

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية أصول الدين والشريعة
والحضارة الإسلامية

جامعة الأمير عبد القادر
للعلوم الإسلامية - قسنطينة -

الترقيم الترتيبي

رقم التسجيل

مادة سلامة وإلي الأمر

في تقييم إيقاع الطالب

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية العربية
مكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون
تخصص الأحوال الشخصية

إشراف الدكتور: كمال لدرع

إعداد الطالبة: آسيا براهيمى

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة الأصلية
1- الرئيس	أستاذ محاضر	جامعة الأمير عبد القادر - قسنطينة -
2- المقرر	أستاذ محاضر	جامعة الأمير عبد القادر - قسنطينة -
3- العضو	أستاذة محاضرة	جامعة الأمير عبد القادر - قسنطينة -
4- العضو	أستاذ محاضر	جامعة منتوري - قسنطينة -

السنة الجامعية 2007 / 2008 م
الموافق لـ 1429/1428 هـ

الإهداء

إلى الذي تمنيت أن يراني في مثل هذا اليوم
إلى الذي وضعني في أول طريق العلم ورحل
إلى روح والدي الطاهرة
إلى التي واصلت مشوار والدي وضحت بكل ما لديها
لأجلنا

أمي الغالية - حفظها الله -

إلى الذي كان يحث خطاي كلما رأى مني وهناً، إلى
الذي

كان عونني وسندي، الشمعة التي تنير حياتي...

زوجي

- أكرمه الله وأطال في عمره -

إلى فلذة كبدي وثمره حياتي إلى أحب وأعز

ما وهبني الله، قرّة عيني "أحمد ياسين"

- حفظه الله -

إلى كل أفراد عائلتي، كبيرهم وصغيرهم

إلى كل من لم ينسهم قلبي ولم يكتبهم قلبي

إلى كل غيور على دينه

أهدي ثمرة جهدي

شكر وتقدير

لله الحمد والمنة على أن يسر لي طريق العلم
والمعرفة

ووفقني لإتمام هذا البحث المتواضع
وأثني بالشكر والامتنان لأستاذي الفاضل: الدكتور:
كمال لدرع الذي أشرف على هذا البحث وتابعه منذ
أن كان إشكالية تشغل فكري إلى أن أضحي عملاً
مكتملاً

كما أشكر جميع أساتذة وإدارة وعمال كلية أصول
الدين والشريعة والحضارة الإسلامية بجامعة الأمير

عبد

القادر - قسنطينة

وأشكر زوجي الفاضل على ما أبداه من صبر وتعاون
منذ بدايات هذا العمل

كما أشكر كل من مدني يد العون من قريب أو من
بعيد

ولو بالدعاء عن ظهر الغيب

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جامعة الأمير
العلوم الإسلامية

قال تعالى: ﴿ يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ
وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ ۗ لَا تَخْرِجُوهُنَّ مِنْ
بُيُوتِهِنَّ وَلَا تَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفِدْحَةٍ مُنِيئَةٍ ۚ وَتِلْكَ
حُدُودُ اللَّهِ ۚ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ لَا تَدْرِي
لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴿١﴾ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ
فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلِ
مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ۚ ذَٰلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ
يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۚ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا ﴿٢﴾

سورة الطلاق

الآية : { 1 - 2 }

المقطعة

جامعة الأمير
عبد القادر
للعلوم الإسلامية

مقدمة :

الحمد لله سايب النعم، وكاشف النقم، وفارج الهم، ومزيل الكربات، نحمد الله على آلائه العظيمة ونشكره على نعمائه الجليلة، ونصلي على خير رسوله محمد بن عبد الله صلى الله عليه وسلم أما بعد.

فمن عظيم آلاء الله سبحانه وتعالى على عباده النكاح، حيث شرعه لهم كوسيلة لتحقيق مصالح ومنافع تعود عليهم بالخير والصلاح، ورتب عليه من الأحكام الشرعية والحقوق الداخلية والخارجية أشياء كثيرة، وجعله أساس تبادل الحقوق والواجبات بين الرجل والمرأة في إطار تعاون مثمر ملؤه المودة والمحبة والرحمة والسكن. وذلك لقوله عز وجل: ﴿ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون﴾ سورة الروم الآية 21.

فالعلاقة بين الزوجين علاقة مقدسة، أساسها التعاون والمحبة، لكن قد تحل الجفوة محل المودة، وبدلاً أن تكون الرحمة هي الحاكمة تكون القطيعة هي المسيطرة والتنافر هو المتحكم، فكثيراً ما تطرأ في الحياة الأسرية حالات تجعل استمرار العلاقة الزوجية بين الزوجين مستحيلة، فقد يصل الشقاق بينهما، حد يستحيل عنده الصلح وتصبح الحياة الزوجية جحيماً لا يطاق، وقد تنافر طباع الزوجين كل التنافر، أو يلقي في نفس أحدهما أو كليهما كراهية شديدة للآخر وتعجز جميع الوسائل الإنسانية عن علاج هذه المشكلة أو يتأكد الزوجان ومن حولهما أنه لا سبيل لاستمرار هذه العلاقة إلا بمعصية لأمر الله ونهيه، وأن إقامة حدود الله بين الزوجين أمراً لا أمل فيه ومثل هذه الحالات وغيرها أباح الإسلام الطلاق، ولم ينظر إلى عقد الزواج مع شدة تقديسه له على أنه عقد أبدي لا يمكن فسخه، وكل هذا من أجل حماية الأسرة من استمرار الشقاق بداخلها وتضرر أحد الزوجين.

أهمية الموضوع:

يعتبر الطلاق من القضايا التي لا تزال محل بحث ودراسة من قبل الباحثين والدارسين، ورغم الأبحاث الكثيرة التي تناولته، إلا أنه هناك مسائل لم تثر بعد بالبحث العلمي الكافي الذي يحمي عنها الغموض ويزيل الشبهات ويحسم النزاع القائم، ومن ذلك مثلاً مسألة الطلاق بيد الزوج فهي تعد من المسائل الحساسة في هذا العصر، فقد كثرت الأحاديث

وتعددت الشكاوى من أن الطلاق سبب رئيس لكثير من المشكلات الاجتماعية كالتشرد والانحراف والفقر والجريمة، وأن مرد ذلك كله إلى جعل الطلاق بيد الرجل يطلق كيف يشاء ومتى شاء، وفي هذا إهدار للأسرة وتعليق لوجودها على إرادة الرجل وحده، ولذلك ظهرت في الساحة اقتراحات متعددة حول وسائل تقييد الطلاق، باعتبار أن ترايد الطلاق في المجتمع ناتج عن انفراد إرادة الزوج به، وأن الحل الناجع لهذه المشكلة هو تقييد حق الزوج في الطلاق.

وهذه الدراسة هي محاولة لمعالجة هذه القضية التي ترتبط بالواقع المعيش، حيث أن الكثير من الآراء المعاصرة تنادي بتقييد هذا الحق باستعمال سلطة ولي الأمر في إطار السلطات الممنوحة له شرعا وقانونا.

فهذا البحث يعرض لسلطة الحاكم، المخولة له شرعا ومدى أحقيته في وضع قيود وضوابط للطلاق، ولذلك كان عنوان البحث:

"مدى سلطة ولي الأمر في تقييد إيقاع الطلاق"

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية العربية.

إشكالية الموضوع:

بناء على ما سبق فإن إشكالية البحث تتمحور حول سؤال جوهري وهو: هل من حق ولي الأمر، أي الحاكم باعتبار السلطة المخولة له من قبل الشرع ومن خلال حقه في التصرف على الرعية بمقتضى المصلحة، وفقا لمبادئ السياسة الشرعية أن يتدخل في تقييد حق الزوج في إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة مع كون هذا الحق مقرر له بأحكام الشريعة الإسلامية، من كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم وذلك بوضع ضوابط وقيود لإيقاع الطلاق؟

للإجابة على هذه الإشكالية نطرح التساؤلات الآتية التي من خلالها نحاول علاج الإشكالية الرئيسية:

- 1- ما مدى حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة؟
- 2- هل الأصل في الطلاق الحظر أم الإباحة؟
- 3- هل يمكن لولي الأمر أن يضع قيودا قانونية لإيقاع الطلاق؟
- 4- هل هناك أسس ومعايير يستند إليها ولي الأمر في تقييد الحق؟

- 5- هل هناك ضوابط وقيود شرعية تقيد إيقاع الطلاق؟
- 6- ما موقف الفقه الإسلامي من القيود القانونية التي وضعتها قوانين الأحوال الشخصية العربية لتقييد إيقاع الطلاق؟

دواعي اختيار الموضوع:

- قد دفعني إلى اختيار هذا الموضوع عدة أسباب من بينها:
- طبيعة التخصص في مسائل الأحوال الشخصية.
 - انتشار ظاهرة استخدام الطلاق بطريقة غير مشروعة، حيث هناك بعض المسلمين أساءوا استعمال هذا الحق وصار الطلاق لعبة بأيدي الجهلاء منهم.
 - حساسية الموضوع وأثره الكبير في الأسرة والمجتمع على حد سواء.
 - قراءتي لمقال في مجلة الحكمة بعنوان: مدى سلطة ولي الأمر في تقييد إيقاع الطلاق ورغبتني للإطلاع على هذا الموضوع والتوسع فيه دفعني للرجوع إلى كتب الفقه القديمة وكتب السياسة الشرعية لمعرفة السلطات المخولة لولي الأمر، والتعرف على الآراء الفقهية المختلفة في مسألة تقييد الطلاق والترجيح بينهما وما مدى مشروعية هذه الضوابط والقيود في كتاب الله وسنة نبيه.
 - المساهمة في مجال الدراسات المقارنة بين ما جاء من أحكام في الفقه الإسلامي وبين ما نص عليه القانون في مجال الأحوال الشخصية عموماً ومسألة الطلاق بصفة خاصة.

أهداف الدراسة:

- يمكن إجمال أهداف دراسة هذا الموضوع فيما يأتي:
- بيان حقيقة الطلاق في الفقه الإسلامي.
 - السعي من أجل رفع التهمة الموجهة إلى نظام الطلاق في الإسلام والتي مردها أن الإسلام ظلم المرأة وسلب منها حقوقها حينما سلط الرجل عليها، يطلق متى شاء دون رقيب حيث أن الطلاق بحد ذاته أمر فيه مصلحة للأسرة عند استحالة الحياة الزوجية.
 - محاولة استقراء القوانين الوضعية في مسائل الطلاق وتوضيح نظرة الفقه الإسلامي من هذه التقنيات.
 - تحديد مفهوم ولي الأمر في الوقت الحالي والضوابط التي تحكم تصرفاته.

- بيان رحمة الشريعة الإسلامية من خلال تشريع الطلاق لهم.
- محاولة المساهمة في الاستفادة بهذه الدراسة على جميع الأصعدة والمستويات سواء كان ذلك في الأوساط العلمية أو في المواقع المهنية.

الدراسات السابقة:

اهتم الباحثون قديماً بقضية الطلاق إلا أن هذه الدراسات لم تكن متمحورة حول مسألة تقييد هذا الحق، فحسب إطلاعي لم أجد إلا بعض الفقرات المتناثرة في الكتب التي تتحدث عن وسائل التقييد وخاصة وسيلة وضع الطلاق بيد القاضي كما حصلت على مقال في مجلة الحكمة الذي تطرق فيه الكاتب لموضوع التقييد ووسائله المقترحة وعرج على بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية، ومدى تأثيرها ببعض المقترحات، والملاحظ على هذا البحث أن كاتب المقال لم يتطرق لجميع وسائل التقييد بل ذكر البعض فقط دون التدقيق والتنقيح فيها، و في بحثي هذا سأحاول - إن شاء الله - التطرق إلى وسائل التقييد القانونية وضوابط الطلاق الشرعية. وسأسعى من أجل إثبات مدى شرعية وعدم شرعية الوسائل القانونية.

أما بالنسبة لكتب الفقه القديمة، فلم أعرش على الكتب التي تناولت هذا الموضوع بطريقة مباشرة بل توجد مسائل تقييد الطلاق في بعض الكتب بصورة مجملة دون تفصيل للموضوع.

المنهج والمنهجية المتبعة:

- 1- المنهج: اقتضت طبيعة البحث إتباع عدة مناهج حاولت التوفيق بينهما قدر المستطاع وهي:
 - المنهج الاستقرائي ويظهر ذلك من خلال تتبع الجزئيات المتعلقة بالطلاق سواء أكان ذلك في الفقه الإسلامي، أم في نصوص قوانين الأحوال الشخصية العربية .
 - المنهج التحليلي وذلك بجمع أقوال الفقهاء وتحليلها، وردها إلى أصلها، ثم الترجيح فيما بينها على أساس قوة الدليل وتحليل النصوص القانونية المتعلقة بالطلاق، وكذا مناقشة الاجتهادات القضائية ونقدها وتمحيصها.
 - المنهج المقارن وذلك بمقارنة أدلة الفقهاء بعضها ببعض ثم مقارنتها بالفقه القانوني لاستخراج أوجه الشبه والاختلاف بين الفقه والقانون في مسائل الطلاق الواحدة.

2- المنهجية: أما بالنسبة للمنهجية فقد كانت كالآتي:

- رجعت إلى المصادر الأصلية في البحث ما استطعت إلى ذلك سبيلا، بالرجوع إلى المذاهب الفقهية المشهورة.
 - حرصت على تدعيم البحث بنصوص من الكتاب والسنة، وأقوال علماء الأمة كل ذلك من أجل التأصيل الشرعي لعناصر الموضوع ومباحثه.
 - بينت مواضع الآيات القرآنية في المصحف، بذكر اسم السورة، ورقم الآية وذلك بتهميشها كلما تكررت، مقتصرة في ذلك على رواية ورش.
 - خرجت الأحاديث من كتب التخريج المعتمدة فإن كان الحديث في الصحيحين أو في أحدهما اكتفيت بذلك، وإن كان في غيرهما خرجته مع ذكر أقوال العلماء ما أمكن تصحيحا وتضعيفا.
 - ترجمة لمعظم الأعلام الواردة أسماؤهم في البحث بالرجوع إلى كتب التراجم المعتمدة.
 - وفي توثيق المعلومات وعزوها إلى مصادرها، رتبها بذكر الاسم الكامل للمؤلف، فعنوان المؤلف، فدار النشر، وبلد النشر، فالطبعة، فسنة النشر، ثم الجزء والصفحة.
 - تطرقت لقوانين الأحوال الشخصية العربية واقتصررت على القانون الجزائري والمصري والسوري والتونسي والمغربي في أغلب الأحوال والقانون الأردني واللبناني في مواد تخدم بحثي.
 - عند تعاملتي مع النصوص القانونية (المواد القانونية) الواردة في متن البحث أقوم بذكر رقمها في المتن كما أذكر رقم الأمر الصادر بموجبه هذا القانون في التهميش، أما قرارات المحكمة العليا فقد قمت بعزوها وذلك بذكر رقم الملف إن وجد، فتاريخ القرار، ثم أذكر المعلومات المتعلقة بالمرجع الذي أخذت منه القرار.
 - في آخر البحث أعددت الفهارس الفنية وذلك بترتيبها كما يأتي:
- 1- فهرس الآيات القرآنية: حيث قمت بترتيب الآيات بحسب ترتيب سور القرآن، وعند تعدد آيات السورة الواحدة يكون ترتيبها تصاعديا.
 - 2- فهرس الأحاديث النبوية.
 - 3- فهرس الأعلام.

4- فهرس الآثار

5- فهرس المصادر والمراجع: حيث قمت بترتيبها بحسب الحروف الهجائية لأسماء

المؤلفين.

6- فهرس الموضوعات أو المحتويات.

المصادر والمراجع المعتمدة في البحث:

استعنت في إعدادي لهذا البحث على مجموعة من المصادر والمراجع أهمها:

- أمهات كتب الفقه الإسلامي وذلك في التأصيل الشرعي لمختلف مسائل الطلاق حيث رجعت إلى كتب المذاهب الفقهية الأربعة: الحنفية، المالكية، والشافعية، والحنابلة بالإضافة إلى مذهب الظاهرية، وإلى المصادر الشيعية في بعض الحالات. فمن المصادر الفقهية التي اعتمدت عليها في البحث: كتاب المبسوط للسرخسي، حاشية الدسوقي، مغني المحتاج للشربيني، وكتاب المغني لابن قدامة المقدسي، والمحلى لابن حزم الظاهري. واعتمدت في تفسير الآيات على كتب التفاسير المعتمدة أذكر منها: الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، وأحكام القرآن لكل من الجصاص وابن العربي.

بالإضافة إلى ذلك فقد اعتمدت على المراجع المتخصصة في الأحوال الشخصية ككتاب الأحوال الشخصية لأبي زهرة، وكتاب مدى حرية الزوجين في الطلاق للصابوني، وكتاب الطلاق الانفرادي وتدبير الخدم منه للغزالي.

وفيما يتعلق بالتأصيل القانوني للبحث فقد اعتمدت على الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري بلحاج العربي، وإلى موسوعة التشريعات العربية وإلى كتب قانونية أخرى.

صعوبات البحث:

في إعدادي لهذا البحث واجهتني عدة صعوبات أهمها:

- قلة المراجع التي تتحدث عن تقييد الطلاق سواء من الناحية الشرعية أو من الناحية القانونية.

- اتساع المادة العلمية في الطلاق وتشعب آراء الفقهاء في المسألة الواحدة مما يصعب الترجيح.

- ندرة الدراسات القانونية المتعلقة بقوانين الأحوال الشخصية العربية، خاصة الشروح القانونية.

الخطة الإجمالية للبحث:

لقد اقتضى مني البحث وفرض علي المنهج تنسيق الخطة وتقسيمها إلى ثلاثة فصول كالآتي:

الفصل الأول بعنوان: سلطة ولي الأمر وضوابطها الشرعية. قسمته إلى مبحثين وكل مبحث قسمته إلى ثلاثة مطالب كالآتي:

المبحث الأول: مفهوم "ولي الأمر" وشروطه وحقه في الطاعة.

المطلب الأول: مفهوم ولي الأمر.

المطلب الثاني: شروط اختيار ولي الأمر.

المطلب الثالث: حق ولي الأمر في الطاعة.

المبحث الثاني: اختصاصات "ولي الأمر" وسلطته في تغيير الأحكام وضوابطها.

المطلب الأول: اختصاصات ولي الأمر.

المطلب الثاني: سلطة "ولي الأمر" في تغيير الأحكام.

المطلب الثالث: القيود الشرعية الضابطة لولي الأمر في تغيير الأحكام.

الفصل الثاني بعنوان: ماهية الطلاق وأهلية المطلق. وقسمته إلى مبحثين في كل واحد منهما ثلاثة مطالب.

المبحث الأول: مفهوم الطلاق وبيان حكمه والحكمة منه.

المطلب الأول: مفهوم الطلاق.

المطلب الثاني: مشروعية الطلاق والحكمة من مشروعيته.

المطلب الثالث: التكيف الفقهي للطلاق.

المبحث الثاني: أهلية المطلق وعوارضها.

المطلب الأول: أثر نقص الأهلية في الطلاق.

المطلب الثاني: أثر عدم الوعي في الطلاق.

المطلب الثالث: أثر تخلف الاختيار في وقوع الطلاق.

المطلب الرابع: أثر تخلف القصد في وقوع الطلاق.

الفصل الثالث بعنوان: قيود الطلاق الشرعية والقانونية. واشتمل على مبحثين.

المبحث الأول: قيود الطلاق الشرعية.

المطلب الأول: قيد العدد (الطلاق الثلاث).

المطلب الثاني: قيد الوقت.

المطلب الثالث: قيد اللفظ.

المبحث الثاني: قيود الطلاق القانونية.

المطلب الأول: الإلزام بالإشهاد على الطلاق.

المطلب الثاني: وضع الطلاق بيد القضاء.

المطلب الثالث: إلزام الزوج بالتعويض.

خاتمة : وذكرت فيها أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها في نهاية البحث.

وعلى أي حال فإن كان بحثي قد حالفه التوفيق في كل المباحث أو بعضها فإنه

بفضل الله وتوفيقه وإن كنت قد تعثرت في خطاه، فإن ذلك مني ومن الشيطان، فأسأل الله

أن لا يجرمني من أجر المجتهد، وأن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم، فهو حسبي

ونعم الوكيل .

الفصل الأول:

سلطة ولي الأمر

وخصوايتها الشرعية.

المبحث الأول: مفهوم ولي الأمر وشروطه وحقه في الطاعة.

المبحث الثاني: اختصاصات ولي الأمر وسلطته في تغيير الأحكام وخصوايتها.

الفصل الأول: سلطة ولي الأمر وضوابطها الشرعية.

قبل الخوض في تفاصيل البحث لابد من تحديد المفاهيم والمفاتيح الأساسية للبحث وذلك بمعرفة من هو ولي الأمر، وما هي شروطه، وما هي اختصاصاته، وكذلك تحديد القيود التي تضبط تصرفات "ولي الأمر" في تغييره للأحكام وذلك بتقسيمه إلى مبحثين في كل مبحث ثلاثة مطالب كما يأتي:

المبحث الأول: مفهوم "ولي الأمر" وشروطه وحقه في الطاعة.

المطلب الأول: مفهوم "ولي الأمر".

لما كان ولي الأمر هو صاحب السلطة، فإنه يتحتم قبل تحديد معالم هذه السلطة ضبط وبيان المقصود "بولي الأمر" لتحديد المسؤولية الملقاة على عاتقه، وذلك من خلال تحديد المعنى اللغوي ثم الاصطلاحي.

الفرع الأول: معنى "ولي الأمر" لغة:

كلمة "ولي الأمر" مركبة من مضاف ومضاف إليه، وبالتالي لابد من تحديد مفهوم كل منها على حدة للوصول إلى المعنى المراد.

البند الأول: كلمة "ولي" لغة: وردت كلمة الولي في اللغة بمعان عدة نذكر منها:

1- النصر: يقال هم على ولاية، أي مجتمعون في النصر...⁽¹⁾ فتأتي كلمة الولي بمعنى النصير، كما في قوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ وَلِيُّ الْمُؤْمِنِينَ﴾⁽²⁾.

2- القرب: "الدنو" قال ابن فارس: «ولي: الواو واللام والياء أصل صحيح يدل على قرب، من ذلك. الوَلِيُّ: القرب، يقال: تَبَاعَدَ بَعْدَ وَتَى، أي قُرِبَ وَجَلَسَ مِمَّا يَلِيْنِي، أي يقاربني...»⁽³⁾.

3- السيادة والسلطان والإمارة: السيادة الكاملة والسلطان المطلق وهاتان اللفظتان لا تكونان إلا لله تعالى باعتباره مالك الكون والمتصرف فيه، قال صاحب لسان

(1) ابن منظور: لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير ومحمد أحمد حسب الله، وهاشم الشاذلي، دار المعارف، (د.ط)، ج06، ص3920.

(2) سورة آل عمران: الآية 68.

(3) ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، مكتبة الخانجي، القاهرة، ط3، (1402هـ، 1981م)، ج06، ص141.

العرب: «... وقيل المتولي لأمر العالم والخلائق القائم بها ومن أسمائه عز وجل العلي، وهو مالك الأشياء جميعها والمتصرف فيها»⁽¹⁾.

وقد تأتي كلمة الولي بما يفيد الإمارة والسلطان، قال الفيروز آبادي: «وَوَلِيَ الشيء وعليه ولايةٌ وولايةٌ... أو هي المصدر، وبالكسر الخِطَّةُ والإمارة والسلطان. وأوليته الأمر وليته إياه»⁽²⁾ وهذا هو المعنى المقصود في البحث، وهناك معان لغوية أخرى ليست لها علاقة وطيدة بالبحث لذلك لم أتطرق إليها .

البند الثاني : كلمة "الأمر" لغة:

وردت كلمة الأمر في اللغة بمعان عدة منها:

- 1- الحال والشأن: جاء في المعجم الوسيط: "الأمر: الحال والشأن"⁽³⁾ وفي الترتيل العزيز قوله تعالى ﴿لَيْسَ لَكَ مِنَ الْأَمْرِ شَيْءٌ...﴾⁽⁴⁾.
- 2- الطلب: وجمعه أوامر⁽⁵⁾.
- 3- المشاورة⁽⁶⁾: وتأمرؤا على الأمر واتمروا: تمارؤا وأجمعوا آراءهم وفي الترتيل: ﴿إِنَّ الْمَلَائِكَةَ يَأْتِمِرُونَ بِكَ لِيَقْتُلُوكَ﴾⁽⁷⁾.
- 4- الحادثة: كما في قوله تعالى: ﴿أَلَا إِلَى اللَّهِ تَصِيرُ الْأُمُورُ﴾⁽⁸⁾.
- 5- الإمارة: وأمرُ فلان أمرٌ بالضم أي صار أميراً، والتأمرير تولية الإمارة، وأمير مؤمر: مُمَلَّك، وأمير الأعمى قائده لأنه يملك مره، وأولو الأمر: الرؤساء وأهل العلم⁽⁹⁾.

(1) ابن منظور: المصدر السابق، ج06، ص4921.

(2) الفيروز آبادي: القاموس المحيط، المطبعة الميرية، مصر، ط3، 1301هـ، ج04، فصل الواو، باب الواو والياء، ص393.

(3) إبراهيم أنيس، عبد الحلیم منتصر، عطية الصواحي، محمد خلف الله أحمد: المعجم الوسيط، دار المعارف، مصر، ط2، 1393هـ-1973م، ج1، ص26.

(4) سورة آل عمران: الآية 128.

(5) الفيومي: المصباح المنير، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1421هـ-2000م، ص18-19.

(6) ابن منظور: لسان العرب، المصدر السابق، ج01، ص127.

(7) سورة القصص: الآية 20.

(8) سورة الشورى: الآية 53.

(9) ابن منظور: لسان العرب، المصدر السابق، ج01، ص127-128.

وبعد هذا العرض الوجيه لمختلف معاني كلمة "ولي" و"أمر" يتضح لنا أنهما يشتركان في أحد المعاني وهي "الإمارة"، أما إذا أضيفت إحداها إلى الأخرى فإنها تشكلان مصطلح "ولي الأمر" الذي لا يخرج عن معنى الإمارة والسلطان والرئيس.

الفرع الثاني: "ولي الأمر" اصطلاحاً.

ورد مصطلح ولي الأمر في القرآن الكريم مرتين ولكن بصيغة الجمع وذلك في:

1- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ...﴾ (1).

2- وفي قوله: ﴿وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ لَاتَّبَعْتُمُ الشَّيْطَانَ إِلَّا قَلِيلًا﴾ (2).

وقد تباينت أقوال الفقهاء والمفسرين في تحديد أولي الأمر. واختلفوا في ذلك ونقلت عنهم عدة آراء منها.

البند الأول: الرأي الأول: أولو الأمر هم العلماء.

ذكر الطبري (3) اختلاف أهل التأويل في معنى أولي الأمر، ثم قال: «... كما وردت روايات أخرى بأن المقصود بهم هم العلماء وأهل الفقه...» (4) ونسب هذا الرأي إلى كل من جابر بن عبد الله (5) وابن عباس (6).

(1) سورة النساء: الآية 59.

(2) سورة النساء: الآية 83.

(3) ابن جرير الطبري: أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد بن خالد، الطبري صاحب التفسير الكبير والتاريخ الشهير كان من الأئمة المجتهدين ولم يقلد أحداً ولد سنة 224هـ بآمن طبرستان وتوفي سنة 310هـ ببغداد.

* ابن خلكان: وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق حسان عباس، دار صادر، بيروت، 1971، م 4، ص 191-192.

(4) الطبري: جامع البيان في تفسير القرآن، طبع بالمطبعة الميمنية، بمصر، (د. ط) (د. ت) ج 5، ص 88.

(5) جابر بن عبد الله: بن رثاب بن النعمان بن سنان بن عبيد، وأمه بنت زهير بن ثعلبة، وهو من النفر السنة الذين أسلموا من الأنصار في مكة المكرمة، شهد بدرًا وأحد والخندق وشاهد كلها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو من المكثرين لحفظ الحديث توفي سنة

78هـ. * الليث بن سعد: الطبقات الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1 (1410هـ-1990م)، ج 03، ص 431.

(6) ابن عباس: هو أبو العباس عبد الله بن العباس بن عبد المطلب بن هاشم، ابن عم الرسول صلى الله عليه وسلم، توفي رسول الله وله ثلاث عشرة سنة، دعا له صلى الله عليه وسلم - فكان أفقه الناس، وأعلمهم بتأويل القرآن الكريم توفي سنة 78هـ بالطائف. * ابن

- نكان: وفيات الأعيان، م 3، ص 62-64.

في رواية عنه، والحسن⁽¹⁾، وعطاء⁽²⁾ ومجاهد⁽³⁾ وذكر ذلك الجصاص⁴ والقرطبي⁵.
 ونقل ابن العربي⁽⁶⁾ اختيار الإمام مالك لهذا الرأي حيث قال: «... قال جابر: هم
 العلماء وبه قال أكثر التابعين واختاره مالك»⁽⁷⁾.
 كما نسب ابن القيم⁽⁸⁾ ذلك للإمام أحمد في إحدى روايته فقال: «... أولو الأمر
 هم العلماء وهو إحدى الروایتين عن الإمام أحمد...»⁽⁹⁾.
البند الثاني: الرأي الثاني: أولو الأمر هم الأمراء.
 استند أكثر القائلين بأن أولو الأمر هم الأمراء إلى سبب نزول هذه الآية حيث نقل
 الطبري عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أنها نزلت في عبد الله بن حذافة⁽¹⁰⁾ بن قيس

(1) الحسن: هو الحسن بن يسار، إمام البصرة وعالمها، وأحد الفقهاء الفصحاء الشجعان، له مواقف مشهورة مع الحكام والولاة توفي سنة 110هـ. * أبو الحجاج يوسف المزي: تذهيب الكمال في أسماء الرجال، تحقيق بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، (1409هـ-1988م)، م06، ص96-97.

(2) عطاء: هو عطاء بن أسلم (أبو رباح) بن صفوان، تابعي من أجلة الفقهاء، كان عبداً أسوداً، ولد في جند باليمن سنة 27هـ - ونشأ بمكة فكان مفتي أهلها ومحدثهم وتوفي بها عام 114هـ. * السيوطي: طبقات الحفاظ، تحقيق علي عمر، مكتبة وهبة، القاهرة، ط3، (1415هـ-1994م)، ص39.

(3) مجاهد: هو مجاهد بن جبير أبو حجاج المكي، تابعي مفسر من أهل مكة، أخذ التفسير عن ابن عباس، ولد سنة 21هـ بمكة، وتوفي بها سنة 103هـ.

* ابن عماد الحنبلي: شذرات الذهب في أخبار من ذهب، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، دار الآفاق الجديدة، بيروت، (د.ط)، ج1، ص125.

⁴ الجصاص: أحكام القرآن، دار الفكر (د.ط) (د.ت)، ج2، ص210.

⁵ - القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، دار الكتاب العربي، القاهرة، ط (1387، 1967م)، م3، ج5، ص259.

(6) ابن العربي: هو محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، من أعيان المالكية في الأندلس، تولى قضاء اشبيلية مدة، له كتاب أحكام القرآن في التفسير عاش ما بين (468هـ، 543هـ) وله أيضاً المسالك في شرح موطأ مالك.

* خير الدين الزركلي: الأعلام: قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين، دار العلم للملايين، بيروت، ط5، 1980، ج6، ص230.

(7) ابن العربي: أحكام القرآن، تحقيق علي محمد البحاوي، دار الفكر، (د.ط)، ج1، ص452.

(8) ابن القيم: هو شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعي الدمشقي، عالم فقيه أديب مجاهد مصلح تلمذ على يد ابن تيمية، وانتصر له وسجن معه بدمشق ولد سنة 691هـ وتوفي سنة 751هـ من مصنفاته أعلام الموقعين، الطرق الحكمية، مدارج السالكين. * ابن عماد: شذرات الذهب، ج6، ص168-170.

(9) ابن القيم: أعلام الموقعين عن رب العالمين، راجعه وقدم له، وخلق عليه، طه عبد الرؤوف سعيد، مكتبة الكليات الأزهر، (د.ط)، ج1، ص10.

(10) عبد الله بن حذافة: يكنى أبا حذافة أسلم قديماً، وكان من المهاجرين الأولين شهد بدرًا وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكناه إلى كسرى يدعو إلى الإسلام، وكان ذا دعابة، توفي بمصر ودفن بها.

بن عدي السنهي إذا بعته النبي صلى الله عليه وسلم في سرية⁽¹⁾.

كان عبد الله بن حذافة دعابة معروفة من دعابته أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره، على سرية فأمرهم أن يجمعوا حطباً ويوقدوا ناراً، فلما أوقدوها أمرهم بالتقحم فيها، فقال لهم: ألم يأمركم رسول الله صلى الله عليه وسلم بطاعتي؟ وقال: «من أطاع أميرى فقد أطاعني»⁽²⁾ فقالوا: ما آمنا بالله واتبعنا رسوله إلا لئنجو من النار! فصوب رسول الله صلى الله عليه وسلم فعلهم وقال: «لا طاعة لمخلوق في معصية الله»⁽³⁾ (4).

أما الجصاص⁽⁵⁾ فقد ذكر تعليلاً آخر فقال: «... ومن الناس من يقول إن الأظهر من أولي الأمر هنا أنهم الأمراء، لأنه قدم ذكر الأمر بالعدل وهذا خطاب لمن يملك تنفيذ الأحكام وهم الأمراء والقضاة، ثم عطف عليه بطاعة أولي الأمر وهم ولاة الأمر الذين يحكمون عليهم ماداموا عدولا مرضيين»⁽⁶⁾.

وهو ما ذهب إليه الطبري⁽⁷⁾ ورجح ذلك ابن تيمية في قوله «وأولي الأقوال في ذلك بالصواب قول من قال هم الأمراء والولاة، لصحة الأخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بالأمر بطاعة الأئمة والولاة فيما كان طاعة»⁽⁸⁾.

* ابن عبد البر: الاستيعاب في معرفة الأصحاب، تحقيق علي محمد البخاري، دار الجيل، بيروت، ط1، (1412هـ-1992م)، م03، ص888-891.

(1) الطبري: جامع البيان في تفسير القرآن، ج5، ص87.

(2) أخرجه البخاري، كتاب الأحكام: باب السمع والطاعة للإمام ما لم تكن معصية: صحيح البخاري مع فتح الباري لابن حجر المصقلاني: دار المعرفة، بيروت، (د.ط)، (د.ت)، رقم الحديث 7137، ج13، ص111.

(3) أخرجه أحمد: مسند الإمام أحمد: دار الفكر (د.ط)(د.ت)، ج، ص131.

(4) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، م3، ج05، ص260.

(5) الجصاص: هو أحمد بن علي الرازي الجصاص، من أهل الري، سكن في بغداد وتوفي بها، وانتهد إليه رئاسة الحنفية، له "أحكام القرآن" و"الفصول في أصول الفقه"، توفي سنة 370هـ. * ابن عماد: شذرات الذهب، ج03، ص71.

(6) الجصاص: أحكام القرآن، ج2، ص210.

(7) ابن تيمية: السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، قصر الكتب، الجزائر، (د.ط)، (د.ت)، ص05.

- وابن تيمية هو أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام، ولد بجران سنة 661هـ وانتقل مع أبيه إلى دمشق صغيراً، برع في علوم النقل والعقل، وكان مجاهداً ورعاً، جاهر بالحق. ومات بالسجن في دمشق سنة 728هـ. له مصنفات كثيرة تبلغ مائتي مجلد، وقد طبعت فتاواه في الرياض بالسعودية في 37 مجلداً. * ابن عماد: شذرات الذهب، ج6، ص80-86.

- ابن تيمية: الخلافة والملك، تحقيق حمادي سلامة، شركة الشهاب، الجزائر (د.ط)، ص09-10.

(8) الطبري: جامع البيان في تفسير القرآن، ج5، ص89.

وبالإضافة إلى القولين الأول والثاني باعتبار أولي الأمر هم العلماء أو الأمراء هناك قولان آخران هما:

1- أن أولي الأمر هم أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم خاصة وهو قول مجاهد.

2- أن أولي الأمر إشارة إلى أبي بكر وعمر رضي الله عنهما خاصة، وهو قول

لعكرمة⁽¹⁾.

البند الثالث: الرأي المختار:

إن أكثر العلماء ذهبوا إلى أن المقصود بأولي الأمر هم العلماء والأمراء معا.

- فقال ابن كثير⁽²⁾: «والظاهر - والله أعلم - أنها عامة في كل أولي الأمر من

الأمراء والعلماء»⁽³⁾.

- وقال القرطبي⁽⁴⁾: «... وأصح هذه الأقوال الأول والثاني - يقصد الأمراء

والعلماء - أما الأول فلأن أصل الأمر منهم والحكم إليهم، وأما القول الثاني فيدل على

صحته قوله تعالى ﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ...﴾⁽⁵⁾ فأمر تعالى برد

المتنازع فيه إلى كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم، وليس لغير العلماء معرفة كيفية

الرد إلى الكتاب والسنة...»⁽⁶⁾.

ونفى الجصاص اختصاص طائفة بهذا الاسم دون الأخرى فقال: «... وليس يمتنع

أن يكون ذلك أمرا بطاعة الفريقين من أولي الأمر، وهم أمراء السرايا والعلماء، إذ ليس في

تقديم الأمر بالحكم بالعدل ما يوجب الاقتصار بالأمر بطاعة ولي الأمر على الأمراء دون

غيرهم»⁽⁷⁾.

(1) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، م3، ج05، ص259.

(2) هو إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، حافظ مؤرخ فقيه، ولد في قرية من أعمال بصرى في الشام، سنة 701هـ من كتبه تفسير

القرآن العظيم، البداية والنهاية. توفي سنة 774 بدمشق. * ابن عماد: شذرات الذهب، ج6، ص231.

(3) ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، دار الأندلس، بيروت، (د.ط)، (د.ت)، ج2، ص326.

(4) القرطبي: هو محمد بن أحمد الأنصاري الخرجي الأندلسي القرطبي المالكي، من كبار المفسرين من أشهر كتبه الجامع لأحكام

القرآن، توفي سنة 671هـ. * ابن عماد: شذرات الذهب، ج05، ص335.

(5) سورة النساء: الآية 59.

(6) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، م3، ج5، ص260.

(7) الجصاص: أحكام القرآن، ج2، ص211.

- وقال ابن العربي: «والصحيح عندي أنهم الأمراء والعلماء جميعاً، أما الأمراء فلأن أصل الأمر منهم والحكم إليهم، أما العلماء، فلأن سؤالهم واجب متعين على الخلق وجوابهم لازم وامتثال فتواهم واجب...»⁽¹⁾.

وتوسع بعض العلماء المعاصرين في مفهوم "أولي الأمر" ومن أقوالهم قول محمد عبده⁽²⁾ أن المراد بأولي الأمر هم: «جماعة أهل الحل والعقد من المسلمين، وهم الأمراء، والحكام، والعلماء، ورؤساء الجند وسائر الرؤساء والزعماء الذين يرجع إليهم الناس في الحاجات، والمصالح العامة إذا اتفقوا على أمر أو حكم وجب أن يطاعوا فيه»⁽³⁾. وإلى هذا المعنى ذهب المودودي⁽⁴⁾ ومحمد الطاهر بن عاشور⁽⁵⁾.

حيث قال ابن عاشور في تفسيره «إن أولي الأمر يعني ذويه، وهم أصحاب الأمر والمتولون له، والأمر هو الشأن أي ما يهتم به من الأحوال، والشؤون، فأولو الأمر من الأمة، ومن القوم هم الذين يسند إليهم تدبير شؤونهم، ويعتمدون في ذلك عليهم، فيصير الأمر كأنه من خصائصهم، ولما أمر الله بطاعة أولي الأمر علمنا أن أولي الأمر في نظر الشريعة طائفة معينة، وهم قدوة الأمة وأمنائها، فعلمنا أن تلك الصفة تثبت لهم بطرق شرعية، وطريق ثبوت هذه الصفة لهم إما الولاية المسندة إليهم من الخليفة ونحوه أو من جماعات المسلمين، إذ لم يكن لهم سلطان، وأما صفات الكمال التي تجعلهم محل اقتداء الأمة بهم، وهي الإسلام والعلم والعدالة، فأولو الأمر هنا هم ماعدا الرسول من الخليفة إلى والي الحسبة، ومن قواد الجيوش، ومن فقهاء الصحابة والمجتهدين إلى أهل العلم، وأولو العلم هم الذين يطلق عليهم أيضاً أهل الحل والعقد»⁽⁶⁾.

(1) ابن العربي: أحكام القرآن، ج 1، ص 452.

(2) محمد عبده: هو محمد عبده بن حسن خير الله، مفتي الديار المصرية ومن رجال الإصلاح والتجديد في العصر الحديث، كان عالماً بالتفسير والفلسفة والتصوف. وله رسالة التوحيد، وشرح فحج البلاغة، توفي سنة 1323هـ بالقاهرة. * الزركلي: الأعلام، ج 6، ص 298.

(3) محمد رشيد رضا: تفسير المنار لمحمد عبده، دار المعرفة، بيروت، ط 3 (1393هـ-1973م)، ج 05، ص 181.

(4) المودودي: الحكومة الإسلامية، ترجمة أحمد الريس، ديوان المطبوعات، الجزائر، (د.ط.)، ص 139.

(5) محمد الطاهر بن عاشور: هو محمد الطاهر بن عبد القادر بن محمد بن عاشور، نقيب أشراف تونس، وكبير علمائها في عهد الباي محمد الصادق الباي محمد الصادق باشا، ولد سنة 1296هـ، 1879م، وتوفي سنة 1393هـ-1973م.

* الزركلي: الأعلام، ج 06، ص 173-174.

(6) ابن عاشور: تفسير التحرير والتنوير، دار النشر، تونس، 1984. ج 5، ص 98.

وبذلك يتضح أن "ولي الأمر" هم قُدوة الأمة وخيرتها، لذلك أسند الناس إليهم أمورهم لتدبيرها والقيام بها، ولاشك أن ذلك يتطلب تعاون الأمراء والعلماء معا.

- فولي الأمر هو ذلك الشخص الذي يختار لتولي أمر المسلمين، كافة، ويكون المسؤول الأول عنهم، لذلك لما تكلم النبي صلى الله عليه وسلم عن المسؤولية كان أول من بدأ به هو الإمام الأعظم أو "ولي الأمر" فقال صلى الله عليه وسلم: «ألا كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته...»⁽¹⁾ والراعي هو الحافظ المؤمن الملتزم صلاح ما أوّمن على حفظه، فهو مطلوب بالعدل فيه والقيام بمصالحه⁽²⁾.

وهكذا نجد أن الفقهاء والمفسرين حددوا أولي الأمر بالأمراء والعلماء وأصحاب الشأن في الأمة الإسلامية، وأطلقوا عليهم تسميات مختلفة ظهرت في كتبهم وهذا راجع لتوسع مصالح الأمة، وتطور أجهزتها السياسية والإدارية... إلخ.

وفي الأخير نقول أن المقصود بولي الأمر في هذا البحث هو من يتولى شؤون الدولة سواء كان خليفة أو سلطان أو أميراً أو بالتعبير الحديث رئيس الدولة .

الفروع الثالث: ألقاب رئيس الدولة: "ولي الأمر"

من بين المصطلحات العديدة التي أطلقت على صاحب السلطة ورئيس الدولة في الفكر الفلسفي الإسلامي، نجد مصطلحات شائعة هي:

1- الخليفة 2- وأمير المؤمنين 3- والإمام.

- أما المصطلحات الأخرى التي تقل عن هذه في الشيوع، أو تنفرد باستعمالها وإطلاقها على صاحب السلطة فرقة بعينها من بين فرق الإسلام فهي:

1- خليفة الله 2- والوصي 3- والملك 4- وولي الأمر 5- وسلطان

الله⁽³⁾.

ولكل تسمية منها نشأة وملابسات تاريخية يتكون منها مغزا معين، وفيما يلي نعرض لمدلول كل تسمية وملابسات نشأتها:

(1) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الأحكام، باب قوله تعالى: ﴿اطيعوا الله واطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم﴾، صحيح البخاري وفتح الباري لابن حجر، المصدر السابق، رقم الحديث 71318، ج 13، ص 111.

(2) أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعارف، بيروت، لبنان، ج 13، ص 112.

(3) محمد حماد أبو سليمان، مستند حجة الإسلام، ص 1409-1409، 1989، ص 27.

1- الخليفة: يقول ابن خلدون: «أما تسمية خليفة فلكونه يخلف النبي في أمته، فيقال خليفة بإطلاق، وخليفة رسول الله...»⁽¹⁾.

ولقد ورد اصطلاح خليفة في القرآن الكريم، في قوله تعالى: ﴿ يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ ﴾⁽²⁾ وفي قوله تعالى: ﴿ وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً... ﴾⁽³⁾.

وأول من أطلق عليه لقب خليفة هو أبو بكر رضي الله عنه، فقد خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم في حراسة الدين وسياسة الدنيا وقد رضي بهذا اللقب، وكره أن يلقب خليفة الله⁽⁴⁾، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء والعلماء، من عدم جواز إطلاق لقب خليفة الله على أي حاكم أو إنسان، ونسبوا قائله إلى الفجور، وقالوا يستخلف من يغيب أو يموت والله لا يغيب ولا يموت⁽⁵⁾ ولقب الخليفة هو أكثر الألقاب شيوعاً.

2- أمير المؤمنين: لما بويح لعمر بالخلافة، كانوا يدعونه خليفة خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم وكأنهم استثقلوا هذا اللقب بكثرتهم وطوله وإضافته وأنه يتزايد فيما بعد دائماً⁽⁶⁾ لذلك دعوه أمير المؤمنين.

فابن خلدون يقول: «إنه قد اتفق أن دعا بعض الصحابة عمر بأمر المؤمنين فاستحسنه الناس، واستصوبوه، ودعوه به...»⁽⁷⁾.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن لقب أمير المؤمنين لم يبلغ لقب الخليفة بل بقي اللقبان في زمن خلافة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وبعد، وإن كان لقب أمير

(1) ابن خلدون: المقدمة، 1991، ج1، ص216.

(2) سورة ص: الآية 26.

(3) سورة البقرة: الآية 30.

(4) محمد أبو فارس عبد القادر: النظام السياسي في الإسلام، دار الفرقان، عمان الأردن، طبعة خاصة بمصر، 1409هـ-1986م، ص174.

(5) الماوردى: الأحكام السلطانية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د.ط.د.ت) ص15.

- الفراء: الأحكام السلطانية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1403هـ-1993م، ص27.

(6) محمد سليمان الطماوي: السلطات الثلاثة، دار الفكر العربي، مدينة نصر، ط6، 1416هـ-1996م، ص355.

(7) ابن خلدون: المقدمة، ص179.

المؤمنين يشعر بأن أمر اختيار الخليفة متروك للمؤمنين، وهم أصحاب الحق في اختيار أميرهم⁽¹⁾.

3- الإمام: وهذا هو اللقب الذي أطلقه فقهاء الشيعة على الخليفة الرابع علي بن أبي طالب واشتهر به.

ولقد ورد لفظ "إمام" في القرآن الكريم، في قوله تعالى: ﴿وَإِذِ ابْتَلَىٰ إِبْرَاهِيمَ رَبُّهُ بِكَلِمَاتٍ فَأَتَمَّهُنَّ قَالَ إِنِّي جَاعِلُكَ لِلنَّاسِ إِمَامًا﴾⁽²⁾.

وفي قوله: ﴿وَجَعَلْنَاهُمْ أُمَّةً يَهْتَدُونَ بِأَمْرِنَا وَأَوْحَيْنَا إِلَيْهِمْ فِعْلَ الْخَيْرَاتِ﴾⁽³⁾.

وفي قوله: ﴿وَتُرِيدُ أَنْ نَمُنَّ عَلَى الَّذِينَ اسْتُضِعُوا فِي الْأَرْضِ وَنَجْعَلَهُمْ أَئِمَّةً وَنَجْعَلَهُمُ الْوَارِثِينَ...﴾⁽⁴⁾.

ولقد اقترن هذا الاصطلاح بمناسبة الصلاة، فالإمام هو الذي يوم المصلين وهذا ما كان يفعله الرسول صلى الله عليه وسلم في حياته، وناب عنه أبو بكر الصديق في مرضه. وكانت تلك من أهم الحجج التي استند إليها عمر بن الخطاب في القول بأحقية أبي بكر للخلافة.

وفي هذا المعنى يقول ابن خلدون: «ثم إن الشيعة خصوا عليا باسم الإمام نعتا بالإمامة التي هي أخت الخلافة، تعريضا بمذهبهم في أنه أحق بإمامة الصلاة من أبي بكر لما هو مذهبهم وبدعتهم، فخصوه بهذا اللقب ولمن يسوقون إليه منصب الخلافة من بعده...»⁽⁵⁾.

1- خليفة الله: هذا هو الوصف الذي رفضه أبو بكر عندما وصف به، وعاد إلى الظهور في الأدب السياسي، بعد أن تحول نظام الحكم عن طبيعة الخلافة واقترب اقترابا شديدا من نظام الملك... فالزجاج يجيز أن يقال للخلفاء (خلفاء الله في أرضه) مستدلا على جواز ذلك بخلافة داود لله في الأرض.

(1) محمد عبد القادر أبو فارس: النظام السياسي في الإسلام، المرجع السابق، ص176.

(2) سورة البقرة: الآية 124.

(3) سورة الأنبياء: الآية 73.

(4) سورة القصص: الآية 05.

(5) ابن خلدون: المقدمة، الفصل الثاني، ص221.

2- الوصي: أما مصطلح الوصي فقد نشأ في نطاق الفكر الشيعي⁽¹⁾ ولكنه ظل مقصوراً على فكر الشيعة، لأنه ارتبط بفكرة (الوصية) من الله أو من الرسول لعلي بالإمامة، وهي الفكرة التي رفضتها كل فرق الإسلام، غير الشيعة.

3- الملك: أما مصطلح الملك فقد ظل بعيداً عن الفكر النظري لمختلف الفرق الإسلامية، وذلك لأن القرآن قد قال ﴿إِنَّ الْمُلُوكَ إِذَا دَخَلُوا قَرْيَةً أَفْسَدُوهَا وَجَعَلُوهَا عِزَّةً أَهْلِهَا أَذْلةً، وَكَذَلِكَ يَفْعَلُونَ﴾⁽²⁾ وحتى بعد أن شاع ذلك المصطلح في الاستعمال، فإنه قد ظل بعيداً عن إطار مبحث الإمامة لما بين مضمونه ومضمون الخلافة من فروق تجعلها على طرفي نقيض³.

4- الأمر: وهذا المصطلح ذكر في القرآن الكريم في آيتين:

وذلك في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ...﴾⁽⁴⁾ وفي هذه الآية طلب إلى طاعة الله ورسوله وأولي الأمر منا وأن طاعة الله ورسوله إنما هي في الدين، ولذلك كان المرد هو الكتاب والسنة. وأن طاعة أولي الأمر إنما هي في أمور الدنيا⁽⁵⁾.

وفي خلاصة القول يتبين لنا أن كل هذه المصطلحات استعملت من أجل الدلالة على مفهوم واحد وهو رئيس الدولة بالمفهوم الحالي.

(1) ابن خلدون: المقدمة، المصدر السابق، ص 225.

(2) سورة النمل: الآية 34.

(3) محمد عمارة: الإسلام وفلسفة الحكم، مرجع سابق، ص 39.

(4) سورة النساء: الآية 59.

(5) محمد عمارة: الإسلام وفلسفة الحكم، مرجع سابق، ص 39-44.

المطلب الثاني: شروط اختيار "ولي الأمر".

إن تولي أمر المسلمين مهمة عظيمة وخطيرة لذلك لا بد أن يتولاها الشخص المناسب والقادر على القيام بها. وهي فرض على الكفاية مخاطب بها طائفتان من الناس إحداهما: أهل الاختيار حتى يختاروا.

والثانية: من يوجد فيه شرائط الإمامة حتى ينتصب أحدهم للإمامة⁽¹⁾. لذلك سأحاول في هذا المطلب تحديد المواصفات التي تؤهل كل فريق لتحقيق غرضه.

الفرع الأول: شروط أهل الاختيار.

وضع العلماء شروطا محددة فيمن يتولى اختيار ولي أمر المسلمين، وذلك ضمانا للاختيار الأصح والأقدر على القيام بمصالحهم وقد بنوا هذه الشروط على أسس ثلاثة وهي: العدالة والحلم والرأي والحكمة⁽²⁾.

1- العدالة:

العدل في اللغة: ما قام في النفوس أنه مستقيم وهو ضد الجور وهو أيضا الحكم بالحق⁽³⁾.

أما اصطلاحا: فهي مَلَكة في النفس تمنع من اقرار الكبائر والصغائر الحسنة⁽⁴⁾. فهي شرط أخلاقي يدل على استقامة صاحبه، مما يجعله محل ثقة وأمانة. قال السيوطي⁽⁵⁾: «إن شرط العدالة في صحة التصرف مصلحة لحصول الضبط عن الخيانة والكذب والتقصير، إذ الفاسق ليس له وازع ديني فلا يوثق به...»⁽⁶⁾.

(1) أبو بعلی: الأحكام السلطانية، ص 19.

(2) أحمد بن إدريس القرائي: الذخيرة، تحقيق محمد بوخيزة، دار الغرب الإسلامي، ط 1، 1994، ج 10، ص 24.

المارودي: الأحكام السلطانية، ص 6، أبو بعلی: الأحكام السلطانية، ص 19.

(3) ابن منظور: المصدر السابق، ج 04، ص 2838.

(4) الزركشي: البحر المحیط، تحقيق لجنة من علماء الأزهر، دار الكتب، الطبعة 1 (1414هـ-1994م)، ج 6، ص 149.

(5) السيوطي: جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن سيف الدين، إمام محافظ مؤرخ وأديب، له نحو، مصنف، نشأ في القاهرة يتيمًا توفي ما سنة (849هـ/911م) من مصنفاته، الأشباه والنظائر، والرسالة الصغرة، وغيرها. ابن عماد: شذرات الذهب، ج 8، ص 51.

(6) السيوطي: الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى (1411هـ-

2- العلم:

اختلف العلماء في المقصود بالعلم، هل يعني الاجتهاد أم العلم بمن يصلح للإمامة فقط. ورجح أكثرهم⁽¹⁾ أن العلم المقصود به هنا هو العلم الذي يتوصل به إلى معرفة من يستحق الإمامة.

وأضاف بعض المعاصرين العلم بالقوانين الدولية والمعاهدات العامة، وبأحوال الأمم والدول المجاورة لبلاد الإسلام ذات العلاقات السياسية والاقتصادية معها، من حيث سياستها وقوتها وما يخاف ويرجى منها، وما يحتاج إليه لاتقاء ضررها والانتفاع بها⁽²⁾. وذلك لحاجة العصر إليها.

3- الرأي والحكمة: ويشترط في أهل الاختيار أن يكونوا ذوي رأي وتدبير، حتى يستطيعوا اختيار من هو أصلح وأقدر على منصب الإمامة⁽³⁾.

أما في هذا العصر فإن الحياة قد تشعبت، وأصبح من العسير تمييز فئة عن أخرى.

الفرع الثاني: شروط "ولي الأمر".

إن منصب الخلافة أعظم مناصب الحكم والسلطان فلذا فهي لا تنعقد لشخص من الأشخاص إلا إذا توفرت فيه شروط الخلافة.

إذن فما هي الشروط التي جاء بها الإسلام الواجب توفرها في شخص من تريد الأمة مبايعته ليكون رئيسا للدولة؟

بعد تتبع أقوال العلماء في شروط انعقاد الخلافة تبين أنها شروط كثيرة. واتفقوا جميعا على بعض الشروط، بحيث إن فقد شرط واحد منها لم تنعقد الخلافة لفاقده، واختلفوا في بعض الشروط.

(1) الماوردي: الأحكام السلطانية، ص 06، أبو بعلی: الأحكام السلطانية، ص 19.

(2) محمد رشيد رضا: الخلافة، الجمع التصوري والتجهيز بالزهراء للإعلام الغربي، ط 1408هـ-1988، ص 24.

(3) الماوردي: الأحكام السلطانية، ص 06، أبو بعلی: الأحكام السلطانية، ص 19.

البند الأول: شروط الانعقاد.

أوجب الشرع شروطاً، يجب أن تستكمل في الشخص حتى يكون أهلاً للخلافة وإذا نقص شرط منها، لم تنعقد البيعة، ولا يجوز أن يكون رئيساً للدولة الإسلامية⁽¹⁾ وهذه الشروط هي:

1- الولاية الكاملة: ويتضمن هذا الوصف شروطاً اتفق العلماء عليها. وأجمعوا

على وجوب إلزاميتها، فهي تعتبر بمثابة شرط الشروط وهي كما يلي:

* الإسلام: فلا تصح الخلافة لكافر مطلقاً، ولا يجوز أن يكون رئيس الدولة الإسلامية من غير المسلمين لقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾⁽²⁾.

فعلى الرغم من التسليم بهذا الشرط لكن يجب ذكره من باب نفي الجدل وإلغاء الاحتمالات وإبراز الإسلام كاعتقاد راسخ، فلا يمكن أن يقوم بهذه المهمة إلا من كمل إسلامه قولاً وعملاً ظاهراً، لذلك لم يذكر عند كثير من العلماء أمثال الماوردي⁽³⁾ وأبو يعلى⁽⁴⁾ وابن الأزرق⁽⁵⁾ والجويني⁽⁶⁾ وابن خلدون⁽⁷⁾ وهذا لا يعني بأي حال إغفالهم هذه الحقيقة بقدر ما اعتبروها من المسلمات.

* الذكورة: اتفق العلماء على عدم جواز تولي المرأة هذا المنصب ومن هنا جاء قوله صلى الله عليه وسلم: «لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة»⁽⁸⁾.

(1) محمود عبد المهدي الخالدي: قواعد نظام الحكم في الإسلام، دار البحوث العلمية، الكويت، ط1، 1400هـ-1980م، ص294 وما بعدها.

(2) سورة النساء: الآية 141.

(3) الأحكام السلطانية، ص06.

(4) الأحكام السلطانية، ص20.

(5) أبو عبد الله محمد بن الأزرق الأندلسي: بدائع السلك في طبائع الملك، دراسة وتحقيق محمد بن عبد الكريم، دار العربية للكتاب، ليبيا، تونس (د.ط) (د.ت)، ج1، ص94.

(6) الجويني: أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله: غياث الأمم في التياث الظلم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1417هـ-1997م، ص34 وما بعدها.

(7) عبد الرحمن ابن خلدون: المقدمة، ج1، ص217.

(8) أخرجه البخاري: كتاب المغازي، باب "كتاب النبي صلى الله عليه وسلم إلى كسرى وقبصر" صحيح البخاري وفتح الباري لابن حجر، رقم الحديث: 4425، ج8، ص126.

* العقل والبلوغ: فلا تجوز ولاية الصغير ولا المخنون لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «رفع القلم عن ثلاث: عن المخنون حتى يفيق، وعن الصبي حتى يدرك، وعن النائم حتى يستيقظ»⁽¹⁾.

ومن رفع عنه القلم، لا يصح أن يتصرف في الأمور، لأنه غير مكلف شرعا، ومادام كذلك، فلا يجوز شرعا أن يكون مالكا للتصرف في جميع شؤون المسلمين بحكم منصب الخلافة، فمن لا يلي أمر نفسه لا يلي أمر الأمة الإسلامية من باب أولى⁽²⁾.

* الحرية: لأن العبد مملوك لسيدته، فلا يملك التصرف بنفسه، ومن باب أولى أن لا يملك التصرف بغيره، فلا يملك الولاية على الناس⁽³⁾.

* العدالة: وقد سبق ذكرها في شروط أهل الاختيار، ولخص الماوردي مضمونها في وصفه للإمام العدل فقال: «والعدالة أن يكون صادق اللهجة، ظاهر الأمانة، عفيفا عن المحارم، متوقيا المآثم، بعيدا عن الريب، مأمونا في الرضا والغضب، مستعملا مروءة مثله في دينه ودنياه»⁽⁴⁾.

البند الثاني: شروط الأفضلية.

أفاض العلماء بوضع الشروط لانعقاد الخلافة، ولكن الصحيح أن شروط الانعقاد هي: أن يكون مسلما، ذكرا، بالغاً، عاقلاً، حراً، عدلاً، وماعدا هذه الشروط الستة فهي شروط أفضلية⁽⁵⁾، مثل:

1- الاجتهاد (العلم): اشترط العلماء أن يكون "ولي الأمر" مجتهدا، حتى يؤدي واجباته على أكمل وجه، حيث قال الجويني: "... فأما العلم فالشرط أن يكون الإمام مجتهدا بالغاً مبلغ المجتهدين، مستجمعا صفات المفتين، ولم يؤثر في اشتراط ذلك خلاف..."⁽⁶⁾ فقد جعله شرطا متفق عليه.

(1) أخرجه البخاري: كتاب الطلاق، باب الطلاق في الإغلاق والكراهة والسكران والمخنون، صحيح البخاري وفتح الباري، لابن حجر، المصدر السابق، ج 09، ص 388.

(2) محمود عبد المجيد: المرجع السابق، ص 297.

(3) الفراء: الأحكام السلطانية، ص 20.

(4) الماوردي: الأحكام السلطانية، ص 06.

(5) محمود عبد المجيد الخالدي: المرجع السابق، ص 299.

وقد نقل الشاطبي⁽¹⁾: «أن العلماء نقلوا الاتفاق على أن الإمامة الكبرى لا تنعقد إلا لمن نال رتبة الاجتهاد والفتوى في علوم الشرع»⁽²⁾.

