

إثبات الطلاق عند الإنكار

(دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية المصري)



إعداد

د . حازم أبو الحمد حمدي محمد

مدرس الشريعة الإسلامية

بكلية الحقوق - جامعة أسيوط

كلية الحقوق - جامعة ظفار

موجز عن البحث

حد الله تعالى في الطلاق حدوداً، ومنها ألا ينكره الزوج ليضر بزوجه، أو بقصد العدوان والظلم، وذلك من باب الإحسان في المفارقة، فالأصل أن يقر الزوج بوقوع الطلاق إذا أوقعه فعلاً، ولا يكلف زوجته عبء إثبات وقوعه، حتى لا يقع في محرم أو يرتكب إثماً، إلا أن بعض الأزواج قد يطلق زوجته لأي سبب، سواء وقع الطلاق أمام الزوجة، أم غيابياً، ثم ينكر ذلك، فإذا علمت الزوجة بالطلاق مع إنكار الزوج كان عليها عبء الإثبات، لأنها المدعية، والبينة على المدعي، وهذه مشكلة دينية، نظراً لوقوع الطلاق فيما بين الزوجين وبين الله تعالى، كما أنها مشكلة إجتماعية تهدد أهم بناء في المجتمع وهو الأسرة، التي ينبغي أت تقوم على أركان من المودة والرحمة وفق شرع الله تعالى، ومن ثم فلا مفر من اللجوء إلى القضاء، وسلوك دروبه، ومحاولة إثباته بالطرق الشرعية، وقد أوجب القانون المصري على المطلق

أن يبادر بتوثيق طلاقه لدى الموظف المختص، حفظاً لحقوق كل من الزوجين وحماية لهما من إنكار الطلاق في المستقبل، وليس في ذلك ما يخالف الشرع أو يناقض أهدافه، فإذا تعنت المطلق ورفض التوثيق، فليس أمام مدعي الطلاق إلا رفع دعوى أمام القضاء لإثبات وقوعه، وهذا هو موضوع البحث والدراسة، وقد اقتضت الدراسة اتباع المنهج الوصفي القائم على وصف المصطلحات والوقائع وتعريفها، والمنهج الاستقرائي حيث قام الباحث بتتبع الآراء الفقهية والرجوع إليها في كتب المذاهب المعتمدة، والمنهج التحليلي المعتمد على تحليل النصوص الشرعية والقانونية، وبيان وجه الدلالة فيها وفقاً لكل رأي، ثم المنهج المقارن المعتمد على المقارنة بين الآراء الفقهية، والقانونية، مع عزو الآيات القرآنية إلى مواضعها من القرآن الكريم، ونصوص السنة إلى مصادرها في كتب السنة، والآراء الفقهية إلى أصحابها وتوثيقها من مصادر كتب المذهب، وفقاً للمنهج المتبع في الدراسات الشرعية والقانونية.

الكلمات المفتاحية: الطلاق ، الإثبات ، التوثيق ، الشهادة ، اليمين.

Proof of Divorce When Denial Between Jurisprudence And Law A Comparative Study

Hazem Abu Al Hamad Hamde.

Department of Islamic law, Faculty of Law, Assiut University, Egypt.

E-mail: hazem.mohamed8@law.au.edu.eg

Abstract:

God Almighty set limits on divorce, including that the husband should not deny it to harm his wife, or with the intention of aggression and injustice, and that is a matter of benevolence in the paradox. It is a sin, but some husbands may divorce their wives for any reason, whether the divorce takes place in front of the wife or in absentia, and then deny it. Divorce is between the spouses and between God Almighty, and it is also a social problem that threatens the most important building in society, which is the family, which should be based on the pillars of affection and mercy according to the law of God Almighty, and then there is no escape from resorting to the judiciary, following its paths, and trying Proving it by legal means, and the Egyptian law required the divorced person to initiate documentation of his divorce with the competent employee, in order to preserve the rights of each of the spouses and protect them from denying divorce in the future, and there is nothing in that that contradicts the Sharia or contradicts its objectives. Divorce is not unless a case is filed before the court to prove its occurrence, and this is the subject of research and study The study necessitated following the descriptive approach based on describing terms and facts and defining them, and the inductive approach, where the researcher tracked the jurisprudential opinions and referred to them in the books of the approved schools of thought, and the analytical approach based on analyzing the legal and legal texts, and indicating the aspect of their significance according to each opinion, then the comparative approach based on Comparing jurisprudential and legal opinions, with attributing the Qur'anic verses to their places in the Holy Qur'an, the texts of the Sunnah to their sources in the books of the Sunnah, and the jurisprudential opinions to their owners and documenting them from the sources of the doctrine's books, according to the approach followed in Sharia and legal studies.

Keywords: Divorce , Proof , Documentation , Testimony , Oath.

مقدمة

الحمد لله حمداً يليق بجلاله العظيم، وسلطانه القديم، حمداً كالذي نقول وخيراً، والصلاة والسلام على خير البرية، المصطفى على كل البشرية، محمد وعلى آله أجمعين.

شرع الله عز وجل الزواج نظاماً إجتماعياً، وأحاطه برباط من المودة والرحمة بين الزوجين، وجعل من غاياته السكن وابتغاء الولد، حتى تستقر نفس كل من الزوجين إلى الآخر، وجعل لكل من الزوجين حقوقاً، وواجبات على الطرف الآخر، حتى تسير سفينة الزوجية تحت قيادة ربان واحد يدرك غاية الرحلة، وخطورة وصعوبة الخوض فيها، فإذا أحسن الربان القيادة، وأتقن الملاح التجديف، سارت السفينة بأمان حتى وصلت إلى بر النجاة، وإن اختلت دفة القيادة أو شكت سفينة الحياة على الغرق، وكان لا بد من حل لإنقاذ ما يمكن إنقاذه.

من أجل ذلك وضع الله تعالى وسائل لمعالجة الشقاق بين الزوجين جعل منها النصح والوعظ، ثم الهجر في المضاجع، ثم إن بعض النساء قد لا يردعه ما سبق فكان الضرب غير المبرح وسيلة ناجعة مع بعض النساء، وإن لم يفلح كل ما سبق فلا مانع من اللجوء إلى الأهل والأصدقاء للتحكيم بين الزوجين، عليهم يصلون إلى حل يرضي الطرفين.

وإن كان ولا بد من إنهاء العلاقة وقطع مسيرة الرحلة، فإن الطلاق هو الحل الأخير الذي ينبغي أن يكون بعد تأن وروية ومحاولة الإصلاح، فإذا وقع الطلاق فينبغي على الزوج (المطلق) أن يلتزم فيه بحدود الله تعالى وليفارق بإحسان، ولا

يمسك مطلقته اضراً بها.

ومن حدود الله تعالى في الطلاق ألا ينكره الزوج ليضر بزوجه، أو بقصد العدوان والظلم قال الله تعالى: "(وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِيَتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا)"^(١).

مشكلة البحث:

الأصل عند الطلاق أن يقر المطلق بوقوعه، ولا يكلف مطلقته مشقة إثبات وقوعه حتى لا يقع في محرم أو يرتكب إثماً، إلا أن بعض الأزواج قد يطلق زوجته لأي سبب، ثم ينكر وقوع الطلاق، وقد يكون ذلك في غير حضور الزوجة أو حضور شهود، ثم تعلم الزوجة به، فتقع في حرج شديد فهي علمت بالطلاق، ولكن كيف لها أن تثبته؟ فمشقه إثبات الطلاق تقع على عاتقها لأنها هي المدعية، والبينة على المدعي، وهذه مشكلة دينية واجتماعية يعاني منها العديد من الناس، في ظل مجتمع قد لا يرتدع بعض الناس فيه بكلمات الله تعالى، وأحاديث نبيه صلى الله عليه وسلم، من أجل ذلك كان القضاء هو الحكم العدل بينهما، وعلى المدعي عبء الإثبات.

وفي القانون أوجب على المطلق أن يبادر بتوثيق طلاقه لدى الموظف المختص، حفظاً لحقوق كل من الزوجين وحماية لهما من إنكار الطلاق في المستقبل، وليس في ذلك ما يخالف الشرع أو يناقض أهدافه، فإذا تعنت المطلق ورفض التوثيق ولم يقر به، فليس أمام مدعي الطلاق إلا رفع دعوى أمام القضاء لإثبات وقوعه.

(١) سورة البقرة، من الآية ٢٣١.

منهج البحث:

اقتضت الدراسة لإعداد هذا البحث استخدام المنهج الوصفي، من خلال تعريف ووصف لمصطلحات البحث وبيان حدوده وشروطه، والمنهج الاستقرائي، بتتبع آراء الفقهاء في كل مسألة من مسائل البحث، واستقراء النصوص القانونية في كل مسألة، والمنهج التحليلي المعتمد على تحليل النصوص والآراء الفقهية وبيان وجه الدلالة فيها، والمنهج المقارن حيث تمت المقارنة بين الآراء الفقهية والترجيح بينها قدر المستطاع، وبيان موقف القانون المصري في مسائل البحث ومقارنتها بالفقه الإسلامي، مع عزو الآيات القرآنية إلى مواضعها من القرآن الكريم، وتخريج الأحاديث النبوية من كتب السنة المعتمدة، وعزو الآراء الفقهية إلى أصحابها وتوثيقها من كتب الفقه المعتمدة في كل مذهب.

خطة البحث:

تم تناول موضوع البحث في عدة نقاط، وتم تقسيم البحث إلى مبحث تمهيدي، وثلاثة فصول، حيث تناولت في المبحث التمهيدي التعريف بمصطلحات البحث، ثم الفصل الأول تم تخصيص لإثبات الطلاق بشهادة الشهود، وفيه مبحثين، الأول بعنوان: مفهوم الشهادة في إثبات الطلاق، والمبحث الثاني بعنوان: كيفية إثبات الطلاق بشهادة الشهود، وفي الفصل الثاني خصص للحديث عن: إثبات الطلاق بالأيمان، وفيه مبحثين، الأول بعنوان: مفهوم القضاء باليمين في الطلاق، والمبحث الثاني بعنوان: مدى جواز إثبات الطلاق بشاهد ويمين، أما الفصل الثالث فتم تخصيصه للحديث عن: إثبات الطلاق عند الإنكار في قوانين الأحوال الشخصية المصرية، وفيه مبحثين، المبحث الأول: المقصود من توثيق إسهاد الطلاق في قوانين

الأحوال الشخصية المصرية، والمبحث الثاني بعنوان: كيفية إثبات الطلاق في قوانين الأحوال الشخصية المصرية، ثم الخاتمة التي حوت أهم النتائج والتوصيات. وبعد،، فهذا جهد المقل لا أدعي فيه الكمال، فإن الكمال لله وحده، ومن ظن أنه أحاط بالعلم فقد جهل نفسه، والله أسأل أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم، وصل ياربنا على سيدنا محمد وعلى آله وسلم تسليماً كثيراً.

المبحث التمهيدي التعريف بمصطلحات البحث

من مقدمات البحث محاولة التعريف بأبرز المصطلحات الواردة في عنوان البحث بغية أن يطلع القارئ الكريم على المقصود من البحث، ويقف على غرض الباحث، وقد تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، يأتي بيانهما فيما يلي:

المطلب الأول: المقصود من إنكار الطلاق.

المطلب الثاني: المقصود من الإثبات وأهميته.

المطلب الأول المقصود من إنكار الطلاق

تعريف الطلاق في اللغة:

الطلاق في اللغة له عدة معانٍ، فيطلق الطلاق ويراد به: الإرسال، والتخلية، والترك: فيقال: طلق، وطالق، وطلق، ومطلق، إذا خلى عنه، وطلقت القوم أي: تركتهم، ويقال: ناقة طالق، أي: ترعى حيث تشاء^(١)، والطلاق يراد به المفارقة والبنونة، يقال: أجاتنا بيني فإنك طالقة، ورجل مطلق أي: كثير طلاق النساء، وطلاق المرأة أي: بينونها عن زوجها، ويقال: طلقت طلاقاً، وأطلقها بعلمها، وطلقها، ويقال للمرأة طالق من غيرها، وقال الجوهري: يقال للمرأة طالق وخالقة^(٢). وعليه: فإن الطلاق يأتي بمعنى الترك، والإرسال، والمفارقة، والبنونة،

(١) مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر الرازي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت، صيدا، الطبعة الخامسة ١٤٢٠-١٩٩٩، ص ١٩٢.

(٢) المحكم والمحيط الأعظم، أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي، (٦/ ٢٨٠).

والتخلية، والفك، وكل هذه المعانى مقصودة في باب الطلاق، فإن الرجل إذا طلق امرأته فقد فارقتها وتركها وأخلى سبيلها وبانت منه، كما أن في الطلاق افتكاك من رابطة الزوجية.

تعريف الطلاق في اصطلاح الفقهاء:

عرف الطلاق معروف بين الناس، وقد عرفه الفقهاء بعدة تعريفات كلها قريبة من بعضها في المعنى، أكتفي بذكر تعريف الحنفية والشافعية لأنهما جامعان مانعان، ومنعا للإطالة:

عرفه الحنفية بقولهم: "حكم شرعى يرفع القيد النكاحى، بألفاظ مخصوصة"^(١) وعند الشافعية: "حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه"^(٢).

والطلاق في الشريعة الإسلامية هو نهاية المطاف في محاولة الإصلاح بين الزوجين، وهو يقع من الزوج البالغ العاقل، ولا يصح طلاق غير الزوج، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "لَا طَلَّاقَ فِيمَا لَا يَمْلِكُ"^(٣)، ولا يشترط في صريح الطلاق

(١) العناية شرح الهداية، محمد بن محمد أكمل الدين البائري، دار الفكر بيروت (٣/٤٦٣) / الاختيار لتعليل المختار، عبد الله بن محمود الموصلى الحنفى، مطبعة الحلبي، القاهرة، طبعة سنة ١٣٥٦هـ - ١٩٣٧م (٣/١٢١).

(٢) مغني المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج، الخطيب الشربيني، (٤/٤٥٥) / تحفة المحتاج في شرح المنهاج، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، (٨/٢).

(٣) أخرجه بن ماجه في سننه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي (١/٦٦٠) / الترمذي في سننه الجامع الكبير، محمد بن عيسى بن سؤرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب

القصد والنية عند جمهور فقهاء أهل السنة^(١)، فيقع الطلاق ولو كان المطلق هازلاً أو لاعباً بالطلاق، أو لم يكن جاداً به لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "ثلاث جدهن جد وهزلهن جد، النكاح، والطلاق، والعناق"، وفي رواية: "النكاح والطلاق والرجعة"^(٢).

وقد بنى الفقهاء قاعدة وقوع طلاق الهازل، وعدم اشتراط النية في الطلاق الصريح على هذا الحديث في الأصل - وإن وجدت روايات أخرى في نفس المعنى - ولعل الصواب أن وقوع طلاق الهازل إذا كان بلفظ صريح مبني على إجماع الصحابة والتابعين على العمل بهذا الحديث، واشتهارة بين الفقهاء^(٣)، كما أن في

الإسلامي، بيروت، سنة النشر ١٩٩٨م (٢/٤٧٧) / وأحمد في مسنده، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، وآخرون، إشراف: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م (١١/٢٨٢) وقال شعيب الأرنؤوط في تحقيق مسند أحمد: حديث حسن، وعنون البخاري في صحيحه باب: لا طلاق قبل النكاح (٧/٤٥).

- (١) روضة الطالبين، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، الطبعة الثالثة، ١٤١٢-١٩٩١م (٨/٢٧).
- (٢) أخرجه الحاكم في المستدرک، تحقيق: مصطفى عبدالقادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١-١٩٩١م (٢/٢١٦) رقم ٢٨٠٠، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد، وفيه عبد الرحمن بن حبيب من ثقات المدنيين، وقال الذهبي في تلخيصه: أن عبد الرحمن هذا فيه لين / وأخرجه أبو دواد في سننه، تحقيق: شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م (٣/٥١٦) رقم ٢١٩٤، وقال شعيب الأرنؤوط في التحقيق: حسن لغيره، وقد تكلم المحدثون في عبد الرحمن بن حبيب أحد رواة هذا الحديث، وقال بن حجر: مختلف فيه.
- (٣) وقد نقل عن كثير من الفقهاء والمحدثين العمل بالحديث الذي تلقته الأمة بالقبول ولو كان سنده ضعيفاً،

ايقاع طلاق الهازل سد لباب الإحتيال على الأحكام، وتأكيد لأمر حفظ الفروج والاحتياط له^(١).

ويشترط فقهاء الشيعة الإمامية لوقوع الطلاق القصد والنية، بمعنى أن يكون

يقول ابن بهادر الزركشي: "الحديث الضعيف الذي تلقته الأمة بالقبول عمل به على الصحيح، حتى أنه ينزل منزلة المتواتر في أنه ينسخ المقطوع". انظر: النكت على مقدمة بن الصلاح (٣٠٩/١)، وقال بن حجر: "لأن اتفاقهم على تلقي خبر غير ما في الصحيحين بالقبول، ولو كان سنده ضعيفاً يوجب العمل بمدلوله". انظر: النكت على مقدمة بن الصلاح (٣٧٢/١)، وحكى ابن كثير عن ابن تيمية: أنه نقل القطع بالحديث الذي تلقته بالقبول عن جماعة من الأئمة منهم: القاضي عبد الوهاب المالكي، والشيخ أبي اسحاق الإسفراييني، والقاضي أبي الطيب الطبري، وأبي اسحاق الشيرازي من الشافعية، وابن حامد وأبي يعلى الفراء وأبي الخطاب من الحنابلة، وشمس الأئمة السرخسي من الحنفية، ثم قال: وهو قول أكثر أهل العلم من الأشعرية وغيرهم كأبي اسحاق الإسفراييني، وابن فورك، وقال: وهو مذهب أهل الحديث قاطبة، ومذهب السلف عامة". انظر: الباعث الحثيث إلى اختصار علم الحديث، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي، تحقيق: أحمد محمد شاكر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية (١/٣٦) / كما أن اشتهاار الحديث بين العلماء والفقهاء دليل على أن له أصل عندهم. انظر: أثر علل الحديث في اختلاف الفقهاء أثر علل الحديث في اختلاف الفقهاء، ماهر ياسين فحل الهيتي، دار عمار للنشر، عمان، الطبعة الأولى، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م ص ٤٠.

٥ - يقول الإمام الخطابي رحمه الله: "اتفق عامة أهل العلم على أن صريح لفظ الطلاق إذا جرى على لسان البالغ العاقل فإنه مؤاخذ به، ولا ينفعه أن يقول: كنت لاعباً أو هازلأ، أو لم أنو به طلاقاً، أو ما أشبه ذلك من الأمور"، انظر: معالم السنن، شرح سنن أبي داود، أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي، المطبعة العلمية، حلب، الطبعة الأولى ١٣٥١ هـ - ١٩٣٢ م (٣/٢٤٣).

قاصداً بلفظ الطلاق معناه، لقول الباقر عليه السلام: "لا طلاق على سنة، وعلى طهر بغير جماع إلا بنية، ولو أن رجلاً طلق ولم ينو الطلاق لم يكن طلاقاً" (١).

المقصود من إنكار الطلاق:

الإنكار من: أنكر ينكر إنكاراً، والإنكار: الجحود، وأنكرت حقه جحدته، ونكر الأمر نكيراً، وأنكره إنكاراً ونكراً: جهله (٢)، والإنكار: الاستفهام عما يُنكره، وفي القرآن الكريم: ﴿نَكِرْهُمْ وَأَوْجَسَ مِنْهُمْ خِيفَةً﴾ (٣) قال الليث: ولا يستعمل نكر في غابر: ولا أمر، ولا نهي، واستنكره وتناكره، كلاهما كنكره، وقيل: نكر أبلغ من أنكر، وقيل: نكر بالقلب، وأنكر بالعين (٤).

الإنكار: "ضد العرفان، وأصله: ورود على القلب بما لا يتصوره، وهو ضرب من الجهل، وقد ينكر الإنسان شيئاً مع حصول صورته في قلبه، فيكون كاذباً" (٥).

(١) جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، محمد حسن النجفي الجواهري، تحقيق: عباس القوجاني، دار الكتب الإسلامية (٣٢ / ١٨) / المبسوط في فقه الإمامية، أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي، صححه وعلق عليه: محمد الباقر اليهودي، تقديم مؤسسة الغرى للمطبوعات، بيروت، لبنان، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، لبنان، طبعة ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م (٥ / ٢٥ - ٢٩).

(٢) مختار الصحاح، ص ٣١٩ / لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي، ابن منظور الأنصاري الإفريقي، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة ١٤١٤هـ (٥ / ٢٣٣).

(٣) سورة هود، من الآية ٧٠.

(٤) تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزبيدي، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، بدون تاريخ نشر (١٤ / ٢٨٩) / المحكم والمحيط الأعظم (٦ / ٨٠٤).

(٥) التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٦٥.

والمقصود من إنكار الطلاق: "جحوده وعدم الاعتراف به من قبل الزوج"، وهو نوعان: إما نصا، وإما ودلالة، فالنص: هو صريح الإنكار، والدلالة: فهي السكوت عن إجابة المدعي عن غير عذر، لأن الدعوى أوجبت عليه الجواب^(١).

المطلب الثاني المقصود من الإثبات وأهميته

تعريف الإثبات في اللغة:

ثبت الشيء: يثبت ثبوتًا، وثباتًا، ويقال: فلان ثبت في المكان، أي: أقام به، وأثبتته إثباتًا، أي عرفه حق المعرفة، وأثبت اسمه في الديوان أي كتبه^(٢).
ويقال: أثبت الحق، أي: أقام حجته، وأثبت الشيء أي أقره، وفي القرآن الكريم:
﴿يَمْحُو اللَّهُ مَا يَشَاءُ وَيُثَبِّتُ﴾^(٣)، وأثبت الأمر حقيقه وصححه^(٤).

فالإثبات في اللغة يعنى معرفة الشيء أو الأقرار به، وأقامة الأمر في مقامه الصحيح، وكل هذه المعانى اللغوية مقصودة في الدراسة، فإثبات الطلاق يهدف إلى وضعه في مكانه الصحيح، بحيث إيقاعه على وجهه الشرعي، بإقامة الحجة عليه وترتيب الآثار الشرعية عليه.

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، دار الكتب

العلمية، الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م (٦/٢٢٥).

(٢) تاج العروس من جواهر القاموس (٤/٤٧٢-٤٧٧).

