سلطة ولي الأمر في الإلزام بتوثيق الطلاق تحقيقاً للمصلحة العامة

(دراسة فقهية مقارنة)

بحث مقدم للمؤتمر الدولي العلمي الثالث لكلية الشريعة والقانون بطنطا بعنوان "حماية المصلحة العامة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي"
يومي: الاثنين والثلاثاء
الموافق: ٢١ ، ٢٢ أكتوبر ٢٠١٩م

إعداد
د. محمد كمال مبروك إبراهيم
مدرس الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق - جامعة المنوفية

موجز عن البحث

يتناول البحث عدة نقاط مهمة كالتالي :

١. الطلاق مشروع بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول، والراجح أن الأصل فيه الحظر والكراهة إلا لضرورة، وشرط وقوعه أن يصدر ممن يملك أهلية إيقاعه على الوجه الشرعي؛ بأن يكون الزوج مكلفا؛ يوقعه على امرأة تصلح محلا لطلاقه، وقد اتفق الفقهاء على حصول الطلاق باللفظ الدال عليه صراحة دون الحاجة لنية، و المقصد الشرعي منه دفع المفسدة الحاصلة من سوء العشرة، والخصومة الدائمة من غير فائدة؛ وليصل كل واحد منهما إلى زوج يوافقه فيستوفي مصالح النكاح منه.

٢. الإشهاد على الطلاق مستحب؛ والقول بعدم وقوع الطلاق دون إشهاد يخالف إجماع المسلمين، وهو اجتهاد في مقابلة النص، والراجح أن لولي الأمر الحق في

تقييد المباح أو حظره تحقيقا للمصلحة العامة، ومحل ذلك الأحكام الاجتهادية الظنية لا الأحكام القطعية المتفق عليها، وعلى ذلك للدولة أن تسن من القوانين ما يُلزم الأفراد بتوثيق الطلاق، مع الحق في التعزير بالغرامة أو العقوبة لمن يخالف الأمر بالتوثيق، والإلزام بالتوثيق لا يعني أنه جزء من الطلاق أو شرط له، فالطلاق واقع في كل الأحوال، وليس التوثيق جزءا من حقيقته بإجماع.

٣. الأصل في القانون المصري جواز إثبات الطلاق قضاء بكافة طرق الاثبات الشرعية المقررة، وليس فى إيجاب توثيق الطلاق ولا فى تنظيم طريق العلم به أي قيد على حق الطلاق الذى أسنده الله عز وجل للزوج، وهذا ما استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض إضافة للأزهر الشريف.

٤. يمكن للدولة القيام بدورها في محاربة ظاهرة الطلاق دون اللجوء لتغيير حكم شرعي أو تبديله ومما يفيد في ذلك:

- تفعيل دور الإعلام ومؤسسات الدولة والمجتمع المدني والمساجد والمدارس في التوعية بأهمية استقرار الأسرة، وأنه جزء لا يتجزأ من استقرار المجتمع والوطن.
- تفعيل أحكام الشريعة الخاصة بمعالجة ظاهرة الطلاق، كموضوع التحكيم عند حدوث الشقاق بين الزوجين أو خشيته، ويمكن تعيين الحكمين من أهل العلم الشرعي المشهود لهم بالخبرة والحكمة؛ كأساتذة الشريعة في الجامعات المختلفة، وكبار العلماء والأئمة، ويكون تعيينهم بدرجة مستشار شرعي لشئون الأسرة بنطاق المحكمة المختصة.

- مما يفيد في معالجة ظاهرة الطلاق ما يمكن تسميته (الفقه الوقائي) وذلك بمعالجة أسباب الطلاق قبل حدوثها، ومن ذلك التوعية بحق الزوجة في اختيار زوجها، ووضع ما يضمن ذلك من الآليات القانونية.
- يمكن للدولة فرض دورات لازمة للحصول على إذن بعقد الزواج؛ يتم فيها التعريف بالحقوق والواجبات داخل الأسرة؛ والتأهيل للطرفين على المستوى النفسي والعقلي والتثقيفي والصحي؛ بتصحيح مفاهيم الزواج، وتدريب المقبلين على الزواج على فنون التواصل مع شريك الحياة، وحل الخلافات.

الكلمات المفتاحية : ولي الأمر- إلزام- توثيق- الطلاق- المصلحة- شريعة – قانون.

The Power of The Ruler to Compel The Documenting of Divorce in The Public interest - Comparative jurisprudence study

Mohamed Kamal Mabrouk
Islamic Sharia-Faculty of Law- Menoufia University - Egypt
Email of corresponding author : dr_mohamed_kamal@hotmail.com

Abstract :

The research addresses several important points as follows:

1 - Divorce is legitimate in the Quran and Sunnah and consensus and reasonable, and most likely that the original prohibition and hatred except for the need, and the condition of occurrence to be issued by those who have the capacity of rhythm on the legal face; that the husband is Responsible; signed by a woman fit for the place of divorce, and the scholars agreed to get divorce by the word It explicitly without the need for intention, and the legitimate purpose of him to pay the spoil of bad ten, and permanent antagonism is useless; and each of them to reach a husband agrees Vstovi interests of marriage.

2 - Certification of divorce is desirable; to say that divorce does not occur without a certificate contrary to the consensus of Muslims, which is diligent in interviewing the text, and it is likely that the guardian has the right to restrict or prohibit in the interest of the public interest, and the subject of the judgments of suspicion, not the definitive judgments agreed upon, and so The state may enact laws that oblige individuals to document divorce, with the right to be punished with a fine or punishment for those who violate the notarization order.An obligation to authenticate does not mean that it is part of or a condition for divorce.The divorce is in fact in all cases, and not authentication is part of its truth unanimously.

3 - Originally in Egyptian law, it is permissible to prove divorce by all means of legal validity. For Al-Azhar Al-Sharif.

4. The State may play its part in the fight against the divorce phenomenon without resorting to changing or changing a legal ruling :

- ❖ Activating the role of the media, state institutions, civil society, mosques and schools in raising awareness of the importance of family stability, and that it is an integral part of the stability of society and the nation.
- ❖ Activating the provisions of Sharia law to deal with the phenomenon of divorce, such as the subject of arbitration in the event of discord between the spouses or fear, and can be appointed arbitrators from scholars who are known for experience and wisdom; as professors of Sharia in various universities, senior scholars and imams, and be appointed as a legal advisor for family affairs within the scope of the court Competent.
- ❖ It is useful in addressing the phenomenon of divorce what can be called (preventive jurisprudence) by addressing the causes of divorce before they occur, including awareness of the right of the wife to choose her husband, and the development of legal mechanisms to ensure that.
- ❖ The State can impose courses necessary for obtaining permission to enter into marriage, in which the rights and duties within the family are defined; rehabilitation of the parties at the psychological, mental, educational and health level; by correcting the concepts of marriage, training of couples in the arts of communicating with a life partner, and resolving disputes.

Keywords : Guardian - Obligation - Documentation - Divorce - Interest - Sharia - Law

مقدمـــة

الحمد لله رب العالمين؛ والصلاة والسلام على إمام المرسلين وخاتم النبيين ورحمة الله للعالمين سيدنا محمد، وعلى آله الطيبين الطاهرين، ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين. أمَّا بعدُ .. فإن الأسرة هي اللبنة الأولى في بناء المجتمع، وهي في القلب منه؛ يصلح بصلاحها، ويفسد بفسادها، ولا شك أن الشريعة المطهرة وقد بنيت جميع أحكامها على مراعاة المصالح وجلبها ودرء المفاسد ودفعها؛ وعلى مراعاة رتب المصالح وترتيبها فيما بينها؛ لا شك أنها لم تغفل ما تمثله ظاهرة الطلاق من مشكلات، ولا أدل على ذلك من جعل الطلاق في الشريعة مبغضا إلى الله سبحانه وتعالى مع أنه حلال، لكنه لما يسبب من دمار للأسرة وتأثير على الأجيال يقف في آخر درجات الإباحة بما يجعله قريبا من الكراهة أو الحرمة، على خلاف بين الفقهاء كما سيأتي هل الأصل فيه الإباحة أم الحظر.

- وتعاني مصر من انتشار ظاهرة الطلاق بصورة ملفتة؛ في مقابل انخفاض نسبة الزواج؛ فحسب النشرة السنوية لإحصاءات الزواج والطلاق لعام ٢٠١٨ الصادرة عن الجهاز المركزي للتعبئة العامة والإحصاء – وهو الهيئة الرسمية المعنية بالمعلومات في مصر– بلغ عدد عقود الزواج ٨٨٧.٣١٥ عقدا عام ٢٠١٨، مقابل ٩١٢.٦٠٦ عقود عام ٢٠١٧ بنسبة انخفاض قدرها ٢.٨٪، بينما بلغ عدد إشهادات الطلاق ٢١١.٥٥٤ إشهادا عام ٢٠١٨، مقابل ١٩٨.٢٦٩ إشهادا عام ٢٠١٧ بنسبة زيادة قدرها: ٦.٧٪.

- وبحسب الإحصاءات الرسمية يتم إشهار حالة واحدة كل أربعة دقائق بما يزيد عن ٢٥٠ حالة طلاق يومي، وتؤكد الإحصاءات وجود أكثر من ٤ ملايين مطلقة و ٩ مليون طفل ضحية الطلاق.

- وعلى سبيل المثال في شهرٍ واحد؛ كشف تقرير الجهاز المركزي للتعبئة العامة والإحصاء عن ارتفاع حالات الطلاق خلال شهر أغسطس ٢٠١٨ إلى ١٨.٦٠٠حالة بالمقارنة مع ١٨.١٠٠ ألف حالة خلال الشهر نفسه من العام ٢٠١٧؛ إضافة إلى عشرة آلاف حالة خُلع في الشهر نفسه أمام محاكم الأسرة في مختلف المحافظات المصرية، وقد سجلت أعلى نسبة طلاق في مصر بسبب الخلع؛ حيث بلغ عدد الأحكام بها ٧١٣٤ حكماً بنسبة ٨٣.٥٪.[1]

ونظرا لخطورة ظاهرة الطلاق وآثارها المدمرة فقد رأيت أن أشارك بجهد المقل في بحث دور الدولة في الحد من الطلاق عن طريق الإلزام بالتوثيق، واخترت موضوعا بعنوان: (سلطة ولي الأمر في الإلزام بتوثيق الطلاق تحقيقا للمصلحة العامة)، وهو ما يدخل تحت المحور الثالث من محاور مؤتمر كلية الشريعة والقانون الموقرة بطنطا، وأسأل الله أن يكتب لكليتنا الحبيبة وللقائمين على المؤتمر التوفيق والسداد.

- وقد قمت بتخريج الأحاديث النبوية المذكورة في البحث طبقا للمنهج المعتمد في علم الحديث، كما قمت بتوثيق الأقوال الفقهية بنسبتها للمذاهب المختلفة من كتب المذاهب المعتمدة تأكيدا لدقة النقل، وقد أكرر النقل عن نفس المذهب في مسألة واحدة لزيادة فائدة أو معنى، وأكتفي – أحيانا – بالإشارة لأدلة الأقوال دون تفصيلها لوضوحها وعدم الخروج عن مضمون البحث.

---

(١) – التقرير التحليلي للنشرة السنوية لإحصاءات الزواج والطلاق عام ٢٠١٨ ، الصادر عن الجهاز المركزى للتعبئة العامة والاحصاء، تقرير (مصر في أرقام) صـ٤٦: ٥٠، الصادر عن الجهاز المركزى للتعبئة العامة والاحصاء مارس ٢٠١٨، وينظر: ناقوس الخطر :ظاهرة الطلاق فى مصر د/ حلا أحمد ط/ المعهد المصري للدراسات ٢٠١٩م.

- **ويشتمل البحث على الموضوعات التالية:**

المبحث الأول: توثيق الطلاق في الفقه الإسلامي.

-المطلب الأول: الطلاق في الفقه الإسلامي.

-المطلب الثاني: مقاصد الشريعة في الطلاق.

-المطلب الثالث: توثيق الطلاق في الفقه الإسلامي.

-الفرع الأول: تعريف التوثيق.

-الفرع الثاني: حكم التوثيق عمومـًا.

-الفرع الثالث: حكمة مشروعية التوثيق.

-الفرع الرابع: حكم توثيق عقد الزواج.

-الفرع الخامس: حكم توثيق الطلاق.

المبحث الثاني: توثيق الطلاق في القانون المصري.

-المطلب الأول: تعريف الإثبات في القانون.

-المطلب الثاني: توثيق الزواج في القانون.

-المطلب الثالث: توثيق الطلاق في القانون.

-المطلب الرابع: قضاء المحكمة الدستورية العليا بشأن توثيق الطلاق.

-المطلب الخامس: قضاء محكمة النقض بشأن توثيق الطلاق.

المبحث الثالث: حدود سلطة ولي الأمر في تقييد المباح أو حظره للمصلحة العامة.

-المطلب الأول: حكم طاعة ولي الأمر في تقييد المباح أو منعه.

-المطلب الثاني: حكم إلزام ولي الأمر بالإشهاد على الطلاق للمصلحة العامة.

-المطلب الثالث: مقارنة بين الرأيين الشرعي والقانوني في توثيق الطلاق (استنادا لسلطة ولي الأمر في تقييد المباح أو حظره تحقيقا للمصلحة العامة).

-خاتمة تشتمل على نتائج وتوصيات البحث.

المبحث الأول
توثيق الطلاق في الفقه الإسلامي

يندرج الطلاق في الفقه الإسلامي تحت باب (فرق النكاح)، وقد توسع الفقهاء في الكلام عنه تأسيا بالقرآن الكريم والسنة المطهرة نظرا لما يمثله من أهمية في حياة الأسرة المسلمة؛ فاحتاج تفصيلا لأحكامه.

المطلب الأول
الطلاق في الفقه الإسلامي

الفرع الأول : تعريف الطلاق

أولاً: تعريف الطلاق لغة: مشتق من الإطلاق، وهو الحل والتخلية، والإرسال، والترك، قال ابن فارس: (الطاء، واللام، والقاف: أصل صحيح مطرد واحد، وهو يدل على التخلية والإرسال).[1]

ثانيًا: تعريف الطلاق اصطلاحًا: عرف الفقهاء الطلاق بتعريفات متقاربة؛ فقالوا إنه: حل قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ الطلاق أو ما يقوم مقامه.[2]

الفرع الثاني: دليل مشروعية الطلاق:

استدل الفقهاء على مشروعية الطلاق بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول[3]، قال الإمام ابن حجر الهيتمي: " والأصل فيه الكتاب، والسنة، وإجماع الأمة؛ بل سائر الملل".[4]

---

(١) – معجم مقاييس اللغة ٣/ ٤٢٠، لسان العرب ١٠/ ٢٢٥، المغرب ج١ ص٢٩٣.

(٢) – ينظر: العناية شرح الهداية ج٣ ص٤٦٣-٤٦٤، مواهب الجليل ج٤ ص١٨-١٩، مغني المحتاج ج٤ ص٤٥٥، الإنصاف ج٨ ص٤٢٩-٤٣٠، الموسوعة الفقهية الكويتية ج٢٩ ص٥-٨.

(٣) – ينظر: البيان ج١٠ ص٦٣-٦٧، الحاوي الكبير ج١٢ ص٣٨١-٣٨٤.

(٤) – تحفة المحتاج ج٨ ص٢-٤.

فمن الكتاب قوله تعالى: { **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**} [سورة البقرة:الآية ٢٢٩]. وقوله تعالى: { **يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ** } [سورة الطلاق:الآية ١].

ومن السنة: قوله صلى الله عليه وسلم: «ليس شيء من الحلال أبغض إلى الله من الطلاق»(١).

أما دليل المعقول: فقد يقع بين الزوجين من التنافر والتباغض ما يوجب الخصومة الدائمة، فلزوم النكاح إذن ضرر في حقها ومفسدة محضة بلا فائدة؛ فوجب إزالتها بالترك ليخلص كل من الضرر.(٢)

الفرع الثالث: الحكم التكليفي للطلاق:

اختلف الفقهاء هل الأصل في الطلاق الحظر أم الإباحة، فالجمهور على أن الأصل في الطلاق الإباحة، وذهب بعض الفقهاء إلى أن الأصل فيه الحظر، والجمهور على إباحته بالنصوص المطلقة كقوله تعالى:{ **لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ** }[سورة البقرة:الآية ٢٣٦]، وقوله تعالى:{**يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ**}[سورة الطلاق:الآية ١] وأمثالهما.(٣)

قال الكاساني: "النكاح عقد مسنون بل هو واجب لما ذكرنا في كتاب النكاح؛ فكان

---

(١) والحديث ضعيف، رواه الإمام البيهقي في السنن الكبرى ٧/ ٣٢٢ وقال:"هذا حديث أبي داود وهو مرسل، وفي رواية بن أبي شيبة عن عبد الله بن عمر موصولا، ولا أراه حفظه"، ورواه أبو داود في سننه ١/ ٦٦١، لكن صححه المناوي في التيسير ٢/ ٣٣٩. وينظر: مغني المحتاج ج٤ ص٤٥٥.

(٢) ينظر: شرح منتهى الإرادات ج٣ ص٧٢-٧٣.

(٣) ينظر: العناية شرح الهداية ج٣ ص٤٦٣-٤٦٤.

الطلاق قطعا للسنة وتفويتا للواجب فكان الأصل هو الحظر والكراهة؛ إلا أنه رخص للتأديب، أو للتخليص".[1]

- وقد ذكر الفقهاء بعد ذلك أن الطلاق تعتريه الأحكام الخمسة؛ فيكون مباحا أو مندوبا أو واجبا، كما يكون مكروها أو محرما، فالمباح: يكون عند الحاجة إليه لسوء خلق المرأة، أو لسوء عشرتها، والمكروه: إذا كان لغير حاجة على الصحيح من المذهب، والمستحب: وهو عند تفريط المرأة في حقوق الله الواجبة عليها مثل الصلاة ونحوها، وكونها غير عفيفة ولا يمكن إجبارها على فعل حقوق الله تعالى فهذه يستحب طلاقها، وقيل: يجب لكونها غير عفيفة، ولتفريطها في حقوق الله تعالى، والمحرم: وهو طلاق الحائض، أو في طهر أصابها فيه، والواجب: وهو طلاق المولي بعد التربص إذا أبى الفيئة، وطلاق الحكمين إذا رأيا ذلك.[2]

الفرع الرابع: شرط وقوع الطلاق:

يقع الطلاق إذا صدر ممن يملك أهلية إيقاعه على الوجه الشرعي؛ بأن يكون الزوج مكلفا؛ يوقعه على امرأة تصلح محلا لطلاقه، قال الكاساني: " فإذا ثبت أن هذا التصرف مشروع فوجود التصرف – حقيقة – بوجود ركنه، ووجوده – شرعا – بصدوره من أهله وحلوله في محله".[3]

- وقد اتفق الفقهاء على أن الصيغة ركن من أركان الطلاق؛ ويقصد بها: اللفظ الدال على إيقاع الطلاق، كما اتفق الفقهاء على حصول الطلاق باللفظ الدال عليه صراحة دون الحاجة لنية، لأن النية تشترط في ألفاظ الكناية التي لا تدل على وقوع

(١) بدائع الصنائع (دار الكتب العلمية-الطبعة الثانية-١٤٠٦هـ-١٩٨٦م) ج٣ ص٩٣-٩٦.

(٢) ينظر: الإنصاف ج٨ ص٤٢٩-٤٣٠، وقال مثل ذلك الهيتمي في تحفة المحتاج ج٨ ص٢-٤.

(٣) بدائع الصنائع ج٣ ص١١١-١١٣.

الطلاق صراحة،[1] وقد نقل الإجماع على ذلك غير واحد من الفقهاء؛ قال ابن حجر الهيتمي: "**ويقع الطلاق بصريحه؛ وهو ما لا يحتمل ظاهره غير الطلاق؛ ومن ثم وقع إجماعا ... "بلا نية"** لإيقاع الطلاق من العارف بمدلول لفظه".[2]

وقال الماوردي: "اعلم أنه لا يخلو حال من تلفظ بصريح الطلاق من أربعة أقسام: **أحدها: أن يقصد اللفظ وينوي الفرقة، فيقع به الطلاق إجماعا، إذا كان المتلفظ من أهل الطلاق"**.[3]

وقال ابن قدامة: " (وإذا أتى بصريح الطلاق لزمه، نواه، أو لم ينوه)؛ قال ابن المنذر: **أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن جد الطلاق وهزله سواء"**.[4]

وقال الإمام البغوي: "**اتفق أهل العلم على أن طلاق الهازل يقع**، وإذا جرى صريح لفظ الطلاق على لسان العاقل البالغ لا ينفعه أن يقول: كنت فيه لاعبا أو هازلا، لأنه لو قبل ذلك منه لتعطلت الأحكام، ولم يشأ مطلق أو ناكح أو معتق أن يقول: كنت في قولي هازلا إلا قال؛ فيكون في ذلك إبطال أحكام الله تعالى".[5]

وقال الإمام الخطابي: "**اتفق عامة أهل العلم على أن صريح لفظ الطلاق إذا جرى**

---

(١) ينظر: فتح القدير ج٣ ص٤٦٣، وينظر: العناية شرح الهداية ج٣ ص٤٦٣-٤٦٤، البناية ج٥ ص٢٨٠-٢٨١، التاج والإكليل ج٥ ص٣٢٤-٣٢٥، وينظر: حاشية الصاوي ج٢ ص٥٥٩-٥٦٠، شرح حدود ابن عرفة ج١ ص١٩٣، أسنى المطالب ج٣ ص٢٦٩-٢٧٠، حاشيتا قليوبي وعميرة ج٣ ص٣٢٤-٣٢٦، البيان في مذهب الإمام الشافعي ج١٠ ص٨٨-٨٩، الروض المربع ج١ ص٣٩٥، وينظر: العدة شرح العمدة ج١ ص٤٤٥-٤٤٦.

