

التوثيق
وأثره على صحة العقود
(تطبيق على عقدي الزواج والطلاق)



د . شادية عبد الفتاح عبد السلام محمد (*)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة:

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، والصلاة والسلام على خير خلق الله كلهم سيدنا محمد ﷺ وعلى آله وأصحابه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد..

فلقد أرسل الله سيدنا محمداً ﷺ بدين الحق ليظهره على الدين كله ولو كره الكافرون، ولم يرسل المولى - سبحانه وتعالى - أحداً بالوصاية الدينية حتى لو كان أهلها كبار الصحابة أو التابعين أو أهل الذكر؛ لأن الله - تعالى - لم يرض بتلك الوصاية لسيد الخلق وخاتم رسله محمد ﷺ، فجعل باب الاجتهاد مفتوحاً حتى قيام الساعة؛ لأن الفتوى تتغير بتغير الزمان والمكان والأشخاص، حيث أنزل الله كتابه هدى للناس وتبياناً لكل شيء، قال - تعالى -: ﴿هُدًى لِّلنَّاسِ وَبَيِّنَاتٍ مِّنَ الْهُدَىٰ وَالْفُرْقَانِ﴾^(١)، وأوضح الله فيه جميع الأحكام الفقهية للعبادات والحدود والمعاملات

(*) أستاذ مساعد بقسم الدراسات الإسلامية ووكيلة الكلية للتطوير والجودة - كلية العلوم والآداب للبنات بيلقرن - جامعة بيشة - المملكة العربية السعودية.

(١) سورة البقرة من الآية (١٨٥).

المالية... إلخ، ومما لا شك فيه أن المعاملات قد حدث فيها تطورات كثيرة وطرأ على العقود كثير من المتغيرات، مما اقتضى وضع قوانين وضعية لضبط هذه المعاملات، وحيث إن القوانين الوضعية من صنع البشر وهم غير منزهين عن الخطأ؛ لذا لا بد من تلمس الأدلة في أحكام ما استجد من هذه المعاملات، أو تكييف القديم منها بما يتلاءم مع ظروف العصر، وهذا ما يحدث في كل عصر من العصور إلى قيام الساعة. ولا يخفى على أحد ما للتوثيق من أهمية بالغة في حياة الناس عامة، ومن يقوم بهذه المعاملات خاصة، فقد خلق الله - تبارك وتعالى - الإنسان وجعله خليفة له في أرضه وكلفه بعمارتها، فأصبح الإنسان مدنيا بطبعه مجبراً على العيش مع غيره من بني جنسه، يتبادل معهم المنافع والخبرات؛ ليشبع حاجياته الدائمة والمستمرة عن طريق المعاملات المتنوعة والمختلفة، فالإنسان بطبعه وغريزته مجبول على حب التملك والسعي الحثيث لجلب المال والمتاع والزوجات والأولاد، وهذا الحرص يجعله في صدام دائم مع غرائز غيره في حب التملك، مما يثير النزاعات والخلافات الحادة، التي قد تنتهي بارتكاب الجرائم، وإزهاق الأرواح، وقد حرصت البشرية من عصور لإيجاد وسائل الإثبات وحماية الحقوق فكان من أهمها وأبلغها التوثيق بالكتابة.

فالتوثيق زيادة على أنه سنة شرعية أمر الله بها، في قوله - تعالى -: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾^(١) فإن له أهمية كبرى في الحياة الاقتصادية والاجتماعية للمجتمع، وخاصة في المعاملات المالية التي تتم بين الأفراد والجماعات، وحتى الدول، والهيئات والشركات.

أهمية الموضوع وسبب اختياره:

منذ فترة بدأت تظهر بعض الآراء والفتاوى تؤيد عدم إيقاع الطلاق الشفهي بدون توثيق، وظهرت الخلافات على شاشات التلفاز بين الفقهاء والعلماء والضائع في

(١) سورة البقرة من الآية (٢٨٢).

وسط هذه الخلافات الأسرة المسلمة، وخاصة المرأة التي تطلق أكثر من ثلاث طلاقات وما زالت تعيش مع زوجها بناء على فتوى أن الطلاق الشفهي لا يقع، حرصاً منها على كيان الأسرة، ومن الأزواج من مال للفتوى بأن الطلاق الصريح يقع بمجرد التلفظ به.

ونظراً لأن بعض الأزواج لا يكثرثون باستخدام لفظ الطلاق والحلف به بصورة مستمرة لا تليق بهذا العقد الذي وصفه المولى ﷺ بأنه ميثاق غليظ، ويستخدم لفظ الطلاق في مواقف لا علاقة للمرأة بها.

لذا رأيت من واجبي كمتخصصة في الفقه المقارن أن أدلو بدلوي لتحرير القول في موضوع التوثيق وعلاقته بصحة العقود بصفة عامة وعقدي الزواج والطلاق بصفة خاصة الذي مازال الجدل حوله مستمرا رحمة بالأسر المسلمة التي تنهار بسبب وبدون سبب سوى التهور في استعمال هذا الحق، وأحياناً تترك المرأة التي يوقع زوجها عليها الطلاق بدون توثيق ولا إثبات لهذا الطلاق لعدة سنوات، فلا تستطيع خلالها الزواج من آخر؛ لأنها ما زالت قانوناً في عصمته، مع أن الله نهي عن هذا الوضع وأمر الزوج ألا يترك زوجته معلقة، لا هي في عصمته وتعيش معه، ولا هي مطلقة بوثيقة تستطيع بها أن تتزوج غيره، وهي في حيرة من أمرها لا تدري ماذا تفعل، والمحاكم - وما أدراك ما المحاكم - تعج بالقضايا من هذا النوع مما يطيل أمد التقاضي.

وقد اقتضت طبيعة البحث في هذا الموضوع أن يقسم إلى: مقدمة، وتمهيد، وأربعة مباحث، وخاتمة، وفهارس:

المقدمة: اشتملت على أهمية الموضوع، وسبب اختياره، وخطة البحث.

التمهيد: تعريف التوثيق، وأهميته ومراحلها، ويشتمل على: تعريف التوثيق لغة واصطلاحاً، أهمية التوثيق، المراحل التاريخية التي مر بها التوثيق.

المبحث الأول: العقود. يشتمل على: تعريف العقود - أنواع العقود - أنواع الكتابة.

الأدلة الشرعية على أهمية توثيق العقود - أهمية توثيق العقود في المجتمع - وسائل التوثيق (الكتابة) - الإشهاد - الرهن - الكفالة - حق الاحتباس - التوثيق بالثقة - الحكمة من مشروعية توثيق الدين.

المبحث الثاني: الأحكام الفقهية للعقود.

أولاً: صفة العقود عند الفقهاء - ثانياً: آراء الفقهاء في حكم توثيق العقود. ثالثاً: تقسيم المعاملات من حيث توثيق العقود.

المبحث الثالث: عقد الزواج. مقدمة - التطور التاريخي لعقود الزواج - شروط صحة عقد الزواج - الخلاصة.

المبحث الرابع: عقد الطلاق. تعريف الطلاق لغة واصطلاحاً - الطلاق الشفوي - الطلاق السني - الطلاق البدعي - حكم إيقاع الطلاق البدعي - حكم الإشهاد على الطلاق والرجعة - حكم توثيق عقد الطلاق - خلاصة الموضوع. الخاتمة: وتشتمل على أهم التوصيات.

ثم ذكرت فهرس المصادر والمراجع، وفهرس الموضوعات.

التمهيد

تعريف التوثيق، وأهميته ومراحله

تعريف التوثيق:

التوثيق لغة:

مشتق من وثق يوثق توثيقاً، أي: قيّد يقيّد تقييداً، فيقال: وثق الشيء وثاقه، أي: شدّه بإحكام. والثقة: مصدر قولك: وثق به يثق، بالكسر فيهما، وثاقه وثقة ائتمنه، وأنا واثق به وهو موثوق به، وهي موثوق بها وهم موثوق بهم. وأوثقه في الوثاق. أي: شدّه^(١). قال - تعالى - ﴿ فَشَدُّوا لَوْلَاكَ ﴾^(٢)، وقال - سبحانه - ﴿ وَلَا يُوثِقُ وَثَاقَهُ أَحَدٌ ﴾^(٣).

الثاني: الشد والربط والإلزام: فالتوثيق مصدر: وثق الشيء إذا شدّه وربطه؛ لأنها تربط المتعاقدين، أو من ألزم نفسه ما يلزمه ومنه سمي الحبل والقيّد وثاقاً.

الوثيقة اصطلاحاً:

عرف الإمام الكيا الهراسي أن معنى الوثيقة في الديون: (ما يزداد بها الدين وكادة)^(٤).

والوثاق: بفتح الواو وكسرها: ما يشد به الشيء من حبل ونحوه، ومنه^(٥).

أما التوثيق فهو أعم وأشمل وهو علم يبحث فيه عن كيفية إثبات العقود والتصرفات وغيرها على وجه يصح الاحتجاج والتمسك به، واستيفاء الحق منه.

(١) انظر: لسان العرب مادة (و - ث - ق) (١٠ / ٣٧١).

(٢) سورة محمد من الآية (٤).

(٣) سورة الفجر آية (٢٦).

(٤) أحكام القرآن للكيا الهراسي الشافعي. ج ١ ص ٢٥٨.

(٥) معجم لغة الفقهاء. ج ١ ص ٤٩٨.

وعرف أيضاً بأنه عبارة عن مجموعة من الوسائل التي تؤدي إلى استيفاء الحق عند تعذره من المدين، أو إثباته في زمنه عند الإنكار.

التعريف عام يشمل استعمالات الفقهاء لمصطلح توثيق الدين أو غيره من المعاملات، وذلك لا يخرج عن أمرين:

الأول: تقوية وتأكيده حق الدائن فيما يكون له في ذمة المدين من مال بشيء يعتمد عليه: كالكتابة أو الشهادة لمنع المدين من الإنكار وتذكيره عند النسيان، أو لدفع دعاواه بأن الدين أقل من المطلوب أو دعوى الدائن بأن الدين أكثر منه، أو لدفع دعوى عدم حلول الأجل إن تم الاتفاق على أجل، ونحو ذلك، بحيث إذا حصل نزاع أو خلاف بين المتعاملين فتعتبر هذه الوثيقة وسيلة يحتج بها صاحب الحق لإثبات الدين المتنازع عليه أمام القضاء.

الثاني: إثبات الدين والمعاملات لما يترتب عليها من حقوق، نحو: توثيق عقد الإجارة أو عقد الزواج والطلاق والرجعة.

ومن هنا نلاحظ أن ثمة توافقاً بين مفهوم (إثبات الدين) وبين مفهوم (توثيق الدين)؛ لأن الإثبات والتوثيق كلاهما يهدفان إلى غاية واحدة وهي حماية الحقوق ومنع التلاعب بها، والقضاء بها لأصحابها وقطع دابر المنازعة والخصومة بين الناس، مع أن التوثيق يعتبر مقدماً للإثبات حيث إنه يوجد عند إنشاء التصرف المقتضي ثبوت الدين في الذمة، فهو يسبق الإثبات، وكذلك فإن توثيق الدين بالطرق التي تقويه، وتؤكدده يمثل بعض وسائل الإثبات: كالكتابة والشهادة، لا كلها، حيث إن وسائل الإثبات وطرق الإثبات كثيرة تعتبر حججاً معتبرة تحكم بموجبها في القضاء، وإن كانت ليست توثيقاً.

المراحل التاريخية التي مر بها التوثيق:

قديماً كان البشر يتعاملون بالثقة، فكانت الكلمة بينهم عقداً يحترم لا يستطيع أحد

أن يخلفه، وكانوا يكتفون أحياناً بالشهود على بعض المعاملات المهمة التي تحتاج إلى توثيق، ثم أحس الإنسان بالحاجة الماسة إلى توثيق المعاملات والأحداث التي مر بها إثباتاً لدوره في المشاركة و صنع تلك الأحداث و تأثيره عليها، ولولا عملية التوثيق التي قام بها الإنسان على مر العصور لما استطعنا أن نتعرف على الحضارات المختلفة السابقة ولما وصلت إلينا أخبارهم، ونستطيع القول بأن بداية عملية التوثيق المعروفة حالياً كانت مع الحضارات الأولى حيث استخدم الإنسان طرقاً وأساليباً مختلفة باختلاف الأدوات والمقومات المتاحة في ذلك الوقت والتي تعتمد على الظروف البيئية المحيطة بكل فترة زمنية، ويتجلى ذلك بوضوح في الآثار والعملات والمخطوطات القديمة التي عثر عليها والتي تضمنت معلومات تشير إلى الحقب الزمنية التي كان يعيش بها صانعي تلك الآثار والتي علمنا من خلالها تفاصيل حياتهم اليومية وثقافتهم وعاداتهم وتقاليدهم.

وتدرج الإنسان في وسائل التوثيق حتى وصلت إلى ما هي عليه الآن حيث يُمكننا الحصول على المعلومة بأسرع وقت وأقل كلفة وجهد، وهذه العملية بحد ذاتها تعتبر إنجازاً للبشرية إن قورن بما كان يحدث قبل ذلك، فمع تطور العلم.

ومع ظهور الإسلام زادت حاجة البشرية للتوثيق حيث حث الإسلام على القراءة والكتابة وطلب العلم، فاستمد التوثيق مشروعية هذا من الكتاب والسنة والإجماع، بحيث وظفت مادة الكتابة في آيات كثيرة باعتبارها أهم وسيلة للتوثيق، وحفظ الواقعة على مر الزمن، وحفظ الحقوق، وإثبات المعاملات، وإن كان أكثر تلك الآيات لم تذكر فيها الكتابة لإثبات المعاملات المالية كما هو الشأن في المجال القضائي، لكن الكتابة ذكرت فيها لإثبات أعمال العباد ومواجهتهم بها يوم القيامة، ولتوثيق الحقوق.

قال - تعالى: ﴿ إِنَّا نَحْنُ نُحْيِي الْمَوْتَىٰ وَنَكْتُبُ مَا قَدَّمُوا وَآثَرَهُمْ وَكُلُّ شَيْءٍ أَحْصَيْنَاهُ فِي إِمَامٍ مُّبِينٍ ﴾ (١٣) ﴿١﴾ .

(١) سورة يس (١٢).

وقد استعمل الرسول ﷺ التوثيق في معاملاته، من بيوع ومعاهدات كصلح الحديبية، ومعاهداته مع يهود المدينة، وواصل الخلفاء الراشدون توثيق العقود وخاصة الخليفة عمر بن الخطاب الذي نظم الدواوين، فتواصلت الحضارة الإسلامية تشجع التوثيق في العقود والمعاملات، فقد بادرت الدولة العثمانية إلى عملية تحديد الأراضي وتقسيمها إلى أقسام ووحدات، وضعت على أساسها سجلات عقارية كانت تسمى «الدفتر الخاقاني» أي: السجل العقاري، وصدر أول قانون ينظم شهر التصرفات في العقارات سنة ١٢٧٤هـ، كما أنشئت وزارة خاصة بذلك سميت آنذاك «وزارة الدفتر الخاقاني»^(١).

أما الفرنسيون فقد طوروا الإشهاد الشفوي العلني إلى إعلان كتابي أمام كاتب المحكمة، وبهذا تطور إشهار المعاملات إلى أن استحدث نظام الشهر العقاري في فرنسا، ومنها انتقل إلى باقي مستعمراتها.