ثم عاد وقرر «أن العلم مزية روعيت في الإمامة تحصيلاً لمزيد المصلحة في الاستقلال بالنظر والاستغناء عن التقليد»⁽³⁾ أي أن الاجتهاد شرط أفضلية.

- أما إذا تعذر توفر كل ذلك في شخص الإمام، خاصة في عصرنا الحاضر، فإنه بإمكانه الاستعانة بأهل الاختصاص والكفاءات في مختلف المجالات وفق مبدأ الشورى، وبذلك يكمل ذلك النقصان، وهو ما يسمى بالاجتهاد الجماعي^(*).

لكن ينبغي أن يتوفر فيه الحد الكافي من العلم الذي يؤهله لتولي المنصب.

2- الشجاعة: من الأفضل أن يكون "ولي الأمر" شجاعاً أي "له من قوة البأس وشدة المراس، قدر ما لا يهوله إقامة الحدود، وضرب الرقاب وإنصاف المظلوم من الظالم"⁽⁴⁾ وإلى هذا الشرط ذهب الماوردي.

3- الخبرة السياسية: وهي «الاهتداء إلى وجوه السياسة وحسن التدبير»⁽⁵⁾ وبأن يكون له من معرفة واقع الناس وأحوال الأمة، والنوازل الواقعة ما يمكنه من معرفة «الرأي المفضي إلى سياسة الرعية وتدبير المصالح»⁽⁶⁾.

4- سلامة الحواس والأعضاء:

- الماوردي: الأحكام السلطانية، ص 06.

- أبو يعلى: الأحكام السلطانية، ص 20.

⁽¹⁾ الشاطبي: إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي، الغرناطي الدار، الشهير بالشاطبي، الإمام الحافظ المتهجد المحقق، متمكن في الأصول والفقه واللغة له كتاب كتاب الموافقات في أصول الفقه والمقاصد، وكتاب الاعتصام توفي سنة 790هـ (ابن عماد، شذرات الذهب، ج 5، ص 389).

⁽²⁾ الشاطبي إبراهيم بن موسى بن محمد: الاعتصام، مطبعة مصطفى محمد، مصر، ج 2، ص 108.

⁽³⁾ المصدر نفسه، ص 109.

^(*) اقترحه يوسف القرضاوي إحداهن مجمع علمي يضم الكفاءات الفقهية العالمية ويصدر أحكامه في شجاعة وحرية. مجلة الاجتهاد محاضرات ملتقى الفكر الإسلامي 17 (حول الاجتهاد) مؤسسة العصر للمنشورات الإسلامية، الجزائر، ج 1، ص 112.

⁽⁴⁾ الأمدي: سيف الدين: غاية المرام في علم الكلام، تحقيق أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1424هـ - 2004م، ص 324.

- الماوردي: الأحكام السلطانية، ص 06.

⁽⁵⁾ البغدادي: أصول الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1346هـ - 1928م، ط 3، 1401هـ - 1981م، ص 277.

⁽⁶⁾ المصدر نفسه، ص 06.

وهذا شرط يراد به قدرة الحاكم على تنفيذ الأعمال الكبيرة الموكولة إليه، ولذلك فإنه يشترط سلامته من العيوب التي تمنعه من مزاولته واجبات الخليفة، كالعمى والصمم وعدم القدرة على الحركة بسبب شلل أو عجز ونحو ذلك. أما إذا لم يمنعه نقص بعض الحواس من مزاولته أعماله، فلا يعد عيباً يحرم به من تولى منصب الإمامة، مثل فقدان حاسة الشم، ومثل ذلك قطع بعض أعضائه كمن قطع أصبعه، أو شيئاً من أذنه ونحو ذلك⁽¹⁾.

البند الثالث: النسب القرشي.

اختلف العلماء ما بين اعتبار هذا الشرط لازماً لانعقاد الخلافة أو كونه شرطاً أفضلية فحسب إلى قولين:

القول الأول: النسب القرشي من شروط انعقاد الخلافة.

- وإلى هذا القول ذهب: أهل السنة، وجميع الشيعة، وبعض المعتزلة⁽²⁾.
وقال الإمام أحمد: لا يكون من غير قريش خليفة⁽³⁾.

* واستندوا في ذلك إلى الأحاديث النبوية الشريفة الواردة في شأن قريش حتى نقل عن بعضهم الإجماع على ذلك. فقال الماوردي: «النسب وهو أن يكون من قريش لورود النص فيه وانعقاد الإجماع عليه...»⁽⁴⁾.
ومن بين هذه الأحاديث:

(1) أبو يعلى: الأحكام السلطانية، ص 21

- الماوردي: الأحكام السلطانية، ص 06.

- الجويني: غياث الأمم، ص 43.

- ابن خلدون: المقدمة، ج 1، ص 218.

(2) - البغدادي: أصول الدين، المرجع السابق، ص 277.

- ابن تيمية: منهاج السنة النبوية، دار الكتب العلمية، (د.ت) (د.ط)، ج 2، ص 85.

- الآمدي: غاية المرام، المصدر السابق، ص 325.

(3) أبو يعلى: الأحكام السلطانية، ص 20.

(4) - البغدادي: أصول الدين، المرجع السابق، ص 277.

1- قوله صلى الله عليه وسلم: «إن هذا الأمر في قريش لأ يعاديهم أحد إلا كبه الله في النار على وجهه ما أقاموا الدين»⁽¹⁾.

2- قوله صلى الله عليه وسلم: «لا يزال هذا الأمر في قريش ما بقي اثنان»⁽²⁾.

3- قوله صلى الله عليه وسلم: «الأئمة من قريش»⁽³⁾.

القول الثاني: النسب القرشي من شروط الأفضلية.

وإليه ذهب الخوارج وجمهور المعتزلة وبعض غلاة الإمامية، وابن خلدون، والإمام ابن حجر⁽⁴⁾ والعلماء المعاصرون⁽⁵⁾.

ولقد قالوا بعدم إلزامية هذا الشرط خاصة في العصور المتأخرة، لما فقدت قريش مكانتها التي كانت عليها في العهد الأول، ومستندهم في ذلك ليس هو رد الأحاديث النبوية الشريفة. وإنما تحقيق مناط الحكم.

وقد أوضح ذلك ابن خلدون فقال: «... ونحن إذا بحثنا عن الحكمة في اشتراط النسب القرشي، وقصد الشارع منه لم يقتصر فيه على التبرك بوصلة النبي صلى الله عليه وسلم كما هو في المشهور؛ وإن كانت تلك الوصلة موجودة والتبرك حاصل، لكن التبرك ليس من المقاصد الشرعية كما علمت، فلا بد إذن من المصلحة في اشتراط النسب وهي المقصودة من مشروعيتها، وإذا سيرنا وقسمنا لم نجد إلا اعتبار العصبية* التي تكون بها

(1) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الأحكام، باب "الأمر من قريش"، صحيح البخاري وفتح الباري، المصدر السابق، رقم الحديث 7139، ج1، ص114.

(2) المصدر نفسه، ج13، ص114 رقم الحديث 7140.

- أخرجه مسلم في صحيح مسلم، كتاب الإمامة (33) باب "الخلافة في قريش (1) دار إحياء التراث العربي، ط1، 1375هـ-1955م، رقم الحديث 1820 ج3، ص

(3) أخرجه أحمد في مسنده، ص183. سكت عنه الذهبي في التلخيص - الذهبي: تلخيص المستدرک، ج4، ص76.

(4) ابن حجر: هو أحمد بن علي بن محمد الكناي ثم المصري، المعروف بابن حجر العسقلاني الشافعي الفقيه المحدث، أجمع جمهور العلماء على أنه حافظ الإسلام، له مؤلفات كثيرة ومفيدة من أشهرها الفتح الباري لشرح صحيح البخاري، والإصابة في تراجم الصحابة توفي سنة 852هـ. ابن عماد: شذرات الذهب، المصدر السابق، ج07، ص270 وما بعدها.

(5) الأمدي: غاية المرام، المصدر السابق، ص325، ابن خلدون: المقدمة، ج1، ص217، 218.

- ابن حجر: فتح الباري، ج13، ص119.

- ابن حزم الظاهري: أبي محمد علي بن أحمد: الفصل في الملل والأهواء والنحل، تحقيق محمد إبراهيم نصر، عبد الرحمن عميرة، دار الجيل، بيروت، 1405هـ-1985م، ج4، ص152.

* العصبية: تعني القوة والنصرة الواقعة وهو ما يعر عنه اليوم بالقيادة الشعبية أو السند أو الدعم الشعبي. محمد المبارك، نظام الإسلام

الحماية والمطالبة ويرتفع الخلاف والفرقة بوجودها لصاحب المنصب، فتسكن إليه الملة وأهلها وينتظم حبل الألفة فيها...»⁽¹⁾.

أما الإمام ابن حجر فهو يقول: «بل المراد أن كونه قرشياً من أسباب الفضل والتقدم، كما أن من أسباب الفضل والتقدم، الورع والفقہ والقراءة والسن وغيرها»⁽²⁾ وهو في هذا ينص صراحة على أن شرط النسب القرشي إنما هو شرط أفضلية فحسب. والقول بأن شرط النسب القرشي، من شروط الأفضلية، لا من شروط الانعقاد، هو الصواب، وتوجيه الاستدلال لأصحاب القول الأول غير صحيح وبيان ذلك من عدة وجوه.

أولاً: إن الأحاديث التي رويت وصح إسنادها ليس فيها ما يدل على أنه لا يجوز لغير القرشي تولي منصب الخلافة، بل فيها دلالة على أن قریشاً لها الحق في ذلك، من جهة أولوية الفضل. فهذه الأحاديث التي رويت، من جعل ولاية الأمر لقریش، قد وردت بصيغة الإخبار، ولم يرد ولا حديث واحد بصيغة الأمر. وبذلك فإن الشرط للندب لا للوجوب⁽³⁾.

ثانياً: لو كان شرط النسب القرشي شرط انعقاد، لما قال النبي صلى الله عليه وسلم: «ما أقاموا الدين» لأن مفهوم - ما أقاموا الدين - أنهم إذا لم يقيموا الدين خرج الأمر عنهم⁽⁴⁾ وإذا خرج الأمر عنهم كان لغيرهم.

ثالثاً: أن الأصل في الخلافة أنها عقد أحد طرفيه المسلمون، وهذا العقد لا يتم إلا بالرضا والاختيار، فقد تختار الأمة وترضى بشخص لمنصب الخلافة غير قرشي، فتتم البيعة له، ولا اعتبار لقرشية الآخر. لأن البيعة هي حق الأمة في إمضاء عقد الخلافة، وهي الطريقة الشرعية الوحيدة لنصب رئيس الدولة، والنسب القرشي إذا كان شرط انعقاد

(1) ابن خلدون: المقدمة، ج 1، ص 219.

(2) ابن حجر: الفتح الباري، ج 16، ص 119.

(3) الخالدي: المرجع السابق، ص 304.

فمعنى ذلك أن تتنازل الأمة عن حقها في البيعة، وكذلك عن السلطان، وهذا بخلاف ما قررتَه القاعدة الثانية من قواعد نظام الحكم في الإسلام، وهي أن السلطان للأمة⁽¹⁾.
رابعا: إذا افترضنا أن النسب القرشي لا بد منه لانعقاد الخلافة، لكان من الواجب على الأمة حفظ سلسلة هذا النسب. ولكان الشرع قد بين ذلك ولكن الشرع لم يطلب حفظ نسب قريش، والمسلمون اليوم لا يعرفون نسب قريش بين الناس.
وحفظ نسب قريش إلى قيام الساعة أمر غير مقدور عليه. لذلك فإنه من شروط الأفضلية ولا يكون من شروط الانعقاد.

المجلة
عبد القادر للعطوم الإسلامية

المطلب الثالث: حق ولي الأمر في الطاعة.

طاعة الحاكم المجتهد فيما انتفذ من شرائع اجتهادية لازم إذا رأى مصلحة المسلمين تتحقق بما ارتأى من رأي، وما استنبط من اجتهاد، باعتبار أنه هو الذي «فوضت له السياسة العامة في الخلائق، وضبط معاهد المصالح، ودرء المفاسد وقمع الجناة، وقتل الطغاة، وتوطين العباد في البلاد إلى غير ذلك مما هو من هذا الجنس»⁽¹⁾.

الفرع الأول: مستند الطاعة.

وطاعة ولي الأمر تجد سندها الشرعي من كتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم.

البند الأول: من الكتاب:

حيث يقول الله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾⁽²⁾.

فمن المعلوم والمقرر عند الأصوليين أن الأمر يفيد الوجوب ما لم ترد قرينة تصرفه من الوجوب إلى الندب أو الإباحة⁽³⁾ وقد جاء الأمر في هذه الآية بطاعة الله وطاعة رسوله وطاعة أولياء الأمور كالخلفاء والأمراء والقادة والولاة والقضاة والوزراء. وكل من ولي أمرا من أمور المسلمين. ولم ترد قرينة تصرف الأمر إلى الندب أو الإباحة، بل جاءت النصوص تحرم الخروج على الأمراء والتمرد عليهم فأكدت هذه النصوص وجوب الطاعة لأولي الأمر⁽⁴⁾.

(1) القرافي: الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، تحقيق أبو بكر عبد الرزاق، المكتب الثقافي، القاهرة، ط1، 1989، ص55.

(2) سورة النساء: الآية 59.

(3) أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي: إحكام الفصول في أحكام الأصول، تحقيق: عبد الله محمد الجبوري، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1409هـ-1989م، ص79.

(4) أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي: إحكام الفصول في أحكام الأصول، تحقيق: عبد الله محمد الجبوري، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1409هـ-1989م، ص79.

البند الثاني: من السنة.

1- ما رواه البخاري عن أبي هريرة أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «من أطاعني فقد أطاع الله، ومن عصاني فقد عصى الله، ومن أطاع الأمير فقد أطاعني، ومن عصى الأمير، فقد عصاني»⁽¹⁾.

- ما رواه البخاري عن عبد الله بن عمر⁽²⁾ عن النبي صلى الله عليه وسلم: «السمع والطاعة على المرء المسلم فيما أحب وكره، ما لم يؤمر بمعصية، فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة»⁽³⁾.

- ما رواه البخاري عن عبادة بن الصامت⁽⁴⁾ قال: «بايعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم على السمع والطاعة في المنشط والمكروه وأن لا ننازع الأمر أهله، وأن نقوم أو نقول بالحق حيثما كنا لا نخاف في الله لومة لائم»⁽⁵⁾.

- ووجه الدلالة من هذه النصوص هو أنها أثبتت أن لولي الأمر سلطة شرعية في إصدار التشريعات الملزمة للأمة، وأن عليها طاعته، والتي اعتبرتها النصوص ضمن طاعة الله، ورسوله، وأن معصية ولي الأمر، وعدم الخضوع لما يصدر من قوانين، ولما يرى من اجتهادات للأمة هو معصية لله وللرسول، إذ بمقتضى خلافته للنبي صار صاحب استحقاق

(1) البخاري: كتاب الأحكام، باب السمع والطاعة للإمام ما لم تكن معصية. سبق تفريجه.

(2) عبد الله بن عمر: بن حفص بن عاصم العمري، المدني، أبو عبد الرحمن، كان محدثاً صالحاً. آية في العلم، غاية في العبادة، وجه الرشيد بالانكار والموعظة الغليظة ضعفه يحيى بن معين في رواية عبد الله بن أحمد عنه وقال في غيرها صالح ليس به بأس زعموا أنه أخذ كتب أخيه عبيد الله فرواها، وقد وثقه أحمد بن صالح المصري توفي سنة 171هـ.

- ابن عماد، شذرات الذهب، ج 1، ص 279.

(3) رواه البخاري: كتاب الأحكام، باب السمع والطاعة للإمام ما لم تكن معصية، صحيح البخاري وفتح الباري لابن حجر، المصدر السابق، ج 13، ص 121، 122، رقم الحديث 7144.

(4) عبادة بن الصامت: هو عبادة بن الصامت الخزرجي الأنصاري شهد بدرًا والمواقع بعدها كان أحد النقباء بالعقبة، وهو أول من ولى قضاء فلسطين ومن مناقه، اختلاعه من حلفه الذي كان يربطه من بني قينقاع إذ تبرأ إلى الله ورسوله من خلفهم، كما كان شديداً في الحق إذ أنكر على معاوية وهو خليفة أثناء كثيرة مات سنة 54هـ.

- ابن عبد البر: الاستيعاب، ج 2، ص 807-809.

- ابن حجر: الإصابة في تمييز الصحابة، ومعه الاستيعاب، دار الكتاب العربي، بيروت، ج 2، ص 360.

(5) رواه البخاري: كتاب الأحكام: باب كيف يبايع الإمام الناس، صحيح البخاري وفتح الباري: المصدر السابق، رقم الحديث

تصرف عام على المسلمين في شؤونهم السياسية والاقتصادية والاجتماعية والعسكرية، والتربوية... وغيرها⁽¹⁾.

فأوجبت الشريعة الإسلامية طاعة ولي الأمر ما لم يأمر بمعصية فإن أمر بها فلا طاعة لمخلوق في معصية الخالق فلا يصح نهيهم عن أمور به شرعا ولا أمرهم بمنهي عنه شرعا، ولا تجب طاعتهم في ذلك. بل تحرم.

الفرع الثاني: مدى وجوب طاعة ولي الأمر في المباح:

اختلف الفقهاء فيما إذا كان يجوز لولي الأمر بالأمر بالمباح أو النهي عنه وبالتالي هل يجب طاعة الناس لولي الأمر في ذلك أم لا؟.

* وقد ذهب بعض العلماء إلى أنه لا يجوز له ذلك ولا تجب طاعته لأنه ليس له أن يحل ما حرمه الله أو يحرم ما أحله الله.

* كما ذهب بعضهم إلى جواز ذلك وأنه تجب طاعته إذا كان في ذلك مصلحة عامة. وفي الحقيقة أنه ليس في الأمر بالمباح أو النهي عنه تحليل أو تحريم وكل ما في الأمر أن الحاكم إذا رأى وهو يجتهد لمصلحة المسلمين، أن في فعل مباح مصلحة عامة، فأمر به وأن في فعل معين مفسدة عامة فنهى عنه⁽²⁾.

ورد على الرأي الأول محمد سلام مذكور بقوله: «ويبدو أن القول الأول وهو عدم وجوب الطاعة في المباح بعد رعاية سائر الشروط قول فاسد لا دليل عليه، وهذا الاستدلال الذي أورده الألوسي غير سليم، ولا يستقيم، لأن طاعتهم في المباح لا تستلزم تحريم ما أحل الله، ولا تحليل ما حرم غاية ما في الأمر، أن هناك أمرا لا تأمر فيه الشريعة بشيء، ولكن الحاكم رأى فيه مصلحة فأمر به، أو رأى فيه مفسدة عامة على مقتضى ما يشترط في طاعته فنهى عنه لا على أنه تشريع بل على أنه توجيه للأمر الصالح والإزام به

(1) جدي عبد القادر: حرية ممارسة الحقوق السياسية في النظام الإسلامي، رسالة ماجستير، بإشراف أحمد بن محمد، معهد الشريعة، قسم الدراسات العليا، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 1993م، 1994م، ص59.

(2) محمود الألوسي: روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، قرأه وصححه: محمد حسين العرب، دار الفكر، بيروت،

حتى لا تفوت مصلحته، أو بالأمر الضار، ونهى عنه حتى لا تقع مفسدته هذا أمر لا معنى لوصفه بأنه تحليل لما حرم، ولا تحريم لما أحل»⁽¹⁾.

فمن حق ولي الأمر بصفته النائب عن عامة المسلمين، أن يراقب الأفراد في ممارساتهم لحقوقهم ومدى تقيدهم بأحكام الشرع، فإذا حدث انحراف في ممارسة هذه الحقوق عن الطريق المشروع، فإن على ولي الأمر، أن يتدخل عندئذ لكي يصحح هذا الانحراف وفقا للمبادئ والقواعد الشرعية⁽²⁾.

ففي تقييد المباح، يقول بعض كبار العلماء المحدثين الدريني: «وأن لولي الأمر في دائرة المباح، أن يوجب على الناس منه، ما تستوجب مصلحتهم العامة إيجابه عليهم، لدفع ضرر عنهم، وجلب منفعة لهم، وأن يحظر عليهم منه، ما تقتضي مصلحتهم العامة حظره عليهم، دفعا لضرره عنهم... وقد نص كثير من الفقهاء على أن للإمام أن يحرم⁽³⁾ (يمنع) بعض المباح إذا ما رأى أن فعله يترتب عليه ضرر بالمجتمع، وأن يوجب بعضه إذا ما اقتضت مصلحة عامة إيجابه عليهم»⁽⁴⁾.

(1) مذكور (محمد سلام): الحكم التخييري أو نظرية الإباحة عند الأصوليين، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1965، ص330.

(2) أحمد مصطفى عفيفي: الاحتكار وموقف الشريعة الإسلامية منه في إطار العلاقات الاقتصادية المعاصرة، مكتبة وهبة، القاهرة، ط1، 1424هـ-2003م، ص351.

(3) لا يقال يحرم، لأن التحليل والتحريم حق لله تعالى وحده، وإنما يقال إيقاف العمل بالمباح أو منعه فترة ما تقتضيه الظروف التي استوجبت ذلك، بالنظر إلى مال العمل، لا بالنظر إلى ذاته.

انظر: علي خفيف: الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية، دار النهضة العربية، بيروت، ط1990، ص110.

(4) فتح الباري، ج1، ص1408، ط1، 1987.

المبحث الثاني:

اختصاصات "ولي الأمر" وسلطته في تغيير الأحكام وضوابطها.

المطلب الأول: اختصاصات ولي الأمر:

حصر الماوردي اختصاصات الخليفة في عشر مسائل⁽¹⁾ لم يفرق فيها بين الاختصاصات الدينية والاختصاصات غير الدينية، ولكنه قد يكون من مصلحة التصنيف العلمي أن نميز بين الاختصاصات الدينية وغير الدينية.

وقد ذكرها ابن خلدون بصورة عامة فقال: «لما تبين أن حقيقة الخلافة نيابة عن صاحب الشرع في حفظ الدين وسياسة الدنيا»⁽²⁾.

فصاحب الشرع متصرف في الأمرين: أما في الدين فبمقتضى التكليف الشرعية التي هو مأمور بتبليغها وحمل الناس عليها، وأما سياسة الدنيا فبمقتضى رعاية لمصالحهم في العمران البشرى لأن هذا العمران ضروري للبشر، وأن رعاية مصالحه كذلك⁽³⁾.

الفرع الأول: الاختصاصات الدينية:

من واجبات ولي الأمر الدينية، القيام بحفظ الدين والمجاهدة في سبيل الله، وتولي القيام على شعائر الدين والسهر على جباية الفبيء والصدقات، ويتم تفصيل ذلك كما يلي:

1- حفظ الدين: ويجب عدم الخلط بين حفظ الدين، وبين الحجر على حرية المسلمين في العبادة وفي حرية الفكر⁽⁴⁾ ولهذا فإن الماوردي حين ذكر هذا الواجب، كأول واجبات الخليفة العشرة، حدده بقوله «حفظ الدين على أصوله المستقرة، وما أجمع عليه سلف الأمة، نجم مبتدع أو زاع ذو شبهة عنه، أوضح له الحجة، وبين له الصواب، وأخذ به بما يلزمه من الحقوق والحدود، ليكون الدين محروساً من خلل، والأمة ممنوعة من زلل»⁽⁵⁾.

(1) الماوردي: الأحكام السلطانية، المصدر السابق، ص18.

(2) ابن خلدون: المقدمة، المصدر السابق، ج1، ص215.

(3) عبد العظيم فودة: الحكم بما أنزل الله، دار البحوث العلمية، ط1، 1407هـ-1987م، ج1، ص145.

(4) محمد الطماوي: السلطات الثلاثة، المرجع السابق، ص396.

(5) المصدر السابق، الأحكام السلطانية، المصدر السابق، ص18.

وحفظ الدين مقصد ضروري فقد عده علماء المقاصد من الكليات الضرورية⁽¹⁾ ومن ثم فإن واجبات الخليفة في هذا المقام، كرئيس للدولة، تنحصر في نشر تعاليم أصول الدين، كما يحددها المجتهدون، وإقامة الحدود على من يخالفون أحكام الشريعة وفقا لقواعد الشرع الحنيف.

2- الجهاد في سبيل الله:

والجهاد المقصود في هذه الحالة هو القتال «من عاند الإسلام بعد الدعوة حتى يسلم أو يدخل في الذمة ليقام بحق الله تعالى في إظهاره على الدين كله»⁽²⁾. والجهاد بهذا المعنى هو فرض كفاية، أي يسقط عن المسلمين إذا قام به البعض، وذلك بعكس الحرب الدفاعية، إذا أغارت قوات الأعداء على المسلمين، فهنا يصبح فرض عين، يلتزم به كل قادر على القتال⁽³⁾ إذن واجب ولي الأمر ينحصر في أمرين: الأول: الدفاع عن كافة الأقطار الإسلامية إذا تعرضت لهجوم.

الثاني: الدعوة إلى الإسلام بطرق سلمية مع العمل على تطهير العقيدة من البدع وتوضيح ما يلصق بها من شبهات وضلالات⁽⁴⁾.

3- القيام على شعائر الدين: وأهم تلك الشعائر:

1- إقامة الصلاة: ولقد جرى التقليد في أول الأمر على أن يوم النبي p المسلمين في الصلاة، وتبعه في ذلك الخلفاء الراشدون، وكانت إمامة أبي بكر للمسلمين في الصلاة من الأسباب التي استند إليها الصحابة في إثارة بالخلافة، ولكن لما كثر المسلمون وتفرقوا تعدد الأئمة في الصلاة: ولهذا قسم الماوردي إمامة الصلاة ثلاثة أقسام:

- الصلوات الخمس: وهذه يتولاها من يعينه الخليفة لكل مسجد.

(1) الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د.ط.)، (د.ت)، ج2، ص08.

(2) الماوردي: الأحكام السلطانية، المرجع السابق، ص18.

(3) وإذا كان الجهاد - بمعنى الحرب الهجومية - قد لا يتفق مع السلام، وحرية العقيدة وهو ما يدعو إليه الإسلام، ولهذا فإن الفقهاء يقيدون شرعية الجهاد - كحرب هجومية - بالقيود التالية: 1- أن يستهدف غرضا دينيا لا الاستعمار بالمعنى الحالي 2- يجب أن يكون المسلمون قادرين على تحقيق الخندق 3- أنه فرض كفاية بالمعنى السابق 4- للخليفة أن يستبدل بالحرب إبرام معاهدات صلح. * عبد الرزاق أحمد السنهوري: فقه الخلافة وتطورها، مراجعة: توفيق محمد الشاوي، ترجمة نادية عبد الرزاق السنهوري، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1989، ص148-149.

(4) 11 - 150

- إمامة صلاة الجمعة: وفيها خلاف حول ضرورة حضور الخليفة أو نائبه.
 - إمامة الصلاة في غير تلك الحالات: ويجوز فيها ندب الإمام من قبل الخليفة⁽¹⁾.
 ومعنى ذلك كله أن دور ولي الأمر ينحصر في السهر على إقامة الصلاة في مواقيتها وتعمير المساجد ورعايتها، وأن يؤم المسلمين في الصلاة الجامعة إذا حضر وأن يعين للمساجد أئمتها الدائمين كمعاونة على استمرار الشعائر⁽²⁾.

2- الصيام: أما الصيام فلا يتدخل فيه "ولي الأمر" لأن الصيام مسألة ضمير بين المسلم وربه، ولكن يمكن أن يتدخل بواسطة القضاة الذين لهم حق تعزيز المسلمين الذين يجاهرون بالإفطار علنا، ولهم كذلك حق إعلان رؤية الهلال التي يبدأ بها شهر الصيام وينتهي بها طبقاً للأحكام الشرعية في هذا المجال⁽³⁾.

3- الحج: أما بالنسبة للحج، فإن واجب الخليفة ينحصر في العمل على تيسير أداء المسلمين لهذه الفريضة التي كانت عسيرة في أول الأمر نظراً لصعوبة المواصلات، وذلك عن طريق تعيين ولاية للإشراف على تدليل كافة الصعوبات التي تصادف الحجاج، وسيله إلى ذلك ينحصر في تعيين من يسهر على أداء هذا الواجب⁽⁴⁾.

والولاية على الحج كما يقول الماوردي: ضربان «أحدهما أن تكون على تسيير الحجاج، والثاني على إقامة الحجاج»⁽⁵⁾.

4- جباية الفبيء والصدقات: فالإسلام قد فرض في أموال الأغنياء، حقا معلوما للفقراء، وأهم مظاهره الزكاة، وبين الله مصارفها الثمانية في قوله سبحانه: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ...﴾⁽⁶⁾ والغنائم، بين الله مصارفها في قوله ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا

⁽¹⁾ الماوردي: الأحكام السلطانية، المصدر السابق، ص 127.

⁽²⁾ الطماوي، السلطات الثلاثة، المرجع السابق، ص 398.

⁽³⁾ عبد الرزاق السنهوري: فقه الخلافة وتطورها، المرجع السابق، ص 202.

⁽⁴⁾ الطماوي: السلطات الثلاث، المرجع السابق، ص 398.

⁽⁵⁾ الماوردي: الأحكام السلطانية، المرجع السابق، ص 137.

⁽⁶⁾ سورة التوبة: الآية 60.

غنتم من شيء فإن لله خمسة... ﴿١﴾ والفيء بين الله مصارفه في قوله: ﴿وما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله...﴾ ﴿٢﴾.

ومن أجل الحفاظ على كل هذا وجب على ولي الأمر أن يسهر على جباية الفيء والصدقات، على ما أوجبه الشرع نصاً واجتهاداً من غير جور ولا عسف⁽³⁾ وأن يتولى صرفها في مصارفها الشرعية.

إن استعراض الاختصاصات الدينية أكد لنا أن ولي الأمر ليس سوى سلطة تنفيذية، وليس له أي نفوذ أو سلطة روحية⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: الاختصاصات السياسية.

هذه الاختصاصات ينظمها كذلك الفقه الإسلامي ولكن الجزء الدنيوي من هذا الفقه يختلف اختلافاً جوهرياً عن الجزء الديني، إذ أن الجزء الديني أحكامه ثابتة غير قابلة للتعديل، لأن الدين الإسلامي اتخذ صورته النهائية بعد وفاة الرسول ﷺ أما الأحكام الدنيوية فإنها تتمتع بالمرونة الضرورية لأن موضوعها مسائل اجتماعية وسياسية في تطور مستمر⁽⁵⁾.

ويترتب على ذلك أن تتعدد اختصاصات ولي الأمر في شؤون الحكم من تشريعية، وتنفيذية، وقضائية، وتتناول ذلك كما يلي:

1- الاختصاصات التشريعية: إن الشريعة الإسلامية لم تأت بنصوص تفصيلية تبين

حكم كل الحالات الجزئية والفرعية، وإنما اكتفت الشريعة في أغلب الأحوال بإيراد الأحكام الكلية والمبادئ العامة. ولم يكن لولاية الأمر إلا أن يحكموا فيما جد من أمر من أمور لم يكن فيها إلا قواعد عامة كلية لكن هذا الحق مقيد بأن يكون ما يصنعونه من تشريعات - في هذا المجال - متفقاً مع نصوص الشريعة ومبادئها ومقاصدها العامة، وتقييد حقهم في التشريع على هذا الوجه يجعل حقهم مقصوراً على نوعين من التشريع.

(1) سورة الأنفال: الآية 41.

(2) سورة الحشر: الآية 07.

(3) الماوردي: الأحكام السلطانية، المرجع السابق، ص18.

(4) السنهوري: فقه الخلافة وتطورها، المرجع السابق، ص202.

(5) السنهوري: فقه الخلافة وتطورها، المرجع السابق، ص203.

* تشريعات تنفيذية: ويقصد بها ضمان تنفيذ نصوص الشريعة وهذه التشريعات بمثابة النتائج والقرارات التنفيذية. ويمارس ولي الأمر وحده - أو من ينوب عنه بتفويض منه - سلطة إصدار التشريعات التنفيذية، لأنها تعتبر من أعمال التنفيذ الحقيقية، وإن كانت في شكلها تشريعا.

* تشريعات تنظيمية: ويقصد بها تنظيم الجماعة وحماتها وسد حاجاتها على أساس مبادئ الشريعة الإسلامية، وهذه التشريعات لا تكون إلا فيما سكتت عنه الشريعة فلم تأت فيه بنصوص خاصة.

والتشريعات التنظيمية هي بمثابة القوانين التي تصدرها المجالس التشريعية في الدولة الحديثة⁽¹⁾.

2- الاختصاصات القضائية:

يتولى الخليفة السلطة القضائية في الدولة الإسلامية وهو الذي يختار القضاة، أي يوليهم بصفته نائبا عن الأمة، وله الإشراف عليهم وعزلهم بهذه الصفة، ولا يعتبر القضاة بمجرد تعيينهم نوابا عن الخليفة وإنما يعتبرون نوابا عن الأمة⁽²⁾.

وفي تعيين الموظفين يقول الماوردي على أن لولي الأمر «استكفاء الأمناء وتقليد النصحاء فيما يفوض إليهم من الأعمال ويكله إليهم من الأموال لتكون الأعمال بالكفاءة مضبوطة والأموال بالأمناء محفوظة»⁽³⁾.

والحكم بين الناس يكون في الحدود والحقوق حدود الله وحقوق الله وحقوق الناس⁽⁴⁾.

(1) يحيى السيد الصباحي: النظام الرئاسي الأمريكي والخلافة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1413هـ-1993م، ص447-448.

(2) يحيى السيد الصباحي: المرجع السابق، ص451.

(3) الماوردي: الأحكام السلطانية، المرجع السابق، ص18.

(4) ابن تيمية: السياسة الشرعية، المرجع السابق، ص06.

3- الاختصاصات التنفيذية:

ولي الأمر هو رئيس الدولة الإسلامية، وصاحب السلطة التنفيذية، الذي يقوم عليها ويختص بها وحده، فمن واجبه القيام بكل الأعمال التنفيذية لحفظ الدين وإدارة شؤون الدولة في حدود الإسلام ويدخل في هذا النطاق اختصاصات متعددة أهمها:

1- الإشراف على إقامة العدل بين الناس وقد ذكرها الماوردي تحت بندين الثاني والرابع على النحو التالي:

* «تنفيذ الأحكام بين المتشاجرين وقطع الخصام بين المتنازعين حتى تعم النصفة» «فلا يتعدى ظالم ولا يضعف مظلوم».

* «إقامة الحدود لتصان محارم الله تعالى عن الانتهاك وتحفظ حقوق عباده من إتلاف واستهلاك»⁽¹⁾.

2- المحافظة على الأمن والنظام العام في الداخل والخارج.

ويصور الماوردي هذا الواجب بقوله أن الخليفة يلتزم «بجمالية البيضة، والذب عن الحرم ليتصرف الناس في المعاش وينتشروا في الأسفار آمنين عن تعزيز بنفس أو مال»⁽²⁾.

3- الدفاع عن الدولة في مواجهة الأعداء الخارجين، وذلك عن طريق «تحصين الثغور بالعدة المانعة، والقوة الدافعة حتى لا تظهر الأعداء بعزة يتمسكون فيها محرماً أو يفسكون فيها لمسلم أو معاهد دماً».

4- الإدارة المالية في الدولة: وذلك عن طريق تقدير «العطايا وما يستحق في بيت المال من غير سرف ولا تقتير، ودفعه في وقت لا تقدم فيه ولا تأخير».

5- وضع السياسة العامة للدولة، وفقاً لاحتياجاتها وتنفيذها ويعبر الماوردي عن ذلك بقوله «أن يباشر بنفسه مشاركة الأمور وتصفح الأحوال، لينهض بسياسة الأمة وحراسة الملة، ولا يعدل على التفويض تشاغلاً بلذة أو عبادة، فقد يخون الأمين ويغش الناصح...»⁽³⁾.

(1) الماوردي: الأحكام السلطانية، المرجع السابق، ص 18.

(2) المرجع نفسه.

(3) المرجع نفسه.

هذه هي اختصاصات ولي الأمر التنفيذية، فله أن يتخذ ما يراه ملائماً من الإجراءات التي تكفل سعادة الأمة الإسلامية بشرطين:

- 1- ألا يخالف نصاً صريحاً ورد في القرآن والسنة أو الإجماع.
- 2- أن تكون إجراءات الخليفة متفقة مع روح الشريعة ومقاصدها⁽¹⁾.

مفتحة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

(1) الطماوي: السلطات الثلاثة، المرجع السابق، ص400.

- يحي السيد الصباحي: المرجع السابق، ص456.

- السنهوري: فقه الخلافة وتطورها، المرجع السابق، ص204-212.

المطلب الثاني: سلطة ولي الأمر في تغيير الأحكام.

الفرع الأول: عوامل التغيير.

الواقع أن نقل بعض الأحكام إلى بعض أمر معروف في الشريعة الإسلامية. بالنسبة للأحكام الظنية تبعاً لتغيير العلة أو الأزمنة أو الأمكنة ومسيرة لأعراف الناس ومصالحهم، وهذا النقل يكون ممن له قدرة التصرف في الأحكام الظنية وربطها بمصالح الناس. وهذا ينبغي على أدلة وأمارات نصبها الشارع.

هذا وقد ميز الله الحاكم بأن له سلطة الإشراف على شؤون الناس وربطها بمصالحهم، وقد يقتضي ذلك تغييره بعض الأحكام بحسب ما يرتبط بالأفعال من المصالح الطارئة أو المقامة المتجددة، كما يشير إليه الأثر القائل «تحدث للناس أفضية بحسب ما يحدثون من الفجور»⁽¹⁾.

يقول ابن عابدين: «كثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله أو لحدوث ضرورة، أو فساد أهل الزمان بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه لزم منه المشقة والضرر بالناس وخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف ورفع الضرر والفساد لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن إحكام»⁽²⁾.

هذا وإن كان لولي الأمر سلطة التصرف في الأحكام على ما أجملناه فإننا نشير هنا إلى أن تصرفه في الأحكام يدور بين الأنواع الثلاثة التي يعقل أن يكون له تصرف فيها وهي الواجب والحرام، والمباح وليس من المعقول أن ينظر ولي الأمر في التغيير إلى المندوب أو المكروه كما يظهر بأدنى تأمل⁽³⁾.

قال القرافي: «إن حكم الحاكم وإن كان حكماً لله تعالى فإنه لا يتصور فيه الأحكام الخمسة، فإن مقصوده إنما هو سد باب الخصومات ودرء الظلمات بل يتصور فيه ما يكون سبباً وهو الوجوب والتحريم والإباحة»⁽⁴⁾.

(1) محمد سلام مذكور: المرجع السابق، ص 335.

(2) ابن عابدين: مجموعة رسائل ابن عابدين، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ط.) (د.ت.)، ج 02، ص 123.

(3) محمد سلام مذكور: المرجع السابق، ص 337.

(4) القرافي: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، مرجع سابق، ص 34.

وجملة الأمر أن وظيفة الحاكم في حكمه خليفة، أو واليا أو قاضيا أن يكلف بفعل شيء، أو تركه أو برفع التكليف به مسaire لحاجات الناس ومصالحهم من غير مصادمة لقاعدة من قواعد الشريعة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: مدى أهلية "ولي الأمر" في تغيير الأحكام.

ليس لمسلم كائنا من كان أن يغير حكم الشرع على معنى الإتيان بتشريع ليس من تشريع الله ورسوله. وكل ما هنالك أن هناك أحكاما ظنية لم يرد فيها نص قطعي ولا إجماع ليصل إليها المجتهد بالقرائن والأمارات التي عينها الشارع. وأن هذه الأحكام قابلة للتغيير والتبديل خاضعة لظروف البيئات والأزمنة والأمكنة والأعراف وغيرها.

والواقع أن الوالي بالنسبة لهذه الأحكام لا يختلف عن غيره من سائر الناس بأكثر مما له من وصف السيطرة والتنفيذ، وإذن فإنه إما أن يكون مجتهدا أو غير مجتهد، وهذا إما أن يرجع إلى المجتهدين ويأخذ عنهم الأحكام الاجتهادية أم لا.

* فإن كان مجتهدا أو المجتهد مرجعا له في تلك الأحكام، فإن من حقه أن ينظر في تغيير الأحكام على وفق المصالح والمفاسد من غير أن يصطدم مع قاعدة عامة ولا نص قطعي ولا إجماع.

وهذا التغيير له قدر مشترك بينه وبين غيره من المجتهدين، إلا أن لتغيير الحاكم صفة أقوى من تغيير المجتهد الذي لا يعدو بوصف الاجتهاد وحده أن يكون مفتيا أو معلما، وأما وصف الإمارة فإنه يعطي تأكيد الحكم ووجوب الأخذ به لجهتين:

- 1- جهة العلم والمعرفة
- 2- وجهة الحكم والإمارة⁽²⁾.

ولهذا يقول الآمدي «اتفقوا على أن حكم الحاكم لا يجوز نقضه في المسائل الاجتهادية لمصلحة الحكم... إلا إذا كان مخالفا للدليل قاطع»⁽³⁾.

(1) وهذا ما يسمى في تعبيرات علماء السياسة الشرعية، والسياسة الشرعية في حقيقة الأمر هو تدخل ولاة الأمور في التشريع الإسلامي استهدافا لتحقيق مصالح العباد وإن خالفوا في ذلك أقوال الفقهاء المتبوعين وبالتالي فالسياسة الشرعية كمفهوم وتجربة وممارسة تربط بين السياسة (القيام على الأمر بما يصلحه) وبين الشريعة (تطبيق أحكام الشرع فيما ورد فيه نص، ومراعاة مطلق المصلحة فيما ليس فيه نص). * محي الدين محمد قاسم: السياسة الشرعية ومفهوم السياسة الحديثة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط 1 (1417هـ-1997م)، ص 70.

(2) محمد سلام مذكور: المرجع السابق، ص 339-341.

(3) الآمدي: الإحكام في أصول الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (1403هـ-1983م)، ج 4، ص 273.

* وأما إذا لم يكن ولي الأمر مجتهدا، ولا آخذا من مجتهد فيما يراه من التغيير والتبديل في الأحكام حتى الظنية فليس ذلك من حقه لأنه مخالفة لحكم الله وليس بتغيير معتبر في الفقه والشريعة. إذ أساس التغيير المعتبر هو الاجتهاد من أهله، وإذا أقدم الحاكم على هذه المخالفة ودعا الناس إلى اعتبارها تشريعا فليس على أحد بل ليس لأحد أن يأخذ بما رآه ولا يلتفت إليه في هذا إلا أن يأمر ظلما بالأخذ بما قاله فيرجع الأمر إلى طاعة الحاكم⁽¹⁾ وفي هذا يقول القرافي "وإذا أمر الحاكم بمعروف ونهوا عن منكر... فلمن لا يعتقد ذلك أن لا يفعل مثل فعلهم إلا أن يدعوه الإمام للإنكار، وتكون مخالفته شقاقا فتجب الطاعة لذلك..."⁽²⁾.

عبد القادر للعطوم الإسلامية

(1) محمد سلام مذكور: المرجع السابق، ص 341-342.

(2) القرافي: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، مرجع سابق، ص 92.

المطلب الثالث: الضوابط الشرعية التي يستند إليها ولي الأمر.

إن الشريعة الإسلامية أعطت ولاية الأمور سلطة واسعة في التصرف في شؤون الرعية، لكن هذه السلطة ليست مطلقة بل هي مقيدة بأحكام الشريعة الإسلامية، ومن ذلك وجب علينا بيان حدود هذه السلطة وضوابطها ومن ذلك سيكون تقسيم المطلب إلى فرعين.

الفرع الأول: عدم المخالفة للنص أو قاعدة من القواعد الشرعية.

يصرح القرآن نفسه بوجود التمسك بأحكامه وتطبيق أوامره ونواهيه كقوله تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتَنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ﴾⁽¹⁾.

- وقوله تعالى: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ﴾⁽²⁾.

- وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾⁽³⁾.

- وقوله أيضاً: ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾⁽⁴⁾.

ومن ذلك ما روي عن معاذ⁽⁵⁾ أن رسول الله لما بعثه إلى اليمن قال: «كيف تصنع إن عرض لك قضاء؟» قال «أقضي بما في كتاب الله قال «قال فإن لم يكن في كتاب الله» قال «فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم» قال «فإن لم يكن في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم؟» قال «أجتهد رأيي ولا آلوأ» فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدري ثم قال: «الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله صلى الله عليه وسلم»⁽⁶⁾.

(1) سورة المائدة: الآية 49.

(2) سورة النساء: الآية 105.

(3) سورة النساء: الآية 59.

(4) سورة المائدة: الآية 44.

(5) معاذ: هو معاذ بن جبل بن عمرو بن أموس بن عائذ بن عدي بن كعب بن عمر أو ابن أذي بن سعد وقال فيه الرسول صلى الله عليه وسلم "أعلم أمتي بالحلال والحرام معاذ بن جبل، شهد العقبة مع السبعين من الأنصار ولما أسلم كسر أصنام بني سلمة، وبه وهو ابن ثلاث وثلاثين سنة. * ابن سعد: الطبقات الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1 (1410هـ-1990م) ج 3، ص 437-443.

(6) رواه أبو داود: سليمان بن الأشعث بن إسحاق: سنن أبي داود، كتاب الأفضية، باب اجتهاد الرأي في القضاء، مكتبة الليالي الخليلي، مصر، ط 1، 1371هـ-1952م، ج 2، ص 272.

- فقد أقر النبي صلى الله عليه وسلم منهج معاذ في القضاء، وهو أن لا يعدل عن الكتاب والسنة أي النصوص الشرعية.

لذلك فإن ولي الأمر مقيد في سنه للقوانين، وتغييره للأحكام بما لا يختلف مع التشريع الإسلامي. وفي هذا يقول القراني: «إذا كان حكم الحاكم مخالفا للإجماع، والقواعد والقياس الجلي، والنص فإنه ينقض»⁽¹⁾.

إذن فالأحكام التي لا يجوز فيها الاجتهاد هي:

1- الأحكام التي أصبحت معلومة من الدين بالضرورة كوجوب الصلاة من العبادات وعدد الركعات ومناسك الحج والمقدرات كإطعام ستين مسكينا، وحد الزنا بمائة جلدة من الكفارات والحدود وفرائض الإرث والقواعد العامة والأحكام الكلية وكل ما ثبت من الدين بالضرورة⁽²⁾.

2- الأحكام التي فيها نص قطعي.

3- الأحكام التي أجمع العلماء عليها⁽³⁾.

وأما مجال الاجتهاد ففي ما يلي:

1- الحوادث والوقائع التي لم يرد فيها نص ولا إجماع. وذلك يكون بالبحث عن معرفة الحكم إما بطريق القياس، أو المصلحة المرسلة أو العرف أو الاستصحاب أو غيرها من الأدلة.

2- الوقائع التي ورد بحكمها نص ظني الثبوت قطعي الدلالة. ويكون مجال الاجتهاد فيه بالبحث في سند ذلك الدليل وطريق وصوله إلينا ودرجة رواته من العدالة والضبط وغيرها.

-رواه الترمذي، كتاب الأحكام: باب ما جاء في القاضي كيف يقضي: الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي: دار احياء التراث العربي، بيروت (1415هـ-1995) حديث رقم 1331، ج3، ص616.

-قال الترمذي: هذا حديث لا نعرفه إلا هذا الوجه وليس إسناده عندي بمتمصل.

(1) القراني: الإحكام في مميزات الفتاوى من الأحكام، المصدر السابق، ص73.

(2) فتحي الدريني: المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1418-1997م، ص41-42.

(3) أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة، دار الفكر العربي، (د.ط)، (د.ت)، ج4، ص156. وضع تراجمه: الأستاذ محمد عبد الله دراز.

3- الأحكام التي ورد فيها دليل ظني الدلالة. ويكون ذلك بالبحث في معرفة المعنى المراد من الدليل. إذ قد يكون عاما وقد يكون مطلقا وقد يكون بصيغة الأمر أو النهي. ودلالته على المعنى قد تكون إما بطريق العبارة أو بالإشارة أو غير ذلك، فيحتاج إلى الاجتهاد لمعرفة أن العام باق على عمومه وأن المراد به البعض، أو أن المطلق باق على إطلاقه أو هو مقيد، وأن الأمر مراد به الوجوب أو هو مصروف إلى غيره أو الإباحة، وأن النهي المراد به التحريم أو هو مصروف إلى غيره كالكرامة... إلخ⁽¹⁾.

الفرع الثاني: تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة:

البند الأول: مراعاة الحاكم لمصلحة الرعية.

إن الشريعة الإسلامية مبنية على مصالح العباد⁽²⁾ وكل المذاهب الفقهية تقر هذا الأصل وولي الأمر ونوابه إنما تولوا مسؤولياتهم لتحقيق الخير للرعية، والسهر على رعاية مصالحها، ودفع المضار عنها، ومنصب الإمامة كما هو معلوم مسؤولية ثقيلة وعظيمة في الدنيا فهو مسؤول أمام الأمة وفي الآخرة فهو مسؤول أمام الله تعالى⁽³⁾.

ومن هنا جاءت نصوص كثيرة تحذر من التهاون في أداء المسؤولية وعدم النصح للرعية. حيث يقول الرسول صلى الله عليه وسلم «ما من عبد يسترعيه الله رعية يموت يوم يموت وهو غاش لرعيته إلا حرم الله عليه الجنة»⁽⁴⁾.

- كما تبشر نصوص أخرى بمن أحسن القيام بما يقول الرسول صلى الله عليه وسلم «سبعة يظلمهم الله يوم القيامة يوم لا ظل إلا ظله إمام عادل»⁽⁵⁾.

(1) إسماعيل كوكسال: تغيير الأحكام في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1421هـ-2000م، ص267-269.

(2) العزيز بن عبد السلام: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار المعرفة، بيروت، لبنان، (د.ط)، (د.ت)، ج1، ص09.

(3) كمال لدرع: ضوابط حرية التصرف في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، بإشراف محمد الأخضر مالكي، قسم الفقه وأصوله، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر، فسنطينة، 2002-2003م، ص273.

(4) أخرجه البخاري: كتاب الأحكام، باب من استرعى رعية فلم ينصح، صحيح البخاري والفتح الباري، رقم الحديث 7151، ج13، ص127.

(5) أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب الإمارة (33) باب فضيلة الإمام العادل وعقوبة الجائر، الحث على الرفق بالرعية والنهي عن إدخال

المشقة عليهم (05) رقم الحديث 142، ج3، ص1460.

(6) أخرجه البخاري: كتاب الأذان، باب من جلس في المسجد ينتظر الصلاة وفضل المساجد، صحيح البخاري والفتح الباري، رقم

الحديث 660 ج2، ص143.

- أخرجه مسلم: في صحيحه: كتاب الزكاة (12) باب فضل إخفاء الصدقة 30، حديث رقم 1031 ج2، ص715.

فتصرفات الحاكم محكومة برعاية مصلحة رعيته العامة دون مصلحته الخاصة، أو مصلحة قرابته أو عشيرته وقد وضع العلماء قاعدة فقهية في هذا الشأن وهي قولهم: "التصرف على الرعية منوط بالمصلحة"⁽¹⁾.

ويقول مصطفى الزرقاء: "فكل عمل أو تصرف من الولاية على خلاف هذه المصلحة مما يقصد به استئثار أو استبداد أو يؤدي إلى ضرر أو فساد هو غير جائز"⁽²⁾.
ومما يترتب على وجوب تصرف الخليفة بمقتضى المصلحة، أنه يجب عليه الاجتهاد في تحصيلها، معناه أنه يجب عليه بذل الجهد فيما هو الأصلح للمسلمين، فإذا تعين له الأصلح وجب عليه، ولا يجوز العدول عنه إلى غيره، فهو ينتقل من واجب إلى واجب والواجب دائما عليه في جميع أحواله، قبل الاجتهاد يجب عليه الاجتهاد، وحال الاجتهاد هو ساع أداء الواجب، ففعله حينئذ واجب وبعد الاجتهاد يجب عليه فعل ما أدى إليه اجتهاده"⁽³⁾.

البند الثاني: حدود قيد المصلحة:

يملك ولي الأمر سلطة تقديرية في تدبير مصالح المسلمين وإدارة أمور الدولة، والسلطة التقديرية كما هو معلوم هي: "مظنة التعسف والانحراف بها عن الحق والعدل، ومخافة مقصد الشارع في استعمالها" إذ ليس هناك حدود واضحة مسبقة في ضبط تصرفات صاحب هذه السلطة بل هناك مجال واسع للاجتهاد في تقدير المصالح والاجتهاد أمر نسبي يخضع لموازين ومعطيات متغيرة حسب الظروف الزمانية والبيئية فضلا عن اختلاف المدارك الإنسانية، غير أن هذه النسبية لا تخلوا من معالم ترسم حدودها بل هي خاضعة لضوابط عامة تبين حدود المصلحة التي يجب على ولي الأمر أن يلتزمها ويتقيد بها في تشريعاته"⁽⁴⁾.

وقد وضع الطاهر ابن عاشور ضابط المصلحة فجعله أحد أمور خمسة:

1- أن يكون النفع والضرر محققا مطردا.

(1) جلال الدين السيوطي: الأشباه والنظائر في قواعد فقه الشافعية، مرجع سابق، ص121.

(2) مصطفى أحمد الزرقاء: المدخل الفقهي العام، دار الفكر، مطبعة طربين، دمشق، ط10 (1387هـ-1968م)، ج2، ص1050.

(3) القرائي: الفروق، عالم الكتب، بيروت، ج3، ص18 (بتصرف).

(4) فتحي الدربيني: الحق ومدى سلطان الدولة في تقيده، ونظرية التعسف في استعمال الحق، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع،

بيروت، (د.ط) (د.ت) ص106.

- 2- أن يكون النفع والضرر غالبا واضحا.
- 3- أن لا يمكن الاجتراء عنه بغيره في تحصيل الصلاح ومنع حصول الفساد.
- 4- أن يكون أحد الأمرين من النفع أو الضرر مع كونه مساويا لضده معضودا بمرجع من جنسه.
- 5- أن يكون أحدهما منضبطا محققا والآخر مضطربا⁽¹⁾.
ونظرا لأن تحديد المصلحة - على الرغم من هذه الضوابط - يخضع للاجتهاد والاعتبارات أخرى فإن العمل بها في تشريعات ولي الأمر يخضع للشروط التالية:
أولاً: أن يقوم بتقدير المصلحة أهل الخبرة والتخصص العلمي الدقيق في كل شأن من شؤون الدولة⁽²⁾.
ثانياً: أن يؤخذ بعين الاعتبار تقدير الظروف الملائسة للوقائع أو للأمة أو للدولة بوجه عام، السياسية منها، والاقتصادية والاجتماعية والعسكرية.
ثالثاً: وجوب النظر في المآل المتوقع من التطبيق كيلا تكون النتائج مجافية لمصالح الدولة الحقيقية وللمسلمين عامة⁽³⁾.
رابعاً: ألا يقتصر على تحقيق مطلق المصلحة، بل يجب أن يتحرى فيه ما هو أصلح للأمة وللدولة⁽⁴⁾ لأن في ترك الأصلح تقصيرا في القيام بحقوق الولاية.
خامساً: ألا يترتب على جلب المصلحة المرجوة في التشريع تضييع لمصلحة مساوية لها أو أرجح منها، أو حصول مفسدة توازيها أو تربو عنها، لأن ذلك مناقض لمقتضى النظر والاجتهاد الذي يطالب به ولي الأمر تجاه حقوق المسلمين ومصالح الإسلام⁽⁵⁾.

(1) طاهر ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، نشر الشركة التونسية للتوزيع، طبع بمصنع الكتاب للشركة التونسية، ط1، 1978، ص67، 69.

(2) الدريني: خصائص التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص91.

(3) المرجع نفسه، ص92.

(4) القرائي: الفروق، مرجع سابق، ج4، ص39.

- العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام، المرجع السابق، ج1، ص05.

(5)- ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص76.

- العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، المصدر السابق، ج1، ص06.

فإذا تعارضت المصالح يتخذ في ذلك وسائل الترجيح المعتمدة في الشريعة كتقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة والقطعية على الظنية، والضرورة على الحاجة... إلخ، فإذا تساوت المصالح المراد تحقيقها مع المصالح التي تضيع بسببها، فإن الفقهاء يرون التخيير بينهما من غير مرجح، بشرط أن تتساويا من كل وجه¹.

وفي خلاصة القول يتبين لنا أن ولي الأمر هو الشخص الذي يختار لتولي أمر المسلمين كافة، ويكون المسؤول عنهم. وأن الشريعة الإسلامية أعطت ولاية الأمر سلطة واسعة في التصرف في شؤون الرعية، لكن هذه السلطة، قيدت بضوابط هي عدم مخالفة نص أو قاعدة شرعية وأن يتصرف ولي الأمر على رعيته بمقتضى ما تدعوا إليه المصلحة.

¹ ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص76 وما بعدها.

الفصل الثاني:

أهلية الطلاق وأهلية المطلق

المبحث الأول: مفهوم الطلاق وبيان حكمه والعصمة منه.

المبحث الثاني: أهلية المطلق وموارضها.

إن فشل الزوجين في حياتهما الزوجية وعدم استقرارهما يترتب عليه أحد أمرين هما: استمرار الحياة الزوجية بينهما مع وجود النكر وسوء المعاشرة والشقاق والتزاع، أو الافتراق بالطلاق، حيث يذهب كل منهما في سبيله، ولاشك في أن استمرار الحياة الزوجية مع سوء المعاشرة ليس بالحل الحكيم خلافا لما يتوهمه بعض الناس زعما منهم أنه أهون من الطلاق، بل العكس هو الصحيح، لأن الله عزوجل حرم تعذيب الإنسان لنفسه أو لغيره، بأي نوع من أنواع العذاب، ولا ريب أن في سوء العشرة تعذيب للطرف الآخر، والله عزوجل بين حقيقة وأهمية الطلاق عند استحالة الحياة الزوجية بقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِنْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾⁽¹⁾.

فالإسلام عندما أباح الطلاق جعله آخر العلاج عند تعذر عودة الحياة بين الزوجين إلى الاستقرار الأسري.

ولمعرفة مفهوم الطلاق والحكمة التشريعية منه، وأهلية من يصدر منه الطلاق ألا وهو المطلق، قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في الأول منهما ماهية الطلاق، ونتعرض في الثاني منهما إلى أهلية المطلق وعوارض هذه الأهلية.

(1) سورة البقرة: الآية 229.

المبحث الأول: مفهوم الطلاق وبيان حكمه والحكمة منه.

وسندرس هذا المبحث في ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: تعريف الطلاق.

البند الأول: تعريف الطلاق لغة واصطلاحاً:

الطلاق بفتح الطاء، التخليه وإزالة القيد وإزالة عقد النكاح⁽¹⁾.

يقال: طلق طلاقاً: تحرر من قيده، وطلقت المرأة من زوجها طلاقاً أي تحللت من قيد الزواج وخرجت من عصمته.

وأطلق الشيء أي حله وحرره، وأطلق الأسير أي حرره. وأطلق له العنان أي أرسله فتركه، وأطلق المرأة، أي حررها من قيد الزواج. وأطلق التصرف أي أباحه⁽²⁾.

والطلاق يعني التخليق. وامرأة طالق أي محررة من قيد الزواج.

البند الثاني: تعريف الطلاق في الاصطلاح الشرعي:

وردت عدة تعاريف للطلاق وستعرض إليها وفق تعاريف علماء المذاهب الفقهية

المشهورة على النحو الآتي:

أولاً: تعريف الحنفية: الطلاق في الشريعة رفع الحل الذي به صارت المرأة حلالاً للنكاح⁽³⁾.

وقالوا في تعريفه: الطلاق شرعاً: رفع قيد النكاح حالاً أو مآلاً بلفظ مخصوص⁽⁴⁾.

ثانياً: تعريف المالكية: الطلاق حل العصمة المنعقدة بين الزوجين⁽⁵⁾.

وقالوا أيضاً: الطلاق صفة حكيمة ترفع حل منفعة الزوج بزوجه⁽⁶⁾.

ثالثاً: تعريف الشافعية: الطلاق شرعاً: حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه⁽⁷⁾.

رابعاً: تعريف الحنابلة: الطلاق شرعاً: حل قيد النكاح⁽⁸⁾.

(1) - محمد رواس قلعة حبي، حامد صادق قنبي: معجم لغة الفقهاء، دار الفانيس بيروت، ط2، 1408هـ - 1988م، ص 291-

292.

(2) - إبراهيم أنيس، المعجم الوسيط، ج2، ص 563.

(3) - شمس الدين السرخسي: المبسوط: دار المعرفة بيروت، 1989، ج6، ص 02.

(4) - الهمام مولانا الشيخ نظام: الفتاوى الهندية، دار صادر، بيروت، 1411هـ - 1991م، ج1، ص 348.

(5) - ابن رشد (الجد)، مقدمات، دار صادر - بيروت، ط1، ج2، ص 382.

(6) - الخطاب: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، ط3، (1412هـ - 1992م)، ج04، ص 18.

(7) - محمد الخطيب الشربيني: معني المحتاج، دار الفكر، ج3، ص 279.

(8) - موفق الدين ابن قدامة: المعني: دار الكتاب العربي: بيروت، ط (1403هـ - 1983م)، ج8، ص 233.

وقالوا أيضا: في تعريفه: أنه: حل قيد النكاح أو بعضه إذا طلقها طليقة رجعية⁽¹⁾.
التعريف المختار:

يمكن أن نعرف الطلاق، ونجعله هو التعريف المختار، فنقول: الطلاق شرعا: إنهاء عقد الزواج الصحيح في الحال أو في المآل بالصيغة الدالة عليه، أو نقول: الطلاق حل الرابطة الزوجية الصحيحة في الحال أو في المآل بالصيغة الدالة على ذلك⁽²⁾.