(٢) تحفة المحتاج ج٨ ص٤-٧.

(٣) الحاوي الكبير ج١٣ ص٧-٩.

(٤) المغني ج٧ ص٣٩٧.

(٥) شرح السنة ٩/ ٢٢٠.

على لسان البالغ العاقل فإنه مؤاخذ به، ولا ينفعه أن يقول كنت لاعبًا أو هازلاً أو لم أنو به طلاقًا أو ما أشبه ذلك من الأمور".[1]

وقال ابن القطان: "**وأجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أن طلاق الجد والهزل سواء**، وثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة»[2]. ولا نعلم خلافًا أن من طلق ولم يشهد أن الطلاق له لازم، وقوله تعالي: (**وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ**) (سورة النساء: الآية ١٣٠) أن يقول لها أنت طالق بإجماع الأمة، ومن قال لزوجه: أنت طالق، كان حكم الطلاق له بظاهر قوله؛ للاتفاق على ذلك".[3]

- وقد استدل الفقهاء على وقوع الطلاق باللفظ الصريح من غير حاجة إلى نية – إضافة للإجماع السابق – بأدلة من الكتاب والسنة والمعقول كما يلي:

١- فمن الكتاب الكريم آيات كثيرة ذكر الطلاق فيها من غير شرط النية؛ منها قوله تعالى: {**فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ** } [سورة الطلاق: الآية ١]، وقوله سبحانه وتعالى: {الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ } [سورة البقرة:الآية ٢٢٩]، وقوله جل شأنه: { **فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ** } [سورة البقرة:الآية ٢٣٠].

٢- ومن الحديث: ما صح عن عبد الله بن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض؛ فذكر عمر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال: (مره فليراجعها؛ ثم ليمسكها حتى تطهر ثم

(١) معالم السنن ٣/ ٢٤٣.

(٢) حديث صحيح سبق تخريجه.

(٣) الإقناع في مسائل الإجماع ٢/ ٣١، ٣٢.

تحيض فتطهر؛ فإن بدا له أن يطلقها فليطلقها)[1]، فقد أمره صلى الله عليه وسلم أن يراجعها؛ ولم يسأله هل نوى الطلاق أو لم ينو، ولو كانت النية شرطا لسأله؛ ولا مراجعة إلا بعد وقوع الطلاق، فدل على وقوع الطلاق من غير نية.[2]

٣- وجاء عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال: " ثلاث جدهن جد وهزل جد النكاح والطلاق والرجعة ".[3]

٤- واستدل الفقهاء على وقوع الطلاق باللفظ الصريح – من غير حاجة لنية – بأدلة من المعقول على الوجه التالي:-

- القياس على الفرقة بالفسخ؛ فلما لم يفتقر الفسخ إلى النية، لم يفتقر الطلاق إليها.[4]
- القياس على العتق؛ فلما لم يفتقر صريح العتق إلى النية، لم يفتقر صريح الطلاق إلى النية.[5]
- أن ما يعتبر له القول يكتفي فيه به من غير نية إذا كان صريحا فيه كالبيع.[6]
- أنه قد افترق في الطلاق حكم الصريح والكناية، فلو افتقر الصريح إلى النية لصار

(١) متفق عليه، صحيح البخاري ٥/ ٢٠١١، صحيح مسلم ٤/ ١٧٩.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع ج٣ ص١٠١-١٠٥.

(٣) حديث صحيح، قال أبو عيسى هذا حديث حسن غريب، والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم. الترمذي ٣/ ٤٩٠ سنن البيهقي الكبرى ٧/ ٣٤٠.

(٤) الحاوي الكبير ج١٣ ص٧-٩.

(٥) الحاوي الكبير ج١٣ ص٧-٩.

(٦) المغني ج٧ ص٣٩٧.

جميعه كناية.[1]

- أن النية عملها تعيين المبهم، ولا إبهام في لفظ الطلاق الصريح لغلبة الاستعمال، فلا حاجة إلى النية فيه.[2]
- أنه لو اشترطت النية في اللفظ الصريح لتعطلت الأحكام، ولم يشأ مطلق أو ناكح أو معتق أن يقول: كنت في قولي هازلا إلا قال؛ فتبطل أحكام الشرع.[3]

المطلب الثاني
مقاصد الشريعة في الطلاق

الفرع الأول: حكمة مشروعية الطلاق:

تقدم أن من الفقهاء من قال إن الأصل في الطلاق الحظر والمنع؛ لكن ربما فسدت الحال بين الزوجين فيصير بقاء النكاح مفسدة محضة وضررا مجردا؛ بإلزام الزوج النفقة والسكنى، وحبس المرأة مع سوء العشرة، والخصومة الدائمة من غير فائدة، فاقتضى ذلك شرع ما يزيل النكاح لتزول المفسدة الحاصلة منه[4]، والحاجة إلى الخلاص عند تباين الأخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم إقامة حدود الله تعالى وشرعه رحمةٌ منه سبحانه وتعالى.[5] قال الكاساني: **"شرع الطلاق في الأصل لمكان المصلحة**؛ لأن الزوجين قد تختلف أخلاقهما وعند اختلاف الأخلاق لا يبقى النكاح مصلحة؛ لأنه لا يبقى وسيلة إلى المقاصد فتنقلب المصلحة إلى الطلاق ليصل كل

(١) الحاوي الكبير ج١٣ ص٧-٩.

(٢) المبسوط ج٦ ص٧٥-٧٧.

(٣) شرح السنة ٩/ ٢٢٠.

(٤) ينظر: المغني ج٧ ص٣٦٣-٣٨٣، المبسوط ج٦ ص٢-٣.

(٥) فتح القدير ج٣ ص٤٦٣.

واحد منهما إلى زوج يوافقه فيستوفي مصالح النكاح منه".[1] ويترك لكل من الزوجين الفرصة لبدء تجربة جديدة توافقه، كما في قوله تعالى: (**وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللهُ وَاسِعًا حَكِيمًا**). سورة النساء الآية:(١٣٠). قال الإمام القرطبي: "فقد يقيض للرجل امرأة تقر بها عينه، وللمرأة من يوسع عليها".[2]

- وقد كان الناس في أول الإسلام يطلقون بغير عدد؛ يطلق الرجل المرأة ثم يدعها حتى إذا شارفت انقضاء العدة راجعها ثم طلقها ضرارا، فقصرهم الله على الطلقات الثلاث ... **ولولا أن الحاجة داعية إلى الطلاق لكان الدليل يقتضي تحريمه كما دلت عليه الآثار والأصول؛ ولكن الله تعالى أباحه رحمة منه بعباده لحاجتهم إليه أحيانا.**[3]

قال ابن عاشور: "والمقصد الشرعي فيه ارتكاب أخف الضرر عند تعسُّر استقامة المعاشرة، وخوف ارتباك حالة الزوجين، وتسرب ذلك إلى ارتباك حالة العائلة؛ فكان شرع الطلاق لحل آصرة النكاح، وقد أشار إلى ذلك قوله تعالى: {**إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ**}. البقرة: ٢٢٩".[4]

الفرع الثاني: الطلاق أبغض الحلال:

لما كان الطلاق حلا لعقدة النكاح الذي حض الإسلام عليه ورغب فيه؛ كان موقعه من سلم التشريع أدنى المباحات، فهو أقرب المباحات إلى الممنوع، مع الحاجة إليه عند الاضطرار، قال الشاطبي: " قد جاء ما يقتضي تعلق الكراهة في بعض ما ثبتت له

---

(١) بدائع الصنائع ج٣ ص١١١-١١٣.

(٢) تفسير القرطبي ٥/ ٤٠٨.

(٣) ينظر: مجموع الفتاوى ٣٢/ ٨٩.

(٤) مقاصد الشريعة ٣/ ٤٤٥.

الإباحة؛ كالطلاق السني ... **ولذلك لم يأت به صيغة أمر في القرآن ولا في السنة – يعني الطلاق – كما جاء في التمتع بالنعم**، وإنما جاء مثل قوله: { **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ** } [سورة البقرة:الآية ٢٢٩]، { **فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ**} [سورة البقرة:الآية ٢٣٠]، {**يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ**} [سورة الطلاق: الآية ١] ولا شك أن جهة البغض في المباح مرجوحة"[(١)].

وقال في بيان معنى كونه مبغضا مع إباحته: " المباح ضربان: أحدهما أن يكون خادما لأصل ضروري، أو حاجي، أو تكميلي، والثاني: أن لا يكون كذلك. والثاني: إما أن يكون خادما لما ينقض أصلا من الأصول الثلاثة المعتبرة، أو لا يكون خادما لشيء كالطلاق؛ فإنه ترك للحلال الذي هو خادم لكلي إقامة النسل في الوجود، وهو ضروري، ولإقامة مطلق الألفة والمعاشرة، واشتباك العشائر بين الخلق، وهو ضروري أو حاجي أو مكمل لأحدهما، فإذا كان الطلاق بهذا النظر خرما لذلك المطلوب ونقضا عليه كان مبغضا، ولم يكن فعله أولى من تركه إلا لمعارض أقوى؛ كالشقاق وعدم إقامة حدود الله، وهو من حيث كان جزئيا في هذا الشخص، وفي هذا الزمان مباح وحلال".[(٢)]

- ويرى بعض الفقهاء إن الكراهة في حديث: "أبغض الحلال إلى الله الطلاق" لسوء العشرة لا للطلاق؛ لإباحة الله تعالى، وفعله صلى الله عليه وسلم، وقالوا: إن الأقرب كونه منه صلى الله عليه وسلم كان لسبب رجحه، ومحمل كونه أبغض أنه أقرب

(١) الموافقات ١/ ٢٠٠.

(٢) الموافقات ١/ ٢٠٣، ٢٠٤.

الحلال إلى البغض؛ فنقيضه أبعد من البغض فيكون أحل من الطلاق.[1]

قال الصنعاني: " ... في الحلال أشياء مبغوضة إلى الله تعالى، وأن أبغضها الطلاق، فيكون مجازا عن كونه لا ثواب فيه، ولا قربة في فعله، ومثّل بعض العلماء المبغوض من الحلال بالصلاة المكتوبة في غير المسجد لغير عذر، والحديث دليل على أنه يحسن تجنب إيقاع الطلاق ما وجد عنه مندوحة".[2] قال الهيتمي: " وإثبات بغضه تعالى له المقصود منه زيادة التنفير عنه لا حقيقته؛ لمنافاتها لحله".[3]

الفرع الثالث: حكمة اختصاص الزوج بالطلاق:

يقوم التشريع الإسلامي على التكامل؛ فكل حق يقابله واجب، وكل أهلية يقابلها مسئولية، وقد جعل الشارع الحكيم عقد الزواج متعلقا بالزوجين يعقد بإرادتهما معا، ثم جعل حل هذا العقد بيد الرجل منفردا، وجعل مقابل ذلك للمرأة الحق في طلب التطليق للضرر أو الخلع إن شاءت، ولو جُعِل أمر الطلاق للزوجين معا أو للمرأة كما للرجل – استجابة لأهل الأهواء – لاختل هذا النظام القائم على التوازن، وعندها لا نستطيع إلزام الرجل بمهر أو نفقة أو متعة؛ لأنه قد تستخدم المرأة حق الطلاق وقتئذ للمضارة بالرجل وأكل ماله، إضافة لما يملكه الرجل من حكمة وروية تجعله – مع ما غرمه من مال – يحسن استخدام هذا الحق فلا يستعمله إلا لضرورة، وهذا الفهم الشامل للأحكام الشرعية هو ما ذكره العلماء من قديم؛ قال الإمام الشاطبي: (ومدار الغلط في هذا الفصل إنما هو على حرف واحد؛ هو الجهل بمقاصد الشرع، وعدم ضم

(١) مواهب الجليل ج٤ ص١٨-١٩.

(٢) سبل السلام ج٢ ص٢٤٧-٢٥١.

(٣) تحفة المحتاج ج٨ ص٢-٤.

أطرافه بعضها إلى بعض؛ فإن مأخذ الأدلة عند الأئمة الراسخين إنما هي على أن تؤخذ الشريعة كالصورة الواحدة بحسب ما ثبت من كلياتها وجزئياتها المرتبة عليها، وعامها المرتب على خاصها؛ ومطلقها المحمول على مقيدها، ومجملها المفسر بمبينها، إلى ما سوى ذلك من مناحيها ... وما مثلها إلا مثل الإنسان الصحيح السوي ... فشأن الراسخين تصور الشريعة صورة واحدة يخدم بعضها بعضا؛ كأعضاء الإنسان إذا صورت صورة متحدة).[1]

-وقد فسر الإمام الماوردي سبب اختصاص الزوج بالطلاق فقال: "فيختص الزوج بالطلاق وإن اشترك الزوجان في عقد النكاح، وهو أحد التأويلات في قوله تعالى: {**وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ**} سورة البقرة الآية: ٢٢٨، أن الرجل يملك الطلاق ولا تملكه الزوجة؛ فإن قيل فلم اشترك الزوجان في النكاح وتفرد الزوج بالطلاق؟. قيل لأمرين: أحدهما: أنه لما اشترك الزوجان في الاستمتاع جاز أن يشتركا في عقد النكاح، ولما اختص الزوج بالتزام المؤونة جاز أن يختص الزوج بإيقاع الفرقة، والثاني: أن المرأة لم يجعل الطلاق إليها لأن شهوتها تغلبها فلم تؤمن منها معاجلة الطلاق عند التنافر، والرجل أغلب لشهوته منها، وأنه يؤمن منه معاجلة الطلاق عند التنافر".[2] والقصد بشهوتها هنا قوة العاطفة وغلبتها عليها بخلاف الرجل في الغالب.

قال ابن عاشور: "وجعل أمر الطلاق بيد الرجل لأنه في غالب الأحوال أحرصُ على استبقاء زوجه، وأعلق بها، وأنفذ نظراً في مصلحة العائلة، على أنه قد جعل للمرأة الوصول إلى الطلاق بطريق الخلع، أو بطريق الرفع إلى الحاكم إن حصل إضرار".[3]

---

(١) الاعْتِصَام ٢/ ٦١ للإمام الشاطبي.

(٢) الحاوي الكبير ج١٢ ص٣٨٤.

(٣) مقاصد الشريعة ٣/ ٤٤٥

الفرع الرابع: علاج الإسلام لظاهرة الطلاق:

عالج الإسلام الطلاق بجعله آخر الدواء، وجعل حكمه الكراهة إن لم تدع إليه حاجة ملحة يصبح معها وجوده مصلحة راجحة، ويكون الطلاق حينها دواء ناجعا لحالة تحتاج تدخلا حاسما، ومع ذلك حدد الشرع الحنيف خطوات تقلل من وقوع الطلاق، أولاً بعلاج الأمور التي تتسبب في وقوع الخلاف والشقاق بين الزوج وزوجته، ومن ذلك أمره تعالى بالصبر والعشرة بالمعروف لمن يكره الرجل صحبتها، فقد يكون في ذلك خير كثير كما في قوله تعالى: **"وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا"** سورة النساء الآية:(١٩)، كذلك عالج الإسلام حالة النشوز إذا كان من جهة الزوجة بقوله تعالى: **"وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا "** سورة النساء الآية: (٣٤)، وكذا النشوز من جهة الزوج قال فيه تعالى: **"وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا "** سورة النساء الآية: (١٢٨)، أما لو وصل الشقاق لدرجة كبيرة تستدعي تدخلا خارجيا فقد شرع الإسلام وجود حكمين من الأقربين؛ ينوبان عن الزوجين في محاولة الإصلاح، وذلك في قوله تعالى: **"وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا"**. سورة النساء الآية:(٣٥).

المطلب الثالث
توثيق الطلاق في الفقه الإسلامي

الفرع الأول: تعريف التوثيق

أولا: التوثيق في اللغة: هو الإحكام والتثبيت والتقوية، والوثيقة في الأمر: إحكامه والأخذ بالثقة، والجمع الوثائق، وأيضا: الصك بالدين أو البراءة منه، والمستند وما جرى هذا المجرى، والميثاق من المواثقة والمعاهدة، ومنه الموثق، وهو من يوثق العقود ونحوها بالطريق الرسمي.(١)

ثانيا: تعريف التوثيق شرعا: لا يخرج المعنى الشرعي للتوثيق عن تعريفه اللغوي، فهو يعني القيام بما يساعد على حفظ الحق ومعرفته من كتاب وغيره، قال ابن عابدين: "الموثق هو كاتب القاضي الذي يكتب الوثيقة، وهي المسماة حجة في زماننا".(٢) وقال السرخسي: "من أعتق عبدا ينبغي أن يكتب له بذلك كتابا، والمقصود بالكتاب: التوثيق؛ فليكتب على أحوط الوجوه، ويتحرز فيه عن طعن كل طاعن".(٣)

الفرع الثاني: حكم التوثيق عموماً

التوثيق مشروع، وقد يكون مندوبا كما في البيع وعقود المعاوضات، وقد يجب كما في الزواج، وللتوثيق أشكال كثيرة، منها ما يؤمنه عن الجحود وذلك كالشهود، ومنها ما يؤمنه عن نسيان الشهود وذلك الكتاب، ومنها ما يؤمنه عن التَّوَى بإفلاس من عليه الحق وذلك الكفالة والحوالة، ومنها ما يؤمنه عن إبراء بعض حقه بمزاحمة سائر الغرماء إياه بعد موت المديون وذلك الرهن.(٤)

---

(١) لسان العرب ١٠/ ٣٧١، تاج العروس ٢٦/ ٤٥٠، المعجم الوسيط ٢/ ١٠١٢.

(٢) حاشية ابن عابدين ٥/ ٤٠٠، وينظر: توثيق المعاملات (مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية رجب ١٤٠٩ هـ) ج-١ ص١٨.

(٣) المبسوط ج٧ ص٦١-٦٢.

(٤) ينظر: المبسوط ج٢١ ص٦٩-٧٢.

قال الماوردي: "أما الشهادة فهي إحدى الوثائق في الحقوق والعقود ... وندب الله تعالى إليها احتياطا في مواضع من كتابه العزيز ... وما يشهد فيه ضربان: حقوق، وعقود، وأما الشهادة في العقود؛ فالشهادة فيها تنقسم ثلاثة أقسام: أحدها: ما كانت الشهادة واجبة فيه وشرطا في صحته، وهي عقود المناكح ... والقسم الثاني: ما كانت الشهادة فيه وثيقة، ولم تكن شرطا في صحة عقده كالإجارة، والرهن، والقراض، والوكالة. والقسم الثالث: ما كان مختلفا في وجوبها فيه؛ وهو عقود البياعات، فمذهب الشافعي وأبي حنيفة، ومالك وأكثر الفقهاء: أن الشهادة في البيع مستحبة وليست واجبة".[1]

الفرع الثالث: حكمة مشروعية التوثيق

قال الفقهاء إن في التوثيق منفعة من أوجه: أحدها: صيانة الأموال، وقد أمرنا بصيانتها ونهينا عن إضاعتها. **والثاني**: قطع المنازعة؛ فإن الوثيقة تصير حكما بين المتعاملين، ويرجعان إليها عند المنازعة فتكون سببا لتسكين الفتنة، ولا يجحد أحدهما حق صاحبه مخافة أن تخرج الوثيقة ويشهد الشهود عليه بذلك فينفضح أمره بين الناس. **والثالث**: التحرز عن العقود الفاسدة؛ لأن المتعاملين ربما لا يهتديان إلى الأسباب المفسدة للعقد ليتحرزا عنها فيحملهما الكاتب على ذلك إذا رجعا إليه ليكتب. **والرابع**: رفع الارتياب؛ فقد يشتبه على المتعاملين إذا تطاول الزمان مقدار البدل ومقدار الأجل؛ فإذا رجعا إلى الوثيقة لا يبقى لواحد منهما ريبة.[2] قال ابن العربي: " لما أمر الله سبحانه بالتوثيق بالشهادة على الحقوق كان ذلك دليلا على المحافظة في

(١) الحاوي الكبير ج٢١ ص٣-٥، وينظر: أحكام القرآن للشافعي ج٢ ص١٢٤-١٢٧، المنثور ج٣ ص٣٢٧-٣٢٨.

(٢) ينظر: الموسوعة الفقهية ج١٤ ص١٣٤-١٣٥.

