مجلة بنها للعلوم الإنسانية
العدد (1) الجزء (2) السنة (2022) , (197-222)

الترقيم الدولي الموحد للطباعة:(2537-0170)
الترقيم الدولي الموحد الإلكتروني : (2537-0189)

https://bjhs.journals.ekb.eg

المنهج القضائي لمحاكم الأسرة فى مسألتي اثبات الزواج والطلاق

هبة طهران الشرقاوي – أحمد محمد البغدادي

قسم فلسفة القانون وتاريخه– كلية الحقوق– جامعة بنها

الملخص:

تناول البحث المنهج القضائى لمحاكم الأسرة في مسألتي الزواج والطلاق تضمن الحديث عن من خلال مبحثين، الأول المنهج القضائى في اثبات الزواج والذى تضمن تعريف الزواج وأركانه وشروطه، ثم المحاكم المختصة بنظر قضايا الأسرة؛ وتناول البحث القواعد الاجرائية والموضوعية المتبعة أمام محاكم الأسرة لإثبات الزواج، كطرق اثباته والتى اعتمدتها المحاكم ووفقا للمذهب الحنفي فضلا عن اشكالية اثبات الزواج العرف. وقد انتهي البحث الى بعض النتائج في هذا الموضوع منها الاختصاص في مسائل الأحوال الشخصية لمحاكم الأسرة والتي اتبعت كمبدأ عام التسوية الودية واتخذت من تسهيل الإجراءات وتقليل النفقات سبيلا تطرقه للحد من معاناة الأسرة. وقيد المشرع سماع دعوى الزوجية بقيد أن يكون الزواج ثابتا بوثيقة رسمية وهو ما اعتبرته المحاكم قيد ليس وارد على الزواج في ذاته وانما قاصر على التقاضي وحالة الإنكار بمجلس القضاء. واتجهت بعض المحاكم الى جواز لجوء أحد الزوجين لإثبات الزواج أمام المحاكم عند الإنكار ولو لم يكن ثابتا بوثيقة رسمية. أما المبحث الثانى: فتضمن الحديث عن الطلاق من حيث ماهيته ومشروعيته، ثم أركان الطلاق وأقسامه. ثم المنهج القضائي للمحاكم الأسرة في إثبات الطلاق وخاصة الطلاق الشفوي وخلصنا لبعض النتائج منها توسع المحاكم في اثبات وقوع الطلاق بكافة طرق الإثبات وليس بالإشهاد والتوثيق فحسب بعد حكم عدم دستورية المادة 21 من القانون رقم 1 لسنة 2000م . اعتد القضاء للطلاق بالأثر الرجعى فأوقعه منجزا وفوريا من تاريخ علم الزوجة به وليس من تاريخ الحكم، وانتهى البحث لعدة توصيات، أهمها الحاجة الى تعديل قانون الأحوال الشخصية.

الكلمات المفتاحية:

اثبات ، الزواج ، الطلاق

مقدمة:

نظمت الشريعة الإسلامية الغراء ومختلف قوانين الأحوال الشخصية جميع شئون وأحوال الأسرة، وبصفة خاصة الزواج والطلاق لما للأسرة من أهمية في المجتمع باعتبارها نواة حقيقية لأى مجتمع إسلامي صحيح ولكى يتم ذلك لابد من التثبت من إنشاء عقدي الزواج والطلاق وتوثيقهما. باعتبار الأول الطريق الصحيح لإنشاء الأسرة، والثاني الوسيلة الشرعية المثلى لإنهاء عقد الزواج.

دار المنظومة DAR ALMANDUMAH الرواد في قواعد المعلومات العربية

PGHSC 2022 1st Annual Conference of Postgraduate Studies for Humanities Science - Benha University المؤتمر السنوي الأول للدراسات العليا للعلوم الإنسانية بجامعة بنها

BJHS Benha Journal of Humanities Science مجلة بنها للعلوم الانسانية

ولا يخفى على أحد ما تكتظ به المحاكم اليوم من العديد والعديد من قضايا الأسرة في ظل عدم الوعى بخطورة اثبات عقد الزواج واتجاه الكثيرين الى عقد الزواج العرفي للعديد من الأسباب منها صغر سن الزوجين أو أحدهما أو أي سبب اجتماعي آخر؛ متناسين ما يترتب على ذلك من آثار على الأسرة والمجتمع، والأكثر والأخطر من ذلك هو عدم توثيق عقد الطلاق، وهو ما يرتب عليه الكثير من الإشكاليات الشرعية والقانونية التي تصيب الأسرة في مقتل.

- **أسباب اختيار الموضوع:**

ظهور مشاكل جمة أمام محاكم الأسرة حول مشكلتين أساسيتين، وهما مشكلة إثبات الزواج العرفي ومشكلة الطلاق الشفهي؛ واللتين تعج المحاكم بالكثير من القضايا في هذا الشأن، فضلاً عن الخلاف المجتمعي السائد حولهما، لذلك كان لزامًا علينا الوقوف على موقف الشرع منهما والمنهج القضائي بشأنهما.

- **أهمية البحث:**

أنه يتعلق بعقدين جوهريين في حياتنا جميعًا وهما عقدي الزواج والطلاق؛ ولا يخفى ما لهذين العقدين من أهمية قصوى مستمدة من تعلقهما بالأسرة والتي تعد وبحق عمادًا لأي مجتمع إسلامي صحيح، وضرورة الوقوف على منهج القضاء المصري في نقطة محورية وجذرية، وهى إثبات هاتين العقدين وما يترتب على هذا المنهج من آثار تمس الأسرة ومن خلفها المجتمع ككل. سواء كان هذا الأثر إنشاء الأسرة وتحقق آثار العقد من حقوق والتزامات شرعية وشخصية، أو عدم إثباتهما وبالتالي عدم ترتب آثارهما سواء بالإنشاء أو الانتهاء.

- **هدف البحث:**

التثبت من منهج القضاء المصري في إثبات عقدي الزواج والطلاق وما سارت عليه محاكم الأسرة المصرية من مبادئ وأحكام.

- **منهج البحث:**

اعتمدت في البحث على المنهج الوصفي من خلال جمع البيانات والمعلومات عن المشكلة والاستعانة بالعديد من أحكام المحاكم، فضلاً عن دراسة وتحليل الإشكالية المطروحة متخذين من المنهج التحليلي كذلك وسيلة لتحليل بعض هذه الأحكام وتفكيك مشكلة البحث والوقوف على منهج القضاء في الإشكالية المطروحة فضلاً عن إتباع المنهج المقارن في مقارنة بعض اتجاهات المحاكم للوقوف على أهم المبادئ التي استقرت عليها فكانت خطة البحث كالتالي:

المبحث الأول :المنهج القضائي لمحاكم الأسرة في إثبات الزواج.

المطلب الأول: تعريف الزواج وأركانه وشروطه.

الفرع الأول: تعريف الزواج وأركانه.

الفرع الثاني: شروط الزواج الصحيح الشرعية والقانونية.

المطلب الثاني: القواعد الإجرائية والموضوعية أمام محاكم الأسرة لإثبات الزواج.

الفرع الأول: مقدمة في محاكم الأسرة وتشكيلها واختصاصها.

الفرع الثاني: القواعد الإجرائية أمام محاكم الأسرة في إثبات الزواج.

الفرع الثالث: ماهية الإثبات وطرق إثبات الزواج وإشكالية الزواج العرفي.

المطلب الثالث: نماذج من تطبيقات المنهج القضائي في الأحكام الصادرة بإثبات الزواج من محاكم الأسرة.

المبحث الثاني: المنهج القضائي لمحاكم الأسرة في إثبات الطلاق.

المطلب الأول: ماهية الطلاق ومشروعيته والحكمة منه.

الفرع الأول: تعريف الطلاق ومشروعيته.

الفرع الثاني: أقسام الطلاق وشروطه.

المطلب الثاني: القواعد الاجرائية والموضوعية أمام محاكم الأسرة لإثبات الطلاق.

الفرع الأول: القواعد الاجرائية أمام محاكم الأسرة في إثبات الطلاق.

الفرع الثاني: طرق إثبات الطلاق والطلاق الشفوي والجدل حول وقوعه.

الفرع الثالث: نماذج من تطبيقات المنهج القضائي في الأحكام الصادرة بإثبات الطلاق من محاكم الأسرة.

خاتمة البحث

النتائج والتوصيات

قائمة المراجع

ملخص البحث

محتويات البحث

المبحث الأول

المنهج القضائي لمحاكم الأسرة في إثبات الزواج

ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: تعريف الزواج وأركانه وشروطه.

المطلب الثاني: القواعد الاجرائية المتبعة أمام محاكم الأسرة لإثبات الزواج.

