامعة دمشق، درس على الشيخ بهجت البيطار والمحدث السيد محمد المنتصر الكتاني، تولى القضاء عام ١٩٦٠ م واستقال منه عام ١٩٩٠ م، أعير إلى رابطة العالم الإسلامي في مكة وقام بتأسيس الجمع الفقهي وتولى إدارته حتى عام ١٩٧٩ م، سمي عضواً في لجنة إعداد مشروع قانون الأحوال الشخصية السوري. القاضي في الإسلام لسعدي أبو جيب، دار الصديق للعلوم، دمشق، ط: أولى ١٤٣٢ هـ ٢٠١١ م: ٥١٠

(٢) التذكرة في القضاء سعدي أبو جيب: ٢/٦٠

(٣) شرح القواعد الفقهية للزرقا: ١٩٩

(٤) انظر موسوعة قضايا إسلامية معاصرة الزحيلي: ٢/٣٨

أ- حصول الضرر المادي للزوجة:

يلتزم الزوج بالتعويض إن تعدى الزوج باستخدام حقه في الطلاق بإيقاعه دون سبب، وإن أحدث الطلاق ضرراً بالزوجة، وقد بين القانون السوري في المادة /١١٧/ أحوال أنّ الضرر الموجب للتعويض هو إصابة الزوجة بالبؤس والفاقة، وفُسّرت المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية أن مراد المشرع من البؤس والفاقة هو الفقر، فقد جاء في المادة ٧ وجب التعويض عن الطلاق التعسفي للمرأة الفقيرة، وعليه فإنّ الزوجة ستصبح بعد الطلاق فقيرة وهي التي كانت في ظل الحياة الزوجية تحت كنف من كان يتولى تأمين ما تحتاجه، وأنها إثر هذا الطلاق التعسفي سيصيبها الفقر وينالها العوز.

وبناء على هذا التفسير يكون المشرع السوري قد قيّد التعويض بالضرر المادي وحصر الضرر بفقر الزوجة، ولم ينظر للضرر المعنوي الذي قد يكون أعظم أثراً على الزوجة من الفقر، إلا أنّ هذا الضرر يشترك فيه كل من الزوجين بل يتعداهما ليصيب الأولاد والأهل والأقارب والمجتمع، وبالتالي لا تنفرد المرأة به حتى تستحق تعويضاً عنه دون بقية المتضررين،^(١) ومع ذلك فالشارع الحكيم لم يغفل الجانب المعنوي وذلك في تشريعه للمتعة، وماهي إلا جبراً لإيحاش الطلاق.^(٢)

ب- انتفاء رغبة الزوجة في الطلاق:

إضافة لما اشترطه القانون من فقر الزوجة يجب ألا يكون الطلاق برضى الزوجة، فلو أنه جرى بناء على طلبها وموافقتها أو على إبراء الزوج من الحقوق الزوجية فالزوج ليس متعسفاً في الطلاق؛ لأنّ هذه الموافقة قد نفت عن الطلاق صفة الإضرار بالزوجة، والإضرار هو

(١) التعويض المالي عن الطلاق محمد الزحيلي دار المكتبي، دمشق، ط: أولى، ١٩٩٨م: ٥١

(٢) انظر التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج أ. د وهبة الزحيلي دار الفكر دمشق الطبعة العاشرة ١٤٣٠هـ

الموجب لفرض التعويض واعتبار الزوج متعسفاً فيه، وفي حالة الإبراء من الحقوق الزوجية لا يمكن للزوجة أن تعود لمطالبة الزوج بتعويض الطلاق التعسفي؛ لأنّ هذا الإبراء أقوى الأدلة على موافقتها على الطلاق ورغبتها فيه.^(١)

كما استقر الاجتهاد أيضاً على أن طلب التعويض في حالة التفريق في غير محله القانوني، ولو كانت المسؤولية في أكثرها على الزوج، وكان الحكم الطعين قد ذكر أنّ الاجتهاد مستقر على أنّه يحق للزوجة المطالبة بتعويض الطلاق ولو كان هناك تفريق قد تمّ، دون أن يتضمن الحكم الإشارة إلى أي اجتهاد يدعم هذا القول، وكان إطلاق القول على عواهنه دون مؤيد لا يتفق مع أصول صياغة الأحكام القضائية ولا مع قواعد البحث العلمي.^(٢)

إلا أنه قد ورد مؤخراً لمحكمة النقض قرارٌ يمنح الزوجة التعويض مع طلبها التفريق، فنص على أنه "لا يعد طلب الزوجة التفريق موجباً لحرماتها من تعويض الطلاق التعسفي؛ لأنّ طلب التفريق قد ينتهي إلى الإصلاح بين الطرفين وعماد الطلب هو الضرر الواقع على الزوجة وإلا فما الذي أُلجأها إلى هذا الطلب"،^(٣) لكن أرى أن ما ذكرته محكمة النقض لا يصلح لإعطائها الحق بطلب التعويض؛ إذ نتيجة دعوى التفريق أحد أمرين إما الإصلاح أو الطلاق، فإن حصلت على الطلاق كان بناء على طلبها فلم يكن بإرادة الزوج المنفردة، وبالتالي لا تعويض لعدم تحقق شرطه.

ت- أن يقع الطلاق بعد الدخول:

(١) التذكرة في القضاء المحامي سعدي أبو جيب: ٢/٦١

(٢) الاجتهاد ٨٢٩ تاريخ ١٢/٢٨ / ١٩٨٢ وفي معناه الاجتهاد ٧٢٥ تاريخ ١٩٨٤/٢/٦ (ورد في التذكرة في

القضاء المحامي سعدي أبو جيب: ٢/٥٨

(٣) أساس ٣٠٥ قرار ٢٥٦ تاريخ ١١/٤/ ٢٠١٦ سجلات محكمة النقض

جاءت المادة /١١٧/ أحوال شخصية توجب التعويض للزوجة عن الطلاق دون أن تقيده بالدخول، فلو أوقع الزوج الطلاق قبل الدخول بالزوجة هل يجب لها التعويض عملاً بإطلاق اللفظ أم أنه يشترط أن يكون الطلاق بعد الدخول لاستحقاق التعويض؟

إن لفظ الزوجة يشمل كل زوجة سواء أكان قبل الدخول والخلوة أم بعدهما متى توافر شرطاً التعويض اللذان اشترطتهما المادة /١١٧/،^(١) وجاء الاجتهاد القضائي مؤكداً ذلك:

" يقر التعويض للمطلقة الفقيرة سواء وقع الطلاق قبل الخلوة أو بعد الدخول، وصف المرأة بالفقيرة يشمل ما إذا كانت فقيرة قبل الزفاف أو بعده: لما كان ظاهراً من المادة /١١٧/ أحوال ومن المذكرة الإيضاحية الباحثة عنها أن التعويض عن الطلاق التعسفي واجب للمرأة الفقيرة، وكان لفظ الطلاق قد جاء مشملاً يشمل الطلاق قبل الخلوة والدخول وبعده، كما أن وصف المرأة بالفقيرة في المذكرة الإيضاحية يشمل ما إذا كانت فقيرة قبل الزفاف أو بعده وكان عدم ترتب نفقة العدة في الحال التي عليها الدعوى لورود الطلاق قبل الخلوة لا يبدل شيئاً في الموضوع، وأنّ عبارة فوق نفقة العدة الواردة في المادة إنما جاءت لدفع الإيهام الذي قد يلاحظ عند البحث في بؤس المطلقة وفقرها وليست قيداً احترازياً، ذلك أن المشرع إنما هدف من هذه المادة إقرار التعويض للمطلقة الفقيرة، وسيان في الأمر بين من طلقت قبل الخلوة أو بعد الدخول طالما أنّ القصد هو إسعاف الفقيرة لمصيبة الطلاق التي حلّت بها، ولما كان الحكم لم يلحظ ذلك فقد جاء مخالفاً للأصول".^(٢)

وأرى أن الطلاق قبل الدخول وإن كان فيه بعض الضرر إلا أنّه لا يساوي ضرر الطلاق بعد الدخول وبعد أن تكون الزوجة اعتادت على العيش في كنف زوجها وتنعمت في ماله، بل هي ما تزال في كنف أبيها أو وليها وتحت رعايته، فإذا كانت فقيرة فالزوج ليس هو سبب

(١) التذكرة في القضاء المحامي سعدي أبو حبيب: ٢/٥٨

(٢) قاعدة ٩٧٠ (ش ٢٧٣ ق ٢٦٤ تاريخ ١١/٦/١٩٦٩) مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في قضايا الأحوال الشخصية المكتب الفني بمحكمة النقض: ٤٨١

فقرها كي يدفع تعويضاً، بالإضافة إلى أنّ الزوج قد يظهر له بوادر كُره فيلجأ للطلاق كحل وقائي منعاً من فساد متوقع، وإنّ في المتعة التي استحبتها الشرع ما يغني عن فرض التعويض لها، وللقاضي أن يجعلها واجبة على الزوج إن رأى مصلحة في ذلك، خاصة أن الضرر قبل الدخول معنوي أكثر منه مادي.

وإلى ذلك ذهب قانون الأحوال الشخصية الإماراتي والكويتي، فقيدا التعويض عن الطلاق التعسفي بكونه بعد الدخول، فقد جاء في القانون الإماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ المادة ١٤٢/ : " إذا طلق الزوج زوجته المدخول بها في زواج صحيح بإرادته المنفردة ومن غير طلب منها استحققت متعة غير نفقة العدة بحسب حال الزوج وبما لا يتجاوز نفقة سنة لأمثالها، ويجوز للقاضي تقسيطها حسب يسار الزوج وإعساره، ويراعى في تقديرها ما أصاب المرأة من ضرر".

ونص القانون الكويتي رقم ٦٦ لسنة ٢٠٠٧ في المادة ١٦٥/ : " إذا انحل الزواج الصحيح بعد الدخول تستحق الزوجة سوى نفقة عدتها متعة تقدر بما لا يتجاوز نفقة سنة حسب حال الزوج، تؤدي إليها أقساط شهرية إثر انتهاء عدتها ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك في المقدار أو الأداء".

ث - عدم فرض المتعة للزوجة:

المتعة هي من أوضح الصور الشرعية والأحكام الفقهية لتعويض المرأة عن الطلاق^(١) وقد عرّفها العلامة الخرشني:^(٢) " المتعة هي ما يعطيه الزوج لمطلقاته ليحبر بذلك الألم الذي حصل لها بسبب الفراق ".^(١)

^(١) التعويض المالي عن الطلاق لمحمد الزحيلي: ٨١

^(٢) أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشني أو الخراشي نسبته إلى قرية يقال لها أبو خراش من البحيرة بمصر، ولد سنة ١٠١٠ هـ ، أول من تولى مشيخة الأزهر، المتفق على فضله وولايته وحسن سيرته، أقام وتوفي بالقاهرة سنة ١١٠١ هـ

شرعت المتعة في القرآن الكريم لكل مطلقة دون تحديد سبب الطلاق، أما التعويض فقد حصره القانون للمطلقة تعسفاً فقط، فهل للمطلقة من جراء الطلاق التعسفي أن تأخذ المتعة والتعويض معاً أم أن المتعة تغني عن التعويض ؟

اختلف في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: يرى كثير من الباحثين المعاصرين كالشيخ محمد أبو زهرة والدكتور وهبة الزحيلي^(٢) والدكتور محمد الزحيلي^(٣) أن المتعة تغني عن التعويض المفروض للزوجة في القانون؛ إذ أنّ المتعة هي من أوضح الصور الشرعية والأحكام الفقهية لتعويض المرأة عن الطلاق، فهي تحقق الغرض من التعويض بصورة أقوى، والإعراض عن متعة الطلاق وعدم الالتزام بها وعدم تطبيقها في القضاء كل ذلك وغيره سَوَّغ للناس المطالبة بالتعويض عن الطلاق.^(٤)

القول الثاني: يرى فريق آخر أن التعويض أمر مختلف عن المتعة، وهناك فرق بين وجوب التعويض للمطلقة بئناً دون سبب شرعي، وبين استحباب المتعة بقصد إزالة الوحشة من

من كتبه: الشرح الكبير على متن خليل، والفوائد السننية في شرح المقدمة السنوسية. سلك الدرر في أعيان القرن الثاني عشر لمحمد خليل بن علي الحسيني، دار البشائر الإسلامية ط: الثالثة، ١٤٠٨ هـ. ١٩٨٨ م: ٤/٦٣

^(١) شرح مختصر خليل لمحمد بن عبد الله الخرشى المالكي أبو عبد الله (ت ١١٠١ هـ) دار الفكر - بيروت (د. ط) (د. ت): ٤/٨٧

^(٢) ولد عام ١٣٥١ هـ ١٩٣٢ م درس في الجامعة الأزهرية في كليتي الشريعة واللغة العربية، ودرس الحقوق بجامعة عين شمس، من شيوخه: حسن جبنكة الميداني، محمد لطفي الفيومي، حسن الشطي، محمد أبو زهرة، عُيِّن مدرساً بكلية الشريعة بجامعة دمشق عام ١٩٦٣ م، وله عضوية في عدد من المجمع العربية، منها المجمع الفقهي بمكة المكرمة، ومجمع الفقه الإسلامي بجدّة، من مؤلفاته: الفقه الوجيز، فقه السنة النبوية، توفي سنة ٢٠١٥ م. سلسلة علماء مفكرون معاصرون، سلسلة (١٢) وهبة الزحيلي العالم الفقيه المفسر للدكتور بديع السيد اللحام.

^(٣) ولد في دير عطية في ريف دمشق عام ١٩٤١ هـ حصل على دكتوراه في الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، وماجستير في الحقوق من كلية الحقوق بجامعة القاهرة، والإجازة في الحقوق من جامعة دمشق، وإجازة في الشريعة من جامعة دمشق، شارك في تقييم البحوث العلمية المحكمة المقدمة للنشر في مجالات الجامعات المختلفة، عمل عميداً لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة الشارقة، له مؤلفات كثيرة منها تاريخ القضاء في الإسلام، الفرائض والموارث والوصايا، الإسلام والشباب. ويكيبيديا الموسوعة الحرة (محمد الزحيلي) ar.m.wikipedia.org

^(٤) انظر التعويض المالي عن الطلاق لمحمد الزحيلي: ٨٩. الأحوال الشخصية محمد أبو زهرة: ٢٨٥

قلبها نتيجة المفارقة إظهاراً لحسن الخلق في المدخول بها، ووجوبها كبديل المهر في غير المدخول بها التي لم يسم لها مهر حين العقد، فالمتعة ورد في حكمها نصوص شرعية كانت مدار بحث الفقهاء ومحل اجتهاداتهم، أما التعويض فهو أمر آخر زائد عن ذلك ومرتبطة بالضرر الواقع على الغير نتيجة لاستعمال الحق المشروع وهو داخل في نظرية التعسف في استعمال الحق.^(١)

ويعترض الدكتور محمد الزحيلي على هذا القول بأن نظرية التعسف وإن كانت هي أقوى الأسس التي اعتمد عليها لبناء التعويض عن الطلاق التعسفي إلا أن بعض شروط التعويض يصعب تطبيقها في التعويض عن الطلاق، مثل أن يكون المتلف مالاً ومتقوماً مملوكاً، وذلك لا ينطبق على الطلاق،^(٢) لذلك فإن المتعة هي المستند الشرعي وأصل التعويض عن ضرر الطلاق خاصة إذا أخذنا بأوسع المذاهب في وجوب المتعة قضاء على كل مطلق وهو قول الإمام أحمد، وقد اعتمد قانون الأحوال الشخصية السوري - في الجملة - على المتعة عندما شرع التعويض عن الطلاق^(٣) واعتبر المتعة أصل التعويض وسنده الشرعي.

تقول المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية النبعة السابعة:

"أوجب التعويض عن الطلاق التعسفي للمرأة الفقيرة أخذاً من استحباب المتعة للمطلقة، ومن أن للحاكم أن يأمر بالمندوب أو المباح إن كانت فيه مصلحة شرعية فيصير واجباً عند فقهاء الحنفية، نقل ذلك ابن نجيم في الأشباه وابن عابدين في الحاشية في كتاب القضاء"^(٤)

وأرى أن وجوب المتعة كبديل عن نصف المهر ما هو إلا تعويض للزوجة عن ضرر مادي لحق بها في طلاقها قبل الدخول دون تسمية للمهر، واستحبابها لكل مطلقة هو بمعنى التعويض عن الضرر المعنوي للطلاق كما جاء في المذهب المالكي أنها "لجبر خاطرها، أي: من الأم

^(١) وهو رأي الدكتور عبد الفتاح عمر في كتابه السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية: ١٧٨

^(٢) انظر موسوعة قضايا إسلامية معاصرة الزحيلي: ٢/٣٨

^(٣) المرجع السابق: ٦٣ - ٦٤ باختصار

^(٤) التذكرة في القضاء المحامي سعدي أبو جيب: ٢/٥٧

الحاصل لها بسبب الفراق"،^(١) وللقاضي أن يلزم به الزوج إن رأى بذلك مصلحة، فيقاس على المتعة التعويض عن الطلاق دون سبب والذي أدى إلى فقر الزوجة فيكون الطلاق التعسفي هو فرع عن المتعة، فإن فرض القاضي المتعة على الزوج بعد الدخول يكون ذلك تعويضاً للمرأة عن جميع ما لحقها من ضرر، وللقاضي تقدير التعويض بما يتناسب مع الضرر اللاحق بها، فلا يبقى بعد هذا سبباً يدعو لفرض التعويض؛ إذ تتحقق في المتعة الغاية والهدف من التعويض مع تفادي سلباته كعدم الخوض في أسباب الطلاق، وكشف الأسرار الزوجية، وصعوبة الكشف عن قصد الإضرار بالزوجة، ولهذه الأسباب يترجح القول بعدم صحة الجمع بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي.

ويؤيد ذلك ما ذهبت إليه المحكمة العليا للقانون الجزائري^(٢) " من أن المقرر شرعاً وقضائاً أنّ المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج لها عن طلاق غير مبرر ويسقط بتحملها جزء من المسؤولية، ولما كان القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معاً فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة، ومتى كان ذلك استوجب النقص جزئياً فيما يخص المتعة " يتضح من هذا القرار أن القضاة اعتبروا المتعة تعويضاً عن الطلاق التعسفي الذي تستحقه المطلقة بسبب ظلم الزوج، وأن المتعة والتعويض شيء واحد.^(٣)

بينما صرح القانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ في المادة ١٨/ أن التعويض في الطلاق التعسفي هو المتعة المقررة في الشرع بجميع أحكامها وشروطها، تنص المادة على أنّ " الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق

(١) حاشية الدسوقي: ٢/٤٢٥

(٢) إن المادة ٥٢ من قانون الأحوال الشخصية الجزائري رقم ١١ لعام ١٩٨٤ نصت على وجوب التعويض عن الطلاق التعسفي " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها " ولم يتعرض القانون الجزائري للمتعة .

(٣) الطلاق التعسفي وآثاره في التشريع الجزائري حياة خطاب جامعة محمد خيضر . بسكرة الجزائر . ٢٠١٥هـ : ٧٥.

نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل، وبمراعاة حال المطلق يسراً أو عسراً ومدة الزوجية، ويجوز أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط.

ومثله ذهب القانون الكويتي والإماراتي والبحريني.^(١)

أما اجتهادات محكمة النقض الشرعية السورية فلم تتعرض لهذه المسألة.

ج- عدم وجود معيل للزوجة:

إذا كان الباعث على التعويض عن الطلاق هو تأمين النفقة والمعيشة للمرأة لما يصيبها من بؤس وفاقة، فإن نفقة وتأمين حاجاتها ومتطلباتها في الحياة كما تجب للزوجة على زوجها خلال الحياة الزوجية والعدة فإنها تجب بذاتها للمرأة عامة على أقاربها كالأب والأخ والابن، ووجوب النفقة على الأقارب مقرر وثابت شرعاً في القرآن الكريم والسنة الشريفة.^(٢)

فإن وجود من يعيل المرأة ممن تجب عليهم نفقتها يمنع عنها البؤس والفاقة إلا إن كان لا أقارب لها.

وقد استقرت محكمة النقض الشرعية سابقاً على أنّ "وجود أي معيل للزوجة قادر على إعالتها قضاء أو رضاء لا يسمح لها بطلب التعويض القضائي".^(٣)

(١) قانون الكويت المعدل بالقوانين رقم ٦١ لسنة ١٩٩٦ و ٢٩ لسنة ٢٠٠٤ و ٦٦ لسنة ٢٠٠٧ المادة ١٦٥ / " إذا انحل الزواج الصحيح بعد الدخول تستحق الزوجة سوى نفقة عدتها متعة تقدر بما لا يجاوز سنة حسب حال الزوج ". قانون الإمارات ٢٠٠٥/٢٨ المادة ١٤٠ / " إذا طلق الزوج زوجته المدخول بها في زواج صحيح بإرادته المنفردة ومن غير طلب منها استحققت متعة غير نفقة العدة بحسب حال الزوج وبما لا يجاوز نفقة سنة لأمتالها، ويجوز للقاضي تقسيطها حسب يسار الزوج وإعساره، ويراعى في تقديرها ما أصاب المرأة من ضرر ". قانون الأسرة البحريني رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٩ المادة ٩٤. ب / تستحق المطلقة بعد الدخول متعة الطلاق إذا كان بغير سبب وتقدر بحسب يسر المطلق ومدة الزواج وظروف الطلاق "

(٢) قضايا فقهية معاصرة محمد الزحيلي: ٤٥

(٣) القاعدة ١٩٨١ ١٣٢٥ / ١٣٥٠ تاريخ ٢٨ / ١٠ / ١٩٩٥ الوافي في قضاء الأحوال الشخصية محمد عبد الرحمن:

فإطلاق لفظ المعيل يدخل فيه كل من تجب عليه نفقتها سواء كان أباً أو أماً أو ولداً أو حتى غريباً التزم بالإئناق عليها رضاء منه، وهذا يتفق مع صريح المادة /١٥٩/ أحوال الذي يوجب النفقة لكل فقير على من يرثه من أقاربه الموسرين بحسب حصصهم الإرثية.

إلا أنه قد وردت بعض الاجتهادات المتعارضة في حكم وجود أخ للمطلقة من حيث إسقاط التعويض عن الزوج، فقضت محكمة النقض في عام ١٩٥٦ " أن وجود أخوة للزوجة لا ينفي العوز والفاقة، ولما كان القاضي قد علل لرد دعوى المميّزة بتعويض التعسف بوجود أخوة يعيلونها مع أنّ وجودهم لا ينفي العوز والفاقة إذا ترجح احتمال وقوعها فيهما بسبب الطلاق"،^(١) فإذا كان وجود أخ قادر على إعالتها لا يمنعها ذلك من استحقاق التعويض فذلك يدل على أن الأخ غير ملزم بنفقتها وهذا مخالف لما نص عليه القانون.

بينما جاء في آخر " أنّ الاجتهاد مستقر على أنّ وجود أشقاء للمطلقة يعفي الزوج من تعويض الطلاق التعسفي إذا كان الأشقاء قادرين على إعالتها "^(٢) إلا أنه في عام ١٩٩٩ عدلت الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية عن جميع قراراتها بشأن المعيل لتقيده بالأصل والفرع فقط، فصدر قرارها " بتاريخ ١٩٩٩/٦/٢٨ برقم ٣٧٧/٢٢٣ ونصه: ((العدول عن الاجتهاد السابق وإقرار حق الزوجة المطلقة في تقاضي تعويض عن الطلاق التعسفي من مطلقها وفق أحكام المادة (١١٧) أحوال شخصية إذا لم يكن لها معيل من أصل أو فرع وارث قادر على إعالتها بعد طلاقها، إضافة لمن هو مكلف بإعالة غيرها من أفراد أسرته، والعدول عن جميع الاجتهادات السابقة المخالفة)) ... فإن أخوة المدعية غير مكلفين

^(١) قاعدة ٩٨٠ (ش ٢٤٤ ق ٢٦٠ تاريخ ١٩٥٦/٩/٣٠) مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في

قضايا الأحوال الشخصية المكتب الفني بمحكمة النقض: ٤٨٥

^(٢) قاعدة ١٩٩٠ نقض قرار ١٩٦ أساس ٥٦٩ تاريخ ١٩٩٣/٤/٣ الوافي محمد عبد الرحمن: ٥١٨

بإعالتها والانفاق عليها بعد طلاقها أيًا كان وضعهم المادي سنداً لهذا القرار الواجب الاتباع من قبل المحاكم السورية على اختلاف درجاتها ^(١).

وأرى أن محكمة النقض لم توفق فيما استقرت عليه مؤخراً لمخالفته صريح المادة /١٥٥ و١٥٦/ في نفقة الأقارب، والأولى العودة للاجتهاد القديم بإطلاق لفظ المعيل؛ لأنّ الغاية كفاية المطلقة ونفي الفقر عنها بوجود بديل عن الزوج يتولى أمورها المالية ومتطلباتها بصرف النظر عن كونه أباً أو ابناً أو حتى غريباً، كما أن محكمة النقض قررت أنّ " زواج المطلقة بمدة طويلة لا يمنع من استحقاقها تعويض التعسف " ^(٢) فتقييد الزواج بمدة طويلة يدل على أن زواج المطلقة بمدة قصيرة يسقط حقها بالتعويض لارتفاع الضرر بوجود زوج آخر يعيلها، وهذا يدل على أن العلة من التعويض تحقق الضرر وهو الفقر، فإذا انتفى الفقر بأي سبب انتفى حكم التعويض.

ح- تحديد مدة المطالبة بالتعويض:

لم يحدد قانون الأحوال الشخصية السوري المدة التي تستطيع الزوجة خلالها إقامة دعوى تطالب فيها الزوج بالتعويض، ويفهم من هذا أن مدة المطالبة تخضع للتقادم الطويل لمدة خمسة عشر سنة من تاريخ وقوع الطلاق التعسفي، وبالتالي للزوجة أن تطالب بالتعويض متى شاءت خلال هذه المدة، وهذا بحد ذاته يعتبر خللاً في القانون؛ إذ يجعل الحقوق معلقة بين الزوجين، ويصعب على القاضي إثبات تحقق الضرر بعد مضي مدة طويلة فتضيع بذلك الحقوق، لذلك لا بدّ من تحديد مدة المطالبة بالتعويض، كأن تكون سنة من تاريخ تبليغ الزوجة بوقوع الطلاق، فيجوز لها خلال هذه السنة أن تقيم دعوى للمطالبة بالتعويض عن

^(١) قاعدة ٤٩٠ نقض أساس ٦٧١ قرار ٥٣٨ لعام ٢٠٠١ مجموعة أحكام النقض في قضايا الأحوال الشخصية الحمامي عبد القادر الألوسي: ٧٠٣

^(٢) أساس ٢٥١ قرار ٣٤٥ تاريخ ١١/١٧/١٩٦٠ المرشد أديب استنبولي: ٢/٤٥٥

الطلاق التعسفي، ويعتبر مضي المدة دون مطالبة الزوج بالتعويض دليلاً على عدم تضرر الزوجة من الطلاق أو على إسقاط حقها بالتعويض.^(١)

ثالثاً. تعسف الزوجة في الطلاق:

باعتبار أن الزوج هو من يملك الطلاق ويوقعه بإرادته المنفردة فإنه يلزم بالتعويض في حال طلق متعسفاً وأصاب زوجته البؤس والفاقة تعويضاً لها عن ضرر الطلاق.

أما إن كانت الزوجة تملك طلاق نفسها فطلقت نفسها بإرادتها المنفردة دون سبب معقول من الزوج يستدعي الطلاق فهل يحق للزوج المطالبة بالتعويض إن أصابه الضرر من جراء تعسف الزوجة في استعمال حقها في طلاق نفسها ؟

بالعودة إلى معنى التعسف في استعمال الحق نجد أنّ التعويض يجب بسبب سوء استعمال حق ينتج عنه إلحاق ضرر بشخص آخر، فالزوجة إذا كانت تملك حق الطلاق وأساءت استعماله فألحقت ضرراً بالزوج فالقياس يقتضي أن يجب عليها التعويض لزوجها، ولا مبرر للفرقة بين تعسف الزوج في طلاقه وتعسف الزوجة ففي كلا الحالتين هناك ضرر يصيب الآخر.^(٢)

فإذا اعترض معترض وقال: إن تعويض المرأة على الرجل ليس له مبرر طالما أنّ الإنفاق بالأصل متوجب عليه وغالباً ما تكون غير ذات كسب فكيف تعوّض عليه، فالجواب: مادام ترك المرأة الرجل دون سبب معقول وفي وقت هو في أمس الحاجة إليها يعتبر إضراراً به فإنّ

^(١) انظر الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة والقانون الأردني ساجدة عفيف عتيلى جامعة النجاح الوطنية

نابلس فلسطين ٢٠١١هـ: ١٢٦

^(٢) انظر مدى حرية الزوجين في الطلاق للصابوني: ١١٨ / ١

مثله كمثل التفريق فإن كانت الإساءة منها عوضت عليه في مهرها وأي إساءة من تطليقها لنفسها دون سبب مشروع.^(١)

وإذا كان الأصل أن الزوجة يحرم عليها طلب الطلاق من زوجها لغير سبب لحديث ثوبان: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «أما امرأة سألت زوجها طلاقاً من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة».^(٢)

لذا فإن الزوجة تعتبر متعسفة إذا طلقت نفسها لغير الأسباب التي أجاز لها الشرع طلب الطلاق عند تحققها كأن يقصر الزوج في حقوقها الواجبة عليه كالنفقة، أو إضراره لها ضرراً لا تستطيع معه دوام العشرة، أو غيابه أو حبسه مدة طويلة، أو أن يكون بالزوج عيبٌ مستحكمٌ كالعقم أو مرضٌ خطيرٌ مُعَدٍ، أو كان الزوج يرتكب الكبائر والمحرمات كالزنا وشرب الخمر أو لا يؤدي الفرائض، فإن لم يوجد سببٌ يصح اعتباره من أسباب الطلاق المشروع للزوجة فإنها تعتبر متعسفة إن أضرت زوجها وأولادها بناءً على المسؤولية التقصيرية التي تقوم عليها نظرية التعسف، ولو كان الزوج هو من ملّكها الطلاق؛ لأنه ما ملّكها إياه إلا لتستخدمه عند الحاجة، ومن صور تعسف الزوجة الرغبة في تغيير زوجها متبعة هواها.

ولم يتعرض قانون الأحوال الشخصية السوري ولا الاجتهاد القضائي إلى تعسف الزوجة في استعمال حقها فيما إذا كانت مفوضة به وطلقت نفسها دون سبب مشروع وألحقت به ضرراً كبيراً، وانفرد بذلك القانون التونسي حيث لم يفرق في التعويض عن ضرر الطلاق سواء أكان من الزوج أم الزوجة، فجاء في الفصل ٣١ "يحكم بالطلاق: ٢٠٠. بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما يحصل له منه ضرر، ٣. بناء على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو

^(١) شرح أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين والنصارى واليهود، محمد فهد شقفة: ٢/٤٣٤

^(٢) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الطلاق، باب ما جاء في المختلعات (١١٨٧) ٢/٤٨٤ واللفظ له، وقال عنه حديث حسن، وأخرجه أبو داود في سننه كتاب الطلاق، باب في الخلع (٢٢٢٦) ٢/٢٦٨

مطالبة الزوجة به، ويقضى لمن تضرر من الزوجين بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجم عن الطلاق في الحالتين المبيتين بالفقرتين الثانية والثالثة أعلاه^(١).

وتنظيماً لأحكام التعسف أقترح إضافة ما سكت عنه قانون الأحوال الشخصية من معايير التعسف وشروطه وحكم تعسف الزوجة إلى نص القانون:

● يثبت التعسف من خلال المعايير التالية:

١. أن يظهر قصد الإضرار بالزوجة.
٢. استعمال الطلاق بغرض غير مشروع.
٣. أن تكون مصلحة الزوج بالطلاق ضئيلة لا تتناسب مع الضرر الفاحش اللاحق بالزوجة.

● يشترط للتعويض عن الطلاق التعسفي ما يلي:

١. أن يكون الضرر مادياً.
٢. أن يكون الطلاق بعد الدخول.
٣. عدم رغبة الزوجة بالطلاق.
٤. عدم وجود معيل للزوجة مهما كانت صفته.
٥. مطالبة الزوجة بالتعويض خلال سنة من تبليغ الزوجة بوقوع الطلاق .
٦. كل ما لم يجب فيه التعويض عن الطلاق فللقاضي أن يفرض المتعة للزوجة إن رأى المصلحة في ذلك.
٧. فرض المتعة للزوجة يغني عن التعويض.

● تعتبر الزوجة متعسفة إذا طلقت نفسها لغرض غير مشروع ولحق بالزوج ضرر فاحش بسبب ذلك.

(١) مجلة الأحوال الشخصية الصادرة بعام ١٩٥٦ م

المبحث الثالث

المسائل المسكوت عنها المتعلقة بالخلع

لما شرع الله عز وجل الطلاق وجعله بيد الرجل يوقعه بإرادته المنفردة تجلت حكمته بتشريع الخلع للمرأة لتفتدي نفسها بما لا ينالها من كرهت العيش مع زوجها وخافت ألا تؤدي حقوق الله في طاعته، فكان الخلع طريقاً لها للخلاص من الرابطة الزوجية.

وقد تناول قانون الأحوال الشخصية السوري بعضاً من أحكام الخلع في المواد من ٩٥/ إلى ١٠٣/ وسكت عن بعض الأحكام التي كان من الأهمية أن يتناولها تشريعاً، وفي هذا المبحث تمّ بيانها في المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف الخلع وأركانه.

المطلب الثاني: الطبيعة الشرعية للخلع.

المطلب الثالث: الإكراه في المخالعة.

المطلب الأول: تعريف المخالعة وأركانها

لم ينص قانون الأحوال الشخصية السوري على تعريف الخلع أو بيان مفهومه كما لم يحدد أركانه، فجاء هذا المطلب لبيان ذلك وفق ما يلي:

أولاً: تعريف المخالعة لغة واصطلاحاً

ثانياً: أركان المخالعة

أولاً: تعريف المخالعة:

١ _ **المخالعة في اللغة:** من خَلَعَ الشيء يَخْلَعُهُ خَلْعاً واختَلَعَهُ: نزعه، إلا أنَّ في الخلع مهلة، وسوى بعضهم بين الخَلْع والنزع، وخَلَعَ النعل والثوب والرداء يَخْلَعُهُ خَلْعاً: جرّده.

وخلع امرأته خُلْعاً بالضم وخِلْعاً فاختَلَعَتْ وخَالَعَتْهُ: أزالها عن نفسه وطلقها على بَدَلٍ منها له، فهي خالِعٌ، والاسم الخُلْعَةُ، وقد خَالَعَا واختَلَعَتْ منه اختِلَاعاً فهي مُخْتَلِعَةٌ.

وسُمِّيَ ذلك الفراق خُلْعاً، لأنَّ الله عزَّ وجل جعل النساء لباساً للرجال والرجال لباساً لهنَّ، فقال: ﴿...هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ...﴾ [البقرة: ١٨٧].

فإذا افتدت المرأة بمالٍ تقطعه لزوجها ليبينها منه فأجابها إلى ذلك فقد بانت منه، وخَلَعَ كل منهما لباس صاحبه، و الخُلْع بالفتح مصدر خَلَعَ، واسم المصدر: الخُلْع بالضم.^(١)

بينما ذهب ابن حجر^(٢) والصنعاني^(١) إلى أن الخُلْع مصدر سماعي ضم أوله خلافاً للقياس للفرقة بين الحسي والمعنوي.^(٢)

(١) لسان العرب لابن منظور: مادة (خلع) ٨/٧٦

(٢) شهاب الدين أبو الفضل أحمد بن علي الكناي العسقلاني ثم المصري الشافعي ولد في القاهرة سنة ٧٧٣هـ طلب الحديث وسمع الكثير فبرع فيه، وولي القضاء والتدريس، من كتبه: تهذيب التهذيب وتقريب التهذيب ولسان الميزان

والملاحظ أن الخُلْع بالضم سواء كان مصدراً سماعياً أو اسماً للمصدر فهو يستخدم للإزالة المعنوية كخُلْع القائد من منصبه خُلْعاً، وخَالَعَتْ زوجها خُلْعاً.

٢- تعريف الخلع اصطلاحاً:

لم يذكر قانون الأحوال الشخصية السوري تعريفاً للخلع، لذا سأذكر تعريفه عند الأئمة الأربعة ثم أختار أقرب التعاريف وأنسبها لأحكام الخلع التي نظمها القانون.

أ- تعريف الخلع في المذهب الحنفي: (٣)

إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول الزوجة بلفظ الخلع أو ما في معناه.

أفاد التعريف ما يلي:

١. صحة الخلع للمطلقة طلاقاً رجعيّاً لبقاء ملك النكاح.
٢. يشترط أن يدل اللفظ على المفاعلة لقوله: المتوقفة على قبولها، فلو قال: **خلعتك**، يقع بائناً غير مستقطٍ للحقوق.
٣. قوله بلفظ الخلع يدل على التفرقة بين الطلاق على مال وبين الخلع، خلافاً للجمهور والقانون السوري.

والإصابة في الصحابة وغيرها، توفي سنة ٨٥٢هـ. طبقات الحفاظ عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي (ت ٩١١هـ) دار الكتب العلمية، بيروت ط: أولى ١٤٠٣هـ: ٥٥٢. ٥٥٣

(١) محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف كأسلافه بالأُمير، ولد بمدينة كحلان سنة ١٠٩٩هـ وانتقل مع والده إلى صنعاء وأخذ عن علمائه، ورحل إلى مكة وقرأ الحديث على أكابر علمائها وعلماء المدينة، من كتبه منحة الغفار والعدة وغيرها، نشأ وتوفي بصنعاء سنة ١١٨٢هـ البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني (ت ١٢٥٠هـ) دار المعرفة بيروت: ١٣٣ ١٣٧. ٢/١٣٩

(٢) فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني: ٩/٣٩٥. سبل السلام للصنعاني، دار الحديث (د). ط (د. ت): ٢/٢٤٣

(٣) البحر الرائق لابن نجيم: ٤/٧٧

٤. صحة الخلع دون عوض، كقول الزوج: خالعتك، والزوجة: قبلت.

ب- تعريف الخلع في المذهب المالكي:^(١)

الطلاق بعوض أو بلفظه.

من خلال التعريف يظهر أن الخلع عند المالكية نوعان:

١. الطلاق مقابل بدل مالي، كقوله: أنت طالق بألف، خالعتك على ألف، افتدي نفسك بألف، بارأتك بألف.

٢. بلفظ الخلع وبلا عوض، كقوله: خالعتك، بارأتك، فديتك.

فلم يفرق المالكية بين الطلاق على مال وبين الخلع، وأي لفظ يدل على الفرقة مقابل المال يكون خلعاً، كما يصح عندهم الخلع دون عوض عند استعمال لفظ الخلع أو ما يدل على معناه ولا شيء للزوج.

ت- تعريف الخلع في المذهب الشافعي:^(٢)

فرقة بين الزوجين بعوضٍ مقصودٍ بلفظ طلاق أو خلع أو ما في معناه راجع لجهة الزوج. أفاد التعريف ما يلي:

١. عدم التفرقة بين الطلاق على مال وبين الخلع.

٢. لا يصح الخلع دون العوض.

٣. يشترط في العوض أن يكون ذا منفعة مقصودة.

٤. أن يكون العوض راجعاً للزوج.

^(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير: ٢/ ٥١٨

^(٢) مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٤٣٠

ث- تعريف الخلع في المذهب الحنبلي: (١)

فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج من امرأته أو غيرها بألفاظ مخصوصة.

يقترّب تعريف الخلع عند الحنابلة من تعريف الشافعية فهو لا يصح دون عوض، ويشترط أن يكون راجعاً للزوج؛ إذ العوض مقابل البضع، إلا أنّ الحنابلة فرّقوا بين الخلع والطلاق على مال باشتراطهم ألفاظاً مخصوصة للخلع.

ج- الخلع في قانون الأحوال الشخصية:

إن ما جاء به قانون الأحوال الشخصية السوري من أحكام تتفق معظمها مع تعريف الخلع على المذهب الشافعي، فالقانون لم يفرق بين الطلاق على مال والمخالعة كما هو مذهب الشافعية والمالكية.

ولا يكون الخلع بالقانون من دون بدل، متفقاً بذلك مع الشافعية والحنابلة بأن العوض هو أحد أركان المخالعة.

والخلع طلاق بائن، وهو قول الجمهور من الحنفية والشافعية والمالكية خلافاً للحنابلة؛ إذ جعلوا الخلع فسخاً. (٢)

فعدم التفرقة بينه وبين الطلاق على مال، وشرط البدل في الخلع، وكونه طلاقاً بائناً، جميعها متفقة مع المذهب الشافعي، لذا يكون تعريف الخلع في المذهب الشافعي هو أنسب التعاريف وأقربها لما نظمه قانون الأحوال من أحكام الخلع.

(١) كشاف القناع للبهوتي: ٥/٢١٢

(٢) حاشية ابن عابدبن: ٣/٤٤٠ . حاشية الدسوقي: ٢/٣٤٩ . مغني المحتاج للشرييني: ٤/٤٤٨ . كشاف القناع

للبهوتي: ٥/٢١٦ . شرح قانون الأحوال الشخصية السوري أ. د عبد الرحمن الصابوني: ٦٠

ومن القوانين العربية التي اقتربت تعريفها للخلع من تعريف الشافعية قانون الأحوال الشخصية الكويتي والأردني^(١) " الخلع الرضائي هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه بلفظ الخلع أو الطلاق أو المبرأة أو ما في معناها "

ثانياً. أركان المخالعة:

الركن هو ما يقوم الشيء به وينتفي بانتفائه.^(٢)

ركن الخلع عند الحنفية هو الصيغة فقط أما العاقدان فليسا بركن؛ لأنّ الصيغة لا تقوم دون عاقلين،^(٣) وعند جمهور المالكية والشافعية والحنابلة^(٤) ركن الخلع الصيغة والعاقدان والعوض، وقد ذهب شراح القانون ومنهم الأستاذ الدكتور عبد الرحمن الصابوني في الكلام عن البدل إلى عدم صحة الخلع دون عوض في القانون؛ إذ نص القانون في المادة /١٠٠/ أن العوض لو انتفى يكون طلاقاً لا خلعة، مما يعني أن أركان الخلع في القانون الصيغة والعاقدان والعوض كما هو مذهب الجمهور.^(٥)

الركن الأول: الصيغة

ويقصد بها الألفاظ الصريحة والكناية التي يقع بها الخلع، وهل يقع بكل لفظ أم هناك ألفاظ مخصوصة؟ وفيما يلي بيان لأحكام الصيغة في الفقه الإسلامي ثم ذكر ما جاء به الاجتهاد القضائي في ألفاظ المخالعة.

(١) قانون الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين أرقام ٦١ لسنة ١٩٩٦ و ٢٩ لسنة ٢٠٠٤ و ٦٦ لسنة ٢٠٠٧ المادة /١١١. أ/. القانون الأردني الجديد رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠ في المادة /١٠٢/

(٢) شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني: ٢/٣٦٥

(٣) انظر حاشية ابن عابدين: ٣/٤٤١

(٤) حاشية الصاوي: ٢/٥١٧. حاشية الجمل للعجيلي: ٤/٢٩٣. كشف القناع للبهوتي: ٥/٢١٣ وما بعدها

(٥) مدى حرية الزوجين في الطلاق أ. د عبد الرحمن الصابوني: ٢/٦٣٢

١. ألفاظ الخلع في المذاهب الأربعة:

- الحنفية:^(١) ألفاظ الخلع عند الحنفية من كنايات الطلاق، فتعامل معاملة ألفاظ الكناية من اشتراط نية الطلاق أو دلالة الحال، ويقوم ذكر المال مقام النية.

قسم الحنفية ألفاظ الخلع إلى قسمين:

القسم الأول: ما يصح معه الخلع ولو لم يذكر بدلاً لشهرته وكثرة استعماله، وهو لفظ الخلع، يقول مشايخ الحنفية: إن لفظ الخلع لا تشترط معه النية، ويقع الخلع وتسقط معه الحقوق ولو لم يذكر العوض، لغلبة استعماله واشتغاره بين العامة والخاصة، فأصبح لفظاً صريحاً، وقالوا في المبرأة: إن غلب استعماله في الطلاق عرفاً فهو كالخلع، وإلا يشترط فيه النية.

ويصح في الخلع صيغتان صيغة المفاعلة: **خالعتك**، وصيغة الأمر: **اخلعي** / **اخلعي نفسك**.

القسم الثاني: ألفاظ لا تصح معها المخالعة إلا بذكر البدل:

وهي ما سوى لفظ الخلع، فتبقى على الأصل في اشتراط البدل، **كباينتك بألف**، **فارقتك بألف**، **طلقي نفسك على ألف أو طلقتك بألف**، فلا تكون خلعاً إلا بذكر البدل، فإن لم يذكره ونوى الطلاق يكون طلاقاً بائناً؛ لأنها ألفاظ كناية عن الطلاق، عدا قوله: **طلقي نفسك**، يقع طلاقاً رجعياً ولا يحتاج إلى نية؛ لأنه لفظ صريح، وأي لفظ كناية مع ذكر البدل حكمه حكم الخلع.

- **المالكية:**^(٢) يصح الخلع عند المالكية بكل ما يدل على بذل الزوجة المال مقابل الطلاق، وانفرد المالكية بجواز المعاطاة إن اشتهر العرف بها، وهي تبادل الإرادتين دون

(١) انظر حاشية ابن عابدين : ٤٤٤. ٣/٤٤٥. البحر الرائق لابن نجيم: ٤/٩٤

(٢) التاج والاكلیل المواق: ٥/٢٩٧. بداية المجتهد لابن رشد : ٢/٩. المدونة للإمام مالك: ٢/٢٤٩

تلفظ بإيجاب وقبول، كأن تعطيه شيئاً فيمسكها حبلاً ويقطعه، وقد يوجد لفظ من أحدهما.

يقول الدردير: ^(١) " وكفت المعاطاة في الخلع عن النطق بالطلاق فيمن عرفهم المعاطاة " ^(٢)

ولا يختص الخلع بلفظ معين، لكن بعض المالكية جعل للخلع أربعة ألفاظ، وجعل الفرق بينها يختص فقط في مقدار العوض، وهي:

١. الخلع: ويختص بجميع ما أعطاه.
٢. الصلح: يختص ببعض ما أعطاه.
٣. المبرأة: تختص بإسقاط حق لها عليه كدين أو نفقة ، وروي عن الإمام مالك أن المبرأة تختص بغير المدخول بها.
٤. الفدية: تختص بأكثر البدل لا جميعه، وقال مالك: الفدية تعطيه بعض الذي لها وتمسك بعضه.

- الشافعية: ^(٣) تنقسم الألفاظ عند الشافعية إلى صريح وكناية:

١. اللفظ الصريح: وهما لفظان:
 - أ- الخلع وما يشتق منه لثبوته بالعرف وتكرره على لسان العلماء بمعنى الفرقة بين الزوجين ببدل.
 - ب- المفاداة وما يشتق منها على القول الأصح، لورودها في القرآن الكريم: ﴿...فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ...﴾ [البقرة: ٢٢٩].

^(١) أحمد بن محمد بن أحمد بن أبي حامد العدوي، المالكي الأزهرى أبو البركات الشهير بالدردير: أوحده وقته في الفنون العقلية والنقلية، ولد في بني غدي بمصر، وتعلم بالأزهر، وتوفي بالقاهرة سنة ١٢٠١هـ، من كتبه أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك ومنج التقدير في شرح مختصر خليل . حلية البشر في تاريخ القرن الثالث عشر لعبد الرزاق البيطار: ١٨٦

^(٢) الشرح الكبير للدردير: ٢/٣٥٨

^(٣) انظر مغني المحتاج للشربيني: ٤/٤٤٠

فهذان اللفطان صريحان في معنى الفرقة بعوض، واللفظ الصريح المطلق عن ذكر المال يثبت معه المال في الأصح، فيسقط المهر المسمى، ويجب للزوج مهر المثل، ويقع الطلاق بائناً، فلو قال لزوجته: خالعتك أو فاديتك وقبلت وجب مهر المثل، لجريان العرف بأن هذه الصيغة مقابل العوض، فيرجع عند إطلاق اللفظ عن البذل إلى مهر المثل كالخلع بمجهول.

٢. الكناية: جميع كنايات الطلاق إن ذكر معها البذل تكون خلعاً، ويشترط فيها النية من الزوجين معاً، فإن نوى الزوج الفرقة دون الزوجة يكون طلاقاً غير مسقط للمهر، وإن نوت الزوجة الفرقة دون الزوج يكون لغواً.

ومن لفظ الكناية عندهم الفسخ؛ وذلك لأنّ الخلع طلاق بائن في القول الجديد للإمام الشافعي، ولفظ البيع والشراء كقول الزوج: بعثك نفسك بألف أو اشتريت بيتك بطلاقك، أو تقول الزوجة اشتريت طلاقي بألف أو بعثك ثوبي بطلاقي.

- الحنابلة: (١) قسم الحنابلة ألفاظ الخلع إلى صريح وكناية كما فعل الشافعية إلا أنهم جعلوا الألفاظ الصريحة ثلاثة، وهي: الخلع، الفسخ، المفاداة، فزادوا الفسخ؛ لأنه حقيقة الخلع عندهم.

والكناية كقول الزوج: بارأئك أو أبرأتك على كذا، أبنتك على ألف ونحوها من العبارات التي يفهم منها الإبراء مقابل الطلاق، ويشترط فيها نية الطلاق ممن تلفظ به منهما.

والفرق بين الصريح والكناية: أن اللفظ الصريح يقع معه الخلع بغير نية الفرقة إن ذكر العوض؛ لأنّ العوض أغنى عن النية لكونه دلالة على إرادة الخلع، ويكون فسحاً إلا إذا نوى الطلاق فيقع طلاقاً بائناً، أما ألفاظ الكناية فلا بد فيها مع ذكر العوض من نية الفرقة أو دلالة الحال، لأنّ ألفاظ الكناية تحتمل معنى الطلاق وغيره، والعوض دون نية الفرقة غير

(١) انظر كشاف القناع للبهوتي: ٥/٢١٨. المغني لابن قدامة: ٧/٣٢٩

كافٍ لصرفه إلى الخلع، كقوله: أبرأتك على ألف، فقد يكون قصد الزوج الإبراء من دينٍ له عليها لا الفرقة.

وإن لم يذكر العوض لا يصح الخلع سواء كان بلفظ صريح أو كناية؛ لأنّ العوض ركنٌ يبطل الخلع دونه، لكن إن نوى الزوج الطلاق يقع طلاق رجعية؛ لأنها ألفاظ كناية عن الطلاق موقعة له بنية الطلاق، فإن لم تكن له نية يكون لغواً.

- النقاط المتفق عليها بين الأئمة الأربعة:

١. لا اختلاف بين الأئمة الأربعة على أنّ ذكر البدل مع أي لفظ من ألفاظ الخلع صريحاً كان أو كنايةً مع نية الفرقة يكون الخلع صحيحاً مستتبعاً لآثاره.
٢. الخلع بصيغة المفاعلة أو الأمر (خالعتك، اخلعي أو اختلعي نفسك) لفظٌ صريحٌ باتفاق الفقهاء لا يحتاج لنية الفرقة.

- المختلف فيه بين الأئمة:

١. لفظ خالعتك، واخلعي واختلعي نفسك لفظٌ صريحٌ لا يحتاج لنية الفرقة ولا لذكر المال، فإن سكت عن البدل دون أن ينفيه صح الخلع وبانت الزوجة عند الحنفية والمالكية والشافعية، بخلاف الحنابلة حيث اشترطوا ذكر البدل ولو كان اللفظ صريحاً، والسكوت عنه يقع طلاق رجعية مع نية الطلاق أو دلالة الحال وإلا فلغو.
٢. الخلع مع نفي البدل صراحة يأخذ حكم طلاق الكناية، فعند الحنفية يقع بائناً، وعند الجمهور يقع رجعيّاً .
٣. ألفاظ الكناية مع نية الفرقة والسكوت عن البدل توقع طلاقاً بائناً عند الحنفية، ورجعيّاً عند المالكية والشافعية والحنابلة.

٤. قول الزوج " خلعتك " والسكوت عن العوض:

لفظ **خلعتك** بلا ذكر مال لا يسمى خلعاً شرعاً عند الحنفية بل هو طلاق بائن بلفظ الكناية كسائر الكنايات؛ لأنه ليس فيه ما يدل على المفاعلة فلا يتوقف على قبول الزوجة، بخلاف **خالعتك** أو **اختلعي**، فإنه خلعٌ مسقطٌ للحقوق لتوقفه على قبول الزوجة.

ولا فرق عند ذكر البذل بين **خلعتك** و**خالعتك**؛ لأن أي لفظ كنائي ذكر معه البذل يقوم البذل مقام نية الخلع كأبتنتك بألف واشتري نفسك بألف.

أما الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة فلم يفرقوا بين **خلعتك** و**خالعتك**؛ إذ كل ما يشتق من لفظ الخلع يعتبر من الألفاظ الصريحة، ويصح الخلع به ولو مع السكوت عن البذل.

الترجيح:

- الخلع وما يشتق منه لفظ صريح في الخلع لا يحتاج لنية الفرقة ولو لم يذكر معه البذل لانتشاره بين العلماء والعامة.
- عدم التفرقة بين **خلعتك** و**خالعتك**؛ لأنّ عامة الناس لا يميزون بين اللفظين، ولأنّ مادة الخلع من معانيها في اللغة التفرقة بين الزوجين مقابل عوض.
- إن لفظ المفاداة عند الشافعية والمباراة عند الحنفية اختلف في كونهما من الألفاظ الصريحة، لذا الأرجح جعلها كناية؛ لأنها غير مشهورة وتحتل معنى غير الخلع، وكل ما دخله الاحتمال خرج عن كونه لفظاً صريحاً.

٢. ما ورد في محكمة النقض الشرعية عن صيغة الخلع:

لم يتعرض قانون الأحوال الشخصية السوري ولا الاجتهاد القضائي إلى تحديد الصيغة و بيان ما يترتب عليها من اختلاف في الأحكام بين اللفظ الصريح ولفظ الكناية، والسكوت عن ذلك يضيفي الغموض على بعض المواد.

وكل ما ذكره الاجتهاد القضائي عن صيغة المخالعة هو التمييز بين لفظ خلعتك وخالعتك فنص على ما يلي:

" إن لفظ كلمة خلعت يقع فيها طلاق رجعية، الخلع غير المخالعة فينفرد به الزوج ويقع به طلاق رجعية: لما كان ظاهراً من الوثيقة أن الزوج قال أمام القاضي بصفته الولائية (خلعت من عصمتي وعقد نكاحي زوجتي نظامية) وكانت لفظة (خلعت) يقع فيها طلاق رجعية عملاً بالمادتين /٩٩ و ٩٤/ أحوال، وكان الزوج بمقتضى المادة /٩١/ أحوال يملك على زوجته ثلاث طلاقات ولا تملك معارضته في ذلك، كانت الدعوى التي أقامتها بإبطال هذا الطلاق لا تستند إلى أساس سليم، والحكم الذي قضى للمدعية بإبطال الطلاق ذهاباً منه إلى أنه مخالعة مخالف للشرع والقانون ومستلزم النقض، ويرد عليه ما أدلى به الطاعن؛ لأن الخلع ينفرد به الزوج أما المخالعة فتتوقف على إرادة الزوجين، لذلك أضحى الحكم في غير محله القانوني".^(١)

يؤخذ على هذا الاجتهاد ما يلي:

فرّق الاجتهاد في الحكم بين لفظ خلعتك وخالعتك مستنداً للمذهب الحنفي في التفريق بين اللفظين، فخالعتك مع السكوت عن البطل خلع مسقط للحقوق، وخلعتك دون ذكر البطل كناية عن الطلاق وليس خلعاً، إلا أنه خالف المذهب الحنفي في صفة الطلاق واعتبره رجعياً

^(١) قاعدة ٨٠٦ (الغرفة الشرعية ٧٥ ق ٦٧ تا ١٩٧٠/٢/٢٥) مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في قضايا الأحوال الشخصية المكتب الفني بمحكمة النقض: ٤٠٥

مستنداً إلى المادة /٩٤/: " كل طلاق يقع رجعيّاً إلا المكمل للثلاث، والطلاق قبل الدخول، والطلاق على بدل، وما نص على كونه بائناً في هذا القانون " فالطلاق بلفظ الكناية يقع رجعيّاً بناءً على هذه المادة، وهو مذهب الشافعية.

كما استند أيضاً إلى المادة /٩٩/: " إذا لم يسم المتخالعان شيئاً وقت المخالعة برئ كل منهما من حقوق الآخر بالمهر والنفقة الزوجية ".

مما يجعل تركيب هذا الاجتهاد من مذهبين مختلفين في الحكم مخالفاً للشرع ولنصوص القانون، وذلك للأسباب التالية:

١. عدم صحة الرجوع إلى المادة /٩٩/ لمناقضتها لمضمون الاجتهاد؛ وذلك لأنّ الاجتهاد أعطى صفة الرجعية للفظ خلعتك عند السكوت عن البدل، واستند بذلك إلى المادة /٩٩/ إلا أنّ هذه المادة تُقرّر صحة الخلع عند السكوت عن البدل مع سقوط الحقوق عن الزوجين معاً، فاعتبر القانون الخلع صحيحاً، وال عوض هو سقوط الالتزام المترتب في الذمة، والفرقة فيه بائنة وليست رجعية.

٢. لعلّ الاجتهاد أراد الاستناد إلى المادة /١٠٠/ والتي تنص على أنه " إذا صرح المتخالعان بنفي البدل كانت المخالعة في حكم الطلاق المحض ووقع بها طلاق رجعية" وهو مذهب الشافعية،^(١) ومع ذلك فلا يمكن الرجوع إليها، وذلك لأنها اشترطت النص على نفي البدل صراحة بأن يقول الزوج: (خلعتك بلا عوض) وهنا الزوج لم ينف البدل إنما سكت عنه، والسكوت عن البدل مع اللفظ الصريح لا يخرج الخلع عن مضمونه كما في لفظ خالعتك.