مراعاة المال وحفظه".[1]

وقال ابن عاشور: "ومقصد الشريعة من الشهود: الإخبارُ عما يبيّن الحقوق وتوثيقها ... والمقصد لتوثيق الحقوق المشهود بها ضبطُها وأداؤها عند الاحتياج إليه، وذلك يقتضي كتابة ما يشهد به الشهود، إذا كان الحق من شأنه أن يدوم تداولُه مدةً يبيد في مثلها الشهود؛ فلذلك تعيّنت مشروعية كتابة التوثقات، قال الله تعالى: {**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ**} .سورة البقرة الآية (٢٨٢). فهذا أصل عظيم للتوثيق، ولذلك ابتدئ العملُ به من عهد النبوة ... واتصل عملُ المسلمين في الأقطار كلها بكتابة التوثقات في المعاملات كلها، مثل رسوم الأملاك والصدقات، وكذلك إثبات صحة رسوم التملك والتعاقد بمثل وضع الختم ... إعلاماً بصحتها".[2]

الفرع الرابع: حكم توثيق عقد الزواج

الأصل عند الفقهاء أن توثيق عقد الزواج واجب؛ على خلاف بينهم في كيفية التوثيق؛ هل يلزم بشاهدي عدل أم يكتفى فيه بالإشهار فقط؟. قال ابن تيمية: "وإذا كان النكاح بحضرة شاهدين من المسلمين صح النكاح وإن لم يكن هناك أحد من الأئمة، ولو لم يكن الشاهدان معدلين عند القاضي بأن كانا مستورين صح النكاح إذا أعلنوه ولم يكتموه في ظاهر مذهب الأئمة الأربعة ... ولو لم يكن بحضرة شهود بل زوجها وليها وشاع ذلك بين الناس صح النكاح في مذهب مالك وأحمد بن حنبل في إحدى الروايتين عنه، وهذا أظهر قولي العلماء؛ فإن المسلمين مازالوا يزوجون النساء على عهد النبي صلى الله عليه وسلم ولم يكن النبي صلى الله عليه وسلم يأمرهم بالإشهاد،

(١) أحكام القرآن لابن العربي ج١ ص٣٤٧، وينظر: الحاوي الكبير ج٢١ ص٣-٥.

(٢) مقاصد الشريعة الإسلامية ٣/ ٥٤٨،٥٤٧ لابن عاشور.

وليس في اشتراط الشهادة في النكاح حديث ثابت؛ لا في الصحاح ولا في السنن ولا في المساند".[1]

- **وقد استحب بعض الفقهاء كتابة عقد الزواج توثيقا وصيانة له عن الإنكار**، قال ابن نجيم: "قال في المحيط من باب العتق: ويستحب للعبد أن يكتب للعتق كتابا ويشهد عليه شهودا؛ توثيقا وصيانة عن التجاحد كما في المداينة، بخلاف سائر التجارات لأنه مما يكثر وقوعها، فالكتابة فيها تؤدي إلى الحرج ولا كذلك العتق، وينبغي أن يكون النكاح كالعتق لأنه لا حرج فيها)".[2] أي يستحب كتابة عقد الزواج كالعتق؛ لأنه لا حرج في كتابته لعدم تكراره.

-أما **كتابة المعاملات المالية الخاصة بالزواج كالصداق والنفقة وغيرهما فلم يشترطها الفقهاء، وإنما استحبوا ذلك قياسا على سائر المعاملات المالية**، قال ابن جزي: "(المسألة الخامسة) في كتاب الصداق – يعني كتابته –: وليس شرطا؛ وإنما يكتب هو وسائر الوثائق توثيقا للحقوق ورفعا للنزاع، وأوجب الظاهرية كتابة عقود الدين".[3] وقال ابن تيمية: "ولم يكن الصحابة يكتبون " صداقات " لأنهم لم يكونوا يتزوجون على مؤخر؛ بل يعجلون المهر وإن أخروه فهو معروف؛ فلما صار الناس يتزوجون على المؤخر والمدة تطول وينسى؛ صاروا يكتبون المؤخر، وصار ذلك حجة في إثبات الصداق؛ وفي أنها زوجة له؛ لكن هذا الإشهاد يحصل به المقصود".[4]

---

(١) مجموع الفتاوى ٣٢/ ٣٤، وينظر: الأشباه والنظائر ج١ ص٢٨٣.

(٢) البحر الرائق ج٣ ص٩٤-٩٧.

(٣) القوانين الفقهية صـ١٣١ لابن جزي.

(٤) مجموع الفتاوى ٣٢/ ١٣١.

الفرع الخامس: حكم توثيق الطلاق

تقدم أن الأصل عند الفقهاء هو وجوب توثيق الزواج، أما الطلاق فقد بحث الفقهاء مسألة توثيقه بالشهادة؛ مع إجماعهم على عدم وجوب الكتابة كأداة للتوثيق، وسأذكر فيما يلي آراء الفقهاء في الإشهاد على الطلاق.

حكم الإشهادعلى الطلاق: اختلف الفقهاء في حكم الإشهاد على الطلاق، وجاء اختلافهم على ثلاثة أقوال:

القول الأول: وقال به جمهور الفقهاء: أن الإشهاد على الطلاق مستحب وليس بواجب، وحكى الإجماع على عدم الوجوب عدد كبير من الفقهاء؛ على رأسهم الإمام الشافعي فقال: " فاحتمل أمر الله عز وجل بالإشهاد في الطلاق والرجعة ما احتمل أمره بالإشهاد في البيوع – يعني أنه مستحب–، ودل ما وصفت من أني لم ألق مخالفا حفظت عنه من أهل العلم أن حراما أن يطلق بغير بينة على أنه – والله تعالى أعلم – دلالة اختيار؛ لا فرضٌ يعصي به من تركه، ويكون عليه أداؤه إن فات في موضعه ... والاختيار في هذا وفي غيره – مما أمر فيه بالشهادة – والذي ليس في النفس منه شيء: الإشهاد".[1]

وقال ابن القطان في الإقناع: "ولا نعلم خلافًا أن من طلق ولم يشهد أن الطلاق له لازم.[2] وقال ابن تيمية: "وقد ظن بعض الناس أن الإشهاد هو على الطلاق، وظن أن الطلاق الذي لا يشهد عليه لا يقع، وهذا خلاف الإجماع، وخلاف الكتاب والسنة، ولم يقل أحد من العلماء المشهورين به".[3] وقال الشوكاني: "قد وقع الإجماع على

(١) الأم ج٧ ص٨٨-٨٩.

(٢) الإقناع في مسائل الإجماع ٢/ ٣١، ٣٢.

(٣) مجموع الفتاوى ٣٣/ ٣٣.

عدم وجوب الإشهاد في الطلاق ... والقائلون بعدم الوجوب يقولون بالاستحباب".[1]

قال الكاساني: " ومعلوم أن الإشهاد على الفرقة ليس بواجب؛ بل هو مستحب". [2]

وقال الإمام السرخسي من الحنفية في تأييد ذلك: "الإشهاد على الفرقة مستحب لا واجب ... والمراد بالآية الاستحباب، ألا ترى أنه جمع بين الرجعة والفرقة وأمر بالإشهاد عليهما؛ ثم الإشهاد على الفرقة مستحب لا واجب فكذلك على الرجعة".[3]

-والحكمة من الإشهاد كما معنيان: أحدهما: الاهتمام بأمر الفروج؛ لئلا يكون نظم تدبير المنزل ولا فكه إلا على أعين الناس، والثاني: ألا تشتبه الأنساب وألا يتوادع الزوجان من بعد فيهملا الطلاق.[4]

دليل الجمهور: استند جمهور الفقهاء في القول بالاستحباب وعدم الوجوب إلى الآية الكريمة: **" فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ** ". سورة الطلاق الآية (٢).

قال القرطبي: "قوله تعالى: "وأشهدوا" أمر بالإشهاد على الطلاق، وقيل: على الرجعة، والظاهر رجوعه إلى الرجعة لا إلى الطلاق ... وقيل: المعنى: وأشهدوا عند الرجعة والفرقة جميعا، وهذا الإشهاد مندوب إليه عند أبي حنيفة، كقوله تعالى: {**وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ** } سورة البقرة الآية: ٢٨٢.، وعند الشافعي واجب في الرجعة، مندوب إليه في الفرقة، وفائدة الإشهاد ألا يقع بينهما التجاحد، وألا يتهم في إمساكها،

---

(١) نيل الأوطار ج٦ ص٢٩٩-٣٠٠.

(٢) بدائع الصنائع ج٣ ص١٨١-١٨٣.

(٣) المبسوط ج٦ ص١٩-٢١.

(٤) قال ذلك الدهلوي في حجة الله البالغة ٢/ ٢١٣.

ولئلا يموت أحدهما فيدعي الباقي ثبوت الزوجية ليرث".[1] وأغلب التفاسير تدور حول هذا المعنى؛ أن الأمر في الآية الكريمة للاستحباب قياسا على البيع، وقد استدل بذلك الإمام الشافعي كما سبق، وأن المفارقة في الآية الكريمة يقصد بها تخلية سبيلها إذا قضت العدة لا طلاقُها، فالإشهاد إنما هو على الرجعة، كما في كلام ابن تيمية السابق.

-استدل الجمهور أيضا بالسنة القولية والعملية، وبالإجماع؛ فقالوا: لم يؤثر عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن الصحابة رضي الله عنهم اشتراط الإشهاد على الطلاق مع وقوعه منهم؛ فدل ذلك على عدم وجوبه.[2]

القول الثاني: أن الإشهاد على الطلاق واجب يأثم بتركه؛ لكن الطلاق يقع بدونه، وهذا رأي طائفة من السلف وهو قول للمالكية، وقال به الظاهرية.

قال ابن أبي شيبة: " جاء عن الضحاك ... قال: "أمروا أن يشهدوا عند الطلاق والرجعة"، وعن عطاء قال: "الفرقة والرجعة بالشهود".[3]

وقال ابن رشد الجد: " فإذا قلنا إنه واجب فمعنى ذلك أنه يكون بتركه آثما لتضييع الفروج وما يتعلق بذلك؛ من غير أن يكون ذلك شرطا في صحة الطلاق والرجعة".[4]

وقال ابن حزم: "... وكان من طلق ولم يشهد ذوي عدل؛ أو راجع ولم يشهد ذوي

---

(١) الجامع لأحكام القرآن ١٨/ ١٥٧ للإمام القرطبي.

(٢) مجموع الفتاوى ٣٣/ ٣٣.

(٣) المصنف ج٤ ص٩-١٠.

(٤) المقدمات الممهدات ٢/ ٢٨٠.

عدل متعديا لحدود الله تعالى".[1] وقال: "ولا نعلم خلافا في أن من طلق ولم يشهد أن الطلاق له لازم، ولكن لسنا نقطع على أنه إجماع".[2]

وقال الطاهر ابن عاشور: "إنما شرع - يعني الإشهاد - احتياطا لحقهما وتجنبا لنوازل الخصومات؛ خوفا من أن يموت فتدعي أنها زوجة لم تطلق، أو أن تموت هي فيدعي هو ذلك، وكأنهم بنوه على أن الأمر لا يقتضي الفور، على أن جعل الشيء شرطا لغيره يحتاج إلى دليل خاص غير دليل الوجوب، لأنه قد يتحقق الإثم بتركه ولا يبطل بتركه ما أمر بإيقاعه معه، مثل الصلاة في الأرض المغصوبة، وبالثوب المغصوب، قال الموجبون للإشهاد: لو راجع ولم يشهد أو بت الفراق ولم يشهد صحت مراجعته ومفارقته وعليه أن يشهد بعد ذلك".[3]

-وظاهرٌ أن أصحاب هذا القول حملوا الأمر في الآية الكريمة على الوجوب، لكنهم لم يجعلوه شرطا للوقوع كما قال ابن عاشور، كما يحرم الشيء ويكون واقعا؛ كالظهار - وهو حرام- ويقع بالإجماع، والطلاق البدعي، وكالصلاة في الأرض المغصوبة أو الثوب المغصوب، فههنا فرقوا بين الوجوب والوقوع، وقالوا إن تارك الإشهاد يأثم مع وقوع طلاقه.

القول الثالث: يجب الإشهاد على الطلاق، ولا يقع الطلاق دون إشهاد.

وهذا قول الشيعة الإمامية، وقال به طائفة من الفقهاء المعاصرين.

---

(١) المحلى ج١٠ ص١٥-٢٤

(٢) مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات صـ٧٢.

(٣) التحرير والتنوير ٢٨/ ٣٠٩.

قال الطوسي شيخ الطائفة عند الشيعة: "كل طلاق لم يحضره شاهدان مسلمان عدلان – وان تكاملت سائر الشروط – فإنه لا يقع، وخالف جميع الفقهاء في ذلك، ولم يعتبر أحد منهم الشهادة، دليلنا إجماع الفرقة – يعني الشيعة الجعفرية – وأخبارهم، وأيضا: الأصل بقاء العقد؛ والفرقة تحتاج إلى دليل، وأيضا: قوله تعالى: (يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ – إلى قوله – وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ) [سورة الطلاق:الآية ١، ٢] وذلك صريح، لأنه أمر وهو يقتضي الوجوب".[١] والشيعة مع قولهم بوجوب الإشهاد في الطلاق لا يشترطون الشهادة في النكاح أصلا، فقد جاء من طريقهم عن أبي جعفر محمد بن علي أنه سئل عن عقد النكاح بغير شهود فقال: "إنما ذكر الله الشهود في الطلاق، فإن لم يشهد في النكاح فليس عليه شئ فيما بينه وبين الله، ومن أشهد فقد توثق للمواريث وأمِن من عقوبة السلطان، الشهادة في النكاح أوثق وأعدل، وعليه العمل".[٢]

-أما الفقهاء المحدثون[٣] القائلون بوجوب الإشهاد وعدم وقوع الطلاق بدونه فقد استدلوا بظاهر الآية الكريمة كما فعل أصحاب القول الثاني، كما استدلوا بالمصلحة.

قال الإمام محمد عبده: " ... فلم لا يجوز مع ظهور الفساد في الأخلاق والضعف في العقول وعدم المبالاة بالمقاصد؛ أن يؤخذ بقول بعض الأئمة من أن الاستشهاد شرط في صحة الطلاق كما هو شرط في صحة الزواج، كما تشير إليه الآية الواردة في سورة الطلاق حيث جاء فيها: **(وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ)** [سورة الطلاق: الآية ١، ٢]، أليس

(١) الخلاف ٤/ ٤٥٣ للشيخ الطوسي، وينظر: الانتصار للشريف المرتضى صـ٢٢٩.

(٢) دعائم الاسلام ٢/ ٢١٩ للقاضي النعمان المغربي.

(٣) وأعني بذلك فقهاء العصر الحديث.

هذا أمرًا صريحًا بالاستشهاد يشمل كل ما أتى قبله من طلاق ورجعة وإمساك وفراق؟. أليس قصد الشارع أن يكون الطلاق واقعة حال مشهورة لدى العوام ليسهل إثباته؟. لم لا نقرر أن وجود الشهود وقت الطلاق ركن بدونه لا يكون الطلاق صحيحًا؛ فيمتنع بهذه الطريقة هذا النوع الكثير الوقوع من الطلاق الذي يقع الآن بكلمة خرجت على غير قصد أو روية في وقت غضب؟. نظن أن في الأخذ بهذا الحكم موافقة لآية في كتاب الله، ورعاية لمصلحة الناس، وما يدرينا أن الله سبحانه وتعالى قد اطلع على ما تصل إليه الأمة في زمان كزماننا هذا فأنزل تلك الآية الكريمة؛ لتكون نظامًا نرجع إليها عند مسيس الحاجة كما هو شأننا اليوم، بل إن أرادت الحكومة أن تفعل خيرا للأمة فعليها أن تضع نظاما للطلاق على الوجه الآتي:

مادة ١: كل زوج يريد أن يطلق زوجته فعليه أن يحضر أمام القاضي أو المأذون الذي يقيم في دائرة اختصاصه ويخبره بالشقاق الذي بينه وبين زوجته.

مادة ٢: يجب على القاضي أو المأذون أن يرشد الزوج إلى ما ورد في كتاب الله والسنة مما يدل على أن الطلاق ممقوت عند الله، و ينصحه و يبين له تبعة الأمر الذي سيقدم عليه، و يأمره بأن يتروى مدة أسبوع.

مادة ٣: إذا أصر الزوج بعد مضي الأسبوع على نية الطلاق فعلى القاضي أو المأذون أن يبعث حكما من أهل الزوج و حكما من أهل الزوجة؛ أو عدلين من الأجانب إن لم يكن لهما أقارب ليصلحا بينهما.

مادة ٤: إذا لم ينجح الحكمان في الإصلاح بين الزوجين فعليهما أن يقدما تقريرا للقاضي أو المأذون، وعند ذلك يأذن القاضي أو المأذون للزوج في الطلاق.

مادة ٥: لايصح الطلاق إلا إذا وقع أمام القاضي أو المأذون، و بحضور شاهدين،

ولا يقبل إثباته إلا بوثيقة رسمية".[1]

-**وقال الشيخ أبو زهرة:** " جمهور الفقهاء على أنَّ الطلاق يقع من غير حاجة إلى إشهاد؛ فحضور الشهود شرط في صحة الزواج وليس شرطًا في إنهائه؛ وذلك لأنه لم يُؤْثَر عن الصحابة رضي الله عنهم ولا عن النبي صلى الله عليه وسلم اشتراط الشهود لوقوع الطلاق، فاشتراطهم زيادة من غير دليل مُثبَت، وعلى ذلك جرى جماهير المسلمين، ولقد قال فقهاء الشيعة الإثنا عشرية والإسماعيلية إن الطلاق لا يقع بدون إشهاد عدلين، لقوله تعالى فى أحكام الطلاق وإنشائه: «**فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَٰلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ**».[سورة الطلاق:الآية ٢] فهذا الأمر بالشهادة جاء بعد ذكر إنشاء الطلاق وجواز الرجعة، فكان المناسب أن يكون راجعًا إليه، وإن تعليل الإشهاد بأنه يوعظ به من كان يؤمن بالله واليوم الآخر يرشح ذلك ويقويه، لأن حضور الشهود العدول لا يخلو من موعظة حسنة يزجونها إلى الزوجين، فيكون لهما مخرج من الطلاق الذي هو أبغض الحلال إلى الله سبحانه وتعالى، وإنه لو كان لنا أن نختار للمعمول به في مصر لاخترنا هذا الرأي؛ فيشترط لوقوع الطلاق حضور شاهدين عدلين ليمكنهما مراجعة الزوجين فيضيقا الدائرة، ولكيلا يكون الزوج فريسة لهواه، ولكي يمكن إثباته في المستقبل فلا تجري فيه المشاحة وينكره المطلق إن لم يكن له دين؛ والمرأة على علم به ولا تستطيع إثباته فتكون في حرج شديد ".[2]

---

(١) الأعمال الكاملة للإمام محمد عبده صـ١٢٢.

(٢) الأحوال الشخصية صـ٣٦٨ للشيخ محمد أبو زهرة.

-**وقال الشيخ علي الخفيف**: "وفي رأيي إن اشتراط الإشهاد على الطلاق هو أقرب الآراء لتحقيق المصلحة، وإبعاده من أن يكون نتيجة غضب أو انفعال وقتي، وبذلك تضيق دائرة الطلاق".[1]

المناقشة والترجيح

بعد ذكر آراء الفقهاء في حكم الإشهاد على الطلاق يمكن مناقشة ذلك بما يلي:

١- القول بعدم وقوع الطلاق دون إشهاد يخالف إجماع المسلمين عدا الشيعة الإمامية، فالإجماع على وقوع ذلك؛ حتى عند القائلين بوجوبه من الظاهرية وغيرهم.

٢- مستند الشيعة في القول بالوجوب إجماع طائفة الشيعة؛ وهو ليس حجة عند أهل السنة جميعـًا، أما الأخبار الواردة من طريقهم فهي أيضا ليست حجة يلزم العمل بها عندنا لعدم ثبوت صحتها من طريقٍ ثقة.

-أما قولهم إن الأمر في الآية الكريمة للوجوب فهو معارض بما قاله الجمهور من أن الأمر للاستحباب، أو هو محتمل، والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال كما في الأصول.

-واستدلالهم باستصحاب الأصل ببقاء العقد، وأن الفرقة تحتاج إلى دليل وهو الإشهاد؛ مردود بأن الطلاق لا يفتقر إلى قبول، فلم يفتقر إلى شهادة كسائر حقوق الزوج، ولأن ما لا يشترط فيه الولي لا يشترط فيه الإشهاد كالبيع.[2]

---

(١) فرق الزواج في المذاهب الإسلامية صـ١٢٦.

(٢) المغني ج٧ ص٥٢٢-٥٢٣.

٣-أما الفقهاء المحدثون[١] المحتجون بالمصلحة فمع كامل التقدير والاحترام لاجتهادهم ونيتهم الطيبة وحرصهم على الأسرة وتماسكها؛ إلا أن اجتهادهم في القول بعدم وقوع الطلاق إلا بالإشهاد عليه مردود بما يلي:-

أ- أن اجتهادهم هذا هو اجتهاد في مقابلة النص، وهو لا يجوز بالإجماع، وقد سبق أن السنة القولية والفعلية والإجماع على عدم وجوب الإشهاد.