المطلب الأول

تعريف الزواج وأركانه وشروطه

يعرف هذا المطلب على الزواج وأركانه ثم أدلته ومشروعيته.

الفرع الأول: ماهية الزواج وأركانه

تعريف الزواج أو النكاح:

الزواج في اللغة: هو الاقتران والازدواج. وفى الشرع هو: "عقد يفيد حل استمتاع كل واحد من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع. ويجعل لكل منهما حقوقًا قبل صاحبه وواجبات عليه. **(خلاف، 1990، صفحة 15)**

كما عرفه الامام محمد أبو زهرة بأنه: "عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة، وتعاونهما، ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات" **(ابو زهرة، 1957، صفحة 17)**

فالزواج مظهر من مظاهر الرقى الإنساني الذى لم يكتفى به كونه إشباعًا لرغبة، بل حفظًا للنوع الإنساني، ووسيلة لإنشاء العماد الأول للمجتمع وهو الأسرة. والتي تعد الخلية الأولى له، فيها تتكون مشاعر الألفة والأخوة الانسانية، فالمجتمع القوى يتكون من أسرة قوية مستقيمة يعرف كل طرف فيها ماله وما عليه.

أدلة مشروعية الزواج:

1- الدليل على مشروعية الزواج أو النكاح من القرآن الكريم:

أ- قوله عز وجل: "وَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا تُقۡسِطُواْ فِي ٱلۡيَتَٰمَىٰ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا تَعۡدِلُواْ فَوَٰحِدَةً أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡۚ ذَٰلِكَ أَدۡنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُواْ" (سورة النساء: الآية 3)

ب- وقوله أيضًا: "وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَـٰمَىٰ مِنكُمۡ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنۡ عِبَادِكُمۡ وَإِمَآئِكُمۡۚ إِن يَكُونُواْ فُقَرَآءَ يُغۡنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضۡلِهِۦۗ وَٱللَّهُ وَٰسِعٌ عَلِيمٞ (سورة النور: الآية 32)

2- الدليل من السنة المطهرة:

أ- قوله (صلى الله عليه وسلم): "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء ".

ب- وقوله(صلى الله عليه وسلم) : "تناكحوا تكاثروا، فإني أباهى بكم الأمم يوم القيامة"

ج- وقوله (صلى الله عليه وسلم) : "إذا تزوج العبد فقد استكمل نصف دينه، فليتق الله في النصف الثانى"

3- الدليل على مشروعية الزواج من الإجماع:

أجمعت الأمة الإسلامية على مشروعية الزواج منذ عهد الرسول عليه الصلاة والسلام إلى يومنا هذا ولم يخالف ذلك أحد من علماء الأمة.

أركان الزواج:

المقصود بالركن هو: ما كان جزءًا من الشيء، ولا يصح الا به مطلقًا. **(موسى، 2000، صفحة 138)**

- يرى علماء المالكية: أن أركان الزواج تتمثل في (الولي – الصداق- محل العقد وهو الزوج والزوجة الصيغة). (الكاساني، 2003، صفحة 328)
- أما علماء الشافعية: فيرون أن أركان الزواج خمسة هي (زوجان - ولى – صيغة – شاهدان) والشاهدين تم عدهما ركنًا واحدًا لعدم اختصاص أحدهما دون الآخر بخلاف الزوجين فقد عدهما ركنين). (الدسوقي، 1328هـ، صفحة 196)
- ويرى علماء الحنابلة: أركان عقد الزواج: (الزوجان الخاليان من موانع المحرمات، الإيجاب، القبول). (البهوتي، 1983، صفحة 37)
- أما الأحناف: فقد جعلوا أركان الزواج هي الإيجاب والقبول والارتباط بينهما ولا يعتدون ما عداهما من أركان. (موسى، 2000، صفحة 140)

ونجد أن الإيجاب والقبول محل اتفاق بين الفقهاء. فالإيجاب: هو عبارة تصدر من أحد المتعاقدين سواء الرجل أو المرأة يريد إنشاء الارتباط ووجوده، أما القبول: فهو عبارة تصدر عن المتعاقد الآخر يريد بها الموافقة على الإيجاب وباجتماع الإرادتين على المعنى المقصود وهو الزواج يتحقق العقد. (البكري، 2020، صفحة 60)

الفرع الثاني: شروط عقد الزواج

المقصود بالشرط:

الشرط في اللغة: (بسكون الراء) إلزام الشيء والتزامه، والجمع شروط وشرائط.

وفـى اصطلاح الفقهـاء: مـا يتوقف عليـه وجود الشـيء، ويكون خارجًا عن ماهيتـه، ولا يكون مؤثرًا فـي وجوده وقيل: هو ما يتوقف عليه ثبوت الحكم. (بن منظور، 2016، صفحة 2236)

شروط صحة عقد الزواج:

هي الشروط التي يلزم توافرها لكى يكون العقد صحيحًا وتترتب عليه آثاره الشرعية وهما شرطان:

1. ألا تكون المرأة المعقود عليها محرمة على الرجل.
2. ضرورة توافر الشهود والذين يشترط فيهم البلوغ والعقل والإسلام والعدالة وتوافر نصاب الشهادة. (موسى، 2000، صفحة 189 وما بعدها)

شروط نفاذ عقد الزواج:

1. أن يكون العاقدين اللذين توليا إنشاء عقد الزواج كاملي الأهلية بأن يكون مسلم بالغ عاقل.
2. أن يكون كل من العاقدين ذا صفة بمقتضاها يكون له الحق في إنشاء عقد الزواج وتكوينه. (الشرنباصي، بدون سنة نشر، صفحة 67)

شروط لزوم عقد الزواج:

وهى ألا يكون لأحد الزوجين أو وليهما حق فسخ عقد الزواج بعد انعقاده وتوافر شروط الصحة والنفاذ وهى وفقًا لمذهب الأحناف:

1. أن يكون المزوج لفاقد الأهلية أو ناقصها أحد الأصول أو الفروع كالأب أو الأبن.
2. إذا زوجت المرأة البالغة العاقلة نفسها من غير كفء فللولي حق طلب الفسخ.
3. إذا زوجت المرأة البالغة العاقلة نفسها بدون ولى وبمهر أقل من مهر المثل فللولي حق طلب الفسخ.
4. ألا يكون عقد الزواج قد لحقه تغرير في بالكفاءة فلها الحق هي أو وليها طلب فسخ عقد الزواج.
5. ألا يكون بأحد الزوجين عيب من العيوب التي يصعب معها العشرة أو تستحيل. (موسى، 2000، صفحة 313 وما بعدها)

الشروط القانونية لعقد الزواج:

وهى شروط لم تمنع صحة الزواج عند عدم توفرها فيبقى زواج الصغار صحيحًا شرعًا مادام توافرت فيه الشروط الشرعية السابقة وتنقسم إلى نوعين هما:

<u>الشروط القانونية لإجراء عقد الزواج:</u>

1- ألا تقل سن الزوجة عن ثماني عشر سنة وألا تقل سن الزوج عن ثماني عشر سنة وقت العقد.

2- أن يسجل الموظف المختص بإجراء الزواج العقد في وثيقة رسمية خصصتها الدولة لهذا الإجراء.

3- أن يقدم الزوج إلى الموظف المختص بالتوثيق إقرارًا كتابيًا بحالته الاجتماعية. (كمال، 2005، صفحة 200)

الشروط القانونية لسماع دعوي الزوجية:

1- ألا تقل سن الزوجة عن ثماني عشر سنة وسن الزوج عن ثماني عشر سنة وقت رفع الدعوى. (المادة 31 مكرر من القانون 134 لسنة 1994 والمضافة بالقانون 126 لسنة 2008)

2- توثيق عقد الزواج على يد الموظف المختص. وهنا لا تسمع فيها الدعوى عند الإنكار إلا إذا كانت ثابتة في وثيقة زواج رسمية سواء كانت في حياة الزوجين أو بعد وفاتهما أو كانت مقامة من أحدهما أو من غيرهما إذا كانت له الصفة والمصلحة.

الأغراض التي يهدف اليها المشرع من هذين الشرطين:

1- حفظ حقوق الزوجية التي تنشأ من عقد الزواج.

2- منع دعاوى الزواج الباطل لأغراض سيئة كالطمع في المال.