(٣) سورة الرعد، من الآية ٣٩.

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

النجار) الناشر: دار الدعوة، بدون تاريخ (١/٩٣).

تعريف الإثبات في الاصطلاح: الإثبات هو: "إقامة الحجة أمام القضاء، بالطرق التي حددتها الشريعة"^(١).

وقيل هو: "إقامة الدليل الشرعي أمام القضاء، على حق، أو واقعة من الوقائع"^(٢).
ويطلق الإثبات على الوسائل التي تؤدي إلى الكشف عن الحقيقة، والتي يبنى عليها القاضي حكمه، وهو ما يعرف عند الفقهاء بطرق القضاء^(٣).

فالإثبات يشتمل على عناصر أهمها^(٤):

- أ- إقامة الدليل أيًا كان نوعه على صدق المدعي.
- ب- أن يقام الدليل، أو يقدم أمام القضاء فلا عبرة بالدليل الذي يقدم بعيداً عن مجلس القضاء.
- ج- لا يكون الدليل معتبراً شرعاً إلا إذا كان وفق الطرق التي رسمتها الشريعة الإسلامية، حيث أن الشريعة الغراء رتبت ثبوت الدليل والعمل به على ضوابط وقيود من حيث العدد والجنس، وأحياناً نوع الدليل من حيث مطابقته للشريعة أو مخالفته لها.
- د- يجب أن يكون الدليل منصباً على إثبات حق أو واقعه معينة يترتب على ثبوت

(١) أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، د. أحمد فراج حسين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة سنة ٢٠٠٤هـ، ص ٧.

(٢) الشهادات وأثرها في العقوبة الجنائية، د. منصور الحفناوي، مطبعة الأمانة، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م ص ٣٧٣.

(٣) أدلة الإثبات، د. أحمد فراج حسين ص ٧.

(٤) أدلة الإثبات، د. أحمد فراج حسين ص ٨-٩.

هذا الحق أو هذه الواقعة أثراً شرعية .

والإثبات لا يكون إلا بناء على دليل، وأدلة الإثبات الشرعية هي: "الحجج والبراهين الشرعية التي يتقدم بها الخصوم أمام القضاء عند نظر الخصومة لإثبات دعوى المدعي، أو رفع المدعى عليه لهذه الدعوى، أو إثبات واقعة معينة يتصل إثباتها بالفصل في الدعوى"^(١).

وطرق الإثبات أو أدلة الإثبات أو أدلة القضاء عدها بعض الفقهاء سبعة أدلة هي: البينة، والإقرار، واليمين، والنكول عن اليمين، والقسامة، والقرينة القاطعة، وقضاء القاضي بعلمه، وردها البعض إلى الثلاثة الأولى فقط.

وزاد الفقهاء الكتابة باعتبارها وسيلة من وسائل الإثبات، والخبرة والمعينة، والقيافة، والقرعة، وكتاب القاضي لغيره^(٢).

وهذه الوسائل أو الأدلة أو الطرق ليست كلها في درجة واحدة، فهي متفاوتة من حيث القوة في إثبات الحق أمام القاضي، فبعضها قوي في إثبات المدعى به لدرجة لا تقبل إثبات العكس إلا بدليل مساو لها، ويكون القضاء ملتزماً بها ولا يسوغ له الحكم بخلاف ما ثبت عنده من الدليل، والبعض الآخر من هذه الأدلة يقبل إثبات العكس بدليل آخر، والقاضي قد يكون مخيراً في الأخذ به أو إهماله وتركه والعمل أو القضاء بدليل غيره.

(١) أدلة الإثبات، د. أحمد فراج حسين ص ١٣ .

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي (٨/ ٦٢٨٠ - ٦٢٨٨).

وهنا يمكن التساؤل: هل أدلة الإثبات محصورة ومحددة؟ أم لا يمكن حصرها؟

للإجابة على هذا التساؤل باختصار يمكن القول:

يرى جمهور الفقهاء أن أدلة الإثبات محصورة في الأدلة المتقدم ذكرها سواء كانت ثلاثة أم سبعة، أو حتى على رأي البعض أنها خمسة عشر دليلاً، ومن ثم فإن القاضي لا يسوغ له إلا القضاء بناء على واحد من هذه الأدلة^(١).

ويرى البعض الآخر أن أدلة الإثبات غير محصورة، وكل أمر يترجح عند القاضي أنه دليل على إثبات الحق يعد طريقاً من طرق الحكم والقضاء وعلى القاضي أن يعمل به ويحكم بمفاده^(٢).

والناظر في الرأيين السابقين وما عليه العمل في القضاء في الشريعة الإسلامية يرى أن أدلة الإثبات في الشريعة الإسلامية أحياناً تكون محصورة، وأحياناً أخرى لا يمكن حصرها، على النحو التالي:

أ- أدلة الإثبات في بعض الجرائم والوقائع مقيدة لا يجوز الافتئات عليها أو الإنتقاص منها، ولا يسع القاضي إلا التسليم بها والحكم بمقتضاها متى استكملت شروطها وضوابطها الشرعية، كما هو الحال في جرائم الحدود والقصاص وإثبات النكاح.

ب- في بعض الوقائع قد يتوسع في أدلة الإثبات ويكون للقاضي سلطة إثبات الحق أو الواقعة أو نفيها بشتى الطرق والوسائل، كما يكون للقاضي في كثير من الأحيان سلطة تقديرية كبيرة في صدق الدليل والعمل به أو تركه وإهماله،

(١) النظام القضائي في الإسلام، د. محمد رأفت عثمان ص ٢٧٠ - ٢٧١.

(٢) الطرق الحكيمة، ابن القيم الجوزية، دار البيان ص ١٣.

خاصة في الإثبات المعتمد على القرائن والقيافة وغيرها، وهذا النظام في الإثبات المضيق أحياناً والموسع أخرى يسميه البعض بالنظام المختلط^(١). وإثبات الأمر أو الواقعة يحتاج إلى دليل، أما نفيه فقد لا يحتاج إلى دليل، لذا قال الفقهاء: "أدلة النفي أوسع من أدلة الإثبات"، لأن كل ما يدل على الثبوت قد يدل على النفي بمعنى أن أدلة الثبوت تصلح أيضاً للنفي، وقد يدل الشيء على النفي ولا يدل على الثبوت أصلاً، كالدليل العقلي والبراءة الأصلية، وعليه فالنفي قد لا يحتاج إلى دليل في الغالب، ومن ثم فالبيئة على المدعي لأنه المثبت والمنشيء لما يدعي، واليمين على من أنكر لأنه مؤكد للحق أو الواقعة^(٢).

ويرى الإمام الشافعي وغيره أنه يجب الدليل على النافي كوجوبه على المثبت، فكما لا يجوز له إثبات الحكم إلا بدليل، لا يجوز نفيه إلا بدليل أيضاً، لأن من ينفي الحكم يثبت ضده، وأما وجوب البيئة على المدعي دون المنكر، فلأن يمين المنكر كبيئة المدعي، فصارا مجتمعين على البيئة وإن اختلفا في صفتها^(٣).

وفي هذا البحث سأحاول الإجابة على التساؤل التالي: هل الطلاق من الوقائع التي يمكن إثباتها بأي وسيلة من وسائل الإثبات؟ أم أنه يحتاج عند الإثبات إلى وسائل

(١) نظام الإثبات في الفقه الإسلامي، عوض عبد الله أبو بكر، مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، العدد ٥٨، ص ١٥١.

(٢) البحر المحيط في أصول الفقه، بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي، دار الكتبي، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م (١/٦٠) / نظام الإثبات في الفقه الإسلامي، عوض عبد الله أبو بكر، ص ١٥١.

(٣) الحاوي الكبير، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري الشهير بالماوردي، المحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م (١٦/١١٦).

وأدلة محددة لا يجوز الخروج عليها؟

الفصل الأول إثبات الطلاق بشهادة الشهود

البيئة الشرعية (شهادة الشهود) من أقوى أدلة الإثبات، متى استجمعت شرائطها في التحمل والأداء، والطلاق من الأمور التي تتعلق بحق من حقوق الله تعالى، لذا فإن إثبات الطلاق بشهادة الشهود له شروط وضوابط سوف أتناولها من خلال هذا الفصل.

وقد قسمت هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: مفهوم الشهادة في إثبات الطلاق.

المبحث الثاني: كيفية إثبات الطلاق بشهادة الشهود

المبحث الأول مفهوم الشهادة في إثبات الطلاق المطلب الأول تعريف الشهادة

تعريف الشهادة في اللغة:

الشهادة في اللغة هي: خبر قاطع، والمشاهدة هي المعاينة، يقال رجل شاهد وامرأة شاهد، والجمع إشهد، وشهود، وشهد، وأشهدته عليه، واستشهده: سألته الشهادة^(١)، وأصل الشهادة: "الإخبار بما شاهده"^(٢)، قال تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا

(١) المحكم والمحيط الأعظم (٤/ ١٨١-١٨٣).

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

صادر، بيروت، الطبعة الثالثة ١٤١٤ هـ (٣/ ٢٣٩-٢٤٢).

شَهِيدَيْنِ^(١)، وشهد له بكذا، أي: أدى ما عنده من الشهادة، فهو شاهد، وقولهم أشهد بكذا أي أحلف^(٢).

وتأتى الشهادة بمعنى اليمين، ومن ذلك قول الله تعالى: ﴿ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴾^(٣).

وقد تأتي شهد بمعنى: بين وأظهر، تقول: شهد الله، أي: بين وأظهر، وشهد

الشاهد عند الحاكم

أي: بين ما يعلمه وأظهره^(٤).

فالشهادة بمعنى الإخبار بما شاهده، وتأتي بمعنى الحضور والمعينة، وبمعنى التبيين والتوضيح والإظهار، وقد تأتي بمعنى الحلف واليمين، وكل هذه المعاني مقصودة في الشهادة، فالشاهد يخبر بما حضره وعينه ليوضح ويظهر ما كان غامضاً أمام القضاء، وهو عندما يقوم بأداء الشهادة قد يحلف باليمين أمام القضاء.

تعريف الشهادة في الاصطلاح:

عرفها الحنفية بأنها: "إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة"^(٥).

(١) سورة البقرة، من الآية ٢٨٢.

(٢) مختار الصحاح ص ١٧٠.

(٣) سورة النور، من الآية ٦.

(٤) لسان العرب (٣/٢٣٩).

(٥) العناية شرح الهداية (٧/٣٦٤) / مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان

المدعو بشيخي زاده، يعرف بداماد أفندي، دار إحياء التراث العربي، بدون طبعة وبدون تاريخ

(٢/١٨٥).

وعرفها المالكية: "هي قول بحيث يوجب على القاضي سماعه للحكم بمقتضاه، إن عدل قائله مع تعدده أو حلف طالبه"^(١).

وعند الشافعية هي: "إخبار الشخص بحق على غيره بلفظ خاص"^(٢).

وعرفها الحنابلة بأنها: "الإخبار عما شوهد أو علم"، أو هي: "الإخبار بما علمه الشاهد بلفظ خاص كشهدت وأشهد"^(٣).

وعند الشيعة الإمامية هي: "إخبار جازم عن حق لازم للغير واقع من غير حاكم"^(٤).

ولعل تعريف السادة الحنفية هو الأنسب، لاشتمال التعريف على معنى الشهادة، واشتراطه أن تكون الشهادة في مجلس القضاء، فلا يعتد بالشهادة خارج مجلس القضاء، وأيضاً نص التعريف على ضرورة صدق الشهود، فلا تقبل شهادة الكاذب، كما أنه نص أيضاً على صيغة الشهادة، وإن كانت بقية التعريفات متقاربة في المعنى وتؤدي نفس الغرض.

(١) المختصر الفقهي، محمد بن محمد بن عرفه المالكي، تحقيق: د. حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الحنتور للأعمال الخيرية، الطبعة الأولى ١٤٣٥ هـ - ٢٠١٤ م (٢٢٥/٩) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب المالكي، دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م (١٥١/٦).

(٢) تحفة المحتاج مع الحواشي (٢١١/١٠).

(٣) المبدع في شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن مفلح، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م (٢٨١/٨) شرح منتهي الأرادات (٥٧٥/٣).

(٤) جواهر الكلام (٨/٤١).

المطلب الثاني شروط الشهود في الطلاق

حتى يؤدي الشاهد شهادته صحيحة أمام القضاء في أمر الطلاق ينبغي أن تتوافر فيه مجموعة من الخصال، بعضها عام في كل شاهد، وبعضها خاص بالشاهد في أمر الطلاق، والعبرة في توافر هذه الشروط في الشاهد عند الحنفية هي وقت أداء الشهادة، لا وقت تحمل الشهادة^(١).

وهذه الشروط هي:

الشرط الأول: البلوغ والعقل: لا يقبل في باب الطلاق شهادة الصغير والمجنون، لقوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾^(٢).

والصبي الصغير والمجنون ليسا من الرجال أو النساء المذكورين في الآية، كما أن الصبي غير مؤتمن على حفظ حقوق نفسه فكيف يؤتمن على حفظ حقوق غيره^(٣).

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، وفي آخره:

تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري وبالحاشية: منحة الخالق لابن عابدين، دار الكتاب الإسلامي (٥٦/٧) / مجمع الأنهر (٢/٢٠٢).

(٢) سورة البقرة، من الآية (٢٨٢).

(٣) بدائع الصنائع (٦/٢٦٦) / مجمع الأنهر (٢/١٩٦) / كشف القناع (٦/٤١٦) / القوانين الفقهية ص

٢٠٢ / الشرح الممتع على زاد المستنقع (١٥/٤١٤) / المحلى بالآثار، أبو محمد علي بن أحمد بن

سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، دار الفكر، بيروت (٨/٥١٣) / شرح اللمعة الدمشقية،

محمد جمال الدين مكّي العاملي، دار الفكر، قم، إيران (٣/١٤٩).

أما المجنون فهو لا يعقل ولا يضبط ما يقول سواء كان ذهاب عقله بسبب الجنون أو السكر أو غيرها من العوارض^(١).

الشرط الثاني: الإسلام: إذا كان الطلاق بين المسلمين وجب أن يكون الشاهد مسلماً، لقوله تعالى: ﴿شَهِيدِينَ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾، وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾، فالآية الكريمة نصت على كون الشاهد من أهل الإسلام بقوله تعالى: "منكم"، كما اشترطت أيضاً العدالة، وغير المسلم ليس من أهل العدالة لأنه يكذب على الله تعالى فلا يؤمن منه الكذب على العباد، كما أن الشهادة من الولاية وغير المسلم ليس له ولاية على المسلم^(٢).

- (١) البحر الرائق (٥٦/٧) / التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري، تحقيق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م (٤٦٠/٧) / كفاية النية في شرح التنبيه (١٩/٩٥) / تحفة المحتاج (١/٢١١) / كشاف القناع (٦/٤١٦) / المبدع (٨/٣٠٠) / شرح كتاب النيل وشفاء العليل، محمد بن يوسف أطفيش، دار الفتح، بيروت، مكتبة الارشاد، جدة، دار التراث العربي، ليبيا، الطبعة الثانية ١٣٩٣هـ - ١٩٧٢م (١١٢/١٣) / جواهر الكلام (٩/٤١).
- (٢) الأصل المعروف بالمبسوط، أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، الناشر: إدارة القرآن والعلوم الإسلامية - كراتشي للشيباني (١١/٥١٦) / الاختيار لتعليل المختار (٢/١٤٩) / الكافي في فقه أهل المدينة، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، المحقق: محمد محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، الناشر: مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، ١٤٠٠هـ / ١٩٨٠م (٢/٨٩٢) / القوانين الفقهية ص ٢٠٢ / الإقناع (٢/٦٣٢) / تحفة المحتاج (١٠/٢١١) / المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد، ابن تيمية الحراني، أبو البركات، مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة الثانية ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م (٢/٢٧٢) / كشاف القناع (٦/٤١٧) / المحلى (٨/٤٩١).

أما إذا كان الطلاق بين ذميين أو غير مسلمين فإنه تقبل فيه شهادة غير المسلم على غير المسلم، فتقبل شهادة الذمي على الذمي عند الحنفية، ورواية عن الإمام أحمد، والاباضية، لأنهم من أهل الولاية على بعضهم البعض^(١).
وقال الإمام مالك رحمه الله: "لا تقبل شهادة الذمي على الذمي في الطلاق وهو رأي ابن حزم رحمه الله تعالى فهو يرى عدم قبول شهادة الكافر على الكافر أصلاً"^(٢).

الشرط الثالث: البصر: يشترط في من يشهد على الطلاق أن يكون مبصراً حتى يستطيع معاينة ما يشهد عليه ويشهد به، وهذا عند الحنفية والشافعية، إلا أن الشافعية نصوا على قبول شهادة الأعمى في ما ثبت بالاستفاضة لأن مستندها السماع والطلاق ليس من بينها^(٣).

وذهب المالكية^(٤)، والحنابلة^(٥)، والإباضية^(٦)، إلى جواز قبول شهادة الأعمى إذا

(١) الأصل للشيباني (٥١٦/١١) / مجمع الأنهر (٢٠١/٢) / المحرر (٢٨١/٢) / المبدع (٣٠١/٨) / شرح النيل وشفاء العليل (١١٤/١٣).

(٢) الجامع لمسائل المدونة (٧٣٦/١٠) / التوضيح في شرح مختصر بن الحاجب (٤٦٠/٧) / المحلى (٤٩٧/٨).

(٣) الأصل (٥١١/١١) / المحيط البرهاني (٣٢٢/٨) / المجموع (٢٦٣/٢٠) / تحفة المحتاج (٢١٢/١٠).

(٤) المدونة مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م (٩٣/٢) / القوانين الفقهية ص ٢٠٣.

(٥) كشف القناع (٤٢٦/٦) / المبدع (٣١٩/٨).

(٦) شرح النيل وشفاء العليل (١١٥/١٣).

شهد على الصوت، لأنه يستطيع أن يميز بين الأصوات ويميز بين المشهود له والمشهود عليه والمشهود به، فإن شك في شئ منها لا تقبل شهادته. وشهادة الأعمى عند الحنابلة إذا تيقن من الصوت وميزه وضبطه بحيث يعرف معرفة لا تخفى فهو فيه كالبصير^(١).

ويرى الإمام زفر من الحنفية قبول شهادة الأعمى فيما يجري فيه الشهادة بالتسامح لأنه فيه كالبصير والطلاق ليس من بينها عند الحنفية^(٢). فلا تقبل شهادة الأعمى في الطلاق عند الحنفية والشافعية، وتقبل عند المالكية والحنابلة، إذا تيقن من الصوت، ويميز بين المشهود له والمشهود عليه، ولم يتطرق إليه الشك في شئ منها.

الشرط الرابع: النطق: لا تقبل شهادة الأخرس ومن لا يستطيع الكلام عند جمهور العلماء منهم: الحنفية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥)، لأن الأخرس لا يقدر على أداء الشهادة على الوجه المطلوب، لعدم قدرته على التعبير عنها. وذهب المالكية^(٦) إلى قبول شهادة الأخرس بالاشارة المفهومة، ذلك أن الاشارة

(١) كشف القناع (٦/٤٢٦).

(٢) مجمع الأنهر (٢/١٩٥).

(٣) الأصل (١١/٥١١) / المحيط البرهاني (٨/٣٢٢).

(٤) تحفة المحتاج (١٠/٢١١) / الإقناع (٢/٦٣٢).

(٥) المحرر في الفقه (٢/٢٤٧) / كشف القناع (٦/٤٢٦).

(٦) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ (٤/١٦٥) / القوانين الفقهية ص ٢٠٣.

عندهم كاللفظ في حق الأخرس والعاجز عن النطق، قال تعالى: ﴿قَالَ رَبِّ اجْعَلْ لِي آيَةً قَالَ آيَتُكَ أَلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْرًا﴾^(١)، حيث جعل المولى عز وجل الإشارة في حق زكريا عليه السلام كالكلام في خطاب الناس.

وذهب الحنابلة^(٢)، إلى قبول شهادة الأخرس إذا أداها بالخط لأن الخط يفيد اليقين، والكتابة حجة شرعية، وقد أقام النبي صلى الله عليه وسلم الحجة على ملوك الكفار بالكتابة إلى كسرى وقيصر والنجاشي يدعوهم إلى الإسلام.

الشرط الخامس: العدالة: هي: "اجتناب الكبائر، وتجنب الصغائر، أو من يكون صلاحه أكثر من فساده، وحسناته أكثر من سيئاته، ويحافظ على مروءته"^(٣).

ويجب أن يكون الشاهد عدلاً، لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾^(٤)، ويكتفى في حق الشاهد بالعدالة الظاهرة، ولا تقبل شهادة الفاسق لأنه لا يؤتمن على الكذب^(٥)، ولقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾^(٦).

ومن الفسق الحد في القذف، فلا تقبل شهادة المحدود في قذف ما لم يتبين لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ

(١) سورة آل عمران من الآية ٤١.

(٢) المبدع (٨/٣٠١) / الشرح الممتع على زاد المستقنع (١٥/٤١٨).

(٣) المحيط البرهاني (٨/٣١١) / الكافي في فقه الأهل المدينة (٢/٨٩٢) / جواهر الكلام (٤١/٢٦).

(٤) سورة الطلاق من الآية ٢.

(٥) المحيط البرهاني (٨/٣١١) / القوانين الفقهية ص ٢٠٣ / كفاية البينة (١٩/٩٨) / كشف القناع (٦/٤١٨).

(٦) سورة الحجرات من الآية ٦.

جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ^(١).

فإن تاب المحدود في قذف، اختلف الفقهاء في قبول شهادته، على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية^(٢) إلى عدم قبول شهادة المحدود في قذف أبداً حتى وإن تاب، لأن الآية الكريمة نصت على عدم قبول شهادتهم أبداً: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾، أما الإستثناء الوارد في الآية التالية في قوله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾، فهذا الإستثناء يعود على أقرب مذكور وهو: ﴿وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾، ولا يشمل الإستثناء قبول الشهادة، فهو مستثنى من الفسق دون قبول الشهادة لأنها من تمام الحد^(٣).

القول الثاني: ذهب جمهور العلماء منهم المالكية^(٤)، والشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦)، والإباضية^(٧)، والشيعة الإمامية^(٨)، إلى قبول شهادة المحدود في قذف إذا تاب وحسنت حاله، لأن الإستثناء يشمل التوبة من الفسق وقبول الشهادة إذا تاب

(١) سورة النور الآيتان ٤ - ٥.