قال الإمام الجصاص: "جواز الاجتهاد مقصور على عدم النص ... وكذلك كان أمر سائر الصحابة والتابعين ومن بعدهم إنما كانوا يفزعون إلى النظر والاستدلال عند عدم النصوص، ولم يُحْكَ عن أحد منهم مقابلة النص بالقياس ولا معارضته بالاجتهاد، ومما يدل على صحة ما قلنا: أن نص القرآن والسنة الثابتة من طريق التواتر يوجبان العلم بما تضمناه، والقياس الشرعي لا يفضي إلى العلم بموجبه؛ وإنما هو غالب ظن؛ فغير جائز رفع ما أوجب العلم بما لا يوجبه".[٢]

ب-أن الشارع الحكيم هو المختص بتحديد المصالح والمفاسد وشرعها، وليس حرصهم ولا نظرهم لمصلحة العباد فوق نظر الشارع الحكيم، قال الإمام الشاطبي:

---

(١) وبعد مطالعة كلام هؤلاء الفقهاء واستدلالاتهم؛ يتبين أن ما ظهر حديثا من إحياء القول بعدم وقوع الطلاق دون إشهاد إنما هو ترديد لكلامهم، وإحياء لما انفردوا به من اجتهاد خالفوا فيه اجتهاد غيرهم من معاصريهم؛ كما خالفوا فيه إجماع الأمة، وقد ضربت صفحا عن ذكر تفاصيل كلام الداعين لإحياء الموضوع حديثا، إذ ليس في كلامهم أثارة من حجة يمكن مناقشتها، وغالب كلامهم ترديد لكلام السابقين، أو كلام لا صلة له بالشرع والفقه أصلا، ولو أحسنوا لأحيوا من كلام السابقين – كالإمام محمد عبده والشيخ أبو زهرة – ما ينهض بشأن الأمة ويعيد لها مجدها وعزتها.

(٢) الفصول في الأصول ٢/ ٣١٥-٣٢٠، وينظر: بدائع الصنائع ج٧ ص٤-٥.

"... أن كون المصلحة مصلحة تقصد بالحكم، والمفسدة مفسدة كذلك مما يختص بالشارع لا مجال للعقل فيه، بناء على قاعدة نفي التحسين والتقبيح، فإذا كان الشارع قد شرع الحكم لمصلحة ما فهو الواضع لها مصلحة، وإلا فكان يمكن عقلا أن لا تكون كذلك"[1]، وقال أيضا: " وأما تحريم الحلال وتحليل الحرام وما أشبهه فمن حق الله تعالى؛ لأنه تشريع مبتدأ وإنشاء كلية شرعية ألزمها العباد فليس لهم فيها تحكم؛ إذ ليس للعقول تحسين ولا تقبيح تحلل به أو تحرم؛ فهو مجرد تعد فيما ليس لغير الله فيه نصيب، فلذلك لم يكن لأحد فيه خيرة".[2]

ج- يمكن القول إن الطلاق قد يكون مصلحة كذلك أحيانا؛ قال في البدائع: " شرع الطلاق في الأصل لمكان المصلحة؛ لأن الزوجين قد تختلف أخلاقهما وعند اختلاف الأخلاق لا يبقى النكاح مصلحة؛ لأنه لا يبقى وسيلة إلى المقاصد فتنقلب المصلحة إلى الطلاق ليصل كل واحد منهما إلى زوج يوافقه فيستوفي مصالح النكاح منه ... وإذا كانت المصلحة في الطلاق بهذين الطريقين مست الحاجة إلى شرع الإبانة عاجلا وآجلا؛ تحقيقا لمصالح النكاح بالقدر الممكن".[3]

- يبقى لمن يقول بوجوب التوثيق – مع وقوع الطلاق - أن يقرر ذلك عن طريق إلزام ولي الأمر بالتوثيق، وهو ما سأتعرض له في مبحث خاص.

(١) الموافقات ٢/ ٥٣٤.

(٢) الموافقات ٣/ ١٠٣.

(٣) بدائع الصنائع ج٣ ص١١١-١١٣.

المبحث الثاني
توثيق الطلاق في القانون المصري

اعتبر القانون التوثيق أحد أهم الطرق التي يتم بها إثبات التصرف القانوني، وبه تترتب الآثار القانونية للعقود والتصرفات، وسأذكر في هذا المبحث تعريف الإثبات باختصار، ثم رأي القانون في توثيق عقد الزواج باختصار، ثم أتعرض لتوثيق الطلاق في القانون.

المطلب الأول
تعريف الإثبات في القانون

عرف الاثبات بأنه إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التى حددها القانون على وجود تصرف قانوني أو واقعة قانونية ترتبت آثارها؛ فهو نظام قانونى، أى تنظمه قواعد يقررها القانون.[1]

ويقصد بالتصرف القانونى اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانونى معين سواء قام هذا التصرف على تطابق إرادتين مثل البيع، أو كان تصرفا قانونيا يقوم على إرادة منفردة مثل الوفاء والإبراء والنزول عن حق انتفاع أو حق ارتفاق، ومثله الطلاق.[2]

وقد رسم القانون طرق الإثبات المختلفة وهي: (١) الكتابة (٢) الشهادة أو البينة (٣) القرائن (٤) الاقرار (٥) اليمين (٦) المعاينة.[3]

-واعتبر القانون الكتابة أقوى طرق الإثبات، ولها قوة مطلقة إذ يجوز أن تكون طريقـًا لاثبات الوقائع القانونية والتصرفات القانونية دون تمييز ... وقد أوجبها القانون بوجه عام طريقـًا للإثبات فى الأحوال التى يمكن فيها إعدادها مقدمـًا، وهى الأحوال

(١) الوسيط في شرح القانون المدني ٢/ ١٣، ١٤ – ٢٦ للدكتور السنهوري.

(٢) ينظر: الوسيط ٢/ ١.

(٣) الوسيط ٢/ ٨٩.

التى يكون فيها مصدر الحق تصرفا قانونيـًا، لأن التصرف القانونى يسهل اعداد كتابة لإثباته من وقت صدوره.[1]

-ويشترط في الأوراق كأداة للإثبات أن يقوم بتحريرها موظف مختص وفقـًا لأوضاع مقررة،[2]حيث تنص المادة ٣٩٠ من التقنين المدنى على ما يأتى: (الورقة الرسمية هى التى يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن، وذلك طبقـًا الأوضاع القانونية وفى حدود سلطته واختصاصه) .[3]

-ويجب أن يكون الموثق مختصـًا من الناحية الموضوعية بنوع الورقة الرسمية التى يقوم بتوثيقها، والموثق طبقـًا للمادة الأولى من قانون التوثيق مختص بتوثيق جميع المحررات التى يقضى القانون أو يطلب المتعاقدون توثيقها ... ولا يخرج من الاختصاص الموضوعى للموثق إلا الوقف والأحوال الشخصية للمسلمين فهذه يكون التوثيق فيها من اختصاص المحاكم الشرعية قضاة وكتبة ومن اختصاص المأذونين[4]، والمأذون الذي يقوم بتحرير عقود الزواج وإشهادات الطلاق ليس موظفا عاما، لكنه شخص مكلف بخدمة عامة.[5]

المطلب الثاني
توثيق الزواج في القانون

الزواج والطلاق من مسائل الأحوال الشخصية، ويقصد بالأحوال الشخصية في

(١) ينظر: الوسيط ٢/ ٩٠، ٩١- ٣١٩.

(٢) الوسيط ٢/ ١٠٦.

(٣) الوسيط ٢/ ١١١.

(٤) الوسيط ٢/ ١٢٥، ١٢٦.

(٥) الوسيط ٢/ ١١٦.

القانون مجموع ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التى رتب القانون عليها أثراً قانونيـًا فى حياته الإجتماعية لكونه إنسانـًا، أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية.[1]

- ولم يجعل القانون توثيق عقد الزواج لدى الموثق المختص شرطـًا لانعقاده أو صحته؛ فعقد الزواج من العقود الرضائية التى تقوم بالتقاء الإيجاب والقبول؛ وباستيفاء بقية شروط الانعقاد والصحة والنفاذ واللزوم، غاية ما فى الأمر أن المشرع وكما عبرت عن ذلك المادة ١٧/ ٢ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بتنظيم إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية؛ وحملاً للناس على تجنب ما يكتنف العقد العرفى من مشاكل أظهرها التطبيق العملى، وإظهاراً لشرف هذا العقد؛ نص على ألا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج فى الوقائع اللاحقة على أول أغسطس ١٩٣١ ما لم يكن الزواج ثابتـًا بوثيقة رسميـة، وذلك سواء كانت الدعوى مجردة أو ضمن حق آخر[2]، وعلى ذلك فإن المشرع لم يجعل توثيق عقد الزواج شرطـًا لصحته؛ وإنما قضى بنص المادة ١٧/ ٢ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بحرمان من لا يقوم بتوثيق عقد الزواج من المعونة القضائية فيما يترتب على العقد

---

(١) ماهية الأحوال الشخصية، الطعن رقم ٠٠٤٠ لسنة ٠٣ مجموعة ١٦٩٤ ١ع صفحة رقم ٤٥٤ تاريخ ٢١-٠٦-١٩٣٠، الطعن رقم لسنة ٤٩ مكتب فنى ٣٦ صفحة رقم ٦٦٨ بتاريخ ٢٨-٠٤-١٩٨٥، (الطعن رقم ١٦٩٤ لسنة ٤٩ ق جلسة ٢٨ من إبريل سنة ١٩٨٥). أحكام النقض – المكتب الفني – مدني – الجزء الأول – السنة ٣٦ – صـ ٦٦٨. وينظر: مرسوم بقانون رقم ٩١ الصادر في ١١ أكتوبر ١٩٣٧ بشأن اختصاص محاكم الأحوال الشخصية المصرية

(٢) ينظر نقض الطعن رقم ١٣٦ لسنة ٦٢ ق – جلسة ٢٩/ ٥/ ٢٠٠٠، الطعن رقم ٤٩٧ لسنة ٦٤ ق – جلسة ١٠/ ٤/ ٢٠٠٠ .

من آثار؛ مع عدم المساس بصحة العقد ذاته، وعلى ذلك جاء نص المادة ١٧/ ٢ المشار إليها فى فقرتها الثانية.

- وقد كان المقصود بعدم القبول هنا – فى ظل المادة ٩٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ – عدم جواز إثبات الزوجية القائمة بعد التاريخ المنصوص عليه إلا إذا كانت واردة بوثيقة رسمية، إلا أن محكمة النقض قصرت عدم الإثبات – فى حكم لها – على الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج غير الموثق (كدعاوى النفقة أو الحضانة...الخ) دون الزواج ذاته؛ حيث أجازت إثبات وجوده أو صحته عند الإنكار بكافة طرق الإثبات، وقال حكم محكمة النقض في ذلك: "المقرر – فى قضاء محكمة النقض – أن عقد الزواج شرعـًا عقد رضائى يقوم على الإيجاب والقبول، وتطلُّب القانون توثيق هذا العقد لا ينفى عنه طبيعته الأصلية، ولا يمس القواعد الشرعية المقررة إذا استوفى عقد الزواج أركانه الشرعية فلا عبرة بعدم توثيقه؛ إذ أن التوثيق ليس من أركانه الشكلية أو الموضوعية، ولا ينال من ذلك ما تثيره الطاعنة من أن الحكم خالف نص المادتين ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، ١٧ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية والتفت عن طلبها بإحالة الدعوى إلى التحقيق؛ ذلك أن القيد الوارد فى المادتين بشأن تقديم وثيقة زواج رسمية قاصر على الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج فلا يمتد إلى الدعاوى الناشئة عن النزاع فى ذات الزواج أو فى وجود الزوجية، فيجوز للزوج أو الزوجة إثبات الزوجية عند الإنكار أو وجود نزاع فيها ولو لم يكن الزواج ثابتـًا بوثيقة رسمية. (الطعن رقم

٤٦٣ لسنة ٧٣ القضائية "أحوال جلسة ٢٣ إبريل سنة ٢٠٠٥).[١]

المطلب الثالث
توثيق الطلاق في القانون

نص قانون الأحوال الشخصية على وجوب توثيق الطلاق بالمادة (٥ مكررا) من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، وجاء فيها: "على المطلق أن يوثق إشهاد طلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثين يوما من إيقاع الطلاق".

وجاء في المادة (٢٣ مكررا) من ذات القانون: "يعاقب المطلق بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائتى جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا خالف أيا من الأحكام المنصوص عليها فى المادة (٥ مكررا) من هذا القانون، ويعاقب الموثق بالحبس مدة لا تزيد على شهر وبغرامة لا تجاوز خمسين جنيها إذا أخل بأي من الالتزامات التى فرضها عليه القانون، ويجوز أيضا الحكم بعزله أو وقفه عن عمله لمدة لا تجاوز سنة".[٢]

- ثم استحدث القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ الخاص بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية بنص المادة ٢١ أمر تنظيم إثبات الطلاق فى حالة إنكار وقوعه من أى من الزوجين فنص على أنه: (لا يعتد فى إثبات

---

(١) أحكام النقض – المكتب الفنى – مدنى السنة ٥٦ – صـ ٤٠٠، وينظر: موسوعة الأحوال الشخصية ١/ ٢٠٧ للمستشار/ أشرف مصطفى كمال.

(٢) قانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ الجريدة الرسمية فى ٤ يوليه سنة ١٩٨٥ – العدد ٢٧ "تابع"، وهو ذاته مضمون قرار رئيس جمهورية مصر العربية بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ الجريدة الرسمية فى ٢١ يونيه سنة ١٩٧٩ – العدد ٢٥ تابع "أ"، وقد صدر قانون الأحوال الشخصية في البداية برقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وعدل بالقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ثم بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ وما تلاه من تعديلات.

الطلاق عند الإنكار إلا بالإشهاد والتوثيق).[1]

ومؤدى ذلك أنه لا يتسنى لأى من الزوجين أو غيرهما (كورثتهما) فى حالة إنكار الزوج الآخر للطلاق إثباته إلا بتوافر شرطين: أولهما: توافر البينة الشرعية عليه بالنصاب المقرر فى المذهب الحنفى، وهو شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، وثانيهما: أن يكون الطلاق المدعى به ثابتا فى وثيقة رسمية، ولا يغنى توافر أي من الشرطين المتقدمين عن وجوب توافر الآخر، وعلى ذلك فيشترط لثبوت الطلاق المذكور توافر الشرطين المتقدمين مجتمعين.

- وعلى ذلك فإذا ادعى الزوج أنه قد طلق زوجته؛ وأنكرت الزوجة إيقاعه لهذا الطلاق؛ فلا يعتد بإقرار الزوج من الوجهة القانونية بتطليقه لزوجته؛ إلا إذا أقام البينة الشرعية على إيقاعه لذلك الطلاق، وقدم الوثيقة الرسمية الدالة على تطليقه لها؛ والتى أوجبت المادة ٥ مكرر من القانون عليه إفراغ طلاقه فيها، مع أن مجرد إقرار الزوج بتطليقه لزوجته يقع به – شرعـًا – طلاقه لها باعتبار أنه صاحب الحق فى إيقاع الطلاق، ويملك بمفرده حل عقدة النكاح شرعـًا.[2]
- ويتوجب أيضا عند توثيق الطلاق لدى الموثق المختص الإشهاد عليه من رجلين أو رجل وامرأتين؛ فإذا لم يتم الإشهاد عليه وجب على الموثق المختص الامتناع عن إصدار وثيقة إثباته "إشهاد الطلاق".

---

(١) القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، حكم نقض أحوال الطعن رقم ٤٥٥ لسنة ٧٠ ق – جلسة ٨ / ٣ / ٢٠٠٣ .

(٢) وهو ما قضى به حكم النقض أحوال الطعن رقم ٤٥٥ لسنة ٧٠ ق – جلسة ٨ / ٣ / ٢٠٠٣.

- لكن المحكمة الدستورية العليا قضت بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة ٢١ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ فيما يتعلق بالنص على اشتراط وجود إشهاد طلاق موثق كدليل على إيقاعه عند الإنكار؛ على نحو أصبح معه لكل من الزوجين إقامة الدليل على وقوع الطلاق بكافة طرق الإثبات؛ ومنها إقرار الزوج ويمينه، وهو ما جرى عليه قضاء محكمة النقض في ذات الموضوع[1].

المطلب الرابع
قضاء المحكمة الدستورية العليا بشأن توثيق الطلاق

جاء حكم المحكمة الدستورية العليا ليؤيد جواز إثبات الطلاق بكافة طرق الإثبات، وبنى ذلك على أن القول بقصر الإثبات على التوثيق الرسمي مخالف للدستور بناء على مخالفته للشريعة الإسلامية في الأساس، حيث تنص المادة الثانية من الدستور المصري الصادر عام ٢٠١٤ على أن: " الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع"، والأصل في سلطة المشرع في موضوع تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية؛ لكنها تتقيد فيما تقره من النصوص القانونية بألا تناقض أحكامها مبادئ الشريعة الإسلامية في أصولها الثابتة – مصدراً وتأويلاً – والتي يمتنع الاجتهاد فيها أو الخروج عليها أو الالتواء بها عن معناها، بخلاف الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدلالتها أو بهما معـًا، فيجوز الاجتهاد فيها.

- كما أن القول بقصر وقوع الطلاق على التوثيق الرسمي هو مع مصادمته النصوص يصادر حق الرجل الشرعي في إيقاع الطلاق، كما يجعل المطلقة في حرج ومشقة

(١) الطعن رقم ١١٣ لسنة ٢٦ ق دستورية – بجلسة ١٥/ ١/ ٢٠٠٦.

بالغين إذا وقع الطلاق ولم تستطع إثباته، وهو ما يتعارض مع الحرية الشخصية.

- وجاء في تفصيل حكم المحكمة الدستورية العليا: "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن حكم المادة الثانية من الدستور – بعد تعديلها في ٢٢ / ٥/ ١٩٨٠ – يدل على أن الدستور أوردها ليفرض بمقتضاها – واعتباراً من تاريخ العمل بهذا التعديل – قيداً على السلطة التشريعية يلزمها فيما تقره من النصوص القانونية بألا تناقض أحكامها مبادئ الشريعة الإسلامية في أصولها الثابتة – مصدراً وتأويلاً – والتي يمتنع الاجتهاد فيها، ولا يجوز الخروج عليها، أو الالتواء بها عن معناها.

– الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدلالتها أو بهما معـًا، يجوز الاجتهاد فيها وحدها، وهي بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيويتها، وإذا كان الاجتهاد في الأحكام الظنية وربطها بمصالح الناس عن طريق الأدلة الشرعية – النقلية منها والعقلية – حقـًا لأهل الاجتهاد، فأولى أن يكون هذا الحق مقرراً لولي الأمر، ينظر في كل مسألة بخصوصها بما يناسبها، وبمراعاة أن يكون الاجتهاد دومـًا واقعـًا في إطار الأصول الكلية للشريعة لا يجاوزها، ملتزمـًا بضوابطها الثابتة، متحريـًا مناهج الاستدلال على الأحكام العملية والقواعد الضابطة لفروعها، كافلاً صون المقاصد الكلية للشريعة، بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال، مستلهمـًا في ذلك كله حقيقة أن المصالح المعتبرة هي تلك التي تكون مناسبة لمقاصد الشريعة ومتلاقية معها، ومن ثم كان حقـًا على ولي الأمر عند الخيار بين أمرين مراعاة أيسرهما ما لم يكن إثمـًا، وكان واجبـًا كذلك ألا يشرع حكمـًا يضيق على الناس أو يرهقهم في أمرهم عسراً، وإلا كان مصادمـًا لقوله تعالى { **وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ** }. سورة الحج الآية

.٧٨

- الطلاق وقد شرع رحمة من الله بعباده، هو من فرق النكاح التي ينحل الزواج الصحيح بها بلفظ مخصوص، صريحًا كان أم كتابة، ولذلك حرص المشرع في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية وتعديلاته – وفقًا لما أوضحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية – على عدم وضع قيد على جواز إثبات الطلاق قضاء بكافة طرق الإثبات؛ غير أن المشرع قد انتهج في النص الطعين نهجًا مغايراً في خصوص إثبات الطلاق عند الإنكار، فلم يعتدَّ في هذا المجال بغير طريق واحد هو الإشهاد والتوثيق معًا، بحيث لا يجوز الإثبات بدليل آخر، مع تسليم المشرع في ذات الوقت – كما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ المشار إليه – بوقوع الطلاق ديانة، وهذا النص وإن وقع في دائرة الاجتهاد المباح شرعًا لولي الأمر؛ إلا أنه – في حدود نطاقه المطروح في الدعوى الماثلة – يجعل المطلقة في حرج ديني شديد، ويرهقها من أمرها عسراً، إذا ما وقع الطلاق وعلمت به وأنكره المطلق، أو امتنع عن إثباته إضراراً بها، مع عدم استطاعتها إثبات الطلاق بالطريق الذي أوجبه النص المطعون فيه، وهو ما يتصادم مع ضوابط الاجتهاد والمقاصد الكلية للشريعة الإسلامية.
- عدم إجازة إثبات وقوع الطلاق عند الإنكار يترتب عليه تعرض المطلقة لأخطر القيود على حريتها الشخصية وأكثرها تهديداً ومساسًا بحقها في الحياة، التي تعتبر الحرية الشخصية أصلاً يهيمن عليها بكل أقطارها، تلك الحرية التي حرص الدستور على النص في المادة (٤١) منه على أنها من الحقوق الطبيعية التي لا يجوز الإخلال

بها أو تقييدها بالمخالفة لأحكامه، والتي يندرج تحتها بالضرورة تلك الحقوق التي لا تكتمل الحرية الشخصية في غيبتها، ومن بينها حقي الزواج والطلاق وما يتفرع عنهما ... من الحقوق الشخصية التي لا تتجاهل القيم الدينية أو الخلقية أو تقوض روابطها بعيداً أو انعزالاً عن التقاليد التي تؤمن بها الجماعة، بل تعززها بما يصون حدودها ويرعى مقوماتها، ومن أجل ذلك جعل الدستور في المادة (٩/ ١) منه قوام الأسرة الدين والأخلاق، كما جعل رعاية الأخلاق والقيم والتقاليد والحفاظ عليها والتمكين لها التزاماً دستورياً على عاتق الدولة بسلطاتها المختلفة والمجتمع ككل، ضمَّنه المادتين (٩/ ٢، ١٢) من الدستور، والذي غدا إلى جانب الحرية الشخصية قيداً على السلطة التشريعية فلا يجوز لها أن تأتي عملاً يخل بهما.