3- تلافى الضرر الصحي والاجتماعي الناتج عن الزواج المبكر. (كمال، 2005، صفحة 183)

المطلب الثانى

القواعد الاجرائية والموضوعية أمام محاكم الأسرة لإثبات الزواج

الفرع الأول: مقدمة في محاكم الأسرة واختصاصها وتشكيلها

رغبة من المشرع المصري في تيسير إجراءات التقاضي من خلال جمع قضايا الأسرة أمام قاضى واحد مختص تم صدور القانون رقم 10 لسنة 2004 بِشأن إنشاء محاكم الأسرة. والذى أوجب أن تنشأ بدائرة اختصاص كل محكمة جزئية محكمة للأسرة وهو ما يعنى أن محاكم الأسرة يوازى عدد المحاكم الجزئية على مستوى الجمهورية؛ كما أوجب إنشاء دوائر استئنافية لنظر الطعون في أحكام محاكم الأسرة بحيث تكون دوائر متخصصة في هذا النوع من القضايا.

وتختص تلك المحاكم، دون غيرها، وفقًا لنص المادة الثالثة من القانون سالف الذكر بنظر جميع مسائل الأحوال الشخصية والتي ينعقد الاختصاص بها للمحاكم الجزئية والابتدائية طبقًا لأحكام القانون رقم 1 لسنة 2000 بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية.

وقد عرفت محكمة النقض الأحوال الشخصية: بأنها مجموع ما يتميز به الانسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب عليها القانون أثرًا قانونيًا في حياته الاجتماعية ككونه إنسانًا ذكرًا أو أنثى وكونه زوجًا أو أرملاً.... (الطعن رقم 40 لسنة 3 قضائية جلسة 1934/6/21)

أما عن تشكيل محاكم الأسرة: فمؤدى نص المادة الثانية من قانون محكمة الأسرة رقم 10 لسنة2004م بأنها تؤلف من ثلاثة قضاة يكون أحدهم على الأقل بدرجة رئيس محكمة ابتدائية ويعاونهم وفقًا لنص المادة الحادية عشر من القانون خبيران أحدهما من الأخصائيين الاجتماعيين والآخر من الأخصائيين النفسيين ويكون أحدهما على الأقل من النساء. بينما تؤلف الدائرة الاستئنافية، من ثلاثة من المستشارين بمحكمة الاستئناف وللمحكمة أن تستعين بمن تراه من الاخصائيين.

الفرع الثاني: القواعد الإجرائية المتبعة أمام محاكم الأسرة في إثبات الزواج

قد حرص المشرع على طرق سبيل التسوية الودية قبل اللجوء إلى التقاضي وكذلك التسوية السريعة المنجزة وذلك على النحو التالي:

1. استحدث المشرع مرحلة للتسوية الودية تسبق مرحلة التقاضي يتولاها مكتب لتسوية المنازعات الأسرية ويكون اللجوء إليها بدون رسوم بغية إنهاء النزاع صلحًا كلما أمكن. على أن ينهى المكتب عمله خلال 15 يومًا من تاريخ تقديم الطلب ويجوز أن تمتد 15 يومًا أخرى بناء على اتفاق الخصوم. (راجع نص المادة الخامسة من القانون رقم 10 لسنة 2004م)
2. فإذا تحقق الصلح بين الخصوم تولى رئيس المكتب إثبات ما تصالح عليه الخصوم في محضر مستقل يتم التوقيع عليه من الخصوم ويلحق محضر الصلح بمحضر جلسة هيئة التسوية التي تم فيها وأسبغ المشرع عليه صفة السندات واجبة التنفيذ بقوة القانون وأهمها أنها لا تحتاج إلى صدور قرار أو حكم محكمة، (الجمال، 2020، صفحة بدون) إلا أن قضايا إثبات الزواج والطلاق لا ينطبق عليها ذلك فيجب إحالتها للمحكمة لإصدار حكم حتى لو تصالح الطرفين لصدور حكم بالإثبات.
3. وفقًا لنص المادة التاسعة لا تقبل الدعوى التي ترفع ابتداء أمام محاكم الأسرة وفى المسائل التي يجوز فيه الصلح إلا بعد تقديم طلب تسوية، ولمزيد من التيسير أجاز المشرع للمحكمة أن تأمر بالإحالة الى المكتب المختص للقيام بالتسوية بدلاً من القضاء بعدم قبول الدعوى إذا ما رفعت إلى المحكمة دون تقديم طلب التسوية.
4. ولعل أهم تعديل جاء به قانون الأسرة هو النص في المادة الرابعة عشر على أن الأحكام والقرارات الصادرة من الدوائر الاستئنافية غير قابلة للطعن بالطريق النقض وهو ما يجعلها أحكامًا باتة. رغبة في تخفيف أعباء التقاضي على كاهل المتقاضين ومحاولة الحد من مشاكل الأسرة.

الفرع الثالث: ماهية الإثبات وطرق إثبات الزواج وإشكالية الزواج العرفي

ماهية الإثبات والفرق بينه وبين التوثيق:

الإثبات لغة: الدوام والاستقرار؛ **أما الإثبات في الفقه الإسلامي هو:** إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة الإسلامية على حق أو واقعة معينة تترتب عليها آثار؛ **أما الإثبات القضائي فهو:** إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق المحددة قانونًا على وجود واقعة قانونية، ترتب في مواجهة من ينكرها أثرًا قانونيًا لمن يدعيه.

أما عن التوثيق في اللغة: فهو الاطمئنان والتقوى وشد الربط، والأحكام (المشعل، 1998، صفحة 24)؛ **بينما نعنى بالتوثيق اصطلاحا أنه:** مجموعة من الوسائل التي تؤدى إلى استيفاء الحق عند تعذره من المدين أو إثباته في ذمته عند الإنكار. (المشعل، 1998، صفحة 25)؛ **توثيق الزواج هو:** تحرير الزواج على يد موظف مختص بتحرير عقد الزواج.

الفرق بين التوثيق والإثبات:

1- من المعنى اللغوي لكل من التوثيق والإثبات يظهر أن التوثيق أقوى إذ في التوثيق معنى الأحكام والربط والتعاهد والائتمان بخلاف الإثبات الذى لا يعنى إلا مجرد الإقامة.

2- يختلفا اللفظين من حيث الطرق التي تؤدى لكل منهما فالتوثيق قد يستمد من العقد أو بغيره كالكتابة أو الإشهاد أو وثيقة بمال أو وثيقة بذمة، أما الإثبات فطرقه الإقرار والشهادة واليمين والنكول وغيرها (ابن نجيم، 1400هـ، صفحة 247)

3- الإثبات يكون بمناسبة تداع أمام القاضي، أما التوثيق فيكون في كل حالة يرى ذوو الشأن إحكام الأمر فيها.

4- التوثيق ينشأ باتفاق أطراف الأمر، أما الإثبات فتكليف للمدعى بالإتيان بالحجة الشرعية الخالية من المطاعن[2]

طرق إثبات الزواج:

نفرق هنا بين الزواج الموثق أو القانوني والذى قام بتوثيقه الموظف المختص (المأذون الشرعي) وهو الشخص المختص بتوثيق عقود الزواج والطلاق والرجعة والتصادق بين الأزواج المسلمين وموثق الشهر العقاري لغير المصرين وغير متحدى الديانة، فهذا الزواج يثبت بهذه الوثيقة سواء كانت وثيقة زواج أو تصادق والمعترف بها لدى الدولة والمحاكم المصرية كوثيقة زواج رسمية. وبين نوع آخر وهو الزواج العرفي وهو ما نتعرف عليه على النحو التالي:

إشكالية إثبات الزواج العرفي أمام المحاكم:

تعريف الزواج العرفي: هو الزواج الذى استوفى شرائطه الشرعية، غير أنه لم يوثق رسميًا أمام جهة رسمية نص القانون عليها، ويستوي في ذلك أن يكون الزواج مكتوبًا أو غير مكتوب أصلاً. (عمران، 2001، صفحة 21)

وقد حظر علماء الدين من خطورة هذا النوع من الزواج. فقد صرح شيخ الأزهر الأسبق الشيخ محمد سيد طنطاوي "إن الزواج العرفي وإن كان غير موثق... لا نؤيده ليس لأنه زنا، ولكنه سيؤدى إلى التحايل وضياع حقوق الزوجة ومشاكل هي في غنى عنها" وقد كان رأى شيخ الأزهر وغيره من علماء الدين وفقهاء القانون سديدًا حيث تحتاج الزوجة إلى رفع دعوى إثبات زواج وقد لا تتوافر شروط قبولها وتكون الزوجة حينئذ في حرج شديد ومهددة بضياع حقوقها ولاسيما إذا كان هناك أولاد.

قبول دعوى إثبات الزواج أمام المحاكم

أعلى المشرع المصري من قيمة التوثيق في عقد الزواج لما يوفره من حماية للمرأة وحفظ لحقوقها الشرعية فنص في المادة 17 من القانون رقم 1 لسنة 2000: "... ولا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج – في الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة 1931 – ما لم يكن الزواج ثابتًا بوثيقة رسمية..."