الفرع الثالث: تعريف الطلاق في الاصطلاح القانوني.

ورد الطلاق في قانون الأسرة الجزائري في المادة 47 التي تنص على أنه: « تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة»⁽³⁾.

كما نجد المشرع الجزائري كان متذبذبا بين التطرق للتعريف وعض النظر عنه ففي الوقت الذي أُلّف ترك التعاريف القانونية للفقهاء للخوض فيها لم يجسد ذلك في المادة 48 إذ نص صراحة على أن « الطلاق حل عقد الزواج.....»⁽⁴⁾.

ثم بين بعدها الصور التي يكون عليها الطلاق من إرادة منفردة أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما أورده المادتان 53 و 54 من نفس القانون.

غير أن التعديل الصادر في 27 فبراير 2005 وفي نفس المادة تراجع المشرع الجزائري عما قام به في السابق وعن تبني تعريف قانوني للطلاق واكتفى بالقول: « مع مراعاة أحكام المادة 49 أداناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون»⁽⁵⁾.

والأمر هنا فيه اختلاف لأن المادة 48 المعدلة لم تعط الكنه الحقيقي للطلاق وإنما أكدت إحدى حالات انحلال الرابطة الزوجية وهو الطلاق، ولم تتطرق حقيقة إلى تعريفه، وفي ذلك محاولة من المشرع الجزائري للتملص من أي التزام يقع عليه لتبنيه لإحدى

(1) - البهوتي: منصور بن يونس بن إدريس: كشاف القناع عن من الإقناع تحقيق إبراهيم أحمد عبد الحميد، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية (الرياض)، طبعة خاصة، 1423هـ - 2003م، 4م، ج 8، ص 2589.

(2) - عبد الكريم زبدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم في الشريعة الإسلامية. مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ط2، 1420هـ - 2000م، ج 7، ص 347.

(3) - الأمر رقم 84-11 المؤرخ في رمضان 1404هـ الموافق 9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري .

(4) - الأمر نفسه.

(5) - الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فيفري 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 84-11. المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

التعاريف القائل بما الفقه وترك ذلك لهذا الأخير على غرار مسائل فقهية أخرى ضمنها في المادة 222 عندما نص على أنه، «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية»⁽¹⁾.⁽²⁾

أما بالنسبة للدول العربية الأخرى فمنها من نصت على تعريف الطلاق في مادة من موادها القانونية كما هو الحال بالنسبة. للتشريع التونسي والتشريع المغربي. في حين نجد أن التشريع السوري والأردني واللبناني تطرقوا إلى أحكام الطلاق دون التعرض إلى تعريف له.

إذ نصت المادة 78 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: «الطلاق حل ميثاق الزوجية بممارسة الزوج والزوجة، كل حسب شروطه تحت مراقبة القضاء، وطبقا لأحكام هذه المدونة»⁽³⁾. والملاحظة لنص المادة يجد أن المشرع عرف الطلاق بأنه حل ميثاق الزوجية ثم بين من يمارسه وهو الزوج والزوجة.

والمعروف في الشريعة الإسلامية أن الزوجة لا تمارس الطلاق، بل تطلب التطليق إذا أثبتت الضرر أو الخلع إذا كرهت الزوج، فالطلاق في الشرع يمارسه الزوج بإرادته المنفردة.

كما نصت مجلة الأحوال الشخصية التونسية، في المادة، 29 علما أن: «الطلاق هو حل عقدة الزواج»⁽⁴⁾.

والملاحظ على هذا التعريف أنه مستمد من تعاريف فقهاء الإسلام للطلاق.

(1) - الأمر رقم 84-11 المؤرخ في رمضان 1404هـ الموافق لـ 9 جوان 1984م، المتضمن قانون الأسرة.

(2) - باديس ذبابي: صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى عين مليلة- الجزائر، دط، 2007، ص 08-07.

(3) - القانون رقم 03-07- الصادر في 12 ذي الحجة 1424هـ الموافق لـ 03 فيفري 2004، المتضمن مدونة الأسرة المغربية.

(4) - الأمر المؤرخ في 6 محرم 1376هـ الموافق لـ 13 أوت 1956 المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

المطلب الثاني: مشروعية الطلاق والحكمة من مشروعيتها

الفرع الأول: أدلة مشروعية الطلاق:

ثبتت مشروعيته الطلاق بأدلة متعددة من القرآن الكريم والسنة المطهرة وعلى مشروعيته أجمع علماء الإسلام، فضلا عن استساعة العقل الطلاق.

❖ البند الأول: مشروعية الطلاق من الآيات القرآنية:

ورد ذكر الطلاق وأحكامه وآثاره ثلاث عشرة مرة في القرآن الكريم حظيت سورة البقرة بأكثرها، كما أن من سور القرآن الكريم سورة الطلاق والمثير للانتباه أن أكثر الآيات وردت في النص على أحكام الطلاق وآثاره، وأية منها فقط نصت على حل الطلاق. وذلك في:

قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ (1).

وما عدا ذلك يفيد المشروعية ضمنها لأن تنظيم المعاملة وتقرير آثارها يقتضي بالضرورة مشروعيتها، وفي ذلك نجد:

قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَمْ أَزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ (2).

وفي قوله: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ...﴾ (3) وفي قوله: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا...﴾ (4).

والذي يفهم من نص القرآن الكريم على نفي الجناح في الطلاق قبل المسيس خاصة، أن مثل هذا الطلاق أدى إلى الرقابة ويبدو أن احتمال تصدعها أقرب إلى الواقع من إستقرارها وتحقيق الهدف الشرعي منها، نظرا لأن العلاقة في الإبتداء، المتدخل بعد حيز

(1) - سورة البقرة: الآية، 236.

(2) سورة البقرة: الآية 213.

(3) - سورة الطلاق: الآية 01.

(4) سورة البقرة: الآية، 229.

التنفيذ فضها - مع الحاجة - أنفع لطرفيها وللمجتمع من المضي في إتمامها، ومن هنا تفردت هذه السورة بالنص على نفي الجناح - أي الإثم -⁽¹⁾.
أما السور الأخرى فسياقاتها أقرب إلى تقرير ضوابط الطلاق وآثاره منها إلى تقرير إباحته.

ويصفوا لنا المعنى أكثر بالمقارنة بين تبيان مشروعية النكاح والطلاق في القرآن الكريم. فبينما نجد تبيان مشروعية الطلاق على ما وصفنا نجد تبيان مشروعية الزواج على نحو يبدو مغايراً تماماً حيث يرد النص على المشروعية غالباً بلفظ الأمر. كما في: قوله تعالى: «فَأَنْكِحُوا مَا طَابَا لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ»⁽²⁾. وقوله: «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ»⁽³⁾. وقوله: «فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ»⁽⁴⁾.

وقليلاً ما يرد النص على المشروعية بنفي الجناح، كما في قوله تعالى: «وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ»⁽⁵⁾ أو بالنهي عن منع النساء من حقهن في الزواج بمن يرغبن. كما في قوله تعالى: «فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ»⁽⁶⁾.

فشتان بين الإباحة برفع الإثم، والإباحة بلفظ الأمر الذي وإن لم تر به حقيقته - من طلب الفعل على سبيل الحتم والإلزام - فإنه يشعر بالندب والاستحباب.

(1) - قريب من هذا المعنى: الطبرسي: أبي علي الفضل بن الحسن: مجمع البيان في تفسير القرآن، تحقيق: هاشم الرسولي المحلاني وفضل الله البريد

الطباطبائي، دار المعرفة بيروت، ط1، 1406هـ - 1986م، 12، ص578.

- أبو زهرة محمد: الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط3، ص284.

(2) - سورة النساء: الآية، 03.

(3) - سورة النور: الآية، 32.

(4) - سورة النساء: الآية، 25.

(5) - سورة الممتحنة: الآية، 10.

(6) - سورة البقرة: الآية، 232.

وحاصل ذلك: أن آيات القرآن الكريم تشهد لمشروعية الطلاق مشروعية يدوا جانب الإباحة المطلقة فيها غير موجود، فهو تشريع وسيلة دعت إليها ضرورة دفع مفسدة أكبر⁽¹⁾.

البند الثاني: مشروعية الطلاق من السنة:

وردت أدلة كثيرة من السنة المشرفة على مشروعية الطلاق، ومن ذلك:

أ. عن عبد الله بن عمر -رضي الله عنهما- أنه: «طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فسأل عمر بن الخطاب رسول الله عن ذلك. فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- "مره فليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء»⁽²⁾.

ب. عن عمر بن الخطاب أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- طلق حفصة رضي الله عنها ثم راجعها⁽³⁾.

وقول الرسول -صلى الله عليه وسلم- أتاني جبريل فقال: «راجع حفصة فإنها صوامه قوامه وإنها زوجتك في الجنة»⁽⁴⁾.

(1) - أحمد الغزالي: الطلاق الانفرادي وتدابير الحد منه: في الفقه الإسلامي والشرايع اليهودية والمسيحية والوضعية والتقنيات العربية المعاصرة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1421هـ - 2000م، ص 26-27.

(2) - رواه البخاري: بالفتح كتاب الطلاق، باب قوله تعالى "بأيها النبي إذا طلقتم النساء"، ج9، ص 345-346.

- البخاري: بالفتح (68) كتاب الطلاق (44) باب ويعولنهن أحق بردهن رقم 5332، ج9، ص 482-483.

- مسلم: كتاب الطلاق (18) باب تحريم طلاق حائض بغير رضاها رقم 1471، ج2، ص 93-10.

- رواه أبو داود: كتاب الطلاق: باب في طلاق النية، ج1، ص 503.

- رواه أبو داود: كتاب الطلاق: باب وقت الطلاق، وباب ما يفعل إذا طلق تطليقة وهي حائض 137/6.

- رواه الترمذي: كتاب الطلاق، باب في طلاق السنة السنن دار احياء التراث العربي، بيروت، 1415هـ - 1995م، حديث رقم

1177، ج3، ص 478.

- رواه الموطأ: كتاب الطلاق، باب ما جاء في الإقراء وعدة الطلاق وطلاق الحائض، مالك بن أنس: أبي عبد الله الموطأ: تحقيق طه عبد

الرزوف سعد، ط1، 1424هـ - 2003م، ص 346، رقم الحديث 1205.

(3) - رواه أبو داود: كتاب الطلاق: باب في المراجعة، السنن، ج1، ص 358.

- أخرجه الحاكم: كتاب الطلاق: المستدرک على الصحيحين دار الكتاب العربي، بيروت، ج2، ص 127، وقال هنا حديث صحيح

على شرط الشيخين ولم يخرجاه .

(4) - الميمني نور الدين ابن علي: مجمع الزوائد: مكتبة القدس القاهرة، 1353هـ،

قال الميمني قال الضراني رحاله رجال الصحيح، باب فضل حفصة بنت عمر زوج النبي، ج9، ص 245.

ووجه الدلالة: من هذين الحديثين أن الرسول الله -صلى الله عليه وسلم- طلق. كما أقر ما بلغه من طلاقات الصحابة وإن أمر أن يوقع الرجل الطلاق على وجه خاص.

البند الثالث: من الإجماع: فقد أجمع المسلمون على جواز الطلاق⁽¹⁾.

البند الرابع: من العقول: إن العشرة إذا فسدت بين الزوجين وتعدر الإصلاح بينهما فلا بد من اختيار أحد الأمور الآتية:

1. بقاء الحياة الزوجية مع النفرة والضعينة.

2. أن تبقى الزوجية قائمة مع التفريق بين الزوجين جسدياً، فتصيره المرأة معلقة.

3. أن يفرق بينهما بالطلاق فيغيثهما الله من فضله بزواج كل منهما.

ولاشك أن العقلاء يسوغون الحل الأخير درءاً لمفاسد الخلاف وقطعاً للشحناء والبغضاء⁽²⁾

الفرع الثاني: حكمة مشروعية الطلاق:

الأسرة هي الخلية الأساسية التي أَرادها الله من عباده المؤمنين لعمارة الكون ولهذا الخلية طريق واحد هو الزواج وقد شرعه الله ليحقق أهدافاً ثلاثة لاغني عنها لأي إنسان وهي.

1. الحصول على الولد على نحو مشروع لا شبهة في نسبه.

2. إرضاء الغريزة الفطرية من خلال قاناتها المشروعة.

3. الأنس النفسي إلى الإلف، والسكن إليه والتعاون معه على شدائد الحياة.

فإذا تحققت هذه الأهداف فهنيئاً للزوجين أما إذا إختلت أو أختل بعضها فقد يعتري الأسرة القلق، والمجتمع الضعف والوهن لهذا شرع الله الطلاق راحة للزوجين وضماناً لأداء الأسرة لواجباتها⁽³⁾.

فرغم أن النكاح عقد مصلحة لكونه وسيلة إلى مصالح الدين والدنيا والطلاق وإبطال المصلحة مفسدة فقد قال الله عزوجل «وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفَسَادَ»⁽⁴⁾ وهذا معنى الكراهة الشرعية أن الله تعالى لا يحبه ولا يرضي به إلا أنه قد يخرج من أن يكون مصلحة لعدم توافق الأخلاق وتباين الطبائع أو لفساد يرجع إلى نكاحها بأن علم

(1) - ابن قدامة: المغني: المصدر السابق، ج 8، ص 233.

(2) - أحمد الغزالي: المرجع السابق، ص 27-28.

(3) المرجع نفسه ص 28.

(4) - سورة البقرة، الآية 205.

الزوج أن المصالح تفوته بنكاح هذه المرأة أو أن المقام معها سبب فساد دينه فتنقلب المصلحة في الطلاق ليستو في مقاصد النكاح من امرأة أخرى⁽¹⁾.

وقد يكون العقم وعدم النسل بسبب من الزوج، والمرأة قد تتطلع إلى الذرية والنسل فتطلب من زوجها أن يطلقها على عوض (بالخلع) أو بدون عوض، لتجرب حظها وتحقق أمنيتها مع زوج آخر، فيكون الطلاق في هذه الحالة هو الحل المقبول المحقق للمصلحة⁽²⁾.

وقد يكون بأحدهما عيب من مرض معد أو فقر مقدر، أو سوء عشرة وعندئذ يكون من صالح الزوجين أن يفترقا تطويقاً لعنف الشر وإغلاقاً لمنافذ الشيطان. وقد يسلم الزوجان من العيوب لكن تدب النفرة في قلوبهما، أو قلب أحدهما ويصبح الوفاق بينهما مستحيلاً وأن حياتهما معا إهدار لها. فكان الفراق أسهل الحلول وأجداها. وقد تكون هناك أسباب أخرى، فرغم أن الطلاق يبدو في بعض الأحيان مفسدة ولكن ذلك لا يهدر قيمته كعلاج لأسباب الشقاء والعداء من أغراض فقدت وحياة تبدلت⁽³⁾.

الفرع الثالث: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.

البند الأول: السبب في جعل الطلاق بيد الرجل:

إذا كان نظام الطلاق في الإسلام شرعاً لمصلحة الزوجين في حال إختلافهما وعدم تلاقيهما وبقاء الشقاق بينهما على نحو إستعصى على الحل فقد يقال لماذا كان الطلاق بيد الرجل ولم يكن بيد المرأة وهي مثله في عقد النكاح؟ والجواب على ذلك من وجوه عدة:

■ أولاً:

إن القوامة بين الزوجين هي للرجل على امرأته وليس العكس. فالرجال، كما هو معروف في المنظور القرآني قوامون على النساء، فهم ينفقون على زوجاتهم وأولادهم، فهذه

(1) - علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكسائي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. دار الكتاب العربي، بيروت، ط2، 1402هـ -

1982م، ج3، ص 95

(2) - عبد الكرم زيدان: المفصل في أحكام المرأة، المرجع السابق، ج7، ص 348.

(3) - أحمد العرالي: الطلاق الانفرادي وتدابير الحد منه، المرجع السابق، ص 29-30.

المسؤولية تجعلهم أكثر التزاما بالمحافظة على عيش الزوج لذلك فإن من لوازم هذه القوامة، أن يكون الطلاق بيد الرجل.

■ ثانيا:

إن الطلاق أمر خطير جدا، لأن فيه حل الرابطة الزوجية وإنهاء عقد الزواج، فلا يجوز التعجيل في إنهاء هذا العقد، والمرأة غالبا تحكمها العاطفة ومن صفتها أيضا أنها سريعة الانفعال والغضب والإثارة. فهي غير مأمونة على ثمالك نفسها عند هذه الحالات والرجل أقدر منها على حفظ نفسه عند الانفعالات والغضب والإثارة، فهو أحرص على توطيد أواصر الرابطة الزوجية. في تلك الحالات.

■ ثالثا:

إن الطلاق يستتبع أمور مالية من دفع مؤجل المهر، ونفقة العدة، والمتعة، وهذه التكاليف المالية من شأنها حمل الرجل التروي في إيقاع الطلاق فيكون من الخير والمصلحة جعله في يد من هو أحرص على الزوجية وأما المرأة فلا تتضرر ماليا بالطلاق.

■ رابعا:

إعطاء حق الطلاق للرجل لا يعني إنسداد سبل الخلاص منه إن أراد الإضرار في إمساكها فالشرع الشريف جعل للمرأة حق طلب الطلاق في حالات لا تقدر معها على البقاء مع زوجها، وذلك كالإعسار في النفقة، ووجود المرض المعدي.... ونحو من العيوب والعلل التي تصعب الحياة معها.

■ خامسا:

ومع ما قدمناه فإن المرأة تستطيع عند عقد الزواج أن تشترط لنفسها حق الطلاق، فإذا رضي الزوج بهذا الشرط وإنعقد بهذا الشرط صار لها حق تطليق نفسها بإرادتها، كما للزوج حق تطليقها بإرادته⁽¹⁾.

(1) - عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة: المرجع السابق، ج7، ص 348-349.

- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، طبع في الجزائر بإذن خاص من دار الفكر، بدمشق، ط1، 1413هـ - 1992م، ج7، ص 360-361.

- محالد عبد الرحمن العك: شخصية المرأة المسلمة في ضوء القرآن والسنة، دار المعرفة، بيروت، ط1 (1419هـ - 1998م)، ص 156-157.

والمتبع للنصوص الشرعية الواردة قرآنا وسنة نبوية شريفة يجدها تؤكد على أن الزواج بيد الرجل والطلاق يقع بيده وهو حق أصيل له ومن هذه النصوص قوله تعالى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ...»⁽¹⁾.

ولم يخرج قانون الأسرة الجزائري عن القاعدة التي تشكل إجماعا بالنسبة لغالبية الدول العربية والإسلامية الجاعلة من الطلاق حقا إراديا أصيل للزوج دونها الرجوع إلى الزوجة، أي أن إرادتها تنعدم أمام إرادة الزوج في إحداث هذا الأثر القانوني، فللمادة 48 من قانون الأسرة التي أشارت أن الزواج يحل بالطلاق، أكدت الصورة الأولى منه وهي إرادة الزوج والناعبة أساسا من العصمة الزوجية المملوكة شرعا للزوج⁽²⁾.

البند الثاني: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج في القانون.

من الطرق القانونية للطلاق التي ورد النص عليها في المادة 48 من قانون الأسرة، الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج. وهذا يعني أنه يجوز للزوج عندما يرى أن هناك مبررات شرعية وقانونية للطلاق ويرى أن الحياة الزوجية مع زوجته لم تعد ملائمة وقد فقدت أسبابها الحقيقية أن يتقدم إلى المحكمة ليطلب من القضاء حل الرابطة الزوجية والحكم بالطلاق بينه وبين زوجته، وذلك بموجب عريضة يضعها في كتابة الضبط بالمحكمة المختصة⁽³⁾.

لقد وردت عدة إجتهدات قضائية فيما يخص الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، نذكر من بينها ما يأتي:

1- القرار الذي ينص على أنه «من المقرر شرعا أن للزوج حق الطلاق من جانبه وحده عملا بالقاعدة الشرعية (العصمة بيد الزوج)، ومن ثم فإن القضاء بإبقاء روابط الزوجية

- محمود الذواوي: قضايا النشوز والشقاق والطلاق في ضوء القرآن الكريم مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية تصدر عن مجلس النشر العلمي جامعة الكويت، سنة 13 العدد 37 1419 هـ - 1909 م، ص 200-201.

(1) - سورة: الأحزاب، الآية: 49.

(2) - باديس ذهابي، المرجع السابق: ص 13.

(3) - صالح العربي: الوحي في شرح قانون الأسرة الجزائري، 1999، ج1، ص 231-232.

قائمة بين الزوجين حتى بعد إبداء الزوج لإرادته في الطلاق، يعد حرقاً صريحاً لهذه القاعدة الشرعية»⁽¹⁾.

(2) - «من المقرر قانوناً أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبب ليس في محله، ومتى تبين - في قضية الحال - أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق وذلك تجنباً للحرج أو تخطياً لقواعد الإثبات خلافاً للأزواج اللذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم.

وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير طبقوا صحيح القانون»⁽²⁾.

تعليق:

من خلال القرارين السابقين يتبين لنا أن المحكمة العليا طبقت نص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري التي بينت لنا إحدى طرق الطلاق المتمثلة في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وهذا موافق لأحكام الشريعة الإسلامية التي تجعل الطلاق بيد الرجل وحده.

- كما نلاحظ أن المشرع الجزائري ترك المادة 48 على إطلاقها ولم يضع لها قيود أي أنه يجوز للزوج أن يطلق زوجته دون تبرير وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 15/06/1999 السابق الذكر.

فالزوج المصر على الطلاق لا يلزمه القانون بتبرير طلاقه غير أن إنعدام المبرر الشرعي يفتح الحق للمطلقة في المطالبة بالتعويض الذي يحكم به القاضي، وتبعاً لذلك فإذا حكم بالطلاق بإرادة الزوج، فحكم القاضي بمجرد تقرير لإرادة الزوج وليس بالحكم المنشئ للطلاق.

وهناك من يرى أن:

جعل الطلاق بيد الزوج يجعل من الزوج خصماً وحكماً بالنسبة للزوجة وهذا ما لا يستساغ من جهة المنطق ولا من جهة العدل، فإذا كان الخصم هو الحكم فإن الزوج

(1) - المجلة القضائية: غرفة الأحوال الشخصية والمواريث قرار رقم 3534 المؤرخ 31/12/1984، العدد الثاني: سنة 1990، ص

(2) - مجلة القضائية: قرار رقم 223019، تاريخ 15/06/1999. العدد الخاص بالأحوال الشخصية، سنة 2001، ص 104.

يستطيع أن ينطق بالطلاق متى شاء، ولو بمجرد إشباع نزوة أو في لحظة طيش، مما يجعل مصير المرأة معلقا في يد الرجل، مع أنه يجب أن يتساوى المتعاقدان في الحقوق والالتزامات أثناء إبرام عقد الزواج⁽¹⁾.

وتبعاً لذلك نجد المشرع التونسي، في الفصل الثلاثين: الفصل 30 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية نص على أنه: « لا يقع الطلاق إلا لدى المحكمة»⁽²⁾.
كما نص في الفصل 31: « يحكم بالطلاق:

❖ بتراضي الزوجين.

❖ بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حل له من ضرر.

❖ بناء على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به»³

ومن الملاحظ على هذه المواد:

أنه سلب الزوج حق الطلاق بإرادته المنفردة وهذا خروج عن الشريعة الإسلامية بجميع مذاهبها.

فالقول بأن الطلاق لا يقع إلا لدى المحكمة يجعل الطلاق الذي يقع خارجها بإرادة الزوج المنفردة ليس واقعا بنظر القانون التونسي، والمعلوم في الشريعة الإسلامية أن الزوج البالغ العاقل الذي هو أهل للطلاق إذ تلفظ بكلمة الطلاق وقع طلاقه .

فالتساؤل المطروح هنا. مامصير المرأة المطلقة خارج المحكمة كونها في نظر القانون التونسي لا تزال في ذمة ذلك الرجل في حين أنها مطلقة في نظر الشرع¹¹⁹.

أما بالنسبة للقانون السوري: فقد جاء في الفصل الخامس منه تحت عنوان طلاق التعسف المادة 117 « إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسفا في طلاقها دون ما سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقة جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بالتعويض.....»⁽³⁾.

والملاحظ على هذه المادة :

(1) - آث ملوياً: حسين بن الشيخ: المتقي في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة، الجزائر، ط، 2005، ج1، ص 216.

(2) - 3 - الأمر المؤرخ في 6 محرم 1376 الموافق لـ 13 أوت 1956. المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

المرسوم التشريعي رقم 59 الصادر في 17 سبتمبر 1953. المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري.

1- أن القانون السوري لم يسلب الزوج الحق في طلاق زوجته، بل قيده بعدم الإضرار.

2- اعتبر القانون الزوج متعسفا إذا توافر شرطان:

- أن يطلق زوجته بدون سبب معقول.
- وأن يصيب من جراء ذلك بؤس وفاقة.

3- التعويض للمرأة المتضررة من الطلاق التعسفي وسنتطرق لموضوع التعويض في المباحث اللاحقة إن شاء الله.

كما جاء في مشروع عام 1916 بتقييد الطلاق في مصر ما يأتي:

« لا يجوز لمتزوج أن يطلق زوجته ولا المؤذون أن يباشروا إسهاد الطلاق إلا بإذن من القاضي الشرعي الذي في دائرة اختصاصه مكان الزوج، فإن حصل الطلاق بدون إذن ترتيب عليه آثاره الشرعية، وعقوبة الزوج بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر وبغرامة لا تتجاوز عشرة آلاف قرش، أو بإحدى هاتين العقوبتين»⁽¹⁾.

والملاحظ على هذه المادة:

- أنه جعل الأصل في الطلاق المنع إلا بإذن من القاضي.
- وأنه يرتب البطلان على عدم الإذن بل أوقع الطلاق بإرادة الزوج المنفردة تحت طائلة العقوبة.

أما القانون الأردني فقد نص في الفصل العاشر المعنون بأحكام عامة في الطلاق. في المادة 101: «يجب على الزوج أن يسجل طلاقه أمام القاضي وإذا طلق زوجته خارج المحكمة ولم يسجله فعليه أن يراجع المحكمة الشرعية لتسجل الطلاق خلال خمسة عشر يوماً وكل من تخلف عن ذلك يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات الأردني.....»⁽²⁾.

والملاحظ على هذه المادة:

(1) - عبد الرحمن الصابولي: مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، دار الفكر، بيروت، ط3، 1403هـ - 1983 م، ج1، ص 105.

(2) - قانون العقوبات رقم (61) لسنة 1976 يتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردنية.

أن الطلاق يبقى بيد الرجل وأن الطلاق الواقع خارج المحكمة مقر به لكنهم قيدوا هذا الطلاق تقييدا شكليا من حيث إلزامية الزوج بتسجيله فقط وهو أمر لا يمس أصل الحق في طلاق الزوج بإرادته المنفردة.

أما القانون اللبناني فقد نص في الفصل الأول في المادة 110 على أن «الزوج الذي يطلق زوجته مجبور على إخبار الحاكم بذلك»⁽¹⁾.

والملاحظ على هذه المادة أن الزوج مجبور على إخبار الحاكم إذا طلق زوجته وهذا الإلزام الذي فرض عليه، والملاحظ أن المادة لم تضع عقوبة على من لم يخبر الحاكم بل المادة بقيت على إطلاقها. فالطلاق الذي يوقعه الزوج يقع.

أما بالنسبة لمدونة الأسرة المغربية، فقد نصت المادة 78: «الطلاق حل ميثاق الزوجية، يمارسه الزوج والزوجة، كل بحسب شروطه تحت مراقبة القضاء، وطبقا لأحكام هذه المدونة»⁽²⁾.

نلاحظ على هذه المادة أنها لم تسلب الزوج حقه في الطلاق لكن اشترطت على أن يمارس طلاقه تحت مراقبة القضاء.

(1) - قانون حقوق العائلة بروت، 24 شباط سنة 1948 م

(2) - قانون رقم 07/03 الصادر في 12 ذي الحجة 1424 هـ الموافق لـ 03 فبري 2004 م المتضمن مدونة الأسرة المغربية .

المطلب الثالث : التكيف الفقهي للطلاق.

الحكم العام للطلاق أو الأصل فيه هل الحظر أم الإباحة:

مع اتفاق العلماء على مشروعية الطلاق إلا أنهم اختلفوا حول الأصل فيه أهو الحظر أم الإباحة، والأثر العلمي لهذا الخلاف يتصل بنظام الطلاق من حيث تقييده وإطلاقه، فهل للرجل أن يطلق دون حظر طالما أن الشارع أباح له الطلاق فهو صاحب الحق فيه وله أن يوقعه متى شاء وكيف شاء أم أنه محظور عليه ذلك إلا لحاجة يدعوا إليها سبب يبيح له الطلاق لأجله.

اختلف الفقهاء في ذلك إلى قولين:

الفرع الأول: القائلون بالإباحة

قال فريق من الفقهاء: أن الأصل في الطلاق الإباحة، فمن أقوالهم ما يأتي:

- قال القرطبي في تفسيره: « فدل الكتاب والسنة وإجماع الأمة على أن الطلاق مباح غير محظور، قال ابن المنذر: وليس في المنع من خير يثبت»⁽¹⁾
- وقال السرخسي في المبسوط: « وإيقاع الطلاق مباح وإن كان مبغضا في الأصل عند عامة العلماء»⁽²⁾.
- وفي " الدر المختار": « وإيقاع الطلاق مباح عند العامة لإطلاق الآيات»⁽³⁾.

أدلة هذا القول:

1- من الكتاب:

- قوله تعالى: « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء»⁽⁴⁾
- قوله تعالى: « يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقهن لعدتهن»⁽⁵⁾

(1) - القرطبي: الجامع لأحكام القرآن : المصدر السابق، 2م، ج3، ص 126.

(2) - السرخسي: المبسوط: المصدر السابق، ج6، ص 02.

(3) - ابن عابدين: رد المختار علي الدر المختار ، شرح تنوير الأبصار تحقيق، عادل احمد عبد الموجود، علي محمد عوض، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط1 (1415هـ- 1994م)، ج4، ص 427.

(4) - سورة البقرة : الآية 236 .

(5) - سورة البقرة : الآية 236 .

فإطلاق الآيات القرآنية التي جاءت بأحكام الطلاق ذلك كله يقتضي إيقاع الطلاق⁽¹⁾.

2- من السنة:

وقد طلق النبي -صلى الله عليه وسلم- حفصة⁽²⁾ حتى نزل الوحي يقول له، راجعها فإنها صوامة قوامة⁽³⁾. والنبي -صلى الله عليه وسلم- لا يفعل شيء محظور.

3- من فعل الصحابة:

وقد فعل الطلاق الصحابة -رضي الله عنهم- كطلاق عمر -رضي الله عنه- أم عاصم، وعبد الرحمن بن عوف تناصر، والمغيرة بن شعبة الزوجات الأربع دفعة واحدة، وأن الحسن بن علي بن أبي طالب -رضي الله عنهما- كان يستكثر من النكاح والطلاق⁽⁴⁾.

4- القياس:

وأن الطلاق إزالة الملك بطريق الإسقاط فيكون مباحا في الأصل كالإعتاق⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: القائلون بالخطر

الأصل في الطلاق الحظر: وقد قال بهذا القول أكثر الفقهاء فمن أقوالهم مايلي:

قال الكساني: «أن النكاح عقد مسنون بل هو واجب لما ذكرنا في كتاب النكاح فكان الطلاق قطعاً للسنة وتفويتاً للواجب، فكان الأصل هو الحظر والكرهية إلا أنه رخص للتأديب أو التخليص»⁽⁶⁾.

وفي الفتاوى الهندية: «الطلاق محظور نظراً إلى الأصل ومباح نظراً إلى الحاجة»⁽⁷⁾.

(1) - السرخسي: المبسوط: المصدر السابق، ج6، ص 03.

(2) - حفصة: بنت عمر الخطاب أم المؤمنين، رضي الله عنهما، تزوجها النبي صلى الله عليه وسلم سنة ثلاث: بعد استشهاد زوجها خنيس بن حذافة السهمي في غزوة أحد، وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم - طلقها ثم راجعها جمع عثمان المصحف من المصحف التي كانت عندها من جمع أبي بكر، توفيت في حين بايع الحسن بن علي لمعاوية - رضي الله عنه - في سنة إحدى وأربعين 41 هـ - ابن

عبد البر: الاستيعاب، ج1، ص 45

(3) - سبق تخريجه، ص 49.

(4) - السرخسي: المبسوط: المصدر السابق، ج6، ص 03

x ابن عابدين، رد المختار: المصدر السابق، ج4، ص 427 (المامش).

(5) - السرخسي: المبسوط: المصدر نفسه، ج6، ص 03.

(6) - الكساني: البدائع والصنائع، المصدر السابق، ج3، ص 95.

(7) - الفتاوى الهندية: المصدر السابق، ج1، ص 248.

في الفتح القدير: « والأصح حظر الطلاق إلا للحاجة»⁽¹⁾.

وقال ابن عابدين: « وأما الطلاق، فإن الأصل فيه الحظر. بمعنى أنه محظور إلا لعارض يبيحه»⁽²⁾.

وقال ابن تيمية: « أن الأصل في الطلاق الحظر وإنما أبيح منه قدر الحاجة»⁽³⁾. وقال أيضاً: « ولولا أن الحاجة داعية إلى الطلاق لكان الدليل يقتضي تحريمه كما دلت عليه الآثار والأصول، ولكن الله تعالى أباحه رحمة منه بعباده لحاجتهم إليه أحياناً»⁽⁴⁾.

وفي معنى المحتاج" في فقه الشافعية: « ومكروه كطلاق زوجة مستقيمة الحال»⁽⁵⁾ ويفهم من هذا القول: أن الأصل في الطلاق عند الشافعية هو الحظر. وإلا لما كان مكروهاً بالنسبة للزوجة المستقيمة الحال⁽⁶⁾.

وفي كشف القناع في فقه الحنابلة: « ويباح الطلاق عند الحاجة إليه..... ويكره الطلاق من غير حاجة إليه»⁽⁷⁾.

أدلة من قال أن الأصل في الطلاق الحظر:

أ. من الكتاب:

قوله تعالى: « فَإِنْ أَطَعْتُمْكُمْ فَلَا تَتَّبِعُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً»⁽⁸⁾.

فقد نهي الأزواج عن التعريض للزوجات بكل سبيل، إذا إستقام أمرهن وصلح حالهن، وهو مفيد لحظر الإقدام على الطلاق عند عدم الحاجة⁽⁹⁾.

(1) - كمال الدين بن الهمام: شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت، ج3، ص 465.

(2) - ابن عابدين: رد المختار: المصدر السابق، ج4، ص 428، (المامش).

(3) - أحمد ابن تيمية، مجموع الفتاوى، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مكتبة المعارف، الرباط، م33، ص 81.

(4) - ابن تيمية: المصدر نفسه، م33، ص 21.

(5) - الشريبي: معنى المحتاج: ج3، ص 308.

(6) - عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة: المرجع السابق، ج7، ص 353.

(7) - البهوتي: كشف القناع، ج4، م8، ص 2589.

(8) - سورة النساء: الآية 34 .

(9) - ...

ب. في الطلاق بلا سبب مشروع كفران النعمة، فإن النكاح نعمة على عباده قال تعالى: « وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا »⁽¹⁾، وكفران النعمة حرام، وهو رفع النكاح المسنون فلا يحل إلا عند الضرورة⁽²⁾.

ج. كما أن في القرآن الكريم ما يشعر بالتنفير من الطلاق، وعدم اللجوء إليه إلا بعد إستنفاد كل أسباب الصلح والوفاق.

﴿ فمن الأول: ﴾

قوله تعالى: « فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا »⁽³⁾ فحث على الصبر مع رؤية ما يكرهون، فكيف يكون الأمر إذا لم يروا منهن ما يكرهن؟⁽⁴⁾

﴿ ومن الثاني: ﴾

قوله تعالى: « وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا »⁽⁵⁾.

فالإمام ابن العربي يقول عن هذه الآيات أنها: "من الأصول في الشريعة" وهي من أبين آيات القرآن وأوضحها جلاء، فإن الله: قال: الرجال قوامون على النساء ومن خاف من امرأته نشوزا وعظها فإن أنابت وإلا هجرها في المضجع، فإن ارعوت وإلا ضربها فإن استمرت في غلوائها مشى إليها الحكمان، فإن يكن ما طلعا عليه في الماضي يخاف منه التماذي في المستقبل فرقا بينهما."⁽⁶⁾

هـ. وقال شيخ الإسلام ابن تيمية -رحمه الله تعالى- « أن الله يبغض الطلاق، وإنما يأمر به الشياطين والسحرة، كما قال تعالى: « فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ »⁽⁷⁾.

(1) - سورة: الروم: الآية: 21.

(2) - السرخسي: المبسوط: ج6، ص02.

(3) - سورة النساء: الآية: 19.

(4) - الصابوني: عند الرحمن: نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، دار الفكر، ط4، 1392هـ- 1972م، ص116.

(5) - سورة النساء: الآية: 35.

(6) - ابن العربي: أحكام القرآن، ج1، ص421-422 (بتصرف).

(7) - سورة البقرة: الآية: 102.

وإن الشيطان ينصب عرشه على البحر ويبعث جنوده، فأقربهم إليه منزلة أعظمهم فتنة، فيأتي أحدهم فيقول: مازلت به حتى شرب الخمر، فيقول: الساعة يتوب، ويأتي الآخر فيقول: مازلت به حتى فرقت بينه وبين امرأته فيقبله بين عينيه، ويقول: أنت أنت»⁽¹⁾.
ولولا أن الحاجة داعية إلى الطلاق لكان الدليل يقتضي تحريمه⁽²⁾.

من السنة:

5. وفي السنة المشرفة أحاديث كثيرة تشد للحظر كأصل في الطلاق ومنها:

1- قوله -صلى الله عليه وسلم-: «أبما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها راحة الجنة»⁽³⁾.

2- وقوله -صلى الله عليه وسلم-: «أبغض الحلال إلى الله الطلاق»⁽⁴⁾.

وفي رواية: «ما أحل الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق»⁽⁵⁾.

وهذا الحديث وإن كان في بعض طرقه ضعيف فإن كثرة طرقه تفيد أن له أصلاً في الجملة، خاصة وقد وردت أحاديث أخرى تقويه، كما أن الأمة تلتقته بالقبول، والقواعد العامة في الفقه الإسلامي تؤيد القول بمعناه⁽⁶⁾.

(1) - ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ج33، ص 81.

(2) - ابن تيمية: مجموع الفتاوى: المصدر السابق، ج33، ص 81.

(3) - رواه ابن ماجه: سنن ابن ماجه: كتاب الطلاق (10) باب كراهية الخلع للمرأة (21) حديث رقم 2055، دار الفكر، ج1، ص 662.

- رواه الترمذي: في سننه. وقال هذا حديث حسن.

- الترمذي: كتاب الطلاق واللعان: باب ما جاء في المختلعات، حديث رقم 1190، السنن ج3، ص 493.

- رواه أبو داود: كتاب الطلاق: باب في الخلع: صحيح سنن أبي داود. دار الكتاب العربي، بيروت، (د.ت.): ج1، ص 348.

(4) - أخرجه أبو داود: كتاب الطلاق، باب كراهية الطلاق، المصدر السابق. ج1، ص 346.

- أخرجه ابن ماجه: كتاب الطلاق، سنن ابن ماجه، المصدر السابق. ج1، ص 650.

- أخرجه البيهقي، كتاب الخلع والطلاق، باب ما جاء في كراهية الطلاق، السنن الكبرى، المصدر السابق ج7، ص 322.

- كما أخرجه الأحكام في مستدركه بإسناد متصل وقال هذا صحيح الإسناد الحاكم: المستدرک علی الصحیحین، مصدر سابق، ج2، ص 196.

(5) - رواه أبو داود والبيهقي في الموضعين السابقين.

(6) - الشركاني: نيل الأوطار: مصدر سابق، ج8، ص 04.

- القرطبي: أحكام القرآن: مصر سابق، ج3، ص 130.

وقال بعض الفقهاء في هذا الحديث مشكل إذ كيف يكون الطلاق حلالاً وهو بغيض إلى الله؟⁽¹⁾

- والجواب على هذا أن المراد بالحلال هنا هو ما يقابل الحرام فهو إذن ما ليس ممنوعاً منعاً باتاً. وقد ورد ذلك في القرآن الكريم في قوله تعالى «وأحل الله البيع وحرم الربا»⁽²⁾. فإذا كان الحلال مقابلاً للحرام وجب أن يشمل كل ما عداه⁽³⁾.

ويقول ابن عابدين: «المراد بالحلال ما ليس فعله بلازم، الشامل للمباح والمندوب والواجب والمكروه»⁽⁴⁾.

وليس من المعقول أن يكون المراد من الحلال المندوب أو الواجب إذ لا قائل: أن الأصل في الطلاق هو الندب أو الوجوب، فلم يبق إلا أحد أمرين الإباحة أو الكراهية⁽⁵⁾. والمباح في الشريعة الإسلامية كما يعرفه الشوكاني: ما لا يمدح على فعله ولا على تركه⁽⁶⁾.

إذن نستطيع القول بأن لفظ الحلال في الحديث ليس المراد منه الواجب ولا المندوب ولا المباح فلم يبق إلا المكروه والمحظور⁽⁷⁾.

والحظر هو ما منع من استعماله شرعاً⁽⁸⁾.

وفي هذا الحديث أن الحلال هو الجائز الفعل والمراد غير الحرام فيشمل المكروه.

(1) - الدسوقي: شمس الدين محمد عرفة: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، تحقيق محمد عليش، دار الفكر، ج2، ص 361.

- الصنعاني: محمد بن إسماعيل: سبل الإسلام شرع بلوغ المراد جمع أدلة الأحكام لابن حجر العسقلاني: تحقيق محمد الدالي بطله، المكتبة المصرية، بيروت، 1412هـ - 1992م، ج3، ص 299.

- ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد: البحر الرائق شرح كثر الدقائق، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط1، 1418هـ - 1997م، ج3، ص 412.

(2) - سورة البقرة، الآية: 275.

(3) - محمد سلامة مذكور، الإباحة، ص 69.

(4) - ابن عابدين، رد المختار، المصدر السابق، ج4، ص 427. (هامش).

(5) - عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق ج1، ص 92.

(6) - الشوكاني محمد بن علي بن محمد: إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول: تحقيق أبي مصعب محمد سعيد البدري، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ط2، 1413هـ - 1993م، ص 24.

(7) - يقول الشوكاني: أن المكروه يشمل أمورهما المحظور راجع أصول الفقه عند الجعفرية أبو زهرة ص 52.

(8) - علي القدوري، اللباب في شرح الكتاب تحقيق محمد محي الدين عبد الله: دار الكتاب العربي، ط4 1399 هـ - 1979

ج3، ص 39.

وقد علق على هذا الحديث حيث قال ابن حجر " أن العلماء حملوا الحديث على وقوع الطلاق بغير سبب⁽¹⁾ .

والخلاصة فإن الحديث الشريف يدلنا على أن الطلاق وإن كان مشروعاً لكنه مبغوض إلى الله سبحانه وتعالى إذ لا تنافي بين المشروعية وبين الحظر كالصلاة في الأرض المغصوبة فالصلاة مشروعة ولكن الحظر لأنها أقيمت في أرض مغصوبة فقد اجتمعت المشروعية والحظر في أمر واحد⁽²⁾ .

الفرع الثالث: المناقشة والترجيح

البند الأول: الرد على أدلة من قال أن الأصل في الطلاق الإباحة:

1- احتجاجهم بقوله تعالى: « لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً »⁽³⁾ .

ليس في هذه الآية دليل على إباحة الطلاق. ورفع الجناح في هذه الآية خاص بالملقة قبل الدخول إذ لا ضرر حينئذ فالآية لا تشمل كل الطلاق بل بعضه⁽⁴⁾ .

وجاء في تفسير القرطبي بصدده هذه الآية أنها: « إخبار برفع الحرج عن المطلق قبل البناء والجماع، فرض المهر أو لم يفرض »⁽⁵⁾ .

وكذلك احتجاجهم بقوله تعالى: « فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ » بيان لوقت إيقاع الطلاق وليس بيانا لحكم الأصل في الطلاق⁽⁶⁾ .

2- وقال ابن الهمام « وكل ما نقل عن طلاق الصحابة -رضي الله عنهم-فمحملة وجود الحاجة»⁽⁷⁾ .

فالطلاق الصحابة ليس من المعقول أن يكون بدون سبب، والسبب قد يكون نفسياً لا يطلع عليه أحد.

(1) - ابن حجر: الفتح الباري، ج9، ص 356.

(2) - عبد الرحمن الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ج1، ص 93.

(3) - سورة البقرة: الآية 236.

(4) - الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، المرجع السابق، ص 96.

- عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة، ج7، ص 355.

(5) - القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، المصدر السابق، ج2، ص 196.

(6) - عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة، ج7، ص 355.

(7) - ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج3، ص 465.

- 3- وقولهم أن الطلاق إسقاط للملك كالإعتاق، فهذا قياس مع الفارق لا يجوز لأمرين.
- أ. أن الزواج لا يفيد ملكا وإلا لتصرف المالك في ملكه بكل أنواع التصرفات من إباحة وبيع وتأخير ولكنه في الحق يفيد حلا للمتعة الزوجية.
- ب. وأن الشارع سهل من أمر الإعتاق إلى حد كبير، بقدر ما وضع العقبات في طريق الطلاق فالعلة متنافرة والقياس بينهما غير صحيح⁽¹⁾.

البند الثاني: القول الراجح:

الراجح في هذه الأقوال ما ذهبت إليه الكثرة من اعتبار الأصل في الطلاق الحظر لقوة أدلته واتساقه مع مبادئ الشرع.

فمن بين الأحكام والتوجيهات الشرعية التي تتفق والقول بأن الأصل في الطلاق هو الحظر ولا يباح إلا للحاجة الشرعية ما يأتي:

1- قوله تعالى: « وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا »⁽²⁾.

فآية الكريمة تنفر المسلمين من الطلاق وتشككهم في وجدانهم وفيها يحسون به من كراهة لزواجهم، وتخبرهم بأن إمساك زوجاتهم وعدم اللجوء إلى طلاقهن مع كراهتهم لهن يمكن أن يحصل فيه خير كثير⁽³⁾.

2- كما أمر الله وتعالى بالإصلاح بين الزوجين إن ظهرت بوادر الشقاق بينهما فقال: « وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا »⁽⁴⁾.

فالمبادئ العامة التي تحكم الطلاق تبين أن الشارع حرص على وضع العقبات أمام المطلق للتروي والتفكير بحيث لا يقدم المرء على انفصال الحياة الزوجية التي قدسها الله إلا لحاجة تدعوا إليها الضرورة ولهذا فقد استحسّن القرآن الكريم إلحاح الرسول صلى الله عليه وسلم - على زيد بأن يمسك عليه زوجته بالرغم من استمرار الشقاق بينهما فقال في سورة

(1) - الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، المرجع السابق، ص 97.

(2) - سورة النساء: الآية 19 ..

(3) - ابن كثير: تفسير ابن كثير، ج 2، ص 229، ابن العربي: أحكام القرآن، ج 1، ص 363.

(4) - سورة النساء: الآية 35.

الأحزاب: « وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ وَاتَّقِ اللَّهَ.....»⁽¹⁾ فاعتبر القرآن الامتناع عن الطلاق من نوع التقوى والبر⁽²⁾.

ولهذا نرجح الرأي القائل أن الأصل في الطلاق الحظر ولا يباح إلا الحاجة تدعو إليه.

حكم الطلاق بالنسبة إلى الحالات الفردية:

الطلاق من التصرفات الشرعية التي تصدر عن الزوج بإرادته المنفردة، ولكل تصرف حكم شرعي حسب أمر الشارع له أو النهي عنه والطلاق حكم تكليفي تعتريه الأحكام الخمسة وذلك بالنظر إلى بعض الحالات الفردية.

1- واجب: كطلاق الحكم في الشقاق.

2- مندوب: كطلاق زوجة حالها غير مستقيم كأن تكون غير عفيفة.

3- حرام: كالطلاق البدعي.

4- مكروه: كطلاق مستقيمة الحال.

قال الكمال بن الهمام: « وإما إذا لم تكن حاجة فمحض كفران نعمة وسوء أدب فيكره»⁽³⁾.

5- مباح: طلاق من لا يهواها الزوج ولا تسح نفسه بمؤنتها من غير استمتاع بها⁽⁴⁾.

موقف التقنيات والمحاكم من الأصل في الطلاق:

يستخلص موقف القوانين من قضية الأصل في الطلاق على حسب موقفها من تقرير حق المطلقة دون سبب من قبلها في تعويض أو عدمه، أما إذا قلنا أن الأصل في الطلاق الحظر ما لم يكن سبب يدعوا إليه فإن من يطلق في هذه الحال يعد مضار وبالتعبير الآخر متعسفا في استعمال الحق- والمضار يغرّم وإن قلنا الأصل الإباحة فلا غرم وإن لم يكن سبب أو مسوغ شرعي ولقد تباينت القوانين في مسألة التعويض من عدمه.

وهذا ما سنتطرق إليه بالتفصيل لاحقاً.

(1) - سورة الأحزاب: الآية: 37.

(2) - الصابوني: المرجع السابق، ص 99.

(3) - ابن الهمام : شرح فتح القدير : المصدر السابق ،ج 3، ص 465 .

(4) - محمد الشريبي: الإقناع في حل ألفاظ أي شجاع، شركة نور الثقافة الإسلامية جاكارتا، ج2، ص 151.

المبحث الثاني:

أهلية المطلق وعوارضها

إن الأصل في الطلاق أن تستقل إرادة الزوج بإيقاعه وهذا الأصل يجعل الطلاق تصرفاً خطيراً ومقتضى هذه الخطورة، ألا يكون كل تلفظ بالطلاق إتياناً بالسبب وإنما يلزم أن يصدر الطلاق من ذي أهلية⁽¹⁾ خاصة حال إيقاعه.

فلا يكفي أن يكون المصدر زوجاً فحسب، بل يجب أن تكون إرادته حال إيقاع الطلاق حقيقة قاصدة، ومبرأة من الغفلة والاندفاع وهذا ما سنتطرق إليه في الفروع الآتية.

المطلب الأول: أثر نقص الأهلية في الطلاق:

معلوم من كليات الشريعة أن التصرفات لا تنفذ إلا لمن له أهلية التصرف، وأدائها بالعقل والبلوغ خصوصاً ما هو دائر بين الضرر والنفع خصوصاً ما لا يحل إلا لانتفاء مصلحة القائم ضده كالطلاق، فإنه يستدعى تمام العقل ليحكم به التمييز في ذلك الأمر⁽²⁾. فقبل البلوغ فالشخص إما عاقل راشد، وإما فاقد لهما، أو عنده أصل العقل أو غير مميز. وأما بعد البلوغ فالشخص مع نقص في التدبير والحكمة.

الفرع الأول: طلاق الصبي:

الصبي قد يكون مميزاً كما قد يكون غير مميز وللفقهاء أقوال في طلاق كل واحد منهما.

البند الأول: طلاق غير المميز

طلاق غير المميز: فتلفظ غير المميز بالطلاق يقع لغواً، ولا خلاف بين الفقهاء في ذلك⁽³⁾. ودليل ما ذهبوا إليه قوله -صلى الله عليه وسلم-: «رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يشب وعن المعتوه حتى يعقل»⁽⁴⁾.

(1) - الأهلية معناها - على التمام - صلاحية الشخص للإلزام والالتزام.

- أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، القاهرة، (د.ط) (د.ت) ص 272.

(2) - ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج 3، ص 487.

(3) - النظام: الفتاوى الهندية، ج 1، ص 353.

- ابن جزري، أبي القاسم محمد بن أحمد: القوانين الفقهية، الدار العربية للكتاب، طرابلس، سنة 1988م.

- الفيروز آبادي: إلى إسحاق إبراهيم على ابن يوسف: المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار المكر، ج 2، ص 77.

- البهوتي: كشف القناع، ج 4، ص 8، ج 8، ص 2590 - 2591.

(4) - أخرجه الترمذي عن علي في كتاب الحدود عن رسول الله، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد، رقم الحديث 1423، سنن

الترمذي، ج 4، ص 32. - وقال الترمذي هذا حديث حسن غريب من هذا الوجه وفيه روايا مختلفان.

البند الثاني: طلاق المميز:

أما المميز فقد اختلف العلماء في حكم طلاقه.

أ. فجمهور العلماء يقولون بعدم وقوع طلاق الصبي، وإن كان يعقل لأن غير البالغ غير مكلف فلا يقع طلاقه كالمجنون⁽¹⁾.

الحديث: "رفع القلم عن ثلاثة.....عن الصبي حتى يشب"⁽²⁾ أي يبلغ.

ب. وقول الحنابلة: يصح الطلاق من زوج عاقل مختار ولو مميزا يعقل الطلاق ولو كان الصبي المميز دون عشر سنين.

وحجتهم في ذلك:

- عموم قوله -صلى الله عليه وسلم-: «إنما الطلاق لمن أخذ بالساق»⁽³⁾.
- ودلالة الحصر في قوله -صلى الله عليه وسلم-: «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله»⁽⁴⁾.

لأن طلاق الصبي المميز طلاق من عاقل صادق محل الطلاق فوق كطلاق البالغ، ومعنى كون الصبي المميز يعقل الطلاق هو أن يعلم أن زوجته تبين منه وتحرم عليه إذا طلقها⁽¹⁾.

- رواه النسائي عن عائشة في سننه في كتاب الطلاق، باب من لا يقع طلاقه من الأزواج، ج6، ص 156.

- رواه ابن ماجه في سننه في كتاب الطلاق، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم، رقم الحديث 2041، ج1، ص 658.

- رواه أحمد في سننه، ج6، ص 100-101.

(1) - النظام: الفتاوى الهندية، ج1، ص 353.

- ابن رشد "الحفيد": أبي الوليد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار العقيدة، القاهرة، ط1، 1425هـ-2004م، ج2، ص 97.

- الشريبي: محمد الخطيب الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، وبهامشه تقرير الأرواح الفاضل مولانا الشيوخ عوض بكماه وبعض تقارير الشيوخ الإسلام إبراهيم الباجوري ولغيره من الأفاضل: شركة نور الثقافة الإسلامية جاكارتا، ج2، ص 148.

(2) - سبق تحريمه، ص 67.

(3) - رواه البيهقي: في سننه، كتاب الرجعة، باب ما جاء في العدد... ج7، ص 370.

- رواه ابن ماجه: في سننه، كتاب بالطلاق 30، باب طلاق العبد(31) رقم 2081، ج1، ص 672.

- رواه الدار قطني: علي بن عمر: سنن الدار قطني، كتاب الطلاق والخلع والإبلاء وغيره عالم الكتب، بيروت، طه، 1406هـ-1986م، ج4، ص 37.

- حديث حسن: قال الألباني هذا إسناد ضعيف، لضعف ابن لهيعة: الألباني: إرواء الغليل: المكتب الإسلامي ط1، 1399م، 1979م، ج7، ص 108.

(4) - أخرجه الترمذي: كتاب الطلاق واللعان: باب ما جاء في طلاق المعتوه: السنن، حديث رقم 1191، ج3، ص 496 وقال هذا حديث غريب لا نعرفه مرفوعا إلا من حديث عطاء بن عجلان وهو ضعيف واهن الحديث.

- قال ابن حجر: وهذا الحديث ضعيف جدا والصواب وفقه علي كرم الله وجهه، ابن حجر، الفتح الباري، ج9، ص 393-394.

والحقيقة أن حديث: "كل طلاق جائز"⁽²⁾ ضعيف وبفرض صحته فإنه معارض بحديث "رفع القلم" وهو أصح لا شك في ذلك.

أما عموم حديث "إنما الطلاق لمن أخذ بالساق" فإنه مخصوص بحديث "رفع القلم" على أن الطلاق تصرف خطير، ومنحى الشارع على هذا فالراجح⁽³⁾ هو مذهب الجمهور لقوة دليله واتساقه مع مراد الشارع من التروي والتدبر في الطلاق.

والبحث في طلاق الصغير يفقد اليوم كثير من أهميته بعد أن هجرت أكثر التقنيات مذهب الجمهور في العقد على الصغار.

"لأن مقصود النكاح طبعاً هو قضاء الشهوة وشرعاً النسل، والصغر ينافيها"⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: طلاق المغلوب على عقله:

البند الأول: حكم طلاق المغلوب على عقله

إن العقل هو شرط التكليف وعليه لا يقع الطلاق من زائل العقل كالمجنون والنائم والمعتوه⁽⁵⁾ والمرسم⁽⁶⁾ والمغمي عليه⁽⁷⁾ والمدهوش⁽⁸⁾.⁽⁹⁾

(1) - البهوتي: كشاف القناع، 4م، ج8، ص 2590.

(2) - أخرجه البخاري بالفتح كتاب الطلاق: في الإلحاق والكره والسكران والمجنون وأمرها والغلط والنسيان والشرك وغيره الفتح الباري، ج9، ص393.

(3) - السرخسي: المبسوط: ج6، ص 178.

(4) - المصدر نفسه، ج4، ص 212.

- ابن العربي: أحكام القرآن، ج4، ص 1838.

- ابن قدامة: المغني، ج8، ص 257.

(5) - المعتوه هو القليل الفهم المختلط الكلام الفاسد التدبير ولكن لا يضرب ولا يسم بخلاف المجنون. ابن منظور: لسان العرب: مصدر سابق، ج4، ص2804.

- كمال بن الهمام: شرح فتح القدير، ج3، ص 487.

(6) - الرسم: بكسر الباء لفظ معرب، وهو ورم في الدماغ يتغير معه عقل الإنسان، فبهذي، ويقال لمن ابتلى له مرسوم. أنظر رواس القلمجي محميا: حامد صادق فني معجم لغة الفقهاء ص106.

(7) - المغمي عليه، هو من أصابه الإغماء وهو آفة من القلب أو في الدماغ تعطل القوى المدركة والحركة عن أنفعاها مع بقاء العقل مغلوباً وهو فوق النوم، فيلزمه ما يلزم النائم وزيادة. - ابن منظور: لسان العرب: مصدر سابق، ج5، ص3304.

- ابن عابدين: رد المختار، ج4، ص 452.

(8) - المدهوش: هو من ذهب عقله حياء أو خوفاً. - ابن منظور: لسان العرب: مصدر سابق، ج2، ص1441.

- ابن عابدين، رد المختار، ج4، ص 452.

(9) - كمال بن الهمام: شرح فتح القدير، ج3، ص 487.

- النظام: الفتاوى الهندية، ج1، ص 353.

- الشريبي: محمد الخطيب: معنى المحتاج، ج3، ص 279.

وإنما لم يقع طلاق كل أولئك لحديث النبي -صلى الله عليه وسلم-: «رفع القلم عن ثلاثة..... وعن المجنون حتى يعقل»⁽¹⁾ والمعنوه والميرسم والمدهوش في حكمه. وكذلك قوله -صلى الله عليه وسلم-: «كل طلاق جائز إلا طلاق المعنوه المغلوب على عقله»⁽²⁾.

وجاء في شرح هذا الحديث: «أعلم أن هذا الحديث بهذا اللفظ قد روى عن علي بسند صحيح موقوفاً عليه، قال البخاري في صحيحه» وقال علي -رضي الله عنه- كل طلاق جائز إلا طلاق المعنوه قال في المرقاة، قال زين العرب والمغلوب على عقله يعم السكران من غير تعداد والمجنون والنائم والمريض والزائل عقله بالمرض والمغمي عليه فإنهم كلهم لا يقع طلاقهم وكذا الصبي⁽³⁾.

وعليه فطلاق المجنون ومن في حكمه لا يقع لأن الطلاق قول يزيل الملك فاعتبر له العقل كالبيع⁽⁴⁾.

البند الثاني: هل يلحق السفیه بالمجنون في عدم وقوع طلاقه؟

السفه في اللغة الخفة⁽⁵⁾، وفي اصطلاح الفقهاء: «خفة تبعث الإنسان على العمل في ماله بخلاف مقتضى العقل».

فهل يلحق السفیه بالمجنون⁽⁶⁾ فلا يقع طلاقه؟

وعند جمهور الفقهاء لا يلحق السفیه بالمجنون في عدم وقوع طلاقه، وعلى هذا فطلاق السفیه معتبر، لأن السفه لا يؤثر في العقل من جهة إدراكه الأمور، فليس في عقله خلل يلحقه وبهذا صرح الحنفية، وكذلك قال الشافعية والمالكية⁽⁷⁾.

- الدردير: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، ج2، 279.

(1) - سبق تخريجه، ص16.

(2) - سبق تخريجه، ص68.

(3) - المبار كفوري: محمد عبد الرحمن ابن عبد الرحيم، تحفة الأحوذى. شرح جامع الترمذى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1،

1420هـ-1990م، ج4، ص311 (باب ما جاء في الطلاق المعنوه).

(4) - البهوتي: كشف القناع، ج4، ص8، 2591.

(5) - ابن منظور: لسان العرب، مصدر سابق، ج3، ص2034.

(6) - ابن عابدين، رد المختار، ج4، ص444.

(7) - المصدر نفسه، ص443..

- الشربيني: محمد الخطيب: معني المحتاج، ج3، ص279.

- الدردير: الشرح الكبير، ج2، ص365.