- وإن كان الأصل في سلطة المشرع في موضوع تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية، إلا أن المشرع يلتزم فيما يسنه من قوانين باحترام الأُطر الدستورية لممارسته لاختصاصاته، وأن يراعى كذلك أن كل تنظيم للحقوق لا يجوز أن يصل في منتهاه إلى إهدار هذه الحقوق أو ينتقص منها، ولا أن يرهق محتواها بقيود لا تكفل فاعليتها.

- **فلهذه الأسباب**: حكمت المحكمة بعدم دستورية نص المادة (٢١) من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ فيما تضمنه من قصر الاعتداد في إثبات الطلاق عند الإنكار على الإشهاد والتوثيق.[1]

(١) أحكام المحكمة الدستورية العليا – الجزء الحادي عشر (المجلد الثاني) من أول أكتوبر ٢٠٠٣ حتى

المطلب الخامس
قضاء محكمة النقض بشأن توثيق الطلاق

تواتر قضاء محكمة النقض – متفقا مع حكم المحكمة الدستورية العليا – على تقرير حق الزوج بإرادته المنفردة في إيقاع الطلاق دون اشتراط علم الزوجة أو رضاها، ووقوع الطلاق بمجرد حصول لفظه الصريح من الزوج، وجاء من أحكامها في ذلك:

١- قضت محكمة النقض بأن: "العبارة الدالة بلفظها الصريح على حل رباط الزوجية متى صدرت من زوج هو أهل لإيقاع الطلاق وصادفت محلاً؛ يقع بها الطلاق فور صدورها".

(الطعن رقم ٢٠ لسنة ٣٦ ق، أحوال شخصية، جلسة ٧ مايو سنة ١٩٦٩).[١]

٢- "ويقع الطلاق باللفظ الصريح قضاء وديانة دون حاجة إلى نية الطلاق، والمنصوص عليه شرعـًا أن الإقرار بالطلاق كاذبـًا يقع قضاء لا ديانة، وأن الرجل إذا سئل عن زوجته فقال أنا طلقتها والحال أنه لم يطلقها بل أخبر كاذبـًا؛ فإنه لا يصدق قضاء – في ادعاء أنه أخبر كاذبـًا – ويدين فيما بينه وبين الله تعالى".

(الطعن رقم ١١ لسنة ٤٠ ق، أحوال شخصية جلسة ٢٠ من مارس سنة ١٩٧٤)[٢]

٣- "ويقع الطلاق باللفظ الصريح قضاء وديانة دون حاجة إلى نية الطلاق، ولا يشترط لإيقاع الطلاق حضور الزوجة، لأن الشارع جعله حقـًا للزوج يستقل بإيقاعه

أغسطس ٢٠٠٦ – صـ٢٢١١ جلسة ١٥ يناير سنة ٢٠٠٦ القضية رقم ١١٣ لسنة ٢٦ق.

(١) أحكام النقض – المكتب الفني – مدني العدد الثاني – السنة ٢٠ – صـ ٧٥١ فقرة رقم: ١ الموضوع: أحوال شخصية للمسلمين –الموضوع الفرعي: طلاق.

(٢) أحكام النقض – المكتب الفني – مدني السنة ٢٥ – صـ ٥٢٦ فقرة رقم: ١ الموضوع: أحوال شخصية للمسلمين الموضوع الفرعي: طلاق.

من غير توقف على رضاها به".

(الطعن رقم ٣٠ لسنة ٤٤ ق "أحوال شخصية" جلسة ٢٨ إبريل سنة ١٩٧٦).[١]

٤- "أنه وإن اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في اشتراط الإشهاد على الطلاق؛ فبينما أوجبه البعض ذهبت الغالبية إلى أنه ليس شرطا لوقوعه؛ لأن الأمر به في قوله تعالي: " **فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ** " سورة الطلاق الآية: ٢. هو للندب لا للوجوب، غير أن أحداً منهم لم يستلزم لوقوع الطلاق أو ثبوته أن يكون موثقاً؛ لما كان ذلك، وكان ما نصت عليه المادة الخامسة مكرراً من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ من وجوب مبادرة المطلق إلى توثيق إشهار طلاقه لدى الموثق المختص؛ لم يهدف – وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية – إلى وضع قيد على حق الطلاق الذي أسنده الله تعالي للزوج، أو على جواز إثباته قضاء بكافة الطرق؛ وإنما هدف إلى مجرد عدم سريان آثاره بالنسبة للزوجة إلا من تاريخ علمها به، فإنه لا على محكمة الموضوع إذا استمعت إثباتاً للطلاق المدعى به إلى غير الشهود الموقعين على الوثيقة المحررة عنه".

(الطعن رقم ٢٥ لسنة ٥١ ق، جلسة ٢٣ من نوفمبر سنة ١٩٨٢).[٢]

- وما ذهب إليه قضاء محكمة النقض من جواز إثبات الطلاق قضاءً بكافة طرق الإثبات الشرعية المقررة؛ هو ذاته ما حرص المشرع على تقريره في القانون ٢٥ لسنة

(١) أحكام النقض – المكتب الفني – مدني السنة ٢٧ – صـ ١٠٢٤.

(٢) أحكام النقض – المكتب الفني – مدني – الجزء الثاني – السنة ٣٣ – صـ ١٠٢٤.

١٩٢٩ وفقا لما أفصحت عنه المذكرة الايضاحية للقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥؛ حيث جاء فيها: " أوجبت المادة (٥ مكرر) المضافة بالاقتراح بمشروع قانون مبادرة المطلق إلى توثيق إشهاد الطلاق لدى الموثق المختص، كما قضت بترتيب آثار الطلاق من تاريخ إيقاعه ... دون أن يعد قيدا على حق الطلاق المقرر للرجل بنصوص القرآن الكريم، كما أن هذه الأحكام لا تمنع إثبات إيقاع الطلاق بكل طرق الإثبات المقررة ... وأن القران الكريم قد اختص الزوج بالطلاق وحل عقد الزواج؛ فقد أسندت الآيات العديدة الطلاق إلى الرجال، ووجهت الخطاب إليهم، ومنها الآيات أرقام (٢٣٧،٢٣٦،٢٢٢،٢٢١،٢٢٠) من سورة البقرة، والآية ٤٩ من سورة الأحزاب، والآية الأولى من سورة الطلاق، والآية الخامسة من سورة التحريم ... وبناء على هذا ولما كانت الدولة قد نظمت أمر توثيق الطلاق فاختصت الماذون بتوثيق إشهاد الطلاق بين الأزواج المصريين المسلمين ... ليس فى إيجاب توثيق الطلاق ولا فى تنظيم طريق العلم به أي قيد على حق الطلاق الذى أسنده الله عز وجل للزوج، كما لا تشكل تللك الإجراءات أي قيد على جواز إثبات الطلاق قضاء بكافة الطرق".[1]

(١) ينظر: موسوعة الأحوال الشخصية ٣/ ٨٠٥ للمستشار مصطفى كمال.

المبحث الثالث
حدود سلطة ولي الأمر في تقييد المباح أو حظره للمصلحة العامة

المطلب الأول
حكم طاعة ولي الأمر في تقييد المباح أو منعه

إذا أطلق لفظ ولي الأمر انصرف للخليفة أو الإمام الأعظم، فالإمام هو أعظم ولاة الأمور؛ لعموم ولايته؛ والخلافة هي الرياسه العظمى والولاية العامة الجامعة القائمة بحراسة الدين والدنيا، والقائم بها يسمى الخليفة؛ لأنه خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم؛ ويسمى الإمام لإن الإمامة والخطبة في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين لازمة له لا يقوم بها غيره إلا بطريق النيابة عنه كالقضاء والحكومة، ويسمى أيضا أمير المؤمنين وهو الوالي الأعظم لا والي فوقه ولا يشاركه في مقامه غيره.[1]

وقد اتفق الفقهاء على وجوب طاعة ولي الأمر إجمالا؛ وذلك لعموم قوله تعالى: (**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلا**) سورة النساء الآية ٥٩، وللحديث الشريف: "إنما الطاعة في المعروف"[2]، وسأذكر فيما يلي آراء الفقهاء في حدود سلطة ولي الأمر في تقييد المباح أو حظره تحقيقا للمصلحة العامة، مع الإشارة لحدود طاعته في باقي الأحكام التكليفية، ثم أذكر حكم إلزام ولي

(١) ينظر: التراتيب الإدراية ١/ ٢ للكتاني.

(٢) متفق عليه، صحيح البخاري ٦/ ٢٦١٢، صحيح مسلم ٦/ ١٥.

الأمر بالإشهاد على الطلاق تحقيقا للمصلحة العامة.

أولا: طاعة ولي الأمر في المحرم والواجب العيني

قد يأمر الإمام بواجب عيني أو ينهى عن محرم؛ فيكون أمره ونهيه تأكيدا لوجوب الواجب وتحريم المحرم، وتذكيرا للرعية بأمر الله ونهيه، وتعليما للجاهل منهم، قال البيجرمي: "قوله: (وإذا أمرهم الإمام) أو نائبه ... وحاصله أنه إذا أمر بواجب تأكد وجوبه".[1]

- أما إذا أمر بمحرم أو نهى عن واجب عيني متفق عليه فتحرم طاعته باتفاق العلماء؛ للأدلة الكثيرة الواردة في ذلك، ومنها قوله صلى الله عليه وسلم: "إنما الطاعة في المعروف".[2] وحديث ابن عمر أنه صلى الله عليه وسلم قال: "السمع والطاعة على المرء المسلم فيما أحب وكره ما لم يؤمر بمعصية؛ فإن أمر بمعصية فلا سمع عليه ولا طاعة"[3].

- وطاعة الإمام في ترك الواجب أو فعل المحرم معصية لله تعالى لا يجوز فعلها مهما كان الآمر بها؛ إلا إذا وصل إلى حد الإكراه.[4]

قال الدسوقي: " وإن أمر بمحرم فلا يطاع قولا واحدا؛ إذ لا طاعة لمخلوق في

---

(١) حاشية البيجرمي على الخطيب ٢/ ٢٣٨.

(٢) متفق عليه، صحيح البخاري ٦/ ٢٦١٢، صحيح مسلم ٦/ ١٥.

(٣) حديث صحيح، رواه الترمذي في سننه وقال: وهذا حديث حسن صحيح. سنن الترمذي ٤/ ٢٠٩، ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه ج٧ ص٧٣٦-٧٣٨.

(٤) قال العدوي في ذلك:"وهذا كله ظاهر إذا أمروا ونهوا بما يوافق الشريعة، فأما إذا لم يكن كذلك بأن أمروا بمعصية مجمع عليها مثلا فإنها تحرم إطاعتهم في ذلك؛ إلا أن المأمور حينئذ يكون حكمه حكم المكره في إتيانها وتركها". حاشية العدوي ج١ ص١٢١-١٢٢.

معصية الخالق".[1] وقال ابن حجر الهيتمي: " تجب طاعة الإمام فيما يأمر به وينهى عنه ما لم يخالف حكم الشرع، والظاهر أن مرادهم بمخالفة حكم الشرع أن يأمر بمعصية أو ينهى عن واجب".[2]

ثانيا: طاعة ولي الأمر في الواجب الكفائي (فرض الكفاية)

قد يأمر الإمام الرعية أو بعضهم بواجب كفائي؛ ويدخل في ذلك كثير من التكاليف الشرعية التي يكون المقصود إيجادها بغض النظر عن موجدها من المكلفين، فالمقصود فيه الفعل لا الفاعل، ولذا قالوا في تعريفه: هو مهمٌ متحتمٌ مقصودٌ حصولُهٌ من غير نظر بالذات إلى فاعله؛ ويدخل فيه كل ما لا بد للناس منه في إقامة دينهم كحفظ القرآن وعلوم الشريعة، وما هو دنيوي ويحتاج إليه في قوام أمر الدنيا كالصنائع المحتاج إليها.[3]

- ويتحول الواجب الكفائي إلى واجب عيني في حق من أمره الإمام به، كما لو أمر بتغسيل الميت أو تكفينه أو الصلاة عليه، وكذا طلب العلم إذا عينه الإمام لذلك، وكتعيين الرجل لإمامة الناس في الصلاة، وغير ذلك من الواجبات.

والدليل على ذلك: النصوص الواردة في الأمر بطاعة الإمام في المعروف – ومنه فرض الكفاية – كما سبق.

قال الخرشي: " القاعدة أن فرض الكفاية يتعين بتعيين الإمام إلا القضاء".[4]

---

(١) حاشية الدسوقي ج ١ ص ٤٠٦ – ٤٠٧، وينظر: شرح مختصر خليل للخرشي ج٢ ص١١٢.

(٢) الفتاوى الفقهية ج١ ص٢٧٨-٢٧٩.

(٣) ينظر: التقرير والتحبير (٢/ ١٣٥)، حاشية العطار (١/ ٢٣٧).

(٤) شرح مختصر خليل للخرشي ج٧ ص١٤٠-١٤، وقد استثنوا القضاء من الإلزام لأن السلف كانوا يكرهون تولي القضاء لما فيه من التبعات.

وقال الجويني: "ولو عين الإمام في زماننا قوما فحق عليهم أن يذعنوا، فإنهم لو سلوا أيديهم عن الطاعة لانتشر النظام وتزعزعت القاعدة، فلا بد إذا من ارتسام مراسم الإمام".[1]

وقال ابن تيمية: "للإمام أن يوجب الجهاد على طائفة ويأمرهم بالسفر إلى مكان لأجله، فله أن يأمر بما يعين على ذلك، ويأمر قوما بتعلم العلم، ويأمر قوما بالولايات".[2]

وقال ابن القيم: " ومن ذلك أن يحتاج الناس إلى صناعة طائفة – كالفلاحة والنساجة والبناء وغير ذلك – فلولي الأمر أن يلزمهم بذلك بأجرة مثلهم، فإنه لا تتم مصلحة الناس إلا بذلك؛ ولهذا قالت طائفة من أصحاب أحمد والشافعي: إن تعلم هذه الصناعات فرض على الكفاية لحاجة الناس إليها، وكذلك تجهيز الموتى ودفنهم، وكذلك أنواع الولايات العامة والخاصة التي لا تقوم مصلحة الأمة إلا بها".[3]

ثالثا: طاعة ولي الأمر في المندوب[4]

إذا أمر الإمام بصيام نافلة أو بصدقةٍ غير الفريضة أو بصلاة مسنونة كالاستسقاء وغيرها من الصلوات؛ فقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والظاهرية إلى أنه يجب طاعته في ذلك؛ لقاعدة عند الجمهور تنص على: "أن طاعة

---

(١) "نهاية المطلب" (١٧/ ٣٩٩).

(٢) "مجموع الفتاوى" (٢٩/ ١٩٦)؛ لابن تيمية.

(٣) "الطرق الحكمية ٢/ ٦٤٥ لابن القيم، وينظر: "فيض القدير" (١/ ٥١٣)؛ لعبد الرؤوف المناوي.

(٤) المندوب والمستحب والتطوع والسنة أسماء مترادفة بمعنى واحد عرفا لا لغة. ينظر: الأصل الجامع لإيضاح الدرر المنظومة في سلك جمع الجوامع ١/ ١٢، ١٣.

الإمام فيما ليس بمعصية واجبة".[1]

- أما الحنابلة فتجب عندهم طاعته في الطاعة، وتسن في المسنون، وتكره في المكروه، وحملوا قول بعضهم: "تجب طاعته في غير المعصية" أن المراد به: في السياسة والتدبير، والأمور المجتهد فيها؛ لا مطلقا.[2]

• ومع اتفاقهم على هذا الحكم من حيث الأصل إلا أن لهم فيه تفصيلات كثيرة، منها: صفة النية، والقدر المجزئ في الفعل، والتفريق بين أنواع العبادات؛ كتفريق بعضهم بين وجوب طاعته في الصوم وطاعته في الصدقة.

• قال ابن عابدين: "تنبيه: إذا أمر الإمام بالصيام غير الأيام المنهية وجب؛ لما قدمناه في باب العيد من أن طاعة الإمام فيما ليس بمعصية واجبة".[3]

- وقال العدوي: " (ولا يأمر بهما) أي بالصوم والصدقة (الإمام) ضعيف، والمعتمد أنه يأمر بهما الإمام ثم إذا أمر بهما وجبت طاعته".[4]

- وقال ابن حجر الهيتمي: "... ثم ظاهر كلامهم أن الصدقة تصير واجبة إذ أمر بها، وهو كذلك، لكن يتحقق الوجوب بأقل ما يطلق عليه اسم الصدقة كما هو ظاهر، فإن عين في أمره قدرا فهل يجب فلا يجوز النقص عنه أولا؟. كل محتمل، والأقرب الثاني وإن قدر عليه المأمور، لأن تعيين ذلك يكاد أن يكون تعنتا؛ لأن القصد بالصدقة حاصل

---

(١) بدائع الصنائع ج٧ ص١٤٠، التاج والإكليل ج٤ ص٥٥٧-٥٥٨، نهاية المحتاج ج٢ ص٤١٥-٤١٩، المحلى ج٨ ص٥٣٦.

(٢) "كشاف القناع" (٢/ ٦٨)، "مطالب أولي النهى" (١/ ٨١٦).

(٣) حاشية ابن عابدين ج٢ ص١٨٥-١٨٦.

(٤) "الشرح الكبير" ومعه حاشية الدسوقي (١/ ٤٠٦).

بخروج أقل ما يجزئ".[1]

- وقال قليوبي: "كل ما ليس معصية يجب بأمره ولو مباحا".[2]

- ونقل الهيتمي عن النووي أنه قال: "إذا أمر ولي الأمر الناس بصيام ثلاثة أيام في الاستسقاء عند الحاجة إليه يكون الصيام واجبا عليهم، قال ومن أخل به عند الحاجة والحالة هذه أثم، ولك أن تقول يحتمل ترجيح ذلك ويحتمل ترجيح خلافه".[3]

رابعاً: طاعة ولي الأمر في المكروه[4]

اختلف الفقهاء في حكم طاعة الإمام إذا أمر بمكروه.

فذهب إلى وجوب طاعته المالكية ـ في أحد القولين ـ والشافعية، وقيده بعضهم بالمصلحة العامة كما سيأتي، أما الحنابلة فتكره عندهم طاعته في المكروه.

قال العدوي: "وأما إذا أمروا بمكروه ففيه خلاف الوجوب عند ابن عرفة حيث لم تكن الكراهة مجمعا عليها، وعدمه عند القرطبي، قال: فلو أمروا بجائز صارت طاعتهم فيه واجبة، ولما حلت مخالفتهم، فلو أمروا بما زجر الشارع عنه زجر تنزيه لا تحريم

(١) الفتاوى الفقهية ج ١ ص ٢٧٨ – ٢٧٩.

(٢) حاشيتا قليوبي وعميرة (١/ ٣٦٦).

(٣) الفتاوى الفقهية ج ٢ ص ٢٢٧ – ٢٢٨، وينظر: مغني المحتاج ج ١ ص ٦٠٤ – ٦٠٥، تحفة المحتاج ج ٣ ص ٦٧ – ٧٣، نهاية المحتاج ج ٢ ص ٤١٥ – ٤١٩، "فيض القدير" (٤/ ٢٦٢)؛ للمناوي.

(٤) المكروه لفظ مشترك في عرف الفقهاء بين معان أحدها: المحظور، الثاني: ما نهي عنه نهي تنزيه، وهو الذي أشعر بأن تركه خير من فعله وإن لم يكن عليه عقاب، الثالث: ترك ما هو الأولى وإن لم ينه عنه، الرابع: ما وقعت الريبة والشبهة في تحريمه، والمقصود به هنا المعنى الثاني. ينظر: المستصفى ج١ ص٥٢-٥٤، البحر المحيط ج١ ص٣٩٣-٣٩٥.