فوفقًا لهذه المادة لا تقبل الدعاوى الناشئة على عقد الزواج إلا بشرطين هما:

1- أن يكون الزواج ثابت بوثيقة رسمية:

ولقد اختلفت المادة 17من القانون رقم 1 لسنة 2000 عن المادة رقم 99 من القانون 78 لسنة 1931م في أنها اكتفت بأن تكون الوثيقة أي وثيقة رسمية ولا يشترط بموجبها كما كان مقررًا في المادة 99 "أن تكون وثيقة زواج رسمية" وهذا تخفيف من جانب المشرع سارت عليه المحاكم المصرية فمثلاً الحكم الصادر بجلسة 2022/6/26 في الدعوى رقم 582 لسنة 2022 – أسرة بندر كفر الشيخ والتي قضت فيها المحكمة للزوجة بإثبات الزواج دون وجود وثيقة رسمية مكتفية بإقرار الزوج.

2- ألا ينكر المدعى عليه الزواج العرفي:

والشرط الثاني هو إنكار الزوج، فالإنكار هو نفى المدعى عليه للزوجية أمام القضاء ولكن إذا رفعت الدعوى أمام القضاء ولم يحضر المدعى عليه فلا يعد إنكارًا، فلا يمكن أن ينسب له قول ما، طالما أعُلن إعلانًا صحيحًا قانونًا إلا أنه لما كانت المحكمة ملزمة – من تلقاء نفسها – ببحث مسألة ثبوت الزواج رسميًا من عدمه بوثيقة رسمية تعين عليها أن تحكم بعدم قبول الدعوى. (سعد الدين، 2010)، أما إذا حضر الخصم ودفع بعدم قبول الدعوى لعدم تقديم وثيقة رسمية بالزواج، عد ذلك إنكارًا صريحًا منه. وقد وضعت محكمة النقض مبدأ قضائي في هذا الشأن، حيث قضت بأن: "القيد المنصوص عليه في المادتين 99 من المرسوم بقانون رقم 78 لسنة

1931 و17 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بشأن تقديم وثيقة زواج رسمية قاصر على الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج، فلا يمتد إلى الدعاوى الناشئة عن النزاع في ذات الزواج أو في وجود الزوجية، فيجوز للزوج أو للزوجة إثبات الزوجية عند الإنكار أو وجود نزاع فيها ولو لم يكن الزواج ثابتًا بوثيقة رسمية" (الطعن رقم 643 لسنة 73ق – جلسة 2005/4/23)

من هذا الحكم نجد أن دعوى إثبات الزواج لا يرد عليها هذا المنع بينما الدعاوى الناشئة عنه مثل الحضانة والنفقة وغيرها هي التي تخضع له.

<u>حالة إقرار الزواج</u>:

ونقصد هنا **الإقرار القضائي** وهو: اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء سير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة. (الحنفي، بدون سنة نشر، صفحة 246)

وكان من المقرر قانونًا وفقًا لنص المادة 104 من قانون الإثبات والتي جرى نصها على "الإقرار حجة قاطعة على المقر ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه..." وهو ما أخذت به محاكم الأسرة في إثبات الزواج عند الإقرار باعتباره له حجية قاطعة ولا يجوز له أن يعدل عنه وذلك استنادًا إلى مذهب الإمام أبو حنيفة باعتبار الشريعة الاسلامية القانون العام الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية وباعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع. على مذهب الإمام أبو حنيفة لذلك لابد أن نتعرف على إثبات الزواج عند الأحناف على النحو التالي:

<u>اثبات الزواج بمذهب الامام أبو حنيفة</u>:

يثبت الزواج عند الأحناف بثلاثة أدلة وهى:

1- <u>الشهادة</u>: وهى إخبار في مجلس القضاء عما وقع تحت سمع شخص وبصره مما يترتب عليه أثر في الشرع أو القانون.

وقد عرفها الحنفية بأنها: "اخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء ولو بلا دعوى".
(الرشيدي، 2011، صفحة 47 وما بعدها)

شروط الشهادة: (البكري، 2020، صفحة 127)

1. الإسلام فلا تقبل شهادة الكافر والفاسق مطلقًا.
2. البلوغ فلا تصح شهادة الأطفال والصبيان إلا على سبيل الاستدلال.
3. العقل لأن من لا يعقل لا يعرف الشهادة.
4. الحرية فلا تقبل شهادة العبد

2- **الإقرار**: الإقرار شرعًا هو الاعتراف بثبوت حق للغير على نفس المقر ولو في المستقبل باللفظ أو ما في حكمه و إذا أقر الشخص بحق لزمه، ويعد الإقرار حجة قاصرة على المقر بخلاف البينة، فإذا أقر أحد الزوجين بالزوجية كان إقراره هذا دليلاً كافيًا لإثباتها دون حاجة إلى دليل آخر، ولا تشترط الشهادة في صحة الإقرار لأن الإقرار ليس إنشاء للزوجية.

شروط الإقرار: ويشترط في صحة الإقرار بالزواج ونفاذه ما يلي: (سعد الدين، 2010)

1. أن يكون المقر عاقلاً بالغًا.
2. أن يكون الزواج ممكنًا الثبوت شرعًا، وذلك بألا يكون الرجل متزوجًا بمحرم للمرأة كأختها وعمتها ولا بأربع سواها، وألا تكون هي متزوجة فعلاً برجل آخر أو في عدة فرقة منه، سواء أكان الإقرار من الرجل أو من المرأة.
3. أن تصدق المرأة الرجل في إقراره إذا كان هو المقر، وأن يصدقها الرجل إذا كانت هي المقرة، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر.

3- **النكول عن اليمين**: هو وسيلة الإثبات الثالثة عند الحنفية وهو الامتناع عن حلف اليمين الموجهة إلى المدعى عليه بطريق القاضي. وهو لا يعدو أن يكون مجرد قرينة على صدق المدعي في اتهام المتهم لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل جنس اليمين في جانب المدعى عليه في قوله عليه الصلاة والسلام "البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر".

المطلب الثالث

نماذج من تطبيقات المنهج القضائي في الأحكام الصادرة بإثبات الزواج من محاكم الأسرة

المنهج القضائي الذى اتبعته محاكم الأسرة في إثبات الزواج:

- ينعقد الاختصاص لمحاكم الأسرة في قضايا إثبات الزواج.
- اتخذت محاكم الأسرة التسوية الودية مذهبًا لها ومنهاجًا تسير عليه من خلال مكاتب التسوية وذلك في القضايا التي يجوز فيه الصلح ومنها إثبات الزواج.
- الأحكام والقرارات الصادرة من الدوائر الاستئنافية غير قابلة للطعن بالطريق النقض وهو ما يجعلها أحكامًا باتة.
- كذلك سارت محاكم الأسرة فيما يخص طرق الإثبات على رأى الإمام أبو حنيفة واتخذته مرجعًا باعتبار أن الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسي للتشريع وأنها القانون العام الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية وفق مذهب الإمام أبو حنيفة.

- فمثلاً الحكم الصادر في الدعوى رقم 1540 لسنة 2020 أسرة بندر كفر الشيخ قضت المحكمة بجلسة 2021/1/31م بإثبات زواج المدعية من المدعية عليه بموجب عقد عرفي بينهما مستندة في أسباب حكمها على نص المادتين الثالثة والسابعة عشر من القانون رقم 1 لسنة 2000م وأن المدعى عليه قد أقر بصحة الزواج وانعقد العقد وهو إقرار قضائي كما سبق الذكر.
- ولا يختلف الأمر بالنسبة للدعوى رقم 588 لسنة 2022 أسرة بندر كفر الشيخ.

كما أنه واستمرارًا للمنهج القضائي الذى يحمى الأسرة قضت محكمة أسرة قليوب في الدعوى رقم 1378 لسنة 2020 أسرة قليوب الدائرة الثانية "بإثبات زواج المدعية دون وجود أي مستند ولو عرفي لإثبات الزواج وفى حالة غياب الزوج وعدم تقديم وثيقة رسمية، مكتفية بشهادة الشهود والذين اطمأنت لهم المحكمة وبعض وسائل الإثبات الأخرى التي لا ترقى للمستند الرسمي وذلك استنادًا الى أن الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، وإنه من المقرر شرعًا الإثبات بكافة طرق الإثبات.