٣. لا يستقيم الرجوع في حكم لفظ خلعتك إلى المادة /٩٤/ والتي تفيد أن كل طلاق يقع رجعيّاً عدا ما استثنته المادة، حيث أن (خلعتك) عند الحنفية طلاق كناية وهو

(١) انظر مغني المحتاج للشربيني: ٤/٤٤٠

بائن، وطلاق الكناية يقع رجعيًا في القانون وهو مذهب الشافعية، يقول الدكتور عبد الرحمن الصابوني في شرح المادة /٩٣/: " إن هذه المادة في شطر منها وهو ما يتعلق بطلاق الكناية مأخوذة من المذهب الشافعي"^(١) فلا يمكن اعتبار (خلعتك) طلاقاً بئناً؛ لأنّ ذلك يتعارض مع النص الصريح في المادة /٩٤/، ولا يمكن اعتباره طلاقاً رجعيًا؛ لأنه ليس لفظ كناية في المذهب الشافعي إنما هو من الألفاظ الصريحة للخلع. ٤. لم يذكر أحد من أئمة المذاهب أن خلعتك مع السكوت عن العوض هو طلاق رجعي بلفظ الكناية وليس خلعاً.

لذلك إما أن يكون لفظ خلعتك بالسكوت عن البدل طلاقاً بئناً كما قرّر الحنفية وهذا يتعارض مع المادة /٩٤/، وإما أن يكون لفظ خلعتك صريحاً في الخلع ولا فرق بينه وبين خالعتك، وعند السكوت عن البدل تطبق أحكام المادة /٩٩/ من صحة الخلع وإسقاط الحقوق، أما أن يؤخذ حكم اللفظ من مذهب وتؤخذ صفته من مذهب آخر فهذا تلفيق بين الأحكام يجعل نص هذا الاجتهاد لا سند له شرعاً.

ولذا فمن الضرورة إضافة نص يبين ألفاظ الخلع الصريحة وألفاظ الكناية وبيان الاختلاف بينهما في الحكم.

ولبيان حكم ألفاظ الخلع المسكوت عنها في قانون الأحوال الشخصية أقترح ما يلي:

- لفظ الخلع وما يشتق منه صريحٌ في المخالعة، وما سوى ذلك فهو من الكنايات فيشترط لصحته ذكر البدل.

^(١) شرح قانون الأحوال الشخصية السوري د. عبد الرحمن الصابوني: ٢/٢٨

الركن الثاني: العاقدان

نص القانون في المادة /٩٥/ الفقرة الأولى على أنه "١. يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق والمرأة محلاً له " وهذان الشرطان متفق عليهما بين الأئمة الأربعة.^(١)

ثم بين في الفقرة الثانية من المادة أن " ٢. المرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا خولعت لا تلتزم ببدل الخلع إلا بموافقة ولي المال " متبعاً المذهب المالكي.^(٢)

وسكت القانون عن بعض الأمور المتعلقة بالزوجة ناقصة الأهلية من حيث اشتراط الزوج البراءة في مخالعة الصغيرة، ومخالعة الأب عن ابنته الصغيرة والسفيرة، وسيتم بيانها وفق المذهب المالكي مصدر الفقرة الثانية من المادة /٩٥/ .

١. اشتراط الزوج البراءة في مخالعة الصغيرة

أ- حكم اشتراط الزوج للبراءة في المذهب المالكي:^(٣)

الزوجة ناقصة الأهلية إن خالعت زوجها دون إذن الولي فالخلع صحيح، ويلزم العوض إن أذن الولي، وإن لم يأذن لا يلزم وعلى الزوج ردّه إن قبضه وتبين منه، إلا أن يشترط الزوج صحة البراءة بأن يقول: إن تمّ لي هذا المال أو إن صحّت براءتك فأنت طالق، أو إن لم يصح لي الخلع على ما وقع فالعصمة باقية.

فالشرط صحيح، وتتوقف صحة المخالعة على قبول الولي، فمتى رفض الولي تصرف الصغيرة وطلب من الزوج رد العوض لا يقع الطلاق وتبقى الزوجية قائمة؛ لأنه علق الخلع على شرط

^(١) انظر حاشية ابن عابدين: ٣/٢٣٠. حاشية الدسوقي: ٢/٣٦٥. مغني المحتاج للشريبي: ٤/٤٥٥. كشف القناع

للجهوتي: ٥/٢٣٣. شرح قانون الأحوال الشخصية السوري د. عبد الرحمن الصابوني: ٢/٥٩

^(٢) انظر حاشية الصاوي: ٢/٥١٩

^(٣) حاشية الدسوقي: ٢/٣٤٨

البراءة، فإن لم تصح البراءة لا تصح المخالعة لعدم تحقق الشرط، وحكمها كالطلاق المعلق على شرط يشترط فيها ما يشترط في التعليق من اتصال الشرط بالطلاق، فإن قال: أنت طالق على ألف وقبلت الزوجة، ثم قال: إن صحت براءتك، فلا ينفعه ذلك بعد صدور الطلاق على المعتمد؛ لأنه بقبول الزوجة تم عقد المخالعة وبانت منه زوجته.

ب- ما جاء في اجتهاد محكمة النقض:

استقر الاجتهاد على أن دور ولي المال هو الموافقة على ما تخالعت به الزوجة القاصر،^(١) وهو ما ذهب إليه المالكية، فالخلع صحيح، والولي إما أن يوافق على تصرف الصغيرة فيجب العوض للزوج ويستحقه، أو يرفض فتصح المخالعة ويسقط العوض، وهو مضمون المادة ٩٥/ أحوال شخصية.

وفي تفسير هذه المادة جاءت محكمة النقض الشرعية باجتهادات أخرى تحيل إلى المذهب الحنفي، مما أدى إلى تعارض في بعض الأحكام ومنها:

" إذا طلق الزوج زوجته الصغيرة المميزة على مهرها وقبلت تطلق ولا يسقط المهر: لما كانت القيود المدونة في السجل المدني هي المعتبرة في تحديد السن دون غيرها من الوثائق، ولما كان ظاهراً 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 ببدل الخلع إلا بموافقة ولي المال، والولي لم يوافق على المخالعة، وكانت المادة ٢٩١ أحوال لقدري باشا المعمول بها بموجب المادة ٣٠٥/ أحوال صريحة في أن الزوج إذا طلق الزوجة

^(١) قاعدة ٥٥٢ نقض قرار ٨٩٩ أساس ٢٧٩٩ تاريخ ١٠/١/١٩٩٢م مجموعة أحكام النقض في قضايا الأحوال الشخصية المحامي عبد القادر الألوسي: ٧٩٠

على مهرها وهي صغيرة مميزة وقبلت تطلق ولا يسقط المهر، وكان الحكم قد انتهى إلى هذه النتيجة وجاء موافقاً للأصول، وما أدلى به الطاعن مستلزم الرد".^(١)

" **مخالعة الصغيرة نفسها مع زوجها لا تسقط مهرها:** الزوج لم يصرح بالمراجعة ولم يدّع بها، ولا يصح أن تنسب المراجعة للزوجة، وهو ما يوجب بالضرورة تقرير استحالة الطلاق إلى طلاق بائن بمضي عدة المدعية ثلاثة أشهر دون أن يراجعها الزوج خلال عدتها .. لذلك تقرر بالإجماع اعتبار المخالعة الواقعة بتاريخ ١٩٩٨/١٢/٦ بين الزوجين قد نجم عنها طلاق رجعي بتاريخ المخالعة استحال إلى طلاق بائن بانت به الزوجة بينونة صغرى من زوجها لمضي عدتها دون أن يراجعها الزوج".^(٢)

يشير نص الاجتهاد الأول إلى أن ولي الصغيرة إذا لم يوافق على المخالعة فلا تلتزم الزوجة ببدل الخلع، وذلك عملاً بمضمون المادة ٩٥/ أحوال شخصية.

ويشير نص الاجتهاد الثاني إلى أن مخالعة الصغيرة وعدم موافقة ولي المال يقع معه طلاق رجعي مستنداً لما نظمه قدرى باشا في المادة /٢٩١/ من كتابه الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، والتي تنص على أنه " إذا جرى الخلع بين الزوج وزوجته القاصرة واشترط عليها بدلاً معلوما توقف على قبولها، فإن قبلت وهي من أهل القبول بأن كانت تعقل أن النكاح جالب والخلع سالب تمّ الخلع ولا مال عليها ولا يسقط مهرها، وإن لم تقبل أو قبلت ولم تكن من أهلها فلا تطلق ولو قبل عنها أبوها، فإن بلغت وأجازت قبوله جاز عليها، وإذا طلقها الزوج على مهرها وهي صغيرة مميزة وقبلت تطلق رجعيّاً ولا يسقط مهرها"^(٣)

^(١) قاعدة ٧٩٤ (الغرفة الشرعية ٢٣٥ ق ٢٣٢ تاريخ ١٩٦٦/٦/٩ م) مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة

النقض في قضايا الأحوال الشخصية المكتب الفني بمحكمة النقض: ٣٩٩

^(٢) قرار ١٦٠ أساس ١٠٧٤ تاريخ ١٠/٦/٢٠٠٠ م عبد القادر مجموعة أحكام النقض لعبد القادر الآلوسي: ٨٠٠

^(٣) التعليقات المرضية على الأحكام الشرعية، فتحي أحمد صافي: ٨٢

كما لم يفرق الاجتهاد بين الطلاق على مال وبين المخالعة كما فعل الحنفية، فاعتبر الاجتهاد الطلاق رجعيّاً في كلا الحالتين.

فالمادة /٩٥/ أحوال لم تبين صفة الطلاق هل هو رجعي أم بائن، وبالرجوع للمذهب المالكي نجد أنهم اعتبروا الطلاق بائناً ولا شيء للزوج، ولا تلتزم الزوجة ولا وليها ببدل الخلع. فمن الخطأ ما ذهب إليه الاجتهاد القضائي بالرجوع إلى المادة /٢٩١/ من كتاب قدري باشا، وذلك لاختلاف الحكم في المسألة بين المذهب الحنفي والمذهب المالكي وعدم إمكان الجمع بين المذهبين، فقد ذهب الحنفية في المادة /٢٩١/ قدري باشا إلى أن:

١. الزوجة الصغيرة المميزة إن قبلت بالخلع تطلق رجعيّاً إن كان بلفظ الطلاق، وبائناً إن كان بلفظ المخالعة، ولا يسقط مهرها ولا يُنظر لرأي الولي.

٢. وإن لم تقبل أو قبلت وكانت غير مميزة لا تطلق، ولو قبل وليها عنها يتوقف إلى البلوغ، فإن أجازت قبول الولي جاز الخلع.^(١)

فالحنفية جعلوا قبول الولي عن الصغيرة غير المميزة موقوفاً على بلوغها وإجازتها، ولم يشترطوا إذن الولي أو إجازته للصغيرة المميزة، خلافاً للقانون في اشتراط إجازة الولي لوجوب البدل للزوج، كما اعتبر الحنفية الخلع طلاقاً رجعيّاً إن كان بلفظ الطلاق، وهو عكس ما ذهب إليه المالكية، ومخالف لمذهب القانون في عدم التفرقة بين الطلاق على مال والمخالعة، ولا يمكن الجمع بين المذهبين.

ومنعاً للتعارض بين الأحكام فإن تفسير المادة /٩٥/ وليان حكم المسكوت عنه يتعين الرجوع به إلى المذهب المالكي. لذلك أقترح تعديل المادة لتصبح كالتالي:

(١) انظر السابق: ٨٢

• المرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا خولعت لا تلتزم بالبدل إلا بموافقة ولي المال، فإن لم يوافق الولي صحت المخالعة وسقط العوض، ويقع بها طلاق بائن إن كان بلفظ الخلع، ورجعي إن كان بلفظ الطلاق، إلا أن يشترط الزوج صحة البراءة، فإن لم يتم له المال تبقى الزوجية قائمة.

٢. مخالعة الأب عن ابنته الصغيرة والسفينة:

ذهب المالكية إلى أن للأب المخالعة عن الصغيرة التي لم تبلغ سن الرشد ومثلها المجنونة، وله أن يخالعه قبل الدخول وبعده ولو بجميع المهر، ويصح الخلع سواء أذنت له أم لم تأذن، ولا يجوز ذلك لغيره من الأولياء إلا بإذنها.

وفي الوصي خلاف، والصحيح أنه لا يجوز له المخالعة دون إذن الصغيرة؛ لأنه لا يجوز له إجبارها على النكاح.^(١)

أما السفينة فإن خالعه الأب عنها من مالها وبإذنها أو من ماله دون إذنها فيجوز، أما إن كان من مالها بغير إذنها ففيه قولان في المذهب المالكي:

القول الأول: لا يجوز للأب أن يخالعه عنها من مالها دون إذنها، وهو أصل المذهب والمعمول به.

القول الثاني: يجوز للأب المخالعة عنها بغير رضاها؛ لأنها بمنزلة البكر مادامت في ولاية الأب على المشهور.

أما الوصي فليس له أن يخلع السفينة من زوجها دون إذنها.^(٢)

(١) مدونة لإمام مالك: ٢/٢٥٣

(٢) مواهب الجليل للخطاب: ٤/٢٠ . حاشية الصاوي: ٢/٥٢٠

ويتفق المالكية مع ما جاء في الأحكام الشرعية لقدرى باشا من جواز خلع الأب عن الصغيرة، إلا أنها لا تلتزم ببطل الخلع عند الحنفية، ولا يلتزم به الأب أيضاً إلا إن ضمن أدائه للزوج، وكذا السفينة لها أن تخلع نفسها ولا تلتزم بالبطل؛ إذ ليس لها التصرف بما لها، ولم يتعرض قدرى باشا لمخالعة الوصي.^(١)

وتتمتع للمقترح السابق فقد سكت قانون الأحوال الشخصية عن حكم المخالعة عن الصغيرة والسفينة، وليبان ذلك أقترح ما يلي:

١ . للأب المخالعة عن الصغيرة والمجنونة على المهر، وليس له المخالعة عن السفينة من مالها دون إذنها.

٢ . لا يملك الوصي المخالعة.

الركن الثالث: العوض

نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /١٠٠/ على أنه " إذا صرح المتعاقدان بنفي البطل كانت المخالعة في حكم الطلاق المحض ووقع بها طلاق رجعية" فانعدام البطل يجعل المخالعة طلاقاً؛ إذ البينة مقابل العوض، فإذا انتفى العوض ثبتت الرجعة وهو مذهب الشافعية، كما يقول الدكتور عبد الرحمن الصابوني وهو أحد شُرّاح القانون: "لا خلع إلا بعوض في القانون"،^(٢) وعند فساد العوض سكت القانون عما يجب للزوج بدلاً عن العوض الفاسد، كما سكت عن حكم اختلاف المتخالفين في العوض.

^(١) انظر المادة ٢٩٠ الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية قدرى باشا: ٨١ . حاشية ابن عابدين: ٣/٤٥٨

^(٢) مدى حرية الزوجين في الطلاق د. الصابوني: ٢/٦٣٢

١. فساد العوض

اتفق الأئمة الأربعة على أن الخلع لا يفسد بفساد العوض،^(١) إلا أنهم اختلفوا فيما يجب للزوج، ومن صور فساد العوض جهالته، أو استحقيقه، أو هلاكه قبل القبض، أو كونه محرماً، أو غير مقدور على تسليمه.

أ- أما جهالة العوض كقول الزوجة: **خالعتك على ما في هذا الصندوق من المال أو ما في البيت من متاع** فهي مفسدة للعوض عند الشافعية^(٢) كسائر عقود المعاوضات، ويجب للزوج مهر المثل، خلافاً للجمهور من الحنفية^(٣) والمالكية^(٤) والحنابلة^(٥)؛ إذ يجوز عندهم أن يكون بدل الخلع مجهولاً، لأنه إسقاط حق الزوج في البضع والإسقاط تدخله المسامحة، ويجب للزوج ما وجد في الصندوق أو البيت مهما بلغ.

فإن لم يكن به شيء يجب له عند الحنفية أقل الجمع وهو ثلاث إن كان له مقدار معلوم ك**خالعتك على ما في يدي من دراهم وما في هذا الصندوق من أموال**، أما إن كان لا يمكن الوقوف على مقداره ك**خالعتك على ما في الشجر من ثمار**، فإن وجد منه شيء أخذه وإن لم يوجد فللزوج المسمى من المهر.

وعند المالكية ليس له شيء إن كانت الجهالة في الجنس، أما إن كانت الجهالة في الصفة ك**خالعتك على منزل**، فله الوسط بين الجيد والرديء.

وعند الحنابلة له أقل ما يتناوله الاسم.

(١) انظر حاشية ابن عابدين: ٣/٤٤٢. مغني المحتاج للشربيني: ٤/٤٣٥. كشف القناع للبهوتي: ٥/٢١٩. شرح

قانون الأحوال الشخصية د. الصابوني: ٢/٦١

(٢) روضة الطالبين للنووي: ٧/٣٨٩

(٣) انظر حاشية ابن عابدين: ٣/٤٤٧.

(٤) انظر حاشية الصاوي على الشرح الصغير: ٢/٥٢١

(٥) انظر حاشية الروض المربع لابن القاسم العاصمي: ٤٧١. ٦/٤٧٢

ب - استحقاق البدل أو هلاكه: خالع الرجل زوجته على عوض فاستُحقَّ بأن ادعاه آخر وأثبت أنه ملكه، أو هلك البدل قبل أن يقبضه الزوج، ذهب جمهور^(١) الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أن الزوج يرجع على الزوجة بقيمة العوض إن كان قيمياً أو بمثله إن كان مثلياً، وعند الشافعية^(٢) يجب مهر المثل.

وإن تبين أن البدل ليس بمال كأن سَمَّت الزوجة مالاً حلالاً فإذا هو خمر، رجع بالمهر المسمى إن لم يعلم وهذا عند الإمام أبي حنيفة، أما عند الصاحبين فيجب للزوج مثله من خل وسط؛ لأنه صار مغروراً من جهتها بتسمية المال، أما إن كان يعلم فلا شيء له.^(٣)

وعند المالكية^(٤) إن تخالع الزوجان على مال ثم تبين أنه ليس بمال كأن يخالع على منزل أو عقار مغصوب أو مسروق، أو خالع على خل فتبين أنه خمر، أو على حيوان فبان أنه كان ميتة، فإن علما معاً أو علم دونها فلا شيء له وبانت منه الزوجة، سواء كان المغصوب أو المسروق معيناً أو موصوفاً، وإن جهلاً معاً يرجع الزوج بالقيمة في المقوم وبالمثل في الموصوف والمثلي، وإن علمت الزوجة دون الزوج فإن كان معيناً فلا خلع، وإن كان موصوفاً أو مثلياً رجع بمثله.

وذهب الحنابلة^(٥) إلى أنه إن لم يعلم المتخالعان بذلك فيجب للزوج القيمة في القيمي والمثل في المثلي، أما إن علما بالحرمة كأن يعلم أن العوض مغصوب أو مسروق، أو أن الحيوان المخالع عليه أصبح ميتة فلا يصح الخلع ويكون لغواً لخلوه عن العوض إلا إن كان بلفظ الطلاق أو نيته فيقع طلاقاً رجعيّاً.

(١) حاشية ابن عابدين: ٣/٤٤٦. حاشية الصاوي على الشرح الصغير: ٥٢٣/٢. المغني لابن قدامة: ٧/٣٤٢

(٢) روضة الطالبين للنووي: ٣٨٩. ٧/٣٩٠

(٣) المبسوط للسرخسي: ٦/١٩١

(٤) حاشية الصاوي على الشرح الصغير: ٥٢٣/٢

(٥) المغني لابن قدامة: ٧/٣٤٢. حاشية الروض المربع لابن القاسم العاصمي: ٦/٤٦٩

وذهب الشافعية^(١) في جميع صور فساد العوض إلى وجوب مهر المثل للزوج في القول الأظهر إن كان الزوج لا يعلم بأنه مغصوب أو مسروق أو محرّم كالميتة أو الخمر لا كالدّم وقيل: يرجع ببطلان المذكور، أما إن كان يعلم كأن يقول: خالعتك على هذا المسروق فيقطع بمهر المثل.

أما المخالعة على الدّم فيقع الطلاق رجعيًا، لأنّ الدّم لا يقصد بحال، فكأنه خالع بنفي العوض، ويكون الخلع في هذه الصورة باطلاً لا فاسداً.^(٢)

٢. الاختلاف في العوض

إن اختلف الزوجان في العوض فإما أن يختلفا في قدر العوض، كأن يقول الزوج: خالعتك على مائة ألف، فتقول الزوجة: بل على سبعمائة، أو يختلفا في عين العوض، بأن قال: خالعتك على هذا المنزل، فتدعي الزوجة منزلاً آخر، أو أن يختلفا في صفة العوض، كقوله: خالعتك على مائة ثوب إيطالي، فتقول: بل مائة ثوب هندي، أو جنس العوض، كخالعتك على عشرين ديناراً، فتقول: بل عشرين درهماً، أو يختلفا في تأجيل العوض، كخالعتك على مائة ألف حالة، فتقول الزوجة: مائة ألف مؤجلة.

فعند الحنفية^(٣) القول قول الزوجة والبيّنة على الزوج، وعند المالكية^(٤) والحنابلة^(٥) القول للزوجة وتبين منه وتلتزم بما ادعته إن لم توجد بيّنة؛ لأنها تنكر على الزوج ما يدعيه من العوض، والقول للمنكر، وعليها أن تحلف يميناً عند المالكية.

(١) روضة الطالبين للنووي: ٣٨٩ . ٣٩٠ / ٧

(٢) انظر حاشية البجيرمي على شرح المنهج سليمان بن محمد بن عمر البُخَيْرِمِيّ المصري الشافعي (ت: ١٢٢١هـ)

مطبعة الحلبي (د. ط) ١٣٦٩ هـ ١٩٥٠ م: ٤/٤٣٩

(٣) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم: ٤/٩٤

(٤) التاج والإكليل المواق: ٥/٢٩٩

(٥) شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/٧٠

وعند الشافعية ^(١) إن وجدت بينة لأحدهما يعمل بها، وإن كان لكل منهما بينة واتفقا في التاريخ تسقط البينتان، فإن اختلف التاريخ قدمت السابقة، وإن لم توجد بينة أو تساقطت البينتان تحالفا ووجب مهر المثل.

والراجع في فساد العوض والاختلاف فيه ما ذهب إليه الشافعية من وجوب مهر المثل في جميع الصور؛ لأنه أوسط الأقوال وأبسطها وأقرب الأقوال لطبيعة الخلع في كونه عقد معاوضة.

وبناء على هذا فإنني أقترح في فساد العوض والاختلاف فيه المسكوت عنه في قانون الأحوال الشخصية ما يلي:

- يجب للزوج مهر المثل عوضاً عن بدل الخلع إن هلك البذل أو استحق قبل أن يقبضه الزوج أو كان مما لا يجوز التزامه شرعاً أو كان مجهولاً، أو اختلف الزوجان فيه ولم يكن لأحدهما بينة.

ومن القوانين العربية التي نصت على حكم فساد العوض قانون الأحوال الشخصية السوداني لعام ١٩٩١ في المادة ١٤٦/ " يصح الخلع في الأحوال التي يسمى فيها العوض تسمية غير صحيحة ويبطل العوض".

وفي القانون القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦ المادة ١٢١/ " يعتبر الخلع صحيحاً في الأحوال التي يكون فيها بدل الخلع فاسداً ويبطل البذل، وعلى القاضي تقدير البذل المناسب ".

(١) مغني المحتاج للشريبي: ٤/٤٥٣

المطلب الثاني: الطبيعة الشرعية للخلع

الخلع عند الإمام أبي حنيفة يمين من جانب الزوج ومعاوضة فيها شبه بالتبرعات من جانب الزوجة، وعند صاحبين الخلع يمين من جانب الزوجين معاً،^(١) بينما ذهب جمهور الفقهاء المالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) إلى أن الخلع عقد معاوضة من الجانبين، إلا أن الشافعية قالوا: بأن الخلع معاوضة فيها شوب تعليق إن بدأ الزوج بالعوض، كأن يقول: **طلقتك أو خالعتك بألف**، ما لم يستخدم صيغة تعليق فعندها يكون الخلع تعليقاً محضاً، وتنطبق عليه أحكام الطلاق المعلق، **كإن أبرأتني من مهرك فقد خلعتك**، أو **إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق**، وإن بدأت الزوجة بالخلع فهي معاوضة فيها شوب جعالة سواء استخدمت صيغة تعليق أم لا، كقولها: **طلقني على ألف**، **إن طلقني فلك ألف**.

وأخذ قانون الأحوال الشخصية السوري بمذهب الجمهور في اعتبار الخلع معاوضة من الجانبين معاً، يظهر ذلك في المادة ٩٦/ أحوال التي تنص على أنه " لكل من الطرفين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر " وهذا أثر من آثار اعتبار الخلع عقد معاوضة، كما أكدت ذلك محكمة النقض، فقد استقر الاجتهاد على أن للمخالعة — إضافة لأثرها الديني المتمثل بالحل والحرمة — أثراً مالياً باعتبارها من عقود المعاوضة التي لا بد من اتفاق إرادتي الطرفين على حدودها وما تتركه من التزامات.^(٥)

وقد سكت قانون الأحوال الشخصية عن تنمة آثار اعتبار الخلع معاوضة، لذا سيتم عرضها في هذا المطلب وفقاً للأقسام الآتية:

(١) انظر البحر الرائق لابن نجيم: ٤/٧٨

(٢) انظر حاشية الدسوقي: ٢/٣٤٧

(٣) انظر مغني المحتاج للشرييني: ٤/٤٤١

(٤) انظر شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/٦١

(٥) أساس ٥٤١ قرار ٥٢٦ تاريخ ١٨/٧/٢٠١٦ سجلات محكمة النقض

أولاً: اتحاد المجلس وموافقة الإيجاب للقبول.

ثانياً: الكتابة في عقد المخالعة.

ثالثاً: التعليق على شرط والإضافة للمستقبل.

رابعاً: اقتران المخالعة بالشرط الفاسد.

أولاً . اتحاد المجلس وموافقة الإيجاب للقبول:

١ . اتحاد المجلس:

اشتراط المالكية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) اتحاد مجلس الإيجاب والقبول كسائر العقود، فيبطل الإيجاب بتفرق المجلس، كأن يقوم أحد الزوجين من المجلس قبل قبول الآخر، أو ينشغل بعمل آخر أو يتكلم بكلام مغاير للخلع أو كلام كثير بخلاف اليسير، ويبطل المجلس أيضاً بمرور زمن طويل، وبكل ما يُشعر بالإعراض عن قبول الخلع.

٢ . موافقة الإيجاب للقبول:

اتفق فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة على اشتراط موافقة الإيجاب للقبول.^(٤) واختلفوا فيما تكون به الموافقة، فاشتراط المالكية^(٥) موافقة الإيجاب للقبول في مقدار العوض فقط، فإن قالت: **طلقني بألف فطلقها بألفين** لا يصح الخلع، أما المخالفة في عدد الطلقات فلا عبرة له، كأن تقول: **طلقني ثلاثاً بألف فطلقها واحدة بألف** يصح؛ لأنّ

(١) المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢/ ٢٤٦ - مدى حرية الزوجين في الطلاق للصابوني: ١/٥٢٠

(٢) مغني المحتاج للشريبي: ٤/٤٤١

(٣) كشف القناع للبهوتي: ٥/٢٢٧

(٤) انظر حاشية الصاوي: ٢/٥٣٣ . مغني المحتاج للشريبي: ٤/٤٤١ . المغني لابن قدامة: ٧/٣٤٤

(٥) انظر حاشية الدسوقي: ٢/ ٣٦٠ . ٣٥٩

قصدها البينونة وقد تحققت بالواحدة كما تتحقق بالثنتين والثلاث، فالزيادة لم يتعلق بها غرض شرعي، وكذا إن قالت: **طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثاً بألف** يصح لحصول غرضها وزيادة.

واشترط الشافعية^(١) موافقة الإيجاب للقبول لفظاً ومعنى، فلو اختلف الإيجاب عن القبول **كطلقتك بألف فقبلت بألفين، وعكسه كطلقتك بألفين فقبلت بألف، أو طلقتك ثلاثاً بألف فقبلت واحدة بثلاث الألف**، فلغو في المسائل الثلاث للمخالفة كما في البيع، ولو قال: **طلقتك ثلاثاً بألف فقبلت واحدة بألف**، فالأصح وقوع الثلاث ووجوب الألف، لأن الزوج مستقل بالطلاق، والزوجة إنما يعتبر قبولها بسبب المال، فإذا قبلت المال اعتبر في الطلاق جانب الزوج.

أما الحنابلة^(٢) فاكتفوا بموافقة الإيجاب للقبول في المعنى فقط، فلو قال الزوج: **خالعتك على ألف فقبلت بألفين صح الخلع**؛ لأن الزوج استحق بذلك الألف وزيادة، وكذا لو قالت الزوجة: **طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثاً بألف** يصح الخلع؛ لأنه أوقع الطلقة التي هي مقابل الألف وزيادة، بخلاف ما لو قالت: **طلقني ثلاثاً بألف فطلقها واحدة**، فلا يستحق شيئاً لمخالفة القبول للإيجاب لفظاً ومعنى؛ إذ لم يجبهها إلى ما سأله وهو البينونة الكبرى، إلا إذا كانت هذه الطلقة هي المكملة للثلاث، فيصح الخلع لحصول غرض الزوجة.

أرجح الأقوال وأنسبها إلى قانون الأحوال هو مذهب المالكية في موافقة الإيجاب للقبول في مقدار العوض؛ إذ هو المقصود بالخلع، ولأن الطلاق الثلاث يقع واحدة في القانون فلا عبرة لعدد الطلقات فيبقى المقصود من الخلع البينونة مقابل العوض.

(١) مغني المحتاج للشريبي: ٤/٤٤١

(٢) شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/٦٧

٣. اجتهاد محكمة النقض:

نص الاجتهاد على " أن المخالعة عقد ثنائي الطرف ويجب أن يتم فيه الإيجاب والقبول في مجلس واحد"^(١) فاشتترطت محكمة النقض هنا اتحاد المجلس على المتخالعين متبعةً مذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة.

وجاء في اجتهاد آخر لمحكمة النقض عدم جواز رجوع الزوج عن إيجابه، وفي ذلك مخالفة لنص المادة /٩٦/ في جواز رجوع كل من الزوجين عن إيجابه قبل قبول الآخر، في هذا يقول الاجتهاد:

" المخالعة بالنسبة للزوجة من عقود المعاوضة؛ لأنّ الزوجة بإيجابها تفتدي نفسها بمال، ولذلك يحق لها أن ترجع عنها، وبالنسبة للزوج فهي يمين طلاق؛ لأنه تعليق طلاق على مال: ولما كان مستند الحكم من المطعون فيه صحيحاً وموافقاً للحكم الشرعي الراجح الذي تضمنته المادة /٢٨٠/ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا وكان هذا الحكم معمولاً به بدلالة المادة /٣٠٥/ أحوال، ولما كان التعريف الفقهي للمخالعة أنه عقد ينعقد بإيجاب وقبول وهو يعتبر من جانب الرجل تعليقاً للطلاق على قبول المال ومن جانب المرأة معاوضة؛ لأنها لم ترض بدفع المال إلا لتفتدي نفسها، وإذا كان الزوج هو الذي صدر عنه الإيجاب فلا يجوز له الرجوع فيه، وإذا قام هو من المجلس لا يبطل الإيجاب؛ لأنه إذا كان لا يبطل برجوعه الصريح فأولى ألا يبطل بقيامه من المجلس، ولكن يبطل بقيامها من غير رد أو قبول؛ لأنّ المعاوضات والعقود المالية عامة تبطل إذا تفرقت المجالس بعد الإيجاب وقبل القبول".^(٢)

^(١) قرار ٢٠٢ أساس ١٤٧ تاريخ ١٩ / ٤ / ١٩٧٦ الأحكام القضائية الشرعية في ظل قانون الأحوال الشخصية زكي شمس: ٢/١٥١٤

^(٢) قرار ٣٥٥ أساس ٣٥٠ تاريخ ٢٢ / ٧ / ١٩٧٥ الأحكام القضائية الشرعية في ظل قانون الأحوال الشخصية زكي شمس: ٢/١٥١١. التذكرة في القضاء سعدي أبو جيب: ٢/١٥٤

فهذا الاجتهاد ينطوي على مخالفة لما ورد في الاجتهاد السابق من اشتراط اتحاد المجلس، بالإضافة إلى مخالفته لصريح القانون، حيث لم يجز للزوج الرجوع عن إيجابه عملاً بما تضمنته المادة /٢٨٠/ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا المعمول به بدلالة المادة /٣٠٥/ أحوال، إلا أنّ الرجوع إلى كتاب قدرى باشا يكون عند عدم وجود نص يبين الحكم في المسألة، ونص المادة /٩٦/ صريح في جواز رجوع الزوج عن إيجابه، وبما أنه لا اجتهاد في مورد النص، لذلك لا يصح العمل بهذا الاجتهاد.

ثانياً. الكتابة في عقد المخالعة:

لم أجد بها نصاً صريحاً يبين الفقهاء فيه حكم الكتابة في المخالعة اكتفاء منهم بما ورد عن الكتابة في أبواب الطلاق والعقود، والخلع لا يخرج عن كونه عقداً من عقود المعاوضة له طبيعة خاصة باعتباره طلاقاً بائناً، ويتفق مع الطلاق في أغلب أحكامه، لذا سأذكر حكم الكتابة في الطلاق والعقود وأستخلص منهما حكم الكتابة في الخلع.

١. حكم الكتابة عند الأئمة الأربعة:

الكتابة إما أن تكون بين غائبين أو بين حاضرين، فإن كانت بين غائبين فلا خلاف بين الأئمة الأربعة على جواز الكتابة؛ لأنها تقوم مقام اللفظ، فالكتاب بمنزلة الخطاب، والقلم أحد اللسانين،^(١) ويصح بها جميع العقود والتصرفات عدا عقد النكاح، فلا يصح بين غائبين عند الجمهور من المالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) لاشتراط الشهود فيه ولخطورته، خلافاً للحنفية^(٥) حيث أجازوا النكاح بالكتابة بين الغائبين.

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا: ٣٥٠

(٢) انظر حاشية الصاوي: ٣/١٤

(٣) انظر المجموع شرح المذهب للنووي: ٩/١٦٧

(٤) انظر كشف القناع للبهوتي: ٣/١٤٨

(٥) انظر المبسوط للسرخسي: ٥/١٦

وإن كانت الكتابة بين حاضرين قادرين على النطق فإما أن يتلفظ بما يكتب أو يكتب دون لفظ، فإن تلفظ في حال الكتابة أو قبلها أو بعدها فالعبرة للفظ، والكتابة تكون بمثابة توثيق للعقد، وهي مندوبة لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ...﴾ [البقرة: ٢٨٢].

أما إن كتب ولم يتلفظ بمضمون الكتابة أو كتب له شخص آخر ثم وقع على ما كتب وهو عالم فاهم لما في الكتاب أو الوثيقة فهنا اختلفت أقوال الفقهاء:

ذهب الحنفية^(١) إلى عدم صحة الكتابة في العقود التي تتوقف على رضا الآخر بين الحاضرين القادرين على النطق، لأنها شرعت للحاجة ولا حاجة هنا، لكن تصح في الطلاق وهي كاللفظ الصريح لا يحتاج إلى نية إن كانت مرسومة ومستبينة، كأن يكتب زوجتي فلانة طالق يقع الطلاق بمجرد انتهائه من الكتابة، أما إن كانت غير مرسومة فلا يقع الطلاق إلا بالنية.

أما الخلع فلم يرد نص يبين حكم الكتابة فيه بين الحاضرين، إلا أنه بناء على تكييف الخلع عند الحنفية بأنه يمين من جهة الزوج ومعاوضة من جهة الزوجة، ويقع به طلاق بائنة وهو من كنايات الطلاق وباقتراانه يبدل الخلع أصبح صريحاً لا يحتاج لنية الطلاق فيجب أن يكون الخلع بالكتابة صحيحاً من جهة الزوج قياساً على الطلاق الواقع بالكتابة، وغير صحيح من جهة الزوجة كغيره من العقود.

وذهب المالكية إلى أن عقود المعاوضات تنعقد بكل ما يدل على الرضا سواء باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة حتى تجوز بالمعاطاة،^(٢) وكذلك الخلع فهو يجوز عندهم بكل ما يدل

(١) انظر بدائع الصنائع للكاساني: ٣/١٠٠. القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة: ١/٣٣٩

(٢) حاشية الصاوي: ٣/١٤

عليه وقد نص المالكية على جواز الخلع بالمعاطاة إن جرى بها العرف، فإذا صحت المعاطاة فالأولى أن تصح الكتابة.^(١)

ونصَّ الشافعية^(٢) على أنَّ الكتابة تقوم مقام اللفظ وبينوا حكمها من خلال تقسيم التصرفات إلى قسمين:

أولاً: ما لا يتوقف على قبول الطرف الآخر كالطلاق والإقرار:

الكتابة في الطلاق من الناطق إن لم يتلفظ بها ولم ينو معها الطلاق لا تُطلِّق الزوجة على الصحيح، وإن نوى الطلاق ولم يتلفظ به فالأظهر وقوعه؛ لأنَّ الكتابة أحد الخطابين فجاز أن يقع بها الطلاق كاللفظ.^(٣)

ثانياً: ما يتوقف على قبول الطرف الآخر، فإما أن يكون عقد نكاح أو غيره، فإن كان نكاحاً فلا تجوز فيه الكتابة بين حاضرين ولا بين غائبين، لاشتراط الشهادة فيه؛ إذ لا اطلاع للشهود على النية.

أما ما سوى النكاح ففي انعقادها كتابة خلاف مرتب على الطلاق، فإن لم تعتبر الكتابة في الطلاق فهنا أولى ألا تعتبر، وإن اعتبرت ففي هذه التصرفات وجهان للخلاف في انعقاد هذه التصرفات بالكناية والأصح انعقادها بالكناية، وبالتالي يصح انعقادها بالكتابة.

وذلك لأنَّ الكتابة كناية لاحتمالها تحسين الخط أو تجربة القلم فتحتاج إلى نية، والتصرفات التي لا يستقل بها الشخص اختلف في قبولها للكناية، إلا أنهم استثنوا عقد الخلع والمكاتبة، فهذان العقدان ينعقدان بالكناية مع النية؛ لأنَّ مقصودهما يقبل التعليق بالغرر.^(٤)

^(١) انظر التاج والاكلیل المواق: ٥/٢٩٧ . الشرح الكبير للدردير: ٢/٣٥٨

^(٢) انظر روضة الطالبين للنووي: ٤٠ . ٤١ / ٨

^(٣) مغني المحتاج للشريبي: ٤/٤٦٣

^(٤) انظر المجموع شرح المذهب للنووي: ٩/١٦٦

خلاصة مذهب الشافعية في صحة العقود بالكتابة: القول الأول: تنعقد العقود بالكتابة مثلما يصح الطلاق بالكتابة، والقول الآخر: لا تصح العقود بالكتابة لعدم قبولها للكناية باستثناء عقد الخلع والمكاتبة فيجوز انعقادهما بالكناية.

بناء على ذلك فإن الخلع يقع بالكتابة مع النية بين الحاضرين لصحة وقوعه بالكناية لقبوله الغرر، وهذا مرتب على صحة وقوع الطلاق بالكتابة مع النية وهو القول الصحيح.

وللمذهب الحنبلي^(١) اتجاهان في حكم الكتابة، فالبعض اعتبرها كناية، والكناية تقبل في الطلاق ولا تصح في العقود، وهذا الاتجاه يتفق مع المذهب الشافعي، وباعتبار الخلع عقد يقبل الكناية فالكتابة فيه صحيحة مع النية.

والبعض اعتبر الكتابة صريحة ولا تحتاج إلى نية سواء في العقود أو الطلاق، لذا يقع الطلاق فيها دون الرجوع إلى النية، وهو القول الصحيح في المذهب وعليه أكثر الأصحاب، كما تثبت جميع العقود بالكتابة ومنها الخلع.

لذا يكون الخلع بالكتابة جائزاً على كلا القولين.

بعد التفصيل في أقوال الأئمة يتبين أن المخالعة بالكتابة تقع صحيحة عند المالكية والشافعية والحنابلة، وعند الحنفية صحيحة من قبل الزوج لا الزوجة، فيكون الخلاف منحصرًا بين الجمهور والحنفية بالنسبة للزوجة فقط.

٢. ما جاء في اجتهاد محكمة النقض:

تعارضت الاجتهادات القضائية في حكم الكتابة، فقد أصدرت المحكمة الشرعية في غرفة النقض قرارات بعضها ينص على صحة وقوع الخلع بالكتابة وأنها تقوم مقام اللفظ، وبعضها يشترط اللفظ مع الكتابة وعدم الاكتفاء بها وحدها، ومن ذلك:

(١) انظر الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي: ٤٧٢ - ٤٧٣ / ٨

" إذا اتفق الزوجان على التفريق بموجب صك عادي وقد تضمن هذا الصك المخالعة الرضائية على بدل متفق عليه اعتبر هذا الصك وثيقة صالحة للحكم بالتفريق " (١)

" الكتابة من الشخص المتعاقد نفسه أو الكتابة من قبل الغير بأمره أو الكتابة من قبل الغير وبغير أمره ولكنه رضي بها ووقع عليها يعتبر ذلك بمثابة اللفظ " (٢)

وهذا الاجتهاد يبين صحة المخالعة بمجرد التوقيع على الصك ولو لم يجر تبادل الألفاظ بين الزوجين.

بينما ورد في اجتهادات أخرى ما يعارض ذلك من عدم صحة الكتابة دون تلفظ: "المخالعة لا تتم إلا بصيغة الإيجاب والقبول ولا يكتفى بالكتابة والتوقيع " (٣)

" المخالعة المستوفية شروط الانعقاد هي المخالعة الثابتة بالكتابة المنجزة والتي تحتوي الإيجاب والقبول والتصريح بتبادل الألفاظ بين الزوجين " (٤)

فهذان النصان صريحان في أن المخالعة لا تثبت بالكتابة وحدها ولا بالتوقيع.

وحسب الورود الزمني لهذه الاجتهادات فإن اشتراط اللفظ في الكتابة هو أول ما قضت به محكمة النقض، ثم أصدرت بعد ذلك الاجتهاد بصحة الكتابة وحدها، ثم عادت واشترطت اللفظ لصحة المخالعة وبقي التضارب في الاجتهاد القضائي في هذا الحكم، لذلك لا يمكن الاعتماد على نسخ الاجتهاد المتأخر زمنياً لما قبله، ويتعين على الهيئة العامة لمحكمة النقض أن تمارس دورها واختصاصها في تحديد الاجتهاد الواجب اتباعه وفق ما يتناسب مع أحكام

(١) أساس ٤٤٨ قرار ٥٦٠ عام ١٩٩٤ مجموعة أحكام النقض لعبد القادر الألوسي: ٧٩٢

(٢) القاعدة ٥٥٦ أساس ١٨٥٩ قرار ١٦٢٤ لعام ١٩٩٥/١٢/٣ مجموعة أحكام النقض لعبد القادر الألوسي:

٧٩٥

(٣) القاعدة ٥٥٤ أساس ١٦٦٠ قرار ١٧٩٥ لعام ١٩٩٤/١٠/٢٧ السابق: ٧٩٣

(٤) القاعدة ١١٥٤ قرار ٣٩٦ القضية ٩٦ تاريخ ١٩٨٥/٦/٥ الأحكام القضائية الشرعية محمود زكي شمس:

٣/١٥٢٢

الشريعة الإسلامية، إذ أن استمرار صدور هذه الاجتهادات المتناقضة وعدم استقرار الحكم في مسألة خطيرة كهذه يؤدي إلى الوقوع في الحرام واضطراب القضاء.

فالخلع وإن كان عقد معاوضة فإنه تصح فيه الكتابة وتقع به طلاقه بآئنة وفقاً لما تمّ تفصيله في أقوال الفقهاء، فلا يصح إبطاله والعودة للحياة الزوجية بحجة عدم التلفظ، لذا أقترح في حكم كتابة الخلع ما يلي:

• تقوم الكتابة والتوقيع في المخالعة مقام اللفظ من القادر عليه.

ثالثاً. التعليق على شرط والإضافة للمستقبل:

التعليق في الخلع نوعان: ^(١)

١. أن يعلق الخلع على العوض كأن يعلق بالأداء أو الإقباض أو الإبراء، كقول الزوج: إن أعطيتني ألفاً فقد خلعتك أو إن أبرأتني من مهرك فأنت طالق، وقول الزوجة: إن طلقني أو خالعتني فلك ألف.

٢. أن يعلق الخلع على صفة أو شرط غير بدل الخلع كأن دخلت الدار فقد خلعتك على ألف، أو إن جاء آخر الشهر فقد خلعتك بألف، أو إن عاد فلان من سفره خالعتك بألف، أو إن جاء رأس الشهر وطلقتني فلك علي ألف.

اختلف المالكية والشافعية والحنابلة في التعليق في المخالعة:

- المالكية: ^(٢) إن علق الزوج الخلع بالأداء أو الإقباض صح، ولا يختص بالمجلس ما لم يطل الزمن، فإذا وقع منها الأداء بعد المجلس ولم تمض مدة طويلة لزم الخلع مطلقاً، إلا إن وجدت قرينة تقضي أن الزوج أراد الإقباض في المجلس فيعمل بها، ومثله إن علق على

^(١) انظر شرح قانون الأحوال الشخصية السوري الدكتور محمد الحسن البغا: ٤٨٩

^(٢) حاشية الدسوقي: ٢/٣٥٨. حاشية الصاوي: ٢/٥٣٢

البراءة، كأن يقول: **إن تمَّ لي المال أو تمت البراءة؛** لأنه تأكيد على سلامة البدل ووجوبه.

ولم يذكر الملكية فيما لو علق الزوج على غير البدل، إلا أن تقييد التعليق بالأداء أو الإبراء يدل على عدم صحة التعليق على غير ذلك، بالإضافة إلى أن الخلع عندهم من عقود المعاوضات والتي لا يصح فيها التعليق.

- **الشافعية:**^(١) إن بدأ الزوج بصيغة تعليق، **كان أعطيتني كذا فأنت طالق**، فحكمه حكم الطلاق المعلق؛ لأنه تعليق محض من جانبه، ولا ينظر لشبهة المعاوضة؛ لأنه من صرائح ألفاظ التعليق، فيقع الطلاق عند تحقق الصفة كسائر التعليقات، وليس له الرجوع قبل الإعطاء كالتعليق الخالي عن العوض، وإن بدأت به الزوجة فهو عقد معاوضة ويشترط فيه ما يشترط في عقود المعاوضات.

أما التعليق على غير بدل الخلع **كان جاء زيد خالعتك على ألف**، أو **إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق على ألف**، فلا يصح؛ لأنّ المعاوضة لا يصح تعليقها على الصفات، فإن أعطته الألف يقع عليها الطلاق وتُرد الألف إليها ويرجع عليها الزوج بمهر المثل؛ وهو القول الأصح، وقيل: يصح؛ لأنّ الطلاق يصح تعليقه على الصفات.^(٢)

- **الحنابلة:** نص الحنابلة في بعض النصوص على عدم جواز التعليق في الخلع، بينما ذكروا في نصوص أخرى صحة ذلك، فجاء في منتهى الإرادات:

"ولا يصح الخلع معلقاً على شرط كقوله لزوجته: **إن بذلت لي كذا فقد خالعتك**، إلحاقاً له بعقود المعاوضات لا اشتراط العوض فيه".^(٣)

^(١) مغني المحتاج للشربيني: ٤/٤٤٢

^(٢) المجموع شرح المذهب، تكملة المطيعي: ١٧/٢٣

^(٣) شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/٦١

وفي المعني: " تعليق الزوج الطلاق على شرط العطية أو الضمان أو التملك لازم من جهة الزوج لزوماً لا سبيل إلى دفعه، فإن الغالب فيها حكم التعليق المحض ".^(١)

وفي كشف القناع : " إن قالت: إن طلقني أو خلعتني فلك علي ألف ففعل على الفور .. بانت .. واستحق الألف .. لأنه وإن كان بلفظ التعليق فهو تعليق لوجوب العوض لا للطلاق، بخلاف تعليق الزوج ".^(٢)

يتبين من هذه النصوص أن الزوج يصح تعليقه بلفظ الطلاق ولا يصح بلفظ الخلع، فإن قال: إذا أعطيتني ألفاً فأنت طالق يصح، وحكمه كالطلاق المعلق من حيث شروط التعليق، أما قوله: إن بذلت لي كذا فقد خلعتك فهو باطل كسائر عقود المعاوضات، ولا يترتب عليه شيء وتبقى الزوجية على حالها.

أما الزوجة فيصح تعليقها سواء بلفظ الطلاق أو الخلع، لأنّ التعليق منها من أجل تأكيد وجوب العوض للزوج والتزامها به عند الطلاق وهذا ليس تعليقاً محضاً.

والراجح صحة التعليق على أداء العوض؛ لأنه تعليق صوري الغرض منه تأكيد الالتزام به، أما التعليق على شرط غير العوض فلا يصح؛ لأنّ الخلع عقد معاوضة وعقود المعاوضات لا تقبل التعليق.

وبناء على هذا الراجح أقترح إضافة حكم تعليق الخلع المسكوت عنه إلى قانون الأحوال الشخصية:

- يجوز تعليق الخلع على الإبراء أو أداء العوض أو ضمانه.

^(١) المعني لابن قدامة: ٧/٣٤١

^(٢) كشف القناع للبهوتي: ٥/٢٢٥ باختصار

رابعاً . اقتران المخالعة بالشرط الفاسد:

الشرط الفاسد هو الشرط الذي يخالف مقتضى العقد وموجبه،^(١) والخلع من عقود المعاوضات التي يرد عليها الفساد كغيرها من العقود، ومن الشروط الفاسدة في الخلع اشتراط الرجعة، فاشتراط الزوج الرجعة في المخالعة لا يصح شرعاً لمخالفته لمقتضى العقد وللشرع؛ لأنّ الشارع قد حكم أن المرأة تبين من زوجها بالمخالعة فالشرط غير صحيح، واختلف الفقهاء في تأثير اقتران الشرط الفاسد على الخلع على قولين:

القول الأول للمالكية،^(٢) والشافعية في قول،^(٣) والحنابلة:^(٤) الخلع صحيح والشرط باطل، لكن اختلفوا فيما يجب للزوج:

١. يستحق الزوج بدل الخلع المتفق عليه عند المخالعة؛ لأنهما رضا به فلا يجب غيره كما لو خلا العقد عن الشروط، وهو قول المالكية والحنابلة.
٢. يسقط بدل الخلع المتفق عليه؛ لأنه لم يرض به عوضاً دون الشرط، ويجب المهر المسمى في عقد النكاح وهو قول القاضي من الحنابلة.^(٥)
٣. للزوج مهر المثل وهو اختيار الشافعية؛ لأنّ شرط الرجعة أفسد العوض، وبفساده يجب مهر المثل.

والأول أرجح الأقوال، لأن الشرط الفاسد لم يؤثر على صحة الخلع فكذلك البطل.

^(١) غمز العيون والبصائر في شرح الأشباه والنظائر أحمد بن محمد مكّي، أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحموي

الحنفي (ت: ١٠٩٨ هـ) دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م: ٢/٢٣٤

^(٢) انظر حاشية الدسوقي: ٢/٣٥١

^(٣) انظر أسنى المطالب شرح روض الطالب لتركيا الأنصاري (ت: ٩٢٦ هـ) دار الكتاب الإسلامي (د. ط) (د. ت):

٣/٢٥١

^(٤) انظر كشاف القناع للبهوتي: ٥/٢١٧

^(٥) المغني لابن قدامة: ٧/٣٣١

القول الثاني للشافعية:^(١) اشتراط الرجعة يجعل الخلع باطلاً ويقع طلاق رجعية؛ لأنّ بدل الخلع ينافي شرط الرجعة فيسقطان ويبقى الطلاق، والطلاق بلا بدل يقع به الطلاق الرجعي، وهو الصحيح في المذهب.

والراجح القول الأول؛ لأن الخلع استكمل أركانه فلا يؤثر عليه الشرط الفاسد كباقي العقود. وفي القانون لا يصح اشتراط الرجعة؛ إذ نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /٩٤/ على أن الفرقة في الطلاق على مال هي طلاق بائن لا رجعة فيه، فاشتراط الرجعة لا يصح قانوناً لمخالفته صريح المادة /٩٤/ وجاء الاجتهاد القضائي مؤكداً ذلك فقال: " الطلاق مقابل مال مخالعة لا تسمع فيه دعوى الرجعة ".^(٢)

ولم أجد اجتهاداً صريحاً تناول حكم اشتراط الرجعة والآثار المترتبة على ذلك، لذا يجب الرجوع إلى ما ذهب إليه المالكية والحنابلة من صحة الخلع ووجوب البدل المتفق عليه، وبناءً على ذلك فقد سكت قانون الأحوال الشخصية عن حكم اقتران الشرط الفاسد بالخلع لذا فإني أقترح إضافة النص الآتي إلى القانون:

● اقتران الشرط الفاسد في المخالعة يبطل الشرط ويصح الخلع ويجب البدل المتفق عليه.

^(١) انظر مغني المحتاج للشرييني: ٤/٤٤٣

^(٢) القاعدة ٧٨٦ (ش ٢٠٢ قرار ٢٣٦ تاريخ ١٩٦٠/٩/٢١) مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في قضايا الأحوال الشخصية المكتب الفني بمحكمة النقض: ٣٩٦

المطلب الثالث: الإكراه في الخلع

يقع الخلع مع الإكراه عند الحنفية لعدم تأثير الإكراه على التصرفات القولية التي لا تختمل الفسخ وتصح مع الهزل كالطلاق والرجعة ومنها الخلع؛ لأنّ الشارع اعتبر أنّ اللفظ في هذه التصرفات يقوم مقام إرادة معناه، فإذا وجد اللفظ ترتب عليه أثره وإن لم يرض به، إلا أنّ الخلع وباعتباره عقد معاوضة من جانب الزوجة فإنها إن أكرهت عليه لا تلتزم بالمال مع صحة الخلع؛ لأنّ الإكراه يفسد الاختيار ويعدم الرضا، والطلاق غير مفتقر للرضا، أما المال فيفتقر لرضا الزوجة وقد انعدم رضاها فلا تلتزم به، أما إن كان الإكراه على الزوج فالخلع صحيح ويلزمها المال؛ لأنها التزمت به طائعة، ولا أثر للإكراه على تصرف الزوج.^(١)

وذهب جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنّ الإكراه يرفع التكليف فيسلب القدرة والاختيار،^(٢) وليس الاختيار في الإكراه كالهزل، فالهازل اختياره صحيح وإنما أراد الاستهزاء فيعاقب عليه بجعل عبارته صحيحة، أما المكره فليس له رغبة ولا اختيار، إنما هو قول حمل عليه بغير حق.^(٣)

ولم يرد في قانون الأحوال الشخصية السوري حكم الخلع مع الإكراه لكن بما أنّ الخلع هو طلاق على مال فهل يعتبر كطلاق المكره بعدم الوقوع؟ وهذا ما عللت به محكمة النقض الشرعية حين اتبعت مذهب الجمهور في عدم وقوع المخالعة إن ثبت وقوع الإكراه على أحد الزوجين قياساً على ما ورد في المادة ٨٩/ من عدم وقوع طلاق المكره مخالفةً بذلك المذهب

(١) انظر التقرير والتحجير ابن أمير حاج: ٢٠٦. ٢/٢٠٧. أحكام الأسرة في الإسلام محمد شلبي: ٥٠٢

(٢) انظر نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، عبد الرحيم بن الحسن بن علي السنوي الشافعي (ت: ٧٧٢هـ) دار الكتب العلمية بيروت، ط: أولى، ١٤٢٠هـ ١٩٩٩م: ٦٦. شرح الكوكب المنير، تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز المعروف بابن النجار الحنبلي (ت: ٩٧٢هـ) تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، ط: ثانية، ١٤١٨هـ ١٩٩٧م: ١/٥٠٩

(٣) انظر الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، زكي الدين شعبان منشورات جامعة قاريونس: ٤٠٧

الحنفي في عدم تأثير الإكراه على الخلع، حيث كان الواجب الرجوع إلى الراجح منه بصريح المادة /٣٠٥/ أحوال فنص الاجتهاد على ما يلي: " حيث أن المدعية الطاعنة قد تقدمت بدعواها تذكر فيها أنها أكرهت من قبل ذويها على إجراء المخالعة الرضائية لدى المحكمة المذهبية بالسويداء الجارية بينها وبين زوجها بموجب وثيقة المخالعة رقم ٣٢٤ تاريخ ٢٠١٣/١٢/١١ وكان المدعى عليه المطعون ضده قد أقرّ بالدعوى أنّ زوجته المدعية الطاعنة قد أكرهت على توقيع المخالعة من قبل ذويها بسبب خلاف شخصي مع ذويها، وأنه لا مانع من إبطال المخالعة موضوع الدعوى وعودة زوجته إلى منزل الزوجية، سيما وأن لها أربعة أطفال... وحيث أنّ الطرفين الزوجين قد أقرّا بوقوع الإكراه على الزوجة لإجراء المخالعة بينها وبين زوجها بسبب خلاف شخصي بين الزوج وذوي الزوجة، وحيث أنّ تعليل المحكمة بأنّ إرادة الطرفين كانت حرة هو تعليل غير سديد؛ لأنّ أهل الزوجة بإمكانهم ممارسة الضغط والإكراه على ابنتهم الزوجة خارج المحكمة، وهي إن لم تفعل تعرض نفسها للأذى والضّرر، وقد تصادق الطرفان على وقوع الإكراه، مما يجعل أسباب الطعن تنال من القرار المطعون فيه وهو مستوجب النقض، وبما أنّ الإكراه ثابت بإقرار الزوجين والمرء مؤاخذ بإقراره، وحيث أنه لا يقع طلاق المكره وفقاً لما نصت عليه المادة /٨٩/ أحوال شخصية؛ لأنّ المكره على التصرف يفعل ذلك دفاعاً عن نفسه من خطر محقق به ولا يُعبّر تعبيراً صادقاً عن نفسه، لذلك تقرر بالأكثرية: ١. قبول الطعن شكلاً . ٢. قبول الطعن موضوعاً ونقض الحكم المطعون فيه".^(١)

وفي اجتهاد آخر " تقدم المدعي باستدعاء إلى ديوان المحكمة ضد المدعى عليها عرض فيه إلى أنه أكره على إجراء المخالعة مع زوجته المدعى عليها، وأن هذا الإكراه كان من ذوي زوجته ومن زوجته المدعى عليها، وهو يطلب إبطال وثيقة المخالعة الرضائية، والمحكمة استمعت لإفادة المدعى عليها فقالت: بأنّ والدها قد ضغط عليها للانفصال عن زوجها

^(١) أساس ٥٣٩. قرار ٥٥٢. تاريخ ٧/٢١/٢٠١٤م سجلات محكمة النقض.