فالأظهر جواز المخالفة إلا أن يخاف على نفسه فله أن يمتثل".[1]

وقال ابن حجر الهيتمي: "... فإذا أمر به وجب فعله إذ لا مخالفة حينئذ؛ يعني إذا أمر بالمكروه فلا مخالفة حينئذ للأمر أو النهي الجازمين".[2] وقال: " وظاهر كلامهم في باب الإمامة أنه لو أمر بمكروه وجب امتثال أمره، وينقلب الفعل حينئذ واجبا وليس ببعيد".[3]

قال البجيرمي: "وإن أمر بمندوب وجب، وإن أمر بمباح فإن كان فيه مصلحة عامة كترك شرب الدخان وجب، بخلاف ما إذا أمر بمحرم أو مكروه أو مباح لا مصلحة فيه عامة".[4]

وقال الرحيباني: "وقولهم: تجب طاعته؛ المراد به في السياسة والتدبير والأمور المجتهد فيها لا مطلقا، ولهذا جزم بعضهم: تجب في الطاعة، وتسن في المسنون، وتكره في المكروه".[5]

خامسا: طاعة ولي الأمر في تقييد المباح أو حظره

اختلف الفقهاء في حكم طاعة ولي الأمر إذا أمر بمباح أو نهى عنه؛ وجاء اختلافهم على ستة أقوال:

---

(١) حاشية العدوي ج ١ ص ١٢١ – ١٢٢، حاشية الدسوقي ج ١ ص ٤٠٦ – ٤٠٧، "الفواكه الدواني" ج١ ص٢١١، "شرح مختصر خليل" (٨/ ٦٠)؛ للخرشي.

(٢) الفتاوى الفقهية ج ١ ص ٢٧٨ – ٢٧٩.

(٣) الفتاوى الفقهية (٢/ ٢٣٦)؛ لابن حجر الهيتمي.

(٤) حاشية البجيرمي على الخطيب (٢/ ٢٣٨).

(٥) مطالب أولي النهى ج ١ ص ٨١٦.

القول الأول: وجوب العمل بالمباح إذا أمر به ولي الأمر، وحرمته إذا نهى عنه مطلقا، وإليه ذهب الحنفية، وبعض المالكية، وقال به بعض الحنابلة.

قال في رد المحتار: "طاعة أمر السلطان بمباح واجبة"[1]، وجاء في حاشية ابن عابدين: " إذا أمر الإمام بالصيام غير الأيام المنهية وجب لما قدمناه في باب العيد من أن طاعة الإمام فيما ليس بمعصية واجبة".[2]

وقال العدوي: "... فلو أمروا بجائز صارت طاعتهم فيه واجبة، ولما حلت مخالفتهم".[3]

ونقل المرداوي في "الإنصاف" عن "المستوعب" أنه: تجب طاعته في غير المعصية، وذكره بعضهم إجماعا".[4] وقال الحموي: "أمر السلطان يصير المباح واجبا".[5]

- وأدلة هذا الرأي عموم النصوص المتواترة بالأمر بالطاعة في المعروف.

القول الثاني: لا يصير المباح واجبا بأمر الإمام به ، ولا محرما بالنهي عنه، وهذا ما ذهب إليه الظاهرية، قال ابن حزم: "... فصح ضرورة أنه لا يخرج حكم أبدا عن أن يأمر به الله تعالى على لسان رسوله عليه الصلاة والسلام فيكون فرضا ما استطعنا منه، أو ينهى عنه الله تعالى على لسان رسوله عليه الصلاة والسلام فيكون حراما، أو لا يكون فيه أمر ولا نهي فهو مباح فعله وتركه، وبطل أن تنزل نازلة في الدين لا حكم لها في

---

(١) رد المحتار ٥/ ١٦٧ .

(٢) حاشية ابن عابدين ج٢ ص١٨٥-.١٨٦

(٣) حاشية العدوي ج ١ ص ١٢١ – ١٢٢.

(٤) الإنصاف (٢/ ٤٥٣، ٤٥٤)؛ للمرداوي.

(٥) غمز عيون البصائر ٢/ ٣٧١ – ٣٧٢.

القرآن والسنة، ولو وجدت – وقد أبى الله عز وجل أن توجد – لكان من أراد أن يشرع فيها حكما داخلا في ذم الله تعالى إذ قوله تعالى: { **أَمْ لَهُمْ شُرَكَاءُ شَرَعُوا لَهُمْ مِنَ الدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَنْ بِهِ اللهُ** } سورة الشورى الآية: ٢١... لا في شرع الدين بما لم يأذن فيه الله تعالى، ولا في إسقاط فرض فرضه الله تعالى، ولا في إباحة ما حرمه الله تعالى، ولا في تحريم ما أحله الله تعالى، ولا في إيجاب ما لم يوجبه الله تعالى ... فهذا كله تعد لحدود الله عز وجل، وشرع في الدين ما لم يأذن به الله تعالى.[١]

وقال الألوسي: " وجوب الطاعة لهم ما داموا على الحق فلا يجب طاعتهم فيما خالف الشرع، وهل يشمل المباح أم لا؟ فيه خلاف، فقيل: إنه لا يجب طاعتهم فيه لأنه لا يجوز لأحد أن يحرم ما حلله الله تعالى، ولا أن يحلل ما حرمه الله تعالى".[٢]

القول الثالث: وجوب الطاعة في المباح إذا كان الأمر أو النهي لمصلحةٍ عامة للمسلمين، وهذا رأي جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة.

قال ابن رشد الجد: " قال مالك: إذا غلا الطعام واحتيج إليه وكان بالبلد طعام فلا أرى بأسا أن يأمر الإمام أهله فيخرجوه إلى السوق، فيباع إذا احتاج الناس إليه، وإنما يكون ذلك عند حاجة الناس، وليس في كل زمان، قال محمد بن رشد: هذا كما قال، ومثله في كتاب ابن المواز، وهو أمر لا أعلم فيه خلافا؛ لأن هذا وشبهه مما يجب الحكم فيه للعامة على الخاصة؛ إذ لا يصح أن يترك الناس يجوعون، وفي البلد طعام عند من لا يريده إلا للبيع".[٣]

وقال الدسوقي: "إن أمر بمندوب أو مباح وجبت طاعته ... واعلم أن محل كون

---

(١) المحلى ج٨ ص٤٢٩-٤٣٣.

(٢) تفسير الألوسي (٣/ ٦٤، ٦٥).

(٣) البيان والتحصيل (٩/ ٣٥٢).

الإمام إذا أمر بمباح أو مندوب تجب طاعته إذا كان ما أمر به من المصالح العامة".[1]

قال البجيرمي: "وإن أمر بمندوب وجب، وإن أمر بمباح فإن كان فيه مصلحة عامة كترك شرب الدخان وجب، بخلاف ما إذا أمر بمحرم أو مكروه أو مباح لا مصلحة فيه عامة".[2]

وجاء في حاشية الجمل عن الاستسقاء: "(وسن أن يأمرهم الإمام بصوم أربعة أيام) متتابعة، وصوم هذه الأيام واجب، وظاهر أن منهيه كمأموره فيمتنع ارتكابه ولو مباحا".[3]

وقد دل كلام الإمام الطبري ـ رحمه الله ـ على هذا، فقد قال: "لا طاعة تجب لأحد فيما أمر ونهى فيما لم تقم حجة وجوبه إلا للأئمة الذين ألزم الله عباده طاعتهم فيما أمروا به رعيتهم مما هو مصلحة لعامة الرعية؛ فإن على من أمروه بذلك طاعتهم وكذلك في كل ما لم يكن لله معصية".[4]

وقال الرحيباني: "وقولهم: تجب طاعته، المراد به: في السياسة والتدبير والأمور المجتهد فيها لا مطلقا".[5]وبهذا الرأي قال الدكتور فتحي الدريني من المعاصرين.[6]

القول الرابع: فرق بعض الفقهاء بين الإمام العادل وغيره في تقييد المباح أو حظره

---

(١) حاشية الدسوقي ج ١ ص ٤٠٦ – ٤٠٧.

(٢) حاشية البجيرمي على الخطيب (٢/ ٢٣٨).

(٣) حاشية الجمل ج٢ ص١١٦-١١٧.

(٤) تفسير الطبري (٨/ ٥٠٣).

(٥) مطالب أولي النهى ج ١ ص ٨١٦.

(٦) الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده صـ ١١١.

فقالوا: تجب طاعة الإمام العادل لا غيره، وقد حكاه الحموي عن الحنفية فقال: "...لأن من أقطعه الولاة المهديون فليس لأحد أن يرد ذلك ... ومفهوم ذلك أن غير المهديين لا يكون الحكم فيهم كذلك".[1]

• وهو أيضا رأي الإمام ابن تيمية أن الإمام العدل تجب طاعته فيما لم يعلم أنه معصية، وغير العدل تجب طاعته فيما علم أنه طاعة كالجهاد.[2]

القول الخامس: فرق بعض الفقهاء المعاصرين بين سلطة ولي الأمر في الأمر بالمباح، وسلطته في النهي عنه، فإذا أمر بالمباح مثل كثير من التنظيمات الإدارية، ومثل تعلم العلوم الدنيوية وتخطيط المدن ونحو ذلك فهذا يجب امتثاله، لأنه وإن كان في الأصل مباحا غير واجب لكنه أصبح واجبا بطلب الإمام، ويكون داخلا في المعروف، إلا إذا كان المباح وسيلة إلى محرم، فإن الوسائل لها حكم الغايات[3] فلا تجب الطاعة حينئذ في هذا المباح.

- وإذا نهي عن أمر مباح: مثل أكل اللحوم، وزراعة بعض الثمار، وركوب بعض المركوبات، والسكنى في أماكن معينة، ومثل: الحديث في أمور السياسة، أو التجمعات، ومثل: تعدد الزوجات، والطلاق، وغير ذلك، فهذا محل نظر، بحيث يفرق بين النهي الفردي، والنهي الجماعي.

- فإن كان فرديا، أي مقصودا به أفرادا محدودين كأن ينهى الإمام شخصا

---

(١) غمز عيون البصائر ج١ ص٣٧٣.

(٢) مجموع الفتاوي ٢٩/ ١٩٦ لابن تيمية.

(٣) ينظر: أنوار البروق في أنواء الفروق ج٢ ص٣٢، والموافقات للشاطبي ١/ ٢٠٣، حيث يقول: " ... المباح يصير غير مباح بالمقاصد والأمور الخارجة ".

أو أشخاصا محدودين عن السفر خارج البلاد، أو عن السكنى في مدينة ما، أو عن الزواج من الكتابيات؛ فمثل ذلك تجب الطاعة فيه إذا رؤي توخي الإمام للمصلحة العامة فيه[1]، والمخالف يعتبر عاصيا، ومما يشهد لذلك ما اشتهر عن عمر – رضي الله عنه – أنه نهى بعض الصحابة عن الزواج بالكتابيات.[2]

- وإن كان جماعيا – أي مقصودا به جملة الناس – وذلك بأن يصدر فيه تعميمات عامة وقوانين منظمة، فهذا لا يطاع فيه، لأنه يعتبر بمثابة التشريع المخالف لشرع الله، لما في ذلك من تحريم الحلال ومنعه.[3]

القول السادس: فرق بعض الفقهاء المعاصرين حسب دليل المباح؛ فيجوز تقييده إذا كان معفوا عنه وإباحته مستندة للبراءة الأصلية، ولا يجوز تقييده إذا كان منصوصا على إباحته، فهناك مباح دل الشرع على إباحته فهذا لا يجوز لولي الأمر أن يمنعه ولا أن يقيده، مثل التعدد والطلاق؛ لأنه مباح بنص شرعي.

- أما المباح الذي يجوز تقييده بسلطة ولي الأمر فهو المباح العام أو ما يسمى بـ (العفو) وهو الذي ذكره حديث سلمان في قوله صلى الله عليه وسلم: (الحلال ما أحل الله في كتابه، والحرام ما حرم الله في كتابه، وما سكت عنه فهو مما عفى عنه).[4]

فهذه المنطقة الواسعة التي تسمى منطقة العفو يجوز لولي الأمر أن يتدخل فيها من

---

(١) قال ابن نجيم: " إذا كان فعل الإمام مبنيا على المصلحة فيما يتعلق بالأمور العامة لم ينفذ أمره شرعا إلا إذا وافقه، فإن خالفه لم ينفذ". غمز عيون البصائر ج١ ص٣٧٣.

(٢) انظر: السنن الكبرى للبيهقي ٧/ ١٧٢.

(٣) ينظر: "من قواعد النظام السياسي في الإسلام طاعة أولي الأمر"؛ للدكتور/ عبد الله بن إبراهيم الطريقي، (مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ربيع الآخر ١٤١٣ هـ) ج-١ ص ٣٥ – ٤٣.

(٤) حديث صحيح، رواه الحاكم في المستدرك ٤/ ١٢٩، والترمذي ٤/ ٢٢٠.

باب السياسة الشرعية إذا كان هناك مصلحة معتبرة وليست مصلحة موهومة.[1]

سادسا: الرأي المختار في حكم طاعة ولي الأمر في تقييد المباح أو منعه

بعد عرض الأقوال السابقة والإشارة لأدلتها يمكن استبعاد القولين الأولين القائلين بالجواز والمنع بإطلاق، أما باقي الأقوال فيمكن الجمع بينها باشتراط أن يكون أمر الإمام العادل أو نهيه عن المباح لمصلحة عامة، وأن يكون المنع أو الأمر مقيدا بوقت معين أو حاجة معينة وليس مطلقا أو دائما، وهو ما يشبه مسألة المُنسأ من الأحكام؛ من النسأ بمعنى التأخيركما في قوله تعالى: {ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها} (سورة البقرة الآية ١٠٦) ويقصد به: كل أمر ورد؛ يجب امتثاله في وقت ما لعلة تقتضي ذلك الحكم، ثم ينتقل بانتقال تلك العلة إلى حكم آخر.[2]

قال الإمام الزركشي: " وإلى هذا أشار الشافعي في الرسالة إلى النهي عن ادخار لحوم الأضاحي من أجل الدافة، ثم ورد الإذن فيه فلم يجعله منسوخا بل من باب زوال الحكم لزوال علته، حتى لو فاجأ أهل ناحية جماعة مضرورون تعلق بأهلها النهي".[3]

وظاهر أن المنسأ من الأحكام هو حكم تم مراعاة المآل فيه؛ مع عدم إهدار النص أو القول بنسخه.

- ويؤيد هذا الرأي بضوابطه أن لولي الأمر أن يجتهد؛ لكن ليس من حقه أن

---

(١) هذا رأي الأستاذ الدكتور علي محيي الدين القرة داغي في تعليق له على بعض البحوث المقدمة لمجمع الفقه الإسلامي. ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١١/ ٢٤٣، ٢٩٩ موضوع "المضاربات على العملة ماهيتها وآثارها وسبل مواجهتها مع تعقيب من منظور إسلامي" إعداد الدكتور/ شوقي أحمد دنيا أستاذ الاقتصاد بجامعة الأزهر.

(٢) الإتقان في علوم القرآن ٢/ ٥٦ للإمام السيوطي.

(٣) البرهان في علوم القرآن ٢/ ٤٢ للإمام الزركشي.

يشرع، لأن التشريع في الإسلام حق لله تعالى وحده، وقد بني التشريع على أصلين هما الكتاب والسنة، وما عداهما من الأدلة فهو مبني عليهما كما هو معلوم؛ فالإجماع لا بد من استناده على دليل من كتاب أو سنة، كذلك الأمر في سائر أمور الاجتهاد.[1]

المطلب الثاني
حكم إلزام ولي الأمر بالإشهاد على الطلاق للمصلحة العامة

بعد بحث مسألة الإشهاد على الطلاق يظهر أن الراجح أنه مستحب، وأن القول بوجوبه بعيد، وأبعد منه القول بعدم وقوع الطلاق دون إشهاد؛ لما فيه من مخالفة النصوص الشرعية والإجماع كما تقدم، وهذا الرأي هو ما انتهى إليه مجمع البحوث الإسلامية وهيئة كبار العلماء بالأزهر الشريف في التقرير العلمي لهيئة كبار العلماء بعنوان: "حكم الطلاق الشفوي وأثره الشرعي"[2]، والأزهر الشريف في اجتهاده هذا يمارس حقه المنوط به طبقا لدستور جمهورية مصر العربية (٢٠١٤م) في القيام بالاجتهاد الشرعي، حيث نصت المادة (٧) من الدستور على ما يلي: "الأزهر الشريف هيئة إسلامية علمية مستقلة، يختص دون غيره بالقيام على كافة شئونه، وهو المرجع الأساسي فى العلوم الدينية والشئون الإسلامية، ويتولى مسئولية الدعوة ونشر علوم الدين واللغة العربية فى مصر والعالم".

- **ويجوز للدولة بناء على ترجيح القول بوجوب طاعة ولي الأمر في تقييد المباح أو حظره تحقيقا للمصلحة العامة** بالضوابط المذكورة سابقا؛ أن تسن من القوانين ما

(١) ينظر: فقه الخلافة وتطورها صـ٦٥: ٧٧.

(٢) ينظر: ملحق مجلة الأزهر بتاريخ جمادى الآخرة ١٤٣٨هـ- مارس ٢٠١٧م، متضمنا بحوثا لأعضاء هيئة كبار علماء الأزهر الشريف.

يُلزم الأفراد بتوثيق الطلاق عن طريق الموظف المختص، وللإمام الحق في التعزير بالغرامة أو العقوبة لمن يخالف الأمر بالتوثيق، مع التنبه إلى أن الإلزام بالتوثيق لا يعني أنه جزء من الطلاق أو شرط له، فالطلاق واقع في كل الأحوال وليس التوثيق جزءا من حقيقته بالإجماع، وهذا الإلزام بالتوثيق يستند لحق ولي الأمر في تقييد المباح أو حظره تحقيقا للمصلحة العامة، لكن هذا الوجوب – مع ذلك – مقيد بالمصلحة يدور معها وجودا وعدما.

• وقول بعض الفقهاء المحدثين إنه يجوز الإلزام بالإشهاد على الطلاق بحيث لا يقع الطلاق دونه؛ افتئات على حق شرعي جعله الله تعالى بيد الرجل وهو الطلاق، وليس للإمام ولا غيره دخل به بإجماع المسلمين؛ قال الإمام السرخسي: "ليس للإمام ولاية إسقاط حقوق العباد"[1]، وقال الإمام الماوردي: "الحاكم لا يملك إسقاط الحقوق"[2]، وقال: "والطلاق يملكه الزوج دون الحاكم"[3]، وقال ابن حزم: "اتفقوا أن طلاق المسلم العاقل البالغ الذي ليس سكرانا ولا مكرها ولا غضبانا ولا محجورا ولا مريضا لزوجته التي قد تزوجها زواجا صحيحا جائز؛ إذا لفظ به بعد النكاح مختارا له حينئذ، وأوقعه في وقت الطلاق بلفظ من ألفاظ الطلاق ... فإنه طلاق".[4]

• ولا ينكر أحد أن للإمام أن يتصرف بطريق الولاية العامة استنادا للمصلحة؛ لكن ذلك مشروط بألا يخالف شرعا ولا يصادر حقا؛ قال السيوطي: "القاعدة الخامسة:

(١) المبسوط ج١٠ ص١٣١.

(٢) الحاوي ج٩ ص٢٢.

(٣) الحاوي الكبير ج١٤ ص٦٣-٦٤.

(٤) مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات صـ٧١.

تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة.هذه القاعدة نص عليها الشافعي وقال: " منزلة الإمام من الرعية منزلة الولي من اليتيم "، قلت: وأصل ذلك: ... قال عمر رضي الله عنه: إني أنزلت نفسي من مال الله بمنزلة والي اليتيم، إن احتجت أخذت منه فإذا أيسرت رددته فإن استغنيت استعففت".[1]

قال الحموي: "إذا كان فعل الإمام مبنيا على المصلحة فيما يتعلق بالأمور العامة لم ينفذ أمره شرعا إلا إذا وافقه؛ فإن خالفه لم ينفذ، ولهذا قال الإمام أبو يوسف – رحمه الله – في كتاب الخراج من باب إحياء الموات: وليس للإمام أن يخرج شيئا من يد أحد إلا بحق ثابت معروف".[2]

- والقول بعدم وقوع الطلاق غير الموثق وإهداره ليس تقييدا للمباح، لكنه تغيير لشكل الطلاق الشرعي بإضافة شرط لم يرد وجعله من حقيقة الطلاق، وقد سبق في مسألة طاعة ولي الأمر أن له تقييد المباح؛ لكن ليس له – بالإجماع – حق التشريع إيجابا أو إلغاء، لأن التشريع في الإسلام حق لله وحده، وللأمة الاجتهاد فيما لا نص فيه عن طريق الإجماع أو القياس بالضوابط الشرعية المعروفة.