إلا أننا وفى هذا المقام وفى ظل انتشار ظاهرة الزواج العرفي – وهنا نقتصر على الزواج الشرعي الذى ينقصه التوثيق– **نهيب بالمشرع عند إصداره لقانون الأحوال الشخصية الجديد معالجة هذه المشكلة الخطيرة والتي تهدد أمن واستقرار المجتمع، بكافة وسائل التوعية الممكنة وتغليظ العقوبة لكل من شارك في هذا الزواج من شهود وأولياء وموظفين.**

المبحث الثاني

المنهج القضائي لمحاكم الأسرة في إثبات الطلاق

يتناول هذا المبحث المنهج القضائي لمحاكم الأسرة في إثبات الطلاق من خلال مطلبين هما:

المطلب الأول: ماهية الطلاق ومشروعيته.

المطلب الثاني: أهم القواعد الإجرائية والموضوعية أمام محاكم الأسرة في إثبات الطلاق.

المطلب الأول

ماهية الطلاق ومشروعيته

الفرع الأول: تعريف الطلاق ومشروعيته

تعريف الطلاق في اللغة: رفع القيد مطلقًا سواء أكان حسيًا أم معنويًا جاء في مختار الصحاح "أطلق الأسير خلاه وأطلق الناقة من عقالها فطلقت، والطليق الأسير الذي أطلق عنه اساره وخلى سبيله" (عويس، بدون سنة نشر، صفحة 6)

الطلاق في الشرع:

عرفه الحنفية: بقولهم "رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص؛ **بينما عرفه المالكية:** "بأنه إزالة القيد وارسال العصمة وقيل حل العصمة المنعقدة بين الزوجين"؛ **أما الطلاق عند الشافعية:** "هو اسم لحل قيد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه."؛ **وأما الحنابلة:** "فقد عرفوه بأنه حل قيد النكاح" (الكاساني، 2003، صفحة 183)

أما عن مشروعية الطلاق:

1- **في الكتاب الكريم:** تعددت الأدلة على مشروعية الطلاق فقد سميت سورة في القرآن بسورة الطلاق أول آياتها:

- قوله تعالى: "يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن" (سورة الطلاق، آية:1)
- وقوله سبحانه "الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان" (سورة البقرة، آية:229)

2- **أما السنة النبوية :**

- حديث عمر- رضى الله عنه – أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) "طلق حفصة ثم راجعها" (اخرجه أبوداود، ج2، ص712)

- وجاء في "وجاء في الصحيحين "أن ابن عمر طلق امرأته وهي حائض فسأل عمر رسول الله (صلى الله عليه وسلم) "عن ذلك فقال رسول الله: "(مره فليراجعها، ثم ليتركها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وأن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء). (الحاكم، ج2، ص157)

3- **أما الاجماع:**

- وقد أجمع علماء الأمة جميعًا على مشروعيته

الفرع الثاني: أقسام الطلاق وأركانه

أولا: أقسام الطلاق:

للطلاق أنواع وأقسام مختلفة تختلف بحسب النظر إليه:

1. من حيث الصيغة المستعملة فيه وهو: إما صريح أو كناية.
2. ومن حيث الأثر الناتج عنه على نوعين: رجعى وبائن والذى ينقسم إلى بائن بينونة صغرى وبائن بينونة كبرى.
3. ومن حيث صفته على نوعين: سنى وبدعي.

4. ومن حيث وقوع الصيغة إلى ثلاثة أنواع: (منجز – معلق على شرط – ومضاف إلى المستقبل)

1- الطلاق الصريح والكناية:

- **الصريح:** هو ما ثبت حكمه الشرعي بلا نية وكان بألفاظ خاصة كأنت طالق وغيرها.
- أما **الكناية:** وهو مالم يوضع اللفظ له واحتمله غيره ولا يقع إلا بالنية.

2- الطلاق الرجعي والبائن: حيث ينقسم من حيث إمكان الرجعة وعدمها إلى:

- **الطلاق الرجعي:** هو الذى يملك الزوج بعده إعادة المطلقة إلى الزوجية من غير حاجة إلى عقد جديد مادامت في العدة ولو لم ترضى.
- **الطلاق البائن:** وينقسم الى نوعين:
  - **البائن بينونة صغرى:** هو الذى لا يستطيع الرجل بعده أن يعيد المطلقة إلى الزوجية ألا بعقد ومهر.
  - **أما البائن بينونة كبرى:** هو الذى لا يستطيع الرجل معه أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا بعد أن تتزوج بزوج آخر زواجًا صحيحًا ويدخل بها دخولاً حقيقيًا. (الشرنباصي، بدون سنة نشر، صفحة 265)

3- الطلاق البدعي والطلاق السنى ينقسم الطلاق من حيث صفته أو موافقته للشريعة من عدمه:

- **الطلاق السنى** هو: الذى وافق السنة في طريقة ايقاعه وأذن الشارع فيه.
- **أما الطلاق البدعى** وهو: ما خالف السنة.

والأصل في هذا التقسيم قوله تعالى: "يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن" (عويس، بدون سنة نشر، صفحة 36)

كما قال ابن مسعود وابن عباس طاهرات من غير جماع وحديث ابن عمر المتقدم حينما طلق امرأته وهى حائض. (ابن رشد، 1416هـ - 1995م، صفحة 1044 وما بعدها)

4- الطلاق المنجز والطلاق المضاف والمعلق: أما من حيث الصيغة فينقسم الطلاق إلى:

- **الطلاق المنجز:** وهو ما خلت صيغته من الإضافة أو التعليق، كأن يقول الرجل لزوجته أنت طالق.
- **الطلاق المضاف:** وهو الذى صيغته تفيد إنشاء التصرف في الحال ومؤخر الأحكام إلى زمن المستقبل، كأن يقول الرجل أنت طالق غدًا ويقع الطلاق في الوقت الذى أضيف إليه.
- **الطلاق المعلق:** وهو ما رتب وقوعه على حصول أمر في المستقبل بأداة من أدوات الشرط، كأن يقول الرجل إذا دخلت دار فلان فأنت طالق. (عويس، بدون سنة نشر، صفحة 36 وما بعدها)

ثانيا: أركان الطلاق: للطلاق ثلاثة أركان هي:

- الصيغة
- الزوج المطْلق
- الزوجة المطلَّقة

1- الركن الأول: الصيغة:

هي اللفظ الدال على الطلاق أو ما يقوم مقام اللفظ من الكتابة أو الاشارة، وتتمثل في أمور ثلاثة هي:

الأمر الأول: وقوع الطلاق باللفظ الدال عليه: ويشترط في اللفظ الذى يقع به الطلاق الشروط الآتية: (الحسيني، بدون سنة للنشر، صفحة 32)

1- أن يكون صادرًا ممن يملك الطلاق وهو الزوج أو من يوكله في ذلك.
2- أن يكون المطلق عالمًا بمعنى اللفظ الذى ينطق به.
3- أن يكون الطلاق مضافًا للزوجة.

الأمر الثاني: وقوع الطلاق بالكتابة: أجمع جمهور فقهاء المسلمين إلى صحة وقوع الطلاق بالكتابة واستدلوا على ذلك: (ابو زهرة، 1957، صفحة 293)

أ- أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استخدم الكتابة في العهود والمواثيق وهذا يدل على أن الكتاب حجة في الأحكام.
ب- يقوم القاضي مقام لفظه في إثبات الحقوق.

الأمر الثالث: وقوع الطلاق بالإشارة: ذهب الفقه الإسلامي إلى صحة وقوع الطلاق بشروط هي: (الحسيني، بدون سنة للنشر، صفحة 36)

أ- أن تكون الإشارة مفهومة لمن يتعامل معه.
ب- أن يكون صاحب الإشارة عاجزًا عن النطق.

2- الركن الثاني: المطلق:

هو من بينه وبين المطلقة عقد زواج صحيح وهو الذي يملك حق إيقاع الطلاق دائمًا وقد تملكه في أحوال معينة، والسؤال هنا لماذا لم جعل الإسلام الطلاق بيد الزوج؟ اليس ذلك إجحافًا للمرأة وظلمًا لها؟ (كما يدعى البعض)

- للإجابة على هذا السؤال لابد أن نلقى نظرة على قيمة الأسرة في الإسلام، حيث ينظر الإسلام إلى الأسرة على أنها أعظم المؤسسات قدرًا وأكثرها أهمية في المجتمع لأنها أساس بنائه وقوامه وصلاحه وبضياعها يضيع.
- وقد أناط الإسلام بالمسئولية في الأسرة للرجل فقال تعالى: (الرجال قوامون على النساء بما فضل الله به بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم)، يقول "صلى الله عليه وسلم" :"الرجل في بيته راع ومسئول عن رعيته" ومن هذه المسئولية أن جعل في يده حل عقد الزواج حين لا يكون هناك سبيل إلا الطلاق والإسلام جعل الإنفاق على الأسرة من مسئولية الزوج وحده.
- كما رتب على حل عقد الزواج أمورًا مالية، مثل: نفقة العدة ومتعة الطلاق ومؤخر المهر– ليس على المرأة شيء منها – مما يجعله يحسب ألف حساب وحساب قبل الشروع في الطلاق. (حلاوة، بدون)

شروط المطلق: (الحسيني، بدون سنة للنشر، صفحة 47)

1. **البلوغ:** فلو كان صبيًا فلا يقع طلاقه.
2. **العقل:** فلا يقع طلاق المجنون والمعتوه.
3. **الاختيار:** فلا يقع طلاق المكره.