(٢) الاختيار (١٤٧/٢) / مجمع الأنهر (١٩٦/٢).

(٣) البحر الرائق (٥٦/٧) / المحيط البرهاني (٣٢١/٨).

(٤) المدونة (٩٣/٢) / الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني شهاب الدين النفراوي (٢٢٥/٥).

(٥) المجموع (٢٣٧/٢٠) / روضة الطالبين (٢٤٩/١١).

(٦) كشف القناع (٤٢٦/٦) / المحرر في الفقه (٢٥٧/٢).

(٧) شرح النيل وشفاء العليل (١٢٨/١٣).

(٨) جواهر الكلام (٣٨-٣٩/٤١).

بعد ذلك وأصلح توبته بتكذيب نفسه.

وقد ورد في الأثر عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه جلد نافعا، وأبا بكرة، وشبل بن معبد، بقذف المغيرة، ثم استتابهم، وقال: "من تاب قبلت شهادته"^(١).

الشرط السادس: الذكورة: مسألة قبول شهادة المرأة في بعض المسائل ومنها الطلاق مما دار بشأنه خلاف بين الفقهاء^(٢)، على قولين:
القول الأول: ذهب جمهور العلماء منهم: المالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥)،

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشهادات، باب شهادة القاذف والسارق والزاني (١٧٠/٣).

(٢) اختلف الفقهاء في مسألة: هل الأصل قبول شهادة النساء أم الأصل عدم قبولها؟

يرى الحنفية أن الأصل قبول شهادة النساء لوجود ما يتبنى عليه أهلية الشهادة عندهم وهو ثلاثة: أ- المشاهدة والمعينة، ب- الضبط والسماع والفهم والحفظ، ج- القدرة على الأداء، وعند غير الحنفية الأصل عدم قبول شهادة النساء لنقصان الضبط عندهم والاخلال به ونقصان عقلهن. انظر: المبسوط، شمس الأئمة السرخسي، (١١٤/٨٦) / المعونة على مذهب عالم المدينة (١/١٥٥) / البناية شرح الهداية (٩/١٠٧-١٠٨).

(٣) الفواكه الدواني (٢/٢٢٤) / الجامع لمسائل المدونة، أبو بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي، تحقيق: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، جامعة أم القرى (١٠/٧٣٦).

(٤) الأم، الإمام الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس المطلبي القرشي المكي، دار المعرفة، بيروت، طبعة سنة: ١٤١٠هـ / ١٩٩٠م (٧/٨٨) / الإقناع (٢/٦٣٦).

(٥) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، دار الفكر، بيروت، الطبعة: ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م (٨/٣١١) / الشرح الممتع (١٥/٤٤٧).

والشيعة الإمامية^(١)، إلى إشتراط الذكورة وعدم قبول شهادة النساء في باب الطلاق، حتى ولو شهدت مع رجل لا تقبل شهادتها، فيجب أن يكون الشهود على الطلاق رجلين ذكرين، ولا تقبل في الشهادة على الطلاق رجل وامرأتين، لأن الآية الكريمة نصت على اشتراط أن يكون الشهود رجلين في باب الطلاق والرجعة، في قوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾^(٢)، فالآية قالت: ﴿ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾، ولم تقل: ذواتي، فقيدت الشهود بالرجال بلفظ: "ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ"، كما أن الطلاق من المسائل التي يطلع عليها الرجال ويشهدها الناس فلا تقبل فيها شهادة النساء^(٣).

القول الثاني: ذهب الحنفية^(٤)، والظاهرية^(٥)، والإباضية^(٦)، وابن العربي من المالكية^(٧)، والشعبي، وجابر بن زيد، وسيفان الثوري^(٨)، إلى قبول شهادة النساء في الطلاق إذا كانت مع رجل فتقبل شهادة رجل وامرأتان كما تقبل شهادة رجلين، لعموم قوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ

(١) المبسوط في فقه الإمامية (١٧٢/٨).

(٢) سورة الطلاق من الآية ٢.

(٣) المجموع (٢٥٥/٢٠) / نهاية المحتاج (٣١١/٨) / المبسوط في فقه الإمامية (١٧٢/٨).

(٤) البناية شرح الهداية (١٠٦/٩) / المبسوط للسرخسي (١١٥/١٦).

(٥) المحلى (٤٧٦/٨).

(٦) شرح النيل وشفاء العليل (٨٨/٦).

(٧) الفواكه الدواني (٢٢٤/٢).

(٨) المحلى (٤٧٦/٨).

وَأَمْرَاتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ^(١)، والطلاق من المسائل التي لا تدرأ بالشبهات فيجوز فيها شهادة النساء^(٢).

ولعل الراجح - والله أعلم - هو ما ذهب إليه السادة الحنفية ومن معهم، لأن الآية الكريمة عامة في جواز قبول شهادة النساء مع الرجال في كل المسائل إلا ما ورد بعدم قبول شهادتهن فيه، والطلاق لم يرد فيه نص على عدم قبول شهادة النساء فيه.

والآية التي استند إليها السادة المالكية ومن معهم في عدم قبول شهادة النساء في الطلاق وهي قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾، هذه الآية الكريمة اشترطت العدالة فقط في الشهود على الطلاق والرجعة، وقوله تعالى: "مِّنْكُمْ"، أي من المسلمين ذكوراً أم إناثاً^(٣).

الشرط السابع: انتفاء التهمة عن الشهود: الأصل في الشهادة عدم قبول شهادة المتهم في شهادته والمتهم في شهادته هو: الذي له حظ من الشهادة، وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "لا تجوز شهادة خائن، ولا خائنة، ولا ذي غمر على أخيه، ولا تجوز شهادة القانع لأهل البيت، وتجاوز شهادته لغيرهم"^(٤). ويتهم الشاهد في شهادته لأمر، منها:

أ- وجود قرابة بين الشاهد والمشهود له: فهذه تهمة تمنع قبول شهادته، فلا تقبل

(١) سورة البقرة من الآية ٢٨٢.

(٢) المبسوط للسرخسي (١١٥ / ١٦) / المحلى (٤٧٦ / ٨).

(٣) التحرير والتنوير (٣١٠ / ٢٨).

(٤) أخرجه أحمد في مسنده (٥٠١ / ١١) رقم ٦٨٩٩ / وابن ماجه في سننه (٤٥٢ / ٣) رقم ٢٣٦٦، وقال شعيب

الأرناؤوط في تحقيق مسند الإمام أحمد: حديث حسن.

شهادة الأصول للفروع ولا الفروع للأصول عند الفقهاء^(١).

وخالف في ذلك الإمام ابن حزم الظاهري رحمه الله، وأجاز شهادة الأصل لفرعه والعكس، إذا كان الشاهد عدلاً لأن العدل تقبل شهادته أيّاً كانت لأنه لا يهتم فيها لعدالته^(٢).

وذهب الإمام مالك إلى قبول شهادة الأبناء على أبيهم بطلاق الأم إذا كانت الأم منكراً للطلاق، لأن شهادتهم هنا على الأبوين لا لهما، بخلاف ما إذا كانت مدعية بالطلاق فلا تقبل شهادتهم^(٣).

وفي رواية للإمام أحمد رحمه الله تعالى^(٤)، والشيعية الإمامية^(٥)، تقبل شهادة الابن لأبيه، والأب لابنه فيما لا تهمة فيه وجعلها منها الطلاق.

وعند الشافعية تقبل شهادة الأبناء لأبيهم بطلاق ضرة أمهم لأن الأب له طلاق أمهم متى شاء^(٦).

(١) الأصل للشيباني (١١/٥١١) / المبسوط للسرخسي (١٦/١٢٢) / القوانين الفقهية ص ٢٠٣ / الكافي في فقه أهل المدينة (٢/٨٩٣) / تحفة المحتاج (١٠/٢٢٧) / نهاية المحتاج (٨/٣٠٣) / كشف القناع (٦/٤٢٨) / الإنصاف (١٢/٦٦) / شرح النيل وشفاء العليل (١٣/١٢٧).

(٢) المحلى (٨/٥٠٥).

(٣) الكافي في فقه أهل المدينة (٢/٨٩٣).

(٤) المبدع (٨/٣٢٢) / مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه، إسحاق بن منصور بن بهرام، أبو يعقوب المروزي، المعروف بالكوسج، (٨/٤٠٨٣).

(٥) المبسوط في فقه الإمامية (٨/٢١٩).

(٦) إعيانة الطالبين (٤/٣٢٨).

أما شهادة الأخ لأخيه فأنها تقبل عند الفقهاء لأنه غير متهم، فيدخل في عموم المقبول شهادتهم، ولا يقاس على بقية الأقارب على عموم النسب لما بينهما من التفاوت^(١).

ب- وجود عداوة أو خصومة بين الشاهد والمشهود عليه: لا تقبل شهادة العدو على عدوه، ولا الخصم على خصمه، لأنه متهم، وعليه فلا تقبل شهادة الضرة على طلاق ضررتها، ولأنها تجر إلى نفسها منفعة^(٢).

ج- لا تقبل شهادة من يجبر بشهادته نفعاً، أو يدفع ضرراً: لأنه متهم في شهادته^(٣).
وقد نص السادة المالكية وبعض الفقهاء على أن من ظهرت عليه محبة قبول شهادته، أو التعصب فيها، أو العصبية لقبيلة أو فئة وإن لم تبلغ درجة العداوة، فهو ظنين في شهادته لا تقبل^(٤).

الشرط الثامن: الضبط والقدرة على أداء الشهادة: يشترط في الشاهد أن يكون

(١) البناية شرح الهداية (٣٢٤/٨) / منح الجليل شرح مختصر خليل، الشيخ محمد عليش، (٨/٤١٢) / الإقناع (٦٤٠/٢) / الإنصاف (٦٦/١٢).

(٢) الأصل للشيخاني (٥١١/١١) / حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١٧٦/٤) / تحفة المحتاج (٢٢٧/١٠) / كشف القناع (٤٢٨/٦) / المبسوط في فقه الإمامية (٢١٨/٨).

(٣) التوضيح في شرح مختصر بن الحاجب (٤٤٩/٧) / بدائع الصنائع (٦/٢٦٩) / إغاثة الطالبين (٣٢٨/٤) / مسائل الإمام أحمد (٤٠٨٣/٨) / شرح النيل وشفاء العليل (١٣٠/١٣) / جواهر الكلام (٦٥/٤١).

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١٨١/٤) / التوضيح في شرح مختصر بن الحاجب (٧/٤٤٩) / البدائع (٦/٢٦٩) / تحفة المحتاج (١٠/٢٢٧) / الإنصاف (١٢/٧٠).

حافظاً ضابطاً، بحيث يفهم الكلام ويعي معانيه ويحفظه، فيؤديه كما سمعه، فإذا كان مشهوراً بالنسيان أو الغفلة، أو لا يضبط أصلاً، فإنه لا يوثق بقوله ولا تقبل شهادته، والعبرة في الضبط بالأعم الغالب لأن معظم الناس لا يسلم من النسيان والغفلة اليسيرة^(١).

المبحث الثاني كيفية إثبات الطلاق بشهادة الشهود

عند إنكار الطلاق من قبل المدعى عليه أيّاً كان، فإن أول وسيلة يلجأ إليها المدعي لإثبات صدق دعواه في وقوع الطلاق وأقواها هي شهادة الشهود .

وإثبات الطلاق بشهادة الشهود فيه مسائل بيانها كالاتي:

المسألة الأولى: هل يشترط الدعوى والخصومة للشهادة بالطلاق؟

المسألة الثانية: حكم إثبات الطلاق بالشهادة على الشهادة .

المسألة الثالثة: حكم إثبات الطلاق بالشهادة بالتسامع أو الإستفاضة .

المسألة الرابعة: حكم اختلاف الشهود في شهادتهم على الطلاق .

المسألة الخامسة: رجوع شهود الطلاق عن الشهادة .

وسوف نتناول هذه المسائل بشيء من التفصيل:

المسألة الأولى: مدى إشتراط الدعوى للشهادة بالطلاق:

المقصود بهذه المسألة هل يشترط لأداء الشهادة على الطلاق أن يتقدمها دعوى؟

(١) الاختيار(٢/١٤٥) / حاشية الدسوقي الشرح الكبير(٤/١٦٥) / كشاف القناع (٦/٤١٨) / نهاية

المحتاج(٨/٢٩٣) / شرح النيل وشفاء العليل (١٣/١١٧).

أم أن الشهادة على الطلاق حسبة الله تعالى تؤدي ولو لم يسبقها دعوى^(١)؟
فلو سمع الشهود رجلاً يطلق زوجته، وعانوا ذلك بشروط الشهادة المتقدم ذكرها وضوابطها، هل يؤدون شهادتهم أمام القضاء حسبة الله تعالى؟ أم أنه يلزم أولاً أن يتقدم أحد ذوي المصلحة برفع دعوى الطلاق؟
يمكن الإجابة على هذه التساؤلات فيما يلي:

اتفق الفقهاء على أن الشهادة على الطلاق يجوز أن تؤدي حسبة الله تعالى ولو لم يتقدمها دعوى أو خصومة من ذوي الشأن، وأن تقدم الشهود لأداء الشهادة أمام القضاء كاف لإقامة الدعوى^(٢).

وذلك لأن الطلاق فيه حق لله تعالى فهو لا يتأثر برضا الأدمي، ولا يرتفع بالتراضي بين الزوجين^(٣)، كما أن حرمة الفروج من حقوق الله تعالى، بدليل أن الحرمة لا تزول بالإباحة والبذل من جانب المرأة، والشهادة على حقوق الله تعالى تقبل بدون دعوى^(٤)، ومن ثم فإنه يجوز أن يشهد الشاهدان أن فلاناً طلق زوجته،

(١) شهادة الحسبة هي: أن يؤدي الشاهد شهادة تحملها ابتداءً لا بطلب طالب ولا تقدم دعوى، ومعنى حسبة أي إحتساباً لوجه الله تعالى. أنظر: الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٦/٢٥٢).

(٢) المبسوط للسرخسي (٦/١٤٥) / حاشية بن عابدين المسمى رد المحتار على الدر المختار، محمد أمين بن عمر بن عابدين الحنفي، (٥/٤٦٣) / منح الجليل (٨/٤٩٦) / التاج والاكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي، (٨/٢٣٩) / روضة الطالبين (١١/٢٤٣) / نهاية المطلب في دراية المذهب (١٩/٨٥) / المحرر في الفقه (٢/٢٤٣) / الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/٢٨٨).

(٣) حاشية بن عابدين (٥/٤٦٣).

(٤) المحيط البرهاني (٣/٤٠٦) / نهاية المحتاج (١٠/٢٣٨).

وإن جهلا هذه الزوجة أو لم يسميها، فتقبل شهادتهم ويجبر الزوج على البيان^(١).
ولو شهد الشهود في الطلاق سواء حسبه الله تعالى أو بعد رفع الدعوى من قبل
الزوجة ثم رجعت الزوجة عن دعواها وكذبت البينة، لم تسقط الدعوى على الأصح
عند الشافعية، لأنها مقبولة ابتداءً من غير دعواها^(٢).

المسألة الثانية: حكم إثبات الطلاق بالشهادة على الشهادة:

المقصود بالشهادة على الشهادة: أن يشهد شاهدان عدلان على شهادة شاهدين،
بحيث يشهدان كلاهما على شهادة كل واحد من الشاهدين الأولين، ولا يصح أن
يشهد كل واحد من الشاهدين على شهادة واحد من الشاهدين الأولين^(٣).
فيصير كل واحد من الشاهدين الأولين قد شهد على شهادته اثنان، أي: شاهدان
على شاهد^(٤).

وفي رواية عند الشافعية لا يكفي ذلك لإثبات الشهادة على الشهادة بل لابد أن
يشهد على شهادة الشاهدين الأولين أربعة، بحيث يشهد على كل واحد منهما اثنان،
أحدهما غير الشاهد الثاني^(٥).

وعند الحنابلة في رواية تجوز شهادة واحد على شهادة واحد، لأن الفرع قائم

(١) المحيط البرهاني (٤٠٦/٣) / الشرح الكبير على متن المقنع (٢١/١٢).

(٢) أسنى المطالب (٣٥٤/٤).

(٣) التفريع في فقه الإمام مالك (٢٤٨/٢).

(٤) المبسوط للسرخسي (١٣٨/١٦) / البحر الرائق (١٢٠/٧) / المدونة (٩٣/١٢) / التاج والأكليل

(٥) المجموع (٢٣٩/٨) / (٢٦٧٩/٢٠) / المغني أبو محمد موفق الدين بن قدامة المقدسي، (١٨٧/١٠).

(٥) المهذب (٤٥٩/٣).

مقام الأصل ومعبر عنه في إيصال شهادته إلى مجلس القضاء، فكأنه حضر وشهد بنفسه، أو كأنه من باب الرواية ورواية الواحد عن الواحد مقبولة^(١).

والشهادة على الشهادة قبلت استحساناً لحاجة الناس إليها، والقياس عدم قبولها لأن المنقول إلى مجلس القضاء شهادة شهود الأصل في غير مجلس القضاء، والشهادة في غير مجلس القضاء ليست حجة، والقضاء بما ليس بحجة لا يجوز، ولكن عمل بها إستحساناً^(٢).

وقد اتفق الفقهاء على قبول الشهادة على الشهادة في الطلاق، فلو شهد اثنان أنهما شهدا على شهادة آخرين أن فلاناً طلق زوجته فلانة، قبلت شهادتهما بشروطها، وحكم القاضي بموجبها، ونقل بن قدامة المقدسي رحمه الله الإجماع على قبولها^(٣).

وإذا رجع الشاهد الأول "الأصل"، أو ارتد، أو فسق، أو كذب الأصول الفروع، أو طراً عليهم مانع من الشهادة قبل أداءها أو بعد أداء الشهادة وقبل الحكم، فإنه تبطل به شهادة الفرع ولو أقامها الفرع لم تقبل منه، لأن الغرض من الفرع نقل شهادة

(١) شرح منتهى الإرادات (٣/٦٠٥).

(٢) المحيط البرهاني (٨/٤٠٢) / المختصر الفقهي (٩/٤٠٦) / التوضيح في شرح مختصر بن الحاجب (٧/٥٦٣).

(٣) الأصل للشيباني (٨/٤٠٢) / تبين الحقائق (٤/٢٣٨) / المدونة (٢/٩٣) / منح الجليل (٨/٤٩٦) / نهاية المطلب (١٩/٤١) / المجموع (٢٠/٢٦٧) / المغني (١٠/١٨٧) / الكافي في فقه الإمام أحمد (٣/٤٥٩).

الأصل وقد بطلت^(١).

المسألة الثالثة: حكم إثبات الطلاق بالاستفاضة "التسامع":

التسامع هو: "استفاضة الخبر واشتهاره بين الناس"^(٢).

وصفة الشهادة بالتسامع أو بالسماع: أن يشهد الشهود أنهم سمعوا من العدول سماعاً فاشياً ومتشراً بين الناس أن فلاناً طلق زوجته فلانة، بحيث يكثر سماعهم له حتى لا يتذكرون ولا يحفظون ممن سمعوه، من كثرة ما تناقل إلى أسماعهم به من الناس من أهل العدل، من جمع يؤمن تواطئهم على الكذب، ويحصل الظن القوي بصدقهم، ولا يكون السماع بقولهم: سمعنا من أقوام يموئهم بعينهم أو يعرفونهم، فهذه ليست شهادة بالسماع، بل هي شهادة على الشهادة^(٣)، والشهادة بالتسامع تفيد ظناً قوياً^(٤).

وقد اتفق الفقهاء من الحنفية^(٥)، والمالكية^(٦)، والشافعية^(٧)، والحنابلة^(٨)، والشيعة

(١) تبصرة الحكام (٤٣٧/١) / التاج والأكليل (٢٣٨/٨) / نهاية المطلب (٤١/١٩) / شرح منتهى الإرادات (٦٠٣/٣).

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته (٧٢٧/١٠).

(٣) تحفة المحتاج (٢٦٥/١٠) / تبصرة الحكام (٤٢٨/١).

(٤) تحفة المحتاج (٢٦٥/١٠) / الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٩٥/١٠).

(٥) تبصرة الحكام (٤٢٨/١) / بدائع الصنائع (٢٦٦/٦).

(٦) المختصر الفقهي لابن عرفة (٣٦٧/٩) / منح الجليل (٤٨٠/٨).

(٧) روضة الطالبين (٢٦٧/١١) / تحفة المحتاج (٢٦٥/١٠).

(٨) المغني (١٤١/١٠) / المبدع (٢٨٨).

الإمامية^(١)، على عدم صحة إثبات الطلاق بالشهادة على التسامع، فإن شهد اثنان أو أكثر على أنهم سمعوا أن فلاناً طلق زوجته، أو أن فلانة هي مطلقة فلان، فلا تقبل شهادتهم في ذلك، ولا يجوز إثبات الطلاق بناء على هذه الشهادة، حتى وإن اشتهرت بين الناس شهرة واسعة، لأن الطلاق من المسائل التي لا يجوز فيها تحمل الشهادة إلا بسماع القول ومعرفة القائل يقيناً، لأن العلم لا يحصل بدونها، فتوقف العلم على معرفة القائل ومشاهدته^(٢).

المسألة الرابعة: حكم اختلاف شهود الطلاق: قد يشهد الشهود العدول على الطلاق ويكون بينهم اختلاف في الشهادة، هذا الاختلاف قد يكون في مكان الطلاق أو زمانه، أو اختلاف في سبب الطلاق، أو اختلاف في المطلقة. فهل يتم التلفيق بين الشهادتين ويعمل بهما معاً؟ أم ترد شهادتهم لسبب هذا الاختلاف؟

والإجابة على هذا التساؤل فيما يلي: اتفق الفقهاء على جواز التلفيق بين الشهود إذا كان الاختلاف بينهم في الأقوال دون الأفعال، إلا إذا كان في التلفيق بينهما تيقن كذب أحدهما، ففي هذه الحالة ترد شهادتها لتيقن الكذب منها^(٣). فإذا شهد أحدهما: أن فلاناً طلق زوجته فلانة في مكان كذا، يوم كذا، وقال

(١) جواهر الكلام (٤١/١٣٢).

(٢) تبصرة الحكام (١/٤٢٨) / منح الجليل (٨/٤٨٠) / الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/٢٨٤) / القوانين الفقهية ص ٢٠٥.