- والقول بخلاف هذا – أي بعدم وقوع الطلاق غير الموثق – يفتح الباب للفوضى والاجتهاد غير المنضبط، وأن يقول من شاء ما شاء ما دام الأمر موكولا لهوى النفس وارتياح القلب.

- أما القول إن المصلحة تقتضي عدم وقوع الطلاق غير الموثق حفاظا على الأسرة

---

(١) الأشباه والنظائر ج١ ص١٢١-١٢٢، وينظر: شرح القواعد الفقهية (ص ٣٠٩) للزرقا.

(٢) غمز عيون البصائر ج١ ص٣٧٣.

وتماسكها فهو دواء في غير موضع الداء، واعتماد هذا الرأي يضر أكثر مما ينفع، وهو أشبه بقول الإمام الشافعي:

(رام نفعا فضر من غير قصد ** ومن البر ما يكون عقوقا).[1]

وهذا القول باطنه العذاب وظاهره الرحمة لما يلي:

- أن فيه افتئاتا على الشارع -الحكيم العليم بما يصلح خلقه- فليس في مراعاة الأحكام الشرعية ما يجر لمفسدة أو يمنع مصلحة، بل الشريعة مبناها وأساسُها على الحِكَم ومصالح العِباد في المعاش والمعاد، وهي عدْلٌ كلُّها، ورحمةٌ كلُّها، ومصالحُ كلُّها، وحكمة كلها، فكلُّ مسألة خرجتْ عنِ العدل إلى الجَوْر، وعنِ الرحمة إلى ضِدِّها، وعنِ المصلحة إلى المفْسَدة، وعنِ الحكمة إلى العَبَث، فليستْ منَ الشريعة، وإنْ أُدْخِلَتْ فيها بالتأويل ".[2]

- قال الشاطبي: ثبت الدليل الشرعي على أن الشريعة إنما جيء بالأوامر فيها جلبًا للمصالح ... فإن رأيته وقد ابتنى عليه مفسدة فاعلم أنها ليست بناشئة عن السبب المشروع؛ وإنما هي ناشئة عن أسباب أخرى مناسبة لها ".[3]

- ولمن يقول بتغيير شكل الطلاق الشرعي تحقيقا للمصلحة سؤال: هل بقاء الأسرة على حالة من البغضاء والتنافر والشقاق أولى أم اللجوء للحل البغيض عند الاضطرار إليه؟. وفي حوادث قتل الزوجات للأزواج والعكس دليل على أن سد الباب الشرعي

(١) ديوان الإمام الشافعي صـ١٠١.

(٢) إعلام الموقعين ٣/ ١١.

(٣) الموافقات ١/ ٣٧٥.

ينتج عنه العنت والأذى والضيق في المجتمع.

- والعجب أن من يقول بهذا – أي بتغيير شكل الطلاق الشرعي – يقول بالتساهل في الخلع بصورة يقول أغلب الفقهاء بعدم مشروعيتها، وقد ثبت بالإحصاءات الرسمية أن أكبر نسبة من الانفصال يتسبب فيها اللجوء للخلع بصورته الحالية، فهو في الحقيقة سبب ارتفاع نسبة الانفصال وليس الطلاق الشرعي غير الموثق.(١)

- على أن التدخل في شكل الطلاق الشرعي هو تغيير لحدود الله تعالى بنص القرآن الكريم، فقد جاءت هذه الكلمة (حدود الله) في القرآن الكريم في ستة مواضع؛ آية تتحث عن حدود الله في الصيام والاعتكاف في سورة البقرة، وآية تتحث عن حدود الله في الميراث في سورة النساء، وأربعة مواضع تتحدث عن الطلاق وأحكامه على الوجه التالي: موضعين متتاليين في سورة البقرة في قوله تعالى: **"الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ "** سورة البقرة:الآيتين(٢٢٩-٢٣٠)، وقوله تعالى:

---

(١) – حسب التقارير الرسمية سجلت أعلى نسبة طلاق في مصر بسبب الخلع؛ حيث بلغ عدد الأحكام بها ٧١٣٤ حكماً بنسبة ٨٣.٥٪ كما جاء في التقرير التحليلي للنشرة السنوية لإحصاءات الزواج والطلاق عام٢٠١٨، الصادر عن الجهاز المركزى للتعبئة العامة والاحصاء.

وينظر: http://gate.ahram.org.eg/News/2082753.aspx

https://www.elwatannews.com/news/details/4279892

"يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا".[سورة الطلاق:الآية ١]، وكان الظهار طلاقا في الجاهلية فنهوا عن الطلاق بلفظ الجاهلية، وأوجب عليهم الكفارة تغليظا في النهي[1] في قوله تعالى: **"ذَلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللهِ وَرَسُولِهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللهِ وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ"**. سورة المجادلة: الآية (٤).

المطلب الثالث

مقارنة بين الرأيين الشرعي والقانوني في توثيق الطلاق استنادا لسلطة ولي الأمر في تقييد المباح أو حظره تحقيقا للمصلحة العامة

بعد عرض رأي الفقهاء في حكم توثيق الطلاق بالإشهاد، والتعرض للرأي القانوني بشأن إثبات الطلاق بالتوثيق؛ يتضح أنهما متطابقان تماما، فقد نصت الأحكام القضائية المتعلقة بالموضوع على استنادها للشريعة الإسلامية في ذلك، وهو ما ألزم به الدستور المصري كما سبق، ويمكن القول إن الاجتهاد القضائي قد أكد دقة فهم الفقهاء؛ أن الإلزام بتوثيق الطلاق حق لولي الأمر من باب قيامه برعاية المصالح العامة، لكن هذا الإلزام لا يصادر حق الرجل في الطلاق، ولا يغير من حقيقة الطلاق ذاته، مع حق ولي الأمر في فرض ما يناسب من العقوبات التعزيرية لمن يخالف أمره في ذلك، وبذلك أصبح لدينا في المسألة إجماع قديم للعلماء، وتوكيد لهذا الإجماع في العصر الحديث باجتهاد هيئة كبار علماء الأزهر الشريف المنوطة دستوريا بالاجتهاد الشرعي، وهو

(١) المصباح المنير ج١ ص٣٨٨.

إجماع مؤيد بالاجتهاد القضائي للمحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض المصرية.

• وقد راعى فقهاء القانون في أحكامهم الرأي الشرعي القاضي بأنه لا اجتهاد مع النص، وأن الحقوق المنصوص عليها شرعا – كحق الرجل في الطلاق – لا يجوز التدخل فيها بالتقييد أو الحظر، وإلا كان ذلك تغييرا للحكم الشرعي، وأن سلطة ولي الأمر في تقييد المباح أو حظره تحقيقا للمصلحة العامة محلها الأحكام الاجتهادية الظنية لا القطعية المتفق عليها.

خاتمة

في نهاية البحث أسأل الله أن يقبل بفضله هذا العمل، ويسد ما فيه من الخلل، وما كان فيه من توفيق فمن الله وحده وله الفضل والحمد والمن، وما كان فيه من تقصير أو زلل فمن نفسي وأستغفر الله من ذلك، والحمد لله أولا وآخرا.

ويمكن إيجاز نتائج هذا البحث وتوصياته فيما يلي:

أولا: نتائج البحث:

١- الطلاق مشروع بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول، والراجح أن الأصل فيه الحظر والكراهة إلا لضرورة، وشرط وقوعه أن يصدر ممن يملك أهلية إيقاعه على الوجه الشرعي؛ بأن يكون الزوج مكلفا؛ يوقعه على امرأة تصلح محلا لطلاقه، وقد اتفق الفقهاء على حصول الطلاق باللفظ الدال عليه صراحة دون الحاجة لنية.

٢- المقصد الشرعي من الطلاق دفع المفسدة الحاصلة من سوء العشرة، والخصومة الدائمة من غير فائدة؛ وليصل كل واحد منهما إلى زوج يوافقه فيستوفي مصالح النكاح منه، وقد جعل الشارع الحكيم عقد الزواج متعلقا بالزوجين يعقد بإرادتهما معا، ثم جعل حل هذا العقد بيد الرجل منفردا، ولو جُعِل أمر الطلاق للزوجين معا أو للمرأة كما للرجل – استجابة لأهل الأهواء - لاختل النظام القائم على التوازن.

٣- التوثيق مشروع في العموم، وقد يكون مندوبا كما في البيع وعقود المعاوضات، وقد يجب كما في الزواج؛ وفيه منافع منها: صيانة الأموال، وقطع المنازعة، والتحرز عن العقود الفاسدة، وتوضيح الحقوق، والأصل عند الفقهاء أن توثيق عقد الزواج واجب؛ على خلاف بينهم في كيفية التوثيق؛ واستحب بعض الفقهاء كتابة عقد

الزواج توثيقا له وصيانة عن الإنكار، أما كتابة المعاملات المالية الخاصة بالزواج كالصداق والنفقة وغيرهما فلم يشترطها الفقهاء، وإنما استحبوا ذلك قياسا على سائر المعاملات المالية.

٤- الإشهاد على الطلاق مستحب؛ والقول بعدم وقوع الطلاق دون إشهاد يخالف إجماع المسلمين، وهو اجتهاد في مقابلة النص، ولا مصلحة في القول بذلك لأن الشارع الحكيم هو المختص بتحديد المصالح والمفاسد وشرعها.

٥- الراجح أن لولي الأمر الحق في تقييد المباح أو حظره تحقيقا للمصلحة العامة، ومحل ذلك الأحكام الاجتهادية الظنية لا الأحكام القطعية المتفق عليها، وعلى ذلك للدولة أن تسن من القوانين ما يُلزم الأفراد بتوثيق الطلاق، مع الحق في التعزير بالغرامة أو العقوبة لمن يخالف الأمر بالتوثيق، والإلزام بالتوثيق لا يعني أنه جزء من الطلاق أو شرط له، فالطلاق واقع في كل الأحوال، وليس التوثيق جزءا من حقيقته بإجماع.

٦- لم يجعل القانون توثيق عقد الزواج لدى الموثق المختص شرطًا لانعقاده أو صحته؛ فعقد الزواج من العقود الرضائية التى تقوم بالتقاء الإيجاب والقبول؛ غاية الأمر أن النصوص القانونية تقضي بحرمان من لا يقوم بتوثيق عقد الزواج من المعونة القضائية فيما يترتب على العقد من آثار؛ مع عدم المساس بصحة العقد ذاته؛ إذ أن التوثيق ليس من أركانه الشكلية أو الموضوعية.

٧- الأصل في القانون المصري جواز إثبات الطلاق قضاء بكافة طرق الاثبات الشرعية المقررة، وليس فى إيجاب توثيق الطلاق ولا فى تنظيم طريق العلم به أي قيد على حق الطلاق الذى أسنده الله عز وجل للزوج.

٨- اتفق الرأي القانوني لأعلى هيئتين قضائيتين في مصر – المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض – مع الإجماع الشرعي على وقوع الطلاق غير الموثق؛ مع حق ولي الأمر في الإلزام بتوثيقه، وقضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة ٢١ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ فيما يتعلق بالنص على اشتراط وجود إشهاد طلاق موثق كدليل على إيقاعه عند الإنكار، وعليه يجوز للزوج أو الزوجة إثبات الزوجية عند الإنكار أو وجود نزاع فيها بكافة طرق الإثبات؛ ولو لم يكن الزواج ثابتًا بوثيقة رسمية، وهو ما جرى عليه قضاء محكمة النقض.

توصيات البحث:

أ- نحتاج تدخلا جادا من الدولة بالتعاون مع المجتمع المدني لمعالجة الظواهر الاجتماعية الضارة كانتشار الطلاق والمخدرات وغيرها، والتكامل في هذا الأمر مطلوب، بحيث يوكل الأمر لأهله في كل تخصص، فلا يسند أمر الاجتهاد في الأمور الشرعية لغير المختصين، أو لأفراد لهم مآرب أخرى.

- ومن المهم تحقيقا لذلك وجود مراكز بحثية تعنى بتقديم دراسات في مجالات قضايا الأسرة؛ مهمتها دراسة وتحليل الأسباب التي تؤدي لعدم الاستقرار الأسري، وإيجاد حلول لذلك.
- كما يجب التأكيد على أن الاجتهاد في الأمور الشرعية هو حق لكل من ملك أهلية الاجتهاد، لكنه ليس كلأ مستباحا لكل ناعق، وخير الاجتهاد ما اجتمع له أهل الذكر من العلماء والمختصين، وفي هذا العصر تشتد الحاجة للاجتهاد الجماعي الصادر عن المؤسسات المعتبرة كالأزهر الشريف والمجامع الفقهية.

ب- يمكن للدولة القيام بدورها في محاربة ظاهرة الطلاق المقيتة وانتشارها بصورة مفزعة؛ دون اللجوء لتغيير حكم شرعي أو تبديله، ومن الاقتراحات التي قد تفيد في ذلك:

١- تفعيل دور الإعلام ومؤسسات الدولة والمجتمع المدني والمساجد والمدارس في التوعية بأهمية استقرار الأسرة، وأنه جزء لا يتجزأ من استقرار المجتمع والوطن، وتكثيف الحديث عن الحقوق والواجبات بين أفراد الأسرة حتى يعرف كل فرد حقه وواجبه، ولا ينكر أحد الدور المؤثر الذي يمكن أن تقوم به المؤسسات السابقة في تشكيل العلاقة بين الزوج والزوجة، والتوعية بأهمية الأسرة وكيفية استمرارها بشكل سوى سليم.

٢- تفعيل أحكام الشريعة الخاصة بمعالجة ظاهرة الطلاق، كموضوع التحكيم عند حدوث الشقاق بين الزوجين أو خشيته، ومع أن القانون يتضمن بالفعل النص على اللجوء للحكمين للإصلاح بين الزوجين؛ إلا أن الغالب في الموضوع الصورية، فلا يتحقق المراد من الإصلاح، ويمكن كعلاج لهذا تعيين الحكمين من أهل العلم الشرعي المشهود لهم بالخبرة والحكمة؛ كأساتذة الشريعة في الجامعات المختلفة، وكبار العلماء والأئمة، ويكون تعيينهم بدرجة مستشار شرعي لشئون الأسرة بنطاق المحكمة المختصة، بحيث يتولى ومعه آخر نيابة عن الزوج والزوجة مسألة الإصلاح، وهذا الاقتراح لا يصادر النص الشرعي الكريم: (حكما من أهله وحكما من أهلها) سورة النساء الآية: ٣٥، وإنما يراعي دقة اللفظ القرآني: (حكما) حيث يراعي الحكمة بتوافر العلم الشرعي، والإلزام بتعيينه من طرف القضاء، والله أعلم وأحكم.

٣- مما يفيد في معالجة ظاهرة الطلاق ما يمكن تسميته (الفقه الوقائي) وذلك بمعالجة أسباب الطلاق قبل حدوثها، ومن ذلك التوعية بحق الزوجة في اختيار

زوجها، ووضع ما يضمن ذلك من الآليات القانونية، فالإجبار من أهم أسباب الطلاق، مع عدم إغفال اشتراط الولي أيضا؛ حرصا على حقوق المرأة وعدم التغرير بها.

٤- يمكن للدولة فرض دورات لازمة للحصول على إذن بعقد الزواج – ولا يبطل الزواج بتركها طبعا لكن يعزر تاركها- ويتم في هذه الدورات التعريف بالحقوق والواجبات داخل الأسرة؛ والتأهيل للطرفين على المستوى النفسي والعقلي والتثقيفي والصحي؛ بتصحيح مفاهيم الزواج، وتدريب المقبلين على الزواج على فنون التواصل مع شريك الحياة، وحل الخلافات، وقد قامت دولة ماليزيا بتطبيق هذا الاقتراح بإلزام الزوجين بحضور دورة مدتها قرابة شهر، يحصل من يجتازها على شهادة تفيد بأنه مؤهل من الناحية النفسية والصحية للزواج وبناء أسرة مستقرة(١)؛ لكن من المهم الحرص – في مصر – على عدم تحول هذه الدورات لقيد شكلي كما هو الحال في الشهادات الصحية التي اشترطها القانون للتأكد من خلو الزوجين من الأمراض، وأضحت فارغة عن مضمونها.

والإلزام بالحصول على هذه الدورات - من باب السياسة الشرعية- له أصل واضح؛ فقد ربط الحديث الشريف الزواج في قوله صلى الله عليه وسلم: "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج "(٢) بالاستطاعة المالية والبدنية كما فسر ذلك العلماء، ويمكن القول بعد تطور الحياة وتوسعها بأن الباءة تشمل أيضا القدرة النفسية على الزواج وتحمل مسئولية الأسرة؛ مما يستدعي الحصول على قدر من التأهيل المناسب.

---

(١) التجربة الماليزية في الجانب الأسري ومدى الإفادة منها في الأردن د/ زينب القضاة.
https://www.wasatyea.net/

(٢) متفق عليه، صحيح البخاري ٢/ ٦٧٣، صحيح مسلم ٤/ ١٢٨.

المراجع

(مرتبة أبجديـًا)

بعد القرآن الكريم (تنزيل من رب العالمين)

١- الإتقان في علوم القرآن للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي (٨٤٩هـ/ ٩١١هـ) تحقيق سعيد المندوب، ط/ دار الفكر لبنان سنة النشر ١٤١٦هـ-١٩٩٦م.

٢- أحكام القرآن للإمام الحجة محمد بن إدريس الشافعي ط/ دار الكتب العلمية-١٤١٢هـ-١٩٩١م.

٣- أحكام القرآن للقاضي أبي بكر بن العربي المالكي (تـ/ ٥٤٣هـ) ط/ دار الكتب العلمية، ط/ الأولى، ٤ أجزاء.

٤- أحكام المحكمة الدستورية العليا - الجزء الحادي عشر (المجلد الثاني) - ط/ المكتب الفني لمحكمة النقض.

٥- أحكام محكمة النقض لسنوات مختلفة – صادرة عن المكتب الفني لمحكمة النقض.

٦- الأحوال الشخصية للشيخ محمد أبو زهرة، ط/ دار الفكر العربي، ط/ الثالثة ١٩٥٧م.

٧- أسنى المطالب في شرح روض الطالب لشيخ الإسلام زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، (تـ/ ٩٢٦هـ) ط/ دار الكتاب الإسلامي، عدد الأجزاء: ٤.

٨- الأشباه والنظائر للإمام عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي الشافعي ط/ دار الكتب العلمية، ط/ الأولى-١٤١١هـ-١٩٩٠م.

٩- الأصل الجامع لإيضاح الدرر المنظومة في سلك جمع الجوامع لحسن بن عمر بن عبد الله السيناوني المالكي ط/ مطبعة النهضة، تونس الطبعة الأولى، ١٩٢٨م.

١٠- إعلام الموقعين عن رب العالمين؛ للإمام ابن القيم (المتوفى: ٧٥١هـ)، ت: أبو عبيدة مشهور آل سلمان، ط/ دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط: الأولى، ١٤٢٣ هـ.

١١- الأعمال الكاملة للإمام محمد عبده ط/ دار الشروق- مصر، ط/ الأولى ١٩٩٣م.

١٢- الإقناع في مسائل الإجماع لأبي الحسن ابن القطان (المتوفى: ٦٢٨هـ) ت/ حسن فوزي الصعيدي ط/ دار الفاروق الحديثة للطباعة، ط/ الأولى ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤م.

١٣- الأم للإمام الحجة محمد بن إدريس الشافعي (تـ/ ٢٠٤هـ) ط/ دار الفكر – بيروت ١٩٩٠م.

١٤- الانتصار للشريف المرتضى ط/ مؤسسة النشر الإسلامي ط/ الأولى ١٤١٩هـ.

١٥- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للإمام علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الحنبلي (تـ/ ٨٨٥هـ) ط/ دار إحياء التراث العربي ط/ الثانية.

١٦- أنوار البروق في أنواء الفروق لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (تـ/ ٦٨٤هـ)، ومعه «إدرار الشروق على أنوار الفروق» وهو حاشية الشيخ قاسم بن عبد الله المعروف بابن الشاط (٧٢٣هـ)،

و«تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية» للشيخ محمد بن علي بن حسين مفتى المالكية بمكة المكرمة (١٣٦٧هـ) ط/ عالم الكتب.

١٧- البحر الرائق شرح كنز الدقائق للإمام زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (تـ/ ٩٧٠هـ) ط/ دار الكتاب الإسلامي-الطبعة الثانية عدد الأجزاء:٨.

١٨- البحر المحيط في أصول الفقه للإمام أبي عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (تـ/ ٧٩٤هـ) ط/ دار الكتبي الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م عدد الأجزاء: ٨ .

١٩- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين، أبي بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (تـ/ ٥٨٧هـ) ط/ دار الكتب العلمية ط/ الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

٢٠- البرهان في علوم القرآن لأبي عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: ٧٩٤هـ) المحقق: محمد أبو الفضل إبراهيم الطبعة الأولى، ١٣٧٦ هـ - ١٩٥٧ م ط/ دار إحياء الكتب العربية عيسى البابى الحلبي.

٢١- البناية شرح الهداية لأبي محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الحنفى بدر الدين العينى (المتوفى: ٨٥٥هـ) ط/ دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان-ط/ الأولى-١٤٢٠ هـ- ٢٠٠٠ م.

٢٢- البيان في مذهب الإمام الشافعي لأبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني ط/ دار المنهاج-الطبعة الأولى-١٤٢١ هـ- ٢٠٠٠ م- ثلاثة عشر جزءا.

٢٣- البيان والتحصيل لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: ٥٢٠هـ) حققه: د محمد حجي وآخرون ط: دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان ط/ الثانية، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨م.

٢٤- تاج العروس من جواهر القاموس لمحمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني أبو الفيض، الملقّب بمرتضى، الزَّبيدي (ت/ ١٢٠٥ه) ط/ دار الهداية عدد الأجزاء/ ٤٠.

٢٥- التاج والإكليل لمختصر خليل للإمام محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (ت/ ٨٩٧هـ) ط/ دار الكتب العلمية ط/ الأولى، ١٤١٦هـ-١٩٩٤م عدد الأجزاء٨.

٢٦- التجربة الماليزية في الجانب الأسري ومدى الإفادة منها في الأردن د/ زينب القضاة. https://www.wasatyea.net/

٢٧- التحرير والتنوير «تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد» للإمام محمد الطاهر بن عاشور التونسي (المتوفى: ١٣٩٣هـ) ط: الدار التونسية للنشر – تونس ١٩٨٤هـ.

٢٨- تحفة المحتاج بشرح المنهاج للإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي (ت/ ٩٧٤) هـ ط/ دار إحياء التراث العربي- عشرة أجزاء.

٢٩- تفسير الألوسي روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني للإمام شهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني الألوسي (المتوفى: ١٢٧٠هـ) ت: علي عبد الباري عطية ط: دار الكتب العلمية – بيروت ط: الأولى، ١٤١٥ هـ.

٣٠- (مصر في أرقام) التقرير الصادر عن الجهاز المركزى للتعبئة العامة والاحصاء مارس ٢٠١٨.

٣١- التقرير التحليلي للنشرة السنوية لإحصاءات الزواج والطلاق عام ٢٠١٨، الصادر عن الجهاز المركزى للتعبئة العامة والاحصاء.

٣٢- التقرير والتحبير لأبي عبد الله، شمس الدين محمد بن محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج، ابن الموقت الحنفي (تـ/ ٨٧٩هـ) ط/ دار الكتب العلمية ط/ الثانية، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م عدد الأجزاء:

٣٣- توثيق المعاملات (مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية رجب ١٤٠٩ هـ).

٣٤- التيسير بشرح الجامع الصغير ٢/ ٣٣٩ المؤلف / الإمام الحافظ زين الدين عبد الرؤوف المناوي دار النشر / مكتبة الإمام الشافعي - الرياض - ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م الطبعة: الثالثة عدد الأجزاء / ٢.

٣٥- جامع البيان في تأويل القرآن للإمام محمد بن جرير بن غالب الآملي، أبي جعفر الطبري (تـ/ ٣١٠هـ) ت/ أحمد محمد شاكر ط/ مؤسسة الرسالة ط/ الأولى، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م.

٣٦- الجامع لأحكام القرآن للإمام القرطبي (المتوفى: ٦٧١هـ) تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش ط: دار الكتب المصرية – القاهرة الطبعة: الثانية، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م.

٣٧- الجريدة الرسمية بتاريخ ٢١ يونيه سنة ١٩٧٩ - العدد ٢٥ تابع "أ".

٣٨- الجريدة الرسمية بتاريخ ٤ يوليه سنة ١٩٨٥ - العدد ٢٧.

٣٩- حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار) لمحمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (تـ/ ١٢٥٢هـ) على الدر المختار للحصفكي شرح تنوير الأبصار للتمرتاشي ط/ دار الفكر-بيروت ط/ الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م عدد الأجزاء:٦.

٤٠- حاشية البجيرمي على الخطيب (تحفة الحبيب على شرح الخطيب) للإمام سليمان بن محمد بن عمر البُجَيْرَمِيّ المصري الشافعي (تـ/ ١٢٢١هـ) ط/ دار الفكر تاريخ النشر: ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.

٤١- حاشية الجمل (فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب) لسليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري، المعروف بالجمل (تـ/ ١٢٠٤هـ) ط/ دار الفكر عدد الأجزاء:٥.

٤٢- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للإمام محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (تـ/ ١٢٣٠هـ)، ط/ دار الفكر، عدد الأجزاء:٤.

٤٣- حاشية الصاوي أبي العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (تـ/ ١٢٤١هـ) على الشرح الصغير، ط/ دار المعارف عدد الأجزاء:٤.

٤٤- حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني للشيخ أبي الحسن علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي (تـ/ ١١٨٩هـ) ت/ يوسف الشيخ محمد البقاعي ط/ دار الفكر – بيروت، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م عدد الأجزاء:٢.

٤٥- حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع للشيخ حسن بن محمد بن محمود العطار الشافعي (تـ/ ١٢٥٠هـ) ط/ دار الكتب العلمية عدد الأجزاء: ٢.

٤٦- حاشيتا قليوبي وعميرة لأحمد سلامة القليوبي (١٠٦٩ هـ) وأحمد البرلسي عميرة (٩٥٧ هـ) على شرح العلامة جلال الدين المحلي لمنهاج الطالبين للشيخ محيي الدين النووي ط/ دار الفكر – بيروت ١٤١٥هـ-١٩٩٥م عدد الأجزاء:٤.

٤٧- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي للإمام أبي الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (تـ/ ٤٥٠هـ) ط/ دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع- ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣ م.

٤٨- حجة الله البالغة لأحمد بن عبد الرحيم بن الشهيد وجيه الدين بن معظم بن منصور المعروف بـ «الشاه ولي الله الدهلوي» (تـ/ ١١٧٦هـ) ت/ السيد سابق ط/ دار الجيل، بيروت – لبنان ط/ الأولى، سنة الطبع: ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥م عدد المجلدات: ٢.

٤٩- الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده للدكتور/ فتحي الدريني، ط/ مؤسسة الرسالة – بيروت ط/ الثالثة ١٩٨٤م.

٥٠- الخلاف للشيخ الطوسي ط/ مؤسسة النشر الإسلامي ط/ الأولى ١٤١٧هـ.

٥١- دعائم الاسلام وذكر الحلال والحرام والقضايا والأحكام للقاضي النعمان المغربي ت:٣٦٣هـ ط/ دار المعارف- مصر ط/ الثانية ١٩٦٣م.

٥٢- دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات للإمام منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى (تـ/ ١٠٥١هـ) ط/ عالم الكتب ط/ الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م عدد الأجزاء: ٣.

٥٣- ديوان الإمام الشافعي تحقيق د/ أيمن الصياد ط/ دار الكتب العلمية – بيروت.

٥٤- الروض المربع للشيخ منصور بن يونس البهوتى الحنبلى (المتوفى: ١٠٥١هـ) ط/ مكتبة دار البيان-الطبعة الثانية-١٤٢٠ هـ- ١٩٩٩ م.

٥٥- سبل السلام للإمام محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف كأسلافه بالأمير (تـ/ ١١٨٢هـ) ط/ دار الحديث.

٥٦- سنن أبي داود للإمام سليمان بن الأشعث أبي داود السجستاني الأزدي ط/ دار الفكر ت/ محمد محيي الدين عبد الحميد عدد الأجزاء: ٤.

٥٧- سنن البيهقي الكبرى للإمام أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبي بكر البيهقي ط/ مكتبة دار الباز مكة المكرمة، ١٤١٤ – ١٩٩٤ ت/ محمد عبد القادر عطا عدد الأجزاء: ١٠.

٥٨- سنن الترمذي للإمام محمد بن عيسى أبي عيسى الترمذي السلمي ط/ دار إحياء التراث العربي – بيروت ت/ أحمد محمد شاكر وآخرون عدد الأجزاء: ٥.

٥٩- شرح السنة للإمام أبي محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي (تـ/ ٥١٦هـ) ت/ شعيب الأرنؤوط-محمد زهير الشاويش ط/ المكتب الإسلامي - دمشق، بيروت ط/ الثانية، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م عدد الأجزاء: ١٥.

٦٠- شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا [١٢٨٥هـ - ١٣٥٧هـ] تـ/ مصطفى أحمد الزرقا ط/ دار القلم - دمشق / سوريا ط/ الثانية، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م عدد الأجزاء: ١.

٦١- الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير على مختصر خليل، ط/ دار الفكر، عدد الأجزاء:٤.

٦٢- شرح حدود ابن عرفة للإمام محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي، أبو عبد الله (تـ/ ٨٠٣هـ) ط/ المكتبة العلمية-ط/ الأولى-١٣٥٠هـ.

٦٣- شرح مختصر خليل للإمام محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (تـ/ ١١٠١هـ) على مختصر العلامة خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري (تـ/ ٧٧٦ه ط/ دار الفكر للطباعة – بيروت، عدد الأجزاء:٨.

٦٤- صحيح البخاري (الجامع الصحيح المختصر) للإمام الحجة محمد بن إسماعيل أبي عبدالله البخاري ط/ دار ابن كثير، اليمامة – بيروت الطبعة الثالثة، ١٤٠٧ – ١٩٨٧ ت/ د. مصطفى البغا، عدد الأجزاء:٦.

٦٥- صحيح مسلم للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري ط/ دار الجيل بيروت - دار الأفاق الجديدة – بيروت، ثمانية أجزاء.

٦٦- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية (٦٩١ - ٧٥١) ت: نايف بن أحمد الحمد ط: دار عالم الفوائد - مكة المكرمة ط: الأولى، ١٤٢٨ هـ عدد الأجزاء:٢.

٦٧- العدة شرح العمدة لعبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، أبو محمد بهاء الدين المقدسي (المتوفى: ٦٢٤هـ) ط/ دار الحديث – القاهرة ١٤٢٤هـ ٢٠٠٣ م.

٦٨- العناية شرح الهداية للإمام محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرتي (تـ/ ٧٨٦هـ) ط/ دار الفكر عدد الأجزاء:١٠.

٦٩- غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن محمد مكي الحسيني الحموي الحنفي تـ ١٠٩٨هـ ط/ دار الكتب العلمية، ط/ الأولى ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م لبنان-بيروت، عدد الأجزاء٤.

٧٠- الفتاوى الفقهية للإمام أحمد بن محمد بن محمد بن علي ابن حجر المكي الهيتمي (ت: ٩٧٤ هـ) ط/ دار الفكر-١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.

٧١- فتح القدير للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (تـ/ ٨٦١هـ) ط/ دار الفكر عدد الأجزاء: ١٠.

٧٢- فرق الزواج في المذاهب الإسلامية للشيخ علي الخفيف، ط/ دار الفكر العربي ٢٠٠٨م.

٧٣- الفصول في الأصول للإمام أحمد بن علي الرازي الجصاص (٣٠٥-٣٧٠هـ) ط/ وزارة الأوقاف الكويتية-الطبعة الثانية-١٤١٤هـ-١٩٩٤م.

٧٤- فقه الخلافة وتطورها لتصبح عصبة أمم شرقية للأستاذ للدكتور/ عبد الرزاق السنهوري، تحقيق د/ توفيق الشاوي، د/ نادية عبد الرزاق السنهوري ط/ مؤسسة الرسالة- منشورات الحلبي الحقوقية.

٧٥- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني للشيخ شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي (تـ/ ١١٢٦هـ) ط/ دار الفكر تاريخ النشر: ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م عدد الأجزاء:٢.

٧٦- فيض القدير شرح الجامع الصغير للإمام زين الدين عبد الرؤوف المناوي القاهري (تـ/ ١٠٣١هـ) ط/ المكتبة التجارية الكبرى – مصر ط/ الأولى، ١٣٥٦ عدد الأجزاء: ٦.

٧٧- القوانين الفقهية لأبي القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي (المتوفى: ٧٤١هـ) عدد الأجزاء: ١.

٧٨- كشاف القناع عن متن الإقناع للإمام منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى (تـ/ ١٠٥١هـ) ط/ دار الفكر-وعالم الكتب- ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م.

٧٩- لسان العرب لمحمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الإفريقى (تـ/ ٧١١هـ) ط/ دار صادر – بيروت ط/ الثالثة - ١٤١٤ هـ عدد الأجزاء: ١٥.

٨٠- المبسوط للإمام محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (تـ/ ٤٨٣هـ) (دار المعرفة-بيروت-د.ط-١٤١٤هـ-١٩٩٣م).

٨١- مجموع الفتاوي لتقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (المتوفى: ٧٢٨هـ) ت: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم ط/ مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف- السعودية ١٤١٦هـ/ ١٩٩٥م.

٨٢- المحلى بالآثار للإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (تـ/ ٤٥٦هـ) ط/ دار الكتب العلمية – بيروت.

٨٣- مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات للإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (تـ/ ٤٥٦هـ) ط: دار الكتب العلمية – بيروت عدد الأجزاء:١.

٨٤- المستدرك على الصحيحين لأبي عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن الحكم النيسابوري (المتوفى: ٤٠٥هـ) تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا ط: دار الكتب العلمية – بيروت الطبعة: الأولى ١٩٩٠م.

٨٥- المستصفى للإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي (تـ/ ٥٠٥هـ) (دار الكتب العلمية-الطبعة الأولى-١٤١٣هـ-١٩٩٣م).

٨٦- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير لأحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي ط/ دار الفكر.

٨٧- مصنف ابن أبي شيبة (المصنف في الأحاديث والآثار) للإمام أبي بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي (تـ/ ٢٣٥هـ) (دار الفكر-د.ط-١٤١٤هـ-١٩٩٤م).

٨٨- المضاربات على العملة ماهيتها وآثارها وسبل مواجهتها مع تعقيب من منظور إسلامي- مجلة مجمع الفقه الإسلامي جـ١١، الدكتور/ شوقي أحمد دنيا أستاذ الاقتصاد بجامعة الأزهر.

٨٩- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى للإمام مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيبانى مولدا ثم الدمشقي الحنبلي (تـ/ ١٢٤٣هـ) ط/ المكتب الإسلامي ط/ الثانية، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م عدد الأجزاء:٦.

٩٠- معالم السنن شرح سنن أبي داود للإمام أبي سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي (المتوفى: ٣٨٨هـ) ط: المطبعة العلمية – حلب ط: الأولى ١٣٥١ هـ - ١٩٣٢م.

٩١- المعجم الوسيط ط/ دار الدعوة، تحقيق مجمع اللغة العربية عدد الأجزاء: ٢.

٩٢- معجم مقاييس اللغة لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا ت: عبد السلام محمد هارون ط: دار الفكر ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م. عدد الأجزاء: ٦.

٩٣- المغرب في ترتيب المعرب لناصر بن عبد السيد أبى المكارم ابن على، أبو الفتح، برهان الدين الخوارزمي المُطَرِّزِىّ (المتوفى: ٦١٠هـ) ط/ دار الكتاب العربي، عدد الأجزاء: ١.

٩٤- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للإمام شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت/ ٩٧٧هـ) ط/ دار الكتب العلمية ط/ الأولى، ١٩٩٤م عدد الأجزاء:٦.

٩٥- المغني للإمام أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي (ت/ ٦٢٠هـ) ط/ مكتبة القاهرة، عدد الأجزاء: ١٠ ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.

٩٦- مقاصد الشريعة الإسلامية للشيخ محمد الطاهر بن عاشور التونسي (المتوفى: ١٣٩٣هـ) ت: محمد الحبيب ابن الخوجة ط: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر - ٢٠٠٤ م عدد الأجزاء: ٣.

٩٧- المقدمات الممهدات لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: ٥٢٠هـ) ت: الدكتور محمد حجي ط: دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان الطبعة: الأولى، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م عدد الأجزاء: ٣

٩٨- ملحق مجلة الأزهر الشريف الصادرة عن مجمع البحوث الإسلامية، عدد جمادى الآخرة ١٤٣٨هـ- مارس ٢٠١٧م.

٩٩- من قواعد النظام السياسي في الإسلام طاعة أولي الأمر (مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ربيع الآخر ١٤١٣ هـ) للدكتور/ عبد الله بن إبراهيم الطريقي.

١٠٠- المنثور في القواعد الفقهية للإمام أبي عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: ٧٩٤هـ) ط/ وزارة الأوقاف الكويتية ط/ الثانية، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م عدد الأجزاء: ٣.

١٠١- الموافقات للإمام إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (تـ/ ٧٩٠هـ) ت/ أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان ط/ دار ابن عفان ط/ الطبعة الأولى ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م عدد الأجزاء: ٧.

١٠٢- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل للإمام شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي (تـ/ ٩٥٤هـ) ط/ دار الفكر ط/ الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م عدد الأجزاء: ٦.

١٠٣- موسوعة الأحوال الشخصية للمستشار/ أشرف مصطفى كمال، طبعة خاصة بنقابة المحامين بالجيزة.

١٠٤-الموسوعة الفقهية الكويتية صادرة عن: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت عدد الأجزاء: ٤٥ جزءا (١٤٠٤ – ١٤٢٧هـ).

١٠٥-ناقوس الخطر :ظاهرة الطلاق فى مصرد/ حلا أحمد ط/ المعهد المصري للدراسات ٢٠١٩م.

١٠٦-نظام الحكومة النبوية المسمى التراتيب الإدراية للشيخ عبد الحي الكتاني ط/ دار الكتاب العربي-بيروت عدد الأجزاء ٢.

١٠٧-نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للإمام شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (تـ/ ١٠٠٤هـ) ط/ دار الفكر، بيروت ١٤٠٤هـ/ ١٩٨٤م عدد الأجزاء: ٨، ومعه: حاشية أحمد بن عبد الرزاق المعروف بالمغربي الرشيدي (١٠٩٦هـ).

١٠٨-نهاية المطلب في دراية المذهب للإمام عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبي المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (المتوفى: ٤٧٨هـ) ت/ أ. د/ عبد العظيم الدّيب ط/ دار المنهاج الطبعة: الأولى، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م.

١٠٩-نيل الأوطار للإمام محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (تـ/ ١٢٥٠هـ) ط/ دار الحديث، مصر ط/ الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م عدد الأجزاء: ٨.

١١٠-الوسيط في شرح القانون المدني للأستاذ للدكتور/ عبد الرزاق السنهوري ط/ دار إحياء التراث العربي- بيروت.

فهرس الموضوعات

موجز عن البحث ٣٦٦

مقدمـــة ٣٧٠

المبحث الأول : توثيق الطلاق في الفقه الإسلامي ٣٧٣

المطلب الأول : الطلاق في الفقه الإسلامي ٣٧٣

الفرع الأول : تعريف الطلاق ٣٧٣

الفرع الثاني: دليل مشروعية الطلاق: ٣٧٣

الفرع الثالث: الحكم التكليفي للطلاق: ٣٧٤

الفرع الرابع: شرط وقوع الطلاق: ٣٧٥

المطلب الثاني : مقاصد الشريعة في الطلاق ٣٧٩

الفرع الأول: حكمة مشروعية الطلاق: ٣٧٩

الفرع الثاني: الطلاق أبغض الحلال: ٣٨٠

الفرع الثالث: حكمة اختصاص الزوج بالطلاق: ٣٨٢

الفرع الرابع: علاج الإسلام لظاهرة الطلاق: ٣٨٤

المطلب الثالث : توثيق الطلاق في الفقه الإسلامي ٣٨٥

الفرع الأول: تعريف التوثيق ٣٨٥

الفرع الثاني: حكم التوثيق عمومـًا ٣٨٥

الفرع الثالث: حكمة مشروعية التوثيق ٣٨٦

الفرع الرابع: حكم توثيق عقد الزواج ٣٨٧

الفرع الخامس: حكم توثيق الطلاق ٣٨٩

المبحث الثاني : توثيق الطلاق في القانون المصري ٣٩٩
المطلب الأول : تعريف الإثبات في القانون ٣٩٩
المطلب الثاني : توثيق الزواج في القانون..... ٤٠٠
المطلب الثالث : توثيق الطلاق في القانون ٤٠٣
المطلب الرابع : قضاء المحكمة الدستورية العليا بشأن توثيق الطلاق ٤٠٥
المطلب الخامس : قضاء محكمة النقض بشأن توثيق الطلاق ٤٠٩
المبحث الثالث:حدود سلطة ولي الأمر في تقييد المباح أو حظره للمصلحة العامة . ٤١٢
المطلب الأول : حكم طاعة ولي الأمر في تقييد المباح أو منعه ٤١٢
المطلب الثاني : حكم إلزام ولي الأمر بالإشهاد على الطلاق للمصلحة العامة ٤٢٥
المطلب الثالث : مقارنة بين الرأيين الشرعي والقانوني في توثيق الطلاق استنادا لسلطة ولي الأمر في تقييد المباح أو حظره تحقيقا للمصلحة العامة ٤٣٠
خاتمة ٤٣٢
المراجع ٤٣٧
فهرس الموضوعات ٤٥٢