وقد استمر تنظيم العقار في الجزائر على العقود الشرعية حتى دخول الاستعمار الفرنسي وتم الاستيلاء على الأراضي واغتصابها، عنوة من غير قانون، ولا نظام إلى أن صدر قانون ١٨٣٤م والمتضمن حقوق التسجيل وتنظيم مهنة الموثق والإشهار العقاري. ومنها قسمت الأراضي إلى أراضي ملك، وأراضي العرش، وأراض مفرنسة، إلى صدور قانون ١٩٥٩م بعنوان إصلاح نظام الشهر العقاري في الجزائر^(٢).

وبعد الاستقلال استمرت نفس القوانين ما عدا ما يتعارض منها مع السيادة الوطنية^(٣)، ثم صدرت عدة قوانين ابتداءً من ١ مارس ١٩٦١م منها: وجوب إفراغ

(١) مهنة الموثق وآفاقها، ص ٢٠.

(٢) مهنة الموثق وآفاقها، ص ٢٠.

(٣) بمقتضى القانون رقم ١٥٧/٦٢ المؤرخ في ٣١ ديسمبر ١٩٦٢م، مدد العمل بالتشريع المعمول به قبل هذا التاريخ باستثناء ما يتعارض والسيادة الوطنية .

التصرفات الواردة على الملكية العقارية والحقوق العينية في شكل رسمي مع تبيان هوية الأطراف في العقد، وكذا حظر تسجيل العقود العرفية الواردة على الملكية العقارية، وإلزامية إشهار كل العقود. ففي ١٥ ديسمبر سنة ١٩٧٠م صدر الأمر رقم ٩١/٧٠ المتعلق بتنظيم التوثيق، وإلغاء مكاتب التوثيق والمحاكم الشرعية، وأنشئت مكاتبها مكاتب للتوثيق تابعة لوزارة العدل، فكان الموثقون يشكلون سلكاً من الموظفين، وفي سنة ١٩٧١م صدر القانون الأساسي للموثقين، وفي ١٢ يوليو ١٩٨٨م صدر القانون المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، والذي حرر المهنة وجعلها تمارس للحساب الخاص^(١).

* * *

(١) المادة ٣٣٣ من القانون المدني الجزائري.

المبحث الأول

العقود

تعريف العقود:

العَقْدُ لغة: نقيض الحَلِّ؛ عَقَدَهُ يَعْقِدُهُ عَقْدًا وَتَعْقَادًا وَعَقْدَهُ؛ والمعاقِدُ مواضع العَقْدِ^(١).

والعقد في اصطلاح الفقهاء يطلق على معينين: المعنى العام، وهو كل ما يعقده - يعزمه - الشخص أن يفعله هو، أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه، كما يقول الجصاص، وعلى ذلك فيسمى البيع والنكاح وسائر عقود المعاوضات عقوداً؛ لأن كل واحد من طرفي العقد ألزم نفسه الوفاء به... وأما المعنى الخاص فالعقد يطلق على ما ينشأ عن إرادتين لظهور أثره الشرعي في المحل، قال الجرجاني: العقد ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول. وبهذا المعنى عرفه الزركشي بقوله: ارتباط الإيجاب بالقبول الالتزامي: كعقد البيع والنكاح وغيرهما^(٢).

أنواع العقود:

١- عقود شفوية.

الأصل في العقود أن تكون شفوية، فالإيجاب والقبول يقعان بالألفاظ، وهذا هو الأصل عند جميع الفقهاء، وهو المعمول به في العصور الأولى قبل ظهور الكتابة، وإذا تمَّ العقدُ شفويًا فقد أصبح عقدًا ملزمًا لطرفيه، ولا يملك أحد الطرفين فسخه إلا عند انتهاء مدته إن كان محددًا بمدة؛ لأن الوفاء بالعقود مطلب شرعي وأخلاقي، فالعقد لا يشترط لصحته الكتابة أو التسجيل، وهذا ما كان عليه السلف الصالح قديما حيث

(١) لسان العرب مادة (ع - ق - د) (٣/٢٩٦).

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية ٣٠/١٩٨-١٩٩.

كانت كلمة الرجل عقدا. فيجب الوفاء بمقتضى العقد الشفوي المتفق عليه بين الطرفين، والالتزام بما يترتب عليه في حق المتعاقدين.

٢- عقود مكتوبة أو موثقة.

فتقسيم العقود إلى عقود مكتوبة وعقود شفوية تقسيم صحيح المضمون، فالعقد - من هذه الحثية - إما أن ينعقد بالإيجاب والقبول الشفهيين من غير كتابة، وهذا هو العقد الشفهي. وإما أن يزيد المتعاقدان العقد توثيقا بكتابته وتدوين بنوده وشروطه، وهذا هو العقد المكتوب.

أنواع الكتابة:

أولاً: الكتابة العرفية:

وهي كل الأوراق العرفية التي يقوم بتحريرها الأفراد فيما بينهم، سواء أكانت تلك الأوراق مُعدّة لإثبات التصرفات القانونية من بيع وإيجار، أم تلك الأوراق العرفية التي كتبت سابقاً ولم تكن معدة للإثبات: كالدفاتر التجارية والرسائل، والبرقيات، والمذكرات الخاصة. سواء كتبت بخط اليد أم مطبوعة، سواء كتبها العاقد نفسه، أم كتبها كاتب عمومي، فكلها تبقى أوراقاً عرفية، لا ترقى إلى الكتابة الرسمية التي يشترطها القانون.

ثانياً: الكتابة الرسمية:

وهي الأوراق التي يثبت فيها موظف عام، أو شخص مكلف بخدمة عامة، ومؤهل قانوناً لإفراغ تلك الأوضاع القانونية في قالب وشكل معين يحدده القانون، في حدود سلطته واختصاصاته التي يحددها المشرع^(١).

ومن أبرز وسائل التوثيق المعاصرة هي الكتابة، وأقل منها: الشهادة، أو البينة، أو

(١) الوسيط في شرح القانون المدني ج ٢ ص ٨٩.

الرهن، ثم الكفالة، والتوثيق بالكتابة في نظر القانون أقوى طرق الإثبات^(١).
 والتوثيق بالكتابة عرفها الإنسان منذ فجر التاريخ، فقد عرف المصريون القدامى إجراءات نقل الملكية من شخص إلى آخر، سواء أكانت عقاراً أم منقولاً، ووضعوا لها مصلحة خاصة تقوم بإحصاء الأراضي وتسجيل التصرفات التي ترد إليها، غير أنهم لم يفرقوا بين المنقول والعقار، وجعلوا العلانية هي حجة التصرف في جميع المعاملات؛ كي يطلع الناس على تنقل الأموال، ولكي تتمكن السلطة من فرض ضرائبها على الأراضي، والذي أرغمهم على مسح الأراضي وتحديد خرائطها، هو فيضان النيل، وما كان يترتب عليه من طمس المعالم والحدود بين الملكيات.

وأما الرومان، فزيادة على العلانية في التصرفات، اشترطوا الشكلية في كل نقل للملكية سواء أكانت منقولاً أم عقاراً، ويتم ذلك بشهادة الشهود في أماكن عمومية بحضور الطرفين المتعاملين البائع والمشتري في طقوس دينية.

وقد عرف العرب قبل الإسلام توثيق أهم العهود ومن أبرزها: حلف الفضول الذي حضره الرسول ﷺ قبل البعثة، ومعاهدة مقاطعة بني هاشم التي علقته في الكعبة إلى أن أكلتها الأرضة، ومزقتها حمزة بن عبد المطلب، ثم جاء الإسلام فأقر التوثيق بالكتابة.

الأدلة الشرعية على أهمية توثيق العقود:

أمر الله ﷻ بالكتابة والتوثيق والإشهاد في معاملات الناس وعقودهم، كما في آية المدينة، وهي أطول آية في القرآن الكريم، حيث يقول الله - سبحانه وتعالى -: **﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ... وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾**^(٢).

(١) السابق: نفسه.

(٢) سورة البقرة: من الآية ٢٨٢.

وهي آية عظيمة في الأحكام، مبينة جماً من الحلال والحرام، وهي أصل في مسائل البيوع، وحقيقة الدّين وهي كل معاملة كان أحد العوضين فيها نقداً والآخر في الذمة نسيئة، ويقاس على الدّين جميع العقود المالية؛ لأنها لا تقل أهمية عن الدين بل إن بعضها قد يفوق الدّين أهمية: كسواء العقارات والسيارات والأراضي والشركات وبيعها، أو الرهونات أو التعهد بعمل ما، وغير ذلك من معاملات تتغير بتغير الزمان والمكان.

يقول ابن العربي: قوله - تعالى - {فَاكْتُبُوهُ} يريد أن يكون صكاً ليستذكر به عند أجله لما يتوقع من الغفلة في المدة التي بين المعاملة وبين حلول الأجل، والنسيان موكل بالإنسان، والشيطان ربما حمل على الإنكار والعوارض من موت وغيره تطراً فشُرع الكتاب والإشهاد^(١).

ومما يؤكد مشروعية كتابة العقود وتوثيقها: ما جاء في الحديث عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن الرسول ﷺ قال: "ما حق امرئ مسلمٍ بيت ليلتين، وله شيءٌ يريد أن يوصي فيه إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه"^(٢).

وقد روى الترمذي بإسناده عن عبد المجيد بن وهب قال: "قال لي العداء بن خالد بن هوذة: ألا أفرئك كتاباً كتبه لي رسول الله ﷺ؟ قال: قلت بلى، فأخرج لي كتاباً: هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة من محمد ﷺ اشترى منه عبداً أو أمةً لا داء ولا غائلة ولا خبيثة..."^(٣).

كما يمكن الاستدلال على أصل كتابة العقود في السنة النبوية بما ورد من كتب

(١) أحكام القرآن لابن العربي ج ١ ص ٢٤٧.

(٢) أخرجه مسلم في أول كتاب الوصية، (١٢٤٩/٣)، حديث (١٦٢٧).

(٣) رواه الترمذي في سننه، في أبواب البيوع، باب: ما جاء في كتابة الشروط (٣/ ٥١٢)، برقم (١٢١٦)، وابن ماجه في سننه كتاب: التجارات، باب: شراء الرقيق (٢/ ٧٥٦)، برقم (٢٢٥١) وحسنه ابن ماجه.

النبى ﷺ المعاهدات مع قريش وغيرهم، وكتب عقود الصلح والأمان، وكتب أيضاً ﷺ ما أعطاه لبعض أمراء الأعراب من القطائع العظيمة ونحو ذلك من كتبه ﷺ. وينبغي حمل الناس في هذا الزمان على كتابة العقود وجوباً؛ قطعاً لأكل حقوق الآخرين بالباطل، وسداً لأبواب النزاع والخصومات، ولما نرى في مجتمعنا من نزاعٍ وشقاقٍ وخلافٍ بسبب عدم توثيق العقود والديون وعدم كتابتها، فكم من المنازعات حدثت بين المؤجر والمستأجر بسبب عدم كتابة عقد الإجارة، وكم من خصوماتٍ حصلت بين الشركاء لاختلافهم في قضية ما، ويعود ذلك لعدم كتابة اتفاق الشراكة، وهكذا الحال في كل المعاملات التي لم توثق.

لذا أرى أن ضرورة توثيق جميع العقود الشرعية، بكل شروطها وتفصيلاتها

الصغيرة والكبيرة، حيث قال - تعالى - ﴿وَلَا تَسْمَعُوا أَنْ تَكُنُّوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ﴾^(١).

قال ابن العربي: هذا تأكيدٌ من الله - تعالى - في الإشهاد بالدين تنبيهاً لمن كسل فقال: هذا قليلٌ لا أحتاج إلى كتبه والإشهاد عليه، لأن أمر الله - تعالى - فيه والتحضيض عليه واحدٌ، والقليل والكثير في ذلك سواء^(٢).

وينبغي أن يُعلم أن الاعتماد على عامل الثقة بين الناس ليس مضموناً؛ لأن قلوب الناس متقلبة، وأحوالهم متغيرة، وقد يكون المتعاقدان متحايين وصديقين حميمين وقت العقد، ثم يقع بينهما من العداوة والبغضاء ما الله به عليم، فتضيع الحقوق. كما أن المعاملة التي لا تُكتب ولا يُستشهد عليها يترتب عليها مفسدٌ كثيرٌ، منها ما يكون عن عمدٍ إذا كان أحد المتعاقدين ضعيف الأمانة فيدعي بعد طول الزمن خلاف

(١) سورة البقرة من الآية (٢٨٢).

(٢) أحكام القرآن لابن العربي ج ١ ص ٢٥٧.

الواقع، ومنها ما يكون عن خطأ ونسيانٍ، فإذا ارتاب المتعاقدان واختلفا ولا شيء يُرجع إليه في إزالة الريبة ورفع الخلاف من كتابة أو شهود أساء كل منهما الظن بالآخر، ولم يسهل عليه الرجوع عن اعتقاده إلى قول خصمه، وكان وراء ذلك من شُرور المنازعات ما يرهقهما عسراً ويرميهما بأشد الحرج وربما ارتكبا في ذلك محارم كثيرة^(١).

ويقول الدكتور مصطفى الزرقا - رحمه الله - : النطق باللسان ليس طريقاً حتمية لظهور الإرادة العقدية بصورة جازمة في النظر الفقهي، بل النطق هو الأصل في البيان، ولكن قد تقوم مقامه كل وسيلة أخرى اختيارية أو اضطرارية مما يمكن أن تعبر عن الإرادة الجازمة تعبيراً كافياً مفيداً. وعلى هذا أقر الفقهاء أنه يقوم مقام النطق في الإيجاب والقبول إحدى وسائل ثلاث أخرى، وهي: الكتابة، وإشارة الأخرس، والتعاطي^(٢)، ولهذا فالأحكام الواردة في آية الدِّين لا تخص المدائنة فقط، بل تعم جميع العقود المالية.

أهمية توثيق العقود في المجتمع:

١- تعزيز الثقة بين المتعاقدين.

إن حرص الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية على إصلاح ذات البين وإبعاد كل ما من شأنه أن يثير الأحقاد والنزاعات والخلافات وإفساد العلاقات بين الناس، ومن ذلك تحريمه لكثير من المعاملات المشبوهة مثل: الربا والقمار وغيرهما، ومن ذلك أمر الله - تبارك وتعالى - بتوثيق الدين والإشهاد عليه، فالتوثيق من شأنه أن يبعد الشك والريبة بين المتعاملين؛ لأن المعاملات قد يهدمها النسيان أو التناسي أو الغفلة أو التغافل، والشبهة والاشتباه وطول المدة فالوثيقة المكتوبة ترفع كل ريبة وتبعد كل خلاف.

(١) راجع تفسير المنار ج ٣ ص ١٣٤.

(٢) المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا. ص ٤١١.

والواقع يثبت أن الكثير من النزاعات والخصومات المطروحة اليوم على المحاكم أو التي أعيت مجالس الصلح، كان سببها عدم توثيق بعض التصرفات، وتحديد الالتزامات.

٢- اكتشاف العقود الفاسدة:

كثير من الناس يحررون عقودا معتقدين صحتها، أو يجوزون عقودا قديمة يظنون صلاحيتها للإثبات في الوقت المناسب، وعند عرضها على المختص يكشف فساد تلك العقود وعدم تطابقها مع القانون؛ لأن من وظيفة الموثق تمحيص العقود والتأكد من صحتها ثم تقديم الإرشادات والنصائح للمتعاملين حول الشكل القانوني الصحيح الذي يجب أن يصب فيها التزامهم، والمعلومات الضرورية التي يجب أن يتضمنها العقد الصحيح.