(٣) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، علي حيدر خواجه أمين أفندي، تعريب: فهمي الحسيني، الناشر: دار الجيل، الطبعة الأولى ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م (٤/٤٢٢) / تبصرة الحكام (١/٤٦٢) / الشرح الكبير على متن المقنع (١٢/٢٤) / جواهر الكلام (٤١/٢١٢).

الأخر: أنه طلقها في مكان ثان في يوم ثان، فالقاضي يقبل شهادتهما إذا استوفوا شروط الشهادة، وكان من الممكن اجتماعه في المكانين والزمانين المذكورين، لأن الطلاق قول والقول مما يعاد ويكرر، وصيغة الإنشاء والإقرار فيه واحدة، فيكون الثاني عين الأول، فلا يمنع ذلك من قبول شهادتهما^(١).

أما إذا اختلف الشهود في سبب الطلاق فلا يصح التلفيق في شهادتهما ولا تقبل، كما لو قال أحدهما: أنه علق طلاق زوجته على دخول الدار، وقال الآخر: بل علق طلاقها على ركوب الدابة، فلا تقبل شهادتهما لأن الفعلين مختلفين، والقاعدة أن التلفيق في شهادة الشهود يجوز في الأقوال دون الأفعال، فلا تلفيق في الفعلين ولا في الفعل والقول^(٢).

وإذا اختلف الشهود في تحديد المشهود به، كما لو شهد أحدهم أنه طلق زوجته زينب، وقال الآخر: بل طلق زوجته هند، فلا تقبل شهادتهم لأنه يشترط في قبول الشهادة تطابق شهادة الشهود في المشهود به، لأنه إذا لم تتفق شهادتهما في المشهود به لا يكتمل نصاب الشهادة وينفرد كل شاهد منهما بشهادته ولا يقضى بشهادة شاهد واحد^(٣).

(١) المحيط البرهاني (٤٧٢/٨) / شرح مختصر خليل للخرشي (٦٨/٤) / الشرح الكبير على متن المقنع (٢٤/١٢).

(٢) المحيط البرهاني (٤٧٣/٨) / درر الحكام في شرح مجله الأحكام (٤٢٢/٤) / شرح مختصر خليل (٦٨/٤) / الشرح الكبير على متن المقنع (٢١/١٢).

(٣) درر الحكام في شرح مجله الأحكام (٤٢٩/٤) / المبسوط للسرخسي (١٤٥/٦) / شرح مختصر خليل (٦٩/٤).

ولو شهد الشهود أنه طلق زوجته فلانه بعينها، وقالوا: سماها لنا ولكننا نسيناها، وكان له أكثر من زوجة، لم تقبل شهادتهما، لأنهما أقرتا على أنفسهما بالغفلة، فضاعت شهادتهما، لأن القاضي لا يتمكن من العمل بهذه الشهادة لعدم معرفة المشهود به^(١).

ولا يحلف الزوج لتحديد المشهود به عند الحنفية وترد الشهادة^(٢)، وقال المالكية: ترد الشهادة ولكن يحلف الزوج^(٣).

وقال زفر من الحنفية: تقبل شهادتهما ويجبر الزوج على البيان حتى يبين المطلقة منهما، قياساً على إقرار الزوج بالطلاق ولم يحدد، فإنه يحال بينه وبين زوجاته حتى يبين المطلقة منهن^(٤).

ولعل الصحيح - والله أعلم - ما ذهب إليه الحنفية فترد الشهادة ولا يقضى بالطلاق إذا اختلف الشهود أو نسيا المشهود به، ولا يصح قياسه على الإقرار، لأن الشهادة تحتاج إلى حكم القاضي للعمل بها، أما الإقرار فإنه حجة بنفسه على الزوج من غير حاجة إلى قضاء القاضي.

ولو شهدوا بأنه طلق إحدى زوجاته، وقالوا: لم يحدد، ولم يعين المطلقة، فإنه تقبل شهادتهما، لأنه لا اختلاف بينهما، وجهالة المشهود به لا تمنع صحة الشهادة

(١) المبسوط للسرخسي (١٤٥/٦).

(٢) المبسوط للسرخسي (١٤٥/٦).

(٣) شرح مختصر خليل للخرشي (٦٨/٤).

(٤) المبسوط للسرخسي (١٤٥/٦).

في الطلاق، لأن الطلاق لا تحتاج الشهادة فيه إلى دعوى، فهو حسبة لله تعالى وشهادة الحسبة لا يؤثر فيها انعدام المشهود به^(١).

المسألة الخامسة : حكم الرجوع عن الشهادة في الطلاق:

الرجوع عن الشهادة هو: "انتقال الشاهد بعد أدائه الشهادة بأمر ما، إلى عدم الجزم به دون نقيضه، فيدخل انتقاله إلى شك"^(٢).

ورجوع الشهود في الطلاق عن شهادتهم قد يكون قبل الحكم بالطلاق أو بعد الحكم:

أولاً: رجوع شهود الطلاق قبل الحكم: إذا رجع الشهود قبل الحكم بالطلاق سقطت شهادتهم، ولا يقضي القاضي بشهادتهم، لأن الحق لا يثبت إلا بالقضاء، والقضاء يكون على الشهادة وقد تناقضت هذه الشهادة برجوعهم فيها^(٣).

وروي عن أبي ثور أن رجوع الشهود قبل الحكم لا يمنع القاضي من الحكم بشهادتهم بعد رجوعهم فيها، وهذا خطأ كما قرره الفقهاء^(٤).

وإذا تبين للقاضي أنهم كانوا شهود زور، أو شهدوا كذباً، عاقبهم بما يراه مناسباً وفق نصوص الشرع والقانون التي تعاقب على شهادة الزور.

(١) حاشية بن عابدين (٥/٤٦٣) / منح الجليل (٨/٤٩٦) / روضة الطالبين (١١/٢٤٣) / المحرر في الفقه (٢/٢٤٣).

(٢) منح الجليل شرح مختصر خليل (٨/٥٠٤).

(٣) الاختيار (٢/١٥٣) / المبسوط للسرخسي (٦/١٤٥) / المدونة (٤/٥٤٠) / منح الجليل (٨/٥٠٤)

المجموع (٢/٢٧٨) / الحاوي الكبير (١٧/٢٥٥) / المغني (١٠/٢٣٢) / الكافي في فقه الإمام أحمد (١٧/٢٥٣) / جواهر الكلام (٤١/٢١٢).

(٤) المهذب (٣/٤٦٤) / الحاوي الكبير (١٧/٢٥٣).

ولا يضمنان شيئاً لا للزوج ولا للزوجة إذا رجعا عن شهادتهما قبل الحكم، لأنهما لم يتلفا عليهما شيئاً لعدم الحكم^(١).

ثانياً: رجوع الشهود بعد الحكم: إذا رجع شهود الطلاق بعد الحكم به بناء على شهادتهم، فإنه باتفاق الفقهاء لا ينقض حكم القاضي بالطلاق لرجوع الشهود فيه، لأن الحكم لا ينقض بالتناقض في شهادة الشهود، وفي الرجوع ما يدل على الصدق والكذب، وقد ترجح أحد الاحتمالين باتصال حكم القاضي به فلا ينقض عملاً بالظاهر^(٢).

ولكن هذا هو حكم الظاهر أنه لا ينقض حكم القاضي بالطلاق بناء على شهادة الزور، فما الحكم في الباطن؟ هل ينفذ الحكم ظاهراً وباطناً؟ أم ظاهراً فقط؟ للإجابة يمكن القول: اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: ذهب الإمام أبو حنيفة رحمه الله تعالى، والإمام أحمد في رواية عنه، إلى أن قضاء القاضي بالطلاق بشهادة الزور ينفذ ظاهراً وباطناً^(٣).

فلو طلقت المرأة بناء على شهادة الزور نفذ الحكم ظاهراً وباطناً، وجاز لها

(١) الاختيار (١٥٣/٢) / التاج والأكلیل (٢٤٠/٨) / المهذب (٤٦٤/٣) / الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م (١١٠/١٠).

(٢) الهداية في شرح بداية المبتدي (١٣٢/٣) / الاختيار (١٥٣/٢) / التاج والأكلیل (٢٤٠/٨) / منح الجليل (٥١٢/٨) / الحاوي الكبير (٢٥٢/١٧) / المهذب (٤٦٤/٣) / كشف القناع (٤٤٥/٦) / الكافي في فقه الإمام أحمد (٢٩٦/٤) / المسبوط في فقه الإمامية (٢٣٦/٨).

(٣) البحر الرائق (١٤/٧) / الدر المختار (٤٠٦/١) / المغني (٥٣/١٠).

الزواج بآخر بعد انتهاء العدة، وجار للثاني وطئها، ولا يجوز للأول ذلك، حتى ولو كانت هي المدعية، ويضمن الشهود وحل لها الزواج بآخر، لما روي: أن رجلاً خطب امرأة وهو دونها في الحسب، فأبت أن تتزوجه، فادعى أنه تزوجها، وأقام شاهدين عند علي - رضي الله عنه -، فحكم عليها بالنكاح، فقالت: "إني لم أتزوجه، وإنهم شهود زور، فزوجني منه"، فقال علي - رضي الله عنه -: "شاهدك زوجك، وأمضى عليها النكاح"^(١).

ولأنه قضى بحجة شرعية فيما له ولاية الإنشاء، فيجعل إنشاء تحرزا عن الحرام^(٢)، ولأن القضاء لقطع المنازعة بينهما من كل وجه، فلو لم ينفذ باطنًا وظاهرًا كان تمهيداً للمنازعة، وليس قطعاً لها^(٣).

القول الثاني: ذهب جمهور الفقهاء منهم: المالكية^(٤)، والشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦)، وأبو يوسف ومحمد من الحنفية والفتوى في المذهب على قولهما^(٧)، أن القضاء بالطلاق بشهادة الزور ينفذ ظاهراً ولا ينفذ باطنًا، فتظل المرأة في حكم الزوجة في الباطن، ولكن لا يجوز للزوج وطئها لأنه يعد زانياً في حكم الظاهر أمام الناس، وفي

(١) تبين الحقائق (١١٦/٢) / الاختيار (٨٩/٢) / المغني (٥٣/١٠) / المبدع (٢١٤/٨).

(٢) الاختيار لتعليل المختار (٨٩/٢).

(٣) الدر المختار (٤٠٦/١)

(٤) بداية المجتهد (٢٤٤/٤) / التوضيح في شرح مختصر بن الحاجب (٤٢٨/٧).

(٥) الحاوي الكبير (١٣/١٧) / البيان (٤١٤/١٣).

(٦) المغني (٥٣/١٠) / الشرح الكبير على متن المقنع (٤٦٥/١١).

(٧) بدائع الصنائع (١٥/٧) / المحيط البرهاني (٥٤/٨).

قول للإمام محمد من الحنفية يحل له وطئها سرّاً ما لم تتزوج غيره^(١).
وسندهم في ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم: "إنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض، فمن قضيت له بحق أخيه شيئاً فإنما أقطع له قطعة من النار فلا يأخذها"^(٢).

فهذا الحديث نص في أن القاضي يقضى بالظاهر، وأنه على حقيقته في الباطن لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً، والقاعدة: أن حكم القاضي لا يزيل شيئاً عن صفته، ولأن شهادة الزور أفسد من شهادة العبد والكافر، فلما لم ينفذ الحاكم في الباطن بشهادتهما في الأموال كان أولى ألا ينفذ في الفروج بشهادة الزور، لأن حكم الأموال أخف من حكم الفروج^(٣).

وإذا حكم القاضي ثم رجع الشهود بعد الحكم بالطلاق هل يضمنون أم ليس عليهم ضمان؟

إذا رجع الشهود بعد الحكم بالطلاق نفرق بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان الحكم بالطلاق قبل الدخول: إذا كان الحكم بالطلاق قبل الدخول بناء على شهادة الشهود ثم رجعوا، ضمنوا للزوج نصف المهر، ولا يضمنون عليه الهدايا وما في حكمها، هذا عند: الحنفية^(٤)، المالكية^(٥)، والحنابلة^(٦)،

(١) حاشية بن عابدين (١/٤٠٦).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الشهادات باب من أقام البينة بعد اليمين (٣/١٨٠) رقم ٢٦٨٠ /
ومسلم في صحيحه، كتاب الأفضية، باب الحكم بالظاهر (٣/١٣٣٧) رقم ١٧١٣.

(٣) الحاوي الكبير (١٧/١٣).

(٤) المحيط البرهاني (٨/٥٤٦) / الاختيار لتعليل المختار (٢/١٥٣).

(٥) المدونة (٤/٥٤٠) / منح الجليل (٨/٥٠٤).

والمزني من الشافعية^(٣)، والإمامية^(٤)، وذلك لأنهما أتلفا عليه نصف المهر فوجب عليهما ضمانه، والضمان قائم على المماثلة^(٥).

وعند الشافعية فإنهما يضمنان عليه المهر كاملاً، لأنهم حرموها عليه فكان عليهما قيمة مهر مثلها، ولا يضمنان ما أعطاهما من شيء غير المهر^(٦).

الحالة الثانية: إذا كان الحكم بالطلاق بعد الدخول: إذا رجع شهود الطلاق بعد الحكم، وكان الطلاق بعد الدخول والقضاء بالمهر، فإن الشهود لا يضمنون المهر للزوج، لأن المهر مقابل البضع وقد استحقه الزوج بالدخول، فلم يتلفا عليه مالاً، وإنما فوتوا عليه منفعة البضع ولا قيمة مالية له، وشهادتهما على الزوج إنما أكدت ما وجب على الزوج أصلاً بالدخول، وهذا رأي الجمهور منهم الحنفية والمالكية والشافعية والإمامية^(٧).

وذهب الإمام الشافعي إلى تضمين الشهود المهر كاملاً أو صداق المثل إذا رجعوا ولو بعد الدخول لأنهم حرموها عليه، فلم يكن لها قيمة إلا مهر مثلها^(٨).

(١) الفروع وتصحيح الفروع (١١٠/١٠) / الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/٢٩٦).

(٢) البيان في المذهب (٤٠٢/١٣) / المجموع (٢٨٥/٢٠).

(٣) جواهر الكلام (٢٣٣/٤١).

(٤) المحيط البرهاني (٥٤٥-٥٤٦/٨).

(٥) المجموع (٢٨٥/٢٠) / البيان في المذهب (٤٠٢/١٣).

(٦) الاختيار (١٥٣/٢) / المحيط البرهاني (٥٤٦/٨) / حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٢١٠).

المغني (٢٣٢/١٠) / الفروع (١١٠/١٠) / المبسوط في فقه الإمامية (٨/٢٣٧).

(٧) المجموع (٢٨٥/٢٠) / البيان في المذهب (٤٠٢/١٣).

ولعل الصحيح - والله أعلم - هو ما ذهب إليه الإمام الشافعي من تضمين الشهود سواء قبل الدخول أو بعده طالما رجعوا في شهادتهم لأنهم فوتوا على الزوج منفعة الزوجة، فعليهما الضمان.

ولو رجع أحد الشهود دون الآخر ضمن للزوج ما قضى به عليه بنسبة رجوعه، فلو كان الشهود اثنان ورجع أحدهما ضمن النصف، ولو كانوا ثلاثة، رجل وامرأتان، ورجعت أحدهما ضمن الربع، ولو رجع الرجل ضمن النصف .

ولو كانوا ثلاثة رجال ورجع أحدهم لم يضمن شيئاً، لبقاء نصاب الشهادة صحيحاً فيظل مبنى الحكم صحيحاً^(١).

والرجوع عن الشهادة لا يكون صحيحاً ولا ينتج أثره إلا أن يكون أمام القضاء، لأن الرجوع فسخ للشهادة، وكما أن الشهادة لا تصح إلا أمام القضاء فكذلك الرجوع فيها أمام القضاء.

ولأن الرجوع توبة، والتوبة حسب الجناية فالسر بالسر والعلن بالعلن، وإذا رجع الشهود بعيداً عن القضاء ليس عليهما شيء، ولا تقام الحجة على رجوعهما خارج مجلس القضاء^(٢).

وفي كل الأحوال لا يصح الرجوع عن الرجوع ولا يقبل، لأنه تلاعب بالقضاء فلا

(١) تبين الحقائق (٤/٢٤٤) / حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٢١١) / الحاوي الكبير (١٧/٢٥٥)

كشاف القناع (٦/٤٥٥).

(٢) الاختيار لتعليل المختار (٢/١٥٣) / حاشية بن عابدين (٥/٥٠٤) / تحفة المحتاج (١/٢٧٩).

يعمل به^(١)

(١) منح الجليل (٨/٥١١) / التاج والإكليل (٨/٢٤٣) .

الفصل الثاني إثبات الطلاق بالأيمان

اليمين وسيلة إثبات إذا لم يتمكن المدعي من إثبات صدق دعواه بشهادة الشهود، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"، فإذا عجز المدعي عن البينة فما زال أمامه توجيه اليمين إلى المدعى عليه، فإذا نكل المدعى عليه عن اليمين حكم القاضي عليه، فما هي هذه اليمين؟ وهل يجوز توجيه اليمين إلى المدعى عليه في دعوى إثبات الطلاق؟ وما حكم إثبات الطلاق بشاهد واحد ويمين؟

الإجابة عن هذه التساؤلات هي موضوع هذا الفصل، وقد تم تقسيمه إلى مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم القضاء باليمين في الطلاق.

المبحث الثاني: إثبات الطلاق بشاهد ويمين.

المبحث الأول مفهوم القضاء باليمين في الطلاق المطلب الأول تعريف اليمين

تعريف اليمين في اللغة:

اليمين في اللغة له معان منها: القوة، وسميت اليد اليمين بذلك لفضل قوتها على اليسار، قال تعالى: ﴿لَا خِذْنَا مِنْهُ بِالْيَمِينِ﴾^(١)، أي بالقوة والقدرة، وقيل: باليد

(١) سورة المعارج، الآية ٤٥.

اليمنى^(١)، وتأتي بمعنى: الحلف والقسم، وسميت بذلك لأنهم كانوا إذا تحالفوا ضرب كل إمراً يمينه على يمين صاحبه^(٢)، وقد يقال: أيمن الله، بضم الميم والنون، ويقال أيضاً: أيم الله، بحذف النون وفتح الهمزة أو كسرهما صحيح، ويقال أيضاً: مَ الله، بفتح الميم وضمها وحذف باقي الحروف والابقاء على الميم فقط، ويقال أيضاً: ليمن الله، ومن الله، بفتح الميم وكسرهما، ويقال أيضاً: يمين الله لأفعل^(٣). واليمين يقصد بها المقسم به، ولهذا كانت عادة العرب القسم بما جل قدره، وعظم خطره، وكثر نفعه عند الخلق من السماء والأرض والشمس والقمر، والليل والنهار، ونحو ذلك، والمستحق بهذا النوع من التعظيم والتكريم والتجليل هو الله سبحانه وتعالى، لأن التعظيم بهذا النوع عبادة ولا تجوز العبادة إلا لله تعالى^(٤).

تعريف اليمن في الاصطلاح:

اليمن في الاصطلاح عند الحنفية هي: "تقوية الخبر بذكر اسم الله تعالى"^(٥)، ويقولون اليمن نوعان في اللغة:

الأول: هو ما يقصد الحلف به تعظيم المقسم به، ويسمون ذلك قسماً، ولا يخصصون ذلك بالله تعالى إلا عند علماء الشرع، والثاني: الشرط والجزاء، وهو يمين

(١) مختار الصحاح ص ٣٥٠ / لسان العرب (١٣/٤٦٢).

(٢) تاج العروس (٣٦/٣٠٣) / لسان العرب (٣/٤٦٢).

(٣) تاج العروس (٣٦/٣٠٧-٣١٢) / المصباح المنير (٢/٦٨١).

(٤) بدائع الصنائع (٣/٢).

(٥) مجمع الأنهر (١/٥٣٩).

عند الفقهاء لما فيه من معنى اليمين، وهو المنع والإيجاب ولكن أهل اللغة لا يعرفون ذلك لأنه ليس فيه معنى التعظيم^(١).

وعند المالكية اليمين هي: "تحقيق ما لم يجب بذكر اسم الله أو صفته"^(٢).

وعند الشافعية هي: "تحقيق أمر ثابت، ماضياً كان أم مستقبلاً، نفيًا كان أم إثباتاً

ممكناً، صادقة كانت اليمين أو كاذبة، مع العلم بالحال، أو مع الجهل به"^(٣).

واليمين كوسيلة من وسائل الإثبات هي: "تأكيد ثبوت الحق أو نفيه باستشهاد الله

تعالى"^(٤)، فالحالف يقوي صدقه باليمين، باعتبار أنه جعل الله تعالى شاهداً على

صدقه سواء كان مدعيًا أو مدعًا عليه، لأن المدعي يحلف على إثبات الحق،

والمدعى عليه يحلف على نفيه الحق المدعى به ورد إدعاء المدعي.

واليمين وسيلة من وسائل الإثبات الشرعية التي يستند إليها القاضي في إصدار

حكمه، ولا يلجأ إليها القاضي إلا عند ما ينكر المدعى عليه الدعوى ويعجز المدعي

عن إثبات ما يدعيه وإقامة البينة عليه، ويطالب بتحليف المدعى عليه^(٥).

ويسمى الفقهاء هذه اليمين باليمين القضائية لأنها تتم في مجلس القضاء، وهذه

اليمين القضائية مشروعه بأدلة كثيرة منها، قوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي

(١) المبسوط للسرخسي (٨/١٣٦) / بدائع الصنائع (٣/٢).

(٢) التاج والأكليل (٤/٣٩٦).

(٣) أسنى المطالب (٤/٢٤٠).

(٤) أدلة الإثبات، د. أحمد فراج، مشار إليه في الهامش ص ٣٩٣.

(٥) أدلة الإثبات، د. أحمد فراج ص ٣٩٣.

أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ^(١)، وقد أمر المولى عز وجل نبيه أن يقسم على الحق، وأقسم جل في علاه بنفسه في مواضع كثيرة من القرآن الكريم، والله سبحانه وتعالى لا يشرع محرماً^(٢).

وعن ابن عباس رضي الله عنهما، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه"^(٣).

وروى أيضاً عن ابن مسعود رضي الله عنه: "أن الأشعث بن قيس تخاصم مع ابن عم له على بئر له في أرض ابن عمه، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "بيتك أو يمينه؟"، فقال الأشعث: إذا يحلف يارسول الله، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من حلف على يمين صبر يقتطع بها مال امرئ مسلم وهو فيها فاجر لقي الله

(١) سورة المائدة من الآية ٨٩.