3– الركن الثالث: المرأة التي يقع عليها الطلاق: (الحسيني، بدون سنة للنشر، صفحة 74)

يشترط في الزوجة التي تكون محلا للطلاق شرطين هما:

الشرط الأول: أن تكون الزوجية قائمة حقيقة أو حكمًا: فالمرأة لا تكون محلاً للطلاق إذا كانت امرأة أجنبية؛ أو مطلقة قبل الدخول؛ أو معتدة من طلاق بائن بينونة كبرى؛ والمعتدة لأى سبب من أسباب فسخ عقد الزواج ما عدا الفسخ بسبب الردة وامتناع الزوجة غير الكتابية عن الدخول في الاسلام أو أي دين سماوي بعد إسلام زوجها.

الشرط الثانى: أن يكون العقد الذى يربط الزوجين عقدًا صحيحًا.

المطلب الثاني

أهم القواعد الإجرائية والموضوعية أمام محاكم الأسرة لإثبات الطلاق

ينقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع:

الفرع الأول: القواعد الإجرائية أمام محاكم الأسرة في الطلاق.

الفرع الثاني: طرق إثبات الطلاق والطلاق الشفوي والجدل حول وقوعه.

الفرع الثالث هو: ملامح المنهج القضائي في الأحكام الصادرة بإثبات الطلاق من محاكم الأسرة.

الفرع الأول: القواعد الإجرائية أمام محاكم الأسرة في إثبات الطلاق

تناول المبحث الأول من هذا البحث تشكيل محاكم الأسرة والقواعد الإجرائية المتبعة أمامها في إثبات الزواج وهو ما لا يختلف هنا في إثبات الطلاق وهو ما نحيل إليه منعًا من التكرار ولعل أهمها:

- اختصاص محاكم الأسرة بقضايا الطلاق: وفقًا لنص المادة الثالثة من القانون رقم 1 لسنة 2000 بنظر جميع مسائل الأحوال الشخصية.
- كما يجب اللجوء إلى مكاتب التسوية قبل اللجوء إلى محاكم الأسرة في الأحوال التي يجوز فيها الصلح ومنها الطلاق، وإلا قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى.
- اعتبار الحكم الصادر من المحاكم الاستئنافية حكمًا باتًا فلا يجوز الطعن عليه بالنقض.

الفرع الثاني: طرق إثبات الطلاق والطلاق الشفوي والجدل حول وقوعه

نتناول أولا اثبات الطلاق ثم الطلاق الشفوى.

إثبات الطلاق قانونًا:

وجوب توثيق الطلاق لدى الموظف المختص: حتى لا تضار الزوجة ويترتب على عدم توثيق الطلاق آثار وخيمة قد لا تتدارك عواقبها فقد ألزمت المادة الخامسة مكرر من القانون 25 لسنة 1920 والمعدل بالقانون 100 لسنة 1985 المطلق أن يوثق إشهاد طلاقه لدى الموثق المختص وذلك خلال مدة قصيرة من وقوعه وهى ثلاثين يومًا.

وسائل العلم بوقوع الطلاق: وفقًا لنص المادة الخامسة سالفة الذكر تعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه. فإذا لم تحضره ألزم القانون الموثق إعلان الطلاق لشخصها على يد محضر, وعلى الموثق تسليم نسخة إشهاد الطلاق للمطلقة أو من ينوب عنها, فإن لم يقم بالإعلان أو التسليم أو أخل بأي التزام فرضه عليه القانون عوقب بالحبس مدة لا تزيد على شهر وبغرامة لا تجاوز 50 جنيه ويجوز للمحكمة عزله أو وقفه عن العمل مدة لا تجاوز سنة. **ولكن هذه العقوبة لا تتناسب مع جسامة الجرم المرتكب ولا مع الآثار المترتبة عليه لذلك نهيب بالمشرع التدخل لتغليظ تلك العقوبة سواء للمطلق أو المأذون وبخاصة في حالة سوء النية.**

الأثر الفوري والمنجز لوقوع الطلاق:

حيث تترتب أثار الطلاق من عدة ونفقة وغيرها من حقوق مترتبة على الطلاق من تاريخ إيقاعه, إلا إذا أخفاه الزوج لا تترتب أثاره من حيث الميراث والحقوق المالية الأخرى إلا من تاريخ علمها به، حيث أن توثيق الطلاق أو إثباته لا علاقة له بوقوع الطلاق من عدمه لأن الطلاق يقع فور صدوره أما التوثيق أو الاثبات فهو إجراء لاحق لوقوعه قصد به الإثبات حتى لا يكون هناك خلاف بين الطرفين حول وقوع الطلاق بحضورها

توثيقه بمعنى أن المقصود بالتوثيق هو العلم بحدوث الطلاق. (التعليق على نصوص القانون 1 لسنة 2000 تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي ، صفحة 497)

وقد عالجت قوانين الأسرة حالة أخرى وهى حالة إنكار الطلاق حيث جرى نص المادة الحادية والعشرين فقرة أولى من القانون رقم 1 لسنة 2000 انه: "لا يعتد في إثبات الطلاق عند الإنكار, إلا بالإشهاد والتوثيق وعند طلب الإشهاد عليه وتوثيقه, ويدعوهما إلي اختيار حكم من أهله وحكم من أهلها للتوفيق بينهما. فإن أصر الزوجين معًا على إيقاع الطلاق فورًا, أو قررا معًا أن الطلاق قد وقع, أو قرر الزوج أنه أوقع الطلاق, وجب توثيق الطلاق بعد الإشهاد عليه".

إلا أن المادة قصرت وسائل إثبات الطلاق عند الإنكار على الإشهاد والتوثيق وهو ما يخالف الشريعة الإسلامية والتي جعلت إثبات الطلاق بكافة طرق الإثبات فضلاً عن التضييق على الزوجة ووضعها في حرج شديد إذا ما لم تستطع الإثبات وهو ما تداركته المحكمة الدستورية العليا بقضائها بعدم دستوريتها.

إثبات الطلاق شرعًا:

أوضح فقهاء الشريعة الاسلامية مسألة إثبات الطلاق من الناحية الشرعية دون غموض أو لبث فالطلاق يثبت بكافة طرق الاثبات من إقرار وبينة ويمين وكتابة، فإذا أدعت المرأة أن زوجها طلقها وأنكره الزوج فذهبت المالكية أنه إن أتت بشاهدين عدلين نفذ الطلاق، وإن أتت بشاهد واحد حلف الزوج وبرئ، أما إذا لم يحلف حبس حتى يقر أو يحلف. وإن لم تأت بشاهد فلا شيء على الزوج. وإن حلف بالطلاق وأدعت أنه حنث فالقول قول الزوج بيمينه. أما الحنابلة فالرأي عندهم أن المرأة إذا أدعت أن زوجها طلقها فالقول قول الزوج بيمينه إلا أن يكون لها بما ادعته بينة ولا يقبل فيه إلا عدلان فإن لم تكن بينة يستحلف الرجل استنادا لحديث اليمين على من أنكر. (الشرنباصي، بدون سنة نشر، صفحة 281)

الإشهاد على الطلاق: انطلاقًا من قوله تعالى: "فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ "(سورة الطلاق، آية:2) أمرت الشريعة الإسلامية بالإشهاد على الطلاق والذى لم يختلف عليه أحد ولكنهم اختلفوا على حكمه، فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الإشهاد على الطلاق مندوب حتى لا ينكر أحد الزوجين وقوعه، أو يموت أحدهما فيدعى الآخر بقاء الزوجية فيرث دون وجه حق أو تدعى الطلاق لتتزوج بآخر، وذهب على بن أبى طالب وعمران بن حصين وعطاء وابن جريج وهو مذهب الظاهرية والأمامية كذلك وهو ما أخذ به المشرع في مواد القانون سالفة الذكر. (الشرنباصي، بدون سنة نشر، صفحة 282)