٣ - الحجية في إثبات الحقوق:

التوثيق بالكتابة من أهم وأوكد الوسائل في إثبات الحقوق، يرجع إليها عند المنازعات لتبيين الحق المدعى به. ولكي تكون الكتابة الموثقة حجة للاستدلال بها يجب أن تستوفي الشروط القانونية، كما يجب أن تسلم من العيوب المادية: كالتشطيب، والتزوير، والتهميش، والزيادات، واختلاف الخطوط... إلخ وإن كان الشهود يثبتون الحقوق، ويلزمون بالحكم بهم إلا أنهم عرضة لأن يموتوا، أو يوجد لديهم ما يمنعهم من الحضور أمام القضاء لأداء الشهادة، وقد يرد القاضي شهادتهم لقصور فيها أو لظروء الفسق عليهم، وقد ينسون أو يخافون من عقاب، أو يرغبون في مال، وغير ذلك من الأمور التي تصرف الشهود عن الإدلاء بشهادتهم.

٤- رفع الارتياح بين المتعاملين:

فقد يشتهه على المتعاملين إذا تناول الزمان مقدار البذل ومقدار الأجل، فإذا رجعا

إلى الوثيقة لا يبقى لواحد منهما ريبة^(١).

٥- ضمان حق الدائن:

في التوثيق تأمين لحق الدائن، فإذا توثق الدائن من حقه بكفيل أو ضمان أو رهن، ثم عجز المدين عن السداد أو ماطل أمكن استيفاء الدائن حقه من هذه الوثيقة. والحاصل: أن توثيق العقود بالكتابة ركن من أركان نظرية العقود في الشريعة الإسلامية، اقتضى ذلك من الفقهاء المعاصرين والمختصين بالقانون تقسيم العقود من هذه الحثية إلى عقود مكتوبة وعقود شفوية، وهو تقسيم صحيح المضمون من هذا الاعتبار: الكتابة من عدمه، وإن كانت الكتابة وصفا لا يتعلق بالعقد ذاته، وإنما ياحدى عوارض العقد، ولكن التقسيم بالعروض الأساسي أو الثانوي تقسيم صحيح. وبما أن التوثيق أداة من الأدوات الأساسية والضرورية في أي تطور اقتصادي، فإنه لا بد من الاعتناء به، وذلك باعتماد أحدث الطرق في عمليات توثيق العقود الاقتصادية حيث الحاجة الماسة إلى الثقة والائتمان في تداول الأموال، فالموثق طرف فعال في الحياة الاقتصادية للبلاد يساهم بقدراته وخبراته في تنوير الأفراد ونشر الثقافة القانونية بينهم حتى تكون معاملاتهم منسجمة مع القانون.

وسائل التوثيق:

١- الكتابة: كتابة المعاملات التي تجري بين الناس، وسيلة قوية لتوثيقها وهو ما

أمر الله - سبحانه وتعالى - به في قوله: ﴿يَكْفُرُ بِهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنُ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ

مُسَمًّى فَآكُتُبُوهُ﴾^(٢)، وقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة إلى

صحة توثيق الدين بالكتابة، وأما بينة معتبرة في الإثبات إذا كانت صحيحة النسبة إلى

(١) راجع الموسوعة الفقهية ج ٤ ص ١٣٥.

(٢) سورة البقرة: من الآية ٢٨٢.

كاتبها. والكتابة تعد في الدرجة الأولى من درجات التوثيق، ويأتي في الدرجة الثانية: التوثيق بالكتابة المجردة وأقصد بها كتابة العقد من غير إشهاد أو توثيق لدى الجهات ذات العلاقة، ومع أن هذه الوسيلة أفضل من التوثيق بالثقة إلا أن الطرفين يراهنان - في حال حصل النزاع في أصل العقد- على ما يرد من الأدلة الجنائية فيما يتعلق بمضاهاة التوقيع، والدرجة الثالثة - وهي الأشهر- أن يتم كتابة العقد والتوقيع والإشهاد عليه من غير توثيق لدى الجهات المعنية، وهي وسيلة أكثر قوة من الوسيطتين السابقتين إلا أن الأمر يحتاج في حال النزاع إلى إحضار الشهود.

٢ - **الإشهاد:** إشهاد الشهود على التصرفات والعقود وسيلة من وسائل توثيقها، واحتياط للمتعاملين عند التجاحد؛ إذ هي إخبار لإثبات حق، أو دفع باطل، قال - تعالى -: ﴿وَأَشْهِدُوا شَهِدِينَ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونُوا رِجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن رَضَوْنَ مِنَ الشَّهَادَةِ﴾^(١)، وقد جاء تقييد الشهادة بقوله - سبحانه -: ﴿وَمِمَّن رَضَوْنَ مِنَ الشَّهَادَةِ﴾؛ وذلك لأن الشهادة ولاية عظيمة تقتضي تنفيذ القول على الغير بدون رضاه... ولهذا وجب أن يكون لصاحبها له صفات وفضائل يتحلى بها، حتى يكون له على غيره مزية توجب له الشهادة. ولا تجوز الشهادة إلا بما علم الشاهد وقطع بمعرفته لا بما يشك فيه.

ولقد سمى النبي ﷺ الشهود بالبينة حيث قال لهلال بن أمية عندما قذف امرأته "البينة أو حد في ظهرك..."^(٢).

٣- **الرهن:** يطلق الرهن ويراد به أحياناً العقد فيعرفونه بقولهم: حبس شيء مالي بحق يمكن استيفاءه منه. ويراد به أحياناً المرهون، ويعرفونه بقولهم: المال الذي

(١) سورة البقرة آية (٢٨٢).

(٢) أخرجه البخاري ، كتاب: الشهادات، باب: إذا ادعى أو قذف، فله أن يلتمس البينة، وينطلق لطلب البينة (٣/ ١٧٨) حديث (٢٦٧١).

يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمته إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه^(١) قال - تعالى -:
﴿وَأَنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنَ مَقْبُوضَةً﴾^(٢)، وروى عن عائشة - رضي الله
عنها - أنها قالت: " أن النبي ﷺ اشترى من يهودي طعامًا إلى أجل ورهنه
درعه.." ^(٣).

٤- الكفالة (الضمان): كفالة الدين هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المكفول في
الالتزام بالدين فيثبت في ذمتها جميعًا. كون الدائن يحق له مطالبة الكفيل بدينه مع
التزام الكفيل بذلك خاصة عند تعذر استيفائه من الأصيل، فهذا يعتبر توثيق في الدين
الذي له على الغير. وقد شرع الله الكفالة في قوله - تعالى -: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ
وَأَنَا بِهِ رَعِيَّةٌ﴾^(٤).

٥- حق الحبس أو الاحتباس: وهو: حق المالك بإبقاء العين المنقولة في ملكه
لحين استيفاء حقه إذا كان الدين يتعلق به؛ إذ إن المقصود الأعظم من التوثيق، هو
صيانة الحقوق والاحتياط لها؛ لذلك كان من حق الدائن أن يتوثق لحقه بحبس ما تحت
يده لاستيفاء حقه، ولذلك صور منها:

أ - حق احتباس المبيع إلى قبض الثمن. ولا يسقط حق الحبس بالرهن، ولا
بالكفيل، ولا بإبرائه عن بعض الثمن حتى تستوفي الباقي.

ب - حق المؤجر في حبس المنافع إلى أن يتسلم الأجرة المعجلة.

ج - حق المستصنع في حبس العين المصنوعة بعد الفراغ من العمل حتى يستوفي
حقه.

(١) الموسوعة الفقهية ج ٢٢ ص ١٧٦.

(٢) سورة البقرة من الآية (٢٨٣).

(٣) أخرجه البخاري، كتاب: السلم، باب: الرهن في السلم (٣/ ٨٦) حديث (٢٢٥٢).

(٤) سورة يوسف من الآية (٧٢).

٦- التوثيق بالثقة: (هي وسيلة من وسائل التعاقد بدون إثبات، وكانت تستخدم قديماً بكثرة) وهو أن يكون الطرفان يثقان ببعضهما للصدقة التي بينهما أو لكونهما زوجين أو أبا وابنه أو أخوين أو شريكين فضلا عن غيرها من الصداقات فلا يريان حاجة إلى توثيق العقد أو إحضار شهود، ويكتفيان بالتعاقد الشفوي، وهو من أضعف وسائل التوثيق. إلا أن النفوس والذمم لا تبقى على ما هي عليه من مصداقية وأمانة لاسيما إذا كثر المال وتوسع النشاط؛ ولهذا فلا بد أن يتشكل فهم قانوني بين الناس يؤكد أهمية التوثيق في العقود ولو كانت بين هذه الأنواع من العلاقات، وقد قال - تعالى -: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بَيْنَ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَآكْتُبُوهُ﴾، وهو شامل لكل العقود.

الحكمة من مشروعية توثيق الدين: مما سبق نستخلص الحكمة من تشريع توثيق المعاملات الآجلة.

١- إن طبيعة الإنسان مخلوق ضعيف معرض للخطأ والنسيان، قال - تعالى -:

﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخَلَقَ الْإِنسَانَ ضَعِيفًا﴾^(١)، وقوله - سبحانه -: ﴿وَلَقَدْ عَاهَدْنَا إِلَىٰ ءَادَمَ مِن قَبْلُ فَنَسِيَ وَلَمْ نَجِدْ لَهُ عَزْمًا﴾^(٢)، خاصة في التعامل المؤدي إلى تأجيل الأموال وبقائها في الذمة مدة طويلة، وهذا النسيان قد يؤدي إلى المشاحنات والخصومة؛ لذا شرع الله التوثيق.

٢- الإنسان جبل على حب المال، قال - تعالى -: ﴿وَتَأْكُلُونَ ءالثَ أَكْلًا لَّمَّا﴾^(٣)، هذه سمة في الإنسان فإذا أضفنا إليها ضعف

(١) سورة النساء (٢٨).

(٢) سورة طه (١٥).

(٣) سورة الفجر (٢٠، ١٩).

الإيمان في بعض الناس مما يجمله على الإنكار ووجد الحقوق؛ لذا جاءت الشريعة بما يكون حائلاً بين طمع الإنسان وجشعه فشرعت توثيق المعاملات بين الناس.

٣- إن أحوال الناس بالنسبة للفقير والغني مختلفة ومتقلبة، وهذا يجعل التعامل بين الناس محفوف بالمخاطر لذلك حمت الشريعة الناس من هذه التقلبات وضعف النفوس بتشريع التوثيق بجميع أنواعه.

* * *

المبحث الثاني الأحكام الفقهية للعقود

أولاً - صفة العقود عند الفقهاء:

للفقهاء في صفة العقود ثلاثة أقوال:

القول الأول:

إن الأصل في العقود أنها لا تصح إلا بالصيغة، وهي العبارات التي قد يخصها بعض الفقهاء باسم الإيجاب والقبول، سواءً في ذلك: البيع، والإجارة والهبة، والنكاح، والعتق، والوقف، وغير ذلك. وهذا ظاهر قول الشافعي، وهو قول في مذهب أحمد. فعندهم لا تتم إلا بالألفاظ التي قد جعلت لإبانة ما في القلب؛ إذ الأفعال من المعاطاة ونحوها يحتمل وجوهاً كثيرة، ولأن العقود من جنس الأقوال فهي في المعاملات كالذكر والدعاء في العبادات. ثم هؤلاء يقيمون الإشارة مقام العبارة عند العجز عنها، كما في إشارة الأخرس، ويقيمون أيضاً الكتابة في مقام العبارة عند الحاجة، لكن الأصل عندهم هو اللفظ^(١)؛ لأن الأصل في العقود هو التراضي المذكور في قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِحَكْرَةٍ عَنْ تَرَضٍ مِنْكُمْ﴾^(٢)، وقوله: ﴿فَإِنْ طَبِنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ

مِنْهُ نَفْسًا﴾^(٣).

القول الثاني:

إنها تصح بالأفعال - أيضاً - فيما كثر عقده بالأفعال: كالمبيعات بالمعاطاة، وكالوقف، مثل: من بنى مسجداً وأذن للناس في الصلاة فيه، أو سبل أرضاً للدفن، أو

(١) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ج ٤ ص ٥ - ٦.

(٢) سورة النساء من الآية (٢٩).

(٣) سورة النساء من الآية (٤).

بَنَى مَطْهَرَةً وَسَبَّلَهَا لِلنَّاسِ، وَكَبَعُضِ أَنْوَاعِ الإِجَارَةِ: كَمَنْ دَفَعَ تَوْبَهُ إِلَى غَسَّالٍ أَوْ خِيَّاطٍ يَعْمَلُ بِالأُجْرَةِ، أَوْ رَكِبَ سَفِينَةَ مَلَّاحٍ، وَكَالْهَدِيَّةِ وَنَحْوِ ذَلِكَ. ودلوا على ذلك بأن هذه العقود لو لم تنعقد بالأفعال الدالة عليها لفسدت أمور الناس، ولأن الناس من لدن النبي ﷺ وإلى يومنا ما زالوا يتعاقدون في مثل هذه الأشياء بلا لفظ بل بالفعل الدال على المقصود، وهذا قول الغالب على أصول أبي حنيفة، وهو قول في مذهب أحمد، ووجه في مذهب الشافعي، بخلاف المعاطاة في الأموال الحليلة فإنه لا حاجة إليه ولم يجر به العرف^(١).

القول الثالث:

إنها تنعقد بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل، فكل ما عدّه الناس بيعاً وإجارة فهو بيع وإجارة، وإن اختلف اصطلاح الناس في الألفاظ والأفعال انعقد العقد عند كل قوم بما يفهمونه بينهم من الصبغ والأفعال، وليس لذلك حدٌ مستترٌ لا في شرع ولا في لغة، بل يتنوع بتنوع اصطلاح الناس، كما تنوع لغاتهم، فإن لفظ البيع وإجارة في لغة العرب، ليس هو اللفظ الذي في لغة الفرس أو الروم أو الترك أو البربر أو الحبشة، بل قد يختلف أنواع اللغة الواحدة، ولا يجب على الناس التزام نوع معين من الاصطلاحات في المعاملات، ولا يحرم عليهم التعاقد بغير ما يتعاقد به غيرهم، إذا كان ما تعاقدوا به دالاً على مقصودهم^(٢).

وهذا هو الغالب على أصول مالك وظاهر مذهب أحمد، ولهذا يصح في ظاهر مذهبه بيع المعاطاة مطلقاً وإن كان قد وجد اللفظ من أحدهما والفعل من الآخر، بأن يقول: خذ هذا لله فيأخذه، أو يقول: أعطني خبزاً بدرهم فيعطيه، أو لم يوجد لفظ من أحدهما بأن يضع الثمن ويقبض جرزة البقل أو الحلوى أو غير ذلك كما

(١) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ج ٤ ص ٦.

(٢) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ج ٤ ص ٦.

يَتَعَامَلُ بِهِ غَالِبُ النَّاسِ، أَوْ يَضَعُ الْمَتَاعَ لِيُوضَعَ لَهُ بَدْلُهُ، فَإِذَا وُضِعَ الْبَدْلُ الَّذِي يَرْضَى بِهِ أَخَذَهُ^(١).

وَذَهَبَ الْبُعْدَادِيُّونَ كَابْنِ حَامِدٍ وَمَنْ أَتْبَعَهُمْ، كَالْقَاضِي أَبِي يَعْلَى وَمَنْ سَلَكَ سَبِيلَهُ: إِلَى أَنَّهُ لَا تَقَعُ الْفُرْقَةُ إِلَّا بِالْكَلامِ، وَذَكَرُوا مِنْ كَلَامِ أَحْمَدَ مَا اعْتَمَدُوهُ فِي ذَلِكَ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْفُرْقَةَ فَسَخُ النَّكَاحِ، وَالنَّكَاحُ يَنْقَرُ إِلَى لَفْظٍ، فَكَذَلِكَ فَسَخُهُ. أَمَّا النَّكَاحُ فَقَالَ هُوَ لِأَبْنِ حَامِدٍ، وَالْقَاضِي، وَأَصْحَابُهُ مِثْلُ: أَبِي الْخَطَّابِ، وَعَامَّةُ الْمُتَأَخِّرِينَ: أَنَّهُ لَا يَنْعَقِدُ إِلَّا بِلَفْظِ الْإِنْكَاحِ وَالتَّزْوِيجِ، كَمَا قَالَهُ الشَّافِعِيُّ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ لَا يَنْعَقِدُ بِالْكِتَابَةِ؛ لِأَنَّهَا تَنْقَرُ إِلَى نِيَّةٍ، وَالشَّهَادَةُ شَرْطٌ فِي صِحَّةِ النَّكَاحِ، وَالشَّهَادَةُ^(٢).

ثانياً — آراء الفقهاء في حكم توثيق العقود:

فقد اختلف الفقهاء في حكم التوثيق أو الإشهاد على ثلاثة أقوال:

الأول: يرى وجوب الإشهاد، فقد ذهب بعض علماء السلف: إلى وجوب الإشهاد فيما قل وجل، وفيما حل وأجل من الديون، وإليه ذهب أبو داود وابنه أبو بكر وابن عباس، روى عاصم الأحول وداود بن أبي هند عن عكرمة قال: قال ابن عباس: "لا والله إن آية الدين محكمة وما فيها نسخ"^(٣). واستدلوا أيضاً بالحديث الذي رواه أبو موسى مرفوعاً قال: {ثلاثة يدعون الله فلا يستجيب لهم: رجل كانت له امرأة سيئة الخلق فلم يطلقها، ورجل أعطى ماله سفيهاً وقد قال الله - تعالى -: ﴿لَا تَوَارَثُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالِكُمْ﴾ (النساء من الآية: ٥) ورجل له على رجل دين ولم يشهد

(١) المرجع السابق.

(٢) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ج ٤ ص ٧.

(٣) أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٢٣٧.

عليه} (١).

الثاني: يرى أن الإشهاد مستحب، وهو مذهب الجمهور حيث قال به الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة وابن الجوزي (٢).

حيث إن قوله - تعالى -: ﴿فَإِنْ آمَنَ بَعْضُكُمْ بِبَعْضٍ﴾ لم يتبين تأخر نزولها عن صدر الآية المشتملة على الأمر بالإشهاد، بل وردا معا، ولا يجوز أن يرد الناسخ والمنسوخ معا جميعا في حالة واحدة، فدل ذلك على أن الأمر بالإشهاد ندب لا واجب، والذي يزيده وضوحا أنه قال: ﴿فَإِنْ آمَنَ بَعْضُكُمْ بِبَعْضٍ﴾، ومعلوم أن هذا الأيمن لا يقع إلا بحسب الظن والتوهم، لا على وجه الحقيقة، وذلك يدل على أن الشهادة إنما أمر بها لطمأنينة قلبه لا لحق الشرع، فإنها لو كانت لحق الشرع ما قال: ﴿فَإِنْ آمَنَ بَعْضُكُمْ بِبَعْضٍ﴾. ولا ثقة بأمن العباد، إنما الاعتماد على ما يراه الشرع مصلحة. فالشهادة متى شرعت في النكاح لم تسقط بتراضيهما وأمن بعضهم بعضا، فدل ذلك أن الشهادة شرعت للطمأنينة؛ ولأن الله - تعالى - جعل لتوثيق الديون طرقا، منها: الكتابة، والرهن، والإشهاد.

ولا خلاف بين علماء الأمصار أن الرهن مشروع بطريق الندب لا بطريق الوجوب، فيعلم من ذلك مثله في الإشهاد. وما زال الناس يتبايعون سفرا وحضرا، وبراء وبحرا، بلا إشهاد (٣).

الثالث: الإباحة، ذهب قوم إلى أن الكتاب والإشهاد على الديون الآجلة قد كانا واجبين بقوله - تعالى -: ﴿فَأَكْتَبُوهُ﴾ إلى قوله: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ

(١) السنن الكبرى للبيهقي ٢٤٧/١٠، حديث (٢٠٥١٧)

(٢) راجع: المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٢٠٥، كشف القناع ج ٢ ص ١٨٨، البيان في مذهب الإمام الشافعي ج ٦ ص ٣١٩، المجموع ج ٩ ص ١٦٢.

(٣) أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٢٣٨.

رَجَالِكُمْ ﴿ ثم نسخ الوجوب بقوله - تعالى - : ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الْأَذَى

أَوْ تُؤْمِنَ أَمْنَتَهُمْ وَلِيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُمْ ﴾ روي ذلك عن أبي سعيد الخدري والشعبي والحسن (١).

وأقل أحوال الأمر الاستحباب؛ ولأنه أقطع للنزاع، وأبعد من التجاحد، فكان أولى، ويختص ذلك بما له خطر، فأما الأشياء قليلة الخطر: كحوائج البقال، والعطار، وشبههما، فلا يستحب الإشهاد فيها؛ لأن العقود فيها تكثر، فيشق الإشهاد عليها، وتقبح إقامة البينة عليها، والترافع إلى الحاكم من أجلها، بخلاف الكثير. وليس الإشهاد بواجب في واحد منهما، ولا شرطاً له. روي ذلك عن أبي سعيد الخدري وهو قول الشافعي، وأصحاب الرأي، ولأن النبي ﷺ «اشترى من يهودي طعاماً، ورهنه درعه» «واشترى من رجل سراويل» ولم ينقل أنه أشهد في شيء من ذلك. وكان الصحابة يتبايعون في عصره في الأسواق، فلم يأمرهم بالإشهاد، ولا نقل عنهم فعله، ولم ينكر عليهم النبي ﷺ ولو كانوا يشهدون في كل بياعاتهم لما أحل بنقله. ولأن المبايعه تكثر بين الناس في أسواقهم وغيرها، فلو وجب الإشهاد في كل ما يتبايعونه، لأفضى إلى الحرج الذي رفع عنا (٢) بقوله - تعالى - : ﴿ وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ (٣)، والآية المراد بها الإرشاد إلى حفظ الأموال والتعليم، كما أمر بالرهن والكتاب، وليس بواجب، وهذا ظاهر.

والأرجح: أن الأمر للاستحباب حيث كان مدار أدلة القائلين بالاستحباب هي آية الدين، وتركه النبي ﷺ للإشهاد في بعض المواطن، أما أدلة القائلين بالوجوب فهي صيغته الأمر في آية الدين (فاكتبوه) ومعلوم أن الأمر يفيد الوجوب ما لم يصرف

(١) أحكام القرآن لابن العربي ج ١ ص ٥٨٣.

(٢) المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٢٠٥.

(٣) سورة الحج من الآية (٧٨).

صارف للندب، وفي هذه الآية قد صرف الأمر إلى الندب بقوله - تعالى -: ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا ﴾، ولما جاز ترك الرهن الذي هو بدل الشهادة في قوله - تعالى -: ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنَ مَقْبُوضَةً ﴾ جاز كذلك ترك الإشهاد أو التوثيق إذا كان هناك أمان في التعامل، فدل ذلك على أن الأمر للندب والاستحباب وليس للوجوب.

وقد قال بالنسخ كثير من المفسرين^(١). وقال ابن عباس -رضى الله عنهما - في أول آية المدائنة - : أنزلت في السلف خاصة، ثم هي تتناول جميع المدائينات إجماعاً، وهذا أمر إرشاد لا أمر إيجاب^(٢).

ثالثاً - تقسيم المعاملات من حيث توثيق العقود

من خلال ما سبق يتبين أن المعاملات من حيث التوثيق وعدمه تنقسم إلى قسمين:
القسم الأول: المعاملات المتفق على مشروعيتها توثيقها، وهي الديون المؤجلة، فلا خلاف بين الفقهاء في مشروعيتها توثيقها، إنما الخلاف في الحكم التكليفي لهذا التوثيق هل هو واجب أو مستحب أم مباح، ويستوي في ذلك كثير الدين وقليله.

القسم الثاني: المعاملات المختلف في توثيقها وهي: التجارة الحاضرة، حيث وقع الخلاف بين الفقهاء في توثيقها وقسموها إلى: تجارة حاضرة عالية الثمن، وتجارة حاضرة قليلة الثمن.

والتجارة عبارة عن التصرف في المال سواء كان حاضراً أو في الذمة لطلب الربح، وسواء كانت المبيعة بدين أو بعين، فالتجارة تجارة حاضرة، فقوله: إلا أن تكون تجارة حاضرة لا يمكن حمله على ظاهره، بل المراد من التجارة ما يتجر فيه من الإبدال،

(١) الناسخ والمنسوخ في القرآن الكريم، ج ١ ص ٣٣.

(٢) راجع: تفسير الإيجي ج ١ ص ٢٠٨، تفسير القرطبي ج ٣ ص ٣٧٨.

ومعنى إدارتها بينهم: معاملتهم فيها يدا بيد. (١)، قال سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ... إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا...﴾ (٢) معناه: لا مضرة عليكم في ترك الكتابة، لأنه لو أراد الإثم لكانت الكتابة المذكورة واجبة عليهم، ويأثم صاحب الحق بتركها (٣). ثم قال سبحانه: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ...﴾ قال أكثر المفسرين: المراد أن الكتابة وإن رفعت عنهم في التجارة إلا أن الإشهاد ما رفع عنهم؛ لأن الإشهاد بلا كتابة أخف مؤنة، ولا يخاف فيها النسيان.

ذهب القرطبي في تفسيره إلى أن التجارة الحاضرة لا حاجة إلى توثيقها إن كانت قليلة الثمن، أما إذا كانت كثيرة الثمن الأراضي والعقارات فلا مانع من توثيقها (٤). فإذا كان التوثيق في التجارة الحاضرة التي يتم القبض فيها في المجلس ليس واجباً، وقد استثنى الله من حكم الكتابة والإشهاد، إذن توثيقها مباح يتوقف على اتفاق الطرفين وظروف المجتمع والقوانين الوضعية التي يتعامل بها في كل بلد.

واختلف الفقهاء في حكم الإشهاد في التجارة الحاضرة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يستحب الإشهاد عليها، وهو مذهب عدد كبير من العلماء منهم: أبو بكر الرازي والخصاص وابن قدامة والقرطبي وابن العربي (٥)، واستدل أصحاب هذا الرأي بقوله - تعالى -: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ...﴾ حيث إن الأمر بالإشهاد جاء

(١) التفسير الكبير للرازي ج ٧ ص ٩٨.

(٢) سورة البقرة (٢٨٢)

(٣) التفسير الكبير للرازي ج ٧ ص ٩٨.

(٤) راجع الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج ٣ ص ٤٠٢.

(٥) راجع الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج ٣ ص ٤٠٢، أحكام القرآن لابن العربي ج ١ ص ٢٥٧، التفسير الكبير للرازي ج ٧ ص ١٢٤، المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٣٠٢، أحكام القرآن للخصاص ج ١ ص ٥٢١.

عاماً سواء كان البيع ناجزاً أو مؤجلاً، ولكن صرف من الوجوب إلى الاستحباب باستثناء التجارة الحاضرة من وجوب الإشهاد.

القول الثاني: يجب الإشهاد عليها، وذهب إلى هذا القول جماعة من العلماء منهم: سعيد بن جبير، والضحاك بن مزاحم وعطاء^(١)، واستشهد أصحاب هذا الرأي بالآية السابقة نفسها، على اعتبار أن الأمر في الإشهاد على البيع عام، وأن الأمر يقتضي الوجوب^(٢).

القول الثالث: يرى أن الإشهاد مباح، وذهب إلى هذا القول جماعة منهم: الحسن البصري والشعبي^(٣)، واستدلوا على ذلك بقوله: **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُوهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا ...**، وقال الزمخشري: الاستثناء منقطع من الأمر بالكتابة والإشهاد، ومعنى الآية على ذلك: لكن التجارة الحاضرة يجوز فيها عدم الكتابة والإشهاد. وعن الحسن: إن شاء أشهد وإن شاء لم يشهد^(٤).

وأرى أن التجارة الحاضرة والبيع قليل الثمن لا توثيق فيه ولا إشهاد، ويشمل ذلك الأمور التي اعتاد الناس أن يبيعوا ويشترروا فيها دون توثيق وتجري على ما جرت به العادة والعرف؛ ولأن وجوب التوثيق فيها أو استحبابه سوف يوقع الناس في حرج؛ لكثرة هذه التعاملات بين الكبير والصغير فلا يمكن توثيقها أو الإشهاد عليها.

أما التجارة كثيرة الثمن: كالتجارة في العقارات أو الأراضي أو السيارات أو المباني... إلخ فيجب توثيقها والإشهاد عليها لإثبات الحقوق وإن كانت حاضرة

(١) راجع تفسير البغوي ج ١ ص ٢٥٩، أحكام القرآن للحصاص ج ١ ص ٥٢١، تفسير القرآن العظيم لابن كثير ج ١ ص ٣٣٦.

(٢) راجع الكشاف للزمخشري ج ١ ص ٣٢٧، تفسير القرآن العظيم لابن كثير ج ١ ص ٣٣٦.

(٣) راجع أحكام القرآن للحصاص ج ١ ص ٥٢٢.

(٤) الكشاف للزمخشري ج ١ ص ٣٢٧.

والقبض يتم في المجلس؛ لأن التوثيق في هذه الحال يكون لإثبات نقل الملكية من البائع للمشتري.

وخلاصة الأمر: أن العقد يطلق على ما ينشأ عن إرادتين لظهور أثره الشرعي في المحل، فالعقد ارتباط الإيجاب بالقبول الالتزامي، وأن الإيجاب والقبول يقعان بالألفاظ، وهذا هو الأصل في انعقاد العقود عند جميع الفقهاء، وإذا تمّ العقد شفويا فقد أصبح عقداً ملزماً لطرفيه، والله ﷻ قد أمر بالكتابة والتوثيق والإشهاد في معاملات الناس وعقودهم، وسواء فسر الفقهاء الأمر بالوجوب أو بالندب أو بالإباحة فالأمر مشروع، وينبغي حمل الناس في هذا الزمان على كتابة العقود وجوباً، قطعاً لأكل حقوق الآخرين بالباطل، وسداً لأبواب النزاع والخصومات، وأنه يجب الوفاء بمقتضى العقد الشفوي المتفق عليه بين الطرفين، والالتزام بما يترتب عليه في حق المتعاقدين، وأن الأصل المقرر عند الفقهاء أن عقد الإجارة لا بد أن يكون مؤقتاً بمدة زمنية معلومة، وإذا حُددت مدة زمنية للعقد فيجب الالتزام بذلك. وإن لم تكن هنالك مدةً مضروبةً في العقد، ورغب أحد الطرفين في تغيير الاتفاق الشفوي، فله ذلك، والاتفاق على عقدٍ جديدٍ بعد الوفاء بجميع متطلبات العقد السابق - الاتفاق الشفوي - فإن اتفقا على العقد الجديد فيها ونعمت، وإن لم يتفقا ينتهي التعاقد بينهما.

* * *

المبحث الثالث عقد الزواج

مقدمة: عقد الزواج يعد من العقود الشكلية؛ لأنه يخضع لشروط ومراسم شكلية يفرضها التشريع والعرف، حيث يشترط لصحة عقد الزواج: الإعلان والإشهاد عليه. جعلت الشريعة الإسلامية الزواج عقداً مدنياً كسائر العقود فينقذ ويتم وينتج جميع نتائجه. بمجرد اتفاق الإرادتين. بمحضر الشهود دون توقف على مداخلة مرجع ديني؛ لأنه لا يوجد في الإسلام طبقة رجال دين لهم سلطة دينية ليست لغيرهم. ففي الشريعة الإسلامية لا يوجد وساطة لأحد بين الله وبين الناس، حتى النبي ﷺ نفسه وهو الذي جاء بالشريعة كانت مهمته الدينية تنحصر في التبليغ، وسلطته الزمنية في التطبيق^(١).

ويؤكد علماء القانون في الدول الإسلامية على أن عقد الزواج في الشريعة عقد مدني صرف، ذو طابع علني بالنظر لخطورته، وهو عقد رسمي بصريح القانون المنظم للأحوال الشخصية لعله عقده على يد قاضي المنطقة أو المأذون الشرعي المصرح له بهذا الأمر، وتسجيله في سجلات المحكمة ومصلحة التوثيق التابعة للشهر العقاري^(٢)، وقد سارت التشريعات في معظم دول العالم على هذا النمط تقريباً.

وفي البلاد التي أخذت تشريعها الوضعي بطريقة الزواج المدني كفرنسا وسويسرا وغيرهما من البلاد الغربية - تكون علنية عقد الزواج بطريق التسجيل في السجل المدني لدى ضابط الأحوال المدنية. ولا يعتبر الزواج دون هذا التسجيل، حتى لو كان مشهوداً ومشهوراً. وفي فرنسا توجب المادة (٧٥) من القانون المدني حضور الخاطبين

(١) المدخل الفقهي العام ص ٥٢.

(٢) التطور التاريخي لعقود الزواج ص ١٢.

بالذات أمام ضابط الأحوال المدنية لإعلان زواجهما بحضوره والتوقيع على محضر العقد، ولا تقبل الوكالة في عقد الزواج^(١).

وعقد النكاح من العقود المغلظة التي يترتب عليها آثار وأحكام كثيرة. فعقد النكاح الصحيح يترتب عليه ثلاثة وعشرون حكماً^(٢).

واتفق الفقهاء على أن الأصل في جميع العقود أن تكون شفاهية بين طرفي العقد، وعقد الزواج كذلك، له صيغة محددة وشروط وأركان ذكرها الفقهاء في كتبهم، منهم من عد بعض الشروط أركاناً والعكس، لكن المتفق عليه أن عقد الزواج الصحيح لا يتم إلا بالإيجاب والقبول والإشهاد والإشهار.

التطور التاريخي لعقود الزواج:

في عصر ما قبل الإسلام وبداية عصر الإسلام كان الزواج مشافهة فلم يعرف العرب عقود الزواج المكتوب، وكان العقد بالإيجاب بين ولي الزوجة ووكيل الزوج - وكان في الأغلب أبوه - وفي حالات نادرة جداً كان الزوج يتولى بنفسه العقد. وكان العقد لا يتم إلا في حضور عدد من الأهل والأصدقاء في حفل لهذا الزواج، هذا الحفل وهؤلاء الشهود كانوا بمثابة العقد. ولم تزل هذه الطريقة سائدة حتى نهاية القرن الثاني وبداية القرن الثالث الهجري، واستمرت إلى وقت قريب في مجتمعات البدو الرحل في البلدان العربية^(٣).

أما في مصر فإن عقود الزواج عرفت منذ فجر التاريخ، فقد عثر على أول عقد زواج يرجع تاريخه إلى سنة (٣٦٥ ق.م)، والنص المدون في هذا العقد يعطي انطباعاً عن قيمة الهبة المالية من الزوج إلى زوجته. وهذا ما يعبر عنه في الشريعة الإسلامية

(١) المدخل الفقهي العام ص ٦٣٧.

(٢) راجع النتف في الفتاوى للسُّعدي ج ١ ص ٢٦٤.

(٣) راجع التطور التاريخي لعقود الزواج ص ١٣.

بالمهر^(١).

وفيما يختص بموضوع عقود الزواج في الإسلام، فقد وجدت بعض العقود من عهود إسلامية مختلفة معظمها مكتوب على ورق البردي وجلد الحيوان، وكلها تنتمي إلى مصر مركز صناعة البردي، وأقدم عقد زواج يرجع تاريخه إلى نهاية القرن الثاني الهجري، وفي دار الكتب بالقاهرة مجموعة من عقود الزواج ترجع إلى عصور زمنية مختلفة تنحصر فيما بين القرنين الثالث والخامس الهجريين^(٢).

تطور صيغة عقود الزواج:

باستعراض نماذج العقود الموجودة في دار الكتب نجد أن هناك تغييراً وتطوراً واضحاً طراً على هذه العقود في تبويبها وربما في شكلها؛ لأن مضمون - الإيجاب والقبول - العقد ظل ثابتاً فلم يتغير^(٣)، وهذا التطور شيء طبيعي لأنه يساير تطور وسائل الحياة.

ففي عقد الزواج المنسوب إلى عصر صدر الإسلام نجد أنه يبدأ عادة بخطبة تسمى خطبة النكاح، تتضمن بعض آيات من القرآن الكريم وبعض الأحاديث التي ترغب في الزواج وتبين الحكمة من تشريعه، وهذه الخطبة يليها عادة وكيل الزوج، حيث يبين فيها أيضاً مميزات الزوج وصفاته ومكانته في قومه، وأبرز هذه الخطب الخطبة التي ألقاها أبو طالب عم النبي ﷺ عندما خطب له السيدة خديجة - رضي الله عنها - أما صيغة العقد نفسه فكانت واحدة في معظم العقود. فبعد البسملة تأتي الصيغة القانونية للعقد من حيث أداء الصداق المترتب على الإيجاب والقبول^(٤).

(١) راجع تفسير ابن كثير ج ٧ ص ٣٤٣.

(٢) راجع التطور التاريخي لعقود الزواج ص ١٤.

(٣) السابق ص ١٦.

(٤) التطور التاريخي لعقود الزواج ص ١٨.

شروط صحة عقد الزواج :

١- توافق إرادتي المتعاقدين على وجه ينتج عنه أثر شرعي. وهذا ما يعبر عنه بالإيجاب من جانب الزوج، والقبول من جانب الزوجة. وهذه الإرادة يعبر عنها بالمشافهة (لفظاً) وبالكتابة (تحريراً) وبالإشارة المتداولة - للأخرس - (عرفاً)^(١).

٢- اتحاد المجلس: أي: لا يكون بين الإيجاب والقبول فاصل زمني.

٣- أن يشهد على العقد شاهدان عدولان.

٤- أن لا يكون بين الزوجين مانع شرعي.

٥- الولي، والشهود: قال صلى الله عليه وسلم: (لا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ وشَاهِدِي عدل)^(٢) وهناك شروط أخرى اختلف الفقهاء فيها.

وقد تطورت وثيقة عقد الزواج عبر الأزمان بما يتناسب مع حاجة المجتمع والأعراف السائدة في كل دولة.

ففي مصر تطورت وثيقة عقد الزواج على مراحل حتى وصلت إلى الشكل التي عليه الآن فاحتوت على كثير من البيانات والشروط، وقد طرحت فكرة "عقود الزواج الجديدة" لأول مرة عام في مصر عام ١٩٨٥م، خلال المراحل التحضيرية في حملة التوعية القانونية. ويقول المشرعون: إن العقد الجديد مصمم لمساعدة كل امرأة تكافح من أجل حياة أفضل لنفسها وعائلتها، ولتمكين النساء من فهم أفضل لحقوقهن وواجباتهن القانونية ومن التعديلات التي أضيفت إلى العقود الجديدة:

إنه يتحتم تثبيت خمس صور شخصية لكل من العروس والعريس على النموذج، بالإضافة إلى بصمة إبهاميهما وتوقيع المأذون، ويتطلب العقد عناوين محددة لكلا

(١) راجع فتح القدير، لابن الهمام، ج ٣ ص ١٨٥.

(٢) راجع فتح القدير، ج ٣ ص ١٨٥، منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه للنووي، ج ١ ص ٢٠٦. منهاج السالكين وتوضيح الفقه والدين ج ١ ص ١٩٤ وما بعدها.

الطرفين، وهذا الأمر يقصد به إغلاق الثغرات القانونية ومنع إعطاء عناوين غير صحيحة مستقبلاً، ويشتمل العقد أيضاً على إعلان من قبل الطرفين بأهمهما لا يعانين من أمراض وراثية أو مزمنة من شأنها التأثير على علاقتهما الزوجية مع إثبات ذلك بشهادة طبيب. ومن أهم الجوانب في النماذج الجديدة: أن فيها متسعا لكتابة العديد من الشروط التي قد يرغب الطرفان في إضافتها إلى العقد شريطة أن لا تتناقض هذه الشروط مع الشريعة الإسلامية، فتستطيع المرأة أن تشترط على الزوج عدم الزواج عليها بامرأة ثانية أو أن تحتفظ بحقوقها في تطبيق نفسها. ويتحتم على المأذون وفقاً للقانون الجديد أن يعلم الأطراف المتعاقدة على الزواج بحقوقهم في تضمين شروطهم. ويمكن للأطراف على سبيل المثال الاتفاق على أن الأثاث يعود للزوجة وبذلك تلغى الحاجة لإعداد القائمة التقليدية بقطع الأثاث التي يتم التوقيع عليها قبل الزواج والتي تكون الأسعار مبالغاً فيها، وبذلك فهم أن عقد الزواج الجديد عقد مدني يتضمن شروطاً يتفق عليها الطرفان المعنيان ويلتزمان بها^(١).

وكانت المادة (٩٩) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، وأهم ما يخصنا في هذه المادة هو الفقرة الرابعة التي تنص على أنه (لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية والإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية في الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١) والمستفاد من هذا النص: أن المشرع قد وضع قيداً على سماع الدعوى فقط بحيث إذا رفعت دعوى الزوجية وأنكرت الزوجية من الزوج، ولم يقدم مدعى الزوجية وثيقة زواج رسمية، فإن المحكمة لا تسمع الدعوى. وهذا القيد لا ينال من الزواج ذاته طالما استوفى أركانه وشروط صحته وانعقاده، فالقيد الوارد بالمادة السابقة قاصر على التقاضي في شأن هذا الزواج، ويسري هذا القيد على الدعاوى التي

(١) www.albayan.ac/one-world/2000-08-23-1.1086992

يقيمها أحد الزوجين على الآخر، وكذلك على الدعاوى التي تقيمها النيابة العامة في الأحوال التي تباشر فيها الدعوى كطرف أصيل^(١).

وفي المملكة العربية السعودية أصدرت وزارة العدل تصميماً جديداً لوثيقة عقد الزواج، أضيف إليها كثير من التعديلات، منها خانة خاصة بالفحص الطبي قبل الزواج، وخانة خاصة بالختام الشخصي للمأذون، وخانة لتصديق المحكمة. وأوضح مدير عام مأذوني الأنكحة بالوزارة أن تلك الوثيقة تم تطويرها لتؤدي متطلبات الأنظمة الجديدة. وبين أنها طبعت على أوراق ملونة، بحجم دفتر صغير مناسب لوضعه في الجيب^(٢).

وفي سوريا ذكر الدكتور أحمد بدر الدين حسون مفتي الجمهورية السورية: أن الأصل في مشروعية عقد الزواج المشافهة بين الطرفين والإشهاد على العقد حيث قال رسول الله ﷺ: (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل) لكن وجوب توثيق عقود الزواج كتابة من باب الوجوب حفاظاً على أعراض الناس والحقوق المالية المترتبة على عقد الزواج؛ لذلك أفتى حسون بأن "الإقدام على ما يسمى كتاب الشيخ بدون توثيق في المحكمة حرام لكونه لا يحفظ حقوق الزوجين وليس لديه السلطة التنفيذية عند النزاع بين الطرفين"^(٣).

الخلاصة:

من خلال النظرة السابقة على مراحل تطور عقد الزواج، وما أضيف إليه كقعد مدني، وما شرطه القانون الوضعي من ضرورة توثيق عقد الزواج، لدرجة جعلت أن العقود الشفاهية للزواج لا يترتب عليها آثار قانونية — فإن توثيق العقد يعد — في هذا

(١) المركز المصري لحقوق المرأة (الزواج والنسب)

(٢) www.alriyadh.com/554754

(٣) http://majles.alukah.net/t73957 بتاريخ ١٠/١٠/٢٠١١م الموافق ٥ صفر ١٤٣٢هـ .

العصر - شرط يضاف إلى شروط صحة عقد الزواج، والزواج غير الموثق لا يعتد به المجتمع - والعرف مصدر من مصادر التشريع - لذا يكون العقد فقد شرط من شروط صحته ولا يعتد به.

ومن يقول إن عقد الزواج في أصله عقد شفهي وأن رسول الله ﷺ لم يوثق عقود الزواج، أقول: إن رسول الله ﷺ لم يوثق كثيراً من العقود حيث كانت البيئة مختلفة من حيث عدد الناس والوازع الديني وآليات الحياة المختلفة، كذلك فإن الإشهاد على الزواج شرط من شروط صحته، والإشهاد من وسائل التوثيق المعروفة قديماً، فكان يكتفي بها؛ نظراً لقلّة عدد المسلمين وقوة الوازع الديني الذي كان لديهم، وكان كل منهم يحفظ نسب القبيلة التي ينتسب إليها والقبائل المحاورة، مما يمنع اختلاط الأنساب بسبب عدم تسجيل المواليد أو تسجيل عقود الزواج.

والقرآن الكريم لم ينص على عدم توثيق عقد الزواج، وكذلك لم يأمر به، إذاً فهذا الأمر يدخل في إطار المباح الذي يخضع للأعراف ومصالح المسلمين، فحيث وجدت المصلحة فثم شرع الله، ولا يوجد عالم أو فقيه يقول بأن التوثيق ليس في مصلحة المسلمين، والجميع متفق على أهمية التوثيق لجميع عقود الإجارة والمقاولات وتنفيذ المشاريع والشركات والتوريدات وأنواع الاستثمار... إلخ، والزواج عقد من العقود فلا يصح إلا بالتوثيق.

والقاعدة الفقهية تقول: يحق لولي الأمر أن يقيد المباح وجوباً أو تحريماً تبعاً لظروف المحيطة والبيئة الاجتماعية، كما هو الحال في مسألة العقد المشروع في الزواج جاء التقيد بأن توثيقه يكون في المحكمة سداً لذريعة الفساد وقطعاً للاستهتار في أداء الحقوق.

وقد فهم الخلفاء الراشدون هذه القاعدة وغيرها من القواعد التي تبيح الاجتهاد في النصوص الظنية أو فيما لا نص فيه، فاجتهدوا في كثير من الأحكام التي قيدوا فيها

المباح وجوباً أو تحريماً، وحكموا المصلحة العامة للمسلمين، وكتب التراث زاخرة بهذه الاجتهاد، منها على سبيل المثال:

١- اجتهاد عمر بن الخطاب رضي الله عنه عندما أوقع الطلاق بلفظ الثلاثة ثلاثاً، وذلك عقوبة لمن لم يستخدم الطلاق كما شرعه الله فضيق على نفسه ما وسعه الله عليه، رغم أن المعمول به في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وصاحبه رضي الله عنه كان من يطلق زوجته ثلاثاً بلفظ واحد يقع طلقة واحدة.

٢- إسقاط عمر لحد السرقة عن عدد من المسلمين في عام الجماعة، وكان عمر رضي الله عنه في المسائل التي أسقط فيها الحد متبعاً لروح التشريع ونصوصه، حيث قاس سرقة الجائع - في هذه الظروف - على المضطر الذي رفع عنه الإثم فكان يرى أن للمضطر حقاً على من يملك ما يحتاج إليه ^(١).

فباب الاجتهاد مفتوح - إلى قيام الساعة - وهذا ما يميز الدين الإسلامي عن غيره من الديانات،؛ لأنه دين صالح لكل زمان ومكان؛ لذا أقترح أن يضاف إلى شروط صحة عقد الزواج شرط التوثيق.

* * *

(١) منهج عمر بن الخطاب في التشريع، د. محمد بلتاجي حسن ص ٢٤٨ - ٢٤٩.

المبحث الرابع عقد الطلاق

تعريف الطلاق:

الطلاق لغةً: مأخوذ من قوله: أطلقت الناقة فطلقت، إذا أرسلها من عقال أو قيد. طَلَّقُ المرأةَ: بينوتها عن زوجها، وطلَّق الرجل امرأته وطلَّقت هي بالفتح تَطْلُق طَلَاً وَطَلَّقت، والضم أكثر؛ وقال الأَخفش: لا يقال طَلَّقت، بالضم^(١).

الطلاق اصطلاحاً: عند الحنفية والمالكية: "رفع قيد النكاح"، وعند الشافعية والحنابلة "حل قيد النكاح"، والحل والرفع متقاربان في المعنى. أي: حل رباط الزوجية بلفظ من ألفاظ الطلاق، وبهذا يتبين أن الطلاق حل للميثاق الغليظ الذي تم بين الزوجين بعقد الزواج.

الطلاق الشفوي: المقصود بالطلاق الشفوي أو الشفهي هو: التلفظ بالطلاق عن طريق الشفتين من الإنسان دون تحرير هذا الطلاق في وثيقة رسمية، فهو منسوب إلى الشفة أو الشفاة.

والطلاق نوعان: طلاق سني وطلاق بدعي، فالسني مجمع على حله أما البدعي فمختلف فيه وليس مجمعاً عليه في إبطال النكاح وإفساده.

الطلاق السني:

هو الذي يوافق السنة، وهو أن يطلقها طلقة واحدة رجعية في طهر لم يجامعها فيه. (شريطة أن يكون الزوج في حالته الطبيعية، ليس في حالة غضب شديد أو في حالة سكر بين).

(١) لسان العرب، مادة (ط - ل - ق).

فإذا عزم الزوج الطلاق واتفقا عليه واستحالت الحياة بينهما، فإن ينتظرها حتى تحيض وتطهر ولا يجامعها بعد طهرها هذا، ثم يأتي برجلين عدلين إلى منزله ويقول لهما أشهدكما على طلاقى لزوجتي فلانة، أو يقول لها أمامهما: (أنت طالق). هذا هو الأصل في الطلاق، ومن المؤكد أن لا أحد من الأزواج يفعل ذلك فمعظم حالات الطلاق تكون في نزاع وغضب، ولا يدري الزوج حالة زوجته، ولا يتذكر في حالة النزاع هل هي في طهر أو لا، والكثير من الأزواج يتلفظ بلفظ الطلاق الثلاث، ولا أحد منهم يحرص على الإشهاد.

الطلاق البدعي المحرم:

صفته: كل ما خالف الطلاق السني يكون طلاقاً بدعياً، وهو أن يكون في حيض امرأته، أو في طهر مسها فيه أو يقول: أنت طالق، طالق، طالق، أو أنت طالق بالثلاثة، أو أنت طالق ثم طالق ثم طالق، أو إن فعلت كذا فأنت طالق، طالق، طالق، هذه صيغ الطلاق البدعي المحرم الذي يجب على كل مؤمن أن يتقي الله فيه ولا يقوله أبداً لحرمة وفساده ومخالفته للطلاق الشرعي الذي شرعه الله وبينه رسوله ﷺ.

وهذه بعض صور الطلاق البدعي:

- ١- أن تكون المطلقة حائضة: أي: في حال حيضها قبل أن تطهر.
- ٢- أن تطلق في طهر جامعها فيه.
- ٣- أن يطلقها بالثلاث بلفظ واحد كأن يقول لها: أنت طالق بالثلاث أو أنت طالق، ثم طالق، ثم طالق.
- ٤- أن يطلقها بتكرار لفظ الطلاق كأن يقول لها: أنت طالق طالق طالق.
- ٥- أن يعلق الطلاق على فعل شيء أو تركه كأن يقول إن فعلت كذا فأنت طالق.

٦- الحلف بالطلاق كأن يقول: عليّ الطلاق أو يلزميني الطلاق إن كان كذا أو كذا.

روي عن ابن عباس أنه قال: "الطلاق على أربعة منازل: منزلان حلال، ومنزلان حرام، فأما الحرام فأن يطلقها حين يجامعها لا يدري أيشتمل الرحم على شيء أم لا؟ وأن يطلقها وهي حائض، وأما الحلال فأن يطلقها لأقربائها طاهراً عن غير جماع، وأن يطلقها حاملاً مستبيناً حملها"^(١).

حكم إيقاع الطلاق البدعي:

الرأي الأول: أئمة الفقه الحنفي والمالكي والشافعي والإمام أحمد - في إحدى الروايات - يعتبرون الطلاق في الحيض أو في طهر واقعها فيه طلاقاً واقعاً مع الإثم، وينقص به عدد الطلقات. واستدلوا على ذلك ببعض الأدلة منها:

أولاً: إن الطلاق وقع من صاحب الحق في إيقاعه.

ثانياً: عموم الآيات التي تكلمت عن الطلاق لم تحدد حال من يقع عليها الطلاق.

ثالثاً: حديث رسول الله ﷺ عندما طلق ابن عمر زوجته وهي حائض، فقال لعمر - رضي الله عنهما - : {مُرَّهُ فَلْيُرَاجِعِهَا، ثُمَّ لِيَتْرُكْهَا حَتَّى تَطْهَرُ، ثُمَّ تَحِيضَ، ثُمَّ تَطْهَرُ، ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ بَعْدُ، وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّ، فَبِتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ ﷻ أَنْ يُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ} ^(٢)، والمراجعة لا تكون إلا من طلاق. وما رواه البخاري من قول ابن عمر: (حسبت عليّ بتطبيقه) ^(٣).

الرأي الثاني: وهو للشيعنة الإمامية والظاهرية وشيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم الجوزية والعلامة محمد أبو زهرة وسماعة الشيخ عبد العزيز بن باز وغيرهم

(١) مصنف عبد الرزاق، (١٧) كتاب الطلاق، (١٠٩٣٠) ج ٦ ص ٣٠٣.

(٢) صحيح مسلم (١٨) كتاب الطلاق، (١) باب تحريم طلاق الحائض، حديث (١٤٧١)

(٣) صحيح البخاري ج ٧ ص ٥٣ - السيل الجرار للشوكاني، ج ١ ص ٤٠٥.

ممن يرون أن الطلاق البدعي لا يقع، يقول ابن تيمية: وكذلك الطلاق المحرم في الحيض وبعد الوطء، هل يلزم؟ فيه قولان للعلماء، والأظهر أنه لا يلزم، كما لا يلزم النكاح المحرم، والبيع المحرم^(١).

واستدلوا بأن الطلاق بدعي (ينتسب إلى البدعة)، والرسول يقول: من أحدث في أمرنا ما ليس منه فهو رد. فهذا الطلاق مردود. فلا يقع.

وحجتهم مستمدة من الآثار وأقوال الصحابة والتابعين مثل: قول ابن عمر لرجل طلق امرأته وهي حائض: "لا يعتد به" وروي أن عبد الله بن مسعود كان يقول (من أتى الأمر أتى الأمر على وجهه) فقد بين الله له - أي: الحكم. ونقل العلامة محمد أبو زهرة رأي ابن القيم وما استدلل به. على أن الطلاق المحرم - لأنه بدعي - لا يرفع النكاح المتيقن؛ لأن المتيقن لا يُرفع إلا بمتيقن مثله. والنكاح شرعه الله والطلاق البدعي لم يُشرعه الله ولم يأذن فيه وقالوا: لا يقع من الطلاق إلا ما ملكه الله للمطلق بدليل أنه لا يملك المطلقة الرابعة؛ لأن الله لم يملكه إياها. والله لم يملكه لا طلاق المحرم ولم يأذن له فيه فالشارع قد حجر على الزوج أن يطلق في الحيض أو في طهر جامعها فيه، واستدلوا بأن النكاح المنهي عنه لا يصح لأجل النهي عنه فما الفارق بين النكاح المنهي عنه والطلاق المنهي عنه؟ والشيعنة قالوا: لا يقع الطلاق البدعي، لأن الله - تعالى - أمر به في قبل العدة، فإذا طلق في غيره لم يقع، كالوكيل إذا أوقعه في زمن أمره موكله بإيقاعه في غيره^(٢).

والأرجح: أن الطلاق البدعي يقع مع الإثم أو مع الكراهة أو مع التحريم كما عند الإمام أحمد؛ وذلك لأن أدلة أصحاب هذا الرأي أقوى؛ ولأن الطلاق ليس قرينة يتقرب بها إلى الله فيعتبر لوقوعه موافقة السنة، بل هو إزالة عصمة، وقطع ملك،

(١) الفتاوى الكبرى لابن تيمية، ج ٣ ص ٢٢٤.

(٢) المغني لابن قدامة ج ٧ ص ٣٦٦.

فإيقاعه في زمن البدعة أولى من عدم إيقاعه؛ لأن في الحكم بإيقاع الطلاق تغليظاً على الزوج حتى لا يتجرأ الناس على مخالفة السنة، وعقوبة له على المخالفة، كما أفتى عمر رضي الله عنه بإيقاع الطلاق بلفظ الثلاثة (ثلاثة) تغليظاً على الزوج حتى لا يتجرأ الناس على مخالفة السنة.

أما الأمر بالرجعة فمحمول على الاستحباب؛ لما ذكرنا. فإن راجعها وجب إمساكها حتى تطهر، واستحب إمساكها حتى تحيض حيضة أخرى ثم تطهر، على ما أمر به النبي صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر السابق^(١). بمعنى أنه إذا طلق الرجل زوجته وهي حائض يقع الطلاق حتى لو لم يراجعها ليصح الخطأ الذي وقع فيه.

قالت الدكتورة وفاء معتوق حمزة: لو لم يقع الطلاق البدعي لكان الطلاق البدعي أحق على فاعله من السني الحلال وإذا كان الرسول قد ألزم الهازل بالطلاق تغليظاً عليه فمن باب أولى أن يلزم القاصد له مع تحريمه. كما أننا لو أبطلنا الطلاق البدعي للزم من ذلك إبطال كثير من الطلاق فإن أكثره طلاق بدعي^(٢).

حكم الإشهاد على الطلاق والرجعة:

قال - تعالى -: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ... فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ... ﴾^(٣) فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ: يعني: من غير حيض ولا جماع ومن يتعد حدود الله يعني: سنة الله وأمره فيطلق لغير العدة فقد ظلم نفسه فإذا بلغن أجلهن يعني به: انقضاء العدة قبل أن تغتسل (فأمسكوهن إذا راجعتموهن. معروف يعني: طاعة الله أو فارقوهن. معروف يعني: طاعة الله في غير

(١) المغني لابن قدامة ج ٧ ص ٣٦٧.

(٢) الطلاق وآثاره ص ٩٣.

(٣) سورة الطلاق (١ - ٢).

إضرار فهذا هو الإحسان ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ على الطلاق والمراجعة^(١).

وقال الإمام القرطبي في قوله - تعالى - : ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ فيه ست مسائل^(٢) :

الأولى: قوله - تعالى - : (وأشهدوا) أمر بالإشهاد على الطلاق. وقيل: على الرجعة. والظاهر رجوعه إلى الرجعة لا إلى الطلاق. فإن راجع من غير إشهاد فقي صحة الرجعة قولان للفقهاء. وقيل: المعنى وأشهدوا عند الرجعة والفرقة جميعاً. وهذا الإشهاد مندوب إليه عند أبي حنيفة، كقوله - تعالى - : ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ وأشهدوا إذا تبايعتم. وعند الشافعي واجب في الرجعة، مندوب إليه في الفرقة. خلافاً للظاهرية الذين قالوا بوجوب الإشهاد على الطلاق والرجعة. فكل من طلق ولم يُشهد ذوي عدل أو راجع ولم يشهد ذوي عدل يكون متعدياً لحدود الله - تعالى - .

وفائدة الإشهاد: ألا يقع بينهما التجاحد، وألا يتهم في إمساكها، ولئلا يموت أحدهما فيدعي الباقي ثبوت الزوجية ليرث.

الثانية: الإشهاد عند أكثر العلماء على الرجعة ندب. وإذا جامع أو قبل أو باشر يريد بذلك الرجعة، وتكلم بالرجعة يريد به الرجعة فهو مراجع عند مالك، وإن لم يرد بذلك الرجعة فليس بمراجع. وقال أبو حنيفة وأصحابه: إذا قبل أو باشر أو لامس بشهوة فهو رجعة. وقالوا: والنظر إلى الفرج رجعة. وقال الشافعي وأبو ثور: إذا تكلم بالرجعة فهو رجعة. وقد قيل: وطؤه مراجعة على كل حال، نواها أو لم ينوها. وروي ذلك عن طائفة من أصحاب مالك. وإليه ذهب الليث. وكان مالك يقول: إذا وطئ

(١) تفسير جامع البيان في تأويل القرآن للطبري، ج ٢٣ ص ٤٤٤.

(٢) تفسير جامع البيان في تأويل القرآن للطبري، ج ٢٣ ص ٤٤٤.

و لم ينو الرجعة فهو وطئ فاسد، ولا يعود لو طئها حتى يستبرئها، وله الرجعة في بقية العدة الأولى، وليس له رجعة في هذا الاستبراء.

الثالثة: أوجب الإشهاد في الرجعة أحمد بن حنبل في أحد قولي، والشافعي كذلك لظاهر الأمر. وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد والشافعي في القول الآخر: إن الرجعة لا تفتقر إلى القبول، فلم تفتقر إلى الإشهاد كسائر الحقوق.

قال ابن العربي: وركب أصحاب الشافعي على وجوب الإشهاد في الرجعة أنه لا يصح أن يقول: كنت راجعت أمس وأنا أشهد اليوم على الإقرار بالرجعة، ومن شرط الرجعة الإشهاد فلا تصح دونه.

الرابعة: من ادعى بعد انقضاء العدة أنه راجع امرأته في العدة، فإن صدقته جاز وإن أنكرت حلفت، فإن أقام بينة أنه ارتجعها في العدة ولم تعلم بذلك لم يضره جهلها بذلك.

الخامسة: قوله - تعالى - : ذوي عدل منكم قال الحسن: من المسلمين. وعن قتادة: من أحراركم. وذلك يوجب اختصاص الشهادة على الرجعة بالذكور دون الإناث.

السادسة: قوله - تعالى - : ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ الطلاق من الآية: ٢. أي: تقربا إلى الله في إقامة الشهادة على وجهها، إذا مست الحاجة إليها من غير تبديل ولا تغيير^(١).

من الأقوال السابقة يتبين أن الإشهاد على الطلاق والرجعة فيه عدة آراء وكل رأي له أدلته، نجملها فيما يلي:

الرأي الأول: يرى أن الإشهاد على الطلاق والرجعة مستحب، وهو ما ذهب

(١) تفسير القرطبي، ج ١٨ ص ١٥٨.

إليه الأئمة: أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي وغيرهم. واستدلوا على ذلك بما روي عن عمران بن حصين وطاووس وإبراهيم وأبو قلابة أنه إذا راجع ولم يشهد فالرجعة صحيحة ويشهد بعد ذلك. قال أبو بكر: لما جعل له الإمساك أو الفراق ثم عقبه بذكر الإشهاد كان معلوماً وقوع الرجعة إذا رجع وجواز الإشهاد؛ بعدها إذ لم يجعل الإشهاد شرطاً في الرجعة، ولم يختلف الفقهاء في أن المراد بالفراق المذكور في الآية إنما هو تركها حتى تنقضي عدتها وأن الفرقة تصح وإن لم يقع الإشهاد عليها ويشهد بعد ذلك، وقد ذكر الإشهاد عقيب الفرقة ثم لم يكن شرطاً في صحتها، كذلك الرجعة وأيضاً لما كانت الفرقة حقاً له وجازت بغير إشهاد إذ لا يحتاج فيها إلى رضا غيره وكانت الرجعة أيضاً حقاً له، وقد أمر الله بالإشهاد على الإمساك أو الفرقة احتياطاً لهما ونفياً للتهمة عنهما إذا علم الطلاق ولم يعلم الرجعة أو لم يعلم الطلاق والفراق^(١). وقال ابن قدامة في (المغني): إذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها فأنكرها، فالقول قوله؛ لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الطلاق، إلا أن يكون لها بما ادعته بينة، ولا يقبل فيه إلا عدلان.

الرأي الثاني: يرى أن الإشهاد على الطلاق والرجعة واجب، وهو ما ذهب إليه الصنعاني في تعليقه على ما دلت عليه آية سورة الطلاق، في قوله: ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ بعد ذكره الطلاق، وظاهر الأمر وجوب الإشهاد، وبه قال الشافعي في القديم^(٢)، وروي عن ابن عباس، قال: إن أراد مراجعتها قبل أن تنقضي عدتها، أشهد رجلين كما قال الله: ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ عند الطلاق وعند المراجعة^(٣).

الرأي الثالث: يرى أن الإشهاد على الرجعة واجب ومندوب على الطلاق،

(١) أحكام القرآن للجصاص ج ٣ ص ٦٠٩.

(٢) سبل السلام ج ٢ ص ٢٦٦.

(٣) تفسير الطبري ج ٢٣ ص ٤٤٤.

بحيث إذا وقعت الرجعة بدون الإشهاد كانت هي والعدم سواء، وقيل تصح مع الإثم. وهو قول بعض المالكية والقديم عند الشافعية وقال به شيخ الإسلام ابن تيمية عندما فهم نص الشهادة بطريقة مختلفة، قوله - تعالى -: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ الطلاق من الآية: ٢ فأمر بالإشهاد على الرجعة؛ والإشهاد عليها مأمور به باتفاق الأمة، قيل: أمر إيجاب. وقيل: أمر استحباب. وقد ظن بعض الناس أن الإشهاد هو الطلاق، وظن أن الطلاق الذي لا يشهد عليه لا يقع. وهذا خلاف الإجماع، وخلاف الكتاب والسنة، ولم يقل أحد من العلماء المشهورين به؛ فإن الطلاق أذن فيه أولاً، ولم يأمر فيه بالإشهاد، وإنما أمر بالإشهاد حين قال ﴿فَإِذَا بَلَغَنَّ الْأَجَلَنَ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ الطلاق من الآية: ٢، والمراد هنا بالمفارقة: تخلية سبيلها إذا قضت العدة، وهذا ليس بطلاق ولا برجعة ولا نكاح. والإشهاد في هذا باتفاق المسلمين، فعلم أن الإشهاد إنما هو على الرجعة^(١)، وقال أيضاً بوجوب الإشهاد على الرجعة أيضاً الإمامان الشافعي وأحمد في أحد قوليهما. جاء في المغني: وظاهر الأمر الوجوب؛ ولأنه استباحة بضع مقصود، فوجب الشهادة فيه، كالنكاح^(٢).

الرأي الرابع: يرى أن الإشهاد يكون على الرجعة فقط، واستدلوا بأن عود الأمر بالإشهاد على الطلاق يتعارض مع حق الزوج به ابتداءً من غير حاجة إلى فترة زمنية. أما الرجعة فهي التي إذا تأخرت إلى انقضاء العدة امتنعت؛ لذلك وجب عود الأمر بالإشهاد إليها حتى نطمئن إلى أن الرجعة وقعت صحيحة قبل انقضاء العدة.

الرأي الخامس: يرى أن الأمر بالإشهاد في قوله - تعالى -: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ

(١) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ج ٣ ص ٢٢٤ - ٢٢٥.

(٢) المغني لابن قدامة ج ٧ ص ٥٢٢.

مَنْكَرٌ يعود إلى الطلاق، فإذا وقع بدونه كان لغواً. وهو مذهب الشيعة الإمامية وحجتهم في ذلك: أن السياق القرآني في أول سورة الطلاق قد ورد بشأن الطلاق، ولم يرد فيه ذكر الرجعة إلا عرضاً، فكان الأمر بالإشهاد الوارد في هذا النص الكريم خاصاً بالطلاق^(١).

وأرى أن الإشهاد يمنع المشكلات التي قد تنشأ عقب الطلاق أو عقب الرجعة، فقد تنكر الزوجة أنه راجعها في فترة العدة فراراً من الزوجية، أو ينكر الزوج أنه طلقها خاصة إن كانت هذه الطلقة الثالثة، فتوثيق العقود في هذه الأيام يمنع مثل هذه المشكلات. ورغم أن أكثر الأئمة جعلوا الإشهاد على الرجعة مندوباً. فلو راجعها من غير إشهاد تم قصده فلا بأس، المهم أن يشرك معهما غيرهما عند الطلاق وعند الرجعة، كما أشرك الأهل والمجتمع كله في عقد الزواج. فقد تزوج هذه المرأة من بيت وطلبها من وليها وأشهد وأشهر هذا الزواج، فكيف يقول أحد أنه عندما يريد أن ينهي هذا العقد وهذه العلاقة يأخذ القرار وحده وينهيه بكلمة، ويطلق زوجته في منتصف الليل أو في أي وقت وقد يطردها من بيته بصورة غير لائقة... كل ذلك مخالف للشرع. وأقترح أن يضاف بند أو شرط لعقد الزواج: أنه يجب على الزوج الإشهاد على الطلاق كما ورد في القرآن بصيغة الأمر، وكذلك الإشهاد على الرجعة، حتى لو كان ذلك بعد التلفظ بلفظ الطلاق الصريح بشروطه أو مراجعة الزوجة سواء بالقول أو الفعل.

حكم توثيق عقد الطلاق الشفوي:

عندما صدرت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ والذي ينص في مادته رقم (١٧) على أنه: "لا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد

(١) شرائع الإسلام في الفقه الجعفري ج ٣ ص ٥٧٩.

الزواج في الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة ١٩٣١م ما لم يكن الزواج ثابتاً بوثيقة رسمية^(١)، هي الفتوى بوقوع الطلاق الشفوي على الزوجة الموثق عقد زواجها رسمياً في سجلات الدولة حتى تاريخ اليوم، فمع أن الزوجين قد استدعيا مندوب الدولة باختيارهما، وتوجهت إرادتهما إلى توثيق العصمة رسمياً بما يجعلهما على بينة من أمرهما، وأن الزوجة في ظل هذا التوثيق لا تملك في القضاء الشرعي أمر نفسها ولا تبدأ عدة الطلاق إلا من يوم تحرير طلاقها رسمياً، كما أن الزوج لا يملك في القضاء الشرعي الزواج بخامسة وعلى ذمته رسمياً أربع نسوة حتى ولو زعم طلاقهن شفويًا، وكأن الزوج بتوثيقه لعقد زواجه رسمياً قد اشترط على نفسه أن لا يحدث طلاقاً شرعياً إلا بالتوثيق الرسمي مما يجعل طلاقه الشفوي لغواً^(٢) عملاً بما أخرج به البخاري ومسلم عن عقبه بن عامر أن النبي ﷺ قال: "أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج"^(٣)؛ خاصة وأن تعريف الطلاق عند الفقهاء هو (حل رباط الزوجية بلفظ الطلاق ونحوه) كما ذكرت سابقاً، وليس مجرد التلفظ بالطلاق.

وهذا ما كانت المادة (١٧) من المرسوم بقانون رقم (٧٨) لسنة ١٩٣١م تهدف إليه، ولذلك صدر فيما بعد القانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٨٥م المعدل للقانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩م بشأن بعض أحكام الأحوال الشخصية، وأضاف المادة الخامسة مكرر والتي تنص على أنه: "على المطلق أن يوثق إشهاد طلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثين يوماً من إيقاع الطلاق... وتترتب آثار الطلاق من تاريخ إيقاعه إلا إذا أخفاه الزوج عن الزوجة فلا تترتب آثاره من حيث الميراث والحقوق المالية الأخرى إلا من تاريخ علمها به".

وقد كان الناس قديماً قبل الأول من أغسطس سنة ١٩٣١م يبرمون عقد الزواج

(١) فقه المصريين في إبطال الطلاق الشفوي. دراسة فقهية مقارنة، تأليف الدكتور/ سعد الدين هلاي.

(٢) صحيح مسلم، (١٦) كتاب: النكاح، (١٣) باب: الوفاء بالشروط، حديث (١٤١٨).

شفوياً فكان المنطق الطبيعي أن يتم حل هذا الرباط بلفظ الطلاق الشفوي على وضع معتبر. أما بعد توثيق الناس لعقود زواجهم رسمياً فإن طلاقهم يجب أن لا يتم إلا بالتوثيق الرسمي لأنه السبيل الوحيد لحل رباط الزوجية الرسمي^(١).

ومع هذا الوضوح الفقهي في عدم الاعتداد بالطلاق الشفوي للمتزوجين رسمياً إلا أن أوصياء الدين يشاغبون بتشكيك عامة الناس في عقولهم السوية وفي منطقهم السليم وفي قلوبهم المؤمنة بإيهامهم أن الطلاق الشفوي كان هو المعول عليه في حل رباط الزوجية منذ عهد النبي ﷺ والصحابة والتابعين، متجاهلين أن الزواج كان كذلك شفوياً. أما الآن وقد اختار الإنسان الانتفاع بمحضرة عصره من توثيق الزواج الذي يضبط العلاقات في المجتمع ويضمن حقوق الأطراف ذات العلاقة عملاً بقوله - تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنُكُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُمُوهُ﴾ البقرة من الآية: ٢٨٢ فكان المنطق الطبيعي أن يتبع الطلاق نظام الزواج، فالزواج الشفوي يكون الطلاق فيه شفوياً، والزواج الرسمي يكون الطلاق فيه رسمياً^(٢).

وهذا يتفق مع آراء الفقهاء الذين قالوا بعدم احتساب الطلاق الشفوي الصريح إذا كان بدعياً كالطلاق في فترة الحيض أو في طهر عاشرها فيه وهم الظاهرية وهو ما ذهب إليه ابن تيمية وابن القيم، وكاحتساب الطلاق المعلق يميناً عند احتماله يوجب كفارة اليمين بالحنث، ولا يرتب عليه طلاقاً، وهو قول انفرد به ابن تيمية^(٣).

وكان الشيخ جاد الحق علي جاد الحق شيخ الجامع الأزهر، قد تقدم بمذكرة علمية إلى مجمع البحوث الإسلامية آملاً صدور قراره بعدم احتساب الطلاق الشفوي للمتزوجين رسمياً^(٤).

(١) فقه المصريين في إبطال الطلاق الشفوي، د. سعد الدين هلالي .

(٢) فقه المصريين في إبطال الطلاق الشفوي، د. سعد الدين هلالي .

(٣) راجع الفتاوى الكبرى لابن تيمية ج ٣ ص ٢٢٥ .

(٤) <http://www.khaledalgendy.com>

خلاصة الموضوع:

أنا لست مع من يحكمون على الطلاق بالوقوع، وعلى البيت بالخراب، وعلى الأولاد بالشتات لمجرد كلمة تخرج من فم الأب في ساعة انفعال كلمة يعرف معناها ولكنه لا يدرك - في حينها - أبعادها كما أنني لست مع الذين لا يوقعون الطلاق الكامل الأركان، المستوفي الشروط، الصادر من عقل كامل لمجرد أنه في غير ساحة القضاء - كما يحدث في بعض البلاد.

فالطلاق عزيمة كما أن الزواج عزيمة قال - تعالى -: ﴿ وَلَا تَعْرَمُوا عُقْدَةَ النَّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ ﴾^(١).

فإذا أراد إنسان أن يتزوج بحث عن الزوجة، وسأل عنها واتفق مع وليها، واشترى ما يلزم وأعد العدة لتأسيس بيت الزوجية، ودفع الصداق ثم الزفاف. وكذلك إذا أراد الإنسان أن يطلق زوجته ويهدم كل ما بناه سابقاً، وجب عليه أن يستحضر هذه العزيمة التي ذكرها الله في كتابه، قال - تعالى -: ﴿ لِلَّذِينَ يُؤُولُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرْبُصٌ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ، وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾^(٢) وأعني الطلاق الذي شرعه الله. وليس طلاق (السفهاء) الذي يخالف شرع الله ويحسبونه على الإسلام.

فالطلاق عزيمة لا بُدَّ أن يسبقه ما سبق الزواج من ترتيبات. ولا يلجأ إلى الطلاق إلا بعد استنفاد جميع طرق الإصلاح التي أوصى بها الشرع، في الآية الكريمة ﴿... وَاللَّائِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ

(١) سورة البقرة (٢٣٥) .

(٢) سورة البقرة (٢٢٥ - ٢٢٦).

- وَأَضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا ﴿١﴾ .
- ١- الوعظ : لأن الوعظ خطاب للعاطفة. والمرأة أعلى عاطفة من الرجل.
- ٢- المهجر في الفراش ﴿وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ﴾ ولا تمجروا مضاجعهن. ولا تمجروهن خارج المضجع؛ لأن المهجر خارج المضجع لا يزيد عن ثلاثة أيام.
- ٣- ﴿وَأَضْرِبُوهُنَّ﴾ ضرباً خفيفاً، لمن يريد الإصلاح، وليس ضرباً مبرحاً يترك أثراً سيئاً في النفس.
- ٤- ﴿ابْغُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾ حرصاً على عدم هدم البيوت، فرمما تكون المشاكل بين الزوجين تحتاج إلى إنسان حكيم أو سناً أو أكثر خبرة خاصة في بداية الزواج، فيستطيع الحكمان تقريب وجهات النظر وتقديم حلول غير تقليدية يراها من هو خارج المشكلة.
- وإذا كان الإنسان قد اختار الانتفاع بمحضرة عصره بتوثيق عقد الزواج حفظاً للحقوق والأنساب، أليس من الطبيعي أن يتبع الطلاق نظام الزواج نفسه، وألا يعتد بالطلاق الشفوي إلا أن يكون موثقاً بعقد رسمي وأمام شهود، إن تقييد صحة وقوع الطلاق بالإشهاد والتوثيق يحقق مصالح مقصودة شرعاً، وهي حفظ الأسر من التفكك والانهيار وحفظ الأولاد من الضياع، ومن مصالح تقييد وقوع الرجعة بالإشهاد حفظ حدود الله بمراعاة العدة التي لا يجوز الرجعة بعدها. يقول الله سبحانه و- تعالى - عقب الحديث عن الطلاق ﴿وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ الطلاق: من الآية ١، وقال أيضاً ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ.... تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ

(١) سورة النساء (٣٤) .