(٢) أمر الله تعالى نبيه أن يقسم على الحق في ثلاثة مواضع في القرآن الكريم، وهي قوله تعالى: ﴿وَيَسْتَبِشُونَكَ أَحَقُّ هُوَ قَوْلُ إِي وَرَبِّي إِنَّهُ لَحَقٌّ﴾، سورة يونس من الآية ٥٣، وقوله تعالى: ﴿وَقَالَ الَّذِينَ كَفَرُوا لَا تَأْتِينَا السَّاعَةُ قُلْ بَلَى وَرَبِّي لَتَأْتِيَنَّكُمْ﴾، سورة سبأ من الآية ٣، وقوله تعالى: ﴿رَعَمَ الَّذِينَ كَفَرُوا أَنْ لَنْ يُعْتُوا قُلْ بَلَى وَرَبِّي لَتُبْعَثُنَّ ثُمَّ لَتُنَبَّؤُنَّ بِمَا عَمِلْتُمْ وَذَلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرٌ﴾، سورة التغاين من الآية ٧، وذكر الإمام ابن القيم: أن النبي صلى الله عليه وسلم أقسم على ما أخبر به من الحق في أكثر من ثمانين موضعاً موجودة في الصحاح والمسانيد. أنظر: أعلام الموقعين (٤/١٢٦) / الفقه الإسلامي وأدلته (٨/٦٠٦٤).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب تفسير القرآن الكريم، باب ﴿إن الذين أشتروا بعهد الله وأيمانهم﴾ (٣٥/٦) رقم ٤٥٥٢ / ومسلم في صحيحه، كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه (٣/١٣٦) رقم ١٧١١.

وهو عليه غضبان"^(١).

فهذه الأحاديث النبوية الصحيحة أصل في جواز الحكم باليمين، وأنها وسيلة من وسائل إثبات الدعوى عند العجز عن الإثبات بالبينة.

المطلب الثاني أنواع اليمين

الأصل في اليمين أن توجه إلى المدعى عليه ابتداءً لقوة جانبه في مواجهة المدعي، ولأن الأصل في المدعي عليه فراغ ذمته وبرائها مما يدعيه عليه المدعي فكان الظاهر معه، ومن ثم اكتفي في حقه بالحجة الأضعف وهي اليمين، وجعلت البينة وعبء الإثبات على المدعي ابتداءً لضعف جانبه فاحتاج إلى الحجة القوية وهي البينة^(٢).

وقد توجه اليمين أحياناً إلى المدعي، لذا يقسم بعض العلماء اليمين في مجلس القضاء إلى ثلاثة أقسام:

- ١- يمين الشاهد: هي اليمين التي يحلفها الشاهد قبل أداء الشهادة للإطمئنان إلى صدقه^(٣).
- ٢- يمين المدعى عليه: هي التي يحلفها المدعى عليه بطلب المدعي، لتأكيد جوابه

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب تفسير القرآن الكريم، باب ﴿إن الذين أشتروا بعهد الله وأيمانهم﴾ (٣٥/٦) رقم ٤٥٥٢ / ومسلم في صحيحه، كتاب الأفضية، باب وعيد من اقتطع حق مسلم يمين فاجرة (١٢٢/١) رقم ١٣٨.

(٢) أدلة الإثبات، د. أحمد فراج حسين ص ٣٩٥.

(٣) الفقه الإسلامي وأدلته (٦٠٧٦/٨) / أدلة الإثبات، د. أحمد فراج حسين ص ٣٩٥.

عن الدعوى^(١)، وتسمى هذه اليمين باليمين الواقعة، واليمين الأصلية، واليمين الواجبة^(٢).

والأصل أن المدعي إذا عجز عن إقامة البينة أن له تحليف المدعى عليه على عدم صحة دعواه، وهذا اليمين حق للمدعي يتوقف على طلبه، ولا يجوز للقاضي أن يطلب من المدعى عليه اليمين إلا بعد طلب المدعي لأن التحليف حقه فلا يستوفى إلا بطلبه^(٣).

٣- يمين المدعي: هي التي يحلفها المدعي لدفع التهمة عنه، أو لإثبات حقه، أو لرد اليمين عليه^(٤).

ويمين المدعي ثلاثة أنواع:

النوع الأول: اليمين الجالبة: هي التي يحلف بها المدعي لإثبات حقه سواء مع شاهد واحد، وإما بسبب نكول المدعى عليه عن اليمين الأصلية، وردها القاضي

(١) موسوعة الفقه الإسلامي، محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، الناشر: بيت الأفكار الدولية، الطبعة الأولى ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ (٥/٢٥٣).

(٢) القوانين الفقهية ص ٢٠٢، وتسمى باليمين الدافعة، لأنها تدفع عن المدعى عليه إدعاء المدعي، وتسمى الأصلية، لأنها هي الأصل في اليمين أن توجه للمدعى عليه، وتسمى الواجبة، لأنها لا تجب على المدعى عليه إلا عند طلب المدعي.

(٣) حاشية الصاوي على الشرح الصغير (بلغت السالك لأقرب المسالك)، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، الشهير بالصاوي المالكي، دار المعارف، بدون طبعة وبدون تاريخ (٤/٣١٣)/ فتح القدير (١٦٨/٨)/ نهاية المطلب في دراية المذهب (١٨/٦٥٣)/ الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/٢٣٧).

(٤) حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٤/٣١٣)/ أدلة الإثبات د. أحمد فراج حسين ص ٣٩٦.

إلى المدعي ليحلف، وتسمى اليمين المردودة^(١)، وتسمى تلك اليمين بالجالبة، لأنها يثبت بها الحق عند الجمهور إذا وجد السبب المقتضي لها^(٢).

والسادة الحنفية: ينكرون هذه اليمين ولا يقضون بها، لأن اليمين على المدعي عليه ولا توجه للمدعي، ولا يجيزون القضاء بشاهد ويمين^(٣).

النوع الثاني: يمين التوثيق والاستظهار: هي التي يحلف بها المدعي بناء على طلب القاضي مع الأدلة لدفع التهمة عنه^(٤).

ويسمى فقهاء الحنفية والمالكية يمين القضاء، ويمين الإستبراء، وهذه اليمين لا تكون إلا في دعاوى محددة عند الفقهاء تختلف من مذهب لآخر^(٥).

النوع الثالث: يمين التهمة: هي اليمين التي توجه إلى المدعي بقصد رد دعوى

(١) القوانين الفقهية ص ٢٠٢ / موسوعة الفقه الإسلامي (٥/ ٢٥٣).

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته (٨/ ٦٠٧٧) / أدلة الإثبات، د. أحمد فراج حسين ص ٣٩٦.

(٣) بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٥) / الاختيار لتعليل المختار (٢/ ١١١).

(٤) موسوعة الفقه الإسلامي (٥/ ٢٥٤) / الفقه الإسلامي وأدلته (٨/ ٦٠٧٨).

(٥) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١١٨) / القوانين الفقهية ص ٢٠٢... ويمين التوثيق أو الإستظهار يوجهها

القاضي إلى المدعي بعد تقديم أدلته على دعواه في كل دعوى تستدعي منه الحيلة والحذر لها والاستيثاق

في صدقها، كما في الدعوى على الميت أو الغائب، وهذه الدعوى استثناء من الأصل وهو عدم اجتماع

البينة مع اليمين في جانب واحد الذي دل عليه حديث النبي صلى الله عليه وسلم: " شاهدك أو يمينه"،

ولم يجمع بينهما، وسبب هذا الاستشهاد هو زيادة التوثق لدى القاضي والإحتياط فيها، لأن البينة لا تفيد

إلا غلبة الظن، لذا تكون هذه اليمين في الأموال دون الأبدان والدماء، ولربما يجوز أنه أبرأه من الدين أو

دفعه له أو عارضه فيه. انظر: المبسوط للسرخسي (١٦/ ١١٨) / بداية المجتهد (٤/ ٢٥٢) / أدلة

الإثبات، د. أحمد فراج حسين ص ٣٩٧.

غير محققه على المدعى عليه، وياخذها فقهاء المالكية والزيدية^(١).

وإذا حلف المدعى عليه اليمين بعد توجيهها إليه من القاضي بناء على طلب من المدعى بعد عجزه عن إثبات دعواه، فإنه في هذه الحالة يترتب على ذلك، قطع الخصومة الحالة بين الطرفين، وسقوط الدعوى المتنازع عليها أمام القضاء، وسقوط الحق المدعى به، وبراءة ذمة المدعى عليه منه، لقوله صلى الله عليه وسلم: "ليس لك إلا ذلك"، وهذا باتفاق الفقهاء^(٢).

المطلب الثالث

شروط القضاء باليمين في الطلاق

الأصل أن البينة حجة المدعي، واليمين حجة المدعى عليه، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"^(٣)، وجعل اليمين حجة للمدعى عليه هو الأنسب، لأن المدعى عليه متمسك بالظاهر، وهو ظاهر اليد فكانت حاجته داعية إلى إستمرار حكم الظاهر، واليمين وإن كانت كلام الخصم فهي كافية للاستمرار، بخلاف المدعي فلا تصلح اليمين حجة له، لأنها وإن كانت اليمين مؤكدة بذكر اسم الله عز وجل لكنها كلام الخصم، فلا تصلح حجة مظهرة للحق، وتصلح حجة المدعى عليه^(٤).

(١) الفقه الإسلامي وأدلته (٦٠٧٧/٨) / موسوعة الفقه الإسلامي (٢٥٤/٥).

(٢) بدائع الصنائع (٢٦٥/٦) / المبسوط للسرخسي (١١٩/١٦) / بداية المجتهد (٢٤٩/٤) / نهاية المطلب

(٣) / المغني (٦٥٨/١٨) / الكافي في فقه الإمام أحمد (٢٣٩/٤).

(٤) سبق تخريجه.

(٤) بدائع الصنائع (٢٢٥/٦)

ويشترط لوجوب اليمين والحكم بمقتضاها:

الشرط الأول: الإنكار: لا يصار إلى اليمين إلا عند الإنكار من جانب المدعى عليه، لأنها وجبت للحاجة إلى دفع التهمة وهي الكذب، فإذا كان مقراً فلا حاجة إليها، لأن الإنسان لا يتهم في الإقرار على نفسه^(١).

ومن ثم لا يحلف الرجل أو المدعى عليه إلا إذا أنكر، فلو أقر بوقوع الطلاق فلا حاجة لتحليفه لأن الإقرار أقوى، ولا يتهم الإنسان في ما أقر به على نفسه.

الشرط الثاني: عجز المدعي عن البينة الحاضرة: إذا عجز المدعي عن إثبات حقه بالبينة جاز له أن يوجه اليمين إلى المدعى عليه، ولا يجوز له توجيه اليمين إلا إذا عجز عن البينة عند أبي حنيفة رحمه الله^(٢).

وعند أبي يوسف ومحمد رحمها الله تعالى، لا يشترط عجزه عن إثبات البينة، فلو كان له بينة وأراد توجيه اليمين إلى المدعى عليه جاز له ذلك، لأن اليمين حجة له أيضاً كالبينة، فجاز له استيفاء أيهما شاء على السواء^(٣).

وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، اليمين حجة عند عدم البينة فلا يصار إليها إلا عند العجز عن الأصل وهو البينة.

الشرط الثالث: ألا يكون المدعى به حقا خالصاً لله تعالى: لا يجوز استحلاف المدعى عليه في الحقوق الخالصة لله تعالى كالحدود، لأنه لا يقضى في مثل هذه الحدود بالنكول عن اليمين لأنه يورث شبهه والحدود تدرأ بالشبهات^(٤).

(١) بدائع الصنائع (٦/٢٢٥) / حاشية الصاوي (٤/٣١٣) / شرح النيل وشفاء العليل (١٣/١١٠).

(٢) المبسوط للسرخسي (١٦/١١٦) / العناية (٨/١٧٠).

(٣) المبسوط للسرخسي (١٦/١١٦) / بدائع الصنائع (٦/٢٢٦).

(٤) بدائع الصنائع (٦/٢٢٦).

الشرط الرابع: أن يكون المدعى به مما يحتمل البذل والإقرار: هذا الشرط يعني أن يكون الشئ المدعى به والذي يراد الحلف عليه مما يجوز بذله ومنحه لغيره، أو مما يجوز أن يقر به على نفسه، وعند أبي حنيفة يجب أن يكون المدعى به مما يحتمل البذل والإقرار معاً، وعند صاحبيه أبي يوسف ومحمد يجب أن يكون مما يحتمل الإقرار، سواء كان محتملاً للبذل أم لا^(١).

الشرط الخامس: أن يطلب المدعي يمين المدعى عليه: لا يوجه القاضي اليمين إلى المدعى عليه إلا إذا طلبها المدعي، لأن اليمين حقه فلا تستوفي إلا بطلبه، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم أضاف طلب اليمين إلى المدعي بقوله: "لك يمينه"، فجعل الشرع الحكيم اليمين حق له حق يتمكن من رد خصمه^(٢).

تلك هي شروط القضاء باليمين عند الفقهاء، فهل يجوز القضاء أو الحكم بالطلاق إذا نكل المدعى عليه (الزوج) عن اليمين بعد استحلافه؟

للإجابة على هذا التساؤل يمكن القول: اختلف الفقهاء في مدى جواز استحلاف الزوج في دعوى الطلاق والقضاء عليه إذا نكل عن الحلف إلى قولين:

القول الأول: ذهب الشافعية^(٣)، والحنابلة في رواية^(٤)، والإباضية^(٥)، وأبو يوسف

(١) بدائع الصنائع (٦/٢٢٥) / البحر الرائق (٧/٢٠٨).

(٢) المبسوط للسرخسي (١٦/١١٦) / حاشية الصاوي (٤/٣١٣) / نهاية المطلب في دراية المذهب

(٨/٦٥٣) / الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/٢٣٧).

(٣) الأم (٧/١٠١) / نهاية المطلب (٨/٦٦٦).

(٤) المغني (١٠/٢١٣).

(٥) شرح النيل وشفاء العليل (١٣/١١٠).

ومحمد من الحنفية^(١)، إلى جواز استحلاف المدعى عليه في دعوى الطلاق كما يستحلف في سائر حقوق العباد، فإن حلف وإلا قضى عليه.

وعند الإمام الشافعي لا يقضى عليه بمجرد النكول عن اليمين بل لا بد من توجيه اليمين إلى المدعي فإن حلف قضى له، وإن نكل عن اليمين انقطعت المنازعة، لأن نكول المدعى عليه يحتمل لأنه تورع عن اليمين الكاذبة وترفع عن اليمين الصادقة، كما يحتمل أيضاً اشتباه الحال، وإذا كان هذا شأن النكول فإنه لا يصل إلى درجة الحجة التي يقضى بها^(٢).

وعند الصاحبين من الحنفية يقضى عليه بمجرد النكول، لأن النكول عن اليمين عندهما قائم مقام الإقرار^(٣)، والفتوى في المذهب الحنفي على قولهما^(٤)، واستدلوا على مذهبهم بأدلة، منها:

١ - قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾، مع قوله تعالى: " وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴾^(٥).

(١) بدائع الصنائع (٦/٢٢٨) / العناية (٨/١٨١) .

(٢) الأم (٧/١٠١) .

(٣) المبسوط للسرخسي (١٦/١١٧) / العناية (٨/١٨١) .

(٤) "اختار الإمام فخر الإسلام علي البزدوي قول الصاحبين للفتوى على ما ذكر ذلك في المختصر، واختار المتأخرون من مشايخ الحنفية أن القاضي ينظر في حال المدعى عليه، فإن رآه متعنتاً يحلفه أخذاً بقولهما، وإن رآه مظلوماً لا يحلفه أخذاً بقول أبي حنيفة، وفي الولوالجية الفتوى على قولهما، وهو اختيار الفقيه أبي الليث وصورة الاستحلاف على قولهما ما هي بزوجة لي، وإن كانت زوجة لي فهي طالق بائن".

انظر: البحر الرائق (٧/٢٠٨) .

(٥) سورة النور الآيتان من ٤-٩ .

حيث جعل الله عز وجل حد القذف ثمانين جلدة على القاذف أيًا كان، وجعل للزوج إذا قذف زوجته مخرجًا بأن يحلف أو يشهد أربع شهادات أنه من الصادقين، فإذا حلف لم يقام عليه الحد، وثبت اللعان، ونفي الولد، ووجبت الفرقة بينهما، وفي هذا خالفت أحكام الزوجين في القذف أحكام غيرهما من الأجنيبين، وهي إن خالفته في شيء فهي مجامعة له في غيره، فالأيمان هنا جمعت درءاً للحد عن الرجل والمرأة، ووجوب الفرقة، ونفي الولد، فكان الحد والنفي والطلاق داخلًا فيها، ولا يجب عليها الحد إلا بيمين الرجل ثم تنكل هي عن اليمين^(١).

٢- ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للأنصار: "تحلفون وتستحقون دم صاحبكم؟"، فلما لم يحلفوا رد الأيمان على يهود ليبرؤا بها، فلما لم يقبلها الأنصار تركوا حقهم من يهود"^(٢).

٣- عموم الأدلة والأحاديث التي تنص على أن اليمين على المدعى عليه، فهي عامة في كل مدعًا عليه، سواء كان مالاً أو غير مال، فجاز تحليف المدعى عليه في دعوى الطلاق والقضاء عليه إذا نكل عن اليمين^(٣).

٤- ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم: "أنه حلف ركانة في طلاقه لزوجته على أنه ما أراد من طلاقها إلا واحدة؟"، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "والله ما

(١) الأم (٧/١٠١).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الجزية، باب الموادة والمصالحة مع المشركين (٤/١٠١) رقم ٣١٧٣.

(٣) أسنى المطالب (٤/٣٩٩) / المغني (١٠/٢١٣).

أردت إلا واحدة؟" فقال ركانة: "والله ما أردت إلا واحدة، فردها إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم"^(١)، فدل ذلك على جواز الاستحلاف في الطلاق كما في سائر الأمور.

القول الثاني: ذهب الإمام أبو حنيفة^(٢)، والمالكية^(٣)، والحنابلة في الصحيح^(٤)، إلى عدم جواز استحلاف المدعى عليه (الزوج) في دعوى الطلاق، إلا إذا كان المقصود من الدعوى المال، فيستحلف لإثبات المال دون إثبات الطلاق.

وعند الإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن النكول عن اليمين بدل عن الإقرار، ولا يقضى في الطلاق بالبدل لأنه حق لله تعالى^(٥).

وعند المالكية والحنابلة أن الدعوى التي تثبت بشاهد وامرأتين أو أحدهما ويمين تتوجه اليمين إلى المدعى عليه، بمجرد الدعوى وترد على المدعي إن أراد المدعى عليه ردها، والطلاق عندهم لا يثبت إلا بشهادة رجلين^(٦). وفي رواية عند المالكية في المدونة: "إن أقامت امرأة بطلاقها شاهداً واحداً،

(١) أخرجه أبو داود في سننه، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي السجستاني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - محمّد كامل قره بللي، (٣/٥٣٠) / وسعيد بن منصور في سننه، (١/٤٣١) / وأحمد في مسنده (٤/٢١٥)، وقال شعيب الأرنؤوط في تحقيقه لسنن أبي داود: إسناده حسن.

(٢) العناية (٨/١٨٤) / بدائع الصنائع (٦/٢٢٩).

(٣) بداية المجتهد (٤/٢٥٢) / حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/١٥١).

(٤) المغني (١٠/٢١٣) / الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/٢٠٤).

(٥) المبسوط للسرخسي (١٦/١١٧) / الاختيار (٢/١١٢).

(٦) حاشية الصاوي (٤/٢١٩) / المغني (١٠/٢١٣).

أو امرأتين ممن تجوز شهادتهما في الحقوق، منع الزوج منها حتى يحلف، قال مالك: فإن نكل طلقت عليه مكانها، وعدتها من يوم الحكم، وروي عنه: أنه يحبس سنة، فإن حلف، وإلا دين وخُلي مع زوجته، وبهذا أخذ بن القاسم^(١)، وقد استدلوا على مذهبهم بأدلة منها:

- ١- لا يثبت الطلاق باستحلاف المدعى عليه لأن الطلاق لا يدخله البدل، واليمين إنما تجوز فيما يدخله البدل، والمدعى عليه مخير بين أن يحلف أو يسلم^(٢).
- ٢- أن المقصود من الاستحلاف القضاء بالنكول، والنكول بذل وإباحة وترك للمنازعة، والبذل والإباحة لا تجرى في الطلاق^(٣).

ولعل الراجح - والله أعلم - ما ذهب إليه الشافعية والصاحبان من الحنفية من جواز استحلاف المدعى عليه في دعوى الطلاق إذا عجز المدعي عن إثبات الطلاق، مع الأخذ برأي الشافعية بأنه لا يقضى عليه بمجرد النكول عن اليمين حتى يرد اليمين على المدعي، فإن حلف قضي له بالطلاق، وإن نكل المدعي انقطعت المنازعة، وذلك لما يلي:

- ١- عموم الأحاديث التي جعلت اليمين على المدعى عليه من غير فرق بين دعوى الطلاق أو غيرها، وأيضاً في الحديث السابق الذي استدل به الشافعية ومن معهم أن النبي صلى الله عليه وسلم لما لم يحلف الأنصار رد اليمين على اليهود.

(١) التاج والإكليل (٨/٢٣٤) / الجامع لمسائل المدونة (١٧/٤٨٤).

(٢) المبسوط للسرخسي (١١٧/١٦) / حاشية الصاوي (٤/٢١٩) / الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/٢٠٤).

(٣) الاختيار (٢/١١٢) / حاشية الصاوي (٤/٢١٩) / الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/٢٠٤).

٢- وأيضاً ورد عن عمر رضي الله عنه أنه جعل اليمين على المدعى عليهم فلما لم يحلفوا ردها على المدعين، وفي هذا تحويل لليمين عن الموضوع الذي نذبت فيه إلى الموضوع الذي يخالفه.

٣- أن عدم ثبوت اليمين في الحدود فلأنها حقاً خالصاً لله تعالى تدرأ بالشبهات، أما الطلاق فهو وإن كان فيه حقاً لله تعالى، إلا أنه لا يدرأ بالشبهات فلا تؤثر فيه الشبهة.

٤- القول بأن الاستحلاف والنكول عن اليمين بذل وإباحة فهو غير صحيح، بل النكول عن اليمين نوع من الإقرار وإن كان فيه شبهة لذا فإنه يقضى به في الطلاق.

المبحث الثاني

حكم إثبات الطلاق بشاهد واحد ويمين

يقصد بالحكم بناء على شاهد ويمين: أن يحضر المدعي شاهداً واحداً ويعجز عن احضار تمة البينة فيضم إليها يمين المدعي "صاحب الحق" فيحكم القاضي بشاهد واحد مع يمين المدعي^(١).

وقد اختلف الفقهاء من حيث الأصل هل يجوز الحكم بشاهد واحد ويمين؟ أم لا يجوز؟ على قولين؟

القول الأول: ذهب جمهور العلماء منهم: المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)،

(١) الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ص ٤٤٤.

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/١٨٦) / شرح مختصر خليل للخرشي (٧/٢٠١).

(٣) روضة الطالبين (١١/٢٥٣) / أسنى المطالب (٤/٣٧٣).

(٤) المغني (١٠/١٣١) / العدة في شرح العمدة ص ٦٩٧.

والزيدية وجمهور المحدثين^(١)، إلى مشروعية الحكم بشاهد واحد مع يمين المدعي في الأموال دون الأبدان، وقد استدلووا على مذهبهم بأدلة منها:
 ١- ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قضى بشاهد ويمين المدعي، فعن ابن عباس رضي الله عنهما، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم "قضى بشاهد ويمين"^(٢)، وعن علي رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم: "قضى بشهادة شاهد واحد ويمين صاحب الحق"، "وقضى به علي رضي الله عنه بالعراق"، وأخرج مثله أيضاً الإمام ابن ماجة عن رجل من أهل مصر عن سرق^(٣).

٢- وكل واقعة يقضى فيها برجل وامرأتين يقضى فيها بشاهد ويمين، وقد صح ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم وقال عمرو بن دينار راوى الحديث عن ابن عباس رضي الله عنهما: وذلك في الأموال، وتفسير الراوى أولى من تفسير غيره^(٤). أن القضاء بشاهد ويمين عمل به الصحابة والتابعين رضي الله عنهم، فقد قال به كثير من الصحابة منهم: الخلفاء الأربعة، وأبي بن كعب، وجابر بن عبد الله، وزيد ابن ثابت، وأبو هريرة، وابن عباس، وعبد الله بن عمرو بن العاص، وسعد ابن

(١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، بدون تاريخ نشر، ص ٧٥٨.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه كتاب الأفضية (٣/١٣٣٧) رقم ١٧١٢ / وأحمد في مسنده (٤/٩٨) رقم ٢٢٢٤.

(٣) أخرجه الدار قطني في سننه (٥/٣٨٠) رقم ٤٤٨٧ / وابن ماجة في سننه (٢/٧٩٣).

(٤) حاشية الدسوقي (٤/١٥١) / روضة الطالبين (١١/٢٥٣) / المغني (١٠/١٣٢).

عبادة رضي الله عنهم أجمعين، وعمل به كثير من التابعين منهم عمر ابن عبد العزيز، والحسن البصري، وابن سيرين، وشريح رحمهم الله أجمعين، وقد أثبتته الإمام مالك، والإمام الشافعي، وقالوا به رحمهما الله تعالى، وقد أثبتته الإمام مسلم في الصحيح^(١)، وذكر الإمام الشوكاني رحمه الله تعالى: أن الأحاديث الواردة في القضاء بالشاهد واليمين جاوزت عشرين حديثاً، منها الصحيح، ومنها الحسن، ومنها ما هو دون ذلك، وهذا العدد صار المروى عن مثله معدوداً في الأحاديث المتواترة والحجة الشرعية تقوم بما هو دون ذلك فكيف بمثله؟! فتقرر به أن الشاهد الواحد مع اليمين سبب شرعي للحكم^(٢).

٣- قال الإمام الشافعي رحمه الله تعالى: "البينة في دلالة سنة النبي صلى الله عليه وسلم بيتان: بينة كاملة هي بعدد شهود لا يحلف مقيمها معها، وبينة ناقصة العدد في المال يخلف مقيمها معها"^(٣).

والقضاء بشاهد ويمين ينبغي أن تتقدم شهادة الشاهد وتعديله على اليمين، ويجب على الحالف أن يصدق الشاهد في يمينه، ولا يجوز الحلف مع امرأتين^(٤). ولا يجوز عندهم القضاء بشاهد ويمين في الطلاق، لأن الطلاق ليس بمال ولا ملحق بالمال فلا يقضى فيه بشاهد ويمين ولا بد فيه من شهادة رجلين، ولأنه عندهم لا يثبت بشهادة النساء وشرط القضاء بشاهد ويمين أن يكون فيها تجوز فيه شهادة النساء^(٥).

(١) مواهب الجليل (٦/١٨٠) / الحاوي الكبير (١٧/٧٠-٧٢).

(٢) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار ص ٧٥٨.

(٣) الحاوي الكبير (١٧/٧٣).

(٤) أسنى المطالب (٤/٣٧٣) / روضة الطالبين (١١/٢٥٣).

(٥) التوضيح في شرح مختصر بن الحاجب (٧/٥٢١) / مواهب الخليل (٦/١٨٠) / أسنى المطالب (٤/٣٧٣) / الحاوي الكبير (١٧/٧٣) / المغني (١٠/١٣٢) / الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/٢٤٠).

كما أن القضاء بشاهد ويمين ورد في الأموال فقط فدل ذلك على أنه لا يقضى بها في غير ما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم^(١).
 القول الثاني: ذهب الحنفية^(٢)، والأئمة منهم البخاري، والزهري، والنخعي، والشعبي، والليث بن سعد، والأوزاعي، وسفيان الثوري، وابن شبرمة - رحمهم الله تعالى - إلى عدم جواز القضاء والحكم بشاهد ويمين أصلاً^(٣)، واستدلوا على مذهبهم بأدلة منها:

١ - قوله تعالى: ﴿وَأَشْتَشْهَدُوا شَهِدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾^(٤)، وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾^(٥)، فالمولى عز وجل أوجب الحق للمدعي بشهادة رجلين ونقله عند عدمها إلى شهادة رجل وامرأتين، فلا يجوز نقل إثبات الحق إلى غير ذلك لأنه خلاف الكتاب، وأيضاً القضاء بشاهد ويمين زيادة على خلاف القرآن الكريم فتكون نسخاً^(٦).

٢ - كما أن القضاء بشاهد ويمين مخالفاً لسنة النبي صلى الله عليه وسلم، لأنه أوجب اليمين على المدعى عليه بقوله: "اليمين على من أنكر"، فالشاهد واليمين ليست

(١) الحاوي الكبير (١٧/٧٣) / المغني (١٠/١٣٢).

(٢) بدائع الصنائع (٦/٢٢٥) / الاختيار (٢/١١١).

(٣) المختصر الفقهي (٩/٣٨٣) / الحاوي الكبير (١٧/٦٨).

(٤) سورة البقرة من الآية ٢٨٢.

(٥) سورة الطلاق من الآية ٢.

(٦) تبين الحقائق (٤/١٨٩).

بينة وليست أيضاً يميناً للمدعى عليه فيكون إثبات طريق ثالث وهو مخالف للحديث، فكل جنس اليمين تكون في جانب المدعى عليه لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "اليمين على من أنكر"، والألف واللام للتعريف فيقتضي استغراق الجنس كله^(١).

٣- أنه لو قامت يمين المدعى مقام الشاهد الثاني لما ترتب وجوب كونها بعد شهادة الشاهد لأن الشاهدين لا يترتبان، ويجوز تقديم كل واحد منهما على صاحبه، وفي قول الآخرين من العلماء أن يمين المدعى لا تقبل إلا بعد الشاهد دليل على أنها لا تقوم مقام شاهد^(٢).

٤- أن القضاء بشاهد ويمين مخالف للإجماع لأنه لم يقض على أحد من الصحابة والتابعين بشاهد ويمين، وأول من فعله مروان بن الحكم، وقيل معاوية بن أبي سفيان رضي الله عنه وفعله لا يؤخذ به في مقابلة الإجماع^(٣).
وقد رد الحنفية ومن معهم على أدلة الجمهور بما يلي:-

أن الحديث الذي استدل به الجمهور بأن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بشاهد ويمين طعن فيه يحيى بن معين وقال: لم يصح عن النبي صلى الله عليه وسلم، وقال الإمام الزهري عن القضاء بيمين وشاهد: "بدعة وأول من قضى به معاوية بن أبي سفيان رضي الله عنه"^(٤).

(١) المبسوط للسرخسي (١٧/٣٠) / الاختيار لتعليل المختار (١١١/٢).

(٢) بدائع الصنائع (٦/٢٥٥) / الحاوي الكبير (١٧/٦٩).

(٣) تبيين الحقائق (٤/١٨٩).

(٤) البناية (٩/٣٢٠) / الاختيار (١١١/٢).

كما أن الحديث ورد مورد الأحاد ومخالف للمشهود فلا يقبل، وإن ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم فقد روي عن بعض الصحابة أنه قضى به في الأمان، وعندنا يجوز القضاء بشاهد ويمين في بعض أحكام الأمان إذا كان الشاهد عدلاً^(١).

أما الجمهور فقد ردوا على الحنفية ومن معهم بما يلي:

١- أن الحديث صحيح، وما قاله يحيى بن معين فقد رواه الإمام مالك والشافعي وهم أعلم بالحديث من يحيى بن معين وأقرب إلى زمن النبي صلى الله عليه وسلم، وكذلك أثبتته مسلم في صحيحه^(٢).

٢- أن الإجماع على عدم القضاء بشاهد ويمين غير صحيح فقد ورد الإجماع عن الصحابة بالعمل بحديث القضاء بشاهد ويمين، وروى هذا الحديث ثمانية من الصحابة الكرام رضوان الله عليهم أجمعين وهو من أشهر الأحاديث وأثبتها^(٣).

٣- أما القول بأن القضاء بشاهد ويمين مخالف للقرآن الكريم والسنة النبوية فيكون نسخاً فهو غير صحيح، لأن القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة لم يبينا كل طرق الإثبات، بل نصا على المشهور منها، ويجوز الزيادة عليها بسنة النبي صلى الله عليه وسلم، وإلا لما جاز القضاء بشهادة النساء فقط في بعض المسائل، ولما جاز أيضاً رد شهادة النساء وعدم قبولها في باب الحدود والقصاص فكل ذلك زيادة على النص، وقد انعقد الإجماع على ثبوته بسنة النبي صلى الله عليه وسلم وكذلك القضاء بشاهد ويمين^(٤).

(١) تبين الحقائق (٤/١٨٩) / بدائع الصنائع (٦/٢٢٥).

(٢) الحاوي الكبير (١٧/٧٠-٧٢).

(٣) الحاوي الكبير (١٧/٧٠-٧٢).

(٤) الحاوي الكبير (١٧/٧٠-٧٢) / المغني (١٠/١٣٢) / السيل الجرار ص ٧٥٨.

ولعل الصحيح - والله أعلم - هو ما ذهب إليه جمهور العلماء منهم المالكية والشافعية والحنابلة ومن معهم من جواز القضاء بشاهد ويمين في الأموال وما هو ملحق بها فقط، ولا يجوز القضاء به في الطلاق لأن الطلاق ليس بمال ولا هو ملحق بالمال، وذلك لقوة أدلتهم، وثبوت الحديث الذي استدلوا به عن النبي صلى الله عليه وسلم، وكذلك قضاء الصحابة رضوان الله عليهم به والعمل بمقتضاه، ولا يجوز لأحد أن يعارض النص الثابت، أما ما استدل به الحنفية فقد تم الرد عليه.

وعليه فإنه باتفاق الفقهاء لا يجوز إثبات الطلاق بشاهد واحد ويمين المدعي، ولا بد فيه من تمام البينة إذا أرادت المرأة إثبات الطلاق على زوجها.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه إذا كان الغاية من الطلاق ثبوت المال فإنه يجوز إثباته بشاهد ويمين كما إذا ادعت المرأة ثبوت الطلاق الرجعي بعد موت الزوج بهدف الحصول على الميراث، وادعى الورثة البينونة فإن الغاية من الطلاق هنا هي المال، والمال يثبت بشاهد واحد ويمين على رأي جمهور الفقهاء ... والله أعلى وأعلم.

الفصل الثالث

إثبات الطلاق عند الإنكار في قوانين الأحوال الشخصية المصرية

إثبات الطلاق عند الإنكار في قوانين الأحوال الشخصية في مصر يختلف بحسب الحال، هل هذا الإثبات يتم في حياة الزوجين؟ أم بعد وفاة أحدهما؟ والسبب هو أن دعوى الطلاق في حياة الزوجين هدفها إثبات الطلاق وما يترتب على ذلك من آثار، أما بعد وفاة أحدهما فإن هدفها في الغالب هو المال أو ما في معناه من ميراث أو غيره.

وقد أُلزم القانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ الخاص ببعض مسائل الأحوال الشخصية في مصر المطلق أن يقوم بتوثيق إشهاد الطلاق لدى الموثق المختص، في مدة ثلاثين يوماً من ايقاع الطلاق^(١). والتوثيق إجراء وجوبياً على المطلق، لا يمنع من وقوع الطلاق شرعاً وقانوناً، لكن قد يكون سبباً في قطع المنازعة والاختلاف عند إنكار الطلاق.

وفي القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ المعدل بالقانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠ الخاص بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية نص في

(١) نص المادة (٥) مكرر من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥: "على المطلق أن يوثق إشهاد طلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثين يوماً من ايقاع الطلاق، وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه، فإن لم تحضره كان على الموثق إعلان الطلاق لشخصها على يد محضر، وعلى الموثق تسليم نسخة إشهاد الطلاق للمطلقة أو من ينوب عنها وفق الإجراءات التي يصدر بها قرار وزير العدل، وتترتب آثار الطلاق من تاريخ ايقاعه إلا إذا أخفاه الزوج عن الزوجة، فلا تترتب آثاره من حيث الميراث والحقوق المالية الأخرى إلا من تاريخ علمها به".

المادة ٢١ منه: "أنه لا يعتد في إثبات الطلاق عند الإنكار إلا بالإشهاد والتوثيق"^(١). وبناء على هذا النص فإن إثبات الطلاق عند الإنكار في ظل القانون الأخير أصبح عبئاً ثقيلاً على عاتق الزوجة (المطلقة) تعجز عنه في الغالب. وسوف نتناول في هذا الفصل مسألة إثبات الطلاق عند الإنكار من خلال المباحث الآتية:

المبحث الأول: المقصود من توثيق إشهاد الطلاق في قوانين الأحوال الشخصية المصرية.

المبحث الثاني: كيفية إثبات الطلاق في قوانين الأحوال الشخصية المصرية.

المبحث الأول المقصود من توثيق إشهاد الطلاق في قوانين الأحوال الشخصية المصرية المطلب الأول تعريف التوثيق في اللغة والاصطلاح

التوثيق في اللغة:

التوثيق له معان، منها: التقوية، والثبوت، والإحكام، وثق الشئ، يوثق وثاقه، أي: قوى وثبت، وصار محكماً، ووثقه توثيقاً أي أحكمه، والوثاق ما يشد به كالحبل وغيره، ومنه قوله تعالى: ﴿فشدوا الوثاق﴾^(٢)، والميثاق والموثق، بمعنى العهد، قال تعالى: ﴿وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ﴾، أي أخذ عليهم العهد بأن يؤمنوا بمحمد صلى

(١) نص المادة ٢١ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ المعدل بالقانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠.

(٢) القاموس المحيط، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، إشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الثامنة، ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م ص ٩٢٧ / لسان العرب (١٠ / ٣٧١).

الله عليه وسلم، وأخذ العهد بمعنى الاستحلاف^(١).

والموثق هو: "من يوثق العقود ونحوها بالطريق الرسمي"، ويقال: وثق العقد ونحوه، أي سجله بالطريق الرسمي فكان موضع ثقة، والوثيقة هي: "الصك بالدين أو البراءة منه، والمستند وما جرى هذا المجرى، والجمع وثائق"^(٢).
ولا شك أن التوثيق يهدف إلى كل المعاني السابقة من التقوية، والتثبيت، والاحكام، والتحالف، والحصول على مستند يتقوى به صاحب الحق في مواجهة خصمه.

التوثيق في الإصطلاح:

التوثيق بالمعنى الذي أراده القانون عند اشتراطه توثيق إسهاد الطلاق لم يكن موجوداً عند الفقهاء المتقدمين، لذا لم أجد له تعريفاً عندهم.
والتوثيق هو: "علم يبحث فيه عن كيفية إثبات العقود والتصرفات وغيرها، على وجه يصح الاحتجاج به والتمسك به".
والوثيقة هي: "الورقة التي يدون فيها ما يصدر عن شخص أو أكثر من العقود، أو التصرفات، أو الالتزامات، أو الإسقاطات"^(٣).
والتوثيق بهذا المعنى يعني الوسائل التي يمكن بها إثبات العقود والتصرفات بصورة صحيحة يمكن الاحتجاج بها أمام القضاء عند الاختلاف والتنازع، سواء تم

(١) الدر المنثور في التفسير بالمأثور، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، (٢/٢٥٣).

(٢) المعجم الوسيط (٢/١٠١١-١٠١٢).

(٣) وسائل الإثبات، د/ محمد الزحيلي ص ٢٧.

هذا التوثيق بالكتابة الرسمية أو العرفية أو بالإشهاد أو بغيرها من الوسائل الأخرى^(١).

والتوثيق بهذا المعنى ليس هو ما عناه القانون عند اشتراطه توثيق إسهادات الطلاق.

المطلب الثاني

المقصود من التوثيق في قوانين الأحوال الشخصية المصرية

لم يرد في قوانين الأحوال الشخصية تعريفاً للتوثيق، لكن القانون نص على اختصاصات الموثق، وبناء عليها يمكن تعريف التوثيق بأنه: "مجموعة القواعد الموضوعية والإجرائية، المتعلقة بتسجيل عقود الزواج، وإسهادات الطلاق والرجعة، يقوم بها موظف رسمي في الدولة، ويتحقق من ثبوتها وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، والقوانين المنظمة لمسائل الأحوال الشخصية، وقيد ذلك في الدفاتر والسجلات والجداول الرسمية، بعد التثبت من صحتها، وتوقيع أطرافها أمامه، بإمضاءاتهم أو بصماتهم أو أختامهم".

وعملية توثيق إسهادات الطلاق للمسلمين في مصر يقوم بها موظف رسمي تابع لوزارة العدل المصرية يسمى (المأذون الشرعي)^(٢)، وهو مختص بذلك دون غيره

(١) الموسوعة الكويتية (١٤ / ١٣٤).

(٢) نظمت لائحة المأذونين الشرعيين الصادر بقرار وزير العدل رقم ٢ لسنة ١٩٥٥ وما ورد عليها من تعديلات، طريقة تعيين المأذون الشرعي وتأديبه وعزله، والإجراءات الواجب عليه إتباعها عند توثيق عقود الزواج أو إسهادات الطلاق والرجعة أو التصديق عليها، وأنواع الدفاتر والسجلات والجداول التي يدون فيها ما يتم أمامه من إجراءات ووقائع زواج أو طلاق أو رجعة أو التصديق عليها.

طبقاً لنص المادة ١٨ من لائحة المأذونين الشرعيين^(١).

والمأذون الشرعي عندما يقوم بتوثيق إشارات الطلاق فهو يتحقق من شخصية المطلق والمطلقة ويدعوهما إلى اختيار حكماً من أهله وحكما من أهلها من أجل التوفيق بينهما، فإن أصرا على إيقاع الطلاق، أو أنه وقع بالفعل وجب عليه توثيق الطلاق^(٢).

ويجب توثيق الطلاق خلال ثلاثين يوماً من إيقاعه لدى المأذون الشرعي، وعليه إثبات ما تم أمامه من إجراءات في تاريخ وقوعها على النموذج المعد لذلك^(٣)، وعلى

أما توثيق عقود الزواج والطلاق لغير المسلمين، فيقوم بها موظف آخر تابع أيضاً لوزارة العدل يسمى (الموثق المنتدب)، طبقاً لقرار وزير العدل رقم ٣ لسنة ١٩٥٥ الخاص بلائحة الموثقين المنتدبين، والمنشور بالوقائع المصرية بالعدد ٣ رقم ١٠١ بتاريخ ٢٩/١٢/١٩٥٥ وما ورد عليه من تعديلات لاحقة.

(١) تنص المادة ١٨ من لائحة المأذونين الصادرة بقرار وزير العدل رقم ٢ لسنة ١٩٥٥ والمنشورة بالوقائع المصرية بالعدد ٢ ملحق بتاريخ ١٠/١/١٩٥٥ وما تلتها من تعديلات عليها على: "يختص المأذون دون غيره بتوثيق عقود الزواج وإشارات الطلاق والرجعة والتصديق على ذلك بالنسبة للمسلمين من المصريين، ومع ذلك فللعلماء المقيدة أسماءهم في أحد المعاهد الدينية توثيق العقد بعد تحصيل رسمه، وعلى المأذون في هذه الحالة أن ينبه من يلقن صيغة العقد إلى ما قد يوجد من الموانع، فإن لم يقبل امتنع المأذون عن توثيق العقد وأخطر المحكمة فوراً بذلك.

(٢) نص المادة ٢١ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم بعض إجراءات وأوضاع التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية .

(٣) تنص المادة ٥ مكرر من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٥ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥: "على المطلق أن يوثق إقراره بطلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثين يوماً من إيقاع الطلاق، وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه، فإذا لم تحضره كان على الموثق إعلان الطلاق لشخصها على يد

المأذون قبل توثيق الطلاق أن يتحقق من شخصية طالب الطلاق، والاطلاع على وثيقة الزواج، أو الحكم النهائي الذي يتضمن الزواج أو محضر التصديق على الزوجية، ويذكر في إسهاد الطلاق تاريخ عقد الزواج، ورقمه، والجهة التي صدر منها، وغيرها من البيانات الأخرى^(١).

ثم جاء قرار وزير العدل رقم ٣٢٦٩ لسنة ١٩٨٥ بشأن أوضاع واجراءات إعلان وتسليم إسهاد الطلاق إلى المطلقة وإخطار الزوجة بالزواج الجديد تنفيذًا للمرسوم بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية، وبين الإجراءات الواجب إتباعها لإعلان وتسليم إسهادات الطلاق إلى المطلق أو المطلقة، وكيفية إعلانها بوقوع الطلاق وتوثيقه، وذلك في المواد من مادة (١) إلى المادة (٧)^(٢).

محضر، وعلى الموثق تسليم نسخة إسهاد الطلاق للمطلقة أو من ينوب عنها، وفق الإجراءات التي يصدر بها قرار من وزير العدل، وترتب آثار الطلاق من تاريخ إيقاعه، إلا إذا أخفاه الزوج عن الزوجة، فلا ترتب آثاره من حيث الميراث والحقوق المالية الأخرى إلا من تاريخ علمها به"
(١) نصوص المواد ٤٠، ٤١، ٤٢ من لائحة المأذونين الشرعيين .

(٢) وقد نصت مواد القرار الوزاري المذكور على ما يلي: مادة ١: على الموثق المختص بتوثيق إسهاد الطلاق أن يثبت فيه بيانا واضحا عن محل إقامة المطلقة، ويكون إثبات هذا البيان بإرشادها في حالة حضورها توثيق الإسهاد، وإرشاد المطلق في حالة عدم حضورها، ويجب على الموثق المختص في جميع الأحوال إثبات محل إقامة المطلق في إسهاد الطلاق مادة ٢: يجب على الموثق خلال سبعة أيام من تاريخ توثيق إسهاد الطلاق إعلان المطلقة لشخصها على يد محضر بوقوع اطلاق، وذلك في حالة عدم حضورها توثيق إسهاده.

هل يلزم توثيق الطلاق الذي يوقعه القاضي؟

مادة ٣: يجب أن يتضمن الإعلان المشار إليه في المادة السابقة البيانات الآتية:

- ١- تاريخ وقوع الطلاق
 - ٢- اسم الموثق الذي وثق اشهاد الطلاق ومقر عمله .
 - ٣- رقم اشهاد الطلاق.
 - ٤- بيان الطلاق الذي تضمنه الإشهاد.
 - ٥- اخطار المطلقة باستلام نسخة اشهاد الطلاق الخاصة بها من الموثق المختص خلال خمسة عشرة يوماً من تاريخ الاعلان.
- مادة ٤: فيما عدا ما تقدم تطبق القواعد والاجراءات المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية على الإعلان بوقوع الطلاق.
- مادة ٥: علي الموثق تسليم المطلقة أو من تنبيه عنها نسخة اشهاد الطلاق الخاصة بها بعد اخذ ايصال بذلك يرفق بأصل الإشهاد ، فاذا لم تحضر المطلقة أو نائبها لدى الموثق لاستلام نسخة الإشهاد الخاصة بها يجب على الموثق تسليم هذه النسخة إلى المحكمة التابع لها بعد انقضاء ثلاثين يوماً من تاريخ التوثيق بمقتضى ايصال يفيد ذلك، وعلى المحكمة في هذه الحالة ارسالها إلى المطلقة بكتاب مسجل بعلم الوصول، إن كانت تقيم في مصر، أو بواسطة وزارة الخارجية إن كانت تقيم في الخارج.
- مادة ٦: علي الموظف المختص بالمحكمة قيد نسخة اشهادات الطلاق التي تسلم إليه فور استلامها في سجل خاص يبين فيه رقم الإشهاد، وتاريخ واسم الموثق، واسم المطلقة، ومحل اقامة كل منهما، وبيان الطلاق الوارد بالإشهاد، وتاريخ استلامه نسخة الإشهاد الخاصة بالمطلقة، وعلية ارسالها في اليوم التالي لاستلامها إلى المطلقة وفقاً لأحكام المادة السابقة، مع اثبات تاريخ ورقم الارسال في السجل المشار إليه ، والتأشير فيه بعد ذلك بما تم بشأن تسليم النسخة الي المطلقة.
- مادة ٧: اذا أعيدت نسخة الإشهاد الخاصة بالمطلقة إلى المحكمة بعد ارسالها إليها لتعذر تسليمها ، فعلي الموظف المختص بالمحكمة حفظها في ملف خاص، والتأشير بذلك في السجل المشار إليه في المادة السابقة.

بالرجوع إلى نص المادة (٥) مكرر من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، نجد أنها تحدثت عن ضرورة توثيق الطلاق الواقع من الزوج خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إيقاعه، ولم تتحدث عن ضرورة توثيق الطلاق الصادر بحكم القاضي، وكذلك الزوجة أيضاً غير ملتزمة بالتوثيق لدى الموظف المختص (المأذون) في حال حصولها على حكم بالتطليق من المحكمة، ولأن حكم القاضي بالتطليق يعد ورقة رسمية ثابتة تقوم مقام وثيقة إسهاد الطلاق.

المبحث الثاني

كيفية إثبات الطلاق في قوانين الأحوال الشخصية المصرية

إثبات الطلاق قد يختلف بحسب ما إذا كان الإثبات في حياة الزوجين، وبين إثباته بعد وفاة أحد الزوجين، وفي هذه الحالة يكون الهدف منه المال غالباً "الميراث"، كما اختلفت قواعد وشروط إثبات الطلاق عند الإنكار في ظل قوانين الأحوال الشخصية المتعاقبة في مصر والتعديلات الواردة عليها، حيث نص القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ المعدل بالقانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠، في المادة (٢١) منه على شروط جديدة لم تكن موجودة قبل صدور هذا القانون، وظلت هذه الشروط والقواعد إلى العام ٢٠٠٦ حين أصدرت المحكمة الدستورية العليا في مصر حكمها بعدم دستورية هذه الشروط والقواعد.

لذا سوف أتناول كيفية إثبات الطلاق عند الإنكار في ظل قوانين الأحوال الشخصية من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: إثبات الطلاق عند الإنكار في حياة الزوجين.

المطلب الثاني: إثبات الطلاق عند الإنكار بعد وفاة أحد الزوجين.

المطلب الأول إثبات الطلاق عند الإنكار في حياة الزوجين الفرع الأول

إثبات الطلاق عند الإنكار طبقاً لنص المادة (٢١) من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠

لم تنص قوانين الأحوال الشخصية المتعاقبة واللوائح والقرارات المنظمة والمنفذه لها على طريقة أو كيفية إثبات الطلاق عند الإنكار في حياة الزوجين، وظل الوضع كذلك من غير النص صراحة على ذلك حتى صدر القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ المعدل بالقانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠ الخاص بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية حيث نص في المادة ٢١ منه على: "لا يعتد في إثبات الطلاق عند الإنكار إلا بالإشهاد والتوثيق"^(١).

وبناء على المادة السابقة فإن وسيلة إثبات الطلاق عند الإنكار أصبحت في إطار المنصوص عليه صراحة، وقد تطلب القانون لإثبات الطلاق عند الإنكار توافر شرطين لا يكتفي بأحدهما دون الآخر:

الأول: هو الإشهاد .

الثاني: هو التوثيق .

فلا تستطيع الزوجة إذا أنكر الزوج الطلاق أن تثبت وقوع الطلاق إلا بالإشهاد والتوثيق معاً.

(١) نص المادة ٢١ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ المعدل بالقانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠ بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية.

فلا بد أن يكون معها وثيقة رسمية تثبت وقوع الطلاق، بالإضافة إلى وجود شهود على الطلاق، سواء كانوا هم أنفسهم الشهود على وثيقة الطلاق أو غيرهم. وإذا لم تتمكن الزوجة من الحصول على الوثيقة الرسمية، والشهود، فإنها عاجزة عن إثبات الطلاق، ومن ثم فلن يقضى لها به، وتظل الزوجية تظل قائمة بينها وبين زوجها، ولو كان الزوج قد تلفظ بالطلاق أمامها، أو في حضرة جماعة من الناس، وحتى لو توافر الشهود ولم يتوافر التوثيق المنصوص عليه في القانون فإن الطلاق لا يقع، ولا يقضى به!، وبناء على ذلك فإن الزوجة تكون في حرج شديد من أمرها إذا علمت بوقوع الطلاق أو سمعت ألفاظه وعجزت عن إثباته.

كما أن النص القانوني بهذا الشكل زاد شرط التوثيق فوق الإشهاد، وهو عبء إضافي على الزوجة في إثبات الطلاق، وبهذا يتشدد القانون في إثبات الطلاق، وهو اتجاه جديد لم تعتد عليه قوانين الأحوال الشخصية في مصر منذ أول صدور لها.

أيضاً فإن صياغة نص المادة ٢١ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بهذا الشكل تضع واضعي القانون في مفارقة غريبة من الناحية الفلسفية، فواضعي القانون يقرون في نصوصه ضرورة الرجوع والاحتكام إلى آراء فقهاء الشريعة الإسلامية بصفة عامة، وعند عدم النص على حكم مسألة ما في القانون ترجيح العمل بالراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة، ثم تجدهم في هذا النص يقرون مبدأً جديداً يبتعد بنصوص القانون عن آراء فقهاء الشريعة الإسلامية، باسقاطهم الإشهاد والتوثيق معاً، وهو ما لم يقل به أحد أبداً من الفقهاء المتقدمين، فإن بعضهم وإن اشترط الإشهاد على الطلاق لوقوعه وترتيب آثاره، ولكن أن يشترط الإشهاد والتوثيق معا فهو أمر جديد

ينأى بالقانون عن الاحتكام إلى شريعة الإسلام، ويضع الناس في حرج شديد. وعليه فقد تم الطعن بعد دستورية الفقرة الأولى من نص المادة ٢١ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ المعدل بالقانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠ والتي قصرت الإعتداد في إثبات الطلاق على الإشهاد والتوثيق معاً، وذلك لمخالفتها لنصوص الدستور المصري الصادر في سبتمبر ١٩٧١، حيث نص في المادة الثانية منه على: "مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع". وفي عام ٢٠٠٦ قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية الفقرة الأولى من النص المذكور في ما يتعلق منه بقصر الاعتداد في إثبات الطلاق عند الإنكار على الإشهاد والتوثيق معاً^(١). ومما جاء في حيثيات الحكم أن المحكمة نعت على النص المذكور بعدم الدستورية، للعديد من الأسباب، منها:

١- نص القانون مخالف لنص المادة الثانية من الدستور المصري الصادر عام ١٩٧١ والتي تنص على كون الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، كما يتصادم مع مقاصد الشريعة، ويضع المطلقة في حرج شديد، إذا وقع الطلاق شرعاً، وعجزت عن إثباته بالطريق الذي رسمه القانون^(٢).

(١) انظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في الطعن رقم ١١٣ لسنة ٢٦ قضائية "دستورية"، والصادر بتاريخ

١٥/١/٢٠٠٦، الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية على شبكة الانترنت <http://www.cc.gov.eg>

(٢) نص المادة (٢) من دستور ١٩٧١: الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة

الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع. وقد أبقى دستور جمهورية مصر العربية الحالي الصادر في يناير

٢٠١٤ على المادة الثانية كما هي.

٢- النص القانوني يضع قيوداً على الحرية الشخصية للمطلقة ويعد مساساً وتهديداً لحقها في الحياة، والتي نص عليها الدستور في المادة (٤١)، والتي يندرج تحتها الحق في الزواج والطلاق وما يتفرع عنهما، هذه الحقوق التي لا تتجاهل قيم الدين، والأخلاق، أو تقوض روابطها^(١).

٣- جعل الدستور في المادة (٩) فقرة (١) قوام الأسرة الدين والأخلاق، وجعل الالتزام بها والحفاظ عليها وتمكينها في المجتمع التزاماً دستورياً على عاتق الدولة وسلطاتها المختلفة والمجتمع ككل، وهو ما ضمته أيضاً المادة (٩) فقرة (٢) والمادة (١٢) من الدستور^(٢)، ومن ثم أصبح قيوداً على السلطة التشريعية، فلا يجوز لها أن تأتي عملاً يخل بهذه الالتزامات.

وبعد الحكم بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ٢١ من القانون ١

(١) نص المادة (٤١) من دستور ١٩٧١: "الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مصونة لا تمس، وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأي قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع، ويصدر هذا الأمر من القاضي المختص أو النيابة العامة، وذلك وفقاً لأحكام القانون، ويحدد القانون مدة الحبس الاحتياطي".

(٢) الفقرة ٢ من المادة (٩) من دستور ١٩٧١: وتحرص الدولة على الحفاظ على الطابع الأصيل للأسرة المصرية وما يتمثل فيه من قيم وتقاليد، مع تأكيد هذا الطابع وتنميته في العلاقات داخل المجتمع المصري.

والمادة (١٢) من دستور ١٩٧١ تنص على: يلتزم المجتمع برعاية الأخلاق وحمايتها، والتمكين للتقاليد المصرية الأصيلة، وعليه مراعاة المستوى الرفيع للتربية الدينية والقيم الخلقية والوطنية، والتراث التاريخي للشعب، والحقائق العلمية، والآداب العامة، وذلك في حدود القانون. وتلتزم الدولة بإتباع هذه المبادئ والتمكين لها.

لسنة ٢٠٠٠ فيما تضمنه من قصر الاعتداد في إثبات الطلاق عند الإنكار على الإشهاد والتوثيق دون غيره من طرق الإثبات المقررة، فلا يجوز العمل بهذا النص ولا يجوز تطبيقه إعتباراً من اليوم التالي لنشر الحكم في الجريدة الرسمية، عملاً بنص المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا^(١).

ومن ثم أصبح إثبات الطلاق عند الإنكار يخضع لقواعد إثباته المعمول بها قبل صدور القانون ١ لسنة ٢٠٠٠.

الفرع الثاني

إثبات الطلاق عند الإنكار قبل سنة ٢٠٠٠ وبعد حكم المحكمة الدستورية العليا سنة ٢٠٠٦

في عام ٢٠٠٠ صدر القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ الخاص بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠، وقد نص هذا القانون على أمرين:

الأمر الأول: جاء في المادة الأولى منه ما مفاده أنه تسرى أحكام هذا القانون على إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، والوقف، ويطبق فيما لم يرد بشأنه نص خاص فيه أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية، وأحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، وأحكام القانون المدني في شأن إدارة وتصفية

(١) نص المادة ٤٩ فقرة ٣ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا، والمعدل بموجب القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨: ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم.

التركات^(١).

الأمر الثاني: جاء في المادة الثالثة من ذات القانون المذكور أعلاه: "تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة"^(٢).

وهذا يعنى أنه فيما يتعلق بالمسائل الإجرائية تطبق الأحكام الواردة في نص المادة الأولى، وفيما يتعلق بالمسائل الموضوعية فإنه تطبق أحكام المادة الثالثة.

وبناء على ذلك فإننا يمكننا أن نتساءل عن مسألة إثبات الطلاق هل تخضع للأحكام الواردة في نص المادة الأولى وهي المسائل الإجرائية؟ ومن ثم يرجع فيها للقواعد الواردة في القوانين المذكورة فيها لأنه لم يرد منها نص في هذا القانون^(٣)؟

أم أن مسألة إثبات الطلاق تعد من المسائل الموضوعية؟ ومن ثم تخضع للأحكام الواردة ذكرها في نص المادة الثالثة من القانون فيطبق منها الراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة؟

وللاجابة على هذا التساؤل يمكن القول: جاء في حكم المحكمة الإستئناف

(١) نص المادة ١ فقرة أ: "تسري أحكام القانون المرفق علي اجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية والوقف، ويطبق فيما لم يرد بشأنه نص خاص فيه أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية وأحكام قانون الإثبات في المواد المدنية وأحكام القانون المدني في شأن ادارة وتصفية التركات".

(٢) نص المادة ٢ فقرة أ: "تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد في شأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة".

(٣) بعد الحكم بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ٢١ من القانون المذكور أصبح مسألة اثبات الطلاق عند الإنكار خالية عن حكم لها في قوانين الأحوال الشخصية.

المصرية في طنطا (صادر بتاريخ ٤ يونيو ١٩٥٧) مفادة عدم الإلتزام بالبينة الشرعية في قضايا الطلاق، سواء كانت لإثبات وقوعه أم كانت لطلب الطلاق بحكم القاضي، معللة حكمها بأن القانون رقم ٤٦٣ لسنة ١٩٥٥ ألغى من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الفصل الخاص بالإجراءات، وعليه فقد ترك الإثبات لقواعد قانون المرافعات (كانت مواد الإثبات ضمن قانون المرافعات) التي تعطي القاضي سلطة واسعة في غير الديون لتكوين عقيدته بالبينات، غير مقيد في تكوين هذه العقيدة بسنهم ولا جنسهم ولا دينهم ولا عددهم، وأن القضاء بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة، الذي لا يزال باقياً، خاص بالمسائل الموضوعية لا بالأمر التي تتعلق بالإجراءات^(١).

وهذا يعني أن المحكمة سألقة الذكر جعلت مسألة إثبات الطلاق من المسائل الإجرائية التي يطبق فيها أحكام قانون المرافعات وقانون الإثبات في المسائل المدنية والتجارية.

وقد عقب أن مسألة إثبات الطلاق وتحديد نصاب الشهود وصفاتهم هو من الأمور الموضوعية التي يطبق فيها الراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة، لأنه غير منصوص على حكمها سواء في القوانين السابقة على القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ أو في هذا القانون بعد الحكم بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ٢١ منه.

(١) الأحوال الشخصية، الشيخ: محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثالثة، ص ٣٦٩ مشار إليه في الهامش .

ولعل هذا الاتجاه الذي تبناه فضيلة الشيخ محمد أبو زهرة هو الصحيح،
للأسباب الآتية:

١- أن تحديد نصاب الشهادة في الطلاق هو أمر جوهري في الشريعة الإسلامية ولا يصح الإدعاء بأنه من الأمور الإجرائية لأنه ثابت بنص القرآن الكريم بقوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾^(١)، وما ثبت بالقرآن الكريم تكون مخالفته لما هو أقل منه مخالفة للنظام العام، وقضاء الأحوال الشخصية في شقه الموضوعي لا يزال خاضعاً لحكم الشريعة الإسلامية ولا يصح أن يعتبر تحديد نصاب الشهادة وصفاتهم في شؤون الأسرة ومسائل الأحوال الشخصية من الأمور الإجرائية بل هو عين الموضوعية .

٢- أن الطلاق من أخطر الأمور التي تهدد الحياة الزوجية، ولا يصح أن يترك أمر الإثبات فيه إلى مجرد التقدير الشخصي للقاضي، بل لابد أن ينضم إليه نصاب مقرر ثابت هو نصاب الشهادة المنصوص عليه في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، وذلك لأن مسائل الطلاق كلها موضوعية لا إجرائية لتعلقها بمسألة التحريم والتحليل، حيث فيه تحريم المرأة على زوجها وتحليلها لغيره، كما أن فيه حقاً لله تعالى وكل ما يتصل بالتحليل والتحريم موضوعي لا اجرائي .

٣- أنه لم يرد نص صريح في القانون يلغي نصاب الشهادة في الطلاق ولا صفته، ومن ثم يظل خاضعاً لحكم المسائل الموضوعية التي يجب التقيد فيها بالبيئة

(١) سورة البقرة، من الآية ٢٨٢.

الشرعية طبقاً للراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة^(١).

اتجاه محكمة النقض المصرية في مسألة إثبات الطلاق عند الإنكار:

عرفت محكمة النقض المصرية مسائل الأحوال الشخصية بأنها: "الأحوال الشخصية هي: "مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الإجتماعية، ككونه إنساناً ذكراً أو أنثى، وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً، أو أباً أو ابناً شرعياً، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية"^(٢).

وهذا التعريف الذي وضعته محكمة النقض المصرية لمسائل الأحوال الشخصية، يدخل فيه صراحة مسائل الطلاق، باعتبارها من مسائل الأحوال الشخصية التي يرجع عند عدم النص عليها في القانون إلى الراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة.

وعليه فإن إثبات كون الشخص مطلقاً أو غير مطلق، وقواعد هذا الإثبات، هي من مسائل الأحوال الشخصية، وطالما لم يوجد نص في القانون ينظم هذه المسائل فإن الرجوع إلى الراجح في فقه الإمام أبي حنيفة يكون هو الواجب عملاً بنص المادة

(١) الأحوال الشخصية للشيخ محمد أبو زهرة ص ٣٧٠ مشار إليه في الهامش .

(٢) حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ٢١/٦/١٩٣٤ في الطعن رقم (٤٠) لسنة (٣) ق، وأيضاً

(الطعن رقم ٤٥٥ لسنة ٧٠ ق "أحوال شخصية" جلسة ٨ / ٢ / ٢٠٠٣)

الثالثة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ الخاص بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية .

وقد تواترت أحكام محكمة النقض في التأكيد على العمل بالراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة في مسائل الطلاق، سواء المتعلقة بقبول الشهادة، وصفات الشهود، ونصابهم، وإثبات الطلاق أو التطلق، وذلك في كل ما لم يرد بشأنه نص في قوانين الأحوال الشخصية المتعاقبة.

وقد حرصت المحكمة على إثبات ذلك في العديد من قراراتها ومن ذلك: ما جاء في الحكم الصادر بتاريخ ١٣ مارس سنة ١٩٨٤ في الطعن رقم ٦ لسنة ٥٣ قضائية والذي جاء فيه: "ذلك أنه وإن كان الراجح في فقه الحنفية الواجب الرجوع إليه في نطاق الدعوى عملاً بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن شهادة السامع لا تقبل إلا في بعض الأحوال، وليس فيها التطلق للضرر"^(١).

كما أبانت المحكمة صراحة على وجوب الرجوع إلى الراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة في ما لم يرد بشأنه نص، والتي منها تحديد نصاب الشهود ما جاء في الحكم الصادر بتاريخ ١٨ يناير ١٩٨٣ في الطعن رقم ٣١ لسنة ٥١ قضائية والذي

(١) أنظر: الطعن رقم ٦ لسنة ٥٣ قضائية أحوال شخصية س ٣٥ ص ٦٧٥ ع ١ ق ١٢٧ الصادر بجلسه ١٣ مارس ١٩٨٤، هذا وقد أُلغيت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بنص المادة (٤) من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ وحل محل المادة ٢٨٠ من اللائحة سالفه الذكر نص المادة ٣ من ذات القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠.

جاء فيه: "وإذا كان نصاب الشهادة على الضرر الموجب للتطبيق وفقاً للراجح من مذهب أبي حنيفة رجلين عدلين، أو رجل وإمرأتين عدول"^(١).
ومثل ذلك أيضاً ما جاء في الطعن رقم ١٢ لسنة ٤٦ قضائية حيث جاء فيه:
"الشهادة في اصطلاح الفقهاء وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة هي: إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة لإثبات حق على الغير، والأصل فيها أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه بالعين أو بالسمع بنفسه، واستثنى فقهاء الحنفية من هذا الأصل مواضع أجازوا فيها الشهادة بالتسامع إستحساناً ليس من بينها ثبوت أو نفي الضرر المبيح للتطبيق"^(٢).

وعليه فإن الواجب في إثبات الطلاق عند الإنكار في القانون المصري وأمام المحاكم المصرية التقيّد بالراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة، بإعتبار هذه المسألة من المسائل الموضوعية التي لم يرد بشأنها نص في قوانين الأحوال الشخصية وبالرجوع إلى فقه الإمام أبي حنيفة نجد أن إثبات الطلاق عند الإنكار في حياة الزوجين يتم بالبينة الشرعية، والنكول عن اليمين عند الصاحيين أبي يوسف ومحمد.

(١) الطعن رقم ٣١ لسنة ٥١ قضائية أحوال شخصية.

(٢) الطعن رقم ١٢ لسنة ٤٦ قضائية أحوال شخصية، وأنظر أيضاً: الطعن رقم ٥٧ لسنة ٥٣ قضائية أحوال شخصية الصادر بجلسه ٢٦/٢/١٩٨٤ س ٣٥ ص ١٧٤٢ ق ٣٣٠، الطعن رقم ٤٨٥ لسنة ٦٩ قضائية أحوال شخصية الصادر بجلسة ٣/١/٢٠٠٥.

والبينة الشرعية هي شهادة الشهود العدول سواء كانوا رجلين أو رجل وامرأتين، وسواء شهدوا بأنفسهم أو شهدوا على شهادة غيرهم، ولا يقبل في إثبات الطلاق الشهادة على التسامع .

أما النكول عن اليمين من جانب الزوج المدعى عليه فإنه يمكن الإعتماد عليه في إثبات الطلاق عند الإنكار على رأي الصاحبين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، وعند الإعتماد على اليمين الموجهة في إثبات الطلاق ونكول المدعى عليه عن أدائها فإنه يقضى عليه بمجرد النكول بناء على رأي الصاحبين، ولا يلزم رد اليمين على المدعي "الزوجة"، وذلك لأن النكول عن اليمين عندهما قائم مقام الإقرار بوقوع الطلاق، أما على رأي الإمام أبو حنيفة رحمه الله تعالى فلا يجوز إثبات الطلاق بالإعتماد على اليمين الموجهة ونكول المدعى عليه عنها، لأن النكول عن اليمين بدل عن الإقرار ولا يقضى في الطلاق بالبدل لأنه حق لله تعالى .

المطلب الثاني

إثبات الطلاق عند الإنكار بعد وفاة أحد الزوجين

دعوى إثبات الطلاق بعد وفاة أحد الزوجين تكون في الغالب نزاعاً على مال، ذلك أن الغاية منها في الغالب الميراث أو الوصية أو إستحقاق شيء في تركة المتوفي منهما أو حرمانه منها، وعليه فإن هذه الدعوى تأخذ حكم الوصايا في النزاع عليها^(١). وقد كانت المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ تنص على: "لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية،

(١) الأحوال الشخصية للشيخ محمد أبو زهرة ص ٣٧١.

أو الطلاق، أو الإقرار بهما، بعد وفاة أحد الزوجين في الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ أفرنكية، سواء كانت مقامة من أحد الزوجين، أم من غيره، إلا إذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبهة التزوير تدل على صحتها".^(١)

ثم في عجز المادة سالفة الذكر نصت على: "ولا يجوز سماع دعوى ما ذكر كله من أحد الزوجين، أو من غيره، في الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ الأفرنكية إلا إذا كانت ثابتة بأوراق رسمية، أو مكتوبة كلها بخط المتوفي وعليها إمضاءه كذلك".

وطبقاً لهذه المادة فإن إثبات الطلاق بعد وفاة أحد الزوجين سواء كان مدعى وقع الطلاق هو أحد الزوجين أو غيره لا يثبت في الحوادث الواقعة بعد سنة ١٩١١

(١) وجاء في نص المادة: (٩٩) : لا تُسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الطلاق أو الإقرار بهما بعد وفاة أحد الزوجين في الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ أفرنكية سواء أكانت مقامة من أحد الزوجين أم من غيره إلا إذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبهة التزوير تدل على صحتها. ومع ذلك يجوز سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها المقامة من أحد الزوجين في الحوادث السابقة على سنة ألف وثمانمائة وسبع وتسعين فقط بشهادة الشهود وبشرط أن تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة ولا يجوز سماع دعوى ما ذكر كله من أحد الزوجين أو من غيره في الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الأفرنكية إلا إذا كانت ثابتة بأوراق رسمية أو مكتوبة كلها بخط المتوفي وعليها إمضاءه كذلك. ولا تُسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية في الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١، ولا تُسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة هجرية أو سن الزوج تقل عن ثماني عشرة سنة هجرية إلا بأمر منّا. ولا تُسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى. ولا تُسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق. ينظر: القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ — بتاريخ ٢٠ / ٥ / ١٩٣١.

إلا بأحد طريقتين:

- ١- عن طريق ورقة رسمية ثابتة مبين فيها وقوع الطلاق وتاريخه.
- ٢- عن طريق ورقة عرفية مكتوبة كلها بخط المتوفي ومنهما وعليها إمضاءه وتوقيعه عليها.

وإذا كانت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية قد ألغيت بنص المادة من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ المعدل بالقانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠ فإن الحكم الوارد فيها مازال سارياً حيث ورد النص عليه أيضاً في نص المادة (٢) من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بإصدار قانون الوصية ، حيث نص على " ولا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع القولى عنها بعد وفاة الموصي في الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ الإفرنجية إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى، أما الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ الإفرنجية فلا تسمع فيها ما ذكر بعد وفاة الموصى إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعا بخط المتوفي وعليها إمضاءه كذلك، وتدلى على ما ذكر أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقاً على توقيع الموصى عليها^(١).

والحكم الوارد في المادة (٢) من قانون الوصية مازال معمولاً به، وقد بينا أن دعوى الطلاق بعد وفاة أحد الزوجين تأخذ حكم الوصية لأن الغالب أن الهدف منها هو المال.

وأيضاً فإن محاولة الادعاء بوقوع الطلاق بعد وفاة أحد الزوجين هي في حقيقته

(١) نص المادة (٢) من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بإصدار قانون الوصية.

يخالف الظاهر والثابت، وهو ثبوت حالة الزوجية، وعليه فدعوى الطلاق بعد وفاة أحد الزوجين تعني انتهاء حالة الزوجية.

فطالما الزواج ثابت بيقين فلا يزول إلا بيقين مثله، ولا يكون ذلك بعد وفاة أحد الزوجين إلا بورقة رسمية، أو ورقة عرفية مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها توقيعه، طبقاً للقانون.

أيضاً فإن نص المادة (٥ مكرر) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ نصت في عجزها على: "تترتب آثار الطلاق من تاريخ إيقاعه إلا إذا أخفاه الزوج عن الزوجة فلا تترتب آثاره من حيث الميراث والحقوق المالية الأخرى إلا من تاريخ علمها به".

فنص المادة المذكور تكلم عن ضرورة توثيق المطلق طلاقه خلال ٣٠ يوم من إيقاعه ونص على أن الحقوق المالية لا تترتب إلا من تاريخ علم المطلقة بوقوع الطلاق طالما لم تحضر توثيقه، ومن ثم فإن الزوجة إذا أنكرت الطلاق بعد الوفاة ولم يثبت علمها بالطلاق في حياته فلا تترتب آثار الطلاق المالية إلا من تاريخ علمها به، وعليه يظل حقها ثابت في الميراث والوصية وغيرها من الحقوق المالية الأخرى. وعملاً بهذا النص فإن مدع الطلاق حتى ولو استطاع إثبات وقوع الطلاق بعد وفاة أحد الزوجين، فإن حقوق الزوجة المالية من ميراث ووصية ونفقة وسكنى تستحقها كاملة طالما ثبت عدم علمها بوقوع الطلاق، لأن إخفاء الزوج إيقاع طلاقه عن زوجته يعد قرينة قانونية على نيته الإضرار بها، ومن ثم تستحق حقوقها المالية كاملة.

الخاتمة

أولاً: النتائج

بعد أن الإنتهاء من هذا البحث محاولاً قدر المستطاع الإلمام بجوانب الموضوع محل الدراسة، ومقتصراً أيضاً قدر المستطاع على نقطة البحث الرئيسية وهي كيفية إثبات الطلاق عند الإنكار بين الفقه والقانون، يمكن ذكر بعض النتائج المستخلصة، فيما يلي:

- ١- يجوز إثبات الطلاق عند الإنكار في حياة الزوجين بالبينة الشرعية، وهي رجلين عدلين فقط، على رأي جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة، والإباضية، ولا تقبل عندهم شهادة النساء في إثبات الطلاق، وعند السادة الحنفية فإن إثبات الطلاق يتم بالبينة الشرعية أيضاً وهي شهادة رجلين، أو رجل وامرأتين من الشهود العدول، فتقبل عندهم شهادة النساء مع الرجال في الطلاق.
- ٢- يجوز إثبات الطلاق بالشهادة على الشهادة عند جميع الفقهاء ولا يجوز عندهم جميعاً إثباتها بالشهادة على التسامع، ويعتبر في نصاب الشهود وصفاتهم قواعد الشريعة الإسلامية .
- ٣- يجوز عند الشافعية، والصاحبين من الحنفية أبي يوسف ومحمد، إثبات الطلاق عند الإنكار بالنكول عن اليمين بعد توجيهها إلى المدعى عليه سواء ردت اليمين إلى المدعى بناء على رأي الشافعية، أو بدون ردها إلى المدعى على رأي صاحبين، أما عند جمهور العلماء فلا يجوز إثبات الطلاق بنكول المدعى عليه عن اليمين، فلا يثبت الطلاق عندهم عند الإنكار إلا بالبينة الشرعية.
- ٤- لا يجوز بالإجماع إثبات الطلاق بناء على شاهد واحد ويمين المدعى في حياة

الزوجين، لأن دعوى الطلاق حق لله تعالى، وحقوق الله تعالى لا تثبت بشاهد

ويمين.

٥- دعوى الطلاق قد تكون في حياة الزوجين، وقد تكون بعد وفاة أحدهما، ودعوى

الطلاق في حياة الزوجين فيها حق لله تعالى، لما يترتب عليها من التحليل

والتحريم -وهي الأساس في هذا البحث باعتبارها تتعلق بمسائل الطلاق- أما

دعوى الطلاق بعد وفاة أحد الزوجين فإن غالب الهدف منها هو المال، أو ما في

معناه، وهو من حقوق العباد، فيثبت بوسائل إثبات الأموال في الشريعة الإسلامية.

٦- فيما يتعلق بإثبات الطلاق عند الإنكار في قوانين الأحوال الشخصية المصرية فإن

مسألة إثبات الطلاق تعد من المسائل الموضوعية، وبعد الحكم بعدم دستورية

نص المادة (٢١) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ المعدل بالقانون رقم ٩٤ لسنة

٢٠٠٠ لم يعد منصوصاً عليها في القانون، ومن ثم فإنه يجب الرجوع فيها إلى

الراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة رحمه الله، ومن ثم فإن إثبات الطلاق في حياة

الزوجين أمام القضاء يتم بأحد طريقتين: البينة الشرعية، والنكول عن اليمين،

وهذا هو اتجاه محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها .

٧- إثبات الطلاق بعد وفاة أحد الزوجين هو من قبيل دعاوى النزاع على مال

كالميراث أو الوصية، ولا يثبت أمام المحاكم المصرية إلا بوثيقة رسمية، أو ورقة

مكتوبة كلها بخط المتوفي وعليها توقيعاً عملاً بنص المادة (٢) من قانون الوصية

المصري.

ثانياً: التوصيات:

بعد بيان أهم النتائج التي استنتجتها من هذا البحث، فإن الباحث يطيب له أن يقدم بعض التوصيات عليها تجدد القبول عند الله تعالى أولاً، ثم لعلها توضع موضع التنفيذ، وأهم هذه التوصيات هي:

١- يستحب الباحث أن يوجه نصيحة إلى الأزواج والزوجات بمراعاة حسن العشرة بينهما، والوقوف عند حدود الله تعالى فيما يتعلق بكل مسائل حياتهم الزوجية، وعند ايقاع الطلاق على وجه الخصوص، وليكن أمر الطلاق هو الحل الذي لا مناص منه بعد استنفاد كل وسائل العلاج للقضاء على الشقاق بينهما، ثم إذا كان لا بد منه فليكن تسريح بإحسان، وليس من الإحسان أن ينكر الزوج وقوعه بعد تمام صدوره منه فيما بينه وبين الله تعالى، ثم يكلف مطلقته مشقة الإثبات، ضارباً بأوامر الله ونواهيته عرض الحائط، وهو سبحانه وتعالى القائل عقيب آيات الطلاق في أكثر من موضع: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾^(١)، ويقول سبحانه وتعالى: ﴿وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾^(٢)، ويقول عز وجل: ﴿وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوعًا﴾^(٣)، ويقول عز قائلاً: ﴿ذَلِكَ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَمْ آزَكَىٰ لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾^(٤).

(١) سورة البقرة، من الآية ٢٢٩.

(٢) سورة البقرة، من الآية ٢٣٠.

(٣) سورة البقرة، من الآية ٢٣١.

(٤) سورة البقرة من الآية ٢٣٢.

٢- توجيه همة المختصين وأولي الأمر نحو سن تشريع قانوني شامل لكل مسائل الأحوال الشخصية الموضوعية والإجرائية، حتى يتسنى الرجوع إليه بسهولة ويسر من كل المختصين والمهتمين من الباحثين ورجاء القضاء والمحامين وغيرهم، ويجب ألا يصدر تشريع بتنظيم مثل هذه المسائل إلا بعد دراسة متأنية من ذوى الإختصاص في علوم الفقه والشريعة والإجتماع والقانون، وبعد أخذ رأي هيئة كبار العلماء وجوباً بالأزهر الشريف، بإعتبار أن الأزهر الشريف هو المرجع الأساس لعلوم الشريعة الإسلامية وقضاياها ومسائلها في مصر والعالم الإسلامى.

٣- دعوة المشايخ والدعاة -ممن هم أهل للفتوى- في المساجد، ووسائل الإعلام والصحافة، أو وسائل التواصل الإجتماعى، إلى التآني في مسائل الطلاق قبل إصدار الفتوى، خاصة في مثل هذه المسألة لما لها من تأثير كبير على الأسر المسلمة، وعلى الحياة الاجتماعية في مصر وغيرها من بلدان العالم الإسلامى، والأصل أن الفتوى في هذه المسائل لا يكون إلا للجهات الرسمية المختصة، والتي يجب أن تؤهل علماءها أو نخبة منهم للفتوى في مثل هذه المسائل.

هذا والله تعالى نسال الإخلاص والقبول

وأن يجعل ذلك في ميزان حسناتنا يوم القيامة

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: كتب تفسير القرآن الكريم

- التحرير والتنوير (تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد)، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور، دار التونسية للنشر - تونس، طبعة ١٩٨٤ هـ (١٤٠/١٠).
- الدر المنثور في التفسير بالمأثور، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، دار الفكر، بيروت. د.ت.

ثانياً: كتب السنة النبوية الشريفة

- أثر علل الحديث في اختلاف الفقهاء، ماهر ياسين فحل الهيتي، دار عمار للنشر، عمان، الطبعة الأولى، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م.
- اختصار علوم الحديث (الباعث الحثيث إلى اختصار علم الحديث)، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي، تحقيق: أحمد محمد شاكر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية.
- الجامع الكبير (سنن الترمذي)، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سَورة بن موسى الترمذي، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، طبعة سنة ١٩٩٨ م.
- الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه (صحيح البخاري)، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى ١٤٢٢ هـ.

- سنن ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي.
- سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق السُّجِسْتَانِي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، محمّد كامل قره، دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.
- سنن الدار قطني، أبو الحسن علي بن عمر بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدار قطني، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤م.
- سنن سعيد بن منصور، سعيد بن منصور، تحقيق: جيب الرحمن الأعظمي، الدار السلفية، الهند، الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ - ١٩٨٢م.
- معالم السنن، شرح سنن أبي داود، أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي، المطبعة العلمية، حلب، الطبعة الأولى ١٣٥١هـ - ١٩٣٢م
- مسند الإمام أحمد بن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، وآخرون، إشراف: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١م.
- مسند الدارمي المعروف بـ (سنن الدارمي) أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام بن عبد الصمد الدارمي، التميمي السمرقندي، تحقيق: حسين سليم أسد الداراني، دار المغني للنشر والتوزيع، السعودية، الطبعة الأولى، ١٤١٢ هـ - ٢٠٠٠م.

- المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، الامام مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ثالثاً: كتب المذاهب الفقهية**

❖ كتب الفقه الحنفي:

- الاختيار لتعليل المختار، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، مطبعة الحلبي، القاهرة، طبعة: ١٣٥٦ هـ - ١٩٣٧ م.
- الأصل المعروف بالمبسوط، أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، الناشر: إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري وبالْحاشية: منحة الخالق لابن عابدين، دار الكتاب الإسلامي.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م.
- البناية شرح الهداية، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م.
- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشُّلبي، عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشُّلبي، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، الطبعة الأولى ١٣١٣ هـ.

- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- حاشية ابن عابدين المسمى رد المحتار على الدر المختار، محمد أمين بن عمر ابن عابدين الحنفي، الناشر: دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، علي حيدر خواجه أمين أفندي، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، الطبعة الأولى ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
- المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، الناشر: دار المعرفة، بيروت، طبعة: ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
- العناية شرح الهداية، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين البابرتي، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، يعرف بداماد أفندي، دار إحياء التراث العربي، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه، أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري الحنفي، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م.

❖ كتب الفقه المالكي:

- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، دار الحديث، القاهرة، الطبعة: ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
- بلغة السالك لأقرب المسالك، المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك)، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوقي، الشهير بالصاوي المالكي، دار المعارف، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ - ١٩٩٤م.
- التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري، تحقيق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.
- الجامع لمسائل المدونة، أبو بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي، تحقيق: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى (سلسلة الرسائل الجامعية الموصى بطبعتها)، توزيع: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م.
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.

- شرح مختصر خليل للخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، دار الفكر للطباعة.
- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أحمد بن غانم بن سالم، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي، دار الفكر، الطبعة: ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
- الكافي في فقه أهل المدينة، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي، المحقق: محمد محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م.
- المختصر الفقهي لابن عرفة، محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي، تحقيق: د. حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، الطبعة الأولى، ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م.
- المدونة، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
- منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن أحمد بن محمد عlish المالكي، دار الفكر، بيروت، طبعة: ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.
- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب المالكي، دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

❖ كتب الفقه الشافعي:

- أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة، وبدون تاريخ.
- الأم، الإمام الشافعي أبو عبد الله محمد بن الشافعي المطلبي القرشي المكي، دار المعرفة، بيروت، طبعة سنة: ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.
- تحفة المحتاج في شرح المنهاج، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، ودار إحياء التراث العربي، بيروت.
- الحاوي الكبير، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري الشهير بالماوردي، المحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩م.
- روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: زهير الشاويش، دار المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م.
- المجموع شرح المذهب، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الفكر.
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

- المهذب في فقه الإمام الشافعي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، دار الكتب العلمية، بيروت.
 - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، دار الفكر، بيروت، الطبعة: ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
 - نهاية المطلب في دراية المذهب، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين، تحقيق: د. عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، الطبعة الأولى: ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.
- ❖ كتب الفقه الحنبلي:
- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الحنبلي، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية.
 - دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، دار عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
 - الشرح الكبير على متن المقنع، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع.
 - الكافي في فقه الإمام أحمد، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الشهير بابن قدامة المقدسي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

- كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الصالحي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م.
- كشف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، دار الكتب العلمية، بيروت .
- المبدع في شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م.
- المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد، ابن تيمية الحراني، أبو البركات، مجد الدين، مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة الثانية ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م.
- مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه، إسحاق بن منصور بن بهرام، أبو يعقوب المروزي، المعروف بالكوسج، الناشر: عمادة البحث العلمي، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٢ م.
- المغني، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الشهير بابن قدامة المقدسي، مكتبة القاهرة، تاريخ النشر: ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٨ م.

❖ كتب الفقه الزيدي:-

- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، بدون تاريخ نشر.

❖ كتب الفقه الظاهري:

- المحلى بالآثار، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، دار الفكر، بيروت.

❖ كتب الفقه الإباضي:

- شرح كتاب النيل وشفاء العليل، محمد يوسف أطفيش، دار الفتح، بيروت، مكتبة الارشاد، جدة، مكتبة التراث العربي، ليبيا، الطبعة الثانية ١٣٩٣هـ- ١٩٧٣م.

❖ كتب الفقه الشيعي الإمامي:

- جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، محمد حسن النجفي الجواهري، تحقيق: عباس القوجاني، دار الكتب الإسلامية.
- شرح اللمعة الدمشقية، محمد جمال الدين مكي العاملي، دار الفكر، قم، إيران.
- المبسوط في فقه الإمامية، أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي، صححه وعلق عليه: محمد الباقر اليهودي، تقديم مؤسسة الغرى للمطبوعات، بيروت، لبنان، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، لبنان، طبعة ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- المختصر النافع في فقه الإمامية، المحقق أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي، دار الأضواء، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

رابعاً: كتب الفقه العام وأصوله

- الأحوال الشخصية، الإمام محمد أبوزهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثالثة.
- أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، الدكتور: أحمد فراج حسين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة سنة ٢٠٠٤هـ.
- إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
- البحر المحيط في أصول الفقه، بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي، دار الكتبي، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
- الطرق الحكمية، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن القيم الجوزية، مكتبة دار البيان، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- الفقه الإسلامي وأدلته، الدكتور: وهبة بن مصطفى الزحيلي، دار الفكر، سورية، دمشق، الطبعة: الرابعة المنقحة المعدلة.
- موسوعة الفقه الإسلامي، محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، بيت الأفكار الدولية، الطبعة الأولى ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.
- الموسوعة الفقهية الكويتية، صادر عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، دار السلاسل، الكويت، ومطابع دار الصفوة، مصر، ووزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة: من ١٤٠٤ - ١٤٢٧هـ.
- النظام القضائي في الفقه الإسلامي، الدكتور: محمد رأفت عثمان، دار البيان، الطبعة الثانية ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.