الطلاق الشفوي: وتثور هنا مشكلة الطلاق الشفوي والذى انقسم فيها الرأي إلى اتجاهين:

الرأي الأول: يرى عدم احتساب وقوع الطلاق «الشفوي» للمتزوجين رسميًا إلا بالوثيقة الرسمية، كما طالب مؤسسات الدولة بوضع قانون يمنع وقوع الطلاق الشفوي للمتزوجين رسميًا إلا بوثيقة أمام المأذون لإعطاء الفرصة للأزواج للتصالح حفاظًا على بقاء الأسرة وتماسكها ورعاية الأبناء من التشرد والضياع ويستند هذا الرأي الى عدة حجج منها:

1. القول أن الطلاق الشفوي قد ألغى منذ اعتماد قانون الأحوال الشخصية رقم ١ لسنة ٢٠٠٠، وتم تنفيذه حتى نهاية عام ٢٠٠٥، ونصت المادة ٢١ على أنه لا يعتد عند الإنكار بوقوع الطلاق إلا أن يكون مثبتًا بالتوثيق والإشهاد، وفى يوم ١٥ يناير ٢٠٠٦، صدر حكم من المحكمة الدستورية بعدم دستورية المادة.
2. وأضاف أن توثيق الطلاق تابع لتوثيق الزواج، وتوثيق الزواج صادر به مرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١، ونص في مادته ١٧، على أنه لا ينظر في الدعاوى المتعلقة بالزواج للوقائع التي تحدث للزواج بعد الأول من أغسطس١٩٣١، إلا إذا كان الزواج موثقًا وبالإشهاد.
3. كما يضيف أصحاب هذا الرأي بالقول– فالمنطق الطبيعي أنه بعد توجه واختيار المواطن المصري اعتبارًا من هذا التاريخ بتوثيق زواجه، أن الطلاق لا يقع إلا إذا كان موثقًا.
4. فكرة عدم توثيق الزواج وتركه للعبث بهذا الشكل تتسبب في ارتفاع حالات الطلاق. (أبوالمجد، 2022)

أما الرأي الثاني: فيرى وقوع الطلاق الشفوي ويستند إلى عدة حجج منها:

1. هناك خلطًا بين الإنشاء والتوثيق، لأن الإنشاء هو إحداث شيء لم يكن موجودًا، أما التوثيق فهو إثبات ما حدث.
2. أن عقد الزواج لم ينشأ بالرسمية بل وثقته، والطلاق كذلك نشأ بإنشائه عن طريق الزوج.
3. عن أن اشتراط وقوع الطلاق بالذهاب إلى المأذون موجود بالقانون منذ عام ١٩٣١، والذى ينص على ضرورة توثيق الطلاق عند المأذون خلال ٣٠ يومًا من التطليق وإلا يَحبس القاضي الزوج.
4. نسبة الطلاق لم ترتفع في مصر؛ بسبب الطلاق الشفوي، وإنما ارتفعت عند المأذون، حيث إنها كانت ١٣٪، حسب إحصائية وزارة العدل، وأصبحت الآن ٤٠٪، لافتًا إلى أن القول بأن الطلاق الشفوي لا يقع عبث، وعدم دراسة للمشكلة على وجهها الحقيقي.

وكانت هيئة كبار علماء الأزهر الشريف قد حسمت أمرها، بالقول أن ما استقر عليه المسلمون منذ عهد النبي محمد (صلى الله عليه وسلم) بوقوع الطلاق الشفوي المستوفى (أركانه وشروطه)، وأكدت أنه على المطلق

أن يبادر في توثيق هذا الطلاق فور وقوعِه؛ حفاظًا على حقوق المطلقة وأبنائها. وشددت هيئة كبار علماء الأزهر الشريف على أنه من حق ولى الأمر شرعًا أن يتخذ ما يلزمُ من إجراءاتٍ لسن تشريعٍ يكفل توقيع عقوبة تعزيرية رادعة على من امتنع عن التوثيق أو ما طَل فيه، محذرة المسلمين كافة من الاستهانة بأمر الطلاق، ومن التسرع في هدم الأسرة، وتشريد الأولاد. (أبوالمجد، 2022) (فتوى هيئة كبار العلماء الأزهر الشريف، 2017/2/5) وهو الرأي الذى نؤيده لقوة حجته واستنادها لصحيح الشريعة الاسلامية والتي التزم المشرع باعتبارها المصدر الرئيسي للتشريع.

الفرع الثالث: منهج محاكم الأسرة في إثبات الطلاق

اتخذت محاكم الأسرة النصوص القانونية والآراء الفقهية سالفة الذكر منهجًا لها من حيث:

1. إلزام الزوج بتوثيق الطلاق على يد الموظف المختص، إلا واجه العقوبة المنصوص عليها بالمادة الخامسة من القانون رقم25 لسنة 1920م.
2. كما استقرت المحاكم ووفقًا لمذهب جمهور الفقهاء على إثبات واقعة الطلاق من تاريخ وقوعه وليس من تاريخ التوثيق فهو مجرد إجراء شكلي لاحق ليس له أثر في وقوعه من عدمه لأن الطلاق حق للزوج وبيده.
3. حكم المحكمة حكم كاشف وليس منشئ للطلاق لأنه يقع بالإرادة المنفردة للزوج ويقتصر دور القاضي على الكشف على نية الزوج في وقوع الطلاق وإثباتها وليس إيقاعه فهو حق مطلق للزوج والقول بغير ذلك يخالف الشريعة الإسلامية التي اعتبرها المشرع المصري المصدر الرئيسي للتشريع ولا يقدح في ذلك القول بالمساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة إذ أن هذا الحق وهبه الله تعالى للرجل ولم يوهبه إياه مشرع ولا قانون، أما القول بأن جعل الطلاق في يد القاضي يقلل من فرص وقوع الطلاق مثلما تطالب القيادات النسوية وغيرها مما يهدرون الثوابت الدينية.

فلنا في الوضع التونسي عبرة وعظة فقد سلب المشرع الطلاق من يد الرجل من خلال الفصل 30 من مجلة الأحوال الشخصية الصادرة سنة 1957م ولم يعد لإرادة الزوج في إحداث الطلاق أي أثر قانوني سوى تقديم الطلب مثل الزوجة تمامًا، الا أن تونس تعانى من ارتفاع نسب الطلاق أكثر من نظيرتها العربية حيث أثبتت الاحصائيات التي تنشرها وسائل الإعلام التونسية حيث سجلت خلال السنة القضائية 2016-2017 نحو16 ألف و452حالة طلاق أي بمعدل 1371حالة شهريًا وقد صرحت جريدة الصباح التونسية أن أكثر حالات الطلاق كانت بناء على طلب أحد الزوجين والذى بلغ 7741

حالة (حميدة، 2020، صفحة 325) وهو ما تعد أعدادًا كبيرة بالنسبة لعدد السكان في تونس إذا ما قورنت بمصر.

4. وجود نيابة متخصصة لشئون الأسرة تتولي المهام المخولة للنيابة العامة أمام محاكم الأسرة ودوائرها الاستئنافية. ويكون تدخلها في الدعوى والطعون وجوبيًا وإلا كان الحكم باطلاً. وعلي نيابة شئون الأسرة إيداع مذكرة بالرأي في كل دعوي أو طعن ومنها دعاوى إثبات الطلاق والزواج، وكلما طالبت منها المحكمة ذلك.
5. وفقًا لنص المادة السادسة من القانون رقم 10 لسنة2004 بشأن محاكم الأسرة يجب على من يرغب في إقامة دعوى بشأن إحدى مسائل الأحوال الشخصية والتي يجوز فيها الصلح ومنها دعاوى الطلاق تقديم طلب لمكتب التسوية وإلا كانت الدعوى غير مقبولة وذلك بغرض التسوية الودية والصلح وهو ما حدث في الدعوى رقم 440 لسنة 2022 أسرة بندر كفر الشيخ والصادر فيها الحكم بجلسة 2022/1/30م.
6. جواز إثبات الطلاق بكافة طرق الإثبات أمام المحاكم المصرية خاصة بعد الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا – والذى اعتبر وبحق نموذج لمنهج القضاء المصري في تطبيق الشريعة الإسلامية في مسائل الأسرة – والذى قضى بعدم دستورية المادة الحادية والعشرين من القانون رقم 1 لسنة 2000م لمخالفته لنص مواد الدستور أرقام 2، 9، 12، 41 وذلك بقصرها طرق إثبات الطلاق على التوثيق والإشهاد وقد جاء في أسباب الحكم "حرص المشرع في القانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية وتعديلاته – وفقًا لما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 100 لسنة 1985 بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية – على عدم وضع قيد على جواز إثبات الطلاق قضاء بكافة طرق الإثبات المقررة، غير أن المشرع قد انتهج في النص الطعين نهجًا مغايرًا في خصوص إثبات الطلاق عند الإنكار، فلم يعتد 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 1 لسنة 2000 المشار إليه– بوقوع الطلاق ديانة" (راجع حكم المحكمة الدستورية العليا، (الطعن رقم 93 لسنة 55ق الصادر بجلسة 1998/1/19م)، مكتب فني (سنة 39 – قاعدة 27 – ص 144))

خاتمة البحث

بعد أن انتهى البحث بعون الله وتوفيقه من دراسة موضوع المنهج القضائي لمسألتي إثبات الزواج والطلاق تبين عدد من النتائج التي استخلصناها من هذا البحث المتواضع، سنشير لأهمها ونستعرض أهم التوصيات والنتائج على النحو التالي:

نتائج البحث:

1- إثبات الزواج والطلاق إجراءات كاشفة لواقعة موجودة بالفعل، فالإثبات لا ينشئ علاقة الزواج أو الطلاق فهو إجراء لاحق قصد منه الكشف عن وضع قانونيا لضمان الحقوق والحد من المشاكل الأسرية.