لكن في حقيقة الأمر أن للسفيه الذي لا يملك التصرف في أمواله لعدم رشده وللدلالة على اضطراب عقله وضعف تدبيره كيف نسمح له بطلاق زوجته؟..... وهل هذا أقل أهمية وأضعف أثرا من التصرف في القليل من ماله؟. وحتى من الناحية المالية أليس في الطلاق تبعات مالية من دفع مؤخر الصداق ونفقة العدة وقد يسبب له الطلاق الزواج ثانية فيكبدته أموالا أخرى؟⁽¹⁾.

والمتصور في السفيه الطيش، فلا يكون من أهل الروية والتدبير في إيقاعه تومئ إلى تضيق بابه، والحد من منافذه، وأولى الناس بالأخذ على أيدهم في هذا الباب السفهاء الذين يغلب عليهم التصرف على غير مقتضى العقل والشرع⁽²⁾.

الفرع الثالث : أثر نقص الأهلية في القانون:

لم يورد القانون الجزائري أي نص يتعلق بشروط المطلق مما يوجب الأخذ بالمذهب المالكي طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري⁽³⁾، ويقرر الفقه المالكي، هاهنا بأنه لا يقع طلاق الصبي ولا المجنون ومن في حكمه.

ولقد أجاز المذهب المالكي طلاق الولي، نيابة عن الصغير أو المجنون إذا دعت المصلحة أو الضرورة إلى ذلك⁽⁴⁾.

ورغم سكوت المشرع الجزائري عن الشروط اللازمة لإيقاع طلاق الزوج، في باب الطلاق، فقد نص في المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري: «تعتبر تصرفات المجنون والمعته والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه» وعليه، فإن الأهلية المطلوبة في القانون الجزائري لتوقيع الطلاق هي أن يكون الزوج المطلق متمتعا بقواه العقلية وغير محجور عليه.

و نلاحظ أن المشرع الجزائري اعتبر في المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري السفيه عديم الأهلية، مما يتناقض مع أحكام المادة. 43 من القانون المدني الجزائري⁽⁵⁾، التي تعتبر

(1) - عبد الرحمن الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ج1، ص 352.

(2) - أحمد الغزالي: الطلاق الإنفرادي وتدبير الحد منه، ص 98.

(3) - الأمر رقم 84- 11 المؤرخ في 9 رمضان 1406هـ الموافق لـ 9 جوان 1984م المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

(4) - الخطاب، مواهب الجليل، ج4، ص 26.

(5) - نص المادة 43 من القانون المدني الجزائري على: تنص المادة 43 من القانون المدني الجزائري على أنه "كل من بلغ سن التمييز . ولم

يبلغ من الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، ويكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون"

السفيه ناقص الأهلية فقط وليس عديهما، ذلك لأن السفيه يكون كذلك بالنسبة للتصرفات المالية ولكن بالنسبة للتصرفات الشخصية فإن أحكام الفقه الإسلامي تميز له أن يزوج نفسه أو يقوم بإغناء الرابطة الزوجية فطلاقه واقع حسب رأي الجمهور. ومن هنا كان على المشرع الجزائري أن يسوي بين تصرفات المجنون والسفيه. وعليه يجب إزالة هذا التناقض بأن تصحح المادة 85 قانون الأسرة على نحو المادة 43 من القانون المدني⁽¹⁾.

وقد نص القانون السوري في مادته 85 على أنه

ف 1 "يكون الرجل متمتعا بالأهلية الكاملة للطلاق في تمام الثامنة عشرة من عمره.

ف 2- يجوز للقاضي أن يأذن بالتطليق، أو يميز الطلاق الواقع من البالغ المتزوج قبل الثامنة عشرة إذا وجدت المصلحة في ذلك»⁽²⁾.

وقد انتقدت⁽³⁾ هذه المادة لتعارضها مع الشرع فكيف يحدد سن للطلاق.

وقد يكون من هو أقل من هذا السن تزوج لأنه بالغ وعاقل فيطلق ويقع طلاقه في الشرع ولا يقع في القانون.

- القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المتضمن القانون المدني الجزائري

(1) - بالحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة: المرجع السابق ص، 230-231.

(2) - المرسوم التشريعي، رقم 59، الصادر في 17 سبتمبر 1953 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري.

(3) - يقول الشيخ علي حنيف في كتابه فرق الزواج، ص 58 «وي رأي أن هذا ليس من الأمور التي يجوز لولي الأمر فيها أن يحد حدود يلزم الناس بما إذ أن من يطلق زوجته قبل بلوغه الثامنة عشرة وهو بالغ العلامات كيف يستمر حلها له وإعتبارها زوجة وقد طلقها فإنقضت زوجها».

المطلب الثاني: أثر عدم الوعي.

الفرع الأول: طلاق السكران.

السكر مغيب عن الوعي وسكر فلان من الشراب أي غاب عقله وإدراكه⁽¹⁾، ولكن السكر ضربان.

أ. سكر لا معصية فيه: ويكون متى سكر الشخص بشراب لا يعلم أنه مسكر أو يعلم وأكره عليه أو تناوله للعلاج ففي هذه الحالات يقول العلماء أن من سكر سكرًا لا معصية فيه فطلاقه لا يقع لارتفاع المأثم عنه⁽²⁾.

ب. سكر محرم: ويكون ممن تعاطى المسكر اختيارًا لا لعلة وهو يعلم ذلك ومثاله الأشهر شرب الخمر وشرب الحشيشة وغير ذلك مما يذهب الوعي.

البند الأول: أقوال الفقهاء في طلاق السكران.

واختلف الفقهاء في طلاق السكران بطريق محظور إلى قولين:

القول الأول: وقوع الطلاق السكران.

وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة وغيرهم بصحة طلاق من سكر بطريق محظور⁽³⁾. واحتجوا لهذا القول:

(1) - سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحًا: دار الفكر، دمشق، ط2، 1408هـ - 1988، ص 176.

(2) - ابن همام: شرح فتح القدير، ج3، ص 491.

- الدسوقي حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، ص 365.

- الماوردي: أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب: الحاوي الكبير تحقيق محمود مطر جي وبله: مجلة الحاوي (ارجورة الوردية) دار الفكر، بيروت، 1414هـ - 1994م، ج13، ص 105.

- البهوتي: كشف القناع، ج4، ص 2591.

- ابن حزم: المحلى: ج10، ص 208.

(3) - ابن همام: شرح فتح القدير، ج3، ص 489.

- الشريبي: محمد الخطيب: مغني المحتاج، ج3، ص 279.

- الدردير: الشرح الكبير، ج2، ص 365.

- البهوتي: كشف القناع، ج8، ص 2592.

1- بعموم الأدلة الواردة في الطلاق:

كقوله تعالى: «الطلاق مرتان..... إلى قوله تعالى: فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره»⁽¹⁾.

فالأدلة لم تفصل بين السكران وغيره إلا من خص بدليل.

وكذا قوله -صلى الله عليه وسلم-: «كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمعتوه»⁽²⁾.

2- لأن عقله زال بسبب المعصية، فيترل قائما عقوبة عليه وزجرا عن ارتكاب المعصية، بخلاف ما إذا زال عقله بالبنج والدواء. فإن طلاقه لا يقع⁽³⁾.

3- ومن أدلة هذا القول ما ذكر ابن القيم: «أن ترتب الفراق على التطليق من باب ربط الأحكام بأسبابها، فلا يؤثر فيه السكر»

وأن الصحابة أوقعوا طلاق السكران⁽⁴⁾ وكما احتج أصحاب هذا القول بحديث: «لا قبلولة في الطلاق»⁽⁵⁾.

القول الثاني: عدم وقوع طلاق السكران.

وهذا قول الظاهرية فقد قال ابن حزم الظاهري: "وطلاق السكران غير لازم"⁽⁶⁾

والى هذا ذهب الجعفرية في قولهم "فلا يصح طلاق المجنون ولا السكران"⁽⁷⁾

ويبدو أن الجعفرية يرون عدم وقوع طلاق السكران مطلقا سواء كان سكره بطريق محظور أو غير محظور.

(1) - سورة: البقرة الآية: 229.

(2) - الحديث سبق تخريجه، ص 68.

(3) - الكسان: البدائع الصنائع: ج3، ص 99.

(4) - ابن القيم الجوزية: زاد المعاد في هدي حير العباد: المؤسسة العربية، بيروت لبنان، ج4، ص 40.

(5) - الزيلعي: نصب الرأية: دار الحديث، القاهرة، كتاب الطلاق، ج3، ص 222.

سقال أبو زرعة هذا حديث واه جدا: أبي حاتم الرازي: علل الحديث، دار المعرفة، بيروت، 1405هـ، 1985م.

(6) - ابن حزم: المحلى: ج10، ص 208/ج1، ص 436.

(7) - المحلى شرائع الإسلام، ج3، ص نقلا عن عبد الكريم زيدان، الفصل في أحكام المرأة، ج7، ص 370.

والقول بعدم وقوع طلاق السكران مطلقا هو اختيار الكرخي والطحاوي من فقهاء الحنفية⁽¹⁾ وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية فقد قال: «ولا يقع طلاق السكران ولو بسكر محرم»⁽²⁾ وهو أيضا اختيار ابن قيم الجوزية.⁽³⁾

واحتجوا لهذا القول بما يلي:

1- قوله تعالى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ وَلَا جُنُبًا إِلَّا عَابِرِي سَبِيلٍ حَتَّى تَغْتَسِلُوا وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَى أَوْ عَلَى سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَفُورًا غَفُورًا»⁽⁴⁾.

فجعل الله تعالى قول السكران غير معتبر، لأنه لا يعلم ما يقول.

2- ما جاء في صحيح البخاري أن حمزة عم النبي -صلى الله عليه وسلم- دخل عليه مرة وهو سكران فقال له: «وهل أنتم إلا عبيد لأبي»⁽⁵⁾. فلم يكلمه الرسول عليه السلام بل تركه وخرج.

ووجه الاستدلال في هذا الحديث أن السكران لو كان مؤاخذا بأقواله، لاعتبر منه هذا الكلام ردة وكفرا، فدل على أن السكران غير مؤاخذ بأقواله⁽⁶⁾.

قال ابن حجر في هذا الحديث: «من أقوى أدلة من لم يؤخذ السكران بما يقع منه حال سكره من طلاق وغيره»⁽⁷⁾.

3- لا يجوز معاقبة السكران بإيقاع طلاقه، فالقول بأن مؤاخذه السكران على طلاقه على وجه العقوبة له لإرتكابه المحذور وهو تناول المسكر.

(1) - كمال ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج3، ص 490.

(2) - ابن تيمية: الاختيارات العلمية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، دار الكتب الحديثة، شارع الجمهورية، (د ت) > ص 567. ص 254.

(3) - ابن القيم: زاد المعاد، ج4، ص 41.

(4) - سورة النساء، الآية: 43.

(5) - رواه البخاري: كتاب الطلاق، باب الطلاق في الاغلا والكر والسكران، فتح الباري، مصدر سابق، ج9، ص 388 بالفتح.

(6) - عبد الرحمن الصابوني، مدى حرمة الزوجين في الطلاق، ج1، ص 331.

(7) - ابن حجر: الفتح الباري، ج9، ص 391، وما بعدها. وذلك حينما دخل علي بن أبي طالب يشكو إلى النبي عليه السلام حمزة

حيث نقر بعينين.

فالجواب عليه أن الشرع جعل عقوبة السكران حد شرب الخمر، فلا يجوز معاقبته بشيء آخر زيادة على العقوبة المقررة له، كما أن في الزيادة على هذه العقوبة بإيقاع طلاقه يعنى إيقاع الأذى والضرر بزوجه المسكينة دون ذنب جنته، وبدون قصد من زوجها بتطبيقها، وهذا هدم للحياة الزوجية وضياع لأولادهما، وكل هذا مما لا ترغب الشريعة فيه⁽¹⁾.

وبناء على ما سبق فالراجح هو عدم وقوع طلاق السكران، سواء كان سكره بطريق محظور أو غير محظور لأن علة عدم مؤاخذه من سكر بطريق غير محظور هي زوال عقله، وهذه العلة موجودة فيمن سكر بطريق محظور، فيجب مساواة، الاثنان في الحكم أي في عدم اعتبار طلاقهما، أما معاقبة من سكر بطريق محظور باعتبار طلاقه صحيحا، فهذه زيادة على العقوبة الشرعية المقدرة لجريمة السكر وأذى للمرأة، وهذا لا يجوز.

البند الثاني: ما ذهب إليه القانون:

نصت المادة 01 من القانون المصري والمادة 89 من القانون السوري والمادة 88 من القانون الأردني. والمادة 104 من القانون اللبناني على أنه: « لا يقع طلاق السكران.....»⁽²⁾.

ونلاحظ على هذه المواد أنها لم تضع تعريفا للسكران ونرى أنه لا يجوز أن نقول لا يقع طلاق كل سكران بل يشترط في السكران أن يصل به السكر إلى الحد الذي لا يعلم به ما يقول وما يتصرف به . حينئذ يكون فاقد الإدراك أما إذا كان يعي ما يقول ولو كان سكرانا فطلاقه واقع⁽³⁾.

وهذا ما ذهب إليه القانون المغربي في مادته 90 حيث نصت على أنه « لا يقبل طلب الإذن بطلاق السكران الطافح.....»⁽⁴⁾.

فاشترط القانون المغربي في السكران أن يصل به السكر إلى درجة معينة.

أما القانون الجزائري والتونسي فلم يتعرضا إلى هذا الموضوع.

(1) - عبد الكريم زيدان: الفصل في أحكام المرأة المسلمة، ج7، ص 372.

(2) - القانون رقم 25 سنة 1920 بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985

- المرسوم التشريعي، رقم 59، الصادر في 17 سبتمبر 1953، المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري.

(3) - عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، ج1، ص 333.

(4) - القانون رقم: 03-07 الصادر في 12 ذي الحجة 1424هـ الموافق لـ 03 فيفري 2004 المتضمن مدونة الأسرة المغربية.

الفرع الثاني: طلاق الغضبان:

قسم ابن القيم الغضب إلى ثلاث حالات وهي كالآتي: (1)

1- ما يزيل العقل فلا يشعر صاحبه بما قال وهذا لا يقع طلاقه بلا نزاع.

2- ما يكون في مبادئه بحيث لا يمنع صاحبه من تصور ما يقول ويقصده. فهذا يقع طلاقه بلا نزاع.

3- أن يستحكم ويشتد به فلا يزيل عقله بالكلية، ولكن يحول بينه وبين نيته بحيث يندم

على ما فرط منه إذا زال فهذا محل نظر وعدم الوقوع في هذه الحالة أقوال متعددة.

- فلا يختلف الرأي في أن طلاق الأول لا يقع وذلك لحديث « لا طلاق ولا عتاق في إغلاق» (2) كما لا يختلف الرأي أن الثاني يقع طلاقه.

البند الأول: أقوال الفقهاء في طلاق العصيان.

- لكن اختلف العلماء في أثر الغضب إذا توسط بين الرتبتين.

والذي يظهر من عبارة الأكثرية أن طلاقه واقع (3) وفسروا الإغلاق- الوارد في

الحديث- بالإكراه، لا الغضب لأن الغضبان الذي لم يصل إلى مرحلة فقد الوعي مكلف

واع بما ينطق به، فضلا عن أن المطلوب شرعا من الغضبان- مادام يميز- أن يقاوم غضبه،

فلا يسترسل ليطلق وسدا للذريعة لأن الغالب أن الناس لا يطلقون إلا في حال الغضب (4).

بينما استظهر الإمام ابن عابدين أن طلاق الغضبان لا يقع وإن كان يعلم ما يقول متى

غلب على كلامه الهذيان واختلط جده بهزله، وبعبارة أخرى «الذي ينبغي التعويل عليه في

المدهوش ونحو إناطة الحكم بغلبة الخلل في أقوال-الشخص- وأفعاله الخارجية عن

عادته،.....فما دام في الحال غلبة الخلل في الأقوال والأفعال لا تعتبر أقواله، وإن كان

(1) - ابن القيم زاد المعاد، ج4، ص 42.

(2) - الحديث أخرجه الحاكم في المستدرک، ج 2، 198، وقال صحيح على شرط مسلم. ولم يخرج.

- أخرجه البهقي: في سنن الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب ما جاء في طلاق المكره، ج7، ص 357.

- أخرجه الدار قطني في سننه، كتاب الطلاق الخلع والابلاء وغيره رقم 99، ج4، ص 36.

وضعه الذهني وبعض رواه.

(3) - ابن القيم: زاد المعاد، ج4، ص 41-42.

- البهوي: كشف القناع، ج8، ص 2592.

(4) - ابن حجر: الفتح الباري، ج9، ص 389.

يعلمها ويريدها لأن هذه المعرفة والإرادة غير معتبرة لعدم حصولها عن إدراك صحيح، كما لا تعتبر من الصبي والعاقل»⁽¹⁾.

البند الثاني: ما ذهب إليه القانون:

لقد أخذت محكمة النقض المصرية بما استظهر ابن عابدين فقررت أن طلاق الغضبان لا يقع إذا:

أ: بلغ به الغضب مبلغاً لا يدري منه ما يقول أو يفعل.

ب: أو وصل به إلى حالة من الهذيان يغلب عليه فيها الاضطراب في أقواله وأفعاله فذلك لافتقاده الإرادة والإدراك الصحيحين.

كما قررت المحكمة أن تقدير توافر الأدلة على قيام حالة الغضب هذه هو مما يدخل فيها لمحكمة الموضوع من سلطة تقدير الدليل في الدعوى، فلا تخضع بصدده لرقابة محكمة النقض طالما كان استخلاصها سائغاً ولا يوجد معيار طبي أو غير طبي للمدة التي يستغرقها الغضب تبعاً لتفاوت مداه ومدى التأثير به بالنسبة لكل حالة.

وفي تطبيقها لواقعة الغضب قررت المحكمة أنه لا يكفي لبطلان طلاق الغضبان أن يكون مبعثه الغضب، بل يشترط أن تصاحب حالة الغضب المؤثرة إيقاع الطلاق حتى تنتج أثرها على إرادة المطلق⁽²⁾.

وبما يجري عليه العمل في مصر يأخذ القانون الأردني والقانون السوري، حيث لم يفرقوا بين طلاق الغضبان والمدهوش، وقد نص القانون السوري في المادة 89 الفقرة الأولى «لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره» وفي الفقرة الثانية «والمدهوش هو الذي فقد تمييزه من غضب أو غيره فلا يدري ما يقول»⁽³⁾.

كذلك نص القانون الأردني في مادته 88 في الفقرة الأولى على أنه «لا يقع طلاق السكران والمدهوش.....» وفي الفقرة الثانية فسر المدهوش «المدهوش هو الذي فقد تمييزه من غضب أوله أو غيرهما فلا يدري ما يقول»⁽⁴⁾.

(1) - ابن عابدين: حاشية ابن عابدين، ج 8، ص 453.

(2) - أحمد الغزالي: الطلاق الإنفرادي وتدابير الحد منه، ص 102-103.

(3) - المرسوم التشريعي، رقم 59، الصادر في 17 سبتمبر 1953، المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري.

(4) - القانون رقم 61 لسنة 1976 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردنية.

أما القانون المغربي فقد نص على طلاق الغضبان في المادة 90: « لا يقبل طلب الإذن بطلاق السكران الطافح والمكره وكذلك الغضبان إذا كان مطلقاً»⁽¹⁾.
و نلاحظ أن هذه المادة توافق المواد الأخرى حيث لا تعتبر بطلاق الغضبان في حالة الإطباق فقط أي أنه لا يدري ما يقول.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

(1) - القانون رقم 03-07 الصادر في 12 ذي الحجة 1424هـ الموافق لـ 3 فيفري المتضمن مدونة الأسرة المغربية.

المطلب الثالث: أثر تخلف الاختيار في وقوع الطلاق:

يقع الطلاق بعباراة الرجل التي يتلفظ بها والتي يفهم منها إرادته لإنهاء العلاقة الزوجية بما يدل على ذلك من كلام، والأصل أن المكلف مختار في إنشاء تصرفاته الشرعية التي ينشئها وبالتالي فإنه يتحمل تبعات كلامه الذي قاله عن اختيار وقصد، إلا أنه قد يعدم المكلف عنصر الاختيار هذا ويجبر على التلفظ بالطلاق أو يتلفظ به جهلاً أو خطأ دونما قصد معني ما تلفظ به، وقد يتلفظ به عارفاً معناه ومدركاً نتيجته أو آثاره ولكنه يزعم بتصرفه هذا الهزل أو المزاح.....، فما حكم الطلاق الصادر على هذه الوجوه الثلاثة؟

الفرع الأول: طلاق المكره:

البند الأول: أقوال الفقهاء في طلاق المكره.

إذا أكره شخص بغير حق على أن يطلق زوجته فهل يقع طلاقه إذا ما لفظ بالطلاق؟

اختلف الفقهاء في طلاق المكره إلى قولين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم وقوع طلاق المكره⁽¹⁾ واستدلوا ذلك بما يلي:

1- قوله تعالى: «من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ولكن من شرح بالكفر صدراً فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم»⁽²⁾.

دلت هذه الآية الكريمة على أن الله وضع عن الناس الكفر إذا نطق به ألسنتهم وكانت قلوبهم خلاف ذلك سبب ما أكرهوا عليه، كما دلت على سقوط حكم ما هو دون الكفر بالأولى⁽³⁾.

2- ما جاء عن النبي -صلى الله عليه وسلم-: «إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»⁽⁴⁾.

(1) - ابن حزمي: القوانين الفقهية، ص 232.

- الشريبي: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج2، ص 148.

- ابن قدامة: المغني، ج8، ص 259.

- ابن حزم: المحلى، ج10، ص 202.

(2) - سورة النحل: الآية، 106.

(3) - الصابوني: مدي حربة الزوجين في الطلاق، ج1، ص 320.

(4) - الحديث روي بعدة صيغ منها ج رفع عن أمتي الخطأ والنسيان..... < «إن الله وضع عن أمتي....» الحديث رواه ابن عباس..

- رواه ابن ماجه في سننه، كتاب الطلاق (10) باب طلاق المكر والناسي (16) رقم 2045. ج1، ص 659.

- رواه الهقي في السنن الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب ما جاء في طلاق المكره، ج7، ص 356.

فدل هذا الحديث على أنه لا يتعلق مع الإكراه حكم فطلاق المكره باطل لانعدام أثره.

3- وقد رأينا سالفاً أن جماعة من العلماء حملوا معنى الإغلاق على الإكراه في حديث « لا طلاق ولا عتاق في إغلاق»⁽¹⁾.

فلا بد من توفر عنصر الاختيار حتى يكون الطلاق صحيحاً وإما مجرد التلفظ بلا اختيار ولا إرادة وقصد فلا يترتب عليه حكم.

4- ما رواه البخاري عن ابن عباس قال: « طلاق السكران والمستكره ليس بجائز»⁽²⁾.

ذهب الحنفية إلى القول بوقوع طلاق المكره⁽³⁾. واحتجوا بما يأتي:

(1)- قوله - صلى الله عليه وسلم - : « كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله»⁽⁴⁾.

(2)- ولقوله - صلى الله عليه وسلم - : « ثلاث جدهن جد و هزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة»⁽⁵⁾.

والمكره لا يخلوا أن يكون جادا، أو هازلا فوجب أن يقع طلاقه⁽⁶⁾.

(3)- كما أن المكره قصد إيقاع الطلاق في حال أهليته فلا يعرى تصرفه عن حكمه وهو وقوع الطلاق دفعا لحاجته اعتبارا بغير المكره، إذ العلة فيه دفع الحاجة وهو موجود في المكره لحاجته إلى التخلص عما توعد به المكره من القتل أو الجرح أو الأذى الذي لا يطاق، فالمكروه عرف الشرين والضررين، ضرر إيقاع الطلاق ووقوع الضرر به فاختار

- رواه الدارقطني: في سننه ج4، 170. ص 171.

- رواه الحاكم في المستدرک، کتاب الطلاق، ج2، ص 198. وقال حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجه ووافقه الذهبي.

(1) - رواه البخاري: في الفتح كتاب الطلاق، باب الطلاق في الإغلاق والكراهة والسكران والمجنون وأمرهما والغلط والسيان في الطلاق والشرك وغيره، الفتح، ج9، ص388.

(2) - ابن حجر: لفتح الباري، ج9، ص 388.

(3) - ابن الممام: شرح فتح القدير، ج3، 4777.

(4) - سبق تخريجه. ص 68.

(5) - أخرجه الترمذي: كتاب الطلاق واللعان: باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق السنن، حديث رقم 1186، ج3، ص 496، وقال هذا حديث حسن غريب.

- أخرجه أبو داود في كتاب الطلاق: باب في الطلاق على الهزل، السنن، ج1، ص342.

- أخرجه ابن ماجه: كتاب الطلاق (10) باب من طلق أو نكح أو راجع لاعبا (13) السنن، الحديث رقم 2039، ص658.

- أخرجه الحاكم: في المستدرک، ج2، ص وقال هذا حديث صحيح.

(6) الكساني: ندائع الصنائع، ج3، ص 100.

أهوهما وهو إيقاع الطلاق. وهذا آية القصد والاختيار فهو مختار في التكلم اختيار كاملا غير أنه محمول على اختيار ذلك، ولا تأثير لهذا في نفي ليحكم الذي هو غير راض به، لأن عدم رضاه غير محل بترتب الحكم على قوله كالهازل⁽¹⁾.

والراجع:

هو ما ذهب إليه الجمهور، لقوة أدلته وضعف أدلة الحنفية وبالإضافة إلى أدلة الجمهور فإن الطلاق غير مرغوب فيه شرعا، فالإكراه عليه بغير وجه حق ظلم وبغى واعتداء وتفويت لمقاصد الشرع في النكاح وبقاء رابطة بعد وجودها، كما أن منهج القرآن في أحكام النكاح والطلاق، يدعو إلى تلمس الأسباب للحفاظ على الأسرة وليس العكس، لذا فالأقرب إلى مقاصد التشريع هو عدم وقوع طلاق المكره متى وجد الإكراه بشروطه المعتبرة شرعا⁽²⁾.

البند الثاني: ما ذهب إليه القانون:

لقد هجرت التقنينات المعاصرة رأي الحنفية في طلاق المكره، وأخذت بمذهب الجمهور، ومن ذلك القانون المصري في مادته الأولى⁽³⁾ والقانون السوري⁽⁴⁾ في المادة 89 والقانون الأردني⁽⁵⁾ في المادة 88 في فقرتها الأولى. وكذا القانون اللبناني⁽⁶⁾ في المادة 105 فكل هذه المواد إذ لاحظناها لا نكاد نلمح اختلافا بينها.

ومن البديهي أنه يتعين على من يدعي وقوع الطلاق تحت تأثير الإكراه إثبات ما يدعيه، وإلا وقع طلاقه صحيحا.

(1) - محمد بن محمود: أكمل الدين: شرح العناية على الهداية (الهداية وفتح القدير). ج3، ص 488-489.

(2) - عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة المسلمة، ج7، ص 376.

- أحمد الغزالي: الطلاق الإنفرادي وتدبير الحد منه، ص 105.

(3) - القانون رقم 25 سنة 1920 بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم 100 سنة 1985

(4) - المرسوم التشريعي رقم 59 الصادر في 17 سبتمبر 1953، المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري

(5) - قانون رقم (61) لسنة 1976 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردنية .

(6) - قانون حقوق العائلة، بيروت ، 24 شباط سنة 1948 .

المطلب الرابع: أثر تخلف القصد في وقوع الطلاق.

الفرع الأول: طلاق الهازل .

من المسائل المتعلقة بقصد المطلق قصده الهزل بكلامه الذي يتلفظ به دون الأثر الشرعي المترتب عليه، وهو الطلاق مع علم المتكلم بمعنى ما يتلفظ به وإن كان يريد من اللفظ ودلالته المعنى الحقيقي ولا المجازي بل يريد به غيرها، ولا قصد له من ذلك كله سوى الهزل (1).

البند الأول: أقوال الفقهاء في طلاق الهازل.

واختلف الفقهاء في وقوع طلاق الهازل فمنهم من قال بوقوعه ومنهم من قال بعدم وقوعه ونذكر فيما يلي أقوال الفريقين وما استدلوا به.

القول الأول: -القائلون بوقوع طلاق الهازل هم جمهور العلماء ومن أقوالهم

أ- فقه الحنفية: «وكذا كونه جاد ليس بشرط، فيقع طلاق الهازل بالطلاق واللاعب به» (2).

ب- فقه المالكية: «الهزل في الطلاق نافذ كالجد» (3).

ج- فقه الشافعية: «فيصح الطلاق من السفية والمريض أي لو كان هازلاً» (4).

د- فقه الحنابلة: «إن صريح الطلاق لا يحتاج إلى نية، بل يقع من غير قصد ولا خلاف في ذلك، وسواء قصد المزح أو الجد، قال ابن المنذر (5) أجمع كل من أحفظ من أهل العلم على أن جد الطلاق وهزله سواء، وروى هذا عن عمر بن الخطاب وابن مسعود ونحوه» (6).

واستندوا في رأيهم هذا إلى أدلة أظهرها:

1- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزْوًا﴾ (7).

(1) - ابن عابدين: رد المختار، ج 8، ص 443.

(2) - الكسان: بدائع الصنائع، ج 3، ص 100.

(3) - ابن حزمي: القوانين الفقهية، ص 235.

(4) - الشربيني: معني المحتاج، ج 3، ص 288.

(5) - ابن منذر: محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، أبو بكر، فقيه، مجتهد القياس وكتاب الإجماع واختلف في سنة وفاته وقيل عند

ابن عماد سنة 318هـ. - ابن عماد، شاذارات الذهب، ج 2، ص 280.

(6) - ابن قدامة: المعني، ج 8، ص 279.

(7) - سورة البقرة: الآية 231.

قالوا: معناه لا تأخذوا أحكام الله تعالى في طريق الهزو بالهزل فإنها جد كلها لمن هزل فيها لزمته. قال أبو الدرداء ⁽¹⁾ كان الرجل يطلق في الجاهلية ويقول إنما طلقت وأنا لاعب. وكان يعتق وينكح ويقول: كنت لاعبا فترلت هذه الآية ⁽²⁾.

2- ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم من قوله: «ثلاث جدهن جد وهزهن جد النكاح والطلاق والرجعة» ⁽³⁾.

والحديث صريح في أن طلاق الهازل يقع

3- كما أنه لو أطلق للناس جواز الاحتجاج بالهزل لعدم وقوع طلاقهم لتعطلت الأحكام حيث يستطيع كل مطلق أو ناكح أن يقول: كنت هازلا إذا أراد الخلاص من طلاقه أو نكاحه، وهذا يؤدي إلى الفوضى وارتكاب المحرم. وعلى هذا فكل من تكلم بشيء مما جاء في الحديث الشريف أي النكاح والطلاق والرجعة- لزمه حلمه ولم يقبل منه أنه كان هازلا، تأكيدا الأمر الفرج وصيانة واحتياطاً لها ⁽⁴⁾.

القول الثاني: أما من قال بعدم وقوع طلاق الهازل مذهب الجعفرية. فقد جاء في نيل الأوطار: «وقال به -أي بعدم وقوع طلاق الهازل- جماعة من الأئمة منهم الصادق والباقر والناصر» ⁽⁵⁾.

وهي رواية عن مالك وأحمد ومقتضى عبارة ابن حزم أن طلاق الهازل لا يقع ⁽⁶⁾. وأدلتهم على ذلك ما يأتي:

(1) -أبو الدرداء: عويمر بن زيد الأنصاري الخزرجي، وكان يقال هو حلیم هذه الأمة، شهد أحداً وابلى يومئذ بلاء حسناً، وكان عالم أهل الشام ومقرء أهل دمشق وفقههم وقاضيههم وكان يقول: أجد الموت أشتياقاً إلى ربي وأحب الفقر تواضعاً لربي، وأحب المرض تكفيراً لخطيئتي، مات سنة 32هـ.

-السيوطي: طبقات الحفاظ، ج1، ص7.

(2) - القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص157.

-الخصاص، أحكام القرآن، ج1، ص385.

(3) -سبق تخريجه، ص81.

-أخرجه الترمذي: كتاب الطلاق، باب ما جاء في الجحد والهزل، ج3، ص490، رقم1184.

(4) -آبادي: أبي الطيب محمد شمس الحق: عون المعبود شرح سنن أبي داود، مع شرح الحافظ ابن القيم الجوزية، تحقيق عبد الرحمن محمد عثمان، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، ط1388، 2هـ-1968م، ج6، ص263.

(5) -الشوكاني: نيل الأوطار، ج8، ص19.

(6) -ابن تيمية: الفتاوى، ج33، ص107.

-الخطاب: مواهب الجليل، ج4، ص44.

-ابن حزم: المحلى، ج10، ص200.

1- قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾⁽¹⁾

فدللت هذه الآية عندهم على اعتبار العزم والهازل لا عزم منه.

2- ولما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم: «إنما الأعمال بالنيات»⁽²⁾.

والهازل لا نية له في الطلاق.

الراجح: وإذا ناقشنا أدلة من قال بوقوع طلاق الهازل نجد أن عمدة استدلالهم هو الحديث المذكور: ثلاث جدهن جد وهزلهن جد...» إذ أن استدلالهم بالآية: «ولا تتخذوا آيات الله هزوا» ليس فيها أكثر من النهي وليس يدل على وقوع وصحة تصرفات الهازل. أما الحديث فقد تكلم فيه العلماء كثيرا ورده بعضهم فلا يصلح وحده أساسا للاستدلال على طلاق الهازل⁽³⁾.

فالأرجح في طلاق الهازل أنه يجب أن نفرق بين حالتين:

الحالة الأولى فيما لو كان المجلس مجلس لهو ولعب وهزل مما يختلف فيه اثنان أي أن لفظ يصدر فيه لا يقصد به إلا الهزل. فهذا الخلاف في أن من يطلق في هذا المجلس لا يقصد وقوع الطلاق.

أما الحالة الثانية فهي ادعاء الزوج أنه طلق هازلا بعد وقوع الطلاق في حالة يختلف فيها هل كان جادا أم هازلا⁽⁴⁾.

ففي الحالة الأولى نرى أنه لا يقع طلاق الهازل وذلك أرجح في ميزان المصالح وأخف مفسدة من القول بإيقاعه لوجود الدليل أو القرينة الدالة على الهزل وانعدام القصد. أما في الحالة الثانية فيقع طلاق الهازل حفظا لأحكام الشرع من العبث واللعب بها.

(1) - سورة البقرة: الآية 227.

(2) - أخرجه البخاري: كتاب بدء الوحي، باب كيف كان بدء الفتح، ج1، ص09.

(3) - حديث ثلاث جدهن جد: روى هذا الحديث عن خمسة من الصحابة وهو أبو هريرة (الصابوني ص315 هامش).

(4) - الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ج1، ص315-317.

البند الثاني: ما ذهب إليه القانون.

إن القوانين العربية لا تزال تعتبر رأي الجمهور المتمثل في أن طلاق الهازل يقع حفظاً لأحكام الشرع من اللعب والعبث، فمن تلفظ بالطلاق وقع جادا كان أم هازلاً. وإن كان مشروع القانون العربي الموحد قد اقترح في المادة 79 منه، أنه: «لا يقع طلاق إلا في حضرة الموثق»⁽¹⁾ دفعا لمخاذير التسرع فيه. وعلاجاً لما آل إليه جهال الناس من سوء التصرف في الطلاق.

واللجنة التي وضعت النص استهدفت به أصلاً كما تبين المذكرة الإيضاحية-الدرجة الدنيا من الانفعال الباعث على الطلاق وعلى الرغم من أنها أبقت على حكم طلاق الهازل -حسب رأي الجمهور- بالمادة 78 «يشترط لوقوع الطلاق من الزوج أن يكون عاملاً، مختاراً قاصداً إلى اللفظ الذي يقع به الطلاق، واعياً ما يقول، وأن يكون بالغاً سن الرشد»⁽²⁾

لكن باشرطهما التوثيق تكون قد أوصدت الباب دون احتمال الهزل في الطلاق وإن لم تكن قد قصدت إليه. لأن قرائن الأحوال حينئذ تبرهن على أن المطلق يقصد الطلاق ويريده⁽³⁾.

الفرع الثاني: طلاق المخطئ

المخطئ من سبق لسانه إلى لفظ لا يقصده، فمن أخطأ لسانه ولفظ بالطلاق وهو لا يقصد ذلك، بل يقصد معنى آخر كما لو أراد أن ينادي لفظ زوجته فأخطأ لسانه فقال لها أنت طالق فهل يقع طلاقه؟

1- قال الحنفية طلاق المخطئ يقع: فقد جاء في "الفتاوى الهندية" في فقه الحنفية: «لو أراد أن يتكلم بكلام فسبق لسانه بالطلاق فالطلاق واقع»⁽⁴⁾

(1) -مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري و السوري تم وضعه على يد لجنة خاصة مع مذكرته الإيضاحية ما بين 1959-1961. دار البشير، جدة، ط1416، 1هـ-1996م، ص155.

(2) -المرجع نفسه، ص148.

(3) -أحمد الفزالي: الطلاق الانفرادي وتدبير الحد منه، ص114.

(4) نظام: الفتاوى الهندية، ج1، ص353

ويرى الحنفية أن الطلاق واقع بحسب الظاهر لان الخطأ أمر باطني لا يطلع عليه إلا من جهة صاحبه، وقد يتخذ ادعاؤه وسيلة إلى إحلال ما حرم الله والى إضاعة الحقوق⁽¹⁾.
2- ويرى جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية أن طلاق المخطئ لا يقع⁽²⁾.

واستدلوا على ذلك بما يأتي :

- 1- قوله تعالى: ﴿ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم﴾⁽³⁾
- 2- وقوله صلى الله عليه وسلم: «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل أمرئ ما نوى»⁽⁴⁾
- 3- وقوله أيضا عليه الصلاة والسلام: «إن الله تجاوز عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»⁽⁵⁾.

والراجح: باعتبار الدليل هو مذهب الجمهور، وهو ما ارتضاه بعض علمائنا المعاصرين لأن الطلاق شرع للحاجة، فلا بد من قصد صحيح إليه ولعلة باعثة عليه⁽⁶⁾.

(1) -الكسان: بدائع الصنائع، ج3، ص100

(2) - بن حزمي: القوانين الفقهية نص 235

-الشربيني: معنى المحتاج، ج3، ص287

-ابن قدامة: المعنى: ج8، ص265.

-ابن حزم: المحلى، ج10، ص200

(3) -سورة الأحزاب: الآية 5

(4) - سبق تخريجه، ص87.

(5) -سبق تخريجه، ص80.

(6) -أنوار رهرة: عمدة: لأحوال الشخصية، ص291.

الفصل الثالث

قيود الطلاق الشرعية والمقانونية.

المبحث الأول: قيود الطلاق الشرعية.

المبحث الثاني: قيود الطلاق القانونية.

لقد وضعت الشريعة الإسلامية خطوة وقائية للحفاظ على كيان البيت المسلم كالسماح والعتو وكظم الغيظ... إلخ، وخطوات أخرى عند حدوث المشكلة بين الرجل وزوجته ذكرها رب العالمين. في قوله: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ﴾⁽¹⁾.

أما إذا كانت أسباب النزاع والخلاف قوية ومحكمة ولا يمكن علاجها فيما بين الزوجين، عندئذ نلجأ إلى التحكيم في هذا الشقاق امثالاً لأمر الله عز وجل: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾⁽²⁾.

ولكن عندما يتسع الفرق ويزداد الخلاف ولا تكون هناك نقاط بين الزوجين فعندئذ يكون آخر العلاج الكي، ويكون الطلاق هو الدواء المر الذي لا بد منه عند الضرورة. لكن الطلاق لم يشرع على إطلاقه بل وضع الشارع له قيوداً كثيرة وهذا ما سنتعرض إليه في هذا الفصل من خلال مبحثين اثنين في الأول منها القيود والضوابط الشرعية للطلاق ثم سنتعرض إلى القيود القانونية التي وضعتها بعض البلدان العربية من أجل تقليل ظاهرة الطلاق في المجتمع.

المبحث الأول: قيود الطلاق الشرعية.

سنتعرض في هذا المبحث إلى الضوابط التي وضعها الشارع للطلاق من خلال ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: قيد العدد.

الأصل في إيقاع الطلاق أن يطلق الرجل المرأة في طهر لم يمسه فيها طليقة واحدة، عملاً بقوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾⁽³⁾ وقوله أيضاً: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ، فِأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ، أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾⁽⁴⁾.

فإذا خالف الزوج هذا الهدى، فطلق أكثر من واحدة فما حكم ذلك؟.

(1) سورة النساء: الآية 15.

(2) سورة النساء: الآية 35.

(3) سورة الطلاق: الآية 01.

(4) سورة النقرة: الآية 229.

الفرع الأول: أقوال الفقهاء في طلاق الثلاث.

وقع الاتفاق بين الفقهاء في أن من طلق زوجته ثم راجعها ثم طلقها ثم راجعها ثم طلقها فإنها لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره.

ولكن وقع الاختلاف فيما إذا أوقع الزوج التطبيقات الثلاث بمجموعات بضم واحد كأن يقول لها: أنت طالق ثلاثا، أو متفرقات في مجلس واحد كأن يقول لها: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، فهنا وقع الاختلاف بين الفقهاء إلى أربعة أقوال نوردها على النحو الآتي:

القول الأول: ويقضي بوقوع الطلاق ثلاثا. وإلزام المطلق بما تلفظ به، وبالتالي لا تحل له زوجته حتى تنكح زوجا غيره، وأصحاب هذا القول هم الجمهور وفيهم الأئمة الأربعة: أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد بن حنبل⁽¹⁾.

القول الثاني: يقضي بوقوع طلقة واحدة لمن تلفظ بالثلاث، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم⁽²⁾.

القول الثالث: يفرق أصحابه بين المدخول بها وغير المدخول بها، فيرون أن الطلاق يقع ثلاثا إذا كانت الزوجة مدخولا بها، ويقع واحدة بائنة إذا كانت غير مدخول بها وبه قال جماعة من أصحاب ابن عباس، وإليه ذهب إسحاق بن راهويه⁽³⁾.

القول الرابع: يرى أصحابه أن هذه الصيغة لا يقع بها شيء، وروي هذا القول عن بعض الظاهرية وبعض الشيعة الإمامية⁽⁴⁾.

(1) ابن المهام: شرح فتح القدير، ج 3، ص 485.

- بن جزى: القوانين الفقهية، ص 231.

- الشربيني: مغني المحتاج، ج 3، ص 311.

- ابن قدامة: المغني، ج 8، ص 243.

(2) ابن تيمية: الفتاوى الكبرى، ج 33، ص 9.

- ابن القيم: زاد المعاد، ج 4، ص 105، ص 54.

(3) ابن القيم: زاد المعاد، ج 4، ص 54.

- الصنعاني: سبيل السلام، ج 3، ص 39.

(4) ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ج 33، ص 82.

البند الأول: أدلة القول الأول: "قول الجمهور".

القول الأول هو - قول الجمهور - وهو وقوع الطلاق ثلاثا بلفظ واحد، أو يتكرره ثلاث مرات كأن يقول لزوجته: أنت طالق ثلاثا، أو يقول لها: أنت طالق، وطالق، وطالق، وأدلة ذلك ما يأتي:

1- من الكتاب:

- ومنه قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ، فَإِنْ سَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾⁽¹⁾ فهو يدل على وقوع الثلاث معا مع كونه منهيًا عنه، لأن قوله تعالى ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾ تنبيه إلى الحكمة من التفريق، ليتمكن من المراجعة، فإذا خالف الرجل الحكمة، وطلق اثنتين معا، صح وقوعها إذ لا تفريق بينهما⁽²⁾.

كما ترجم البخاري على هذه الآية «باب من أجاز الطلاق الثلاث» بقوله تعالى ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِنْ سَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾ وهذا إشارة منه إلى أن هذا التعدد إنما هو فسحة لهم، فمن ضيق على نفسه لزمه⁽³⁾.

- وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾⁽⁴⁾ فهذا الطلاق يقع على الثلاث بمجموعة ومفرقة ولا يجوز أن يخص بهذه الآية بعض ذلك دون بعض بغير نص⁽⁵⁾.

2- من السنة:

1- أخرج الإمام البخاري خير تلامعن عويمر العجلاني⁽⁶⁾ وزوجته في حضرة النبي صلى الله عليه وسلم لما أتهم عويمر زوجته بالزنا. فلما فرغا من التلاعن قال عويمر «كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكها فطلقها ثلاثا أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم»⁽¹⁾.

(1) سورة البقرة: الآية 229.

(2) وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، طبعة خاصة بالجزائر بإذن خاص من (دار الفكر بدمشق، ط1، 1404هـ-1984)، (1413هـ-1992م) ج7، ص410.

(3) القرطبي: الجامع لأحكام القرطبي، ج3، ص128-129.

(4) سورة البقرة: الآية 230.

(5) ابن حزم الأندلسي: المحلى، المصدر السابق، ج10، ص170.

(6) عويمر العجلاني: هو عويمر بن الحرث بن زيد العجلاني كانت ملاعته لزوجته سنة تسع من الهجرة، حين قدم رسول الله p من تبوك.

- ابن حجر: الإمامة في تمييز الصحابة، دار الكتاب العربي، بيروت، ج3، ص45.

* ووجه الاستدلال: بهذا الخبر أن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينكر عليه إيقاع الطلقات الثلاث بمجموعة، فلو كان ممنوعاً لأنكره، ولو أن الفرقة وقعت بنفس اللعان⁽²⁾.

2- روى النسائي عن محمود بن لبيد⁽³⁾ قال: أخبرنا رسول الله عن رجل طلق امرأته ثلاث تطلقات جميعاً فقام غضبان ثم قال: «أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم»⁽⁴⁾.

وجه الاستدلال: أنه طلاق على سمع من الرسول عليه السلام وصحبته فأقره عليه ولو لم يكن مشروعاً لم يقره عليه السلام على أمر غير مشروع، فدل على أن الرجل إذا أوقع أكثر من طلقة بلفظ واحد ألزم بها⁽⁵⁾.

3- من الإجماع:

قال ابن حجر العسقلاني - رحمه الله تعالى - مرجحاً وقوع الطلاق الثلاث باللفظ الواحد: «وإيقاع الثلاث للإجماع الذي انعقد في عهد عمر على ذلك، ولا يحفظ أن أحداً في عهد عمر خالفه في واحدة منها وقد دل إجماعهم على وجود ناسخ وإن كان خفي عن بعضهم قبل ذلك حتى ظهر لجميعهم في عهد عمر، فالمخالف بعد هذا الإجماع منابذ له»⁽⁶⁾.

ومما يدل على إجماع الصحابة عدم مخالفة أحد منهم عمر بن الخطاب في إمضائه الطلاق الثلاث⁽⁷⁾.

(1) أخرجه البخاري: بالفتح، كتاب الطلاق: باب من جوز الطلاق الثلاث، رقم الحديث 5259، ج 9، ص 261.

(2) ابن حجر العسقلاني: الفتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج 9، ص 267.

(3) محمود بن لبيد بن أبي رافع الأنصاري الأشعري ولد على عهد رسول الله وحدث عنه أحاديث قال البخاري له صحبة وقال أبو حاتم لا تعرف له صحبة ذكره مسلم في التابعين وكان من العلماء مات سنة 96 وقد ترجم له أحمد في مسنده.

(4) أخرجه النسائي في سننه في كتاب الطلاق: باب الثلاث المجموعة وما فيه من التقليل: سنن النسائي: شرح جلال الدين السيوطي وحاشية السندي، دار الكتاب العربي، بيروت، ج 6، ص 142.

* قال ابن حجر في الفتح الباري عن هذا الحديث: «أخرج النسائي ورجاله ثقة، لكن محمود بن لبيد وله في عهد النبي صلى الله عليه وسلم ولم يثبت له منه سماع، وإذ ذكره بعضهم في الصحابة فأجل الرؤية، ابن حجر: الفتح الباري، ج 9، ص 362.

* وقال ابن حزم "في المحلى" وأما خبر محمود بن لبيد فمرسل ولا حجة في مرسل ومخرمة لم يسمع من أبيه شيئاً. ابن حزم: المحلى، ج 10، ص 168.

(5) عبد الرحمن الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ج 1، ص 235.

(6) ابن حجر: الفتح الباري، ج 10، ص 365.

(7) الكمال بن الهمام: فتح القدير، ج 3، ص 470.

4- من القياس:

إن الله سبحانه وتعالى ملك الزوج ثلاث تطليقات، وجعل إيقاعها إليه. فإن قلنا: إن جمع الثلاث جائز كما يقول الشافعي وابن حزم فيمن طلق ثلاثاً بلفظ واحد، فقد فعل ما أبيح له فيصح، وإن قلنا جمع الثلاث حرام وإنه طلاق بدعي، فالشارع إنما ملكه تفريق المطلقات الثلاث فسحة له فإذا جمعها فقد جمع ما فسح له في تفريقه، فلزمه حكمه كما لو فرقه، وهذا كما أنه يملك تفريق المطلقات وجمعهن، فكذلك يملك تفريق الطلاق وجمعه، فهذا قياس الأصول⁽¹⁾.

البند الثاني: أدلة القول الثاني:

وأما أدلة الزيدية وابن تيمية وابن قيم القائلين بوقوع طلاق الثلاث طلقة واحدة فهي ما يأتي:

1- من الكتاب:

1- استدلوا بقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فِيمَا سَكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾⁽²⁾.

فالآية تبين أن الطلاق الذي ذكره هو الطلاق الرجعي الذي يكون فيه أحق بردها وهو "مرتان" مرة بعد مرة⁽³⁾.

والله تعالى لم يقل: الطلاق طلقتان، بل قال: "مرتان" فإذا قال لامرأته، أنت طالق اثنتين، أو ثلاثاً، أو عشراً، أو ألفاً. لم يكن قد طلقها إلا مرة واحدة⁽⁴⁾.

2- أن الله سبحانه وتعالى لم يبيح إلا الطلاق الرجعي و«للعدة»، فقال: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾⁽⁵⁾ ثم يقول: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهُ

⁽¹⁾ ابن القيم: إغاثة اللهفان من مصابد الشيطان، تحقيق محمد سيد كيلاني، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الأخيرة،

1381هـ-1961م، ج1، ص316.

⁽²⁾ سورة البقرة: الآية 229.

⁽³⁾ ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ج33، ص11.

⁽⁴⁾ المصدر نفسه، ص12.

⁽⁵⁾ سورة الطلاق: الآية 01.

يُخَذُّ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴿١﴾
 فيين:

أ- أن الطلاق لا يكون إلا للعدة أي يطلقها طاهر قبل أن يمسه، فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء.

ب- أن الطلاق المذكور هو الطلاق الرجعي، لقوله تعالى: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُخَذُّ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ قال جميع المفسرين: أراد الله بالأمر هاهنا الرغبة في الرجعة⁽²⁾.

3- وقال مجاهد: «كنت عند ابن عباس، فجاءه رجل فقال: إنه طلق امرأته ثلاثاً، قال: فسكت حتى ظننت أنه ردها إليه، ثم قال: ينطلق أحدكم فيركب الحموقة⁽³⁾ ثم يقول: يا بن عباس، يا بن عباس، فإن الله - عز وجل - قال: ﴿وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا﴾⁽⁴⁾ فما أجد لك مخرجاً، عصيت ربك، وبانت منك امرأتك، فإن الله - عز وجل - قال: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾⁽⁵⁾»⁽⁶⁾.

وجه الاستدلال: وفتوى ابن عباس تدل على أن الرجل إذا طلق زوجته ثلاثاً بمجموعة بانت منه⁽⁷⁾.

(١) سورة الطلاق: الآية 02.

(٢) الجصاص: أحكام القرآن، ج 3، ص 455.

- ابن العربي: أحكام القرآن، ج 4، ص 1824-1826.

(٣) الحموقة: هي فملولة من الحمق أي خصلة ذات حمق، وحقيقة الحمق وضع الشيء في غير موضعه مع العلم بقبحه. * ابن الأثير: مجد الدين المبارك بن محمد الجزري: النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الصنهاجي، دار الفكر، بيروت، ج 1، ص 442.

(٤) سورة الطلاق: الآية 02.

(٥) سورة الطلاق: الآية 01.

(٦) أخرجه أبو داود في سننه: كتاب الطلاق - باب نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث، ج 1، ص 508.

- وأخرجه البيهقي: في سننه الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب الاختيار للزوج أن لا يطلق إلا واحدة، ج 7، ص 331.

- كما أخرجه بنحو هذا اللفظ عبد الرزاق في مصنفه: كتاب الطلاق، باب المطلق ثلاثاً، عبد الرزاق بن ممام أبي بكر، المصنف، تحقيق: حبيب الرحم الأعظمي، منشورات المجلس العلمي، ج 6، ص 397 الأثر رقم 11332.

- والدارقطني في سننه، كتاب الطلاق والخلع والإبلاء وغيره، ج 4، ص 60، الأثر رقم 143.

- قال الألباني: إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ج 7، ص 121 قال: إسناده صحيح، الأثر رقم 2055.

(٧) آبادي: عون المعبود شرح سنن أبي داود، ج 6، ص 270.

فدل ذلك على أنه لا يجوز إرداف الطلاق للطلاق حتى تنقضي العدة أو يراجعها لأنه أباح الطلاق للعدة، أي استقبال العدة، فمتى طلقها الثانية والثالثة قبل الرجعة بانت على العدة ولم تستأنفها باتفاق المسلمين⁽¹⁾.

من السنة:

1- عن ابن عباس أنه قال: «كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر، وستين من خلافة عمر: طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة، فلو أمضيها عليهم، فأمضاه عليهم»⁽²⁾.

وجه الاستدلال: أنه من جعل الثلاث بلفظ الثلاث، أو الثلاث في مجلس واحد، يكون واحدة، فإنما يتبع الرسول صلى الله عليه وسلم ولا يتبع عمر رضي الله عنه، والرسول أولى بالإتباع⁽³⁾.

2- عن ابن عباس قال: «طلق ركاة⁽⁴⁾ بن عبد يزيد - أخو بني المطلب - امرأته ثلاثاً في مجلس واحد، فحزن عليها حزناً شديداً، قال: فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم «كيف طلقتها؟» قال: طلقته ثلاثاً [قال: فقال] ⁽⁵⁾ «في مجلس واحد؟» قال: نعم، فقال: [فإنما] ⁽⁶⁾ تلك واحدة، فأرجعها إن شئت، قال: فراجعها، فكان ابن عباس يرى إنما الطلاق عند كل طهر»⁽⁷⁾.

(1) ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ج 33، ص 79.

(2) أخرج هذا الحديث مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق (18) باب الطلاق الثلاث (03) الحديث رقم: 15 (1472)، ج 2، ص 1099.

(3) محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 305.

(4) ركاة: بن يزيد بن هاشم بن المطلب المطلب، كان من مسلمة الفتح، وكان من أشد الناس وهو الذي سأل رسول الله ﷺ بصارعه وذلك قبل إسلامه ففعل وصارعه مرتين أو ثلاثاً توفي في خلافة معاوية سنة 42هـ. ابن عبد البر: الاستيعاب، ج 2، ص 507.

(5) ما بين قوسين غير موجود في الأصل، وانفرد به الإمام أحمد في مسنده.

(6) في الأصل "إن" والتصويب من مسند الإمام أحمد، بنظر ابن المبرد سم الحاث إلى علم الطلاق الثلاث تحقيق الحجلان، عبد العزيز بن محمد بن عبد الله دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط 1، 1418هـ-1997م، ص 128 (الهامش).

(7) رواه الإمام أحمد في مسنده، ج 1، ص 265.

- وأخرجه من هذا الوجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب "الخلع والطلاق"، باب من جعل الثلاث واحدة وما ورد في خلاف ذلك، ج 7، ص 339.

قال الألباني: الحديث ضعيف: الألباني: إرواء الغليل، ج 7، ص 144-145.

وجه الاستدلال:

إن المطلق لو نوى أكثر من واحدة لوقع ما نواه وألزمه الرسول صلى الله عليه وسلم.

البند الثالث: أدلة القول الثالث:

وهذا القول هو وقوع الثلاث طلقة واحدة في غير المدخول بها، ووقعها ثلاثا في المدخول بها، والذين قالوا بهذا القول جماعة من أصحاب ابن عباس وإسحاق بن راهويه، وكما ذكر ابن القيم ذلك، ومن الأدلة التي استدلوها بها ما يأتي:

1- استدل أصحاب هذا القول بحديث أبي الصهباء⁽¹⁾ الذي قال لابن عباس: «أما علمت أن الرجل كان إذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأبي بكر، وصدرا من إمارة عمر؟ قال ابن عباس: بلى، كان الرجل إذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر، وصدرا من إمارة عمر، فلما رأى الناس قد تتابعوا فيها قال: «أجيزهن عليهم»⁽²⁾.

ووجه الدلالة في النص واضح لا شبهة فيه وكما جاء في شرح هذا الحديث والتعليق عليه أنه قد تمسك بهذه الرواية من ذهب إلى أن المطلقة إن كانت مدخولا بها وقعت الثلاث، وإن لم تكن مدخولا بها فواحدة⁽³⁾.

2- واحتج أصحاب هذا القول أيضا بأن غير المدخول بها ليست محلا إلا لطلقة واحدة، وذلك أنها تبين إذا قال لها زوجها: "أنت طالق، فإذا قال: ثلاثا، لغا العدد لوقوعه بعد البيونة"⁽⁴⁾، كما لو قال لها أنت طالق، ثم جاء بعد ساعة، وقال لها: أنت طالق،

(1) هو الصهباء البكري، البصري، ويقال: المدني، يكنى بأبي الصهباء، مولد ابن عباس - رضي الله عنهما - وثقه أبو زرعة، وابن حبان، وقال النسائي: بصري ضعيف، وقال ابن حجر: مقبول -

الذهبي: عبد الله بن أحمد بن عثمان: ميزان الاعتدال تحقيق على محمد البخاري، دار المعرفة، بيروت، (د ط)، ج2، ص321.
- ابن حجر المسقلاقي: أحمد بن علي: تقريب التهذيب تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1413هـ-1993م، ج1، ص441.

(2) أخرجه مسلم في صحيحه كتاب الطلاق: باب طلاق الثلاث (ليس هذا اللفظ) الحديث رقم 17، ج2، ص1099.

- أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الطلاق: باب نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث - وهذه الرواية لأبي داود - ج1، ص509.

(3) آبادي: عون المعبود شرح سنن أبي داود، ج6، ص274-275، الأثر 2184.

(4) ابن حجر: الفتح الباري، ج9، ص363.

فبالطلاق الأول بانت منه ولم تعد زوجته، وحينما أوقع الثانية لم تصادف محلا فكانت باطلة، لأن من شروط الطلاق أن تكون المطلقة زوجة للمطلق وهذه أجنبية عنه، ولهذا لم يؤثر قول المطلق "ثلاثا" بعد قوله أنت طالق⁽¹⁾.

البند الرابع: أدلة القول الرابع:

ذهب بعض الشيعة الجعفرية، وبعض التابعين، إلى أن الطلاق إذا اقترن بعدد يزيد على الواحدة فلا يقع، سواء قال لها أنت طالق اثنتين أو ثلاثا أو أشار إليها بأصبعه أو بأصابعه الثلاثة، فلا يقع، لأنه طلاق بدعي مردود⁽²⁾. ومن أدلتهم ما يأتي:

1- قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾⁽³⁾ وهذا يدل على أن الطلاق ﴿مرتان﴾ والثالثة ﴿فَأِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ ومن طلق ثلاثا في كلمة فلا يلزم، إذ هو غير مذكور في القرآن⁽⁴⁾.

2- أن هذا الطلاق خلاف سنة النبي صلى الله عليه وسلم فهو طلاق بدعي محرم لقوله صلى الله عليه وسلم: «من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد»⁽⁵⁾ أي مردود.

3- واستدلوا بالقياس، وقالوا: لو أن رجلا أمر رجلا أن يطلق امرأته في وقت على صفة، فطلقها في غيره، أو أمره أن يطلقها على شريطة، فطلقها على غير تلك الشريطة، فإن ذلك لا يقع، إذ كان قد خالف ما أمر به.

قالوا فكذلك الطلاق، الذي أمر به العباد، فإذا أوقعوه كما أمروا به وقع، وإذا أوقعوه على خلاف ذلك لم يقع⁽⁶⁾.

- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص133.

(1) عمر سليمان الأشقر، مجد أبو رحية، محمد عثمان شير، عبد الناصر أبو البصل، مسائل في الفقه المقارن، دار النفائس الأردن، ط2، 1418هـ-1997م، المقال ل: عبد الناصر أبو البصل، ص189.

(2) الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق.

(3) سورة البقرة: الآية 229.

(4) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، م2، ج3 ص129.

(5) رواه مسلم: كتاب الأفضية: باب نقض الأحكام، الصحيح، ج3، ص1344.

(6) الطحاوي: أبي جعفر، أحمد بن محمد بن سلمة بن عبد الملك، ابن سلمة الأزدي الحجري: شرح معاني الآثار، تحقيق، محمد زهري

التجار، محمد سيد جاد الحق، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1414هـ-1994م، ج3، ص55.

الفرع الثاني: مناقشة الأدلة.