بسبب علاقة مادية بينهما، وأفاد الشهود أن المدعي تعرض للضغوط من ذويه ومن ذوي المدعى عليها، وبنتيجة المحاكمة صدر قرارنا الناقض رقم ٣٢٠ وأساس ٣٦٦ / ٢٠ / ٣ / ٢٠١٥ والذي انتهى إلى نقض المطعون فيه، وذلك لأن عقد المخالعة انتفى فيه الرضا .. وبينا أن عقد المخالعة يرتفع عنه لزومه مما يوجب عدم الاعتداد بهذا العقد باعتباره باطلاً، مما يوجب نقض الحكم المبني عليه، وحيث أن الإكراه ينفي وقوع الطلاق أصلاً وذلك نص المادة / ٨٩ / أحوال شخصية وعملاً بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: « تجاوز الله عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »^(١) وبالتالي لا عودة للمطلقة إلى عصمة مطلقها لعدم وقوع الطلاق أصلاً".^(٢)

فإذا كان القانون السوري قد اتبع مذهب الجمهور في تأثير الإكراه على الحكم ويظهر ذلك في المادة / ٨٦ / من قانون الأحوال الشخصية بعدم وقوع طلاق المكره، وفي تأثير الإكراه على عقود المعاوضات التي نظمها القانون المدني،^(٣) يتبين من ذلك أنَّ كل ما يدخل تحت الإكراه من أحكام هو مسكوت عنه يرجع بحكمه إلى مذهب الجمهور ومنها الإكراه في الخلع.

ومما يندرج تحت الإكراه في المخالعة عضل الزوج زوجته لإرغامها على الخلع، وإكراه القاضي الزوج على قبول المخالعة، فهل هذين النوعين من الإكراه الملحق المؤثر في الحكم أم لا ؟

أولاً . عضل الزوج زوجته على الخلع:

لو قال الزوج لزوجته طلقتك بألف وأكرهها على القبول بأحد صور الإكراه كالضرب والحبس ونحو ذلك، فقالت تحت تأثير الإكراه: قبلت، فالخلع باطل عند الجمهور من

(١) تقدم تخريجه صفحة ٣١

(٢) أساس ٨٦٥ . قرار ٨١٠ . تاريخ ١٠ / ٢ / ٢٠١٥ سجلات محكمة النقض.

(٣) انظر المادة: ١٢٨ . ١٢٩ من القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٨٤ لعام ١٩٤٩

المالكية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) لأن عقود المعاوضات لا تصح مع الإكراه، ولا يقع شيء.

ولو أضرها بالتضييق عليها ومنعها حقوقها من النفقة والسكنى والقسم لتخالعه ثم تمت المخالعة بينهما، فبذلت له مالا على طلاقها للخلاص من إضرار الزوج بها، فإن أجازت هذا التصرف بعد زوال الإكراه فالخلع صحيح، أما إن لم تجز ذلك وادّعت الزوجة الضرر والإكراه على المخالعة وأقامت بينة على ذلك وطلبت إبطالها فما حكم هذه المخالعة المبنية على عضل الزوج والضرر بالزوجة من أجل الخلع؟

ذهب المالكية^(٤) والشافعية^(٥) والحنابلة^(٦) إلى جعل إضرار الزوج بزوجه ومنعه حقوقها والتضييق عليها لتخالعه إكراهاً بغير حق، إلا أنه في هذه الصورة يقع الطلاق ويرد العوض، فإذا أثبتت الزوجة بالبينة الضرر الذي دفعها للمخالعة فلها أن تسترد العوض، لأنها أكرهت على بذله بغير حق، ويقع الطلاق من الزوج؛ لأنه أوقعه باختياره، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ...﴾ [النساء: ١٩]، والمنهي يقتضي فساد المنهي عنه.

واختلف الأئمة الثلاثة في بعض التفاصيل، فكان المذهب المالكي أكثر المذاهب توسعاً في هذا النوع من الخلع، فقالوا: إذا تمّ الخلع ثم تبين أن سبب المخالعة إضرار الزوج بزوجه بضرب أو شتم بغير حق ونحوه وأقامت بينة على ذلك ردّها لها ما خالعت به ويلزمه الطلاق

(١) انظر المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢/٤٣٧

(٢) انظر روضة الطالبين للنووي: ٧/٣٧٤

(٣) انظر المغني لابن قدامة: ٧/٣٢٧

(٤) انظر حاشية الدسوقي: ٢/٣٥٥. المدونة الكبرى للإمام مالك: ٢/٤٣٧

(٥) انظر البيان في مذهب الإمام الشافعي يحيى بن أبي الخير العمراني اليمني الشافعي (ت: ٥٥٨ هـ) تحقيق: قاسم

محمد النوري، دار المنهاج جدة، ط: أولى ١٤٢١ هـ ٢٠٠٠ م: ١٠/٩. أسنى المطالب لتركيا الأنصاري: ٣/٢٤١

(٦) انظر كشف القناع للبهوتي: ٥/٢١٣

البائن، وكذا إن تبين أن به عيباً يجيز لها معه طلب التفريق كالجنون والجذام فتبين منه، ويرد لها العوض؛ لأنها كانت مالكة لفراقه.

وتقبل منها بينة القطع أو بينة السماع^(١) أنها ما خالعت إلا لإضرار زوجها بها، ويكفي بينة القطع اليمين مع الشاهد أو مع المرأتين، أما السماع لا بد فيها من رجلين على المعتمد، ولا يضرها أن تكون قد أسقطت بينة الاسترعاء أي البينة التي أشهدتها بالضرر، فلو أن الزوج أشهد على زوجته أنها خالعت لا عن ضرر وأنها أسقطت البينة الشاهدة لها بالضرر فإنه لا يلزمها ذلك الإشهاد، وتقوم بينتها وتسترد منه المال؛ لأن الضرر حملها على ذلك قهراً.

فإذا ادعى الزوج بعد إضراره بها أنه قد اختلى بها طائعة أو أنها مكنته من نفسها، ولم يثبت ذلك فعليها اليمين لرد دعواه هذه، فإذا أثبت الضرر وجب عليها أيضاً أن تحلف اليمين أن تخلعها لم يكن إلا للإضرار بها ولو لم تسترع (أي تشهد) عند الخلع أنها إنما تخلع بسبب إضرار زوجها بها، وهي يمين تهمة؛ لأنها تتهم أن تكون دفعت بدل الخلع عن طيب نفسها أو لكراهيتها المقام معه لا للإضرار^(٢).

وذهب الشافعية^(٣) إلى أن الزوجة إن ادّعت أن زوجها أكرهها على بذل المال مقابل الطلاق فالخلع باطل؛ لأن عقود المعاوضات لا تصح مع الإكراه، ويرد المال ويقع الطلاق؛ لأنه أوقعه باختياره، ويكون رجعيّاً إن لم يعترف بالخلع بل أنكر المال بأن قال: لم أطلق ببذل أو سكت ولم ينكر الطلاق، فله الرجعة إن كان أقل من ثلاث؛ لأن بذل المال لم يحصل له، فإذا لم يملك المال كان له الرجعة.

^(١) بينة القطع أن يشهد الشهود بمعاينة الضرر، أما السماع قول الشهود لم نزل نسمع أنه يضارها، حاشية الصاوي: ٢/٣٥٠.

^(٢) الشرح الكبير للدردير: ٢/٣٥٦. الخرشي: ٤/٢١. الخلع في القانون المصري رقم ١/ لعام ٢٠٠٠ للأستاذ الدكتور أيمن أبو العيال منشورات مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية العدد ٢٤ تشرين الأول ٢٠٠٦: ٨.

^(٣) انظر روضة الطالبين للنووي: ٧/٣٧٤. الحاوي الكبير للماوردي: ٩/٦٠٨.

وعند الحنابلة^(١) عضل الزوج زوجته يبطل الخلع ويردّ الزوج العوض، لأنّ المال الذي تفتدي به نفسها مع العضل عوضٌ أكرهت على بذله بغير حق فلم يستحق أخذه منها، وتبقى الزوجية بحالها وإن رضيت الزوجة بالخلع إلا أن يكون خالع بلفظ الطلاق أو نيته فيقع طلاق رجعية إن كان أقل من ثلاث؛ لأنّ الرجعة تسقط بالعوض فإذا سقط العوض ثبتت الرجعة، أما إن كان بلفظ الخلع مع نية الخلع أو لفظ كناية بنية الخلع فلا يقع شيء ويكون الخلع لغواً لفساد العوض؛ وذلك لأنّ الخلع عندهم إن لم يكن بلفظ الطلاق أو نيته يكون فسخاً، وفي هذه الحالة الخلع بغير عوض لا يقع ويصبح لغواً.

والخلاصة: يبطل الخلع كباقي عقود المعاوضة بالإكراه إن تحققت شروطه، أما إن عضل الزوج زوجته لتخالعه فطلبت إبطال الخلع يقع الطلاق الرجعي ويردّ العوض.

ثانياً. إكراه القاضي الزوج على قبول المخالعة:

إن كرهت المرأة زوجها لحلقه أو خلقه أو نقص دينه جاز لها طلب المخالعة واختلف الفقهاء في حكم إجابة الزوج لزوجته في طلبها، وهل للقاضي سلطة في إيقاعها عليه جبراً إن رفض الخلع؟ في المسألة قولان:

القول الأول: لا يجب للزوج قبول الخلع إنما يندب له ذلك، وهو قول جمهور العلماء^(٢) من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة وزاد الحنابلة أنه يُسن للزوج إجابتها إلا إن كان له ميل ومحبة لها فيستحب للزوجة أن تصبر، وليس للقاضي أن يحكم بالخلع إلا برضا الزوجين.

(١) كشف القناع للبهوتي: ٥/٢١٣. المغني لابن قدامة: ٧/٣٢٧.

(٢) انظر الجامع لأحكام القرآن أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج الأنصاري الخزرجي القرطبي (ت: ٦٧١هـ) دار الكتب المصرية القاهرة، ط: ثانية ١٣٨٤هـ ١٩٦٤م : ٣/١٣٨. فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر: ٩/٤٠٠. حاشية الدسوقي: ٢/٣٤٥. الحاوي الكبير الماوردي: ٩/٦٠٤. كشف القناع للبهوتي: ٥/٢١٢.

القول الثاني: وجوب إجابة الزوج لطلب زوجته إذا أرادت الخلع، وهو قول بعض الأئمة في المذهب الجعفري والشوكاني^(١) ^(٢) واختاره مجمع البحوث العلمية في الأزهر^(٣) وعدد من الباحثين المعاصرين كالدكتور عبد الرحمن الصابوني^(٤) وأخذ به القانون المصري والجزائري والأردني، واستند أصحاب هذا القول إلى ما جاء في نصوص الحنابلة من أن بعض حكام الشام المقدسة ألزم به، واختلف كلام ابن تيمية في الوجوب.^(٥)

إن الأصل في الحكم ما روي عن ابن عباس، أَنَّ امرأةً ثابت بن قيسٍ أتت النَّبِيَّ ﷺ، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ مَا أَعْتَبُ عَلَيْهِ فِي خُلُقٍ وَلَا دِينٍ، وَلَكِنِّي أَكْرَهُ الْكُفْرَ فِي الْإِسْلَامِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَتُرَدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ؟» قَالَتْ: نَعَمْ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «اقْبَلِ الْحَدِيثَ وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً»^(٦) وفي رواية فَرَدَّتْ عَلَيْهِ، وَأَمَرَهُ فَفَارَقَهَا.

اختلف الفريقان في تأويل الحديث، فالجمهور حملوا الأمر على الندب، يقول ابن حجر: "أقبل الحقيقة هو أمر إرشاد وإصلاح لا إيجاب".^(٧)

وتعقب الشوكاني قول ابن حجر فقال: "ولم يذكر ما يدل على صرف الأمر عن حقيقته".^(٨)

^(١) محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني: فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن، من أهل صنعاء، ولد بهجرة شوكان ونشأ بصنعاء فقرأ القرآن على جماعة من المعلمين وختمه على الفقيه حسن بن عبد الله الهبل، من تصانيفه: شرح المنتقى والدرر البهية وغيرها، توفي سنة ١٢٥٠هـ. البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع للشوكاني: ٢١٤. ٢/٢١٩. ٢١٥

^(٢) أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية د. عامر الزبياري دار ابن حزم بيروت ط: أولى ١٤١٨/١٩٩٧ م: ٧٨. الخلع بين الشريعة الإسلامية والقانون وتطبيقاته في المحاكم الشرعية بحث في جامعة الخليل فلسطين إعداد محمد كامل الجعافرة ٢٠٠٧ م: ٧٨

^(٣) صحيفة الوطن، مصرية يومية، عدد ٢٠٩٦ تاريخ ٢٤/١/٢٠١٨ (طلب الخلع لا يتوقف على رضا الزوج) بقلم سعيد حجازي وعبد الوهاب عيسى.

^(٤) مدى حرية الزوجين في الطلاق الدكتور عبد الرحمن الصابوني: ٢/٦٢١

^(٥) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي: ٨/٣٨٢

^(٦) صحيح البخاري كتاب الطلاق باب الخلع وكيف الطلاق فيه حديث (٥٢٧٣) ٧/٤٦

^(٧) فتح الباري شرح صحيح البخاري: ٩/٤٠٠

بيمنا ذهب أصحاب القول الثاني إلى أنّ الأمر للوجوب، فيجب على الزوج الإجابة، وليس من صارف يصرف أمره صلى الله عليه وسلم عن الوجوب الذي هو حقيقة الأمر ما لم تكن قرينة تصرفه عنها، كما أنّ الزوجة جاءت لا تشتكي خلقه ولا دينه إلا أنها تبغضه، وهذا البغض يتنافى مع المودة والسكينة التي من أجلها شرع الزواج، لذلك كان الأمر للوجوب.^(٢)

وقالوا: لو كان الزوج مخيراً في قبول الخلع لما تحقق المعنى الذي من أجله شرع الخلع، والإسلام لم يهمل جانب المرأة ولا يُكرهها على حياة تنفر منها تقودها للخروج عن حدود الله تعالى.^(٣)

ويرد على اعتراض الشوكاني بأن الخلع عقد رضائي كسائر العقود أساسه الرضا، كما أنه ليس في الحديث ما يدل على إجبار الزوج على قبول المخالعة، أو على أن ثابتاً كان رافضاً الطلاق، إنما تبين الروايات الأخرى أن الزوج ما كان يمنعه من الطلاق سوى حقيقته فلما ردت إليه حقيقته طلق مختاراً.

ففي رواية عن ابن عباسٍ كان يقول: " إِنَّ أَوَّلَ خَلْعٍ كَانَ فِي الْإِسْلَامِ أَحْتُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي، أَنَهَا أَتَتْ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ لَا يَجْمَعُ رَأْسِي وَرَأْسُهُ شَيْءٌ أَبَدًا إِلَّا رَفَعْتُ جَانِبَ الْحَبَاءِ فَرَأَيْتُهُ أَقْبَلَ فِي عِدَةٍ، فَإِذَا هُوَ أَشَدُّهُمْ سَوَادًا، وَأَقْصَرُهُمْ قَامَةً، وَأَقْبَحَهُمْ وَجْهًا. قَالَ زَوْجُهَا: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي أَعْطَيْتُهَا أَفْضَلَ مَالِي حَدِيقَةً فَلْتَرَدَّ عَلَيَّ حَدِيقَتِي قَالَ: «مَا تَقُولِينَ؟» قَالَتْ: نَعَمْ، وَإِنْ شَاءَ زِدْتُهُ قَالَ: فَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا ".^(٤)

(١) نيل الأوطار محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (ت: ١٢٥٠هـ) تحقيق: عصام الدين الصباطي الناشر: دار الحديث، مصر، ط: الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م: ٦/٢٩٤

(٢) أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية عامر سعيد الزبياري: ٨٠

(٣) الخلع بين الشريعة والقانون وتطبيقاته في المحاكم الشرعية محمد كامل عواد الجعافرة جامعة الخليل فلسطين ١٤٢٧هـ ٢٠٠٦م: ١٤٥

(٤) أخرجه ابن جرير الطبري في تفسيره جامع البيان: ٤/١٣٧. تخريج أحاديث وآثار كتاب في ظلال القرآن لسيد قطب، علوي بن عبد القادر السقاف دار الهجرة، ط: ثانية ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م: ٦٤ وقال المؤلف: حديث حسن.

وجاءت بعض الروايات تصرّح بأن ثابتاً كان يضرب امرأته، فكان سبب الخلع هو الضرر المادي لا الكره والبغض وحده، ومن ذلك ما روي عن سعيد بن المسيّب،^(١) أخبره أنّ امرأةً، كانت تحت ثابت بن قيس بن ثمّاس وكان أصدقها حديقّةً، وكان غيوراً فضربها فكسر يدها فجاءت النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم فاشتكتّه له، فقالت: أنا أرؤد إليه حديقته، فدعا زوجها فقال: «إنّها تُرؤد عليك حديقتك» قال: وذلك لي، قال: «نعم» ، قال: قد قبلتُ يا رسول الله، قال النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم: «أذهباً فهي واحدة».^(٢)

وإذا كان الخلع عقد معاوضة ركنه الإيجاب والقبول فلا يصح فيه الإكراه والإكراه كسائر العقود الرضائية، فلا يصح أن يقع جبراً عن الزوج الذي هو طرف في العقد.

كما أن الشرع لم يبين حكماً على شعور لا يمكن قياسه ولا ضبطه، بل أناب عن ذلك عللاً منضبطة، كجعله الإيجاب والقبول يقوم مقام الرضا، كما جعل علة السفر تحل محل المشقة.

بالإضافة إلى أن قول ابن تيمية الذي استند إليه أصحاب هذا القول في وجوب قبول الزوج للخلع مبني على أن للزوجة طلب الخلع بسبب سوء العشرة بين الزوجين، فقد جاء في الفروع: " يباح لسوء عشرة بين الزوجين، وتستحب الإجابة إليه، واختلف شيخنا في وجوبه، وألزم به بعض حكام الشام المقادسة "^(٣) وهذا يعني أنه إن كانت الحال بينهما مستقيمة وأرادت الزوجة المخالعة بسبب بغضها للزوج، فلا يجبر الزوج على القبول.

^(١) سعيد بن المسيّب بن حزن القرشي المخزومي عالم أهل المدينة، ولد في خلافة عمر لأربع مضيّن منها، وتوفي سنة ٩٤هـ رأى عمر وسمع عثمان وعلي وزيد بن ثابت وعائشة وأبا هريرة وطائفة من الصحابة، وهو أحد الفقهاء السبعة في المدينة، وقال أحمد بن حنبل وغيره: مراسلات سعيد بن المسيّب صحاح. الوافي بالوفيات للصفدي: ١٥/١٦٣

^(٢) أخرجه أبو داود السجستاني في المراسيل تحقيق شعيب الأرناؤوط مؤسسة الرسالة، بيروت الطبعة: الأولى، ١٤٠٨:

حديث (٢٣٦) ١/١٩٩ ومراسيل سعيد بن المسيّب أصح المراسيل، معرفة السنن والآثار للبيهقي: ٨/٢٣٣

^(٣) الفروع محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الراميني ثم الصالحي الحنبلي (ت:

٧٦٣هـ) تحقيق: عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة ١٢٢٤هـ ٢٠٠٣م: ٨/٤١٧

وأيضاً فإن الجعفرية يجبرون الزوج على المخالعة في حال علم منها عصيانه لا بمجرد بغضها له.^(١)

فالمراجع ما ذهب إليه الجمهور من عدم صحة إجبار القاضي الزوج على الخلع لعدة أسباب:

- لم يرد دليل صريح في صحة إجبار الزوج على قبول الخلع فيبقى الحكم على أصله وهو عدم الإكراه على العقود الرضائية ومنها الخلع.
- إن محض ادعاء الزوجة أنها تبغض زوجها وتكرهه ولا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما لا يكفي للحكم بالتطليق خلعاً على الزوج، بل ينبغي أن ترجع تلك الكراهية إلى وقائع إيذاء مادي أو معنوي ألحقها الزوج بزوجته، وأما القول بغير ذلك ففيه هدم للأسرة المسلمة لأسباب غير شرعية وغير منطقية، فاليوت لا تبنى على محض الحب أو الكره.^(٢)
- لم يحاسب الشرع على الكره والبغض ما لم ينتج عن هذه المشاعر ضرراً فيعاقب على الضرر لا على كرهه، كما أن مشاعر الحب والكره متقلبة وغير مستقرة، لكن إن كان البغض والكره نتيجة للإساءة وسوء العشرة فللزوجة أو الزوج طلب التفريق للشقاق والضرر للإساءة لا للبغض.

ثالثاً . حكم الخلع مع إجبار الزوج على قبوله:

إن ألزم القاضي الزوج على قبول المخالعة فما مدى مشروعية هذا الحكم؟

^(١) انظر السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى عبد الله بن محمد بن أحمد بن إدريس العجلي الحلي (ت ٥٨٩هـ)، تحقيق:

محمد مهدي السيد حسن الموسوي، مكتبة الروضة الحيدرية، ط: أولى، ١٤٢٩هـ: ٤/٥١٤

^(٢) الخلع في القانون المصري الدكتور أيمن أبو العيال: ٥٠

ورد عن ابن تيمية أنه إذا وقع الخلع والحال مستقيمة فيحرم ولا يصح الخلع، وهذا إذا استجاب الزوج للخلع، فإذا رفض فعدم وقوع الخلع من باب أولى.^(١)

ولم أجد عند الأئمة الأربعة حكماً صريحاً لهذه المسألة، وذلك لأنّ الحاكم عندهم لا يملك إيقاع الخلع إلا برضا الزوجين، لكن مما يمكن عرض هذه المسألة عليه ما ورد عند الحنفية لو أنّ رجلاً أكره بما يتلف النفس أو العضو على خلع امرأته فالخلع واقع؛ لأنّ الخلع من جانب الزوج طلاق، والإكراه لا يمنع وقوع الطلاق،^(٢) فإذا كان الإكراه عندهم لا يؤثر على صحة الخلع إذا كان المكره غير القاضي، فالإكراه من القاضي أولى بالصحة؛ لأنّ القاضي يحكم عن نظر واجتهاد.

وعند الشافعية في اختلافهم في أمر الحاكم هل ينزل منزلة الإكراه أم لا ؟ على وجهين: أحدهما: لا يعتبر إكراهه إكراهاً، والثاني: هو إكراه، ولم ينزل الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف^(٣) الحكم منزلة الإكراه في كل صورة، ولم يقررا قاعدة عامة في ذلك، بل ذكرا حصول الإكراه في بعض الصور، وعدم حصوله في صور أخرى، واختار الرافعي^(٤) ألا ينزل حكمه منزلة الإكراه فبناءً عليه يقع الخلع صحيحاً.^(٥)

(١) الفروع ابن مفلح: ٨/٤١٧

(٢) المبسوط السرخسي: ٢٤/٨٥

(٣) يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن خنيس الأنصاري صاحب الإمام أبي حنيفة وتلميذه، وأول من نشر منهجه، وأول من وضع الكتب في أصول الفقه، وأملى المسائل ونشرها، ولد سنة ١١٣ هـ وكان قد سكن بغداد وتولى القضاء بها وهو أول من دعي بقاضي القضاة، توفي سنة ١٨٢ هـ وفيات الأعيان ابن خلكان: ٣٧٨. ٣٧٩. ٦/٣٨٢

(٤) عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم بن الفضل بن الحسين بن الحسن الإمام العلامة إمام الدين أبو القاسم القزويني الرافعي، صنف شرح الوجيز في بضعة عشر مجلداً، أوجد عصره في العلوم الدينية أصولاً وفروعاً، ومجتهد زمانه في المذهب وفريد وقته في التفسير، توفي سنة ٦٢٤ هـ. طبقات الشافعية لابن قاضي شعبة: ٧٥. ٢/٧٦

(٥) الأشباه والنظائر عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (ت: ٩١١ هـ) دار الكتب العلمية، ط: أولى

٢١٠ هـ ١٩٩٠ م: ٢١٠

وجاء في تبصرة الحكام: " حكم الحاكم ينقض إذا وقع على خلاف الإجماع أو القواعد أو النص أو القياس"^(١) فهذا النص يدل على أنّ الحكم إذا وجد مستنداً شرعياً فلا يصح نقضه، لذلك يترجح صحة ما قضى به القاضي من وقوع الخلع وفق مذهب الحنفية والشافعية على ما اختاره ابن تيمية من عدم صحة الخلع، وذلك لتصحيح قضاء القاضي وصيائته عن النقض ما أمكن.

رابعاً. إكراه القاضي الزوج على قبول المخالعة في القانون:

لم يتعرض قانون الأحوال الشخصية السوري لهذه المسألة، وفي تقنينه لأحكام التفريق للشقاق والضّرر ما يغني عن هذه الحالة، وقد سبق إليها قانون الأحوال الشخصية الجزائري في إجبار الزوج على قبول الخلع في تعديله لنص المادة /٥٤/ من القانون رقم ١١ لعام ١٩٨٤م حيث أصبح نصها " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي " فأضاف بالتعديل عبارة "دون موافقة الزوج " ليعبر التشريع الجزائري عن تبنيه للرأي القائل بأن الخلع تصرف انفرادي لا يشترط فيه رضا الزوج، ويمكن للقاضي أن يجبره على الخلع إذا رفض طلب الزوجة، وهذا التعديل جاء تكريساً لاجتهادات المحكمة العليا والتي عرفت تغيراً جذرياً منذ سنة ١٩٩٢ حيث أصبحت تعتبر الخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجية حق للزوجة تستعمله متى شاءت.^(٢)

وكان من آثار هذا التعديل انتشار الخلع انتشاراً واسعاً في المجتمع الجزائري، حيث أصبح الخلع مؤشراً خطيراً يقوّض تماسك الأسرة ويهددها بالشتات، حيث تفيد إحصائيات الديوان الوطني للإحصاء أنّ عدد قضايا الخلع في عام ٢٠٠٧ بلغ حوالي ٣٥٠٠ حالة من أصل

^(١) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (ت: ٧٩٩هـ) مكتبة الكليات الأزهرية، ط: أولى، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م: ١/٧٨

^(٢) دور القاضي في الخلع دراسة في الفقه والقانون والاجتهاد القضائي أمينة بن جناحي جامعة محمد بوقرة بومرداس الجزائر ٢٠١٤ هـ: ٨٥

٣٠٠ ألف عقد زواج، حيث شكل الخلع ١ من ١٠ من قضايا الطلاق، وهو مؤشر بأن الأسرة الجزائرية باتت تعرف تفككاً من نوع آخر أصبحت فيه المرأة هي الساعي الأول لفك رباط الأسرة.^(١)

وسار على نهج القانون الجزائري قانون الأحوال الشخصية المصري والأردني في الحكم للزوجة بالخلع دون رضا الزوج، لكن بعد محاولات الصلح بين الزوجين.

فقد نص القانون الأردني المعدل بموجب القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠١ في المادة /١٢٦/ الفقرة ج. "للزوجين بعد الدخول أو الخلوة أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلب الخلع مبينة بإقرار صريح منها أنها تبغض الحياة مع زوجها، وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما، وتخشى أن لا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، وافتدت نفسها بالتنازل عن جميع حقوقها الزوجية وخالعت زوجها وردت عليه الصداق الذي استلمته منه، حاولت المحكمة الصلح بين الزوجين، فإن لم تستطع أرسلت حكّمين لموالاته مساعي الصلح بينهما خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً، فإن لم يتم الصلح حكمت المحكمة بتطليقها عليه بائناً".

وفي قانون الأحوال الشخصية المصري رقم ١ لعام ٢٠٠٠ نص في المادة /٢٠/ " للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية والشرعية وردّت عليه الصداق الذي أعطاه لها، حكمت المحكمة بتطليقها عليه، ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين، وندبها الحكّمين لموالاته مساعي الصلح بينهما خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، وعلى الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة /١٨/ والفقرتين الأولى والثانية من

^(١) صحيفة الحوار، يومية صادرة عن دولة الجزائر، في يوم ٢٨/١١/٢٠٠٨ بقلم سهام حواس بعنوان: ٣٥٠٠ حالة خلع في الجزائر.

المادة ١٩/ من هذا القانون، وبعد أن تقرر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها، وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتحشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض.^(١)

إن ما اختاره القانون المصري والأردني من إجبار الزوج على الخلع لبغض الزوجة لا يعد فتحاً ولا يتفق مع روح الشريعة في نظام الزواج القائم على حرية الاختيار كما يراه البعض، بل يعد انقلاباً خطيراً يؤدي إلى هدم الأسرة، ويعرض الأطفال إلى الضياع لمجرد نزوة تراود المرأة في تغيير زوجها، وهو ما يحمل الشباب على العزوف عن الزواج، خاصة أنه في القانون المصري تحتفظ الحاضنة بسكن الزوجية الذي يكون الشاب قد بذل في اقتنائه الغالي والنفيس، كما يحملهم أيضاً على الاحتيال على القانون بتسجيل مقدم مهر صوري فاحش ليثري به الزوج إن فكرت زوجته يوماً في خلعه، لأنها تلزم بإيداعه عند رفع دعوى الخلع حتى يحكم لها بالدعوى.^(٢)

لذا يترجح عدم الأخذ بما ذهب إليه القانون الجزائري والأردني والمصري من إجبار الزوج على قبول الخلع للبغض والكراهية، ويبقى الخلع على أصله في عدم صحة وقوعه إلا برضا الطرفين.

وبناء على ذلك يكون المقترح في حكم الإكراه على الخلع كالتالي:

- يبطل الخلع بوقوع الإكراه على أحد الزوجين، وإن عضل الزوج زوجته لتخالعه يرد العوض ويقع الطلاق الرجعي.
- ليس للقاضي الحكم بالمخالعة بناء على طلب الزوجة دون رضا الزوج.

^(١) الخلع في القانون المصري الدكتور أيمن أبو العيال: ٤٧

^(٢) السابق: ٥٠

المبحث الرابع

المسائل المستجدة المتعلقة بالطلاق

إن للتطور والتقدم العلمي والتقني أثراً في ظهور قضايا جديدة في الطلاق لم تكن من قبل تدعو الحاجة لبيان حكمها الشرعي، وسيتم عرضها في هذا المبحث ضمن هذين المطلبين:

المطلب الأول: الطلاق بمحاكم الدول الأجنبية

المطلب الثاني: الطلاق الإلكتروني

المطلب الأول: الطلاق بمحاكم الدول الأجنبية

إن رغبة زوجان سوريان في إنهاء الرابطة الزوجية بينهما مع تواجدهما في دولة أجنبية لا يوجد فيها محاكم شرعية وقضاتها غير مسلمين سواء كان الزوجان يحملان جنسية هذا البلد أم لا تدفعهما للجوء إلى محاكم تلك الدول، فهل للزوج أو الزوجة الاستناد إلى ما قضت به هذه المحاكم أمام المحاكم الشرعية في سوريا أم لا يعتد به لعدم استنادها للشريعة الإسلامية؟ وتعتبر هذه المسألة من المسائل المستحدثة المهمة، فقد تتزوج الزوجة بزواج آخر بناء على طلاقها من زوجها الأول الذي قرره محاكم تلك الدول، أو يأتي الزوج مطالباً بإرجاع زوجته مدعياً عدم شرعية القضاء الأجنبي، فكان من الضرورة البحث في هذا الحكم لخطورة الأضرار.

ولمعرفة حكم الطلاق في المحاكم الأجنبية كان من الضروري بيان الحكم الفقهي في حال غياب القاضي المسلم.

أولاً. أقوال أئمة المذاهب في غياب القاضي الشرعي:

اتفق الفقهاء على أن القاضي يجب أن يكون مسلماً؛ إذ لا ولاية للكافر على المسلم، ولا يجوز للكافر أن يقضي بين مسلمين أو يحكم في قضية أحد أطرافها مسلم، وفي ذلك يقول ابن فرحون: ^(١) " قال القاضي عياض ^(٢) رحمه الله: وشروط القضاء التي لا يتم القضاء إلا بها

^(١) برهان الدّين أبو الوفا إبراهيم بن نور الدّين أبي الحسن علي بن محمد بن أبي القاسم فرحون بن محمد بن فرحون البعمرى المدني المالكي، ولد بالمدينة الشريفة، ونشأ بها، وتفقه وبرع، وصنّف، وجمع، وحَدّث، وولي قضاء المالكية بالمدينة المنورة، وتوفي بها سنة ٧٩٩ ودفن بالبقيع وقد جاوز التسعين. شذرات الذهب لابن العماد: ٨/٦٠٨

^(٢) القاضي أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض بن عمرو بن موسى بن عياض ابن محمد بن موسى بن عياض اليحصبي السبتي، ولد سنة ٤٧٦هـ، كان إماماً وفتياً في الحديث وعلومه والنحو واللغة وكلام العرب وأيامهم وأنسابهم وصنف التصانيف المفيدة منها: الإكمال في شرح كتاب مسلم و مشارق الأنوار ، توفي بمراكش سنة ٥٤٤هـ . وفيات الأعيان لابن خلكان: ٤٨٣ . ٤٨٥ / ٣

ولا تنعقد الولاية ولا يستدام عقدها إلا معها عشرة: الإسلام فلا تصح من الكافر اتفاقاً".^(١)

لكن إذا لم يوجد قضاء شرعي كما هو الحال في بلاد الغرب فهل يجوز للمسلم اللجوء إلى المحاكم المدنية عند الضرورة ؟

ذهب الفقهاء في حكم التحاكم عند قاضٍ غير مسلم إلى اتجاهين:

١. الاتجاه الأول:

اتجهت المذاهب الأربعة الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥) إلى عدم جواز الاحتكام لقاضٍ غير مسلم، وعند فقدانه وفقدان الحاكم المسلم تقوم جماعة المسلمين مقامه، وعلى المسلمين أن يقلّدوا قاضياً مسلماً بالتراضي يقضي بينهم، مع الاختلاف في دخول بعض النوازل في هذا الحكم أو عدم دخولها، وكان المذهب المالكي أكثر المذاهب توسعاً في ذلك؛ إذ كثرت نصوص المالكية بالفروع الفقهية التي تنص على تولية جماعة المسلمين عند فقدان الحاكم والوالي، خاصة في مسائل الطلاق منها:

يقول الدردير المالكي: " ثم حاكم شرعي أو لجماعة المسلمين عند عدمه ولو حُكماً كما في زمننا بمصر؛ إذ لا حاكم فيها شرعي ويكفي الواحد من جماعة المسلمين إن كان عدلاً عارفاً شأنه أن يرجع إليه في مهمات الأمور بين الناس لا مطلق واحد ".^(٦)

^(١) تبصرة الحكام ابن فرحون: ١/٢٦

^(٢) انظر حاشية ابن عابدين: ٤/١٧٥

^(٣) انظر مواهب الجليل للحطاب: ٢/٣٨٦

^(٤) انظر حاشية الحمل للعجيلي: ٥/٣٣٦

^(٥) انظر الأحكام السلطانية لأبي يعلى الفراء الحنبلي: ٧٣

^(٦) الشرح الصغير للدردير: ٢/٦٩٤

يقول الدسوقي في الإيلاء: " وطلق عليه إن قال بعد أن طوبل بالفيئة بعد الأجل لا أطأ ... فإن امتنع طلق عليه الحاكم أو جماعة المسلمين عند فقده " ^(١).

وفي مواهب الجليل: " يصح أن يرفع إلى الوالي مع وجود القاضي، وإلى والي الماء مع وجود القاضي والوالي، وأما جماعة المسلمين فظاهر كلامه أنه لا يصح ضربهم الأجل إلا عند فقد من ذكر " ^(٢).

٢. الاتجاه الثاني:

جواز اللجوء للقاضي الكافر عند الضرورة، جلباً للمصالح ودفعاً للمفاسد، وحفظاً للحقوق، واستند أصحاب هذا الاتجاه إلى عدة نصوص وردت لبعض الأئمة تدل على ذلك. ^(٣)

ففي المذهب الحنفي يقول محمد بن الحسن: ^(٤) " ولو أن رجلين أسلما في دار الحرب ثم غصب أحدهما صاحبه شيئاً وجحدته فاخصمهما إلى سلطان تلك البلاد... " ^(٥) يدل هذا النص على جواز الاحتكام إلى القاضي الكافر إن كان في دار الحرب فيما يتعلق بالأموال.

وفي المذهب الشافعي رجح البلقيني ^(٦) جواز تولية الكافر إذا ولي بالشوكة.

^(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٢/٤٣٦

^(٢) مواهب الجليل للحطاب: ٤/١٥٥

^(٣) انظر فقه النوازل للأقليات المسلمة تأصيلاً وتطبيقاً د. محمد يسري ابراهيم وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية قطر الطبعة الأولى ١٤٣٤ هـ ٢٠١٣ م: ١٠٧٢

^(٤) أبو عبد الله محمد بن فرقد، الشيباني بالولاء الفقيه الحنفي، أصله من حرستا، بواسط ١٣٥ هـ ونشأ بالكوفة، حضر مجلس أبي حنيفة سنتين، ثم تفقه على أبي يوسف، وصنف الكتب الكثيرة النادرة، منها الجامع الكبير والجامع الصغير وغيرهما، ونشر علم أبي حنيفة، توفي بالري سنة ١٨٩ هـ. وفيات الأعيان لابن خلكان: ١٨٤/١٨٥

^(٥) شرح السير الكبير إملاء محمد بن أحمد السرخسي، تأليف محمد بن حسن الشيباني تحقيق محمد حسن محمد اسماعيل دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ ١٩٩٧ م: ٤/١٦٩

^(٦) عمر بن رسلان بن نصير بن صالح الشيخ الفقيه المحدث الحافظ المفسر الأصولي بقية المجتهدين منقطع القرنين، العسقلاني الأصل، البلقيني المصري، ولد في سنة ٧٢٤ هـ، حفظ القرآن وهو ابن سبع سنين ببلده، وقدم القاهرة، وكان في الحملة أحفظ الناس لمذهب الشافعي، توفي سنة ٨٠٥ هـ. طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة: ٣٦. ٣٧. ٤١/٤

يقول ابن حجر: ^(١) "ورجح البلقيني نفوذ تولية امرأة .. وكافر". ^(٢)

وأجاز العز ابن عبد السلام ^(٣) قضاء الكافر عند الضرورة فقط، يقول: " ولو استولى الكفار على إقليم فولوا القضاء لمن يقوم بمصالح المسلمين العامة، فالذي يظهر إنفاذ ذلك كله جلباً للمصالح العامة ودفعاً للمفاسد الشاملة؛ إذ يبعد عن رحمة الشرع ورعايته لمصالح العباد تعطيل المصالح العامة وتحمل المفاسد الشاملة لفوات الكمال فيمن يتعاطى توليتها ممن هو أهل لها، وفي ذلك احتمال بعيد ". ^(٤)

مناقشة وترجيح:

١ . ما نص عليه الإمام محمد من جواز الاحتكام للكافر كان على أساس واقع مختلف، حيث كانت تتميز دار الإسلام عن دار الحرب، والمسلمون يقيمون في دارهم ولا يكاد يذهب مسلم إلى دار الحرب إلا نادراً من باب الاستثناء أو الضرورة، بخلاف الواقع اليوم من توزع المسلمين في جميع بلاد الغرب، فلا تخلو بلد من وجود مسلم عدل يصلح للقضاء وفق أحكام الشريعة، كما انتشرت الهيئات والمراكز الإسلامية حيث قضت الحاجة بوجودها ويقوم عليها أهل العلم الشرعي، ولا تكاد تخلو بلد من مركز إسلامي يتجه نحوه المسلمون

^(١) شهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري الشافعي، الإمام العلامة البحر الزاخر، أذن له بالإفتاء والتدريس وعمره دون العشرين، برع في علوم كثيرة من التفسير، والحديث، والكلام، والفقه أصولاً وفروعاً، والفرائض والحساب، من كتبه شرح المشكاة وشرح المنهاج، توفي سنة ٧٣٩هـ. شذرات الذهب لابن العماد: ٥٤١ . ٥٤٢ / ١٠

^(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج ابن حجر الهيتمي: ١٠ / ١١٤

^(٣) عز الدين شيخ الإسلام أبو محمد عبد العزيز بن عبد السلام ابن أبي القاسم بن الحسن، الدمشقي ثم المصري الشافعي ولد سنة ٥٧٧ هـ لقب بسلطان العلماء، تفقه على ابن عساكر، والقاضي جمال الدين بن الحرستاني. وقرأ الأصول على الآمدي، وبلغ رتبة الاجتهاد، تولى القضاء في مصر من كتبه: الإمام في أدلة الأحكام وبداية السؤل في تفضيل الرسول وغيرها، توفي بمصر سنة ٦٦٠ هـ ودفن بالقرافة. شذرات الذهب ابن العماد: ٥٢٢ . ٥٢٣ / ٧

^(٤) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام مكتبة الكليات الأزهرية القاهرة . ١٤١٤ هـ ١٩٩١ م تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد: ٨٥ . ٨٦ / ١

للاستفتاء والتعلم، فلم يعد هناك ضرورة للمحاكم المدنية، فعلى سبيل المثال في فرنسا المعهد الإسلامي ومسجد باريس الكبير الذي دشن في عام ١٩٢٦ م والمساجد الإسلامية التابعة له، واعتبرت هذه المؤسسة لعدة عقود الممثل الفعلي للإسلام في فرنسا. ^(١)

٢ . قول العز بن عبد السلام يحتمل أن يكون القاضي الذي وضعه الكفار مسلماً، وخاصة أن العز لم يجز تولي الكافر القضاء، فقد ورد عنه أنه صرح بعدم نفوذ قضاء الكافر. ^(٢)

٣ . إن في نظام التحكيم ما يمنع ضرورة اللجوء إلى المحاكم المدنية، فقد أجاز جمهور الفقهاء ^(٣) الحنفية والمالكية والشافعية في قول والحنابلة التحكيم، سواء وجد القاضي الشرعي أم لم يوجد، وفي قول للشافعية قيدوا جواز التحكيم بعدم وجود قاضٍ.

لهذه الأسباب أرجح مذهب الجمهور، وهو أولى بالاتباع في الطلاق ومسائل الأحوال الشخصية، وتبقى حالة الضرورة في جواز اللجوء لتلك المحاكم من أجل الحصول على الأوراق الثبوتية أو حال النزاع ورفض الزوج اللجوء للمراكز الإسلامية، فعند ذلك تحتاج الزوجة إلى قاضٍ له شوكة يجبره على رفع الظلم عن الزوجة، فيكون دور تلك المحاكم في الحقيقة هو تنفيذ ما فصلت به المراكز الإسلامية.

ثانياً. حجية الطلاق الصادر من محكمة غير شرعية:

الطلاق بيد الرجل ويملك إيقاعه بنفسه دون اللجوء إلى القضاء، فإذا قرّر إنهاء حياته الزوجية وطلق زوجته يقع الطلاق شرعاً ولا ضرورة للجوء إلى القضاء إلا لتثبيت الطلاق في المحكمة

^(١) ويكيبيديا الموسوعة الحرة (الإسلام في فرنسا) ar.m.wikipedia.org

^(٢) انظر حاشية عبد الحميد الشرواني، طبعت بمأمش تحفة المحتاج في شرح المنهاج لابن حجر الهيتمي: ١٠/١١٤

^(٣) انظر حاشية ابن عابدين: ٥/٤٢٨ . مغني المحتاج للشريبي: ٦/٢٦٧ . حاشية الدسوقي: ٤/١٣٥ . كشاف القناع للبهوتي: ٦/٣٠٨

لضمان حقوق الزوجين، ولتتمكن الزوجة من الزواج بآخر، ولا حرج في توثيقه أمام المحاكم المدنية؛ إذ يقتصر دورها في هذه الحالة على مجرد التوثيق.^(١)

ويقع الإشكال عند تنازع الزوجين في الطلاق فتلجأ الزوجة للمحاكم المدنية طالبة التفريق بينها وبين زوجها، وقد يوجد سبب يجيز لها طلب الطلاق كغياب أو شقاق، أو قد ينكر الزوج وقوع الطلاق فتحتاج الزوجة للجوء إلى القضاء، وقد لا يوجد أي مسوغ إنما رغبة في مفارقة الزوج، وبعض المحاكم في تلك الدول تلزم المقيمين فيها بتطبيق قوانينها المخالفة للشريعة الإسلامية، وتقضي للمرأة بالطلاق دون البحث عن أسبابه، وبعضها تسمح لهم بأن يخضعوا للقوانين المعمول بها في بلدهم الأصلي، ففي هذه الحال يقع الطلاق موافقاً لأحكام الشريعة لكنه صادر من قاضٍ غير مسلم؛ إذ العلة في المنع ليست المخالفة لحكم الشرع وحدها، إنما أيضاً أصل الولاية، والتي لا تكون لكافر على مسلم.^(٢)

وبناء على ما تقدم من شرط الإسلام في القاضي وجواز تولية جماعة من المسلمين، ونظراً لانعدام القاضي المسلم فإنّ المراكز الإسلامية تقوم مقام القاضي؛ إذ لا سبيل إلى تحكيم شرع الله تعالى في بلدان غير إسلامية في أحكام الطلاق ونحوها، أما المحاكم المدنية فحكمها لا يعتد به شرعاً، لذلك فإن تطليق القاضي غير المسلم ليس بنافذ ولو كان موافقاً لأحكام الشريعة، وتظل المرأة شرعاً في عصمة زوجها حتى يصدر الطلاق منه أو من حاكم شرعي، وإنما يباح اللجوء إلى القضاء الوضعي للحصول على وثائق رسمية لتسهيل المعاملات المباحة، وتسهيل الحصول على الحقوق، وليتمكن كل من الزوجين من الزواج ثانية.

وذلك ما نص عليه البيان الختامي للمؤتمر الثاني لمجمع فقهاء الشريعة بأمريكا على أنه "يرخص في اللجوء إلى القضاء الوضعي عندما يتعين سبيلاً لاستخلاص حق أو دفع مظلمة

(١) انظر فقه النوازل للأقليات المسلمة د. محمد يسري إبراهيم: ١٠٦٦

(٢) انظر السابق: ١٠٥٩

في بلد لا تحكمه الشريعة، شريطة اللجوء إلى بعض حملة الشريعة لتحديد الحكم الشرعي الواجب التطبيق في موضوع النازلة، والاقتصار على المطالبة به وتنفيذه، وجاء فيه: المحور السابع: مدى الاعتداد بالطلاق المدني الذي تجرّبه المحاكم خارج ديار الإسلام، بيّن القرار: إذا طلق الرجل زوجته طلاقاً شرعياً فلا حرج في توثيقه أمام المحاكم الوضعية، أما إذا تنازع الزوجان حول الطلاق فإن المراكز الإسلامية تقوم مقام القضاء الشرعي عند انعدامه بعد استيفاء الإجراءات القانونية اللازمة، وأن اللجوء إلى القضاء الوضعي لإنهاء الزواج من الناحية القانونية لا يترتب عليه وحده إنهاء الزواج من الناحية الشرعية، فإذا حصلت المرأة على الطلاق المدني فإنها تتوجه به إلى المراكز الإسلامية، وذلك على يد المؤهلين في هذه القضايا من أهل العلم لإتمام الأمر من الناحية الشرعية، ولا وجه للاحتجاج بالضرورة في هذه الحالة لتوافر المراكز الإسلامية وسهولة الرجوع إليها في مختلف المناطق".^(١)

ثالثاً. ما جاء في الاجتهاد القضائي:

زوجان مسلمان سوريان سافرا إلى دولة أجنبية، لجأت الزوجة إلى القضاء الأجنبي طالبة من زوجها أن يطلقها فرفض إيقاع الطلاق، فحكم القاضي في الطلاق، ثم لجأت هذه الزوجة إلى القضاء الشرعي بدمشق لتثبيت هذا الطلاق وأبرزت صورة مصدقة ومترجمة أصولاً عن ذلك الحكم الأجنبي .. فهل لهذا الحكم من أثر ؟

وكان قد صدر حكم الطلاق بين هذين الزوجين عن محكمة هلسنجبورج في السويد بتاريخ ١٧ نيسان ٢٠٠١م يتضمن ما يلي:

^(١) قرار مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا المنعقد بكونينهاكن - الدنمارك مع الرابطة الإسلامية في الفترة من ٤ - ٧ من شهر جمادى الأولى لعام ١٤٢٥ هـ الموافق ٢٢ - ٢٥ من يونيو لعام ٢٠٠٤ م. فقه النوازل د. محمد يسري إبراهيم:

بعد أن تقدم الزوجان للمحكمة بتاريخ ٣١ مارس ٢٠٠٠م بطلب مشترك للطلاق قرّرت المحكمة ببدء فترة التفكير، وبعد نفاذ فترة التفكير طلبت الزوجة من المحكمة إصدار حكم بالطلاق، وعارض الزوج هذا الطلب، وهو في نفس الوقت يعلم بأنّ الزوجة لها حق غير مشروط في الاستمرار في طلب الطلاق، وبعد انتهاء الفترة المحددة واستيفاء الشروط القانونية واستمرار رغبة الزوجة في طلب الطلاق قرّرت المحكمة الموافقة على الطلب حكماً بالطلاق.

وقد وجهت الزوجة سؤالاً للأمين العام للمجلس الأوربي للإفتاء والبحوث الشيخ حسن حلاوة في دبلن حول شرعية قرار المحكمة السويدية ونص قرار المجلس على ما يلي:

بناءً على سؤالك حول الطلاق الذي صدر بحقك من المحكمة السويدية أود أن أرسل إليك نص الفتوى الصادر عن المجلس في دورته الخامسة تحت رقم ٣/٥ المتعلقة بحكم قضاء القاضي غير المسلم في بلد غير إسلامي وتاريخها ٢٣/٩/٢٠٠٣م ونصها: " الأصل أنّ المسلم لا يرجع في قضاؤه إلا لقاضٍ مسلم أو من يقوم مقامه، غير أنه بسبب غياب قضاء إسلامي يتحاكم إليه المسلمون في غير البلاد الإسلامية فإنه يتعين على المسلم الذي أجرى عقد زواجه وفق قوانين هذه البلاد تنفيذ قرار القاضي غير المسلم بالطلاق؛ لأنّ هذا المسلم لما عقد زواجه وفق هذا القانون فقد رضي ضمناً بنتائجه، ومنها أنّ هذا العقد لا يحل عروته إلا القاضي وهو ما يعتبر تفويضاً من الزوج جائزاً له شرعاً عند الجمهور ولو لم يصرح بذلك؛ لأنّ القاعدة الفقهية تقول: (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) وتنفيذ أحكام القضاء ولو كان غير إسلامي جائز من باب جلب المصالح ودفع المفاسد كما أفاده غير واحد من حذاق العلماء كالعز ابن عبد السلام. ^(١)

وبناءً على هذا القرار تزوجت الزوجة بزواج آخر، فادعى الزوج الأول فساد الزواج الثاني أمام محكمة عمان الشرعية، فقررت المحكمة ما يلي:

(١) التذكرة في القضاء المحامي سعدي أبو جيب: ٣٨ - ٣٩

إن الطلاق الصادر من المحكمة السويدية طلاق غير شرعي، لعدم ولاية القاضي غير المسلم بالتفريق بين الزوجين، وعليه وبناء على الدعوى فقد حكمت بفسخ الزواج الثاني، حيث جرى وهي على ذمة الغير، لعدم شرعية الطلاق الجاري بين المدعي والمدعى عليها، حكماً وجاهياً قابلاً للاستئناف وموقوف النفاذ على تصديقه من قبل محكمة الاستئناف الشرعية، وصُدد الحكم استئنافاً بالقرار رقم ٤٠٩ / ٢٠٠٤ - ٥٩٧٠٤ تاريخ ١٤ / ٣ / ٢٠٠٤ م

ثم لجأت الزوجة للقضاء الشرعي بدمشق لتثبيت طلاقها، وكانت الدعوى المنظورة أمام المحكمة الشرعية بدمشق محسومة بسبب الحكم الشرعي الأردني؛ لأنّ قوة القضية المقضية تحول دون إصدار قرار مغاير في الدعوى.^(١)

ثم يقول القاضي سعدي أبو جيب في مناقشة قرار المحكمة السويدية: أنّ هذا لا يتفق مع نظام الإسلام بأي وجه من الوجوه؛ لأنّ انتهاء الحياة الزوجية لا يكون إلا وفق نظام معين، فهو ينتهي بإرادة الزوج وحده وهو الطلاق، أو بإرادة الزوجين في المخالعة، أو بحكم القاضي للعلل أو للغيبة أو لعدم الانفاق أو للشقاق كما هو مبين في المواد / ١٠٥ - ١١٥ من قانون الأحوال الشخصية، ولكل نوع منها له إجراءات شرعية وأصولية يجب على المحكمة أن تقوم بها، فإن لم تفعل كان حكمها معرضاً للنقض، وبالتالي فإن ما انتهى إليه الحكم لا يعد شيئاً في نظر الشرع والقانون، لهذا كان قرار المحكمة السويدية لا أثر له في انتهاء الحياة الزوجية.^(٢)

وفي مناقشة قرار الأمانة العامة للمجلس يقول القاضي أبو جيب:

إن عقد الزواج لا يكون صحيحاً إلا إذا جرى وفق القواعد الشرعية سواء وافقت تلك القوانين على تلك القواعد أم خالفتها، وإن القوانين الغربية تؤسس أحكام الزواج وفق نظام

^(١) المرجع السابق: ٤٠

^(٢) المرجع السابق: ٤١

مدني مخالف لقوانين الشريعة، لذلك فإن كل زواج يجري وفق قانون مخالف للشريعة فهو غير جائز شرعاً، أما إن وافقت تلك القوانين أحكام الشريعة فالعبرة للقواعد الشرعية لا القوانين، فقبول المسلم بعقد زواجه وفق القانون الأجنبي لا يفيد رضاه بنتائج القانون؛ لأنّ ما خالف الشرع لا يتغير حكمه بقبول المسلم وعدم قبوله، والقاعدة الفقهية (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) قد حشرت في القرار دون أي مسوّغ أو مناسبة، وهي تتعلق بالعرف العملي في المعاملات المدنية التي تجري بين الأفراد.

وبعد ذلك يقرر القاضي أبو جيب بأنه يفرض على المسلمين الموجودين في بلاد الكفر رعايا أو مقيمين أن يختاروا من بينهم واحداً من أهل العلم يتحاكمون أمامه في جميع المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق والموارث وجميع المسائل المتفرعة عنها؛ لأنها ذات طابع ديني متميز لا يمكن التحاكم بها إلا وفق نصوص الشريعة الغراء، ولا يمكن أن يعيها أو يُحيط بها إلا العالم المسلم.^(١)

فإذا كان الزوج هو من أوقع الطلاق وحصلت الزوجة بعد ذلك على وثيقة طلاق من المحكمة المدنية فعليها تصديقها من المراكز الإسلامية لتثبيت طلاقها أمام المحاكم الشرعية السورية، خاصة إذا كانت تلك المحاكم لم تذكر في وثيقة الطلاق سببه، وهل كان بطلب من الزوج أو من الزوجة، فإذا كان بطلب من الزوجة فلا يعتدّ به ما لم يكن التفريق جرى من قبل المراكز الإسلامية.

وبناءً على ما سبق أقترح إضافة هذا النص إلى قانون الأحوال الشخصية يبين الحكم المسكوت عنه في القرارات الصادرة عن محاكم غير إسلامية:

● لا حجية للأحكام الصادرة عن المحاكم المدنية في دول الغرب، إلا إن كانت مصدقة

من مركز إسلامي.

(١) المرجع السابق: ٤٢ - ٤٣

المطلب الثاني: الطلاق الالكتروني

الطلاق الالكتروني هو حل رابطة الزواج بلفظ صريح أو كناية عبر وسائل الاتصال الحديثة، المقروءة أو الصوتية أو المرئية.^(١)

أولاً. صور الطلاق الالكتروني وأحكامها في الفقه:

يشمل الطلاق الالكتروني جميع صور الطلاق التي ترسل بوسائل الكترونية كالهاتف المحمول أو البريد الالكتروني أو إحدى تطبيقات التواصل الاجتماعي سواء المحادثة الفورية النصية أو الصوتية أو المرئية مثل: Messenger و WhatsApp فهو إما أن يكون كتابة أو صورة كتب عليها لفظ الطلاق أو محادثة صوت أو فيديو.

١. الطلاق بالكتابة:

كأن يرسل الزوج طلاق زوجته برسالة نصية مستخدماً الهاتف الجوال أو أي برنامج من برامج التواصل الحديثة.

ولكتابة الطلاق بوسائل التواصل الحديثة حكم الطلاق بالكتابة وإرسال رسول يحمل ما كتبه الزوج للزوجة، سواء كانت محادثة مباشرة بين الزوجين أو رسالة.^(٢)

وخلاصة ما ذهب إليه الأئمة الأربعة^(٣) الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في طلاق الكتابة أنه صحيح ويقع به الطلاق؛ لأنّ الكتابة تقوم مقام اللفظ، لكن اختلفوا في بعض التفاصيل:

^(١) الطلاق الالكتروني في الفقه لإسلامي بحث معد لكلية الشريعة والأنظمة جامعة الطائف أ. د علي أبو البصل: ١٠

^(٢) انظر مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق أسامة سليمان عمر الأشقر، دار النفائس . الأردن الطبعة الأولى

١٤٢٠ هـ ٢٠٠٠ م : ١٢٢

^(٣) انظر شرح القواعد الفقهية للزرقا: ٣٥٠

فاشترط الحنفية^(١) أن تكون الكتابة مرسومة ومستبينة، والكتابة المرسومة: هي التي تكون معنونة باسم الزوجة ومرسلة إليها كالرسائل العادية، والمستبينة: هي التي يبقى لها أثر ظاهر كالكتابة على الورق والحائط، فإن كانت مرسومة ومستبينة يقع الطلاق بلا نية، أما إن كانت مستبينة غير مرسومة فإن نوى الطلاق يقع وإلا لا.

وعند المالكية^(٢) يقع الطلاق بالكتابة ولو لم ينو الطلاق إلا إن كتبه ليستخير، فالأمر إليه.

وعند الشافعية^(٣) يقع الطلاق إن نواه فقط؛ لأنّ الكتابة عندهم كناية فيشترط فيها النية. وعند الحنابلة^(٤) يقع ولو لم ينو الطلاق إلا إن نوى غمّ أهله أو تجويد خطّه فلا يقع بتلك النية، وسواء كانت الكتابة على قرطاس أو أرض أو حائط، وإن قال: إن وصلك كتابي هذا فأنت طالق، يتعلق الطلاق بوصول الكتاب للزوجة، فإن لم يصل أو وصل وكان قد محا ما كتبه لم يقع الطلاق لعدم تحقق الشرط.

ويدخل تحت ما قرره الفقهاء الكتابة بوسائل التواصل الحديثة، ويعتبر إرسال الطلاق إلى هاتف الزوجة أو حسابها الإلكتروني بمثابة الكتابة المعنونة المرسومة، ولا يشترط لصحة وقوع الطلاق أن تصل الرسالة لهاتف الزوجة، فقد يفشل وصول الرسائل في بعض الأحيان بسبب عطل في الشبكة، إنما يكفي وجودها على هاتف الزوج ولو تم مسحها بعد ذلك، إلا إن علّق الزوج الطلاق على وصول الرسالة للزوجة فلا يقع الطلاق إلا عند وصولها لهاتف الزوجة.

يقول القاضي سعدي أبو جيب: " يوم تحرير هذا الجواب (٢٠٠٦/٩/٦) وردني هاتف من الولايات المتحدة الأمريكية تحدث فيه أحد الشباب بأنه أرسل رسالة عبر الهاتف الجوال

(١) بدائع الصنائع للكاساني: ٣/١٠٩

(٢) حاشية الصاوي: ٣/١٤

(٣) تحفة المحتاج لابن حجر: ٨/٢٢.٢١

(٤) كشف القناع للبهوتي: ٣/١٤٨

الخاص به إلى الهاتف الجوال الخاص بزوجته يقول فيها لزوجته: أنت طالق، فهل وقع الطلاق؟ فأجبت به بأن الطلاق واقع مادام الزوج هو صاحب الهاتف الجوال، وهو الذي ضغط الأزرار الحاملة لحروف الرسالة، وقد وجهها إلى زوجته عبر هاتفها الخاص، فكأنه كتب رسالة بذلك بعبارة صحيحة، وبكتابة مرسومة مستبينة.. سواء أوصلت تلك الرسالة إلى هاتف الزوجة، أم لم تصل، لأنّ عبارته لم تكن معلقة على وصول الرسالة إلى الزوجة.. ولذلك يكفي أن تظهر على هاتف الزوج، ومعلوم أن الرسالة الهاتفية تبقى محفوظة فيه المدة المحددة بالجهاز، وفق البرمجة المعينة فإذا انتهت هذه المدة محيت الرسالة..^(١)

وهذا إن لم ينكر الزوج الطلاق، أما إن أنكره فلا تصلح الرسالة وحدها أن تكون وسيلة إثبات لاحتمال التزوير والتلاعب، فلا يعلم إن كان الزوج هو من أرسل تلك الرسالة أو أن أحداً اخترق حسابه أو أخذ هاتفه وأرسلها لزوجته، وقد تكون الزوجة هي من أرسلت الرسالة من هاتف زوجها لنفسها أو قد تكون الزوجة الأخرى من فعلت ذلك، فتحتاج الزوجة أن تقيم البيئة لإثبات الطلاق، ونص فقهاء الحنفية^(٢) على حكم إنكار الزوج الطلاق بالكتابة، فإن جحد الزوج الكتاب وأقامت الزوجة عليه البيئة أنه كتبه بيده فرق بينهما في القضاء، لأنّ الثابت بالبيئة عليه كالثابت بإقراره.

٢. كتابة الطلاق بلغة (الشات) أو (الانكليزي المعرب):

هي أبجدية غير محدّدة القواعد، مستحدثة غير رسمية، ظهرت منذ بضعة سنوات، تستخدم للتواصل عبر الدردشة على الانترنت أو رسائل الهاتف المحمول باللغة العربية أو بلهجاتها، وتنطق هذه اللغة مثل العربية إلا أن الحروف المستخدمة في الكتابة هي حروف انكليزية وأرقام بطريقة تشبه الشيفرة، حيث يتم استبدال بعض الأحرف في اللغة العربية والتي لا يوجد لها مقابل في اللغة الانكليزية بأرقام تشابه لحد ما الحروف العربية، مثل:

^(١) انظر التذكرة في القضاء للقاضي سعدي أبو حبيب: ٢/٢٦

^(٢) المبسوط للسرخسي: ٦/١٤٤

2 = همزة ككلمة سؤال تكتب: so2al

3 = ع ، ويمكن كتابة حرف غ بالشكل التالي ' 3

4 = ش ، والبعض يستخدمها مقابل الحرف ذ

5 = خ

6 = ط

7 = ح

8 = ق

9 = ص

والسبب الرئيسي لانتشارها اقترن مع ظهور خدمة الهاتف المحمول، وذلك لأنّ خدمة الرسائل القصيرة أتاحت للغة الانكليزية حروفاً أكثر في الرسالة الواحدة عنها في نظيرتها العربية، مما دفع بعض الذين لا يتقنون الانكليزية إلى استخدامها لكن بصيغة عربية، فسرعان ما انتشرت بين المستخدمين لتوفير أكبر كم من الحروف، بالإضافة إلى أنّ كثيراً من الأجهزة لا تدعم اللغة العربية.^(١)

فلو أن الزوج كتب لزوجته أنت طالق بهذه اللغة هكذا:

(**2laee al6ala8 anti 6ale8/ talek** أو **2laee al6ala8**) فهل يعتبر طلاقاً ؟

ورد في المذهب الحنفي أن التصحيف في لفظ الطلاق لا يؤثر على وقوعه، وصور التصحيف في الطلاق خمسة: تلاق، تلاغ، طلاغ، طلاك، وتلاك.

^(١) ويكيبيديا الموسوعة الحرة الانكليزي (المعرب نوفمبر ٢٠١٠) ar.m.wikipedia.org

وتلك الأخيرة تتفق في اللفظ والأحرف مع الكتابة بالأحرف الانكليزية، (تلاك = talak)
فإن قال الزوج لزوجته: أنت تالك وادعى أنه تعمد ذلك اللفظ تخويفاً لم يصدق إلا إذا
أشهد الشهود قبل ذلك بأنه يريد تخويف زوجته وأنه سيتلفظ به مصحفاً.^(١)

ويمكن تخريج الكتابة بالحروف الأجنبية على حكم تصحيف لفظ الطلاق، سواء توفرت
بجهازه الحروف العربية أم لم توجد، فيقع الطلاق بكتابه بحروف غير عربية طالما أن اللفظ
واحد، ولا يصدق قضاءً إن ادعى التخويف، لانتشار هذه الطريقة في الكتابة بين الناس
وتعارفهم عليها، ولتحقق الغرض من الكتابة وهو توصيل المعنى المراد، وإذا كان اللفظ والمعنى
واحداً فلا عبرة بالحروف التي يكتب بها، خاصة أن قراءة تلك الكلمة تكون بنطق الحروف
العربية، ولا يقع خلاف بين عامة الناس في فهمها ومعرفة معناها بعد أن تعارف الناس عليها
وكثر استخدامها.

٣. الطلاق بإرسال صورة:

إرسال الزوج لزوجته صورة كتب عليها أنت طالق ولم يتلفظ بالطلاق ولم يكتبه بيده، لم أجد
من تكلم عن حكم هذا النوع وأقرب ما يمكن أن يقاس عليه هو الطلاق بالإشارة، فالزوج
أحال إلى تلك الصورة كما لو وجدت ورقة أمامه أو كتاباً كتب عليه كلمة الطلاق وأشار
إليها بيده أو بالقلم أو بعضى فقرأتها الزوجة وفهمتها فيكون معنى الطلاق وصل لفهم
الزوجة بالإشارة، ولا فرق أن تكون الإشارة بيد الزوج أو بواسطة الرسالة الالكترونية.

والطلاق بالإشارة يقع من الأخرس فقط عند جمهور الفقهاء من الحنفية^(٢) والشافعية^(٣)
والحنابلة^(٤) فيصح بالإشارة المعهودة عند الحنفية وهي المقرونة بتصويت منه؛ لأن العادة منه

^(١) انظر البحر الرائق لابن نجيم: ٣/٢٧١

^(٢) انظر البحر الرائق: ٣/٢٦٧

^(٣) انظر روضة الطالبين للنووي: ٨ / ٣٩

^(٤) انظر المغني لابن قدامة: ٧/٤٨٥

ذلك، وعند الشافعية والحنابلة يقع الطلاق الصريح بالإشارة التي يفهمها كل أحد، فإن كان لا يفهمها إلا الفطن فالطلاق كناية يقع بالنية، أما القادر على النطق فلا يصح طلاقه بالإشارة ولو كانت مفهومة لعدم الضرورة ولقدرته على الكلام.

وعند المالكية^(١) يقع الطلاق بالإشارة المفهومة التي يحتف بها من القرائن ما يقطع بدلالاتها على الطلاق سواء وقعت من أحرص أو متكلم، وهي كالطلاق الصريح لا تفتقر إلى نية.

وما ذهب إليه الجمهور من عدم وقوع الطلاق بالإشارة للقادر على النطق هو الأرجح ويتفق مع المادة ٨٧/ التي اشترطت لصحة طلاق الإشارة العجز عن اللفظ والكتابة، ولأن الإشارة يدخلها اللبس وتحتل أكثر من معنى كالتهديد والتخويف، وتركه للنطق مع قدرته عليه دليل على عدم إرادته للطلاق، لذلك فإن إرسال صورة كتب عليها الطلاق لا تكفي وحدها لإيقاعه، إن لم يتلفظ بكلمة الطلاق عند إرسالها.

٤. الطلاق بالمكالمة الصوتية أو الفيديو:

يقع الطلاق باتفاق أئمة الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة بمجرد تلفظ الزوج به صريحاً ولو لم ينوه سواء كان مخاطباً زوجته أو غيرها، فالطلاق لا يتوقف على علم الزوجة، ولا رضاها ولا يتوقف على الإشهاد.^(٢)

فهذا الأصل يدل على أن الزوج إن تلفظ بالطلاق فقد وقع سواء استخدم وسيلة أو لم يستخدم، ويبقى على الزوجة أن تتأكد أن الذي خاطبها هو زوجها في المحادثة الصوتية، وعليها إثبات الطلاق قضاءً إن أنكره الزوج؛ إذ يبقى احتمال التلاعب والتزوير في المحادثات

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٢/٣٨٤

(٢) انظر حاشية ابن عابدين: ٣/٢٣٥ . حاشية الدسوقي: ٢/٣٦٦ . مغني المحتاج للشريبي: ٤/٤٦٩ . شرح قانون الأحوال الشخصية السوري د. عبد الرحمن الصابوني: ٢/٢٥

الصوتية وإن كان بنسبة أقل من الكتابة، فالأصوات تتشابه إضافة لوجود برامج تقليد الصوت.^(١)

أما الفيديو فتنتفي فيه نسبة التلاعب إن كان ينقل الصورة كما هي، بخلاف بعض البرامج التي تغير في الشكل والصوت، فلا يصح الاعتماد عليها لثبوت الطلاق إلا بإقرار الزوج، لأنها تخفي صورة المتكلم وصوته تماماً.

وقد يكون الصوت أو الفيديو مسجلاً حيث تتمكن الزوجة من إحضاره لمجلس القضاء فيعتبر قرينة لإثبات الطلاق في حال عجزت الزوجة عن إحضار البينة الشرعية، فيجب الاعتماد عليه كدليل على وقوع الطلاق، ولا يمكن إنكاره من قبل الزوج.

ثانياً. اجتهاد محكمة النقض:

الطلاق عن طريق البرامج الصوتية كالطلاق بالهاتف، وقد تصدت الغرفة الشرعية بمحكمة النقض لهذه المسألة، ونصت على أن اعتماد مخبرة هاتفية يدعى فيها بأن الزوج أقرّ من خلالها بطلاقه لزوجته تصرف لا يصح قانوناً، وقد استقر اجتهاد كافة المحاكم السورية في كافة أنواع القضايا التي تعرض أمامها على عدم اعتبار الدليل المبني على المخبرة الهاتفية، الأمر الذي يعني أن كل ما تصرفت به الجهة المدعية وأيدتها فيه المحكمة مبني على أساس غير صحيح ولا يصح اعتماده بعد إنكار الزوج.^(٢)

واعترض القاضي سعدي أبو جيب على هذا الاجتهاد بقوله: "لم لا يصح الإقرار بالطلاق هاتفياً متى تأكدنا أن المتحدث هو فلان زوج فلانة وقد هتف إلى الشاهد يخبره بأنه طلق زوجته وسمع منه ذلك شاهد آخر ..؟ وهل يختلف الحكم لو كان هذا الزوج جالساً بين الشاهدين وأخبرهما بأنه طلق زوجته ما دام الشاهدان قد سمعا منه هذا الخبر ..؟ .. وإن

(١) مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق أسامة الأشقر: ١١٢

(٢) القاعدة ١٥٤٦ نقض قرار ٨٨٢ أساس ١٠٤٥ تاريخ ٢٠٠٢م الوافي للقاضي محمد عبد الرحمن: ٣٩٢

استقرار القضاء في كافة أنواع القضايا على رفض الدليل المبني على المخابرة الهاتفية كلام مطلق صعب الإحصاء والقبول ما دام لم يستند إلى مؤيد، ويقول: إنّ اعتماد الزوج على طلاق زوجته بالهاتف صحيح وواقع إذا غلب على ظن زوجته أنه هو المتحدث .. وإذا كان ذلك بحضرة الشهود فإنه يمكن الاستماع لشهادتهم وعليهم أن يصرحوا بمعرفتهم بالمتحدث وسماعهم كلمة الطلاق".^(١)

وما اختاره القاضي أبو جيب هو ما ذهب إليه القضاة اليوم، لانتشار الطلاق عبر وسائل التواصل الحديثة وكثرة التعامل بها.

فقد أقرّ القاضي الشرعي الأول بدمشق محمود المعراوي صحة عقد الزواج عن طرق النت عبر تطبيق Skyp واعتبر الاتصال المرئي بمثابة المجلس الواحد، فإذا صح الزواج فيقاس عليه الطلاق، وعلى ذلك إن طلق الزوج زوجته بمحادثة فيديو ثم أنكر فيصح للزوجة أن تستند لشهادة من كان حاضراً أمامها وشاهد وسمع طلاق الزوج لها عبر النت، كما أكد القاضي الشرعي صحة الطلاق الواقع عبر برنامج المحادثات WhatsApp من الناحية الشرعية إلا أن المشكلة تكمن في تثبيته في المحكمة والتي لا تتم إلا بالشهود أو بوسيلة إثبات.^(٢)

ويقول القاضي يحيى الخجا: يقاس على الزواج الطلاق بوسائل التواصل المكتوبة والمسموعة والمرئية إذا ثبت أنّ الزوج هو من أوقع هذا الطلاق.

وقد نص الاجتهاد على صحة الطلاق برسالة الجوال في حال لم ينكر الزوج إرساله، يقول: "إيقاع الطلاق الصريح من الطاعن كان عبر رسالة الجوال والتي كانت باتفاق الزوجين، وحيث أنّ الرسالة المرسلّة من الطاعن إلى المطعون ضدها تضمنت لفظاً صريحاً بالطلاق فيقع

(١) التذكرة في القضاء للقاضي سعدي أبو جيب: ٢٤ / ٢٥ / ٢

(٢) صحيفة الوطن المحلية، سورية يومية، العدد ٢٤٢١ الأحد ٢٠١٦/٦/١٩ بقلم محمد منار حميجو

الطلاق دون الحاجة لإثبات النية عملاً بقول النبي ﷺ: « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة »^(١)... " (٢)

وفي اجتهاد آخر جاء حديثاً ليؤكد صحة وقوع الطلاق من خلال برامج التواصل الحديثة في حال تم التأكد من هوية المرسل بوسائل الإثبات " القرار المطعون فيه: تثبت الطلقة الواقعة من الطاعن بتاريخ ٢٦/٩/٢٠١٥ على برنامج اللان واعتبرها طلقة رجعية أولى، وتثبت الطلقة الواقعة من الطاعن بتاريخ ٢٩/٩/٢٠١٥ على برنامج اللان واعتبرها طلقة ثانية رجعية ... (يقول المستشار زياد الحمود): بالتدقيق، وبالنسبة لتثبيت الطلاق، ولما كانت المحكمة قد تحققت من وقوع ثلاث طلاقات متفرقات: الأولى رسالة نصية موجهة للزوجة، والثانية كذلك وفيها لفظ الطلاق الصريح (أنت طالق)، وبفارق زمني، وكانت الكتابة المستبينة الموجهة للزوجة بالطلاق هو طلاق ثابت بما كما نص عليه القانون، والطلاق بهذه الصورة لا يحتاج إلى نية؛ لأنه ليس كنائي، وما يحتاج إلى نية هو ما إذا أراد المرسل تأكيد الرسالة الأولى بالرسالة الثانية، وهذا أيضاً غير متحصل في هذه القضية ... وقد ثبت إرسال الرسالتين باليمين الحاسمة التي وجهتها الزوجة وردّ الزوج عليها هذه اليمين .." (٣)

وإذا لم تأخذ محكمة النقض قديماً بالهاتف دليلاً على صحة الطلاق لعل الغش والتزوير، فإنّ الطلاق بالوسائل الالكترونية المرئية ينتفي معه التلاعب؛ لأنه ينقل الصورة ويتمكن الشهود من رؤية الزوج، وإذا كان من شرط الشهود الرؤية والسماع فيجب اعتبار صحة الشهادة على مثل هذا الطلاق، وفي ذلك يقول القاضي محمد شريف المنير: يجوز الاعتماد على الشهود الذين تأكدوا من شخص المطلق سواء بسماع صوته أو برؤيته وهو يلفظ الطلاق

(١) أخرجه الترمذي في سننه كتاب الطلاق، باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق من رواية أبي هريرة (١١٨٤) وقال

أبو عيسى حديث حسن غريب: ٢/٤٨١

(٢) أساس ٧٥٥ قرار ٧٧٦ تاريخ ١٢/١٢/٢٠١٥ م سجلات محكمة النقض

(٣) أساس ٦١٩ قرار ٥٩٦ تاريخ ١٩/٦/٢٠١٧ م سجلات محكمة النقض

من خلال الوسائل الصوتية أو المرئية، وهذا ما أكدّه القاضي زياد الحمود مستشار محكمة النقض في الغرفة الشرعية، وقال بأنّ المحكمة الشرعية نفسها بدأت تلتجئ إلى وسائل التواصل في ممارسة مهامها ويبيّن ذلك من خلال الاجتهاد التالي، يقول المستشار: " .. إن تقرير الحكمين الذي أخذت به المحكمة قد استوفى أركانه ولا مانع من سماع الزوجة بطريقة الاتصالات؛ طالما تأكد للحكمين أنّ مَنْ استجوبها بهذه الطريقة هي الزوجة المعنيّة في الدعوى، وبالتالي فإنّ الطاعن اعترض على طريقة التواصل، ولم يعترض على أنّ الشخص الذي جرى معه الاتصال هو شخص آخر".^(١)

لذلك فإن وقوع الطلاق الإلكتروني صحيح بجميع صورته لانتشار استخدامه على نطاق واسع، لكن يبقى على الزوجة في حال التنازع مع الزوج أن تثبت وقوع الطلاق لدى المحاكم المختصة، بوسائل الإثبات الشرعية والقانونية.

وبناء على هذا يكون النص المقترح لحكم الطلاق عبر وسائل التواصل ما يلي:

- يصح الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة بشرط أن تكون واضحة ومفهومة، وأن يثبت أنّ الزوج هو من بعث الرسالة لزوجته بوسيلة من وسائل الإثبات.

^(١) أساس ١٠٥ قرار ١٤٣ تاريخ ١٤/٣/٢٠١٦ سجلات محكمة النقض

الفصل الثاني

المسائل المسكوت عنها في التفريق وآثار فرق الزواج

الأصل في الطلاق أن يكون بإرادة الزوج المنفردة يوقعه متى دعت إليه الضرورة، وقد أعطى الشرع للقاضي حق التفريق بين الزوجين بسبب طلب أحدهما، فيقع الطلاق بأمر القاضي عندما يرى ضرورة لذلك، بعد اتباع الإجراءات اللازمة للحفاظ ما أمكن على الحياة الزوجية، مراعيًا حقوق كل من الزوجين، مانعًا اعتداء أحدهما على الآخر، وقد يكون التفريق بحكم من الشرع كاللعان والردة.

وبوقوع الفرقة بين الزوجين تنقطع العلاقة الزوجية، لكن يبقى شيء من آثارها يتمثل في حق الرجعة والعدة.

وقد نظم قانون الأحوال الشخصية أحكام التفريق بين الزوجين متبعًا في أغلبها المذهب المالكي والحنبلي، وبعد عرضه لأحكام الطلاق والتفريق تناول القانون أحكام الرجعة والعدة، وسيقوم هذا الفصل بعرض ما سكت عنه القانون في التفريق وآثار فرق الزواج وفق المباحث الآتية:

المبحث الأول: المسائل المتعلقة بالتفريق لسبب من الزوجين.

المبحث الثاني: المسائل المتعلقة بالتفريق لسبب من الزوج.

المبحث الثالث: المسائل المتعلقة بالتفريق بحكم الشرع.

المبحث الرابع: المسائل المتعلقة بآثار فرق الزواج.

المبحث الأول

المسائل المتعلقة بالتفريق لسبب من الزوجين

ليس للقاضي الحكم بالتفريق دون سبب يدعو لذلك، فالشرع عندما منح القاضي حق الفصل بين الزوجين حدد أسباب التفريق وبيّن أنواعه وفصّل أحكامه، ومن أنواعه ما يكون سببه يتصور حدوثه من كلا الزوجين، كالتفريق بسبب العيوب، فالعيب قد يوجد بالزوج، وقد يوجد بالزوجة، ووجوده بأحدهما يضر بالآخر.

وكالتفريق بسبب الشقاق، فكل من الزوجين قد تظهر منه إساءة للآخر تعكر صفو الحياة وتمنع استمرارها.

وقد تمّ بيان ذلك في هذا المبحث من خلال هذين المطلبين:

المطلب الأول: التفريق للعيوب

المطلب الثاني: التفريق للشقاق والضرر

المطلب الأول: التفريق للعيوب

العيوب نوعان: عيوب جنسية مانعة من الدخول، كالجلب: وهو مقطوع الذكر والخصيتين، والخصاء: وهو محبوب الخصيتين، وعيوب جسمية منفرة أو معدية، كالجدام: وهو عِلَّةٌ يحمُرُّ منها الجلد أو العضو ثم يسود ثم ينشق وينتن ويتقطع ويتناثر، والبرص: وهو بياض شديد مبقع إذا نحس بإبرة خرج منه ماء لا دم، وهو أبيض أو أسود وهذا أردأ من الأبيض وهو مقدمة الجدام.^(١)

وقد نص القانون على جواز طلب الزوجة التفريق من العيوب الجنسية المانعة من الدخول في المادة ١٠٥/١ أحوال شخصية، وهو ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف،^(٢) ولم يميز التفريق في ما سوى ذلك من العيوب، إلا أنّ القانون قد نص في الفقرة الثانية من المادة نفسها على جواز التفريق للجنون الحاصل بعد العقد؛ متبعاً مذهب المالكية^(٣) الذين أجازوا للزوجة وحدها التفريق للجنون الطارئ بعد العقد، خلافاً للشافعية والحنابلة فقد أجازوا لكلا الزوجين التفريق للعيوب الحاصلة بعد العقد،^(٤) وسكت القانون عن التفريق للجنون قبل العقد وعن باقي العلل والأمراض، والتي قد تكون أخطر على الزوجة من الجنون، فماذا لو وجد في الزوج مرضاً من الأمراض الخطيرة السارية التي يخشى انتقالها للزوجة والأولاد؟

وقد تكون مميتة أو لا يرجى علاجها، لذلك كان من الضروري النظر في هذه المسألة وبيان حكم التفريق في الأمراض الجسمية التي ذكرها الفقهاء وسكت عنها القانون، والأمراض المستعصية التي ظهرت مؤخراً.

^(١) شرح قانون الأحوال الشخصية السوري د. محمد الحسن البغا: ٥٠١ - ٥٠٢.

^(٢) انظر الاختيار لتعليل المختار عبد الله بن محمود الموصلي: ت(٦٨٣هـ) دار الرسالة العالمية ط: أولى ١٤٣٠هـ.

٢٠٠٩م: ٣/١١٨

^(٣) انظر حاشية الدسوقي: ٢/٢٧٩

^(٤) انظر روضة الطالبين للنووي: ٧/١٧٩. كشف القناع للبهوتي: ٦/١١١

لذا سيبين هذا المطلب الحكم الفقهي للأمراض في حال كانت قبل العقد أو وجدت بعده وبناء حكم الأمراض المعاصرة الحديثة عليها، ثم عرض ما ذهب إليه الاجتهاد القضائي، ثم بيان حكم التفريق للعقم.

أولاً. الرأي الفقهي في التفريق للعيوب:

العيوب والأمراض إما أن تكون سابقة على العقد ولا علم للزوجة بها، أو تحدث بعد العقد.

أ- العيوب القديمة السابقة على العقد:

اتفق المالكية والشافعية والحنابلة والإمام محمد من الحنفية على جواز طلب الزوجة التفريق إن وجدت بزوجها جنوناً أو جذاماً أو برصاً وكان موجوداً قبل العقد ولم تعلم أو ترض به،^(١) واختلفوا في أمرين:

١. حق الزوج في خيار التفريق: أجاز الجمهور من المالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) للزوج طلب التفريق في العيب الموجود بالزوجة؛ لأنه يتضرر به كالزوجة، فالنفس لا تسكن لمن هذه حاله، كما أنّ الزوج يتضرر بالتزامه بالمهر، حيث لم يلزم المالكية الزوج بالمهر إن كانت الزوجة معيبة لوقوعه بالغرر، والغرر سبب في إتلاف الصداق. والإمام محمد بالاتفاق مع أئمة المذهب الحنفي^(٥) لم يجيزوا للزوج طلب التفريق إن وجد عيباً في زوجته؛ لأنّ حق الزوج بالتمكين من الوطاء وهو موجود، والعيب لا يفوّت

(١) انظر بدائع الصنائع للكاساني: ٢/٣٢٧ - مواهب الجليل للحطاب: ٣/٤٨٤ . روضة الطالبين للنووي: ٧/١٧٧ .

المغني لابن قدامة: ٧/١٨٦

(٢) انظر حاشية الدسوقي: ٢/٢٧٨ . التاج والإكليل للمواق: ٥/١٤٥

(٣) انظر مغني المحتاج للشربيني: ٤/٣٤٠

(٤) انظر كشف القناع للبهوتي: ٥/١٠٩

(٥) انظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم: ٤/١٣٧ . الاختيار الموصلي: ٣/١١٩.١١٨

الوطء إنما يوجب خللاً فيه، واختلاله بالعيب لا يوجب الفسخ، ولأنّ الزوج يستطيع دفع الضرر عن نفسه بالطلاق خلافاً للزوجة.

٢. عدد العيوب الجسمية التي يحق بها التفريق عند جمهور المالكية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) في رواية محصورة بالجنون والجذام والبرص، ولا خيار في غيرها من الأمراض، لأنّ هذه العيوب تفوّت المقصود من النكاح بخلاف ما عداها من العيوب، فالجذام والبرص مما يزعم أهل العلم بالطب والتجارب أنه يعدي كثيراً، وقد ورد عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قوله: « فرّ من المجذوم كما تفرّ من الأسد ».^(٤)

وهو مانع للجماع فلا تطيب النفس لمن هو به لما فيه من نفرة، والولد قلماً يسلم منه.

بينما ذهب الإمام محمد^(٥) من الحنفية إلى عدم حصر الخيار بهذه الأمراض وتعداها ليشمل كل عيب فاحش بالزوج لا يُمكن الزوجة من المقام مع زوجها إلا بضرر؛ لأنّ بوجوده يتعذر الوصول إلى حقها لمعنى فيه، ولأنه من الأدواء المعدية التي يخشى انتقالها. وذهب القاضي حسين^(٦) من الشافعية^(٧) إلى جواز التفريق بالعيوب التي تنفر تنفير البرص كالقروح السيالة وكل ما في معناه.

ب- العيوب الطارئة بعد العقد:

اختلف في جواز التفريق للعيب الحاصل بالزوج بعد العقد على قولين:

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لا بن رشد: ٣/٧٤

(٢) روضة الطالبين للنووي: ٧/١٧٧. مغني المحتاج للشريني: ٤/٣٤١. ٣٤٠

(٣) المغني لابن قدامة: ٧/١٨٦

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الطب باب الجذام (٥٧٠٧) ٧/١٢٦

(٥) بدائع الصنائع للكاساني: ٢/٣٢٧. المبسوط للسرخسي: ٥/٩٧

(٦) الحسين بن محمد بن أحمد المروزي شيخ الشافعية في زمانه، وأحد أصحاب الوجوه المعروف بالقاضي، ومتى أطلق القاضي في كتب متأخري المرازقة فالمراد المذكور، أخذ الفقه عن أبي بكر القفال، وله: التعليق الكبير، الفتاوى، أسرار الفقه، توفي سنة ٤٦٢هـ. شذرات الذهب لابن العماد: ٢٥٩. ٥/٢٦٠

(٧) روضة الطالبين للنووي: ٧/١٧٧

فذهب المالكية^(١) إلى أنّ للزوجة الحق في طلب التفريق إن حدث للزوج بعد العقد جنون أو جذام بين محقق، أو برص فاحش لا اليسير، أما الزوج فلا حق له في التفريق بالعيوب الحادثة بالزوجة، فتلك مصيبة نزلت به، فإما أن يصبر أو يطلق، بخلاف المرأة فهي لا تملك الطلاق ولذا ثبت لها الخيار.

وعند الشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) لكل واحد من الزوجين فسخ النكاح إن وجد في الآخر عيباً سواء كان قبل العقد أو بعده؛ لأنه كما ثبت الخيار مقارناً يثبت طارئاً كالإعسار بالنفقة. والراجح ما ذهب إليه المالكية، لأنّ العيوب الحاصلة بعد العقد لا غرر فيها من الزوجة.

ثانياً. التفريق في حال الإصابة بالأمراض الحديثة:

الأمراض **الخطيرة والمستعصية اليوم** في تزايد ولا حصر لها وهي أنواع:

١ . فيما أن تكون أمراضاً غير معدية لكنها مميتة غالباً كالسرطان، أو منفرة لا علاج لها، كبعض أنواع الحروق، أو لها علاج طويل كالصداف: وهو طفح جلدي يسبب ألماً وحكة.^(٤)

٢ . وإما أن تكون معدية ومنفرة كالورم **الحليمي** البشري: وهو تآليل إنتانية تصيب الجلد والأغشية المخاطية، ينتقل عن طريق اللمس، لها أكثر من مائة نوع، بعض الأنواع تتسبب بنشوء أورام سرطانية، ومنها ما يحتاج لعلاج طويل ومكلف.^(٥)

(١) حاشية الدسوقي: ٢٧٨ . ٢/٢٧٩

(٢) روضة الطالبين للنووي: ٧/١٧٩

(٣) كشاف القناع للبهوتي: ٦/١١١

(٤) المرجع **المصور في الطب** السريري، ترجمة مجموعة من الأطباء، المركز التقني المعاصر، دمشق: ٩١

(٥) انظر المرجع في الأمراض الجلدية ترجمة مجموعة من الأطباء جامعة دمشق، المركز التقني المعاصر، دار ابن النفيس، دمشق، ط: أولى ١٩٩٥م: ١٥ . المرجع المصور في الطب السريري: ٩٨

٣ . وقد تكون أمراضاً معدية غير منفرة، وقد يمكن علاجها لكن غالباً يكون العلاج مكلفاً ونسبة الشفاء منه ضئيلة، كالتهاب الكبد الوبائي C: وهو مرض معدٍ يؤدي إلى مشكلات خطيرة كتليف الكبد، والفشل الكبدي وسرطان الكبد، وقد يسبب الوفاة،^(١) وقد لا يمكن علاجها كالإيدز: وهو مرض يسبب ضعفاً في الجهاز المناعي ليصبح المريض معرضاً لأنواع من الأختام العادية والانتهازية، ويؤهبهم للإصابة ببعض الأورام، يؤدي في نهاية الأمر إلى الموت بمتلازمة الهزال أو بالتهاب الدماغ، وقد يستغرق التقدم الكامل للمرض زمناً يمتد من سنة واحدة وحتى خمس عشرة سنة أو أكثر.^(٢)

فإن كان الزوج مرضاً مستعصياً، منفراً أو معدٍ قبل العقد ولم تعلم به الزوجة إلا بعد العقد فبناءً على قول الإمام محمد — حيث نص على جواز التفريق من كل عيب يضر بالزوجة دون حصر — فللزوجة حق التفريق لما في ذلك من ضرر وخطر شديد عليها يصعب معها المقام مع الزوج، خاصة إذا نقل لها مرضاً مميتاً، أما إن كان المرض غير معدٍ وغير منفراً فلا خيار للزوجة، وكذلك إذا كان معدياً لكن له علاج بمدة معينة؛ لأنه لا ضرر عليها إذا أمكن علاجه فلا مسوغ للتفريق؛ إذ علة الفسخ عند الإمام محمد هي ضرر غير محتمل.^(٣)

أما الجمهور فقد اختلف تعليلهم لمنع الخيار بغير ما ذكره من العيوب، فعند المالكية^(٤) اختلف أصحاب مالك في علة جواز التفريق فقليل: لأنها شرع غير معلل، ويجب الاقتصار على الأمراض التي ورد فيها نص فلا يقاس عليها غيرها من العيوب، وقيل: لأنها مما يخفى ومحمل سائر العيوب على أنها لا تخفى، وعلى هذا القول يدخل كل عيب علم أنه مما يخفى

(١) انظر المرجع المصنوع في الطب السريري: ٣٦٨

(٢) السابق: ١٦

(٣) انظر شرح قانون الأحوال الشخصية السوري د. محمد الحسن البغا: ٥١٩

(٤) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لا بن رشد: ٣/٧٤

على الزوج، وقيل: الخوف من أن تسري إلى الأبناء، وهذا التعليل يرد على كل عيب ينتقل للغير.

وعَلَّل الإمام الشافعي الخيار بالجدام والبرص بأنّ كلاهما يعدي الزوج والولد،^(١) ثم ورد عنه الحصر في عدة نصوص، فقد جاء في الأم: "ولا خيار في النكاح عندنا إلا من أربع"^(٢) ويمكن الجمع فيما ورد عن الإمام الشافعي بأنّ هذه العلل الأربع هي التي تمنع المقصود بالنكاح في زمانه وتحدث ضرراً بأحد الزوجين والولد، فلا يدل الحصر على عدم ثبوت الخيار فيما ظهر بعد من العيوب بما يساويها في الخطورة أو يزيد عنها.

وقال الحنابلة:^(٣) لا يثبت الخيار لغير ما ذكره من العيوب؛ لأنّ غيرها لا يمنع الاستمتاع ولا يخشى تعديده، ولأنّ الفسخ يثبت بنص أو إجماع أو قياس، ولا نص في غير هذه العيوب ولا إجماع، ولا يمكن قياس غيرها عليها لما بينهما من الفرق.

القول الراجح:

إنّ تعليل بعض المالكية والإمام الشافعي والحنابلة يدل على أنّ الحكم يصح تعديته إلى غير ما ذكره من العيوب التي تشترك معها في العلة، وما ظهر اليوم من الأمراض المستعصية والخطيرة التي لم تكن في عصر الأئمة منها ما يساويها في الضرر، ومنها ما هو أشدّ ضرراً من البرص والجدام، فثبت الخيار فيها من باب أولى، وعلى ذلك يكون الخلاف لفظياً بين الجمهور والإمام محمد، وهذا أولى بالاعتبار.

(١) مغني المحتاج للشربيني: ٤/ ٣٤٠

(٢) الأم للشافعي: ٥/٩٠

(٣) المغني لابن قدامة: ٧/١٨٦

أما إن كان الحكم غير معلل كما نص على ذلك بعض المالكية فيرجح قول الإمام محمد بعدم حصر العيوب الموجبة للتفريق؛ لأنه أقرب للمصلحة خاصة في الأمراض المعدية المميتة أو التي يصعب علاجها.

ثالثاً. القانون والاجتهاد القضائي في التفريق للعيوب:

١ . حدد الاجتهاد القضائي الفقه المالكي مرجعاً للمادة / ١٠٥ - ١٠٦ / في بيان ما سكت عنه من أنواع العيوب التي يحق التفريق بها، وآلية الدلالة على الرضا، ولم يفرق بين العيوب الجنسية والعيوب الجسدية، فنص على أنّ العيب الذي يصح التفريق به هو الجنون والجذام والبرص وداء الفرج إن كان موجوداً قبل العقد ولم يُعلم به إلا بعد العقد ولم يرض به، وأشار الاجتهاد إلى أن دلائل الرضا — كما نص عليه المذهب المالكي والحنبلي — إما بالفعل كالوطء أو القول أو السكوت وذلك بتمكين الزوجة من التلذذ إن كان الخيار لها،^(١) إلا أنه خالف المذهب المالكي والحنبلي في اعتبار السكوت دليلاً على الرضا، فذهب إلى أن "انتظار الزوجة مدة طويلة والتي قاربت عشرين سنة غير كافية للدلالة على رضاها بعلّة الزوج لاحتمال أنّ رضاها كان رجاء براء زوجها فلا يبطل حقها"^(٢) مما يجعل هذا الاجتهاد مخالفاً للمصدر التشريعي للمادة، وللأصول والقواعد العامة في الشريعة.

وأيد الدكتور عبد الرحمن الصابوني ما ذهب إليه الاجتهاد، واقترح أن ينص القانون على اشتراط الرضا الصريح للزوجة لإسقاط حقها في طلب التفريق، فقد يكون السكوت أملاً في الشفاء، كما لو جنّ الزوج فعلمت بذلك الزوجة وبدأت في علاجه ونقله من مستشفى إلى

(١) انظر شرح القاعدة ٨١٤ مجموعة القواعد القانونية: ٤٠٩ . ٤١٠

(٢) القاعدة ٨١٤ (ش ٤٩ قرار ٢٠٧ تاريخ ٢٩/٤/١٩٦٧ م) مجموعة القواعد القانونية: ٤٠٩

آخر، فليس من المنطق أن تكافأ الزوجة باعتبار سكوتها رضاً يُسقط حقها في التفريق بعد أن بذلت قصارى جهدها في علاج زوجها ثم استحال العلاج ولم تجد المداواة.^(١)

ووجوب الرضا بالقول الصريح هو ما نصت عليه بعض القوانين العربية كالقانون القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦ المادة /١٢٤/، والكويتي رقم ٦٦ لسنة ٢٠٠٧ المادة /٣٩/ "....إذا علم به قبل العقد أو رضي به صراحة بعده "

بينما اعتبر القانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ في المادة /٩/ الدلالة على الرضا مستقطة لحق التفريق بالعيب: " .. ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق ".

ومثله القانون المغربي رقم (٧٠٠٠٣) لسنة ٢٠٠٤ في المادة /١٠٨/ ، وهذا أرجح لموافقته للحكم الشرعي في المذهب مصدر المادة للتفريق، ولأن بقاء عقد النكاح قابلاً للفسخ أكثر من عشرين عاماً يجعل في ذلك ضرراً للطرف الآخر.

ومن القوانين العربية التي جعلت حق التفريق لكل عيب يمنع استمرار الحياة الزوجية من العيوب المنفرة أو المضرة دون حصر القانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المادة /٩/ " للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون أو الجذام أو البرص".^(٢)

(١) شرح قانون الأحوال الشخصية د. عبد الرحمن الصابوني: ٢/٧٢ بتصرف

(٢) وإلى مثل ذلك ذهب كل من القانون الكويتي في المادة /٣٩/ ، والأردني المادة /١٣١/ ، والقطري المادة /١٢٣/ ، والجزائري المادة /٥٣/ والمغربي المادة /١٠٧/ والعماني المادة /٩٨/ والسوداني المادة /١٥١/ والإماراتي المادة /١١٤/ والقانون العراقي المادة /٤٠/ فقرة ٦/.

٢ . إن طلبت الزوجة التفريق لعلّةٍ بالزوج فقد ذهب الاجتهاد إلى أنه " لا يحكم بالتفريق الفوري إلا بعد التثبت من أنّ العلة غير قابلة للشفاء"^(١)، "فإذا كان التقرير الطبي لم يجزم بأن الزوج مصاب بعلّة غير قابلة للشفاء فلا يصح التفريق الفوري"^(٢)

يدل هذا الاجتهاد على أن كل مرض مزمن لا يرجى برؤه ويحدث ضرراً بالزوجة يحكم بالتفريق بسببه فوراً بعد التأكد من عدم شفائه بالاعتماد على الخبرة الطبية الموثوقة، أما الأمراض التي لها علاج ويمكن شفاؤها فيؤجلها القاضي مدة مناسبة لا تتجاوز السنة أملاً في الشفاء وهو ما نصت عليه المادة /١٠٧/ أحوال، ولم يحدد نوع العلة فيحمل اللفظ على إطلاقه في اعتبار كل علة غير قابلة للشفاء توجب التفريق.

٣ . حق الزوج في التفريق للعيب في القانون:

منحت المادة /١٠٥/ للزوجة حق التفريق إن وجدت بزوجها عيباً مانعاً من الدخول أو جنوناً طرأ بعد العقد، ولكنها لم تنف حق الزوج بالتفريق صراحة فيحتمل أن يكون حكمه مسكوتاً عنه، ويحتمل أن يكون الحكم مقتصرًا على الزوجة فقط، ولبيان المقصود من النص نعود للمصدر التشريعي للمادة، وهو المذهب الحنفي في الفقرة الأولى، وقد اقتصر هذا المذهب على جواز فسخ النكاح للزوجة فقط إن وجدت بزوجها عيباً مانعاً من الدخول، فبناءً على ذلك ليس للزوج قانوناً حق التفريق بالعيوب الجنسية المانعة من الدخول.

أما الفقرة الثانية فقد نصت على حق الزوجة في التفريق للجنون الطارئ بعد العقد دون الزوج فمصدرها المذهب المالكي، وسكت القانون عن الجنون قبل العقد وغيره من العلل الجسدية فيجب عندها العودة لنفس المذهب لبيان حكم المسكوت عنه في الأمراض الحاصلة قبل العقد ومن له حق التفريق فيها، وتقدم تفصيل هذه المسألة وبيان أقوال الفقهاء،

(١) قاعدة ١٦١١ قرار ٧٠٩ أساس ٦٤٧ تاريخ ٢٤/٤/٢٠٠٠ م الوافي للقاضي محمد عبد الرحمن: ٤٢٢

(٢) قاعدة ٨٢٠ قرار ٥٧٢ أساس ٥٧٧ تاريخ ٢٧/١٢/١٩٦٧ مجموعة القواعد القانونية: ٤١٣

وخلاصة القول بجواز التفريق لكلا الزوجين في الأمراض التي وجدت قبل العقد ولم يتم العلم بها من قبل ولا الرضا عنها.

وإعطاء حق التفريق للزوج في العيوب هو ما ذهب إليه القانون الأردني رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠ في المادة /١٣٢/ حيث نص على أنه " للزوج حق طلب فسخ عقد الزواج إذا وجد بزوجه عيباً .. مرضاً منفراً بحيث لا يمكن المقام معها عليه بلا ضرر.."

وبمثل ذلك أخذ القانون القطري في المادة /١٢٣/ والقانون العماني في المادة /٩٨/ والقانون الكويتي في المادة /٣٩/ والقانون المغربي المادة /١٠٨/ والقانون العراقي المادة /٤٠/

وبناء على ذلك فقد سكت القانون عن حكم الأمراض الخطيرة والمنفرة لذلك فإنني أقترح إضافة النص التالي إلى قانون الأحوال الشخصية:

- للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها إن وجدت بعد العقد بالزوج مرضاً من الأمراض المنفرة والخطيرة التي لا يرجى برؤها أو يطول علاجها أو أصيب بها بعد العقد كالجنون والجذام والزهري والإيدز وما يماثلها ويسقط الحق بالرضى بها صراحةً أو دلالةً.
- للزوج طلب التفريق إن وجد بزوجه مرضاً من الأمراض المنفرة والخطيرة التي لا يرجى برؤها أو يطول علاجها إن كانت قبل العقد ولم يعلم ولم يرض بها صراحةً أو دلالةً.

رابعاً . التفريق للعقم:

إن الغاية من عقد النكاح هي الحياة المشتركة والنسل، وهذه الغاية تخص كلا الزوجين، فالزوج يريد استمرار نسله، والزوجة بحاجة لإشباع غريزة الأمومة، وعليه إذا لم يحقق العقد غايته أو جزءاً منها فهل يحق لكلا الزوجين طلب التفريق للعقم؟^(١)

ذهب جمهور المالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) في هذه المسألة إلى عدم اعتبار العقم من العيوب التي يثبت فيها خيار فسخ النكاح لكلا الزوجين، وعللوا ما ذهبوا إليه بما يلي:

١. إن أحدهما لا يمكن أن يعلم بأنه عقيم حتى يموت.
 ٢. إن من الرجال من لا يولد له في سن الشباب ثم يولد له وهو شيخ.
 ٣. لو ثبت حق التفريق بسبب العقم لثبت في الآيسة.
 ٤. ليس للزوجة التخيير في الولد؛ لأنّ حقها في الوطاء فلها التخيير في الجماع.
- وقال الحسن^(٥) من الحنابلة^(٦) وابن القيم^(٧) إلى أنه إذا وجد أحد الزوجين الآخر عقيماً فإنه يخيّر؛ لأنه لا يحصل به مقصود النكاح، واستدلوا بما روى ابن سيرين^(٨) عن عمر بن

(١) الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ (عقد الزواج وآثاره والفرقة وآثارها وحقوق الأقارب) د. فاروق عبد الله كريم طبع على نفقة جامعة السليمانية ٢٠٠٤م كردستان العراق: ٢١٤ . ٢١٥

(٢) مواهب الجليل الخطاب: ٣/٤٠٤

(٣) الأم للشافعي: ٥/٤٣ . روضة الطالبين النووي: ٧/١٧٨

(٤) الشرح الكبير على متن المقنع: ٧/٥٧٩ . المغني لابن قدامة: ٧/١٨٦

(٥) أبو العباس الحسن بن سفيان الشيبانيّ التّسويّ نسبة إلى نسا مدينة بخراسان - صاحب المسند والأربعين، تفقه على أبي ثور، وكان يفتي بمذهبه، وسمع من أحمد بن حنبل، ويحيى بن معين، والكبار، وكان ثقة، حجة، واسع الرحلة، توفي سنة ٣٠٣هـ.. شذرات الذهب ابن العماد: ٤/١٨

(٦) الفروع ابن مفلح: ٨/٢٨٩

(٧) زاد المعاد ابن القيم: ٥/١٦٦

(٨) أبو بكر محمد بن سيرين البصري، كان أبوه عبداً لأنس بن مالك رضي الله عنه، روى عن أبي هريرة وعبد الله بن عمر وعبد الله بن الزبير وعمران بن حصين وأنس بن مالك، رضي الله عنهم، وكانت له اليد الطولى في تعبير الرؤيا، توفي بالبصرة سنة ١١٠هـ. وفيات الأعيان لابن خلكان: ١٨١ . ٤/١٨٢

الخطاب ﷺ أنه بعث رجلاً على بعض السعاية، فأتاه فقال: تزوجت امرأة، فقال: أخبرتها أنك عقيم لا يولد لك؟ قال: لا، قال: فأخبرها وخبرها.^(١)

إن تعليل الفقهاء لعدم جواز التفريق للعقم بأنه لا يمكن معرفته والقطع بوجوده؛ يناقش بما ظهر من دراسات وخبرات تكشف عن وجود العقم وتحدد نوعه وإمكانية علاجه من عدمها فيثبت الخيار عند القطع بتعذر الإنجاب، أما قولهم بأن الزوجة حقها في الوطء فقط وليس لها حق في الولد فهذا القول يمنع الزوجين من حق التفريق مهما تقدم الطب في مجال العقم.

وما ذهب إليه الحسن وابن القيم هو ما رجحه الدكتور الصابوني إلا أنه جعل التفريق للضرر لا للعيوب؛ وذلك لأنّ عقم أحد الزوجين يولد ضرراً للآخر تنشأ عنه مشكلات في الحياة الزوجية يصعب الاستمرار فيها مع هذا المانع.^(٢)

وأيضاً فإن القضاء السوري اعتبر العقم سبباً مبرراً للطلاق بالإرادة المنفردة ينفي عن الزوج صفة التعسف فلا يحكم عليه بالتعويض إذا طلق زوجته بسبب عقمها، وما دام القضاء السوري قد عدّه مسوغاً للطلاق فمن باب أولى أن يعدّه مسوغاً لطلب التفريق؛ لأنه مما يخاف معه حدوث الشقاق بين الزوجين.^(٣)

لكن الاجتهاد القضائي عاد ليثبت صفة التعسف على الطلاق بالإرادة المنفردة بسبب العقم، فيقول: "عقم الزوجة لا يبرر إيقاع الطلاق عليها"^(٤) وذلك لأنّ الزوج بإمكانه التزوج من الولود دون طلاق زوجته العقيم، ليدل هذا الاجتهاد على عدم صحة اعتبار عقم الزوجة مسوغاً لطلب التفريق، فالرجل يمكنه أن يدفع هذا الضرر عن نفسه، لكن بالنسبة للزوجة فالأمر مختلف، فإن عقم الزوج يمنعها من النسل الذي هو مقصد من مقاصد النكاح

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف، كتاب النكاح، باب الرجل العقيم (١٠٣٤٧) ٦/١٦٢

(٢) شرح قانون الأحوال الشخصية السوري أ. د عبد الرحمن الصابوني: ٢/٩٧

(٣) الخلع في القانون المصري أ. د أيمن أبو العيال: ٢٦

(٤) القاعدة ٨٧٤ أساس ٤٩١ قرار ٤٨٣ تاريخ ١٩٦٩/١١/٣٠ الأحكام الشرعية محمود زكي شمس: ٢/١١٤٠

الأصلية، لهذا يترجح قول الحسن وابن القيم بأن للزوجة في عقم زوجها حق التفريق للعيب لا للشقاق والضرر؛ لأن المستند الشرعي لهذا الحكم جعل التفريق فيه للعيب لا للضرر، كما أن العقم يصنف ضمن العلل لحاجته لتقرير طبي يجزم بوجود العقم ونوعه وإمكان علاجه ضمن مدة زمنية تعطى للزوج يحددها الأطباء، أما إن وقع الضرر بسبب العقم فللمتضرر حق التفريق للشقاق والضرر لتحقيقها فعلاً ولا يكفي مجرد توقع حدوثها؛ لأنها قد لا تحدث ومن شروط التفريق ثبوت الضرر، كما لا يعطى حق التفريق بسبب العقم للزوج لإمكانه الزواج بأخرى، لذلك يكون المقترح في مسألة العقم المسكوت عنها كالتالي:

- للزوجة طلب التفريق لعقم الزوج بشرط أن تكون قادرة على الإنجاب وألا يكون لديها ولد، وأن يثبت بالتقرير الطبي عجز الزوج عن الإنجاب بعد إعطائه المدة المناسبة للعلاج.

وهو ما أقره قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م في الفقرة الخامسة من المادة ٤٣/ ونصها " للزوجة طلب التفريق عند توافر أحد الأسباب الآتية: ٥ - إذا كان الزوج عقيماً أو ابتلي بالعقم بعد الزواج ولم يكن لها ولد منه على قيد الحياة " والعقم المقصود هنا هو العقم الذي لا يرجى شفاؤه ولا فرق بين أن يكون الزوج عقيماً ابتداءً أو أصيب بالعقم بعد الزواج.^(١)

ونص القانون الإماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥م في الفقرة الثانية من المادة ١١٤/ على إعطاء كلا الزوجين حق التفريق للعقم يقول: " لكل من الزوجين حق طلب التفريق: ... ٢. إذا ثبت بتقرير طبي عقم الآخر، بعد زواج دام خمس سنوات، وبعد العلاج الطبي، وبشرط عدم وجود أولاد لطالب الفسخ، وأن لا يجاوز عمره أربعين سنة ".

^(١) الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م الدكتور فاروق عبد الله كريم: ٢١٤.

المطلب الثاني: التفريق للشقاق والضّرر

الشّقاق: بكسر الشين، شَاقَّه ومُشَاقَّة وشِقَاقاً: خالفه، والمشاقَّة والشّقاق غلبة العداوة والخلاف، وقال الزّجاج في قوله تعالى: ﴿...وإنّ الظّالمينَ لَفِي شِقَاقٍ بَعِيدٍ﴾ [الحج: ٥٣] الشّقاق: العداوة بينَ فريقين والخلاف بينَ اثنين.^(١)

وحقيقته أن يأتي كل منهما ما يشق على صاحبه، فيكون كل منهما في شق (جانب) غير شق صاحبه.^(٢)

الضّرر: ضَرَّه يَضُرُّه ضَرّاً وضَرَّ به وأضَرَّ به وضارّة مُضارّة، والإسْم الضّرر، ضد النفع.^(٣)

وفي الاصطلاح: ضَرَّ فلاناً: ألحق به مكروهاً أو أذى.^(٤)

يجوز طلب التفريق بين الزوجين من القاضي إذا أضر أحدهما بالآخر وهو مذهب المالكية خلافاً للجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة، فلم يجيزوا التفريق للشقاق والضّرر، فللزوجة عندهم أن ترفع أمرها للقاضي إن أضرَّ بها زوجها فيرده عن إيذائها بتعزيره وتأديبه، وإن كان الشقاق من الزوجة فالزوج يملك تأديبها وطلاقها.^(٥)

وأخذ قانون الأحوال الشخصية السوري بمذهب المالكية في جواز التفريق للشقاق والضّرر ونظم أحكامه في المواد ١١٢/ إلى ١١٥/ أحوال، وسكت عن بعض الأحكام والتي ينبغي العودة في بيانها إلى المذهب المالكي المصدر الفقهي لها وذلك من خلال ما يلي:

أولاً. شروط التفريق من قبل القاضي مباشرة

(١) لسان العرب لابن منظور مادة (شقق) ١٠/١٨٣

(٢) معجم لغة الفقهاء: ٢٦٥

(٣) لسان العرب لابن منظور مادة (ضرر) ٤/٤٨٢

(٤) القاموس الفقهي: ٢٢٢

(٥) انظر حاشية الدسوقي: ٢/٣٤٤ . شرح قانون الأحوال الشخصية السوري د. محمد الحسن البغا: ٥٣١

ثانياً . شروط الحكمين

ثالثاً . أحكام عامة تتعلق بالتحكيم

أولاً . شروط التفريق من قبل القاضي مباشرة:

إن اشتكى أحد الزوجين الضرر فيشترط للقاضي قبل أن يقضي بالتفريق مباشرة أن يثبت لديه الضرر، وأن يعجز عن الإصلاح بينهما.^(١)

وقبل الكلام عن ثبوت الضرر لا بد من بيان ماهية الضرر الموجب للتفريق، إذ لم يرد له تعريف في المذهب المالكي إلا أنهم أوردوا عدة صور من الضرر، فمن الزوج: كل ما لا يجوز شرعاً، كهجرها بلا موجب شرعي، وضربها بغير قصد التأديب أو ضربها تأديباً ضرباً مبرحاً، وسبها وسب أبيها، كقوله: يا بنت الملعون كما يقول كثير من رعاة الناس، وهذا من الضرر المعنوي، ووطؤها في الدبر، وإكراهها على المحرمات وارتكاب المعاصي، كشرب الخمر أو الإفطار في رمضان،^(٢) وكذلك محاولة قتلها، والتشهير في سمعتها وما شابه ذلك.

والضرر من الزوجة بخروجها عن طاعة زوجها، كأن تمنعه من الاستمتاع بها، وأن تخرج بلا إذنه، وإغلاق الباب دونه، وترك حقوق الله، كالغسل والصلاة، وخيانتة في نفسها وماله،^(٣) وسبه وسب أهله وضربه والتشهير به ونحوه.

فالملاحظ من خلال هذه الأمثلة أن الضرر هو كل إساءة في التصرف تلحق الأذى بأحد الزوجين من الآخر إما في نفسه أو ماله أو بدنه.

فإذا وقع الضرر يشترط للتفريق شرطان:

^(١) انظر التاج والإكليل للمواق: ٥/٢٦٣ . مدى حرية الزوجين في الطلاق الصابوني: ٢/٧٧١

^(٢) حاشية الدسوقي: ٢/٣٤٥ . شرح مختصر خليل للخرشي: ٤/٩

^(٣) حاشية الصاوي: ٢/٥١١

الشرط الأول . ثبوت الضرر:

الضرر نوعان: ضرر بَيِّن، وضرر غير بَيِّن.

فالضرر البَيِّن: ما يسهل إثباته لظهوره للمحيطين بالزوجين من الجيران والقراة، كالسب والضرب وشرب الخمر والتشهير بالسمعة ونحو ذلك.

والضرر غير البَيِّن: ما يصعب إثباته والوقوف عليه مما يحدث داخل المنزل، كالوطء في الدبر والمهجر ونحوه.

وفي كلا الحالين يثبت الضرر إما بشهادة عدلين بمعاينتهم الضرر لمجاورتهم للزوجين أو لقرايتهم منهما، وإما بالسماع الفاشي المستفيض على ألسنة الجيران من النساء والخدم وغيرهما، ولا تشترط في شهادة السماع أن تكون عن العدول في المشهور في مذهب المالكية وعليه العمل، ويجزئ عند ابن القاسم عدلان على السماع الفاشي من لفيف^(١) الناس والجيران بذلك وتكثير الشهود أحب إليه، وهذا هو المشهور من المذهب، ولو شرطت المرأة على زوجها بعد العقد أنها مُصَدِّقة بالضرر الذي تدعيه بغير يمين فإنه يعمل بشرطها، باتفاق فقهاء المذهب.^(٢)

ويمكن أن يثبت الضرر بالقرينة، كأن يكون بالمرأة آثار ضرب ولا بينة على معاينة ضربه، لأن هذه الآثار لو كانت من غيره لشكا هو ذلك وأنكره،^(٣) أو كتقرير طبيب مختص في إثبات الضرر الحاصل للمتضرر، إضافة إلى بقية وسائل الإثبات المقررة شرعاً كالإقرار واليمين.^(٤)

(١) اللفيف الجمع العظيم من أخلاط شتى فيهم الشريف والدنيء والمطيع والعاصي والقوي والضعيف. تاج العروس

مرتضى الزبيدي: مادة (لف) ٢٤/٣٧١

(٢) البهجة في شرح التحفة لأبي الحسن علي بن عبد السلام التتولي (ت: ١٢٥٨هـ) على الأرجوزة المسماة بتحفة

الحكام لابن عاصم الأندلسي، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ

١/٤٨١ . ٤٨٠ . ١٩٩٨م

(٣) انظر السابق: ١/٤٨٨

(٤) انظر الخلع في القانون المصري أ. د أيمن أبو العيال: ٢٢

فإن وُجِدَ الضرر فإنه يشترط لثبوته ما يلي:

١ . استمرار الضرر لحين الدعوى: أن يضمن شهود المعاينة والسماع أنهم لا يعلمون أن المضر من الزوجين بالآخر قد رجع عن الإضرار بصاحبه وأقلع عنه؛ لأنَّ الغرض من التفريق إزالة الضرر، فإذا رجع المضر عن الإضرار فلا موجب للتفريق.

٢ . ألا تنازل الزوجة عن القيام بموجب الضَّرر بعد ثبوته ولو ضمناً، فإن ادعى الزوج أن زوجته قد مكنته من نفسها بعد قيامه بالضرر وصدقته سقط حقها، سواء كانت جاهلة أم عالمة، فإن ادعت الجهل لم تعذر، وينزل منزلة تصديقها لزوجها ثبوت الخلوة بينهما برضاها بعد القيام بالضرر.^(١)

٣ . تكرار الضَّرر: لا يشترط تكرار الضَّرر في المشهور عند المالكية بل يكفي أن تشهد البيئة بأصل الضَّرر، وقيل يشترط تكراره.^(٢)

ويمكن الجمع بين القولين بجعل اشتراط تكرار الضرر يعود لنوع الضرر نفسه وحسب الوضع الاجتماعي لكل من الزوجين، فلا بد من تكرار الضرر حيث كان خفيفاً، فإن كان ضرراً فاحشاً فيكفي حصوله لمرة واحدة، فمحاولة القتل لا تستوي مع الإيذاء بالكلام، كما يختلف ذلك أيضاً حسب بيئة كل من الزوجين فربَّ كلمة قاسية أشد ضرراً على الزوجة من ضرب مبرح لزوجة أخرى؛ لأنها إساءة كبرى بالنسبة لها بما لا يعد مألوفاً بين الوسط الذي تعيش فيه، ولهذا فإن معيار الضرر هو معيار شخصي يعود تقديره للقاضي حسب وضع الزوجين.^(٣)

^(١) البهجة في شرح التحفة للتسولي: ١/٤٨٠ . الخلع في القانون المصري أ. د أيمن أبو العيال: ١٧

^(٢) التاج والإكليل للمواق: ٥/٢٦٥

^(٣) شرح قانون الأحوال الشخصية السوري أ. د. الصابوني: ٢/٩٥ . الخلع في القانون المصري أ. د. أبو العيال: ١٧

الشرط الثاني . عجز القاضي عن الإصلاح بين الزوجين:

إن ثبت الضرر وظلم أحدهما للآخر حكم القاضي بدرء ظلم الظالم منهما وسكنهما بين قوم صالحين، ويكلفهم تفقد خبرهما واستعلام ضررهما، ثم بعد ذلك إن عجز القاضي عن رفع الضرر والإصلاح بين الزوجين فإنه يقضي بالتفريق بينهما بطلقة بائنة.^(١)

وهو ما استقر عليه الاجتهاد القضائي، حيث نص على أنه " يشترط للتفريق من القاضي مباشرة ثبوت الضرر الذي لا يستطيع دوام الحياة الزوجية معه وعجز القاضي عن الإصلاح"^(٢)

وحسناً ما ذهب إليه الاجتهاد من تحديد نوع الضرر بما لا يستطيع معه دوام العشرة فلا يصح التفريق لأي ضرر إلا إن كان غير محتمل ولا يمكن رفعه، من ذلك عدم التفريق بسبب نشوز الزوجة، حيث قررت محكمة النقض أنّ النشوز على فرض صحته وثبوته هو حالة مؤقتة غير دائمة يمكن للزوجة إنهاؤها بالموافقة على المتابعة، كما أنّ حالة النشوز لا تشكل الضرر الذي لا يستطيع معه دوام الحياة الزوجية المبرر لإيقاع الطلاق من قبل القاضي مباشرة ودون اتباع إجراءات التفريق، وعليه يكون قرار القاضي بالتفريق غير قائم على أساس قانوني مقبول مما يوجب نقضه.^(٣)

ولا يجب التفريق في كل ضرب من الزوج لزوجته، فالضرب العادي لا يحتم كون الزوج هو المسيء، بل لا بد أن يكون الضرب مما لا يستطيع معه دوام العشرة وبقاء الزوجية، أما إن

(١) انظر التاج والإكليل للمواق: ٥/٢٦٣

(٢) قاعدة ٢٦٢ نص قرر ١٧٨٥ أساس ١٩٢٨ تاريخ ١٣/١٢/١٩٩٥ م مجموعة أحكام النقض الآلوسي: ٣٦٩

(٣) قاعدة ٢٧٦ نقض قرار ١٨٠٨ أساس ١٠٧٠ تاريخ ٢٩/١١/١٩٩٤ م السابق: ٣٨٨

كان الضرب مبرحاً وإن تسببت به، فلها طلب التفريق،^(١) كما لا يشترط أن يكون الإيذاء جرمًا معاقباً عليه.^(٢)

وبناءً على ما سبق فإنني أقترح إضافة النص التالي إلى قانون الأحوال الشخصية:

- الضرر الموجب للتفريق هو كل إساءة في التصرف تلحق الأذى بأحد الزوجين من الآخر إما في نفسه أو ماله أو بدنه.
- يشترط في الضرر تكراره إن كان خفيفاً ويعود تقدير درجة الضرر للقاضي، واستمرار الضرر لحين الدعوى، وعدم التنازل عن الضرر من الطرف المتضرر صراحة أو ضمناً.

ثانياً. شروط الحكمين:

إن لم يستطع أحد الزوجين إثبات الضرر فإن القاضي يرسل حكمين للإصلاح بينهما، فإن تعذر الإصلاح قضيا بينهما إما بالطلاق دون بدل أو يُقدَّر البدل على حسب قدر الإساءة، وقد نص القانون على الأحكام المتعلقة بالحكمين إلا أنه لم يذكر من شروط الحكمين إلا كونهما اثنين من أهل الزوجين إن أمكن ذلك، وسكت القانون عن بقية الشروط، فلا بد من الرجوع لبيانها للمصدر الفقهي لهذه المواد، وهي:

١ . **العدالة:** ومن شروط العدالة ومقتضياتها أن يكونا مسلمين بالغين عاقلين، فيبطل حكم غير العدل، وهو الكافر والصبي والمجنون والفاسق.

٢ . **الحرية:** ينبغي أن يكونا حرَّين فحكم العبد باطل.

(١) انظر حاشية الدسوقي: ٢/٣٤٣ . شرح قانون الأحوال الشخصية د. محمد الحسن البغا: ٥٣٨

(٢) قاعدة ٨٥١ ش ٢٧٩ قرار ٢٧٨ تاريخ ١٩٥٨/٩/١١ مجموعة القواعد القانونية: ٤٢٧

٣ . الرشد: فلا يصح حكم السفیه، ویبطل حکم السفیه المولی علیه وإن کان أصلح أهل زمانه؛ لأنّ شرط العدل ألا یكون مولى علیه، وإن کان غیر مولى علیه فإن اتصف بما اعتبر فی العدل فهو عدلٌ وإلا فلا.

٤ . الذکورة: حکم المرأة ولو کان الحکم عدلاً باطل، لأنّ الحکم حاکم وإمام یقتدی به، ولا یصح الحکم من النساء.

٥ . الفقه: وهو العلم بالأحكام الشرعیة المتعلقة بالنشوز والضرر بین الزوجین، فلا یصح حکم غیر الفقیه ما لم یشاور العلماء فیما یحکم به؛ لأنّ شرط الحکم فی أمر أن یكون عالماً بأحكامه الشرعیة، إلا أن یمسّیر العلماء، فإن حکم بما أشاروا علیه کان حکمه نافذاً.^(١)

ولم یلتزم الاجتهاد بدقة بالشروط التي نص علیها المالکیة فاکتفی بقوله أن " من واجب القاضي الشرعی ألا یعهد بمهمة التحکیم فی دعاوی التفریق للشقاق إلا لمن لديه القدرة والأهلیة والإمكانیة العلمیة ولو فی حدها الأدنى للقیام بمثل هذه المهمة ذات الأثر الاجتماعی البالغ الخطورة علی مصلحة المجتمع، وتلك أمور موضوعیة یعود تقديرها للقاضي"^(٢)

لذا أقترح إضافة نص یكمل شروط الحکمین كما ذکرها الفقهاء:

- یشترط فی الحکمین أن یكونا عدلین حرین ذکرین رشیدین فقیهین بأحكام النشوز.

^(١) حاشیة الدسوقي: ٢/٣٤٤

^(٢) قاعدة ٢٢٠ نقض قرار ٤٦٠ أساس ١٢١٣ تاریخ ١١/٤/٢٠٠٣

ثالثاً. أحكام عامة تتعلق بالتحكيم:

١ . التفريق قبل الدخول:

لا يشترط الدخول، فيجوز التفريق للشقاق قبل الدخول والخلوة، فقد يكونان في بيت واحد أو جارين فيتنازعان،^(١) وعلى ذلك استقر الاجتهاد:

" إن الادعاء بوقوع الشقاق قبل حصول الدخول والخلوة جائز قبوله قانوناً لاحتمال صدور ما يوجب النفور بين الزوجين من تصرفات "^(٢)

٢ . كون الحكمين من الأقارب:

ينقض الحكم في ظاهر المذهب المالكي عند تعيين الحكمين من الأبعد مع إمكان الأقارب لقوله تعالى: ﴿... فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا...﴾ [النساء: ٣٥]، فظاهر الآية وجوب كونهما من الأهل عند إمكان ذلك، وخلاف الظاهر عدم النقض ولو توفر القريب.^(٣)

والأولى عدم النقض إذا كان الحكمان على الصفات التي اشترطها الفقهاء من العدالة والرشد والفقهاء؛ لأن الغاية حل النزاع وفق الشريعة، ولما ورد في التفسير أن الحكم محمول على وجه الاستحباب، فإذا بعث القاضي حكمين من الأجانب جاز؛ لأنّ الغرض إجراء الصلح بينهما، والشهادة على الظالم منهما، وهذا الغرض يؤديه الأجنبي كما يؤديه القريب.^(٤)

وأخذت محكمة النقض بظاهر المذهب المالكي فنصت على أن " الأصل أنه لا يصح التحكيم من الأبعد إلا عند عدم وجود من يصلح لذلك من الأقارب وهذا من النظام

(١) حاشية الدسوقي: ٢/٣٤٤

(٢) قاعدة ٢٩١ نقض قرار ٢٢٩ أساس ٥٩٧ تاريخ ٣/١١/٢٠٠٢ مجموعة أحكام النقض الآلوسي: ٤٠٨

(٣) انظر حاشية الدسوقي: ٢/٣٤٤

(٤) تفسير آيات الأحكام محمد علي السائيس: ٢/٤٦٦

العام"،^(١) واستثنت من لا تقبل شهادته من الأقارب، يقول الاجتهاد: "إن والد الزوجة لا يصح ندبه لمهمة التحكيم الشرعي في قضايا الأحوال الشخصية؛ لاستقرار الاجتهاد على أن مما يصح لتكليفه بمهمة التحكيم من الأهل هو من تصح شهادته لمن يسمى عنه، والأصل لا تقبل شهادته للفرع، ومن ثم فهو ممنوع من القيام بمهمة التحكيم"^(٢)

٣ . سلطة الحكّمين:

للحكّمين عند المالكية أن يحكما بالطلاق وينفذ حكمهما وإن لم يرض الزوجان والحاكم، سواء بعثهما الزوجان أو الحاكم؛ لأنّ طريقهما الحكم لا الشهادة ولا الوكالة.^(٣)

واستقر الاجتهاد على أن القاضي لا يملك إيقاع الطلاق إذا لم يقرر الحكمان التفريق.^(٤)

كما أنه لا خيار للقاضي في تقرير الحكّمين بمعنى تعديله، إنما له قبوله أو رفضه إن لم يقتنع به^(٥) وإعادة التحكيم عند وجود خطأ شكلي.

يقول الاجتهاد: "لا يلزم القاضي الناظر بدعوى التفريق للشقاق بإعادة التحكيم ما لم يختلف الحكمان أو يخالفان فيما يتصرفان به الشروط الشكلية في القانون"^(٦)

ولا يمكن للحكّمين الرجوع عن قرارهما؛ إذ الحُكْم كالحاكم ليس له تبديل رأيه أو تعديله.^(٧)

(١) قاعدة ١٨١ قرار ٢٠٧٠ أساس ٢٦٤٤ تاريخ ١٠/١٢/٢٠٠٠ مجموعة أحكام النقض الآلوسي: ٢٥٦

(٢) قاعدة ٢١١ نقض قرار ٧٠٢ أساس ١١٨١ تاريخ ٦/٤/٢٠٠٢ مجموعة أحكام النقض الآلوسي: ٣٠٢

(٣) شرح مختصر خليل للخرشي: ٤/١٠

(٤) قاعدة ٩٢٩ ش ٣٩٤ قرار ٣٩١ تاريخ ١٠/٢٥/١٩٦٥ مجموعة القواعد القانونية: ٤٦٢

(٥) نقض ش ٣١٣ قرار ٦٩٤ تاريخ ١١/٤/١٩٨٣ شرح قانون الأحوال الشخصية السوري د. حسن البغا: ٥٣٦

(٦) قاعدة ٢٢٦ نقض قرار ٨٦٨ أساس ٢١٢٠ تاريخ ١٥/٦/٢٠٠٣ مجموعة أحكام النقض الآلوسي: ٣٢١

(٧) قاعدة ١٧٦ نقض قرار ٦١٤ أساس ٥٦٧ تاريخ ٩/٤/٢٠٠٠ م مجموعة أحكام النقض الآلوسي: ٢٥٠

كما استقر الاجتهاد على أن المعلومات الواردة في تقرير الحكّمين تعتبر صحيحة حتى يثبت تزويرها؛ كون تقرير الحكّمين من الأسناد الرسمية ولا يطعن فيه إلا بالتزوير،^(١) لكن لا تثريب في تبديل المحكمة للفظ الوارد في تقرير الحكّمين إذا لم يختلف المعنى.^(٢)

٤. اختلاف الحكّمين:

إن اختلفا في التفريق فحكم أحدهما بالتفريق ولم يحكم الآخر فلا يقع الطلاق ولا يلزم الزوج بشيء، وإن اختلفا في المال فقال أحدهما: تطلق بعوض، وقال الآخر: تطلق مجاناً، فإن التزمت المرأة المال يقع التفريق على المال وتكون متبرعة، وإن لم تلتزم بالمال فلا طلاق يلزم الزوج ويرجع الحال لما كان عليه؛ لأن الزوج يدعي أن الطلاق معلق على شيء لم يتم له. وإن اختلفا في قدر المال أو صفته أو نوعه يتم التفريق ويرجع لمهر المثل، ما لم يزد مهر المثل عن دعواهما جميعاً أو ينقص عن أقلهما.^(٣)

ونص القانون في المادة ١١٤/٤ أحوال، على أنه "إذا اختلف الحكّمان حكم القاضي غيرهما أو ضمّ إليهما حكماً ثالثاً مرجحاً" ولم يبين القانون كيفية حل الخلاف وما إذا كان الخلاف على المال أو قدره أو صفته فيرجع في بيان ذلك لما نص عليه المالكية.

وذهب الاجتهاد إلى أنه "في حال تعيين حكّمين جدد يهمل تقرير الحكّمين الأول، وفي حال ضم مرجح للحكّمين يصار إلى عقد مجلس جديد يضم الحكّمين والمرجح والزوجين،

(١) أساس ١١٤ قرار ١٤٦ لعام ٢٠١٦ سجلات محكمة النقض

(٢) قاعدة ٩٢٨ ش ٨ قرار ٣٢ تاريخ ١٩٦٩/١/٢٧ مجموعة القواعد القانونية: ٤٦٢

(٣) مدونة الإمام مالك : ٢/٢٦٨ . حاشية الصاوي: ٢/٥١٦

وليس للمرجح أن ينشئ حكماً جديداً"،^(١) وفي حال اختلاف المرجح مع الحكمين يتوجب اختيار حكمين جدد".^(٢)

٥ . انتهاء ولاية الحكمين:

أ. عزل الحكمين: ذهب المالكية إلى أن الحاكم إذا عيّن حكمين لينظرا بأمر دعوى الشقاق فليس للزوجين الرجوع عن التحكيم وعزل الحكمين واختيار استمرار الحياة الزوجية؛ لأنّ الحكمين مرسلان من قبل القاضي لحل النزاع بين الزوجين فهما نائبان عنه والقاضي يفعل ما يرى به مصلحة من حل النزاع إصلاحاً أو تفريقاً.^(٣)

لكن محكمة النقض خالفت الحكم الفقهي وقضت ببطلان تقرير الحكمين في الحكم بالتفريق بسبب اتفاق الزوجين على الصلح، يقول الاجتهاد:

" اتفقت الطاعنة مع زوجها على إعادة الحياة الزوجية، وطلبا تثبيت ذلك أمام الحكمين وإعطاءهما مهلة لتسوية بعض الأمور العالقة، والحكمان تجاهلا ذلك وأصدرا قرارهما، ولما كان طرفا الدعوى قد توصلا إلى توافق على إعادة الحياة الزوجية كما هو ثابت من هذا الطعن ومذكرة المطعون ضده التي طلب من خلالها إمهاله لإعداد المسكن الشرعي للمدعية، وحيث أن هذا الطعن بمثابة العدول عن طلب التفريق ولما كان هدف التحكيم إعادة الحياة الزوجية لمسارها الطبيعي وغاية التحكيم منهج الرسول ﷺ ﴿..أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ..﴾ كما قال تعالى في سورة [الأحزاب: ٣٧]، ولما كان درء المفسد مقدم على جلب المصالح، والطلاق

^(١) قاعدة ٩٠١ ش ١١١ قرار ١٠٤ تاريخ ١٩٦٧/٢/٢٨ مجموعة القواعد القانونية: ٤٥٠

^(٢) قاعدة ٩٠٨ ش ١٠٧ ق ١٠٠ تاريخ ١٩٦٥/٣/٢١ م السابق: ٤٥٤

^(٣) انظر مواهب الجليل الخطاب: ٤/١٨ . حاشية الصاوي: ٢/٥١٦

أبغض الحلال، وحيث أن أسباب الطعن تنال من الحكم المطعون فيه مما يوجب نقض الحكم".^(١)

فالعدول عن طلب التفريق هو بمثابة عزل الحكمين، والعزل قبل صدور الحكم من الحكمين لا يتفق مع المذهب المالكي المصدر الفقهي للتفريق في القانون.

ب . خروج أحدهما عن أهلية التحكيم: إن اختلال شرط من شروط الحكمين يبطل حكمهما، كأن يكون أحدهما صبيّاً أو مجنوناً أو فاسقاً أو امرأة أو كافراً أو سفيهاً أو غير فقيه، وكذلك إذا جنّ أو فسق أو ارتدّ أحد الحكمين يبطل الحكم.^(٢)

وقررت محكمة النقض أن تقرير الحكمين يبطل عند اختلافهما وتعيين القاضي بدلتهما، وعند مخالفة الحكمين القانون أو كان ثمة خطأ شكلي واضح في إجراءات التحكيم،^(٣) من ذلك:

بطلان تقرير الحكمين لعقدتهما جلستين فقط .^(٤)

لما كان ما أثاره وكيل الطاعن من أنّ موكله الزوج المدعى عليه قد تغيّب لسبب قاهر جداً عن التحكيم ولم يحضر أي جلسة من جلسات التحكيم، وكان قد تبين من تقرير الحكمين أنه قد ورد فيه: (ولم نستطع الاتصال بالمدعى عليه ...) وكان ثابتاً من خلال ذلك أنّ الحكمين قد قصّرا لجهة السعي بالاتصال بالزوج المدعى عليه الغائب ولا سيما وأنّ لديه وكيلاً قانونياً، ولما كان لا يقبل من الحكمين القول فقط (لم نستطع الاتصال بالمدعى عليه)

^(١) أساس ٨٧٢ قرار ٨١٦ تاريخ ٢٠١٥/١/٢ م سجلات محكمة النقض

^(٢) حاشية الصاوي: ٢/٥١٣

^(٣) قاعدة ٢٤٩ نقض قرار ١٦٩١ أساس ٤٦١٥ تاريخ ٢٠٠٤/٦/٢٧ مجموعة أحكام النقض الآلوسي: ٣٤٨

^(٤) أساس ١٠٧١ قرار ١٠٤٦ تاريخ ٢٠١٥/١٢/٢٨ سجلات محكمة النقض

دون بيان السبب، وبيان المحاولة لأكثر من مرة، وبالتالي فإن هذا السبب كافٍ لتقرير بطلان تقرير الحكّمين وبطلان ما بني عليه؛ لأنّ كل ما بني على باطل فهو باطل^(١)

ج . صدور الحكم: تنتهي مهمة الحكّمين بصدور حكمهما على الزوجين، وبالتالي ليس لهما إعادة الحكم بين الزوجين إن تجدد الشقاق، وهو ما أشارت إليه المادة /١١٥/ بأنّ على القاضي تعيين حكّمين جديدين عند إعادة التحكيم، وجاء الاجتهاد مصرحاً بأنه " تجب العهدة لغير الحكّمين الأولين بمهمة التحكيم الجديد دفعاً لمظنة الاتهام أو الشك ما دام اختيارهما يجري من قبل القاضي وليس من قبل الأطراف... مما يوجب تقرير بطلان إجراءات التحكيم الجديدة التي جرت بعد تجديد الدعوى من قبل نفس المحكّمين ".^(٢)

ونتيجة لسكوت القانون عن بعض الأحكام المتعلقة بالتحكيم فإنني أقترح إضافة ما يلي إلى قانون الأحوال الشخصية:

- يصح طلب التفريق للشقاق والضرر قبل الدخول وبعده.
- لا ينقض حكم الحكّمين إن كانا من الأبعد مع وجود الأقارب إن توافق حكمهما مع الشرع والقانون.
- إن اختلف الحكمان في الطلاق فلا يقع، وإن اختلفا في المال يعود القاضي في تقديره لمهر المثل بشرط ألا يزيد ولا ينقص عما قاله الحكمان.
- يُعزل الحكمان بصدور الحكم، وبخروج أحدهما عن الأهلية، وبمخالفة أحدهما للقانون أو الأحكام الشرعية.

(١) أساس ٣٤٦ قرار ٢٣٢ تاريخ ٢٥/٤/٢٠١٦ م سجلات محكمة النقض

(٢) قاعدة ٢٨٤ نقض قرار ٥٤٢ أساس ٢١٣٤ تاريخ ٨/٤/٢٠٠٠ م مجموعة أحكام النقض في قضايا الأحوال

الشخصية المحامي عبد القادر الألوسي: ٣٩٧ . ٣٩٨

المبحث الثاني

المسائل المتعلقة بالتفريق لسبب من الزوج

يكون سبب التفريق من الزوج في حالتين:

أولاً: التفريق لعدم الإنفاق؛ وذلك لأنّ النفقة تجب على الزوج.

ثانياً: التفريق لغياب الزوج أو فقده، ولأنّ الزوجة لا تملك الطلاق جاز لها طلب التفريق في حال غياب زوجها لترفع الضّرر عن نفسها، بخلاف الزوج عندما تغيب الزوجة أو تُفقد فهو يملك طلاقها والزواج بغيرها فلا يضره غيابها.

وقد تمّ في هذا المبحث بيان ما سكت عنه القانون في هذا الجانب حسب المطالب الآتية:

المطلب الأول: التفريق للإعسار بالنفقة.

المطلب الثاني: التفريق للغيبة والفقد.

المطلب الأول: التفريق للإعسار بالنفقة

نفقة الزوجة تجب على زوجها ولو كانت غنية، فإن أعسر الزوج بالنفقة أجاز قانون الأحوال الشخصية السوري للزوجة طلب فسخ النكاح في المادة /١١٠/ أحوال شخصية، وهو ما ذهب إليه الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة مستدلين بقوله تعالى: ﴿...وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا...﴾ [البقرة: ٢٣١]، ومن الضرر تركها دون نفقة، وهو خلاف ما ذهب إليه الحنفية، إذ قالوا بعدم التفريق، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا...﴾ [الطلاق: ٧]، وللمرأة أن تستدين أو تنفق على نفسها إن كان لها مال، ويكون هذا في ذمة الزوج يدفعه حين يساره، وإذا تبين للقاضي أن الزوج ممتنع عن الإنفاق ظلماً ولم يتمكن من التنفيذ جبراً عنه في الإنفاق، حكم عليه بالحبس؛ لأنه يعتبر ظالماً في عدم إنفاقه.^(١)

وقد نص القانون في المادة /١١٠/ على بعض شروط التفريق للإعسار وسكت عن بعضها الآخر وعن أحكام أخرى بالتفريق للإعسار سيتم بيانها في هذا المطلب وفق ما يلي:

أولاً. شروط التفريق للإعسار بالنفقة.

ثانياً. حق الزوج في الرجعة.

ثالثاً. الاختلاف في أداء النفقة.

رابعاً. اجتهاد محكمة النقض.

^(١) انظر حاشية ابن عابدين: ٣/٥٩٠. حاشية الدسوقي: ٢/٥١٨. مغني المحتاج للشريبي: ٥/١٧٦. كشاف القناع للبهوتي: ٥/٤٧٦. شرح قانون الأحوال الشخصية السوري أ. د. عبد الرحمن الصابوني: ٨١. ٨٢ / ٢

أولاً . شروط التفريق للإعسار بالنفقة:

لا بد من توافر بعض الشروط لجواز التفريق للإعسار، ذكر القانون منها ثلاثة شروط، وهي:

١. أن يثبت الزوج إعساره وعجزه عن النفقة.

٢. ألا يكون للزوج مال حاضر.

٣. أن يُمهّل مدة مناسبة بعد ثبوت عسره. ^(١)

وسكت القانون عن باقي شروط الإعسار وهي:

١. أن يكون الإعسار عن النفقة الحاضرة فلا يصح التفريق عن النفقة الماضية؛ لأنها أصبحت ديناً في ذمته، وسواء أترك الإنفاق عليها بعذر أم لا، وسواء أكانت مفروضة من قبل القاضي أم لا، ومثلها النفقة المستقبلية عند الشافعية ^(٢) والحنابلة، ^(٣) أما عند المالكية ^(٤) فللزوجة المطالبة بالنفقة المستقبلية إن أراد الزوج السفر وطلبت النفقة إلى قدومه ليدفعها لها معجلة، أو يقيم لها كفيلاً يدفعها حسب ما كان الزوج يدفعها لها إن يوماً بيوم أو شهراً بشهر، فإن أعسر عنها فللزوجة طلب الفسخ، أما المقيم فليس لها مطالبة بنفقة المستقبل.

وقول المالكية أرجح؛ لأنه قد يتغير حال الزوج فقد يكسب عملاً أو هبة، كما أن النفقة المستقبلية لم يتحقق وجوبها فقد يحصل في المستقبل ما يسقطها عنه كالموت أو الطلاق.

٢. أن يكون الإعسار عن أقل النفقة فيعجز الزوج عن نفقة المعسر؛ إذ لا صبر لها على أقل من ذلك، فإن قدر على القوت ولو من خشن الطعام أو من الكسوة ما يستر العورة ولو من

^(١) انظر شرح قانون الأحوال الشخصية السوري أ. د الصابوني: ٢/٨٣

^(٢) انظر روضة الطالبين للنووي: ٩/٧٦

^(٣) انظر المغني ابن قدامة: ٨/٢١٠

^(٤) انظر حاشية الدسوقي: ٢/٥١٨. الشرح الكبير للدردير: ٢/٥٢٠

الخبز، ولو دون ما يلبسه الفقراء، فليس لها الفسخ، ولا نفقة لها بما زاد عن ذلك؛ لأنَّ حقها بالزيادة يسقط بإعساره، فليس لها مطالبتة بالزيادة إن أيسر بعد ذلك.

وليس لها التفريق إن عجز عن الخادم؛ لأنه يمكنها الصبر، والنفس تقوم دون خادم، وكذا إن عجز عن الأدم عند المالكية والحنابلة — وهو كل ما جرت العادة بأكله مع الخبز — لأنه يمكن الاستغناء عنه، وعند الشافعية لها التفريق؛ لأنه لا يمكن الصبر على الخبز البحت الذي بلا أدم، وقال الماوردي: ^(١) إن كان القوت مما ينسأغ دائماً للفقراء دون أدم فلا فسخ وإلا فسخت، وهو رأي وسط. ^(٢)

أما السكن فلا تفريق إن عجز عنه الزوج عند المالكية؛ ^(٣) لأنها لا تعدم مسجداً أو موضعاً مباحاً تسكن فيه، ورُدد بأن الحوالة على المسجد كالحوالة في النفقة على سؤال الناس. ^(٤)

وعند الشافعية ^(٥) والحنابلة ^(٦) لها التفريق إن عجز عن السكن؛ لأنَّ البدن لا يقوم إلا به كالقوت، فلا بد للإنسان من مسكن يقيه الحر والبرد.

٣. اشترط المالكية ^(٧) ألا تكون عند العقد عاملة بفرقه ورضيت بالمقام معه مع عسرتة، فإن نكحته وهي عاملة بذلك ليس لها الفسخ إلا إن كان مشهوراً بالعطاء وانقطع، وكذلك إن علمت عند العقد أنه يسأل الناس فليس لها الفسخ لشهرة حاله، ولم يشترط ذلك

^(١) علي بن محمد بن حبيب البصري أبو الحسن الماوردي الشافعي، أقضى القضاة، صاحب التصانيف الكثيرة، ولي القضاء ببلدان كثيرة ثم سكن بغداد، وروى عنه الخطيب ووثقه، من تصانيفه: أدب الدين والدنيا، الأحكام السلطانية، الحاوي، والإقناع في الفقه، توفي سنة ٤٥٠ هـ. الوافي بالوفيات للصفدي: ٢٩٧. ٢١/٢٩٨.

^(٢) انظر شرح مختصر خليل للخرشي: ٤/١٩٨. التاج والإكليل للمواق: ٥/٥٦٤. مغني المحتاج الشربيني: ٥/١٧٩. كشف القناع البهوتي: ٥/٤٧٨.

^(٣) انظر الشرح الكبير لدردير: ٢/٥١٩. التاج والإكليل للمواق: ٥/٥٦٤.

^(٤) تحفة المحتاج لابن حجر: ٨/٣٤٠.

^(٥) انظر مغني المحتاج الشربيني: ٥/١٧٩.

^(٦) انظر كشف القناع البهوتي: ٥/٤٧٦. الإنصاف للمرداوي: ٩/٣٨٨.

^(٧) انظر حاشية الدسوقي: ٢/٥١٨.

الشافعية^(١) والحنابلة^(٢) لأن الضرر يتجدد كل يوم فيتجدد لها الحق في الفسخ فلا أثر لرضاها.

وما ذهب إليه المالكية أولى؛ لأنّ في ذلك تضيق للطلاق، ولأنّ الزوج لم يغرّر بها.

٤. اشترط الحنابلة^(٣) العجز عن الاستدانة على الزوج، وإلا فليس لها فسخ النكاح؛ لأنّ الفسخ لرفع الضرر وبالاتدانة يرتفع عنها، فلا موجب بعد ذلك للفسخ.

٥. ذهب الظاهرية^(٤) إلى أنّ الزوجة ملزمة بالإففاق من مالها على زوجها إن كانت غنية فضلاً عن الإففاق على نفسها، وليس لها التفريق للإعسار.

وهو رأي مقبول؛ لأنّ التفريق ليس إلا لرفع الضرر الحاصل بالزوجة، فإن كان لها مال يمكنها الإففاق منه فقد أمكن رفع الضرر عنها بإففاقها فترة من الزمن.^(٥)

ثانياً. حق الزوج في الرجعة:

التفريق للإعسار طلاق رجعي، وهو مذهب المالكية، لكن ليس للزوج الحق في مراجعة زوجته إلا بعد إثبات يساره واستعداده للإففاق، وهذا ما نص عليه القانون في المادة /١١١/ أحوال، وسكت القانون عن رضا الزوجة بالرجعة مع فقر الزوج.

ونص المالكية^(٦) على أنّ الزوج إن أراد أن يراجع زوجته فلا يصح إلا بعد أن يوجد معه يسار يقوم بواجب مثله لا أقل، فليس له الرجعة إن قدر على ما دون اليسار، لكن إن

(١) انظر مغني المحتاج الشريبي: ٥/١٨١. البيان في مذهب الإمام الشافعي العمراني: ١١/٢٢٣.

(٢) انظر الإنصاف للمرداوي: ٩/٣٨٥.

(٣) انظر كشف القناع البهوتي: ٥/٤٧٧.

(٤) المحلى ابن حزم: ٩/٢٥٤.

(٥) انظر شرح قانون الأحوال الشخصية السوري د. عبد الرحمن الصابوني: ٢/٨٤.

(٦) انظر شرح مختصر خليل للخرشي: ٤/١٩٨.

رضيت الزوجة بالعودة لزوجها وهو ما يزال فقيراً فالرجعة صحيحة؛ لأنّ التفريق من حقها وقد أسقطته.

ثالثاً. اختلاف الزوجان في أداء النفقة:

إن ادعى الزوج أنه أنفق عليها فأنكرت الزوجة ولا بينة للزوج فعند المالكية^(١) إن كان الزوج غائباً ورفعت أمرها إلى الحاكم، فالقول قولها بيمينها، وإن كان حاضراً فالقول للزوج مع يمينه؛ لأنّ الظاهر أنها لا تسلم نفسها إليه إلا بعد أن تتسلم النفقة، وذهب الشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) إلى أن القول قول الزوجة مع يمينها، سواء أكان الزوج حاضراً أم كان غائباً، لما رواه ابن عباس رضي الله عنه عن النبي ﷺ: « البينة على المدعي واليمين على من أنكر »،^(٤) فالزوجة تنكر القبض فكان القول قولها.^(٥)

رابعاً. اجتهاد محكمة النقض:

قضت هيئة محكمة النقض أنه: " إذا ثبت العجز عن الإنفاق يتوجب على القاضي أن يمهّل الزوج قبل التفريق مدة في حدود ثلاثة أشهر".^(٦)

(١) حاشية الصاوي: ٢/٧٤٨. الشرح الكبير للدردير: ٢/٥٢١

(٢) البيان في مذهب الإمام الشافعي العمراني: ١١/٢٢٧

(٣) كشف القناع البهوتي: ٥/٤٧٥

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الدعوى والبنات، باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه (٢١٢٠١) ١٠/٤٢٧، يقول ابن حجر: "وهو في الصحيحين والسنن الأربعة بلفظ: « واليمين على المدعى عليه »، وقال الإمام النووي عن هذا الحديث: هو حسن بهذا اللفظ وبعضه في الصحيحين". تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير أحمد بن علي بن محمد بن أحمد ابن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ) دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٤١٩هـ ١٩٨٩م: ٤/٤٠٦

(٥) شرح قانون الأحوال الشخصية د. محمد الحسن البغا: ٥٣٠

(٦) قاعدة ٨٢٣ (ش ٤٤٢ قرار ٣٤ تاريخ ١٩٦٥/١١/٦ م) مجموعة القواعد القانونية: ٤١٥. قاعدة ٣٦٠ أساس ٥٨ قرار ٤٩ تاريخ ١٩٧٣/٢/٢٧ المرشد في قانون الأحوال الشخصية أديب استنبولي: ٢/٣٩٥

وقضت أيضاً بأن: " التفريق لعدم الإنفاق يقع رجعيًا، وللزوج مراجعة زوجته في العدة شريطة أن يثبت يساره ويستعد للإنفاق".^(١)

وهذان الاجتهادان ليسا إلا تأكيداً لنص المادة /١١٠/ و /١١١/ أحوال، ولم يبين الاجتهاد الشروط التي سكت عنها القانون، والتي لا بد منها للحكم بجواز التفريق لعدم الإنفاق، إلا ما ورد في حديثه عن النفقة من اشتغالها للكسوة والطعام والملبس والتطبيب وتأمين المسكن، فنص على أنه: " يجب أن يلحظ في النفقة أجور التداوي والطعام والمسكن وغيرها من النفقات، وأن تقدر بحسب حال الزوج المادية، وقد استقر الاجتهاد على أن تقدير النفقة متروك لقاضي الموضوع".^(٢)

كما لم يبين مقدار النفقة التي يجوز فيها التفريق عند العجز عنها، لكن نصَّ على أن نفقة الكفاية هي الحد الأدنى لمعيشة الفرد،^(٣) ولهذا لا بدَّ من العودة إلى ما نص عليه الجمهور المحيزون للتفريق للإعسار من شروط لتكامل ما ورد في المادة، ولذا فإنني أقترح ما يلي:

● يشترط للتفريق للإعسار: أن يكون الإعسار عن النفقة الحاضرة، وأن يعجز الزوج عن نفقة الضرورة، وألا تكون الزوجة غنية، ولا عالمة بفقره عند العقد، وأن تعجز عن الاستدانة.

● للزوج أن يراجع زوجته ما دامت في العدة، بشرط أن يثبت يساره ويستعد للإنفاق أو أن تقبل الزوجة بالعودة إليه مع فقره.

(١) قاعدة ٦٣١ أساس ٥٧ قرار ٦٠٨ تاريخ ١٩٧٥/١١/٢٣ المرشد في قانون الأحوال الشخصية أديب ستنبولي:

٢/٣٦٧

(٢) قاعدة ٧٦٥ نقض قرار ١٨٣٢ أساس ١٨٢٠ تاريخ ١١/٢٩ / ١٩٩٤م مجموعة أحكام النقض في قضايا

الأحوال الشخصية لعبد القادر الألوسي: ١٠٧٧

(٣) أساس ١٣٩ قرار ١٦١ تاريخ ٢٠١٦/٣/١٤ سجلات محكمة النقض

ومن القوانين العربية التي نصت على بعض ما سكت عنه القانون السوري من شروط التفريق للإعسار القانون الجزائري رقم ١١ لعام ١٩٨٤م في المادة ٥٣/ " ما لم تكن عاملة بذلك وقت إعساره "

والقانون العماني رقم ٣٢/٧٩ لسنة ١٩٩٧م في المادة ١٠٩/ " ب. لا تطلق الزوجة لإعسار الزوج إذا علمت بعسره قبل الزواج ورضيت بذلك.

ج. لا تطلق الزوجة الموسرة من زوجها المعسر "

والقانون السوداني لعام ١٩٩١ المادة ١٨٢/

" لا تطلق الزوجة للإعسار أو لعدم الإنفاق في أي من الحالات التالية:

ب. كون الزوج قادراً على القوت كاملاً ولو من خشن المأكل والملبوس.

ج . كونها قد تزوجته عاملة بإعساره راضية به.

د . كون أنّ قريب الزوج الغائب أو أجنبي عنه قد تطوع بالنفقة "

المطلب الثاني: التفريق للغيبة والفقد

في غياب الزوج عن زوجته لحوق الضرر بها وتعرضها للفتنة، فلا هي بلا زوج ولا هي كالمتروجة، ولأنّ للزوجة حقوقاً على زوجها، فهل لها أن تطلب التفريق لرفع الضرر عنها؟ اختلف الفقهاء في حكم التفريق للغيبة فذهب الحنفية والشافعية إلى أنه ليس للزوجة طلب التفريق إن غاب زوجها، وهي زوجته إلى حين عودته أو طلاقه لها أو ثبوت موته مهما طالّت المدة أو قصرت، لعدم قيام الدليل على ذلك من كتاب أو سنة، بينما ذهب المالكية والحنابلة إلى جواز طلب المرأة من القاضي التفريق بينها وبين زوجها الغائب بشروط معينة ولو ترك لها النفقة،^(١) واستدلوا بما روي عن ابن عمر قال: خرج عمر بن الخطاب رضي الله عنه من الليل فسمع امرأة تشكي غياب زوجها، فقال عمر رضي الله عنه لحفصة^(٢) بنت عمر: كم أكثر ما تصبر المرأة عن زوجها، فقالت: ستة أو أربعة أشهر، فقال عمر رضي الله عنه: لا أحبس الجيش أكثر من هذا.^(٣)

واختار قانون الأحوال الشخصية السوري مذهب المالكية والحنابلة، وهو ما نص عليه في المادة ١٠٩/١ إلا أنّ القانون سكت عن بعض الأحكام، فلم يحدد من هو الغائب والفرق بينه وبين المفقود، ونص على شرطين من شروط التفريق للغياب، وسكت عن شرطين، كما سكت عن أحكام زوجة المفقود وحققها في التفريق وما يترتب عليه.

وفي هذا المطلب سيتم بيان ذلك من خلال الكلام عن التفريق للغيبة ثم التفريق للفقد.

(١) انظر حاشية ابن عابدين: ٣/٥٩٠. حاشية الدسوقي: ٢/٤٣١. مغني المحتاج للشرييني: ٥/١٧٧. كشاف القناع

للبهوتي: ٥/٢٣٢. شرح قانون الأحوال الشخصية السوري د. محمد الحسن البغا: ٥٢٢

(٢) حفصة بنت عمر بن الخطاب العدوية أم المؤمنين تزوجها النبي صلى الله عليه وسلم بعد انقضاء عدتها من خنيس بن حذافة السهمي أحد المهاجرين، روي أن مولدها كان قبل المبعث بخمس سنين، روت عن النبي عدة أحاديث، توفيت سنة ٤٥ هـ بالمدينة، وصلى عليها والي المدينة مروان. سير أعلام النبلاء للذهبي: ٢/٢٢٩. ٢٢٧

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب السير، باب الإمام لا يجمر بالغزي (١٧٨٥٠) ٩/٥١

أولاً . التفريق للغيبة:

الغائب في اللغة: من غَاب غَيْباً وَمَغِيْباً وَتَغَيَّبَ، وغاب الرجلُ: سافرَ، وامرأةٌ مُغِيْبٌ، ومُغِيْبَةٌ: غابَ بَعْلُهَا أو أَحَدٌ مِنْ أَهْلِهَا.^(١)

والغائب في الفقه:

الغائب عند المالكية هو من عُلِمَ موضعه.^(٢)

وعند الحنابلة هو من كانت غيبته غير منقطعة، ويعرف خبره، ويأتي كتابه.^(٣)

أ _ شروط الغائب:

لم يذكر قانون الأحوال الشخصية السوري من الشروط اللازمة للتفريق للغيبة سوى شرطين وهما: أن تكون الغيبة طويلة، وقدرها بسنة متبعا ما قاله المالكية وهو الأحوط، بخلاف الحنابلة حيث قدروها بستة أشهر مستنديين لحديث عمر السابق، والشرط الثاني: أن تكون الغيبة لغير عذر وهو شرط الحنابلة، بخلاف المالكية فلم يشترطوا ذلك.^(٤)

وسكت القانون عن شرطين آخرين، وهما:

١. أن تتضرر الزوجة من غياب زوجها، وحدد المالكية نوع الضرر بأن تخشى على نفسها الوقوع بالزنا، ويُعلم ذلك منها وتصدق في دعواها، أما مجرد شهوتها للجماع فلا يوجب طلاقها،^(٥) أما الحنابلة فاشتراط مطلق الضرر.^(٦)

(١) لسان العرب لابن منظور مادة (غيب) ١/٦٥٤

(٢) حاشية الدسوقي: ٣/٣٠٢

(٣) كشف القناع للبهوتي: ٥/٤٢٣

(٤) انظر حاشية الدسوقي: ٢/٤٣١. المغني لابن قدامة: ٧/٣٠٥. شرح قانون الأحوال الشخصية للصابوني: ٢/٧٨

(٥) انظر حاشية الدسوقي: ٢/٤٣١

(٦) انظر المغني لابن قدامة: ٧/٣٠٥

٢. أن يرسل إليه إن علم مكانه وأمكن الوصول إليه، فيكتب له إما أن يحضر أو ينقلها إليه أو يطلق، ويمهله القاضي مدة مناسبة ليفعل ذلك، فإن مضت المدة دون أن يفعل، أو كان عنوانه مجهولاً، أو لم تكن الرسائل تصل إليه فإن القاضي يحكم للزوجة بالتفريق، وهذا عند المالكية،^(١) أما الحنابلة فقالوا: يرأسله الحاكم ليعود فإن أبي فسخ نكاحه.^(٢)

والأولى قول المالكية؛ لأنّ الغرض من التفريق رفع الضرر عن الزوجة، فإن أخذها إليه أو طلقها فقد ارتفع الضرر فلم يبق مبرر للتفريق.

واستقر الاجتهاد القضائي على أنّ التفريق للغياب لا يتحقق إلا إذا قامت البيئة الصحيحة على الغيبة وعلى العذر الذي هو سببها، فإذا كان الغياب لعذر مقبول، كالعمل والتجارة وطلب العلم أو ما شابه ذلك فلا يكون ثمة موجب للتفريق، أما إذا كان العذر غير مقبول وجب تطبيق المادة /١٠٩/، كما أن استثبات العذر الموجب للتفريق مسألة من النظام العام^(٣) وهو ما شرطه الحنابلة لجواز طلب التفريق.

وذهب الاجتهاد القضائي إلى أنّ للزوجة طلب التفريق للشقاق والضرر بسبب غيبة زوجها؛ إذ أن غيبة الزوج مهما كانت مدتها يمكن أن تلحق بالزوجة ضرراً يتمثل في حرمانها من الاستقرار والأمان، والافتقار لزوج يشاظرها همومها الأسرية.

يقول الاجتهاد: " غيبة الزوج لا تحرم الزوجة من طلب التفريق لعلّة الشقاق؛ لأنّ الغيبة قد تؤدي إلى الإضرار بها لحرمانها من الإنس بزوجها على الوجه المشروع".^(٤)

(١) انظر حاشية الدسوقي: ٢/٤٣١. الشرح الصغير للدردير: ٢/٦٢٣

(٢) المغني لابن قدامة: ٧/٣٠٥

(٣) قاعدة ٣٠١ نقض قرار ٥٦٤ أساس ٣٢٥ تاريخ ١٩٨٨/١٢/٣ م مجموعة أحكام النقض في قضايا الأحوال الشخصية عبد القادر الألوسي: ٤٦٢

(٤) قاعدة ٢٦٨ نقض قرار ٦٨٤ أساس ٢٩٦ تاريخ ١٩٩٢/٨/٢٩ م السابق: ٣٧٩

وفي اجتهاد آخر: " حيث أن المدعية المطعون ضدها قد طلبت في استدعاء دعواها التفريق بين الطرفين بطلقة بائمة لعدة الإساءة وطلبت تعيين حكّمين، وإن غياب الزوج سبب لها إساءة ولم يكن المقصود طلب السير بالتفريق لعدة الغياب؛ لأنّ التفريق لعدة الغياب يكون رجعيّاً وليس بائناً، بينما التفريق لعدة الإساءة يكون بطلقة بائمة، كما أن طلب تعيين حكّمين يدل على أن المقصود هو طلب التفريق لعدة الإساءة وليست لعدة الغياب، وقد سارت المحكمة بإجراءات التفريق لعدة الإساءة أصولاً وقد استجمع تقرير الحكّمين كافة شرائطه القانونية وقد تبين للحكّمين أن الإساءة كاملة تقع على الزوج ".^(١)

ويمكن أن يتصور صحة ما ذهب إليه هذان الاجتهادان عندما يكون الزوج الغائب معلوم المكان فيتمكن من تبليغه الدعوى، ولا عذر له في الغياب عن مجلس التحكيم بعد التبليغ، أما إن لم يمكن الوصول إليه للجهل بمكانه فكيف تصح دعوى التفريق للشقاق؟

يقول الاجتهاد:

" إن أوراق الدعوى تؤكد غياب الزوج مدة أكثر من ثلاث سنوات متتالية وهي لا تعلم أين زوجها وقد أصابها الضرر والظلم .. وحيث أن المدعية قد أوضحت في استدعاء دعواها أنها تطلب إحالة القضية للتحكيم والتفريق بينها وبين زوجها المدعى عليه وعلى كامل مسؤوليته وكان يتعين على المحكمة السير بإجراءات التفريق لعدة الإساءة والضرر وفق طلب المدعية وتقوم بتعيين حكّمين .. وأن المدعية الطاعنة لم تحصر طلبها بالتفريق للغياب مما يجعل أسباب الطعن تنال من القرار المطعون فيه وهو مستوجب النقض .. وتقرر بالإجماع: قبول الطعن موضوعاً ".^(٢)

(١) أساس ٦٠٥ قرار ٦٣٧ تاريخ ٢٢/٩/٢٠١٤ م سجلات محكمة النقض

(٢) أساس ٤٥٦ قرار ٤٨٧ تاريخ ١٨/٧/٢٠١٦ م سجلات محكمة النقض

فيرد على هذا الاجتهاد أن في دعوى التفريق للشقاق والضرر يتوجب على المحكمة تعيين حكمين كما ورد في القرار السابق سعيًا منهما لرفع الضرر والإصلاح بين الزوجين، وذلك يتطلب تبليغ الزوج بالدعوى وسماع أقواله، وهذا متعذر بسبب غيابه وعدم إمكان التواصل معه للجهل بمكانه، والحكم عليه بالطلاق، وتحميله الإساءة دون علمه، يجعل الحكم بالتفريق على أساس الشقاق والضرر باطلاً شرعاً وقانوناً.

كما أن المذهب المالكي وهو المصدر الفقهي لمواد التفريق للشقاق ميّز بين ضرر الغياب فوضع له أحكام التفريق للغياب وشرط له شروطاً لا يصح التفريق دونها شرعاً، وبين التفريق للشقاق الذي سببه العداوة والنزاع بين الزوجين، مما يعني أن لكل نوع من أنواع التفريق شروطاً وأحكاماً خاصة، وما فعله القانون من الخلط بين أسباب التفريق لا وجه له شرعاً.

ويقول الدكتور المشرف المشارك أيمن أبو العيال: إن الذي دفع لظهور هذه التطبيقات هو الالتفاف حول القانون وصولاً للطلاق، إما لتجاوز طول المدة التي تستغرقها دعوى الغياب واختصاراً للأجل الذي يجب أن تلتزم به الزوجة في دعوى الغيبة أو الفقد، وإما لعدم تحقق الشروط الشرعية والقانونية لدعوى غياب الزوج أو فقده كإلزام الزوجة بإثبات الغياب، وكوجود عذر لغياب الزوج يمنع الحكم لها بالتفريق، كل ذلك يدفع الزوجة للجوء لدعوى الشقاق رغبة في الحصول على حكم الطلاق، كما ورد في الاجتهاد السابق الذي يوضح رغبة الزوجة في الحصول على الطلاق البائن لا الرجعي " .. ولم يكن المقصود طلب السير بالتفريق لعلّة الغياب؛ لأن التفريق به لعلّة الغياب يكون رجعيًا وليس بائنًا بينما التفريق لعلّة الإساءة يكون بطلقة بائنة .."، إلا أن الزوج إن كان مسيئاً لعشرة زوجته قبل غيابه فللزوجة طلب التفريق بدعوى الشقاق لوجود سببها، أما إن كان الزوج محسنًا لعشرتها قبل غيابه فلا حق لها شرعاً إلا في التفريق للغياب عند تحقق الشروط التي نص عليها المالكية والحنابلة المصدر التشريعي لنص المادة /١٠٩/ .

وبناءً على ما تم بيانه أقتراح إضافة الأحكام المسكوت عنها في التفريق للغياب إلى قانون الأحوال الشخصية:

- يشترط للتفريق للغياب أن تتضرر الزوجة من غياب زوجها.
- على القاضي إنذار الزوج قبل الحكم بالتطليق إما أن يحضر أو ينقلها إليه أو يطلقها.
- ليس للزوجة طلب التفريق للشقاق إن كان الزوج غائباً ولا يعلم مكانه إلا إن ثبتت إساءته قبل غيابه.

ونص على بعض هذا المسكوت القانون الأردني رقم ٣٦ لعام ٢٠١٠ في المادة /١٢٠/ " إذا أمكن وصول الرسائل إلى الزوج الغائب ضرب له القاضي أجلاً وأعذر إليه بأن يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً فرق القاضي بينهما" ^(١)

ب _ نوع الفرقة في التفريق للغيبة:

تجدر الإشارة إلى أن قانون الأحوال الشخصية السوري اعتبر التفريق للغيبة طلاقاً رجعيّاً، وهو ما لا سند له شرعاً، فالمذاهب التي أجازت التفريق للغيبة لم تعتبره رجعيّاً؛ إذ هو عند المالكية ^(٢) طلاق بائن، والحنابلة ^(٣) جعلوه فسخاً، ففي حال عودة الزوج خلال العدة ومراجعة زوجته فإن هذا التصرف لا يجوز شرعاً، ونظراً لما استقر عليه الاجتهاد القضائي من أن " الطلاق من النظام العام المتعلق بالحل والحرمة وهو من حقوق الله تعالى" ^(٤) فإنه يجب

^(١) ومثل هذا ذهب القانون القطري في المادة /١٤٣/، والعماني في المادة /١١٠/، والكويتي في المادة /١٣٧/، والسوداني في المادة /١٨٥/

^(٢) انظر الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني أحمد بن غانم بن سالم شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي (ت ١١٢٦هـ) دار الفكر (د.ط) ١٤١٥هـ ١٩٩٥م: ٢/٣٢

^(٣) انظر كشف القناع للبهوتي: ٥/١١٣

^(٤) القاعدة ٤٥٩ نقض أساس ٢٦٨ قرار ١٣٧ تاريخ ٢٠٠١ مجموعة أحكام النقض لعبد القادر الآلوسي: ٦٥٢

اعتبار هذا الطلاق بائناً أو فسخاً ولا تحل فيه الرجعة، لذلك أرى أنه يجب منع الزوج من مراجعة زوجته لحين تعديل المادة ليصبح الطلاق في التفريق للغياب بائناً لا رجعة فيه، وهو ما ذهب إليه القانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ في المادة /١٢/ فجعل الفرقة في التفريق للغياب طلاقاً بائناً، أخذاً من المذهب المالكي، فيقول: " إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها تطليقاً بائناً إذا تضررت من بعده ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه ".

ثانياً . التفريق للفقد:

المفقود في اللغة: فَقَدَ الشيءَ يَفْقِدُهُ فَقْدًا وفَقْدَانًا: ضاع منه، وفَقَدَتِ المرأةُ زوجها فهي فَاقِدَة إذا غاب عنها، والمفعول مَفْقُود وفَقِيد.^(١)

المفقود اصطلاحاً:

عرفه المالكية بأنه: الذي يغيب فينقطع أثره ولا يعلم له خبر.^(٢)

وعند الحنابلة: من لا تُعلم له حياة ولا موت لانقطاع خبره.^(٣)

والمفقود في القانون السوري (المادة ٢٠٣) أحوال: " كل شخص لا تعرف حياته أو مماته أو تكون حياته محققة ولكنه لا يعرف له مكان " .

الفرق بين الغائب والمفقود أن الغائب في الفقه من يُعلم موضعه وقد لا يعلم موضعه وتُعلم حياته، أما المفقود من لا يعلم مكانه ويدور الشك حول حياته، أو ينقطع خبره ولا يعلم له أثر بينما القانون لم يفرق بين الغائب والمفقود فيما يتعلق بأمواله، فاعتبر الغائب كالمفقود إن تعذرت عودته عندما تناول أحكام الولاية والوكالة القضائية، إلا أنه لم يتعرض لأحكام زوجة المفقود وحقها في التفريق، وهل هي كزوجة الغائب أم لا ؟ لذلك يجب العودة للمصدر الفقهي للمادة في التفريق للغياب، مع المادة ٢٠٥ / التي حددت انتهاء حياة المفقود.

أ- حق الزوجة في التفريق للفقد:

اتجه الفقهاء في حق الزوجة في التفريق عند فقد زوجها إلى اتجاهين:

^(١) المعجم الوسيط مجمع اللغة العربية بالقاهرة مادة (فقد): ٦٩٦ . ٦٩٧ / ٢

^(٢) شرح مختصر خليل الخرشي: ٤/١٤٩

^(٣) كشف القناع للبهوتي: ٤/٤٦٤

الاتجاه الأول: مذهب الحنفية^(١) والشافعية^(٢) في عدم التفريق بين المفقود وزوجته وتبقى على عصمته حتى يعود أو يحكم القاضي بموته، واستدلوا بحديث المغيرة ابن شعبة^(٣) أن النبي ﷺ قال: « امرأة المفقود تصبر حتى يأتيها البيان »^(٤) وقول سيدنا علي^(٥) كَرَّمَ اللهُ وَجْهَهُ فِي امرأة المفقود: (هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق)،^(٦) ولأنَّ موته مجرد شكٍّ واحتمال، والزواج يقين، واليقين لا يُزال بالشك.^(٧)

الاتجاه الثاني: ذهب المالكية والحنابلة إلى أنه للمرأة أن ترفع أمرها للقاضي فيضرب لها مدة معينة تتربص بها، ثم بعد أن تنتهي تعتد عدة وفاة وتحل للأزواج، واختلفوا في تحديد المدة:

فعند المالكية^(٨) للمفقود أربع صور: فإن فقد في بلاد المسلمين تتربص امرأته أربع سنين ثم تعتد عدة وفاة، وإن فقد في بلاد العدو تبقى زوجته ما لم يثبت موته أو يمضي مدة لا يعيش مثلها، والمفقود في قتال المسلمين مع الكفار قال الإمام مالك وابن القاسم: هو كالمفقود في بلاد العدو، وروي عن الإمام مالك: تتربص امرأته سنة ثم تعتد عدة وفاة، ومن فقد في قتال

(١) انظر المبسوط السرخسي: ١١/٣٥

(٢) انظر روضة الطالبين النووي: ٨/٤٠٠

(٣) المغيرة بن شعبة بن أبي عامر بن مسعود بن معتب بن مالك الثقفي، أسلم قبل عمرة الحديبية، وشهدها وبيعة الرضوان، وكان يقال له مغيرة الرأي، كان من دهاة العرب، شهد اليمامة وفتح الشام والعراق، ولاه عمر البصرة، ففتح ميسان وهمدان وعدة بلاد إلى أن عزله ثم ولاه الكوفة، توفي سنة خمسين عند الأكثر. الإصابة في تمييز الصحابة ابن حجر: رقم الترجمة (٨١٩٧) ١٥٦. ١٥٧/٦

(٤) البيهقي السنن الكبرى كتاب العدد باب من قال امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها يقين وفاته (١٥٥٦٥) ٧/٧٣١، وقال ابن حجر في التلخيص الحبير: ٣/٤٦٦ إسناده ضعيف.

(٥) علي بن أبي طالب بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف القرشي الهاشمي، أول النَّاسِ إسلاماً في قول كثير من العلماء، ولد قبل البعثة بعشر سنين، هاجر إلى المدينة وشهد بدرًا وجميع المشاهد إلا تبوك، استخلف أميراً للمؤمنين وبويع له في المدينة بعد مقتل عثمان في ذي الحجة من سنة ٣٥، قتل في ليلة السابع عشر من شهر رمضان سنة ٤٠ هـ ومدة خلافته خمس سنين إلا ثلاثة أشهر. أسد الغابة لابن الأثير: رقم الترجمة (٣٧٨٩) ٨٧. ١٠٢/٤

(٦) مصنف عبد الرزاق كتاب الطلاق باب التي لا تعلم مهلك زوجها (١٢٣٣٠) ٧/٩٠

(٧) الأشباه والنظائر السيوطي: ١/٧

(٨) انظر الفواكه الدواني للنفاوي: ٤١. ٤٢/٢

المسلمين مع بعضهم قال الإمام مالك وابن القاسم: ليس هناك مدة معينة، فقليل: تعتد من التقاء الصفين، وقليل: تنتظر سنة ثم تعتد، وقليل: يترك ذلك لاجتهاد الحاكم.

وعند الحنابلة^(١) للغيبة قسمان:

١. الغيبة التي ظاهرها الهلاك: تتربص امرأة المفقود أربع سنين ثم تعتد عدة وفاة، واستدلوا بقضاء عمرو وعثمان رضي الله عنهما، فقد روي عن سعيد بن المسيب أنّ عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان قضيا في المفقود أنّ امرأته تتربص أربع سنين وأربعة أشهر وعشرًا بعد ذلك ثم تزوج، فإن جاء زوجها الأول خيّر بين الصداق وبين امرأته.^(٢)

ولأنه إذا جاز فسخ النكاح لتعذر الوطء بالعدة ولتعذر النفقة بالإعسار فلأن يجوز هنا أولى لتعذر الاثنين معاً.

٢. الغيبة التي ظاهرها السلامة: تنتظر زوجة المفقود إلى أن يعود أو يحكم القاضي بموته فتعتد عدة وفاة.

واختار القانون مذهب الحنابلة في تحديد انتهاء حياة المفقود، فنص في المادة /٢٠٥/ على أن المفقود يحكم بموته عند بلوغه الثمانين من العمر إن فقد في ما ظاهره السلامة كالسفر للتجارة، أما إن كانت غيبته يغلب عليها الهلاك كأن يُفقد بسبب العمليات الحربية أو الحالات المماثلة لها فإنه يجوز الحكم بموته بعد أربع سنوات من تاريخ فقده، وهذا التفريق بين حالة السلم والحرب هو مذهب الحنابلة ويتفق مع الحنفية بالحالة الأولى إلا أنّ المذهب الحنفي لم يفرق بين الصورتين، وفي الصورة الثانية يتفق الحنابلة مع المالكية إن فقد في دار الإسلام.

^(١) انظر المغني ابن قدامة: ٨/١٣١

^(٢) مصنف عبد الرزاق كتاب الطلاق باب التي لا تعلم مهلك زوجها (١٢٣١٧) ٧/٨٥

وبناء على نص القانون في تحديد انتهاء فقدان بأربع سنوات في حال الحرب، فإنه يترتب على ذلك عدة أحكام سأيينها وفق مذهب المالكية والحنابلة مصدر هذه المادة:

١. نوع الفرقة في الفقد:

الفرقة عند المالكية طلاق يقدر الشارع وقوعه من المفقود حين شروع الزوجة في العدة يُفِيئُها عليه على احتمال حياته لأجل أن تفوت على الأول بدخول الثاني، ويتحقق وقوع الطلاق المقدر في العدة عند دخول الثاني حكماً،^(١) وعدتها كعدة وفاة، وليست وفاة حقيقة؛ لأن هذا تمويت أي حكم بالموت لا موت حقيقة.^(٢)

أما عند الحنابلة فهي فرقة وفاة، وإذا حكم الحاكم بالفرقة ينفذ حكمه ظاهراً؛ لأنه إن لم ينفذ فلا فائدة من حكمه، أما الباطن يبقى كل شيء على صفته، لذلك إن طلق المفقود فطلاقه صحيح، وإن عاد بعد زواج زوجته فهو بالخيار وله رُدُّها إليه.^(٣)

٢. أثر عودة المفقود بعد التفريق:

إن مضت أربع سنوات وهي المدة التي ضربها الحاكم لزوجة المفقود ثم اعتدت الزوجة عدة وفاة، فقد اتفق المالكية^(٤) والحنابلة^(٥) على أنه إن عاد الزوج قبل زواجها فهي زوجته.

أما إن تزوجت بعد انتهاء العدة ثم عاد المفقود وبانت حياته، فقد اختلفوا في أثر عودته بناء على اختلافهم في نوع الفرقة:

(١) حاشية الصاوي: ٦٩٦ / ٢

(٢) حاشية الدسوقي: ٤٧٩ / ٢

(٣) انظر كشاق القناع: ٤٢٢ / ٥

(٤) انظر الفواكه الدواني للنفراوي: ٤١ / ٢

(٥) انظر الإنصاف المرداوي: ٢٩١ / ٩

أ- مذهب المالكية: (١)

إن انتهت الأربع سنوات وشرعت الزوجة في العدة يقدر وقوع الطلاق من المفقود بطلقة يُفِيْتُهَا القاضي عليه بناء على احتمال حياته، فإن تزوجت بعد انتهاء العدة ودخل الزوج الثاني بها يتحقق وقوع الطلاق بالدخول، وبناء على ذلك فإن عاد المفقود قبل دخول الثاني أو بانت حياته فهو أحق بها لعدم تحقق الطلاق، وكذلك إن تبين أنه مات في العدة أو بعد العقد وقبل الدخول فهي للمفقود ويبطل عقد الثاني، أما إن عاد بعد أن دخل الثاني بها أو تلذذ غير عالم بحياة الأول فتبين من الأول لتحقيق وقوع الطلاق، وتأخذ من المفقود جميع المهر وإن لم يكن قد دخل بها قياساً على الميت، وهذا قول الإمام مالك وبه القضاء، وروي عن ابن القاسم أن لها نصف المهر إلا في حال ثبت موته بالبينة أو بمضي مدة التعمير.

ب- مذهب الحنابلة: (٢)

إن عاد المفقود قبل الدخول فهي للزوج الأول؛ لأنه بظهور حياته تبين أن العقد الثاني كان باطلاً؛ لمصادفته امرأة ذات زوج، ولا صداق لها من الثاني لبطلان العقد فتعود للأول بالعقد الأول.

وإن عاد بعد دخول الثاني بها فالمفقود بالخيار بين أمرين:

١ . أخذها، فتكون امرأته بالعقد الأول ولو لم يطلق الثاني؛ لأنه تبين أن نكاحه كان باطلاً، ولا يطأها الزوج الأول إلا بعد أن تعتد من الزوج الثاني، ويأخذ المفقود من الزوج الثاني مهرها الذي سماه لها إن كان قد دفعه لها أو يأخذ مقدار ما أعطاه من المهر، لأن الثاني أتلف المعوض فيرجع عليه المفقود بالعوض، ويرجع الثاني على الزوجة بما دفعه للمفقود؛ لأنه غرمه بسببها.

(١) انظر شرح مختصر خليل للخرشي: ٤/١٥٠ . حاشية الصاوي: ٢/٦٩٥

(٢) كشف القناع للبهوتي: ٥/٤٢٢

٢ . تركها للزوج الثاني، لقول عمر وعثمان وعلي، وقضى به ابن الزبير ولم يعرف لهم مخالف فكان كالإجماع، وعلى الزوج الأول إن لم يختارها أن يطلقها ثم تعتد، وبعد انتهاء عدتها يجدد الزوج الثاني العقد عليها؛ لأنه تبين بطلان عقده بمجيء المفقود وهو الصحيح، وقيل هي مع الثاني من غير تحديد عقد؛ لأنّ الصحابة لم ينقل عنهم تحديد عقد.

٣ . ابتداء مدة التبرص وافتقارها للحكم:

اختلف المالكية والحنابلة في ضرورة رفع زوجة المفقود أمرها إلى القاضي ليضرب لها مدة التبرص، وفي بداية مدة التبرص، فذهب المالكية^(١) إلى أنه لا بد للمرأة أن ترفع أمرها للقاضي أو الوالي أو والي الماء ليؤجلها أربع سنين ثم تعتد عدة وفاة، ووالي الماء: هو جابي الزكاة، سمي بذلك؛ لأنه يخرج لجباية الزكاة عند اجتماع المواشي على الماء، فإن لم يوجد واحد من هؤلاء فلها الرفع لجماعة المسلمين من صالح بلدها، فيبحث القاضي عنه في الأماكن التي يظن ذهابه إليها من البلدان بأن يرسل رسولا بكتاب لحاكم تلك الأماكن مشتمل على صفة الرجل وحرفته ونسبه ليفتش عنه فيها، فإن عجز يضرب الأجل من يوم اليأس عند الإمام مالك، ثم تعتد بعد الأربع سنوات عدة وفاة لا تحتاج في بدء العدة لإذن الحاكم؛ لأن إذنه حصل بضرب الأجل، وضرب الأجل لواحدة من نساء المفقود ضرباً لبقيتهن ما لم يختزن المقام معه.

بينما ذهب الحنابلة^(٢) إلى عدم افتقار الأمر إلى الحاكم ليحكم بضرب المدة وعدة الوفاة والفرقة؛ لأنها مدة تعتبر لإباحة النكاح فلم تفتقر إلى الحكم، كمدة من ارتفع حيضها ولم تدر ما رفعه، فتكون ابتداء المدة من حين انقطاع خبره، فلها أن تتزوج بعد مضي المدة

(١) حاشية الدسوقي: ٢/٤٧٩ . التاج والإكليل للمواق: ٥/٤٩٨

(٢) المغني لابن قدامة: ٨/١٣٣

والعدة من غير حكم حاكم، وهو المعتمد عندهم،^(١) وفي رواية: أن ابتداء المدة من حين ضربها من قبل الحاكم؛ لأنها مدة مختلف فيها، فافتقرت إلى ضرب الحاكم كالعنة.

وما ذهب إليه المالكية هو الأنسب مع عصرنا الحاضر حيث جميع عقود الزواج يجب أن تكون مثبتة في المحاكم؛ لذا يكون إنهاؤها عن طريق المحاكم.

٤. حكم من نعي لها زوجها:

هي من أُخبرت بموت زوجها، فاعتمدت على الإخبار وتزوجت، ثم قدم زوجها، فالمشهور عند المالكية^(٢) أنها ترد إلى الأول، ولو بعد دخول الثاني، ولو ولدت منه، فتعتد بسبب وطء الثاني _ وهو كالوطء بشبهة _ ثم تعود للأول، وسواء حكم بموته حاكم أم لم يحكم؛ لأنَّ حكم الحاكم مستند إلى شهادة ظهر خطؤها، وما ذهب إليه المالكية يتفق مع المذهبين الحنفي والشافعي.^(٣)

وعند الحنابلة^(٤) إن ظهر موته باستفاضة أو شهدت به بيعة فاعتدت زوجته للوفاة أبيح لها أن تتزوج للحكم بموته، فإن عاد بعد ذلك فحكمه كما لو عاد بعد انتهاء الأجل والعدة، فإن عاد قبل دخول الزوج الثاني فهي زوجته، وإن عاد بعده يخير بين أخذها من الثاني وبين تركها وأخذ الصداق منه.

^(١) كشف القناع: ٤٢١. ٥/٤٢٢

^(٢) مواهب الجليل للحطاب: ٤/١٥٨

^(٣) انظر المبسوط السرخسي: ١١/٣٧. الأم الإمام الشافعي: ٧/١٦٥

^(٤) كشف القناع للبهوتي: ٥/٤٢٣. شرح منتهى الإرادات للبهوتي: ٣/١٩٩

٥. تزوجت في العدة أو قبل انتهاء الأجل:

اتفق المالكية^(١) والحنابلة^(٢) على أن زوجة المفقود إن تزوجت في وقت ليس لها أن تتزوج فيه، كأن تزوجت في مدة التبرص أو في العدة أو في غيبة ظاهرها السلامة أو ما أشبه هذا، فنكاحها باطل، ولو تبين بعد ذلك أنه كان ميتاً، أو كان طلقها قبل زواجها بمدة تنقضي فيها العدة؛ لأنها ممنوعة من النكاح فأشبهت المتزوجة، لذا يجب فسخ نكاحها لعدم ثبوت موت زوجها المفقود، وعليها أن تستبرئ من الوطء الفاسد، ولا حد عليها لأنّ دعواها موته شبهة تدرأ عنها الحد.

٦. حق زوجة المفقود في التفريق للإعسار أو الغياب:

اتفق المالكية^(٣) والحنابلة^(٤) على أن المفقود إن لم يترك لزوجته النفقة فلها التفريق للإعسار إن تحققت شروطه، بأن لم يكن له مال حاضر، وتعذر الوصول إلى شيء من ماله، أو تعذرت الاستدانة عند الحنابلة، وإلا ليس لها التفريق للإعسار.

وفي حال توافرت لديها النفقة فأرادت التفريق للغياب بعد فقدان زوجها وقبل انتهاء مدة التبرص، فقد اختلفت المالكية والحنابلة في ذلك:

نص فقهاء الحنابلة^(٥) على أن المفقود لا يفسخ نكاحه للغياب وإن طال غيابه؛ لأنه غائب بعذر.

(١) انظر حاشية الدسوقي: ٢/٣٨١

(٢) انظر المغني لابن قدامة: ٨/١٣٧

(٣) مواهب الجليل الخطاب: ٤/١٥٦

(٤) حاشية الروض المربع ابن قاسم العاصمي: ٧/١٢٥

(٥) انظر كشاف القناع البهوتي: ٥/١٩٣

وعند الملكية^(١) المفقود له عدة حالات في التفريق تبعاً لمكان فقدته، ففي الأسير ومن فقد بأرض الشرك تبقى الزوجة لانقضاء مدة التعمير ففي هذه الحال لا يجوز التفريق بينه وبين زوجته إن ترك لها نفقة، إلا إن خافت على نفسها الزنا فلها التطليق، وهو شرط وضعه المالكية في التفريق للغياب.

وبناءً على قول المالكية يحق لزوجة الأسير والمفقود بأرض الشرك فقط التفريق بعد سنة من غياب زوجها إن خشيت الزنا، لا غيره من المفقودين؛ لأنه لا يُنتظر لمدة التعمير، فلا يتصور وقوع الضرر على المرأة، لكن القانون اشترط أن يكون غياب الزوج بعذر كما قال الحنابلة، وفي المذهب الحنبلي المفقود غائب بعذر، لذا فلا يصح لزوجة المفقود التفريق للغياب لعدم توافر شروط التفريق قانوناً.

والراجح أن من فُقد في غيبة ظاهرها السلامة يجوز لزوجته طلب التفريق للغياب بناءً على المذهب المالكي إن خافت على نفسها الزنا، لرفع الضرر عن الزوجة، ولأن القانون ذهب إلى أن الحكم بوفاة المفقود في هذا النوع من الغيبة هو لحين بلوغه الثمانين من العمر، وانتظار الزوجة لكل هذه المدة يوقعها في الضرر، كما أن الغائب في حال السلم بعد البحث عنه والعجز عن كشف حاله في زمن انتشرت فيه وسائل الاتصال وسهولة البحث يترجح فيه احتمال تقصد الغياب، فيكون حينها غائباً بغير عذر.

أما من فُقد في غيبة ظاهرها الهلاك، فعليها التبرص أربع سنوات ثم تعتد للوفاة، وليس لها التفريق للغياب؛ لأنها مدة يسيرة بمقابل مدة التعمير، ويرجح ذلك ما ورد في المذهب المالكي لابن عرفة في زوجة الغائب من أن السنتين والثلاث ليست بالمدة الطويلة ولا بد من الزيادة

(١) انظر الفواكه الدواني النفراوي: ٢/٤٢

عليها،^(١) ولأن القانون اشترط التفريق بعدم وجود العذر والمفقود معذور في غيابه كما ذكر الحنابلة.

ب- ما جاء في اجتهاد محكمة النقض بشأن المفقود:

١. " المحكمة الشرعية هي المختصة بإثبات الوفاة واعتبار المفقود ميتاً ونصب الوكيل القضائي الذي لا مناص من مخاصمته في دعوى اعتبار المفقود ميتاً ".^(٢)

" المشرع السوري أخذ بالقول باعتبار المفقود في العمليات الحربية ميتاً بعد انتهائها ومضي أربع سنوات على فقدته، وأن ذلك استجابة للواقع الذي أملاه دخول الأسلحة الفتاكة الشديدة التدمير في المعارك والحروب في المنطقة، وما ينجم بالضرورة عن استعمالها على نطاق واسع من تدمير وإزالة ومحو للمنشآت المدنية والعسكرية ومن فيها من الناس، وبحيث لا بدّ من تقرير وفاة من تعرض للفقدان في مثل هذه الأوضاع الميدانية دون أن يعثر على جثة أو أثر مميز، وليتمكن معه تحديد شخصه في المكان ثم لا يعود إلى قطعه العسكرية أو بلده بعد مضي أربع سنوات من اعتباره مفقوداً، وحيث أن أسباب الطعن ترد على الحكم الطعين الواجب نقضه لعدم صحة مناقشة المحكمة لأقوال شهود طرفي الدعوى، والتي جاءت مؤكدة لواقعة اعتقال زوج الطاعنة فقط دون أن تبين أي منها ما يرجح وفاته وقت اعتقاله أو العلم بموته في مكان اعتقاله، وهو ما لا يصح معه اعتباره متوفياً سنداً لقربة غيابه مدة طويلة دون أن يعرف عنه خبر بعد اعتقاله ".^(٣)

يؤكد هذان الاجتهادان ما ذهب إليه المالكية من أنه لا تنتهي حياة المفقود إلا بحكم القاضي الشرعي، وحدد مدة الفقد بعد مرور أربع سنوات، وهو مذهب المالكية في بعض صور

(١) حاشية الدسوقي: ٢/٤٣١

(٢) قاعدة قرار ١٠٠٣ أساس ١٠٢٨ تاريخ ١٩٨٠/١٢/٢٠ الأحكام القضائية الشرعية محمود زكي شمس: ١٣٧٢

(٣) قاعدة ٦٢٥ نقض قرار ٢٥٠ أساس ٢٧١ تاريخ ٢٠٠٣/١/١٨ مجموعة أحكام النقض: ٨٨٩

المفقود ومذهب الحنابلة، إلا أنه جعل بداية مدة التبرص من تاريخ الفقد كما هو مذهب الحنابلة.

وعلى ذلك فلا يصح تسجيل المفقود ميتاً في السجلات المدنية من قبل ذويه إن أُخبروا بوفاته ولو من الشهود العدول دون اللجوء للقاضي وتحققه من وفاته بسماعه الشهود، كما لا يصح الاعتماد على القرائن في إنهاء حياة المفقود.

يشير إلى هذا المعنى الاجتهاد التالي: " المفقود هو الشخص الغائب الذي لا تعرف حياته من مماته، وقد ورد باستدعاء الدعوى أن المدعية علمت ب وفاة زوجها، كما قال الشهود ذلك، وبالتالي لم تتحقق واقعة الفقد، وكان على المحكمة أن تتوسع أكثر لتصل إلى التكييف الصحيح، وذلك باستجواب المدعية والشهود وسؤالهم عن مصدر معلوماتهم والأشخاص الذين سمعوا منهم ب وفاة زوج المدعية، خاصة تاريخ الوفاة، مع التنويه أنه في حال اتجاه المحكمة إلى تثبيت حالة الفقدان فإن اعتبار المفقود ميتاً يكون بعد أربع سنوات من تاريخ الفقدان وليس كما ذهب المحكمة من أنه من تاريخ الحكم".^(١)

لهذا فإن زوجة المفقود إن تزوجت مستندةً لنعي زوجها سواء بالخبر المستفيض أو بشهادة الشهود على موته دون حكم من القاضي الشرعي بوفاته، فزواجها غير صحيح عند المالكية والقانون، وهي لزوجها الأول عند عودته ولو ولدت من الثاني، ويأخذ الزواج الثاني حكم الوطء بشبهة.

٢. تعارضت محاكم الدرجة الأولى واجتهادات محكمة النقض بشأن زوجة المفقود وحققها في التفريق لعل الغياب، منها قرار محكمة الموضوع بالتفريق للغياب لمن فقدت زوجها ولا تعلم حياته من موته، فردت محكمة النقض الحكم بالفرقة للغياب؛ وذلك لاختلاف المفقود وأحكامه عن الغائب، يقول الاجتهاد: " وكانت المدعية أفادت في محضر استجوابها أمام

(١) أساس ٦٢٦ قرار ٦٠٣ تاريخ ١٩/٦/٢٠١٧ م سجلات محكمة النقض.

المحكمة أنه: بتاريخ ٢٠١٢/١/٢٠ غادر المدعى عليه منزلهما الكائن في كفير الزيت قاصداً منطقة التل، ومنذ ذلك الوقت انقطعت أخباره عنهم رغم سؤالها وسؤال ذويه عنه، ولا أحد يعلم عنه شيئاً ولا يعرف حياته من مماته، وكانت المادة /١٠٩/ من قانون الأحوال الشخصية (إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه) وكانت البينة المستمعة قد أثبتت فقدان المدعى عليه وليس غيابه فقط، وأنه لا يعلم عنه خبر ولا يعلم حياته من مماته.

وكانت عبارة بلا عذر مقبول في المادة ١٠٩/١ أحوال شخصية تفيد انطباق نص المادة المذكورة على الغائب دون المفقود، على اعتبار أن الأخير هو الغائب الذي لا يعلم مكانه ولا يعلم أحي هو أم ميت، فإذا علمت حياته ومكانه أو علمت حياته دون مكانه فهو غائب وليس مفقود.

وكان مما يؤيد 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 يتعلق بالغائب الذي يعلم حياته ومكانه أو حياته دون مكانه.

وكان قد ثبت للمحكمة من خلال البينة أن المدعى عليه مفقود، الأمر الذي يتوجب معه رد طلب الجهة المدعية ^(١).

وفي اجتهاد آخر يعاكس الاجتهاد السابق قررت محكمة الموضوع رفض التفريق للغياب لمن فقدت زوجها ولا تعلم حياته من موته، فردت محكمة النقض هذا القرار لتجعل المفقود كالغائب في الحكم، يقول الاجتهاد: " حيث أن المدعية الطاعنة تقدمت بدعواها طالبة

(١) أساس ١٣٠٨ قرار ٦٨٨ ٢٤/٧/٢٠١٦ سجلات محكمة النقض.

التفريق بينها وبين زوجها لعللة الغياب حيث أن زوجها قد تغيب عن دار الزوجية منذ ٢٠١٣/١/٢٠ وكانت المحكمة قد ردت طلب التفريق لعللة الغياب بتعليل أن المدعى عليه مفقود، وأنّ التفريق لعللة الغيبة تنطبق على الغائب فقط دون المفقود.

وحيث أن المادة ١٠٩/ أحوال شخصية نصت على أنه إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه، وحيث أنه قد ثبت من البيئة الشخصية المستمعة تغيب المدعى عليه من أكثر من ثلاث سنوات عن أهله وبلدته، وأنه لا يعرف عنه شيئاً، وحيث أن مناط التفريق لعللة الغياب هو الضرر الذي يلحق بالزوجة بغياب زوجها؛ لأنها لا تستطيع العيش بعيدة عن زوجها، ولذلك فقد تم اشتراط أن يكون الغياب دون عذر مدة تتضرر بها الزوجة، وهذا ما أخذ به القانون السوري، والزوج هو المكلف بإثبات أن تغيبه لعذر مقبول، وحيث أن المفقود هو غائب وإن لم يكن كل غائب مفقود، وحيث أنّ رد طلب التفريق لعللة الغيبة كان غير مرتكز على أساس قانوني، مما يجعل أسباب الطعن تنال من القرار المطعون فيه".^(١)

يعقب القاضي زياد الحمود مستشار محكمة النقض على هذا الاجتهاد بقوله:

إذا كان المفقود في اصطلاح الفقهاء هو الغائب الذي انقطعت أخباره، فلا يُدرى مكانه ولا تعلم حياته ولا وفاته، والغائب هو الشخص الذي يغيب عن موطنه أو محل إقامته لكن حياته تكون معلومة سواء كان له محل إقامة معروف خارج موطنه أم لم يكن، وهكذا فإن كل مفقود يعد غائباً ولا يعد الغائب مفقوداً إلا إذا قام الشك حول حياته أو موته، وفي القانون حددت المادة ٢٠٢/ متى يكون الإنسان مفقوداً وذلك في حالتين:

أ. إذا كانت لا تعرف حياته من مماته فينطبق عليها تعريف المفقود.

ب. إذا كانت حياته محققة لكن لا يعرف له مكان وهنا ينطبق عليها حالة الغياب.

(١) أساس ٧٦٨ قرار ٧٣٨ تاريخ ٢٠١٦/١٠/٣١ سجلات محكمة النقض.

وقول محكمة النقض في القرار السابق (المفقود هو غائب وإن لم يكن كل غائب مفقوداً) أن هذا في حال كانت حياته محققة.

فالتنتيجة هي أن قرار محكمة النقض يكون صحيحاً إذا كانت حياة المفقود محققة ولكن لا يعرف له مكان، وهنا يلتقي المفقود مع الغائب ونقول كل مفقود غائب، أما في حال الشك حول حياة المفقود أو مماته تطبق أحكام التفريق للفقد لا للغياب؛ لأنه ليس كل غائب مفقود.

وما اختاره المستشار هو الأرجح والمتفق مع ما نص عليه الفقهاء، وهو الأحوط والأسلم خاصة أن مدة أربع سنوات ليست بالمدة الطويلة مقارنة مع مذهب الحنفية والشافعية في التبرص لموت الأقران، فليس بعد ذلك تخفيف.

وبناء على ما تم بيانه أقترح إضافة الأحكام المسكوت عنها المتعلقة بالمفقود إلى قانون الأحوال الشخصية السوري:

- إذا عاد المفقود أو تبينت حياته فزوجته له ما لم تتزوج أو تزوجت ولم يدخل الثاني بها، فإن عاد بعد دخول الثاني الذي لم يكن عالماً بحياة الأول فهي للثاني، ويرد الصداق للأول.
- يفتقر الحكم بوفاة المفقود إلى القاضي.
- عند الحكم بالفرقة يُقَدَّر وقوع الطلاق عند الشروع في العدة ويتحقق بدخول الثاني.
- تعتد زوجة المفقود عدة وفاة.
- إن تزوجت زوجة المفقود في وقت ليس لها أن تتزوج فيه فنكاحها باطل.
- ليس لزوجة المفقود في العمليات الحربية الحق في التفريق للغياب، ولها التفريق للإعسار إن لم يترك لها نفقة.

ونص القانون الكويتي رقم ٦٦ لسنة ٢٠٠٧ على بعض هذه الأحكام فجاء في المادة /١٤٦/ " يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده .. " /١٤٧/ " بعد الحكم بموت المفقود تعتد زوجته عدة الوفاة من وقت صدور الحكم " /١٤٨/ " إذا جاء المفقود أو تبين أنه حي فزوجته له ما لم يدخل بها الزوج الثاني غير عالم بحياة الأول وإلا كانت للثاني ما لم يكن عقده في عدة وفاة الأول " .

كما نص القانون القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦ في المادة /١٤٤/ على أنه " .. إذا عاد المفقود أو تبين أنه حي فزوجته له ما لم يدخل بها الزوج الثاني غير عالم بحياة الاول، وإلا كانت للثاني " إلا أن هذا القانون اعتبر المدة المعتبرة للتفريق سنة، وجعل الغائب مجهول الجهة كالمفقود في الحكم.

المبحث الثالث

المسائل المتعلقة بالتفريق لحكم الشرع

التفريق بين الزوجين بحكم الشرع بسبب من قبل الزوج يكون من غير طلب المرأة، بل يكون ولو لم تطلبه، كالحلف بيمين الإيلاء أو أيمان اللعان أو الظهار أو الردة.^(١)

وما يتناوله هذا المبحث هو ما يدخل في المسكوت عنه في قانون الأحوال الشخصية وهو الإيلاء واللعان، وهذا للإشكال الذي سببه نص المادة /٩٤/ من قانون الأحوال الشخصية السوري: "كل طلاق يقع رجعيّاً إلا المكمل لثلاث، والطلاق قبل الدخول، والطلاق على بدل، وما نص القانون على كونه بائناً" وقد نص القانون على أنّ التفريق للعلة والعيوب والتفريق للشقاق يكون بائناً، المادة /١٠٨/ و/١١٤/، ولم يذكر القانون نوع الفرقة في الإيلاء واللعان، مما أدى إلى الإشكال في العودة لبيان الحكم إلى المادة /٩٤/ وبيان تنمة الأحكام من المصدر التشريعي لهذه المادة أو العودة للمادة /٣٠٥/ باعتبار أنه لم يرد بشأن اللعان والإيلاء أي حكم في قانون الأحوال الشخصية السوري، لذلك سيحدد هذا المبحث المادة التي يجب الرجوع إليها في اللعان والإيلاء، مع بيان الأحكام المتعلقة بها ومن الضروري توضيحها وذلك في مطلبين:

المطلب الأول: التفريق للإيلاء

المطلب الثاني: التفريق لللعان

^(١) الأحوال الشخصية محمد أبو زهرة: ٣٤٢

المطلب الأول: التفريق للإيلاء

الإيلاء في اللغة: آلى يُؤْلِي إِيْلَاءً حَلَفَ، آلَيْتُ عَلَى الشَّيْءِ وَآلَيْتُهُ أَقْسَمْتُ.^(١)

وفي الاصطلاح: هو الحلف بالله على ترك وطء الزوجة فوق أربعة أشهر.^(٢)

أولاً. أركان الإيلاء خمسة: ^(٣)

١. المولي: وهو كل زوج يصح طلاقه ويتصور منه الوطء.
٢. المحلوف به: ويشترط أن يكون اسماً من أسماء الله تعالى أو صفة من صفاته، أما عدم قربان الزوج لزوجته دون يمين فليس بإيلاء، وورد عن الإمام مالك أنه إيلاء تترتب عليه آثاره؛ لأن فيه إضراراً بالزوجة سواء أكان يمين أم دون يمين، وعند الشافعية يصح بنذر أو تعليق طلاق أو عتق، كقوله: إن وطئتُك فيلزمني طلاقك أو صيام شهر.^(٤)

٣. المحلوف عليه: وهو ترك جماع الزوجة.

٤. المدة: اختلف الفقهاء في مدة الإيلاء ونوع الفرقة فيه، فذهب الحنفية إلى أن مدة الإيلاء أربعة أشهر، فإن مضت ولم يفيء الزوج طلقت الزوجة طلاقاً بائناً، وكان معنى الإيلاء إن مضت أربعة أشهر ولم أجامعك فيها فأنت طالق تطليقة بائنة.^(٥)

^(١) لسان العرب لابن منظور مادة (ألا) ١٤/٤٠

^(٢) شرح قانون الأحوال الشخصية د. محمد الحسن البغا: ٥٤٤

^(٣) شرح قانون الأحوال الشخصية أ. د الصابوني: ٢/٩٩ ، شرح قانون الأحوال الشخصية د. محمد الحسن البغا:

٥٤٤

^(٤) انظر البحر الرائق لابن نجيم: ٤/٦٥ . التاج والإكليل للمواق: ٥/٤١٦ . الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع

للشربيني: ٢/٤٥٢ . كشاف القناع للبهوتي: ٥/٣٥٣

^(٥) انظر المبسوط للسرخسي: ٧/٢٠

وذهب جمهور المالكية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) إلى أنه إذا مضت مدة تزيد عن أربعة أشهر تطالب الزوجة زوجها بالعودة إليها أمام الحاكم فالحاكم يأمره بالعودة أو الطلاق فإن رفض طلق الحاكم عليه وتعتبر طلقة رجعية.

وسبب الاختلاف بين الحنفية والجمهور هو اختلافهم في تأويل قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤُولُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرِيصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ * وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦-٢٢٧].

فالحنفية يفسرون قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾ أي بترك الفيئة، فشبهوا مدة الإيلاء بالعدة الرجعية وشبهوا الإيلاء بالطلاق الرجعي، ونقلوا أن الإيلاء كان طلاقاً في الجاهلية، فأقره الشرع طلاقاً وزاد فيه الأجل.

أما الجمهور فقالوا بأن قوله تعالى: ﴿فَإِنْ فَاءُوا﴾ أي بعد انقضاء العدة، وشبهوا أجل الإيلاء بالأجل الذي يضرب في العنة؛ لأنّ اليمين على ترك الوطء ضررٌ حادثٌ بالزوجة فضرِبَ للزوج مدة في رفعه، فإن رفعه فيها، وإلا رفعه الشرع عنها بالطلاق، كما يكون ذلك في كل ضرر يتعلق بالوطء كالعنة.^(٤)

ثانياً. نوع الفرقة في الإيلاء:

الإيلاء طلاق بائن عند الحنفية^(٥) يقع بانتهاء المدة، وعند جمهور^(٦) المالكية والشافعية والحنابلة طلاق رجعي يوقعه الزوج أو الحاكم.

(١) انظر حاشية الدسوقي: ٢/٤٣٦

(٢) انظر البيان للعمري: ١٠/٣١٨

(٣) انظر المغني لابن قدامة: ٧/٥٥٣

(٤) تفسير آيات الأحكام محمد علي السائس: ١/٢٥٥

(٥) المبسوط السرخسي: ٧/٢٠

(٦) حاشية الدسوقي: ٢/٤٣٦. البيان للعمري: ١٠/٣١٨. المغني ابن قدامة: ٧/٥٥٣

وفي القانون: الإيلاء إما أن يكون الطلاق رجعيًا بناءً على نص القانون بأن كل طلاق رجعي، وهو مذهب الجمهور فالإيلاء يدخل في عموم المادة /٩٤/ "كل طلاق يقع رجعيًا" أو يكون بائنًا، باعتبار أن الإيلاء لم يرد بشأنه أي نص في القانون، وبالتالي يعود في حكمه إلى الراجح من المذهب الحنفي استناداً لنص المادة /٣٠٥/ مما أدى إلى التعارض بين النصين، لذا يجب في هذه الحالة صياغة مادة قانونية بنوع الفرقة فيه منعاً للتعارض.^(١)

وقد رجح الدكتور عبد الرحمن الصابوني مذهب الجمهور في عدم وقوع الطلاق بمجرد مضي المدة بل لا بد من شكوى إلى القاضي، حيث يأمر الزوج بالعودة لزوجته، فإن أبي طلق عليه طلاقاً رجعيًا لا بائنًا؛ لأنه أوفق بالمصلحة، وفيه وقت متسع للتفكير في موضوع فصم عرى الزوجية؛ إذ أن رفع الزوجة شكواها للقاضي يتيح فرصة للزوج يفكر فيها لعله يستأنف حياته الزوجية دون طلاق.^(٢)

وعند القول بأن نوع الفرقة في الإيلاء رجعية نظراً لعموم نص القانون في "كل طلاق يقع رجعيًا" فإن تنمة أحكام الإيلاء يعود بها لمذهب الجمهور في وقوع الطلاق بتفريق الحاكم لا بانتهاء المدة.

وبناءً على ما سبق فقد سكت القانون عن أحكام الإيلاء لذلك أقترح إضافة ما يلي إلى قانون الأحوال الشخصية السوري:

- الإيلاء هو الحلف بالله على ترك وطء الزوجة فوق أربعة أشهر.
- إن مضت أربعة أشهر ولم يفىء الزوج فللزوجة طلب التفريق من القاضي ويأمره القاضي بالفيئة أو الطلاق فإن أبي يطلقها عليه.
- التفريق للإيلاء طلاق رجعي.

(١) انظر شرح قانون الأحوال الشخصية د. محمد الحسن البغا: ٥٤٥

(٢) شرح قانون الأحوال الشخصية أ. د الصابوني: ٢/١٠١

وأخذ كل من قانون الأحوال الشخصية الكويتي والقطري والسوداني بمذهب الجمهور في الرجوع للقاضي لطلب التفريق، واعتبار الفرقة في الإيلاء طلاقاً رجعياً.

فص القانون الكويتي رقم ٦٦ لسنة ٢٠٠٧ في المادة /١٢٣/ على أنه " إذا حلف الزوج على ما يفيد ترك مسيس زوجته مدة أربعة أشهر فأكثر أو دون تحديد مدة واستمر على يمينه حتى مضت أربعة أشهر طلقها عليه القاضي طلاقاً رجعية بطلبها " والمادة /١٢٤/ " إذا استعد الزوج للفيء قبل التطلاق أجله القاضي مدة مناسبة فإن لم يفيء طلق عليه " .

وجاء في القانون السوداني لسنة ١٩٩١م المادة /١٩٣/ " يجوز للزوجة طلب التطلاق للإيلاء إذا استمر الزوج على يمينه حتى مضى أربعة أشهر " والمادة /١٩٤/ " إذا رغب الزوج في الفيء قبل التطلاق يمهل القاضي مدة مناسبة فإن لم يفيء طلقها عليه "، والمادة /١٩٥/ " يشترط لصحة الرجعة عن التطلاق للإيلاء أن تكون بالفعل إلا إذا كان هناك عذر شرعي فتصح الرجعة بالقول " .

كما نص القانون القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦ في المادة /١٤٧/ على أنه " للزوجة طلب التفريق للإيلاء ما لم يفيء الزوج عن يمينه قبل انقضاء أربعة أشهر ويأمر القاضي الزوج بالفيء أو الطلاق فإن امتنع حكم بالتفريق " .

المطلب الثاني: التفريق للعان

أولاً. نوع الفرقة في اللعان:

اللعان: إذا اتهم 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 أيمان مخصوصة يؤديها الزوج أمام القضاء.^(١)

والفرقة عند الحنفية طلاق بائن يقع بتفريق الحاكم، ولا تَبِين قبله، حتى لو مات أحدهما قبل التفريق ورثه الآخر؛ لأنها فرقة من نكاح صحيح تختص بمجلس الحكم، فتكون فرقة طلاق كالفرقة بسبب الجب والعنة، ولأنّ باللعان يفوت الإمساك بالمعروف فيتعين التسريح بالإحسان.^(٢)

وذهب الجمهور من المالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥) إلى أنه فسخ؛ لأنها حرمة مؤبدة فكانت فسخاً كالرضاع، ولأنّ اللعان ليس بصريح الطلاق ولا ينوي به الطلاق فلم يكن طلاقاً كسائر ما ينفسخ به، وزاد الحنابلة أنه لو كان طلاقاً لوقع بلعان الزوج دون لعان المرأة. وقد استقر اجتهاد محكمة النقض في فرقة اللعان على أن الحكم بالتفريق للعان طلاق بائن وليس فرقة مؤبدة.^(٦)

^(١) شرح قانون الأحوال الشخصية أ. د عبد الرحمن الصابوني: ٢/١٠٥

^(٢) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق لعثمان بن علي فخر الدين الزيلعي (ت: ٧٤٣هـ) المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق،

القاهرة، ط: أولى، ١٣١٣هـ : ١٧/١٨. المبسوط للسرخسي: ٧/٤٤

^(٣) القوانين الفقهية لأبي القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله ابن جزى الكلبي الغرناطي (ت: ٧٤١هـ): ١٦٢

^(٤) انظر المجموع شرح المذهب للنووي: ١٧/٤٥٣

^(٥) انظر الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة: ٩/٤٧

^(٦) قاعدة ١٠٦٧ قرار ٤٤٣ أساس ٤٤٣ تاريخ ٨/٣١ / ١٩٧٢م الأحكام القضائية الشرعية محمود زكي شمس:

إلا أن هذا الاجتهاد يتعارض مع نص المادة /٩٤/ في أن كل طلاق رجعي إلا خمس حالات استثنائها القانون ليس من بينها اللعان، وهذا يعني أن اللعان يدخل في عموم قوله "كل طلاق" ويقع به طلاق رجعية حسب مفهوم المادة /٩٤/ أحوال، وهذا ما لم يقل به أحد من الفقهاء، ففرقة اللعان إما طلاق بائن حسب مذهب الحنفية أو فسخ حسب رأي الجمهور كما مر، والعمل بالراجح من المذهب الحنفي لا يمكن مع وجود نص صريح بحصر الطلاق البائن في الحالات الخمسة التي ذكرها القانون، ولحل هذه المشكلة لا بد من وضع صيغة قانونية تبين أن اللعان يقع به طلاق بائنة كما هو الحكم في المذهب الحنفي واجتهاد محكمة النقض، وعند تقنين هذا الحكم فإن نوع الفرقة في اللعان تدخل في مضمون المادة /٩٤/.

كما ذهب الاجتهاد القضائي إلى أنه " لا يعد تمتع الزوجة عن حلف يمين اللعان مانعاً من الحكم بالتفريق؛ لأن امتناعها يوجب عليها الحد وحسب".^(١)

حسب ما ذهب إليه هذا الاجتهاد فإن 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 لها عند الشافعية هو لدرء الحد عن نفسها، أما الفرقة فتقع بفراغ الزوج من اللعان.^(٢)

وهذا الاجتهاد لا يمكن تصحيحه، لأنه مخالف لما يجب الرجوع إليه في الراجح من المذهب الحنفي بنص المادة /٣٠٥/ والذي يقول: بأن الزوجة إن امتنعت عن اللعان حبسها الحاكم حتى تلاعن أو تصدق الزوج فيما اتهمها به، لأنّ اليمين وجب عليها بملاعنة الزوج،^(٣) وهو ما ذهب إليه اجتهاد آخر فقال: " إذا رفضت فإنها تحبس حسب القول الراجح في المذهب

(١) قاعدة ١٠٦٧ قرار ٤٤٣ أساس ٤٤٣ تاريخ ٨/٣١ / ١٩٧٢م السابق: ٢/١٤٢٥

(٢) نهاية المطلب في دراية المذهب: ١٥/٦٥. البيان العمراني: ١٠/٤٦٦

(٣) انظر الهداية شرح بداية المبتدي المرغيناني: ٢/٣١١

الحنفي حتى تصدق زوجها أو تلاعنه، وحيث أنّ النصوص القانونية لا تجيز حبس الزوجة لتطبيق الحكم الشرعي الوارد بالنصوص الفقهية المعمول بها في المذهب الحنفي، وحيث أنّ عدم حلف الزوجة تجعل دعوى اللعان فاقدة أحد أركانها، وبالتالي فلا يمكن الحكم بالتفريق ونفي النسب مما يجعل الدعوى واجبة الرد بشكلها الحاضر".^(١)

لكن لم يلتزم هذا الاجتهاد بقول الحنفية في حبس الزوجة لأجل الملاعنة واعتبر هذا الحبس غير جائز قانوناً.

ومنعاً للتعارض بين أحكام القانون فإنني أقترح إضافة النص الآتي إلى قانون الأحوال الشخصية السوري:

- يقع باللعان طلاقه بئنة.
- لا يتم اللعان إلا بملاعنة الزوجة.

ثانياً. أثر علم الوراثة على اللعان:

مع التقدم العلمي والطبي في مجال البصمة الوراثية ودقة نتائجها، فهل يمكن إضافة البصمة الوراثية إلى اللعان في نفي نسب الولد، أو الاستغناء عن حلف أيمان اللعان بنتيجة البصمة الوراثية وفصيلة الدم؟

إن قانون الأحوال الشخصية السوري وإن كان قد نص في المادة /١٢٩/ على أنّ نسب الولد لا ينفي إلا باللعان، إلا أنّ هذه المسألة لم تكن على عهد واضعي القانون مما يجعلها من ضمن المسكوت عنه، إذ هي من المسائل المستحدثة والتي تستدعي الحاجة الوقوف عندها لبيان حكمها وأثرها على أحكام اللعان.

^(١) قاعدة ١٠٨٦ قرار ٤٧٨ أساس ٤٤٤ تاريخ ٢٠/١١/١٩٧٣م الأحكام القضائية الشرعية لمحمود زكي شمس:

فقد قام علم الوراثة بدورٍ بارزٍ في مجال النسب، واعتمد علماء الطب على مجموعة من الأبحاث والتجارب العلمية في إثبات النسب ونفيه، فظهر ما يسمى بفصيلة الدم وعلاقتها بنفي النسب من خلال تحديد زمرة المولود، فالمجموعة الدموية لكل شخص تنتقل من الوالدين إلى الأطفال وتبقى ثابتة مدى الحياة فإذا كانت زمرة دم الأب (A) والأم (A) فلا يمكن لهما في جميع الأحوال إنجاب طفل يحمل زمرة دم (B) أو (AB) فإن جاءت الزوجة بطفل يحمل أحد هاتين الزمرتين فهذا دليل على أن الطفل من غير الزوج، وبين علماء الطب أنّ هذه الطريقة تنفي نسب المولود بنسبة ٩٥% ، أما إن كانت زمرة دم الطفل متوافقة مع زمرة دم الأبوين فهذا ليس بدليل قاطع على أن الأب هو الأب الحقيقي للطفل، لوجود آباء آخرين لديهم نفس فصيلة الدم.^(١)

ثم تطور العلم وظهرت البصمة الوراثية، وعرفها المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بأنها: البنية الجينية التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه.^(٢)

١. سمات البصمة الوراثية:

تتميز البصمة الوراثية بجملة من الميزات يمكن إجمالها فيما يلي:

١. يتميز كل إنسان ببصمة وراثية خاصّة به ومن المستحيل أن تتطابق بصمته مع بصمة

غيره إلا في حالة التوأمين المتطابقين.

٢. يمتاز الحمض النووي (DNA) بقوة ثبات كبيرة في أقسى الظروف البيئية المختلفة

كالرطوبة والجفاف وارتفاع درجة الحرارة.

^(١) تطبيقات تقنية البصمة الوراثية D.N.A. في التحقيق والطب الشرعي أ. د إبراهيم صادق الجندي، ط: الأولى،

الرياض: ١٣٥

^(٢) الدورة السادسة عشر لسنة ١٤٢٢هـ القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها

٣. يمكن تطبيق هذه التقنية على جميع العينات البيولوجية السائلة كالدّم والمني واللعاب والأنسجة والشعر والجلد والعظم.

٤. استخلاصه من العينات الضئيلة جداً ولو كانت بحجم رأس الدبوس من أعضاء الجسم أو سوائله.

٥. النتيجة النهائية تكون على شكل خطوط عريضة تختلف في السمك والمسافة، وهذه النتيجة يسهل قراءتها وحفظها وتخزينها في الحاسب لحين الطلب للمقارنة.

٦. نتائجها شبه قطعية؛ إذ لا تقل نسبة صحتها في تحديد هوية صاحبها عن ٩٩ % إذا أجريت ضمن معايير وضوابط معينة.^(١)

٢. الحكم الفقهي لأثر البصمة الوراثية في إلغاء اللعان:

انقسم الباحثون المعاصرون في حكم هذه المسألة إلى فريقين:

الفريق الأول: يرى أن البصمة الوراثية يمكن أن تحل محل اللعان لأنّ نتائجها يقينية، ولأنّ الزوج يلجأ إلى اللعان عندما يفقد الشهود الأربعة على زنا امرأته، فمع التقدم التقني في مجال البصمة الوراثية وقطعية دلالتها لإثبات صدق ما يدعيه الزوج تقوم البصمة الوراثية مكان الشهود، وذهب إلى هذا الرأي الشيخ محمد المختار السلامي.^{(٢) (٣)}

ويعترض على هذا القول بأنه لا يمكن اعتبار البصمة الوراثية في قوة الشهادة بحال من الأحوال؛ لأنّ الشهادة لها أحكامها وشروطها بأن تكون صريحة في مشاهدة الواقعة، ولو

^(١) تطبيقات تقنية البصمة الوراثية D.N.A. أ. د إبراهيم صادق الجندي: ١٥٣.١٥٢

^(٢) ولد في ١٩٢٥م في صفاقص من تونس، حصل على الشهادة العالية في أصول الدين من جامعة الزيتونة، وبعد تخرجه بدأ يدرس في الجامعة، كان عضواً في مجمع الفقه الإسلامي بجدّة، عمل في منصب مفتي الجمهورية التونسية بين ١٩٨٤ و ١٩٩٨م. ويكيبيديا الموسوعة الحرة (محمد المختار السلامي) ar.m.wikipedia.org

^(٣) في بحثه المقدم إلى ندوة الوراثة بالكويت في ١٣. ١٥ / ١٠ / ١٩٩٨م : فقه القضايا الطبية المعاصرة علي محي الدين القرّة داغي علي يوسف المحمدي دار البشائر الإسلامية الطبعة الثالثة ١٤٢٩ هـ ٢٠٠٨م: ٣٥٥

تخلّى واحد من الأربعة حُدَّ الثلاثة وبطلت الشهادة، والبصمة الوراثية لا تخرج عن كونها بينة.^(١)

الفريق الثاني: يرى أن البصمة الوراثية لا تساوي اللعان ولا تقدم عليه في نفي النسب، إنما يمكن الاعتماد عليها لتقليل حالات اللعان إذا اطمأن الزوج لذلك، لكن لا يمنع الزوج من اللعان إذا ثبت أنّ الولد منه، وهو رأي الدكتور وهبة الزحيلي،^(٢) وبهذا القول أخذ أكثر علماء العصر والمجامع الفقهية، مستدلين بما روته السيدة عائشة عن النبي ﷺ: «الولد للفراس وللعاهر الحجر»،^(٣) فنسب الولد الثابت بالفراس لا يمكن نفيه إلا عن طريق اللعان الثابت بالنص القرآني، ولا تقوى نتائج البصمة الوراثية على معارضته.^(٤)

فجاء قرار المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي ينص على أنه "لا يجوز شرعاً الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، ولا يجوز تقديمها على اللعان".^(٥)

والقول الثاني في عدم استبدال اللعان بالبصمة الوراثية أو فصيلة الدم هو الراجح لعدة أسباب وهي:^(٦)

● إن في ذلك تعطيل نص شرعي وهذا لا يجوز.

(١) البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية دراسة فقهية مقارنة خليفه علي الكعبي دار النفائس الأردن الطبعة الأولى ١٤٢٦ هـ ٢٠٠٦ م: ٤٤٥

(٢) انظر البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، د. وهبة الزحيلي: ٢٦، بحث مقدم للمجمع الفقهي بمكة، الدورة ١٦ لسنة ١٤٢٢ هـ

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الفرائض، باب الولد للفراس حرة كانت أو أمة (٦٧٤٩) ٨/١٥٣

(٤) فقه القضايا الطبية المعاصرة علي محي الدين القرة داغي علي يوسف المحمدي: ٣٥٥ . ٣٥٦ . الآثار الفقهية والقضائية للبصمة الوراثية في إثبات النسب وتصحيحه ونفيه د. محمد جبر الألفي بحث مقدم لمؤتمر القرائن الطبية المعاصرة وآثارها الفقهية ١٤٣٥ هـ ٢٠١٣ م: ٢١

(٥) الدورة السادسة عشر لسنة ١٤٢٢ هـ القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها

(٦) فقه القضايا الطبية المعاصرة علي محي الدين القرة داغي علي يوسف المحمدي: ٣٥٧

● إن الشارع تشوّف إلى إثبات النسب ففتح مجال إثباته وضيق في نفيه، فلا ينتفي النسب بعد ثبوته إلا باللعان فقط.

● سداً للذرائع؛ إذ في اللجوء لمثل هذه الخبرات فتح لباب التزوير والتلاعب بالأنساب وهي من المصالح الضرورية التي يجب المحافظة عليها، والتساهل في أمر خطير كهذا يؤدي إلى مفسد عظيمة.

وهذا القول هو ما استقرت عليه محكمة النقض الشرعية، فقالت:

" الاجتهاد مستقر على أن الولد للفرش ولا ينتفي النسب إلا باللعان "(^١)

وفي اجتهاد آخر: " الطاعن نفى واقعة الزواج وتمسك بالفحص الطبي الفني DNA في نفى نسب الطفلة، يقول المستشار في محكمة النقض القاضي زياد الحمود : وبالتدقيق.. إن رجوع المحكمة عن قرارها بإجراء الخبرة الطبية على ال DNA يرجع بقناعتهما، لا سيما وأن مثل هذا الفحص على فرض صحته يعتبر من القرائن التي تحمل الصواب وتحتمل الخطأ بأن واحد ولا يمكن الاعتماد عليها بإثبات النسب أو نفيه ". (^٢)

٣. أثر البصمة الوراثية على قبول طلب اللعان:

صورة المسألة لو أن الزوج قام بإجراء البصمة الوراثية أثناء الحمل (^٣) أو عند الولادة وظهرت النتيجة قبل مضي الوقت المحدد لدعوى اللعان، فسكت الزوج ولم يتقدم بطلب لإجراء اللعان، فهل يبقى له هذا الحق قبل انتهاء المدة المقررة في المذهب الحنفي ؟

(^١) قاعدة ٢٠٨٧ قرار ١١٦ أساس ٩٩٢ تاريخ ٩/٣/١٩٩٣ الوافي للقاضي محمد عبد الرحمن: ٥٥٠

(^٢) أساس ٦١٩ قرار ٨٣٣ تاريخ ١٢/١٢/٢٠١٤ م سجلات محكمة النقض

(^٣) حدد الباحثون باستخدام عينة من دم الأم وعينة لعاب الأب لمعرفة الحمض النووي للطفل قبل أشهر من ولادته بدقة تصل إلى نحو ٩٨ % . موقع الجزيرة نت www.aljazeera.net باختصار ٢٠١٢/٦/٧ مكة المكرمة.

بحسب الراجح من المذهب الحنفي فإن للزوج إجراء اللعان إذا نفى نسب الولد عند التهنئة وابتياح آلة الولادة، أو سكوته حتى مضي وقت التهنئة وشراء الآلة، وقُدِّرت هذه المدة بثلاثة أيام في رواية، وسبعة في رواية أخرى، ولا يصح النفي أيضاً بعد قبول هدية الأهل، فهذه أربع أمور لا يصح النفي بعدها أبداً، لأنها دليل على إقراره بالولد وقبوله، والنفي بعد الإقرار وبعد وجود دليل على قبول الولد لا يصح أبداً.^(١)

وهذا ما استقر عليه الاجتهاد فيقول: " كانت المادتان ٣٣٧/ و ٣٣٧/ أحوال شخصية لقدري باشا المعمول بها بدلالة المادة ٣٠٥/ أحوال شخصية حددتا نفي النسب وقت الولادة أو عند شراء أدواتها أو أيام التهنئة، وإذا نفاه الزوج بعد مضي هذا الوقت فلا ينتفي النسب ولا تسمع به الدعوى ".^(٢)

لم أجد من تكلم عن هذا عند من يرى أن البصمة الوراثية لا تلغي اللعان، لكن قياساً على ما ذهب إليه الحنفية فإن كل قرينة تدل على قبول الزوج بالولد تثبت النسب فلا ينفي بعدها ولا تسمع دعوى اللعان، ومنها نتيجة البصمة الوراثية، فإن كانت تؤكد النسب من الزوج وقبل بها صراحة أو دلالة أو سكت مدة قصيرة، فليس له بعد ذلك نفيه باللعان ولو كان ذلك أثناء الحمل، لأنه بمثابة الإقرار بنسب الولد.

أما في حال كانت النتيجة تنفي نسب الولد فيمهل الزوج لحين مضي المدة التي حددها الحنفية، فإن سكت لوقت انتهاء أيام التهنئة ليس له أن يلاعن بعدها ويعتبر سكوته قبولاً بالولد، وذلك لما سبق من أن الشارع ضيق في نفي النسب وفتح مجال إثباته.

ونتيجة لسكوت القانون عن تأثير البصمة الوراثية على اللعان أقترح إضافة النص التالي إلى قانون الأحوال الشخصية السوري:

(١) البحر الرائق ابن نجيم : ٤/١٣٢ . العناية شرح الهداية البابي: ٤/٢٩٥

(٢) قاعدة ٢٠٩١ قرار ٢٢٠٩ أساس ٢٣٣٥ تاريخ ١٩٩٧/٧/٢٧ الوافي للقاضي محمد عبد الرحمن: ٥٢

- لا تأثير للبصمة الوراثية في إلغاء اللعان.
- لا تسمع دعوى اللعان بعد تأكيد البصمة الوراثية لنسب الولد وعدم مبادرة الزوج لنفيه.

المبحث الرابع

آثار فرق الزواج (الرجعة والعدة)

آثار فرق الزواج هي ما يترتب على الطلاق من حق الرجعة والعدة.

وقد تم في هذا المبحث بيان ما يتعلق بالمسكوت عنه في آثار فرق الزواج من خلال مطلبين:

المطلب الأول: الرجعة

المطلب الثاني: العدة

المطلب الأول: الرجعة

الرجعة في اللغة: من رَجَعَ، وازْتَجَعَ المرأةً وراجَعها مُراجَعَة ورجاعاً: رَجَعها إلى نفسه بعد الطلاق، والاسم: الرَّجْعَة والرَّجْعَةُ، والفتح أفصح.^(١)

وفي الاصطلاح: استدامة رابطة الزوجية ما دامت الزوجة في عدة الطلاق الرجعي، فالطلاق الرجعي لا يزيل الرابطة الزوجية ما دامت الزوجة في العدة، وللزوج مراجعة زوجته في هذه الفترة دون حاجة إلى عقد جديد.^(٢)

إن معظم أحكام الرجعة في القانون مصدرها المذهب الحنفي لذلك يجب العودة فيما سكت عنه القانون للراجع من المذهب الحنفي، لكن ما تمّ تناوله في هذا المطلب هو ما تعلق بالتطبيقات القضائية التي خرجت عن المذهب الحنفي، وما هو مستحدث، وذلك من خلال هذين القسمين:

أولاً: الرجعة بفعل الزوجة

ثانياً: أثر دعوى المتابعة على الرجعة

^(١) لسان العرب لابن منظور مادة (رجع) ٨/١١٥

^(٢) شرح قانون الأحوال الشخصية أ. د عبد الرحمن الصابوني: ٢/١٢٠

أولاً . الرجعة بفعل الزوجة:

اتفق الحنفية^(١) والمالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) على تحقق الرجعة بالقول الصريح، كقول الزوج: راجعتك وأمسكتك.

واختلفوا بصحة الرجعة بالكناية، كقول الزوج لزوجته: أنت عندي كما كنت، وأنت امرأتي، فتصح بشرط نية الرجعة عند جمهور الحنفية^(٥) والمالكية^(٦) والشافعية^(٧) ولا تصح عند الحنابلة^(٨) الرجعة بالكناية.

كما اختلفوا بصحة الرجعة بالفعل على قولين:

١ . قول الجمهور من الحنفية^(٩) والمالكية^(١٠) والحنابلة^(١١) تصح الرجعة بالفعل.

والفعل يكون إما بالوطء، وإما بمقدماته كاللمس.

فالرجعة بالوطء تصح عند الحنفية والحنابلة دون نية، واشترط المالكية نية الرجعة وإلا لا تصح، أما مقدمات الوطء فتصح بها الرجعة عند الحنفية والمالكية بشرط تحقق الشهوة عند الحنفية، وبشرط النية عند المالكية، ولا تصح الرجعة بمقدمات الوطء عند الحنابلة.

(١) حاشية ابن عابدين: ٣/٣٩٨

(٢) التاج والإكليل للمواق: ٥/٤٠٥

(٣) البيان للعمري: ١٠/٢٤٥ . الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للشريبي: ٢/٤٤٩

(٤) الإنصاف المرداوي: ٩/١٥٣

(٥) العناية شرح الهداية البابري: ٤/١٥٩

(٦) انظر التاج والإكليل للمواق: ٥/٤٠٥

(٧) انظر تحفة المحتاج لابن حجر: ٨/١٤٧

(٨) حاشية الروض المربع لابن القاسم العاصمي: ٦/٦٠٤

(٩) انظر بدائع الصنائع الكاساني: ٣/١٨٣

(١٠) انظر التاج والإكليل للمواق: ٥/٤٠٥

(١١) انظر الإنصاف المرداوي: ٩/١٥٣

٢. قول الشافعية: ^(١) تتحقق الرجعة بالقول فقط، ولا تصح بالوطء ومقدماته، ولو نوى به الرجعة؛ لعدم دلالة عليها.

- حكم الرجعة بفعل الزوجة:

ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة في صحة الرجعة بفعل الزوجة إلى مذهبين:

١. مذهب الحنفية: ^(٢) انفرد الحنفية بالقول بصحة الرجعة بفعل الزوجة، فإن جمعت الزوجة زوجها وهو نائم أو مغمى عليه أو مجنون صحت الرجعة باتفاق الإمام وصاحبيه، واختلفوا فيما دون الوطء:

فذهب الإمام أبو حنيفة ومحمد إلى أنّ الزوجة إن لمست به بشهوة تصح الرجعة؛ لأنّ اللمس حلال من الجانبين، وقال أبو يوسف: ليس برجعة إلا إن لمست فتركها وهو يقدر على منعها، فإن منعها لم تكن رجعة؛ لأنه لما مكّنها من اللمس فقد حصل ذلك باختياره، فكان كأنه لمسها.

٢. مذهب المالكية ^(٣) والحنابلة: ^(٤) الرجعة بيد الزوج وحده.

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿... وَيُعْوَظُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ ...﴾ [البقرة: ٢٢٨]، أي في العدة، فجعل الحق لهم. ^(٥)

وقد اختار قانون الأحوال الشخصية السوري مذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة في صحة الرجعة بفعل الزوج في المادة ١١٨/ " للزوج أن يراجع مطلقته أثناء العدة بالقول

^(١) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للشريبي: ٢/٤٤٩

^(٢) بدائع الصنائع الكاساني: ٢/١٨٢

^(٣) مواهب الجليل الخطاب: ٤/٩٩

^(٤) انظر كشف القناع للبهوتي: ٥/٣٤٣. الشرح الكبير على متن المقنع ابن قدامة: ٨/٤٧١

^(٥) الشرح الكبير على متن المقنع ابن قدامة: ٨/٤٧١

أو الفعل"، إلا أن القانون لم يبين حكم المراجعة بفعل الزوجة، والواجب في ذلك الرجوع للراجح من المذهب الحنفي عملاً بنص المادة /٣٠٥/ إلا أنّ الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض الشرعية جاء مخالفاً لمذهب الحنفية في صحة الرجعة بفعل الزوجة، حيث قضى بأنّ حق المراجعة إنما ينحصر بالزوج فقط، يقول الاجتهاد:

" لا يصح أن تنسب المراجعة للزوجة، لأنّ حق المراجعة للمطلقة رجعيّاً محصور بالزوج ^(١)" وهو مذهب المالكية والحنابلة، ولا يصح الأخذ بهذا الاجتهاد قانوناً لمخالفته الراجح في المذهب الحنفي والذي له حكم القانون بدلالة المادة /٣٠٥/

ثانياً. أثر دعوى المتابعة على الرجعة:

دعوى المتابعة هي الدعوى التي يقيمها الزوج على زوجته يطلبها إلى المسكن الشرعي، ويشترط لإجابة الزوج إلى طلبه أن تكون الزوجة قد قبضت معجل مهرها، وأن يكون الزوج قد هياً المسكن الشرعي الصالح لإقامة الزوجة، فإن توافرت هذه الشروط تلزم الزوجة بمتابعة زوجها لبيت الزوجية، وإن رفضت المتابعة تسقط نفقتها وتعد ناشزاً، أما إن لم تتوافر هذه الشروط فيكون امتناعها بحق، وقد تكون نية الزوج من المتابعة إما رغبته بمجيء زوجته لمنزل الزوجية أو تثبيت النشوز وقطع النفقة. ^(٢)

والمستند الشرعي لدعوى المتابعة هو حق الزوج على زوجته في القرار في بيت الزوجية؛ لأنها القائمة بشؤونها، المحافظة على ما فيه، وهذا إذا كان قدّم لها معجل صداقها، ولم يكن خروجها لصلّة رحم منها، وعلى هذا لا تخرج إلا بإذنه إذا كان قد قدّم لها ما يجب عليه،

^(١) قاعدة ٢٠٤١ قرار ١٣٦٠ أساس ١٠٧٤ تاريخ ٢٦/٦/٢٠٠٠ الوافي للقاضي محمد عبد الرحمن: ٥٣١

^(٢) انظر الاجتهاد القضائي القاعدة ٥٢١ نقض قرار ٣٩ أساس ٢٦٠ تاريخ ٤/٥/١٩٩١ والاجتهاد القاعدة ٥٢٣ نقض قرار ٥٣٨ أساس ٤١٦ تاريخ ٢٨/٧/١٩٩٢ مجموعة أحكام النقض عبد القادر الآلوسي: ٧٥٦.٧٥٥

لذلك قال تعالى في حق المعتدات: ﴿...وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ...﴾

[الطلاق: ١] وإذا كان خروج المعتدات لفاحشة مبينة فأولى بذلك خروج المتزوجات.^(١)

فلو أن الزوج أقام دعوى المتابعة بعد أن طلق زوجته الطلاق الرجعي طالباً عودتها إلى منزل الزوجية، فهل يصح اعتبار هذه الدعوى بمثابة الرجعة؟

لم يرد نصٌ فقهيٌّ يبين أنّ طلب الزوج عودة مطلقته الرجعية إلى منزل الزوجية صالحٌ لأن يكون مراجعة، وقد مرَّ في الفقرة السابقة أنّ المراجعة تكون بألفاظ مخصوصة أو أفعال مخصوصة ليس منها طلب العودة للمنزل، فقد يكون له بهذا الطلب غرض آخر غير المراجعة، فللزوج أن يدعو مطلقته للسكنى في داره حتى لا تحسب عليه نفقة العدة.^(٢)

وتعارضت الاجتهادات القضائية في بيان أثر دعوى المتابعة على الرجعة، فكان الاجتهاد أولاً مستقراً على عدم اعتبار ذلك مراجعة، يقول:

" وحيث كان طلب المتابعة وحده ولو أثناء العدة لا يعتبر مراجعة بالقول؛ إذ يجب على المطلقة رجعيّاً قضاء عدتها في المسكن الزوجي إذا كان مستوفياً شرائطه الشرعية ".^(٣)

ثم عدلت محكمة النقض عن هذا القرار لتخرج بعد ذلك باجتهاد مناقض لمضمون الاجتهاد السابق، باعتبار دعوى المتابعة صالحة لأن تكون رجعة، فقال: " طلب الزوج لزوجته العودة إلى بيته في حال الطلاق يعتبر مراجعة للزوجة ".^(٤)

وعلق القاضي سعدي أبو جيب على هذا الاجتهاد بأنه خرج عمّا ذكره الفقهاء في معنى المراجعة وما تصح به، كما خرج عن الاجتهاد المستقر الذي لم يعتبر المتابعة دليلاً على

^(١) الأحوال الشخصية محمد أبو زمرة: ١٦٥

^(٢) انظر التذكرة الحامي سعدي أبو جيب: ٢/٧٠

^(٣) اجتهاد ٢٩٤ تاريخ ١٨/٤/١٩٨٩ ورد في التذكرة في القضاء القاضي سعدي أبو جيب: ٢/٦٩

^(٤) قاعدة ٢٠٥٦ قرار ٢٥٧٦ أساس ٤٦١٤ تاريخ ٢١/١٢/٢٠٠٠ الوافي للقاضي محمد عبد الرحمن: ٥٣٦

المراجعة، وأنّ مجرد طلب المتابعة والحصول على حكم بها واعتبار ذلك رجعة مخالف للفقه ولا سند له،^(١) ووافقه على ذلك القاضي الشرعي محمد شريف المنير وقال: لا بدّ في الرجعة من اللفظ الصريح بقول الزوج: راجعتك أو أرجعتك، ويجب الرجوع إلى الاجتهاد القديم وعدم اعتبار دعوى المتابعة رجعة للزوجة لعصمة زوجها، خاصة أنّ الغرض منها إسقاط النفقة عن الزوج، فإن أراد رجعتها يراجع أولاً ثم يطلب المتابعة.

بينما ذهب القاضي الشرعي يحيى الخجا إلى أن دعوى المتابعة تحتل الرجعة بالكناية، فقد تدل على أنّ الزوج يطالب بعودة الزوجة لمنزله بقصد استمرار الزوجية، وهي كقوله: ردّها، وتحتل أنّ الزوج يريد قضاء عدتها في منزل الزوجية وإثبات النشوز، فتحتل المتابعة أكثر من معنى فيرجع فيها لقصد الزوج ونيته، فإن توفي الزوج بعد المتابعة وانتهاء العدة وتنازعت الزوجة مع الورثة فإنّ دعوى المتابعة تعتبر قرينة قوية لصالح الزوجة.

وخروجاً من هذا الخلاف أرى أنه يجب على المحكمة عند طلب الزوج المتابعة خلال العدة أن تسأل الزوج عن نيته وإرادته للرجعة من عدمها، وإغفال هذا السؤال يجعل الحكم مستوجباً للنقض.

ومنعاً للتعارض بين نصوص القانون وتطبيقاته فإنني أقترح إضافة النص الآتي إلى قانون الأحوال الشخصية السوري:

- تصح الرجعة بفعل الزوجة.
- الرجعة تكون بلفظ مخصوص أو فعل مخصوص ولا تعتبر دعوى المتابعة مراجعة بالقول إلا إن صرح الزوج بذلك في الدعوى.

^(١) التذكرة في القضاء القاضي سعدي أبو جيب: ٢/٦٩

المطلب الثاني: العدة

العدة لغة: من العُد وهو الإحصاء، وعدَّ الشيءَ يُعُدُّه عَدًّا، وتَعَدَّادًا وَعِدَّةً، وَعِدَّةُ المرأة المطلقة والمتوفى زوجها هي ما تُعُدُّه من أيام أَقْرَائِهَا، أو أيام حملها، أو أربعة أشهر وعشر ليالٍ.^(١)

وفي الاصطلاح: هي الأجل الذي أوجبه الشارع على الزوجة التي فارقتها زوجها أو توفي عنها لانقضاء ما بقي من آثار النكاح.^(٢)

وفي هذا المطلب سيتم بيان الأحكام التي سكت عنها القانون فيما يتعلق بالعدة وفق ما يلي:

أولاً: عدة ممتدة الطهر.

ثانياً: نفقة المعتدة.

ثالثاً: تاريخ بدء العدة في الحكم بالتفريق.

رابعاً: أثر التلقيح الاصطناعي على العدة.

^(١) تاج العروس لمرتضى الزبيدي مادة (عدد) ٨/٣٥٧

^(٢) شرح قانون الأحوال الشخصية للصابوني: ٢/١٢٣

أولاً . عدة ممتدة الطهر:

ذهب قانون الأحوال الشخصية إلى أنّ ممتدة الطهر التي انقطع عنها الحيض ولم تبلغ سن اليأس تعد سنة كاملة، وهو إعمال لمذهب المالكية والحنابلة، خلافاً للحنفية والشافعية القائلين بوجوب انتظار الحيض بالغة ما بلغت أو تبلغ سن اليأس.^(١)

وبالعودة لمصدر المادة نجد أنّ الحكم ليس على إطلاقه، فقد فرّق المالكية والحنابلة بين حالات انقطاع الحيض وسكت القانون عن ذلك.

فالحيض قد يغيب بلا سبب، وقد يغيب بسبب رضاع أو نفاس، أو بسبب مرض أو دواء يمنع مجيئه.

١. فإذا انقطع لسبب غير معروف ولم تدر ما رفعه فتعد سنة كاملة، وهذا ما قرّره القانون، لكن يشترط ألا ترى الحيض إلى تمام السنة، فلو رأته ولو في آخر يوم يُحسب لها قرء وعليها إكمال الأقراء، فإن مضت سنة بعد ما رأت الحيض فقد مضت عدتها، أما إن عاودها الحيض قبل تمام السنة فيحسب لها قرء ثانٍ، وهكذا إما أن تتم سنة كاملة بيبضاء أو تكمل العدة بالقروء.^(٢)

٢. أن يكون سبب انقطاع الحيض معروف كرضاع أو دواء أو مرض:

أ- انقطاع الحيض بسبب الرضاع:

إن انقطع الحيض بسبب الرضاع فعند المالكية^(٣) ورواية عند الحنابلة^(٤) تعدد بالأقراء ولا تنتقل إلى السنة ما دامت تُرضع وإن طالّت المدة، وذلك لأنها تقدر على إزالة سبب انقطاع

^(١) انظر حاشية ابن عابدين: ٣/٥٠٨ . حاشية الدسوقي: ٢/٤٧٠ . مغني المحتاج للشريبي: ٥/٨٢ . كشف القناع

البهوتي: ٥/٤٢٠ . شرح قانون الأحوال الشخصية د. محمد الحسن البغا: ٥٩٢

^(٢) انظر شرح مختصر خليل للخرشي: ٤/١٤٠

^(٣) انظر مواهب الجليل لخطاب: ٤/١٤٢

^(٤) انظر الإنصاف للمرداوي: ٩/٢٨٧

الحيض بالفطام فكانت قادرة على الأقراء، وبعد الفطام إن لم تحض حتى مضت عليها سنة من يوم الفطام فقد حلت وانقضت عدتها، وإن رأت الحيض ولو آخر يوم في السنة تعود لعدة الأقراء، وعند الحنابلة في المعتمد^(١) لا تنتقل للسنة إنما تنتظر الحيض مهما طال أو تبلغ سن اليأس، والقول الأول هو الأيسر للزوجين والأقرب لمذهب القانون.

ومثل الرضاع شرب دواء يمنع مجيء الحيض، فقد ترغب المعتدة في إطالة زمن العدة رغبة في النفقة أو أملاً في مراجعة الزوج، فيقاس على الرضاع في الحكم لاشتراكهما في العلة؛ إذ تأخر الحيض كان بسبب تدخل المعتدة، وعند التوقف عن تناوله يعود الحيض مجدداً.

ب- انقطاع الحيض بسبب المرض:

كشف الطب حديثاً عن عدة عوامل تؤدي إلى انقطاعه بشكل دائم أو مؤقت، منها:

الإفراز المفرط لهرمون البرولاكتين في جسم المرأة، والتوتر والضغط النفسي، وقصور في الغدة الدرقية، كما أن الخسارة السريعة للوزن تؤدي لانخفاض هرمون الاستروجين وبالتالي لانقطاع الحيض، ويغيب الحيض أيضاً بسبب الشره وفقدان الشهية، والتدخل الجراحي لعلاج الأورام الرحمية أو استئصال الرحم أو المبايض، وفي الاستئصال ينقطع الحيض نهائياً، ومعظم حالات انقطاع الحيض لا تستلزم علاجاً طبياً إنما يجب معرفة سبب انقطاعه وعلاج المرض الأساسي، وفي كثير من الأحيان تكون أسباب انقطاع الحيض خفيفة ويمكن علاجها.^(٢)

فإن انقطع الحيض بسبب مرض أصابها، فعند المالكية^(٣) عدتها سنة كما لو كان سبب الانقطاع غير معروف، لأنها لا تقدر على إزالته فأشبهت اليائسة، وذهب الإمام أشهب من

^(١) كشف القناع البهوتي: ٥/٤٢٠

^(٢) المعجم الطبي ترجمة الدكتور ناصر فضل الله ناصر الدين، دار رسلان دمشق، ط: أولى ٢٠٠٥ م: ٩٣ وموسوعة ويكيبيديا الحرة (انقطاع الحيض) باختصار ar.m.wikipedia.org

^(٣) حاشية الدسوقي: ٢/٤٧٠

المالكية والحنابلة^(١) إلى أنها كالمرضع، فالمرض عارض وبزواله يعود الحيض، فتتربص إلى أن يزول المرض لتعتد بالأقراء أو تبقى سنة كاملة إن لم تر الحيض، وفي القول الآخر للحنابلة تبقى في العدة إلى حين اليأس.

والأولى الأخذ بقول المالكية، فقد يطول العلاج وقد لا يتم لها الشفاء فتقع في مشقة العدة والمرض معاً.

لكن في حال كان الانقطاع دائماً كما في استئصال الرحم فإن المرأة في هذه الحالة تكون آيسة لليقين بانقطاع حيضها، وعدتها ثلاثة أشهر.

ونص المالكية^(٢) على أنّ المرأة ممتدة الطهر التي اعتدت سنة كاملة ثم احتاجت لعدة أخرى بأن تزوجت ثم طلقت فإنّ عدتها ثلاثة أشهر إلا إن عاد الحيض، فإن عاودها ولو مرة فعدتها بالأقراء أو سنة كاملة بيضاء إن عاود الانقطاع.

ورغم أنّ نص القانون صريح في أنّ ممتدة الطهر تعتد سنة كاملة إلا أنّ الاجتهاد القضائي جاء مخالفاً لصريح المادة في تحديد انتهاء عدة من انقطع حيضها لأي سبب كان ببلوغها سن اليأس ثم تعتد بعد ذلك ثلاثة أشهر، فقال: " المرأة التي رأت الدم أياماً ثم ارتفع عنها وانقطع لمرض أو غيره واستمر طهرها سنة فأكثر تعتد بالحيض ولا تنقضي عدتها حتى تبلغ سن اليأس وتتربص بعده ثلاثة أشهر كاملة وسن اليأس خمس وخمسون سنة ".^(٣)

ولهذا أقترح إضافة نص قانوني يبين الحكم في مسألة ممتدة الطهر المسكوت عنها:

● ممتدة الطهر بسبب الرضاع أو بسبب معروف يمكن إيقافه تنتهي عدتها بثلاثة قروء.

(١) كشف القناع البهوتي: ٤٢٠ . ٥/٤٢١

(٢) انظر شرح مختصر خليل الخرشني: ٤/١٤٠

(٣) (ش . ٥١٣ . ٥١٤ . ١٩٦٩/١٢/٢٢) ورد هذا الاجتهاد في شرح قانون الأحوال الشخصية السوري د. محمد

الحسن البغا: ٥٩٢

ثانياً . نفقة العدة:

١ . نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /٨٣/ على أنه " تجب على الرجل نفقة معتدته من طلاق أو فسخ "، فلا نفقة لمعتدة الوفاة، والمعتدة من دخول بشبهة، والمعتدة بسبب فرقة جاءت من قبلها وهي محظورة شرعاً،^(١) إلا أنّ اجتهاد محكمة النقض نص على أنّ " النفقة واجبة للمعتدة إطلاقاً "^(٢) فجعل النفقة لجميع المعتدات دون تفريق، وهو ما يتعارض مع نص المادة، بينما جاء اجتهاد آخر ليقول: " لا نفقة للمتوفى عنها زوجها "،^(٣) وقد رجح الدكتور محمد الحسن البغا وجوب نفقة السكنى لجميع المعتدات، أما نفقة الطعام فلا تجب للمتوفى عنها زوجها باعتبارها وارثة تنفق من إرثها، وبذلك يحمل القرار الأول على الثاني حملاً للمطلق على المقيد.^(٤)

٢ . مدة النفقة في العدة:

حددت المادة /٨٤/ أنّ أقصى مدة لنفقة العدة هي تسعة أشهر فقالت: " نفقة العدة كنفقة الزوجية ويحكم بها من تاريخ وجوب العدة ولا يقضى بها عن مدة أكثر من تسعة أشهر "، إلا أنّ العدة قد تكون أطول من ذلك كما في ممتدة الطهر والتي نص القانون على أنّها تعد سنة كاملة، وقد لا تكون ممن امتد طهرها إلا أنّ الحيض لا يأتيها إلا كل أربعة أشهر أو خمسة أو ستة، فطالما أنه لم ينقطع عنها الحيض سنة كاملة فهي تعتبر من ذوات الأقراء وعدتها ثلاثة قروء، ففي هذه الحالة تبقى المعتدة بلا نفقة بقية أيام عدتها،^(٥) ولعل القانون قصد المعتدة في الحالة الطبيعية الغالبة بين النساء من أنّ مدة العدة لا تتجاوز تسعة أشهر إن

(١) شرح قانون الأحوال الشخصية السوري أ. د عبد الرحمن الصابوني: ٢/١٢٩

(٢) قاعدة ٣٨١ (ش ٤٦٥ قرار ٤٤٧ تاريخ ١٩٥٤/١٢/٢٨) مجموعة القواعد القانونية: ١٧٥

(٣) قاعدة ٣٨٦ (ش ٢٦٤ قرار ٢٥٣ تاريخ ١٩٦٦/٦/١٩) السابق: ١٧٧

(٤) شرح قانون الأحوال الشخصية السوري د. محمد الحسن البغا: ٦٠٦

(٥) السابق: ٦٠٧

كانت الزوجة حاملاً، وسكت عن نفقة ممتدة الطهر، ولهذا أقترح إكمال هذه المادة ليدخل فيها ممتدة الطهر بجميع أنواعها، وذلك بإضافة النص التالي إلى قانون الأحوال الشخصية:

● لا يقضى بنفقة العدة عن مدة أكثر من تسعة أشهر إلا إن كانت ممتدة الطهر فلحين انتهائها.

● تجب نفقة السكنى لجميع المعتدات.

٣ . نفقة العدة في التفريق للإعسار:

التفريق للإعسار طلاق رجعي عند المالكية^(١) لذلك فإنّ المطلقة بسبب عجز الزوج عن النفقة تجب لها نفقة العدة إذا وجد الزوج يساراً يملك به الرجعة وإن لم يراجعها، أما إذا وجد يساراً ينقص عن الواجب لها فلا تجب عليه نفقة العدة؛ إذ لا يملك بذلك رجعتها.

إلا أن قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /٨٣/ نص على أنه: " تجب على الرجل نفقة معتدته من طلاق أو فسخ"، فجعل النفقة للمطلقة مطلقاً دون أن يفرق بين المعتدة من طلاق بائن والمعتدة من طلاق رجعي، لذا فالأولى أن يبقى اللفظ على إطلاقه خاصة أن التفريق للإعسار طلاق رجعي والمعتدة رجعيّاً كالزوجة، فإذا كانت النفقة تجب للمعتدة من طلاق بائن فهذه أولى بالوجوب.

٤ . نفقة العدة لزوجة المفقود:

زوجة المفقود المعتدة بعد انتهاء مدة التبرص لا نفقة لها في العدة عند المالكية؛^(٢) لأنها عدة وفاة ولا نفقة في عدة الوفاة، وذهب الحنابلة^(١) إلى أنها تستحق نفقة العدة؛ لأنّ الحكم بوفاة المفقود يكون حكماً لا يقيناً بخلاف المعتدة من وفاة فإن موته يبين.

(١) حاشية الدسوقي: ٢/٥١٩

(٢) انظر الفواكه الدواني النفراوي: ٢/٤١

والأرجح قول المالكية؛ لأنها تعتد أربعة أشهر وعشرًا، وهي عدة وفاة فتأخذ جميع أحكام عدة الوفاة.

وبناء على هذا الراجح أقترح إضافة التالي إلى نص قانون الأحوال الشخصية:

● لا نفقة للمعتدة من الفقد.

ثالثاً. تاريخ بدء العدة في الحكم بالتفريق:

القضاء اليوم على درجتين، وهذا من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها النظم القضائية في الشرائع الحديثة، لما يوفّره من مزايا تجويد عمل قضاة الدرجة الأولى، وتصحيح ما تنطوي عليه أحكامهم من أخطاء، ويعزز ثقة أفراد المجتمع بعدالة القضاء.^(١)

فعندما تقرّر محكمة الدرجة الأولى التفريق بين الزوجين فإنّ العدة تبدأ من هذا التاريخ، فإذا لم يطعن بالحكم أو طعن به وصدّق فإن بداية العدة صحيحة؛ لأنّ الحكم بالتفريق حاز قوة القضية المقضية وقد وقع متفقاً مع أحكام الشريعة والقانون.

أما إذا جرى نقض الحكم فإنّ ذلك يعني عدم صحة الحكم بالتفريق وتعود الحياة الزوجية إلى سابق عهدها، وما تربسته الزوجة من زمن ذهب هباءً منثوراً، وهنا يظهر الإشكال فيما لو تزوجت خلال وجود الدعوى في محكمة النقض وبعد الحكم بالتفريق من محكمة الدرجة الأولى وانقضاء عدتها، فما حكم هذا الزواج؟ وهل تجبر المرأة على انتظار الأشهر ذوات العدد حتى تبحث محكمة النقض بالطعن؟ وقد لا يكون القصد من وراء الطعن إلا المضارّة بالمرأة.^(٢)

(١) انظر الشرح الكبير على متن المقنع ابن قدامة: ٩/١٣١

(٢) أصول المحاكمات د. أيمن أبو العيال، د. أحمد الحراكي منشورات جامعة دمشق، مركز التعليم المفتوح ١٤٣٠هـ

٣٩: ٢٠٠٩م

(٣) التذكرة في القضاء المحامي سعدي أبو جيب: ٨١. ٨٢ بتصرف

نقل القاضي سعدي أبو جيب فتوى لهذه المسألة لأحد كبار الفقهاء في حلب بالقول بفساد هذا الزواج سواء قضت محكمة النقض بصحة التفريق أم بطلانه، ويأمر الزوجين بالمشاركة وإلزام الزوجة بالعدة.

واستدل على الفساد بأنّ إنهاء الحياة الزوجية الأولى كان بتاريخ صدور قرار محكمة النقض لا بتاريخ حكم التفريق، وذلك قياساً على ما لو قال رجلٌ لزوجته: أنت طالق إن وافق أبي، فالطلاق لا يقع إلا بموافقة الأب ولو تأخرت سنين.

وذهب القاضي أبو جيب إلى صحة الزواج إن انتهت محكمة النقض إلى تصديق حكم المحكمة الشرعية بالتفريق؛ لأنّ الطلاق وقع وأنتج آثاره الشرعية من وقت صدور الحكم، وقاس هذه المسألة على اتفاق اثنين على عقد من العقود لا ينتج آثاره إلا بترخيص قانوني من الدولة، فمتى ما حصل على الترخيص أنتج العقد آثاره من وقت إنشائه لا من وقت حصول الترخيص الذي لا دخل لإرادة المتعاقدين فيه وقد يتأخر شهوراً عدة.

أما إذا انتهت محكمة النقض إلى نقض الحكم فإن ذلك الحكم قد تداعى ولم يعد له وجود، ويعود الزوجان إلى الحياة الزوجية حكماً.

ويناقش القول بفساد الزواج بما يلي:

١. إنّ طريق الطعن بالنقض أوجده القانون ولا دخل لأي من الطرفين فيه، أما الطلاق

المعلق على موافقة الأب فهو بإرادة الزوج وبصيغة غير منجزة.

٢. إنّ حكم المحكمة بالتفريق لا بدّ أن يأتي بصيغة جازمة تتضمن الحكم بالتفريق

واعتبار ذلك طلاقاً بائناً وإلزام الزوجة بالعدة.

٣. إنّ انتهاء المحكمة الشرعية بأنّ الحكم قابل للطعن بطريق النقض لا يعني التعليق

الوارد في الطلاق المعلق؛ لأنّ محكمة النقض إذا وجدت الحكم صحيحاً شرعاً وقانوناً

قررت تصديقه وهذا التصديق لا يتعدى الموافقة على ما حكم به القاضي، وفرق كبير بين الموافقة والتعليق.^(١)

وفي حال تزوجت المرأة بعد الحكم بالتفريق من المحكمة الشرعية ثم نقضت محكمة النقض قرار التفريق فما حكم الزواج الثاني؟

يمكن تخريج هذه المسألة على ما ذكره الفقهاء في حكم من راجعها زوجها ولم تعلم بالرجعة وانقضت عدتها وتزوجت، فأقام الزوج الأول البينة على أنه راجعها قبل انقضاء العدة، فاختلف الفقهاء في حكم الزواج الثاني على قولين:

القول الأول: هي للزوج الثاني إن دخل بها غير عالم برجعتها؛ لأنه بالدخول فانت على الأول، أما إن لم يدخل بها الثاني فهي للأول، وهو مذهب المالكية.^(٢)

القول الثاني: هي للزوج الأول وبطل نكاح الثاني سواء أدخل بها أم لم يدخل، وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء الحنفية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة،^(٥) فإن كان الزوج الثاني لم يدخل بها فرق بينهما ولا شيء عليه، أما إن كان قد دخل بها يفرق بينهما وتعد الزوجة ولا تحل للأول إلا بعد انقضائها، ويجب على الثاني مهر المثل؛ لأنه وطء بشبهة.

واستدلوا على مذهبهم بقوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ... * وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ ... ﴾ [النساء: ٢٣ - ٢٤].

(١) السابق: ٨٣ بتصرف

(٢) انظر الشرح الكبير للدردير: ٢/٤٢٢

(٣) انظر بدائع الصنائع الكاساني: ٣/١٨١

(٤) انظر البيان العمراني: ٢٥٤ - ١٠/٢٥٥

(٥) انظر كشف القناع البهوتي: ٥/٣٤٥

والمحصنات من لها زوج، وهذه لها زوج وهو الأول، فهي محرمة على غيره فلم يصح نكاح الثاني؛ لأنه تزوج زوجة الغير،^(١) واستدلوا أيضاً بأن رجعته صحيحة؛ لأنها لا تفتقر إلى رضاها فلم تفتقر إلى علمها كطلاقها.^(٢)

والراجح ما ذهب إليه الجمهور، لأنها زوجة الأول بيقين فلم يصادف النكاح الثاني محلاً مشروعاً.

وبناء على مذهب الجمهور فإن تزوجت المرأة بعد الحكم بالتفريق من المحكمة الشرعية ثم نقض الحكم فإنّ هذا الحكم لم يعد له وجود، ويكون الزوج الثاني قد تزوج منكوحة الغير، فيجب التفريق بينهما ولا شيء عليه إن كان قبل الدخول، أما إن دخل بها فعليه مهر مثلها، وتجب عليها العدة قبل عودتها للأول.

وقد اضطرب سير المحاكم في بدء العدة، فذهب بعضها إلى أن بدء العدة هو تقرير الحكّمين، فتعقبه الاجتهاد بقوله: وكان ما انتهجته المحكمة في غير محله الشرعي، ولا يتفق مع نص المادة /١٢٥/ من قانون الأحوال الشخصية؛ لأنّ التفريق لا يتم إلا من تاريخ الحكم لا من تاريخ تقرير الحكّمين وهذه مسألة من النظام العام لتعلقها بحق الله تعالى.^(٣)

وذهب البعض الآخر إلى أنّ بدء العدة من تاريخ اكتساب الحكم الدرجة القطعية:^(٤) " تبدأ العدة من تاريخ الحكم بالتفريق إذا ما اكتسب الحكم الدرجة القطعية"^(٥)

(١) البيان العمراني: ١٠/٢٥٥

(٢) كشاف القناع البهوتي: ٥/٣٤٥

(٣) الاجتهاد ١٥٨ تاريخ ١٩٨٩/٣/٥ وفي معناه الاجتهاد ٤٨ تاريخ ١٩٨٢/١/١٩ التذكرة في القضاء القاضي سعدي أبو جيب: ٢/٨٢

(٤) التذكرة في القضاء القاضي سعدي أبو جيب: ٢/٨٢

(٥) قاعدة ٩٣٠ قرار ٤٧٠ أساس ٤٥٣ تاريخ ١٩٦٥/١١/١٨ الأحكام القضائية الشرعية محمود زكي شمس:

فردَّ اجتهاد آخر ذلك بقوله:

" العدة تبدأ من تاريخ صدور قرار القاضي بالتفريق وعلى هذا استقر الاجتهاد "(١)

" العدة في الطلاق البائن الواقع في دعوى التفريق للشقاق تبدأ من تاريخ الحكم به فإذا نقض الحكم لسبب يمسّ جوهره اعتبر أنه لم يكن وعاد الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبله، وإذا رفض الطعن أكملت المعتدة عدتها إن لم تكن قد انقضت بعد".(٢)

وقد ورد مؤخراً تعميمٌ من وزارة العدل يؤكد على جعل بداية العدة من صدور قرار القاضي بالتفريق، وجاء فيه: " وردنا كتاب من السيد القاضي الشرعي الأول بحلب يقترح فيه تعديل المادة /١٢٥/ من قانون الأحوال الشخصية المتعلقة ببداية العدة الشرعية للمطلقة قضائياً بالتفريق أو الفسخ أو المفارقة في نكاح فاسد 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 ومؤيداته القانونية من قبل إدارة التشريع مستعينة بعدد من القضاة العاملين في مجال القضاء الشرعي والخبراء في هذا المجال 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 . إنّ الأحكام القضائية تنتج آثارها من تاريخ الحكم وليس من تاريخ اكتسابه الدرجة القطعية، فالحكم يولد وتولد آثاره بمجرد ولادته، ولا يوجد حكم معلق على شرط أو قيد أو رغبة أحد الأطراف.

(١) قرار ٢٢٧٩ أساس ٢٣٠٤ تاريخ ١١/٢٤/١٩٩٧م ورد هذا الاجتهاد في مجلة المحامون لعام ٢٠٠٠م العددان ١٠٠٩: ١١٤٢

(٢) قاعدة ٩٦٠ قرار ١٩ أساس ٢٢ تاريخ ١/٣/١٩٧٨م الأحكام القضائية الشرعية محمود زكي شمس: ١٢٤٦

٢ . إنّ المحكمة الشرعية هي محكمة موضوع تبحث في أساس النزاع وتفصل في موضوعه بالدرجة الأخيرة، فالحكم بذلك يحمل قوته بذاته، أما محكمة النقض فهي محكمة قانون يقتصر دورها على مراقبة حسن تطبيق القانون.

٣ . إنّ حكم المحكمة الشرعية بالتفريق أو الفسخ أو المفارقة لا بدّ أن يأتي بصيغة جازمة تتضمن الحكم بالتفريق واعتباره طلاقاً بئناً وإلزام الزوجة بالعدة فور صدور القرار.

٤ . الأصل في الطلاق أنه بيد الزوج ومتى أوقع الطلاق على زوجته وجبت عليها العدة دون انتظار لصدور حكم تثبيت الطلاق، وإنّ القاضي عندما يحكم بالتفريق إنما ينوب عن الزوج في إيقاع الطلاق.

٥ . إنّ القول بضرورة تعديل المادة /١٢٥/ أحوال شخصية خوفاً من قيام الزوجة بالزواج بعد انتهاء عدتها قبل صدور قرار محكمة النقض فإنه يرد عليه بأنّ القانون لا يلحق بالحوادث الاستثنائية وإنما يلحق بالأمور العامة هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الطعون المنظورة أمام محكمة النقض الغرفة الشرعية تفصل خلال فترة قصيرة جداً لا تتجاوز مدة الشهر أي قبل انتهاء فترة العدة الشرعية.

وزيادة في الحرص ولتجنب مثل هذه الحالة، 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 البتّ بالطعن أو كان التفريق قبل الدخول والخلوة.^(١)

ويعقب القاضي الشرعي محمد شريف المنير على ذلك بقوله: إنّ تسعين بالمائة من دعاوى التفريق تعود بتصديق حكم محكمة الموضوع، وما يعود بالنقض منها إنما يكون النقض فيه

^(١) تعميم رقم ٥١/ دمشق ٢٠١٧/٦/٤ م وزير العدل القاضي المستشار هشام محمد ممدوح الشعار

للجوانب المالية، وهذا يقترب مما اختاره القانون الجزائري والمغربي؛ إذ منعا الطعن في أحكام الطلاق والفرقة عدا الجوانب المادية.

فقد نص القانون الجزائري رقم ١١ لعام ١٩٨٤م في المادة /٥٧/ :

" تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية " .

كما نص القانون المغربي رقم (٧٠.٠٣) لسنة ٢٠٠٤م المادة /١٢٨/ :

" القرارات القضائية الصادرة بالتطليق أو بالخلع أو بالفسخ طبقاً لأحكام هذا الكتاب تكون غير قابلة لأي طعن في جزئها القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية " .

ومنعاً للتعارض الوارد في الاجتهاد القضائي، وللфصل في هذه المسألة أقترح إضافة النص التالي لقانون الأحوال الشخصية:

● دعاوى الطلاق والتفريق غير قابلة للطعن عدا الجوانب المالية.

رابعاً . التلقيح الاصطناعي في العدة وأثره:

١ . تعريفه:

التلقيح الاصطناعي: هو إدخال حيوانات منوية مستخرجة من الزوج داخل الجهاز التناسلي للزوجة عن طريق الحقن بغرض تلقيح البويضة داخل الرحم، أو استخراج البويضة وتلقيحها بالخلية الذكرية للزوج داخل أنبوب الاختبار وإعادة زرعها.^(١)

(١) المعجم الطبي ترجمة الدكتور ناصر فضل الله: ١١٥

٢. حكمه:

التلقيح الاصطناعي جائز بشروط قياساً على استدخال المني الذي تناوله الفقهاء، وهو استدخال الزوجة مني زوجها بيدها أو بغيره دون الطرق الطبيعية،^(١) وهو جائز عند الحنفية والمالكية والشافعية، واعتبره الحنفية والشافعية كالوطء في أكثر الأحكام، ولم ينص المالكية على أثر استدخال المني إلا من حيث ثبوت النسب.

يقول ابن عابدين في حاشيته: "وسبب وجوبها (عدة) عقد النكاح المتأكد بالتسليم أو ما جرى مجراه .. قلت: ومما جرى مجراه ما لو استدخلت منيه في فرجها".^(٢)

وجاء في حاشية العدوي:^(٣) "إن خلقت من مائه ما إذا التقطت منيه في نحو حمام ووضعته في فرجها ثم حملت منه فيصدق على ذلك أنها خلقت من مائه حيث علم ذلك".^(٤)

وفي تحفة المحتاج: "إنما تجب أي عدة النكاح .. بعد وطء .. أو بعد استدخال منيه أي الزوج المحترم وقت إنزاله واستدخاله"،^(٥)

وفي إعانة الطالبين: "ومثل الوطء استدخال منيه المحترم في حال نزوله واستدخاله؛ إذ هو كالواطئ في أكثر أحكامه".^(٦)

(١) انظر الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية دراسة مقارنة محمد مرسي زهرة الكويت ١٩٩٣م: ٢٩

(٢) حاشية ابن عابدين: ٣/٥٠٤

(٣) علي بن أحمد بن مكرم الله المنسفي الصعيدي العدوي: فقيه مالكي مصري، كان شيخ الشيوخ في عصره، المحقق المدقق النحرير المتكلم، ولد في بني عديّ بالقرب من منفوط سنة ١١١٢هـ وتوفي في القاهرة سنة ١١٨٩هـ من كتبه: حاشية على شرح السلم للأخضري، وحاشية على شرح الجوهرة للشيخ عبد السلام. سلك الدرر في أعيان القرن الثاني عشر لمحمد خليل بن علي الحسيني: ٣/٢٠٦

(٤) حاشية العدوي علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي مطبوع في هامش شرح مختصر خليل للخرشي: ٣/٢٠٧

(٥) تحفة المحتاج لابن حجر: ٢٣٠. ٨/٢٣١

(٦) إعانة الطالبين في حل ألفاظ المعين أبو بكر بن محمد شطا الدمياطي (ت: ١٣٠٢هـ) دار الفكر ط: أولى

١٤١٨هـ ١٩٩٧م: ٣/٣٣٦

أما الحنابلة فقد قالوا بأن علوق الولد باستدخال المني مستحيل عادة، وأنه إن وجد فهو من خوارق العادات، لأنّ أهل الطب قالوا أنّ المني إذا برد لم يخلق منه الولد.^(١)

فالتلقيح الاصطناعي جائز تخريجاً على ما قاله الجمهور في استدخال المني، وإليه انتهى مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة في مكة المكرمة.^(٢)

والقول بالجواز ليس على الإطلاق، إنما لا بدّ من توافر بعض الشروط التي تضمن آلية العمل وعدم التلاعب فيه حفاظاً على الأنساب، ولأنه إنّما جوّز لضرورة العلاج من العقم وحق الزوجين في الإنجاب، وذلك بناءً على القاعدة الفقهية: ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها.^(٣)

٣. شروط التلقيح الاصطناعي:

١. أن يكون التلقيح بين زوجين تربطهما علاقة زوجية مشروعة وقت إجراء عملية التلقيح.

٢. أن يكون التلقيح برضا الزوجين وبناءً على طلبهما.

٣. عجز الأطباء عن علاج العقم ولا يجد الزوجان أمامهما من سبيل للإنجاب سوى التلقيح الاصطناعي.

٤. أن تتم العملية بواسطة طبيب مختص بناءً على تقرير طبي من طبيين متخصصين.

٥. أن تتم العملية في المراكز الطبية المختصة لذلك.

٦. أن يؤمن اختلاط الأنساب باختلاط النطف بوجود ضمانات النقل في جميع مراحل العملية.

(١) المغني لابن قدامة: ٧/٥٣٩

(٢) مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة الدورة الثامنة في الفترة من ١٤٠٥/٤/٢٨ هـ حتى ١٤٠٥/٥/٧ هـ.

ومجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان عاصمة الأردن من ١٣٠٨ صفر ١٤٠٧ هـ

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي: ٨٤

٧. إصدار قانون ينظم هذه العملية بحيث يترتب على كل من يتلاعب بها عقوبات تعزيرية رادعة.^(١)

٤. حكم التلقيح الاصطناعي في عدة الطلاق أو الوفاة:

صورة المسألة: عملية التلقيح الاصطناعي قد تستغرق بعض الوقت، وقد يموت الزوج أو يحدث الطلاق في تلك الفترة، وقد يكون للزوج رصيد من الحيوانات المنوية محفوظة في بنوك النطف وبعد الطلاق أو وفاة الزوج تقوم الزوجة بالعمل على إتمام إجراء عملية التلقيح، فما هو تأثيره على العدة؟

باعتبار أنّ التلقيح الاصطناعي جائز قياساً على استدخال المني، واستدخال المني كالوطء في أكثر الأحكام، فإنّ هذا الأمر ينبني على جواز الوطء في العدة، ومدى انقطاع الرابطة الزوجية بين الزوجين بعد الطلاق والوفاة أو بقائها، مع مراعاة الشروط التي تضبط إجراء عملية التلقيح، ويختلف حكم الوطء بين عدة المطلقة رجعيّاً وبين عدة البائن والوفاة.

أ- العدة الرجعية:

المعتدة من الطلاق الرجعي وإن اعتبرها الفقهاء كالزوجة إلا أنهم اختلفوا في جواز وطئها، فذهب الحنفية^(٢) والحنابلة^(٣) في المعتمد عندهم إلى جوازه في عدة الرجعية، ويعتبر ذلك رجعة بالفعل.

^(١) الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية: ٣٧. حكم الإسلام في التلقيح الاصطناعي شاذية الصادق

حسن جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا. مجلة العلوم والبحوث الإسلامية العدد الثاني فبراير ٢٠١١م: ١٤

^(٢) انظر بدائع الصنائع الكاساني: ٣/١٨١

^(٣) انظر الإنصاف المرداوي: ٩/١٥٣

وعند المالكية^(١) يجوز الوطء بشرط نية الرجعة، فإن لم ينو الرجعة يحرم للزوج الوطء، أما الشافعية^(٢) فيحرم الوطء ولو نوى الرجعة، وإن فعل فلا حدَّ عليه ولو كان عالماً بالتحريم ولها مهر المثل.

وإذا كان استدخال المني كالوطء في ثبوت النسب ووجوب العدة فإنَّ التلقيح الاصطناعي يجوز في العدة الرجعية تخريجاً على مذهب الحنفية في جواز وطء الرجعية، ولأنَّ الزوجية لا تزال قائمة حكماً، بشرط رضا الزوج، إذ لا يجوز إجراء التلقيح دون رضاه.

ولا يجوز بناء على مذهب جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة.

أما المالكية فلا يمكن تخريج التلقيح الاصطناعي في العدة على جواز الوطء فيها، لأنه لم يرد عندهم أن استدخال المني يقوم مقام الوطء، فلم يرد عندهم إلا من حيث ثبوت النسب، ولو افترض أنهم اعتبروه كالوطء فإنهم اشترطوا لصحة الوطء نية الرجعة، والرجعة يجب أن تكون بفعل الزوج، أما التلقيح الاصطناعي فهو ليس من فعل الزوج.

وأما الشافعية فلحرمه الوطء في العدة، ولأنهم في استدخال المني اشترطوا أن يكون محترماً وقت الإنزال والاستدخال، وهو حرام عندهم في العدة، والحنابلة لم يجعلوا استدخال المني كالوطء.

- أثر التلقيح الاصطناعي على الرجعة:

نص الحنفية على أن استدخال المني كالوطء، لكنهم لم يذكروا حكم الرجعة به، وإن كانت تثبت بالوطء الرجعة عند الحنفية والمالكية والحنابلة، لكنه يختلف عن استدخال المني والتلقيح من حيث إنه ليس من فعل الزوج.

(١) التاج والإكليل للمواق: ٥/٤٠٥

(٢) البيان للعمرائي: ١٠/٢٤٥

وقد مرَّ أن الرجعة بفعل الزوجة انفرد الحنفية بالقول بصحتها، فإن جماعت الزوجة زوجها وهو نائم أو مغمى عليه أو مجنون صحت الرجعة باتفاق الإمام وصاحبيه.^(١)

ونصَّ المالكية والحنابلة على أن الرجعة بيد الزوج وحده، والشافعية لم يجيزوا الرجعة بالفعل أصلاً.^(٢)

فبناءً على ثبوت الرجعة بالوطء من الزوجة ولو كان الزوج نائماً أو مغمى عليه عند الحنفية، وبناءً على أن لاستدخال المني حكم الوطء فإنَّ الرجعة تثبت بالتلقيح الاصطناعي، لكن يشترط رضا الزوج، لأنَّ رضاه من شروط جواز التلقيح.

ب- عدة الطلاق البائن:

اتفق الفقهاء على حرمة وطء المعتدة من طلاق بائن، لأنها كالأجنبية ولا ينقطع الزوجية بينهما، فإن فعل عالماً بالحرمة فهو زانٍ عليه الحد ولا يثبت به نسب ولا ميراث، وذلك في المطلقة ثلاث طلاقات متفرقة، والمطلقة على مال عند الحنفية والمالكية.

أما لو طلقها ثلاثاً بلفظ واحد والبائن بما دون الثلاث فيسقط عنه الحد لوجود الشبهة،^(٣) وعند الشافعية والحنابلة يحد في الطلاق الثلاث إن كان عالماً بالتحريم لانتفاء الشبهة.^(٤)

وبناءً على ذلك فإنه يحرم التلقيح في عدة البائن، فإن حصل فهو كالوطء بشبهة إن لم يكن عالماً بالتحريم، وكان فيما دون الثلاث وإلا فهو زنا.

^(١) بدائع الصنائع الكاساني: ٢/١٨٢

^(٢) مواهب الجليل الخطاب: ٤/٩٩ . المغني: ٧/٥١٩

^(٣) انظر البحر الرائق ابن نجيم: ٥/١٤ . التاج والإكليل للمواق: ٨/٣٩٠ . حاشية الدسوقي: ٤/٣١٥

^(٤) انظر مغني المحتاج الشرييني: ٤٤٦ و ٥/٩٢ . روضة الطالبين للنووي: ١٠/٩٤ . كشاف القناع البهوتي: ٥/٤٢٥

و ٦/٩٧ . المغني لابن قدامة: ٩/٥٦

ت- المعتدة من وفاة:

إذا كان يحرم على الزوج وطء زوجته الميتة وقد اعتبره ابن حجر من الكبائر^(١) فإنه يقاس عليه حرمة استدخال المنى أو الوطء؛ لأنَّ الحرمة بسبب ارتفاع ملك النكاح بالموت. كما أن قياس المعتدة من وفاة على المطلقة طلاقاً بائناً قياساً أولى؛ لأنَّ الموت يقطع الرابطة الزوجية.

وهو ما ذهب إليه المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة عام ١٩٨٤م وأقره مجمع البحوث الإسلامية بعمان في ٧ رجب ١٤٠٦هـ ١٩٨٦م حيث قرّر أنّ وضع ماء الزوج في رحم زوجته بعد وفاته حرام شرعاً، لأنها لم تعد امرأته فقد قطع الموت بينهما.^(٢)

ولعدم وجود ضرورة، فرغبتها في الإنجاب تتحقق بزواجها برجل آخر بعد انتهاء العدة، ولأنَّ التلقيح بعد الموت أو الطلاق هدم لأحكام الشريعة وفتح باب الزنا وضياع الأنساب. وبناءً على سكوت القانون عن أثر التلقيح الصناعي على العدة فإنني أقترح إضافة النص التالي إلى قانون الأحوال الشخصية:

- يمنع إجراء التلقيح الاصطناعي بعدة الطلاق البائن والوفاة.
- إن تمَّ التلقيح الاصطناعي برضا الزوج في عدة الطلاق الرجعي تثبت به الرجعة.

^(١) الزواجر عن اقتراف الكبائر أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري، شهاب الدين شيخ الإسلام، أبو العباس (ت: ٩٧٤هـ) دار الفكر، ط: الأولى، ١٤٠٧هـ ١٩٨٧م: ٢/٢٣٦

^(٢) حكم الإسلام في التلقيح الاصطناعي شادية الصادق حسن: ٩

ملحق المقترحات

ملحق بالصيغ المقترح إضافتها إلى قانون الأحوال الشخصية السوري في المسائل المسكوت عنها في فرق الزواج وآثاره:

١. يشترط لتحقيق الإكراه أن يغلب على ظن المكره أن المكره قادر على إيقاع ما هدد به، وأن يعجز المكره عن دفع ما هدد به، وألا تخلص نية المكره في إيقاع الطلاق، ولا يخالف ما أكره عليه زيادة أو مغايرة، وأن يكون الإكراه ملجئاً.
٢. يتحقق الإلجاء بكل ما يحدث ضرراً غير قابل للاحتمال في نفس المكره أو ماله أو أهله أو كل من يلحقه ضرر بإيذائه.
٣. يقع طلاق الزوج المكره إن أجازه بعد زوال الإكراه، أو لم يبادر برفع دعوى بطلان الطلاق فور زوال التهديد.
٤. يقع الطلاق في الغضب ما لم يفقد به التمييز والإدراك.
٥. يقع على عاتق الزوج ادعاء فقدان التمييز بسبب الغضب وإثباته.
٦. لا يقع طلاق السكران الطافح.
٧. الطلاق المتكرر دون عطف يقع به طليقة واحدة إن قصد به التأكيد وإلا يقع بعدده.
٨. لا تقبل نية التأكيد إن كرر الطلاق بحروف متغايرة أو بصفات مختلفة.
٩. لا يقع الطلاق غير المنجز إن قصد به الحث على فعل شيء أو المنع منه ولم يقصد الطلاق وكره وقوعه وعليه كفارة يمين.
١٠. يقع الطلاق المعلق على المستحيل، والمعلق على المشيئة إن قصد التعليق، والمضاف إلى وقت عند حلوله.
١١. الطلاق المضاف للزمن الماضي إن قصد به الإنشاء يقع في الحال، وإن قصد الإخبار فكالمقرر بالطلاق.

١٢. يثبت التعسف إن ظهر قصد الإضرار بالزوجة أو استعمل الطلاق بغرض غير مشروع، أو أن تكون مصلحة الزوج بالطلاق ضئيلة لا تتناسب مع الضرر الفاحش اللاحق بالزوجة.

١٣. يشترط للتعويض عن الطلاق التعسفي أن يكون الضرر مادياً وأن يكون الطلاق بعد الدخول، وعدم رغبة الزوجة في الطلاق وألا يوجد معيل للزوجة مهما كانت صفته، ومطالبة الزوجة بالتعويض خلال سنة من تبليغ الزوجة بوقوع الطلاق.

١٤. كل ما لم يجب فيه التعويض عن الطلاق فللقاضي أن يفرض المتعة للزوجة إن رأى المصلحة في ذلك.

١٥. فرض المتعة للزوجة يغني عن التعويض.

١٦. تعتبر الزوجة متعسفة إذا طلقت نفسها لغرض غير مشروع ولحق الزوج ضرراً فاحشاً بسبب ذلك.

١٧. الخلع فرقة بين الزوجين بعوض بلفظ طلاق أو خلع أو ما في معناه.

١٨. لفظ الخلع وما يشتق منه صريح في المخالعة، وما سوى ذلك فهو من الكنايات فيشترط لصحته ذكر البدل.

١٩. المرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا خولعت لا تلتزم بالبدل إلا بموافقة ولي المال، فإن لم يوافق الولي صحت المخالعة وسقط العوض، ويقع بها طلاق بائن إن كان بلفظ الخلع، ورجعي إن كان بلفظ الطلاق، إلا أن يشترط الزوج صحة البراءة، فإن لم يتم له المال تبقى الزوجية قائمة.

٢٠. للأب المخالعة عن الصغيرة والمجنونة على المهر، وليس له المخالعة عن السفينة من مالها دون إذنهما.

٢١. لا يملك الوصي المخالعة

٢٢. يجب للزوج مهر المثل عوضاً عن بدل الخلع إن هلك البديل أو استحق قبل أن يقبضه الزوج أو كان لا يجوز التزامه شرعاً أو كان مجهولاً، أو اختلف الزوجان فيه ولم يكن لأحدهما بينة.

٢٣. تقوم الكتابة والتوقيع في المخالعة مقام اللفظ من القادر عليه.

٢٤. يجوز تعليق الخلع على الإبراء أو أداء العوض أو ضمانه.

٢٥. اقتران الشرط الفاسد في المخالعة يبطل الشرط ويصح الخلع ويجب البديل المتفق عليه.

٢٦. يبطل الخلع بوقوع الإكراه على أحد الزوجين، وإن عضل الزوج زوجته لتخالعه يرد العوض ويقع الطلاق الرجعي.

٢٧. ليس للقاضي الحكم بالمخالعة بناء على طلب الزوجة دون رضا الزوج.

٢٨. لا حجية للأحكام الصادرة عن المحاكم المدنية في دول الغرب، إلا إن كانت مصدقة من مركز إسلامي.

٢٩. يصح الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة بشرط أن تكون واضحة ومفهومة وأن يثبت أن الزوج هو من بعث الرسالة لزوجته بوسيلة من وسائل الإثبات.

٣٠. للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها إن وجدت بعد العقد بالزوج مرضاً من الأمراض المنفرة والخطيرة التي لا يرجى برؤها أو يطول علاجها أو أصيب بها بعد العقد كالجنون والجذام والزهري والإيدز وما يماثلها ويسقط الحق بالرضى بها صراحةً أو دلالةً.

٣١. للزوج طلب التفريق إن وجد بزوجته مرضاً من الأمراض المنفرة والخطيرة التي لا يرجى برؤها أو يطول علاجها إن كانت قبل العقد ولم يعلم ولم يرض بها صراحةً أو دلالةً.

٣٢. للزوجة طلب التفريق لعقم الزوج بشرط أن تكون قادرة على الإنجاب وألا يكون لديها ولد، وأن يثبت بالتقرير الطبي عجز الزوج عن الإنجاب بعد إعطائه المدة المناسبة للعلاج.

٣٣. الضرر الموجب للتفريق هو كل إساءة في التصرف تلحق الأذى بأحد الزوجين من الآخر إما في نفسه أو ماله أو بدنه.

٣٤. يشترط في الضرر تكراره إن كان خفيفاً ويعود تقدير درجة الضرر للقاضي، واستمرار الضرر لحين الدعوى، وعدم التنازل عن الضرر من الطرف المتضرر صراحة أو ضمناً.

٣٥. يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين حرين ذكرين رشيدين فقيهين بأحكام النشوز.

٣٦. يصح طلب التفريق للشقاق والضرر قبل الدخول وبعده.

٣٧. لا ينقض حكم الحكمين إن كانا من الأبعاد مع وجود الأقارب إن توافق حكمهما مع الشرع والقانون.

٣٨. إن اختلف الحكمان في الطلاق فلا يقع، وإن اختلفا في المال يعود القاضي في تقديره لمهر المثل بشرط ألا يزيد ولا ينقص عما قاله الحكمان.

٣٩. يُعزل الحكمان بصدور الحكم، وبخروج أحدهما عن الأهلية، وبمخالفة أحدهما للقانون أو الأحكام الشرعية.

٤٠. يشترط للتفريق للإعسار: أن يكون الإعسار عن النفقة الحاضرة، وأن يعجز الزوج عن نفقة الضرورة، وألا تكون الزوجة غنية، ولا عالمة بفقره عند العقد، وأن تعجز عن الاستدانة.

٤١. للزوج أن يراجع زوجته ما دامت في العدة، بشرط أن يثبت يساره ويستعد للإنفاق أو أن تقبل الزوجة بالعودة إليه مع فقره.

- ٤٢ . يشترط للتفريق للغياب أن تتضرر الزوجة من غياب زوجها.
- ٤٣ . على القاضي إنذار الزوج قبل الحكم بالتطليق إما أن يحضر أو ينقلها إليه أو يطلقها.
- ٤٤ . ليس للزوجة طلب التفريق للشقاق إن كان الزوج غائباً ولا يعلم مكانه إلا إن ثبتت إساءته قبل غيابه.
- ٤٥ . إذا عاد المفقود أو تبينت حياته فزوجته له ما لم تتزوج أو تزوجت ولم يدخل الثاني بها، فإن عاد بعد دخول الثاني الذي لم يكن عالماً بحياة الأول فهي للثاني ويرد الصداق للأول.
- ٤٦ . يفتقر الحكم بوفاة المفقود إلى القاضي.
- ٤٧ . عند الحكم بالفرقة يُقَدَّر وقوع الطلاق عند الشروع في العدة ويتحقق بدخول الثاني.
- ٤٨ . تعتد زوجة المفقود عدة وفاة.
- ٤٩ . إن تزوجت زوجة المفقود في وقت ليس لها أن تتزوج فيه فنكاحها باطل.
- ٥٠ . ليس لزوجة المفقود في العمليات الحربية الحق في التفريق للغياب، ولها التفريق للإعسار إن لم يترك لها نفقة.
- ٥١ . الإيلاء هو الحلف بالله على ترك وطء الزوجة فوق أربعة أشهر.
- ٥٢ . إن مضت أربعة أشهر ولم يفيء الزوج فللزوجة طلب التفريق من القاضي ويأمره القاضي بالفيئة أو الطلاق فإن أبي يطلقها عليه.
- ٥٣ . التفريق للإيلاء طلاق رجعي.
- ٥٤ . يقع باللعان طلاقه بئنة.
- ٥٥ . لا يتم اللعان إلا بملاعنة الزوجة.
- ٥٦ . لا تأثير للبصمة الوراثية في إلغاء اللعان.

٥٧. لا تسمع دعوى اللعان بعد تأكيد البصمة الوراثية لنسب الولد وعدم مبادرة الزوج لنفيه.

٥٨. تصح الرجعة بفعل الزوجة.

٥٩. الرجعة تكون بلفظ مخصوص أو فعل مخصوص ولا تعتبر دعوى المتابعة مراجعة بالقول إلا إن صرح الزوج بذلك في الدعوى.

٦٠. ممتدة الطهر بسبب الرضاع أو بسبب معروف يمكن إيقافه تنتهي عدتها بثلاثة قروء.

٦١. لا يقضى بنفقة العدة عن مدة أكثر من تسعة أشهر إلا إن كانت ممتدة الطهر فلحين انتهائها.

٦٢. تجب نفقة السكنى لجميع المعتدات.

٦٣. لا نفقة للمعتدة من الفقد.

٦٤. دعاوى الطلاق والتفريق غير قابلة للطعن عدا الجوانب المالية.

٦٥. يمنع إجراء التلقيح الاصطناعي بعدة الطلاق البائن والوفاة.

٦٦. إن تمّ التلقيح الاصطناعي برضا الزوج في عدة الطلاق الرجعي تثبت به الرجعة.

الخاتمة

وتتضمن نتائج البحث والتوصيات:

أولاً. نتائج البحث:

سكت المشرع السوري عن تنظيم بعض الأحكام المتعلقة بفرق الزواج وآثارها، منها:

١. يقع طلاق المكره إن لم يبادر بطلب إبطال وثيقة الطلاق الواقع تحت الإكراه.
٢. يقع الطلاق في الغضب مهما بلغت درجته ما لم يفقد الإدراك.
٣. يشترط لعدم وقوع طلاق السكران أن يكون طافحاً.
٤. الطلاق المتكرر يقبل التأكيد إن كان موصولاً وإلا يقع بعدده.
٥. الطلاق المضاف إلى المستقبل يقع عند حلول وقته.
٦. المتعة تغني عن التعويض في الطلاق التعسفي.
٧. يصح الخلع بلفظ خلعتك ولو لم يُذكر البدل.
٨. إذا فسد بدل الخلع يجب مهر المثل.
٩. لا يجبر الزوج على قبول الخلع.
١٠. لا يعتد بالطلاق الصادر من محاكم الدول الأجنبية.
١١. يقع الطلاق عبر وسائل التواصل.
١٢. للزوجين الحق بالتفريق للأمراض المنفرة والخطيرة، إن وجدت قبل العقد ولم يعلم بها الطرف الآخر.
١٣. للزوجة الحق بالتفريق للعقم إن لم يكن لديها ولد وثبت عجز الزوج عن الإنجاب.
١٤. لا ينقض حكم الحكمين إن كانا من الأبعد مع وجود الأقارب.
١٥. غنى الزوجة بمنعها من التفريق للإعسار.

- ١٦ . الإيلاء طلاق رجعي.
- ١٧ . لا أثر للبصمة الوراثية في إلغاء اللعان.
- ١٨ . تصح الرجعة بفعل الزوجة.
- ١٩ . دعوى المتابعة لا تعتبر رجعة.
- ٢٠ . ممتدة الطهر تبقى نفقتها إلى حين انتهاء عدتها.
- ٢١ . يجوز التلقيح الاصطناعي في عدة الرجعية ويعتبر رجعة، ولا يجوز في عدة البائن والمتوفى عنها زوجها.

ثانياً . التوصيات:

- ١ . إضافة الصيغ المقترحة للمسائل المسكوت عنها في فرق الزواج وآثاره إلى قانون الأحوال الشخصية السوري.
- ٢ . إكمال ما بدأ به هذا البحث وبيان المسكوت عنه فيما تبقى من أجزاء قانون الأحوال الشخصية السوري المتمثلة في الكتاب الثالث: الولادة ونتائجها، والكتاب الرابع: الأهلية والنيابة الشرعية، والكتاب الخامس: الوصية، والكتاب السادس: الإرث.
- ٣ . جمع المشمول بالمادة /٣٠٥/ إما لتسهيل الرجوع إليه على القضاة أو للحاجة إلى نص صريح يحدد الراجح في المذهب الحنفي عند تعدد الأقوال، وبيان ما يتفق منها مع روح العصر وما هو بحاجة إلى تعديل.
- ٤ . إعادة النظر من قبل المعنيين بالأمر في بعض المواد التي ظهر أثرها السلبي عند التطبيق كالتشهير بالزوجة هروباً من التعويض في الطلاق التعسفي.

فهرس الآيات الكريمة

فهرس الأحاديث الشريفة

فهرس الآثار

فهرس القواعد الفقهية

فهرس صور وألفاظ الطلاق

فهرس الأعلام

فهرس المصادر والمراجع

فهرس المحتويات

فهرس الآيات الكريمة

الآية	السورة	الرقم	الصفحة
وَاتَّبِعُوا مَا تَتْلُو الشَّيَاطِينُ عَلَىٰ مُلْكٍ سُلَيْمَانَ	البقرة	١٠٢	٣٥
يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ	البقرة	١٠٢	١٧
هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ هُنَّ	البقرة	١٨٧	١١٧
لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ	البقرة	٢٢٥	٣٨ _ ٧٦
لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرِيصٌ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ	البقرة	٢٢٦	٢٤٩
وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ	البقرة	٢٢٨	٢٦٤
الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ	البقرة	٢٢٩	٦٤
فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ	البقرة	٢٢٩	١٢٣
وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا	البقرة	٢٣١	٢١٨
يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ	البقرة	٢٨٢	١٤٥
وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا	النساء	١٩	٩٩
وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ	النساء	١٩	١٥٧
حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَ... وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ	النساء	٢٣ ٢٤	٢٧٦
فَابْتَغُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا	النساء	٣٥	٢١١
لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ	النساء	٤٣	٥٤

٧٦	٨٩	المائدة	ذَلِكَ كَفَّارَةٌ لِّأَيِّمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ
١٧	٧٨	الكهف	هَذَا فِرَاقُ بَيْنِي وَبَيْنِكَ
٢٠٤	٥٣	الحج	وَإِنَّ الظَّالِمِينَ لَفِي شِقَاقٍ بَعِيدٍ
٢١٤	٣٧	الأحزاب	أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ
٢٦٦	١	الطلاق	وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيَّنَةٍ
٢١٨	٧	الطلاق	لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُئْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ
٧٦	٢	التحريم	قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ
٣٥	١ - ٤	الفلق	قُلْ أَعُوذُ بِرَبِّ الْفَلَقِ مِنْ شَرِّ مَا خَلَقَ

فهرس الأحاديث الشريفة

الحديث	الراوي	المخرّج	درجة الحديث	الصفحة
امرأة المفقود تصبر حتى يأتيها البيان	المغيرة بن شعبة	البیهقي	ضعيف	٢٣٣
أَنَّ امْرَأَةً ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ أَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَتْ: ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ مَا أَعْتَبُ عَلَيْهِ فِي خُلُقٍ وَلَا دِينٍ	ابن عباس	البخاري	صحيح	١٦٠
إِنَّ أَوَّلَ خَلْعٍ كَانَ فِي الْإِسْلَامِ أَخْتُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِيٍّ..	ابن عباس	ابن جرير الطبري	حسن	١٦١
أَيُّمَا امْرَأَةً سَأَلْتُ زَوْجَهَا طَلَاقًا مِنْ غَيْرِ بَأْسٍ فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّةِ	ثوبان	أبو داود والترمذي	حسن	١١٤
البينة على المدعي واليمين على من أنكر	ابن عباس	البیهقي	حسن	٢٢٢
تجاوز الله عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكروها عليه	ابن عباس	الحاكم	صحيح	٣١- ١٥٦
ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة	أبو هريرة	الترمذي	حسن غريب	١٨٧
طلق أبو ركانة أم ركانة فقال له النبي ﷺ: راجع امرأتك..	ابن عباس	أبو داود	ضعيف	٦٤
فر من المجذوم كما تفر من الأسد	أبو هريرة	البخاري	صحيح	١٩٣

٣٩	صحيح	أبو داود	عائشة	لا طلاق ولا عتاق في إغلاق
٤٠	ضعيف	النسائي	عمران بن حصين	لا نذر في غضب وكفارته كفارة يمين
٤١	صحيح	البخاري	عبد الرحمن بن أبي بكر	لا يقضي حكم بين اثنين وهو غضبان
٦٢	صحيح	البخاري	عويمر العجلاني	لما لَاعَنَ عويمر العجلاني من زوجته وفرغ من لعانها أتى النبي ﷺ ...
٧٧	صحيح	مسلم	أبو هريرة	من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليكفر عن يمينه ..
٨٢	حسن	أحمد والترمذي	أبو هريرة	من حلف فقال إن شاء الله لم يحدث
٢٥٧	صحيح	البخاري	عائشة	الولد للفرش وللعاهر الحجر
٦٣	صحيح	مسلم	ابن عمر	وأما أنتَ طلقته ثلاثاً فقد عصيت ربك فيما أمرك الله به وبانت منك امرأتك

فهرس آثار الصحابة

الأثر	الراوي	الصفحة
إن الناس قد استعجلوا في أمر قد كانت لهم فيه أناة	عمر بن الخطاب	٦٢
بعث عمر بن الخطاب رجلاً على بعض السعاية، فأتاه فقال: تزوجت امرأة	عمر بن الخطاب	٢٠٢
الطلاق عن وطر والعتق ما ابتغي به وجه الله	ابن عباس	٧٨
كل يمين وإن عظمت فكفارته كفارة اليمين بالله	عائشة	٧٧
كم أكثر ما تصبر المرأة عن زوجها	عمر بن الخطاب	٢٢٥
هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق	علي بن أبي طالب	٢٣٣

فهرس القواعد الفقهية

الصفحة	القاعدة
٤٦	الأصل أن الأقل يتبع الأكثر والحكم للأغلب
٤٧	الأصل في الأفضاع التحريم
٦٠	التأسيس أولى من التأكيد
١٠٢	الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف
٩٧	الضرر يزال
١٤٤	الكتاب بمنزلة الخطاب
٢٨٢	ما أبيع للضرورة يقدر بقدرها
١٧٨ — ١٧٦	المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً
٢٣٣	اليقين لا يزال بالشك

فهرس صور وألفاظ الطلاق

صورة الطلاق	الصفحة
أثر دعوى المتابعة على الرجعة	٢٦٥
إذا طهرت من الحيض فأنت طالق.	٧٣
أرسل صورة كُتب عليها أنت طالق	١٨٣
اشتريت طلاقى بألف، بعثك ثوبي بطلاقى	١٢٤
أكره على طلاق الأولى فطلق الثانية	٢٩
أكره على طلاق الكناية فطلق صريحاً	٢٩
أكره على طلاق الواحدة فطلق ثلاثاً	٢٩
إن أبرأتني من مهرک أو إن أعطيتني مائة ألف فأنت طالق.	٧٣
إن أبرأتني من مهرک فأنت طالق أو فقد خلعتك	١٤٩ _ ١٤٠
إن أعطيتني ألفاً فقد خلعتك	١٤٩
إن تمَّ لي هذا المال أو إن صحَّت براءتك فأنت طالق	١٣٠
إن جاء آخر الشهر فقد خلعتك بألف	١٤٩
إن جاء رأس الشهر وطلقتني فلك ألف	١٤٩
إن حلفت عليك بالطلاق فأنت طالق	٧١
إن خالعتني فلك ألف	١٤٩
إن خلق الله في بحر القلزم حوتاً على صفة كذا فأنت طالق	٨٠
إن خُنتِ أو زנית فأنت طالق	٧٥
إن دخل فلان الجنة فأنت طالق	٨٠
إن دخلت الدار أو إن خرجت بغير إذني فأنت طالق.	٧٣

١٤٩	إن دخلت الدار فقد خلعتك على ألف
٧٤	إن سرقت أو إن ارتكبت كبيرة أو إن ضربت أُمي فأنت طالق
٨٥ _ ٧١	إن طلعت الشمس أو إن أهل الهلال فأنت طالق.
٧٨	إن عاد الميت حياً فأنت طالق أو إن صعدت السماء فأنت طالق
١٤٩	إن عاد فلان من سفره خالعتك بألف
٧٣	إن كان حملك أنثى فأنت طالق
٨٠	إن كان زيد قد قرأ مائتي كتاب فأنت طالق
٧٩	إن لم تحيي هذا الميت فأنت طالق أو إن لم تصعدي السماء فأنت طالق
١٣٠	إن لم يصح لي الخلع على ما وقع فالعصمة باقية
١٨٣	أنت تالك
٨٦	أنت طالق أمس، أو قبل شهر، أو أنت طالق قبل أن أنكحك
٧٨	أنت طالق إن دخل الجمل في سمّ الخياط
٨١	أنت طالق إن دخلت الدار إن شاء الله
٨١	أنت طالق إن شاء الله
٨٢	أنت طالق إن كلمت فلانة، ثم يقول: أردت إن كلمتها بغير إذني
٧٩	أنت طالق إن لم أشتَر هذا الثوب، فاحترق الثوب
٧٩	أنت طالق إن لم أضرب فلان، فمات فلان
٥٩	أنت طالق أنت طالق أنت طالق
٨٥	أنت طالق بعد مائة سنة
٨٦	أنت طالق بعد مائة سنة أو عند مجيء الحيض أو الطهر
٨٥	أنت طالق بعد موتي أو مع موتي

٦٠	أنت طالق طالق طالق
٧٩	أنت طالق طلقة لا تقع عليك أو لا تنقص عدد طلاقاتك
٧٣	أنت طالق عند دخول الشهر أو مجيء رمضان.
٦١	أنت طالق فطالق ثم طالق
٦١	أنت طالق وطالق وطالق
٨٢	أنت طالق، ويضمر في قلبه أنها طالق إن فعلت كذا
٢٦٣	أنت عندي كما كنت وأنت امرأتي
١٢٤	بارأتك أو أبرأتك على ألف
١٢٢	باينتك بألف، فارقتك بألف، طلقي نفسك على ألف، طلقتك بألف
٢٥٤	تأثير البصمة الوراثية على اللعان
٢٨٤	تأثير التلقيح الصناعي على الرجعة
٢٧٤	تاريخ بدء العدة عند الحكم بالتفريق
٢٣٩	تزوجت زوجة المفقود في العدة أو قبل انتهاء الأجل المضروب
١٩٤	التفريق بسبب الأمراض الخطيرة والمستعصية
١٩٣	التفريق للأمراض الطارئة بعد العقد
٢٠١	التفريق للعقم
٢٨٣	حكم التلقيح الصناعي في عدة الطلاق
٢٨٦	حكم التلقيح الصناعي في عدة الوفاة
٢٣٨	حكم زواج من نعي لها زوجها
٧٢	الحلال عليّ حرام ما فعلت كذا، أو فعلته
١٣٩	خالع زوجته بشرط الرجعة
١٦٣	خالعت زوجها جبراً عنه
١٣٨	خالعتك على عشرين ديناراً، فتقول الزوجة: بل درهماً

١٣٦	خالعتك على ما في الشجر من ثمار أو ما في يدي من دراهم
١٣٦	خالعتك على ما في هذا الصندوق من مال أو ما في البيت من متاع
١٣٨	خالعتك على مائة ألف، فتقول الزوجة: بل سبعمائة
١٣٨	خالعتك على مائة ثوب إيطالي، فتقول: الزوجة بل هروي
١٣٧	خالعتك على منزل
١٣٨	خالعتك على هذا المسروق
١٢٢	خالعتك، اختلعي، اخلعي نفسك
١٢٦	خلعتك
٢٦٣	راجعتك وأمسكتك
٢٦٤	الرجعة بفعل الزوجة
٣٥	طلاق المسحور سحر تفريق
١٧٣	الطلاق بالمحاكم المدنية
١٧٩	الطلاق برسالة الكترونية كتابية
١٨٤	الطلاق بمكالمة صوتية أو فيديو
٣٨	الطلاق في الغضب الشديد
٥٤	الطلاق في مراحل السكر
٧٢	الطلاق يلزمني أو عليّ الطلاق إن زيدا مسافراً
٧٢	الطلاق يلزمني أو عليّ الطلاق لأفعلن كذا أو ليفعلن أو لا يفعلن
٨١	الطلاق يلزمني لأفعلن كذا إن شاء الله
٧٦	الطلاق يلزمني لتعطيني ألف درهم من هذا الكيس، أو ليحضرني زيدا، فتبين أنه لا دراهم في الكيس وأن زيدا قد مات.
٢٦	طلق زوجتك وإلا قتلت والدك أو ولدك

١٥٦	طلقتك بألف وأكرهها على القبول
١٤٢	طلقتك بألف، فقبلت بألفين والعكس
١٤٢	طلقتك ثلاثاً بألف، فقبلت واحدة بألف
١٤٢	طلقتك ثلاثاً بألف، فقبلت واحدة بثلاث الألف
١٤١	طلقني بألف، فطلقها بألفين
١٤١	طلقني ثلاثاً بألف، فطلقها واحدة بألف
١٤٢	طلقني واحدة بألف، فطلقها ثلاثاً بألف
٢٧	طلقني وإلا قتلت نفسي
٢٣	طلقني وإلا قتلتك مثلاً أو أتلفت مَالَك
٧٦	ظن أن زوجته سرقت مالا فحلف بالطلاق لتردنه ثم تبين أنها لم تسرقه
٢٦٩	عدة من انقطع حيضها بسبب الرضاع
٢٧٠	عدة من انقطع حيضها بسبب المرض
٨٤	علّق الطلاق على فعل الزوجة فأنت به عمداً
٧٣	عليّ الطلاق أو الطلاق يلزمني لتعودي إلى المنزل
٢٣٥	عودة المفقود بعد التفريق
١٢٤	فاديتك، بعتك نفسك بطلاقك، اشتريت بيتك بطلاقك،
٢٧	قول الأب أو الابن: طلق زوجتك وإلا قتلت نفسي
٨٣	لو قيل للزوج امرأتك زنت، فقال: هي طالق، ثم تبين أنها لم تزني
٢٣٩	هل يجوز لزوجة المفقود طلب التفريق للإعسار أو للغيبة
١٨٢	2laee al6ala8
١٨٢	anti 6ale8/ talek

فهرس الأعلام

الصفحة	اسم العلم
١٠٨ _ ٨٢ _ ٣٩ _ ٢٦	أحمد بن حنبل
٢٧	الأذرعي
٢٧٠ _ ٨٤ _ ٨١	أشهب
٧٧ _ ٥٥	الباجي
٦١	أبو بكر الصديق
٤١	أبو بكرة
١٧٢ _ ١٧١	البلقيني
٨٣ _ ٤٣	البهوتي
٤٠	البيهقي
٨٣ _ ٨١ _ ٧٧ _ ٧٦ _ ٧٥ _ ٧٢ _ ٧٠ _ ٦٣ _ ٥٨ ٨٥ _ ٨٩ _ ٩١ _ ٩٢ _ ٩٣ _ ١٦٠ _ ١٦٢ _ ١٦٤	ابن تيمية
١٦٥	
٥٢	أبو ثور
٥٥ _ ٥٤	الجويني
٩٣ _ ٦٣ _ ٥٨	ابن حزم
٢٠٢ _ ٢٠١	الحسن الشيباني
١٩٣	القاضي حسين
٢٢٥	حفصة
٢٦٤ _ ١٩١ _ ١٦٤ _ ١٤٠ _ ١٣٧ _ ١٤ _ ١٢	أبو حنيفة

الخزشي	١٠٦
أبو داود	٦٤ _ ٣٩
الدردير	١٧٠ _ ١٢٣
الدسوقي	١٧١ _ ٤٣
الرافعي	١٦٤
ربيعة	٥٢
ابن رشد الحفيد	٥٥
الرملي	٤٢
سعدى أبو جيب	١٠٢ _ ١٧٧ _ ١٧٨ _ ١٨٠ _ ١٨٥ _ ١٨٦ _ ٢٦٦ _ ٢٧٥
سعيد بن المسيب	٢٣٤ _ ١٦٢
ابن سيرين	٢٠١
الشافعي	١٩٦ _ ١٢٤ _ ٥٣
الشوكاني	١٦٠ _ ١٦١
الصابوني	١٥ _ ٤٥ _ ٦٦ _ ٩٢ _ ٩٣ _ ١٢١ _ ١٢٩ _ ١٣٥ _ ١٦٠ _ ١٩٧ _ ٢٠٢ _ ٢٥٠
الصنعاني	١١٧
الطحاوي	٥٣
ابن عابدين	٤٤ _ ٤٥ _ ٤٦ _ ٤٧ _ ٤٨ _ ٤٩ _ ١٠٨ _ ٢٨١
عائشة	٢٥٧ _ ٧٧ _ ٣٩
ابن عباس	٣٩ _ ٦١ _ ٧٨ _ ١٠٥ _ ١٦٠ _ ١٦١ _ ٢٢٢

٤١	عبد الرحمن بن أبي بكرة
٢٣٧ _ ٢٣٤ _ ٥٢	عثمان بن عفان
٢٨١	العدوي
١٧٦ _ ١٧٣ _ ١٧٢	العز بن عبد السلام
١٦٠ _ ١١٧	العسقلاني (ابن حجر)
٩٢ _ ١٨	علي الخفيف
٢٣٧	علي بن أبي طالب
٢٢٥ _ ٦٥ _ ٦٣	ابن عمر
٢٣٧ _ ٢٣٤ _ ٢٢٥ _ ٢٠١ _ ٦٥ _ ٦٢ _ ٦١	عمر بن الخطاب
٤٠	عمران بن حصين
٢٩٩ _ ٦٢	عويمر العجلاني
١٦٩	القاضي عياض
٢٢	الفراء
١٦٩	ابن فرحون
٢٣٦ _ ٢٣٤ _ ٢٣٣ _ ٢٠٦ _ ٨١	ابن القاسم المالكي
٣٧ _ ٣٨ _ ٤٢ _ ٤٤ _ ٤٥ _ ٤٦ _ ٤٧ _ ٤٩ _ ٥٨ ٦٣ _ ٧٠ _ ٧٢ _ ٧٦ _ ٨٣ _ ٨٤ _ ٩٣ _ ٢٠١ _ ٢٠٢	ابن القيم
٢٠٣	
٥٣	الكرخي
٥٢	الليث بن سعد
٨١ _ ٢٤	ابن الماجشون

٢٤٨ _ ٢٣٧ _ ٢٣٦ _ ٢٣٤ _ ٢٣٣ _ ١٢٣ _ ٧١	مالك بن أنس
٢٢٠	الماوردي
٥٢	مجاهد بن جبر
١٠٧ _ ٦٦	محمد أبو زهرة
١٠٨ _ ١٠٧	محمد الزحيلي
٢٥٦	محمد المختار السلامي
١٧١	محمد بن الحسن الشيباني
١١ _ ١٤ _ ٤٩ _ ٩٠ _ ١٣١ _ ١٣٢ _ ١٣٣ _ ١٣٥	محمد قدرى باشا
٢٥٩ _ ١٤٤ _ ١٤٣	
٥٢	المزني
١٣	مصطفى الزرقا
٢٣٣	المغيرة بن شعبة
١٠٨ _ ٣٧	ابن نجيم
١٩٣ _ ٨٢ _ ٧٧	أبو هريرة الدوسي
٢٨٦ _ ١٧٢	الهيتمي (ابن حجر)
٢٥٧ _ ١٠٧	وهبة الزحيلي
٨٣	القاضي أبو يعلى
٢٦٤ _ ١٩١ _ ١٦٤	أبو يوسف

فهرس المصادر والمراجع

١.	الآثار الفقهية والقضائية للبصمة الوراثية في إثبات النسب وتصحيحه ونفيه، د. محمد جبر الألفي، بحث مقدم لمؤتمر القرائن الطبية المعاصرة وآثارها الفقهية، ١٤٣٥هـ ٢٠١٣م
٢.	أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، محمد مصطفى شلي، الدار الجامعية، الطبعة الرابعة، ١٤٠٣هـ ١٩٨٣م
٣.	أحكام الإكراه وتطبيقاته في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة مع القانون للدكتور تيسير محمد برممو، بحث أعد لنيل درجة الماجستير في الفقه الإسلامي وأصوله، جامعة دمشق، ١٤١٩هـ ١٩٩٨م
٤.	أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، د. عامر الزبياري، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ ١٩٩٧م
٥.	الأحكام السلطانية، القاضي أبو يعلى الفراء محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء، (ت: ٤٥٨هـ) صححه وعلق عليه: محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٢١هـ ٢٠٠٠م
٦.	الأحكام القضائية الشرعية في ظل قانون الأحوال الشخصية تشريعاً . نقضاً . اجتهاداً . قضاءً . المحامي محمد زكي شمس، مطبعة الداودي، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ ٢٠٠٤م
٧.	الأحوال الشخصية، الإمام محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، ١٣٧٧هـ ١٩٥٧م
٨.	الاختيار لتعليل المختار، عبد الله بن محمود الموصللي، (ت: ٦٨٣هـ) دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ ٢٠٠٩م

٩.	أسد الغابة في معرفة الصحابة، أبو الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن محمد بن عبد الكريم بن عبد الواحد الشيباني الجزري، عز الدين ابن الأثير (ت: ٦٣٠هـ) تحقيق علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ ١٩٩٤م
١٠.	أسنى المطالب شرح روض الطالب، لزكريا الأنصاري (ت: ٩٢٦هـ) دار الكتاب الإسلامي، (د. ط) (د. ت)
١١.	الأشباه والنظائر، عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي (ت: ٩١١هـ) دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ ١٩٩٠م
١٢.	الإصابة في تمييز الصحابة، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت: ٨٥٢هـ) تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ
١٣.	إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، أبو بكر محمد بن شطا الدمياطي (ت: ١٣٠٢هـ) دار الفكر، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ ١٩٩٧م
١٤.	إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن القيم الجوزية (ت: ٧٥١هـ) تحقيق محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، طبعة أولى، ١٤١١هـ ١٩٩١م
١٥.	إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن القيم الجوزية (ت: ٧٥١هـ) المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٨هـ ١٩٨٨م
١٦.	الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت: ٩٧٧هـ) تحقيق مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت.
١٧.	الأم، الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد

المطلب القرشي (ت: ٢٠٤هـ) دار المعرفة، بيروت، (د.ط) ١٤١٠هـ ١٩٩٠م	
١٨. الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية دراسة مقارنة، محمد مرسى، زهرة الكويت، ١٩٩٣م	
١٩. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين أبو الحسن المرداوي، (ت: ٨٨٥هـ) دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية (د. ت)	
٢٠. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري (ت ٩٧٠هـ) دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية (د. ت)	
٢١. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي الأندلسي الشهير بابن رشد الحفيد (ت: ٥٩٥هـ) دار الفكر، بيروت، ١٤٢١هـ ٢٠٠١م	
٢٢. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (ت: ٥٨٧هـ) دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ . ١٩٨٦م	
٢٣. البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني (ت ١٢٥٠هـ) دار المعرفة، بيروت.	
٢٤. البهجة في شرح التحفة، لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي (ت: ١٢٥٨هـ) على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ ١٩٩٨م	
٢٥. البيان في مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي (ت: ٥٥٨هـ) تحقيق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج، جدة الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ ٢٠٠٠م	
٢٦. تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن محمد الحسيني الملقب بالمرتضى الزبيدي	

	(ت ١٢٠٥ هـ) دار الهداية.
٢٧.	التاج والاكلیل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغزنائي أبو عبد الله المواق المالكي (ت ٨٩٧ هـ) دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٦ هـ ١٩٩٤ م
٢٨.	تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (ت: ٧٩٩ هـ) مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى، ١٤٠٦ هـ ١٩٨٦ م
٢٩.	تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، عثمان بن علي فخر الدين الزيلعي (ت: ٧٤٣ هـ) المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٣١٣ هـ
٣٠.	تحفة المحتاج في شرح المنهاج، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية الكبرى بمصر (د. ط) ١٣٥٧ هـ ١٩٨٣ م
٣١.	التذكرة في القضاء الشرعي سؤال وجواب، المحامي سعدي أبو جيب، المكتبة القانونية.
٣٢.	تطبيقات تقنية البصمة الوراثية D.N.A. في التحقيق والطب الشرعي، أ. د إبراهيم صادق الجندي، الطبعة الأولى، الرياض.
٣٣.	التعليقات المرضية على الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، فتحي أحمد صافي، مطبعة الكاتب العربي، دمشق، ١٩٩٣ م
٣٤.	التعويض المالي عن الطلاق، محمد الزحيلي، دار المكتبي، دمشق، الطبعة الأولى، ١٩٩٨ م
٣٥.	التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، أ. د وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق الطبعة العاشرة، ١٤٣٠ هـ ٢٠٠٩ م
٣٦.	تفسير آيات الأحكام، محمد علي السائيس، عبد اللطيف السبكي ، محمد إبراهيم

	كرسون، دار ابن كثير، دمشق - بيروت، دار القاري، دمشق - بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٢٠هـ ١٩٩٩م
٣٧.	التقرير والتحبير، أبو عبد الله شمس الدين محمد المعروف بابن أمير حاج (ت ٨٧٩هـ) دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ ١٩٨٣م
٣٨.	تلخيص الخبر في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، أحمد بن علي بن محمد بن أحمد ابن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ) دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ ١٩٨٩م
٣٩.	التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت: ٤٦٣هـ) تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، ١٣٨٧هـ
٤٠.	جامع البيان عن تأويل آي القرآن، محمد ابن جرير الطبري، دار هجر للطباعة الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م
٤١.	الجامع الكبير، محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (المتوفى: ٢٧٩هـ) تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت ١٩٩٨م
٤٢.	الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري أبو عبد الله، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ
٤٣.	الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي القرطبي (ت: ٦٧١هـ) دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٣٨٤هـ ١٩٦٤م

٤٤.	حاشية الجمل على شرح المنهج، لسليمان ابن عمر ابن منصور العجيلي الأزهري المعروف بالجمل، (ت: ١٢٠٤هـ) دار الفكر، (د. ط) (د. ت)
٤٥.	حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت: ١٢٣٠هـ) دار الفكر، (د. ط) (د. ت)
٤٦.	حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي (ت: ١٣٩٢هـ) الطبعة الأولى، ١٣٩٧هـ
٤٧.	حاشية الصاوي على الشرح الصغير، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوقي الشهير بالصاوي المالكي (ت: ١٢٤١هـ) دار المعارف، (د. ط) (د. ت)
٤٨.	الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسن علي بن محمد الشهير بالماوردي (ت ٤٥٠هـ) دار الكتب العلمية، بيروت، ط: أولى ١٤١٩هـ ١٩٩٩م
٤٩.	حكم الإسلام في التلقيح الاصطناعي، شادية الصادق حسن، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا، مجلة العلوم والبحوث الإسلامية، العدد الثاني، فبراير ٢٠١١م
٥٠.	حلية البشر في تاريخ القرن الثالث عشر، عبد الرزاق بن حسن بن ابراهيم البيطار الميداني الدمشقي (ت ١٣٣٥هـ) تحقيق: بهجة البيطار، دار صادر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٣هـ ١٩٩٣م
٥١.	خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر، محمد أمين بن فضل الله بن محب الدين بن محمد الحموي الأصل، الدمشقي (ت ١١١١هـ) دار صادر، بيروت.
٥٢.	الخلع بين الشريعة والقانون وتطبيقاته في المحاكم الشرعية، محمد كامل عواد الجعافرة، جامعة الخليل، فلسطين، ١٤٢٧هـ ٢٠٠٦م
٥٣.	الخلع في القانون المصري رقم ١/ لعام ٢٠٠٠ للأستاذ الدكتور أيمن أبو العيال، منشورات مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، العدد ٢٤ تشرين الأول، ٢٠٠٦م

٥٤.	دور القاضي في الخلع دراسة في الفقه والقانون والاجتهاد القضائي، أمينة بن جناحي، جامعة محمد بوقرة بومرداس، الجزائر ٢٠١٤ هـ
٥٥.	رد المختار على الدر المختار، محمد أمين بن عمر ابن عبد العزيز عابدين (ت ١٢٥٢هـ) دار الفكر بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٢ هـ ١٩٩٢ م
٥٦.	روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ) تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٢ هـ ١٩٩١ م
٥٧.	زاد المسير في علم التفسير، الحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن علي ابن الجوزي (ت: ٥٩٧هـ) دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢ م ١٤٢٣ هـ
٥٨.	الزواجر عن اقتراف الكبائر، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري، شهاب الدين شيخ الإسلام، أبو العباس (ت: ٩٧٤هـ) دار الفكر الطبعة الأولى، ١٤٠٧ هـ ١٩٨٧ م
٥٩.	سبل السلام، محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف كأسلافه بالأمر (ت: ١١٨٢هـ) دار الحديث (د. ط) (د. ت)
٦٠.	سجلات محكمة النقض اجتهادات عام ٢٠١٤. ٢٠١٥. ٢٠١٦. ٢٠١٧ م
٦١.	السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى، عبد الله بن محمد بن أحمد بن إدريس العجلي الحلبي، (ت ٥٨٩هـ)، تحقيق: محمد مهدي السيد حسن الموسوي، مكتبة الروضة الحيدرية، ط: أولى، ١٤٢٩ هـ
٦٢.	سلسلة علماء مفكرون معاصرون، سلسلة (١٢) وهبة الزحيلي العالم الفقيه المفسر للدكتور بديع السيد اللحام، وسلسلة (١٦) الشيخ علي الخفيف الفقيه المحدد تأليف: د. محمد عثمان بشير.

٦٣.	سلك الدرر في أعيان القرن الثاني عشر، محمد خليل بن علي بن محمد بن محمد بن مراد الحسيني أبو الفضل (ت ١٢٠٦هـ) دار البشائر الإسلامية، الطبعة الثالثة، ١٤٠٨هـ ١٩٨٨م
٦٤.	السنن، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (ت: ٢٧٥هـ) تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت.
٦٥.	السنن الصغرى، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي (ت ٣٠٣هـ) تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ
٦٦.	السنن الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (ت: ٤٥٨هـ) تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٤هـ ٢٠٠٣م
٦٧.	السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، عبد الفتاح عمر، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ ١٩٩٨م
٦٨.	سير أعلام النبلاء، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي (ت: ٧٤٨هـ) تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، ١٤٠٥هـ ١٩٨٥م
٦٩.	شذرات الذهب في أخبار من ذهب، عبد الحي بن أحمد بن محمد ابن العماد العكري الحنبلي، أبو الفلاح (ت: ١٠٨٩هـ) تحقيق: عبد القادر الأرنؤوط، دار ابن كثير، دمشق - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ ١٩٨٦م
٧٠.	شرح أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين والنصارى واليهود، دراسة قانونية فقهية مقارنة على ضوء الاجتهاد القضائي، المحامي محمد فخر شقفة.
٧١.	شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، الإمام سعد الدين بن

مسعود بن عمر التفتازاني (ت: ٧٩٢هـ) تحقيق: خيرى سعيد، المكتبة التوقيفية.	
٧٢. شرح السير الكبير، إملاء محمد بن أحمد السرخسي، تأليف محمد بن حسن الشيباني، تحقيق: محمد حسن محمد اسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ ١٩٩٧م	
٧٣. الشرح الصغير المسمى بأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، أحمد الدردير العدوي، مطبوع مع حاشية الصاوي.	
٧٤. شرح القواعد الفقهية، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا (ت: ١٣٥٧هـ) تحقيق: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، سوريا، الطبعة الثانية، ١٤٠٩هـ ١٩٨٩م	
٧٥. الشرح الكبير على متن المقنع، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين (ت: ٦٨٢هـ) دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا صاحب المنار.	
٧٦. الشرح الكبير لأحمد الدردير العدوي. مطبوع مع حاشية الدسوقي.	
٧٧. شرح الكوكب المنير، تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز المعروف بابن النجار الحنبلي (ت: ٩٧٢هـ) تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، الطبعة الثانية، ١٤١٨هـ ١٩٩٧م	
٧٨. شرح قانون الأحوال الشخصية، الدكتور مصطفى السباعي، المكتب الإسلامي دار الوراق.	
٧٩. شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الدكتور عبد الرحمن الصابوني، منشورات جامعة دمشق، مديرية الكتب الجامعية ١٩٩٨ م. ١٤١٩هـ	
٨٠. شرح قانون الأحوال الشخصية السوري الزواج والطلاق، الدكتور محمد الحسن مصطفى البغا، مطبعة الروضة، ١٤٢٨هـ	
٨١. شرح مختصر خليل، محمد بن عبد الله الخرخشي المالكي (ت ١١٠١هـ) دار الفكر،	

	بيروت، (د. ط) (د. ت)
٨٢.	شرح منتهى الإرادات، منصور ابن يونس البهوتي الحنبلي (ت ١٠٥١هـ) عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ ١٩٩٣م
٨٣.	صحيفة الحوار اليومية صادرة عن دولة الجزائر.
٨٤.	صحيفة الوطن المحلية، صحيفة سورية يومية.
٨٥.	صحيفة الوطن، صحيفة مصرية يومية.
٨٦.	طبقات الحفاظ، عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي (ت ٩١١هـ) دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ
٨٧.	طبقات الحنابلة، أبو الحسين بن أبي يعلى محمد بن محمد (ت: ٥٢٦هـ) تحقيق: محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت.
٨٨.	طبقات الشافعية، أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر بن قاضي شهبة (ت: ٨٥١هـ) تحقيق: الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب، بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ
٨٩.	طبقات الشافعية الكبرى، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (ت: ٧٧١هـ) تحقيق: د. محمود محمد الطناحي، د. عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ١٤١٣هـ
٩٠.	الطلاق الالكتروني في الفقه لإسلامي، بحث معد لكلية الشريعة والأنظمة، جامعة الطائف، أ. د علي أبو البصل.
٩١.	الطلاق التعسفي وآثاره في التشريع الجزائري، حياة خطاب، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، ٢٠١٥هـ
٩٢.	الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة والقانون الأردني، ساجدة عفيف عتيلى، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ٢٠١١هـ

٩٣.	العناية شرح الهداية، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابري (ت: ٧٨٦هـ) دار الفكر، (د.ط) (د.ت)
٩٤.	غمز العيون والبصائر في شرح الأشباه والنظائر، أحمد بن محمد مكّي، أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي (ت: ١٠٩٨هـ) دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م
٩٥.	الفتاوى الكبرى، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلّيم ابن تيمية الحراني (ت: ٧٢٨هـ) دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ ١٩٨٧م
٩٦.	الفتاوى الهندية، لجنة علماء برآسة نظام الدين البلخي، دار الفكر، الطبعة الثانية، ١٣١٠هـ
٩٧.	فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار المعرفة، بيروت، ١٣٧٩هـ
٩٨.	فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (ت: ٨٦١هـ) دار الفكر، (د.ط) (د.ت)
٩٩.	فتح المعين بشرح قرّة العين بمهمات الدين، زين الدين أحمد بن عبد العزيز المعبري، (ت ٩٨٧هـ) دار ابن حزم، الطبعة الأولى.
١٠٠.	فرق الزواج في المذاهب الإسلامية، الشيخ علي الخفيف، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ ٢٠٠٨م
١٠١.	الفروع، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الراميني ثم الصالح الحنبلي (المتوفى: ٧٦٣هـ)، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م
١٠٢.	فقه الإمام جعفر الصادق عرض واستدلال، محمد جواد مغنية، مؤسسة أنصار

	ريان، الطبعة الثانية، ١٤٢١هـ
١٠٣	فقه القضايا الطبية المعاصرة، علي محي الدين القرة داغي، علي يوسف المحمدي، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الثالثة، ١٤٢٩هـ ٢٠٠٨م
١٠٤	فقه النوازل للأقليات المسلمة تأصيلاً وتطبيقاً، د. محمد يسري ابراهيم، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، الطبعة الأولى، ١٤٣٤هـ ٢٠١٣م
١٠٥	الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أحمد بن غانم بن سالم شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي (ت ١١٢٦هـ) دار الفكر د. ط ١٤١٥هـ ١٩٩٥م
١٠٦	القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، المحامي سعدي أبو جيب دار الفكر دمشق، الطبعة الثانية، ١٤٠٨هـ ١٩٨٨م
١٠٧	القاموس المحيط، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (ت: ٨١٧هـ) مكتب تحقيق التراث، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثامنة، ١٤٢٦هـ ٢٠٠٥م
١٠٨	قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ٣٦ لعام ٢٠١٠ المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية رقم ٥٠٦١ تاريخ ١٧/١٠/٢٠١٠م
١٠٩	قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥م
١١٠	قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم / ٥٩ / تاريخ ٧/ ٩ / ١٩٥٣ م
١١١	قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م
١١٢	قانون الأحوال الشخصية العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٣٢/٧٩ لسنة ١٩٩٧م
١١٣	قانون الأحوال الشخصية القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦
١١٤	قانون الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين أرقام ٦١ لسنة ١٩٩٦ و ٢٩ لسنة ٢٠٠٤ و ٦٦ لسنة ٢٠٠٧ وزارة العدل مجموعة التشريعات الكويتية العامة

	الجزء الثامن فبراير ٢٠١١ الطبعة الأولى
١١٥	قانون الأسرة البحريني رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٩م
١١٦	القانون السوداني: قانون الأحوال الشخصية للمسلمين الصادر بتاريخ ٧/٢٤/١٩٩١م
١١٧	قواعد الأحكام في مصالح الأنام، العز بن عبد السلام، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ١٤١٤هـ ١٩٩١م
١١٨	القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، د. محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ ٢٠٠٦م
١١٩	القوانين الفقهية، أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله ابن جزى الكلبي الغرناطي (ت: ٧٤١هـ)
١٢٠	الكافي في فقه أهل المدينة، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت: ٤٦٣هـ) تحقيق: محمد المورتاني، مكتبة الرياض الحديثة، السعودية، الطبعة الثانية، ١٤٠٠هـ ١٩٨٠م
١٢١	كشفاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (ت: ١٠٥١هـ) دار الكتب العلمية.
١٢٢	لسان العرب، حمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (ت: ٧١١هـ) دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ
١٢٣	المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت: ٤٨٣هـ) دار المعرفة، بيروت، (د. ط) ١٤١٤هـ ١٩٩٣م
١٢٤	مجلة الأحوال الشخصية الصادرة بعام ١٩٥٦ م المعدل بقانون رقم ١١ لعام ١٩٨٤م (القانون الجزائري)
١٢٥	مجموع الفتاوى، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ)

	مجمع الملك فهد، المدينة المنورة، ١٤١٦هـ ١٩٩٦م
١٢٦	المجموع شرح المذهب، أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ) دار الفكر.
١٢٧	مجموعة أحكام النقض في قضايا الأحوال الشخصية من عام ١٩٨٨-٢٠٠٤ "المسلمين" المحامي عبد القادر الألوسي، المكتبة القانونية، دمشق، ط: أولى ٢٠٠٦
١٢٨	مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في قضايا الأحوال الشخصية منذ عام ١٩٥٣ حتى ١٩٧٠، وضع وترتيب المكتب الفني بمحكمة النقض، المطبعة والجريدة الرسمية.
١٢٩	مجموعة قوانين الأحوال الشخصية المصرية القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠. القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩. القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠
١٣٠	المحلى بالآثار، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم الأندلسي (ت ٤٥٦هـ) دار الفكر، بيروت، (د.ط) (د.ت)
١٣١	مدونة الأسرة المغربية الصادرة في ٥ فبراير ٢٠٠٤ بتنفيذ القانون رقم (٧٠٠٣) المنشور في الجريدة الرسمية رقم ٥١٨٤ تاريخ ٥/فبراير/٢٠٠٤
١٣٢	المدونة، مالك ابن أنس الأصبحي (ت ١٧٩هـ) دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ ١٩٩٤م
١٣٣	مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية، أ. د عبد الرحمن الصابوني، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية.
١٣٤	المراسيل، أبو داود السجستاني، تحقيق: شعيب الأرناؤوط مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ
١٣٥	المرجع المصور في الطب السريري، نقله إلى العربية د.عدنان تكريتي، د.مأمون

الجلاد د. مفيد جوخدار، د. محمد خير حلي، د. محمد بديع حمودة، د. زياد درويش، د. أنس سبيح، د. سلوى الشيخ، محمود نديم المميز، المركز التقني المعاصر، دمشق.	
المرشد في قانون الأحوال الشخصية، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٥٩ تحقيق: أديب استنبولي، وتقديم المستشار سعدي أبو جيب، الطبعة الثانية، ١٩٨٩ م	١٣٦
مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، أسامة سليمان عمر الأشقر، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى، ١٤٢٠ هـ ٢٠٠٠ م	١٣٧
المستدرك على الصحيحين، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم النيسابوري (ت: ٤٠٥ هـ) تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١ هـ ١٩٩٠ م	١٣٨
مسند الإمام أحمد بن حنبل، أبو عبد الله الشيباني، (ت: ٢٤١ هـ) مؤسسة قرطبة، القاهرة.	١٣٩
المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (ت: ٢٦١ هـ) تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، إحياء التراث العربي، بيروت.	١٤٠
المصنف، أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني (ت: ٢١١ هـ) تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٣ هـ	١٤١
المعجم الطبي، ترجمة الدكتور ناصر فضل الله ناصر الدين، دار رسلان، دمشق، الطبعة الأولى ٢٠٠٥ م.	١٤٢
المعجم الوسيط مجمع اللغة العربية بالقاهرة، إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، دار الدعوة.	١٤٣
معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعجي - حامد صادق قنبي، دار النفائس، الطبعة	١٤٤

	الثانية، ١٤٠٨ هـ ، ١٩٨٨ م
١٤٥	معرفة السنن والآثار، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الحُسْرُو جردى الخراساني، أبو بكر البيهقي (ت: ٤٥٨ هـ) تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، دار قتيبة، دمشق، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٢ هـ ١٩٩١ م
١٤٦	مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني (ت ٩٧٧ هـ) دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥ هـ ١٩٩٤ م
١٤٧	المغني، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجمايلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي المشهور بابن قدامة المقدسي، (ت: ٦٢٠ هـ) مكتبة القاهرة، (د. ط) ١٣٨٨ هـ، ١٩٦٨ م
١٤٨	مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي (ت: ٣٩٥ هـ) تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ١٣٩٩ هـ ١٩٧٩ م
١٤٩	المنتقى شرح الموطأ، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث القرطبي الباجي الأندلسي (ت ٤٧٤ هـ) مطبعة السعادة مصر، ط: أولى، ١٣٣٢ هـ
١٥٠	المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦ هـ) الطبعة الثانية، ١٣٩٢ هـ
١٥١	مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد المعروف بالخطاب الرعيني المالكي (ت: ٩٥٤ هـ) دار الفكر، الطبعة الثانية، ١٤١٢ هـ ١٩٩٢ م
١٥٢	موسوعة قضايا إسلامية معاصرة (أضواء على أحكام الأسرة . آفاق في الأحكام السلطانية) أ. د محمد الزحيلي، دار المكتبي، ط: أولى، ١٤٣٠ هـ ٢٠٠٩ م
١٥٣	النظريات الفقهية الدكتور فتحي الدريني، منشورات جامعة دمشق.
١٥٤	نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسوي

الشافعيّ (ت: ٧٧٢هـ) دار الكتب العلمية، بيروت، ط: أولى، ١٤٢٠هـ ١٩٩٩م	
١٥٥ نهاية المطلب في دراية المذهب، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني أبو المعالي ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (ت: ٤٧٨هـ) تحقيق: عبد العظيم محمود ديب دار المنهاج، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ ٢٠٠٧م	
١٥٦ نيل الأوطار، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (ت: ١٢٥٠هـ) تحقيق: عصام الدين الصباطي، دار الحديث، مصر، ط: أولى، ١٤١٣هـ ١٩٩٣م	
١٥٧ الهداية على مذهب الإمام، أحمد محفوظ بن أحمد بن الحسن، أبو الخطاب الكلوزاني، تحقيق: عبد اللطيف هميم وماهر ياسين الفحل، مؤسسة غراس، ١٤٢٥هـ ٢٠٠٤م	
١٥٨ الوافي بالوفيات، صلاح الدين خليل بن أيبك بن عبد الله الصفدي (ت: ٧٦٤هـ) تحقيق: أحمد الأرناؤوط وتركي مصطفى، دار إحياء التراث، بيروت، (د. ط) ١٤٢٠هـ ٢٠٠٠م	
١٥٩ الوافي في قضاء الأحوال الشخصية من ١٩٩٢ إلى ٢٠٠٥ ، القاضي الشرعي محمد عبد الرحمن.	
١٦٠ الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ (عقد الزواج وآثاره والفرقة وآثارها وحقوق الأقارب) الدكتور فاروق عبد الله كريم، طبع على نفقة جامعة السليمانية، ٢٠٠٤م كردستان، العراق.	
١٦١ وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد ابن خلكان البرمكي (ت: ٦٨١هـ) تحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت (د. ط) ١٩٠٠هـ	
١٦٢ ar.m.wikipedia.org ويكيبيديا الموسوعة الحرة	
١٦٣ www.aljazeera.net موقع الجزيرة نت	

فهرس المحتويات

المقدمة	١
المبحث التمهيدي	٩
المطلب الأول: مفهوم الأحوال الشخصية	١٠
المطلب الثاني: نشأة قانون الأحوال الشخصية السوري ومصادره	١٢
المطلب الثالث: تحرير محل البحث	١٥
الفصل الأول	١٩
المسائل المسكوت عنها في الطلاق	١٩
المبحث الأول	٢٠
المسائل المتعلقة بالقصد في الطلاق	٢٠
المطلب الأول: طلاق المكره	٢١
المطلب الثاني: طلاق المسحور	٣٤
المطلب الثالث: طلاق الغضبان	٣٧
المطلب الرابع: طلاق السكران	٥٢
المبحث الثاني	٥٧
المسائل المتعلقة بأنواع الطلاق	٥٧
المطلب الأول: الطلاق المتكرر	٥٨
المطلب الثاني: الطلاق غير المنجز	٧٠
المطلب الثالث: الطلاق التعسفي	٩٦
المبحث الثالث	١١٦

المسائل المسكوت عنها المتعلقة بالخلع.....	١١٦
المطلب الأول: تعريف المخالعة وأركانها.....	١١٧
المطلب الثاني: الطبيعة الشرعية للخلع.....	١٤٠
المطلب الثالث: الإكراه في الخلع.....	١٥٤
المبحث الرابع.....	١٦٩
المسائل المستجدة المتعلقة بالطلاق.....	١٦٩
المطلب الأول: الطلاق بمحاكم الدول الأجنبية.....	١٧٠
المطلب الثاني: الطلاق الإلكتروني.....	١٨٠
الفصل الثاني.....	١٩٠
المسائل المسكوت عنها في التفريق وآثار فرق الزواج.....	١٩٠
المبحث الأول.....	١٩١
المسائل المتعلقة بالتفريق لسبب من الزوجين.....	١٩١
المطلب الأول: التفريق للعيوب.....	١٩٢
المطلب الثاني: التفريق للشقاق والضرر.....	٢٠٥
المبحث الثاني.....	٢١٨
المسائل المتعلقة بالتفريق لسبب من الزوج.....	٢١٨
المطلب الأول: التفريق للإعسار بالنفقة.....	٢١٩
المطلب الثاني: التفريق للغيبة والفقء.....	٢٢٦
المبحث الثالث.....	٢٤٨
المسائل المتعلقة بالتفريق لحكم الشرع.....	٢٤٨

٢٤٩	المطلب الأول: التفريق للإيلاء
٢٥٣	المطلب الثاني: التفريق للعان
٢٦٢	المبحث الرابع
٢٦٢	آثار فرق الزواج (الرجعة والعدة)
٢٦٣	المطلب الأول: الرجعة
٢٦٩	المطلب الثاني: العدة
٢٨٨	ملحق المقترحات
٢٩٤	الخاتمة
٢٩٦	الفهارس
٢٩٧	فهرس الآيات الكريمة
٢٩٩	فهرس الأحاديث الشريفة
٣٠١	فهرس آثار الصحابة
٣٠٢	فهرس القواعد الفقهية
٣٠٣	فهرس صور وألفاظ الطلاق
٣٠٨	فهرس الأعلام
٣١٢	فهرس المصادر والمراجع
٣٢٩	فهرس المحتويات