2- ينعقد الاختصاص القضائي في مسائل الأحوال الشخصية ومنها الزواج والطلاق لمحاكم الأسرة.

3- آثرت محاكم الأسرة التسوية الودية لكافة منازعات الأسرة والتي تقبل الصلح من خلال مكاتب التسوية للحد من معاناة الأسرة وتوفيرًا للوقت والنفقات.

4- قيد المشرع سماع دعوى الزوجية بقيد أن يكون ثابتًا بوثيقة رسمية وهو ما اعتبرته المحاكم قيد ليس وارد على الزواج في ذاته وإنما قاصر على التقاضي وحالة الإنكار بمجلس القضاء.

5- وكذا اتجهت بعض المحاكم إلى جواز لجوء أحد الزوجين لإثبات الزواج أمام المحاكم عند الإنكار ووجود نزاع ولو لم يكن ثابتًا بوثيقة رسمية وثبت بوسائل إثبات أخرى اقتنعت بها المحكمة.

6- توسعت المحاكم في إثبات وقوع الطلاق بكافة طرق الإثبات وليس بالإشهاد والتوثيق فحسب، بعد حكم عدم دستورية المادة 21 من القانون رقم 1 لسنة 2000م بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي.

7- اعتد القضاء بالأثر الرجعى للطلاق فأوقعه منجزًا وفوريًا من تاريخ علم الزوجة به وليس من تاريخ الحكم.

8- الطلاق حق للزوج منحه المولى عز وجل إياه لم يوهبه حاكم أو قانون حتى ينتزع منه بقانون والقول بأن الطلاق بيد القاضي سيؤدى إلى تقليل حالات الطلاق قول واهي لأن الدول التي سمحت بذلك حدث فيها العكس فكم من المرات تطلب فيها الزوجة الطلاق ثم تتراجع ولولا تأنى الرجل لانهارت العديد من البيوت.

توصيات البحث:

1- إصدار قانون جديد وموحد يعالج جميع مسائل الأسرة وبخاصة الزواج والطلاق ووضع حد لجميع المسائل الخلافية والانتصار للشريعة الإسلامية ضد أي آراء منحرفة وهدامة وتدخلات غريبة باعتبار الشريعة المصدر الرئيسي للتشريع وفقًا لنص المادة الثانية من الدستور المصري.

2- تغليظ عقوبة من يشارك في زواج القاصرات وعدم توثيق الزواج سواء كان الولي أو الشهود، أو المأذون وكذلك المطلق الذى يمتنع عن إثبات الطلاق، أو المأذون الذى يتسبب في عدم علم الزوجة بوقوعه.

3- نشر التوعية بين المواطنين عن خطورة الزواج العرفي والطلاق الشفوي وليقم بذلك هيئات مسئولة ذات وعى حقيقي بثوابت الدين وليكن الأزهر ووزارة الأوقاف والجهات التابعة لهما ووسائل الإعلام الهادفة بعيدًا عن الشو الإعلامي والمتاجرة بالدين.

4- تجديد الخطاب الديني بما لا يمس ثوابت الدين وأمن وسلامة الأسرة ولنا في حق الزوج في الطلاق مثال فقد فتحت الشريعة والقانون بابًا آخر للزوجة التي ترغب في إنهاء العلاقة الزوجية وهو الخلع والتطليق دون المساس بحق الزوج.

قائمة المراجع

أولا: الكتب:

- ابراهيم الحسيني. (بدون سنة للنشر). فرق الزواج. المنصورة: دار النيل للطباعة .
- أبوالسعود عبدالعزيز موسى. (2000). الأحكام الإسلامية في تنظيم العلاقات الأسرية. المنصورة: دار النيل للطباعة.
- أبي الفضل جمال الدين محمود بن منظور. (2016). لسان العرب. القاهرة: دار المعارف.
- القاضي أبي الوليد بن أحمد ابن رشد. (1416هـ - 1995م). بداية المجتهد ونهاية المقتصد (الإصدار ج1، المجلد 1). بيروت: دار بن حزم.
- أحمد عويس. (بدون سنة نشر). فرق النكاح (ج2). مصر: مطبعة جامعة طنطا.
- أشرف مصطفى كمال. (2005). محاكم الأسرة. الجيزة - مصر: طبعة نقابة المحامين .
- الحاكم، ج2، ص157. (بلا تاريخ).
- رمضان علي السيد الشرنباصي. (بدون سنة نشر). أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية. منشورات الحلبي الحقوقية .
- زين العابدين بن ابراهيم ابن نجيم. (1400هـ). الأشباه والنظائر. بيروت: دار الهلال.
- عبدالوهاب خلاف خلاف. (1990). أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم. القاهرة: دار القلم.
- علاء الدين أبي بكر الكاساني. (2003). بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج4، المجلد 2). بيروت - لبنان: دار الكتب العلمية.
- فارس محمد عمران. (2001). الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي. القاهرة: مجموعة النيل العربية.
- الإمام محمد ابو زهرة. (1957). الأحوال الشخصية (المجلد 2). القاهرة: دار الفكر العربي.
- محمد عرفه الدسوقي. (1328هـ). حاشه العلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي على ابي البركات سيدي أحمد الدردير. القاهرة: مطبعة التقدم العلمية.
- محمد عزمي البكري. (2020). موسوعة الأحوال الشخصية (الإصدار ج1، المجلد 14). القاهرة: دار محمود للطباعة.
- منصور بن يونس البهوتي. (1983). كشاف القناع عن متن الاقناع (الإصدار ج5). بيروت: عالم الكتب.

ثانيا: الرسائل العلمية:

- عبدالله حمد المشعل. (1998). التوثيق بالكتابة في الفقه الإسلامي وتطبيقاته المعاصرة. رسالة ماجستير. الرياض – السعودية : كلية التربية – جامعة الملك سعود.
- محمد عبدالله الرشيدي. (2011). الشهادة كوسيلة من وسائل الإثبات دراسة مقارنة بين أحكام الشريعة والقانون. رسالة ماجستير.

ثالثا: المحاضرات العلمية:

- سمير حامد عبدالعزيز الجمال. (2020). شرح قانون الإثبات. محاضرات الفرقة الثانية، بدون.
- عبدالحميد عثمان الحنفي. (بدون سنة نشر). دروس في قانون الإثبات. المنصورة: بدون دار نشر.

رابعا: التشريعات القانونية:

- التعليق على نصوص القانون 1 لسنة 2000 تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي .
- القانون 134 لسنة 1994 والمضافة بالقانون 126 لسنة 2008.
- القانون رقم 10 لسنة 2004م.

خامسا: الأحكام القضائية:

- الطعن رقم 40 لسنة 3 قضائية جلسة 1934/6/21.
- الطعن رقم 643 لسنة 73ق – جلسة 2005/4/23.
- حكم المحكمة الدستورية العليا، (الطعن رقم 93 لسنة 55ق الصادر بجلسة 1998/1/19م)، مكتب فني (سنة 39 – قاعدة 27) .

سادسا: المواقع الإلكترونية:

- أبوالمجد. (2022). الطلاق الشفوي. الدستور، http://www.dostor.org.
- أشرف سعد الدين. (2010). الزواج العرفي قانونًا. تم الاسترداد من:

https://sites.google.com/site/socioager1

- الشيخ حسين حلاوة. (بدون). الطلاق وأحكامه. (المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث) تم الاسترداد من:

e-cfr.org