البند الأول: مناقشة أدلة القول الأول:

- 1- وقد نوقشت الآيات التي استدلت بها أصحاب هذا القول بأنها آيات عامة مخصصة، ومطلقة مقيدة بأدلة أخرى تبين عدم وقوع أكثر من واحدة⁽¹⁾.
- 2- أما الأحاديث التي استدلت بها فرد عليها من وجوه عدة.
 - * فبالنسبة لحديث عويمر العجلاني، فقيل أنه لا حجة فيه لأن الزوجة تبين باللعان فطلاق الثلاث وقع على غير محل لذا بانت قبل الطلاق فأبي إقرار من النبي عليه السلام حتى يعتبر حجة في إيقاع الطلاق الثلاث⁽²⁾.
 - * وأجابوا عن حديث محمود بن لبيد بأن الرواية التي أجمع عليها الحفاظ الذين نقلوها لا دلالة فيها، أكثر من أن النبي عليه السلام: قام غضبان وقال: أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم فهل يعقل أن يميز رسول الله عمل من يلعب بكتاب الله عز وجل⁽³⁾.
 - * والاحتجاج بأن ابن عباس أفق بوقوع الثلاث، يرد على هذا أن الثابت عن ابن عباس فتواه بوقوع الثلاث واحدة، وفتواه بوقوعها ثلاثا هو رأيه، وفتواه بأنها واحدة هي روايته، والعبرة، بما يرويه الراوي عن النبي صلى الله عليه وسلم لا بما يفتي به برأيه، وعلى هذا علماء الأصول⁽⁴⁾.
- وأن دعوى الإجماع تحتاج إلى ثبوت، خاصة وقد روى عن عدد من الصحابة والتابعين القول بخلافه، ومن ذلك ما رواه محمد ابن وضاح القرطبي عن ابن عباس والزبير وعبد الرحمن بن عوف أنهم كانوا يفتون بأن الثلاث واحدة⁽⁵⁾.

(1) الشوكاني محمد بن علي محمد: نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، مصطفى محمد الهوارى، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، (د.ط) (د.ت)، ج 8، ص 16.

(2) المصدر نفسه، ص 12.

- ابن القيم: إغاثة اللهفان، ج 1، ص 332.

(3) الصابوني: مدى حرية الزوجين، ج 1، ص 241.

(4) الشوكاني: نيل الأوطار، ج 8، ص 17.

(5) حسن بن علي الحسين القنوجي: أبو الطيب صديق: الروضة الندية شرح الدرر البهية، تحقيق عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، المكتبة العصرية، بيروت، 1407-1987م، ج 2، ص 79-80.

أما القياس فقد ردوا عليه وقالوا أن هذا القياس لا يصلح أن يثبت به هذا الحكم لو لم يعارض بنص، فضلا عن أن يقدم على النص وهو قياس مخالف لأصول الشرع ولغة العرب وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وعمل الصحابة في عهد الصديق⁽¹⁾.

البند الثاني: مناقشة أدلة القول الثاني:

ونوقشت أدلة القائلين بأن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع طلقة واحدة بما يأتي:

1- أما قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾... الآية، لا دليل فيها على ما يقولون

لسببين:

أن الدليل في الآية أعم من المدعى، إذ غاية ما تثبتته الآية أن التطبيقات الثلاث ينبغي أن تكون على مرات متعددة منفصلة والمرات المتعددة كما تكون في جلسات متعددة مفصولة برجعة، فإنها يمكن أن تكون في جلسة واحدة أيضا، وذلك بأن يقول لها: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق. فهذه ثلاث مرات منفصلات كما تدل الآية وهذا دليل أن الآية أعم من المدعى.

وأن معنى "مرتان" ليس محصورا فيما ذكرتم، فهي قد تأتي على معنى الوحدات المنفصلة كما تقولون، وقد تأتي بمعنى الوحدات التي يتضمنها كلام واحد والاستعمال أكبر شاهد على ذلك.

فقد قال الله عز وجل عن نساء الرسول صلى الله عليه وسلم: ﴿نَوَّهْنَا أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ﴾⁽²⁾ ولم يقل أحد من المفسرين إن معنى ذلك أن الله سيؤتيها أجرها أول مرة ثم يؤتيها أجرها الثاني بعد ذلك، وإنما أجمعوا على أن المقصود تعدد جهة الاستحقاق للمثوبة والأجر، إن استقمن على طريق الحق⁽³⁾.

وناقش الجمهور حديث ابن عباس وأوردوا عليه عدة اعتراضات تلخص فيما يأتي:

(1) ابن القيم: إغاثة اللهفان، ج1، ص316.

(2) سورة: الأحزاب الآية: 31.

(3) البوطي محمد سعيد رمضان: محاضرات في الفقه المقارن، دار الفكر، دمشق، (د.ط)، 1422هـ-2001م، ص111.

أولاً: أن الحديث منسوخ، ومما يؤيد دعوى النسخ ما رواه أبو داود من طريق يزيد النحوي، عن عكرمة، عن ابن عباس قال: «كان الرجل إذا طلق امرأته فهو أحق يرجعها وإن طلقها ثلاثاً، فنسخ ذلك»⁽¹⁾.

ثانياً: ومعنى الحديث، كما ذكره القرطبي نقلاً عن أبي الوليد الباجي وعن الطبري وعمامة علماء الحديث، هو أن الناس كانوا يوقعون طليقة واحدة، على الغالب، بدلاً من إيقاع الناس الآن ثلاث تطليقات. يدل على هذا المعنى، قول عمر: إن الناس قد استعجلوا في أمر كان لهم فيه أناة، فهو لم يغير حكماً كان ثابتاً من قبله، ولكنه طبق الحكم الشرعي على موجهه، وهو استعجل الناس في التطليق ثلاثاً بعد أن كانوا على الغالب لا يقدمون عليه⁽²⁾.

ثالثاً: مخالفة ابن عباس لهذه الرواية، إذ أفقّ بإمضاء الثلاث، وإمضاؤها من رواية سعيد بن جبير، وعطاء بن أبي رباح ومجاهد وعكرمة، وعمر بن دينار ومالك بن الحارث ومحمد بن إياس بن البكير، ومعاوية بن أبي عياش الأنصاري كلهم عن ابن عباس أنه أجاز الطلاق الثلاث وأمضاهن⁽³⁾.

قال ابن القيم: «ولو كان عند ابن عباس حجة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الثلاث واحدة لم يخالفها، ويفتي بغيرها موافقة لعمر»⁽⁴⁾.

رابعاً: أن حديث ابن عباس ورد من طريق أبي الصهباء، وقد انفرد مسلم بروايته وأعرض البخاري عنه، هذا مع مخالفة سائر الرواة له عن ابن عباس⁽⁵⁾.

(1) ابن حجر: الفتح الباري، ج 9، ص 364.

- رواه البيهقي: السنن الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب من جعل الثلاث واحدة وما ورد في خلاف ذلك، ج 7، ص 337.

(2) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، م 2، ج 3، ص 130.

(3) البيهقي: السنن الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب من جعل الثلاث واحدة وما ورد في خلاف ذلك، ج 7، ص 338.

(4) ابن القيم: زاد المعاد، ج 4، ص 58.

(5) المصدر نفسه، ج 4، ص 60.

2- أما احتجاجهم بحديث ركانة فمردود وذلك لوروده من طريق محمد بن إسحاق⁽¹⁾ وهو متهم بأنه كان يدلّس على الضعفاء وفيه داود بن الحصين⁽²⁾ اهتم بالدعوة إلى مذهب الخوارج. وقال فيه ابن حجر: ليس ثقة فيما يرويه عن عكرمة⁽³⁾.

ردود القائلين بوقوعه طلقة واحدة رجعية على المناقشين لأدلتهم:

وسنورد ردودهم من خلال النقاط الآتية:

الأول: أن الرجل كان أحق برجعة زوجته ولو طلقها ثلاثا فنسخ، والحق أن القول بالنسخ غلط فاحش، لأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لا ينسخ ولو نسخ وحاشاه لبادر الصحابة إلى إنكاره، وإن أراد هذا القائل أنه نسخ في زمن النبي صلى الله عليه وسلم فذلك غير ممتنع ولكن يخرج عن ظاهر الحديث، لأنه لو كان كذلك لم يجوز للراوي أن يخبر ببقاء الحكم في خلافة أبي بكر رضي الله عنه وبعض خلافة عمر. فإن قيل: قد يجمع الصحابة على النسخ فيقبل ذلك منهم، قلنا: إنما يقبل ذلك لأنه يستدل بإجماعهم على ناسخ، وأما أنهم ينسخون من تلقاء أنفسهم فمعاذ الله، لأنه إجماع على الخطأ وهم معصومون من ذلك، فإن قيل فلعل النسخ ظهر لهم في زمن عمر قلنا: هذا غلط أيضا لأنه يكون قد حصل الإجماع على الخطأ في زمن أبي بكر، والمحققون من الأصوليين لا يشترطون انقراض العصر في صحة الإجماع والله أعلم⁽⁴⁾.

(1) محمد بن إسحاق: بن يسار القرشي، صاحب المغازي، أحد الأئمة، روى عن أبيه وغیره وروى عنه شعبة ويعني الأنصاري وهما شيوخه وآخرون وثقة ابن معين مرة وضعفه مرة أخرى، وقال الإمام أحمد صالح الحديث وقال الشافعي، من أراد أن يتبحر في المغازي فهو عيال على محمد بن إسحاق وأكثر ما عيب به التدريس تولى بتقداد سنة 151هـ.

- ابن عماد: شذرات الذهب، ج 1، ص 230.

- السيوطي: طبقات الحفاظ، ص 75-76.

(2) داود بن حصين: مولى عمر بن عثمان بن عفان أبي العاص بن أمية ويكنى أبا سليمان، روى عن عكرمة. وعبد الرحمن الأعرج، وأبي سفيان مولى ابن أبي أحمد وكان ثقة، روى عن مالك بن أنس، وتوفى بالمدينة سنة 135هـ وهو م 72 سنة.

- ابن سعد: الطبقات الكبرى، ج 5، ص 414.

(3) عكرمة: هو عكرمة بن عبد الله مولى ابن عباس، أصله بربري، ثقة، عالم بالفسر، لم يثبت تكذيبه عن ابن عمر، مات سنة

107هـ.

- الذهبي: تذكرة الحفاظ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج 1، ص 95.

- ابن سعد: الطبقات، ج 5، ص 219.

(4) النووي: صحيح مسلم بشرح النووي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 1، 1347هـ-1929م، ج 10، ص 71-72.

الثاني: أن التأويل يصح لو كان الناس في عصر النبي وأبي بكر لم يطلقوا ثلاثاً، ولكن الوقائع تخالف ذلك فعومر العجلاني طلق ثلاثاً أمام الرسول عليه السلام، وأبو ركانة طلق ثلاثاً، ومحمود بن لييد طلق ثلاثاً، وغضب الرسول عليه السلام⁽¹⁾.

ثم بماذا نفسر قول عمر: فلو أمضيته عليهم؟ يقول ابن القيم: «إن قول عمر فلو أمضيته ظاهر في أنه لم يكن مضي قبل عصر عمر حتى فأمضاه، وهو دليل وقوعه في عصر النبوة، لكنه لم يمض وليس فيه أن الطلاق الثلاث دفعة واحدة كان نادراً أو غير موجود قبل عصر عمر⁽²⁾».

ثالثاً: أما الكلام على التعارض بين فتوى الصحابي وروايته فقد تقدم.

رابعاً: أما اعتراضكم على رواية أبي الصهباء باعتراض البخاري عن إخراجها وأن مسلماً انفرد بها، فلا ضرر في هذا ثم إن البخاري لم يقل قط أن كل حديث لم أدخله في كتابي هو باطل وليس بحجة أو ضعيف وكم احتج البخاري بأحاديث خارج الصحيح، وكم صحح من أحاديث خارج صحيحه⁽³⁾.

خامساً: أما ردكم لحديث ركانة لوجود كل من محمد بن إسحاق وداود بن الحصين فنقول غاية ما في الأمر أنه يخشى من تدليس ابن إسحاق وقد صرح بالسماع، وقد رواه الحاكم في مستدركه وقال إسناده صحيح⁽⁴⁾.

البند الثالث: مناقشة أدلة أصحاب القول الثالث:

إن حديث أبي الصهباء لا يقاوم ما ورد عن ابن عباس الذي لم يفرق بين المدخول بها وغير المدخول بها، بل غاية ما فيه: أن طلاق الثلاث على عهده صلى الله عليه وسلم

(1) الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ج 1، ص 221.

(2) ابن القيم: إغاثة اللهفان، ج 1، ص 315-316.

(3) نصر سلمان: حكم طلاق الثلاث في الشريعة، مجلة مجر الدراسات الشرعية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، 1425هـ-2004م، ع 2، ص 88.

(4) ابن القيم: زاد المعاد، ج 4، ص 60.

(4) البيهقي: السنن الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب من جعل الثلاث واحدة وما ورد في خلاف لك، ج 7، ص 339.

الحاكم: المستدرک علی الصحیحین، ج 2، ص 199، قال إسناده صحيح.

وعهد أبي بكر رضي الله عنه وزمانا من خلافة عمر رضي الله عنه كان واحدة، فهو عام في المدخول بها وغير المدخول بها⁽¹⁾.

البند الرابع: مناقشة أصحاب القول الرابع:

وقد نوقشت أدلة هذا القول بما يأتي:

1- القول بأن الطلاق الثلاث غير مذكور في القرآن، قول غير مسلم به، لأن ما دل عليه القرآن هو عدد الطلقات التي يمكن للزوج أن يوقعها على الزوجة. وهذه حددت بثلاث، والسنة النبوية قد بينت أن الزوج إذا طلق ثلاثا فقد وقعت ثلاث، ولو خالف الطريقة التي ينبغي أن يوقعه عليها.

2- الاستدلال بقوله صلى الله عليه وسلم «من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد»⁽²⁾ لا يدل على بطلان الطلاق إذا أوقع ثلاثا، مع التسليم بأنه معصية، وأنه على خلاف سنة النبي صلى الله عليه وسلم، وأن النبي غضب ممن أوقعه على هذه الصفة، فالذي طلق ثلاثا ألزم بها، وكل من خالف نظام الطلاق الذي أوقع طلاقه مع أنه ارتكب مخالفة بذلك، كمن طلق زوجته وهي حائض، وهذا طلاق محرم كما في حديث ابن عمر، حسبت عليه طلقة، وأمر بمراجعة زوجته، والأمر بالمراجعة يكون بعد الطلاق، وكذلك الظهار عده الشرع منكرا من القول وزورا ولكنه ألزم المظاهر به⁽³⁾.

3- القياس على الوكالة قياس مع الفارق، حيث إن «الوكلاء إنما يفعلون ذلك للموكلين، فيحلون في أفعالهم تلك محلهم، فإن فعلوا ذلك كما أمروا لزمهم، وإن فعلوا ذلك على غير ما أمروا به لم يلزم.

والعباد في طلاقهم إنما يفعلونه لأنفسهم لا لغيرهم ولا لربهم عز وجل، ولا يحلون في فعلهم ذلك محل غيرهم، فيراد منهم في ذلك إصابة ما أمرهم به الذين يحلون في فعلهم ذلك محله، فلما كان ذلك لزمهم ما فعلوا، وإن كان ذلك مما قد نهاه عنه»⁽⁴⁾.

(1) نصر سلمان: حكم طلاق الثلاث في الشريعة، ص 92.

(2) سبق تخريجه، ص 97.

(3) عد الناصر أبو البصل: مسائل في الفقه المقارن، ص 189.

(4) الطحاوي: شرح معاني الآثار، ج 3، ص 55.

البند الخامس: القول الراجح.

بعد النظر في أقوال الفقهاء وأدلتهم، نستطيع أن نقرر بأن خلافتهم انحصر بين فريقين: فريق يوقع طلاق الثلاث ثلاثاً، والآخر يجعل الطلاق الثلاث واحدة. ولكل من الفريقين أدلته وحججه ولكل منهما أيضاً اعتراضات على أدلة مخالفيه، وإجابات على تلك الاعتراضات، وبعد ذكر تلك الأدلة والمناقشات التي دارت حولها. نجد أن الفتوى في موضوع الطلاق موضع نزاع في الأقدام إن لم تهتد بنور الكتاب والسنة، لما يترتب على تلك الفتوى من آثار تتعلق بالحياة الزوجية وما يتبعها من معاشرة ونسب ومصاهرة، وغير ذلك.

لهذا عند ترجيح رأي على آخر في مسألة من المسائل، ينبغي مراعاة قوة الأدلة، وثبوتها، وسلامتها من الاعتراض.

وبناء على ذلك نرى أن حديث ابن عباس الذي رواه عنه طاوس، وأبو الصهباء الذي في صحيح مسلم وغيره، هو الحديث الفاصل في النزاع، لأنه يدل على حكم المسألة بوضوح لا لبس فيه، فيقرر ما كانت عليه المسألة في زمن النبي صلى الله عليه وسلم، وأبي بكر وأوائل عهد عمر رضي الله عنه. فالطلاق الثلاث كان لا يقع إلا واحدة في عصر النبي صلى الله عليه وسلم وقد استمر الإجماع على ذلك حتى جاء عمر فألزم الناس بوقوع الثلاث وخالفه بذلك ابن عباس وغيره، واستمر الخلاف بين فقهاء الصحابة والتابعين وفقهاء المذاهب حتى عصرنا هذا، ولعمر رضي الله عنه حكمة لعله رآها.

الحكمة من اجتهاد عمر.

نعلم أن لولي الأمر في الإسلام حق التدخل في شؤون النكاح والطلاق، فله أن يزوج من يعضلها وليها عن الزواج وهو ولي من لا ولي لها، كما له أن يفرق بين الزوجين في حالات نص عليها الشارع وما ذاك إلا لأهميته هذا العقد المقدس في الشريعة الإسلامية حيث تتعدى آثاره الزوجين إلى المجتمع الكبير بأسره إن خيراً فخير وإن شراً فشر.

وجاء عمر وهو الذي عرف بالفقه الإسلامي بالمتهد الجريء، فرأى الناس يرتكبون المحرم حين يطلقون ثلاثاً فنهاهم فلم ينتهوا لأن الحرمة في إيقاع الثلاث حرمة ديانية تتراوح بين المد والجزر حسب الظروف والبيئات. ولهذا بدأ عمر يودب من يطلق ثلاثاً

بضربه بينما لم نجد إلا القليل جدا في عصر النبي صلى الله عليه و سلم من طلق ثلاثا وكان النبي عليه السلام يستتكر هذا ولم ينقل لنا أنه عزر أحدا بفعله.

ولما لم تفد هذه العقوبة في ردع الناس عن ارتكاب المحرم في طلاقهم قرر عمر أن يزيد العقوبة وذلك بحرمانهم من مراجعة زوجاتهم إذا ما أوقعوا الطلاق على غير ما شرع الله ولهذا ألزمهم بالثلاث⁽¹⁾.

وقد بين الإمام ابن تيمية وتلميذه المحقق ابن القيم أن هذا من الأحكام التعزيرية التي تتغير بحسب اقتضاء المصلحة لها زمانا ومكانا. وحالا، وليس من الأحكام الثابتة، وأن عمر رضي الله عنه في آخر أيامه ندم عليه، وود لو كان منع الناس منه بدل إلزامهم به وإيقاعه عليهم⁽²⁾.

الفرع الثالث: موقف قوانين الأحوال الشخصية من الطلاق الثلاث:

والحقيقة أن من يتأمل قوانين الأحوال الشخصية العربية يرى أنها قد انتصرت إلى رأي شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم باعتبار طلاق الثلاث واحدا. ومنها التشريع المصري في المادة 3 التي تنص على «الطلاق المقترن لعدد لفظا أو إشارة لا يقع إلا واحدة»⁽³⁾.

والقانون السوري في مادته 92⁽⁴⁾ والقانون الأردني في المادة 90 منه⁽⁵⁾ والقانون المغربي في المادة 92⁽⁶⁾. فكل هذه المواد إذا لاحظناها لا نكاد نلمح اختلافا بينها فجميعها تنص على أن الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة لا يقع إلا وحدة.

ولم يورد القانون الجزائري أي نص في هذا الشأن، غير أنه اعتبر في المادة 51 من قانون الأسرة الجزائري⁽⁷⁾، الطلاق البات الذي يحرم الزوجة على زوجها بتاتا هو ما كان بعد ثلاث طلاقات متتالية، تعدد المرأة بعد إيقاع كل طلاقة لعدة الطلاق، وهذا هو المفهوم

(1) الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ج 1، ص 251-252.

(2) ابن قيم: إغاثة اللهفان، ج 1، ص 246 وما بعدها.

(3) القانون رقم 25 لسنة 1920 المتعلق بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985.

(4) المرسوم التشريعي، رقم 59، الصادر في 17 سبتمبر 1953، المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري.

(5) قانون رقم 61 لسنة 1976 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردنية.

(6) القانون رقم 07-03، الصادر في 12 ذي الحجة 1424هـ، الموافق 03 فيفري 2004، المتضمن مدونة الأسرة المغربية.

(7) الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق لـ 9 جوان 1984م، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

من قوله تعالى ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ، فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ، فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾⁽¹⁾.

وهذا هو الذي يتماشى مع حكمة التشريع الإسلامي.

ونرى أن النص في القوانين على أن طلاق الثلاث يقع واحدة، هو قيد على حرية الزوج من العبث بما رسمه الشرع من إجراءات شأن الطلاق وما وضعه من قيود على حق الرجل وذلك حماية للأسرة والمجتمع. خاصة في عصرنا الحالي أصبح المسلمون يوقعون الطلقات الثلاث مرة واحدة فيندم أحدهم على فعله فلا يجد وسيلة للرجوع إلى زوجته إلا عن طريق محرم وهو الاتفاق مع شخص آخر على شكل عقد صوري أمام شاهدين ليحلل له زوجته، حتى إذا ما نال منها طلقها في اليوم الثاني، وهذا حرام ولم تأت به الشريعة الإسلامية رغم كل ما قيل فيه، لأن عقد الزواج عقد أبدي يعقد بصفة الدوام لا لقصد التحليل.

فما ذهب إليه ابن تيمية ومن معه هو الأقرب إلى شرعة الطلاق والأصل فيه والأبعد عن مفسد التحليل المستقب عند الله والناس.

ولما كان الغرض من النص أن طلاق الثلاث يقع واحدة، هو حماية الأسرة من تسرع ورغبته في فصم عرى الرباط المقدس فصما نهائيا لا رجعة فيه باستخدام لفظ الثلاث في غير موضعه فإن هذه العلة تتحقق في الطلاق المتتابع والطلاق المتعدد في نفس المجلس ولهذا يجب أن تعدل نصوص القوانين لتشمل هذين النوعين بالإضافة إلى الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة ليكون حكمها جميعها هو أن تقع طلاقة واحدة رجعية وهذا ما أخذ به القانون العراقي إذ نصت الفقرة الثالثة من المادة 37 على أن "المطلقة ثلاثا متفرقات تبين من زوجها بينونة كبرى".

فالنص على أن تكون الطلقات متفرقات يستبعد الطلاق المتتابع والطلاق المتعدد في مجلس واحد وبالتالي تتابع الطلاق أو تعدده في مجلس واحد ليس طلاق الثلاث بل يحتسب طلاقة واحدة عملا بحكم النبي صلى الله عليه وسلم في طلاق ركائنه⁽²⁾.

(1) سورة البقرة: الآية 229-230.

(2) سالم الهنساوي: قوانين الأسرة بين عجز النساء وضعف العلماء، ص 274.

المطلب الثاني: قيد الوقت.

إن الإسلام لم يشرع الطلاق في كل وقت ولا في كل حال، بل إن الطلاق المشروع هو الذي جاء به القرآن والسنة وهو ما يسمى الطلاق السني.

الفرع الأول: مفهوم الطلاق السني.

ويكون الطلاق سنياً متى طلق الرجل زوجته من ذوات الأقراء، والمدخول بها في نكاح صحيح في طهر لم يجامعها فيه، طلقة واحدة، ثم يتركها تقيم في بيته حتى تنتهي عدتها، فإن شاء قبل أن تنتهي عدتها راجعها، وإن لم يشأ تركها حتى تنقضي عدتها فتبين منه وعلى هذا اتفق الفقهاء⁽¹⁾.

ويقابل الطلاق السني الطلاق البدعي، وهو الذي يقع على خلاف ما نص عليه القرآن وبينته السنة، وهذه المخالفة سمي طلاقاً بدعياً.

فإن طلق الرجل زوجته في حيضها دون مراجعة، أو طلقها في نفاسها أو طلقها في طهر جامعها فيه فهذا طلاق بدعي باتفاق العلماء ولا خلاف بينهم على أن من طلق على خلاف أمر الله سبحانه وتعالى، وأمر رسول الله عليه الصلاة والسلام، فقد ارتكب إثماً، وأتى محظوراً فحى الله عنه⁽²⁾.

البند الأول: دليل حظر الطلاق البدعي.

ودليل الحظر على هذا النوع من الطلاق ما يأتي:

1- من الكتاب:

1- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ﴾⁽³⁾.

(1) ابن نجيم: البحر الرائق، ج3، ص415.

- ابن رشد: محمد بن أحمد، مقدمات، ج2، ص383.

- ابن حزم: المحلى، ج9، ص173.

- الشربيني: محمد الخطيب: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج2، ص151، 152.

(2) ابن الممام: شرح فتح القدير، ج3، ص474.

- الخطاب: محمد بن محمد بن عبد الرحمن: مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ج4، ص38.

- الشربيني: محمد الخطيب: معني المحتاج، ج3، ص309.

(3) سورة الطلاق: الآية 01.

وقال ابن كثير في تفسيره: «وعن ابن عباس قال في قوله تعالى ﴿فطلقوهن لعدتهن﴾ أي لا يطلقها وهي حائض ولا في طهر قد جامعها فيه»⁽¹⁾.

2- من السنة:

عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك، فقال: «مره ليرجعها ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء»⁽²⁾.

قال ابن حجر: قوله صلى الله عليه وسلم: «فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء» أي فتلك العدة التي أذن الله أن يطلق لها النساء. وهذا لبيان مراد الآية وهي قوله تعالى: ﴿يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن﴾⁽³⁾.

3- من الإجماع:

وحصل الإجماع على أن الطلاق في الحيض ممنوع وفي الطهر مأذون فيه⁽⁴⁾.

إذن فالطلاق يكون بدعياً متى كانت المرأة التي أريد طلاقها زوجة مدخولاً بها، ومن ذوات الأقراء - أي ممن تحيض - وأن يكون الطلاق بإرادة الزوج المنفردة. أما طلاق غير المدخول بها والصغيرة، واليائسة فلا يسمى طلاقاً بدعياً أياً كان زمن إيقاعه⁽⁵⁾.

البند الثاني: مقاصد النهي عن إيقاع الطلاق البدعي.

هي الشارع المسلمين عن إيقاع الطلاق البدعي لما في إيقاعه من مفساد وأضرار وتفويت مصالح ومنافع تتعلق ببناء العائلة واستمرار الزوجية، فكانت هذه المقاصد متمثلة فيما يلي:

(1) ابن كثير: أبي الفداء إسماعيل بن عمر: تفسير القرآن العظيم، ج7، ص34..

(2) سبق تخريجه. ص49.

(3) ابن حجر: فتح الباري، ج9، ص351.

(4) القرطبي: الجامع للأحكام، م9، ج18، ص153.

- الخطاب: مواهب الجليل، ج4، ص39.

(5) الخطاب: مواهب الجليل، ج4، ص38.

1- تجنب إيقاع الطلاق في وقت الاضطراب النفسي للمرأة الذي غالبا ما يصاحب الحيض.

2- لأنه قد تحصل النفرة وقت الحيض فينتظر وقت زوالها لتلا يحصل الطلاق أصلا.

3- تضيق أوقات الطلاق وتقليصها وسدا لأبوابه لأنه خلاف الأصل فهو أبغض الحلال.

4- تفادي كثير من حالات الطلاق التي يسببها غالبا الغضب والانفعال الذي يزول بانتظار وقت الإباحة وهو الطهر الذي لم يمسه فيه ليصادق حالة تفاهم وحسن معاملة فيتجنب الطلاق أصلا.

5- تطويل العدة لفسح المجال للصلح والمراجعة وإمكان الندم واستئناف حياة جديدة بعد مر الفراق.

6- ربط الطلاق بوقت طهر لم يمسه الرجل فيه المرأة باعتباره الوقت الذي يتشوق فيه الرجل إلى امرأته وتزداد رغبته وهذا ما يجعله يتراجع عن إيقاع الطلاق.

7- كما حرم الطلاق في طهر جامعها فيه ليكون ذلك أبعد من اشتباه الأنساب⁽¹⁾.

الفرع الثاني: أقوال الفقهاء في الطلاق أثناء الحيض.

هل يقع الطلاق البدعي؟

مع اتفاق العلماء على أن من طلق على خلاف أمر الله سبحانه وتعالى وأمر رسول الله فقد ارتكب إثما وأتى محظورا نهي الله عنه، فإنهم اختلفوا في وقوع طلاقه.

البند الأول: القول الأول.

فقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة وأكثر التابعين إلى القول بوقوع الطلاق وترتب آثاره عليه، مع إثم المطلق ديانة⁽²⁾.

(1) الدهلوي: أحمد بن عبد الرحيم: حجة الله البالغة، دار المعرفة، بيروت، ج2، ص139-140.

- الكساني: علاء الدين: بدائع الصنائع، ج3، ص88.

- القرطبي: الجامع للأحكام، م18، ج9، ص151.

(2) ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج3، ص468.

- ابن رشد (الخدم): المقدمات، ج2، ص384.

- الشريبي: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج2، ص152.

- ابن قدامة: المغني، ج8، ص237 وما بعدها.

ومستندهم ما يلي:

1- من القرآن:

قول الله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾⁽¹⁾.

قوله: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾⁽²⁾.

وقوله أيضا: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾⁽³⁾.

فهذه نصوص عامة لا مخصص لها دلت بعمومها على وقوع الطلاق في أي وقت أوقعه من له الحق بذلك. فعلى من يدعي أن هذه النصوص مخصصة فليات بمخصص لها من قرآن أو سنة أو إجماع ولا شيء من ذلك⁽⁴⁾.

2- من السنة:

ما ورد في حادثة طلاق عبد الله بن عمر من ألفاظ تدل على وقوع الطلاق ومن ذلك:

1- ما جاء في الحديث الذي رواه الجماعة من قوله «مره فليراجعها»⁽⁵⁾ وفيه أن

النبي صلى الله عليه وسلم أمر أن يراجعها وهذا دليل لوقوع الطلاق، لأن الرجعة لا تكون إلا بعد الطلاق.

قال الإمام النووي⁽⁶⁾ في هذا الحديث: «ولو لم يقع طلاقه لم تكن رجعة، فإن قيل:

المراد بالمراجعة أو الرجعة، الرجعة اللغوية وهي الرد إلى حالها الأول، لا أنها تحسب عليه طلاقاً. قلنا - أي النووي - هذا غلط من الوجهين:

أحدهما: أن حمل اللفظ على الحقيقة الشرعية يقدم على حمله على الحقيقة اللغوية.

(1) سورة البقرة: الآية 229.

(2) سورة البقرة: الآية 230.

(3) سورة البقرة: الآية 228.

(4) الصابوني: مدى حربة الزوجين في الطلاق، ج1، ص419.

(5) سبق تخريجه ص49.

(6) النووي: هو أبو زكريا يحيى الدين بن شرف بن مري بن حسن الخزامي، النووي، الفقيه الشافعي، الحافظ الزاهد، له مؤلفات كثيرة ومفيدة منها المجموع شرح المذهب لم يتمه، وروضة الطالبين، والمنهاج ورياض الصالحين، وغيرها، توفي سنة 676هـ.

- الذهبي: أبو عبد الله شمس الدين محمد: تذكرة الحفاظ، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط.)، (د.ت.)، ج4، ص1470.

- السيوطي: طبقات الحفاظ، ص510.

- ابن عماد: شذرات الذهب، ج5، ص354.

الثاني: أن ابن عمر صرح في رواية لمسلم بأنه حسبها عليه طلاق⁽¹⁾.

2- ما جاء في إحدى روايات الحديث السابق قول ابن عمر [حسبت علي

بتطبيقه]⁽²⁾.

والظاهر هنا أن الأمر بالمراجعة النبي صلى الله عليه وسلم، وهو الأمر لابن عمر فيما يفعله إذا أراد تطليق امرأته بعد ذلك، وإذا أخبر ابن عمر بأنه: «حسبت عليه بتطبيقه» كان احتمال أن يكون الذي حسبها عليه غير النبي صلى الله عليه وسلم بعيدا جدا، مع توافر القرائن في هذه القصة بذلك، بل كيف يتخيل من ابن عمر أن يفعل شيئا من تلقاء نفسه، وهو الذي ينقل أن النبي صلى الله عليه وسلم تغيظ من فعله⁽³⁾.

3- وما ورد في بعض الروايات أن النبي صلى الله عليه وسلم: قال لابن عمر: «هي

واحدة»⁽⁴⁾.

قال ابن حجر: «وهذا نص في موضوع الخلاف فيجب المصير إليه»⁽⁵⁾.

3- قول ابن عمر لمن سأله عن الطلقة في الحيض: تحتسب؟، قال: «فمه»⁽⁶⁾.

قال ابن عبد البر⁽⁷⁾: «قول ابن عمر: فمه: معناه فأى شيء يكون إذا لم يتعد لها؟

(1) النووي: أبو زكريا يحيى الدين بن شرف: صحيح مسلم بشرح النووي، ج10، ص60.

(2) أخرجه البخاري بفتح الباري، كتاب الطلاق (68) باب إذا طلقت الحائض تعد بذلك الطلاق، حديث رقم 5252 و5253، ج9، ص351. من طريق أنس بن سيرين عن ابن عمر قال

(3) ابن حجر: فتح الباري، ج9، ص353.

(4) أخرجه البخاري بفتح الباري، كتاب الطلاق (68)، باب: ويعولنهن أحق بردهن (44)، حديث رقم: 5330، ج9، ص482-483. وكذا باب: من قال لامرأته: أنت علي حرام (7) حديث رقم 5264، ج9، ص371.

- من طريق ابن إسحاق وابن أبي ذؤيب جميعا عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم.

(5) ابن حجر: فتح الباري، ج9، ص353.

(6) أخرجه البخاري بفتح الباري، كتاب الطلاق (68): باب: «إذا طلقت الحائض تعد بذلك الطلاق» (2)، حديث رقم 5252 و5253، ج9، ص351.

- عن طريق أنس بن سيرين عن ابن عمر...

(7) هو أبو عمر يوسف بن عمر بن عبد البر النمري، شيخ علماء الأندلس وكبير محدثيها في وقته، له تصانيف مفيدة منها كتاب التمهيد على الموطأ، والاستذكار، والكافي في الفقه المالكي، والاستيعاب في معرفة الأصحاب، وغيرها توفي سنة 463هـ ابن

فرحون: إبراهيم بن نور الدين: الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تحقيق مأمون بن يحيى الدين الجنان، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1417هـ-1996م، ص440.

- الذهبي: تذكرة الحفاظ، ج3، ص1128.

إنكار لقول السائل: أيعتد بما؟ فكأنه قال: وهل من ذلك بد؟⁽¹⁾.

4- قول ابن عمر: «أرأيت إن عجز واستحمق»⁽²⁾.

إن تقدير الكلام: أرأيت إن عجز عن فرض فلم يقمه، أو كان حمقة سببا في عدم الإتيان به، فإن ذلك لا يكون عذرا له في عد وقوع طلاقه⁽³⁾.
من القياس:

1- قال ابن عبد البر: «إن الطلاق ليس من الأعمال التي يتقرب بها إلى الله عز وجل فلا تقع إلا حسب سنتها، وإنما هو زوال عصمة فيها حق لآدمي، فكيفما أوقعه وقع، فإن أوقعه لسنة هدي ولم يأثم وإن أوقعه على غير ذلك أثم و لزمه ذلك»⁽⁴⁾.

2- قالوا إنه طلاق مكلف صادق ملكا فوجب أن ينعقد كالظاهر، ولأن رفع الطلاق تخفيف ووقوعه تغليظ فكان المطلق بالحیض أولى بوقوع الطلاق تغليظا من رفعه عنه تخفيفا، ولأن النهي إذا كان بمعنى ولا يعود إلى المنهي عنه لم يكن النهي موجبا فساد المنهي عنه كالنهي عن البيع عند نداء الجمعة لا يجوب فساد البيع⁽⁵⁾.

3- كون الطلاق في الحيض محرما لا يمنع ترتيب أثره وحكمه عليه، والدليل على ذلك أن "الظهار" وبه تقع الفرقة بين الزوجين وصفه القرآن بأنه منكر من القول وزور فهو محرم بلا شك، ومع هذا، فإن أثره يترتب عليه وهو تحريم الزوجة على الزوج أن يعطي المظاهر الكفارة - كفارة الظهار - فكذلك الطلاق البدعي كالطلاق في الحيض هو محرم ولكن يترتب عليه أثره إلى أن تحصل الرجعة فيه⁽⁶⁾.

(1) ابن حجر: فتح الباري، ج9، ص352.

(2) أخرجه عبد الرزاق في المصنف، كتاب الطلاق، باب طلاق الحائض والنفساء، الأثر رقم 10957، ج6، ص309.

- رواه البعاري بفتح الباري: كتاب الطلاق: باب إذا طلقت الحائض تعد بذلك الطلاق، رقم 5252، ج9، ص351.

- عن طريق قتادة عن يونس بن جبير، عن ابن عمر.

(3) آبادي: عون المعبود شرح سنن أبي داود، ج6، ص232.

(4) ابن عبد البر: التهذيب لما في الموطأ من المعاني والاسانيد: تحقيق سعيد أحمد أعراب، ط 1406هـ - 1985م، ج15، ص59..

- ابن حجر: الفتح الباري، ج9، ص355.

(5) الماوردي: الحاوي الكبير، ج12، ص387.

(6) ابن القيم: زاد المعاد، ج4، ص48.

من الإجماع: إن هذه المسألة المتمثلة في إيقاع الطلاق الحيض إجماعية⁽¹⁾.

البند الثاني: القول الثاني.

ذهب الجعفرية، وبعض الخوارج وبعض المعتزلة، وبعض الزيدية، وأهل الظاهر، وابن

تيمية، وابن القيم من الحنابلة إلى القول بعدم وقوع الطلاق⁽²⁾.

ومستندهم ما يلي:

1- من القرآن:

قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لَعَدَّتهُنَّ﴾⁽³⁾.

ووجه الاستدلال:

أن الأصل في الطلاق الحظر، وقد دلت الآية على إباحته للحاجة في وقت معين وهو

وقت استقبال المرأة العدة فتقتصر المشروعية على مورد النص القرآني ويبقى ما عداه على

الأصل غير المشروع فلا يقع⁽⁴⁾.

2- من السنة:

1- وقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو

رد»⁽⁵⁾.

ولا خلاف في أن محل النزاع - بدعي - طلاق غير مشروع، وهذا يقتضي أنه

مردود على صاحبه، ولا يترتب على المردود أي أثر⁽⁶⁾.

(1) المصدر نفسه، ج 4، ص 48.

(2) ابن تيمية: الفتاوى الكبرى، ج 33، ص 08.

- ابن القيم: زاد المعاد، ج 4، ص 43.

- ابن حزم: المحلى، ج 10، ص 161 وما بعدها.

- ابن قدامة: المنهاج، ج 8، ص 238.

- الشوكاني: نيل الأوطار، ج 8، ص 10.

(3) سورة الطلاق: الآية 01.

(4) السيد سابق: فقه السنة، ج 2، ص 226.

(5) سبق ترجمه. ص 49.

(6) ابن حزم: المحلى، ج 10، ص 162.

- ابن القيم: زاد المعاد، ج 4، ص 45.

- 2- الطلاق في الحيض لم يشرعه الله تعالى البتة ولا أذن فيه فلا يقع لأن الذي يقع من الطلاق هو ما ملكه الله تعالى للمطلق، ومن المعلوم أنه لم يملكه الطلاق المحرم ومن الطلاق في الحيض، ولا أذن له فيه فلا يصح ولا يقع⁽¹⁾.
- 3- إن النهي يدل على أن الشارع قد حجر على الزوج أن يطلق في حال الحيض أو بعد الوطء في الطهر، فلو صح طلاقه لم يكن لحجر الشارع معنى، وكان حجر القاضي على من منعه من التصرف أقوى من حجر الشارع⁽²⁾.
- 4- في رواية لابن عمر حيث قال: «فردها علي ولم يرها شيئا»⁽³⁾.
- فقد صرح ابن عمر وهو صاحب القصة أن النبي صلى الله عليه وسلم، رد عليه امرأته التي طلقها وهي حائض ولم يرها - أي الطلقة - شيئا. فتكون الطلقة إذن لاغية ولا اعتداد بها.
- 5- أمر النبي صلى الله عليه وسلم ابن عمر الذي طلق زوجته وهي حائض بمراجعتها يدل على إلغاء ذلك الطلاق وعدم اعتباره إذ لو كان الطلاق لازما لما كان في الأمر بمراجعتها فائدة وهذا مما يتره عنه الرسول صلى الله عليه وسلم فليس في أمره بمرجعتها مع لزوم الطلاق له مصلحة شرعية بل في ذلك زيادة مفسدة ويجب تنزيه

(1) ابن القيم: زاد المعاد، ج4، ص44.

(2) المصدر نفسه، ج4، ص45.

(3) عبد الرزاق: المصنف، كتاب الطلاق، باب طلاق الحائض والنفساء، ج6، ص310 الأثر رقم 10960.

- عن طريق ابن جريح عن أبي الزبير أنه سمع عبد الرحمن بن أيمن يسأل ابن عمر، وأبو الزبير يسمع ذلك.

- والملاحظ أن هذه الزيادة انفرد بها أبا داود.

* وهذه الرواية إسنادها على شرط الصحيح كما قال الحافظ ابن حجر: فتح الباري، ج9، ص267 ولكن عددا بعض الحفاظ منكرو (قال ابن عبد البر في هذا الحديث: [ولم يرها شيئا] منكر عن ابن عمر لما ذكرنا عنه أنه اعتد بها، ولم يقله أحد عنه غير أبي الزبير، وقد رواه عنه جماعة حله فلم يقل ذلك واحد منهم، وأبو الزبير ليس بحجة فيما خالفه فيه مثله فكيف بخلاف من أثبت منه.

- ابن عبد البر: التمهيد، ج15، ص65-66.

* قال شيخ الإسلام ابن تيمية عن إسناده: «وهذا إسناد جيد».

- ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ج33، ص85.

* وقال الألباني عنه: «قلت هذا الإسناد صحيحه الإمام أحمد، والحاكم، والذهبي وحسنه الترمذي: وكلام الحافظ ابن

حجر بشعر بأنه يرحح صحته أيضا: ابن حجر: فتح الباري، ج9، ص362-363.....» الألباني: إرواء الغليل، ج7، ص145

الرسول صلى الله عليه وسلم عن الأمر بما يستلزم زيادة الفساد، والله ورسوله إنما هي عن الطلاق البدعي لمنع الفساد فكيف يأمر بما يستلزم زيادة الفساد⁽¹⁾.

من القياس:

1- إن النكاح المتيقن لا يزول إلا بطلاق متيقن فالزوجية تثبت بين الزوجية ييقين، فلا تزول إلا بطلاق متيقن دليhle من الكتاب أو السنة أو الإجماع فإذا وجد رفعنا حكم النكاح وإلا فالنكاح باق، وبما أنه لا دليل لدينا من ذلك فلا طلاق والزوجية قائمة⁽²⁾.
بنيته ولهذا سأله ما أردت بها.

2- لو كان الطلاق لا يقع بأكثر من واحدة لما استفسر منه عليه السلام عن نيته طالما أن للفظ مما اشتمل على عدد فلا يقع إلا واحدة فأية حاجة إلى معرفة نية المطلق؟
فدل على أن الطلاق يقع بأكثر من واحدة سواء أكان بلفظ صريح أم كان بلفظ كناية مع نية العدد⁽³⁾.

ومن بين أقوال العلماء في الطلاق الثلاث قول ابن تيمية: «لا نعرف أن أحدا طلق على عهد النبي صلى الله عليه وسلم امرأته ثلاثا بكلمة واحدة. فألزمه النبي صلى الله عليه وسلم بالثلاث، ولا روي في ذلك حديث صحيح ولا حسن، ولا نقل أهل الكتب المعتمد عليها في ذلك شيئا بل رويت في ذلك أحاديث كلها ضعيفة باتفاق علماء الحديث، بل موضوعة⁽⁴⁾».

الفرع الثالث: المناقشة والترجيح.

البند الأول: مناقشة أدلة القول الأول.

1- قالوا: إن آيات الطلاق في القرآن جاءت عامة، ونحن لا نسلم بأن آيات الطلاق جاءت عامة بل كل آية جاءت لبيان حكم معين، فقد تكون مفسرة، وقد تكون بجملة جاءت السنة لبيانها فأية: ﴿فطلقوهن لعدتهن﴾ جاءت بجملة فسرتها السنة النبوية

(1) ابن تيمية: مجموع الفتاوى، م33، ص24.

(2) ابن القيم: زاد المعاد، ج4، ص44.

(3) الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ج1، ص228.

(4) ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ج33، ص12-13.

بحديث ابن عمر وأجمع الصحابة والمفسرون على أن المراد منها أن يطلق الزوج زوجته وهي مستقبلة العدة أي في طهر لم يمسه فيها⁽¹⁾.

2- ومن العلماء من قال في قوله: «مره فليراجعها» لا يستلزم وقوع الطلاق، بل لما طلقها طلاقاً محرماً حصل منه إعراض عنها ومجانبة لها لظنه وقوع الطلاق فأمره أن يردها إلى ما كانت⁽²⁾.

3- أما رواية: وحسبت لها التطليقة... هذه الجملة لا يعرف بالضبط من هو الذي احتسبها هل هو ابن عمر أم النبي صلى الله عليه وسلم..... فكلمة (وحسبت) إن كانت بالبناء للفاعل - كان ذلك قول صحابي حدثنا فيه عن طليقة أوقعها هو بنفسه، وقول الصحابي لا حجة فيه إن لم يؤيده القرآن والسنة، وإن كانت بالبناء للمفعول - احتمل الأمر أحد معنيين: إما أن يكون الرسول هو الذي احتسبها، وإما أن يكون ابن عمر: ومع وجود الاحتمال لا يصح الاستدلال⁽³⁾.

4- رواية "هي واحدة". فهذه العبارة، لو كنا ندري أنها من كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قدمنا عليها غيرها، ولكان لزاماً علينا المصير إليها، والمتمتع فيها بدقة لا يدري، هل قالها ابن وهب⁽⁴⁾ من عنده أم هي من كلام بن أبي ذئب⁽⁵⁾، أم نافع⁽⁶⁾ وليس جائزاً أن يضاف للرسول صلى الله عليه وسلم ما لا يتيقن أنه من قوله، وعليه: فلا ترتب

(1) الصابوني: مدى حرية الزوجين، في الطلاق، ج 1، ص 426.

(2) ابن تيمية: مجموع الفتاوى، م 33، ص 98-99.

(3) الصنعاني: سبل السلام، ج 3، ص 301.

(4) هو أبو محمد عبد الله بن وهب: بن مسلم القرشي مولى يزيد بن ربحانة، ويقال مولى بني فهر، طلب العلم وهو ابن سبع عشرة سنة روى عن مالك والليث، وعن شيوخ كثيرين، صحب مالكا عشرة سنين، ولم يكتب مالك بالفقيه إلا إليه، وقد مدحه أحمد بن حنبل مات سنة 197هـ. ابن فرحون: الديباج المذهب، ص 214 وما بعدها، ابن سعد: الطبقات الكبرى، ج 7، ص 359، الشرازي: طبقات الفقهاء، ص 150. ابن عماد: شذرات الذهب، ج 1، ص 347، الزركلي: الأعلام، ج 4، ص 144.

(5) أبو ذئب: محمد بن عبد الرحمن بن المغيرة بن الحرث واسم أبي ذئب: هشام بن عبد الله بن قيس بن عبدو المرز، روى عن عكرمة، ونافع وغيرهما، قال أحمد بن حنبل، كان يشبه سعيد بن المسيب، وكان يصلي الليل أجمع ويصوم يوماً ويفطر يوماً وكان من رجال العالم صرامة وقولاً بالحق وتوفى سنة 159.

-ابن عماد: شذرات الذهب، ج 1، ص 245-246.

(6) نافع: مولى ابن عمر، أبو عبد الفله المدني: بعثه عمر بن عبد العزيز إلى أهل مصر، يعلمهم السنن قال البخاري أصح الأسانيد مالك عن نافع عن عمر وقبل أحمد بن حنبل إذا اختلف سالم ونافع في ابن عمر أيهما أحب إليك، فلم يفضل، توفى 116هـ وقيل بعدها.

-السيوطي: طبقات الحفاظ، ص 40.

الأحكام الشرعية على الوهم والاحتمال، لاسيما وأن المدقق في العبارة يرى أنها من قول من دون عبد الله بن عمر، ومراده أن ابن عمر إنما طلقها واحدة، وليس ثلاثاً⁽¹⁾.

5- رواية: قول ابن عمر: «أرأيت إن عجز واستحقم».

فهذا الكلام كما فسره وأقله من احتج بالوقوع، ألا نستطيع أن نفسره تفسيراً يتمشى مع القائلين بعدم الوقوع، فنقول: إن معناه من خالف شرع الله في الطلاق فطلق على خلاف ما أمر الله ورسوله فقد عجز واستحقم؟... ومن خالف المشروع كان عمله باطلاً، مردوداً⁽²⁾.

والخلاصة أنه ليس في هذا اللفظ ما يدل على وقوع الطلقة، بل كلها تفسيرات وتأويلات، والأحكام لا تؤخذ من ألفاظ لا بيان فيها ولا وضوح⁽³⁾.

6- أما قياسهم الطلاق على الظهار، فقد أجاب عن ذلك بأن الطلاق مما أباحه الشارع تارة ومنه أخرى، إذا جاء مخالفاً لما شرع. أما الظهار فهو حرام في شرع الله ولم يبح إطلاقاً، والطلاق ممن له جهتان جهة حرمة وجهة حل، فإذا فعل على الوجه الذي حرمه الله ورسوله لم يكن لازماً نافذاً، كما يلزم ما أحله الله ورسوله⁽⁴⁾.

7- إن دعوى الإجماع التي قلمت بها من كون وقوع طلاق الحائض مسألة إجماعية لا أساس لها من الصحة، بل الخلاف فيها مشهور.

قال ابن حزم: «ادعى بعض القائلين بهذا أنه إجماع، وقد كذب مدعي ذلك، لأن الخلاف في ذلك موجود، وحتى ولو لم يبلغنا لكان القاطع على جميع أهل الإسلام بما لا يقين عنده به، ولا بلغه عن جميعهم، كاذبا على جميعهم»⁽⁵⁾.

البند الثاني: مناقشة أدلة القول الثاني

1- والرد على أن الطلاق في الحيض غير مشروع لذلك فهو لا يقع قالوا إن النهي ليس لذات الطلاق لأنه مشروع بل لأمر آخر وهو عدم تطويل العدة، وعدم الإضرار

(1) ابن القيم: زاد المعاد، ج4، ص50.

(2) المصدر نفسه: ج4، ص45.

(3) الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ج1، ص428.

(4) ابن تيمية: مجموع الفتاوى، م33، ص18.

(5) ابن حزم: المحلى، ج10، ص163.

بالزوجة فالنهي للضرر لا للطلاق ولهذا صح الطلاق وكل ما في الأمر أن من فعل ذلك إثم وارتكب محظورا.

وقد قال في اللباب: وإذا طلق الرجل امرأته في حال الحيض وضع الطلاق لأن النهي عنه لمعنى في غيره فلا تنعدم مشروعيته⁽¹⁾.

2- أما قولهم أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: «من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد»².

قالوا: إن الضمير في قوله: فهو رد، ليس عائدا إلى العمل بل هو عائد إلى الفاعل، ومعنى ذلك: من عمل عملا ليس عليه أمرنا. فالفاعل رد أي مردود، ومعنى مردود أي غير مثاب على فعله، وحتى إذا عاد الضمير إلى الفعل، وكان المعنى من عمل عملا ليس عليه أمرنا ففعله مردود عليه، لا نسلم أن معنى الحديث: أن عمله باطل، بل كل ما في الأمر أن عمله غير مثاب عليه⁽³⁾.

3- وأما رواية أبي الزبير⁽⁴⁾ التي أخرجها أبو داود وجاء فيها: «فردها علي ولم يرها شيئا» رغم أنها هي أقوى ما اعتمد إليه الذين قالوا بعدم الوقوع إلا أن الجمهور رد على هذه الرواية بطريقتين:

1- طريق التفسير والتأويل.

2- طريق الجرح في الراوي.

أما التأويل: فقالوا أن معنى قوله: «وردتها علي ولم يرها شيئا» كلام مجمل لا بل على عدم وقوع الطلقة، لأن الرد يفيد عدم البيونة فكأنه قال لم تبين منك وأنها لازالت

(1) الميداني: عبد الغني الغنيمي: اللباب في شرح الكتاب، حققه محمد محي الدين عبد الحميد، دار الحديث، بيروت، ط4 1399هـ-

1979م، ج3، ص39.

(2) سبق تخريجه ص49.

(3) الصابوني: مدى حرمة الزوجين في الطلاق، ج1، ص454، 455.

(4) أبو الزبير: محمد بن مسلم بن تدرس الأسدي المكي روى عن جابر، وابن عمر، وابن عباس وابن الزبير، وهاشمة وحلق وعنه

أبو حذيفة ومالك، وشعبة... عطاء بن أبي رباح أحد شيوخه، وثقه ابن المدي وابن معين والنسائي وضعفه ابن عينة وغيره ومات

سنة 128هـ.

-السيوطي: طبقات الحفاظ، ص5156.

زوجتك والرد هنا بمعنى الرجعة كما ورد في القرآن الكريم: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ (1)(2).

قال ابن عبد البر: وقد يحتمل أن يكون معناه ولم يرها شيئاً تحرم معه المراجعة، أو لم يرها شيئاً جائزاً في السنة وقال: ولو صح فمعناه عندي - والله أعلم - ولم يرها شيئاً مستقيماً، لكونها لم تقع على السنة (3).

* أما الطعن في الراوي:

- فقد قال أبو داود بعد أن أخرج الحديث برواية أبي الزبير: «والأحاديث كلها على خلاف ما قال أبو الزبير» (4).

- وعن الشافعي أنه ذكر رواية أبي الزبير فقال: نافع أثبت من أبي الزبير، والأثبت من الحديثين أولى أن يؤخذ به إذا تخالفاً، وقد وافق نافعاً غيره من أهل الثبت (5).

- وقالوا إن أبا الزبير ليس بحجة لأنه مشهور بالتدليس (6) (7).

تعقيب:

بأدنى تأمل في أدلة الفريقين يظهر لنا أن مرد الخلاف إلى روايات حديث عبد الله بن عمر وألفاظها، وقد أخذ كل فريق منها بما صح عنده وأفتى بمقتضاه ثم تعقب كل فريق أدلة الآخر ناقداً لها ومعتزلاً عليها على نحو مفصل.

(1) سورة البقرة: الآية 228.

(2) الصابوني: مدى حرمة الزوجين في الطلاق، ج 1، ص 448.

(3) ابن حجر: فتح الباري، ج 9، ص 354.

(4) أبو داود: صحيح سنن المصطفى: ج 1، ص 341.

(5) ابن حجر: فتح الباري، ج 9، ص 354.

(6) المصدر نفسه، ج 9، ص 354.

(7) قال الشوكاني إن أبا الزبير غير مدفوع في الحفظ والعدالة وإما يخشى من تدليس، فإذا قال: سمعت أو حدثني زال ذلك، وقد صرح هنا بالسماع وليس في الأحاديث الصحيحة ما يخالف حديث أبي الزبير حتى يصار إلى الترجيح.

- الشوكاني: نيل الأوطار، ج 8، ص 09.

- فالشوكاني يقرر أن أبا الزبير إذا صرح بالسماع زال التدليس والرواية التي موضوع النقاش قد سمعها من ابن عمر.

البند الثالث: القول الراجح.

الذي يظهر لنا من تقدير شراح الحديث والمختصين فيه أن ما استند إليه القائلون بعدم الوقوع لا يقل صحة عن ما استند إليه القائلون بالوقوع بحيث لا يستطيع الراجح في الترجيح لأحدهما أن يجزم بتقديم قول على الآخر.

كما أن الظاهر من النصوص الشرعية الميل إلى سد باب الطلاق والأخذ بما ذهب إليه القائلون من أن الطلاق لا يقع في الحيض وهذا الميل لا تبرره قوة أدلة هذا الفريق. وأن أدلة المخالفين له دونه في المرتبة والدرجة، وإنما لما يترتب عليه من أثر اجتماعي يعود على الأسرة بالخير العميم، وأنه من قبيل الوسائل التي دعت إليها ضرورة دفع مفسدة أكبر، فإذا ثبت من طريق صحيح أن الطلاق في حالة ما لا يقع، وكان المترتب على القول بوقوعه إضرار بمصلحة المجتمع، وتفسخ الأسر بانفعالات مؤقتة تؤدي إلى التسرع في الطلاق، فإن حكمة الطلاق تنتفي وينبغي المصير إلى ما تؤيده الأدلة والمصلحة من حظر الطلاق أصلاً.

لهذا كله فإننا نرى مع كثير من المعاصرين رجحان القول بعدم وقوع الطلاق البدعي⁽¹⁾.

الفرع الرابع: الطلاق البدعي في قوانين البلاد العربية.

لم تنص أكثر التقنينات العربية على وقوع الطلاق البدعي أو عدم وقوعه لأنها تدين بالوقوع ولهذا تركت موضوعه للمبادئ العامة أو إلى المذاهب الفقهية في أكثر البلاد حيث يرجع إليه فيما لا نص فيه.

(1) أحمد الغزالي: الطلاق الانفرادي وتدابير الحد منه، ص 75.

- الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ج 1 ص 470.

- سعاد سطحي، نصر سلمان: أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د.ط، د.ت، ص 70-71.

غير أن التتبعه في العراق⁽¹⁾ ولبنان⁽²⁾ قد نصوا على ذلك صراحة وقالوا بعدم الوقوع. أما عدا الشيعة فلم أحد إلا قانون المغرب العربي حيث نص على وجوب الرجعة إذا طلق الزوج امرأته في حالة الحيض وهو مأخوذ من مذهب مالك.

حيث نصوا في الفصل 47 من القانون المغربي: «إذا وقع الطلاق والمرأة حائض أجب القاضي الزوج على الرجعة»⁽³⁾.

ولم يورد القانون الجزائري أي نص يتعلق بالطلاق البدعي، مما يوجب على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وخاصة الفقه المالكي المعمول به في الجزائر (المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري).

فالتقول بعدم وقوع الطلاق البدعي، هو الراجح، ونأمل أن تقنن الدول العربية ذلك في موادها القانونية. من أجل درء المفاسد وتحقيق مصالح لتماسك الأسرة الإسلامية.

(1) جاء في المادة 223 من الأحكام الجزعرية في الأحوال الشخصية «محل الطلاق المرأة الطاهر من الحيض والنفاس المستبرأة بأن يطلقها في طهر لم يواقعها فيه».

(2) جاء في الفصول الشرعية المادة 121: «يصح الطلاق في أي وقت كان، وعلى به حال تكون عليها الزوجة إذا كانت واحدة من خمس:

1- الصغرة التي لم تبلغ السنة التاسعة من عمرها. 2- التي لم يقرها الزوج نيبا كانت أم بكرا. 3- اليانسة. 4- الحامل. 5- التي غاب عنها زوجها شهرا كاملا، على أن يقع الطلاق حال غيابه عنها بحيث يتعذر عليه معرفة حالها هي في حيض أو طهر؟... والمحبوس كالغائب.

أما الزوجة التي قارها الزوج، وأتمت السنة التاسعة من عمرها فأكثر، ولم تبلغ بعد حد اليأس لا يصنع طلاقها، إلا وهي في طهر لم يقرها فيه، فلو طلقها حال الحيض أو النفاس أو في طهر المقاربة كان الطلاق فاسدا.

(3) أمر رقم 190، 57، 1 المؤرخ في 22 محرم 1377 الموافق 19 أغسطس 1957 المتعلقة بمدونة الأحوال الشخصية المغربية.

المطلب الثالث: قيد اللفظ.

لابد لكل تصرف من صيغة أو وعاء يظهر الإرادة الباطنة ويدل عليها في خارج النفس.

والأصل في التصرفات عموماً أن يعبر عنها بالقول - أي الألفاظ - أو ما يقوم مقامه من كتابة أو إشارة عند الحاجة إلى ذلك.

والطلاق يقع بناء على الصيغة التي ينشئها الزوج والتي تكشف عن إرادته في إيقاع الطلاق، وقد تكون باللفظ الصريح الدال عليه، أو بما يقوم مقامه في هذه الدلالة. وهذه هي صيغة الطلاق الصريحة وقد تكون بغير اللفظ الصريح وهذه هي صيغة الكناية في الطلاق، ثم إن هذه الصيغة التي يقع بها الطلاق، سواء كانت صريحة أو كناية، لها أحوال خاصة في وقوع الطلاق بها.

الفرع الأول: صريح الطلاق وكنايته.

البند الأول: الألفاظ الصريحة في الطلاق:

وردت الفرقة بين الزوجين في القرآن الكريم بألفاظ منها:

- 1- لفظ "الطلاق" كما في قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لَعَدَّتهِنَّ ﴾ (1).
- 2- ولفظ "السراح" كما في قوله تعالى: ﴿ فِيمَسَاكٍ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ ﴾ (2).
- 3- ولفظ "الفراق" كما في قوله تعالى: ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾ (3).

فحصل من ذلك ألفاظ ثلاثة: هي الطلاق والسراح، والفراق.

ولا خلاف بين الفقهاء، فيمن قال لزوجته أنت طالق، ونوى الطلاق أنها طلقت لأنه لفظ صريح يدل على وقوع الطلاق.

(1) سورة الطلاق: الآية 01.

(2) سورة البقرة: الآية 229.

(3) سورة الطلاق: الآية 02.