الظالمون ﴿١﴾

وهذا الرأي ليس فيه مخالفة للشرع بل أرى أنه تطبيق لما ورد في القرآن الكريم، لأن الإشهاد على الطلاق والرجعة ورد في القرآن - كما ذكرت سابقاً - وهناك بعض الفقهاء من يرى أن الأمر بالإشهاد في بداية سورة الطلاق للوجوب ومنهم من يرى أنه للندب، وليس اجتهاد أحدهما يبطل اجتهاد الآخر، فاختلاف الفقهاء رحمة بالمسلمين، وتعدد الآراء في النصوص الظنية يعد من مفاخر الشريعة الإسلامية، حتى يظل هذا الدين صالحاً لكل زمان ومكان إلى قيام الساعة.

والآن تعالت كثير من الأصوات تنادي بتشريع لتقنين مسألة الطلاق الذي أصبح بعض الرجال يتلاعبون به ولا يقدرّون حرمة الحياة الزوجية، ومن أشهر ما كتب في هذا الموضوع ما كتبه د. سعد الدين الهلالي عن موضوع الطلاق الشفوي، وفيما يلي أهم ما جاء في البحث.

يقول د. سعد الدين الهلالي: (حسم المصريون أمرهم في عدم الاكتراث بالطلاق الشفوي للمتزوجين بصفة التوثيق الرسمي، واحتسبوه مشروع طلاق وليس طلاقاً حقيقياً؛ لثلاثة أمور، كما يلي:

الأمر الأول: أن صفة التوثيق الرسمي في الزواج والطلاق معتبرة في القضاء، والقول بصحة العقد الشفوي في الزواج والطلاق معتبر في الفقه، وإذا تعارض الفقه مع القضاء فالعبرة بالقضاء؛ عملاً بالقاعدة الفقهية "حكم الحاكم يرفع الخلاف الفقهي"

والتي يدل عليها عموم قوله - تعالى -: **قَالَ ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنكُمْ﴾ (النساء: ٥٩)**. فإذا ثبت اصطلاح القضاء في تعريف الزواج والطلاق فلا وجه لمعارضته باصطلاح الفقه لهما؛ لأن اصطلاح القضاء أخص مع قيامه على

(١) سورة البقرة (٢٢٩).

الإلزام، بخلاف اصطلاح الفقه فإنه أعم مع قيامه على الاختيار. ويشبه ذلك تعارض التعريف اللغوي مع التعريف الاصطلاحي الفقهي، فإننا نقدم التعريف الاصطلاحي على التعريف اللغوي؛ للمعنى المذكور من الخصوصية والالتزام.

الأمر الثاني: أن صفة التوثيق الرسمي تحقق مقصود الزواج والطلاق من الصيانة وحفظ الحقوق، وهو شرط اختياري وقع من الزوجين عن تراض منهما، والله - تعالى - يقول: ﴿ **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** ﴾ (المائدة من الآية: ١)، وفي الحديث الذي أخرجه البخاري تعليقاً: "المسلمون عند شروطهم". أما حديث عائشة في "صحيح مسلم" أن النبي ﷺ قال: "ما كان من شرط ليس في كتاب الله ﷻ فهو باطل وإن كان مائة شرط" فقد ورد بشأن الشروط التي تخالف مقصود العقد ومقتضاه؛ حيث كانت السيدة عائشة تريد شراء "بريرة" من أجل إعتاقها فاشتراط أصحابها أن يكون الولاء لهم، كما ورد في الصحيحين، فقال النبي ﷺ لعائشة، كما في رواية "البخاري": "ابتاعها فأعتقها فإنما الولاء لمن أعتق". ثم قام على المنبر فقال: "ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله. من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له وإن اشترط مائة شرط".

أما شرط توثيق الزواج والطلاق فهو شرط يتفق مع مقصودهما، فضلاً عن كونه شرطاً صادراً عن تراضي الطرفين وليس عنوة. بما يخالف منطق العقد كما في قصة "بريرة"، فلو ارتضت السيدة عائشة صاحبة الثمن أن يكون الولاء لأهل "بريرة" ما كان في ذلك بأس. إذن المشكلة كانت في رفض السيدة عائشة أن تتنازل عن حقها الذي يرتبه منطق العقد، وليست المشكلة في مجرد إضافة شرط قد يتفق عليه الطرفان.

الأمر الثالث: أن العقود والتصرفات لا تصح ولا تعتبر إلا إذا استوفت حكمها الشرعي الوضعي من السببية والشرطية وانعدام المانع. وتوثيق الطلاق صار بحكم

العرف والقانون والقضاء شرطاً لوجوده واعتباره، فكان انعدامه مانعاً من صحته أو احتسابه.

ولكل ذلك لم يعبأ المصريون بفتاوى أوصياء الدين الذين يشككونهم في قناعتهم أن توثيق الزواج بمثابة رهنية عصمته عند الدولة، فمهما تلفظ الزوج من ألفاظ الطلاق فهو يعلم أن زوجته الموثق زواجها لا تزال في عصمته ولا تملك الزواج من غيره حتى يفك عصمتها رسمياً، ولا تبدأ هذه المرأة عدة طلاقها إلا من تاريخ توثيقه، فقد صار التوثيق الرسمي جزءاً من حقيقة الزواج والطلاق، كما أن هذا التوثيق وما يشبهه - كحكم صحة ونفاذ العقد - جزء من حقيقة البيع والشراء للعقارات والسيارات^(١).

* * *

(١) فقه المصريين في إبطال الطلاق الشفوي، د. سعد الدين هلال.

الخاتمة

أهم التوصيات :

- ١- لا بد من أن يضع المشرع قانوناً يمنع التعارض بين أقوال الفقهاء والقانون الوضعي في فتاوي الأحوال الشخصية بما يحقق مصالح الناس في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، حتى لا يقع الناس في حيرة.
- ٢- عدم احتساب الطلاق الشفوي إذا وقع بغير شاهدي عدل. وهو مذهب الظاهرية والإمامية وروى عن علي وعمران بن حصين وعطاء وابن جريج وابن سيرين، وإجماع العلماء على وقوعه ديانة.
- ٣- وضع بند في عقد الزواج يوضح للزوجين كيف تتم الفرقة بينهما بالطلاق الشرعي.
- ٤- أن تهتم مراكز المرأة بأن تقدم محاضرات من المختصين لتوعية الشباب قبل الزواج بأسس الحياة الزوجية، وحقوق كل منهما على الآخر، وإذا استحالت الحياة وأرادا الطلاق يجب أن يتعلم كل منهما آداب الطلاق وهو التسريح بإحسان.
- ٥- عدم احتساب الطلاق الشفوي في حال غضب الزوج الشديد الذي لا يغيب ممثله الذي لولاه لما أقدم الزوج على هذا الطلاق. وهو قول ابن تيمية وابن القيم والمتأخرين من فقهاء الحنفية.
- ٦- عدم احتساب الطلاق الشفوي إذا كان بدعياً، وهو قول الظاهرية وابن حزم وأخذ به ابن تيمية وابن القيم وهو مذهب الإمامية.
- ٧- أن يضاف شرط التوثيق إلى شروط عقد الزواج، حيث إن دعوى الزوجية لا تقبل أمام المحاكم بدونها.

فهرس المراجع والمصادر

- ١- القرآن الكريم.
- ٢- أحكام القرآن. لأحمد بن الحسين بن علي بن موسى الشافعي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى : ٤٥٨هـ) ط: الثانية ، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، مكتبة الخانجي - القاهرة، تحقيق: عبد الغني عبد الخالق.
- ٣- أحكام القرآن. لأحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (المتوفى: ٣٧٠هـ)، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين، ط : الأولى ١٤١٥هـ/١٩٩٤م، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان.
- ٤- أحكام القرآن. للقاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي مراجعة وتعليق: محمد عبد القادر عطا، ط: الثالثة، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
- ٥- أحكام القرآن. لعلي بن محمد بن علي، أبو الحسن الطبري، الملقب بعماد الدين، المعروف بالكنيا الهراسي الشافعي (المتوفى: ٥٠٤هـ) ط: الثانية، ١٤٠٥ هـ، دار الكتب العلمية، بيروت تحقيق/ موسى محمد علي وعزة عبده عطية.
- ٦- البيان في مذهب الإمام الشافعي. لأبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليميني الشافعي (المتوفى: ٥٥٨هـ)، ط: الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، دار المنهاج - جدة، تحقيق: قاسم محمد النوري.
- ٧- تفسير الإمام الشافعي. للشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلي القرشي المكي (المتوفى: ٢٠٤هـ) ط: ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م، دار التدمرية - المملكة العربية السعودية. وتحقيق ودراسة: د.أحمد بن مصطفى الفران.

- ٨— تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار) لمحمد رشيد بن علي رضا بن محمد شمس الدين بن محمد بهاء الدين بن منلا علي خليفة القلموني الحسيني (المتوفى: ١٣٥٤هـ) ط: ١٩٩٠م، الهيئة المصرية العامة للكتاب.
- ٩— التطور التاريخي لعقود الزواج في الإسلام. دراسة مقارنة، د/ أحمد الشامي، ط: ١٩٨٢م.
- ١٠— جامع البيان في تأويل القرآن، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب، أبو جعفر الطبري (المتوفى: ٣١٠هـ)، ط: الأولى، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م، مؤسسة الرسالة، تحقيق: أحمد محمد شاكر.
- ١١— جامع البيان في تفسير القرآن لمحمد بن عبد الرحمن بن محمد بن عبد الله الحسيني الحسيني الإيجي الشافعي (المتوفى: ٩٠٥هـ)، ط: الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.
- ١٢— الجامع لأحكام القرآن (المسمى تفسير القرطبي) لأبي عبد الله محمد بن أحمد ابن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى: ٦٧١هـ) ط: الثانية، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م، دار الكتب المصرية - القاهرة، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش.
- ١٣— الجامع الكبير - سنن الترمذي، لمحمد بن عيسى بن سَورة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (المتوفى: ٢٧٩هـ)، ط: ١٩٩٨م، دار الغرب الإسلامي - بيروت، تحقيق: بشار عواد معروف.
- ١٤— سبل السلام، لمحمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسيني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف كأسلافه بالأمير (المتوفى: ١١٨٢هـ)، ط: دار الحديث، بدون طبعة وبدون تاريخ.

- ١٥- السنن الكبرى، لأحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: ٤٥٨هـ)، ط: الثالثة، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، تحقيق: عبد القادر عطا.
- ١٦- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، لمحمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليميني (المتوفى: ١٢٥٠هـ)، ط: الطبعة الأولى، دار ابن حزم .
- ١٧- شرائع الإسلام في الفقه الجعفري. المحقق الحلبي (ت: ٦٧٦هـ) ط: الثانية ١٤٠٩هـ، مطبعة: أمير - قم، طهران، تحقيق: السيد صادق الشيرازي.
- ١٧- شرح النووي على صحيح مسلم. ليحيى بن شرف أبو زكريا النووي ط: دار الخير سنة النشر: ١٤١٦هـ / ١٩٩٦م.
- ١٨- صحيح البخاري، الجامع الصحيح المختص، لمحمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، ط: ، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م. دار ابن كثير ، اليمامة - بيروت، تحقيق : د. مصطفى ديب البغا.
- ١٩- علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع، للشيخ/ عبد الوهاب خلاف (المتوفى: ١٣٧٥هـ)، الناشر: مطبعة المدني «المؤسسة السعودية بمصر» .
- ٢٠- فتح القدير، لكمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام (المتوفى: ٨٦١هـ) - ط: دار الفكر العربي - القاهرة.
- ٢١- فقه المصريين في إبطال الطلاق الشفوي للمتزوجين بالوثائق الرسمية. دراسة فقهية مقارنة، تأليف الدكتور/ سعد الدين هلاي أستاذ الفقه المقارن جامعة الأزهر، ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م.
- ٢٢- الفتاوى الكبرى لابن تيمية، لتقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي

- (المتوفى: ٧٢٨هـ) ط: الأولى، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م، دار الكتب العلمية - بيروت.
- ٢٣- **كشف القناع عن متن الإقناع**، لمنصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن ابن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: ١٠٥١هـ) ط: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
- ٢٤- **الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل**، لأبي القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري جار الله (المتوفى: ٥٣٨هـ) ط: الثالثة - ١٤٠٧هـ، دار الكتاب العربي - بيروت.
- ٢٥- **لسان العرب**، لمحمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الإفريقي (المتوفى: ٧١١هـ) ط: الثالثة - ١٤١٤هـ، دار صادر - بيروت.
- ٢٦- **المجموع شرح المهذب**، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ) ط: دار الفكر العربي - القاهرة.
- ٢٧- **المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ**، لمسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: ٢٦١هـ) ط: دار إحياء التراث العربي - بيروت، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي.
- ٢٨- **معجم لغة الفقهاء**، لمحمد رواس قلعجي - حامد صادق قنبي، ط: الثانية، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع.
- ٢٩- **المصنف**، أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني (المتوفى: ٢١١هـ) ط: الثانية، ١٤٠٣هـ، المجلس العلمي - الهند، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، يطلب من: المكتب الإسلامي - بيروت.

- ٣٠- **المغني** لابن قدامة، لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ) ط: ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م، مكتبة القاهرة.
- ٣١- **مفاتيح الغيب (المسمى التفسير الكبير)** أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (المتوفى: ٦٠٦هـ) ط: الثالثة ١٤٢٠هـ، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان.
- ٣٢- **منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه**، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ) ط: الأولى، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٥م، دار الفكر، تحقيق: عوض قاسم أحمد عوض.
- ٣٣- **منهج السالكين وتوضيح الفقه في الدين**. أبو عبد الله، عبد الرحمن بن ناصر ابن عبد الله بن ناصر بن حمد آل سعدي (المتوفى: ١٣٧٦هـ)، ط: الأولى ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، الناشر: دار الوطن، قدم له عبد الله بن عبد العزيز العقيل.
- ٣٤ - **المدخل الفقهي العام**، د/ مصطفى أحمد الزرقا. ط: الثانية ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م، دار القلم - دمشق.
- ٣٥- **مهنة الموثق وآفاقها**، الأستاذ دليمي رابح، ط: ١٩٩٥م.
- ٣٦- **الموسوعة الفقهية الكويتية**، ط: الطبعة الثانية ١٤٢٧هـ، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية.
- ٣٧- **الناسخ والمنسوخ في القرآن الكريم**، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ) تحقيق: د. عبد الغفار سليمان البنداري، ط: الأولى، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان.

٣٨- **النتف في الفتاوى**، أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد السُّعْدِي، حنفي (المتوفى: ٤٦١هـ) ط: الثانية، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م، دار الفرقان - مؤسسة الرسالة - عمان الأردن / بيروت لبنان، تحقيق: المحامي الدكتور صلاح الدين الناهي.

٣٩- **الوسيط في شرح القانون المدني**، د. عبد الرزاق السنهوري، ط: ١٩٥٦م، دار النشر للجامعات المصرية.

* * *