ونحن اختلفوا في حصر اللفظ الصريح بهذه الحلمه - أنت طالق - وما اشتق منها. أم أن الصريح يشمل ألفاظا أخرى غير هذه الكلمة؟.

ذهب بعض العلماء من الشافعية والحنابلة والظاهرية إلى اعتبار الألفاظ الثلاثة "الطلاق، والفراق والسراح" ألفاظا صريحة في الطلاق مراعاة للاستعمال القرآني⁽¹⁾. بينما ذهب البعض الآخر من الحنفية والمالكية والزيدية ورواية عن أحمد إلى القول بأن لفظ الطلاق وحده وما اشتق منه مما لا يستعمل عرفا إلا في حل رابطة الزوجية هو الصريح في الطلاق، وما عداه فغير صريح أو كناية، لأن الصريح في الشيء ما كان نصا فيه لا يحتمل غيره إلا احتمالا بعيدا⁽²⁾.

حكم الطلاق الصريح:

أجمع المسلمون على أن الطلاق يقع إذا كان بالنية واللفظ الصريح إتباعا لظاهر الشرع⁽³⁾.

فإن صرح بالطلاق ولم ينوه ففيه قولان:

-
- (1) الشريبي: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج2، ص148.
 - ابن قدامة: المغني، ج8، ص263-264.
 - ابن حزم: المحلى، ج9، ص185.
 (2) الكسائي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج3، ص98.
 - ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد ولهاية المقتصد، ج2، ص89.
 - القراني: أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، الفروق وما مشه: تهذيب الفروق والقواعد السننية في الأسرار الفقهية، عالم الكتب، بيروت، ج3، ص152.
 - ابن قدامة: المغني، ج8، ص256، الروضة البهية، ج6، ص11 وما بعدها، الغراب، ص78.
 (3) الكسائي: بدائع الصنائع، ج3، ص101.
 - ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد، ج2، ص89.
 - الشريبي: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج2، ص149.
 - البيهقي: أبي محمد الحسين بن مسعود: شرح السنة، تحقيق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1412هـ-1992م، ج5، ص155.
 - ابن حزم: المحلى، ج9، ص186.
 - البهوتي: كشف القناع، ج8، ص2604.

القول الأول: ففي قول معظم الفقهاء يقع طلاقه⁽¹⁾، فلو قال الرجل لزوجته أنت طالق، وقع الطلاق، ولا يلتفت لادعائه أنه لا يريد الطلاق.

القول الثاني: يرى بعض الفقهاء أن الصريح لم يكن موجبا لحكمه لذاته، وإنما أوجبه لأننا نستدل على قصد المتكلم به لمعناه، لجريان اللفظ على لسانه اختيارا، فإذا ظهر قصده بخلاف معناه لم يجوز أن يلزم بما لم يردده، ولا التزمه ولا خطر بباله، بل إلزامه بذلك جنائية على الشرع وعلى المكلف، والله سبحانه وتعالى رفع المؤخدة عن المتكلم بكلمة الكفر مكرها لما لم يقصد معناها، ولا نواها فكذلك المتكلم بالطلاق... مكرها، أو لغضب، أو لسكر، أو لسبق لسان⁽²⁾ ونحو ذلك مما تعرضنا له تفصيلا في الفصل الثاني للبحث.

البند الثاني: الطلاق بلفظ الكناية.

أن الأصل في التعبير عن إرادة المطلق أن يكون بلفظ صريح لا يحتمل غير معنى الطلاق. ولكن قد يعبر المطلق عن إرادته بلفظ غير صريح ولكنه عرف واشتهر بين الناس على أن المراد منه الطلاق وهذا ما سماه الفقهاء بلفظ الكناية.

لفظ الكناية هو اللفظ الذي يحتمل معنى الطلاق ومعان أخرى. وتعتبر النية قرينة على إرادة معنى الطلاق⁽³⁾.

وألفاظ الكنايات كثيرة منها:

1- حسب مذهب الأحناف: فإنه فيما خلا لفظ الطلاق ومشتقاته كقوله: أنت طالق، أو أنت الطلاق، أو أنت مطلقة - بتشديد اللام - وطلقتك، ونحو ذلك فكنايتي، وهو عندهم على نوعين⁽⁴⁾:

(1) والعلة في ذلك كما ذكرها ابن حزم في المحلى "أن لفظة الطلاق وما تصرف منها لا يقع في اللغة التي عاينها الله عز وجل ما في أحكام الشريعة إلا على حل عقد الزواج فقط، لا معنى آخر البتة، فلا يجوز أن يصدق في دعواه في حكم قد ثبتت بالبينة عليه". ابن حزم: المحلى، ج 9، ص 186.

(2) ابن القيم: أعلام الموقعين، ج 3، ص 51-53.

- واستنتت المالكية بأن قالت إلا أن تقترب بالحالة أو بالمرأة قريبة تدل على صدق دعواه - أنه لم يقصد باللفظ حل عقد النكاح - مثل أن تسأله أن يطلقها من وثاق هي فيه وشبهه فيقول لها أنت طالق.

- ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد، ج 2، ص 89.

(3) الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ج 1، ص 282.

(4) الكساني: بدائع الصنائع، ج 3، ص 105 وما بعدها، 109. - ابن همام: شرح فتح القدير، ج 4، ص 03-04.

أ- نوع هو كناية بنفسه وضعاً: - أي بحكم الوضع العوي - وهو كل لفظ يستعمل في الطلاق ويستعمل في غيره، ومثاله أنت بائن، أنت على حرام، أمرك بيدك، اعتدى، خليت سبيلك فارتك، أنت حرة، أغربي، ألحقي بأهلك ونحو ذلك. فهذه الألفاظ تستعمل في الطلاق وفي غيره.

فمثلاً من يقول لزوجته: ألحقي بأهلك "روحي بيت أهلك" يحتمل الطلاق، لأن المرأة تلحق بأهلها إذا صارت مطلقة، ويحتمل الطرد والإبعاد عن نفسه مع بقاء النكاح. ومن يقول لزوجته: أنت بائن يحتمل البيونة عن النكاح، ويحتمل البيونة عن الخير والشر.

وقوله: أنت حرة يحتمل حرة من قيد الزواج ويحتمل أنت حرة فافعلي ما تشائين، وهكذا، حيث يبين لنا أن هذه الألفاظ وأمثالها تحتمل الطلاق وتحتمل غيره.

ب- أما النوع الثاني: فهو أن يكتب كتابة مستبينة لكن لا على وجه المخاطبة أن "امراته طالق" فيسأل عن نيته، فإن قال: نويت به الطلاق وقع، وإن قال لم أنو به الطلاق صدق.

2- ومن الكنايات عند المالكية⁽¹⁾: كنايات ظاهرة وكنايات محتملة:

أ- الكنايات الظاهرة: هي ما جرى العرف بأن يطلق بها في اللغة والشرع مثل قوله: أنت خلية أو برية و بائن و بنة وجبلك على غاربك، وأنت حرام، وأنت كالميتة والدم ولحم الخنزير، وكذلك الفراق والسراح واعتدي وما أشبهها فحكم هذا كحكم الصريح.

ب- الكنايات المحتملة: فمثل قوله: اذهبي وانصربي واخرجي وغربي، والحقني بأهلك وما أشبه ذلك فهذا لا يلزمه الطلاق إلا أن نواه وإن قال أنه لم ينو الطلاق قبل قوله في ذلك.

3- من الكناية عن الشافية والحنابلة⁽¹⁾: مثل أنت خلية، أنت بنة، أنت بائن، وأنت حرام، أنت كالميتة، واسترئي رحمك وابعدي واذهي وما شبه ذلك.

(1) عبد الوهاب علي بن نصر: أبو محمد: المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق محمد حسن حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ-1998م، ص1، ص570.

- بن جزى: القوانين الفقهية، ص234.

حكم الطلاق بالكنائية:

لا خلاف بين القائلين بوقوع الطلاق الكنائي أنه يفتقر إلى النية لتعيين المراد، فإن لم ينو بها طلاقاً فلا يلزمه الطلاق ديانة، أي فيما بينه وبين الله تعالى (2).

أما في القضاء كأن تدعي المرأة أمام القضاء أن زوجها أراد بقوله: "أنت حرة مثلاً" طلاقها، وأنكر هو أنه أراد ذلك:

* ففي رأي الحنفية والزيدية وأصح الروايتين عند الحنابلة تصدق المرأة بدلالة الحال، أي القرينة، فلو كان الزوجان في حال مذاكرة الطلاق وسؤاله، أو حالة الغضب والخصومة فدلالة الحال ترجح أنه أراد بقوله الطلاق، فثبت إرادة الطلاق في كلامه ظاهراً فلا يصدق في الصرف عن الظاهر كما في صريح الطلاق (3).

وفي رأي المالكية والشافعية وثاني الروايتين عند الحنابلة، لا يقع الطلاق بدلالة الحال، لأن المطلق مختار في إرادة غير الطلاق بألفاظ الكناية، وقيام القرينة لا ينفي اختياره (4).

- (1) الشريبي: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج2، ص150.
- أبي البركات: مجد الدين: المهر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ومعه النكت والفوائد السنية على مشكل المهر لمجد الدين ابن تيمية تأليف شمس الدين ابن مفلح، مكتبة المعارف، الرياض، ط2، 1404هـ-1984م، ج2، ص54.
- (2) بن المرتضى: أحمد بن يحيى: البحر الزخار، وبهامشه: كتاب جواهر الأخبار والآثار للمحقق محمد بن يحيى همران، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، (د.ط)، (د.ت)، ج4، ص156 وما بعدها.
- الكساني: بدائع الصنائع، ج3، ص106.
- ابن جزى: القوانين الفقهية، ص234.
- البغوي: شرح السنة، ج5، ص155.
- المرادوي: علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق محمد حامد الفقهي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1376هـ-1957م، ج8، ص480.
- (3) الكساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج3، ص106.
- البهوتي: كشف القناع، ج8، ص2609.
- المرادوي: الإنصاف، ج8، ص481.
- بن المرتضى: البحر الزخار، ج4، ص156-157.
- (4) المطيعي: تكملة المجموع، ط دار الفكر، بيروت، ج17، ص104.
- الشيخ علي الصعبي العدوي: حاشية على كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي يزيد القيرواني، ط مصطفى الحلبي، 1938، ج2، ص63.

أما في مذهب الجعفرية والظاهرية فإن الطلاق لا يقع عندهم بلفظ الكناية، فالجعفرية لا يقع الطلاق لديهم، إلا بلفظ طالق، والظاهرية لا يقع عندهم إلا بأحد ألفاظ ثلاثة: الطلاق أو السراح أو الفراق⁽¹⁾.

ولاشك في أن حصر ألفاظ الطلاق بأقل عدد ممكن هو أقرب للمصلحة حيث فيه تضيق من نطاق دائرة الطلاق، ولكن ما القول في لفظ اشتهر بين الناس وشاع عرفاً بأن المراد منه الطلاق سوى تلك الألفاظ التي حددها المذهبان الجعفري والظاهري. فلفظ أنت بئنة إذا كان معروفاً في جميع الأوساط بأن من تلفظ به إنما يعبر عن إرادته بالتطليق، وفهمته الزوجة ونوى به الطلاق فأبي فرق بين هذا اللفظ ولفظ أنت طالق إذا أن كلا منها يؤدي نفس الغرض حيث يعبر عن قصد المطلق بالتطليق.

ويبدو أن سبب عدم الاعتداد بلفظ الكناية لدى هذين المذهبين هو اشتراطهم الإشهاد حين الطلاق فلا يقع طلاق الزوج إلا أمام شاهدين يسمعان إيقاع الطلاق مع فهم معناه فلفظ الكناية لا يعرف إلا من النية لاحتماله معان أخرى إذ كيف تصح الشهادة على نية المطلق⁽²⁾؟

البند الثالث: الطلاق الصريح والكنائي في القانون.

نص قانون الأحوال الشخصية المغربي في المادة 46 على «يقع الطلاق باللفظ المفهم له وبالكتابة ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومة»⁽³⁾.

ونلاحظ أن المادة موافقة للمذهب المالكي وعليه فإنه لا يقع الطلاق إلا بالألفاظ الصريحة، بوضع اللغة أو الموضوع عرفاً للدلالة على الطلاق.

ولقد أخذ القانون المصري مذهب الإمامين مالك والشافعي. فنص في المادة الرابعة

04 على أن: «كنايات الطلاق هي ما تحتل الطلاق وغيره لا يقع بها الطلاق إلا بالنية»⁽⁴⁾.

(1) ابن حزم: المحلى، ج10، ص185.

(2) الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ج1، ص283.

(3) القانون رقم 03/07 الصادر في 12 ذي الحجة 1424هـ الموافق 03 فيفري 2004 المتضمن مدونة الأسرة المغربية.

(4) القانون رقم "25" لسنة 1920 المتعلق بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية، المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985.

وهو ما ذهب إليه القانون السوري في المادة 87 و93.

حيث نص في المادة 87 على أنه «الفقرة الأولى: يقع الطلاق باللفظ والكتابة ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومة»⁽¹⁾.

ونص في المادة 93 على أنه «يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة عرفاً دون حاجة إلى نية، ويقع بالألفاظ الكنائية التي تحمل معنى الطلاق وغيره بالنية»⁽²⁾.

وإلى الشيء نفسه ذهب قانون الأحوال الشخصية الأردني⁽³⁾ في مادتيه 86 و95 والقانون اللبناني⁽⁴⁾ في المادة 109.

فكما يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة يقع أيضاً بالكنائية، كأن يكتب الرجل لزوجته كتاباً يخبرها فيه بطلاقه لها، ولو كان الكاتب قادراً على النطق.

ويقع من الأخرس أو معقود اللسان بالإشارة المعلومة الواضحة التي تدل على إيقاع الطلاق في إشارات الأخرس إذا كان عاجزاً عن الكتابة، غير أنه وإن كان الطلاق يقع بالكتابة، ولو كان الزوج قادراً على أن ينطق إلا أن الأمر بالنسبة لوقوع الطلاق بالإشارة يختلف عنه بالكتابة، حيث أن الإشارة لا تقوم مقام اللفظ والعبارة إلا في حالة العجز عن النطق بالعبارة، كالأخرس ونحوه.

وخلاصة القول، يقع الطلاق بالأسلوب الذي ينعقد به الزواج، أي بالألفاظ الصريحة، كما يقع بالكتابة المفهومة وهذا المعنى مأخوذ من المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري⁽⁵⁾ وبما أن الطلاق هو تعبير عن الإرادة حسب المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري.

(1) المرسوم التشريعي، رقم 59، الصادر في 17 سبتمبر 1953، المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري.

(2) القانون نفسه.

(3) القانون رقم 61 لسنة 1976 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني.

(4) قانون حقوق العائلة، بيروت، 24 شباط، سنة 1948م.

(5) الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق 9 جوان 1984م المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

فإن التعبير عن الإرادة في القانون الجزائري يحون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه⁽¹⁾.

وقد ذهبت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 14 ماي 1984 بأن : « من المقرر شرعا أن الطلاق هو حل عقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج الذي يملك وحده فك عصمة النكاح، ولا ينوب عنه في ذلك إلا من فوض لهم أمره، ولا يتم ذلك إلا بصيغة صريحة وواضحة»⁽²⁾.

ومن بين الاجتهادات القضائية التي تدل على أن الزوج إذا تلفظ بلفظ الطلاق وقع ذلك الطلاق القرار الآتي:

«من المقرر شرعا وعلى ما جرى به قضاة المجلس الآن أن تلفظ الزوج بالطلاق يلزمه، ومن المقرر أيضا أن الرجعة لا تعتبر شرعا إلا أثناء قيام العدة، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية.

إذا كان الثابت - في قضية الحال - أن الزوج المطلق ندم أو تراجع في طلاقه بعد انتهاء مدة العدة فإن هذا لا يشفع له شرعا في عدم احتساب الطلاق الذي تلفظ به، وبناء عليه فإذا أراد أن يرجع زوجته، كان عليه إتباع القواعد الفقهية التي تنظم وتضبط الرجعة، وكان على قضاة الاستئناف التنفيذ بهذه القواعد الفقهية كما فعل قاضي محكمة الدرجة الأولى، إلا أنهم بقضائهم برجع الزوجة إلى بيت الزوجية، خالفوا أحكام هذا المبدأ»⁽³⁾.

(1) المادة 60 من القانون المدني. التي تنص : « التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ مواقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه»

-الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 14 ماي 1984، ملف رقم 32786 (غير منشور)، بلحاج، العربي : قانون الأسرة .

-الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، 1994، ص251.

(3) المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار رقم 35322، المؤرخ في 17-12-1984، العدد 4، السنة 1989،

بتحليل هذا القرار يتبين لنا أن لزوج بمجرد تلفظه لنبطاق وقع طلاقه ورتب عليه الآثار الشرعية. لذلك فإن ندم الزوج وتراجعه لا يمنع من احتساب الطلقة. وانتهاء العدة يمنع الزوج من إرجاع زوجته إلا بعقد جديد.

فمن خلال تحليلنا لهذا القرار نجد أن المحكمة العليا في اجتهادها هذا طبقت أحكام الشريعة الإسلامية التي تنص على أنه إذا تلفظ الزوج بلفظ صريح وقع طلاقه فهو طلاق صريح ومنجز رغم أنه لم ينص عليه في قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الثاني: صيغ الطلاق وحكم كل نوع.

البند الأول: أنواع صيغ الطلاق:

1- الطلاق المنجز: وهو ما قصد به إيقاع الطلاق بمجرد النطق به ويتحقق ذلك بلفظ "أنت طالق" فهذه العبارة هي التي وضعت أصلاً للتطبيق، كما تظهر إرادة المطلق في إيقاع الطلاق وتحديد وقته، وتبين أنه في الحال. فلا هي باللفظ المضاف إلى الزمن المستقبل، ولا بالمعلق على أمر آخر، فإذا صدر الطلاق بهذا اللفظ فهو واقع باتفاق الفقهاء لأن الطلاق شرع للحاجة، والحاجة تقتضي التنجيز، فمتى كان الرجل أهلاً للتطبيق، والمرأة محلاً للطلاق وقع الطلاق فوراً بمجرد التلفظ به وترتبت عليه جميع آثاره. والأصل أن يكون الطلاق كذلك⁽¹⁾.

2- الطلاق المضاف: هو ما قصد به وقوع الطلاق في زمن مستقبل مثل أن يقول الزوج لزوجته: أنت طالق ابتداء من أول الشهر القادم.

ويترتب على هذه الصيغة أنه لا يترتب أثر الطلاق وحكمه إلا بمجرد الزمن الذي أضيف إليه، ولا يقع الطلاق قبله، بل تكون المرأة زوجة له إلى حلول هذا الوقت، نظراً لأن هذه إرادة الزوج.

3- الطلاق المعلق: هو ما كان بصيغة معلقة على شرط. والتعليق هو ربط حصول مضمون جملة بمضمون جملة أخرى. كقول الزوج لزوجته إن دخلت الدار فأنت

(1) الكسان: بدائع الصنائع، ج 3، ص 126.

- ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد، ج 2، ص 89.

- الماوردي: الحاوي الكبير، ج 13، ص 54.

- ابن حزم: المحلى، ج 10، ص 173-174.

شأن. واجتمعت الأولى سبباً لجملة الشرط والثانية جملة أجزاء. ويرتّب على الطلاق المنعنى على شرط أنه لا يقع إلا عند حصول مدلول جملة الشرط وهي في المثال السابق: دخول الزوجة الدار⁽¹⁾.

4- الخلف بالطلاق:

فمعناه: أن يأتي الرجل بصيغة اليمين بالطلاق في صورة قسم ليس فيها تعليق لفظي، ومثاله: قول الرجل لزوجته "علي الطلاق لأفعلن كذا" أو قوله "الطلاق يلزمي لأفعلن كذا" أو قوله "علي الحرام لا تفعلين كذا" فهذه الصيغة لم تذكر فيها أداة الشرط صراحة، ولكنها مستفادة من المعنى، لأن معنى قوله "علي الطلاق، وعلي الحرام، والطلاق يلزمي لأسافر غداً" بمتزلة قوله إن سافرت غداً فزوجتي طالق⁽²⁾.

البند الثاني: حكم كل نوع.

1- الطلاق المنجز يقع اتفاقاً:

وقد اتفق الفقهاء على وقوع الطلاق متى صدر بصيغة التنجيز. ويخلف به في رأي الجمهور الطلاق بصيغة التعليق الصوري، كأن يعلق الطلاق على أمر موجود وقت التلفظ به. ومثاله أن يقول: إن كانت امرأتي ولدت بنتاً فهي طالق، وكانت قد ولدت فعلاً وقت نطقه بنتاً، فإن كان التعليق كذلك وقع الطلاق في الحال، وكان منجزاً لأن التعليق حينئذ صوري. والعبرة بالمقاصد والمعاني، لا بالألفاظ والمباني⁽³⁾.

2- الصيغة المضافة إلى المستقبل:

إذا قال الزوج لزوجته أنت طالق غداً أو بعد شهر فالفقهاء الذين أوقفوا الطلاق بالصيغة المضافة إلى المستقبل انقسموا إلى رأيين:

القول الأول: وهو مذهب مالك حيث قال إن الطلاق يقع في الحال⁴.

(1) الصانوي: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ج 1، ص 294.

(2) البهوتي: كشف القناع، ج 8، ص 2611 وما بعدها.

- ككسي: بدائع الصنائع، ج 3، ص 132.

(3) في هذا المعنى: أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 298.

(4) الخطّاب: مواهب الخليل، ج 4، ص 53.

• وحجة هذا القول: إن الزوج بهذه الإضافة قد جعل استباحة زوجته إلى أجل محدود، فالفترة بين إيقاع الطلاق وبين وقوعه في الزمن المضاف إليه يعتبر توقيتاً للنكاح والوطء فيه ووطء في نكاح مؤقت، وهذا لا يجوز فتحجباً لتوقيت النكاح بهذه المدة قالوا يقع الطلاق في الحال.

جاء في بداية المجتهد: "وأما تعليق الطلاق بالأفعال المستقبلية فإن الأفعال توجد على ثلاثة أضرب: ... (1)

وأما ما لا بد من وقوعه كطلوع الشمس غدا فهذا يقع ناجزاً عند مالك".

القول الثاني: ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية إلى أن الصيغة المضافة إلى المستقبل يقع بها الطلاق في الوقت الذي أضيف إليه.

• وحجة أصحاب هذا الرأي أن الصيغة المضافة إلى المستقبل هي تعليق للطلاق على صفة معينة فإذا لم توجد هذه الصفة فلا يقع الطلاق (2).

3- الصيغة المعلقة على شرط:

هي كل عبارة اقترنت بشرط من الشروط يدل على ربط وقوع الطلاق به بأداة من أدوات الشرط (3).

والأمر المعلق عليه الطلاق على عدة أوجه:

1- تعليق على أمر ممكن أن يقع أولاً (محمّل الوقوع):

كقوله: إذا ذهبت إلى المكان الفلاني فأنت طالق، أو إذا قدم فلان من سفره فأنت طالق، فإذا وقع الشرط وقع الطلاق، وإلا لم يقع اتفاقاً (4).

(1) ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد، ج2، ص94.

(2) عبد الغني الغنيمي: اللباب في شرح الكتاب، ج3، ص46.

- الشريبي: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج2، ص155.

- ابن قدامة: المغني، ج8، ص343.

- العنسي أحمد بن قاسم: التاج المذهب لأحكام المذهب، شرح من الأزهار في فقه الأئمة الأمصار، مكتبة اليمن الكبرى، صنعاء، ج2، ص130.

(3) أدوات الشرط: إن وإذا ومن وأي، وكلما، وهذه تفيد التكرار.

(4) ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج4، ص114-116، ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد، ج2، ص94.

- ابن حزمي: القوانين الفقهية، ص236.

- الشيرازي: ابن يوسف الفيروز آبادي: المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر، ج2، ص88.

2- التعليق على أجل أو صفة لا بد أن يأتيان: مثل مجيء الشهر أو موت فلان فالطلاق لا يقع إلا بحدوث الشيء المعلق عليه⁽¹⁾. بينما ذهب الإمام مالك إلى أن الطلاق يقع في الحال⁽²⁾.

3- التعليق على أمر يغلب مجيئه⁽³⁾: كقوله: إذا حضت أو طهرت أو وضعت حملك فأنت طالق، ذهب جمهور العلماء إلى أن الطلاق لا يقع إلا بمجيء ما علق عليه، وهناك قول في المذهب المالكي ينص على أن الطلاق يقع في الحال.

4- التعليق على مشيئة الله: اختلف الفقهاء في حكم من قال لزوجته: أنت طالق إن شاء الله إلى القولين الآتين:

القول الأول: ذهب الحنفية والشافعية إلى عدم وقوع طلاقه⁽⁴⁾.

لقوله صلى الله عليه وسلم: «من حلف فقال إن شاء الله، لم يحنث»⁽⁵⁾.

لقوله أيضا: «من حلف على يمين، فقال إن شاء الله، فقد استثنى فلا حنث عليه»⁽⁶⁾.

-
- أبي البركات: المحرر في الفقه، ج2، ص62.
- (1) الطحاوي: شرح معاني الآثار: مصدر سابق، ج3، ص94.
- ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد، ج2، ص94.
- الشيرازي: المهذب، ج2، ص93-94.
- أبي البركات: المحرر في الفقه، ج2، ص66.
- (2) ابن جزى: القوانين الفقهية، ص236، ابن رشد: بداية المجتهد، ج2، ص94.
- (3) ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج4، ص128، ابن جزى: القوانين الفقهية، ص236.
- عبد الوهاب: أبو محمد: التلقين في الفقه المالكي، تحقيق محمد ثالث سعيد الغالي، دار الفكر، بيروت، 1415هـ-1995م، ج1، ص320-321.
- (4) ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج4، ص136-137.
- الشيرازي: المهذب، ج2، ص87.
- (5) - أخرجه البخاري: كتاب كفارات الأيمان، باب الاستثناء في الإيمان، فتح الباري، ج11، ص602-603.
- أخرجه ابن حبان: كتاب الإيمان: باب ذكر الخبر المدحض: الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان: دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1407هـ-1987م حديث رقم 4325، ص271.
- (6) أخرجه الترمذي: كتاب النذور والأيمان، باب ما جاء في الاستثناء في اليمين، حديث رقم 1535، ص108 وقال هذا حديث حسن ..

القول الثاني: ذهب المالكية والحنابلة إلى أن الطلاق يقع في الحال ولا ينفع الاستثناء فمن قال لزوجته أنت طالق إن شاء الله كان الطلاق ناجزاً⁽¹⁾.

وذلك لقول ابن عباس رضي الله عنه: «إذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق إن شاء الله فهي طالق»².

صيغة الخلف بالطلاق: إذا أقسم الزوج على طلاق زوجته إذا ذهبت إلى المكان الفلاني فهل يقع الطلاق أم لا؟ اختلف الفقهاء في ذلك إلى أقوال ثلاثة:

القول الأول: قال جمهور الفقهاء⁽³⁾ إن الطلاق المعلق يقع إذا حدث الشيء المعلق عليه، واستدلوا على ذلك بما يأتي:

1- جميع الآيات التي تحدثت عن الطلاق، لم تفرق بين الطلاق المعجل والمعلق سواء كان تعليقا قصد به إيقاع الطلاق أو قصد به الحث على فعل شيء أو تركه، فالآيات أطلقت ولم تقيد فيعمل بها على إطلاقها.

2- عن نافع قال: «طلق رجل امرأته البتة إن خرجت، فقال ابن عمر: «إن خرجت فقد بان من، وإن لم تخرج فليس بشيء»⁽⁴⁾.

3- قياسه على وقوع طلاق الهازل ولو لم يقصد الطلاق، فكذلك من علق طلاقه يقع ولو لم يقصد الطلاق لكن علقه على شرط يقصد به الحق أو المنع أو تصديق الخبر أو تكذيبه.

(1) ابن رشد: بداية المجهد، ج2، ص64. ابن جزى: القوانين الفقهية، ص236.

(2) أخرجه البيهقي: كتاب الخلع والطلاق: باب الاستثناء في الطلاق والعق والنذر، مصدر سابق، ج7، ص361.

(3) ابن الممام: شرح فتح القدير، ج4، ص114-115.

- ابن جزى: القوانين الفقهية، ص236.

- عبد الوهاب: التلقين، ج1، ص319-320.

- الشافعي: الأم، ج5، ص166-167.

- الشيرازي: المهذب، ج2، ص92-93.

- أبي العز: التنبيه على مشكلات الهداية، ج3، ص1315.

- أبو البركات: المحرر في الفقه، ج2، ص62 وما بعدها.

- ابن قدامة: المغني، ج8، ص318.

(4) رواه البخاري، كتاب الطلاق، باب الطلاق في الإغلاق والكراهة والسكران، الفتح الباري، ج9، ص388.

4- من المعقول: إن الرجل قد يحتاج إلى إيقاع الطلاق منجزا ويحتاج إلى تعليق تخويفا لزوجته وتهديدا لها لكي يجعلها لا ترتكب فعلا ما مرة أخرى، فإذا هي فعلت ما هددت به فتكون هي الجانية على نفسها.

رد الإمام ابن القيم على أصحاب هذا القول، بقوله: «وأما من يفصل بين القسم المحض والتعليق الذي يقصد به الوقوع فإنه يقول بالآثار المروية عن الصحابة كلها في هذا الباب، فإنهم صح عنهم عدم الوقوع في صور، والصواب ما أفتوا به في النوعين، ولا يؤخذ ببعض فتاويهم ويترك بعضها⁽¹⁾».

القول الثاني: ذهب شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم إلى أنه إن كان تعليق الطلاق على وجه القسم أي يقصد الزوج بذلك اليمين، ولا يقصد الطلاق لا يقع الطلاق إذا حدث الشيء المعلق عليه أما إذا كان التعليق قاصدا به إيقاع الطلاق فيقع عند حدوث الشيء المعلق عليه لأنه كان ناويا إيقاعه⁽²⁾.
واستدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

1- قوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ...﴾⁽³⁾.

وقوله: ﴿ذَلِكَ كَفَارَةٌ لِّأَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾⁽⁴⁾.

2- قوله صلى الله عليه وسلم: «إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرا منها فات الذي هو خير وكفر عن يمينك»⁽⁵⁾.

فإن كانت يمين الطلاق يمينا شرعية بمعنى أن الشرع اعتبرها وجب أن تعطى حكم الأيمان، وإن لم تكن يمينا شرعية كانت باطلة في الشرع، فلا يلزم الحالف بها شيء⁽⁶⁾.

(1) ابن القيم: أعلام الموقعين، ج3، ص54.

(2) ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ج33، ص192-193. ابن القيم: أعلام الموقعين، ج3، ص54-63.

(3) سورة المائدة: الآية 89.

(4) سورة المائدة: الآية 89.

(5) رواه البخاري بالفتح كتاب كفارات الأيمان (84)، باب الكفارة قبل الحنث وبعده (10)، حديث رقم 6722، ج11، ص608.

(6) ابن القيم: أعلام الموقعين، ج3، ص60.

3- قال ابن عباس رضي الله عنه: «الطلاق عن وطء والعناق ما أريد به وجه الله»⁽¹⁾.

فالطلاق لا يقع إلا إذا نوى الشخص إيقاعه.

القول الثالث: ذهب الظاهرية⁽²⁾ إلى القول بأن الحلف بالطلاق لا يلزم ولا يقع به الطلاق. ومن أدلتهم على ذلك ما يأتي:

1- أنه لم يأت قرآن ولا سنة بوقوع الطلاق بذلك، وقد علمنا الله الطلاق على المدخول بها وفي غير المدخول بها، وليس هذا - أي الحلف بالطلاق غير المنجز - فيما علمنا.

2- الحلف بالطلاق لا يسمى يمينا، إذ لا يمين إلا ما سماه الله تعالى يمينا، فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من كان حالفاً، فليحلف بالله أو ليصمت»⁽³⁾.

3- قياس الطلاق على النكاح والرجعة، فكما لا يجوز تعليق النكاح والرجعة، فكذلك لا يجوز تعليق الطلاق⁽⁴⁾.

البند الثالث: موقف القانون من الطلاق غير المنجز.

لقد كانت الدول العربية تسير على رأي المذاهب الأربعة وهي جميعاً تتفق على شرعية وقوع الطلاق المعلق.

غير أن أكثر التقنينات المعاصرة تأخذ بمذهب الإمامين ابن تيمية وابن القيم فتنص على وقوع الطلاق المنجز، أما غير المنجز فلا يقع إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير.

ومن هذا القبيل جاء القانون المصري في المادة 02 والقانون الأردني في المادة 70 والقانون السوري في المادة 90.

(1) البخاري بالفتح، كتاب الطلاق (68)، باب الطلاق في الإغلاق والكره... (11)، ج 9، ص 388.

(2) ابن حزم: المحلى، ج 10، ص 211-213.

(3) البخاري: كتاب الأيمان والنذور، باب لا تحلفوا بأيمانكم بالفتح، حديث رقم 6646، ج 11، ص 530.

(4) ابن حزم: المصدر السابق، ج 10، ص 213.

حيث تنص جميعها على أنه: «لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير»⁽¹⁾.

وظاهر العبارة أن الطلاق المضاف كالمعلق لا يقع به طلاق إلا مع القصد ولكن مواد المقتنين غير ذلك كما يبين من صريح نص المادة 92 أردني التي تنص على: «اليمين بلفظ، على الطلاق وعلى الحرام وأمثالهما لا يقع الطلاق بها ما لم تتضمن صيغة الطلاق مخاطبة الزوجة أو إضافته إليها»⁽²⁾.

وكما نصت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 25 لسنة 1929 المصري، على أنه: «ينقسم الطلاق إلى منجز.....، وإلى المضاف؟.....، وإلى يمين..... وإلى معلق».

والمعلق إن كان غرض المتكلم به التخويف أو الحمل على فعل الشيء أو تركه وهو يكره حصول الطلاق ولا وطر له فيه كان في معنى اليمين بالطلاق، وإن كان يقصد به حصول الطلاق عند حصول الشرط، لأنه لا يريد به المقام مع زوجته عند حصوله لم يكن في معنى اليمين، واليمين في الطلاق وما في معناه لاغ، أما باقي الأقسام فيقع فيها الطلاق»⁽³⁾.

ولم يتعرض القانون الجزائري لمسائل الطلاق المعلق واليمين بالطلاق، تاركاً هذه الأمور لمبادئ الفقه الإسلامي التي تعتبر المصدر التفسيري له (المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري) غير أن سكوت المشرع لا يعني توقف سير العدالة، وعلى القاضي ضرورة الاجتهاد والبحث والعمل بما أخذت به القوانين العربية المعاصرة، بأن الحلف باليمين والحرام لا يقع به طلاق، وأن الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه، وما في معناه، هو طلاق لاغ⁽⁴⁾.

(1) القانون رقم 25 لسنة 1920 المتعلق بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985.

-القانون رقم 61 لسنة 1976 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردنية.

-المرسوم التشريعي رقم 59 الصادر في 17 سبتمبر 1953 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري.

(2) القانون رقم 61 لسنة 1976 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردنية.

(3) أحمد الغزالي، الطلاق الانفرادي وتدبير الحد منه، ص 89.

(4) بلحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة، ج 1، ص 256.

وخلص القول أن الطلاق كما تم ترجيحه في هذا البحث أن الأصل فيه الحظر ولا يباح إلا الحاجة، فهذه الحاجة التي تدعو إلى الطلاق، إما أن تكون موجودة حين تعليقه، أو إضافته الطلاق أو غير موجودة، فإن كانت الأولى فليطلقها طلاقا منجرا إن توفرت شروط الطلاق وإن لم تكن الحاجة موجودة فأى داع يدعو إلى الطلاق؟

وأما الأيمان في الطلاق وهي وإن كانت من أقسام التعليق إلا أن الناس استعملوها أكثر من الصيغة المعلقة في بيوعهم ومعاملاتهم تقوية لعزائمهم وإرضاء لمن يتعاملون معهم وقد يكون ذلك كذبا أو صدقا لا حاجة فيه⁽¹⁾.

ولهذا فحرصا على المصلحة الزوجية، ومسايرة للسياسة الشرعية وتحقيقا للغرض الذي شرع له الزواج والهدف الذي يرمي إليه الطلاق، إلى عدم وقوع غير الطلاق المنجز وهذا ما ذهب إليه القانون المغربي إذ نص:

في المادة 91: الحلف باليمين أو الحرام لا يقع به طلاق.

في المادة 93: الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه لا يقع⁽²⁾.

القادر للعلوم الإسلامية

(1) عبد الرحمن الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ص 304-305.

(2) القانون رقم 03-07 صادر في 12 ذي الحجة 1424 الموافق لـ 3 فبراير 2004، المتعلق بمعدونة الأسرة المغربية.

المبحث الثاني: قيود الطلاق القانونية.

إن مسألة جعل الطلاق بيد الزوج في نظام الأسرة الإسلامي، تعد من المسائل الحساسة التي تثار حولها الشبهات في هذا العصر، وأصبحت تروج فكرة مفادها أن الطلاق سبب رئيس لكثير من المشكلات الاجتماعية وأن مرد ذلك كله إلى جعل الطلاق بيد الرجل يطلق كيف يشاء، ومتى شاء. وفي هذا إهدار للأسرة، ولذا يكون الحل الناجع لهذه المشكلة، بتقييد حق الزوج في الطلاق، ومن هنا ظهرت اقتراحات متعددة حول وسائل التقييد، أجاز بعض الفقهاء المعاصرين، لولي الأمر أن يختار منها ما يراه مناسباً ومحققاً للمصلحة الاجتماعية، عملاً بالسياسة الشرعية وفي المبحث تطرقت إلى وسائل التقييد المقترحة، وعرجت على بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية، ومدى تأثيرها ببعض المقترحات. ولهذا قسمت المبحث إلى ثلاثة مطالب: الأول فيه أتطرق إلى وسيلة الإشهاد على الطلاق، وفي المطلب الثاني تطرقت إلى وسيلة وضع الطلاق بيد القضاء، وفي المطلب الأخير تحدثت على التعويض عن الطلاق.

المطلب الأول: الإلزام بالإشهاد على الطلاق:

الإشهاد في الزواج شرط صحة، وقد رأى البعض زيادة في الاحتياط لإثبات الطلاق أنه شرط صحة فيه أيضاً، فلا يقع الطلاق إلا بالإشهاد وهذا يعني أن الطلاق الذي يتم بغير إشهاد، باطل لا يعتد به، وليس له أثر ديانة وقضاء. ووفق هذا الرأي، لا يشترط أن يتم الإشهاد في مكان معين كالحكمة مثلاً، فللرجل أن يطلق في أي مكان وأي وقت، المهم، أن يتم ذلك بحضور شاهدين.

وهذا كله من باب تضيق دائرة الطلاق، وعدم وقوعه بالسهولة التي تبدو في آراء بعض الفقهاء.

الفرع الأول: أقوال الفقهاء في الإشهاد على الطلاق:

اختلف الفقهاء في مدى وجوب الإشهاد على الطلاق ويرجع سبب اختلافهم إلى تفسير قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ، وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ، لَا تَخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ، وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبِينَةٍ، وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ، وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ، فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ، لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا، فَإِذَا

بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم، وأقيموا الشهادة لله»⁽¹⁾.

وقبل التطرق إلى آراء الفقهاء في مسألة الإشهاد في الطلاق، سنرى آراء المفسرين في هذه الآية:

البند الأول: ما ذهب إليه المفسرون.

اختلف المفسرون في قوله تعالى: ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾⁽²⁾ هل المراد منها وجوب الإشهاد على الطلاق أم الإشهاد والتدب إليه.

قال القرطبي: ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ أمر بالإشهاد على الطلاق، وقيل على الرجعة، والظاهر رجوعه إلى الرجعة والفرقة جميعاً⁽³⁾.

وقال الفخر الرازي⁴: «﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ أي مروا أن يشهدوا عند الطلاق وعند الرجعة ذوي عدل منكم»⁽⁵⁾.

وجاء في تفسير المحيط: ﴿وأشهدوا﴾ الظاهر وجوب الإشهاد على ما يقع من الإمساك وهو الرجعة والمفارقة وهي الطلاق⁽⁶⁾.

وذكر الطبري أن ابن عباس رضي الله عنهما قال: إن أراد مراجعتها قبل أن تنقضي عدتها أشهد رجلين⁽⁷⁾.

(1) سورة الطلاق: الآية 1-2.

(2) سورة الطلاق: الآية 2.

(3) القرطبي أبو عبد الله محمد: المصدر السابق، ج9، ص18، ص157.

⁴ الرازي: فخر الدين محمد بن عمر الحسن بن الحسن بن الحسين البكري الرازي، أبو عبد الله فقيه، أصولي، مفسر، أديب، متكلم، نظار، شافعي المذهب كان فريده عصره، له تصانيف كثيرة منها: «مفاتيح الغيب» في التفسير، والحصول في علم الأصول، توفي سنة 600 هـ.

ابن عماد: شذرات الذهب: ج5، ص21-22.

(5) الرازي فخر الدين محمد: التفسير الكبير ومفاتيح الغيب، دار الفكر، بيروت، ط3، 1405 هـ-1985 م، ص15، ج30، ص34.

(6) أبو حيان: محمد بن يوسف: تفسير المحيط، دار الفكر، ط2، 1403 هـ-1983 م، ج8، ص282.

(7) الطبري: تفسير الطبري، ج28، ص81.

وذهب السيوطي إلى أن المقصود بالإشهاد في الآية على الطلاق وعلى الرجعة، واستند في تفسيره إلى قول عطاء: «النكاح بالشهود، والطلاق بالشهود، والمراجعة بالشهود»⁽¹⁾.

ونقل الجصاص قول عطاء بمعنى آخر بقوله روى ابن جريح عن عطاء قال: «الطلاق والنكاح والرجعة بالبينة»⁽²⁾.

وقال أبو السعود قوله تعالى ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾: عند الرجعة والفرقة قطعاً للتنازع، وهذا أمر ندب كما في قوله تعالى ﴿وأشهدوا إذا تبايعتم﴾⁽³⁾ ⁽⁴⁾.

وقال البيضاوي ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم...﴾ على الرجعة والفرقة تبرياً من الرية وقطعاً للتراع، وهو ندب لقوله تعالى ﴿وأشهدوا إذا تبايعتم﴾⁽⁵⁾.

ومن خلال أقوال المفسرين نجد أنه منهم من قال إن الإشهاد للرجعة فقط، ومنهم من قال إنه للطلاق والرجعة معاً.

وتبعاً لاختلاف المفسرين في تفسير الآية، اختلف الفقهاء إلى رأيين:

البند الثاني: رأي الجمهور.

ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بأن الإشهاد على الطلاق مندوب إليه لا واجب واستدلوا على ذلك بما يأتي:

1- قوله تعالى: ﴿فإذا بلغن أحلهن فأمسكنهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف﴾⁽⁶⁾.
 ووجه الاستدلال من الآية: أن الأصل في صيغة الأمر أن تدل على الوجوب وتصرف من الوجوب للندب بقريئة، والقريئة التي صرفت الأمر في هذه الآية للندب تتمثل

(1) السيوطي جلال الدين: الدر المنثور في التفسير بالماثور، دار المعرفة، بيروت، ج6، ص232.

(2) الجصاص أبو بكر: المصدر السابق، ج3، ص455-456.

(3) سورة البقرة: الآية 282.

(4) أبو السعود محمد العمادي: إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثامنة 1411هـ-1990م، ج8، ص261.

(5) البيضاوي عبد الله بن عمر: تفسير البيضاوي، دار الفكر 1402هـ-1982م، ج28، ص743.

(6) سورة الطلاق: الآية 02.

بعدم ورود نص عن النبي صلى الله عليه وسلم أو عن الصحابة يفيد اشتراطهم للإشهاد على الطلاق، أو أن الطلاق الذي كانوا يوقعونه كان يتم بالإشهاد⁽¹⁾.

2- قياس الإشهاد على الطلاق على الإشهاد على البيع وذلك في قوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾⁽²⁾ والإشهاد على البيع مندوب إليه بالإجماع فكذلك في الطلاق. وفي هذا المقام يقول ابن عبد البر: «الإشهاد على الطلاق ليس بواجب فرضاً عند جمهور أهل العلم، لكنه ندب وإرشاد واحتياط للمطلق كالإشهاد على البيع»⁽³⁾.

البند الثالث: رأي الظاهرية والشيعة الإمامية والجعفرية.

يرى أصحاب هذا الرأي أن الأمر في الآية للوجوب لا للندب وهؤلاء فريقان منهم من قال أن الأمر بالإشهاد راجع إلى الطلاق فقط ومنهم من قال أن الإشهاد راجع إلى الطلاق والرجعة معا.

واستدل القائلون بوجوب الإشهاد بما يأتي:

1- بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾ إلى قوله ﴿فَبَلِّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لَتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوعًا وَاذْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾⁽⁴⁾.

ووجه الاستدلال من هذه الآيات: أن قوله ﴿وَأَشْهَدُوا﴾ راجع إلى الطلاق وإلى الرجعة معا والأمر للوجوب، لأنه مدلوله الحقيقي، ولا ينصرف إلى غير الوجوب، كالندب إلا بقرينة، ولا قرينة هنا تصرفه عن الوجوب⁽⁵⁾.

(1) عبد الناصر أبو البصل: مدى سلطة ولي الأمر في تقييد إيقاع الطلاق، مقال بمجلة الحكمة، بريطانيا-ليدز، العدد 10، ص40.

- السيد سابق: فقه السنة، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1421هـ-2000م، ج2، ص166.

- الغندور أحمد: الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مكتبة الفلاح، الكويت، الطبعة الثانية، 1402هـ-1982م، ص330.

- الصابوني عبد الرحمن: نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، ص137.

(2) سورة البقرة: الآية 282.

(3) ابن عبد البر: الاستذكار: كتاب الأقضية: باب ما جاء في الشهادات دار فنية، دمشق، بيروت، ط1، 1993م، ج2، ص33.

(4) سورة الطلاق: الآية 01-02.

(5) عبد الناصر أبو البصل: مدى سلطة ولي الأمر في تقييد إيقاع الطلاق، المرجع السابق، ص39..

ويرى ابن حزم في هذه الآية أن الله عز وجل لم يفرق بين المراجعة والطلاق والإشهاد فلا يجوز إفراد بعض ذلك عن بعض، وكان من طلق ولم يشهد، ذوي عدل أو راجع ولم يشهد ذوي عدل، متعديا لحدود الله تعالى⁽¹⁾ لقوله صلى الله عليه وسلم: «من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد»⁽²⁾.

ومن مذهب فقهاء الشيعة الإمامية والجعفرية، أن الإشهاد شرط في صحة الطلاق لا في صحة الرجعة فمن طلق ولم يشهد ذوي عدل فلا يصح طلاقه والزوجية قائمة. فجعلوا من الإشهاد ركن من الأركان لإيقاع الطلاق، وفسروا الأمر الوارد بالآية بأن معناها أشهدوا على الطلاق صيانة لدينكم، وإن هذا المعنى أليق بالظاهر ويقتضي وجوبه فيه، وأن في حمله على المراجعة يكون على الندب⁽³⁾.

3- أما من المعقول فإن اشتراط الإشهاد على الطلاق معقول المعنى، من حيث النظرة الشمولية لعقد الزواج وإثائه، فحضور الشاهدين، شرط في إنشاء العقد، فيجب حينئذ أن يكون حضورهم شرطا في الإنهاء أيضا⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: المناقشة والترجيح:

البند الأول: مناقشة الرأي الأول

ويرد على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن الأمر بالإشهاد الوارد في الآية هو للندب بما يأتي:

1- أن الأصل في الأمر أنه للوجوب، ما لم توجد قرينة تصرفه إلى غيره، والأمر بالإشهاد لم تقم قرينة تصرفه عن ذلك. بل القرائن تؤيد حمله على الوجوب، لأن الطلاق عمل استثنائي يقوم به الرجل، وهو أحد طرفي العقد، ويقوم به وحده، وافقت الزوجة أم لا والطلاق يخشى معه التجاحد والإشهاد يمنعه والمصلحة تقتضي ضرورة الإشهاد على الطلاق، وخاصة أن الله يقول ﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾⁽⁵⁾ ⁽⁶⁾.

(1) ابن حزم: المحلى، ج10، ص251.

(2) سبق تخريجه، ص

(3) الصابوني عبد الرحمن: مدى حرية الزوجين في إيقاع الطلاق، المرجع السابق، ج1، ص477.

(4) أبو زهرة محمد: الأحوال الشخصية، ص369.

(5) سورة الطلاق: الآية 01.

(6) كمال الدين إمام محمد: الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، الإسكندرية، د.ط، د.ت، ص233.

2- ثم إن القول أنه لم يؤثر على النبي صلى الله عليه وسلم، ولا عن الصحابة رضي الله عنهم ما يدل على مشروعية الإشهاد لا يصلح حجة للاستدلال ذلك أنه ثبت اشتراط الإشهاد على الطلاق من بعض الصحابة رضوان الله عليهم كعلي بن أبي طالب وعمران بن حصين⁽¹⁾.

فقد سئل عمران بن حصين عن رجل طلق، ولم يشهد وراجع ولم يشهد قال: «بئس ما صنع طلق في بدعة ارتجع في غير سنة، فليشهد، على طلاقه، وعلى مراجعته وليستغفر الله»⁽²⁾.

3- وأما قياسهم الإشهاد في الطلاق على الإشهاد في البيع، فقياس مع الفارق لأن البيع أمر يجري بكثرة بين الناس فإيجاب الإشهاد يحول دون سرعة التعامل ثم إن البيع اتفاق بين إرادتين وليس من الأهمية بمكان أهمية الطلاق الذي هو تصرف بإرادة منفردة وأمره يهم المجتمع بأسره باعتبار أن الأسرة هي اللبنة الأولى في بناء المجتمع⁽³⁾.

البند الثاني: مناقشة الرأي الثاني.

إن ما ذهب إليه ابن حزم من وجوب الإشهاد على المراجعة والطلاق فقد استدل على ذلك بقوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾⁽⁴⁾ ورد الإشهاد على كل من الإمساك، وهو الرجعة والمفارقة وهي الطلاق.

وهذا محل نقد ذكره الفقهاء بإسهاب لأن المفارقة ليست الطلاق الذي حث الشارع الإشهاد فيه، لأن المفارقة في هذه الآية هي: ترك الزوجة التي انتهت عدتها في قوله تعالى:

(1) عمران بن حصين: أسلم عام خيبر، وكان صاحب راية خزاعة، يوم الفتح بعنه عمر إلى البصرة ليفقه أهلها اعترل الفتنة ولم يقاتل فيها مات سنة 52 وقيل 53هـ.

- ابن عبد البر: الاستيعاب، ج 3، ص 1208.

- ابن حجر: الإصابة، ج 3، ص 26-27.

(2) عبد الرزاق أبوبكر: المصدر السابق، كتاب النكاح، باب النكاح والطلاق والارتجاع بغير بينة، الأثر رقم 10255، ج 6، ص 136.

(3) الصابوني عبد الرحمن: مدى حرية الزوجين في إيقاع الطلاق، المرجع السابق، ج 1، ص 478.

(4) سورة الطلاق: الآية 01.

﴿أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ أي إذا انتهت عدة الزوجة ولم يراجعها الزوج فليفارقها تأدية حقوقها التي أوجبها الله من النفقة ومؤخر المهر ومالها عليه⁽¹⁾.

وإلى هذا المفهوم ذهب ابن تيمية حيث قال: «وقد ظن الناس أن الإشهاد هو الطلاق، وظن أن الطلاق الذي لا يشهد عليه لا يقع، وهذا خلاف الإجماع وخلاف الكتاب والسنة، ولم يق أحد من العلماء المشهورين به، فإن الطلاق أذن فيه أولاً، ولم يأمر فيه بالإشهاد، وإنما أمر بالإشهاد حين قال: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾⁽²⁾ والمراد هنا بالمفارقة تخلية سبيلها إذا قضت العدة وهذا ليس بطلاق ولا برجعة ولا نكاح»⁽³⁾.

2- إن الإشهاد مسألة توثيقية بحسب أصلها، وليست ركناً أصيلاً في الطلاق بحيث لو فقدت بطل الطلاق، مثلها في ذلك مثل الإشهاد على البيع، فالبيع دون إشهاد صحيح والمذكور في قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾⁽⁴⁾ يحمل على النذب. وقد ورد على لسان الفقهاء على سبيل التقييد لقولهم «ما لا يشترط فيه الولي لا يشترط فيه الإشهاد كالبيع»⁽⁵⁾.

3- وأن الإشهاد إما أن يكون بعد التلفظ بالطلاق أو أثناءه فعلى قول من يشترطه فإن جمهور الناس لم يقع طلاقهم عبر السنين إذ أنهم قد لا يجدون شهوداً عدولاً على عزمهم عند إيقاع الطلاق، ولو كان الإشهاد شرط فيه فكيف لم يبين الرسول صلى الله عليه وسلم وجمهور السلف أن ذلك شرط بنص صريح يفهمه كل واحد. ثم إن جمهور العلماء من بعدهم لم يقولوا به عند حديثهم عن واقع الطلاق وشروط إيقاعه فأين غاب عنهم هذا القول الذي يدل على الشرطية⁽⁶⁾.

(1) قال ابن العربي في أحكام القرآن في تفسير قوله تعالى ﴿أَوْ فَارِقُوهُنَّ﴾ على حكم الطلاق الأول فيقع الفراق عند انقضاء العدة بالطلاق الماضي لترك الإمساك بالرجعة إذا وقع الفراق به، وإنما له الاستدراك بالتمسك بالتصريح بالطلاق وترك التمسك بالتصريح بالرجعة فراقاً مجازاً. ابن عربي: أحكام القرآن، ج 1، ص 1833.

(2) سورة الطلاق: الآية 01.

(3) ابن تيمية: الفتاوى، ج 33، ص 33-34.

(4) سورة البقرة: الآية 282.

(5) ابن قدامة: المغني، ج 8، ص 482.

(6) المتعلق بالإشهاد على الطلاق www.alsonan.net/vb/printthread

4- أن قياس انتهاء الزواج على ابتدائه قياس مع الفارق، لأن ابتداء النكاح يحتاج إلى إيجاب وقبول ومهر ولهذا كان فيه إشهاد، أما الانتهاء فقد وضعت الشريعة له أسباب منها أن يكون بيد الزوج حق الطلاق يستخدمه إذا اقتضت الحالة استخدامه كما أن للزوجة أن تطلب التفريق إن كان له مسوغ⁽¹⁾.

البند الثالث: القول الراجح.

بعد استعراض أدلة الفريقين ومناقشة كل واحد منهما يتبين لنا ترجيح الرأي القائل بوجود الإشهاد على الطلاق.

فمن الخير، حفظاً على روابط الأسرة أن يكون الإشهاد شرطاً لوقوع الطلاق، وأن يكون الشاهدان عدلين سامعين لفظ الطلاق، ذلك يؤدي إلى تخفيف كثرة وقوع الطلاق، الذي ينشأ غالباً وقت غضب، أو عند انفعال زائل⁽²⁾.

خاصة أن وجوب الإشهاد على الطلاق ينسجم مع رأي المفسرين⁽³⁾ وأن فيه فوائد مهمة، على رأسها التوثيق وتسهيل إثبات الطلاق والتضييق من دائرته.

والاستفادة من هذه الفوائد أمر تقتضيه السياسة الشرعية الذي كثر فيه التجاحد، ولكن بطريق لا تهدر أدلة الشرع وأحكامه فيستطيع ولي الأمر الإلزام بالإشهاد، إذا رأى أن ذلك أوفق لمصالح الناس.

كما أن وجوب الإشهاد قال به معظم العلماء المعاصرين، منهم محمد أبو زهرة، حيث قال بعد ذكره لرأي المذاهب التي تقول بالإشهاد: «وأن ذلك - أي الإشهاد على الطلاق - معقول المعنى، يوجه التنسيق بين إنشاء الزواج وإنهائه، فإن حضور الشاهدين شرط في الإنشاء، فيجب أن يكون شرطاً في الإنهاء.

وإنه لو كان لنا أن نختار للمعمول به في مصر لاخترنا ذلك الرأي، فيشترط لوقوع الطلاق حضور شاهدين عدلين، يمكنهما مراجعة الزوجين فيضيقة الدائرة، ولكيلا يكون الزوج فريسة لهواه، ولكي يمكن إثباته في المستقبل فلا تجري فيه المشاحة، وينكره المطلق

(1) أبو البصل عبد الناصر: مدى سلطة ولي الأمر في تقييد إيقاع الطلاق، المرجع السابق ص 41.

(2) الفندور أحمد: الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، ص 332.

(3) هؤلاء هم: الفخر الرازي، القرطبي، أبو حيان. بنظر: ص

إن لم يكن له دين، والمرأة على علم به، ولا تستطيع إثباته فتكون في حرج ديني شديد»⁽¹⁾.

كذلك عبد الرحمن الصابوني الذي قال: «والذي أراه أن في اشتراط الإشهاد حين الطلاق مزية كبرى تسجّم وتلاءم مع حكمة تشريع الطلاق في الإسلام وأنه أبغض الحلال عند الله..... وليس في اشتراط الإشهاد تضيق على إرادة الزوج فهو حر في التعبير عن قصده، وإرادته، غير أن في الإشهاد إعاقة للمتسرّع من الرجال حتى يتبين له الرشد والصواب بعد الاستماع لنصائح الشهود»⁽²⁾.

وقد عضد موقفه بذكر آراء بعض كبار العلماء المعاصرين الذين ذهبوا إلى اشتراط الإشهاد على الطلاق⁽³⁾.

الفرع الثالث: موقف التقنينات العربية من الإشهاد على الطلاق:

تباينت مواقف تشريعات الأحوال الشخصية العربية في مدى الأخذ باشتراط الإشهاد في الطلاق من عدمه.

فقد ذهب كل من المشرع المغربي في مدونة الأسرة والمشرع المصري في قانون الأحوال الشخصية إلى اشتراط الإشهاد في الطلاق على وجه الإلزام.

إذ نصت المادة 79 من مدونة الأسرة المغربية على أنه «يجب على من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة (بالإشهاد به لدى عدلين منتصين لذلك، بدائرة نفوذ المحكمة) التي يوجد بها بيت الزوجة أو موطن الزوجة أو محل إقامتها، أو التي أبرم فيها عقد الزواج حسب الترتيب»⁽⁴⁾.

(1) أبو زهرة محمد: الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 369.

(2) الصابوني عبد الرحمن: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ج 1، ص 481.

(3) يقول أحمد شاکر في كتابه نظام الطلاق ص 118 «الأمر للوجوب لأنه مدلوله الحقيقي ولا يتصرف إلى غير الوجوب كالندب إلا بقرينة، ولا قرينة هنا تصرفه عن الوجوب».

يقول علي الخفيف في كتابه فرق الزواج ص 131 «في رأبي أن اشتراط الإشهاد على الطلاق هو أقرب الآراء إلى تحقيق المصلحة وإبعاده من أن يكون نتيجة غضب أو انفعال وفي ذلك تضيق دائرة الطلاق».

يقول يوسف موسى في كتابه الأحوال الشخصية 281 بعد أن ذكر وجهة نظر من قال بالإشهاد: «وهذه وجهة نظر يجب عدم التناضي عنها فإن في الأخذ بهذا الرأي ما يمهّد السبيل لتصلح في كثير من الحالات حقاً».

(4) القانون رقم 03-07، الصادر في 12 ذي الحجة 1424هـ الموافق 03 فيفري 2004 المتضمن مدونة الأسرة المغربية.

كما نص قانون الأحوال الشخصية لجمهورية مصر في المادة 21 منه أنه «لا يعتد في إثبات الطلاق عند الإنكار، إلا بالإشهاد والتوثيق وعند طلب الإشهاد عليه وتوثيقه يلتزم الموثق بتبصير الزوجين بمخاطر الطلاق. ويدعوهما إلى اختيار حكم من أهله وحكم من أهلها للتوفيق بينهما، فإن أصر الزوجان معا على إيقاع الطلاق فوراً، أو قررا معا أن الطلاق قد وقع، أو قرر الزوج أنه يوقع الطلاق، وجب توثيق الطلاق بعد الإشهاد عليه وتطبيق جميع الأحكام السابقة في حالة طلب الزوجة للتطبيق»⁽¹⁾.

والملاحظ لنص المادتين يجد أن المشرع المغربي خلافا لما كان عليه الأمر في مدونة الأحوال الشخصية، فالذي كان معمولاً به في أن مسطرة الطلاق تحمل قاضي التوثيق على إعطاء الإذن بالإشهاد على الطلاق لدى عدلين منتصبين للإشهاد بمجرد إنهائه للإجراءات الخاصة بطلب الإذن بالطلاق، أما في مدونة الأسرة فلا تأذن المحكمة بالإشهاد إلا في حالة الإيداع، وإلا اعتبر الزوج متراجعا عن نيته ما نفذت الآجال المحددة لذلك حسب المادة 83 «إذا تعذر الإصلاح بين الزوجين، حددت المحكمة مبلغا يودعه الزوج بكتابة الضبط بالمحكمة داخل أجل أقصاه ثلاثون يوماً لأداء مستحقات الزوجة والأطفال الملزم بالإنفاق عليهم المنصوص عليها في المادتين الموائيتين 84 و85»⁽²⁾ وإذا لم يودع الزوج المبلغ المنصوص عليه في هاته المادة داخل الأجل المحدد له اعتبر متراجعا عن رغبته في الطلاق، ويتم الإشهاد على ذلك من طرف المحكمة طبقاً لأحكام المادة 86 من المدونة⁽³⁾.

فالمشرع ألزم على كل من يعزم الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة وذلك بإشهاد عدلين مع مراعاة محل إقامة الزوجة لكونها الطرف المتضرر من واقعة الطلاق.

أما المشرع المصري فقد أوجب على المطلق أن يبادر إلى توثيق إشهار طلاقه لدى الموثق المختص. وهذا النص الوجوبي الذي لم يكن موجوداً من قبل، دعت إليه حاجة الأسرة وحمايتها من تتابع المشاكل إذ قد ظهر من استقصاء حالات الطلاق، أن بعض الأزواج قد لجأوا إلى إيقاع الطلاق في غيبة زوجاتهم وأخفوا عنهن خبره، وفي هذا إضرار

(1) القانون رقم: 01 لسنة 2000، المعدل لبعض أحكام قانون الأحوال الشخصية رقم 100 لسنة 1985 المتضمن قانون الأحوال الشخصية للمسلمين.

(2) القانون رقم 03-07، الصادر في 12 ذي الحجة 1424هـ الموافق 03 فيفري 2004 المتضمن مدونة الأسرة المغربية.

(3) Shatil73.maktooblog.com

بالمطلقات وتعليق لمن بدون مبرر، بل أن بعض الأزواج كان يوثق الطلاق رسمياً لدى الموثق ثم يحتفظ بورقة الطلاق لديه متظاهراً للزوجة باستدامتها واستمرارها، حتى إذا ما وقع الخلاف بينهما أبرز سند الطلاق شاهراً إياه في وجهها محاولاً به إسقاط حقوقها⁽¹⁾.

إذن فكل من المشرع المغربي والمصري أوجب الإشهاد على المطلق لإثبات الطلاق. غير أن المشرع المغربي اشترط الإشهاد وقت العزم على الطلاق، خلافاً للمشرع المصري جعله إلى ما بعد إيقاع الطلاق.

أما المشرع الجزائري فلم يشترط الإشهاد على الطلاق لكنه نص في المادة 49 على أنه «لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي، دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى»⁽²⁾.

فيكون الطلاق الذي يتلفظ به الزوج في بيته غير منتج لآثاره القانونية إلا بعد أن يصدر بشأنه حكم من المحكمة، وكذلك الطلاق الذي يقع بالاتفاق بين الزوجين وجب عليهما الانتقال إلى المحكمة لاستصدار حكم يثبت انفصالهما.

إذن فالطلاق الذي يتلفظ به الزوج في بيته أو بالاتفاق يقع من الناحية الشرعية ويرتب الآثار الدينية، ولكن من الناحية القانونية تعتبر الزوجية قائمة ما لم يصدر بشأنها حكم يقطعها⁽³⁾.

فص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري التي تجعل الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي جعل المحكمة العليا إلى عدم الاعتداد بنص هذه المادة في الحالات التي يتم الطلاق خارج المحكمة.

ويظهر ذلك في القرارات الآتية:

(1) فراج حسين: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 106-107.

(2) الأمر رقم 02-05، المؤرخ في 18 محرم 1426هـ، الموافق: 27 فيفري 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم: 24-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

(3) فضيل سعد: شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ج 1، ص 338-

1- «من المقرر شرعا أن الطلاق حق للرجل صاحب العصمة وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره أما التطلق فهو حق للمرأة وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية. ولما كانت الشريعة الإسلامية تخول إثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة سماع شهود حضورا وسمعا بذلك من نفس الزوج أو بواسطة شهادة مستفيضة فإنه يجب على القضاة أن يجروا تحقيقا لسماع الشهود الذين علموا بالطلاق وليس لهم بعد ذلك إلا أن يوافقوا على صحة طلاق أثبت أمامهم وكذلك فإن القرار الذي قضى إلا بتصريح الزوج أمام القاضي يعد مخالفا للشريعة الإسلامية.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطعن بمخالفة هذا المبدأ»⁽¹⁾.

2- « من المستقر عليه قضاء أنه يجوز الحكم بالطلاق أمام المجلس القضائي لما تقضي المحكمة بالرجوع إلى بيت الزوجية أو ترفض دعوى الطلاق. ومن ثم فإن قضاة المجلس لما قضوا بإلغاء الحكم القاضي برفض الدعوى وحكموا من جديد بإثبات الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين واعتبروه تعسفا على مسؤولية المستأنف عليه طبقوا صحيح القانون.

2) من المقرر شرعا أنه يثبت الطلاق العرفي بشهادة الشهود أمام القضاء ومتى تبين - في قضية الحال - أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين، وأن المجلس أجرى تحقيقا وسمع الشهود الذين أكدوا بأن الزوج طلق فعلا المطعون ضدها أمام جماعة من المسلمين وبالتالي فلا يحق له أن يتراجع عن هذا الطلاق وعليه فإن القضاة بقضائهم بإثبات الطلاق العرفي طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن»⁽²⁾.

(1) المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار رقم 35026، المؤرخ في 03 ديسمبر 1984، العدد 04، الصادر سنة 1989، ص 86.

(2) المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار رقم 216850، المؤرخ في 16 فيفري 1999، عدد خاص بالأحوال الشخصية، سنة 2001، ص 100.

وبتحليل القرارات السابقين نجد أن المحكمة العليا، اعترفت بالطلاق العرفي المثبت بشهادة الشهود وذلك تطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية رغم أنه لم يثبت بحكم قضائي كما هو منصوص عليه في المادة 49 من قانون الأسرة. فالمحكمة العليا لم تلتزم في قراراتها بتطبيق صريح المادة 49. وهذا راجع إلى عدم نص قانون الأسرة على حكم الطلاق العرفي الذي يقع خارج المحكمة ولذلك نجد أن المحكمة العليا رجعت إلى أحكام الشريعة الإسلامية استناداً إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة، والاعتراف بالطلاق الواقع خارج المحكمة بمجرد سماع الشهود لذلك.

فوجوب الإشهاد على الطلاق بتوثيقه لدى الموثق المختص إجراء شكلي ليس له أثر موضوعي على حق الزوج في إيقاع الطلاق فالطلاق يقع من الزوج على زوجته بمجرد حصوله دون توقف على توثيقه⁽¹⁾.

فالحكم الخاص بوجوب توثيق إشهاد الطلاق شيء، والآثار المترتبة على الطلاق شيء آخر، لأن الآثار رتبها الشرع الإسلامي ولم يجعل ذلك من اختصاص الأفراد، أما حفظ الحقوق عن طريق التوثيق فتركه الله للأفراد بعد أن حث عليه وأمر به⁽²⁾ في قوله تعالى ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾⁽³⁾.

(1) كمال الدين إمام: الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، ص 239.

(2) سالم البهناوي: قوانين الأسرة بين عجز النساء وضعف العلماء، ص 262.

(3) سورة الطلاق: الآية 02.

المطلب الثاني: وضع الطلاق بيد القضاء:

من المعروف أن الشريعة الإسلامية تعطي الزوج الحق في طلاق زوجته بإرادته المنفردة، وقد أوضحنا الحكمة في ذلك فيما سبق. غير أنه ظهر في المجتمعات الإسلامية منذ عهد غير قريب بعض من الكتاب الذين انتقدوا هذا الاتجاه ونادوا بأن يكون الطلاق كله وقفاً على القضاء. فلا يملك الزوج أن يطلق زوجته ولو تراضيا عليه إلا بدعوى قضائية تقتنع فيها المحكمة بوجاهة الأسباب الداعية إليه.

فهذه الوسيلة المتمثلة في منع إيقاع الطلاق في غير مجلس القضاء لها صورتان:

الصورة الأولى: أن يجعل الطلاق بيد القاضي، وهذا يعني أن يسلب من الزوج حقه في إنشاء الطلاق بإرادته المنفردة، وعليه إن أراد أن يطلق زوجته، أن يلجأ المحكمة لرفع دعوى تفريق ييدي فيها مسوغات طلبه الطلاق، فإن اقتنع القاضي بوجاهة الأسباب والمسوغات، حكم له به، وإلا فإيرد طلبه.

الصورة الثانية: وفي هذه الصورة يبقى الطلاق بيد الرجل، ولكن يوقعه أمام القاضي.

الفرع الأول: الصورة الأولى: أن يجعل الطلاق بيد القاضي:

البند الأول: أدلة هذا الرأي.

إن الأدلة التي استند إليها القائلون بهذه الفكرة فتلخص فيما يأتي:

1- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾⁽¹⁾.

والخطاب في هذه الآية موجه للأئمة والحكام وهذا يدل على أن لهم أن يتدخلوا في أمر تنظيم الطلاق، منعا من الفوضى وسوء الاستعمال والمضارة.

2- وقوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾⁽²⁾.

الآية توجب إسهاد شاهدين على الطلاق، والإسهاد يكون أمام الحاكم⁽³⁾.

(1) سورة النساء: الآية 35.

(2) سورة الطلاق: الآية 02.

(3) عقلة 1990، ج3، ص31-32. عبد الناصر أبو البصل: مدى سلطة ولي الأمر، ص44.

فليس في القرآن ما يمنع من اللجوء إلى القضاء لتقرير الطلاق، بل على العكس من ذلك فالآيات السابقة توضح مدى أفضلية القيام بمحاولات الصلح والتحكيم قبل الطلاق من قبل القضاة والحكمين.

3- يعتبر القضاء أجدر من يستطيع القيام بمهمة المصالحة والتحكيم خاصة بعد انتشار المؤسسات القضائية انتشارا واسعا في الدول العربية، حيث سيقوم بتدقيق تقارير الحكمين، كما أن إجراءاته الطويلة ووجود الباحثات الاجتماعيات ستتيح الفرصة أمام الزوجين للاهتمام بمصير الأسرة والأولاد، وقد تنتهي محاولات القضاء بإصلاح ذات البين بين الزوجين⁽¹⁾.

4- أن عقد الزواج من العقود التي تنشئ التزامات على طرفيه، وجعل الطلاق بيد الرجل وحده، يجعله شاذا عن القاعدة، فالاستعانة بالقضاء يتفق مع القاعدة الشرعية القانونية العامة التي تقضي بالقوة الملزمة للعقود، التي لا يجوز للطرفين المتعاقدين التحلل منها إلا بالتراضي أو التقاضي، لا بإرادة منفردة فحسب، ولذا يعطى لطرف محايد وهو القاضي، لأهمية موضوعه⁽²⁾.

5- إن الزواج عقد شكلي لا ينعقد إلا إذا روعيت فيه شكلية معينة، ولا تسمع دعواه - عند الإنكار - إلا إذا كان موثقا، فكذلك ينبغي مراعاة شكلية معينة في إتهائه، ولتكن هذه الشكلية في إيقاعه بمعرفة القاضي⁽³⁾.

6- إن استبداد الرجل بأمر الطلاق إنما كان مقبولا في عصر كانت فيه المرأة محجة جاهلة تعيش في الحریم، أما الآن فالأمر يختلف حيث تعلمت المرأة وتساوت بالرجل مساواة تكاد أن تكون تامة، وشغلت أرفع المناصب، فليس من المقبول والحال كذلك أن يستبد الرجل بالطلاق⁽⁴⁾.

(1) أحمد الغزالي: الطلاق الانفرادي وتدابير الحد منه، المرجع السابق، ص 45.

(2) عبد الناصر أبو البصل، مدى سلطة ولي الأمر، ص 44

-أحمد الغزالي: الطلاق الانفرادي وتدابير الحد منه، ص 45.

- أبو زهرة: محمد: الأحوال الشخصية، ص 281.

(3) أحمد لغزالي: الطلاق الانفرادي وتدابير الحد منه، المرجع السابق، ص 45.

(4) المستشار محمد الدجوي: الأحوال الشخصية للمصريين المسلمين، ص 171-174 نقلا عن عبد الناصر أبو البصل ص 45.

فالحق في اللجوء إلى القضاء، لأي منهما، أو لكليهما فيه تسوية بين الرجل والمرأة⁽¹⁾.

7- كان المسلمون في زمن النبي صلى الله عليه وسلم، يرفعون مشكلاتهم إليه ليفصل فيها، وهو ولي الأمر، فوجب أن ترفع المشكلات الآن للحاكم لينظر فيها.

8- إذا كان ولي الأمر يحجر على من يسيء التصرف في ماله، فمن باب أولى أن يفعل الشيء نفسه، فيمن يسيء التصرف في الطلاق، ويسبب الضرر بالمرأة والأولاد، مع أن حرمة النفس أعظم من حرمة المال⁽²⁾.

9- القياس على اللعان الذي يقع أمام الحاكم⁽³⁾.

10- في هذا القول حماية للأسرة من إساءة استعمال حق الطلاق، عملاً بحديث «لا ضرر ولا ضرار»⁽⁴⁾ وسدا لذرائع⁽⁵⁾.

11- تطبيق مبادئ السياسة الشرعية، والتي منها أن لولي الأمر أن يقيد المباح تحقيقاً لمصلحة المجتمع⁽⁶⁾.

12- أن وضع الطلاق بيد القاضي، سيقبل من حوادث الطلاق، لأن القاضي أولاً ناظر غير متحيز، ولأنه ثانياً سيحقق في الأسباب الموجبة للتفريق، فإن رأى أنها صحيحة حكم به، والقاضي في ذلك كله سيتبع قواعد مستنبطة من الشريعة، إذا خالفها تعرض حكمه للنقض من قبل المحكمة العليا⁽⁷⁾.

(1) بدران أبو العينين بدران: الزواج والطلاق في الإسلام، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، (د.ط)، (د.ت)، ص308.

(2) مدى سلطة ولي الأمر في تقييد إيقاع الطلاق، 45/44.

(3) المرجع نفسه، ص 45.

(4) رواه الدارقطني: باب في المرأة تقتل إذا ارتدت من الدارقطني، مصدر سابق، ج4، ص 227.

-رواه ابن ماجه : كتاب الأحكام : باب من بنى في حقه ما يضر بجاره ، سنن ابن ماجه ، مصدر سابق ، ج2، ص 784. قال الألباني ، صحيح .

-الألباني محمد ناصر الدين : صحيح سنن ابن ماجه ، المكتب الإسلامي : بيروت ، ط3، 1408هـ -1988، ج2، ص 39.

(5) بدران أبو العينين بدران: المرجع السابق، ص308.

(6) عبد الناصر أبو البصل، مدى سلطة ولي الأمر في تقييد إيقاع الطلاق، ص 45..

(7) بدران أسبو العينين بدران: المرجع السابق، ص308.

- أبو زهرة: محمد: الأحوال الشخصية، ص281.

13- هذه أظهر حججهم، والأخيرة منها على وجه خاص تتضمن المنهج الحقيقي الذي يصدر عنه القائلون بذلك، هذا المنهج الذي لا يقبل التسليم بصلاحيه الشريعة لكل زمان ومكان، ويرى أن ما صلح للبيئه العربية الأولى لا يلزم البيئه المعاصرة، بكل ما طرأ عليها من تطور في العلوم ومظاهر الحياة، والعلاقات الاجتماعية⁽¹⁾.

البند الثاني: مناقشة الأدلة:

فمحمل أدلة وحجج من يرى تقييد إيقاع الطلاق بحكم من القاضي المختص، أدلة لا تخلوا من مناقشة، ولهذا نجد أن الجمهور الأعظم من فقهاء هذا العصر ردوا على هذه الأدلة ورفضوا هذا الرأي للأدلة والحجج الآتية:

1- أن القول يجعل أمر الطلاق كله بيد القضاء مخالف لصريح القرآن والسنة والإجماع الثابت، حيث دلت هذه الأصول على أن الله تعالى قد أعطى حق الطلاق للزوج يمارسه بإرادته وحده، متى رأى ذلك، وأنه يعد واقعا ديانة، وقضاء، بمجرد إيقاعه له إيقاعا صحيحا على الوجه المشروع⁽²⁾.

* وهناك العديد من الآيات والأحاديث تضيف الطلاق للزوج لا إلى غيره:
 كقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ﴾⁽³⁾.
 وقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ ﴾⁽⁴⁾.
 وقوله أيضا: ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ ﴾⁽⁵⁾.

والآيات في هذا المقام كثيرة، وهي واضحة الدلالة على أن المخاطبين هم الأزواج ولا خلاف في ذلك.

* أما الأحاديث فكثيرة أيضا. منها:

(1) أحمد الغزالي: الطلاق الانفرادي وتدبير الحد منه، المرجع السابق، ص46.
 (2) حسن: أحمد فراج: أحكام الأسرة في الإسلام (الطلاق، الخلع، حقوق الأولاد، نفقة الأقارب) وفقا لأحدث التشريعات القانونية، الدار الجامعية، سوتير - الأزاريطة، ص25.
 - الصابوني: عبد الرحمن: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ج1، ص107.
 - الزحيلي: وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ص361.
 (3) سورة الطلاق: الآية 01.
 (4) سورة البقرة: الآية: 236.
 (5) سورة البقرة: الآية 226.

- عن ابن عباس قال: أتى النبي صلى الله عليه وسلم رجل فقال: يا رسول الله إن سيدي زوجني أمته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها، قال: فصعد صلى الله عليه وسلم المنبر فقال: «يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده أمته، ثم يريد أن يفرق بينهما، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق»⁽¹⁾.

فالحديث واضح الدلالة على أن الطلاق بيد الزوج وليس بيد غيره. والأحاديث كثيرة في هذا المجال ولا خلاف في ذلك.

* أما الإجماع فقد حكاه غير واحد من العلماء حيث قال ابن قدامة: «أما صحة الطلاق من الزوج العاقل المختار فلا نعلم فيه خلافا»⁽²⁾.

2- أما قولهم إن القرآن يشير إلى أفضلية القيام بمحاولات الصلح والتحكيم قبل الطلاق فإنه حق، بل إن الخطاب القرآني لا يدل على ذلك إشارة وإنما نصا، ولا يرشد إلى محاولة الصلح ندبا بل يوجبها إيجابا لازما. ولكنه لا يشير بحال إلى قطع حق الرجل في الطلاق لا كلية بالاتفاق، ولا في خصوص حال الشقاق على رأي جمهور العلماء، وظاهر الآية تويده، لأن الله سبحانه وتعالى بين مهمة الحكيمين بإرادة الإصلاح فقال: ﴿إِنْ يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما﴾⁽³⁾ وهذا يقتضي أن يكون ما وراء الإصلاح غير مفوض إليهما⁽⁴⁾.

3- قالوا القضاء أجدر من يستطيع القيام بمهمة المصالحة والتحكيم ولكننا نقول هي وسيلة وقائية نأمل أن تحقق الغرض منها، ولكننا لا نسلم البتة أن تكون مقدمة للنتيجة المستهدفة، لأن حماية شمل الأسرة شيء وغضب الحق في الطلاق شيء آخر، لاسيما وقد

(1) سبق تحريمه، ص

(2) ابن قدامة المقدسي: الشرح الكبير ومعه المعنى، ج8، ص236.

(3) سورة النساء: الآية 35.

(4) الشافعي: محمد بن إدريس: الأم مع مختصر المزني، در الفكر، بيروت، ط2، 1403هـ-1983م، ج8، ص288-289.

- الجصاص: أحكام القرآن، ج2، ص191-192.

- البغوي: شرح السنة، ج5، ص139.

- ابن قدامة: المعنى ولبه الشرح الكبير، ج8، ص127.

- ابن حزم: المحلى، ج10، ص88.

نبت من التصديق أن إرادة التصحح الحقيقية مما يسبق حتى انقضاء اليوم، مع تكديس المنازعات وقلة عدد القضاة، ونتيجة ذلك غل يد الزوج في الطلاق دون نتيجة تذكر⁽¹⁾.

4- أن أساس عقد الزواج، التراضي، والمرأة حينما قبلت بهذا العقد، تعلم أن الطلاق بيد الرجل، ووضعه بيده ليس وضعاً تحكيمياً، بل هو محكوم بقواعد الشريعة أولاً، فلا يظلم ولا يتعسف، وبإمكان المرأة أن تشترط أن يكون طلاقها بيدها ابتداءً. كما أن لها أن تطلب إنهاء العقد عن طريق الخلع، ومن طريق القضاء⁽²⁾.

5- قالوا الشكلية مراعاة في ابتداء الزواج فلتراعى في انتهائه. ومع أن الشكلية المدعاة مما يمكن تقبله في عقد النكاح لخطره وعظم شأنه⁽³⁾. فإن أحداً لم يقل أن عقد النكاح لا ينشأ إلا على يد قاض، ولم يقل أحد إنه لا ينشأ إلا بالكتابة الرسمية، حتى يتسنى القول بضرورة إهائه بحكم القضاء، وبالكتابة الرسمية.

6- إن في هذا القول حجراً على الرجال في أمر جعل لهم من قبل الشارع سبحانه وتعالى، وكما أن فيه حكماً عليهم بالسفه وعدم التقدير وسوء التصرف⁽⁴⁾.

7- القول بهذا الرأي فيه إضرار كبير بالأسرة والمرأة أولاً، والمجتمع بأسره آخراً، وذلك لأن الطلاق قد يكون لأسباب سرية، وأمور خفية ليس من الخير إعلانها وكشفها، ومصصلحة الأسرة أن تظل تلك الأمور والجنایا مصانة عن الكشف والإعلان، خاصة أن المجتمعات في هذه الأيام تجد تسليتها في الحديث عن أحوال الناس ومشكلاتهم⁽⁵⁾.

8- إذا كان سبب الطلاق هو النفور وعدم التوافق الطبيعي، وهذه مسألة يصعب إثباتها على الرجل والمرأة، لأنها من المسائل النفسية غير الظاهرة، فإذا لم يقتنع القاضي بهذا السبب مثلاً فلن يطلق وبالتالي سيحجر الزوجين على الاستمرار في حياة ملوها التنافر

(1) الفزالي: الطلاق الانفرادي وتدبير الحد منه، ص 48.

(2) الرحيلي: وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، ص 361.

(3) أبو زهرة: محمد: الأحوال الشخصية، ص 57.

(4) بدران أبو العينين بدران: الزواج والطلاق في الإسلام، ص 308.

(5) الصديق: محمد صالح: نظام الأسرة في الإسلام، دار الهجرة، الجزائر، 1999، ص 151.

- إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم: الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، ط 1، 1999، ص 130.

- عبد الناصر توفيق العطار: الأسرة وقانون الأحوال الشخصية، المؤسسة العربية الحديثة، القاهرة، 1985، ص 28.

والكراهية والبغض، وسوف يحجم على تلك الأسرة الشقاء، والشقاق، أما إذا افتتح القاضي بقول الزوج وقبله طلق عليه، فما الفرق إذن بين جعل الطلاق بيد الرجل أو بيد القاضي؟⁽¹⁾

9- الاحتجاج بالمصلحة الشرعية، وأن لولي الأمر أن يقيد المباح لتحقيق تلك المصلحة، أمر ليس بهذا الإطلاق، فيشترط أولاً تطبيق قاعدة المصلحة عند من يرى العمل بها، وأن لا تخالف نصاً أو سنة، وبما لا ينحصر في المسائل التي يعمل فيها بالرأي لعدم وجود نص، وتكون المصلحة حينئذ بتطبيق النص الشرعي لا بإلغائه. كما يشترط في المصلحة أن تكون مؤكدة، حقيقة لا مصلحة موهومة⁽²⁾.

وخلاصة القول أن إقدام ولي الأمر على مثل هذا التشريع، يوقع الناس في حرج عظيم وفساد كبير، وذلك لأن الرجل سيطلق خارج المحكمة والقاضي لم يعترف بهذا الطلاق، لأنه لم يتم من خلاله فتصبح للمرأة في هذه الحالة صفتان متضادتان: الأولى: أنها مطلقة من زوجها ديانة، فيما بينهما وبين الله، لذا تستطيع الزواج بغيره حال انتهاء عدتها منه.

الثانية: فهي في الوقت نفسه تعتبر زوجة لمن طلقها، لأن الطلاق غير معتبر قضاء، ولذا لا تستطيع الزواج من غير زوجها. أما إذا استمر الزوج بعد طلاقه زوجته في العلاقة الزوجية، لأن القاضي لم يعترف بطلاقه رغم وقوعه ديانة فما حكم الأولاد حينئذ؟

البند الثالث: الطلاق بيد القاضي في القوانين العربية.

تعرضت قوانين الأحوال الشخصية في بعض الدول العربية لتغيير لتنسجم مع الاتفاقيات الدولية في هذا الشأن ومنها الدعوة إلى تقييد الطلاق. حيث الطلاق في الإسلام يقع بالإرادة المنفردة للزوج وشفاهة، والمراد جعله لدى المحكمة حيث المحكمة هي التي تعلن الطلاق بناء على طلب أحد الزوجين.

(1) محمد يحيى ياسين: المجتمع الإسلامي في ضوء فقه الكتاب والسنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1984.

- الذهبي، محمد حسين: الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة بين مذاهب أهل السنة والشيعة)، مكتبة وهبة، القاهرة، ط3، 1411هـ-1991م، ص243.

- حسين، أحمد فراج: أحكام الأسرة في الإسلام، ص26.

(2) عبد الناصر أبو النصل: مدى سلطة ولي الأمر في تقييد إيقاع الطلاق، ص48.

ومعنى ذلك أن من سبق لا يقع طلاقه مع أن لإجماع على أن الطلاق يقع بالنطق المطلق وإن كان هذا لم يحصل إلا في دولة أو اثنتين إلا أن العمل جار على قدم وساق حيث ينشط هؤلاء الدعاة في كل بلد يفتح لهم طريق إلى ذلك.

ومن بين الحكومات التي تبنت فكرة وضع الطلاق بيد القاضي وأصدرت قوانين ملزمة بهذا الخصوص دولة تونس التي نصت في مجلتها للأحوال الشخصية في الفصل 30 أنه: «لا يقع الطلاق إلا لدى المحكمة»⁽¹⁾.

ثم ذكر في الفصل 31 الحالات التي يحكم فيها بالطلاق فنص على أنه «يحكم بالطلاق:

- 1- بتراضي الزوجين.
 - 2- بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حل له من ضرر.
 - 3- بناء على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة»⁽²⁾.
- فهم يرون أن عدم وقوع الطلاق إلا في المحكمة اجتهاد راعي مصالح الأسرة والأبناء والمجتمع، فجعل الزواج رسمياً والطلاق قضائياً. وفي هذا الإجراء حماية للعائلة من التفكك حسب أهواء الزوج، وقد أتاح القضاء للزوجين إعادة التفكير في موضوع الطلاق خوفاً على مصير الأبناء ويساعدهما في ذلك الإطار القضائي من قضاة ومحامين تحقيقاً لأكبر قدر من التدبر والتفاهم بالحسنى من خلال النصائح والمساعدة الصلحية، وبذلك تنجو عائلات عديدة من ويلات الطلاق ومآسي الانفصال.
- وفيه حماية للمرأة مادام الطلاق بيد المحكمة فقد تحققت المساواة بين الجنسين، وتخلصت المرأة من تقاليد وعادات تركز دونيتها وتقدر حقوقها. وأصبحت تتقاضى مثلها مثل الرجل أمام المحكمة وتأخذ حقوقها كاملة⁽³⁾.
- غير أنه إذا دققنا في نص الفصل 30 و31 لاحظنا ما يلي:

- 1- أن الزوج سكب حق الطلاق بإرادته المنفردة وهذا خروج على الشريعة الإسلامية بجميع مذاهبها.

(1) أمر مؤرخ في 6 محرم 1376 الموافق لـ 13 أوت 1956 يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

(2) أمر مؤرخ في 6 محرم 1376 الموافق لـ 13 أوت 1956 يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

(3) www.middleeasttransparent.com

2 جعل اتفاق الزوجين من الأسباب الملزمة للقاضي بالطلاق كما يفهم من عدم اشتراطه التعويض حال تراضي الزوجين.

3- لم يبين الأسباب التي تجيز للقاضي التفريق بصورة إلزامية بل ترك المشرع تحديد ذلك لتقدير القاضي حسب ظروف الزوجين⁽¹⁾.

وفي خلاصة القول نجد أن وضع الطلاق بيد القاضي يعتبر خروج عن الشريعة الإسلامية بجميع مبادئها . فالطلاق حق للزوج فلا يجوز سلبه له ومنح القاضي إياه ، فهذا مردود شرعا وعقلا لما ذكرناه سابقا.

الفرع الثاني: الصورة الثانية: جعل الطلاق أمام القاضي:

أما جعل الطلاق أمام القاضي فهو اختصاص القاضي بالقيام بالإصلاح قبل إثبات الطلاق في السجلات، والإصلاح يكون بالحيلولة دون إيقاع الرجل للطلاق ومحاولة رد الزوجة إلى عصمة الرجل إن كان قد طلقها عرفيا، وذلك وفقا لنظام الله في الطلاق المشروع الذي يملكه الزوج فلا يتوقف ذلك على إذن القاضي⁽²⁾.

وقد ذكر هذا الرأي في كتاب نظام الأسرة في الإسلام حيث يقول صاحبه «لا بأس بأن يجعل للقاضي الحق في أن يجعل الطلاق أمامه لا بيده، وفرق بين الأمرين، فالأول يعني اختصاص القاضي بالقيام بالإصلاح قبل إثبات الطلاق في السجلات، وأما الثاني فيعني انتزاع حق الطلاق من الرجل»⁽³⁾.

وهذا الرأي، إن كان المقصود منه عدم الاعتداد بالطلاق الذي يوقعه الزوج خارج مجلس القضاء. فيكون قريبا من الرأي السابق، ويلتقي معه في عدم الاعتراف بما يقع خارج المحكمة، ويخالفه في صفة من يوقع الطلاق.

غير أن هذه الصورة من التقييد، يقصد بها أن يؤمر الزوج بأنه إذا أراد أن يوقع الطلاق على زوجته، فعليه أن يراجع القاضي ليسجله له في سجل الطلاق، وإذا لم يسجله يتعرض للعقوبة أيا كانت، مع الاعتراف بأن ما يوقعه الرجل خارج مجلس القضاء، تترتب عليه آثاره الشرعية فيكون التقييد حينئذ تقييدا شكليا من حيث التسجيل فقط وهو أمر لا

(1) عبد الرحمن الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ص106.

(2) سام البهناوي: قوانين الأسرة بين عجز النساء وضعف العلماء، دار القلم، الكويت، ط2، 1404هـ-1984م، ص176.

(3) محمد عقلة: نظام الأسرة في الإسلام، ج3، ص37، نقلا عن أبو الصل: مدى سلطة ولي الأمر في تقييد إيقاع الطلاق، ص51.

يمس أصل الحق، وإنما يرتب بعض الإجراءات لممارسته، هدفها تأخير إصداره لعل الزوج يعدل عن الطلاق.

وهذه الصورة معمول بها في قانون الأحوال الشخصية الأردني.

حيث نصت المادة 101 منه على ما يلي: «يجب على الزوج أن يسجل طلاقه أمام القاضي، وإذا طلق زوجته خارج المحكمة ولم يسجله، فعليه أن يراجع المحكمة الشرعية لتسجيل الطلاق خلال خمسة عشر يوماً، وكل من تخلف عن ذلك يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات الأردني...»⁽¹⁾.

ونلاحظ على هذه المادة القانونية أن المشرع الأردني ألزم الزوج بتسجيل طلاقه أمام القاضي. وفي حالة ما إذا تم الطلاق خارج المحكمة فتعطى للزوج مهلة معينة لتسجيل طلاقه فإن لم يتم تسجيل طلاقه في تلك الفترة عوقب الزوج.

فالمقصود من هذه الأمور هي ضبط حالات الطلاق عدم تضييع حقوق المرأة والأولاد، فإذا لم تسجل حالات الطلاق والرجعة وغيرها، يحدث فساد عظيم، خاصة في هذا الزمان الذي فسدت فيه الذمم وقل الورع والتقوى.

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 49 من قانون الأسرة على أنه «لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

- يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين.

- تسجل أحكام الطلاق وجوباً في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة»⁽²⁾.

ويتضح من هذا النص ما يأتي:

- أنه لا وجود للطلاق إلا إذا صدر به حكم من القضاء.

- أن محاولة الصلح أصبحت إجراء إجبارياً يجب على القاضي القيام به قبل النطق

بالطلاق، وإذا لم يتم هذا الإجراء فإن الحكم الصادر بالطلاق يكون باطلاً.

(1) القانون رقم 61 لسنة 1976 المتضمن قانون الأحوال الشخصية، الأردنية.

(2) الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فيفري 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 84-11.

- الزام المطلق لتسجيل أحكام الطلاق في الحالة المدنية.

وتبعا لهذا فإن الطلاق لا تكون له أية قيمة قانونية إلا إذا وقع بين يدي القاضي وتبعا لدعوى يرفعها الزوج أمام القضاء مرفوقة عادة ببيان الأسباب⁽¹⁾.

إذن فالمشرع الجزائري أراد تقييد حق الطلاق بوصفه إحدى المحرمات كقاعدة عامة منبوذة شرعا وأخلاقا ومبغوض إلى الله سبحانه وتعالى وهو على صواب فيما ذهب إليه⁽²⁾.

فالطلاق لا يتم إلا بحكم، وأحكامه تسجل وجوبا في الحالة المدنية. وهذا ما يعتبر من التقييدات التي أتى بها قانون الأسرة، وهذا الأسلوب هو حماية للمرأة إذ أصبح دور القاضي في الطلاق مقررا له وليس منشأ للطلاق. وهذا بهدف حماية الرابطة الزوجية كما أتيح للقاضي مجال التدخل للإصلاح بين الزوجين فأصبح الطلاق مقيد بضمان حقوق المرأة ووضعها، فأزيل عن الطابع الشخصي للرجل أي أنه يوقع الطلاق متى شاء⁽³⁾.

غير أنه يلاحظ غموض بشأن المدة التي حددها المشرع في المادة 49 ورتب عليها آثارها في المادة 50، هذا الغموض الذي يجعلنا نتساءل عن بداية الأشهر الثلاثة ونهايتها، وأثر ذلك على العدة، فهل تبدأ من تاريخ نطق الزوج بالطلاق، أم من تاريخ طرح النزاع على المحكمة؟ فقد يكون الزوج قد طلق زوجته بأكثر من شهر أو شهرين سابقين على تاريخ طرح النزاع على المحكمة وفي هذه الحالة، فهل تحسب العدة من تاريخ صدور الحكم أم من تاريخ النطق بالطلاق من قبل الزوج⁽⁴⁾.

وهذا الغموض ظاهر من خلال أحكام المحكمة العليا في اجتهاداتها القضائية.

حيث نص قرار المحكمة العليا على أنه: «من المقرر شرعا - وعلى ما جرى به قضاة المجلس الأعلى أن تلفظ الزوج بالطلاق يلزمه ومن المقرر أيضا أن الرجعة لا تعتبر شرعا إلا

(1) عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص 243.

(2) فضيل سعد: شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، ص 324.

(3) محمد أمين لوعيل: المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، طبع في 2004، ص 90.

(4) فضيل سعد: شرح قانون الأسرة، ص 325-326.

أثناء قیام العدة، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقاً لمبادئ وأحكام الشریعة الإسلامیه.

إذ كان الثابت فی قضیه الحال - أن الزوج المطلق ندم أو تراجع فی طلاقه بعد انتهاء مدة العدة فإن هذا لا یشفع له شرعاً فی عدم احتساب الطلاق الذی تلفظ به، وبناءً علیه، فإذا أراد أن یراجع زوجته، كان علیه إتباع القواعد الفقهیه الّتی تنظم وتضبط الرجعة، وكان علی قضاة الاستئناف التنفیذ بهذه القواعد الفقهیه كما فعل قاضي محكمة الدرجة الأولى، إلا أنهم بقضائهم برجعوا الزوجه إلى بیت الزوجیه، خالفوا أحكام هذا المبدأ، ومتی كان ذلك، استوجب نقض القرار المطعون فیه بدون إحالة»⁽¹⁾.

والملاحظ علی هذا القرار أن العدة الشرعیة انتهت لأن الزوج أوقع الطلاق خارج المحكمة ولكن فی نظر القانون لا تزال المرأة فی عصمة الزوج لذلك قضوا لها بالرجوع إلى بیت الزوجیه وهذا التناقض راجع لوقوع الطلاق شرعاً وعدم وقوعه قضاءً.

(1) المجله القضائیه، غرفة الأحوال الشخصیه والموارث، قرار رقم 35322، المورخ فی 1984/12/17م، العدد 04، السنة 1989، ص91.

خلاصة:

قد كان لهذه الإجراءات فضل لا ينكر في منع وقوع حالات كثيرة، كان أصحابها يريدون إيقاع الطلاق، سواء أكان بإرادة منفردة أو باتفاق الزوجين، وذلك أن القاضي يقبل الاستدعاء المقدم من الشخص الذي يريد الطلاق وقد يكون الزوج والزوجة هما اللذين قدما الطلب فيتحدث معهما القاضي، فإن أمكنه الصلح بينما فعل، وإلا يؤخرهما لأجل لا حق وربما لا يعودان، لأنهما قد تصالحا ولم يعد الطلاق مرادهما وإنما حل الوفاق والوثام بدل الخصام والشقاق.

المطلب الثالث: إلزام الزوج بالتعويض عن الطلاق:

العلاقة الزوجية ليست علاقة تابع بمتبوع وليست علاقة مادية، إنما هي علاقة إنسانية ربانية تسمو فوق التبعية وفوق المادة، ومن ثم لا يمكن أن تستمر بالقوة أو بسُلطان القانون وإنما تظل بالمودّة والمحبة ولهذا شرع الله الطلاق.

وحتى لا يسهل الاتجاه إلى الطلاق لأتفه الأسباب وضع الله القيود والضوابط السالفة ذكرها، ثم شرع مبدأ التعويض عن الطلاق، فقال تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾⁽¹⁾.

الفرع الأول: أساس إلزام الزوج المطلق بالتعويض:

الذين قالوا بهذه المسألة استندوا في رأيهم إلى قاعدتين أو نظريتين هما:

- العمل بنظرية التعسف.

- والمسؤولية العقدية.

البند الأول: العمل بنظرية التعسف في استعمال الحق:

يعرف (التعسف) في نظرية استعمال الحق في الفقه الإسلامي، بأنه "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل"⁽²⁾ ومعنى ذلك أن يضرار المكلف في تصرفه في استعمال الحق قصد الشارع في الغاية التي شرع الحق من أجلها وهي "المصلحة المشروعية" التي وضعها الشارع لعباده المكلفين من أجل تحصيلها. وهذه المناقضة في استعمال المكلف لحقه تأتي على نوعين:

1- المناقضة المقصودة: وفيها يقصد المكلف في استعمال حقه، هدم قصد الشارع عيناً، وذلك بتحقيق مصلحة غير مشروعة، قد تكون: تحليل محرم أو إسقاط واجب، أو إلحاق محض الضرر بالغير، دون قصد تحقيق أدنى نفع أو مصلحة ولو تافهة. وتقع هذه المناقضة المقصودة من المكلف: إما على نحو إيجابي أو سلبي في تصرفاته القولية (العقدية)، أو الفعلية⁽³⁾.

وتندرج المناقضة المقصودة تحت معياري التعسف الذاتي (الشخصي) وهما:

(1) سورة البقرة: الآية 241.

(2) الدرريني: فحفي: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1419هـ-1998م، ص84.

(3) أبو حجر، سعيد: نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة، الدار العلمية، عمان، الأردن، ط1، 2002، ص18-22.

1- استعمال الحق فی غیر المصلحة التي شرع من أجلها الحق.

2- تمحض، قصد الإضرار بالغير.

2- المناقضة غیر المقصودة: أما النوع الثاني من المناقضة فهو المناقضة غیر المقصودة

وتكون هذه المضادة بأن تأتي مآلات الأفعال الجزئية مخالفة للأصل الكلي في الحق، وهذه المخالفة التعسفية تدرج في معيار التعسف الموضوعي المادي وهو يعتمد: الموازنة بينما يعود على صاحب الحق من مصلحة، وما يلزم عن عمله من مفسدة.

فالتصرفات المناقضة غیر المقصودة تدرج تحت معياري التعسف المادي الموضوعي.

الأول: الاختلال البين في توازن المصالح أو انعدام التناسب بين مصلحة الحق والضرر

الذي يلحق بالغير.

الثاني: ترتب الضرر الفاحش⁽¹⁾.

معايير نظرية التعسف:

تجمع نظرية التعسف في الفقه الإسلامي بين معيارين رئيسيين هما:

1- المعيار الذاتي أو الشخصي.

2- المعيار المادي.

ونفصلهما فيما يلي:

أولاً: المعيار الذاتي الأول: تمحض قصد الإضرار.

وضح الإمام الشاطبي المقصود بهذا المعيار وحكمه بقوله: "فلا إشكال في منع القصد

إلى الإضرار من حيث هو إضرار لثبوت الدليل على أن (لا ضرر ولا ضرار في

الإسلام)⁽²⁾،⁽³⁾.

فهنا صاحب الحق لا يستعمل حقه إلا لقصد واحد هو إلحاق الضرر بالغير دون

وجه حق، ودون أن يكون له أدنى نفع، من وراء هذا الاستعمال لحقه، فيكون في هذه

الحالة مسيئاً في هذا الاستعمال غير المشروع فيمنع من هذا التصرف التعسفي.

وعلى هذا فإن شرط تحقق هذا المعيار أمران:

(1) أبو حجر، سعيد: المرجع السابق، ص21.

(2) الحديث سبق تحريجه، ص

(3) الشاطبي: الموافقات، ج2، ص256.

1- أن يقصد صاحب الحق بفعله إلحاق الضرر بالغير.

2- أن يتمحض قصده لذلك⁽¹⁾.

ثانيا: المعيار الذاتي الثاني: استعمال الحق في غير المصلحة التي شرع الحق من أجلها وهذا هو المعيار الغرضي أو مناقضة قصد الشارع⁽²⁾.

فهنا مناقضة المستعمل لحقه المشروع في أصله، هي مناقضة لذات قصد الشارع في المصلحة التي توخاها في تشريع الحق ابتداء، إذ غاية المكلف من استعمال هذا الحق على هذا الوجه المناقض، هو تحقيق مصلحة غير مشروعة يريدتها وهي على النقيض من المصلحة المأذون فيها في الحق، إذ المكلف يقصد من وراء هذه المصلحة غير المشروعة، تحلل محرم أو إسقاط واجب.

ثالثا: المعيار المادي الموضوعي الأول: وهو الاختلال البين في توازن المصالح المتعارضة أو انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يلحق بالغير⁽³⁾.

ففي هذا المعيار: يكون الإنسان مسيئا في استعمال حقه إذا كانت المصلحة التي تترتب عليه، لا تتناسب مطلقا مع الأضرار التي تصيب الغير، من جراء هذا التعسف. رابعا: المعيار المادي الموضوعي الثاني: ترتب الضرر الفاحش⁽⁴⁾.

يعتبر الإنسان مسيئا في استعمال حقه إذا كان هذا الاستعمال يترتب عليه ضرر فاحش بالغير، حينئذ تزول المشروعية عن هذا الاستعمال من اللحظة التي ينشأ فيها عند هذا النوع من الضرر.

فالمعيار العام الذي ينظم معايير التعسف التي تقدمت بنوعيتها: الذاتية (الشخصية) والمادية (الموضوعية): هو "استعمال الحق في غير ما شرع له".

فالزوج الذي منح حق إيقاع الطلاق، مقيد باستعمال هذا الحق وفق الشرع، فلا يستخدمه إلا إذا وجدت حاجة تستدعي استخدامه، فإذا أقدم الزوج على تطبيق زوجته

(1) أبو حجر سعيد: المرجع السابق، ص36.

(2) الدريبي: نظرية التعسف في استعمال الحق، ص235.

(3) الدريبي: نظرية التعسف، ص248.

(4) الدريبي: المرجع نفسه، ص260.

دون سبب ظاهر يدعو للطلاق، يكون حينئذ متعسفا في استعمال حقه، فيلزم بتعويض الضرر الناتج عن هذا التصرف سواء كان الضرر ماديا أو معنويا.

البند الثاني: تطبيق قواعد المسؤولية التعاقدية:

إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه الذي يوجبه العقد أو قام بتنفيذه تنفيذا معيبا يكون مسؤولا عن هذا التقصير، إذا توافرت أركان المسؤولية العقدية الثلاث وهي:

1- الخطأ العقدي.

2- الضرر.

3- علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

فإذا أصاب المتعاقد ضرر نتيجة خطأ المتعاقد الآخر خطأ عقديا فإن الأخير يكون مسؤولا عن تعويض الضرر⁽¹⁾.

وبتطبيق قواعد المسؤولية على الطلاق في نظر من قال بالتعويض، نجد أن الضرر الذي أصاب المرأة نتيجة للطلاق يسأل عنه الزوج، لأنه استخدم حقا من الحقوق التي يرتبها عقد الزواج استخداما مخالفا لما يوجبه العقد، فكان عمله هذا مشكلا لخطأ عقدي يرتب مسؤوليته عن تعويضه، وذلك باعتبار أن الضرر الذي أصاب المرأة مشتق من طبيعة عقد الزواج، وبما أن الرجل هو الذي باشر سبب الضرر، فيلزم بالتعويض على هذا الأساس⁽²⁾.

إلا أن الغالبية العظمى من الفقهاء المعاصرين، قد عارضوا فكرة التعويض عن الطلاق بإسناده إلى نظرية التعسف في استعمال الحق، وذلك للخلاف في أصل تشريع الطلاق، هل هو الحظر أم الإباحة، فإذا قلنا أن الأصل في الطلاق الإباحة فلا يعد المطلق حينئذ متعسفا في إيقاعه دون سبب، لأن الطلاق من حق الشرع وبالتالي فهو جائز له، والجواز الشرعي ينافي الضمان أو التعويض.

أما إذا قلنا أن الأصل في الطلاق الحظر فإن المطلق في هذه الحالة يكون قد خالف الحظر، وعليه أن يتحمل تبعه عمله بما أوجبه الشرع عليه من تكاليف كالمهر المؤجل

(1) السنهوري: عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة (د.ط)، ج 1، ص 653 وما بعدها.

(2) أبو زهرة: الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 285.

ومتعة الطلاق ونفقة العدة... إضافة إلى الحكم الدياني في الآخرة كونه قد ارتكب محظورا وليس من المعقول أن يجعل الشارع الطلاق محظورا ولا يرتب عليه جزاء وتبعات ولهذا لم يأخذ جمهور المحدثين بفكرة التعويض جزاء على التعسف، كما رفض غالبية الفقهاء المعاصرين العمل بالتعويض استنادا إلى المسؤولية العقدية المدنية، وذلك أن عقد الزواج لا يرتب تعويضا على الزوج إذا طلق، إلا ما يوجبه العقد من مهر مؤجل ونفقة عدة ومتعة⁽¹⁾.

الفروع الثاني: موقف التقنينات العربية من التعويض:

تباينت مواقف تشريعات الأحوال الشخصية العربية في مدى اشتراط التعويض عن الطلاق التعسفي من عدمه.

فالمشرع الجزائري نص في المادة 52 من قانون الأسرة على أنه «إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها»⁽²⁾.

نلاحظ من خلال النص أن المشرع الجزائري قد أضاف قيودا جديدا على الطلاق يدفع الزوج إلى التريث والتأكد من أنه لم يظلم زوجته في ذلك وأنها عاجزان على تحقيق استمرار العشرة الطيبة، والتعسف في الطلاق لا يحرم الزوج من ممارسة هذا الحق وإنما يترتب عليه حقا آخر يقابله هو مبلغ مالي ينشأ يفي ذمته يدفعه للزوجة تعويضا عن الضرر اللاحق بها.

كما نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يوضح في المادة 52، معيار الطلاق التعسفي، كما أنه لم يحدد حدا أقصى ولا أدنى للتعويض عن الضرر اللاحق بالمطلقة. فإذا أساء الزوج استعمال هذا الحق الذي منحه الإسلام له في قيود وشروط، فيجب أن يعرف كيف يستعمل هذا الحق ومتى يكون، فإذا أساء الاستعمال وجب عليه التعويض لزوجته.

(1) أبو زهرة: المرجع السابق.

- الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ج 1، ص 107.

- الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، ص 401.

- بدران: أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ص 311-312.

- عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة، ج 7، ص 358-359.

(2) الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فيفري 2005 المعدل والنتم للأمر رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

والحقيقة أن المشرع الجزائري قد أحسن صنعا عندما لم يقيد التعويض، ذلك أن الواجب أن يترك للقاضي الحكم بالتعويض الذي يراه كفيلا بدفع الفقر والحرمان عن الزوجة المطلقة بنسبة التعسف ودرجته والحالة المالية للزوج⁽¹⁾.

والملاحظ أيضا على المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري أن المشرع لم يحدد الأسباب المعقولة التي تبيح الطلاق دون تعويض، بل ترك تقدير ذلك للقاضي بعد دراسة ملائسات الطلاق وظروف وأحوال الزوجين، وما أدى إلى الانفصال بينهما: فإن قدر السبب وكان معقولا في نظره رد دعوى التعويض وإلا حكم على الزوج بالتعويض حسب وضع الزوج المالي. ويدفع هذا التعويض جملة أو مقسطا حسب مقتضى الحال. ويراعى في ذلك حالة الزوج يسرا وعسرا، ولا يؤثر ذلك على باقي الحقوق الزوجية الأخرى للمطلقة بما فيها نفقة العدة. وعلى الزوج أن يثبت أن طلاقه كان لسبب معقول، وهذا باعتبار أن الطلاق تصرف خطير يجب أن يستعمل بحذر وللضرورة القصوى، لما ينتج عنه من تشتت للأسرة وتفكك للمجتمع⁽²⁾.

ولقد وردت اجتهادات قضائية تنص على المتعة والتعويض فتستعمل تارة كلمة المتعة استنادا للشريعة الإسلامية، وتارة أخرى تستعمل كلمة التعويض استنادا للنص القانوني ومن بين هاته الاجتهادات ما يأتي:

1- «إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها، وهي حد ذاتها تعتبر تعويضا فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

لذلك يستوجب النقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي لها باسم متعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض»⁽³⁾.

2- «من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفا نفقة عدة، نفقة إهمال، ونفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد حكم به لها من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي

(1) بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة، ج 1، ص 238.

(2) بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة، ج 1، ص 235.

(3) المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار رقم 35912 للمؤرخ في 1985/04/08، العدد 01، السنة 1989، ص 89.

عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي إطار تدخل القضاء بها يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي»⁽¹⁾.

التعليق: بالنظر إلى الاجتهادات السابقة نلاحظ:

- أن القرار الأول قد رتب للزوجة نفقة متعة تخفيفا عن آلام فراق زوجها لها، في حين أن القرار الثاني رتب نفقة المتعة بناء على الطلاق التعسفي.
- أن القرار الأول يعتبر نفقة المتعة هي في حد ذاتها تعويضا بينما القرار الثاني يعتبر أن نفقة المتعة والتعويض ليسا نفس الشيء.

وبالتالي فإن القاضي يمنح بالإضافة إلى نفقة المتعة التعويض عن الضرر ونجد أن هذا التعارض في الاجتهادات راجع إلى عدم ورود المتعة في القانون حيث اكتفت المادة 52 من قانون الأسرة بالنص على التعويض في حالة الطلاق التعسفي عن الضرر اللاحق بالزوجة.

ولقد نصت قرارات أخرى على إسقاط تعويض المطلقة التي طالبت التطبيق نتيجة الضرر اللاحق بها من طرف الزوج، ومن بين هذه القرارات ما يأتي:

1- «من القواعد المقررة شرعا أن المتعة لمن طلقها زوجها وليست لمن طلقت نفسها بحكم، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للنصوص الشرعية في فرض المتعة.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الزوجة أقامت دعوة تطبيق واستجابات المحكمة لطلبها ووافق المجلس عليه الذي يعد وحده عقابا للزوج بسبب إهماله. فإن القضاء بالمتعة للمطلقة يعد مخالفا للنصوص الشرعية.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص المتعة»⁽²⁾.

(1) المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار رقم 41560 المؤرخ في 1986/04/07، العدد 02، السنة 1989، ص69.

(2) المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار رقم 43860 المؤرخ في 1986/12/29، العدد 02، السنة 1993، ص41.

2- «مى كان مفررا فانون أن التعويض يجب على الزوج انذى طلق تعسفا روجته ونتج عن ذلك ضررا لمطلقته، فإن كل زوجة بادرت بإقامة دعوة قصد تطليقها من زوجها وحكم لها به، فالحكم لها بالتعويض غير شرعي ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد فهما خاطئا للقانون.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الزوجة هي التي طلبت التطلاق، فإن قضاة المجلس الذين وافقوا على الحكم الابتدائي وتعديلا له برفع مبلغ التعويض ونفقة العدة ونفقة الإهمال بالرغم من تصريح الحكم الابتدائي بأن الزوجة رفضت الرجوع، فإنهم بقضائهم كما فعلوا فهموا المادة 52 من قانون الأسرة فهما خاطئ.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا في التعويض والسكن ونفقة الإهمال»⁽¹⁾.

ومن خلال القرارين السابقين يتبين لنا أن المحكمة العليا في القرار الأول رفضت إعطاء المتعة لمن طلقت نفسها، مبينة في ذلك أن المتعة لمن طلقها زوجها لذلك نقض القرار جزئيا فيما يخص بالمتعة.

وفي القرار الثاني رفضت إعطاء التعويض لمن طلبت التطلاق وحكم لها بذلك استنادا للفهم الخاطئ للمادة 52.

فمن القرارين يتبين لنا أن المتعة أو التعويض لا يعطي إلا لمن طلقها زوجها. كما نص القانون السوري في الفصل الخامس تحت عنوان طلاق التعسف في المادة 117: «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 سنة فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهريا بحسب مقتضى الحال»⁽²⁾.

ونلاحظ في هذه المادة ما يلي:

(1) المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، قرار رقم 53017 المؤرخ 1989/03/27، العدد 01، السنة 1991، ص 56.

(2) المرسوم التشريعي رقم 59 الصادر في 17 ستمبر 1953، المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري.

1- أن القانون السوري لم يسلب الزوج الحق في طلاق زوجته بل قيده بعدم الإضرار.

2- اعتبر القانون الزوج متعسفا إذا توافر شرطان:

أ- أن يطلق زوجته بدون سبب معقول.

ب- أن يصيب الزوجة من جراء ذلك بؤس وفاقة.

3- حدد التعويض في الطلاق التعسفي بما لا يتجاوز نفقة سنة⁽¹⁾.

ونلاحظ أن هذه المادة استحسنها البعض وطالب البلاد الإسلامية بالأخذ بها واعتبروها خطوة جريئة خطاها القانون السوري لوضع حد التعسف في الطلاق، غير أنه هناك من يرى غير ذلك وانتقد النص من الوجوه الآتية:

1- أن النص ربط التعويض بأمرين: الأول التعسف في الطلاق، والثاني أن يصيب الزوجة بؤس وفاقة بسبب هذا الطلاق.

وهذا معناه قصر التعويض على من يثبت عدم وجود عائل أو دخل لها.

وهذا النوع نادرا لوجوده حاليا لأن تلك التي ليس لها من أهلها وأقاربها تلجأ إلى

العمل ومن ثم فلا فاقة ولا بؤس.

ويصبح الحال هذه أضرار الطلاق الأخرى ومنها تفويت فرص الزواج عليها ثم الإساءة إليها بنسبة الفشل في الحياة الزوجية إليها أو ما هو أكثر من هذا، ويصبح كل ذلك وغيره لا تعويض عليه، فضلا عن أن التعويض فيه تأديب وزجر للزوج من العبث بمستقبل الناس وحقوقهم وأوضاعهم الاجتماعية ومن ثم يصبح المسيء محميا بالقانون.

2- كما أن القانون جعل التعويض أمرا جوازيا للقاضي حتى بعد ثبوت التعسف والضرر المتمثل في الفاقة والبؤس.

3- إن النص قيد التعويض بقيد يسلب منه خاصية التعويض وحكمته.

هذا القيد هو (ألا يتجاوز التعويض مبلغ نفقة سنة).

فالغرض من تعويض الزوجة هو زجر الزوج حتى لا يتسرع في الطلاق ويتعسف فيه

وهذا لا يكون إلا إذا ارتبط مقدار التعويض بجسامة الضرر ولو تجاوز مقدار النفقة⁽¹⁾.

(1) الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ج 1، ص 106.

وقد نصت المادة 134 من قانون الأحوال الشخصية الأردني على ما يأتي: «إذا طلق الزوج زوجته تعسفا، كأن طلقها لغير سبب معقول، وطلبت من القاضي التعويض، حكم لها على مطلقها الذي يراه مناسبا، بشرط أن لا يتجاوز مقدار نفقتها عن سنة، ويدفع هذا التعويض جملة أو مقسطا حسب مقتضى الحال ويراعى في ذلك حالة الزوج يسرا أو عسرا، ولا يؤثر ذلك على باقي الحقوق الزوجية الأخرى للمطلقة، بما فيها نفقة العدة»⁽²⁾.

والملاحظ على هذه المادة ما يلي:

1- أن القانون الأردني حذا حذو القانون السوري في المادة (117) غير أن القانون السوري قد أضاف شرطا مفاده أن يصيب الزوجة من جراء الطلاق بؤس وفاقة وهو ما لم تنص عليه المادة الأردنية.

2- وبالنظر إلى نص قانون الأحوال الشخصية الأردني نجد أنه يشترط للتعويض عن الطلاق أن يكون تعسفا دون سبب معقول وتسهيلا لتطبيق النص، اعتبر الأصل في الطلاق أنه تعسفي ما لم يثبت الزوج أنه غير تعسفي⁽³⁾.

ولكن بتطبيق قواعد نظرية التعسف في استعمال الحق على هذه المادة نجد أن القانون قد نص على حالة واحدة من حالات التعسف على سبيل المثال وهي حالة الطلاق دون سبب ولم يبين القواعد والضوابط التي يعرف بها التعسف في الطلاق غير الحالة المذكورة، ولهذا السبب لا بد من الرجوع إلى مصدر يفسر لنا تلك المادة على الوجه القانوني العملي ليصار إلى تطبيقها على الحالات التي يدعى فيها بالتعسف في استخدام حق الطلاق.

وفي هذا المجال نجد أن القانون المدني الأردني في المادة 66 منه قد بين حالات

التعسف في استعمال الحق وهي إجمالا:

- 1- تمحض قصد الإضرار بالغير.
- 2- كون الضرر الحاصل للغير لا يتناسب مع المصلحة المرجحاة من استعمال الحق.
- 3- استعمال الحق لغير ما شرع له أو لغاية مشروعة.

(1) سالم البهناوي: قوانين الأسرة بين عجز النساء وضعف العلماء، ص 277-278.

(2) القانون رقم (61) لسنة 1976، المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردنية.

(3) كما قررت ذلك محكمة الاستئناف الأردنية في قرارها رقم 1959 المؤرخ 1978/1/13.

أما المشرع التونسي فقد نص في الفصل 31 على أنه «يحكم بالطلاق:

1- بتراضي الزوجين.

2- بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر.

3- بناء على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به.

ويقضي لمن تضرر من الزوجين بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجم عن الطلاق في الحالتين المبينتين بالفقرتين الثانية والثالثة أعلاه»⁽¹⁾.

من خلال النص يتبين لنا ما يأتي:

1- أن المشرع التونسي قد سوي بين الزوج والزوجة في التعويض عن الطلاق

فكما يلحق الضرر للزوج.

الفرع الثالث: علاقة المتعة بالتعويض:

إن حكم التعويض أو ما يسمى في الفقه الإسلامي المتعة مختلف فيما بين الفقهاء إلى

أقوال عدة.

وقبل الخوض في أحكام المتعة نعطي تعريفا دقيقا لها:

- المتعة لغة: ما يتمتع به من الصيد والطعام⁽²⁾.

- المتعة شرعا: المراد بالمتعة شرعا ما يتمتع به الزوجة وتعطاه تعويضا لها عن الفاقة

بينها وبين زوجها من الثياب التي تلبسها المرأة عادة أو ما يعادلها من مال أو أي عوض⁽³⁾.

وقد اختلف الفقهاء في وجوبها، فقال بعضهم إن المتعة لكل مطلقة وجوبا، وقال

بعضهم يندب ذلك ولا يجب، وتوسط آخرون فقالوا أنها تجب للمطلقة قبل الدخول إذا لم

يسم لها ويندب لمن سواها.

وهذه هي أقوال بعض الفقهاء:

القول الأول: يرى الحنفية والحنابلة على القول المشهور عندهم على أن متعة

الطلاق واجبة لمن طلقت قبل الدخول، ولم يسم لها المهر، وتحدد هذه المتعة حسب

العرف، ولكن يشترط أن لا تزيد عن نصف مهر المثل⁽¹⁾.

(1) الأمر المورخ في 06 محرم 1376هـ الموافق 13 أوت 1956 المتضمن بمجلة الأحوال الشخصية التونسية.

(2) سعدي أبو حبيب: القاموس الفقهي، ص335.

(3) مهنسي: أحمد فتحي: نفقة المتعة بين الشريعة والقانون، دار الشروق، القاهرة، ط1، 1408هـ-1988م، ص25.

أدلة القول الأول: استدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

1- قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ، أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ، وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾⁽²⁾.

2- وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾⁽³⁾.

وجه الاستدلال:

1- فالآية الأولى، تتحدث عن طلقت عن طلقت قبل الدخول وقبل فرض الصداق فالمتعة واجبة لهذا الصنف من المطلقات بنص الآية ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ﴾ أمر، والأمر للوجوب كما هو مقرر في علم الأصول⁽⁴⁾.

- وقوله ﴿مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾، ليس في ألفاظ الإيجاب أكد من قوله ﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾.

- وقوله ﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ تأكيد للإيجاب⁽⁵⁾.

- وكلمة ﴿عَلَى﴾ تفيد الوجوب والمراد بالمتقين والمحسنين، المؤمنون والمؤمن هو الذي ينقاد لحكم الشرع⁽⁶⁾.

2- أما الآية الثانية: جاءت مطلقة، توجب المتعة للمطلقة قبل الدخول ولم تتحدث عن موضوع الصداق، والآية الأولى تحدثت عن طلقت قبل الدخول ولم يفرض لها الصداق فلها المتعة وبالتالي تحمل الآية الثانية على الأولى.

(1) ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج 3، ص 321.

- الحصص: أحكام القرآن، ج 1، ص 428.

- ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ج 34، ص 89.

(2) سورة البقرة: الآية 236.

(3) سورة الأحزاب: الآية 49.

(4) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج 3، ص 200.

(5) الحصص: أحكام القرآن، ص 508.

(6) السرخسي: المسوط، ج 6، ص 61.

القول الثاني: قال الإمام مالك وأصحابه المتعة مندوب إليها (مستحبة) لكل مطلقة إن دخل بها، إلا في التي لم يدخل بها وقد فرض لها، فحسبها ما فرض لها ولا متعة لها^(١).

أدلة هذا القول: استندوا في قولهم على ما يأتي:

1- قوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾^(٢).

2- قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾^(٣).

وروجه الدلالة قوله تعالى ﴿عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ و ﴿عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ فالآيتان توجبانهما على نوعين المتقين والمحسنين ولو كانت واجبة لأطلقها على الخلق أجمعين فتحمل على الندب والإحسان والتفضل^(٤).

ويمكن أن يعترض على استدلال المالكية لمذهبهم بما يأتي:

1- أن الآية الأولى آنفة الذكر تتحدث عن طلقت قبل الدخول وقبل فرض الصداق، وبناء على قولهم باستحباب المتعة فلا يجب لها شيء، لأن الآية لم تتحدث عن حق لها سوى المتعة.

2- أن الله تعالى سمى المتعة ﴿حَقًّا﴾ وكلمة الحق تستعمل في الوجوب لا في الندب.

3- قوله تعالى "على المحسنين والمتقين" لا ينافي الإيجاب، لأن كل مسلم يجب أن يتقى الله ويجب أن يكون محسناً، كما أن المالكية أنفسهم لا يوجبونها على المتقين والمحسنين كما هو النص مما يجعل الآية دون دلالة^(٥).

(١) الخرشبي: على مختصر سيدي خليل، دار الفكر، بيروت، (د.ط) (د.ت)، ج 4، ص 87.

- ابن العربي: أحكام القرآن، ج 1، ص 217.

- الجصاص، أحكام القرآن، ج 1، ص 428.

(٢) سورة البقرة: الآية 236.

(٣) سورة البقرة: الآية 241.

(٤) ابن العربي: أحكام القرآن، ج 1، ص 217.

- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج 3، ص 200.

- ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مصدر سابق، ج 2، ص 116.

(٥) ابن حزم: المحلى، ج 10، ص 246.

القول الثالث: وهو قول لابن حزم الظاهري وابن حجر العسقلاني، ورواية عن الشافعي ورواية عن أحمد⁽¹⁾.

ويرى أصحاب القول الثالث وجوب المتعة لكل مطلقة.

أدلة هذا القول: واستدلوا بما يأتي:

1- قوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ...﴾⁽²⁾.

2- وقوله أيضا: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾⁽³⁾.

- ووجه الدلالة في قوله تعالى ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ﴾ أمر والأمر للوجوب وهو عام يشمل كل مطلقة.

- أما وجه الدلالة من الآية الثانية فقد ورد فيها إضافة الإمتاع للمطلقات بلام التملك ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ﴾ ثم ذكر أن هذا المتاع يجب على المتقين، وهذا تأكيد لإيجابها، لأن كل واحد يجب عليه أن يتقي الله⁽⁴⁾.

فأهل الظاهر حملوا الأمر على العموم فيقولون هو شرع فتأخذ وتعطي⁽⁵⁾.

القول الرابع: وهو قول للإمام الشافعي في المعتمد عنه في المذهب، ويرى أن المتعة واجبة لكل مطلقة، باستثناء من طلقت قبل الدخول وفرض لها صداق⁽⁶⁾.

أدلة هذا القول:

1- قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽⁷⁾.

(1) المصدر السابق، ج 10، ص 245.

- ابن حجر: الفتح الباري، ج 9، ص 496.

- موفق الدين ابن قدامة: المغني، ج 8، ص 49.

(2) سورة البقرة: الآية 236.

(3) سورة البقرة: الآية 241.

(4) ابن حزم: المحلى، ج 10، ص 245.

- القرطبي: أحكام القرآن، ج 3، ص 200.

(5) ابن رشد (الحفيد): بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مصدر سابق، ج 2، ص 116.

(6) الرملي: ابن شهاب الدين: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأخيرة، 1404هـ-1984م، ج 6،

ص 365-364.

(7) سورة البقرة: الآية 241.

2 قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنْ نَارُ زَوْجِكَ إِنْ كُنْتُمْ تُرِيدُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَرِيسَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكَنَّ وَأُسرِّحْكَنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ (1).

3- قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ (2).

- فالآية الأولى: أوجبت المتعة لكل مطلقة إلا ما خصه الدليل.

- والآية الثانية: أوجبت المتعة للمدخول بهن وفرض لهن الصداق بدليل أن نساء الرسول صلى الله عليه وسلم كان لهن صداق.

- والآية الثالثة: أوجبت المتعة للمطلقة قبل الدخول وفرض الصداق.

وقد بقيت عندنا حالة واحدة هي من طلقت قبل الدخول ولكن بعد أن فرض لها الصداق هذه الحالة نصت عليها الآية التي جاء فيها قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ...﴾ (3) وبذلك يكون للمطلقة قبل الدخول، وبعد فرض الصداق، نصف الصداق، وليس لها متعة لأن الآية لم توجب لها غير ذلك (4).

وهذا الرأي تبناه بعض الصحابة كابن عمر رضي الله عنه حيث يقول: لكل مطلقة متعة التي تطلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثا إلا أن تكون امرأة طلقها زوجها قبل أن يمسه وقد فرض لها فريضة فحسبها فريضتها وإن لم يكن لها، فليس لها إلا المتعة (5).

(1) سورة الأحزاب: الآية 28.

(2) سورة البقرة: الآية 236.

(3) سورة البقرة: الآية 237.

(4) الرملي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 6، ص 365.

- المطيبي: تكلمة المجموع، ج 16، ص 387-389.

(5) ابن حزم: المحلى، ج 10، ص 245 وما بعدها.

خلاصة القول:

إن الشارع إذا أعطى الزوج حق الطلاق فقد جعل من ضميره الحي رقبيا على تصرفاته فلا يطلق إلا الحاجة وإلا كان كفرانا بنعمة الزواج التي قدسها الله. وهذه الرقابة أو هذا الحكم الدياني الذي جعله الإسلام في قلب كل مؤمن كان كفيلا أن لا يطلق الزوج زوجته إلا حين يعتقد أن المصلحة تقتضي ذلك إذ لم تعد الحياة المشتركة تصلح بينهما.

واليوم وقد بعد الناس عن دينهم ولم تعد تلك الرقابة الدينية في قلب كل منهم تعمل عملها، لا نجد مناصا من أن يتدخل في تصرفات المكلفين.

فإذا أساء الزوج استعمال حقه كان لولي الأمر أن يحول بينه وبين آثار حقه الذي استخدمه في طريق غير صحيح.

وعلى القضاء أن يتدخل بآثار الطلاق لأن الطلاق وإن كان من حق الرجل ولكنه كسائر الحقوق مقيد بما شرع له.

وبعد تعرضنا إلى آراء الفقهاء في المتعة وأدلتهم باختصار وإيجاز فنرى أن يكون هذا التعويض عن الطلاق المتعة التي شرعها الله وهذا رأي أكثر الفقهاء المحدثين⁽¹⁾.

ونحن نؤيدهم في هذا التوجه لأن المتعة في ذاتها تعويض عن الطلاق، وقد قال العلامة الخرشبي في شرحه على متن خليل معرفا للمتعة بأنها «ما يعطيه الزوج لمطلقاته ليحبر بذلك الألم الذي حصل بسبب الفراق»⁽²⁾.

غير أن الاكتفاء بالمتعة عن التعويض أو باعتبارها تعويضا، لا يؤتي ثمارها إذا أخذنا بمذهب الحنفية أو المالكية، الذين يوجبون المتعة في حالة واحدة أو يعتبرونها مندوبة فقط.

وإذا أخذنا برأي الشافعية أو الظاهرية، نستطيع حينئذ إلغاء مسألة التعويض، والاكتفاء بالمتعة الواجبة، وإن كان لنا أن نختار، فسوف نختار رأي الشافعية، لقوة أدلته

(1) الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ج 1، ص 119.

- الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، ص 532.

- أبو زهرة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 285.

(2) الخرشبي: على مختصر سيدي خليل، مصدر سابق، ج 4، ص 87.

وتموضا، إءم يسسن من وحبب سنعن؛ إلا من صننن فبل السحول وبعء فرس الصءاق. فهذه المءلقة تكففي بنصف المهر المسمى حبرا للضرر الحاصل لها بسبب الطلاق.

والأخذ بالمنعة أفضل من الأخذ بنظام التعويض عن الطلاق التعسفي، وذلك لأن المنعة تجب لكل مءلقة تقريبا ءون نظر إلى أن الطلاق كان بسبب أو ءون سبب، في حين يشءرء للءعويض عن الطلاق أن يكون ءون سبب، وإضافة إلى أن المنعة واجبة بنص القرآن والسنة مما يجعل الاءءرام بها أكثر قبولا من مباءءء التعويض الذي يأخذ الصفة المءنية البحنة، إضافة إلى ذلك أن التعويض والصورة المسءءمة حاليا أمر مسءءء من حيث الفكرة والتطبيء، ومءءلف في الأساس الذي ينبني عليه هل هو العءسف أم المسؤولة والأخذ به يؤءي إلى ءاهل أو اسءبعاء تطبيق نظام قرآني أصل في التعويض وهو المنعة.

وفي ءائمة بءء هذه المسألة نقءرء على ءول العربية أن ءلغي موادء التعويض وءسءبءها بماءة واحءة بعءة فقرات، ءنص في الفقرة الأولى منها على: ءق كل مءلقة بالمطالبة بالمنعة باسءثناء من طلءء قبل ءءحول وفرض لها الصءاق، والفقرة ءانية ءنص على نوع الفرقة ءئي يجب فيها المنعة، والفقرة ءالءة ءنص على كيفية ءقءير المنعة وكيفية ءفعها وإءراءات المطالبة بها، واسءبعاء ما ءاء في بعض القوانين من ربطء التعويض بالنفقة وءمءيءها بسنة، وإنما يؤءء في ءقءير المنعة برأي الإمام مالك والشافعي وإءءى الروايات عن الإمام أءمء بءرء ءقءيرها لاءءهاد القاضى مراعىا كل ءالة على ءءة ومراعىا العرف وءال الزوج لقوله ءعالى: ﴿وَمَمَّوْهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرُهُ مَمَّاعًا بِالْمَعْرُوفِ ءَقًا عَلَى الْمُءْسِنِينَ﴾⁽¹⁾.

(1) سورة البقرة: الآءة 236.

البيان

جامعة الأمير عبد
الملك بن سعود
مركز الدراسات
الإسلامية
والعلوم
الإنسانية

الغائمة:

بعد حمد الله تعالى أن مكنتني من البحث والنظر، ويسر لي من جهد السابقين وعطاء المختصين ما أعاني على الخوض في هذا المعترك الصعب والمسلك الوعر.

فإنني أخلص إلى النتائج التالية:

أولاً: أن ولي الأمر هو الشخص الذي يختار لتولي أمر المسلمين، كافة ويكون المسؤول عنهم وهو ما يسمى بالمفهوم الحالي رئيس الدولة.

ثانياً: أن الشريعة الإسلامية أعطت ولاية الأمور سلطة واسعة في التصرف في شؤون الرعية لكن هذه السلطة قيدها بضوابط هي: عدم مخالفة نص أو قاعدة شرعية وكذا أن يكون التصرف قائم على مراعاة المصلحة.

ثالثاً: أن الطلاق ليس بدعة تفرد بها الإسلام، وإنما هو من سير الأقدمين، وإذا أتى عليها الإسلام نقاها من الشطط، وأبعدها عن الجور والظلم، حتى انتهى بها إلى أن تكون من تشريع الحاجة والرفق، فأبقي من الطلاق ما يؤمن معه الإمساك بإضرار، ونفي منه ما يخشى معه الإفراط والندم.

رابعاً: إن سلطان الزوج في أخذ قرار الطلاق لا يعني في الشريعة الإسلامية أن يصبح الزوج حراً طليقاً، يطلق زوجته متى أراد، بل ووضع التشريع الإسلامي ضوابط من شأنها أن تحد من نسبة الطلاق في المجتمع المسلم وهي كالاتي:

- أن الأصل في الطلاق الحظر ولا يباح إلا للحاجة مقبولة شرعاً وعرفاً.
- كما أن الطلاق لا يقع إلا من ذي أهل لإيقاعه، قاصد إليه، واع بمقتضاه، مرید لمعناه، مختار في ذلك.

- أن الطلاق لا يكون إلا مفرقاً ليس بأكثر من واحدة.
- لا يقع الطلاق إلا في طهر لم يجامعها فيه.
- أن الطلاق لا يقع إلا بلفظ شبه مخصوص وبصيغة مخصوصة.
ومع هذا كله فإنه لا يقطع الحل بين الزوجين إلا في صورتين اثنتين هما الطلاق قبل الدخول والطلاق المكمل لثلاث وفيما عداهما فالزوجة باقية لم ينحل منها شيء.

خامسا: إن الوسائل التي اقترحت أو طبقت للحد من وقوع الطلاق متنوعة منها ما كان قولاً لبعض الفقهاء والمجتهدين كالقول بالإشهاد، والتعويض عن الطلاق بمعنى المتعة الواجبة، ومنها ما كان خروجاً على جميع مذاهب المجتهدين، كالقول بمنع وقوع الطلاق إلا عن طريق المحكمة، ومنها ما كان عملاً إجرائياً صرفاً، تقتضيه سياسة التشريع، تحقيقاً لمصلحة مشروعة عامة، كالطلب ممن يريد إيقاع الطلاق أن يسجله لدى المحكمة، حفظاً للحقوق، وصيانة للأعراض.

سادساً: إن اشتراط الإشهاد كشرط لوقوع الطلاق فيه فوائد مهمة، على رأسها التوثيق وتسهيل إثبات الطلاق والتضييق من دائرته. خاصة وأن الطلاق يكثر غالباً وقت الغضب أو عند الانفعال الزائد.

سابعاً: إن الاستفادة من فوائد الإشهاد على الطلاق، أمر تقتضيه السياسة الشرعية في الوقت الذي كثر فيه التجاحد، ولكن بطريقة لا تهدر أحكام الشرع.

ثامناً: إن القول بجعل أمر الطلاق كله بيد القاضي، أمر مخالف لصريح القرآن والسنة والإجماع الثابت، فالله تعالى أعطى حق الطلاق للزوج وحده بإرادته المنفردة، وأن الطلاق واقعا ديانة بمجرد إيقاعه له إيقاعاً صحيحاً على الوجه المشروع.

تاسعاً: إن إقدام ولي الأمر على وضع الطلاق بيد القاضي أمر يوقع الناس في حرج عظيم وفساد كبير وذلك أن الرجل إذا طلق خارج المحكمة تصبح للمرأة، صفتان متضادتان، مطلقة ديانة، وفي نفس الوقت تعتبر زوجة لمن طلقها، لأن الطلاق غير معتبر قضاء.

عاشراً: إن جعل الطلاق أمام القاضي لا بيده إجراء شكلي له فضل لا ينكر، ووقوع حالات كثيرة، كان أصحابها يريدون إيقاع الطلاق، أجرى القاضي الصلح بينهما.

إحدى عشر: إن الأخذ بالمتعة أفضل من الأخذ بنظام التعويض عن الطلاق التعسفي وذلك أن المتعة تجب لكل مطلقة تقريباً حسب ما رجحناه في البحث دون النظر إلى الطلاق كان بسبب أو دون السبب.

التوصيات:

من الواجب علينا أن نبحث في الأسباب التي تؤدي للطلاق، فنعالجها من أساسها وجذورها فقد قيل: «يحدث للناس من القضايا بقدر ما أحدثوا من فجور» لذا فمن التوصيات ما يأتي:

- إن أنجع وسيلة تؤتي ثمارها الطيبة في تخلص الأمة من مشكلات الطلاق وغيره أن تتكاتف الجهود على جميع المستويات الإعلامية، والتوجيهية، لتربية الجيل والمجتمع تربية إسلامية صحيحة نقية، وتوعية الناشئة والمقبلين على الزواج بل وأفراد المجتمع جميعا التوعية المفيدة، لغرس قيم الإسلام في المجتمع وبث روح المسؤولية وحب الأسرة والنسل وتطبيق التكافل الاجتماعي، ومعرفة حقوق كل فرد وواجباته تجاه خالقه ونفسه ومجتمعه وأسرته. وكذا الحد من الاختلاط بين الجنسين فإنه من أعظم عوامل الشقاق في الأسرة، والجميع يشاهدون ما يولده هذا الاختلاط في نفس الرجل والمرأة على السواء من الشكوك والريب، مما يحطم الطمأنينة والسكينة لدى الزوجين، ويجعل حياة الأسرة جحيما لا يطاق. وكذا الحد من التبرج فإنه لا يقل ضررا عن الاختلاط في إثارة عوامل الفساد في الأسرة، وإباحة تعدد الزوجات الذي يقلل من نسبة الطلاق.

- نأمل أن يدرك أن سوء استخدام الرخصة المخولة للرجل قد أصبحت ظاهرة عامة لذلك فمن الضروري تقنين القيود الشرعية للطلاق، فإذا لم نقدم قيودا وضوابط من الشريعة الإسلامية، فإننا نفتح بذلك الباب للتشريع الأوربي كما حدث في بعض البلاد العربية، وبذلك تكون قد استوردنا المشاكل المستعصية والأمراض المستوطنة، فالأخذ بالضوابط العامة في الشريعة الإسلامية أولى من الأخذ بالتشريع الغربي، حتى لو كانت غير واجبة عند بعض الفقهاء.

- ومن التوصيات أيضا أن توضع مادة تلزم الزوج بالإشهاد على الطلاق وجعله أمام القاضي وذلك من باب توثيق الطلاق وتسجيله. من أجل حماية حقوق المطلقة والأولاد، دون مس حق الزوج في طلاق زوجته أي أنه إذا أوقع الطلاق خارج المحكمة وقع طلاقه لكن يجب عليه تسجيله في المحكمة. وهذا ما هو إلا إجراء شكلي يحفظ الحقوق من الضياع.

- كما نقترح أن تلغي مواد التعويض وتستبدل بمادة تتضمن ما يأتي:

1- حق كل مطلقة بالمطالبة بالمتعة باستثناء من طلقت قبل الدخول وفرض لها

الصداق.

2- نوع الفرقة التي يجب فيها المتعة.

3- كيفية تقدير المتعة وكيفية دفعها وإجراءات للمطالبة بها أمام القضاء.

ربنا لا تزغ قلوبنا بعد إذ هديتنا وهب لنا من لدنك رحمة إنك أنت الوهاب، وصل
اللهم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين، آمين، والحمد
لله رب العالمين.

الفهرس :رس :

- 1- فهرس الآيات القرآنية.
- 2- فهرس الأحاديث النبوية.
- 3- فهرس الآثار.
- 4- فهرس الأعلام.
- 5- فهرس المصادر والمراجع.
- 6- فهرس المحتويات.

فهرس الآيات القرآنية

الآية	رقم الآية	الصفحة
"سورة البقرة" (02)		
1-	﴿وإذ قال ربك للملائكة إني جاعل في الأرض خليفة...﴾	10 30
2-	﴿فيتعلمون منهما ما يفرقون به بين المرء وزوجه...﴾	61 102
3-	﴿وإذ ابتلى إبراهيم ربه بكلمات فأتمهن، قال إني جاعلك للناس إماما﴾	11 124
4-	﴿والله لا يحب الفساد﴾	50 205
5-	﴿وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم﴾	85 227
6-	﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء...﴾	110 228
7-	﴿وبعولتهن أحق بردهن﴾	-110 228
8-	﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾	119 -43 229
		-47
		-74
		-89
		-91
		-93
		-97
		-110
		122
9-	﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره﴾	-106 230
		110
10-	﴿وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف﴾	47 231
11-	﴿ولا تتخذوا آيات الله هزوا﴾	83 231

48	232	12- ﴿فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف﴾
-47	236	13- ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة﴾
-58		
-64		
-155		
-176		
-177		
-178		
-179		
181		
-165	241	14- ﴿وللمطلقات متاع بالمعروف﴾
-177		
178		
63	275	15- ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾
-141	282	16- ﴿واشهدوا إذا تباعتم﴾
-142		
145		
"سورة آل عمران" (03)		
02	68	1- ﴿والله ولي المؤمنين﴾
03	128	2- ﴿ليس لك من الأمر شيء﴾
"سورة النساء" (04)		
48	03	1- ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع﴾
89	15	2- ﴿واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واحجروهن...﴾
-61	19	3- ﴿فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا﴾
65		

48	25	4- ﴿فانكحوهن بإذن أهلهن﴾
60	34	5- ﴿فإن أظعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا﴾
-65 -60 -89 -152 156	35	6- ﴿وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها...﴾
75	43	7- ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون﴾
-12-04 36-22	59	8- ﴿يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم﴾
07	59	9- ﴿فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول﴾
04	83	10- ﴿ولو ردوه إلى الرسول وإلى أولي الأمر منهم...﴾
36	105	11- ﴿إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله﴾
15	141	12- ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾
"سورة المائدة" (05)		
36	44	1- ﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون﴾
36	49	2- ﴿وأن أحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم...﴾
135	89	3- ﴿لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم...﴾
135	89	4- ﴿ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم﴾
"سورة الأنفال" (08)		
29	41	1- ﴿واعلموا أنما غنمتم من شئ فإن لله خمسة...﴾
"سورة التوبة" (09)		
28	60	1- ﴿إنما الصدقات للفقراء والمساكين﴾
"سورة النحل" (16)		
80	106	1- ﴿من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئن﴾

"سورة الأنبياء" (21)

1- ﴿وجعلناهم أئمة يهدون بأمرنا وأوحينا إليهم فعل الخيرات﴾

11 73

"سورة النور" (24)

1- ﴿وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم﴾

48 32

"سورة النمل" (27)

1- ﴿يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم...﴾

12 34

"سورة القصص" (28)

1- ﴿ونريد أن نمن على الذين استضعفوا في الأرض ونجعلهم أئمة، ونجعلهم الوارثين﴾

11 05

2- ﴿إن الملائم يأتمرون بك ليقتلوك﴾

3 20

"سورة الروم" (30)

1- ﴿ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا﴾

61-ب 19

"سورة الأحزاب" (33)

1- ﴿ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم﴾

-66 05

87

2- ﴿يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعن...﴾

179 28

3- ﴿نوقها أجرها مرتين﴾

99 31

4- ﴿وإذ تقول للذي أنعم الله عليه، وأنعمت عليه، أمسك عليك زوجك واتق الله﴾

66 37

5- ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن﴾

-53 49

176

"سورة ص" (38)

10	26	1- ﴿يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق﴾
"سورة الشورى"		
03	53	1- ﴿إلا إلى الله تصير الأمور﴾
"سورة الحشر" (59)		
29	07	1- ﴿ما أفاد الله على رسوله من أهل القرى فله...﴾
"سورة الممتحنة" (60)		
48	10	1- ﴿لا جناح عليكم أن تنكحوهن إذا آتيتوهن أجورهن﴾
"سورة الطلاق" (65)		
-58-47 -93-89 -94 -107 -113 -122 -140 155	01	1- ﴿يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدن وأحصوا العدة﴾
-142 143	01	2- ﴿ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه﴾
-94 -122 145	02	3- ﴿فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف...﴾
-140 -141 -151 152	02	4- ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾
140	02	5- ﴿ومن يتق الله يجعل له مخرجا﴾

فهرس الأحاديث

الصفحة	طرف الحديث
19	1- الأئمة من قريش.
62	2- أبغض الحلال إلى الله الطلاق.
49	3- أتاني جبريل فقال راجع حفصة.
135	4- إذا حلفت على يمين فرأيت...
09	5- ألا كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته...
80	6- إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان...
85	7- إنما الأعمال بالنيات...
68	8- إنما الطلاق لمن أخذ بالساق...
19	9- إن هذا الأمر في قريش لا يعاديهم أحد...
92	10- أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم.
62	11- أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس...
84-81	12- ثلاث جدهن جد وهزلهن جد...
-16	13- رفع القلم عن ثلاث عن المجنون...
68-67	
38	14- سبعة يظلمهم الله يوم القيامة يوم لا ظل إلا ظله
23	15- السمع والطاعة على المرء المسلم فيما أحب وكره...
81	16- طلاق السكران والمستكره ليس بجائز.
-68	17- كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه...
74-69	
36	18- كيف تصنع إن عرض لك قضاء؟.
95	19- كيف طلقها قال طلقها ثلاثا...
154	20- لا ضرر ولا ضرار.
06	21- لا طاعة لمخلوق في معصية الله.

81-77	22- لا طلاق ولا عتاق في إغلاق.
74	23- لا قبولة في الطلاق.
19	24- لا يزال هذا الأمر في قريش ما بقي اثنان.
15	25- لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة.
156	26- ما بال أحدكم يزوج عبده أمته...
38	27- ما من عبد يسترعيه الله رعية يموت يوم يموت...
110-49	28- مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر...
06	29- من أطاع أميري فقد أطاعني...
133	30- من حلف على يمين، فقال: إن شاء الله فقد استثنى فلا حنث عليه.
133	31- من حلف فقال إن شاء الله لم يحنث.
-97	32- من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد.
-113	
-118	
143	
136	33- من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت.

فهرس الآثار

الصفحة	طرف الأثر
134	1- إذا قال الرجل لامرأته أنت طالق إن شاء الله فهي طالق.
112	2- أرأيت إن عجز واستحمق
96	3- أما علمت أن الرجل كان إذا طلق امرأته ثلاثاً...
95	4- إن الناس قد استعجلوا في أمر لهم فيه أناة...
144	5- بش ما صنع طلق في بدعة وارتجع في غير سنة...
23	6- بايعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم على السمع والطاعة...
111	7- حسبت علي بتطبيقه
134	8- طلق رجل امرأته البتة إن خرجت...
136	9- الطلاق عن وتر والعناق ما أريد به وجه الله...
81	10- طلاق السكران والمستكره ليس بجائز
94	11- عصيت ربك وبانت منك امرأتك.
114	12- فردها علي ولم يرها شيئاً.
100	13- كان الرجل إذا طلق امرأته فهو أحق برجعتها.
91	14- كذبت عليها يا رسول الله.
75	15- وهل أنتم إلا عبيد لأبي.

فهرس الأعلام

الصفحة	اسم العلم
101	1- محمد بن إسحاق.
06	2- ابن تيمية.
06	3- الجصاص.
19	4- ابن حجر.
05	5- حذافة.
05	6- الحسن.
144	7- عمران بن حصين.
59	8- حفصة بن عمر.
101	9- داود بن الحصين.
84	10- أبو الدرداء.
116	11- أبو ذئيب.
140	12- الرازي.
95	13- ركانة.
118	14- أبو الزبير.
13	15- السيوطي.
17	16- الشاطبي.
23	17- عبادة بن الصامت.
96	18- أبو الصهباء.
04	19- الطري.
08	20- ابن عاشور.
04	21- ابن عباس.
04	22- جابر بن عبد الله.
08	23- محمد عبده.

05	24- ابن العربي.
05	25- عطاء.
101	26- عكرمة.
23	27- عبد الله بن عمر.
91	28- عويمر العجلاني.
07	29- القرطبي.
05	30- ابن القيم.
07	31- ابن كثير.
92	32- محمود بن لبيد.
05	33- مجاهد.
36	34- معاذ.
83	35- ابن المنذر.
116	36- نافع.
110	37- النووي.
116	38- ابن وهب.

قائمة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم، رواية ورش.

(أ)

- إبراهيم أنيس:

- المعجم الوسيط، مطبعة دار المعارف، مصر، 1393هـ-1973م.

- إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم:

- الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن،

ط1، 1999.

- آث موليا: الحسن بن الشيخ:

- المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة، الجزائر، ط2005.

- ابن الأثير: مجد الدين المبارك بن محمد الجزري:

- النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق طاهر أحمد الزاوي محمود محمد الطناجي،

دار الفكر، بيروت، لبنان (د.ط) (د.ت).

- ابن الأزرقي: أبو عبد الله محمد:

- بدائع السلك في طبائع الملك، تحقيق محمد بن عبد الكريم، الدار العربية للكتاب،

ليبيا تونس (د.ط) (د.ت).

- الأشقر: عمر سليمان:

- مجد أبو رحية، محمد عثمان شبير، عبد الناصر أو البصل، مسائل في الفقه المقارن،

دار النفائس، الأردن، ط2، 1418هـ-1997م.

- الألباني: ناصر الدين:

- إرواء الغليل، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1405هـ-1985م.

- صحيح سنن ابن ماجه، المكتب الإسلامي، بيروت، ط3، 1408هـ-

1988م.

- الألوسي: شهاب الدين:

- روح المعاني في تفسير القرآن والسبع المثاني، دار الفكر، بيروت، 1414هـ-1993م.

- إمام: محمد كمال الدين:

1- الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، بيروت، (د.ت).

- الآمدي: سيف الدين:

1- الإحكام في أصول الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (1403هـ-1983م).

(ب)

- الباجي سليمان بن خلف:

1- إحكام الفصول في أحكام الأصول، تحقيق: عبد الله محمد الجبوري، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 1409هـ-1989م.

- باديس: ذيابي:

1- صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط 2007م.

- بدران: أبو العينين بدران:

- الزواج والطلاق في الإسلام، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، (د.ط) (د.ت).

- البغدادي:

- أصول الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1346هـ-1928م.

- البغوي: أبي محمد الحسين بن مسعود:

- شرح السنة، تحقيق علي محمد عوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1412هـ-1992م.

- بلحاج العربي:

- الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999م.

- قانون الأسرة - الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط، 1994م.

- البهوتي: منصور بن يونس بن إدريس:

- كشف القناع عن متن الإقناع، تحقيق إبراهيم أحمد عبد الحميد، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، 1423هـ-2003م.

- البهناوي: سالم:

- قوانين الأسرة بين عجز النساء وضعف العلماء، دار القلم، الكويت، ط2، 1404هـ-1984م.

- البهنسي: احمد فتحي.

- نفقة المتعة بين الشريعة والقانون، دار الشروق، القاهرة، ط1، 1408هـ - 1988م.

- البوطي محمد سعيد رمضان:

- محاضرات في الفقه المقارن، دار الفكر، دمشق (د.ط) 1422هـ-2001م.

- البيضاوي، ناصر الدين أبو الخير عبد الله:

- تفسير البيضاوي، دار الفكر، بيروت، 1402هـ-1982م.

- البيهقي: أبو بكر أحمد بن الحسين علي:

- السنن الكبرى، دار الفكر (د.ط) (د.ت).

(ت)

- الترمذي: محمد عيسى.

- السنن: دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1413هـ-1995م.

- ابن تيمية: تقي الدين أحمد.

- الخلافة والملك، تحقيق حمادي سلامة، شركة الشهاب، الجزائر (د.ط).

- السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، قصر الكتب، الجزائر، (د.ط)

(د.ت).

- مجموع الفتاوى، مكتبة المعارف، الرباط، (د.ط) (د.ت).

- منهاج السنة النبوية، دار الكتب العلمية (د.ط) (د.ت)
- الإختيارات العلمية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ، دار الكتب الحديثة ، شارع الجمهورية ، (د ط).
- ابن تيمية: أبو البركات: مجد الدين.
- المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة المعارف، الرياض، ط2، 1404هـ-1984م.

(ج)

- ابن جري أبي القاسم محمد بن أحمد.
- القوانين الفقهية، الدار العربية للكتاب، طرابلس، ط1988.
- الجصاص: أبو بكر: أحمد بن علي الرازي الحنفي.
- أحكام القرآن: دار الفكر (د.ط) (د.ت).
- الجويني: أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله.
- غياث الأمم، في التياث الظلم ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1، 1417هـ. 1997م.
- أبو جيب: سعدي.
- القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دار الفكر، دمشق، ط2، 1408هـ-1988م.
- ابن حبان :
- المستدرک على الصحيحين ،دار الكتاب العربي ، بيروت ، (د ط) (د ت).
- الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1، 1407هـ ، 1987م.
- ابن حجر: شهاب الدين: أبو الفضل: أحمد بن علي العسقلاني.
- فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، (د.ط) (د.ت).
- أبو حجير: مجيد محمود.

- نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة، الدار العلمية، الأردن، ط1، 2000.

- ابن حزم: أبو محمد: علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي.

- الفصل في الملل والأهواء والنحل، تحقيق محمد إبراهيم نصر، عبد الرحمن عميرة، دار الجليل، بيروت، 1405هـ-1985م.

- المحلى بالآثار، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، دار الجليل، بيروت، د.ت.

- حسن: أحمد فراج.

- أحكام الأسرة في الإسلام وفقا لأحدث التشريعات القانونية، الدار الجامعية، سوتير - الأزاريطه، (د.ط) (د.ت).

- الخطاب: أبو عبد الله: محمد بن عبد الرحمن المغربي.

- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، ط3، 1412هـ-1992م.

- أبو حيان: محمد بن يوسف .

- تفسير المحيط ، دار الفكر ، ط2، 1403هـ-1983م.

(خ)

- الخالدي: محمود عبد المجيد.

- قواعد نظام الحكم في الإسلام، دار البحوث العلمية، الكويت، ط1، 1400هـ-1980م.

- الخرشبي: أبو عبد الله: محمد المالكي.

- الخرشبي على مختصر خليل، دار الفكر، (د.ط) (د.ت).

- خفيق: علي.

- الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية، دار النهضة العربية، بيروت، ط1990.

- ابن خلدون: عبد الرحمن.

- المقدمة، ط1991.

- ابن خلكان:
- وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق حسان عباس، دار صادر، بيروت، 1971.

(د)

- الدارقطني: علي بن عمر.
- السنن، عالم الكتب، بيروت، ط4، 1406هـ-1986م.
- أبو داود: سليمان بن الأشعث السجستاني.
- السنن، مكتبة البابي الحلبي، مصر، ط1، 1371هـ-1952م.
- الدريني: فتحي.
- الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، دار الفكر، بيروت، (د.ط) (د.ت).
- خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، مؤسسة الرسالة، سوريا، ط2، 1408هـ-1987م.
- المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1418هـ-1997م.
- نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي الرسالة ، ط2، 1419هـ-1988م.
- الدسوقي: شمس الدين محمد بن عرفة.
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، (د.ط) (د.ت).
- الدهلوي: أحمد بن عبد الرحيم.
- حجة الله البالغة، دار المعرفة، بيروت، (د.ط) (د.ت).
- الذهبي: عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان .
- ميزان الاعتدال : تحقيق محمد البخاري ، دار المعرفة ، بيروت ، (د ط) (د ت)

(ت).

(ذ)

- الذهبي: أبو عبد الله شمس الدين محمد.
- تذكرة الحفاظ، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط) (د.ت).
- الذهبي: محمد حسين.
- الشريعة الإسلامية بين مذاهب أهل السنة والشيعة، مكتبة وهبة، القاهرة، ط3، 1411هـ-1991م.

(ر)

- الرازي: أبي حاتم محمد بن إدريس .
- علل الحديث، دار المعرفة، بيروت، 1405هـ-1985م.
- الرازي: فخر الدين محمد.
- التفسير الكبير ومفاتيح الغيب، دار الفكر، بيروت، ط3، 1405هـ-1985م.
- رضا: محمد رشيد.
- تفسير المنار لمحمد عبده، دار المعرفة، بيروت، ط3، 1393هـ-1973م.
- الخلافة، الجمع التصويري والتجهيز بالزهراء، للإعلام العربي، ط1408هـ-1988م.
- ابن رشد (الجد): أبو الوليد: محمد بن أحمد بن رشد.
- المقدمات، دار صادر، بيروت، ط1.
- ابن رشد (الحفيد) أبو الوليد: محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار العقيدة، القاهرة، ط1، 1425هـ-2004م.
- الرملي: ابن شهاب الدين.
- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت الطبعة الأخيرة، 1404هـ-1984م.

(ز)

- الزحيلي: وهبة.

- الفقه الإسلامي وأدلته، طبع في الجزائر بإذن خاص من دار الفكر بدمشق، ط1، 1413هـ-1992م.
- الزرقاء: مصطفى أحمد.
- المدخل الفقهي العام، دار الفكر، مطبعة طربين، دمشق، ط10 (1387هـ-1968م).
- الزركشي:
- البحر المحيط، تحقيق لجنة علماء الأزهر، دار الكتيبي، ط1 (1416هـ-1994م).
- أبو زهرة: محمد.
- الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، (د.ط) (د.ت).
- الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، القاهرة، (د.ط) (د.ت).
- الزركلي: خير الدين.
- الأعلام: قاموس تراجم الأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين، دار العلم للملايين.
- زيدان: عبد الكريم.
- المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط2، 1420هـ-2000م.
- الزيلعي: أبي محمد بن عبد الله بن يوسف.
- نصب الراية، دار الحديث، القاهرة، (د.ت) (د.ط).
- (س)
- السرخسي: شمس الدين.
- المبسوط: دار المعرفة، بيروت، 1989.
- ابن سعد:
- الطبقات الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419هـ-1990م.

- سعد عبد العزيز:

- الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، ط2، 1989.

- سعد فضيل:

- شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.

- أبو سعود: محمد العماري.

- إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2، 1411هـ-1990م.

- السنهوري: عبد الرزاق أحمد.

- فقه الخلافة وتطورها، مراجعة توفيق محمد الشاذلي، ترجمة نادية عبد الرزاق السنهوري، الهيئة المصرية العلمية للكتاب، القاهرة، 1989م.

- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار النهضة العربية (د.ط).

- السيد سابق:

- فقه السنة، دار الفتح في التشريع الإسلامي، مكتبة الفلاح، الكويت، ط2، 1402هـ-1982م.

- السيوطي: جلال الدين.

- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1 (1414هـ-1990م).

- الدر المنثور في التفسير بالمأثور، وبهامشه القرآن الكريم مع تفسير ابن عباس، دار المعرفة، بيروت، لبنان (د.ط) (د.ت).

(ش)

- الشاطبي: إبراهيم بن موسى بن محمد.

- الاعتصام، مطبعة مصطفى محمد، مصر.

- الموافقات في أصول الشريعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د.ط) (د.ت).

- الشافعي: محمد بن إدريس.
- الأم مع مختصر المزني، دار الفكر، بيروت، ط2، 1403هـ-1983م.
- الشريبي: محمد الخطيب.
- مغني المحتاج، دار الفكر.
- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، شركة نور الثقافة الإسلامية، جاكارتا.
- الشوكاني: محمد بن علي بن محمد.
- إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول، تحقيق أبي مصعب محمد سعيد البدري، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ط2، 1413هـ-1993م.
- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة (د.ط) (د.ت).
- الشيرازي: أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف.
- المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر (د.ط) (د.ت).

(ص)

- الصابوني: عبد الرحمن.
- مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الفكر، بيروت، ط3، 1403هـ-1983م.
- نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، دار الفكر، ط4، 1392هـ-1972م.
- الصباحي: يحيى السيد.
- النظام الرئاسي الأمريكي والخلافة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1413هـ-1993م.
- الصديق: محمد صالح.
- نظام الأسرة في الإسلام، دار هومة، الجزائر، 1999م.
- الصنعاني: محمد بن إسماعيل الأمير اليمني.

- سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، تحقيق محمد الدالي، بلطة، المكتبة العصرية، بيروت، 1412هـ-1992م.

(ط)

- الطبرسي: أبي علي الفضل بن الحسن.

- مجمع البيان في تفسير القرآن، تحقيق هاشم الرسولي المحلاتي، وفضل الله اليزدي الطباطبائي، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1406هـ-1986م.

- الطبري: أبو جعفر محمد بن جرير.

- جامع البيان في تفسير القرآن، طبع بالمطبعة الميمنية بمصر، (د.ط) (د.ت).

- الطحاوي: أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة.

- شرح معاني الآثار، تحقيق محمد زهري النجار، محمد سيد جاد الحق، عالم

الكتب، ط1، 1414هـ-1984م.

- الطماوي: محمد سليمان.

- السلطات الثلاثة، دار الفكر العربي، ط6، 1416هـ-1996م.

(ع)

- ابن عابدين: محمد الأمين.

- رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود،

علي محمد عوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1415هـ-1994م).

- مجموعة رسائل ابن عابدين، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ط) (د.ت).

- ابن عاشور: محمد الطاهر.

- تفسير التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، تونس، المؤسسة الوطنية للكتاب،

الجزائر، ط1404هـ-1984م.

- مقاصد الشريعة الإسلامية، طبع بمصنع الكتاب للشركة التونسية، ط1،

1978م.

- ابن عبد البر: أبو عمر: يوسف بن عبد الله النمري القرطبي المالكي.

- التمهيد لما في الموطأ من معاني وأسانيد، تحقيق سعيد أحمد أعراب، ط1406هـ-1985م.
- الاستيعاب في معرفة الأصحاب، تحقيق علي محمد البحايي، دار الجيل، بيروت، ط1، 1412هـ-1992م.
- الاستذكار، دار قتيبة، دمشق، بيروت، ط1، 1993.
- ابن عبد السلام: عز الدين.
- قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار المعرفة، بيروت، لبنان، (د.ط) (د.ت).
- القاضي عبد الوهاب: بن علي بن نصر المالكي.
- المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ-1998م.
- عبد الوهاب: أبو محمد.
- التلقين في الفقه المالكي، تحقيق محمد ثالث سعيد الغاني، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط1415هـ-1995م.
- العدوي: علي الصعيد.
- حاشية على كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي يزيد القيرواني، ط مصطفى الحلبي، 1938.
- ابن العربي: أبو بكر: محمد بن عبد الله.
- أحكام القرآن، تحقيق: علي محمد البحايي، دار الفكر، (د.ط).
- العطار: عبد الناصر توفيق.
- الأسرة وقانون الأحوال الشخصية، المؤسسة العربية الحديثة، القاهرة، 1985م.
- العظيم آبادي: أبو الطيب: محمد شمس الحق.
- عون المعبود شرح سنن أبي داود، تحقيق عبد الرحمن محمد عثمان، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، ط2، 1388هـ-1968م.
- العز: صدر الدين علي بن علي.

- التنبيه على مشكلات الهداية، تحقيق عبد الحكيم بن محمد شاكر، مكتبة الرشد، الرياض، ط1 (1424هـ-2003م).
- عفيفي: أحمد مصطفى.
- الاحتكار وموقف الشريعة الإسلامية منه في إطار العلاقات الاقتصادية المعاصرة، مكتبة وهبة، القاهرة، ط1، 1424هـ-2003م.
- عك: خالد عبد الرحمن.
- شخصية المرأة المسلمة في ضوء القرآن والسنة، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1419هـ-1998م.
- ابن عماد: أبو الفلاح عبد الحي الحنبلي.
- شذرات الذهب في أخبار من ذهب، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، دار الآفاق الجديدة، (د.ط).
- عمارة: محمد.
- الإسلام وفلسفة الحكم، دار الشروق، القاهرة، ط1، 1409هـ-1989م.
- العنسي: حمد بن قاسم.
- التاج المذهب لأحكام المذهب، شرح متن الأزهار في فقه الأئمة الأمصار، مكتبة اليمن، صنعاء.
- العزالي: أحمد.
- الطلاق الانفرادي وتدابير الحد منه (في الفقه الإسلامي والشرائع اليهودية والمسيحية والوضعية والتقنيات العربية المعاصرة) (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1421هـ-2000م.
- (غ)
- الغندور: أحمد.
- الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مكتبة الفلاح، الكويت، ط2، 1402هـ-1982م.

(ف)

- أبو فارس: محمد عبد القادر.
- النظام السياسي في الإسلام، دار الفرقان، عمان، الأردن، طبعة خاصة بمصر، 1409هـ-1986م.
- ابن فارس:
- معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، مكتبة الخانجي، القاهرة، ط3 (1402هـ-1981م).
- الفراء: أبي يعلى محمد بن الحسن.
- الأحكام السلطانية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1403هـ-1983م.
- ابن فرحون: إبراهيم بن نور الدين.
- الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تحقيق مأمون بن محي الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1 (1417هـ-1996م).
- الفيروز آبادي: مجد الدين: محمد بن يعقوب.
- القاموس المحيط، المطبعة الميرية، مصر، ط3، 1301هـ.
- الفيومي: أحمد بن محمد بن علي المقرئ.
- المصباح المنير، دار الحديث، القاهرة، ط2، 1421هـ-2000م.
- ابن قدامة: أبو محمد: موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد.
- المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1403هـ-1983م.
- القرافي: أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن.
- الفروق، عالم الكتب، بيروت، (د.ط) (د.ت).
- الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، تحقيق أبو بكر عبد الرزاق، المكتب الثقافي، القاهرة، ط1، 1989م.
- القرطبي: أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري الأندلسي.
- الجامع لأحكام القرآن، دار الكتاب العربي، القاهرة، ط1387هـ-1967م.
- ابن القيم: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر.
- أعلام الموقعين عن رب العالمين، مكتبة الكليات، الأزهر (د.ط).

- إغاثة اللفهان من مصائد الشيطان، تحقيق محمد سيد ليلاتي، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر، الطبعة الأخيرة، 1381هـ-1961م.
- زاد المعاد في هدي خير العباد، المؤسسة العربية، بيروت، لبنان، (د.ط).
- قاسم: محي الدين محمد.
- السياسة الشرعية ومفهوم السياسة الحديثة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط1 (1417هـ-1997م).
- قلعجي: محمد رواس وحامد صادق قنيبي.
- معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، بيروت، ط2، 1408هـ-1988م.
- القنوجي: أبي الطيب صديق بن حسن بن علي.
- الروضة الندية شرح الدرر البهية، تحقيق عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، المكتبة العصرية، بيروت، 1407هـ-1987م.

(ك)

- الكساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2، 1402هـ-1982م.
- ابن كثير: عماد الدين أبو الفداء الدمشقي.
- تفسير القرآن العظيم، دار الأندلس، بيروت، (د.ط) (د.ت).
- كوكسال: إسماعيل.
- تغير الأحكام في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1421هـ-2000م.

(ل)

- لوعيل: محمد أمين.
- المركز القانوني للمرأة قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، طبع في 2004.

(م)

- ابن ماجه: أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني.
- السنن، دار الفكر، بيروت (د.ط) (د.ت).
- مالك: أبو عبد الله مالك بن أنس بن أبي عامر الأصبحي المدني.
- الموطأ، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، ط1، 1424هـ-2003م.
- الماوردي: أبو الحسين: علي بن محمد بن حبيب.
- الأحكام السلطانية والولايات الدينية، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط)، (د.ت).
- المباركفوري: أبو علي: محمد بن عبد الرحمن بن عبد الرحيم.
- تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1 (1420هـ-1990م).
- مبارك: محمد.
- نظام الإسلام (الحكم والدولة)، دار الفكر، بيروت، ط4، 1401هـ-1981م.
- ابن المبرد:
- سير الحاث إلى علم الطلاق الثلاث، تحقيق عبد العزيز بن محمد، دار ابن الجوزي، السعودية، ط1، 1418هـ-1997م.
- مدكور: محمد سلام.
- الحكم التخييري أو نظرية ونظرية الإباحة عند الأصوليين، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1965م.
- المرداوي: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان.
- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق محمد حامد الفقهي، دار إحياء التراث، بيروت، لبنان، ط1، 1376هـ-1957م.
- المزي: جمال الدين أبو الحجاج يوسف.
- تهذيب الكمال في أسماء الرجال، تحقيق بشار عوام معروف، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1409هـ-1988م.

- مسلم: بن الحجاج القشيري النيسابوري.
- صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي، ط1، 1375هـ-1955م.
- ابن المرتضى: أحمد بن يحيى.
- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار وبهامشه جواهر الأخبار، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، (د.ط) (د.ت).
- المرغيناني: برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الراشدني.
- الهداية شرح بداية المبتدي.
- المطيعي:
- تكملة المجموع، دار الفكر، بيروت، (د.ط) (د.ت).
- ابن منظور: جمال الدين: محمد بن مكرم.
- لسان العرب، تحقيق عبد الله الكبير ومحمد أحمد حسب الله وهاشم الشاذلي، دار المعارف (د.ط) (د.ت).
- المودودي:
- الحكومة الإسلامية، ترجمة أحمد الريس، ديوان المطبوعات الجزائرية، (د.ط).
- الميداني: عبد الغني الغنيمي.
- اللباب في شرح الكتاب، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، دار الحديث، بيروت، ط4، 1399هـ-1979م.

(ن)

- ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد.
- البحر الرائق شرح كتر الدقائق، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ-1997م.
- النسائي: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب.
- السنن.
- النظام:
- الفتاوى الهندية، دار صادر، بيروت، 1411هـ-1991م.

- نصر سلمان: سعاد سطحي:
- أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، (د.ط) (د.ت).
- النووي: أبو زكريا يحيى بن شرف.
- صحيح مسلم بشرح النووي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط1، 1347هـ-1929م.

(هـ)

- ابن الهمام: كمال الدين: محمد بن عبد الواحد الحنفي.
- شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت.
- الهيثمي: نور الدين بن علي.
- مجمع الزوائد، مكتبة القدس، القاهرة، 1353هـ.

(ي)

- ياسين: محمد يحيى.
- المجتمع الإسلامي في ضوء فقه الكتاب والسنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1984.

المجلات والدوريات:

- أبو البصل: عبد الناصر.

- مدى سلطة ولي الأمر في تقييد إيقاع الطلاق، مقال بمجلد الحكمة، بريطانيا،

ليدز.

- الذوايدي: محمود.

- قضايا النشوز والشقاق والطلاق في ضوء القرآن الكريم، مجلة الشريعة والدراسات

الإسلامية، تصدر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، سنة 13، العدد 37،

1419هـ-1999م.

- نصر سلمان:

- حكم طلاق الثلاث في الشريعة، مجلة مخبر الدراسات الشرعية، جامعة الأمير عبد

القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، ع2، 1425هـ-2004م.

- جدي: عبد القادر:

- حرية ممارسة الحقوق السياسية في النظام الإسلامي، رسالة ماجستير بإشراف

أحمد بن محمد، معهد الشريعة، قسم الدراسات العليا، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم

الإسلامية، قسنطينة، سنة 1993م-1994م.

- كمال: لدرع.

- ضوابط حرية التصرف في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه بإشراف محمد

الأخضر مالكي، قسم الفقه وأصوله، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية،

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2002م-2003م.

الأوامر والقوانين:

- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975م المتضمن القانون المدني الجزائري.
- الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426هـ الموافق لـ 20 يونيو 2005، المعدل والمتمم للأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري.
- الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 08 جوان 1984م، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.
- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فيفري 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.
- المرسوم التشريعي رقم 59 الصادر في 17 سبتمبر 1953، المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري.
- الأمر المؤرخ في 6 محرم 1376هـ الموافق لـ 13 أوت 1956م المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية.
- القانون رقم 03-07 الصادر في 12 ذي الحجة 1424هـ الموافق لـ 03 فيفري 2004، المتضمن مدونة الأسرة المغربية.
- قانون رقم (61) لسنة 1976 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردنية.
- القانون رقم 25 لسنة 1920 المتعلق بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 المتضمن قانون الأحوال الشخصية المصري.
- القانون رقم 01 لسنة 2000 المعدل لبعض أحكام قانون الأحوال الشخصية رقم 100 لسنة 1985 المتضمن قانون الأحوال الشخصية للمسلمين.
- قانون حقوق العائلة، بيروت، 24 شباط سنة 1948م.
- مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري تم وضعه على يد لجنة خاصة مع مذكرته الإيضاحية ما بين 1959-1961، دار البشير، جدة، ط1، 1416هـ-1996م.

المجلات القضائية:

- المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد (01) السنة 1989.
- المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد (02) السنة 1989.
- المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد (04) السنة 1989.
- المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد (02) السنة 1990.
- المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد (01) السنة 1991.
- المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد (02) السنة 1993.

- المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الخاص بالاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال

الشخصية، 2001.

مواقع الإنترنت:

- www.shatill73.maktooblog.com.
- www.middleeasttransparent.com.
- www.alsonan.net.vb/printthread

الصفحة	الموضوع
أ-د	المقدمة
02	الفصل الأول: سلطة ولي الأمر وضوابطها الشرعية
02	المبحث الأول: مفهوم "ولي الأمر" وشروطه وحقه في الطاعة
02	المطلب الأول: مفهوم "ولي الأمر"
02	الفرع الأول: معنى "ولي الأمر" لغة
02	البند الأول: كلمة "ولي" لغة
03	البند الثاني: كلمة "الأمر" لغة
04	الفرع الثاني: "ولي الأمر" اصطلاحاً
04	البند الأول: أولو الأمر هم العلماء
05	البند الثاني: أولو الأمر هم الأمراء
07	البند الثالث: الرأي المختار
09	الفرع الثالث: ألقاب رئيس الدولة "ولي الأمر"
13	المطلب الثاني: شروط اختيار "ولي الأمر"
13	الفرع الأول: شروط أهل الاختيار
14	الفرع الثاني: شروط "ولي الأمر"
15	البند الأول: شروط الانعقاد
16	البند الثاني: شروط الأفضلية
18	البند الثالث: النسب القرشي
22	المطلب الثالث: حق ولي الأمر في الطاعة
22	الفرع الأول: مستند الطاعة
22	البند الأول: من الكتاب
23	البند الثاني: من السنة
24	الفرع الثاني: مدى وجوب طاعة ولي الأمر في المباح

26	المبحث الثاني: اختصاصات "ولي الأمر" وسلطته في تغيير الأحكام وضوابطها
26	المطلب الأول: اختصاصات ولي الأمر
26	الفرع الأول: الاختصاصات الدينية
29	الفرع الثاني: الاختصاصات السياسية
33	المطلب الثاني: سلطة ولي الأمر في تغيير الأحكام
33	الفرع الأول: عوامل التغيير
34	الفرع الثاني: مدى أهلية "ولي الأمر" في تغيير الأحكام
36	المطلب الثالث: الضوابط الشرعية التي يستند إليها "ولي الأمر"
36	الفرع الأول: عدم المخالفة لنص أو قاعدة من القواعد الشرعية
38	الفرع الثاني: تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة
38	البند الأول: مراعاة الحاكم لمصلحة الرعية
39	البند الثاني: حدود قيد المصلحة
42	الفصل الثاني: ماهية الطلاق وأهلية المطلق
44	المبحث الأول: مفهوم الطلاق وبيان حكمه والحكمة منه
44	المطلب الأول: تعريف الطلاق
44	الفرع الأول: تعريف الطلاق لغة واصطلاحاً
44	البند الأول: تعريف الطلاق في اللغة
44	البند الثاني: تعريف الطلاق في الاصطلاح الشرعي
45	الفرع الثاني: تعريف الطلاق في الاصطلاح القانوني
47	المطلب الثاني: مشروعية الطلاق والحكمة من مشروعيته
47	الفرع الأول: أدلة مشروعية الطلاق
47	البند الأول: مشروعية الطلاق من الآيات القرآنية
49	البند الثاني: مشروعية الطلاق من السنة
49	البند الثالث: من الإجماع
49	البند الرابع: من المعقول

50	الفرع الثاني: حكمة مشروعية الطلاق
51	الفرع الثالث: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج
51	البند الأول: السبب في جعل الطلاق بيد الرجل
53	البند الثاني: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج في القانون
58	المطلب الثالث: التكيف الفقهي للطلاق
58	الفرع الأول: القائلون بالإباحة
59	الفرع الثاني: القائلون بالحظر
64	الفرع الثالث: المناقشة والترجيح
64	البند الأول: الرد على أدلة من قال أن الأصل في الطلاق الإباحة
65	البند الثاني: القول الراجح
67	المبحث الثاني: أهلية المطلق وعوارضها
67	المطلب الأول: أثر نقص الأهلية في الطلاق
67	الفرع الأول: طلاق الصبي
67	البند الأول: طلاق غير المميز
67	البند الثاني: طلاق المميز
69	الفرع الثاني: طلاق المغلوب على عقله
69	البند الأول: حكم طلاق المغلوب على عقله
70	البند الثاني: هل يلحق السفه بالجنون في عدم وقوع طلاقه
71	الفرع الثاني: أثر نقص الأهلية في القانون
73	المطلب الثاني: أثر عدم الوعي في الطلاق
73	الفرع الأول: طلاق السكران
73	البند الأول: أقوال الفقهاء في طلاق السكران
76	البند الثاني: ما ذهب إليه القانون
77	الفرع الثاني: طلاق الغضبان
77	البند الأول: أقوال الفقهاء في طلاق الغضبان

80	المطلب الثالث: أثر تخلف الاختيار في وقوع الطلاق
80	الفرع الأول: طلاق المكره
80	البند الأول: أقوال الفقهاء في طلاق المكره
82	البند الثاني: ما ذهب إليه القانون
83	المطلب الرابع: أثر تخلف القصد في وقوع الطلاق
83	الفرع الأول: طلاق الهازل
83	البند الأول: أقوال الفقهاء في طلاق الهازل
86	البند الثاني: ما ذهب إليه القانون
86	الفرع الثاني: طلاق المخطئ
88	الفصل الثالث: قيود الطلاق الشرعية والقانونية
88	المبحث الأول: قيود الطلاق الشرعية
89	المطلب الأول: قيد العدد
90	الفرع الأول: أقوال الفقهاء في طلاق الثلاث
91	البند الأول: أدلة القول الأول
93	البند الثاني: أدلة القول الثاني
96	البند الثالث: أدلة القول الثالث
97	البند الرابع: أدلة القول الرابع
98	الفرع الثاني: المناقشة والترجيح
98	البند الأول: مناقشة أدلة القول الأول
99	البند الثاني: مناقشة أدلة القول الثاني
102	البند الثالث: مناقشة أدلة القول الثالث
103	البند الرابع: مناقشة أدلة القول الرابع
104	البند الخامس: القول الراجح
105	الفرع الثالث: موقف قوانين الأحوال الشخصية من الطلاق الثلاث

107	المصّب الثاني: قيد الوقت
107	الفرع الأول: مفهوم الطلاق السني
107	البند الأول: دليل حظر الطلاق البدعي
108	البند الثاني: مقاصد النهي عن إيقاع الطلاق البدعي
109	الفرع الثاني: أقوال الفقهاء في الطلاق أثناء الحيض
109	البند الأول: القول الأول
113	البند الثاني: القول الثاني
115	الفرع الثالث: المناقشة والترجيح
115	البند الأول: مناقشة أدلة القول الأول
117	البند الثاني: مناقشة أدلة القول الثاني
120	البند الثالث: القول الراجح
120	الفرع الرابع: الطلاق البدعي في قوانين البلاد العربية
122	المطلب الثالث: قيد اللفظ
122	الفرع الأول: صريح الطلاق وكنايته
122	البند الأول: الألفاظ الصريحة في الطلاق
124	البند الثاني: الطلاق بلفظ الكناية
127	البند الثالث: الطلاق الصريح والكنائي في القانون
130	الفرع الأول: صيغ الطلاق وحكم كل نوع
130	البند الأول: أنواع صيغ الطلاق
130	البند الثاني: حكم كل نوع
136	البند الثالث: موقف القانون من الطلاق غير المنجز
139	المبحث الثاني: قيود الطلاق القانونية
139	المطلب الأول: الإلزام بالإشهاد على الطلاق
139	الفرع الأول: أقوال الفقهاء في الإشهاد على الطلاق
140	البند الأول: ما ذهب إليه المفسرون

141	البند الثاني: رأي الجمهور
142	البند الثالث: رأي الظاهرية والشيعة الإمامية والجعفرية
143	الفرع الثاني: المناقشة والترجيح
143	البند الأول: مناقشة الرأي الأول
144	البند الثاني: مناقشة الرأي الثاني
146	البند الثالث: القول الراجح
147	الفرع الثالث: موقف التقنينات العربية من الإشهاد على الطلاق
152	المطلب الثاني: وضع الطلاق بيد القضاء
152	الفرع الأول: أن يجعل الطلاق بيد القاضي
152	البند الأول: أدلة هذا الرأي
155	البند الثاني: مناقشة الأدلة
158	البند الثالث: الطلاق بيد القاضي في القوانين العربية
160	الفرع الثاني: جعل الطلاق أمام القاضي
165	المطلب الثالث: إلزام الزوج بالتعويض عن الطلاق
165	الفرع الأول: أساس إلزام الزوج المطلق بالتعويض
165	البند الأول: العمل بنظرية التعسف في استعمال الحق
168	البند الثاني: تطبيق قواعد المسؤولية التعاقدية
169	الفرع الثاني: موقف التقنينات العربية من التعويض
175	الفرع الثالث: علاقة المتعة بالتعويض
182	الخاتمة
188	فهرس الآيات القرآنية
193	فهرس الأحاديث النبوية
195	فهرس الآثار
196	فهرس الأعلام
198	فهرس المصادر والمراجع

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية